



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Elišky Cihlářové a soudců JUDr. Karla Šimky a JUDr. Jaroslava Hubáčka v právní věci žalobce: **SIVRES, a. s.**, se sídlem Železničářská 1234/79, Plzeň, zastoupený JUDr. Radkem Jurčíkem, advokátem se sídlem Čápkova 44, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **STAEG, spol. s r. o.** se sídlem Průmyslová 738/8F, Vyškov, zastoupený Mgr. Ondřejem Lakomým, advokátem se sídlem Kobližná 19, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 25. 10. 2012, č. j. 62 Af 31/2011 – 167,

t a k t o :

- I. Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 25. 10. 2012, č. j. 62 Af 31/2011 – 167, rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 22. 3. 2011, č. j. ÚOHS-R81,82/2010/VZ-1829/201 1/310/EKu, a rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10. 6. 2010, č. j. ÚOI-IS-S8,1 1/2010/VZ-5502/2010/540/LZa, **se zrušují** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci k rukám advokáta JUDr. Radka Jurčíka náklady řízení o žalobě ve výši 11.712 Kč do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.
- III. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci k rukám advokáta JUDr. Radka Jurčíka náklady řízení o kasační stížnosti ve výši 7.904 Kč do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 25. 10. 2012, č. j. 62 Af 31/2011 – 167, zamítl žalobu podanou žalobcem (dále jen „stěžovatel“) proti výroku I. rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) ze dne 22. 3. 2011, č. j. ÚOHS-R81,82/2010/VZ-1829/201 1/310/EKu, kterým byl potvrzen výrok I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10. 6. 2010, č. j. ÚOI-IS-S8,1 1/2010/VZ-5502/2010/540/LZa o zastavení správního řízení podle ust. § 118 zákona č. 137/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), o přezkoumání úkonů zadavatele Správy vojenského bytového fondu Praha ve věci veřejné zakázky „Zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla“.

Krajský soud v odůvodnění napadeného rozsudku uvedl, že zadavatel uveřejnil oznámení o zadání zakázky, která byla zadávána formou otevřeného řízení, v informačním systému o veřejných zakázkách a v úředním věstníku Evropské unie. V oznámení označil veřejnou zakázku CPV (Common public Procurement Vocabulary) kódem „9839000-3 Jiné služby“. Stěžovatel se do zadávacího řízení nepřihlásil. V podaných námitkách, i později v žalobě, stěžovatel uvedl, že se tak stalo proto, že zadavatel označil veřejnou zakázku nesprávným CPV kódem. Jako vítězného uchazeče vybral zadavatel osobu zúčastněnou na řízení. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí dospěl krajský soud k závěru, že použitím CPV kódu „Jiné služby“ zadavatel neporušil ustanovení zákona o veřejných zakázkách, neboť předmět veřejné zakázky je natolik specifický, že nelze nalézt odpovídající CPV kód, resp. kódy, které by tuto zakázku vystihovaly. Pro vymezení předmětu veřejné zakázky představuje jednotná klasifikace pouze pomocný a podpůrný nástroj. Klíčovým pro vymezení předmětu plnění veřejné zakázky je název veřejné zakázky a popis předmětu plnění zakázky obsažený v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení. Právě na základě slovního popisu předmětu veřejné zakázky má dodavatel vážit, zda se do zadávacího řízení přihlásí či nikoli. S ohledem na nesmírně širokou variabilitu plnění veřejných zakázek a omezený seznam CPV kódů je zřejmé, že nelze na každé jednotlivé plnění nalézt zcela přesný a odpovídající CPV kód, který by byl nezpochybnitelný. Vždy to tedy bude slovní popis předmětu zakázky, který je přesnější a pro potenciální dodavatele důležitější než CPV kód. Tato skutečnost nicméně nezmírňuje povinnost stanovenou zadavateli v ust. § 47 zákona o veřejných zakázkách, aby při vymezení předmětu veřejné zakázky našel příslušný CPV kód, který předmětu plnění veřejné zakázky co nejvíce odpovídá a ten ve výzvě či oznámení uvedl, a současně aby zajistil, že slovně vymezený předmět veřejné zakázky nebude s použitým CPV kódem v rozporu. Je přitom zřejmé, že ne vždy bude klasifikace obsahovat přesně odpovídající kód. V takovém případě je na zadavateli, aby našel CPV kód, případně kódy „nejvíce odpovídající“. Při tom je třeba, aby postupoval s cílem zamezit případné diskriminaci potenciálních dodavatelů. CPV klasifikace neobsahuje žádný kód přímo odpovídající obsahu předmětné veřejné zakázky. Z CPV kódu „Jiné služby“ nemůže potenciální dodavatel zjistit, jaké služby se příslušná veřejná zakázka týká. Na druhou stranu ani jeden z CPV kódů uváděných stěžovatelem v rozkladu či v žalobě nedopadá na předmět plnění veřejné zakázky, a nedopadá na něho ani vzájemná kombinace těchto kódů. Pokud by zadavatel použil některý z nich, případně jich použil více, mohl by podle krajského soudu předmět plnění veřejné zakázky takto nesprávně označit a potenciální uchazeče skutečně zmást, případně odradit. Zadavatel tedy při volbě obecného CPV kódu skutečně mohl být veden obavou, aby použitím

pokračování

specifičtějších CPV kódů nezmátl a nediskriminoval potenciální dodavatele, a proto použil CPV kód obecný. Po nahlédnutí do informačního systému o veřejných zakázkách (ISVZ) krajský soud našel pouze dva další zadavatele, kteří zahajovali zadávací řízení na veřejné zakázky obdobného názvu, jako je zakázka právě posuzovaná. Oba použili pro označení hlavního předmětu CPV kód „Jiné služby“. Aniž by to bylo důkazem správnosti použití CPV kódu v daném případě, lze jednoznačně dovodit, že se nejedná o použití neobvyklé. Nic na tom nemění ani skutečnost, že v právě uvedených případech zadavatelé vedle hlavního předmětu označili i další předměty zakázky. Krajský soud také poukázal na to, že stěžovatel není osobou, která by se pro jazykovou bariéru nemohla s předmětem plnění veřejné zakázky seznámit. Za tohoto stavu tedy nelze považovat postup zadavatele, který použil obecný CPV kód, aby zadávací řízení „více otevřel“, za nezákonný. Proto se Úřad nedopustil stěžovatelem namítané nezákonnosti.

Proti tomuto rozsudku podal stěžovatel v zákonné lhůtě kasační stížnost z důvodů uvedených v ust. § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) s. ř. s. V kasační stížnosti namítal, že krajský soud posoudil právní otázku týkající se CPV kódu v rozporu se zákonem, s výkladovou a rozhodovací praxí žalovaného i s právními předpisy EU. Stěžovatel vyslovil nesouhlas s tím, že CPV kód je jen pomocný a podpůrný nástroj a že klíčovým pro vymezení předmětu plnění veřejné zakázky je název veřejné zakázky a stručný popis zakázky v oznámení (či výzvě) o zahájení veřejné zakázky. Pole „stručný popis zakázky“ není obsaženo ve vyhledávací masce na ISVZ, takže nelze podle něj vyhledávat. Navíc často obsahuje opakovaně název zakázky, pouze mírně rozšířený např. o „plnění podle projektové dokumentace zpracované projektantem XY“ nebo o dobu plnění atd. Pole „název zakázky“ je subjektivním slovním vyjádřením investičního záměru zcela podle vůle zadavatele. Jedná se o neregulovaný výběr a je často volen s ohledem na obchodní či marketingové cíle, aby byl průchozí pro schvalování na úřadech, u banky, přijatelný pro opozici předkladatele projektu při schvalování rozpočtu. Názvy zakázky jsou pak často nic neříkající, například „Realizace opatření prováděných na základě závěrů auditu“, „Realizace opatření pro dosažení energetických úspor“, „Snížení energetické spotřeby“ aj. Není tak jasné, zda jde o rekonstrukci tepelného zdroje, vnitřních či venkovních rozvodů, o zateplení fasády budovy či výměnu stavebních výplní, nebo o všechno současně. Zda jde teprve o vypracování projektové dokumentace (služba) nebo již o realizaci dodávky nebo stavební práce. Není-li název projektu současně použitý jako název veřejné zakázky není rozšířen o nějaký přívlastek, pak nelze rozeznat, zda např. u staveb jde o provedení díla, zajištění financování, vypracování projektové dokumentace, zajištění technického dozoru investora atd. Naproti tomu CPV kód představuje regulovaný výběr, neboť zadavatel si musí vybrat z ohraničeného seznamu stavebních prací, dodávek a služeb. V dané věci zadavatel v tomto směru zcela rezignoval, když řadu požadovaných doplňkových činností neuvedl do polí „další předměty“ (údržba, čištění, sledování a odečty měřidel, emise, apod.). Cílem tohoto systému je sjednocení popisu plnění veřejných zakázek v rámci Evropské unie. Krajský soud nesprávně údaje z polí „název zakázky“ a „stručný popis“ (primární indikátor) nadřadil polí „CPV-kód“ (pomocný instrument). Tím, že výklad přímo použitelného předpisu unijního práva byl proveden nejdříve správním orgánem a následně krajským soudem, byl proveden výklad nařízení vnitrostátním orgánem, což není přípustné. Krajský soud měl vycházet z existující judikatury Soudního dvora. V případě, že takovou právní otázku Soudní dvůr doposud neřešil, měl se krajský soud položit předběžnou otázku Soudnímu dvoru. Vlastní úsudek si správní orgán nemůže učinit v

případě posouzení skutečnosti, zda byl spáchán trestný čin, přestupek nebo jiný správní delikt a kdo za něj odpovídá. Porušení postupu podle zákona o veřejných zakázkách je přitom správním deliktem.

Dále podle stěžovatele krajský soud dospěl k nesprávnému závěru, že pod CPV kód „Jiné služby“ spadají služby jinde nevymezené a vlastní kód neobsahující. Tento závěr popírá stromovou strukturu klasifikačního systému společného slovníku pro veřejné zakázky (CPV). Krajský soud nesprávně od popisu předmětu plnění odděluje číselný CPV kód. Společný slovník pro případ, že se opravdu jedná o jiné služby jinde nevymezené, nabízí CPV kód „93900000-7 Různé služby j.n.“, který označuje různé služby jinde neuvedené. Ze dvou výskytů označení „Jiné služby“ nelze činit zobecnění, že zadavatelé provedli zatřídění předmětu zakázky správně. Jedná se o hledání důkazu na předem stanovený výsledek, kterým krajský soud vyloučil možnost získat přehled, kolik zadavatelů vůbec použilo sporný kód „Jiné služby“ a s jakými názvy zakázek. Vzorek v podobě 102 výskytů zakázek s tímto označením stěžovatel přiložil. V některých případech zadavatelé používají kód „Jiné služby“, kdy je zřejmé, že ostatní zadavatelé zadávají tytéž nebo obdobné služby (leasing automobilů, zajištění služby protialkoholní záchytné služby, ozdravné pobyty) pod kódem jiným. Vedle toho oba zadavatelé, na které poukázal krajský soud, sice pro hlavní předmět použili nevhodný kód, ale přes kódy použité pro vedlejší předmět jsou jejich zakázky podnikatelem z příslušné oblasti již dohledatelné. K tomu stěžovatel namítal, že provedení důkazu vyhledáním zakázek těchto zadavatelů žádný z účastníků nenavrhl, a tento důkaz byl také proveden v rozporu se zákonem a řádným procesním postupem, neboť účastníkům řízení nebyla dána na možnost na něj reagovat, vyjádřit se k němu a navrhnout případně jiné důkazy.

Stěžovatel rovněž poukázal na to, že zadavatel v pozdějších zadávacích řízeních na zakázku se stejným názvem již používal pro hlavní předmět CPV kód „98511000-8 Služby provozních pracovníků“ a pro další předmět CPV kódy „98510000-1 Služby provozních a továrních dělníků“, „50000000-5 Opravy a údržby“, „90731400-4 Monitorování a měření znečišťování ovzduší“, „90714500-0 Kontrola kvality z hlediska životního prostředí“, „71330000-0 Různé technické služby“, a „90915000-4 Čištění pecí a komínů“. Tím je prokázáno, že existuje jiný vhodný CPV-kód a že si je zadavatel svého nedodržení zákona v minulosti vědom. V roce 2009 současně probíhalo zadávací řízení s názvem „Zajištění provozu vodohospodářských zařízení“, kde zadavatel také vyplnil pouze hlavní předmět s CPV-kódem „98390000-3 Jiné služby“. V minulosti tedy tento kód používal jako univerzální, přičemž v současnosti pro takové zakázky již používá několik specifických CPV kódů. Použití CPV kódu „Jiné služby“ umožňuje využít režim uveřejnění podle ust. § 22 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách. Správné nastavení CPV kódu je o to významnější, že běžné vyhledávání veřejných zakázek podle klíčových slov ve Věstníku veřejných zakázek není plně funkční. Krajský soud podle stěžovatele porušil i ust. § 37 s. ř. s., neboť nevyzval stěžovatele k doložení svého tvrzení ohledně CPV kódů užívaných městem České Budějovice a Českou správou sociálního zabezpečení. Soud si mohl uvedené vyhledat i sám, jako učinil ve vztahu k jiným CPV kódům v informačním systému o veřejných zakázkách.

Stěžovatel krajskému soudu rovněž vytýkal, že se nezabýval námitkami zákonnosti zadávacího řízení, a to nedostatkem referenčních zakázek vítězného uchazeče, nesprávným

pokračování

vymezením podmínky oprávnění k podnikání, pochybením při uveřejnění oznámení a zadávací dokumentace na webových stránkách zadavatele, rozdělením souvisejících činností, nesprávným vyloučením uchazeče a porušením cenové vyhlášky Energetického regulačního úřadu v oblasti maximálního rozsahu tzv. „cenové lokality“.

Ze všech uvedených důvodů stěžovatel navrhl, aby Nejvyšší správní soud zrušil napadený rozsudek krajského soudu i jemu předcházející správní rozhodnutí.

Úřad ve vyjádření ke kasační stížnosti zejména uvedl, že za situace, kdy se stěžovatel neúčastnil předmětného zadávacího řízení, je oprávněn směřovat své věcné námitky jen proti důvodům, pro které se do zadávacího řízení se svou nabídkou nepřihlásil. Neúčastnil-li se zadávacího řízení, nemohl již být žádnými dalšími postupy zadavatele učiněnými v zadávacím řízení jakkoli ve svých právech zasažen. Je proto zcela bezpředmětné posuzovat, zda vybraný uchazeč předložil zákonem vyžadované doklady a zadavatelem požadované reference a oprávnění k podnikání či nikoliv. Ve vztahu k související stížní námitce, že zadavatel v oznámení nestanovil, jaká oprávnění k podnikání mají uchazeči doložit, Úřad uvedl, že předmětem uzavřené smlouvy není převod práv k výrobě, rozvodu a dodávání tepelné energie, ale pouze obsluha zařízení bez postoupení užívacích práv. Vybraný uchazeč nebere z provozu užítky, tedy tepelnou energii, ale pouze inkasuje odměnu za obsluhu uvedeného zařízení. Tato námitka pak úzce souvisí s námitkou chybného zadání CPV kódu zadavatelem, neboť stěžovatel nepřesně vymezuje předmět veřejné zakázky, a tím vzniká i mylná interpretace potřeby koncesované živnosti. Proto se nelze ztotožnit s tvrzením stěžovatele, že pro činnost, která je předmětem veřejné zakázky, je nutná koncesovaná živnost či licence pro podnikání v energetických odvětvích.

Ve vztahu k problematice vymezení CPV kódu se Úřad ztotožnil se závěry krajského soudu. Podle jeho názoru je nutné vycházet ze znění ust. § 47 zákona o veřejných zakázkách a rovněž ze smyslu CPV klasifikace předmětu veřejné zakázky. Cílem klasifikace veřejné zakázky podle CPV kódu je tedy především možnost snadné identifikace veřejné zakázky již při zahájení zadávacího řízení, a to pro účely posouzení dodavatele, zda veřejná zakázka spadá do jeho zájmové oblasti. S ohledem na velmi širokou variabilitu plnění veřejných zakázek a omezený seznam CPV kódů je zřejmé, že nelze na každé jednotlivé plnění nalézt zcela přesný a odpovídající CPV kód, který by byl nezpochybnitelný. Vždy se tedy jedná o slovní popis předmětu zakázky, který je přesnější a pro potenciální dodavatele důležitější než CPV kód. Tato skutečnost však nijak nezmírňuje povinnost stanovenou zadavateli v ust. § 47 zákona o veřejných zakázkách, tedy aby při vymezení předmětu veřejné zakázky našel příslušný CPV kód, který co nejvíce odpovídá předmětu plnění zakázky, a ten ve výzvě či oznámení uvedl, a aby zajistil, že slovně vymezený předmět veřejné zakázky nebude s použitým CPV kódem v rozporu. Uvedením chybného CPV kódu se tedy může zadavatel dopustit diskriminace potenciálních uchazečů, kteří byli uvedeni v omyl a zadávacího řízení se neúčastnili. Je evidentní, že klasifikace nemůže vždy obsahovat přesně odpovídající kód. Pak je úkolem zadavatele, aby našel CPV kód, případně kódy, „nejvíce odpovídající“. Při tom musí postupovat tak, aby zamezil případné diskriminaci potenciálních dodavatelů. Zadavatel při volbě tohoto obecného CPV kódu skutečně mohl být veden obavou, aby použitím specifitějších CPV kódů nediskriminoval potenciální dodavatele. Nebylo prokázáno, že by zadavatel CPV kód zvolil s cílem diskriminovat některé uchazeče. V

tomto případě navíc stěžovatel nebyl osobou, která by se pro jazykovou bariéru nemohla s předmětem plnění veřejné zakázky seznámit. Postup zadavatele, který použil obecný CPV kód, aby zadávací řízení „více otevřel“, proto nelze označit za nezákonný. Rovněž není namístě argumentace stěžovatele, že v případě kódu „Jiné služby“ nemusí zadavatel zveřejňovat veřejnou zakázku v Úředním věstníku, neboť v daném případě ze správního spisu vyplynulo, že oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo v Úředním věstníku řádně zveřejněno. Úřad zdůraznil, že CPV kódy jsou pomocným instrumentem k popisu předmětu veřejné zakázky a dodavatelé nemohou při vyhledávání veřejných zakázek spoléhat pouze na tyto CPV kódy, které nejsou primárním indikátorem popisu předmětu veřejné zakázky a nemohou být ve vztahu ke slovně vymezenému předmětu veřejné zakázky matoucí. V daném případě pro předmět plnění veřejné zakázky neexistoval odpovídající CPV kód a zadavatel tak nepochybil, pokud použil kód „Jiné služby“. Krajský soud postupoval zcela správně, když nahlédnutím do ISVZ zjistil, že další dva zadavatelé zahajovali zadávací řízení na veřejné zakázky obdobného názvu jako předmětná veřejná zakázka a se stejným CPV kódem.

Položení předběžné otázky je podle Úřadu zcela v diskreci vnitrostátního soudu, ale toto oprávnění nemají správní orgány. Navíc z ničeho nevyplývá, že by došlo k nejednotnému výkladu nařízení. Nemůže proto obstát stěžovatelova argumentace, v níž poukazuje na nepřipustný rozpor výkladu nařízení učiněného Úřadem a následně krajským soudem.

V replice k vyjádření Úřadu stěžovatel zdůraznil, že jeho stěžejním argumentem je, že zadavatel v této veřejné zakázce volbou CPV kódu porušil diskriminačním způsobem zákon a zasáhl do práv stěžovatele. Úřad neposoudil věc podle své ustálené rozhodovací praxe. Stěžovatel poukázal na rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. S79/2007 a tímto spisem navrhl provést důkaz. Rovněž navrhl provést důkaz také dalšími rozhodnutími Úřadu, která se vztahují ke stejnému zadavateli a obdobné zakázce jako v dané věci. Úřad v těchto rozhodnutích rozhodl zcela jinak, než v posuzované věci. Přitom dospěl ke stejnému výkladu, ke kterému se přiklání i stěžovatel, přičemž se jedná o výklad používaný v běžné zadavatelské praxi, o čemž svědčí nespočet podkladů o zadávání veřejných zakázek a rovněž i např. výkladová praxe fondů EU. K tomu navrhl stěžovatel i provedení důkazu prezentací obsaženou na webu www.strukturalni-fondy.cz.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v souladu s ust. § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., vázán rozsahem a důvody, které uplatnil stěžovatel v podané kasační stížnosti, a přitom sám neshledal vady uvedené v odst. 4, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti.

Předně se Nejvyšší správní soud ztotožnil se závěrem krajského soudu, že stěžovatel může vznášet pouze námitky proti důvodům, které mu podle jeho názoru znemožnily se do zadávacího řízení přihlásit, neboť se zadávacího řízení jako uchazeč neúčastnil. Není na soudu, aby v této fázi posuzoval námitky proti postupu zadavatele v zadávacím řízení, nýbrž aby zhodnotil, zda se stěžovatel tohoto řízení mohl účastnit a takové námitky v něm uplatnit. Je tomu tak proto, že veřejný zájem na transparentním a nediskriminačním průběhu zadávacího řízení nelze podřadit pod pojem veřejné subjektivní právo příslušející stěžovateli, který se zadávacího řízení neúčastnil. Výsledek posouzení soudu může být

pokračování

dvojí. Pokud stěžovatel nevyužil možnosti zúčastnit se zadávacího řízení a vznést svoje námitky, pak se již nemůže ani domáhat jejich posouzení soudem. V opačném případě, bylo-li stěžovateli zabráněno v účasti v zadávacím řízení nezákonným způsobem, je na místě zrušit napadené rozhodnutí, které tuto otázku posoudilo opačně. Soud nemá pravomoc přezkoumávat rozhodnutí Úřadu v širší vymezené zákonem o veřejných zakázkách, ale pouze v rozsahu, v jakém jím byla zasažena veřejná subjektivní práva stěžovatele ve smyslu ust. § 2 s. ř. s. Z těchto důvodů nelze vytýkat krajskému soudu nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku nebo porušení čl. 36 Listiny základních práv a svobod a čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, která přiznává právo na soudní ochranu. Ta totiž byla stěžovateli poskytnuta a nebyl tak připraven o možnost vznášet námitky proti zákonnosti průběhu zadávacího řízení. K námitkám uplatněným ve vztahu k průběhu zadávacího řízení stěžovatel neuvedl, jaké jeho konkrétní veřejné subjektivní právo bylo porušeno. Nelze ani dovodit, že k takovému porušení jeho práv došlo. Nejvyšší správní soud se proto nebude dále zabývat námitkami, které nesouvisí s přístupem stěžovatele k účasti v zadávacím řízení. Tyto námitky totiž bude moci případně uplatnit tehdy, bude-li mu umožněna účast v zadávacím řízení.

Ve vztahu k námitkám proti označení předmětné veřejné zakázky je opět s ohledem na výše uvedené nutno posoudit, zda v případě důvodnosti těchto námitek bylo stěžovateli znemožněno se do zadávacího řízení přihlásit.

Podle obsahu správního spisu veřejná zakázka zadavatele Armádní servisní, příspěvková organizace (dříve Správa vojenského bytového fondu Praha) s názvem „Zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla“ spočívala v zajišťování provozu a údržby tepelných zařízení (kotelen). Spor mezi stěžovatelem a Úřadem se mimo jiné týká otázky, do jaké míry je zadavatel veřejné zakázky povinen její předmět specifikovat pomocí CPV kódu, respektive zda bylo možné s cílem předejití případné diskriminaci některých uchazečů použít CPV kód „Jiné služby“, nebo naopak tento postup mohl být v dané věci diskriminující.

Podle ust. § 47 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen při vymezení předmětu veřejné zakázky v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení použít klasifikaci zboží, služeb a stavebních prací podle referenční klasifikace platné pro veřejné zakázky na základě přímo použitelného předpisu Evropské unie.

Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2195/2002 ze dne 5. 11. 2002 o společném slovníku pro veřejné zakázky (CPV) (dále jen „nařízení“) zavedlo jednotný klasifikační systém pro veřejné zakázky v podobě společného slovníku pro veřejné zakázky. Tato klasifikace CPV, se skládá z hlavního slovníku a doplňkového slovníku. Hlavní slovník sestává ze seznamu kódů zboží, činností a služeb běžně používaných ve veřejných zakázkách a doplňkový slovník byl navržen s cílem pomoci zadavateli popsat úplněji předmět zakázky. K popsání předmětu veřejné zakázky si zadavatelé mohou vybrat z kódů uvedených v hlavním slovníku CPV a přidat kódy z doplňkového slovníku, jsou-li zapotřebí další popisné informace. Každý oddíl CPV je založen na stromové struktuře.

Nařízení, které je závazné v celém rozsahu a přímo použitelné ve všech členských státech, se vyjadřuje také k účelu uvádění CPV kódů při zadávání veřejných zakázek. Podle

preambule nařízení užívání rozdílných klasifikací neprospívá otevřenosti a transparentnosti veřejných zakázek v Evropě. Dopad tohoto jevu na kvalitu vyhlášení zakázek a čas potřebný k jejich zveřejnění představují fakticky omezení přístupu hospodářských subjektů k veřejným zakázkám. Je proto třeba prostřednictvím jednotného klasifikačního systému stanovit normy pro údaje užívané zadavateli veřejných zakázek k popisu předmětu smluv. Členské státy musí být vybaveny jednotným referenčním systémem, který užívá stejného popisu zboží v úředních jazycích Společenství a stejného odpovídajícího abecedně číslcového kódu, aby bylo možno překonat jazykové bariéry v celoevropském měřítku.

Ke dni 18. 9. 2009, kdy bylo v dané věci zahájeno zadávací řízení, byla CPV klasifikace ve verzi nařízení Komise (ES) č. 2151/2003 ze dne 16. 12. 2003, kterým se mění nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2195/2002 o společném slovníku pro veřejné zakázky (CPV).

Vzhledem k tomu, že předmět každé veřejné zakázky je do jisté míry specifický, lze souhlasit se závěrem krajského soudu, že pro vymezení předmětu veřejné zakázky představuje jednotná klasifikace pouze pomocný a podpůrný nástroj. Jedná se však zároveň o nástroj, jehož využití je povinné a který plní zásadní roli, protože podporuje transparentnost zadávání veřejných zakázek. Jednotná klasifikace umožňuje vytvořit informační systém pro zadávání veřejných zakázek a snížit riziko chyby při překladu oznámení. V důsledku toho usnadňuje vyhledávání podnikatelských příležitostí a zjednodušuje vypracování statistik o veřejných zakázkách. Úřad ostatně v napadeném rozhodnutí uvedl, že *„u zahraničních dodavatelů je jediným srozumitelným a rozlišujícím vodítkem v databázi veřejných zakázek právě tento CPV kód.“* Proto je nutné dbát na označení veřejné zakázky CPV kódem natolik výstižným způsobem, jak je to jen možné, tj. popsáním výstižných znaků zakázky. Rovněž podle Soudního dvora Evropské unie je účelem pravidel pro uveřejňování veřejných zakázek informovat všechny potenciální uchazeče ze všech členských států o podstatných prvcích zakázky (viz např. rozsudek Soudního dvora ze dne 26. září 2000 ke směrnici Rady 93/37/EHS. Komise Evropských společenství proti Francouzské republice, věc C-225/98. Sbírka soudních rozhodnutí 2000 I-07445. Bod 35). Tomu napomáhá velký rozsah i stromová struktura CPV klasifikace.

Z výše uvedeného plyne, že by nemělo docházet k situaci, kdy předmět veřejné zakázky nelze podřadit pod žádný z CPV kódů. Nelze dovozovat, že každou veřejnou zakázku smíšeného charakteru je možno podřadit pod některou se „sběrných“ kategorií, které jsou v CPV klasifikaci uvedené. Ačkoliv v některých případech může nastat situace, kdy je třeba vybírat z více kódů, je důležité, aby si zadavatel pro název oznámení o zakázce zvolil pouze jeden. V případě, že míra přesnosti kódu je nedostatečná, musí veřejní zadavatelé uvést oddíl, skupinu, třídu nebo kategorii, která lépe vystihuje předmět jejich nákupu – obecnější kód, který lze podle členění CPV klasifikace rozpoznat. K dalšímu upřesnění pak slouží pomocné uvádění dalších CPV kódů. Vadný není postup, který opomíjí některý z nepodstatných prvků zakázky. Za diskriminační pro uchazeče je však třeba považovat takový postup, který rezignuje na označení podstatného, zpravidla převažujícího, znaku veřejné zakázky. Ostatně i v tomto směru je možno odkázat na judikaturu Soudního dvora, který se zabýval např. rozlišováním mezi veřejnou zakázkou na služby a veřejnou zakázkou na práce za účelem určení rozhodné právní

pokračování

úpravy, a upřednostnil hlavní předmět smlouvy (viz např. rozsudek ze dne 19. 4. 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, věc C-331/92, Recueil, s. I-1329, bod 29, nebo rozsudek ze dne 18. 1. 2007. *Jean Auroux a další proti Commune de Roanne*, věc C-220/05, Recueil s. I-00385).

V dané věci je s ohledem na výše uvedené nutno posoudit, zda označení veřejné zakázky CPV kódem „Jiné služby“ představuje její „větší otevření“ směrem k uchazečům, jak dovozuje Úřad, nebo naopak její omezení. Stěžovatel v řízení před Úřadem navrhoval několik možných CPV kódů pro označení předmětné veřejné zakázky, a to „Energetické služby“, „Služby v oblasti elektrické energie“, „Poradenství v oblasti energetické účinnosti topných zařízení budovy“, „Správní služby při zabezpečování energie“ či „Elektrická energie, vytápění, solární a jaderná energie“. V rozkladovém řízení a v řízení před krajským soudem pak navrhoval CPV kódy „Správa majetku“, „Správa objektů“ nebo „Správa nemovitého majetku za odměnu nebo na základě smlouvy“. V tomto směru nelze vyžadovat po stěžovateli, aby Úřadu předestřel jediný možný CPV kód, kterým měla být veřejná zakázka označena. Je totiž zjevné, že se domáhá zařazení veřejné zakázky pod některý z určitějších CPV kódů, které se k jejímu obsahu více či vzdáleněji vztahují. Povinnost správného označení veřejné zakázky se vztahuje primárně na jejího zadavatele a Úřad je tím, kdo splnění této povinnosti posuzuje. Že si stěžovatel není jist, který CPV kód nejlépe odpovídá předmětu veřejné zakázky, nezbavuje Úřad povinnosti se s takovou námitkou vypořádat.

Nejvyšší správní soud nepovažuje za rozhodující ani obvyklost či naopak neobvyklost používání CPV kódu „Jiné služby“ pro obdobné veřejné zakázky. Taková praxe, zvláště je-li aprobována rozhodovací činností Úřadu, sice může mít vliv na očekávání potenciálního uchazeče, nic však nemění na tom, zda je vůči uchazečům diskriminační či nikoliv. Pokud je totiž diskriminační, nemůže se jí stěžovatel či Úřad již v rámci správního uvážení dovolávat. Proto Nejvyšší správní soud neprovedl důkaz dalšími rozhodnutími Úřadu nebo internetovou prezentací k zadávání veřejných zakázek, praxe zadavatele, který pro jiné veřejné zakázky se stejným názvem používá odlišné CPV kódy než v posuzovaném případě, nijak neprokazuje, že by jejich použití bylo správné. Důvodná není ani námitka stěžovatele, že krajský soud nemohl provést důkaz nahlížením do systému veřejných zakázek, neboť v souladu s ust. § 52 s. ř. s. soud rozhodne, které z navržených důkazů provede, a může provést i důkazy jiné.

Co se týče konkrétního označení předmětné veřejné zakázky, tu zadavatel označil CPV kódem podle hlavního předmětu „98390000-3 Jiné služby“ a popsal jako „*poskytnutí služby při zabezpečení provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla v rozsahu povinností obsluhy*“. Tomuto označení odpovídá i obsah smlouvy uzavřené s vítězným uchazečem, kdy povinností poskytovatele byla především obsluha tepelných zařízení s cílem ekonomické výroby a rozvodu tepla, vedení provozní evidence, přebírání paliv a provádění běžné údržby zařízení. Lhůta pro doručení nabídek byla ve veřejné zakázce stanovena dnem 3. 11. 2009, 12.00 hodin. Nešlo o opakovanou zakázku. CPV kódem nebyly označeny další předměty a nebyl použit ani doplňkový slovník. S nabídkami se přihlásilo 6 uchazečů, mezi kterými stěžovatel nebyl.

Úřad dospěl k závěru, že žádný z alternativních CPV kódů s ohledem na jejich specifčnost a méně běžné zaměření není vhodnější než CPV kód použitý, a paradoxně by použití některého ze stěžovatelem navrhovaných CPV kódů mohlo vést k omezení okruhu uchazečů spíše než podřazení veřejné zakázky pod CPV kód „Jiné služby“.

S tímto závěrem se však Nejvyšší správní soud neztotožňuje. CPV kód „Jiné služby“ není nejbližším širším kódem vystihujícím předmět dané veřejné zakázky. Pod obecný CPV kód „Jiné služby“ totiž nespádají žádné specifčtější CPV kódy, které by předmět veřejné zakázky, byť jen zčásti, vystihovaly, neboť předmětem veřejné zakázky není ani okrajově vyřazování zařízení z provozu, stěhovací, krejčovské, čalounické nebo zámečnické služby, ani ladění hudebních nástrojů. V důsledku toho nedochází k většímu „otevření“ veřejné zakázky, nýbrž k jejímu vyvedení mimo CPV kódy, které by popsaly její podstatné prvky. Takový přístup by znamenal, že všichni uchazeči, bez ohledu na svoji specializaci, by měli sledovat nejen veřejné zakázky označené obecnějšími CPV kódy, ale i všechny označené CPV kódem „Jiné služby“. Tento kód přitom podle svého řazení v CPV klasifikaci není sběrnou kategorií pro všechny jinde nezařaditelné poptávané služby.

Pro označení předmětné veřejné zakázky sice chybí výstižný CPV kód, nicméně poptávána není služba natolik specifická, aby ji nebylo možné nikam podřadit. Z jejího popisu je zřejmé, že jejím předmětem je zejména obsluha energetických zařízení. Podstatným prvkem takové činnosti je obsluha zařízení a také skutečnost, že toto zařízení vyrábí energii. Logicky se nabízí označení veřejné zakázky CPV kódem „71314000-2 Energetické a související služby“. Zadavatel uvedl, že tento kód nepoužil proto, že podle ust. § 2 odst. 1 písm. a) zákona č. 458/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů (dále jen „energetický zákon“), jsou za energetické služby považovány činnosti, které vedou ke zvýšení energetické účinnosti a k úsporám primární energie, což neodpovídá předmětu veřejné zakázky. Přestože poptávaná činnost není energetickou službou ve smyslu definice v energetickém zákoně, pak se beze sporu může jednat o službu související. Sice se nejedná o službu, kterou by přesně vystihoval některý z kódů nižší úrovně (služby v oblasti elektrické energie, správní služby při zabezpečování energie, poradenství v oblasti energetické účinnosti), ale to je právě důvod, proč je třeba vybrat kód obecnější. K tomu je třeba uvést, že definice v různých složkových právních předpisech jsou do značné míry autonomní, přestože se může jednat o předpisy, které zapracovávají nebo provádějí příslušné předpisy Evropské unie. Pojetí energetických služeb pro účely CPV klasifikace tudíž nemusí být totožné s definicí v energetickém zákoně, podstatným je účel CPV klasifikace, kterým je co nejbližší, nikoliv přesné, vystižení předmětu veřejné zakázky.

Výše uvedené neznamená, že CPV kód „71314000-2 Energetické a související služby“ je ve vztahu k předmětné veřejné zakázce nejvhodnějším nebo jediným použitelným. Není úkolem Nejvyššího správního soudu podat vyčerpávající výčet CPV kódů, které připadají v úvahu a jsou pro předmětnou veřejnou zakázku přílehlivé. Nicméně lze obecně konstatovat, že je-li možno uvažovat o použití více CPV kódů k označení předmětu veřejné zakázky, přičemž například každý z nich směřuje k vystižení jiného podstatného znaku veřejné zakázky, je v tomto směru na zadavateli, aby uvážil, jaký CPV kód zvolí. Důsledkem používání CPV klasifikace totiž nemůže být omezování veřejných zakázek výhradně na zboží a služby označené přesným kódem, ani ohrožení dobré víry zadavatele, kterému nemohou jít nedostatky CPV klasifikace k tíži.

pokračování

V pochybnostech tak musí být dána přednost zvolenému CPV kódu. Tak tomu však není v posuzovaném případě, kdy zadavatel vybral CPV kód zjevně nepříhodný, čímž veřejnou zakázku z okruhu možných označení vydělil. Následkem takového postupu mohlo dojít k omezení možných účastníků veřejné zakázky, kteří nemohli včas vyhlášení veřejné zakázky zaregistrovat a uplatnit své nabídky. To se týká i stěžovatele.

Na základě výše uvedeného dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost stěžovatele je důvodná, neboť krajský soud neposoudil správně právní otázku výběru CPV kódu k označení předmětné veřejné zakázky. Nejvyšší správní soud přitom nepovažuje za nutné předložit v tomto ohledu předběžnou otázku Soudnímu dvoru Evropské unie, protože účel nařízení a CPV klasifikace je dostatečně zřejmý, tzn. z pohledu výkladu unijního práva se jedná o *acte clair*.

Proto Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu zrušil. Jelikož také napadené správní rozhodnutí trpí podstatnou vadou, která způsobuje jeho nezákonnost, pro kterou bylo rozhodnutí možno zrušit již v řízení před krajským soudem, rozhodl Nejvyšší správní soud tak, že se za použití ust. § 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s. současně zrušuje také rozhodnutí Úřadu včetně rozhodnutí prvostupňového, a věc se vrací Úřadu k dalšímu řízení.

Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o ust. § 60 odst. 1 věta první s. ř. s., podle něhož, nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, jež důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Stěžovatel měl ve věci plný úspěch, proto má právo na náhradu nákladů řízení před krajským soudem a Nejvyšším správním soudem.

Náklady řízení o žalobě sestávají ze zaplaceného soudního poplatku ve výši 3.000 Kč a odměny za právní zastoupení za 3 úkony právní služby ve výši 3 x 2.100 Kč (převzetí a příprava zastoupení, písemné podání ve věci samé a účast na jednání nepřesahujícím dvě hodiny [§ 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. a), d) a g) vyhlášky č. 177/1996 Sb., ve znění účinném do 31. 12. 2012, (dále jen „vyhláška“) a náhrady hotových výdajů ve výši 3 x 300 Kč (§ 13 odst. 3 vyhlášky). Protože advokát je plátcem daně z přidané hodnoty (dále jen „daň“), zvyšuje se jeho odměna o částku odpovídající této dani, kterou je povinen odvést podle zákona č. 235/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů, tj. o 1.512 Kč. Náhrady nákladů za řízení o žalobě tedy činí celkem 11.712 Kč.

Náklady řízení o kasační stížnosti sestávají ze zaplaceného soudního poplatku ve výši 5.000 Kč a odměny za 1 úkon právní služby ve výši 2.100 Kč (písemné podání ve věci samé [§ 1 odst. 1, § 7, § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky] a náhrady hotových výdajů 300 Kč (§ 13 odst. 3 vyhlášky). Protože advokát je plátcem daně z přidané hodnoty (dále jen „daň“), zvyšuje se jeho odměna o částku odpovídající této dani, kterou je povinen odvést podle zákona č. 235/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů, tj. o 504 Kč. Náhrada nákladů za řízení o kasační stížnosti tedy činí celkem 7.904 Kč.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 26. září 2013

JUDr. Eliška Cihlářová
předsedkyně senátu