



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Davida Hipšra a soudců JUDr. Tomáše Foltase a Mgr. Lenky Krupičkové v právní věci žalobce: **obec Rovná**, se sídlem Rovná 40, zast. Mgr. Rostislavem Částkou, advokátem se sídlem Limnická 1246, Nejdek, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 1. 2019, č. j. 29 Af 85/2016 – 202,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II.** Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I.

[1] Žalobce zahájil dne 8. 7. 2014 zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Zateplení a výměna oken ZŠ a MŠ Rovná“. Rozhodnutím ze dne 13. 4. 2015, č. j. ÚOHS-S94/2015/VZ-9137/2015/523/LSt, žalovaný shledal, že se žalobce dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) a d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „zákon o veřejných zakázkách“ nebo „zákon“). Deliktů se dopustil postupem v rozporu s § 60 odst. 2 a porušením zásady transparentnosti dle § 6 odst. 1 tohoto zákona. Deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) se dopustil konkrétně tím, že vyloučil uchazeče-společníky společnosti „Společnost DESIGNSTAV KARLOVY VARY s. r. o. & DOZORSTAV s. r. o.“, aniž by byl z rozhodnutí o vyloučení ze dne 1. 12. 2014 patrný důvod vyloučení. Uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d) se pak dopustil tím, že v rozporu s § 111 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách uzavřel se společností 3xN spol. s r. o. smlouvu na plnění veřejné zakázky před uplynutím 10 kalendářních dnů ode dne, v němž společníci vyloučeného uchazeče obdrželi rozhodnutí, jimž zadavatel nevyhověl jejich námitkám proti rozhodnutí o vyloučení. Za oba delikty uložil žalovaný pokutu ve výši 250 000 Kč. Předseda žalovaného zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí o uložení pokuty.

II.

[2] Žalobce podal proti rozhodnutí předsedy žalovaného žalobu ke Krajskému soudu v Brně, který ji rozsudkem ze dne 28. 1. 2019, č. j. 29 Af 85/206 – 202 zamítl. Nepřisvědčil námitce, že odůvodnění rozhodnutí o vyloučení uchazeče z důvodu nesplnění kvalifikačních předpokladů bylo sice strohé, ale dostatečné. Přihlédl sice k tomu, že žalobce je malou obcí bez odborného aparátu. I na něj se však stejně jako na kohokoli jiného vztahují pravidla pro zadávání veřejných zakázek. Plně se ztotožnil se závěrem obou správních rozhodnutí, že odůvodnění rozhodnutí o vyloučení uchazeče je abstraktní a nedostatečné. Odůvodnění musí obsahovat konkrétní a přesvědčivé důvody pro vyloučení zájemce. Tyto informace uchazeč potřebuje mj. k obraně proti vyloučení prostřednictvím námitek. Pokud se tak nestalo, nelze rozhodnutí o vyloučení považovat za řádně odůvodněné. Uchazeči tak byla upřena možnost efektivně namítat proti svému vyloučení. Žalobce sice před samotným vyřazením vyzval uchazeče k doplnění dokladů o splnění kvalifikace, avšak ani v této výzvě nekonkretizoval, v čem spatřuje nedostatečnost dokladů. Postup žalobce tak nebyl transparentní. Pokud žalobce teprve v rozhodnutí o námitkách a následně v podané žalobě vysvětloval věcné důvody vyloučení uchazeče, míjí se takový postup s podstatou správního deliktu, za který mu byla uložena sankce. Dodatečným zdůvodněním nelze zhojit netransparentnost rozhodnutí o vyloučení uchazeče. Pokud žalobou napadené rozhodnutí reagovalo na rozkladové námítky, šlo o reakci vyslovenou nad rámec rozhodného, bez dopadu na podstatu správního deliktu. Proto se krajský soud nezabýval žalobní námitkou směřující k samotným důvodům vyloučení uchazeče. I kdyby dospěl k tomu, že samotné vyloučení uchazeče bylo v souladu se zákonem, neměnilo by to nic na závěru o spáchání správního deliktu.

[3] Krajský soud nepřisvědčil ani názoru, že se žalobce nemohl výše uvedeného deliktu dopustit, protože skutková podstata § 120 odst. 1 písm. a) zákona míří na „zadání“ veřejné zakázky, nikoli na proces jejího „zadávání“. Správní delikt podle uvedeného ustanovení je považován za obecnou skutkovou podstatu a zahrnuje široké spektrum jednání zadavatele, kterým nebyl dodržen postup podle zákona o veřejných zakázkách, pokud tímto jednáním došlo nebo mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Časově může dojít k nedodržení zákona v kterékoli fázi zadávání. Restriktivní přístup žalobce, který uvedenou skutkovou podstatu vztahuje pouze k pochybení při rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, by v konečném důsledku znamenal, že by veškerá pochybení zadavatele v době před rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky nemohla být považována za správní delikt a byla vyňata z dohledové pravomoci žalovaného. Důvodnou rovněž neshledal námitku, že žalobce vynaložil veškeré úsilí k tomu, aby porušení povinnosti zabránil. Za takové úsilí nelze považovat obecně formulovanou výzvu uchazeče ze dne 10. 11. 2014. Ani ta totiž neobsahovala dostatečně konkrétní vysvětlení, proč považuje zadavatel doklady ke splnění kvalifikačních předpokladů za dostatečné.

[4] Krajský soud nepřisvědčil ani námitce, podle které nebyla naplněna skutková podstata § 120 odst. 1 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, neboť vítězný uchazeč neměl právo obrátit se na žalovaného s návrhem na nařízení přezkoumání úkonů zadavatele, protože nikdy jako uchazeč fakticky neexistoval – jeho vyloučením zaniklo sdružení obou firem. Zdůraznil, že žalobce uzavřel smlouvu o dílo s vítězným uchazečem čtyři dny po doručení rozhodnutí o námitkách vyloučenému uchazeči. K porušení uvedeného ustanovení došlo z důvodu nedodržení blokační desetidenní lhůty. Poukázal na smysl oprávnění domáhat se přezkumu rozhodnutí o námitkách, s akcentem na požadavek na jeho včasnost, neboť po rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s jiným uchazečem již nemůže zakázku získat.

[5] K námitce, že žalovaný nebyl oprávněn zahájit správní řízení, protože vyloučený uchazeč nesložil kauci, krajský soud poukázal na oprávnění žalovaného zahájit řízení jak na návrh, tak z moci úřední. To je možné zahájit na základě podnětu kohokoli nebo z vlastní úřední

pokračování

činnosti. Proto ani zastavení řízení z důvodu nesplnění předepsaných náležitostí (např. nesložení kauce) není na překážku vedení řízení z moci úřední.

[6] Krajský soud nepřisvědčil ani žalobním námitkám o tom, že žalovaný vedl v dané věci souběžně dvě správní řízení či že nebylo možné podat námitky proti úkonům zadavatele, neboť se jednalo o zakázku malého rozsahu.

[7] Nedůvodnými shledal rovněž žalobní námitky o zjevné nepřiměřenosti výše uložené pokuty. Poukázal na zájem na respektování zásady transparentnosti, neboť uchazeč byl vyloučen a nemohl se nadále zadávacího řízení účastnit. Vyloučený uchazeč předložil nejnížší nabídkovou cenu a v případě hodnocení nabídky tohoto uchazeče mohla být jeho nabídka vyhodnocena jako nejvýhodnější. K tomu přistupuje ještě závažnost spočívající v nedodržení blokační lhůty, čímž byla tomuto uchazeči *de facto* znemožněna možnost přezkoumání úkonů zadavatele. Přihlédl i k objemu prostředků, s nimiž žalobce disponuje v rámci svého rozpočtu a dospěl k závěru, že výše pokuty není nespravedlivá ani likvidační. Výše sankce byla žalovaným rovněž dostatečně, logicky a srozumitelně odůvodněna. Žalobce pak neuplatnil žádná konkretizovaná a individualizovaná tvrzení, z nichž by plynulo, že sankce byla uložena ve zjevně nepřiměřené výši. Proto nebyly splněny ani podmínky pro moderaci pokuty.

III.

[8] Žalobce (dále jen „stěžovatel“) podal proti rozsudku krajského soudu v zákonné lhůtě kasační stížnost z důvodů dle § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) s. ř. s.

[9] Podle jeho názoru je klíčová druhá část § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, tedy hledisko, zda stěžovatel svým jednáním podstatně ovlivnil či mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Je přesvědčen, že jeho postup nemohl nijak ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, protože vyloučený uchazeč by stejně musel být vyloučen, protože jeho nabídka nesplňovala zákonné požadavky a nebylo z ní zřejmé, kdo je uchazečem. Soud se však touto námitkou vůbec nezabýval s tím, že to nemá vliv na rozhodnutí o deliktu. Stěžovatel s tím nesouhlasí; pokud by bylo prokázáno, že uchazeč by byl stejně vyloučen, tak se nemohl dopustit jednání, kterým by ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Nemohlo by dojít k naplnění skutkové podstaty a tato skutečnost by měla být zohledněna nejenom při posouzení zavinění, ale i v otázce posouzení výše uložené pokuty. Fakt, že mezi firmami DESIGNSTAV a DOZORSTAV byla uzavřena smlouva o společnosti, ještě neznamená, že budou vůči stěžovateli vystupovat společně a nerozdílně. Jediným závazným úkonem mezi stěžovatelem a uchazečem by byla smlouva o dílo, kterou uchazeč předložil. Z té jednoznačně vyplývá, že byla uzavřena jen mezi stěžovatelem a firmou DESIGNSTAV a nelze z ní dovodit, že by zavazovala i společnost DOZORSTAV. Vzájemná smlouva mezi těmito společnostmi však zavazuje pouze je a je nerozhodná pro případnou odpovědnost ze smlouvy o dílo. Pokud je nabídka v rozporu s předloženou smlouvou o dílo, je předmětná nabídka podána v rozporu se zákonem a musela by být tak jako tak vyřazena. Uvedený uchazeč proto nesplňoval zadávací podmínky, jeho nabídka byla zmatečná a jako taková by stejně musela být vyřazena. Podrobné neodůvodnění vyloučení uchazeče není netransparentní, pokud je uveden hlavní důvod – nesplnění kvalifikace. Stěžovatel navíc opakovaně uváděl, že smlouvu s uchazečem nelze uzavřít, protože tento právně neexistuje. Důvodem, který zákon o veřejných zakázkách požaduje v písemném oznámení rozhodnutí o vyloučení, bylo nesplnění kvalifikace. Žádné další povinnosti stran rozsahu odůvodnění zákonem zadavateli nestanoví a nestanoví ani rozsah odůvodnění. Stěžovatel poukázal rovněž na § 59 zákona upravující způsob hodnocení kvalifikace uchazeče, ze kterého podle něj plyne, že odůvodnění není v souladu se zákonem vyžadováno, pouze konstatování, zda důvod vyřazení prokázal či neprokázal.

[10] Podle stěžovatele nebyla žalovaným dostatečně zohledněna skutečnost, že se jednalo o zakázku malého rozsahu. Ustanovení § 110 zákona se týká jen nadlimitních a podlimitních zakázek a není pro zakázky malého rozsahu závazné. Pokuta byla uložena, jakoby se jednalo o zakázku podlimitní. Uložená pokuta představuje skoro 8% z nabídkové ceny. Maximální sankce je přitom 10%. Byla tak uložena sankce obdobně jako u nadlimitní či podlimitní zakázky a skoro v maximální míře. Žalovaný nezohlednil, že se u stěžovatele jedná o první pochybení a ještě u zakázky malého rozsahu. Krajský soud chybně vycházel z ceny zakázky včetně DPH, přitom v celém zákoně se hovoří o cenách bez DPH. Fakticky tak byla pokuta stanovena daleko vyšší a nad rámec zákona.

[11] Za nesprávné považuje stěžovatel rovněž názory krajského soudu ohledně tvrzeného překročení pravomoci žalovaného k uložení pokuty. V důsledku chybné koncepce zákona nelze uložit pokutu za jednání, kterého se měl stěžovatel dopustit. Krajský soud pouze konstatoval, že „pokud by byl zákon špatně“, tak by nemohla být ukládána pokuta. Nevysvětlil však, proč neobstojí názor stěžovatele, že zákon je opravdu chybně koncipován a umožňuje sice dohled a konstatování porušení zákona, ale již ne uložení pokuty (vyjma případů výslovně uvedených v zákoně). Pokud krajský soud stěžovateli nevysvětlil, proč je případně jeho názor chybný, je jeho rozhodnutí v této části nepřezkoumatelné. Stěžovatel odmítá názor, že zadáním veřejné zakázky ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona se sice rozumí rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy, ale rovněž tento pojem zahrnuje i celý postup vedoucí k rozhodnutí o vítězné nabídce, tedy postup zadávání veřejné zakázky. Takový výklad jde proti textu zákona, který rozlišuje zadání a zadávání veřejné zakázky. Stěžovatel tak považuje uloženou pokutu za nedůvodně a nepřiměřeně vysokou.

IV.

[12] Žalovaný navrhl zamítnutí kasační stížnosti. Plně se ztotožnil s názory krajského soudu. K tvrzení o nesplnění předpokladu, že zadavatel ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, zdůraznil, že nebyl oprávněn přezkoumávat případné důvody pro vyloučení uchazeče, protože stěžovatel žádné důvody v rozhodnutí o vyloučení ani v jiných podstatných dokumentech zadávacího řízení neuvedl. Právě v absenci důvodů pro vyloučení spočívalo pochybení stěžovatele následně postižené jako správní delikt. K námitce nemožnosti ovlivnit postupem zadavatele výběr nejvhodnější nabídky zdůraznil, že jednání tohoto typu bylo způsobitelné takový výběr ovlivnit. Potenciální možnost ovlivnění byla dána, protože pouze řádné odůvodnění rozhodnutí o vyloučení dodavatele naplňuje požadavek dodržení zásady transparentnosti zadávacího řízení. Případné námitky týkající se nezbytnosti následného vyloučení dodavatele byly proto pro toto řízení nerozhodné.

[13] Zadavatel zahájil zadávací řízení postupem platným pro podlimitní zakázky a za této situace byl povinen bez ohledu na hodnotu zakázky řízení dokončit postupem platným pro podlimitní veřejné zakázky. V případě, že zadavatel deklaruje při zahájení zadávacího řízení postup pro podlimitní zakázku, ačkoli se jedná o zakázku malého rozsahu, vytváří se fikce, že zadává zakázku podlimitní. Proto je bez vlivu na výši uložené pokuty skutečnost, že se jednalo o zakázku malého rozsahu, ačkoli si zadavatel sám zvolil režim podlimitní zakázky. Žalovaný při úvaze o výši pokuty nepřekročil maximální sazbu ve výši 10% z ceny zakázky

[14] Žalovaný rovněž přisvědčil krajskému soudu ve výkladu pojmu „postup pro zadání veřejné zakázky“, který je třeba ztotožnit s pojmem „zadávací řízení“ dle § 17 písm. m) zákona, tedy vyložit jej jako postup zadavatele podle zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, tedy postup od zahájení procesu zadávání až do výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.

pokračování

V.

[15] Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.).

[16] Kasační stížnost není důvodná.

[17] Podle stěžovatele bylo rozhodující, zda svým jednáním podstatně ovlivnil nebo mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a krajský soud se touto námitkou vůbec nezabýval. Tato námitka není důvodná.

[18] Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

[19] Ve věci nebylo pochyb, jaké skutkové jednání bylo shledáno podkladem pro závěr o spáchání deliktu, za který žalovaný uložil stěžovateli pokutu. Ve vztahu ke shora citovanému ustanovení kladl stěžovateli za vinu, že rozhodl o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, aniž by v rozhodnutí náležitě uvedl důvod vyloučení. Tím uchazeči *de facto* znemožnil podat proti rozhodnutí o vyloučení kvalifikované námitky, neboť ten v důsledku zcela nedostatečného odůvodnění nevěděl, proti čemu má vlastně brojit. V rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze dne 1. 12. 2014 žalovaný konstatoval: „*z výše uvedeného vyplývá, že nabídka uchazeče je nepřijatelná, protože za nepřijatelnou nabídku se považuje nabídka, která nesplnila základní zadávací podmínky dle § 60 odst. 1 zákona č. 137/2006 – uchazeč, tedy ve své nabídce nesplnil zadávací podmínky z hlediska úplnosti předložení dokladů pro splnění kvalifikačních kritérií. Při posouzení nabídek se zejména posuzuje (kontroluje) zda nabídka v plném rozsahu respektuje zadávací podmínky stanovené zadavatelem, tedy zda nabídka v plném rozsahu respektuje zadávací podmínky stanovené zadavatelem, tedy zda ustanovení uvedené v nabídce uchazeče zcela respektují zadávací podmínky.*“ Není třeba na tomto místě podrobněji zdůvodňovat, že citovaná pasáž rozhodnutí o vyloučení uchazeče skutečně žádné konkrétní důvody neobsahuje. Je trojí variací na prostý text právní úpravy, bez jakéhokoli náznaku, v čem konkrétně stěžovatel spatřuje nesplnění kvalifikačních kritérií.

[20] Stěžovatel setrvává na přesvědčení, že jeho případné pochybení nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Krajskému soudu vytýká názor, že se konkrétním důvodem vyřazení nemůže zabývat, protože nebyl zadavatelem v rozhodnutí o vyloučení uchazeče vyjeven (odst. 40 rozsudku). Ani zde nelze stěžovateli přisvědčit. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 5. 2014, č. j. 2 Afs 23/2013 - 39, zdůrazňuje: „*rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení (...) musí dostát požadavkům uvedeným v § 76 odst. 6 ZVZ, tedy musí obsahovat důvody vyloučení a musí být vylučovanému uchazeči písemně oznámeno. Tyto povinnosti úzce souvisí s právem uchazeče bránit se proti svému vyloučení námitkami (§ 110 an. ZVZ) a posléze, nevyhoví-li jim zadavatel, také návrhem na zahájení správního řízení o přezkumu úkonů zadavatele u stěžovatele (§ 114 ZVZ). Ustanovení § 110 odst. 5 ZVZ (nyní obdobně § 110 odst. 9 ZVZ) podmiňuje podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele podáním řádných námitek ve stejné věci; přitom platí, že podání námitek je nutno posuzovat nikoli pouze formálně, ale především materiálně. To v praxi znamená, že pokud uchazeč určité pochybení zadavateli nevytýkal již v námitkách proti jeho úkonu či rozhodnutí, nemůže tak již relevantně a úspěšně učinit v návrhu na zahájení správního řízení. Při vědomí této (do jisté míry) obdoby zásady koncentrační tedy platí, že obsah návrhu na zahájení řízení o přezkumu úkonů zadavatele je determinován obsahem podaných námitek a že uchazeč nemůže úspěšně návrhem brojit proti něčemu, co zadavatel v námitkách nevytkl. Na druhou stranu, aby tak mohl učinit, musí uchazeč znát v dostatečně podrobné míře důvody, pro které zadavatel postupoval*

zvoleným způsobem. Je potom logické, že nelze připustit, aby zadavatel absentující důvody dodatečně prezentoval teprve v rozhodnutí o námitkách proti svému úkonu. Rovnost zadavatele a uchazeče se potom projevuje i v opačném směru, neboť obdobně ztíženou pozici by měl zadavatel, pokud by bylo přípustné, aby si uchazeč nechával některé námitky „v záloze“ na pozdější dobu (projevem tohoto přístupu je například časové omezení možnosti uplatnění některých typů námitek, například proti zadávacím podmínkám). Požadavek § 76 odst. 6 ZVZ, aby byl vyloučený uchazeč seznámen s důvody svého vyloučení, má proto vliv na podobu jeho dalších procesních kroků, a to jednak na obsah námitek proti rozhodnutí o vyloučení, jednak na obsah následného návrhu na zabránění správního řízení o přezkumu úkonů zadavatele.“ Z žalobou napadeného rozhodnutí je bezpečně zřejmé, že sankce byla v souladu s § 120 odst. 1 písm. a) zákona uložena právě jako důsledek neuvedení důvodů v rozhodnutí o vyloučení uchazeče. Je rovněž bezpečně zřejmé, že důvody v uvedeném rozhodnutí skutečně uvedeny nebyly. Jaké důsledky má uvedené pochybení na další průběh zadávacího řízení, vyplývá z citovaného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu. Fatální důsledky chybějících konkrétních důvodů rozhodnutí pro právo vyloučeného uchazeče brojit proti vyloučení relevantními námitkami, včetně práva domáhat se přezkumu postupu zadavatele u žalovaného, mají nepochybně vliv na férovost celého zadávacího řízení a dodržení zásady jeho transparentnosti. Žalovaný proto nepochybil, pokud již v této okolnosti shledal naplnění skutkové podstaty správního deliktu a uložil za něj pokutu. Krajský soud postupoval rovněž správně, pokud zdůraznil, že k naplnění skutkové podstaty správního deliktu došlo již tím, že stěžovatel v rozhodnutí neuvedl žádné konkrétní důvody a nepřihlédl k jejich alespoň rámcovému uvedení v rozhodnutí o námitkách. Přijetí názoru stěžovatele, že lze absenci důvodů vyloučení překlenout poukazem na (domnělou) nezbytnost uchazeče stejně následně vyloučit a z toho plynoucí názor, že zadavatel nemohl svým nesprávným postupem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, by znamenalo absolutní popření smyslu požadavku na zřetelné sdělení důvodů vyloučení ve vazbě na následná procesní oprávnění vyloučeného uchazeče. Bylo by tak vždy možné chybějící konkrétní důvody následně omlouvat tvrzeními týkajícími se věci samé - konkrétních důvodů vyloučení, aniž by měl vyloučený uchazeč procesní prostor proti nim u zadavatele a následně u žalovaného brojit, názor zadavatele případně zvrátit nebo alespoň tento názor znát.

[21] Lze se ztotožnit i s názorem krajského soudu, že žalobní rozhojnění argumentace týkající se věcných důvodů vyloučení - názor, že uchazeč nepodal řádně společnou nabídku více dodavatelů, je patrně reakcí na věcné stanovisko žalovaného k meritorní otázce, zda uchazeč - DESIGNSTAV KARLOVY VARY s. r. o. & DOZORSTAV s. r. o. mohl podat společnou nabídku a mít se s podstatou správního deliktu. Zbývá jen poznamenat, že přístup stěžovatele k této otázce se v průběhu zadávacího a následně správního a soudního řízení vyvíjel. Nejprve zůstal na otázce, jak je tomu s právní osobností společnosti založené podle § 2716 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, s tím, že založení společnosti je od počátku neplatné, že taková společnost nemůže vystupovat jako subjekt právních vztahů. Následně zmínil, že dvě právnické osoby nemohou společnost tohoto typu platně založit, aby jeho argumentace vyústila v kasační tvrzení, že z nabídky nebylo zřejmé, kdo je vlastně uchazečem. Protože krajský soud správně zdůraznil, že tato souvislost není určující pro závěr o naplnění skutkové podstaty správního deliktu, přesto Nejvyšší správní soud připomene, že žalovaný se v odst. 19 a odst. 36 - 38 prvostupňového rozhodnutí podrobně zabývá povahou společnosti založené podle uvedeného ustanovení, přípustností založit takovou společnost právníky osobami a relevantními ustanoveními zákona o veřejných zakázkách k tzv. společné nabídce, včetně požadavků k prokázání kvalifikačních předpokladů u takové společné nabídky. To však stěžovatel ponechává v kasační stížnosti bez konkrétní oponentury, namísto toho se zabývá tím, mezi kterými smluvními stranami měla být případně uzavřena následná smlouva o dílo. Nezabývá proto než znovu obecně uzavřít, že tyto okolnosti nebyly rozhodné pro závěr žalovaného o spáchání správního deliktu a nejsou konečně důvodné ani po věcné stránce.

pokračování

[22] Stěžovatel namítl, že nebyla při úvaze o výši uložené pokuty zohledněna skutečnost, že se jednalo o zakázku malého rozsahu. Ani tato námitka není důvodná. Není sporu, že stěžovatel zahájil zadávání veřejné zakázky postupem platným pro zadávání podlimitní zakázky. Podle § 26 odst. 5 věty druhé zákona o veřejných zakázkách zahájí-li veřejný zadavatel zadávání veřejné zakázky malého rozsahu (§ 12 odst. 3) postupem platným pro zadávání podlimitní veřejné zakázky, postupuje podle ustanovení platných pro zadávání podlimitní veřejné zakázky. Lze tedy bezpečně uzavřít, že byl uchazeč oprávněn podat v souladu s § 110 odst. 1 zákona námitky proti rozhodnutí o vyloučení. Přestože tato skutečnost bezpečně vyplývá z platné právní úpravy a žalovaný v žalobou napadeném rozhodnutí tuto skutečnost k rozkladové námitce náležitě vysvětlil, setrvává stěžovatel na přesvědčení, že jej ustanovení § 110 zákona nezavazuje. Proto nelze než odkázat na výše uvedené. Stěžovatel si však zde rovněž protiče. Nelze současně tvrdit, že vyloučenému uchazeči nesvědčilo právo podat námitky proti rozhodnutí o svém vyloučení a současně tvrdit, že výše zakázky, splňující kritérium zakázky malého rozsahu, se měla projevit ve výši uložené pokuty, což se podle něj nestalo. Jestliže by totiž nemělo uchazeči svědčit právo podat námitky, nemohlo by mu být následně správním orgánem vyčteno, že absencí náležitého odůvodnění jeho vyloučení fakticky zmařil možnost tyto námitky efektivně podat. Pak by však nebylo možné za takové jednání uložit sankci, jejíž snížení se stěžovatel současně domáhá.

[23] Námitku o zakázce malého rozsahu je proto třeba vnímat izolovaně ve vazbě na výši uložené pokuty s tím, že mělo jít o okolnost, která nebyla náležitě zohledněna. Ani tato námitka není důvodná. Žalovaný se již v prvostupňovém rozhodnutí o uložení pokuty (odst. 60 a násl.) podrobně zabýval kritérii určujícími výši uložené sankce. Poukázal na transparentnost jako jednu z nejdůležitějších zásad zadávacího řízení, věnoval se způsobu a intenzitě, jakými k porušení této zásady došlo, jakož i následkům pochybení stěžovatele. Ve shodě s rozhodnutím o uložení pokuty jakož i rozhodnutím o rozkladu považuje Nejvyšší správní soud za závažnou přitěžující okolnost to, že se stěžovatel dopustil rovněž správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d) zákona, neboť uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky před uplynutím 10denní lhůty od doručení rozhodnutí o nevyhovění námitkám vyloučenému uchazeči. Tím znemožnil případnou následnou nápravu uvedeného pochybení cestou přezkumu úkonů zadavatele žalovaným. Tuto skutečnost považuje kasační soud za natolik významnou, že plně odůvodňuje uložení sankce ve zvolené výši. Nelze ji proto považovat za nepřiměřeně vysokou s odkazem na výši zadávané zakázky. Výhrady nelze mít ani k tomu, jakým způsobem žalovaný přihlédl k ekonomické situaci stěžovatele, aby uložena sankce měla současně represivní a preventivní funkci.

[24] Stěžovatel setrvává na názoru, že krajský soud interpretoval § 120 odst. 1 písm. a) zákona nepřipustně extenzivním způsobem, že je právní úprava nesprávně koncipována a umožňuje pouze dohled a konstatování porušení zákona, ale ne již uložení pokuty. Není mu zřejmé, jakým způsobem se měl dopustit deliktu při rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Důraz klade na odlišnost v pojmech „*žadání*“ a „*žadávání*“ veřejné zakázky. Ani zde nelze stěžovateli přisvědčit. Stěžovatel izolovaně klade v označené skutkové podstatě důraz na pojem „*žadání*“ veřejné zakázky s poukazem na § 17 písm. k) zákona o veřejných zakázkách, podle kterého se tímto pojmem rozumí rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, uskutečněné v zadávacím řízení. Krajský soud však zcela správně zdůraznil, že rozhodným není v této souvislosti to, co zákon o veřejných zakázkách rozumí pojmem „*žadání*“, ale jaký je obsah spojení „*postup stanovený tímto zákonem pro žadání veřejné zakázky*“, které představuje vymezení objektivní stránky správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Krajský soud tedy nepodřazoval spojení „*postup stanovený tímto zákonem*“ pod rozsah pojmu „*žadání*“, ale vymezil toto spojení, neboť s ním jako celkem počítá skutková podstata správního deliktu. Není pochyb, že skutkovou podstatou je pokryto nejen samotné

zadání veřejné zakázky, ale rovněž postup vedoucí k zadání zakázky. To umožňuje bezpečný závěr, že správního deliktu se lze dopustit nejen při samotném rozhodování zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, ale i v procesu, který zadání předchází, tedy při postupu od zahájení procesu zadávání až do výběru nejvhodnější nabídky. Žalovaný se proto nedopustil nepřípustně extenzivního výkladu právního předpisu a neuložil stěžovateli sankci podle ustanovení, které na jeho situaci nedopadá.

[25] S poukazem na shora uvedené důvody Nejvyšší správní soud zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

[26] Soud rozhodl o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, protože mu v řízení o kasační stížnosti nevznikly žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti.

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

V Brně dne 10. září 2020

Mgr. David Hipšr
předseda senátu