



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Josefa Baxy a soudců JUDr. Filipa Dienstbiera a JUDr. Lenky Kaniové v právní věci žalobců: **a) IMOS Brno, a. s.**, se sídlem Olomoucká 174, Brno, **b) SDS EXMOST spol. s r. o.**, se sídlem Údolní 413/66, Brno, **c) Hentschke Bau GmbH**, se sídlem Zeppelinstrasse 15, Bautzen, Spolková republika Německo, všichni zastoupeni JUDr. Václavem Pumprou, advokátem se sídlem Příkop 4, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, státní příspěvková organizace, se sídlem Na Pankráci 546/56, Praha, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20. 5. 2013, č. j. ÚOHS-R92/2013/VZ-9198/2013/310/PMo, v řízení o kasační stížnosti žalobců proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 18. 9. 2014, č. j. 62 Af 40/2013 – 127,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žalobci **n e m a j í** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému **s e** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **n e p ř i z n á v á .**
- IV. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v záhlaví označeným rozhodnutím zamítl rozklad žalobců a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 18. 3. 2013, č. j. ÚOHS-S680/2012/VZ-4860/2013/514/MDI, kterým v I. stupni zamítl návrh žalobců na přezkum úkonů osoby zúčastněné na řízení (dále také „zadavatel“) v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „I/19 Žďákov, most ev. č. 19-028“ (dále jen „veřejná zakázka“). Napadeným

úkonem zadavatele bylo jeho rozhodnutí o vyloučení žalobců ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Důvodem tohoto vyloučení bylo nesplnění požadavků zadavatele v zadávací dokumentaci, spočívající v neocenění dodatečně doplněné položky v soupisu prací, která byla uvedena v příslušném dodatku k zadávací dokumentaci (dále také „dodatečná položka“).

[2] Žalobci namítali, že práce odpovídající dodeččné položce byly oceněny v rámci jiných položek seznamu prací, protože to povaha daných prací a činností dovolovala. Jejich námitkám zadavatel nevyhověl, a proto stěžovatelé u žalovaného podali návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Žalovaný pochybení na straně zadavatele neshledal a návrh žalobců zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), protože nebyly zjištěny důvody pro uložení jakéhokoliv nápravného opatření. Podle názoru žalovaného je právem zadavatele, aby si určil způsob ocenění určitých činností uchazečů o veřejnou zakázku. Uchazeči proto měli dvě možnosti: předložit nabídku, která splňuje podmínky zadavatele, nebo proti jeho požadavkům včas brojit námitkami, což stěžovatelé neučinili.

[3] Rozhodnutí žalovaného žalobci napadli žalobou u Krajského soudu v Brně. Zopakovali svá předešlá tvrzení, že práce odpovídající dodeččné položce byly oceněny v rámci jiných položek seznamu prací. Samostatné uvedení ceny by znamenalo ocenění jednoho plnění dvakrát. Zadavatel tedy požadoval dvojité ocenění stejných prací, díky čemuž zadávací podmínky byly vnitřně pochybné a umožňovaly rozdílný výklad. Žalovaný se nezabýval samotnou podstatou věci, protože bylo třeba zohlednit oborové technické normy a předpisy. Soupis prací proto není vyčerpávajícím podkladem pro ocenění nabídky. Žalobci dále tvrdili, že se žalovaný nevypořádal s jejich argumentací o nerovném přístupu k uchazečům v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny jednoho z nich.

[4] Krajský soud žalobu zamítl, protože se ztotožnil s nosnými důvody, na nichž bylo založeno rozhodnutí žalovaného. Jako východisko připustil, že zadávací dokumentace, ze které by nevyplývaly zadavatelovy požadavky jasně, přesně, srozumitelně a jednoznačně, nemůže obstát. Objektivní existenci více možných výkladů o způsobu zpracování nabídky nelze přičítat k tíži uchazeče. Krajský soud však došel k závěru, že zadávací podmínky v dodeččné položce žádnou výkladovou nejistotu nepřipouští. Žalobci proto neoceněním dané položky nedodrželi požadavky zadavatele na zpracování nabídky. Ty nemohli splnit ani oceněním prací pod jinými položkami soupisu prací, protože zadavatel výslovně požadoval, aby práce podle dodeččné položky byly oceněny samostatně. To bylo jeho právem a žalobci ani nezdůvodnili, proč by činnosti obsažené v dodeččné položce nemohly být oceněny samostatně, obzvláště když tak zbylí uchazeči učinili. Pokud žalobci měli za to, že oceňovat tyto práce je nesprávné, nedůvodné či zbytečné, měli proti požadavku na jejich ocenění uplatnit námitky podle § 110 odst. 1 a 3 zákona o veřejných zakázkách. To však neučinili. Žalovaný proto nijak nepochybil, když došel k závěru, že zadavatel vyřazením nabídky žalobců a jejich vyloučením ze zadávacího řízení neporušil zákon o veřejných zakázkách. Z toho důvodu také krajský soud shledal nedůvodnou námitku žalobců ve vztahu posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny jednoho z uchazečů. Žalobci byli v souladu se zákonem vyloučeni ze zadávacího řízení, a proto v jeho následných fázích nemohla být jakkoli dotčena jejich veřejná subjektivní práva.

II. Obsah kasační stížnosti

[5] Proti rozsudku krajského soudu podali žalobci (dále také „stěžovatelé“) kasační stížnost, ve které navrhli, aby Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu zrušil a vrátil

mu věc k dalšímu řízení. Současně navrhli, aby Nejvyšší správní soud jejich kasační stížnosti přiznal odkladný účinek.

[6] V kasační stížnosti stěžovatelé uvádí důvody podle § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“). Zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky v dokumentaci stavby a v technických podmínkách. Soupis prací podle § 44 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách nemůže být nadřazen dokumentaci stavby a technickým podmínkám. Je od nich pouze odvozen. Stěžovatelé přitom technické kvalitativní podmínky ve své nabídce splnili. Dodatkem, kterým byla doplněna dodatečná položka, zadavatel do vymezení předmětu veřejné zakázky nepřidal žádnou novou činnost, se kterou by technické podmínky nepočítaly. Otázka shody daných činností je otázkou stavebně-technickou a nikoli právní. O tom, že se jedná o shodnou činnost, nemůže být sporu, což stěžovatelé zadavateli i žalovanému dokládali expertízami špičkových odborníků z oboru. Zařazení dodatečné položky proto na vymezení předmětu veřejné zakázky nemohlo nic změnit. Stěžovatelé postupovali v souladu s tím, jak zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky v zadávací dokumentaci. Nejasnosti způsobené tím, že zadavatel vytvořil v soupisu prací duplicitní položku, nemohou jít k tíži stěžovatelů.

[7] Zadavatel je povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazů diskriminace. Zařazením dodatečné položky však zadavatel situaci zkomplikoval a zneprůhlednil, protože tím umožnil dvojí výklad. Zadavatel má právo si určit, jakým způsobem a jaké činnosti mají být oceněny. Jeho požadavky ale byly vytvořené účelově v rozporu s příslušným třídítkem činností a navíc nemají vliv na výši nabídkové ceny, protože z hlediska rozsahu plnění veřejné zakázky jde o bagatelní položky. To vede k tomu, že zadávací dokumentace umožňuje různý výklad. Vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení je proto v rozporu s § 77 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách i se základními zásadami podle § 6 zákona o veřejných zakázkách. Stěžovatelé nemuseli podávat námítky proti zadávacím podmínkám podle § 110 odst. 1 a 3 zákona o veřejných zakázkách, protože pochybení zadavatele, který nelogicky a v rozporu s ostatním obsahem zadávací dokumentace formuloval dodatečné zadávací podmínky, nemůže jít k jejich tíži. Krajský soud rozhodoval pouze formálně a nebral v úvahu všechna ustanovení zákona o veřejných zakázkách včetně jeho základních zásad.

[8] Stěžovatelé dále namítají nerovnost a netransparentnost v postupu zadavatele vůči jinému uchazeči při objasňování cen uvedených v nabídkách a při vyvozování závěrů z těchto zjištění. Nabídková cena daného uchazeče byla mimořádně nízká. Krajský soud nepostupoval v souladu s § 77 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, podle kterého je třeba výši nabídkových cen posuzovat ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.

III. Vyjádření žalovaného a osoby zúčastněné na řízení

[9] Žalovaný se zcela ztotožňuje se závěry krajského soudu. Zadávací podmínky nepřipouštějí žádnou interpretační nejistotu. Stěžovatel přijal informaci zadavatele o dodatečné položce. Přesto opakovaně tvrdí, že se jedná o práce, které měly být oceněny už pod jinými položkami soupisu prací. I kdyby tomu tak bylo, argumentace stěžovatelů nepopírá skutečnost, že práce nebyly oceněny tak, jak zadavatel požadoval, tedy samostatně. Pokud měli za to, že oceňovat předmětné práce není správné, měli před podáním nabídky proti požadavku na jejich ocenění uplatnit námítky. Tvzení stěžovatelů o duplicitním požadavku na ocenění stejných prací je tvrzením, které mohlo směřovat proti zadávacím podmínkám, nikoli proti vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení. Žalovaný se ani nemohl zabývat tím, jestli činnosti obsažené v dodatečné položce mohly být podřazeny pod jinou položku, protože stěžovatel podal

nabídku, která neodpovídala požadavku zadavatele. V rámci veřejné zakázky proto byly dodrženy základní zásady zadávacího řízení. Stěžovatelé byli ze zadávacího řízení vyloučeni zcela důvodně a navazující postup hodnotící komise ve vztahu k otázkám mimořádně nízké nabídkové ceny některého z uchazečů se nemohl jakkoliv dotknout jejich veřejných subjektivních práv.

[10] Zadavatel se konkrétně k meritu kasační stížnosti nijak nevyjádřil.

IV. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[11] Nejvyšší správní soud při posuzování kasační stížnosti hodnotil, zda jsou splněny podmínky řízení, přičemž dospěl k závěru, že kasační stížnost má požadované náležitosti, byla podána včas a osobou oprávněnou, a nejsou tu důvody pro její odmítnutí pro nepřipustnost.

[12] Stěžovatelé se opírají o důvody podle ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Namítají nezákonnost jejich vyloučení ze zadávacího řízení (*IV. A*) a nezákonnost posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny jednoho z uchazečů (*IV. B*).

[13] Nejvyšší správní soud na návrh stěžovatelů přiznal jejich kasační stížnosti odkladný účinek podle § 107 ve spojení s § 73 odst. 2 s. ř. s. Stěžovatelé totiž mohli v případě vyhovění jejich kasační stížnosti utrpět nepoměrně větší újmu, než jaká by přiznáním odkladného účinku mohla vzniknout jiným osobám, pokud by zadavatel a vybraný uchazeč uzavřeli smlouvu. Současně soud neshledal, že by přiznání odkladného účinku nebylo v rozporu s důležitým veřejným zájmem.

[14] Nejvyšší správní soud posoudil důvodnost kasační stížnosti v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž je povinen přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[15] Kasační stížnost ovšem není ani v jedné ze vznesených námitek důvodná.

IV. A Nezákonnost vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení

[16] Podle § 76 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách platí, že „*[h]odnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách (...). Nabídky, které tyto požadavky nespĺňují, musí být vyřazeny.*“ Podle § 76 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách dále platí, že „*[u]chazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení (...). Vyloučení uchazeče, včetně důvodů vyloučení, zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí.*“

[17] Dodatkem k zadávací dokumentaci zadavatel stanovil, že uchazeči musejí samostatně ocenit dodatečnou položku v soupisu prací. Všichni uchazeči až na stěžovatele tento požadavek zadavatele splnili. Stěžovatelé o něm přitom byli prokazatelně informováni. Podle Nejvyššího správního soudu nemohli při výslovném požadavku zadavatele na samostatné ocenění dodatečné položky dovozovat, že ji není třeba samostatně oceňovat, protože jsou tytéž práce oceněny v rámci jiných položek. Jejich nabídka tak nespĺňovala požadavky zadavatele v zadávacích podmínkách. Hodnotící komise ji proto musela podle § 76 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách vyřadit a stěžovatelé museli být zadavatelem podle § 76 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách vyloučeni ze zadávacího řízení, což jim zadavatel včetně důvodů vyloučení bezodkladně písemně oznámil. V té souvislosti je třeba zdůraznit povahu zadávacího řízení, které lze charakterizovat

jako vysoce formalizovaný postup, kde i formální pochybení může vést k negativním důsledkům pro konkrétního uchazeče, projevujícím se například právě vyřazením nabídky a následným vyloučením ze zadávacího řízení, tedy úplným zamezením získání veřejné zakázky a možnosti jejího plnění (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 1. 2015, č. j. 10 As 202/2014 – 42).

[18] Stěžovatelé se po svém vyloučení obrátili na žalovaného, aby tento úkon zadavatele přezkoumal, a nyní hledají zastání ve správním soudnictví. Jejich argumentace ale vždy věcně směřovala a stále směřuje proti zadávací dokumentaci jako takové. Tvrdí, že byla nejednoznačná, připouštěla dvojí výklad, a že ve skutečnosti její podmínky splnili. Nejvyšší správní soud se však ztotožňuje se závěry žalovaného a krajského soudu, že podobné námitky měli stěžovatelé vznést před podáním nabídky. Podle § 110 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách platí, že „[p]ři zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele brozí nebo vznikla újma na jeho právech (...), zadavateli podat zdůvodněné námitky.“ Podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách pak platí, že „[n]ámitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.“ Tehdy měli stěžovatelé předložit argumenty, o které se opírají v žalobě a následné kasační stížnosti, a které proto přicházejí příliš pozdě. Opět je v této souvislosti třeba zdůraznit formalizovanou povahu zadávacího řízení. Jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 14. 4. 2013, č. j. 1 Afs 103/2012 – 44, lhůta stanovená v § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách „je speciální lhůtou pro podání námitek, do jejího uplynutí musí stěžovatel námitky koncentrovat, uplatnit a odůvodnit.“ Stěžovatelé však žádné námitky v dané lhůtě nepodali, zadávací dokumentaci napadli až po svém vyloučení.

[19] Proti stěžovatelům hovoří i judikatura Soudního dvora EU. Ustanovení § 110 zákona o veřejných zakázkách totiž vychází z obecných požadavků na přezkumný proces v rámci zadávání veřejných zakázek, které jsou obsaženy ve směrnici Rady 89/665/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a veřejných zakázek na stavební práce (dále jen „přezkumná směrnice“) a směrnicí Rady 92/13/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se použití předpisů Společenství o postupech při zadávání veřejných zakázek v oblasti vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací. Tyto směrnice byly pro zvýšení účinnosti přezkumného řízení doplněny a změněny směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES. Z rozsudku Soudního dvora EU ze dne 12. 2. 2004 ve věci C-230/02, *Grossmann Air Service, Bedarfsluftfabrtunternehmen GmbH & Co. KG vs. Republik Österreich*, body 36 – 37, vyplývá, že účelu přezkumné směrnice neodpovídá, aby uchazeč vyčkával s podáním námitek proti požadavkům zadavatele v zadávací dokumentaci do pozdějších fází zadávacího řízení, a nepodal je v první možné fázi. Postup stěžovatelů, kteří vznesli své námitky proti zadávací dokumentaci v nesprávný čas a v nesprávné fázi zadávacího řízení, proto přesně spadá pod vymezení postupu, který podle Soudního dvora EU nerespektuje účel přezkumné směrnice.

[20] Lze proto shrnout, že stěžovatelé nesplnili podmínky zadavatele, a proto byli po právu ze zadávacího řízení vyloučeni. Jejich následné námitky, které zopakovali v řízení o přezkumu úkonů zadavatele, v řízení o rozkladu, v řízení před krajským soudem a v řízení o kasační stížnosti jsou proto nedůvodné.

IV. B Posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny jednoho z uchazečů

[21] Krajský soud shledal tuto námitku nedůvodnou. Nejvyšší správní soud se ztotožňuje s jeho závěrem, že po zákonném vyloučení stěžovatelů nemohla být následným postupem v navazujících fázích procesu zadání veřejné zakázky jakkoli dotčena jejich veřejná subjektivní práva, protože stěžovatelé již nebyli jeho účastníky. Tento závěr vyplývá i z judikatury správních soudů. V rozsudku ze dne 30. 8. 2007, č. j. 7 Afs 7/2007 – 707, Nejvyšší správní soud uvedl: „Vzhledem k tomu, že stěžovatelé byli vyloučeni z účasti na zadávacím řízení pro nesplnění kvalifikačních kritérií, a to zákonným způsobem, jak již bylo výše uvedeno, nemohou před soudem úspěšně namítat, že úkony, které s jejich vyloučením nesouvisely a byly činěny až poté, kdy byli ze zadávacího řízení vyloučeni, mohly zasáhnout do sféry jejich veřejných subjektivních práv. Veřejný zájem na transparentním a nediskriminačním průběhu zadávacího řízení nelze podřadit pod pojem veřejné subjektivní právo příslušející stěžovatelům.“ (viz také rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 17. 10. 2006, č. j. 62 Ca 12/2006 – 600, publ. pod č. 1527/2008 Sb. NSS). Nejvyšší správní soud proto nemá důvod tento závěr krajského soudu jakkoliv zpochybňovat. Předmětná kasační námitka stěžovatelů je zjevně nedůvodná.

V. Závěr a náklady řízení

[22] Nejvyšší správní soud tedy shledal všechny námitky uplatněné stěžovateli nedůvodnými; jelikož v řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž musí kasační soud přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.), zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s.).

[23] O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s. Žalobci nemají právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, protože ve věci neměli úspěch. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné úřední činnosti nevznikly.

[24] Podle § 60 odst. 5 s. ř. s. osoba zúčastněná na řízení má právo na náhradu jen těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. Z důvodů zvláštního zřetele hodných jí může soud na návrh přiznat právo na náhradu dalších nákladů řízení. V posuzované věci soud osobě zúčastněné na řízení žádnou povinnost, ze které by jí vznikly náklady nad rámec běžné činnosti, neukládal. Neshledal ani důvody hodné zvláštního zřetele, pro které by bylo spravedlivé jí náhradu nákladů řízení přiznat. Proto osobě zúčastněné na řízení náhradu nákladů řízení zdejší soud nepřiznal.

[25] Závěrem se Nejvyšší správní soud musí vyjádřit k poněkud nejasnému vystupování Ředitelství silnic a dálnic ČR během řízení o kasační stížnosti. Zadavatel byl jako osoba zúčastněná na řízení řádně vyzván, aby se vyjádřil ke kasační stížnosti a zejména k návrhu na přiznání odkladného účinku. Ačkoliv je přesně tím subjektem, od kterého lze očekávat argumentaci o možné újmě, která by jemu samotnému, případně dalším osobám vznikla vyhověním tomuto návrhu, respektive o případném rozporu s důležitým veřejným zájmem, zadavatel ve stanovené lhůtě jen stroze uvedl, že s přiznáním odkladného účinku nesouhlasí. Teprve po rozhodnutí, jímž Nejvyšší správní soud na základě jemu známých skutečností kasační stížnosti odkladný účinek přiznal, bylo zasláno doplnění vyjádření zadavatele, alespoň stručně popisující dopravní význam Žďákovského mostu. Předsedovi soudu pak bylo adresováno vyjádření regionálního pracoviště zadavatele s dotazem, zda stěžovatelé vůbec o přiznání odkladného účinku požádali, s charakteristikou Žďákovského mostu, konstatováním jeho havarijního stavu a popisem přijatých dopravních omezení a jejich důsledky. K meritu samotné

kasační stížnosti se zadavatel nijak nevyjádřil. Pokud chtěl zadavatel důsledně hájit veřejný zájem na co nejrychlejším započetí rekonstrukce Žďákovského mostu tak, jak by si zřejmě tato technická památka a významná dopravní stavba zasloužila, měl tak učinit řádným a důsledným uplatňováním svých procesních práv v řízení před soudem. Procesním postupem není zadavatelovo následné „krčení ramen“ v některých médiích. Soud sám usnesení o přiznání odkladného účinku kasační stížnosti nezrušil, neboť v nejkratší možné době přistoupil k meritornímu rozhodnutí o podané kasační stížnosti.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 19. února 2015

JUDr. Josef Baxa
předseda senátu