



ČESKÁ REPUBLIKA

R O Z S U D E K

J M Ě N E M R E P U B L I K Y

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Elišky Cihlářové a soudců JUDr. Jaroslava Hubáčka a JUDr. Karla Šimky v právní věci žalobců: a) **PATRIOT, spol. s r. o.**, se sídlem Hybešova 437/46, Brno, b) **BUSE, s. r. o.**, se sídlem Masarykova 9, Blansko, oba zastoupeni JUDr. Tomášem Fuchsem, advokátem se sídlem Panská 2/4, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osob zúčastněných na řízení: 1) **Statutární město Olomouc**, se sídlem Horní náměstí 583, Olomouc, 2) **ELTODO dopravní systémy, s. r. o.**, se sídlem Novodvorská 1010/14, Praha 4, v řízení o kasační stížnosti žalobců proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 3. 7. 2007, č. j. 62 Ca 30/2006 – 47,

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.
- III.** Osoby zúčastněné na řízení **n e m a j í** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Krajský soud v Brně zamítl rozsudkem ze dne 3. 7. 2007, č. j. 62 Ca 30/2006 – 47, žalobu, kterou se žalobci (dále jen „stěžovatelé“) domáhali zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) ze dne 16. 6. 2006, č. j. 2R 058/06-Hr, kterým byl zamítnut rozklad stěžovatelů a potvrzeno rozhodnutí Úřadu ze dne 21. 4. 2006, č. j. S70/2006/DO-7439/2006/520-KV, jímž bylo rozhodnuto, že Statutární město Olomouc (dále jen „zadavatel“) nesplnilo při zadávání veřejné zakázky „Systém preference MHD a informační systém MHD“ povinnost stanovenou v ust. § 30 odst. 3 zákona č. 40/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) v návaznosti na ust. § 30 odst. 2 písm. c) citovaného zákona, protože nevymezilo doklady k prokázání kvalifikace v souladu s předmětem veřejné zakázky,

přičemž tento úkon neovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Krajský soud v odůvodnění rozsudku uvedl, že není důvodné tvrzení stěžovatelů, že Úřadem deklarované pochybení zadavatele mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Přesto, že společnost ELTODO dopravní systémy, s. r. o. (dále jen „vítězný uchazeč“) nepředložila oprávnění k podnikání týkající se výkonu zeměměřických činností, které však zadavatel nevyžadoval, při stanovování nabídkové ceny potřebu provedení zeměměřických prací zohlednila. Nabídka vítězného uchazeče tedy byla v souladu s předem vymezenými podmínkami zadávacího řízení podávanými z oznámení zadání veřejné zakázky a ze zadávací dokumentace. Jednotlivé nabídky tak byly při jejich hodnocení vzájemně srovnatelné. Všechny předpokládaly provedení zeměměřických prací, nabídkové ceny zahrnovaly provedení těchto prací a také termín plnění byl navrhován se zohledněním provedení těchto prací. Zahrnovala-li tedy nabídková cena vítězného uchazeče i cenu za provedení zeměměřických prací, a byla přitom nabídkovou cenou nejnížší, a byla-li jeho nabídka hodnocena nejlépe i ve druhém z obou dílčích kritérií, tj. pokud jde o termín plnění, v němž bylo zohledněno i provedení zeměměřických prací, pak pochybení zadavatele při vymezení dokladů, jež bylo třeba k nabídce přiložit, nemělo, a ani nemohlo mít, vliv na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Způsob realizace plnění, jež bylo předmětem veřejné zakázky, tj. zda mělo být uskutečněno uchazečem či subdodavatelem, není za situace, kdy zákon o veřejných zakázkách nevyklučoval zajištění těchto prací subdodavatelsky, pro posouzení vlivu na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek rozhodující. Krajský soud v této souvislosti považoval za podstatnou i skutečnost, že Úřad se v rozhodnutí o rozkladu, na rozdíl od rozhodnutí prvostupňového, výslovně zabýval nejen otázkou faktického ovlivnění pořadí úspěšnosti jednotlivých nabídek, ale také otázkou ovlivnění potenciálního. Úřad tím jednak vyčerpал předmět rozkladu, a navíc je z napadeného rozhodnutí možno jednoznačně seznat i důvody, pro které zadavatelovo pochybení nemohlo mít na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek ani potenciální vliv. Těmi jsou vzájemná srovnatelnost jednotlivých nabídek, zahrnutí zeměměřických prací do nabídkové ceny vítězného uchazeče a následné nejlepší hodnocení jeho nabídky ze strany zadavatele. Krajský soud se proto ztotožnil se závěrem Úřadu, že porušení zákona o veřejných zakázkách neovlivnilo stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, a ani ovlivnit nemohlo. Pokud zadavatel v případě všech uchazečů požadoval doložení oprávnění k podnikání jednotně, byť v nesprávně omezeném rozsahu, a poté i splnění tohoto požadavku posuzoval ve vztahu ke všem uchazečům jednotně, pak nelze dovodit, že by jednal se stěžovateli procedurálně či obsahově jiným způsobem než s jinými uchazeči. Nelze tedy dovozovat, že by zadavatel byl vůči některému z uchazečů „tolerantnějším“ než vůči jiným, popř. že by některému z uchazečů bylo objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči. Krajský soud proto shledal jako nedůvodné i namítané porušení zásady nediskriminace.

Proti tomuto rozsudku podali stěžovatelé v zákonné lhůtě kasační stížnost z důvodu uvedeného v ust. § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s., ve které namítali, že zákon o veřejných zakázkách v ust. § 101 Úřadu ukládá zrušit rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, bylo-li ovlivněno, či mohlo-li být ovlivněno, jeho jiným protiprávním úkonem, a proto se nejedná o případ správního uvážení. Nezbyvá tedy, než posoudit skutkový děj vedoucí k výběru nejvhodnější nabídky, jak skutečně proběhl, a situaci, kdy zadavatel zákon neporušil. Pokud by zadavatel v zadávací dokumentaci správně stanovil výčet oprávnění k podnikání, byl by výsledek stanovení pořadí úspěšnosti

nabídek nutně odlišný. Vítězný uchazeč totiž živnost označenou jako „výkon zeměměřičských činností“, pro provedení předmětné veřejné zakázky nezbytnou, neměl. Proto by za situace zákonem o veřejných zakázkách předpokládaného chování zadavatele nemohla být nabídka takového uchazeče vybrána jako nejvhodnější. Zadavateli by naopak nezbylo, než nabídku podle ust. § 59 zákona o veřejných zakázkách vyřadit a uchazeče vyloučit z další účasti v zadávacím řízení. Podle stěžovatelů nemůže obstát ani úvaha, že vítězný uchazeč, pokud by byl včas informován o nutnosti předložit oprávnění k výkonu zeměměřičských činností, by jistě založil sdružení se subjektem tímto oprávněním disponujícím. Vítězem by pak bylo sdružení dvou subjektů a nikoliv vítězný uchazeč samostatně, což evidentně není totéž. Na doplnění stěžovatelé uvedli, že zákon o veřejných zakázkách prokázání oprávnění k podnikání prostřednictvím subdodavatele neumožňoval. Z výše uvedeného plyne, že Úřad nebyl povinen uložit zadavateli zrušení veřejné zakázky pouze v případě, že výsledek právního i protiprávního postupu zadavatele by byl zcela shodný. V daném případě však měl být vítězný uchazeč ze zadávacího řízení vyloučen, což by vedlo k jinému pořadí nabídek. Proto stěžovatelé navrhli zrušení napadeného rozsudku a vrácení věci krajskému soudu k dalšímu řízení.

Nejvyšší správní soud přezkoumal na základě kasační stížnosti napadený rozsudek v souladu s ust. § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s. v rozsahu a z důvodů, které uplatnili stěžovatelé v kasační stížnosti, a přitom sám neshledal vadu uvedenou v odst. 3 citovaného ustanovení, k níž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

Nejvyšší správní soud považuje za nezbytné na prvním místě poukázat na pochybení krajského soudu, který označil jako žalovaného předsedu Úřadu a nikoliv Úřad, což je v rozporu s ustálenou judikaturou Nejvyššího správního soudu (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 8. 2006, č. j. 4 As 57/2005 – 64, a ze dne 15. 1. 2004, č. j. 6 A 11/2002 – 26, dostupné na www.nssoud.cz). Vždy je třeba rozlišovat, proti jakému rozhodnutí je žaloba podávána a kdo je účastníkem řízení. V dané věci je nepochybné, že žaloba byla podaná proti rozhodnutí předsedy Úřadu, ale tato skutečnost nezakládá jeho pasivní legitimaci v řízení o žalobě. Předseda Úřadu není samostatným správním orgánem, ale pouze funkční složkou Úřadu, která mimo jiné přezkoumává v rozkladovém řízení rozhodnutí v případě, že Úřad vydal jako ústřední orgán státní správy správní rozhodnutí v I. stupni. Správní orgán rozhodující o rozkladu i správní orgán I. stupně představují stejný správní orgán vymezený zákonným rámcem jeho věcné příslušnosti. Rozdílné je pouze to, komu z hlediska vnitřního organizačního uspořádání správního orgánu zákon zakládá funkční příslušnost rozhodovat o rozkladu. Proto je žalovaným ve smyslu § 69 s. ř. s. Úřad, byť je žalobou napadáno rozhodnutí jeho předsedy (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2004, č. j. 5 Afs 16/2003 – 56, č. 534/2005 Sb. NSS). Pokud tedy krajský soud v dané věci označil jako žalovaného předsedu Úřadu, je jeho řízení zatíženo vadou, ale vzhledem k tomu, že krajský soud de facto jednal jako s účastníkem řízení s Úřadem, byť prostřednictvím jeho předsedy, nejedná se o vadu, která by mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí ve věci samé (§ 109 odst. 3 s. ř. s.).

Podle obsahu správního spisu uveřejnil dne 16. 11. 2005 zadavatel oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Systém preference MHD a informační systém MHD“. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že součástí předmětu veřejné zakázky bylo mimo jiné i „Vypracování projektové dokumentace skutečného

provedení díla včetně geodetického zaměření“ (bod 2.4.5 zadávací dokumentace). V bodě 12.2 zadávací dokumentace požadoval zadavatel po uchazečích předložení oprávnění k podnikání pro živnosti nezbytné k provedení těchto činností: provádění staveb včetně jejich změn, udržovacích prací na nich a jejich odstraňování, poskytování software, výroba, instalace a opravy elektronických zařízení, montáž, opravy, revize a zkoušky vyhrazených elektrických zařízení. Základním kritériem pro zadání veřejné zakázky byla ekonomická výhodnost nabídky (bod 17.1 zadávací dokumentace), přičemž dílčími kritérii pro posuzování nabídek byla nabídková cena (váha 60 %), termín dodávky (váha 20 %) a technické řešení (váha 20 %). Dne 7. 2. 2006 rozhodl zadavatel o přidělení veřejné zakázky vítěznému uchazeči. Proti tomuto rozhodnutí podali stěžovatelé námitky podle ust. § 88 zákona o veřejných zakázkách, kterým zadavatel nevyhověl. Dne 6. 3. 2006 podali stěžovatelé Úřadu návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách. Úřad v prvostupňovém rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel nesplnil povinnost vyplývající z ustanovení § 30 odst. 3 v návaznosti na § 30 odst. 2 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, protože nevymezil doklady k prokázání kvalifikace v souladu s předmětem veřejné zakázky. Pochybení zadavatele spatřoval Úřad konkrétně v tom, že nepožadoval předložení oprávnění k podnikání pro výkon zeměměřičské činnosti přesto, že součástí předmětu veřejné zakázky bylo i vypracování projektové dokumentace skutečného provedení díla včetně geodetického zaměření. Zároveň vyslovil, že toto pochybení zadavatele neovlivnilo stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Rozklad stěžovatelů proti tomuto rozhodnutí předseda Úřadu zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

Podle ustanovení § 101 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách shledá-li Úřad před uzavřením smlouvy, že zadavatel úkonem učiněným při zadávání veřejné zakázky nesplnil povinnost nebo porušil zákaz stanovený tímto zákonem, uvede tuto skutečnost písemně v rozhodnutí. Současně zadavateli uloží opatření k nápravě, zejména zrušení rozhodnutí zadavatele o přidělení zakázky, jestliže takový úkon podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

Podle ustanovení § 30 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je předpokladem účasti dodavatele v užším řízení a předpokladem hodnocení nabídek v otevřeném řízení splnění kvalifikace. Splněním kvalifikace se podle odst. 2 citovaného ustanovení rozumí splnění základních kvalifikačních kritérií [písm. a)], splnění dalších kvalifikačních kritérií, jimiž zadavatel vymezení odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele a zabezpečení jakosti podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky [písm. b)], prokázání oprávnění k podnikání, včetně předložení výpisu z obchodního rejstříku či jiné evidence ne starší než 90 dnů, má-li v ní být uchazeč nebo zájemce zapsán podle zvláštních právních předpisů [písm. c)] a prokázání odborné způsobilosti nebo členství v určité profesní organizaci, je-li pro plnění veřejné zakázky vyžadována podle zvláštních právních předpisů [písm. d)]. Podle odst. 3 citovaného ustanovení zadavatel uvede požadavky na splnění kvalifikace podle odst. 2 včetně dokladů požadovaných k jejich prokázání v oznámení zadávacího řízení. Zadavatel není oprávněn požadovat splnění kvalifikace nad rámec požadavků na splnění kvalifikace stanovených úplným výčtem v oznámení zadávacího řízení. Zadavatel je povinen omezit rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

V dané věci je sporné, zda pochybení zadavatele, který v rozporu se zákonem nepožadoval po uchazečích prokázání oprávnění k podnikání pro výkon zeměměřických činností, podstatně ovlivnilo, nebo alespoň mohl ovlivnit, stanovení pořadí úspěšnosti nabídek ve smyslu ustanovení § 101 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.

K námitce, že v případě zákonného postupu zadavatele, by byl výsledek zadávacího řízení nutně odlišný, neboť vítězný uchazeč by musel být z další účasti vyloučen, Nejvyšší správní soud uvádí, že pokud by zadavatel požadoval prokázání oprávnění k výkonu zeměměřických činností a některý z uchazečů by tento požadavek nesplňoval, musel by skutečně být zadavatelem z další účasti v zadávacím řízení vyloučen (v daném případě podle ust. § 39 odst. 2 věta první zákona o veřejných zakázkách). Avšak vzhledem k tomu, že v daném případě zadavatel uvedené oprávnění nepožadoval, nemohl pro nepředložení tohoto oprávnění vítězného, ani jakéhokoli jiného uchazeče, z účasti v zadávacím řízení vyloučit. Takovým postupem by totiž zadavatel dodatečně a neoprávněně uplatnil další požadavek na kvalifikaci uchazečů. Tato stížní námitka je proto nedůvodná.

Pokud stěžovatelé v kasační stížnosti uvedli, že Úřad by nebyl povinen uložit zadavateli opatření k nápravě pouze v případě, že by výsledek zadávacího řízení byl zcela shodný i pokud by k porušení zákona o veřejných zakázkách nedošlo, vyjadřují tím pouze jinými slovy účel ust. § 101 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Povinností Úřadu při aplikaci citovaného ustanovení bylo zhodnotit, zda porušení zákona o veřejných zakázkách zadavatelem mohlo mít alespoň potenciální vliv na konečný výsledek zadávacího řízení, a nikoliv presumovat, zda by ten který uchazeč v případě jiných kvalifikačních požadavků byl schopen tyto splnit. Této své povinnosti Úřad podle názoru Nejvyššího správního soudu dostal, neboť ve svých rozhodnutích možný vliv pochybení zadavatele na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek hodnotil (srovnej např. bod 15 rozhodnutí předsedy Úřadu), a to včetně vlivu potenciálního.

Při tomto hodnocení pak Úřad nepochybil, přičemž za rozhodující argumenty pro tento závěr považuje Nejvyšší správní soud to, že zeměměřická činnost tvořila pouze zcela marginální část z celkového objemu předmětné veřejné zakázky, a dále zejména to, že cenu za tuto činnost vítězný uchazeč zahrnul do celkové nabídkové ceny. Nabídková cena vítězného uchazeče, jako kritérium s nejvyšší vahou při hodnocení nabídek (60 %), proto nemohla být v důsledku pochybení zadavatele při vymezení požadavků na kvalifikaci jakkoli zkreslena. Totéž platí i pro termín plnění jako další kritérium hodnocení nabídek, neboť i při stanovení termínu plnění vítězný uchazeč nutnost provedení zeměměřických činností zohlednil. Ke stejnému závěru, tj. že v daném případě pochybení zadavatele nemělo, a ani nemohlo mít, vliv na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, dospěl i krajský soud, a napadený rozsudek proto z tohoto důvodu není nezákonný.

K poukazu stěžovatelů na to, že zákon o veřejných zakázkách neumožňoval prokázání oprávnění k podnikání prostřednictvím subdodavatele, považuje Nejvyšší správní soud za postačující uvést, že v daném případě zadavatel oprávnění k podnikání v oboru zeměměřická činnost jako kvalifikační předpoklad nestanovil, a je proto irelevantní, jakým způsobem zákon o veřejných zakázkách umožňoval jeho splnění.

Pokud podle stěžovatelů nemůže obstát úvaha, že pokud by byl vítězný uchazeč včas informován o nutnosti předložit předmětné oprávnění k podnikání, jistě by založil sdružení se subjektem tímto oprávněním disponujícím, není z tohoto tvrzení zřejmé, co konkrétně je krajskému soudu vytykáno, neboť takovou úvahu odůvodnění napadeného rozsudku neobsahuje.

Z důvodů výše uvedených Nejvyšší správní soud neshledal nezákonnost napadeného rozsudku ve smyslu ust. § 103 odst. 1 s. ř. s., a proto kasační stížnost podle ustanovení § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl. Ve věci rozhodl v souladu s § 109 odst. 1 s. ř. s., podle něhož rozhoduje Nejvyšší správní soud o kasační stížnosti zpravidla bez jednání, protože neshledal důvody pro jeho nařízení.

Výrok o nákladech řízení se opírá o ustanovení § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s., podle kterého, nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Nejvyšší správní soud žádnému z účastníků náhradu nákladů nepřiznal, protože stěžovatelé v řízení úspěch neměli a Úřadu žádné náklady s tímto řízením nevznikly.

Osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení, neboť jim soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s níž by jim náklady vznikly (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

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

V Brně dne 12. února 2009

JUDr. Eliška Cihlářová
předsedkyně senátu