



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Aleše Roztočila a soudců JUDr. Jiřího Pally a Mgr. Petry Weissové v právní věci žalobce: **Regionální rada regionu soudržnosti Severozápad**, se sídlem Berní 2261/1, Ústí nad Labem, zast. Mgr. Jiřím Schüllerem, LL.M., MBA, advokátem, se sídlem U Sluncové 666/12, Praha 8, proti žalovanému: **Ministerstvo financí**, se sídlem Letenská 525/15, Praha 1, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **OSTROV ZDRAVÍ o.p.s.**, IČO: 279 99 602, se sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1, zast. JUDr. Sylvíí Sobolovou, Ph.D., advokátkou, se sídlem Jungmannova 745/24, Praha 1, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 11. 1. 2019, č. j. MF-5981/2016/1203-45, v řízení o kasační stížnosti osoby zúčastněné na řízení proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 10. 3. 2021, č. j. 5 Af 5/2019 - 86,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Osoba zúčastněná na řízení **je p o v i n n a** zaplatit žalobkyni na náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti **4.114 Kč** do jednoho měsíce od právní moci tohoto rozsudku, k rukám zástupce žalobkyně Mgr. Jiřího Schüllera, LL.M., MBA, advokáta, se sídlem U Sluncové 666/12, Praha 8.
- III. Žalovaný **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í :

I. Přehled dosavadního řízení

[1] Žalovaný v záhlaví uvedeným rozhodnutím rozhodl ve sporu z veřejnoprávní smlouvy mezi osobou zúčastněnou na řízení a žalobkyní tak, že žalobkyně je povinna zaplatit osobě zúčastněné na řízení částku ve výši 4.773.769,83 Kč s úrokem z prodlení ve výši 8,05 % od 18. 12. 2015 do zaplacení, a dále je povinna zaplatit osobě zúčastněné na řízení náklady řízení.

[2] V odůvodnění rozhodnutí žalovaný konstatoval, že žalobkyně setrvala na zjištění A1, bodu 1 a 5 a zjištění A2 bodu 2, za která stanovila finanční opravu ve výši 25 % hodnoty veřejné zakázky. Tato pochybení spočívala v porušení pravidel pro zadávání veřejných zakázek ve smyslu

zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „ZVZ“), konkrétně ve zveřejnění názvu dodavatele, který požádal o dodatečné informace, v odpovědi na jeho dotaz (A1.1), v vyloučení nabídek, které obsahovaly i materiály v jiném než českém jazyce, ačkoliv v zadávací dokumentaci bylo požadováno, aby byla nabídka předložena v českém jazyce (A1.5), v nepřiměřených požadavcích na referenční zakázky a v diskriminačním hodnotícím kritériu v podobě elektrického příkonu požadovaného přístroje a SW v českém jazyce (A2.2).

[3] Žalovaný ve vztahu ke kontrolnímu zjištění A1.1 nesouhlasil s tím, že zveřejněním názvu jednoho z dodavatelů v odpovědi na dodatečné informace mohl být ovlivněn výsledek zadávacího řízení a umožněna dohoda mezi uchazeči. Z hlediska konkurence mezi dodavateli nepovažoval žalovaný ovlivnění výsledku zadávacího řízení za pravděpodobné, a uvedení názvu jednoho dodavatele tak nezpůsobilo nekontrolovatelnost nebo nepřehlednost zadávacího řízení a porušení zásady transparentnosti podle § 6 ZVZ. Ke zjištění A1.5 žalovaný uvedl, že letáky, resp. katalogy s nabídkou zdravotnických instrumentů přiložené k některým nabídkám, nebyly vlastní nabídkou, ale pouze doplňujícím informativním materiálem o výrobcích. Požadavek předložení nabídky v českém jazyce tak osoba zúčastněná na řízení jakožto zadavatel neporušila. V případě zjištění A2.2 žalovaný uzavřel, že formováním požadavku v množném čísle nedošlo k diskriminaci dodavatelů, kteří doložili dodání jen jednoho přístroje, neboť osoba zúčastněná na řízení požadovala doložení schopnosti dodat více přístrojů najednou, tedy alespoň dva, oprávněně.

[4] Žalobkyně proti tomuto rozhodnutí žalovaného podala žalobu, v níž uvedla, že s osobou zúčastněnou na řízení uzavřela dne 25. 6. 2014 veřejnoprávní smlouvu č. CZ.1.09/1. 3. 00/69.01146 o poskytnutí dotace z rozpočtových prostředků žalobkyně, jejímž předmětem byla realizace projektu s názvem *Modernizace přístrojového vybavení nemocnice Sokolov a nemocnice Ostrov*. Za účelem realizace tohoto projektu zahájila osoba zúčastněná na řízení zadávací řízení na veřejnou zakázku „*Modernizace přístrojového vybavení nemocnice Sokolov a nemocnice Ostrov – ETAPA II*“ a tuto následně zadala. Ve dnech od 29. 7. 2015 do 23. 10. 2015 prováděla žalobkyně (resp. Úřad Regionální rady regionu soudržnosti Severozápad, pracoviště Karlovy Vary) u osoby zúčastněné na řízení kontrolu, o níž vyhotovila protokol o kontrole ze dne 23. 10. 2015, č. j. RRSZ 22042/2015. V něm osobě zúčastněné na řízení vytkla, že se při realizaci projektu, resp. při zadávání veřejné zakázky dopustila několika pochybení. Žalobkyně stanovila osobě zúčastněné na řízení finanční opravu ve výši 25 % z částky dotace použité na veřejnou zakázku, tj. finanční opravu v souhrnné výši 5.616.199,80 Kč. Osoba zúčastněná na řízení podala námitky proti protokolu o kontrole. Žalobkyně ve vyřízení námitek ze dne 8. 12. 2015, č. j. RRSZ 24471/2015, však setrvala na svých zjištěních. Následně se osoba zúčastněná na řízení návrhem na zahájení sporného řízení ze dne 9. 2. 2016 domáhala na žalobkyni zaplacení 4.773.769,83 Kč s příslušenstvím. O tomto návrhu vydal žalovaný napadené rozhodnutí.

[5] Zveřejnění názvu uchazeče v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám žalobkyně označila za rozdílný postup vůči uchazečům v rozporu se zásadami transparentnosti a rovného a nediskriminačního zacházení se všemi uchazeči o veřejnou zakázku. Podotkla v této souvislosti, že posuzovaná veřejná zakázka byla zadávána v otevřeném řízení, ve kterém ZVZ nepočítá se vzájemnou znalostí ostatních uchazečů. Tím, že osoba zúčastněná na řízení zveřejnila totožnost jednoho z uchazečů, potenciálně umožnila vznik takové dohody mezi uchazeči a tím mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

[6] Žalobkyně dále namítla, že osoba zúčastněná na řízení požadovala, aby byla nabídka předložena v českém jazyce. Některé nabídky obsahovaly listiny v jiném než českém jazyce. Tyto listiny byly pevně spojeny s ostatními, celý svazek byl nazván jako „nabídka“. Úmyslem uchazečů tedy bylo učinit tyto listiny součástí nabídky. Zadavatel není oprávněn místo uchazečů

pokračování

určovat, které listiny jsou součástí nabídky. Pokud by uchazeči nechtěli, aby listiny v angličtině byly součástí nabídky, nemuseli je do nabídky předkládat. Pokud tedy uchazeč hodlal učinit předmětné dokumenty v cizím jazyce součástí nabídky, pak měl přiložit jejich úřední překlad do českého jazyka. Nelze se tak ztotožnit se závěrem žalovaného, že listiny v cizím jazyce nebyly součástí nabídky. Žalobkyně v této souvislosti poukázala na rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. 10. 2013 č. j. S373/2013/VZ-20116/2013/512/PDr, a rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 17. 10. 2006, č. j. 62 Ca 12/2006 - 600. Tím, že osoba zúčastněná na řízení nevyřadila podané nabídky, mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

[7] Požadavek v zadávací dokumentaci na dodávku více požadovaných přístrojů diskriminoval ty potenciální uchazeče, kteří dodávali požadované přístroje menším odběratelům, kteří logicky nepotřebují větší počet přístrojů. Žalovaný sice shrnuje, že osoba zúčastněná na řízení byla oprávněna požadovat, aby uchazeči předložili dodávku více než jednoho přístroje, avšak nevypořádal se s tvrzením žalobkyně, že diskriminační je právě požadavek na předložení reference o tom, že více přístrojů bylo dodáváno v rámci jedné dodávky. Žalovaný tak zcela opomněl situaci, kdy uchazeč mohl dodat menší dodávku, avšak více zájemcům, a to i ve stejnou dobu, což by potvrzovalo jeho kvalifikaci k dodávce více přístrojů najednou. K nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů žalobkyně poukázala na rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, a rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 22. 7. 2015, č. j. 31 Af 166/2013 - 50.

[8] Městský soud v Praze v záhlaví uvedeným rozsudkem rozhodnutí žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. K námitce, že osoba zúčastněná na řízení identifikací osoby žádající o dodatečné informace ve své odpovědi (Dodatečné informace č. 2 ze dne 3. 9. 2014) porušila zásady rovnosti a transparentnosti, když v dodatečných informacích zasílaných všem známým dodavatelům zveřejnila název dodavatele B. Braun Medical s.r.o. (zjištění A.1.1), městský soud uvedl, že z § 49 odst. 2 a 3 ZVZ upravujících poskytování dodatečných informací k zadávací dokumentaci je zřejmé, že zákon o veřejných zakázkách skutečně výslovně nezakazoval, aby zadavatel v odpovědi na žádost o dodatečné informace zveřejnil i jméno dotazujícího se dodavatele. Předmětné ustanovení ovšem nelze vykládat izolovaně bez zohlednění základních zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace upravených v § 6 ZVZ, které prostupují celým zákonem o veřejných zakázkách a představují argumentační a výkladová vodítka pro jeho další zákonná ustanovení. Po zveřejnění jmen dodavatelů zajímajících se o veřejnou zakázku nelze vyloučit nebezpečí koordinace postupu mezi jednotlivými dodavateli za účelem získání veřejné zakázky (tzv. *bid rigging* dohody). Přestože tak právní úprava zveřejnění názvu dodavatele výslovně nezakazovala, lze dovodit, že zadavatel obecně není při zohlednění základních zásad podle § 6 zákona o veřejných zakázkách oprávněn při podávání dodatečných informací umožnit identifikaci žadatele ze strany ostatních dodavatelů. Tento závěr ostatně potvrzovala i komentářová literatura k ZVZ, která identifikaci tazatele zapovídala [Podešva, V., Olík, M a kol. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*, dostupný v ASPI, § 49]. Podpůrně městský soud poukázal i na zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, který ZVZ nahradil a v němž již je zákaz identifikace tazatele výslovně stanoven v § 98 odst. 3. Městský soud dále poukázal na rozsudek NSS ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, č. 2189/2011 Sb. NSS.

[9] Soud nezpochybnil, že k identifikaci uchazeče došlo nejspíše neúmyslně a nedopatřením při sepisování dodatečných informací č. 2, to však neznamená, že k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky dojít vůbec nemohlo. Rozhodnou je v tomto směru skutečnost, zda se jednalo o pochybení, jež alespoň potenciálně a nikoli zanedbatelně mohlo ovlivnit transparentnost zadávacího řízení a rovné podmínky všech dodavatelů. Městský soud navázal, že vzhledem k tomu, že v tomto ohledu žalovaný fakticky neučinil žádnou soudem

přezkoumatelnou úvahu, musí se danou otázkou zabývat z pohledu výše řešených východisek znovu a posoudit, zda identifikace předmětného dodavatele mohla ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, jakož i případnou závažnost tohoto pochybení z pohledu krácené výše dotace, tj. jestli s ohledem na příslušné ustanovení Tabulky finančních oprav nepřichází v úvahu označení daného pochybení jako méně závažného a krácení prostředků v nižší výši.

[10] K problematice jazyka nabídky (zjištění A.1.5), soud v první řadě uvedl, že zadávací podmínky výslovně stanovily, že nabídka má být předložena v českém jazyce. Účastníci řízení nijak nezpochybňují, že podstatný obsah rozhodných nabídek byl předložen v českém jazyce, a že tedy předmětné cizojazyčné podklady představovaly jejich jediné cizojazyčné části. Z obsahu těchto podkladů je zjevné, že se jedná toliko o reklamní letáky či katalogy, primárně obsahující vyobrazení různých zdravotnických nástrojů s připojenými anglickými popisky. Jednalo se tedy o zcela nadbytečné podklady, které s vlastní nabídkou nijak přímo nesouvisí a nevztahují se na ně § 148 odst. 6 ZVZ. Soud proto přisvědčil žalovanému, že osoba zúčastněná na řízení nepochybně, pokud nevyřadila nabídky obsahující i části v jiném jazyce, než v jakém měly být podle zadávací dokumentace podány, a nevyloučila ze zadávacího řízení uchazeče, kteří tyto nabídky předložili.

[11] Ve vztahu k údajně nepřiměřenému kvalifikačnímu kritériu v podobě referencí na obdobné zakázky a dovozované skryté diskriminaci (zjištění A.2.2) soud uvedl, že osoba zúčastněná na řízení v bodě 8.1 kvalifikační dokumentace stanovila, že dodavatel splňuje daný kvalifikační předpoklad, pokud v posledních 3 letech realizoval alespoň 2 dodávky, a to v podobě: „*dodávka – Centrifug určených pro biochemické a/nebo hematologické a/nebo transfuzní laboratoře*“ a „*dodávka – Přístroje pro ohřev krve a infuzních roztoků*“. Jak přitom vyplynulo z průběhu zadávacího řízení, předmětný kvalifikační předpoklad osoba zúčastněná na řízení vykládala a po dodavatelích požadovala, aby prokázali, že v každé z referenčních zakázek dodali vždy více přístrojů (tj. alespoň dva). Nestálo tak, pokud předložili více referencí, v nichž dodali pokaždé jediný přístroj (centrifugu či přístroj na ředění krve). K vymezení pojmu diskriminace a přiměřenosti kvalifikačních předpokladů městský soud poukázal na závěry uvedené v rozsudku NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, č. 1771/2009 Sb. NSS. Osoba zúčastněná na řízení zdůvodňovala nastavení předmětného kvalifikačního předpokladu množstvím jí poptávaných přístrojů, neboť požadovala celkem 7 ks centrifug a 13 ks přístrojů pro ohřev krve. Vyžadovala tedy prokázání toho, že dodavatelé jsou schopni dodat v rámci jedné dodávky více přístrojů najednou. Městský soud vyjádřil zásadní pochybnost o tom, že tento požadavek mohl rozumně vést k tvrzenému cíli, tj. ke garanci toho, že dodavatelé jsou schopni dodat více přístrojů v jedné dodávce. Neshledal totiž prakticky žádný rozdíl mezi kvalifikací dodavatele, který v minulosti dodal jeden či dva přístroje – ve vztahu k dodání 7 či 13 ks je tato skutečnost fakticky irelevantní, neboť v tomto směru se jejich kvalifikace nemůže nijak podstatněji odlišovat.

[12] Osoba zúčastněná na řízení, potažmo žalovaný ostatně nijak nevysvětlili, v čem přesně spočívá jedinečnost těchto přístrojů, resp. specifčnost dodání více kusů předmětných přístrojů oproti dodání kusu jediného. Naopak žalobkyně zcela případně argumentuje tím, že takto nastavený požadavek (resp. způsob, jakým jej vykládala hodnotící komise) zcela nesmyslně vylučoval ty potenciální uchazeče, kteří uskutečnili (např. i souběžně) více dodávek jednoho přístroje (např. proto, že je dodávali menším odběratelům), a byli tak bez jakýchkoliv pochybností plně způsobilí dodávku uskutečnit. Soud přihlédl také k tomu, že osoba zúčastněná na řízení nepoptávala nijak vysoký počet přístrojů v řádu desítek či stovek kusů, ale jen v řádu jednotek kusů. Jestliže přitom kvalifikační kritéria z plnění veřejné zakázky vylučují ty uchazeče, kteří by objektivně byli schopni zakázku splnit, nelze než taková kritéria označit za ekonomicky neodůvodněná a diskriminační. To vše neshledě na nejasnost předmětného kvalifikačního předpokladu, u něhož příjemce dotace výslovně nepožadoval dodání alespoň dvou přístrojů

pokračování

(pouze použil množného čísla). Tomuto kritériu ostatně neporozuměli ani někteří uchazeči, kteří předložili reference s dodávkou jediného přístroje. Ti pak museli být vyzváni k doplnění svých nabídek, k čemuž dle správního spisu minimálně v jednom případě nedošlo a daný uchazeč byl vyloučen. Městský soud tak dospěl k závěru, že i touto otázkou (kontrolním zjištěním) se proto bude muset žalovaný opětovně zabývat a důsledně posoudit, do jaké míry mohlo pochybení osoby zúčastněné na řízení ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a do jaké míry je tedy oprávněná výše krácení dotace podle Tabulky finančních oprav.

II. Obsah kasační stížnosti, vyjádření účastníků

[13] Proti tomuto rozsudku městského soudu podala osoba zúčastněná na řízení (dále též „stěžovatelka“) kasační stížnost. Namítla, že městský soud pochybil, když dovodil její povinnost odeslat dodatečné informace bez identifikačních údajů žadatele, přestože žádné ustanovení ZVZ účinné v rozhodné době takovou povinnost neukládalo. Interpretace § 49 ZVZ ve spojení s § 6 ZVZ zaujatá městským soudem tak je podle stěžovatelky nesprávná z důvodu jejího zjevného rozporu s jazykovým zněním a ústavní nekonformnosti, jakož i z důvodu nesprávného posouzení smyslu a cílů úpravy veřejného zadávání. Ustanovení § 6 odst. 1 ZVZ nemůže být bezbřehým nástrojem pro rozšiřování povinností nad rámec výslovně stanovený zákonem. Jakýkoli jiný výklad tohoto ustanovení a zásad v něm obsažených by totiž popíral ústavně garantovaná práva stěžovatelky dle čl. 2 odst. 3 a čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, jakož i požadavek na restriktivní výklad ustanovení omezujících základní práva. Nezákonnost postupu městského soudu podle stěžovatelky potvrzuje i četná judikatura Ústavního soudu (např. nález ze dne 25. 1. 2004, sp. zn. I. ÚS 546/03). Městský soud podle stěžovatelky nesprávně posoudil smysl a účel úpravy veřejného zadávání, neboť tím není předcházení nebezpečí koordinace postupů mezi jednotlivými dodavateli za účelem získání veřejné zakázky (tzv. *bid rigging*). Ochrana hospodářské soutěže je zajišťována jinými právními předpisy než ZVZ, a sice zákonem č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, jehož porušení však nikdy nebylo stěžovatelce vytýkáno.

[14] Domnělou povinnost stěžovatelky odesílat dodatečné informace bez identifikačních údajů uchazeče nelze podle stěžovatelky dovozovat ani z komentářové literatury, nebo snad z pozdější právní úpravy, neboť takový výklad je opět výkladem ústavně nekonformním a navíc porušuje ústavní zákaz retroaktivity. Označení společnosti B. Braun Medical s. r. o. v dodatečných informacích nemohlo zakládat potenciální zvýhodnění, resp. znevýhodnění této společnosti či jiného uchazeče, neboť uchazeči na relevantním trhu velmi dobře znají jak svoje konkurenty, tak jejich produkty. Informace o tom, že uvedená společnost zvažuje svou účast v daném zadávacím řízení tak nemohla být pro nikoho překvapením ani nemohla omezit soutěžní prostředí. Městský soud navíc nepřihlédl k obsahu dodatečných informací, situaci na relevantním trhu a skutečnosti, že žádné omezení soutěžního prostředí v důsledku odeslání dodatečných informací nebylo stěžovatelce prokázáno.

[15] ZVZ zjevně nepovažuje odhalení totožnosti jednotlivých uchazečů před podáním nabídky anebo finální nabídky na veřejnou zakázku za „problém“, tím spíše pak ne za nedovolený postup zadavatele v rozporu s § 6 odst. 1 a § 49 ZVZ. Zákon s takovým postupem dokonce v některých svých ustanoveních i výslovně počítá – jedná se o § 21 odst. 1 písm. b) a c) ZVZ. Jestliže tak zákonodárce umožňoval účastníkovi užšího a jednacího řízení s uveřejněním získat informace o zbývajících účastnících daného zadávacího řízení ještě před podáním nabídky/finální nabídky na veřejnou zakázku, pak nemůže být problematické získání anebo zveřejnění takových informací ani v otevřeném řízení.

[16] O porušení zásady transparentnosti, resp. ohrožení transparentního nebo férového průběhu soutěže by mohla být v posuzované věci řeč pouze tehdy, pokud by protokol o kontrole, či správní spis obsahoval důkazy svědčící o uzavření dohody o dalším postupu v zadávacím řízení mezi účastníky o část 15 veřejné zakázky. Žádný takový důkaz však součástí protokolu o kontrole ani správního spisu není. Městský soud tak pochybil, když dospěl k závěru o možném porušení § 6 odst. 1 ZVZ a rozpočtové kázně v důsledku potencionálního ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, aniž by se předtím detailně zaobíral všemi skutkovými okolnostmi předmětného případu. Stěžovatelka poukázala na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 5. 8. 2020, č. j. 31 Af 75/2018 - 57, z něhož vyplývá, že ne každá „iregularita“ v zadávacím řízení musí nutně naplňovat porušení některé ze zásad ustanovení § 6 odst. 1 ZVZ a že případné konstatování soudu o porušení tohoto ustanovení musí vycházet ze skutkových zjištění ohledně dopadů předmětné „iregularity.“

[17] Nesprávný je i názor soudu, že „pro závěr o porušení rozpočtové kázně postačí pouhá možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky“ a jestliže Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „ÚOHS“) neshledal důvody pro zahájení řízení o správním deliktu na úseku veřejných zakázek, nutně to nevypovídá o tom, že k porušení zákona o veřejných zakázkách, potažmo podmínek dotace dojít nemohlo. Jestliže totiž ÚOHS výslovně uvedl, že pro zahájení sankčního řízení neshledal důvody, pak není pochyb o tom, že k porušení zákona v daném případě nedošlo.

[18] V souvislosti se zjištěním A2.2 stěžovatelka městskému soudu vytknula, že rozsudek NSS ze dne 30. 8. 2018, č.j. 9 As 195/2017 - 45, aplikoval zcela mechanicky a nepřiléhavě, když nezohlednil, že se nezabýval nastavením kvalifikačních předpokladů, ale obchodními podmínkami. Stěžovatelka kvalifikační předpoklad vymezila s přihlédnutím ke zcela legitimnímu cíli, aby části 4 a 12 veřejné zakázky plnil relativně silný, stabilní a spolehlivý parter mající dostatečné zkušenosti s dodávkou poptávaných přístrojů. Tento požadavek vykládala v souladu s jeho jazykovým zněním tak, že v rámci každé z referenčních zakázek musí být dodány alespoň dva přístroje. Požadavky na referenční zakázku nebyly v žádném ohledu excesivní a kvalifikační předpoklad byl vymezen zcela racionálně s přihlédnutím k legitimním cílům, resp. oprávněným potřebám, které stěžovatelka daným kvalifikačním předpokladem sledovala. Nemohl být nepřiměřený, neboť nenaplňoval ani jeden z kumulativně vyžadovaných znaků nepřiměřenosti ve smyslu rozsudku NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152. Přiměřenost předmětného kvalifikačního předpokladu dokládá absence námitek proti kvalifikačním předpokladům.

[19] Nesprávný je i závěr městského soudu, že kvalifikační předpoklad byl vymezen nejasně. Z použitého plurálu totiž bylo evidentní, že stěžovatelka požadovala předložení zkušeností s dodávkou víc než jedné centrifugy a více než jednoho přístroje pro ohřev krve. Stěžovatelka neobdržela žádnou žádost o vyjasnění kvalifikačních předpokladů od uchazečů o veřejnou zakázku. Navíc pouhá případná nejasnost sama o sobě nezakládá porušení ZVZ. Kvalifikační předpoklady tak nebyly pro potenciální uchazeče pro veřejnou zakázku nejasné.

[20] Městský soud porušil § 75 odst. 1 a 2 s. ř. s., pokud překročil zákonný rámec přezkumu rozhodnutí žalovaného a dovodil nezákonnost postupu stěžovatelky při vymezení kvalifikačního předpokladu absencí zákonného nebo ekonomického zdůvodnění, přestože žalobkyně absencí odůvodnění kvalifikačního předpokladu v žalobě vůbec nenamítala a součástí skutkových zjištění či právního posouzení, na němž je založeno rozhodnutí žalovaného, nikdy nebyla otázka zákonného či ekonomického odůvodnění kvalifikačního předpokladu.

pokračování

[21] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti setrval na své právní argumentaci a odkázal proto na své vyjádření k žalobě a odůvodnění svého rozhodnutí.

[22] Žalobkyně se ve vyjádření ke kasační stížnosti ztotožnila se závěry městského soudu a uvedla, že závěr o povinnosti odesílat dodatečné informace bez identifikačních údajů žadatelů vyplývá z účelu a základních zásad ZVZ a odborné literatury. Žalobkyně poukázala na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Ca 166/2005 a rozsudek NSS ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 - 55. ZVZ jednoznačně stanoví, ve kterých případech mohou uchazeči svou totožnost vzájemně znát. V posuzovaném případě však tomu tak není. S ohledem na skutečnost, že ZVZ je veřejnoprávním předpisem, nelze na něj aplikovat zásadu „co není zákonem zakázáno, je povoleno“, která se uplatňuje v soukromém právu. K zjištění A2.2 žalobkyně uvedla, že si lze snadno představit situaci, kdy dodavatel dodal více požadovaných přístrojů, ale více odběratelům, tudíž je nesplnitelná podmínka referenční zakázky na dodávku více přístrojů. Stěžovatelka tímto diskriminovala ty potenciální uchazeče, kteří dodávali požadované přístroje menším odběratelům. Stěžovatelka, která je velkým zdravotnickým zařízením, poptávala celkem 7 ks centrifug a 13 ks přístrojů pro ohřev krve. Především u dodávky centrifug tak lze konstatovat, že požadavek na referenci více přístrojů v jedné dodávce je nepřiměřený vzhledem k velikosti poptávané dodávky. Kvalifikační předpoklad tak byl nepřiměřený dané zakázce, diskriminační, resp. v rozporu s § 6 ZVZ, a byl formulován neurčitě, což vedlo k tomu, že mu např. neporozuměli někteří z uchazečů. Nesrozumitelnost daného kvalifikačního předpokladu napravila až hodnotící komise, která vyzývala uchazeče k doplnění.

III. Posouzení kasační stížnosti

[23] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, a stěžovatelka je v souladu s § 105 odst. 2 s. ř. s. zastoupena advokátkou. Poté 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. Neshledal přitom vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

[24] Kasační stížnost není důvodná.

[25] Podle § 6 odst. 1 ZVZ je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

[26] Podle § 49 odst. 2 ZVZ *žadavatel odešle dodatečné informace k zadávacím podmínkám, případně související dokumenty, nejpozději do 4 pracovních dnů po doručení žádosti podle odstavce 1, a jde-li o zadávací řízení, ve kterém jsou lhůty stanoveny podle § 39 odst. 3 písm. b) bodu 2, nejpozději do 3 pracovních dnů po doručení žádosti podle odstavce 1. Podle odst. 3 téhož ustanovení dodatečné informace, včetně přesného znění požadavku podle odstavce 1, odešle zadavatel současně všem dodavatelům, kteří požádali o poskytnutí zadávací dokumentace nebo kterým byla zadávací dokumentace poskytnuta. V případě dodatečných informací k požadavkům na kvalifikaci v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním a v soutěžním dialogu má zadavatel tuto povinnost pouze vůči dodavatelům, kteří požádali o poskytnutí kvalifikační dokumentace nebo kterým byla kvalifikační dokumentace poskytnuta. Zadavatel vždy uveřejní dodatečné informace včetně přesného znění žádosti stejným způsobem, jakým uveřejnil textovou část zadávací dokumentace nebo kvalifikační dokumentaci.*

[27] Nejvyšší správní soud v první řadě konstatuje, že mezi účastníky je nesporné, že stěžovatelka zveřejnila v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám č. 2 ze dne 3. 9. 2014 i název uchazeče B. Braun Medical s.r.o., který o ně žádal.

[28] Obdobnou věcí za obdobných okolností se v případě stěžovatelky již Nejvyšší správní soud zabýval v rozsudku ze dne 17. 6. 2021, č. j. 7 Afs 193/2019 - 71, v němž posuzoval situaci, kdy stěžovatelka hromadným e-mailem vyrozuměla 13 uchazečů označených konkrétními pracovními elektronickými adresami o tom, že na profilu zadavatele (stěžovatelky) byly zveřejněny dodatečné informace k zadávacím podmínkám. Na základě těchto e-mailových adres tak bylo patrné, které společnosti se o tuto zakázku ucházely, a jeho odesláním se všichni potenciální uchazeči o veřejnou zakázku dozvěděli o okruhu dalších zájemců. V posuzované věci stěžovatelka v odpovědi na dotaz uchazeče, který požádal o dodatečné informace, zveřejnila jeho název, tj. došlo k tomu, že jméno jednoho uchazeče bylo známo ostatním uchazečům. Posuzovaná věc se tak od věci č. j. 7 Afs 193/2019 - 71 odlišuje toliko v tom, že jednotliví uchazeči věděli „pouze“ o jednom dalším uchazeči a nikoli vzájemně o všech dalších uchazečích. V principu se však jedná o totožnou záležitost, tj. o vyhodnocení, zda vědomost uchazečů v průběhu zadávacího řízení o dalším uchazeči či uchazečích plynoucích z dodatečných informací poskytnutých zadavatelem má za následek porušení zásady transparentnosti.

[29] V případě argumentace stěžovatelky týkající se povinnosti odeslat dodatečné informace bez identifikačních údajů žadatele proto Nejvyšší správní soud vycházel ze závěrů uvedených v rozsudku č. j. 7 Afs 193/2019 - 71, přičemž neshledal žádný důvod se od nich odchýlit. V tomto rozsudku zdejší soud konstatoval, že „[t]ransparentnost všech kroků zadavatele je základním požadavkem kladeným na průběh zadávání veřejných zakázek. Obsah tohoto pojmu se může měnit v závislosti na proměňujících se protizákonných praktikách narušujících hodnoty chráněné právem veřejných zakázek. Právě vývoj těchto praktik přitom jednoznačně musí vést k závěru, že i pochybení, která dříve nebyla vnímána jako dostatečně relevantní narušení čitelnosti kroků zadavatele, budou nyní vnímána jako natolik zásadní, že v nich bude spatřováno porušení zásady transparentnosti. (...) Posouzení transparentnosti zadávacího řízení v žádném případě nespočívá v dokazování, zda došlo v jeho průběhu k manipulaci či nikoliv. Pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu zadávacího řízení. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. (...) Nejvyšší správní soud se shoduje s názorem městského soudu, že výše uvedený postup stěžovatelky coby zadavatele veřejné zakázky vytvořil prostor pro možnou komunikaci a vzájemnou součinnost mezi jednotlivými uchazeči o veřejnou zakázku. Mohl proto mít reálný vliv na výsledek zadávacího řízení a tím i na výběr nejhodnější nabídky. Jak již bylo uvedeno výše, posouzení transparentnosti zadávacího řízení nespočívá v dokazování, zda v jeho průběhu došlo k dohodě mezi uchazeči či nikoliv. Postačí, že nesprávným postupem stěžovatelky byly vytvořeny podmínky, které uzavření takové dohody mezi uchazeči umožnily, resp. takovou součinnost podstatně zjednodušily. Není přitom rozhodné, že zákon o zadávání veřejných zakázek takovýto postup výslovně nezakazuje. Vždy je třeba vycházet ze smyslu a účelu zákonné úpravy, kterým je zejména snaha o maximální čitelnost zadávacího řízení tak, aby byla umožněna jeho efektivní veřejná kontrola. Zásadu transparentnosti je pak třeba vykládat rovněž v souladu s hlavním cílem zákona o zadávání veřejných zakázek, jak je definován v jeho důvodové zprávě: ‚Cílem zákona je zejména zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Tímto cílem je dosahováno především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy hrazené z veřejných prostředků byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.‘ Transparentnost a omezení vzájemné komunikace mezi uchazeči o veřejnou zakázku jsou přitom klíčovými pro efektivní výběrové řízení. Podmínky zadávacího řízení by tedy měl zadavatel nastavit tak, aby uchazeči neměli žádný důvod vzájemně se kontaktovat a komunikovat spolu. Jakékoliv jednání zadavatele, kterým je obrožena hospodářská soutěž mezi uchazeči o veřejnou zakázku, je proto v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách. Pokud stěžovatelka v této souvislosti poukázala na konkrétní ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek, které podle jejího názoru umožňují odhalení totožnosti jednotlivých uchazečů před podáním nabídky na veřejnou zakázku, pak je třeba uvést, že se jedná o odlišné druhy zadávacích řízení. Navíc se v uvedených případech jedná o situaci, kdy uchazeči již podali nabídku nebo žádost o účast v zadávacím řízení.“

[30] Na základě výše uvedeného Nejvyšší správní soud nepřisvědčil námitkám stěžovatelky, že městský soud pochybil, když nesprávně interpretoval § 49 ZVZ ve spojení s § 6 ZVZ

pokračování

a dovedil ze zásady transparentnosti její povinnost odeslat dodatečné informace bez identifikačních údajů žadatele, přestože žádné ustanovení ZVZ účinné v rozhodné době takovou povinnost stěžovatelce výslovně neukládalo.

[31] K argumentaci stěžovatelky, že smyslem a účelem úpravy veřejného zadávání není ochrana hospodářské soutěže a k poukazu stěžovatelky na skutečnost, že uchazeči na relevantním trhu se velmi dobře znají, resp. žádné omezení soutěžního prostředí v důsledku odeslání dodatečných informací nebylo stěžovatelce nikdy prokázáno, Nejvyšší správní soud konstatuje, že tyto okolnosti nemají vliv na posouzení postupu stěžovatelky v zadávacím řízení z hlediska jeho transparentnosti. Jak již bylo totiž uvedeno výše, posouzení transparentnosti zadávacího řízení nespočívá v dokazování, zda v jeho průběhu došlo k dohodě mezi uchazeči či nikoliv. Pro shledání porušení ZVZ postačí, že nesprávným postupem stěžovatelky byly vytvořeny podmínky, které uzavření takové dohody mezi uchazeči umožnily. Neobstojí proto ani námitky stěžovatelky, že městský soud měl přihlídnout k tomu, zda k vzájemné dohodě mezi uchazeči o část 15 veřejné zakázky skutečně došlo či nikoli. Z výše uvedeného je dále zřejmé, že plně obstojí také závěr městského soudu, že pro konstatování porušení předpisů o zadávání veřejných zakázek postačí pouhá možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Stěžovatelka se rovněž mylí, pokud dovozuje, že městský soud dospěl k závěru o možném porušení § 6 odst. 1 ZVZ, aniž by se detailně zabýval všemi skutkovými okolnostmi předmětného případu. Z odůvodnění rozsudku městského soudu je totiž zřejmé, že se věcí podrobně zabýval a náležitě zohlednil relevantní skutkové okolnosti.

[32] Stěžovatelka se dovolávala rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 5. 8. 2020, č. j. 31 Af 75/2018 - 57, z něhož dovozovala, že ne každá „iregularita“ v zadávacím řízení musí nutně naplňovat porušení některé ze zásad ustanovení § 6 odst. 1 ZVZ a že případné konstatování soudu o porušení tohoto ustanovení musí vycházet ze skutkových zjištění ohledně dopadů předmětné „iregularity“. Krajský soud se ovšem zabýval otázkou uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 ZVZ, což není totéž jako porušení pravidel pro zadávání veřejných zakázek, řešené v nyní projednávané věci. Jak bylo výše uvedeno, ke konstatování porušení pravidel zadávání veřejných zakázek postačí zjištění, že postup stěžovatelky umožnil či zjednodušil případnou koordinaci mezi dodavateli, aniž by bylo potřebné prokazovat, že k závadné koordinaci opravdu došlo. V daném případě se v skutku jednalo o porušení předpisů o zadávání veřejných zakázek, které *a priori* nelze vnímat jako velmi závažné. Proto se Nejvyšší správní soud ztotožňuje s pokynem městského soudu vysloveným v napadeném rozsudku, kterým uložil žalovanému, aby v dalším řízení posoudil závažnost tohoto pochybení stěžovatelky z pohledu proporcionality výše krácené dotace. To ostatně odpovídá i závěrům rozšířeného senátu vysloveným v usnesení ze dne 30. 10. 2018, č. j. 1 Afs 291/2017 - 33, č. 3854/2019 Sb. NSS.

[33] K další námitce stěžovatelky Nejvyšší správní soud uvádí, že komentářovou literaturou a pozdější právní úpravou ve vztahu k povinnosti stěžovatelky odesílat dodatečné informace bez identifikačních údajů uchazeče městský soud argumentoval pouze podpůrně, a použití této argumentace proto nepředstavuje retroaktivní či ústavně nekonformní výklad zákona.

[34] Nejvyšší správní soud nepřisvědčil ani námitce stěžovatelky, v níž brojila proti závěru městského soudu, že jestliže ÚOHS neshledal důvody pro zahájení řízení o správním deliktu na úseku veřejných zakázek, nutně to nevypovídá o tom, že k porušení zákona o veřejných zakázkách, potažmo podmínek dotace dojít nemohlo. Od závěrů ÚOHS sice není na místě zcela odhlédnout, zároveň však platí, že nejsou pro správní orgány rozhodující v této věci jakkoli závažné. Pro posouzení věci jsou totiž rozhodující skutečnosti zjištěné v rámci kontroly stěžovatelky žalobkyní a jejich právní posouzení žalovaným. Ostatně obecně platí, že správní

orgány jsou povinny primárně si samy obstarat podklady pro své rozhodnutí a nemusí vycházet výlučně ze skutečností zjištěných v jiných řízeních jinými správními orgány. Každé řízení má totiž vlastní předmět, a proto se způsob jeho vedení a rozsah skutečností potřebných pro rozhodnutí ve věci může lišit. Stěžovatelkou zmíněná skutečnost, že ÚOHS nezhájil na základě podnětu žalobkyně řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, proto nemá za následek nesprávnost právních závěrů v posuzované věci.

[35] K tomu lze poukázat na judikaturu NSS k problematice porušení rozpočtové kázně v důsledku nedodržení předpisů pro zadávání veřejných zakázek (aplikovatelnou i na nyní posuzovanou věc, přestože zde o porušení rozpočtové kázně v přísném smyslu nešlo). V rozsudku ze dne 25. 11. 2020, č. j. 9 Afs 441/2018 - 52, tak kupříkladu zdejší soud uvedl, že „orgány rozhodující o odvodu za porušení rozpočtové kázně jsou zcela nezávislé na výsledcích kontrol vedených podle jiných právních předpisů a jsou samy oprávněny posoudit si otázku dodržování povinností podle zákona o veřejných zakázkách (viz krajským soudem zmiňovaný rozsudek NSS ze dne 6. 9. 2017, č. j. 6 Afs 281/2016 - 86, a tam citovanou judikaturu). Správce daně a žalovaný přitom opřeli svá rozhodnutí o vlastní skutková zjištění a vlastní právní kvalifikaci, případné odlišné posouzení některých otázek Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže tedy nemohlo mít na zákonnost jejich rozhodnutí vliv.“

[36] Ke zjištění A2.2 (kvalifikačním předpokladům) Nejvyšší správní soud předesílá, že se k otázce zákazu diskriminace i k otázce přiměřenosti kvalifikačních předpokladů podrobně vyjádřil v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, č. 1771/2009 Sb. NSS, z nějž ostatně obsírně citoval i městský soud, pročez by bylo nadbytečné jej citovat též na tomto místě. Na tento rozsudek dále navázal NSS rozsudkem ze dne 30. 9. 2014, č. j. 3 As 63/2014 - 28, v němž vyslovil, že „každý zadavatel má v zadávací dokumentaci, např. formou definování technických podmínek či kvalifikačních požadavků možnost stanovit konkrétní parametry, bez jejichž splnění se dodavatel o veřejnou zakázku úspěšně ucházet nemůže. Uvedeným způsobem současně zadavatel ovlivňuje okruh možných dodavatelů. Proto je třeba při nastavení těchto parametrů, požadavků či podmínek (v zadávací dokumentaci) dbát sbora zmíněných zásad vymezených v § 6 ZVZ, jejichž respektování ostatně prolíná celým řízením o veřejných zakázkách“. V rozsudku ze dne 28. 2. 2013, č. j. 1 Afs 69/2012 - 55, Nejvyšší správní soud uvedl, že „čím podrobnější a přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím vyšší nároky budou kladeny na jejich odůvodnění.“ Dále je třeba poukázat na rozsudek NSS z 30. 8. 2018, č. j. 9 As 195/2017 - 47, v němž se uvádí, že „zadavatelé tedy nepochybně mají prostor pro legitimní ekonomickou úvahu, ve které požívají jisté míry diskrece. Prvotním požadavkem nicméně je, aby požadavek zadavatele sledoval zákonem přípustný cíl, kterým v této věci nepochybně může být i hospodárné vynakládání veřejných prostředků. Pokud však požadavek zadavatele žádně zákonné nebo ekonomické odůvodnění nemá, pak není na místě zabývat se jeho zjevnou nepřiměřeností, jak se snaží dovodit stěžovatelka. Tato úvaha je na místě až tehdy, kdy je jeho požadavek schopen dosáhnout sledovaného cíle. Pokud by tedy například zadavatel požadoval, aby mu byla zakázka poskytována pouze subjektem s určitou právní formou, pak pokud to nebude odůvodněno například zákonnými požadavky, nebude vůbec přicházet v úvahu přiměřenost takového požadavku, neboť si lze těžko představit, jaký by měla právní forma dodavatele vliv na schopnost plnění zakázky.“

[37] V posuzované věci žalobkyně spatřovala nezákonné a diskriminační technické kvalifikační předpoklady v čl. 8 odst. 8.1 zadávací dokumentace, kde je stanoveno, že dodavatel splňuje minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu, pokud v posledních 3 letech realizoval alespoň 2 dodávky – zakázky obdobního charakteru následujícím způsobem:

„Část 1:

Jednou dodávkou – zakázkou obdobného charakteru a rozsahu se rozumí dodávka – Centrifug určených pro biochemické a/ nebo hematologické a/ nebo transfuzní laboratoře.

Část 2:

Jednou dodávkou – zakázkou obdobného charakteru a rozsahu se rozumí dodávka – Přístrojů pro obřev kerve a infuzních roztoků.“

pokračování

[38] Nejvyšší správní soud navazuje na výše citovanou judikaturu, z níž vyplývá, že zadavatel má širokou možnost úvahy ohledně volby technických kvalifikačních předpokladů a není úkolem dozorových orgánů, resp. správních soudů, aby na místo zadavatele domýšleli vhodnější kvalifikační předpoklady a postihovali zadavatele za to, že požadavky na kvalifikační předpoklady neformuloval takto „vhodněji“. Postih zadavatele tak připadá v úvahu především tehdy, kdy zadavatel technické kvalifikační předpoklady nastaví tak, že vůbec nemají vztah k předmětu veřejné zakázky (resp. ke schopnosti dodavatele veřejnou zakázku splnit) nebo jsou předmětu veřejné zakázky zcela nepřiměřené. Zadavatel též poruší své povinnosti, pokud požadavky na technické kvalifikační předpoklady zvolí tak, že vyloučí velkou skupinu dodavatelů objektivně schopných veřejnou zakázku splnit, popř. umožní účast v zadávacím řízení pouze konkrétnímu dodavateli či jejich malé skupině, kteří jediní jsou schopni splnění technických kvalifikačních požadavků doložit.

[39] V této souvislosti stěžovatelka opakovaně i nyní v kasační stížnosti vysvětlila, že usilovala, aby jakožto zadavatel vybrala pokud možno dostatečně kvalifikovaného dodavatele majícího zkušenosti s dodávkou více poptávaných přístrojů. Naopak za nedostatečně kvalifikované dodavatele považovala ty, kteří v minulosti dodávali svým zákazníkům pouze jednotlivé přístroje, nikoli více kusů zároveň. Takové vysvětlení považuje Nejvyšší správní soud za logické. Pokud stěžovatelka zadávala zakázku na 7 ks centrifug a 13 ks přístrojů pro ohřev krve, jedná se o určitou relativně větší dodávku lékařských přístrojů (než by byla pouze dodávka jednotlivých kusů těchto přístrojů), u níž nelze mít bez dalšího za to, ji bude schopen precizně provést jakýkoli dodavatel, popř. i jakýkoli dodavatel, který v minulosti alespoň jeden přístroj z obou požadovaných skupin dodal. Závěr městského soudu, že jde o požadavek zcela nevhodný ke zjištění schopnosti dodavatele realizovat veřejnou zakázku tak neobstojí, neboť se jedná o požadavek, který má zřejmou souvislost s předmětem veřejné zakázky a objektivně vypovídá o schopnosti dodavatele požadované plnění dodat.

[40] Rovněž se nejedná o požadavek zjevně nepřiměřený předmětu veřejné zakázky. Stěžovatelka totiž požadovala (dle svého vysvětlení) pouze doložení referenční dodávky nejméně dvou z každé poptávané kategorie přístrojů. Požadavek dodání dvou přístrojů u veřejné zakázky na 7, resp. 13 přístrojů, může být považován za relevantní, když stěžovatelka předestřela, že chtěla eliminovat skupinu drobných dodavatelů zdravotnické techniky, kteří v minulosti dodávali pouze po jednom přístroji, např. do úplně malých zdravotnických zařízení, a dodávka více kusů těchto přístrojů najednou by jim mohla činit obtíže. Tento požadavek lze považovat za legitimní a zároveň nelze usuzovat, že by jím stěžovatelka vyloučila značnou skupinu dodavatelů schopných bezchybně zakázku splnit. Pokud městský soud spolu s žalobkyní předestírají, že mohli existovat dodavatelé, kteří v minulosti dodali značné množství požadovaných přístrojů, avšak pouze v malých dodávkách po jednom kuse, jedná se jen o spekulaci, která navíc nevyvrací obavy stěžovatelky o schopnost takového dodavatele bez potíží dodat větší množství přístrojů najednou. Nejvyšší správní soud proto uzavírá, že stěžovatelka nevybočila stanovením posuzovaného technického kvalifikačního předpokladu ze zákonných mezí autonomní úvahy zadavatele.

[41] Přesto však zrušovací důvod napadeného rozsudku městského soudu ohledně kontrolního zjištění A.2.2 po výše uvedené korekci obstojí. Městský soud totiž v bodě 67 napadeného rozsudku přitakal mj. žalobní námitce, že stěžovatelka porušila § 44 odst. 1 ZVZ mj. také tím, že tento kvalifikační předpoklad formulovala neurčitým způsobem, neboť neuvedla jasně požadovaný počet dodaných přístrojů, který měl být doložen referenční dodávkou. Nejvyšší správní soud se zcela ztotožňuje se žalobkyní, že zadavatel má povinnost zadávací podmínky včetně požadavků na technické kvalifikační předpoklady stanovit určitě a jasně

tak, aby nevznikaly pochybnosti o tom, kteří dodavatelé se mohou zadávacího řízení zúčastnit. Nejasně formulovaná zadávací dokumentace může odrazovat zadavatele tím, že zdroje vynaložené na zpracování nabídky přijdou vniveč, neboť zadavatel si bude při posouzení nabídek zadávací podmínky vykládat nepředvídatelným způsobem, jednak zvyšují náklady dodavatelů, kteří musí k požadavku zadavatele dokládat další referenční dodávky. Především však nejasně stanovené zadávací podmínky mohou vyvolávat oprávněné pochybnosti o férovosti a transparentnosti postupu zadavatele. Požadavek na jednoznačnost zadávací dokumentace ostatně zdůrazňuje i odborná literatura: „Z rozhodovací praxe Úřadu týkající se problematiky zadávací dokumentace je zřejmé, že Úřad považuje precizní zpracování zadávací dokumentace za důležitou část zadávacího procesu a je nezbytné mu věnovat patřičnou pozornost a profesionalitu. Dodavatelé musí mít k dispozici veškeré informace nutné ke zpracování nabídky, a není tedy přípustné, aby zadavatel uvedl dodavatele v omyl či uvedl nedostatečné informace, případně aby byl text zadávací dokumentace nesrozumitelný nebo neurčitý tak, že by mohly vzniknout pochybnosti o výkladu určitého požadavku zadavatele“ (Podešva, V., Olík, M., Janoušek, M., Stránský, J.: Zákon o veřejných zakázkách, Praha, Wolters Kluwer, 2006, Komentář k § 44, cit. dle systému ASPI).

[42] Požadavek stěžovatelky na referenční zakázky, kdy z pouhého použití množného čísla dovozovala, že referenční zakázky se musely týkat alespoň dvou kusů každého z přístrojů, nelze považovat za jednoznačný a určitý. Jistě se může jednat o jeden z možných výkladů předmětného ustanovení zadávací dokumentace, zároveň jsou myslitelné i výklady jiné, např. že přípustný je jakýkoli počet přístrojů v rámci dodávky včetně jediného přístroje. Městský soud ostatně přílehavě poukázal na to, že řada uchazečů požadavku na prokázání technických kvalifikačních předpokladů rozuměla právě tímto způsobem a nabídky doložili referencí na dodání pouze jediného přístroje. Jakkoli pak hodnotící komise umožnila uchazečům, kteří podali nabídky doložené pouze takto „nedostatečnou“ referencí, aby na základě výzvy k objasnění nabídky doložili referenci dle výkladu stěžovatelky, přesto však musel být jeden z uchazečů z tohoto důvodu vyloučen. Nejvyšší správní soud tedy uzavírá, že vymezení technických kvalifikačních předpokladů v čl. 8 odst. 8.1 zadávací dokumentace nesplňovalo zákonné požadavky na jasnost a určitost zadávacích podmínek.

[43] Ač tedy Nejvyšší správní soud shora uvedeným způsobem korigoval závazný právní názor městského soudu, i ve vztahu ke kontrolnímu zjištění A2.2 je ve výsledku správný pokyn žalovanému vyslovený městským soudem v bodě 68 napadeného rozsudku. Důvody pro zrušení rozhodnutí žalovaného tedy v podstatné míře obstály, a Nejvyšší správní soud proto kasační stížnost zamítl (srov. usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 14. 4. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007 - 75, č. 1865/2009 Sb. NSS).

IV. Závěr a rozhodnutí o nákladech řízení

[44] Nejvyšší správní soud shledal nedůvodnými stěžovatelkou uplatněné námítky, kasační stížnost je proto nedůvodná (s výhradou částečné korekce závazného názoru vysloveného městským soudem). Nejvyšší správní soud tedy dle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. kasační stížnost zamítl.

[45] Zároveň Nejvyšší správní soud rozhodl o nákladech řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatelka (osoba zúčastněná na řízení) neměla v řízení úspěch, a právo na náhradu nákladů řízení proto nemá. Naopak žalobkyně byla ve věci samé úspěšná, a má tedy právo na náhradu účelně vynaložených nákladů řízení. Ty spočívají v nákladech právního zastoupení advokátem stanovených dle § 7 a § 9 odst. 4 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb. ve výši 3.100 Kč za jeden úkon právní služby (vyjádření ke kasační stížnosti) a náhradě hotových výdajů ve výši 300 Kč dle § 13 odst. 4 téže vyhlášky. Zástupce žalobkyně

pokračování

již v řízení před městským soudem doložil, že je plátcem DPH, náhrada nákladů se proto zvyšuje o částku odpovídající sazbě této daně (21%). Stěžovatelka, která podáním kasační stížnosti řízení u Nejvyššího správního soudu zahájila, je tedy povinna žalobkyni zaplatit celkem 4.114 Kč, k čemuž jí soud stanovil přiměřenou lhůtu. Žalovanému pak nevznikly náklady řízení přesahující rámec jeho běžné úřední činnosti, a právo na náhradu nákladů řízení proto nemá.

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

V Brně dne 22. října 2021

Mgr. Aleš Roztočil
předseda senátu