



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Michala Mazance a soudců JUDr. Jana Passera a Mgr. Davida Hipšra v právní věci žalobce **DELTA Systems a. s.**, se sídlem Jankovcova 1569/2c, Praha 7, zastoupeného JUDr. Danielem Weinholdem, Ph. D., advokátem, AK Karlovo nám. 10, Praha 2, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, třída Kpt. Jaroše 7, Brno v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 12. 12. 2007 čj. R 186, 188/2007/03-23217/2007/310-Hr, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 18. 12. 2008, čj. 62 Ca 14/2008 - 163,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 12. 2008, čj. 62 Ca 14/2008 - 163, **se zrušuje** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalovaný rozhodnutím ze dne 24. 9. 2007, čj. S 225/2007-00257/2007/550-VŠ, rozhodl tak, že zadavatel – Český úřad zeměměřičský a katastrální nedodržel postup podle ustanovení § 60 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách ve znění pozdějších předpisů (dále též ZVZ) tím, že nevyloučil ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku „HW pro centralizaci databází ISKN a Rúian“ vybraného uchazeče, který neprokázal v požadovaném rozsahu splnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 55 odst. 1 písm. a) ZVZ, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. O rozkladech (podal jej rovněž žalobce) rozhodl předseda žalovaného 12. 12. 2007 pod čj. R 186, 188/2007/03-23217/2007/310-Hr tak, že rozhodnutí I. stupně bylo potvrzeno a rozklady byly zamítnuty.

Žalobou doručitou Krajskému soudu v Brně dne 12. 2. 2008 se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 12. 12. 2007. Namítal, že kvalifikace by měla být splněna až v době plnění veřejné zakázky a v průběhu zadávacího řízení (v okamžiku podání nabídky) je pro zadavatele postačující, aby měl o takovém splnění kvalifikace pro období plnění veřejné zakázky jistotu. Poukazoval přitom na smysl a účel ustanovení o prokazování kvalifikace včetně odkazu na komunitární právní předpisy, neboť některé kvalifikační předpoklady mohou být považovány za splněné doložením smlouvy o smlouvě budoucí pro případ úspěchu uchazeče v zadávacím řízení. Proto měl žalobce zato, že listinami, které předložil, svoji kvalifikaci doložil, a navíc dodatečně smlouvu s pojistným plněním ve výši 100 milionů Kč také předložil. Namítal, že i pokud by v nabídce nedoložil splnění uvedeného kvalifikačního předpokladu úplně, neznamená to, že by jeho splnění nedoložil vůbec a že by nemohlo být oprávněně využito postupu podle ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ, tedy doplnění původní nabídky. Namítal, že požadavek zadavatele specifikující požadovanou výši pojistného nebyl obsažen v oznámení zadávacího řízení, ač tam být obsažen měl a nemohl být proto platně obsažen až v zadávací dokumentaci. Žádná konkrétní výše požadovaného pojistného plnění z oznámení zadávacího řízení nevyplývala. Navíc žalobce předložil příslib pojistitele, podle kterého je pojistitel připraven zvýšit pojistné plnění z 60 na 100 milionů Kč. Namítal i porušení procesních práv, neboť žalovaný před vydáním rozhodnutí mu neumožnil vyjádřit se k podkladu rozhodnutí.

Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 18. 12. 2008, čj. 62 Ca 14/2008 - 163, žalobou napadené rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil, věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení a rozhodl rovněž o přiznání náhrady nákladů řízení žalobci. Soud konstatoval, že žaloba je důvodná již v části týkající se možnosti seznámení se s podklady rozhodnutí před jeho vydáním. Zdůraznil, že ve věci po zahájení řízení probíhala korespondence mezi žalobcem a žalovaným i mezi žalovaným a zadavatelem. Usnesení o tom, že se účastníci mohou vyjádřit k podkladu rozhodnutí ve stanovené lhůtě, bylo vydáno dne 29. 8. 2007. Teprve po tomto datu bylo předloženo mj. i stanovisko žalobce, podle kterého mu mělo být nejasné, které jeho úkony jsou předmětem přezkoumání. Správní spis byl doplňován stanoviskem zadavatele, které mohlo vyvolat potřebu dalšího dokazování a které nebylo dáno žalobci k dispozici. Krajský soud rovněž zaujal stanovisko k hmotněprávním žalobním námitkám. Zdůraznil, že dodavatel prokazuje splnění kvalifikace pro případ svého úspěchu v zadávacím řízení a pro dobu veřejné zakázky, nicméně to, zda je kvalifikace takto splněna či nikoli, musí být najisto postaveno v okamžiku, kdy je podávána nabídka. Podstatné však bylo, zda zadavatel stanovil způsob prokazování kvalifikace řádně a zda ji žalobce k okamžiku podání nabídky splnil.

V tom již krajský soud žalobci přisvědčil. Uvedl, že v případě otevřeného zadávacího řízení měl zadavatel povinnost vymezit minimální úroveň kvalifikačních předpokladů již oznámení o zahájení zadávacího řízení. Této povinnosti se zadavatel nemůže zprostit. Teprve pokud by došlo k uveřejnění požadavků způsobem a v rozsahu podle ustanovení § 55 odst. 3 ZVZ, lze je rozvést a specifikovat ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady. Ve vztahu k ekonomickým a finančním požadavkům musí být v oznámení o zahájení zadávacího řízení uveden způsob jejich prokázání, a již tehdy měla být uvedena minimální výše pojistného plnění, na které měla být uzavřena pojistná smlouva. Ta však v čl. III. 2.2. ani jinde v rámci tohoto oznámení uvedena nebyla. Proto

zadavatel nevyjevil uvedený požadavek zákonným způsobem a jeho nesplnění nemůže být důvodem pro vyloučení dodavatele pro jeho nesplnění. Nepostačilo, pokud byla minimální úroveň splnění tohoto kvalifikačního předpokladu obsažena až v zadávací dokumentaci. I kdyby zadavatel v oznámení o zahájení zadávacího řízení požadavek vyjevil zákonným způsobem, byl by ze strany žalobce splněn a žalobce by splnění předmětného kvalifikačního předpokladu prokázal na základě ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ. Zadavatel je povinen přijmout coby alternativu dokladů požadovaných podle § 55 odst. 3 ZVZ jiné doklady, které objektivně nahrazují původně požadované doklady, pokud existují objektivní důvody, pro které je uchazeč nemohl předložit. Za takový důvod by bylo lze považovat skutečnost, že takovou výši pojistné částky nemusí mít uchazeč sjednání, protože ji mimo příslušné zadávací řízení nepotřebuje. Stejný význam jako uzavřená smlouva s odkládací podmínkou by měla smlouva o smlouvě budoucí o takové pojistné smlouvě. Za takové situace musí mít pro zadavatele stejný význam příslib pojistitele, že takovou pojistnou smlouvu pro případ žalobcova úspěchu v zadávacím řízení uzavře, jde-li o příslib bezpodmínečný. Z pohledu pojistitele jde o závazek stejného druhu a právní síly, jako by mohl vyplynout ze smlouvy o smlouvě budoucí. Správní rozhodnutí se navíc s otázkou nevhodnosti příslibu uzavření smlouvy nevypořádala. Podle krajského soudu nebylo objektivního důvodu, pro který by příslib neměl být považován za objektivně vhodný. S odkazem na tyto argumenty se krajský soud již nezabýval žalobní argumentací ohledně postupu podle ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ.

Proti rozsudku Krajského soudu v Brně podal žalovaný (stěžovatel) dne 12. 1. 2009 kasační stížnost, kterou doplnil dne 5. 3. 2009, a to z důvodů uvedených v ustanovení § 103 odst. 1 písm.a) a d) s. ř. s. Pokud jde o vytčené nedodržení procesní povinnosti umožnit účastníkovi správního řízení se seznámit s podklady pro rozhodnutí, odkázal stěžovatel na rozhodnutí vydané v minulosti Krajským soudem v Brně, podle kterého není principiálně v rozporu s ustanovením § 36 odst. 3 správního řádu (zákona č. 71/1967 Sb.) učinit výzvu podle ustanovení § 36 odst. 3 správního řádu již současně se zahájením správního řízení. Z rozhodnutí 62 Ca 13/2006 pak nelze dovodit, že by šlo o výjimečné okolnosti dané věcí, které by jindy nebyly přípustné a že takto stanovená možnost seznámit se s podklady je pouze formální. Soud se tak neodůvodněně odklonil od své předchozí praxe a dříve aprobované jednání označuje za vadu správního řízení. Stěžovatel stanovil v usnesení ze dne 29. 8. 2007 dvě lhůty, jednak lhůtu k navržení důkazů, a lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí. Neobstojí proto závěr, že účastníci se mohli seznámit pouze se stavem k okamžiku zahájení správního řízení. Stěžovatel již v usnesení ze dne 29. 8. 2007 informoval, že ústní jednání nařízeno nebude. Proto námitka, že žalobce nevěděl, zda bude na jeho návrh na nařízení jednání stěžovatel reagovat či nikoli, nemá oporu v zákonné úpravě ani ve správním spise.

Pokud jde o námitku týkající se toho, zda je zadavatel povinen již v oznámení zadávacího řízení uvést minimální úroveň splnění kvalifikačního kritéria, ztotožnil se stěžovatel s názorem krajského soudu v tom, že tak skutečně má učinit; zadavatel skutečně porušil zákon, pokud vymezení této minimální požadované úrovně nebylo obsahem oznámení o zahájení zadávacího řízení, ale objevuje se až v zadávací dokumentaci. Podle přesvědčení stěžovatele však toto pochybení nemělo a nemohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť jím nemohlo dojít k omezení okruhu potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku. Negativní vliv na počet uchazečů o veřejnou zakázku by mohl mít

opačný postup, pokud by byly v oznámení uvedeny přísné minimální požadavky a tyto byly v zadávací dokumentaci změkčovány (což by mohlo odradit uchazeče od vyzvednutí si zadávací dokumentace). V souzené věci byla situace opačná, požadavek zadavatele mohl odradit až ty zájemce, kteří si již vyzvedli zadávací dokumentaci. Samotné oznámení tak oslovovalo širší okruh zájemců, a proto tato skutečnost nemohla mít negativní vliv na počet zájemců, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci. Pokud však soud dovodil, že takto stanovený požadavek nemohl být důvodem pro vyloučení žalobce, jde dle stěžovatele o závěr značně formalistický. Nedodržení postupu stanoveného zákonem je postihováno uložením nápravného opatření či pokuty v případě, že mělo nebo mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Zákon však nestanoví jako následek nedodržení formy požadavku možnost tento požadavek ignorovat, ani neobsahuje zákaz vyloučit uchazeče, kteří tento nesprávně uveřejněný požadavek nesplnili. Žalobce o požadavku věděl, a to natolik včas, aby mohl minimální úroveň požadavku splnit. Důvod, proč požadavek nebyl splněn, nesouvisel s dodatečnou či opožděnou informovaností. Nedostatek formy neměl vliv na zpracování nabídek a na výběr nejvýhodnější nabídky.

K příslibu banky jako jiného rovnocenného dokladu podle ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ stěžovatel namítal, že není naplněna podmínka, že dodavatel z objektivních důvodů není schopen prokázat splnění kvalifikačních předpokladů. V souzené věci bylo tímto důvodem podnikatelské rozhodnutí žalobce neuzavírat předmětnou pojistnou smlouvu. To považuje stěžovatel za subjektivní důvod; žalobce měl ve své moci veškeré okolnosti pořízení zadavatelem požadovaného dokladu. Není zde žádná vyšší moc, která by jeho schopnost získat předmětný doklad jakkoli ovlivnila. Soudem zaujatý názor je již proto nesprávný a podle stěžovatele může mít dalekosáhlé negativní dopady. Stěžovatel se rovněž neztotožnil se závěrem, že příslib banky je závazkem stejné právní síly jako smlouva o smlouvě budoucí. Institut bankovního příslibu není upraven v žádném právním předpise. Argumentace o jeho stejné právní síle tak zůstává jen v rovině tvrzení. Právní náležitosti bankovního příslibu jsou předmětem pouze ujednání mezi pojistitelem a adresátem tohoto příslibu. Z bankovního příslibu je zavázán toliko pojistitel a nikoli dodavatel. Jakkoli nechce stěžovatel podsouvat účastníkům zadávacího řízení úmysl obcházet zadávací podmínky, adresáta příslibu nic nenutí, aby v případě, že mu bude přiznána veřejná zakázka, rezignoval na zvýšení pojistné částky, případně aby je libovolně oddaloval.

Ke kasační stížnosti podal žalobce dne 27. 3. 2009 vyjádření. Uvedl, že se plně ztotožňuje se závěry uvedenými v rozsudku Krajského soudu v Brně, že řízení bylo zatíženo vadou s přímým vlivem na jeho zákonnost, jakož i se stanovisky týkajícími se hmotněprávních vad napadeného rozhodnutí. Sám stěžovatel k usnesení ze dne 29. 8. 2007 uvedl, že jde o „jakési předběžné“ rozvržení, protože i z jeho pohledu nelze vyloučit, že v průběhu správního řízení ještě ke změnám dojde. Žalobce tak byl uveden v nejistotu, pokud jde o další průběh řízení. Ke dni odeslání usnesení nebylo dosud ukončeno dokazování a z usnesení vyplývá, že nové důkazy teprve mohou přibýt. Tím, že lhůta k vyjádření k podkladům byla stanovena do 14. 9. 2007, nebylo zřejmé, ke kterému dni správní orgán fakticky ukončí dokazování, a tedy zda poté, co se účastník seznámí s podklady, nepřibudou podklady nové. Proto dne 6. 9. 2007 předložil stanovisko, v němž deklaroval určité nejasnosti a navrhl projednání stanovisek při ústním jednání. Protože stěžovatel k tomuto podání mlčel, nadále panovala nejistota, týkající se podkladů pro rozhodnutí. Stěžovatel tak nepostavil najisto, ke kterému datu bude ukončeno dokazování.

Uvedl, že se ztotožňuje se závěrem soudu, že určitá minimální výše pojistné částky musí být uvedena v oznámení o veřejné zakázce. Pokud se tak nestalo, je dodatečný způsob jejího uvedení v rozporu se zněním zákona a nelze k němu přihlížet. Proto postačovalo pouze předložení pojistné smlouvy bez toho, že by byla uzavřena na určitou výši pojistného plnění. To, že má podnikatel uzavřenu pojistnou smlouvu na jinou výši plnění než je v zadávací dokumentaci a s okamžitou platností nemůže splnit kvalifikační kritéria, nelze interpretovat způsobem, který predestírá stěžovatel, protože by šlo o nepřiměřený zásah veřejné správy do subjektivních práv žalobce. Samotná skutečnost, že příslib pojistitele není upraven žádným právním předpisem, nemůže obstát jako argument, že není vymahatelným závazkem, resp. závazkem stejné právní síly jako smlouva o smlouvě budoucí.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadené rozhodnutí krajského soudu a kasační stížnost shledal důvodnou.

K otázce, zda správní orgán pochybil, pokud žalobci neumožnil seznámit se a vyjádřit před vydáním rozhodnutí k jeho podkladům Nejvyšší správní soud uvádí následující: Předně je třeba konstatovat, že je obecně žádoucí, aby byla soudní rozhodnutí resp. právní názory v nich obsažené ve vztahu k jejich adresátům konzistentní. Je však třeba se v každé konkrétní posuzované věci zaměřit na skutkové okolnosti, ke kterým došlo. Proto na jedné straně k závěru o důvodnosti kasační námitky nepostačuje bez dalšího argument, že krajský soud zaujal jiný právní názor než v předchozím rozhodnutí (nutno konstatovat, že ani stěžovatel neuvádí, že by šlo o ustálenou obsáhlou judikaturu, ale cituje jedno soudní rozhodnutí krajského soudu) a stejně tak neobstojí izolované zdůrazňování toho, že krajský soud bagatelizoval své předchozí rozhodnutí výroky o výjimečnosti tehdy nastalé situace (jak stěžovatel namítá na str. 3 doplnění kasační stížnosti). Krajský soud na str. 6 svého rozsudku totiž uvedl důvody, pro které považuje obě porovnávané soudní věci za odlišné, zejména zdůraznil, že v souzené věci po zahájení řízení - na rozdíl od věci dřívější - probíhala korespondence mezi účastníky. To však ničeho nemění na tom, že se Nejvyšší správní soud neztotožnil s posouzením této procesní námitky, která byla žalobcem uplatněna v podané žalobě na straně 15.

Ze správního spisu vyplývá, že správní orgán obdržel dne 9. 8. 2007 podnět o možném nedodržení postupu podle ustanovení § 60 odst. 1 ZVZ. Zadavatelem mu byla zaslána dokumentace veřejné zakázky spolu se stanoviskem k podnětu k přeshetření úkonů zadavatele ze dne 24. 8. 2007. Nato správní orgán dne 29. 8. 2007 oznámil zahájení správního řízení o přezkoumání údajů zadavatele a samostatným usnesením z téhož dne stanovil jednak lhůtu do 7. 9. 2007, ve které jsou účastníci oprávněni navrhnout důkazy a činit jiné návrhy a současně lhůtu do 14. 9. 2007, ve které se účastníci mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Podle ustanovení § 36 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb. správního řádu nestanoví-li zákon jinak, musí být účastníkům před vydáním rozhodnutí ve věci dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí; to se netýká žadatele, pokud se jeho žádosti v plném rozsahu vyhovuje, a účastníka, který se práva vyjádřit se k podkladům rozhodnutí vzdal. Je vhodné doplnit, že obdobnou právní úpravu obsahovalo i ustanovení § 33 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb. a lze proto v této souvislosti vycházet i z judikatury vztahující se k předchozí

procesní úpravě správního řízení. Jak konstatoval již Vrchní soud v Praze v rozhodnutí 6 A 175/94 (SoJ. 98, 13: 395) *smyslem ustanovení § 33 odst. 2 spr. ř. je umožnit účastníku řízení, aby ve fázi před vydáním rozhodnutí mohl uplatnit vůči svědkům, znalcům, pravosti listin, úplnosti důkazní situace atd., své výhrady, resp. učinit procesní návrhy tak, aby rozhodnutí skutečně vycházelo ze spolehlivě zjištěného stavu věci (§ 46 správního řádu).* Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 17. 12. 2003 čj. 5 A 152/2002 - 41 konstatoval, že „*smyslem ustanovení § 33 odst. 2 spr. ř. je umožnit účastníku řízení, aby ve fázi před vydáním rozhodnutí mohl uplatnit své výhrady k podkladu rozhodnutí a ke způsobu jeho zjištění, resp. aby mohl učinit procesní návrhy tak, aby rozhodnutí skutečně vycházelo ze spolehlivě zjištěného stavu věci. V situaci, kdy je zjišťování podkladů pro rozhodnutí zjevně potřebné a tedy předvídatelné, nepostačí, jestliže správní orgán účastníku řízení dal možnost vyjádřit se k podkladu rozhodnutí toliko v oznámení o zahájení správního řízení, tj. teprve před samotným započatím zjišťování podkladů pro správní rozhodnutí.*“

V souzené věci však nenastala situace, kdy by správní orgán poučoval účastníka o jeho právu vyjádřit se k podkladům rozhodnutí ještě před jejich shromážděním. Podstatné totiž je, v jakém stádiu dokazování se nachází správní řízení v okamžiku, ke kterému je jeho účastník poučován o tom, že se může vyjádřit k podkladům pro vydání rozhodnutí a nikoli to, kdy je datováno ono poučení, pokud z něj jednoznačně vyplývá, kdy má účastník řízení možnost (v případě že svého práva využije) do spisu nahlédnout. Žalobce nebyl v okamžiku zahájení správního řízení poučován o tom, že se má s podklady rozhodnutí seznámit. Bylo mu sděleno, že řízení bude probíhat a že do určitého data mají účastníci možnost se vyjádřit. Rovněž mu bylo sděleno, do kdy se může následně (ono „následně“ je třeba vztahovat k přesahu v pořadí druhé stanovené lhůty) seznámit s podklady rozhodnutí. Vždy je třeba posuzovat okolnosti, které v konkrétní věci nastaly. Pokud by žalobce tvrdil, že se seznámil v souladu se stanovenou lhůtou s podklady rozhodnutí před 7. 9. 2007 (což by rovněž odpovídalo poučení dle usnesení ze dne 29. 8. 2007) a do spisu by následně přibyla další vyjádření – podklady pro rozhodnutí, byla by situace nepochybně jiná. To se však nestalo.

Účelem seznámení se s podklady pro vydání rozhodnutí je právě možnost účastníka seznámit se s obsahem správního spisu v době bezprostředně předcházející vydání rozhodnutí tj. v době, kdy mezi seznámením se s podklady a vydáním rozhodnutí již není správní spis o další důkazní prostředky doplňován. Pokud je tento účel zajištěn a účastníku je řádně procesně sděleno, kdy tento okamžik v řízení nastává (popř. nastane), jeví se druhotným, zda je případně stanovenो mezidobí od zaslání poučení a stanovení data, kdy se lze s podklady seznámit.

Usnesení ze dne 29. 8. 2007, kterým byly lhůty stanoveny, je třeba chápat tak, že účastníkům řízení je jednoznačně dáno na vědomí, že nejprve mohou navrhnout důkazy a činit návrhy a následně, tedy z povahy věci poté, kdy již lhůta pro předkládání a návrhy důkazů uplynula, se mohou k podkladům vyjádřit. Správní orgán ve věci postupoval tak, že účastníkům řízení dal na vědomí, jak z hlediska chronologického bude řízení probíhat. Pokud by žalobce hodlal využít lhůty k seznámení se s podklady rozhodnutí v době před 7. 9. 2007 (kdy mohly být ještě předkládány důkazy a činěny návrhy), musel si být nepochybně vědom, že uvedené nebezpečí hrozí právě v důsledku běhu v pořadí první lhůty. To se týká nahlížení do spisu pracovníky žalobce dne 3. 9. 2007. Následně dne

6. 9. 2007 (doručeno správnímu orgánu dne 7. 9. 2007) podávají vyjádření jak žalobce tak zadavatel a následně dne 12. 9. 2007 zástupci žalobce nahlíží do spisu znovu, jak o tom svědčí záznam o nahlédnutí do spisu z uvedeného dne. Ze správního spisu nevyplývá, že by v mezidobí do 24. 9. 2007, kdy bylo vydáno rozhodnutí v I. stupni, byly do správního spisu založeny další důkazní prostředky či návrhy, se kterými by zástupci žalobce (H. V. a L. D.) nebyli seznámeni. Procesní právo žalobce na to být seznámen s podklady rozhodnutí před jeho vydáním proto nebylo ve věci porušeno.

Nejvyšší správní soud nesdílí názor krajského soudu o tom, že výše uvedená nahlížení do spisu nemohou nahradit seznámení se s podklady rozhodnutí. Jestliže účastníku řízení je dáno na vědomí, do kterého data může do správního spisu před vydáním rozhodnutí nahlížet (a musí si tak být vědom toho, že nejde o „prosté nahlížení do spisu“, ale že spis je již ve fázi bezprostředně předcházející vydání správního rozhodnutí) a on tak v předposlední den lhůty učiní, nelze bez dalšího tvrdit, že není zřejmé, zda byl seznámen s celým podkladem rozhodnutí. Nahlížení do spisu ze dne 12. 9. 2007 jak řazením ve správním spise tak chronologicky následuje po podáních žalobce a zadavatele ze dne 6. 9. 2007. Z ničeho nevyplývá, že by s nimi tyto osoby nebyly seznámeny. Navíc vlastní podání žalobce z povahy věci znát musel.

Krajský soud dále argumentuje tím, že nebylo zřejmé, zda bude reagováno na žalobcův návrh na nařízení ústního jednání a zda vyjádření žalobce vyvolá stanovisko zadavatele. Je třeba zdůraznit, že krajský soud na tomto místě směřuje naplnění procesního oprávnění účastníka správního řízení být seznámen s jeho podklady s dalším případným vývojem řízení z hlediska jeho faktického vyústění, jinými slovy s otázkou důvodnosti zahájení správního řízení žalovaným. Ani žalobce netvrdil v podané žalobě, že mu svědčí právo na nařízení ústního jednání ve věci jenom proto, že učinil návrh na nařízení ústního jednání. Jestliže ve vyjádření ze dne 6. 9. 2007 žalobce mimo jiné uvádí, že z různých objektivních důvodů, které může dále vyjasnit, nemohl uzavřít dodatek a jeho vyjádření ústí do přesvědčení, že stanovisko žalobce je oprávněné, což je připraven vyjasnit při ústním jednání, pak je třeba konstatovat, že veškerá podání žalobce nepochybně mají za cíl správní orgán přesvědčit o správnosti jeho stanovisek a jejich důvodnost či nedůvodnost je otázkou věcné správnosti správních rozhodnutí, nikoli otázkou naplnění procesního práva být seznámen s podklady pro vydání rozhodnutí. Jinými slovy, jestliže správní orgán naznal, že stávající obsah správního spisu mu umožňuje ve věci rozhodnout, pak případná námitka, že tomu tak nebylo, směřuje proti věcné správnosti napadeného rozhodnutí, nikoli proti tomu, že žalobce nebyl seznámen s jeho podklady.

Obdobně lze uzavřít i pokud jde o tvrzenou nejistotu o dalším průběhu řízení (viz. str. 3 vyjádření žalobce ke kasační stížnosti). I zde je zaměřována nejistota o dalším procesním průběhu řízení s nejistotou o výsledku tohoto řízení. Žalobci bylo zřejmé, do kdy se má s podklady pro rozhodnutí seznámit, do spisu nahlédl a od jeho posledního nahlédnutí (dne 12. 9. 2007) již spis doplňován nebyl (ani žalobce to netvrdí). Pokud jde o to, zda mohly či nemohly do spisu přibýt další důkazy, vždy je potřeba zkoumat, zda se tak skutečně v konkrétní věci stalo či nikoli, protože ani jiný způsob zpravení účastníka o tom, že se lze seznámit s podklady pro rozhodnutí, obecně nevylučuje, že do spisu budou následně další podklady pro rozhodnutí doplněny. S ohledem na všechny shora uvedené

důvody soud shledal důvodnou kasační námitku týkající se tvrzeného procesního pochybení v souvislosti s právem žalobce seznámit se s podklady pro vydání rozhodnutí.

Ke stížní námitce týkající se nedostatků oznámení o zahájení správního řízení je třeba konstatovat následující: Mezi účastníky soudního řízení není sporu o tom, že nebylo postupováno správně, pokud jde o uveřejnění požadavku na minimální úroveň kvalifikačního kritéria v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Z oznámení plyne, že pokud jde o ekonomickou a finanční způsobilost, uchazeč poskytne podle ustanovení § 55 odst. 1 písm.a) ZVZ pojistnou smlouvu (bod III.2.2 oznámení). Další specifikaci pokud jde o výši pojistného plnění oznámení o zakázce neobsahuje. Konstatování, že uchazeč předloží pojistnou smlouvu, není pro svoji obecnost vymezením minimální úrovně kvalifikačních předpokladů. Takové vymezení je obsaženo až na str. 29 zadávací dokumentace, kde se stanoví, že „splnění ekonomických a kvalifikačních předpokladů uchazeč prokáže předložením pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou uchazečem třetí osobě. Minimální výše pojistné částky pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou uchazečem třetí osobě se požaduje 100 mil. Kč bez DPH“. Z těchto okolností však žalobce, žalovaný i krajský soud vyvozují různé závěry.

Krajský soud poté, kdy podrobně zdůvodnil, proč minimální výše pojistného plnění měla být uvedena již v oznámení o zahájení zadávacího řízení a zjištění, že se tak nestalo, uzavřel (str. 9 rozsudku), že tento požadavek nebyl vyjeven zákonným způsobem, a jeho nesplnění nemůže být důvodem pro vyloučení uchazeče. Nepostačilo, pokud byla minimální úroveň splnění kvalifikačního předpokladu obsažena v zadávací dokumentaci. Je však třeba konstatovat, že odůvodnění krajského soudu je v této části velmi strohé. Poté kdy soud podrobně vysvětlil, proč zadavatel nepostupoval správně pokud výše uvedené neuvedl v oznámení, bylo lze očekávat stejně přesvědčivé zdůvodnění, zda a proč neuvedení minimální úrovně kvalifikačních předpokladů v oznámení o zahájení zadávacího řízení vede automaticky k závěru, že uchazeče nelze vyloučit, to vše za situace, kdy uchazeč o požadovaném limitu pojistného plnění nepochybně věděl a následně se snažil splnění tohoto předpokladu dostat. To však v rozsudku krajského soudu chybí. Lze se jen domnívat, že krajský soud tento závěr činí s odkazem na ustanovení § 60a má zato, že dodavateli nelze vytýkat nesplnění kvalifikace, pokud nebyla v souladu se zákonem uvedena

Zákon o veřejných zakázkách výslovně nestanoví, jaký následek má nesplnění povinnosti vymežit minimální úroveň kvalifikačních předpokladů v oznámení o veřejné zakázce. Ustanovení § 55 odst. 3 ZVZ stanoví zadavateli v tomto ohledu povinnost, nikoli oprávnění či možnost tak učinit („veřejný zadavatel je povinen“). Nelze tvrdit, že bezprostředním následkem takové situace je vždy bez dalšího upuštění od splnění požadavku, který byl (byť nesprávně nikoli v oznámení, ale následně v zadávací dokumentaci) uchazeči sdělen. Vždy záleží na okolnostech konkrétního případu. Podstatné je totiž to, zda vůbec a kdy byl uchazeči onen kvalifikační předpoklad sdělen a v jakém rozsahu mu byl sdělen. Nelze nevidět, že zatímco ustanovení § 55 odst. 3 ZVZ hovoří o povinnosti *zadavatele*, ustanovení § 60 stanoví následek nesplnění povinností či prokázání kvalifikace v podobě vyloučení z účasti v zadávacím řízení *dodavatelů*. Nelze tedy bez dalšího tvrdit, že porušení §55 odst. 3 ZVZ ze strany zadavatele je příčinou, jejímž

následkem je nesplnění podmínek pro aplikaci ustanovení § 60 odst. 1 ZVZ. Ustanovení § 60 odst. 1 ZVZ navíc stanoví, že dodavatel, který nesplní kvalifikaci v *požadovaném rozsahu* nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení. Je tedy třeba vždy zkoumat, zda byla ona kvalifikace zadavatelem požadována a jakým způsobem se tak dělo. V souzené věci nebylo sporu a pochyb o tom, že žalobce byl s požadavkem na prokázání též minimální výše pojistné částky seznámen, byl s tímto požadavkem seznámen natolik včas, aby jeho splnění mohl prokázat a ze správního spisu nevyplývá, že by žalobce byl situací, která ve věci nastala, oproti ostatním uchazečům jakkoli znevýhodněn či zvýhodněn. Pro všechny uchazeče tak platil stejný výchozí stav, kdy o konkrétních požadavcích na výši krytého pojistného plnění se dozvěděli až ze zadávací dokumentace.

Nejvyšší správní soud se ztotožňuje s názorem krajského soudu, že § 55 odst. 3 ZVZ stanoví zadavateli jednoznačně povinnost vymezení minimální úrovně kvalifikačních předpokladů v oznámení o zakázce. Nelze však při úvaze, zda v konkrétní věci byly splněny podmínky pro vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení, zcela odhlédnout od ustanovení § 50 odst. 2 věta první a druhá ZVZ, podle kterého požadavky na prokázání splnění kvalifikace stanoví veřejný zadavatel v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace těchto požadavků může být uvedena v kvalifikační či zadávací dokumentaci. Výši požadované pojistné částky je sice v souzené věci třeba chápat jako stanovení minimální úrovně kvalifikačních předpokladů a nikoli jako podrobnou specifikaci již dříve v oznámení o zahájení zadávacího řízení stanoveného požadavku (neboť kusé sdělení o tom, že uchazeč předloží pojistnou smlouvu oním stanovením požadavku pro svoji obecnost není), přesto i tato možnost následné podrobné specifikace v zadávací dokumentaci, kterou předpokládá ustanovení § 50 odst. 2 ZVZ posiluje přesvědčení Nejvyššího správního soudu, že v souzené věci nelze rezignovat na posouzení splnění kvalifikace uchazečem jenom z důvodu předchozího nesplnění povinnosti zadavatele dle ustanovení § 55 odst. 3 ZVZ.

Důvodné jsou rovněž kasační námitky vztahující se k příslibu banky jako jiného rovnocenného dokladu. Podle ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ pokud není dodavatel z *objektivních důvodů* schopen prokázat splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným podle odstavce 3, je oprávněn je prokázat i *jinými rovnocennými doklady*, pokud je veřejný zadavatel z objektivních důvodů neodmítne. Z citovaného ustanovení vyplývá, že - aby bylo lze se jej dovolávat - je třeba, aby zde byla: 1. existence objektivních důvodů, pro které nebyl dodavatel schopen splnění prokázat, 2. lze tak učinit jinými rovnocennými doklady.

Ještě předtím, než se soud bude zabývat oběma vytčenými kritérii, je třeba připomenout, že ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ je třeba vykládat se zřetelem k ustanovení § 52 odst. 1 ZVZ, podle kterého v otevřeném řízení a ve zjednodušeném podlimitním řízení je dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání nabídek. Ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ je třeba vyložit tak, že by toto ustanovení umožňuje „náhradní“ způsob splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, vždy jde o prokazování splnění podmínek v době, kdy tyto podle ustanovení § 52 odst. ZVZ splněny být musely tzn. ve lhůtě pro podání nabídek. Nelze s odkazem na toto ustanovení případně následně „dohánět“ nesplnění toho, co nebylo splněno v závazné lhůtě pro podání nabídek.

Oznámení o zakázce stanovilo lhůtu pro doručení nabídek do 6. 6. 2007. „Původní“ pojistná smlouva s limitem plnění 60 mil. Kč byla uzavřena dne 22. 4. 2007, příslib ČSOB Pojišťovny a.s. o zvýšení pojistné částky je datován 30. 5. 2007 a čestné prohlášení žalobce, kterým se zavazuje v případě vybrání jeho nabídky jako nejvýhodnější zajistit zvýšení pojistné částky je datováno dnem 5. 6. 2007. Tyto doklady tedy pochází z doby před uplynutím lhůty pro podání nabídek a shora uvedený požadavek proto splňují. Jinak je tomu u dodatku k pojistné smlouvě, kterým bylo zvýšeno pojistné plnění na částku 100 milionů Kč, který je datován 21. 6. 2007, avšak nutno konstatovat, že tímto dodatkem ani krajský soud nezduvodňuje naplnění důvodů pro zrušení žalobou napadeného rozhodnutí. V této souvislosti lze poznamenat, že v řízení účastníky zmíněná podobnost s jiným případem, kdy měl (a byť tak neučinil, bylo nepřímě dovozováno, že tak učinit mohl) být předložen následně v režimu § 55 odst. 4 ZVZ výpis s trestního rejstříku svědčící o bezúhonnosti osoby, jde o situaci, kdy je rovněž následně prokazováno něco (bezúhonnost), co zde bylo právě před a v době podání nabídek.

Krajský soud k naplnění předpokladu *objektivních důvodů* konstatoval, že za ně lze považovat skutečnost, že uchazeč nemusí mít takovou smlouvu sjednanou, neboť ji jinak - mimo zadávací řízení nepotřebuje. Tato argumentace neobstojí. Smyslem předkládání dokladů o splnění kvalifikačních kritérií je právě poskytnutí záruk o tom, že následně bude vybrán ten z uchazečů, který bude schopen realizaci veřejné zakázky zajistit. Ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ mluví na případy, kdy uchazeč ze skutečně objektivních důvodů, na jeho vůli nezávislých, nemohl kvalifikační předpoklad splnit zadavatelem vyžadovaným způsobem. Pak je na místě jej prokazovat rovnocennými doklady. To, zda se uchazeč rozhodne kvalifikační předpoklad splnit či nikoli (a je lhostejno, zda z důvodu, že takovou pojistnou smlouvu kromě předmětné zakázky potřebuje či nikoli) je však okolností ryze subjektivní a nelze ji považovat za objektivní důvody dle ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ. Nad rámec uvedeného lze podotknout (aniž by soud jakkoli předjímal případné posouzení této otázky, neboť ta nebyla předmětem tohoto řízení), že nepochybně lze právní vztahy konstruovat se zřetelem ke skutečnosti, zda uchazeč se svojí nabídkou uspěje či nikoli.

Neobstojí rovněž argument, že „zadavatel je povinen přijmout coby alternativu dokladů požadovaných podle § 55 odst. 3 ZVZ jiné doklady, které *objektivně nahrazují* původně požadované doklady“ (str. 10 rozsudku), neboť zákon nehovoří o objektivním nahrazení požadovaných dokladů, ale o jiných rovnocenných dokladech, jimiž rovněž lze rozhodné skutečnosti prokázat.

Není správná ani část odůvodnění vztahující se k naplnění předpokladu *jiných rovnocenných dokladů*. Není namístě předjímat, zda by za takový rovnocenný doklad byla považována smlouva o smlouvě budoucí či smlouva s odkládací podmínkou aktivující se v případě úspěchu nabídky uchazeče (jak s odkazem na odbornou literaturu namítal žalobce v podané žalobě), neboť tyto skutkové okolnosti ve věci nenastaly. Neobstojí ale názor, že stejný význam musí mít příslib pojistitele, že v případě úspěchu uchazeče s ním pojistnou smlouvu uzavře. Není podstatné, zda jde či nejde o závazek stejné právní síly. Podstatné je, že v případě příslibu zvýšení pojistné částky na straně jedné a čestného prohlášení o zajištění zvýšení pojistné částky dosud nevznikl žádný dvoustranný právní vztah, ze kterého by vyplývala vzájemná práva a povinnosti mezi účastníky. Obě

potenciální smluvní strany sice deklarují vůli a připravenost v budoucnu dvoustranný právní vztah uzavřít, objektivně se tak však dosud nestalo. Byť by patrně bylo lze se domáhat uzavření smlouvy na zvýšení pojistného plnění ze strany žalobce vůči pojišťovně z titulu poskytnutého příslibu, nelze v čestném prohlášení spatřovat obdobný závazek žalobce směrem k pojišťovně smlouvu uzavřít, na jehož základě by se uzavření smlouvy mohla případně domáhat za splnění podmínek pojišťovna. Čestné prohlášení je koncipováno tak, že se žalobce zavazuje (aktivně) zajistit uzavření smlouvy, nic však nevypovídá o následcích, pokud tak žalobce postupovat nebude a uzavření smlouvy nezajistí. Tyto úvahy však ničeho nemění na základním východisku a sice, že právní vztah dosud nevznikl. Zatímco případná smlouva o smlouvě budoucí či smlouva s odkládací podmínkou již stanoví vzájemná práva a povinnosti a každá ze smluvních stran se může domáhat příslušného plnění z uzavřené smlouvy, pokud nastanou ve smlouvě uvedené předpoklady, v situaci, která nastala v souzené věci, tomu tak není. Pro splnění kvalifikačního předpokladu zákon výslovně v ustanovení § 55 odst. 1 písm.a) předpokládá předložení pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě. Neobstojí proto odůvodnění krajského soudu, pokud uzavírá, že nebylo objektivního důvodu, pro který by takový příslib neměl být považován za objektivně vhodný. Nelze se tak proto ztotožnit ani se závěrem, že šlo v konečném důsledku o jiné rovnocenné doklady dle ustanovení § 55 odst. 4 ZVZ.

S odkazem na shora uvedené důvody Nejvyšší správní soud shledal kasační stížnost důvodnou, proto rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. V novém řízení je krajský soud vázán právními názory Nejvyššího správního soudu vyjádřenými v tomto rozsudku (§ 110 odst. 3 s. ř. s.), a současně rozhodne o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti (§ 110 odst. 2 s. ř. s.).

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

V Brně 26. února 2010

JUDr. Michal Mazanec
předseda senátu