



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Milana Podhrázkého a soudců Petra Mikeše a Jitky Zavřelové v právní věci žalobkyně: **KORID LK, spol. s r.o.**, se sídlem U Jezu 642/2a, Liberec, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7 Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 2. 4. 2019, čj. ÚOHS-R0005/2019/VZ-09362/2019/321/TKr/ZSř, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 29. 5. 2020, čj. 29 Af 46/2019-56,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 5. 2020, čj. 29 Af 46/2019-56, **s e r u š í** a věc **s e v r a c í** tomuto soudu k dalšímu řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Společnost EM TEST ČR spol. s r.o. podala podle § 249 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, návrh na přezkum úkonů žalobkyně coby zadavatele veřejné zakázky „*Odbavovací zařízení IDOL*“ zadávané v otevřeném řízení. Žalovaný na základě tohoto návrhu rozhodnutím ze dne 20. 12. 2018, čj. ÚOHS-S0463/2018/VZ-38103/2018/533/HKu, konstatoval, že žalobkyně nedodržela při zadávání postup stanovený v § 100 odst. 2 v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek tím, že jednoznačně nevymezila způsob určení nového dodavatele v případě změny dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, přestože si možnost této změny v zadávacích podmínkách vyhradila (výrok I.). Ve výroku II. rozhodnutí žalovaný jako opatření k nápravě uvedeného nezákonného postupu žalobkyně podle § 263 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku. Ve výroku III. žalovaný žalobkyni uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Ve výroku IV. žalovaný uložil žalobkyni povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč. V záhlaví uvedeným rozhodnutím předseda žalovaného zamítl rozklad žalobkyně a potvrdil rozhodnutí žalovaného.

[2] Rozhodnutí žalovaného napadla žalobkyně u Krajského soudu v Brně, který rozsudkem označeným v záhlaví rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Dospěl k závěru, že žalobkyně nastavila podmínky uplatnění výhrady změny dodavatele v rozporu s požadavky § 100 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek. Stanovila sice okruh osob, ze kterých lze náhradního dodavatele vybírat, ale nestanovila již mechanismus pro výběr konkrétního náhradního dodavatele z tohoto okruhu. Krajský soud ale jako důvodnou shledal námitku nepřiměřenosti opatření k nápravě v podobě zrušení zadávacího řízení a v návaznosti

na to uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení. Z § 263 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek nelze dovodit, že jakýkoliv rozpor zadávací dokumentace se zákonem o zadávání veřejných zakázek bude vždy nutně představovat důvod pro uplatnění nápravného opatření *ultima ratio* v podobě zrušení zadávacího řízení bez ohledu na vzájemnou souvislost s výsledkem zadávacího řízení a na intenzitu pochybení. V této souvislosti je třeba rozlišovat mezi obligatorními zadávacími podmínkami a fakultativními zadávacími podmínkami, které si zadavatel může při splnění zákonných podmínek zvolit. Takovou fakultativní podmínkou je i stanovení výhrady dodavatele. Pokud by byla tato výhrada sjednána nezákonně, obsahuje zákon zvláštní kontrolní mechanismus pro dodržení nastavení podmínek § 100 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek, kterým je zákaz využít změnu dodavatele v průběhu zadávacího řízení pro porušení § 222 odst. 1 a odst. 10 daného zákona. Teprve pokud by se zadavatel rozhodl využít změnu dodavatele v průběhu realizace zakázky v rozporu s uvedenými ustanoveními, byl by dán prostor pro zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a zrušení konkrétního úkonu v podobě změny dodavatele podle § 263 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalobkyně

[3] Proti rozsudku krajského soudu podal žalovaný (dále „stěžovatel“) kasační stížnost, ve které namítá, že rozlišování mezi obligatorními a fakultativními zadávacími podmínkami nemá na posouzení věci vliv a úvaha krajského soudu o nemožnosti uložit nápravné opatření nemá oporu v zákoně. Výhrada změny dodavatele představuje specifickou zadávací podmínku, což ale nebrání jejímu přezkumu podle § 250 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek a uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 3 daného zákona. Nezákonnost v zásadě jakékoliv zadávací podmínky podle zákona může být (v závislosti na posouzení dalších okolností) důvodem pro zrušení zadávacího řízení. Netransparentní postup žalobkyně mohl mít vliv na výběr dodavatele, neboť někteří dodavatelé mohli být takovým nastavením zadávacích podmínek odrazeni od účasti v zadávacím řízení. Vzhledem k tomu, že byla naplněna hypotéza § 263 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek, bylo povinností stěžovatele zrušit zadávací řízení. Dané ustanovení mu nedává na výběr, jak bude postupovat v případě zjištěného rozporu zadávací podmínky se zákonem (byť se to může zdát v některých případech přísně). V této věci se navíc jednalo o závažné pochybení způsobilé významně ovlivnit výběr dodavatele, a proto uložené opatření nelze považovat za nepřiměřené. Krajským soudem popsany kontrolní mechanismus směřuje ke zcela jinému druhu pochybení (postupu zadavatele mimo zadávací řízení bez zákonného důvodu), nikoliv k porušení povinnosti k transparentnímu vymezení zadávacích podmínek, nezajišťuje efektivní ochranu a nereflektuje potřebu zajištění právní jistoty dodavatelů. Napadený rozsudek považuje i za nepřezkoumatelný pro nedostatek odůvodnění, neboť neuvádí, na základě jakých zákonných ustanovení staví své závěry, a která zákonná ustanovení stěžovatel porušil.

[4] Žalobkyně ve vyjádření ke kasační stížnosti navrhla, aby ji Nejvyšší správní soud zamítl. Souhlasí se závěry krajského soudu ohledně rozlišení mezi obligatorními a fakultativními zadávacími podmínkami, stejně jako se závěrem o následcích nezákonného stanovení fakultativních podmínek. Ke zrušení zadávacího řízení by měl stěžovatel přistoupit až v krajním případě. Stanovení výhrady změny dodavatele je fakultativní podmínkou, na kterou nedopadá § 263 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek. Nejednoznačné vymezení podmínek pro změnu dodavatele není stanovením podmínek v rozporu se zákonem, ale pouze nesplněním podmínek pro případné budoucí nahrazení dodavatele jiným dodavatelem. Nesprávné vymezení výhrady změny dodavatele nemá odrazující účinek na dodavatele a není způsobilé ovlivnit výběr nejvýhodnější nabídky. Jedná se jen o informaci, že v budoucnu může dojít ke změně dodavatele.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

pokračování

[5] Nejvyšší správní soud přezkoumal důvodnost kasační stížnosti v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s. v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů, a ověřil, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.). Kasační stížnost je důvodná.

[6] V nyní posuzované věci nelze přehlédnout, že řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (žalobkyně) bylo zahájeno na základě návrhu společnosti EM TEST ČR spol. s r.o., která se domáhala zrušení zadávacího řízení, protože byla přesvědčená, že jí žalobkyně stanovením podmínek způsobila vážnou újmu, neboť jí znemožnila podat konkurenceschopnou nabídku a soutěžit o veřejnou zakázku za férových podmínek. Na základě podaného návrhu tato společnost dosáhla kýženého zrušení zadávacího řízení rozhodnutím stěžovatele. V řízení, které předcházelo vydání napadeného rozsudku, již ale krajský soud s touto společností dále žádným způsobem nejednal (nevyrozuměl ji o probíhajícím řízení a nevyzval ji, aby se vyjádřila, zda hodlá uplatňovat práva osoby zúčastněné na řízení podle § 34 s. ř. s.). Nejvyšší správní soud se proto předtím, než mohl přistoupit k hodnocení vznesených kasačních námitek, musel zabývat tím, zda takový postup krajského soudu byl v souladu se zákonem, nebo zda se naopak nejedná o vadu řízení, k níž musí Nejvyšší správní soud přihlédnout i mimo rámec kasačních námitek, a která mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé.

[7] Podle § 34 odst. 1 s. ř. s. jsou *osobami zúčastněnými na řízení osoby, které byly přímo dotčeny ve svých právech a povinnostech vydáním napadeného rozhodnutí nebo tím, že rozhodnutí nebylo vydáno, a ty, které mohou být přímo dotčeny jeho zrušením nebo vydáním podle návrhu výroku rozhodnutí soudu, nejsou-li účastníky a výslovně oznámily, že budou v řízení práva osob zúčastněných na řízení uplatňovat*. Podle odst. 2 je navrhovatel *povinen v návrhu označit osoby, které přicházejí v úvahu jako osoby zúčastněné na řízení, jsou-li mu známy. Předseda senátu takové osoby vyrozumí o probíhajícím řízení a vyzve je, aby ve lhůtě, kterou jim k tomu současně stanoví, oznámily, zda v řízení budou uplatňovat práva osoby zúčastněné na řízení; takové oznámení lze učinit pouze v této lhůtě. Současně s vyrozuměním je poučí o jejich právech. Obdobně předseda senátu postupuje, zjistí-li se v průběhu řízení, že je tu další taková osoba (...)*.

[8] V obecné rovině z judikatury Nejvyššího správního soudu ve vztahu k citovaným ustanovením plyne, že za situace, kdy žalobce v žalobě neoznačil osobu, o jejímž postavení osoby zúčastněné na řízení před soudem nebylo již podle napadeného správního rozhodnutí pochyb, bylo povinností předsedy senátu tuto osobu vyrozumět o probíhajícím řízení a vyzvat ji, aby oznámila, zda bude svá práva v řízení uplatňovat. Nedostál-li krajský soud této povinnosti a takovou osobu v řízení zcela pominul, trpí jeho rozhodnutí vadou, pro kterou je nutno jej zrušit podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. (viz rozsudek ze dne 2. 5. 2007, čj. 5 As 3/2007-68). V rozsudku ze dne 21. 12. 2005, čj. 1 As 39/2004-75, č. 1479/2008 Sb. NSS, dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že „§ 34 odst. 2 s. ř. s. předpokládá aktivní postup soudu při zjišťování okruhu možných osob zúčastněných na řízení. Jestliže krajský soud nevyrozuměl o probíhajícím řízení účastníka správního řízení odlišného od žalobce, který splňoval podmínky § 34 odst. 1 s. ř. s., zatížil řízení vadou, která mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé.“ Ve vztahu k zákonnosti napadeného rozsudku však v tomtéž rozsudku vyslovil, že „*takové pochybení soudu nemá vliv na zákonnost rozhodnutí o věci samé (rozsudku), pokud bylo správní řízení stíženo tak závažnou vadou, že rozhodnutí správního orgánu z něj vzešlé nelze přezkoumat v mezích žalobních bodů (§ 76 odst. 1 s. ř. s.), a soud je tak může zrušit i bez návrhu, nebo pokud je rozhodnutí správního orgánu nicotné (§ 76 odst. 2 s. ř. s.)*“.

[9] Judikatura Nejvyššího správního soudu tedy rozlišuje několik situací, kdy v řízení o žalobě krajský soud nevyrozumí osobu přicházející v úvahu jako osoba zúčastněná na řízení. Je-li taková osoba označená již v žalobě nebo je-li existence takové osoby zjevná z obsahu správního rozhodnutí či správního spisu, je takové opomenutí důvodem pro zrušení napadeného soudního rozhodnutí pro jinou vadu řízení (§ 109 odst. 3 ve spojení s § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.).

To však neplatí v případě, kdy napadené správní rozhodnutí bylo krajským (městským) soudem správně zrušeno pro některý z důvodů, ke kterým je nutno přihlížet z úřední povinnosti, např. pro nepřezkoumatelnost ve smyslu § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s., bez ohledu na to, zda byl tento důvod namítán v žalobě.

[10] S ohledem na to, že společnost EM TEST ČR spol. s r.o. vystupovala v nyní projednávané věci ve správním řízení v postavení navrhovatele, z jehož iniciativy celý přezkum zadávacího řízení, kterého se chtěla účastnit, probíhal, krajský soud nemohl mít v následném řízení o žalobě žalobkyně pochyb o existenci potenciální osoby zúčastněné na řízení [ostatně uvedená společnost byla jako účastník řízení (navrhovatel) označena v rozhodnutí žalovaného i jeho ředitele]. I z dlouhodobé soudní praxe je zřejmé, že v obdobných věcech v řízení před správními soudy jako osoby zúčastněné na řízení vystupují často právě osoby, které svým návrhem iniciovaly řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a byly v daném řízení úspěšné (viz např. rozsudky NSS 10. 9. 2009, čj. 9 Afs 5/2009-91, ze dne 11. 1. 2018, čj. 4 As 173/2017-34, ze dne 20. 3. 2019, čj. 6 As 236/2018-49, ze dne 23. 2. 2022, čj. 6 As 295/2020-143, ze dne 13. 1. 2022, čj. 1 As 51/2021-26, ze dne 30. 3. 2022, čj. 8 As 203/2020-168, a také jim předcházející rozsudky Krajského soudu v Brně). Za této situace je bez významu, že žalobkyně v žalobě žádnou osobu zúčastněnou na řízení neoznačila. V nyní projednávané věci pak z jejích okolností, odůvodnění napadeného rozsudku či předloženého spisu ani neplyne, že by zde existoval důvod, pro který by právě v této věci uvedená společnost (jako navrhovatel ve správním řízení) nebyla zrušením rozhodnutí žalovaného dotčena. Krajský soud tedy zatížil řízení vadou, jelikož nevyrozuměl danou společnost o probíhajícím řízení a nevyzval ji, aby oznámila, zda bude v řízení uplatňovat svá práva. Vzhledem k tomu, že krajský soud žalobou napadené rozhodnutí zrušil z důvodu, že jeho závěry ve věci samé považoval za nezákonné (tj. zabýval se meritem sporu, resp. důvodem pro zrušení nebyla nepřezkoumatelnost, nicotnost či jiné vady řízení), jedná se i v souladu s výše citovanou judikaturou o vadu, která měla vliv na zákonnost napadeného rozsudku. Společnost EM TEST ČR spol. s r.o. se nemohla seznámit s podanou žalobou, reagovat na ni a svou argumentací či důkazními návrhy případně ovlivnit rozhodnutí krajského soudu (jeho závazný právní názor). V důsledku takové vady musel Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu zrušit z důvodu podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s., aniž by se mohl zabývat kasačními námitkami týkajícími se věci samé.

IV. Závěr a náklady řízení

[11] Nejvyšší správní soud s ohledem na výše uvedené shledal kasační stížnosti důvodnou, rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení (§110 odst. 1. s. ř. s.). V něm tento soud rozhodne vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu (§ 110 odst. 4 s. ř. s.).

[12] Krajský soud rozhodne v novém rozhodnutí rovněž o nákladech řízení o této kasační stížnosti (§ 110 odst. 3 s. ř. s.).

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

V Brně 5. května 2022

Milan Podhrázký
předseda senátu