



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Michala Mazance a soudců JUDr. Petra Příhody a JUDr. Jana Passera v právní věci žalobce **TANGENTA-B, spol. s r. o.**, se sídlem v Českých Budějovicích, Dobrovodská 130, zastoupeného JUDr. Pavlínou Pomijovou, advokátkou se sídlem v Českých Budějovicích, Riegrova 2668/6c, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem v Brně, třída Kpt. Jaroše 7, za účasti **města Bechyně**, se sídlem v Bechyni, nám. T. G. Masaryka 2, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 30. 10. 2007, čj. R123/2007/02-19144/2007/310-Hr, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 16. 5. 2008, čj. 62 Ca 1/2008 – 63,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II.** Žalobce **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.
- III.** Žalovanému **s e** právo na náhradu nákladů řízení **n e p ř i z n á v á .**

O d ů v o d n ě n í :

Žalobou napadeným rozhodnutím zamítl předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 31. 5. 2007, jímž podle § 60 písm. a) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen ZVZ), zamítl návrh žalobce na přezkoumání úkonu zadavatele – rozhodnutí o námitkách žalobce proti oznámení zadavatele, že se žalobcem, byť byl předtím vybrán jako vítězný uchazeč, neuzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

Krajský soud žalobu jako nedůvodnou zamítl. V odůvodnění především zdůraznil, že zadavatel veřejné zakázky (osoba zúčastněná na řízení) v zadávacích podmínkách nepřipustil změnu nabídkové ceny (ve smyslu § 49 odst. 5 ZVZ), a to tedy ani v souvislosti s možnou změnou zákona o dani z přidané hodnoty (resp. se zvýšením sazeb daně v souvislosti se vstupem ČR do EU). V takovém případě byli uchazeči svými nabídkami vázáni bez možnosti jakýchkoli změn, zejména nebyli oprávněni nabídnoutou cenu zvýšit. Krajský soud uvedl, že připustil-li by zadavatel možnost, aby uchazeč, jehož nabídka byla vybrána jako nejvýhodnější, později změnil (zvýšil) cenu za zakázku, došlo by tím k závažnému porušení zásady rovného zacházení s uchazeči a zákazu nediskriminace vůči ostatním uchazečům. V rozporu se zákonem by tedy byl naopak postup zadavatele, pokud by s žalobcem uzavřel smlouvu o dílo za podmínek rozdílných oproti požadavkům vytyčeným při zahájení zadávacího řízení.

Proti rozsudku podal žalobce (stěžovatel) včas kasační stížnost, kterou opíral o důvody uvedené v § 103 odst. 1 písm. a), b), d) s. ř. s.

Nepřezkoumatelnost rozsudku pro nedostatek důvodů [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.] stěžovatel spatřoval v tom, že krajský soud bez dalšího konstatoval, že zadavatel napravil svá předchozí procesní pochybení, která mu vytknul žalovaný v rozhodnutí ze dne 28. 7. 2004 (potvrzeném rozhodnutím předsedy ze dne 22. 3. 2006). Podle stěžovatele však zadávací řízení nadále vykazuje vady, k nimž se krajský soud v nyní posuzované věci podrobně nevyjádřil.

Správní orgán i krajský soud vycházely dle stěžovatele z nesprávně zjištěného skutkového stavu. Shodně totiž konstatovaly, že nabídka stěžovatele zvítězila s nabídkovou cenou 31 080 208 Kč včetně DPH. Stěžovatel v tom spatřuje důvod kasační stížnosti dle § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s. Relevantní skutečnost podle něho je, že zadavatel uvedl v rozhodnutí z 3. 3. 2004 o výsledku výběrového řízení, že nabídka stěžovatele byla vybrána, neboť „*cena za dodávku stavby... v rozsahu výběrového řízení činí celkem bez DPH 29 582 954 Kč*“. Cena uvedená stěžovatelem v nabídce plně korespondovala se zadávacími podmínkami, neboť byla uvedena jako součet cen první a druhé etapy výstavby „*s přiřazením příslušných DPH k jednotlivým etapám*“. V souladu s § 53 zákona č. 588/1992 Sb., o dani z přidané hodnoty, k tomu stěžovatel také uvedl, že k ceně díla bude připočtena DPH v zákonné sazbě platné v době zdanitelného plnění, za něž se považuje převzetí díla objednatel (zadavatelem).

Stěžovatel nesouhlasil s krajským soudem v otázkách právního posouzení. Tvrdil, že již v době zahájení řízení o zadání veřejné zakázky bylo obecně známou skutečností, že v souvislosti se vstupem České republiky do EU dojde ke změně sazby DPH (pozn.: k 1. 5. 2004, viz zákon č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, dále jen DPH). Stěžovatel tuto skutečnost zohlednil tím, že navrhl smluvní ujednání o připočtení sazby DPH k ceně díla v aktuální zákonné výši v době zdanitelného plnění. Podle jeho názoru tím pouze respektoval kogentní ustanovení § 53 zákona č. 588/1992 Sb., o dani z přidané hodnoty (pozn.: účinného do 30. 4. 2004). Vůči zadavateli dokonce učinil vstřícný krok a nabídl mu, že odloží splatnost částky, která by přesáhla „*vyšší DPH platné před novelou*“, do dalšího kalendářního roku. Krajský soud nesprávně posoudil význam DPH ve vztahu k zadání veřejné zakázky. Změna právní úpravy DPH k 1. 5. 2004 nemohla také splňovat hypotézu § 66 odst. 1 písm. b) ZVZ, podle něhož později zadavatel zrušil zadání veřejné zakázky (úkonem z 6. 4. 2004). Zadavatel rozhodně mohl a měl předvídat, že po vstupu České republiky do Evropské unie dojde ke změně sazeb DPH. Splnění nebyl ani předpoklad spočívající v tom, že by v důsledku změny okolností „*pominuly důvody pokračovat ve veřejné zakázce*“; svědčí o tom i skutečnost, že zadavatel vyhlásil nové výběrové řízení, na jehož základě později také realizoval veřejnou zakázku, takže v současné době je dostavba základní školy již dávno provedena.

Ze všech uvedených důvodů navrhl stěžovatel rozsudek Krajského soudu v Brně zrušit a věc mu vrátit k dalšímu řízení.

Osoba zúčastněná na řízení ve vyjádření ke kasační stížnosti navrhla její zamítnutí a odkázala na veškerá svá dosavadní vyjádření k věci, neboť podle ní stěžovatel neuvedl žádné nové skutečnosti a argumenty.

Žalovaný se ke kasační stížnosti nevyjádřil.

Nejvyšší správní soud přezkoumal důvodnost kasační stížnosti v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a dospěl k závěru, že není důvodná.

Ze správního spisu vyplynulo, že předmětem veřejné zakázky bylo zhotovení díla „dostavba ZŠ Libušina čp. 164 v Bechyni“, a to ve dvou časových etapách (I. s termínem dokončení do listopadu 2004 a II. do listopadu 2005).

Rozhodnutím ze dne 3. 3. 2004 zadavatel vyhodnotil nabídku stěžovatele jako nejvýhodnější a vyzval jej k uzavření smlouvy o dílo.

K tomu však nedošlo, neboť 29. 3. 2004 zadavatel rozhodl o tom, že smlouva se stěžovatelem uzavřena nebude, a dne 6. 4. 2004 rozhodl o zrušení zadání veřejné zakázky z důvodu § 66 odst. 1 písm. b) ZVZ. Ve věci proběhlo řízení před žalovaným a k žalobě zadavatele i před krajským soudem; kasační stížnost proti rozsudku krajského soudu byla odmítnuta. Výsledkem řízení před všemi jmenovanými orgány bylo potvrzení správního rozhodnutí vydaného v prvním stupni (dne 28. 7. 2004), jímž žalovaný uložil zadavateli zrušit rozhodnutí z 6. 4. 2004 o zrušení zadání veřejné zakázky; pochybení zadavatele shledal v tom, že zrušil zadání veřejné zakázky dříve, než rozhodl o námitkách stěžovatele, tedy porušil tím § 56 odst. 5 ZVZ.

Dne 7. 2. 2007 vydal zadavatel nové rozhodnutí o námitkách stěžovatele proti úkonu zadavatele – rozhodnutí neuzavřít se stěžovatelem smlouvu na veřejnou zakázku. Znovu v něm zopakoval, že smlouvu o dílo se stěžovatelem nebylo možno uzavřít, neboť návrh obsahoval ujednání o možnosti zvýšení ceny za dílo podle vývoje zákonné sazby DPH, jež však odporovalo zadávacím podmínkám veřejné zakázky.

Návrhem ze dne 16. 2. 2007 se stěžovatel domáhal u žalovaného přezkoumání tohoto rozhodnutí, jemuž však jak shora uvedeno žalovaný nevyhověl, neboť ze strany zadavatele neshledal porušení zákona.

Mezi účastníky není sporné, že zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil, že výsledná cena zakázky bude tvořena součtem cen I. a II. etapy výstavby s přiřazením příslušných DPH k jednotlivým etapám.

Stěžovatel ve své nabídce specifikoval cenu za dílo dle etap bez DPH i s připočtením DPH (5 %, 22 %). Stěžovatel však považuje za sporné zjištění skutkových okolností: krajský soud i správní orgán vycházely z toho, že nabídka stěžovatele zvítězila s nabídkovou cenou 31 080 208 Kč, tedy vč. DPH (pozn.: zadavatel to uvedl mimo jiné i v rozhodnutí z 7. 2. 2007); stěžovatel naopak tvrdí, že za základ skutkových zjištění nutno vzít nabídkovou cenu 29 582 954 Kč, tedy cenu bez připočtení daně z přidané hodnoty. Uvedený rozpor v chápání nabídkové ceny pak má dle stěžovatele vliv na posouzení jím předloženého návrhu smlouvy o dílo, v němž uvedl, že „Zhotovitel jako plátců daně z přidané hodnoty připočítává k ceně díla daň ve výši odpovídající zákonné sazbě této daně v době zdanitelného plnění“. Námitka směřuje k závěru, že v případě, že by „vítěznou cenou“ byla cena bez DPH, neměl by zadavatel důvod odmítnout uzavření smlouvy o dílo, neboť i při případném zvýšení daně by „vítězná cena“ zůstala nezměněna.

Především je třeba uvést, že nejde o námitku o skutkových zjištěních. Znění zadávacích podmínek i nabídky je jednoznačně seznatelné z příslušných dokumentů, jejichž existence, pravost apod. nebyla namítána. Výklad v nich obsažených ustanovení je však otázkou právního posouzení.

Nejvyšší správní soud uvážil v prvé řadě způsob, jakým byla zadána specifikace nabídkové ceny v zadávacích podmínkách, tj. jakou roli měla pro posuzování nabídek z hlediska nabídkové ceny výše daně z přidané hodnoty.

Jak výše uvedeno, není sporné, že uchazeči byli povinni uvést cenu za I. a II. etapu výstavby, přiřadit k nim příslušnou DPH a vyčíslit celkový součet. Jeho výsledkem byla nabídková cena.

Jak je správně uvedeno v žalobou napadeném rozhodnutí, nabídkovou cenou je cena, za kterou se uchazeč ve své nabídce zavázal realizovat předmět plnění veřejné zakázky; uchazeči byli povinni formulovat nabídkovou cenu v souladu s požadavky zadavatele, od kterých se nesměli odchýlit. Zákon o veřejných zakázkách neomezoval zadavatele při stanovení požadavků na nabídkovou cenu; bylo tedy zcela na jeho uvážení, jakým způsobem vytyčil rozhodná kritéria.

V posuzovaném případě zadavatel přikázal uchazečům rozdělit nabídkovou cenu na výpočet za každou etapu veřejné zakázky zvlášť a přiřadit k nim DPH. Rozhodující výslednou cenou byl jejich součet, tj. celková částka v budoucnu vynaložených nákladů zadavatele. Z toho lze dovodit, že daň z přidané hodnoty tvořila nedílnou součást nabídkové ceny; to znamená, že jakýkoli její posun by ovlivnil výši nabídkové ceny jako takové. Stěžovateli nelze přisvědčit v tom, že nabídkovou cenu bylo nutno posuzovat bez DPH; takový výklad nemá oporu v zadávacích podmínkách, které jsou, jak bylo uvedeno, rozhodné. Požadavek zadavatele na přiřazení DPH není možno chápat jako jakousi orientační položku, jak se stěžovatel snažil dovozovat, která nemá vliv na výslednou cenu veřejné zakázky, a kterou tedy bylo možno upravovat v závislosti na změně zákonné úpravy sazeb DPH. Zadavatel v průběhu řízení uváděl, že měl jen omezené finanční prostředky na realizaci veřejné zakázky; bylo tedy legitimní požadovat sjednání konečné ceny za dílo, kterou nemělo být v budoucnu možno překročit, a která by zaručovala, že zadavatel bude schopen z těchto omezených prostředků za veřejnou zakázku zaplatit. Logiku takového požadavku lze vyložit na příkladu, kdy zadavatel vybírá z nabídek uchazečů, z nichž někteří jsou a jiní naopak nejsou plátcí DPH; výsledná nabídková cena takových uchazečů se bude podstatně lišit již jen právě co do výše eventuálně připočtené DPH. Z uvedeného mimo jiné plyne i to, že argumentace stěžovatele ustanovením § 53 zákona o DPH je nepřijatelná.

Kasační soud dospěl k závěru, že stěžovatel, požadoval-li smluvní zakotvení možnosti měnit v budoucnu nabídkovou cenu (vzhledem ke změně sazby DPH), nevyhověl tím podmínkám stanoveným zadavatelem v zadání veřejné zakázky. Soud tedy rozhodl, že zadavatel nepochybil, pokud za této situace nevyhověl námitkám stěžovatele a neuzavřel s ním smlouvu na veřejnou zakázku. Nejvyšší správní soud dal také za pravdu krajskému soudu, který uvedl, že opačný závěr by umožnil jednomu z uchazečů měnit nabídkovou cenu způsobem neuvedeným v zadání veřejné zakázky, čímž by došlo k závažnému porušení zásady rovného zacházení s uchazeči a zásady nediskriminace.

Námítky stěžovatele týkající se výkladu § 66 odst. 1 písm. b) ZVZ nemohl kasační soud přezkoumávat, neboť se jimi krajský soud, jehož rozsudek je předmětem posouzení, nezabýval. Krajský soud považoval pro posouzení věci za rozhodné, zda stěžovatel, dožadující se uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, splnil podmínky stanovené zadavatelem, a dospěl k závěru, že nikoli. Povědomí zadavatele o budoucích změnách sazeb DPH v souvislosti se vstupem České republiky do EU a jeho hodnocení vzhledem k pozdějšímu zrušení zadání veřejné zakázky nepovažoval soud za důležité.

I v tomto ohledu je třeba dát krajskému soudu za pravdu. Úkonem, který stěžovatel napadl návrhem podaným u žalovaného, bylo rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele proti oznámení, že s ním nebude uzavřena smlouva na veřejnou zakázku. Tím byl vytyčen předmět přezkumného řízení, proti jehož výsledku byl stěžovatel oprávněn brojit žalobou. Právo,

na němž mohl být stěžovatel rozhodnutím žalovaného zkrácen, lze obecně pojmout jako právo na rovné a nediskriminující postavení v zadávacím řízení, resp. právo na realizaci veřejné zakázky za splnění veškerých podmínek stanovených pro vítězného uchazeče. Krajský soud posoudil veškeré aspekty podstatné pro rozhodnutí, zda tato práva stěžovatele byla správními rozhodnutími dotčena a dospěl k závěru, že ne, jelikož stěžovatel nesplnil podmínky stanovené zadavatelem pro zadání veřejné zakázky. Následný postup zadavatele, který zrušil zadání zakázky a vyhlásil nové zadávací řízení, nemohl mít na uvedená práva vliv.

Z toho také plyne, proč se krajský soud blíže nezabýval námitkou stěžovatele ohledně dalších kroků zadavatele poté, co mu bylo uloženo zrušení jeho rozhodnutí z 6. 4. 2004 orgánem dohledu (žalovaným). Nad rámec nutného odůvodnění kasační soud dodává, že je pravda, že rozhodnutím z 7. 2. 2007 (nyní přezkoumávaným) zadavatel neprovedl zrušení rozhodnutí o zrušení zadání veřejné zakázky z 6. 4. 2004. Učinil tak však usnesením z 16. 5. 2007, č. 127/8-07, jak vyplývá z kopie usnesení rady města Bechyně založené ve spise.

Ze všech uvedených výkladů tedy vyplývá, že Nejvyšší správní soud zhodnotil kasační stížnost jako nedůvodnou. Jelikož v řízení nevyšly najevo ani žádné jiné vady, k nimž by musel přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 s. ř. s.), v souladu s § 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s. ji jako nedůvodnou zamítl.

O náhradě nákladů řízení rozhodl soud v souladu s ustanovením § 60 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel nemá právo na náhradu nákladů řízení, neboť ve věci neměl úspěch, žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů příslušelo, náklady řízení nevznikly.

P o u č e n í : Proti tomuto rozhodnutí **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně 24. dubna 2009

JUDr. Michal Mazanec
předseda senátu