



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Jana Passera a soudců JUDr. Michala Mazance a Mgr. Davida Hipšra, v právní věci žalobců: **a) BÖGL a KRÝSL, k. s.**, se sídlem Renoirova 1051/2a, Praha 5, adresa pro doručování Dvořákova 998, Dobřany, **b) Chládek & Tintěra, a. s.**, se sídlem Nerudova 16, Litoměřice, **c) Max Bögl Bauunternehmung GmbH & Co. KG**, se sídlem Max Bögl-Str. 1, Sengenthal, Spolková republika Německo, všech zastoupených Mgr. Vladimírou Kolářovou, zaměstnankyní žalobce a), bytem Žákavá 121, Nezvěstice, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Správa železniční dopravní cesty, státní organizace**, se sídlem Prvního pluku 367/5, Praha 8, zastoupené JUDr. Zdeňkem Kramperou, advokátem se sídlem Kořenského 15/1107, Praha 5, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 3. 2. 2006, čj. 2R 105/05, 002/06 - Hr, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 11. 8. 2009, čj. 62 Ca 7/2006 - 200,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 11. 8. 2009, čj. 62 Ca 7/2006 - 200, **se z r u š u j e** a věc **se v r a c í** tomuto soudu k dalšímu řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I.

Žalovaný zahájil dne 19. 10. 2005 k návrhu uchazeče – právního předchůdce žalobce a) a žalobců b) a c), účastníků SDRUŽENÍ MAX BÖGL & JOSEF KRÝSL - CHLÁDEK & TINTĚRA, založeného smlouvou o sdružení ze dne 11. 7. 2005, č. 05/PB/2005, podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem podání společné nabídky na provedení předmětu veřejné zakázky (dále též jen „uchazeč“), správní řízení [§ 96 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“)] o přezkoumání rozhodnutí osoby zúčastněné na řízení (dále též jen „zadavatel“) ze dne 6. 10. 2005 o námitkách uchazeče ze dne 20. 9. 2005 proti rozhodnutí zadavatele ze dne 13. 9. 2005 o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku

„Optimalizace trati Plzeň - Stříbro“, zadávanou podle § 25 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na Centrální adrese dne 15. 6. 2005 pod evidenčním číslem 50003838, a dne 18. 6. 2005 v Úředním věstníku Evropské unie.

Žalovaný rozhodl dne 8. 12. 2005 pod čj. VZ/S194/05-152/5706/05-KV tak, že zadavatel porušil § 30 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, protože požadoval po uchazečích prokázání odborné způsobilosti podle vnitřního předpisu Českých drah, a. s., který není právním předpisem, a uložil zadavateli podle § 101 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, aby zrušil zadávací řízení ve věci předmětné veřejné zakázky, a to ve lhůtě do jednoho měsíce od nabytí právní moci rozhodnutí.

Předseda žalovaného k rozkladu uchazeče ze dne 30. 12. 2005 a rozkladu zadavatele ze dne 4. 1. 2006 změnil napadené rozhodnutí žalovaného tak, že správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 101 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách zastavil. Neshledal totiž porušení zákona o veřejných zakázkách.

II.

Žalobci napadli rozhodnutí předsedy žalovaného žalobou u Krajského soudu v Brně, který rozsudkem ze dne 31. 10. 2007, čj. 62 Ca 7/2006 - 103, napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

Žalovaný brojil proti rozsudku krajského soudu kasační stížností u Nejvyššího správního soudu, který rozsudkem ze dne 25. 5. 2009, čj. 8 Afs 47/2008 - 180, rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Nejvyšší správní soud mj. vyslovil, že odbornou způsobilostí podle § 30 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách je třeba rozumět i odbornou způsobilost ve smyslu § 22 odst. 1 písm. c) zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o dráhách“), definovanou vnitřními předpisy vydanými podle § 22 odst. 1 písm. b) zákona o dráhách. Krajský soud, který tuto otázku posoudil nesprávně, zatížil své rozhodnutí nezákonností, jíž se žalovaný řádně uplatněnou stížní námitkou dovolal.

Krajský soud v Brně poté rozsudkem ze dne 11. 8. 2009, čj. 62 Ca 7/2006 - 200, znovu zrušil napadené rozhodnutí předsedy žalovaného a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

Žalobci zejména namítli, že zcela naplnili požadavek na splnění kvalifikace uvedený v bodu 9.5 oznámení a předložili požadované doklady pro vedoucí prací. Za situace, kdy zadavatel neurčil, které pozice považuje za vedoucí prací, žalobci provedli toto určení sami, přičemž úředně oprávněného zeměměřického inženýra jako vedoucího prací neurčili. Krajský soud k tomu uvedl, že musel především zvážit, zda zadavatel skutečně neurčil, které pozice považuje za „vedoucí prací na dopravní cestě“ podle bodu 4.2.8 zadávací dokumentace. Zadávací dokumentace podle soudu neobsahuje ve spojení s pojmem „vedoucí prací“, případně „člen personálu, který bude vykonávat vedoucí práce“ žádný výčet pracovních pozic. Pojem „management pro řízení stavby“ je však konkretizován v bodě 4.1.5 zadávací dokumentace uvedením těchto pracovních pozic: „*stavbyvedoucí, zástupci stavbyvedoucího, osoba odpovědná za bezpečnost a ochranu zdraví při práci, osoba*

odpovědná za ochranu životního prostředí, úředně oprávněný zeměměřický inženýr“. Krajský soud proto vážil, zda zadávací dokumentace považuje pracovní pozice, které zadavatel označil jako „management pro řízení stavby“, za totožné se „členy personálu, kteří budou vykonávat vedoucí práce“.

Podle dílčího závěru krajského soudu si průměrná osoba pod slovem „management“ zpravidla představí osoby, které něco nebo někoho vedou, řídí. V daném případě je však třeba vycházet i z obsahu a kontextu zadávací dokumentace, v níž byly tyto pojmy použity. Krajský soud totiž připustil, že pojmy „management pro řízení stavby“ a „člen personálu, který bude vykonávat vedoucí práce“ nebudou použity ve stejném významu. Všichni členové managementu stavby nemusí být vedoucími prací na stavbě. Naopak management jako skupina vysoce kvalifikovaných odborníků se může věnovat řešení klíčových otázek a problémů stavby, přičemž samotný výkon vedoucích prací na stavbě mohou mít na starosti pouze někteří členové managementu, např. stavbyvedoucí a jeho zástupci. Rozdílnému obsahu pojmů nasvědčuje fakt, že jsou v zadávací dokumentaci použity oba, navíc vedle sebe (bod 4.2.8). Podle krajského soudu proto nebylo možné žalovanému bez dalšího přisvědčit, že pokud zadavatel v části 4.1.5 zadávací dokumentace hovoří o členech managementu pro řízení stavby, pak tím jednoznačně myslí osoby, které tuto stavbu řídí a vykonávají vedoucí práce ve smyslu bodu 4.2.8 této dokumentace. Zde krajský soud poukázal na to, že zadávací dokumentace musí být transparentní, dostatečně konkrétní a srozumitelná tak, aby na jejím základě mohla proběhnout všestranně korektní veřejná soutěž, v jejímž rámci bude vybrána ta nejlepší nabídka. Odkázal přitom na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 3. 2009, čj. 2 Afs 86/2008 - 222 (www.nssoud.cz). Požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti zadávací dokumentace plyne z obecné zásady transparentnosti zakotvené v § 25 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. V posuzované věci krajský soud uzavřel, že zadávací dokumentace ve vztahu k požadavku na předložení dokladu o odborné zkoušce podle předpisu ČD Ok 2/2 u úředně oprávněného zeměměřického inženýra objektivně připouští rozdílný výklad.

Používání rozdílných termínů pro tytéž skutečnosti nepřispívá ke srozumitelnosti zadávací dokumentace. Naopak, může způsobovat její nejednoznačnost a v důsledku toho porušení zásady transparentnosti. Pokud by zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl, že oba pojmy mají označovat tytéž osoby, resp. pracovní pozice, mohl způsobenou nejednoznačnost vyjasnit. Nic takového však v zadávací dokumentaci obsaženo není, ani z ní nic takového nevyplývá. Z obsahu zadávací dokumentace bylo krajskému soudu spíše zřejmé, že osoby zařazené mezi „management pro řízení stavby“ nemusí být totožné se členy „personálu, který bude vykonávat vedoucí práce“. Pokud zadavatel formuloval v bodu 4.2.8 ve dvou odstavcích povinnosti pro „management pro řízení stavby“ a v dalším odstavci použil při označení okruhu povinných osob jiný pojem („člen personálu, který bude vykonávat vedoucí práce“), lze oprávněně předpokládat, že se jedná o různé skupiny osob. Pokud by se mělo jednat o stejné osoby, neviděl krajský soud racionální důvod pro použití odlišné terminologie.

Uvedenému závěru nasvědčuje podle krajského soudu i bod 4.1.5 zadávací dokumentace, který vyjmenováním pracovních pozic blíže charakterizuje pojem „management pro řízení stavby“. V tomto ustanovení není ani naznačeno, že by „management pro řízení stavby“ byl totožný s „personálem, který bude vykonávat vedoucí

práce“ ve smyslu bodu 4.2.8. Spíše naopak, bod 4.1.5 odkazuje mj. na formulář 4.6.1.1, do kterého měli uchazeči vyplnit organizaci a přehled veškerého svého personálu. Tento formulář obsahuje v části i) označení: „Management a ostatní vedoucí pracovníci“. Krajskému soudu proto bylo zřejmé, že zadavatel předpokládá vedle pracovníků managementu i existenci dalších vedoucích pracovníků. V opačném případě by zadavatel podle krajského soudu uvedl pouze označení „management“.

V případě některých členů „managementu pro řízení stavby“ tedy nebylo krajskému soudu bez dalšího zřejmé, že se jedná o „personál, který bude vykonávat vedoucí práce“. Soud nepochyboval o tom, že vedoucí práce bude vykonávat stavbyvedoucí a jeho zástupci. V případě osoby odpovědné za bezpečnost a ochranu zdraví při práci, osoby odpovědné za ochranu životního prostředí a úředně oprávněného zeměměřického inženýra, se však krajský soud shodl s žalobci. Podle nich z označení těchto pozic ani z popisu pracovních úkolů, které ze zadávací dokumentace pro tyto osoby vyplývají, není zřejmé, že budou vykonávat vedoucí práce. Zadávací dokumentace spíše navozuje dojem, že se jedná o odborné, vysoce kvalifikované pozice, které zajišťují a dozorují, aby stavba byla prováděna v souladu se všemi nezbytnými předpisy. Přímo vedoucí práce na stavbě však vykonávat nemusí. Úředně oprávněný zeměměřický inženýr vykonává odborné geodetické práce (podle bodu 7, dílu 3, části 3, str. 24 - 28 této části zadávací dokumentace), i on tak ovšem činí zejména na základě pokynů stavbyvedoucího, případně jeho zástupců. Ze zadávací dokumentace není zřejmé, že by vykonával vedoucí práce.

Krajský soud v této souvislosti uzavřel, že z hlediska pojmů použitých v zadávací dokumentaci nelze automaticky „postavit rovnítko“ mezi managementem pro řízení stavby a vedoucími pracovníky. Naopak výklad žalobců, kteří dovodili, že zadávací dokumentace nezařazuje úředně oprávněného zeměměřického inženýra mezi personál, který bude vykonávat vedoucí práce, přestože patří mezi management pro řízení stavby, je racionální a logický. Pokud pro tuto osobu nepředložili doklad o vykonání odborné zkoušky podle předpisu ČD Ok 2/2, nemohlo se jednat o důvod, pro který by měli být vyloučeni pro nesplnění kvalifikace. Zadávací dokumentace totiž nebyla ohledně tohoto požadavku dostatečně srozumitelná a jednoznačná. Vzhledem k tomu, že je zadavatel odpovědný za správnost a úplnost zadávací dokumentace a porušil zásadu transparentnosti, musí mu být uvedené pochybení přičteno k tíži. Zadávací řízení tedy neproběhlo v souladu se zákonem o veřejných zakázkách.

Dále bylo krajskému soudu ze správního spisu zřejmé, že i další uchazeč nabyl ze zadávací dokumentace dojmu, že úředně oprávněný zeměměřický inženýr není vedoucím prací. Vedle žalobců bylo proto vyloučeno sdružení „Optimalizace trati Plzeň-Stříbro“ Berger Bau GmbH a BERGER BOHEMIA a. s. Ze čtyř uchazečů, kteří podali v zadávacím řízení své nabídky, byli dva vyloučeni pro nedoložení dokladu o odborné zkoušce úředně oprávněného zeměměřického inženýra podle předpisu ČD Ok 2/2.

Žalobní námitka, že zadavatel pochybil, pokud v oznámení zadávacího řízení a v zadávací dokumentaci nespecifikoval typ odborných zkoušek podle předpisu ČD Ok 2/2, jejichž absolvování chtěl prokázat, podle krajského soudu míjí předmět řízení a soud se jí nemohl zabývat. Žalobci nebyli vyloučeni pro předložení dokladu o nesprávném typu

zkoušky, ale protože nepředložili žádný doklad. Důvodem nepředložení nebylo, že by nevěděli, kterou zkoušku měl zadavatel na mysli, ale to, že úředně oprávněného zeměměřického inženýra nepovažovali za osobu, která bude vykonávat vedoucí práce. Krajský soud navíc sdílel pochybnosti žalobců o správnosti postupu zadavatele. V souladu se zásadou transparentnosti není, pokud zadavatel přesně neuvede, které konkrétní zkoušky podle předpisu ČD Ok 2/2 má na mysli, zejména když zmíněný předpis rozeznává více odborných zkoušek, na jejichž základě je možné provádět činnosti na železniční dopravní cestě. Pokud by tak neučinil, mohl by uchazeč podle krajského soudu získat v případě pochybností tuto informaci na základě žádosti o dodatečnou informaci podle § 52 zákona o veřejných zakázkách.

III.1

Žalovaný (stěžovatel) brojil proti rozsudku krajského soudu kasační stížností. Dovolal se stížních důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s., tj. nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení a nepřezkoumatelnosti spočívající v nedostatku důvodů rozhodnutí.

Krajský soud se podle stěžovatele vůbec nezabýval otázkou, za jakým účelem zadavatel definoval „management pro řízení stavby“. Pokud by zadavatel nezamýšlel tento pojem jako taxativní výčet osob s „managerskou“, tedy „vedoucí“ pravomocí, nemělo by jeho zakotvení praktický dopad. Výklad krajského soudu je účelový, neboť zadavatel by mohl „vysoce odborné pozice“ definovat přímo, aniž by je zahrnul pod konkrétní a jednoznačný pojem „management“.

Stěžovatel tvrdil, že zadavatel používá v zadávací dokumentaci téměř výhradně pojem „management“ či „management pro řízení stavby“, který nejprve přesně vymezuje. Odlišnou formulaci „personál, který bude vykonávat vedoucí práce“ zadavatel použil pouze jednou, a to v posledním odstavci bodu 4.2.8 v souvislosti s prokazováním odbornosti podle předpisu ČD Ok 2/2. Zde ovšem formulace zjevně kopíruje terminologii předmětného vnitřního předpisu, který v části šesté pracuje s pojmem „vedoucí práce“. V tomto kontextu se užití pojmu „vedoucí práci“ v zadávací dokumentaci jeví jako žádoucí. Při použití jiného termínu by zadavateli mohlo být vytýkáno, že není jednoznačně stanoveno, které odborné zkoušky z předmětného vnitřního předpisu požadoval. Terminologické zdvojení proto bylo důvodné. Současně není opodstatněná výkladová pochybnost, protože předmětná ustanovení zadávací dokumentace se týkají stále těchž pracovních pozic.

Dále stěžovatel namítl, že krajský soud nad rámec meritorních šetření dovodil netransparentní zadání veřejné zakázky, neuvedl-li zadavatel přesně, které konkrétní zkoušky podle předpisu ČD Ok 2/2 požaduje. Pokud zadavatel požadoval zkoušky pro vedoucí práci bez bližšího zúžení tohoto požadavku, požadoval podle stěžovatele všechny zkoušky pro relevantní vedoucí práci, stanovené tímto předpisem.

Argumentaci krajského soudu, vycházející z bodu 4.6.1.1 formuláře, který v části i) nese označení „Management a ostatní vedoucí pracovníci“, stěžovatel považoval za účelovou, zavádějící a nesprávnou z pohledu obecné výrokové logiky. Stěžovatel tvrdil, že

management je podmnožinou všech vedoucích zaměstnanců. Z existence nižších stupňů vedení nelze dovodit, že někteří členové managementu do vedení nepatří.

Ve vztahu k právnímu názoru krajského soudu, který vycházel z popisu prací v zadávací dokumentaci, stěžovatel namítl, že závěry by neměly být činěny na základě „navozených dojmů“, ale na základě relevantních podkladů shromážděných ve spisu. Ve spisu je přitom doloženo, že úředně oprávněný zeměměřický inženýr je členem nejužšího vedení – managementu pro řízení stavby a dále podrobný popis komplexních geodetických činností, za jejichž provedení je odpovědný. Nikde přitom není uvedeno, že provádění geodetických prací je řízeno stavbyvedoucím či jeho zástupcem a že oni odpovídají ze jejich správnost. Pokud krajský soud dovodil, že úředně oprávněný zeměměřický inženýr pracuje „zejména na základě pokynů stavbyvedoucího“ a že „ze zadávací dokumentace není zřejmé, že by vykonával vedoucí práce“, dopustil se nepodložených spekulací. Tyto závěry jsou nerealistické a nesprávné i z pohledu laika v oboru geodetických prací. Těžko lze uvěřit, že by jakýkoliv pracovník nesl odpovědnost za správnost geodetických měření na úseku 30 km trati, aniž by se podílel na řízení a koordinaci těchto prací a aniž by měl výkonné pravomoci. U geodetických prací se přitom jedná o nedílnou součást řádného zhotovení díla.

Krajský soud se podle stěžovatele dopustil spekulativních závěrů i tehdy, pokud mimo jakákoliv skutková zjištění uzavřel, že i druhý ze čtyř uchazečů – sdružení „Optimalizace trati Plzeň-Stříbro“ Berger Bau GmbH a BERGER BOHEMIA a. s., nabyl dojmu, že úředně oprávněný zeměměřický inženýr není osobou, která by byla vedoucím prací, nedoložil u něj potvrzení o složení příslušných zkoušek a posléze byl zadavatelem také vyloučen. Stěžovatel namítl, že tento závěr nemá oporu v provedeném dokazování, uvedený uchazeč se proti vyloučení nebránil a okolnosti jeho vyloučení nebyly předmětem šetření stěžovatele. Závěry o tom, jaké důvody vedly tohoto uchazeče k podání neúplné nabídky, jsou zcela irelevantní.

Konečně stěžovatel poznamenal, že zadavatel používal totožné zadávací podmínky dlouhodobě již před zadáním předmětné veřejné zakázky. O takto rozsáhlé a specializované stavební zakázky se přitom uchází relativně nízký počet subjektů. Je proto pravděpodobné, že se žalobci neucházeli o zakázku u zadavatele poprvé a již se s předmětným požadavkem setkali, nebo že tento požadavek byl v příslušných kruzích obecně známou skutečností.

III.2

Žalobci navrhli zamítnutí kasační stížnosti jako nedůvodné.

III.3

Osoba zúčastněná na řízení sdělila, že se ke kasační stížnosti nebude vyjadřovat.

III.4

Nejvyšší správní soud posoudil důvodnost kasační stížnosti v mezích jejího rozsahu a řádně uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 2, 3 s. ř. s.).

Kasační stížnost je důvodná.

III.4.A

Ze spisů vyplynulo, že zadavatel vyhlásil postupem podle zákona o veřejných zakázkách zveřejněním na centrální adrese dne 15. 6. 2005 a v Ústředním věstníku Evropské unie dne 18. 6. 2005 oznámení zadávacího řízení na realizaci stavby „Optimalizace trati Plzeň – Stříbro“ formou otevřeného řízení. V bodu 9.5 tohoto oznámení, který byl označen jako „Kritéria a doklady pro prokazování odborné způsobilosti...“, bylo uvedeno: „Zkouška pro vedoucí prací na dopr. cestě dle předp. ČD Ok2/2; oprávnění dle 360/92Sb; způsobilost dle 200/94 Sb....“.

Zadávací dokumentace v dílu 1 („Požadavky a podmínky pro zpracování nabídky“) v části 1, kapitole 4 („Informace/dokumenty předkládané uchazečem“) obsahovala mj. bod 4.1.5, v němž bylo uvedeno, že informace o odborné způsobilosti uchazeče budou předloženy ve formě formulářů odborné způsobilosti obsažených v dílu 1 části 4 zadávací dokumentace a budou zahrnovat mj. *„(p)řehled personálu předpokládaného pro plnění předmětu veřejné zakázky – managementu pro řízení stavby. V tomto případě se bude jednat o následující členy personálu: stavbyvedoucí, zástupci stavbyvedoucího, osoba odpovědná za bezpečnost a ochranu zdraví při práci, osoba odpovědná za ochranu životního prostředí, úředně oprávněný zeměměřický inženýr (formuláře 4.6.1.2 a 4.6.1.3)“*. Formulář 4.6.1.1 označený jako „Přehled zaměstnanců uchazeče“ obsahuje v části i) nazvané „Celkem“ pod písm. a) rubriku „Management a ostatní vedoucí pracovníci“ a v části ii) nazvané „Personál na staveništi uvažovaný pro stavbu“ pod písm. a) rubriku „Vedení stavby“. Formulář 4.6.1.2 označený jako „Personál pro stavbu“ obsahuje shora vyjmenované pozice „managementu pro řízení stavby“ spolu s další pozicí „osoby odpovědné za kontrolu kvality“. Formulář 4.6.1.3 je nazván „Odborná praxe klíčového personálu“.

Podle bodu 4.2.8 dílu 1 části 1 zadávací dokumentace *„(u)chazeč předloží kopii dokladu o nejvyšším dosaženém vzdělání s uvedením délky odborné praxe jednotlivých členů personálu uchazeče - managementu pro řízení stavby, doklad o jejich odborné způsobilosti nebo profesní kvalifikaci a životopisy klíčových zaměstnanců personálu uchazeče. Doklady o odborné způsobilosti se rozumí zejména předložení úředně ověřené kopie autorizace udělené podle platného znění zákona č. 360/1992 Sb., (...), úředního oprávnění uděleného podle § 13 odst. 1 písm. a) a c) zákona č. 200/1994 Sb., (...).“* Podle odst. 2 citovaného ustanovení *„(č)lenové personálu uchazeče – managementu pro řízení stavby musí být u uchazeče v pracovním poměru“*. Podle posledního odstavce citovaného ustanovení *„(u)chazeč předloží originál nebo ověřenou kopii dokladu o odborné zkoušce podle předpisu ČD Ok 2/2, kterým prokáže, že každý člen jeho personálu, který bude vykonávat vedoucí práce, je oprávněn provádět činnosti na železniční dopravní cestě“*.

Zadavatel rozhodnutím ze dne 13. 9. 2005, čj. 4663/05 - OI, vyloučil uchazeče z další účasti v zadávacím řízení s tím, že *„(v) nabídce uchazeče není doložen doklad o odborné zkoušce úředně oprávněného zeměměřického inženýra podle předpisu ČD Ok 2/2 opravňujícího k provádění prací na železniční dopravní cestě (bod 4.1.5 a 4.2.8 zadávacích podmínek – bod 9.5 informace uveřejněná na Centrální adrese)“*. Rozhodnutím ze dne 6. 10. 2005, čj. 22050/05, následně zadavatel nevyhověl námitkám podaným právním předchůdcem žalobce a) coby

„vedoucím účastníkem uchazeče“. Uchazeč proto podal návrh na přezkoumání rozhodnutí ke stěžovateli.

Poté ve věci rozhodl žalovaný a jeho předseda způsobem popsáním v předchozí části odůvodnění tohoto rozsudku.

III.4.B

Stěžovatel zejm. namítl, že krajský soud nesprávně posoudil otázku, zda zadavatel požadoval po uchazečích předložení dokladu o odborné zkoušce podle předpisu ČD Ok 2/2 rovněž pro úředně oprávněného zeměměřického inženýra.

Pro posouzení důvodnosti kasační stížnosti bylo třeba především zvážit, zda lze úředně oprávněného zeměměřického inženýra považovat za člena „personálu, který bude vykonávat vedoucí práce“ ve smyslu posledního odstavce bodu 4.2.8 dílu 1 části 1 zadávací dokumentace, pro který byl požadavek odborné způsobilosti stanoven.

Z rekapitulovaných skutkových zjištění plyne, že zatímco zadávací dokumentace neobsahuje výčet pracovních pozic podřaditelných „personálu, který bude vykonávat vedoucí práce“, ani definici tohoto pojmu, resp. pojmů souvisejících („vedoucí prací“ či „vedoucí práce“), obsahuje v bodu 4.1.5 výčet pracovních pozic podřaditelných pojmu „management pro řízení stavby“. Osobu vykonávající funkci úředně oprávněného zeměměřického inženýra je tedy dle uvedeného ustanovení zadávací dokumentace nutno považovat za člena „managementu pro řízení stavby“.

Nejvyšší správní soud přisvědčil krajskému soudu, že pojem „management“ je možné v obecně vnímaném smyslu ztotožnit s pojmy „vedení“ či „řízení“, resp. že pod pojmem „management“ si lze zpravidla představit osobu (osoby), které něco nebo někoho vedou (řídí). V obecné rovině lze přitakat i tomu, že ne každý člen managementu musí vždy nutně vykonávat vedoucí práce na stavbě.

Na rozdíl od krajského soudu ovšem Nejvyšší správní soud nepochyboval, že úředně oprávněného zeměměřického inženýra je třeba v kontextu bodu 4.2.8 dílu 1 části 1 zadávací dokumentace považovat za člena personálu vykonávajícího vedoucí práce, pro kterého byla stanovena podmínka předložení dokladu o odborné zkoušce podle předpisu ČD Ok 2/2.

Nejvyšší správní soud přisvědčil stěžovateli, že krajský soud bez legitimních důvodů odepřel termínům použitým v zadávací dokumentaci jejich obecný význam a do jisté míry uměle navodil sémantickou nejasnost pojmu „personálu, který bude vykonávat vedoucí práce“. Na takto vyslovené nejednoznačnosti zadávací dokumentace pak krajský soud založil závěr o zrušení napadeného rozhodnutí.

Pojmům užitým v zadávací dokumentaci je přitom třeba přisuzovat jejich obecně přijímaný význam, nejsou-li použity ve specifickém významovém smyslu, resp. nejsou v zadávací dokumentaci konkrétním způsobem definovány. Zvláštní definice pojmu „personál, který bude vykonávat vedoucí práce“ přitom v posuzované věci nebyla v zadávací dokumentaci obsažena. Vymezila-li zadávací dokumentace obsah rozsah pojmu

„management pro řízení stavby“ a taxativně vypočetla pozice, které lze za management pro řízení stavby považovat, přičemž v bodě 4.2.8 odst. 1 a 2 zadávací dokumentace zadavatel pro tyto pozice stanovil konkrétní kvalifikační požadavky, nelze soudit, že by byl pojem použitý ve shodném bodě zadávací dokumentace (odst. 4) použitý v jiném smyslu.

Krajský soud tvrdil, že pokud zadavatel v témže bodě zadávací dokumentace ve dvou odstavcích formuloval povinnosti pro „management pro řízení stavby“ a v dalším odstavci použil při označení okruhu povinných osob pojem odlišný („člen personálu, který bude vykonávat vedoucí práce“), lze oprávněně předpokládat, že se jedná o různé skupiny osob. Tento závěr neobstojí. Zadavatel používal v zadávací dokumentaci téměř výhradně pojem „management“ či „management pro řízení stavby“. Jak konstatoval i stěžovatel, zadavatel použil odlišnou formulaci („personál, který bude vykonávat vedoucí práce“) pouze jednou, a to v posledním odstavci bodu 4.2.8 v souvislosti s prokazováním odbornosti podle předpisu ČD Ok 2/2. Jakkoliv terminologická odlišnost nepřispěla ke srozumitelnosti zadávací dokumentace, nelze přehlédnout, že formulace zvolená zadavatelem zjevně kopíruje terminologii předmětného vnitřního předpisu. Krajský soud proto pochybil v závěru, že použití odlišného obratu postrádalo racionální důvod.

Dále krajský soud argumentoval mj. obsahem formuláře 4.6.1.1, který v části i) písm. a) nese označení „Management a ostatní vedoucí pracovníci“, s tím, že je zcela zřejmé, že zadavatel předpokládá vedle pracovníků managementu i existenci dalších vedoucích pracovníků. To ovšem podporuje spíše závěr stěžovatele. Z uvedené části zadávací dokumentace totiž jednoznačně plyne, že management je podmnožinou širší skupiny vedoucích pracovníků, tj. že každý člen managementu včetně úředně oprávněného zeměměřického inženýra je vedoucím pracovníkem, resp. pracovníkem vykonávajícím vedoucí práce.

Ze zadávací dokumentace tedy plynul požadavek, aby uchazeč předložil pro osobu, jež bude vykonávat funkci úředně oprávněného zeměměřického inženýra, doklad o zkoušce podle předpisu ČD Ok 2/2.

Stěžovatel také namítl, že krajský soud nad rámec meritorních šetření dovodil nedostatek transparency zadání veřejné zakázky, protože zadavatel přesně neuvedl, které konkrétní zkoušky podle předpisu ČD Ok 2/2 požaduje. Pokud zadavatel požadoval zkoušky pro vedoucí práci bez bližšího zúžení tohoto požadavku, požadoval podle stěžovatele všechny zkoušky pro relevantní vedoucí práci, stanovené tímto předpisem. I zde lze stěžovateli přisvědčit. Nejvyšší správní soud ovšem připomíná, že krajský soud správně uvedl, že odpovídající žalobní námitka mívá předmět soudního řízení. Žalobci totiž nebyli vyloučeni pro předložení dokladu o nesprávném typu zkoušky, ale pro nepředložení dokladu vůbec. Důvodem nepředložení nebylo, že by nevěděli, kterou zkoušku má zadavatel na mysli, ale to, že úředně oprávněného zeměměřického inženýra nepovažovali za osobu, která bude vykonávat vedoucí práce. Krajský soud vyslovil souhlas s pochybnostmi žalobců o správnosti postupu zadavatele pouze *obiter dictum*. Nešlo o právní názor, který by byl důvodem pro zrušení rozhodnutí stěžovatele. Popsaná vada proto není důvodem pro zrušení rozsudku krajského soudu.

Pokud krajský soud vyšel z popisu prací v zadávací dokumentaci, stěžovatel namítl, že závěry neměly být činěny na základě „navozených dojmů“, ale na základě relevantních podkladů shromážděných ve spise. Z těch podle stěžovatele plyne, že úředně oprávněný zeměměřický inženýr je členem nejvyššího vedení – managementu pro řízení stavby. Vyplývá z nich i podrobný popis komplexních geodetických činností, za jejichž provedení je tento pracovník odpovědný.

Nejvyšší správní soud přisvědčil stěžovateli. Závěr krajského soudu, podle něž úředně oprávněný zeměměřický inženýr vykonává odborné geodetické práce, ale činí tak zejména na základě pokynů stavbyvedoucího, případně jeho zástupců, a ze zadávací dokumentace neplyne, že by vykonával vedoucí práce, je spekulativní a nemá oporu v provedeném dokazování. Je-li úředně oprávněný zeměměřický inženýr členem managementu pro řízení stavby, resp. vedoucím pracovníkem či pracovníkem vykonávajícím vedoucí práce, nelze legitimně předpokládat, že by nebyl oprávněn vést (řídit) jiné pracovníky, zejm. v oblasti geodetických prací.

Dále krajský soud podle stěžovatele mimo jakákoliv skutková zjištění uzavřel, že i druhý ze čtyř uchazečů – sdružení „Optimalizace trati Plzeň-Stříbro“ Berger Bau GmbH a BERGER BOHEMIA a. s., nabytí dojmů, že úředně oprávněný zeměměřický inženýr není vedoucím prací, nedoložil u něj potvrzení o složení příslušných zkoušek a posléze byl zadavatelem rovněž vyloučen. Stěžovatel tvrdil, že tento závěr nemá oporu v dokazování, uvedený uchazeč se proti vyloučení nebránil a okolnosti jeho vyloučení nebyly předmětem šetření stěžovatele. Nejvyšší správní soud shledal i tuto námitku důvodnou. Krajský soud zde přezkoumal věc nad rámec předmětu řízení a tím se dopustil procesního pochybení. Závěr krajského soudu nemá oporu v provedeném dokazování, zmíněný uchazeč nebrojil proti svému vyloučení podáním námitek ani návrhu a okolnosti jeho vyloučení tedy nebyly předmětem řízení vedeného stěžovatelem.

Poznamenal-li stěžovatel v závěru kasační stížnosti, že zadavatel dlouhodobě používal totožné zadávací podmínky již před zadáním předmětné veřejné zakázky a je pravděpodobné, že se žalobci neucházeli o zakázku poprvé a již se s předmětným požadavkem setkali, nejedná se o řádnou stížní námitku. Stěžovatel totiž nebrojil námitkou proti konkrétní argumentaci krajského soudu. Námitku nelze podřadit žádnému z důvodů podle § 103 odst. 1 s. ř. s., proto je v souladu s § 104 odst. 4 s. ř. s. nepřípustná. Pokud by Nejvyšší správní soud tuto stížní námitku vážil, dopustil by se obdobných spekulací, jaké stěžovatel vykkl krajskému soudu.

Závěrem Nejvyšší správní soud konstatuje, že neshledal namítanou nepřezkoumatelnost rozsudku krajského soudu. Krajský soud byl veden nesprávným posouzením rozhodné právní otázky, ale jeho rozsudek není zatížen žádnou z vad, které by podle ustálené rozhodovací praxe vedly k jeho nepřezkoumatelnosti (srov. rozhodnutí ze dne 4. 12. 2003, čj. 2 Ads 58/2003 - 75, č. 133/2004 Sb. NSS či ze dne 14. 7. 2005, čj. 2 Afs 24/2005 - 44, č. 689/2005 Sb. NSS).

Nejvyšší správní soud shledal napadený rozsudek nezákonným, proto jej zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení (§ 110 odst. 1 s. ř. s.). V něm krajský soud

rozhodne vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu vysloveným v tomto rozsudku (§ 110 odst. 3 s. ř. s.).

Krajský soud rozhodne v novém rozhodnutí rovněž o nákladech řízení o této kasační stížnosti (§ 110 odst. 2 s. ř. s.).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně 22. července 2010

JUDr. Jan Passer
předseda senátu