



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Tomáše Rychlého a soudců JUDr. Jaroslava Vlašína a Mgr. Tomáše Kocourka v právní věci žalobce: **Statutární město Třinec**, se sídlem Jablunkovská 160, Třinec, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Nehlsen Třinec, s. r. o.**, se sídlem Jablunkovská 392, Třinec, zastoupená Mgr. Ursulou Wojnarovou, advokátkou se sídlem Frýdecká 494, Třinec, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 24. 9. 2019, č. j. 29 Af 4/2018 – 103,

takto:

- I. Kasační stížnost **se zamítá**.
- II. Žádnému z účastníků **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

[1] Předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 14. 11. 2017, č. j. ÚOHS-R0131/2017/VZ-33346/2017/323/Lva, zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 7. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0224/2017/vz-22727/2017/533/TKr. Posledně uvedeným rozhodnutím žalovaný rozhodl, že žalobce jako zadavatel při zadávání veřejné zakázky „*Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince*“ postupoval v rozporu se zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „*zákon o zadávání veřejných zakázek*“), protože do podmínek účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) zákona o zadávání veřejných zakázek, vymezených v bodě 6.1 „*Návrh smlouvy*“ zadávací dokumentace, zahrnul požadavek – obchodní podmínku – spočívající v doložení dokladu (certifikátu) o odborné kvalifikaci dodavatele dle systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle OHSAS 18001 nebo certifikátu rovnocenného (dále jen „*certifikát*“), ačkoliv tento požadavek

odpovídá kritériu technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. e) téhož zákona, a jedná se tak o podmínku účasti dle § 37 odst. 1 písm. a) téhož zákona (výrok I.). Dále žalovaný výrokem II. zrušil zadávací řízení na uvedenou veřejnou zakázku, ve výroku III. žalobci uložil až do pravomocného skončení řízení před žalovaným zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na tuto veřejnou zakázku a výrokem IV. mu stanovil povinnost uhradit náklady řízení.

[2] Povinnost k předložení certifikátu stanovil žalobce v čl. 6 (*Obchodní podmínky*), bodu 6.1 (*Návrh smlouvy*) zadávací dokumentace, kde uvedl: „Dále musí uchazeč doložit formu a způsob dodržování bezpečnostních předpisů a podrobně popsat kontrolu dodržování bezpečnostních předpisů, přičemž rovněž musí do nabídky doložit doklad (certifikát) o odborné kvalifikaci dodavatele dle systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle OHSAS 18001, jenž je zaveden a používán v organizaci uchazeče nebo certifikátu rovnocenného vydaného v členském státě Evropské unie, certifikát musí být vydán akreditovanou osobou.“

[3] Proti rozhodnutí předsedy žalovaného brojil žalobce žalobou u Krajského soudu v Brně (dále jen „*krajský soud*“), který ji rozsudkem ze dne 24. 9. 2019, č. j. 29 Af 4/2018 – 103, zamítl jako nedůvodnou.

[4] Za podstatu sporu krajský soud označil polemiku žalobce s názorem žalovaného, podle něhož byl postup žalobce jako zadavatele v rozporu se zásadou transparentnosti, neboť podmínka certifikátu je podmínkou technické kvalifikace, avšak žalobce ji nesprávně označil jako podmínku obchodní. Krajský soud shrnul judikaturní pojetí zásady transparentnosti a citoval příslušnou úpravu zákona o zadávání veřejných zakázek. Poté přisvědčil žalovanému, že chybné zařazení podmínky certifikace mezi obchodní podmínky je porušením uvedené zásady. Opřel se přitom zejména o rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 8. 2007, č. j. 7 Afs 27/2007 – 707. V něm byla řešena dle krajského soudu „*téměř identická situace*“, kdy zadavatel rovněž zařadil požadavek shodného certifikátu (OHSAS 18001) mezi obchodní podmínky.

[5] Nejvyšší správní soud k tomu tehdy konstatoval, že takový postup zadavatele není možné dodatečně legitimizovat tím, že jej orgán dohledu zařadí mezi jiné zákonem vymezené kritérium. Tyto judikaturní závěry bylo podle krajského soudu nutné užít i v nyní projednávané věci tím spíše, že zakázka byla zadána v užším řízení, u něhož zákon předepisuje, aby zadavatel nejprve posoudil kvalifikaci uchazečů a až následně nevyložené uchazeče vyzval k podání nabídek. Krajský soud se pak ztotožnil s názorem předsedy žalovaného, podle něhož tím, že žalobce zařadil podmínku certifikace do obchodních podmínek, způsobil, že posuzování kvalifikace uchazečů oddálil, respektive posunul do pozdější fáze zadávacího řízení. Tím se toto řízení stalo „*hůře kontrolovatelným a čitelným*“, což potvrzuje ostatně i žalobce, jenž v žalobě předložil více alternativ, jak požadavek na certifikaci vykládat.

[6] Krajský soud též neshledal důvodným žalobcův argument, že výše uvedené judikaturní závěry nejsou na nynější věc použitelné, neboť vycházejí z předchozí právní úpravy - zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „*zákon o veřejných zakázkách*“). Krajský soud k tomu shodně s žalovaným konstatoval, že právní úprava původní i nyní platná se shodují v tom, že odlišují od sebe podmínky kvalifikace na straně jedné a obchodní nebo jiné smluvní podmínky na straně druhé.

[7] Proti rozsudku krajského soudu podává žalobce (dále jen „*stěžovatel*“) kasační stížnost, jejíž důvody podřazuje pod § 103 odst. 1 písm. a) a b) soudního řádu správního (dále též „*s. ř. s.*“).

pokračování

[8] Stěžovatel obecně na různých místech kasační stížnosti namítá, že se krajský soud nevyjádřil k jeho námitkám, respektive že se nedostatečně vypořádal s jeho argumenty.

[9] Dále stěžovatel v polemice s napadeným rozsudkem předkládá v zásadě čtyři argumenty: (a) k porušení zásady transparentnosti nedošlo, neboť podmínka certifikace byla „*od samého počátku*“ obsažena v zadávací dokumentaci, která byla řádně zveřejněna; (b) rozsudek č. j. 7 Afs 27/2007 – 707 nelze na věc použít; (c) podmínka certifikace nebyla obchodní podmínkou, ale zvláštní podmínkou plnění veřejné zakázky podle § 37 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek, a (d) vytýkaný postup stěžovatele nikoho nediskriminoval a nemohl mít vliv na účast uchazečů v zadávacím řízení.

[10] K argumentu sub (a) stěžovatel dále uvádí, že uveřejnil kompletní zadávací dokumentaci při zahájení zadávacího řízení a účastníci se tak mohli se všemi podmínkami (včetně sporné podmínky certifikace) seznámit. Proto zařazení podmínky certifikace nemělo reálný vliv na průběh zadávacího řízení kromě toho, že (pokud by podmínka certifikace byla správně zařazena do podmínek kvalifikace) účastník by byl vyloučen již při podání nabídky a nikoli až v pozdějších fázích zadávacího řízení.

[11] Co se týče argumentu sub (b), stěžovatel má za to, že rozsudek č. j. 7 Afs 27/2007 – 707 nelze na věc použít, neboť podle zákona o zadávání veřejných zakázek (na rozdíl od předchozí úpravy) je zadávací dokumentace zveřejněna již při zahájení zadávacího řízení. Naopak za předchozí úpravy (dle zákona o veřejných zakázkách) bylo zveřejnění kvalifikačních kritérií a zadávací dokumentace rozděleno. Podle stěžovatele nemohlo ani dojít k porušení zásady transparentnosti, neboť veškeré podmínky v zadávací dokumentaci byly účastníkům od zahájení zadávacího řízení známy (k tomu též viz předcházející odstavec).

[12] Co se týče argumentu sub (c), stěžovatel nesouhlasí s tím, že podmínka certifikace byla podmínkou kvalifikace. Zákon o zadávání veřejných zakázek zadavateli neukládá konkrétní povinnost (aby podmínku certifikace uváděl jako podmínku kvalifikace) a „*judikatura nebyla natolik rozsáhlá a vytříbená*“, aby stanovovala nutnost zařadit tuto podmínku do kvalifikační dokumentace. V případě certifikace dle stěžovatele šlo o požadavek na doložení formy a způsobu realizace veřejné zakázky a tento požadavek stěžovatel „*náležitě odůvodnil ve svých vyjádřeních*“.

[13] Nakonec k argumentu sub (d), stěžovatel opět zdůrazňuje, že podmínka certifikace byla řádně zveřejněna v zadávací dokumentaci. Mohla mít proto vliv pouze na dobu, kdy by uchazeč tuto podmínku nesplňující byl vyloučen. Nemohla však ovlivnit pořadí uchazečů a na jejich účast v zadávacím řízení.

[14] Žalovaný se ve vyjádření ke kasační stížnosti ztotožňuje s napadeným rozsudkem a označuje jej za přezkoumatelný, správný a v souladu s právními předpisy. Navrhuje, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl jako nedůvodnou. K argumentaci stěžovatele sub (b) uvádí, že předchozí judikatura k zákonu o veřejných zakázkách je použitelná i po změně právní úpravy. Poukazuje na to, že podle zákona o zadávání veřejných zakázek v užším řízení nevymizelo rozdělení zadávacího řízení na dvě fáze a neodpadla ani potřeba prvně posoudit kvalifikaci účastníka zadávacího řízení. Podle žalovaného se stěžovatel nemůže zbavit své povinnosti vést jednotlivé fáze zadávacího řízení v souladu se zákonem poukazem na to, že veškerá potřebná dokumentace byla předem uveřejněna.

[15] Žalovaný se též vyjadřuje k povaze certifikátu [argument stěžovatele sub (c) výše] s tím, že tento certifikát osvědčuje, že daná osoba zavedla systém, který odstraňuje či minimalizuje rizika poškození zdraví v souvislosti s její činností. Certifikát se tedy vztahuje

k osobě dodavatele a jeho schopnosti či způsobilosti, takže podmínka certifikátu nemůže být zařazena jinam než mezi kvalifikační podmínky.

[16] K argumentu stěžovatele sub (d) výše žalovaný poukazuje na to, že zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces a zadavatel musí následovat kroky podle zákona a nikoli postupovat dle svého uvážení. Pokud by tedy stěžovatel jako zadavatel vyzval dodavatele k podání nabídek a poté jim sdělil, že (*de facto*) nesplnili jednu z kvalifikačních podmínek, postupoval by v rozporu se zákonem.

[17] Osoba zúčastněná na řízení se ke kasační stížnosti nevyjádřila.

[18] Nejvyšší správní soud nejdříve hodnotil formální náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že byla podána včas (§ 106 odst. 2 s. ř. s.), osobou oprávněnou (§ 102, věta první s. ř. s.), proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná a za stěžovatele jedná osoba s příslušným právnickým vzděláním (§ 105 odst. 2 s. ř. s.). Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v rozsahu podané kasační stížnosti (§ 109 odst. 3, věta před středníkem s. ř. s.) a z důvodů v ní uvedených (§ 109 odst. 4, věta před středníkem s. ř. s.). Ve věci přitom rozhodl bez nařízení jednání za podmínek vyplývajících z § 109 odst. 2, věty první s. ř. s.

[19] Kasační stížnost není důvodná.

[20] Ze systematického hlediska je nejprve vhodné zabývat se kasačním důvodem podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s., tedy tvrzenou nepřezkoumatelností rozsudku krajského soudu. Stěžovatel sice důvody kasační stížnosti pod toto ustanovení nepodřadil, nicméně z obsahu kasační stížnosti je patrné, že *de facto* namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku pro nedostatek důvodů. Stěžovatel naopak sice podřazuje důvody své kasační stížnosti pod § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s., avšak fakticky neuvádí žádnou argumentaci, jež by se dala pod toto ustanovení podřadit.

[21] Nejvyšší správní soud připomíná, že ze zásady *iura novit curia* (soud zná právo) plyne, že stěžovatel není povinen podřadit tvrzené důvody kasační stížnosti pod konkrétní ustanovení právního předpisu; soud je posuzuje podle jejich obsahu. Stěžovateli nemůže jít k tíži ani fakt, že námitky ve své kasační stížnosti chybně subsumuje pod zákonné důvody vymezené v § 103 odst. 1 s. ř. s. Nejvyšší správní soud je oprávněn sám podřadit kasační námitky podle jejich obsahu pod důvody vymezené v § 103 odst. 1 s. ř. s. (k tomu dále srovnej např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 1. 2004, č. j. 2 Afs 7/2003 – 50; všechna citovaná rozhodnutí tohoto soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz).

[22] Co se týče kasačního důvodu dle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s., pokud by byl napadený rozsudek nepřezkoumatelný, musel by jej Nejvyšší správní soud zrušit, a to i bez námítky stěžovatele. Kasační soud však rozsudek krajského soudu nepřezkoumatelným neshledal, tato námitka tak není důvodná z důvodů předestřených níže.

[23] Stěžovatel v kasační stížnosti k této otázce pouze obecně uvádí, že se krajský soud nevyjádřil k jeho námitkám, respektive že se nedostatečně vypořádal s jeho argumenty. Tomu Nejvyšší správní soud nepřisvědčuje. Krajský soud v rozsudku odpovídajícím způsobem shrnul průběh správního řízení, obsah žalobou napadeného rozhodnutí, rekapituloval podstatné argumenty žaloby a odpověděl na ně v odstavcích 11 až 22 napadeného rozsudku. Stěžovatel konkrétně neuvádí, v čem spatřuje nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku a jaké žalobní body či argumenty krajský soud opomenul vypořádat v hodnotící části rozsudku. Nejvyšší správní soud naopak konstatuje, že krajský soud na žalobní body řádně odpověděl.

pokračování

[24] Vlastním obsahem kasační stížnosti je pak nesouhlas stěžovatele s právním posouzením věci v napadeném rozsudku, tedy kasační důvod dle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Skutkový stav je přitom nesporný, tedy že stěžovatel v zadávací dokumentaci zahrnul podmínku certifikace pod rubriku „Obchodní podmínky“ a nikoli pod podmínky kvalifikace uchazečů.

[25] Žalovaný a ve shodě s ním i krajský soud mají za to, že podmínka certifikace je svojí povahou podmínkou kvalifikace a její chybné zařazení do jiné části zadávací dokumentace způsobuje porušení zásady transparentnosti. Naopak stěžovatel na jedné straně tvrdí, že o kvalifikační podmínku nešlo a jít nemohlo, neboť se jednalo o podmínku zvláštní podle § 37 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek. Na druhé straně pak tvrdí, že podřazení podmínky certifikace pod konkrétní „typ“ podmínky je lhostejné, protože veškeré podmínky (včetně podmínky certifikace) byly zpřístupněny všem uchazečům v zadávací dokumentaci.

[26] Dále je nesporné, že předchozí judikatura Nejvyššího správního soudu se k povaze podmínky této konkrétní certifikace (OHSAS 18001) opakovaně vyjádřila v tom smyslu, že se o podmínku kvalifikace jedná a její chybné zařazení v zadávací dokumentaci nelze překlenout výkladem - jinými slovy její chybné zařazení zatíží zadávací řízení vadou (viz již citovaný rozsudek č. j. 7 Afs 27/2007 - 707, nebo též rozsudek ze dne 30. 9. 2011, č. j. 5 Afs 78/2010 - 186). Stěžovatel uvedené nepopírá, avšak uvádí, že tato judikatura již není použitelná, neboť se týkala předchozí úpravy - zákona o veřejných zakázkách.

[27] Nakonec je též vhodné dodat, že nesporným důsledkem chybného zařazení podmínky certifikace do jiné části zadávací dokumentace je to, že uchazeč nesplňující tuto podmínku by nebyl vyloučen při posuzování kvalifikace (§ 58 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek). Nesplnění této podmínky by se projevilo až v pozdější fázi zadávacího řízení – při vlastním posuzování nabídek. Stěžovatel však tento důsledek považuje za nevýznamný, protože i když by uchazeč (nesplňující podmínku certifikace) nebyl vyloučen v první fázi, konečný výsledek by pro něj byl stejný.

[28] Podle § 79 odst. 2 písm. e) zákona o zadávání veřejných zakázek, pod nějž subsumoval podmínku certifikace žalovaný, *ke prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat popis technického vybavení, popis opatření dodavatele ke zajištění kvality nebo popis zařízení pro výzkum.*

[29] Podle § 37 odst. 1 písm. d) téhož zákona *podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit jako zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.* Tohoto ustanovení se dovolává stěžovatel a je přesvědčen, že podmínka certifikace je takovou „zvláštní podmínkou“ [stěžovatelova kasační námitka sub (c) - viz odstavce [9] a [12] výše].

[30] Nejvyšší správní soud konstatuje, že podmínka certifikace ze své povahy je kritériem technické kvalifikace podle prvně citovaného ustanovení a naopak není a nemůže být podmínkou zvláštní. To plyne již ze samotného znění posledně citovaného ustanovení, které hovoří o zvláštní podmínce jako o *podmínce plnění zakázky*. Znamená to tedy, že tato podmínka nesměřuje **k osobě** uchazeče, konkrétně prokázání technické způsobilosti (kvalifikace) uchazeče, ale výlučně **ke způsobu a kvalitě**, v jaké by uchazeč veřejnou zakázku realizoval (plnil). Naopak podmínka certifikace je obecnější a zjevně nesměřuje a nemůže směřovat přímo k plnění zakázky; naopak osvědčuje kvalifikaci uchazeče, neboť prokazuje jeho určité vlastnosti a „schopnosti“ – váže se tedy konec konců k jeho způsobilosti realizovat veřejnou zakázku.

[31] Stěžovateli také nelze přisvědčit, že by zákon o zadávání veřejných zakázek zadavateli neukládal „konkrétní povinnost“, aby podmínku certifikace uváděl jako podmínku kvalifikace. Zákon přirozeně není tak kasuistický, aby **výslovně** na takovou konkrétní podmínku pamatoval. Pak by byl výčet kvalifikačních podmínek v zákoně takřka nekonečný (argument *ad absurdum*). Ze znění § 79 odst. 2 písm. e) zákona o zadávání zakázek však lze jednoduchou úvahou dovodit, že podmínka certifikace spadá pod prokázání existence „opatření dodavatele k zajištění kvality“ (zde kvality bezpečnosti a ochrany zdraví při práci jeho zaměstnanců), a je tedy podmínkou technické kvalifikace dle zmíněného zákonného ustanovení. Krajský soud proto posoudil tuto otázku správně, pokud dospěl ke shodnému názoru. Odpovídající kasační námitka proto není důvodná.

[32] Jak uvedeno výše, ke shodnému názoru na podmínku certifikace, tj. že se jedná o podmínku technické kvalifikace, již dospěla dřívější judikatura tohoto soudu (viz k tomu odstavec [26] výše). V kasační námitce sub (b) výše stěžovatel tvrdí, že tuto judikaturu není možné použít, neboť vznikla na půdorysu předchozí právní úpravy zákona o veřejných zakázkách, v němž byla výzva ke kvalifikaci oddělena od zveřejnění zadávací dokumentace. Tato odlišnost však není natolik významná, aby odůvodňovala odlišení se od existující ustálené judikatury.

[33] Významné totiž je, že jak podle předchozí, tak i podle nyní platné úpravy je posuzování kvalifikace relativně samostatným prvkem v zadávacím řízení. Podle obou úprav podat nabídku zásadně mohou jen ti uchazeči, kteří svoji kvalifikaci řádně osvědčili v souladu se stanovenými podmínkami. Podle předchozí úpravy v užším řízení *po posouzení kvalifikace zájemců zadavatel vyzve zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky* (§ 28 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách). Podle nyní platné úpravy *po uplynutí lhůty pro podání žádosti o účast zadavatel posoudí kvalifikaci účastníků zadávacího řízení, vyloučí z účasti v zadávacím řízení účastníky zadávacího řízení, kteří neprokázali splnění kvalifikace, a nevyložené účastníky zadávacího řízení vyzve k podání nabídek* (§ 58 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek).

[34] Princip je tedy stále tentýž – v užším řízení zadavatel nejprve posuzuje kvalifikaci uchazečů a pouze řádně kvalifikované uchazeče vyzve k podání nabídek. *A contrario* je tedy vyloučeno, aby zadavatel vyzval k podání nabídek všechny uchazeče bez ohledu na jejich kvalifikaci a teprve v průběhu hodnocení nabídek je případně vyloučil. Takový postup by byl v přímém rozporu s doslovným zněním zákona. Ostatně takový postup by též byl neekonomický a zbytečně by uchazeče zatěžoval, neboť ti by byli *de facto* nuceni účastnit se zadávacího řízení, ačkoli by se v jeho finální fázi (hodnocení nabídek) vlastně ukázalo, že uchazeč ani nebyl kvalifikován. Nejvyšší správní soud tedy uzavírá, že hodnocení podmínky certifikace v judikatuře, která se týkala již neúčinné právní úpravy dle zákona o veřejných zakázkách, je plně použitelné na nyní projednávaný případ. Kasační námitka sub (b) tedy není důvodná.

[35] Co se týče kasační námitky sub (a) výše, Nejvyšší správní soud obecně přisvědčuje stěžovateli, že podmínka certifikace byla (respektive mohla být) všem uchazečům známá ze zadávací dokumentace. Tato skutečnost však sama o sobě neznamená, že postup stěžovatele v zadávacím řízení byl v souladu se zákonem, konkrétně v souladu se zásadou transparentnosti. Krajský soud správně poukázal v odstavci 18 napadeného rozsudku na judikaturu Nejvyššího správního soudu, která zdůrazňuje nutnost správného zařazení požadavků zadavatele v zadávací dokumentaci, neboť to předurčuje následný postup při jejich hodnocení.

[36] Jinak řečeno, nutnou součástí zásady transparentnosti je i to, že zadavatel v zadávací dokumentaci řádně vyznačí podklady k prokázání kritérií technické kvalifikace a jejich splnění samostatně posoudí před tím, než vyzve uchazeče k podání nabídek. Tento postup má nejen zákonnou oporu, ale i svoji racionalitu, neboť by bylo bezúčelné vyzývat k podání nabídky

pokračování

nezpůsobilého (nekvalifikovaného) dodavatele. Na jeho straně by to vyvolalo pouze zbytečné náklady a zdržení (jak je již uvedeno v odstavci [34] výše). Nejde tedy jen o časový rozdíl, kdy bude vydáno rozhodnutí zadavatele, ale naznačený postup, v němž by byly smíseny prvky posuzování kvalifikace i vlastního hodnocení nabídek, by byl nezákonný, matoucí a ve vztahu k uchazečům neúčelný – tedy by byl i v přímém rozporu se zásadou transparentnosti.

[37] Co se týče kasační námitky sub (d) výše, totiž že vytýkaný postup stěžovatele nikoho nediskriminoval a nemohl mít vliv na účast uchazečů v zadávacím řízení, tyto úvahy stěžovatele nejsou správné. Předně se jedná o nepodloženou domněnku, neboť z povahy věci stěžovatel nemůže vědět, jak by zadávací řízení probíhalo, pokud by podmínku certifikace řádně uvedl jako podmínku technické kvalifikace a poté by dále postupoval v souladu se zákonem.

[38] Stěžovatel tuto domněnku opírá o okolnost (na níž opakovaně v kasační stížnosti upozorňuje), že podmínka certifikace byla obsažena v zadávací dokumentaci. K této okolnosti zdejší soud již výše uvedl, že není pro posouzení věci rozhodující. Stěžovatel proto na ní nemůže dále stavět svoji obhajobu, byť v tomto ohledu pojatou „z jiného úhlu pohledu“, totiž zda nějaký konkrétní uchazeč došel újmou či nikoli.

[39] Podstatné konec konců je, že k porušení zásady transparentnosti vůbec není třeba, aby se toto porušení projevilo nepříznivě na subjektivních právech uchazečů v zadávacím řízení. Výkladem pojmu transparentnost se již podrobně zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 – 159, č. 2189/2011 Sb. NSS. Svůj výklad opřel mimo jiné o judikaturu Soudního dvora (zejména rozsudky ve věcech C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH a Telefonadress GmbH proti Telekom Austria AG*, bod 62; a C-324/07, *Coditel Brabant SA proti Commune d'Uccle a Région de Bruxelles-Capitale*, bod 25). Uzavřel přitom, že „[p]odmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. Motivy jednotlivých osob participujících na výběru zájemců o veřejnou zakázku (ať již budou tyto motivy plně zákonné, dané pouhou neschopností navenek působit férově a řádně, event. nezákonné, nebo snad dokonce kriminální) jsou v tomto ohledu pro posouzení porušení zásady transparentnosti irelevantní. **Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.**“

[40] Nad rámec výše uvedeného Nejvyšší správní soud pouze pro úplnost dodává, že stěžovatel na straně sedm kasační stížnosti nesouhlasí s konstatováním krajského soudu, že stěžovatel v žalobě „polemizovat“ s právním posouzením zadávání veřejné zakázky, jak jej učinil žalovaný. Stěžovatel v kasační stížnosti v této souvislosti namítá, že „nepolemizoval, ale uváděl konkrétní argumenty na podporu svých tvrzení“. Jestliže tedy krajský soud jeho „adekvátní a kvalifikovanou“ argumentaci označil jako „polemizování“, údajně tím „zlehčil celou situaci“. Kasační soud k tomu uvádí, že sloveso „polemizovat“ bývá v soudních rozhodnutích běžně užíváno a je synonymem k výrazům „nesouhlasit“, „uvádět protiargumenty“ či „brojit proti“. Jako takové toto synonymum není nijak citově zabarveno a je užíváno neutrálně v uvedeném smyslu, tj. bez toho, aby v něm byla implicitně obsažena jakákoli hodnotící úvaha. Nejde tedy o pejorativní výraz, jak jej nesprávně vnímá stěžovatel, proto mu ani nelze přisvědčit, že krajský soud jeho užitím projednávanou věc „zlehčoval“.

[41] Jelikož kasační stížnost není důvodná, kasační soud ji za podmínek vyplývajících z § 110 odst. 1 *in fine* s. ř. s. rozsudkem zamítl.

[42] Stěžovatel neměl ve věci úspěch, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení ze zákona; žalovaný byl ve věci úspěšný, nevznikly mu však náklady přesahující běžný rámec jeho úřední činnosti. Nejvyšší správní soud proto nepřiznal náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti žádnému z účastníků (§ 60 odst. 1 s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s.). Osobě zúčastněné na řízení

soud neuložil žádnou povinnost, proto nemá ani právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti (§ 60 odst. 5 s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s.).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3 s. ř. s.).

V Brně dne 3. června 2021

JUDr. Tomáš Rychlý
předseda senátu