



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Miluše Doškové a soudců Mgr. Evy Šonkové a JUDr. Karla Šimky v právní věci žalobkyně: **Skanska a. s.**, se sídlem Líbalova 1/2348, Praha 4 – Chodov, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Povodí Moravy, s. p.**, se sídlem Dřevařská 11, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-R211/2012/VZ-19483/2012/310/IPs, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 22. 4. 2015, č. j. 31 Af 165/2012 – 68,

t a k t o :

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

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Dne 24. 10. 2011 vyhlásila osoba zúčastněná na řízení jako zadavatel podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce „VD Karolinka – rekonstrukce hráze“ zadávanou v užším řízení, přičemž omezila účast na 5 zájemců s tím, že výběr provede na základě dílčích objektivních kritérií: hodnota celkové zadluženosti (váha 30 %), hodnota celkové likvidity (váha 30 %) a celkový počet referenčních staveb obdobného charakteru jako je předmět veřejné zakázky ve finančním objemu minimálně 75 milionů Kč bez DPH za posledních 5 let (váha 40 %). V řádném termínu bylo doručeno 11 žádostí uchazečů o účast v zadávacím řízení, z nichž 10 prokázalo splnění kvalifikace. Zadavatel na základě výše uvedených objektivních kritérií vybral 5 nejlepších uchazečů a žalobkyni (resp. sdružení, jehož členem byla i žalobkyně) dne 27. 2. 2012 z účasti v zadávacím řízení vyloučil. Proti tomu vznesla žalobkyně námitky, jež zadavatel dne 23. 3. 2012 zamítl jako neopodstatněné. V reakci na to žalobkyně podala návrh na zahájení řízení

o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 113 a násl. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), v němž mimo jiné namítala, že smlouvy, kterými někteří uchazeči prokazovali prostřednictvím subdodavatelů ekonomickou způsobilost, byly neurčité. Žalovaný rozhodnutím ze dne 23. 7. 2012, č. j. ÚOHS-S207/2012/VZ-13706/2012/540/ZČa, návrh žalobkyně podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách zamítl [rozhodnutím ze dne 13. 8. 2012 pak opravil zřejmou nesprávnost, když správně mělo být odkázáno na § 118 odst. 5 písm. a) zákona o veřejných zakázkách]. Rozklad žalobkyně proti tomuto rozhodnutí zamítl předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-R211/2012/VZ-19483/2012/310/IPs (dále jen „napadené rozhodnutí“).

[2] Žalobkyně podala proti napadenému rozhodnutí žalobu, v níž mimo jiné namítla, že při prokazování ekonomické kvalifikace subdodavatelem je podle § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách nezbytné předložit platnou a určitou smlouvu, ze které bude vyplývat závazek subdodavatele, že dodavateli poskytne veškeré potřebné finanční zdroje; dokumenty předložené třemi konkrétními uchazeči (společnosti EUROVIA CS, a. s., OHL ŽS, a. s., a HOCHTIEF CZ, a. s.) tyto požadavky nesplňovaly, zadavatel je proto neměl akceptovat a žalovaný pochybil, když nezákonný postup zadavatele potvrdil. Žalobkyně rovněž k těmto jednotlivým dokumentům předestřela konkrétní výhrady, pro něž je nepovažovala za dostatečně určité a platné smlouvy ve smyslu shora citovaného ustanovení. Krajský soud v Brně (dále jen „krajský soud“) žalobu nejprve zamítl rozsudkem ze dne 25. 6. 2014, č. j. 31 Af 165/2012 – 41, který byl na základě kasační stížnosti žalobkyně zrušen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 12. 2014, č. j. 2 As 120/2014 – 40, a věc byla krajskému soudu vrácena k dalšímu řízení. V něm krajský soud napadené rozhodnutí zrušil rozsudkem ze dne 22. 4. 2015, č. j. 31 Af 165/2012 – 68 (dále jen „napadený rozsudek“), a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Uvedl, že dle závazného právního názoru Nejvyššího správního soudu má žalovaný pravomoc plně přezkoumat proces omezení počtu zájemců v užším řízení a musí se tedy vypořádat se samotnou platností subdodavatelských smluv a s ní spojenou otázkou prokazování ekonomické kvalifikace subdodavatelem. V nyní posuzovaném případě však žalovaný platnost samotných smluv, kterými uchazeči prokazovali splnění kvalifikačních kritérií, vůbec nezkoumal a spokojil se toliko s citací § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný tedy již tím zatížil napadené rozhodnutí vadou, která mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí ve věci samé. Krajský soud konstatoval, že v novém řízení bude žalovaný muset vypořádat námitky žalobkyně uplatněné již v průběhu správního řízení, které poukazovaly na to, že subdodavatelé vybraných zájemců předložili smlouvy, které pro svou neurčitost nejsou platnými smlouvami. Krajský soud tedy shledal související žalobní námitku důvodnou a napadené rozhodnutí zrušil podle § 76 odst. 1 písm. b) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“). Krajský soud přisvědčil i dalším žalobním námitkám žalobkyně (poukazujícím např. na to, že dle § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách musí ze smlouvy mezi dodavatelem a subdodavatelem vyplývat závazek subdodavatele, že poskytne dodavateli veškeré potřebné finanční zdroje; že se žalovaný dostatečně nezabýval meritem tzv. složeného prokazování ekonomické kvalifikace atp.).

II. Kasační stížnost

[3] Žalovaný (dále jen „stěžovatel“) podal proti napadenému rozsudku kasační stížnost z důvodu dle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Namítl, že krajský soud se v napadeném rozsudku neřídil závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu vysloveným v rozsudku ze dne 16. 12. 2014, č. j. 2 As 120/2014 – 40, resp. tento závazný právní názor nesprávně vyložil a zavázal tak stěžovatele k posouzení právní otázky, k níž nemá pravomoc. Stěžovatel

pokračování

s poukazem na § 2 odst. 2 a 3 a § 10 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a § 112 zákona o veřejných zakázkách konstatoval, že je oprávněn posuzovat pouze takové postupy a otázky, jež jsou určeny zákonem. Otázku platnosti smluv zmiňuje zákon o veřejných zakázkách pouze ve svém § 118 odst. 6, avšak v takovém případě stěžovatel neposuzuje otázku neplatnosti smlouvy ani ji normativně neurčuje, neboť ta se stává neplatnou *ex lege*. Stěžovateli tedy neplyne ze zákona o veřejných zakázkách oprávnění posuzovat náležitosti smluv upravené občanským zákoníkem, neboť tato pravomoc náleží obecným soudům. Stěžovatel je tak pouze oprávněn zkoumat, zda subdodavatelská smlouva splňuje náležitosti uvedené v § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. Pokud by však měl vyslovit závěr, že tato smlouva je z důvodu své neurčitosti neplatná, resp. neúčinná, jak k tomu byl zavázán krajským soudem, pak by tím překročil svou pravomoc. I v případě, že by dospěl k závěru, že subdodavatelská smlouva neobsahuje dostatečně jasný závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věci či práv, nemohl by dovodit, že tato smlouva je pro svou neurčitost neplatná z pohledu obecného právního předpisu. Závazek mezi smluvními stranami subdodavatelské smlouvy může být dostatečně určitý z pohledu občanského zákoníku, aby taková smlouva byla při přezkumu obecným soudem uznána platnou a účinnou, avšak nemusí být dostatečně určitý pro její uznání k prokázání splnění kvalifikace dodavatelem. Napadený rozsudek však dovozuje jinou povinnost stěžovatele, než je posouzení náležitostí smlouvy v rámci jeho kompetencí, a stěžovatel by tak byl povinen přezkoumat, zda se nejedná o *smlouvy, které pro svoji neurčitost nejsou platnými smlouvami, respektive se v době podání žádosti o účast nejedná o smlouvy účinné*. Stěžovatel uzavřel, že v případě právního názoru krajského soudu jde o obecný závěr, který je aplikovatelný na jakoukoli subdodavatelskou smlouvu, a rozhodnutí o kasační stížnosti je podstatné pro další rozhodovací praxi stěžovatele.

III. Posouzení kasační stížnosti Nejvyšším správním soudem

[4] Nejvyšší správní soud se kasační stížností zabýval nejprve z hlediska splnění formálních náležitostí. Konstatoval, že stěžovatel je osobou oprávněnou k podání kasační stížnosti, neboť byl účastníkem řízení, z něhož napadený rozsudek vzešel (§ 102 s. ř. s.). Kasační stížnost byla podána včas (§ 106 odst. 2 s. ř. s.). Za stěžovatele v souladu s § 105 odst. 2 s. ř. s. jedná osoba s příslušným právnickým vzděláním. Nejvyšší správní posuzoval přípustnost kasační stížnosti i s ohledem na § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s., neboť krajský soud v dané věci rozhodoval znovu po zrušení jeho původního rozsudku Nejvyšším správním soudem. Ustanovení § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. však výslovně připouští nový přezkum v případech, je-li jako důvod kasační stížnosti namítáno, že rozhodnutí krajského soudu je vadné proto, že se tento soud neřídil závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu. Podstatou kasační stížnosti stěžovatele přitom je právě tvrzení, že krajský soud nesprávně interpretoval závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 12. 2014, č. j. 2 As 12/2014 – 40. Kasační stížnost je tedy přípustná.

[5] Nejvyšší správní soud poté posoudil důvodnost kasační stížnosti a zkoumal přitom, zda napadený rozsudek netrpí vadami, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.).

[6] Stěžovatel v kasační stížnosti namítl, že krajský soud v napadeném rozsudku nesprávně vyložil závazný právní názor Nejvyššího správního soudu vyjádřený v rozsudku ze dne 16. 12. 2014, č. j. 2 As 120/2014 – 40, ohledně povinnosti stěžovatele posuzovat obecné náležitosti smluv ve smyslu § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. K tomu Nejvyšší

správní soud v citovaném rozsudku konstatoval: „Žalobní námitky stěžovatelky nesměřovaly proti samotné vhodnosti vybraného řešení (její nabídka byla ze soutěže vyloučena a ke posuzování její vhodnosti nedošlo), ale proti procesu omezení počtu zájemců vyzvaných k podání nabídky, a tedy dodržení podmínek přístupu do soutěže (transparentního nastavení rámce soutěže). (...) Proces omezení počtu zájemců v užším řízení tedy podléhá objektivním zákonným pravidlům, nikoli volnému uvážení zadavatele (resp. „správnímu uvážení“ hodnotící komise, jak uvedl krajský soud) a žalovaný (tj. v nyní posuzované věci stěžovatel) (...) tak přezkoumává soulad tohoto procesu se všemi zákonnými požadavky, přičemž je třeba mít na zřeteli zejména zásady uvedené v § 6 zákona o veřejných zakázkách. Mezi tyto zákonné požadavky lze přirozeně zahrnout i to, zda dokumenty předložené jednotlivými zájemci splňují základní požadavky § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, a jedná se tak o platné a určité smlouvy způsobilé splnit objektivní kritérium pro omezení počtu zájemců.“ Krajský soud v napadeném rozsudku tento názor Nejvyššího správního soudu interpretoval takto: „Kasační soud tedy postavil najisto, že orgány veřejné moci (žalovaný) mají pravomoc plně přezkoumat proces omezení počtu zájemců v užším řízení a musí se tedy vypořádávat se samotnou platností subdodavatelských smluv a s ní spojenou otázkou prokazování ekonomické kvalifikace subdodavatelem. Úkolem krajského soudu je pak v tomto navazujícím řízení posoudit, jestli žalovaný takto v průběhu správního řízení postupoval. Jak je patrné z předložené spisové dokumentace, tak žalovaný vůbec nezkoumal platnost samotných smluv a spokojil se toliko s citací ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Vzhledem k tomuto faktu a k výše citovanému závaznému právnímu názoru Nejvyššího správního soudu je třeba konstatovat, že již jen tím, že se žalovaný platností smluv, kterými uchazeč prokazoval splnění kvalifikačních kritérií, nikterak nezabýval, zatížil své rozhodnutí vadou, kterou nelze odstranit jinak, než novým posouzením v dané věci. Tato vada totiž jednoznačně mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí ve věci samé a jen a pouze žalovaný je schopen tento nedostatek v novém řízení napravit. V tomto řízení pak bude muset žalovaný tedy také vypořádat námitky žalobkyně uplatněné již v průběhu správního řízení, že podle jejího právního názoru (oba) subdodavatelé vybraných zájemců předložili smlouvy, které pro svoji neurčitost nejsou platnými smlouvami, respektive se v době podání žádosti o účast nejedná o smlouvy účinné. Žalobní námitka uvedená v bodě [14] tohoto rozhodnutí je tedy důvodná a již samotná zakládá důvod pro zrušení rozhodnutí ve smyslu ustanovení § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s.“

[7] Pokud stěžovatel v kasační stížnosti namítal, že krajský soud dovodil obecnou povinnost (pravomoc) stěžovatele prohlašovat subdodavatelské smlouvy za neplatné (neúčinné) z důvodu jejich neurčitosti, pak se dle Nejvyššího správního soudu dopustil dezinterpretace shora citovaného závěru krajského soudu. Tento závěr je třeba zasadit do kontextu nyní posuzované věci, v níž žalobkyně již ve správním řízení namítala, že při prokazování ekonomické kvalifikace subdodavatelem je nezbytné § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách vykládat tak, že dodavatel musí předložit platnou a určitou smlouvu, ze které bude vyplývat závazek subdodavatele, že dodavateli poskytne potřebné finanční zdroje. Dle názoru žalobkyně pak ze smluv předložených některými uchazeči nebylo patrné, kdy jim jejich subdodavatel poskytne finanční zdroje a v jakém rozsahu, a proto žalobkyně považovala tyto smlouvy za neplatné, resp. tvrdila, že jimi nemůže být prokázána kvalifikace těchto uchazečů. Stěžovatel k tomu v napadeném rozhodnutí uvedl, že posouzení, zda smlouva splňuje zákonem stanovené požadavky, je zcela v kompetenci komise posuzující kvalifikaci (zadavatele). Stěžovatel dále konstatoval, že pokud kvalifikační komise nevyhodnotila žádnou ze smluv jako nespĺňující požadavky zákona o veřejných zakázkách, nepřísluší mu takové smlouvy hodnotit. Názor stěžovatele byl však v rozporu se závěry rozsudku ze dne 16. 12. 2014, č. j. 2 As 120/2014 – 40, v němž Nejvyšší správní soud jednoznačně konstatoval, že stěžovatel přezkoumává soulad procesu omezení počtu zájemců v užším řízení se všemi zákonnými požadavky, tedy přirozeně i to, zda nedošlo k porušení zákona při prokazování splnění kvalifikace podle § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Z ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu (srov. např. rozsudek ze dne 23. 7. 2008, č. j. 3 As 51/2007 – 84, či ze dne 19. 12. 2008, č. j. 8 Afs 66/2008 – 71, všechna v tomto rozsudku citovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná z www.nssoud.cz) přitom plyne, že pokud se správní orgán v rozhodnutí o opravném prostředku

pokračování

nevypořádá se všemi námitkami, které v něm byly uplatněny, způsobuje to nepřezkoumatelnost jeho rozhodnutí spočívající v nedostatku důvodů. Krajský soud tedy zcela správně a v souladu se závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu konstatoval, že pokud se žalovaný námitkami žalobkyně poukazujícími na porušení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách (včetně námítky neurčitosti předložených smluv) nezabýval, je dán důvod pro zrušení napadeného rozhodnutí [krajskému soudu lze v tomto směru vytknout pouze to, že mylně podřadil tento důvod pod § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s., ač správně měl napadené rozhodnutí zrušit pro nepřezkoumatelnost podle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s.; tato vada nicméně neměla vliv na zákonnost napadeného rozsudku]. Právní názor krajského soudu se tedy svou podstatou vztahoval k vadě napadeného rozhodnutí (nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů), které se stěžovatel v daném případě dopustil, a nezakládá tak žalovanému jakousi *ex officio* povinnost (pravomoc) posuzovat obecné náležitosti subdodavatelských smluv.

[8] Jestliže se stěžovatel svou kasační stížností pokoušel zpochybňovat svou povinnost posuzovat (na základě námítky vznesené uchazečem ve správním řízení) soulad dokumentů předložených jednotlivými uchazeči s požadavky stanovenými § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, pak je kasační stížnost v této části podle § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. nepřijatelná. Ustanovení § 104 odst. 3 s. ř. s. totiž zajišťuje, aby se Nejvyšší správní soud nemusel znovu zabývat věcí, u které již jedenkrát svůj právní názor závazný pro krajský soud vyslovil, a to v situaci, kdy se krajský soud tímto právním názorem řídil (srov. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 6. 2008, č. j. 2 Afs 26/2008 – 119). Nejvyšší správní soud přesto *obiter dictum* k argumentaci stěžovatele dodává, že v nedávné době potvrdil rozsudkem ze dne 14. 5. 2015, č. j. 3 As 204/2014 – 46, právní názor Krajského soudu v Brně vyjádřený v rozsudku ze dne 6. 10. 2014, č. j. 62 Af 57/2013 – 90, dle něhož musí ze smlouvy mezi uchazečem a jeho subdodavatelem ve smyslu § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách vyplynout konkrétní závazek subdodavatele, jenž spolehlivě dokládá reálné poskytnutí věcí či práv, s nimiž je dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a jeho natolik přesný popis, aby bylo možno pro prokázání kvalifikace posoudit skutečný a konkrétní podíl subdodavatele na veřejné zakázce realizované uchazečem. Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku rovněž konstatoval, že pokud má ze subdodavatelské smlouvy vyplývat „závazek subdodavatele“, je primárně třeba, aby smlouva vůbec obsahovala jasně vymezenou kvalifikační dovednost (schopnost, licenci, zkušenost) a reálný platný závazek k jejímu plnění. Subdodavatelská smlouva proto vždy musí splňovat minimálně obecné požadavky na platnost právních jednání a musí být dostatečně určitá a srozumitelná. Stěžovatel tak při zkoumání splnění povinnosti dodavatele předložit smlouvu v souladu § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách musí v první řadě učinit závěr, zda se vůbec jedná o „smlouvu“ (tj. právní institut soukromého práva); teprve poté se může věnovat hodnocení, zda z ní vyplývá dostatečně konkrétní závazek ve smyslu shora citované judikatury. Stěžovatel přitom standardně postupuje podle § 113 a násl. zákona o veřejných zakázkách a je tak právně irelevantní, z jakého konkrétního důvodu (tj. zda se tak stalo z důvodu, že dodavatel předložil smlouvu s nedostatečně konkretizovaným závazkem nebo že předložil dokument, který se za smlouvu ve smyslu soukromého práva vůbec považovat nedá) případně shledá porušení povinnosti stanovené v § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. Stěžovatel tedy svým postupem nijak nenahrazuje činnost obecných soudů a autoritativně nevyslovuje, zda je subdodavatelská smlouva platná (účinná). Pokud stěžovatel namítal, že mu ze zákona o veřejných zakázkách neplyne oprávnění posuzovat náležitosti smluv podle občanského zákoníku, pak je takové oprávnění dáno již tím, že zákonodárce v § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách užil termín „smlouva“.

IV. Závěr a náklady řízení

[9] Z výše uvedených důvodů dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že nebyly naplněny tvrzené důvody podané kasační stížností, a proto ji podle § 110 odst. 1 *in fine* s. ř. s. zamítl.

[10] O nákladech řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s., podle něhož má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Naopak žalobkyně ve věci plný úspěch měla, avšak žádné náklady neuplatnila a ani z obsahu spisu nevyplývá, že by jí nějaké náklady vznikly; Nejvyšší správní soud jí tedy náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznal. Osoba zúčastněná na řízení má podle § 60 odst. 5 s. ř. s. právo na náhradu jen těch nákladů řízení, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. V tomto řízení však osobě zúčastněné na řízení žádná povinnost uložena nebyla, proto ani ona nemá právo na náhradu nákladů řízení.

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

V Brně dne 27. srpna 2015

JUDr. Miluše Došková
předsedkyně senátu