



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Matyášové a soudců JUDr. Jakuba Camrdy a JUDr. Ludmily Valentové v právní věci žalobce: **HORÁCKÁ STAVEBNÍ, s. r. o.**, se sídlem Humpolecká 13/1, 586 01, Jihlava, zast. advokátkou JUDr. Vladimírou Riedlovou, se sídlem AK Divadelní 1604/8, Jihlava, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 4. 2009, č. j. 62 Ca 55/2008 – 63,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žalobci **s e** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **n e p ř i z n á v á .**

O d ů v o d n ě n í :

Žalovaný (dále jen stěžovatel) kasační stížností napadá v záhlaví označený rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen krajský soud), kterým bylo zrušeno jeho rozhodnutí ze dne 28. 5. 2008, č. j. R233/2007/02-10653/2008/310-Hr a věc mu byla vrácena k dalšímu řízení.

V kasační stížnosti stěžovatel odkazuje na odůvodnění prvostupňového rozhodnutí, kde je v souladu s judikaturou soudů i dlouhodobou rozhodovací praxí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen Úřad) konstatováno, že do pravomoci Úřadu náleží pouze přezkoumávání dodržení zákonného rámce postupu při zadávání veřejné zakázky, a nikoliv úvahy jednotlivých členů hodnotící komise při posuzování nabídek a výběru nejvhodnější nabídky. Není

tedy v kompetenci Úřadu ve svém rozhodnutí vymezovat, ve vztahu k jakým konkrétním údajům měla či mohla hodnotící komise při svém rozhodování přihlídnout, jak to v rozsudku požaduje soud, neboť výběr těchto údajů a posouzení nabídek jsou svěřeny pouze komisi, která má pro tento postup odpovídající odbornou způsobilost.

Dle názoru stěžovatele rovněž nelze souhlasit s konstatováním soudu, podle něhož ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ani z rozhodnutí zadavatele nevyplýval srozumitelný závěr, ve vztahu k čemu a s přihlédnutím k jakým faktorům se jednalo o zjevnou nepřiměřenost. Stěžovatel k této otázce uvádí, že ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek je popsán způsob hodnocení a postup hodnotící komise, přičemž je zde rovněž obsaženo zdůvodnění nepřiměřenosti. V této zprávě se jasně uvádí, že zjevná nepřiměřenost nabídky uchazeče Horácká stavební, s. r. o. byla posouzena jednak s ohledem na charakter předmětu zadání veřejné zakázky a dále v rámci porovnání s ostatními nabídkami, které byly v zadávacím řízení podány, kdy záruka za dílo u těchto nabídek se pohybuje v rozmezí od 60 do 96 měsíců, zatímco záruka za dílo uvedená v nabídce žalobce činí 144 měsíců. Hodnotící komise proto po odborném posouzení nabídky a za přihlédnutí k výše uvedeným kritériím a okolnostem udělila žalobci za toto dílčí kritérium 0 bodů. Úřad shledal toto odůvodnění srozumitelným, a proto naplňujícím podmínky požadované zákonem o veřejných zakázkách, což vyplývá z prvostupňového i napadeného rozhodnutí.

Soud v rozsudku konstatuje, že zadávací dokumentace je v části týkající se specifikace termínu „zjevná nepřiměřenost“ neúplná, nejasná a nejednoznačná a nesplňuje tedy požadavek uvedený v ustanovení § 44 zákona o veřejných zakázkách. Soud přitom konstatuje, že námitky žalobce v tomto směru nelze považovat za opožděné, přestože nebyly uplatněny již na počátku zadávacího řízení, neboť nejasnost hodnotících podmínek se projevila až při hodnocení nejvýhodnější nabídky a žalobce tedy dodržel 15-ti denní lhůtu dle ustanovení § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

Stěžovatel s uvedenou argumentací nesouhlasí. Předně v této souvislosti uvádí, že smyslem podání námitek dle ustanovení § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách proti zadávacím podmínkám, o jejichž souladu se zákonem má dodavatel pochybnosti, je předejít případnému nesprávnému postupu zadavatele již v samotném počátku zadávacího řízení, tedy do 15-ti dnů ode dne, kdy se dodavatel o porušení zákona dozvěděl. Tento postup má přispět k odstranění nezákonného stavu, je-li to možné, ještě před rozhodnutím zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Žalobce však této možnosti nevyužil, přestože tak mohl učinit, a námitky podal, až když ve výběrovém řízení neuspěl. Smyslem lhůty uvedené v ustanovení § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách přitom je zabránit právě této situaci, tedy zásahům do zadávacího řízení až v době po výběru nejvhodnější nabídky, a to prostřednictvím účelového podání námitek, které mohl dodavatel namítat již dříve, před rozhodnutím zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Tuto skutečnost však soud při svém rozhodování dostatečně nezohlednil.

Stěžovatel se tak neztotožňuje se závěrem soudu, podle něhož se nejasnost zadávacích podmínek v tomto případě projevila až při hodnocení nejvhodnější nabídky. Znění zadávací dokumentace je v příslušném bodě, jehož nezákonnost je namítána, tedy v bodě upravujícím otázku zjevné nepřiměřenosti jiného dílčího kritéria, než je cena, jednoznačné, přičemž pokud měl uchazeč pochybnosti o souladu takto vymezených podmínek se zákonem, měl možnost uplatnit v tomto smyslu námitky, a to v zákonné lhůtě 15-ti dnů, která v daném případě počala běžet nejpozději dnem, kdy uchazeč podal svou nabídku. Uchazeč tak však neučinil a tvrzenou nezákonnost vymezení zadávacích podmínek začal namítat až poté, co v zadávacím řízení neuspěl.

Stěžovatel se proto s ohledem na výše uvedené domnívá, že nezákonnost vymezení zadávacích podmínek namítaná v žalobě žalobcem neměla být soudem při jeho rozhodování zohledněna, neboť se jedná o námitky, které nebyly podány ve lhůtě. Tyto námitky proto nebylo možno uplatnit v následném návrhu na zahájení řízení adresovanému Úřadu a nelze jimi tedy argumentovat ani v soudním řízení týkajícím se přezkumu rozhodnutí, ke kterému Úřad v tomto řízení dospěl. Soud proto pochybil, když tuto skutečnost nesprávně posoudil a žalobu v této části shledal důvodnou. Pro úplnost stěžovatel uvádí, že pokud by v daném případě Úřad shledal nezákonnost vymezení zadávacích podmínek, měl možnost ze zákona zahájit v této věci řízení z moci úřední, což však neučinil, neboť dospěl k závěru, že zadavatel v daném zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem.

Stěžovatel se dále neztotožňuje se závěrem soudu, podle něhož stěžovatel překročil meze přezkumu a volného uvážení, když nahradil nedostatek projevu vůle zadavatele v jeho úkonech, konkrétně v obsahu zadávací dokumentace tím, že napadené rozhodnutí stěžovatele vykazovalo snahu dodatečně zhojit podstatné vady zadávací dokumentace a rozhodnutí je z toho důvodu nezákonné, neboť je v rozporu se zásadou transparentnosti celého procesu zadávání veřejných zakázek.

Stěžovatel se v této souvislosti ohrazuje proti tvrzení, že napadené rozhodnutí vykazuje snahu dodatečně zhojit namítané vady zadávací dokumentace, přičemž plně odkazuje na text odůvodnění napadeného i prvostupňového rozhodnutí. V rozhodnutí je pouze shrnut a popsán způsob, jakým při hodnocení a výběru nejvhodnější nabídky postupoval zadavatel, resp. hodnotící komise, avšak dle názoru stěžovatele zde v žádném případě není proveden výklad zadavatelem stanoveného způsobu hodnocení, který by vykazoval znaky překročení mezi přezkumu a správního uvážení Úřadu, jak uvádí soud.

Stěžovatel se konečně neztotožňuje ani se závěrem soudu ohledně skutečnosti, že stěžovatel se v napadeném rozhodnutí nijak nevypořádal s nezákonností zadávacího řízení pro rozpor se zásadou transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Stěžovatel v této souvislosti uvádí, že s ohledem na skutečnosti uvedené výše i v odůvodnění obou napadených rozhodnutí v postupu zadavatele v daném zadávacím řízení neshledal rozpor se zákonem a tedy ani s uvedenými zásadami. Tato skutečnost přitom z napadených rozhodnutí zcela jednoznačně vyplývá a stěžovatel proto uvádí, že se s námitkami vztahujícími se k zásadě transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace v napadeném rozhodnutí vypořádal, a to tak, že jejich porušení v rámci zadávacího řízení neshledal.

Na základě výše uvedeného stěžovatel navrhuje rozsudek krajského soudu v celém rozsahu zrušit a věc vrátit soudu k dalšímu řízení.

Žalobce k podané kasační stížnosti vyjádření nepodal.

Kasační stížnost je podle ustanovení § 102 a násl. s. ř. s. přípustná a jsou v ní namítány důvody odpovídající ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Rozsahem a důvody kasační stížnosti je Nejvyšší správní soud podle ustanovení § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s. vázán; to neplatí, bylo-li řízení před soudem zmatečné nebo bylo zatíženo vadou, která mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí ve věci samé, anebo je-li napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné, jakož i v případech, kdy je rozhodnutí správního orgánu nicotné; takové vady však Nejvyšší správní soud neshledal.

Nejvyšší správní soud přezkoumal kasační stížností napadený rozsudek krajského soudu a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

Z obsahu správního spisu zjistil Nejvyšší správní soud následující skutečnosti rozhodné pro posouzení kasační stížnosti.

Zadavatel Psychiatrická léčebna Jihlava uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. v informačním systému o veřejných zakázkách dne 21. 8. 2007 pod ev. č. 60010427 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „PL Jihlava-rekonstrukce pavilonu č. 3“. Jako dílčí kritéria označil zadavatel tato: cena veřejné zakázky bez DPH s váhou 80%, záruka za dílo jako celek s váhou 15%, sankce za nedodržení termínu dokončení díla s váhou 5%. Zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel 12 nabídek, jedna nabídka byla vyřazena z důvodu nesplnění profesních předpokladů. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 25. 9. 2007 vyplynulo, že nejvhodnější nabídku podal uchazeč PSJ holding, a. s. Proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky podal dne 9. 10. 2007 žalobce námitky, kterým zadavatel po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl. Vzhledem k tomu, že žalobce nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, podal dne 18. 10. 2007 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele u žalovaného (stěžovatele).

Stěžovatel v rozhodnutí vydaném v I. stupni správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele rozhodl tak, že správní řízení zastavil podle ustanovení § 118 zákona o veřejných zakázkách s tím, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu s tímto zákonem.

O rozkladu žalobce bylo rozhodnutím č. j. R233/2007/02-10653/2008/310-Hr rozhodnuto tak, že prvostupňové rozhodnutí bylo potvrzeno a podaný rozklad stěžovatelem zamítnut.

Proti rozhodnutí o rozkladu podal žalobce žalobu. V žalobě jednak namítal, že bodové hodnocení dílčích kritérií nabídek bylo vypočteno v rozporu se způsobem výpočtu závazně stanoveným zadavatelem v zadávací dokumentaci, dále, že nebylo odůvodněno, proč bylo přiděleno stěžovateli 0 bodů z důvodu zjevné nepřiměřenosti v kritériu hodnoty délky záruky za dílo, zdůraznil, že žalovaný nesprávně a v rozporu se zákonem posoudil vymezení způsobu hodnocení nabídek v soutěži, když zadávací dokumentace v této části nesplňovala požadavky nezbytné přesnosti, srozumitelnosti a jednoznačnosti. V žalobě je rovněž namítáno, že žalovaný nezákonným způsobem překročil meze přezkumu a volného uvážení, když nahradil nedostatek vůle zadavatele v jeho úkonech, konkrétně v obsahu zadávací dokumentace, aniž je proto v jejím obsahu jakékoli opodstatnění, vyložil zadavatelem stanovený způsob hodnocení nad uvedený rámec v tom smyslu, že zadavatel výslovně nerozlišil situace, kdy nejvhodnější nabídka znamená nejvyšší či nejnižší hodnotu. Stěžovatel rovněž namítal, že žalovaný se nevypořádal nikterak s nezákonností zadávacího řízení pro rozpor se základními zásadami, tj. zásadou transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace; nadto se nevypořádal ani s otázkou odborné způsobilosti hodnotící komise.

Krajský soud v Brně shledal žalobu z převážné části důvodnou a rozhodnutí žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Proti rozsudku krajského soudu podal kasační stížnost žalovaný.

Zásadní otázkou pro posouzení kasační stížnosti je zodpovědět, zda vůbec stěžovatel může přezkoumávat posouzení nabídek hodnotící komisí.

Podle konstantní judikatury soudů nespadá do pravomoci orgánu dohledu přezkoumávat myšlenkové pochody jednotlivých hodnotitelů nabídek, ale pouze dodržení zákonného rámce postupu při zadávání veřejné zakázky (viz rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 1/99 - 32 ze dne 17. 6. 1999). Z obdobných závěrů vychází i rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 A 9/2002 - 62 ze dne 16. 3. 2004 vydaný za účinnosti zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, jehož závěry jsou podle orgánu dohledu relevantní pro šetřený případ. Předmětné rozhodnutí se týkalo správního řízení vedeného u orgánu dohledu, které bylo zahájeno na základě návrhu zpochybňujícího reálnost nabídky předložené vybraným uchazečem z důvodu přílišné délky nabízených záruk a krátkého termínu plnění. Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí konstatoval, že: *„Přezkumná činnost orgánu dohledu spočívá v kontrole, zda byly řádně dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek. Žalobkyně však v podané žalobě zpochybňuje zákonnost vlastního posouzení nabídky, resp. nevhodnost nabídky vybraného uchazeče. Přitom právě zde je hranice, kterou žalovaný (tj. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže) nesmí překročit, neboť potom by se stal hodnotitelem jednotlivých nabídek. Jeho pravomoci sahají do úrovně těch činností zadavatele, které vytvářejí prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů hodnotící komise, neboť tím by se žalovaný ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět zadaným kritériím a také v soutěži zvítězit. Orgán dohledu nemůže přebírat odpovědnost za výběr nejhodnější nabídky, neboť k tomu nemá ani odborné předpoklady, totéž nelze požadovat ani po soudu. Úkolem obou je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. V opačném případě by se totiž výběr nejhodnější nabídky mohl stát záležitostí znaleckých posudků a pak by existence zákona postrádala smysl.“* Rovněž tak Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 31 Ca 69/2004 - 62 ze dne 30. 6. 2005 konstatoval, že *„Úřad pro ochranu hospodářské soutěže posuzuje postup výběrové komise podle zákonnosti, ale neposuzuje již konkrétní parametry, na základě kterých výběrová komise dospěje k závěru, že ta či ona nabídka je nejhodnější“*.

Z judikatury správních soudů tedy vyplývá, že úkolem Úřadu je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. Jeho pravomoci končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Úřad však dbá na to, aby byla splněna jedna ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti celého procesu zadávání veřejných zakázek (viz např. též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 6. 2007, č. j. 5 Afs 6/2007 - 92), příst. na www.nssoud.cz).

V souladu s ustanovením § 80 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách o posouzení a hodnocení nabídek pořídí hodnotící komise písemnou zprávu, která obsahuje seznam posouzených nabídek, seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny spolu s uvedením důvodu, popis způsobu hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení nabídek, údaj o tom, jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií, a údaj o složení hodnotící komise. Úřad není oprávněn při své přezkumné činnosti vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, tedy členů hodnotící komise, a tyto myšlenkové pochody jakkoliv přezkoumávat, hodnotit či dokonce nahrazovat vlastním správním uvážením, neboť zákon konstruuje hodnotící komisi jako kolegium odborně způsobilých osob, kterým jediné je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky, související s procesem hodnocení nabídek. Posouzení přiměřenosti či nepřiměřenosti údajů v nabídkách mezi takové odborné otázky bezpochyby náleží. Úřad však přezkoumává, zda k hodnocení komisí došlo zákonem stanoveným způsobem, zda k tomu došlo transparentním způsobem, tedy zda je posouzení komise přezkoumatelné po formální stránce.

Nejvyšší správní soud tedy v této otázce konstatuje, že orgán dohledu by tím, že by přezkoumal hodnocení komise, nepředjímal ani nenahrazoval výsledný názor komise, jak míní stěžovatel, musí však dbát na to, aby komise k výsledku posouzení dospěla za splnění všech

zákonem stanovených požadavků, tedy i za splnění požadavků transparentního a přezkoumatelného popisu způsobu hodnocení nabídek v odůvodnění.

Stěžovatelova další námitka směřuje proti včasnosti uplatnění námitek žalobce, ani této námitce nemohl Nejvyšší správní soud přisvědčit.

Podle první věty ustanovení § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách stěžovatel musí námitky doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.

Jedná se o lhůtu subjektivní, počátek běhu takové lhůty nemůže být v žádném případě dán pouhým vědomím uchazeče, resp. jeho zaměstnanců, o porušení zákona. Pokud by se totiž počátek běhu subjektivní lhůty odvíjel od subjektivních postojů zaměstnanců uchazeče k těmto zjištěním, tedy jejich myšlenkovému postupu, při kterém dospěli k závěru, že určitá zjištěná skutečnost je porušením právních předpisů a kterých, byl by počátek běhu subjektivní lhůty odvislý od právně zcela neuchopitelných postojů zaměstnanců, např. jejich odbornosti, znalosti práva, pracovitosti, pohotovosti apod. (viz srov. rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 18. 2. 1997, sp. zn. 7 A 167/94, či rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 10. 2. 1995, sp. zn. 7 A 147/94). S takovými právně irelevantními skutečnostmi však zákon počátek běhu lhůt nespojuje a ani spojovat nemůže, neboť by tím popřel ústavněprávní požadavek právní jistoty.

Nejvyšší správní soud se proto ztotožňuje s názorem krajského soudu, že se nejasnost zadávací dokumentace projevila až při hodnocení nejhodnější nabídky. Žalobce tedy námitky uplatnil v zákonem stanovené lhůtě, a to v návaznosti na rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky.

Nejvyšší správní soud však zcela nesdílí hodnocení krajského soudu stran použití pojmu „nepřiměřenost“, resp. „zjevná nepřiměřenost“ v zadávací dokumentaci. Nejvyšší správní soud se neztotožňuje s názorem krajského soudu, potažmo s názorem žalobce, ohledně skutečnosti, že použití termínu zjevná nepřiměřenost v zadávací dokumentaci způsobuje její neúplnost, nejasnost a nejednoznačnost, neboť není nijak blíže definováno, co konkrétně zadavatel mínil termínem zjevná nepřiměřenost. Podle ustanovení § 8 odst. 4 vyhlášky č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, považovala-li hodnotící komise hodnotu jiného dílčího kritéria, než je cena, za zjevně nepřiměřenou, nabídce v rámci tohoto kritéria přiřadí 0 bodů. Tento postup byla hodnotící komise povinna odůvodnit ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek. Vyhláška, která prováděla předchozí zákon o veřejných zakázkách (z. č. 40/2004 Sb.), tedy s tímto termínem operovala. Tato vyhláška sice byla zrušena stávajícím zákonem o veřejných zakázkách, nicméně skutečnost, že vyhláška tento termín používala, svědčí tomu, že se nejedná o pojem, který musí být nejasný a nejednoznačný.

Pojem „zjevné nepřiměřenosti“ není stavěn na abstraktních základech; právě naopak, je definován odkazem na zakázku, která má být zadána, a ve vztahu k příslušnému plnění. Vykazuje tedy znaky neurčitého právního pojmu, sice se může zdát, že *a priori* nejasného, ale s ohledem na zvláštnosti předmětu zakázky předvídatelného. Ostatně obdobný neurčitý právní pojem – „mimořádně nízká nabídková cena“ obsahuje i ustanovení § 77 zákona o veřejných zakázkách.

Smyslem ustanovení § 8 odst. 4 vyhlášky č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění pozdějších předpisů, bylo chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své

nabídce uvede údaje, jejichž dodržení není reálné, což by během realizace předmětu plnění veřejné zakázky vedlo ke změně těchto údajů hodnocených v rámci dílčích hodnotících kritérií, a to v rozporu s původně stanovenými podmínkami jejího zadání. Posouzení otázky, zda se jedná o zjevně nepřiměřené hodnoty, svěřoval zákon (resp. jeho prováděcí vyhláška) do pravomoci odborné hodnotící komise. Obdobně jak tuto pravomoc svěřoval zákon do rukou hodnotící komise, nyní tak učinil sám zadavatel. Hodnotící komise tak na základě svých zkušeností může a musí posoudit zjevnou nepřiměřenost nabídky. Nelze namítat nejasnost zadání, tedy pokud takto tuto pravomoc svěřila hodnotící komisi vyhláška, nejednalo by se o chybu zadávací dokumentace, ale pokud tak učiní sám zadavatel, pochybení se dopustí. Tím, že byl pojem „zjevná nepřiměřenost“ běžně používán, došlo k jeho naplnění a není tedy možné namítat, že jeho použití v zadávací dokumentaci svou nejednoznačností, nepřesností a nesrozumitelností způsobuje porušení zákona, tím že zadávací podmínky nebyly v tomto směru dostatečně jasné a rozhodnutí zadavatele je proto fakticky nekontrolovatelné. Nejvyšší správní soud se domnívá, že tento použitý termín objektivně nepřipouští rozdílný výklad a nevzniká tak interpretační nejistota. Již za účinnosti citované vyhlášky byla nastolena určitá správní praxe, totiž, že zjevnou nepřiměřenost hodnoty dílčího kritéria je nutné posuzovat ve vztahu k realitě dané hodnoty. V souvislosti s jejím zjištěním je možné (ale nejedná se vzhledem k odbornosti hodnotící komise, která má zkušenosti s realizací předmětu plnění veřejné zakázky, o povinnost stanovenou zadavatelí), přihlídnout k údajům uvedeným v nabídkách ostatních uchazečů, které zejména v případě jejich většího počtu dokumentují reálnou situaci na trhu.

Podle § 76 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona.

Podle ustanovení § 80 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách o posouzení a hodnocení nabídek pořídí hodnotící komise písemnou zprávu, která obsahuje seznam posouzených nabídek, seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny spolu s uvedením důvodu, popis způsobu hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení nabídek, údaj o tom, jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií, a údaj o složení hodnotící komise.

Podle ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách zadavatel je povinen při postupu dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Je zjevné, že mechanismus vylučování nabídek, jejichž hodnoty kritérií se ukáží jako zjevně nepřiměřené, není sám o sobě diskriminační, neboť je objektivní. Jinak se však bude posuzovat situace, když se na základě nezákonných dohod skupina podnikatelů, obvykle těch, kteří působí na místním trhu dané veřejné zakázky, dohodne na vytvoření homogenních nabídek kalkulací s minimálními rozdíly a nabídky konkurentů, kteří se takové dohody neúčastní, se tak stanou zjevně nepřiměřenými, aniž by se jejich předkladatelé mohli bránit či prokázat proveditelnost nabízeného řešení. Může tak být poškozována transparentnost a zdravá hospodářská soutěž, neboť má-li být vyloučena diskriminace, musí mít neúspěšní uchazeči možnost vysvětlit svá stanoviska.

Postup vylučování uchazečů bez kontradiktorního ověření, tj. možnosti prokázat, že tyto nabídky jsou hodnověrné a vážné, může představovat nepřímou diskriminaci tím, že v praxi znevýhodní hospodářské subjekty např. i z jiných členských států, které vzhledem k tomu, že na základě odlišných struktur nákladů nebo technologií mohou využívat značné úspory z rozsahu nebo chtějí snížit své zisky, aby mohly účinněji proniknout na dotčený trh, jsou

schopny učinit konkurenceschopnou a zároveň vážnou a hodnověrnou nabídku, kterou by však hodnotící komise nezohlednila. Na druhou stranu dle Nejvyššího správního soudu se vyloučení určitých nabídek bez kontradiktorního ověření z důvodu, že jsou zjevně nepřiměřené, může ukázat vhodným, jestliže je použití tohoto pravidla odůvodněno přespříliš vysokým počtem nabídek, že by to překračovalo jeho správní kapacitu nebo mohlo z důvodu zpoždění, ke kterému by toto ověření mohlo vést, ohrozit uskutečnění projektu. Aby byla dodržena zásada transparentnosti a neporušena zásada nediskriminace musí hodnotící komise v každém případě své rozhodnutí o přidělení nulového počtu bodů za zjevně nepřiměřené kritérium nabídky přezkoumatelným způsobem odůvodnit.

Jak je již uvedeno výše, smyslem možnosti vyloučit zjevně nepřiměřenou nabídku je chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede údaje, jejichž dodržení není reálné, což by během realizace předmětu plnění veřejné zakázky vedlo ke změně těchto údajů hodnocených v rámci dílčích hodnotících kritérií, a to v rozporu s původně stanovenými podmínkami jejího zadání. Jedná se tedy zejména o stanovení zjevně nepřiměřených nákladů, dodací lhůty nebo lhůty pro dokončení, jejichž dodržení není v praxi uskutečnitelné. Nelze dodržet např. ani technologické lhůty, a je to odborně prokazatelné. Nemělo by se tak jednat o zjevně nepřiměřenou dobu záručního servisu či smluvní pokuty. Tato kritéria, resp. jejich hodnoty, jdou k tíži uchazeče (zvyšují mu náklady), avšak jejich i zjevně nepřiměřená hodnota by ve většině případů realizaci předmětu plnění veřejné zakázky neměla nijak ohrozit, naopak vyšší hodnoty jsou pro zadavatele přínosem navíc. Posouzení těchto kritérií jako zjevně nepřiměřených, se jeví jako účelové a jde proti smyslu použití daného omezení. Je proto nutností pro zajištění transparentnosti, rozhodnutí hodnotící komise o přidělení nulového počtu bodu nabídce, jejíž kritéria shledala zjevně nepřiměřenými, řádně odůvodnit, aby toto posouzení bylo přezkoumatelné v rámci podání námitek dotčeným uchazečem. Rozhodně není dostatečným odůvodněním obecná formulace, kterou uvedla hodnotící komise ve Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, že spadá v kritériu č. 2 v nabídce v porovnání s ostatními nabídkami i s ohledem k charakteru předmětu zadání veřejné zakázky zjevně nepřiměřenou hodnotu.

Nejvyšší správní soud se neztotožnil s posouzením krajského soudu ohledně nemožnosti použitelnosti termínu „zjevné nepřiměřenosti“ hodnoty v zadávací dokumentaci, když má za to, že se jedná s ohledem na zvláštnosti předmětu zakázky o termín předvídatelný, který v minulosti používala vyhláška provádějící předchozí zákon o veřejných zakázkách, a vzhledem k jeho užívání došlo v praxi k jeho naplnění. Nejvyšší správní soud však nespátřuje v tomto posouzení právní otázky krajským soudem pochybení takového rázu, které by mělo mít za následek nezákonnost rozhodnutí ve věci samé a mohlo by být důvodem pro učinění jiných závěrů stran nepřezkoumatelnosti rozhodnutí žalovaného pro nedostatek odůvodnění. Nejvyšší správní soud se ztotožňuje s názorem krajského soudu, že se stěžovatel nijak nevypořádal s nezákonností zadávacího řízení pro rozpor se zásadou transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, když rozhodnutí zadavatele nebylo řádně odůvodněno ohledně zjevné nepřiměřenosti hodnoty nabídky stěžovatele v kritériu č. 2 a nevyplýval z něho jednoznačný, srozumitelný a přezkoumatelný závěr, týkající se zjevné nepřiměřenosti tohoto dílčího kritéria. Nejvyšší správní soud dále dospěl k závěru, že vzhledem k zásadě transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení je ve většině případů vhodné, ne-li nutné, použít kontradiktorní ověření zdůvodnění zjevné nepřiměřené hodnoty hodnotící komisí. Pokaždé je však nutné závěry hodnotící komise přezkoumatelným způsobem odůvodnit, aby se dotčený uchazeč, kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, mohl v souladu s ustanovením § 110 zákona o veřejných zakázkách, řádně bránit proti posouzení nabídky hodnotící komisí. Stěžovatel - Úřad pro ochranu hospodářské soutěže – není sice oprávněn přezkoumávat vlastní úvahy hodnotící komise ohledně zjevné

nepřiměřenosti hodnoty kritérií nabídky, je však oprávněn přezkoumávat odůvodnění jejího posouzení.

Ze všech shora uvedených důvodů dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že přezkoumávané rozhodnutí Krajského soudu v Brně není nezákonné z důvodu spočívajícím v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení, jak tvrdí stěžovatel, a proto kasační stížnost jako nedůvodnou proto zamítl (ustanovení § 110 odst. 1 s. ř. s.).

O nákladech řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud podle ustanovení § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s ustanovením § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, proto mu právo na náhradu nákladů nenáleží. To by náleželo žalobci, ten však žádné náklady neuplatnil ani žádné náklady, jež by mu vznikly, ze spisu soud nezjistil.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3, § 120 s. ř. s.).

V Brně dne 6. listopadu 2009

JUDr. Lenka Matyášová
předsedkyně senátu