



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Dagmar Nygrínové a soudců JUDr. Jiřího Pally a Mgr. Aleše Roztočila v právní věci žalobkyně: **STAVOPLAST KL spol. s r. o.**, se sídlem Stachy 266, zast. Dr. JUDr. Miroslavem Zamiškou, advokátem, se sídlem Na Příkopě 23, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: Povodí Vltavy, státní podnik, se sídlem Holečkova 8, Praha 5, zast. JUDr. Ivanou Syrůčkovou, advokátkou, se sídlem Plzeňská 4, Praha 5, v řízení o kasační stížnosti žalovaného a osoby zúčastněné na řízení proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 23. 6. 2015, č. j. 29 Af 26/2013 – 95,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 6. 2015, č. j. 29 Af 26/2013 – 95, **se zrušuje** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I.

Předcházející řízení a obsah kasační stížnosti

[1] Rozhodnutím ze dne 1. 2. 2013, č. j. ÚOHS-R185/2012/VZ-1906/2013/310/DBa, (dále též „napadené rozhodnutí“), předseda žalovaného zamítl rozklad žalobkyně a potvrdil rozhodnutí správního orgánu prvního stupně ze dne 26. 6. 2012, č. j. ÚOHS-S175/2012/VZ-7534/2012/520/Mvy, vydané v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – osoby zúčastněné na řízení, Povodí Vltavy, státní podnik – učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „Nákup kráčivého bagru“ zadávané dle ustanovení § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“) v otevřeném zadávacím řízení. Žalobkyně se domáhala přezkoumání úkonu zadavatele ze

dne 20. 2. 2012 o jejím vyloučení z účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění požadovaného parametru na elektrické zařízení stroje s napětím 12 V.

[2] Žalovaný v odůvodnění napadeného rozhodnutí podrobně popsal průběh předmětného správního řízení. Zejména zdůraznil, že z předložené dokumentace zjistil, že v části zadávací dokumentace 1.4.1 „Předmět veřejné zakázky – technické podmínky“ zadavatel vymezil technické požadavky na požadovaný jeden kus kráčivého bagru. Jedním ze základních parametrů bylo „Elektrické zařízení stroje, jehož požadovaná hodnota činila 12 V“. K připomínce žalobkyně, že odůvodnění požadavku na elektrické zařízení stroje s napětím 12 V, které se odvolává na možnost vzájemného startování bagru a osobního automobilu při zhoršených klimatických podmínkách, se objevilo až v rozhodnutí o námitkách a nikoli v zadávací dokumentaci, žalovaný odvětil, že zadavatel nemusí podle ZVZ ve znění účinném ke dni zahájení předmětného zadávacího řízení, zdůvodňovat stanovené technické podmínky veřejné zakázky. V posuzované věci byla poprvé vznesena pochybnost o údajné diskriminačně stanovené technické podmínce elektrického zařízení stroje s napětím 12 V až v námitkách proti zadávacím podmínkám podaných společností Trade-lex, na což zadavatel řádně reagoval tím, že tuto podmínku stanovil kvůli možnosti vzájemného startování stroje s osobními automobily při zhoršených klimatických podmínkách. Stejně zdůvodnění ostatně zadavatel uvedl i v rozhodnutích o námitkách žalobkyně. Své požadavky tedy zadavatel řádně a včas zdůvodnil. Žalovaný podpůrně poukázal na ustanovení § 156 odst. 1 písm. c) ZVZ účinného od 1. 4. 2012, které zadavateli v určitých případech nově stanoví povinnosti uveřejnit na svém profilu odůvodnění vymezení obchodních a technických podmínek veřejné zakázky ve vztahu ke svým potřebám, avšak tato právní úprava se na předmětnou veřejnou zakázku z časových důvodů neaplikuje.

[3] Požadavek zadavatele na elektrické zařízení stroje s napětím 12 V považoval žalovaný s ohledem na jeho objektivní potřeby za adekvátní a za řádně zdůvodněný potřebou vzájemného startování bagru s osobními automobily při zhoršených klimatických podmínkách. Podle žalovaného rovněž není možné spekulovat o tom, že by si zadavatel tento požadavek zpětně vymyslel, neboť nebylo jeho povinností technické podmínky přesně a podrobně zdůvodňovat. Žalovaný nezjistil, že by správní orgán prvního stupně neměl podklad pro svůj závěr, že kráčivý bagr žalobkyně umožňuje pouze výstup pro napájení některých 12 V elektrických zařízení, neboť ten se opírá o vysvětlení žalobkyně, že nabízený stroj je v základu s napětím 24 V s vyústěním doplňkového připojení na 12 V pro možnost napájení jiného zařízení či jiného využití. Pokud žalobkyně tuto interpretaci nepovažuje za správnou, měla by podle žalovaného uvést, jaký výklad je správný. Žalovaný proto konstatoval, že žalobkyně zjevně nesplnila podmínku zadavatele na elektrické zařízení bagru s napětím 12 V, byť připustil, že přesnější by bylo, aby součástí zadávací dokumentace byl přímo požadavek na možnost vzájemného startování stroje s osobními automobily. Ze základních znalostí fyzikálních zákonů vyplývá, že nelze nastartovat stroj s elektrickým zařízením s napětím 24 V z běžného osobního automobilu, který má elektrické zařízení s napětím 12 V, protože takové napětí nedostačuje k otočení startéru u stroje s elektrickým zařízením 24 V. Tuto skutečnost žalovaný považuje za obecně známou, vyplývající ze základů fyziky, kterou proto není nutné dokazovat. Ostatně žalobkyně pouze poukazuje na nesprávnost těchto závěrů, avšak nikdy neargumentovala tím, že by jí nabízený bagr umožňoval vzájemné startování s osobními

pokračování

automobily. Poukaz žalobkyně na to, že její bagr nabízí doplňkové vyústění 12 V pro možnost napájení jiného zařízení či jiného využití, nepovažoval žalovaný za dostatečný, zvláště když jde jen o jinou interpretaci jejího vysvětlení o vlastnostech nabízeného bagru. Zadavatel proto dle žalovaného postupoval správně, pokud žalobkyni ze zadávacího řízení vyloučil. Odkaz žalobkyně na rozhodnutí žalovaného ze dne 14. 6. 2007 není na místě, neboť toto rozhodnutí se týkalo pochybení zadavatele, který nedostatečně vymezil v zadávací dokumentaci určitým způsobem technické požadavky na předmět veřejné zakázky a po podání návrhu na přezkoumání úkonů připustil i plnění technické podmínky stanovené v zadávací dokumentaci nedostatečně určitým způsobem. Nadto v tomto předchozím řízení žalobkyně zaujímal za obdobné situace zcela protichůdné stanovisko.

[4] Žalobou ze dne 22. 2. 2013 se žalobkyně domáhala zrušení napadeného rozhodnutí, jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí a dále požadovala přiznání náhrady nákladů řízení. Žalobkyně trvala na tom, že ze zadávacího řízení byla vyloučena zcela účelově pro domnělé nesplnění technického parametru v podobě požadované hodnoty elektrického napětí předmětu plnění veřejné zakázky. Potvrdila, že zadavatel požadoval elektrický systém s napětím 12 V, což následně v průběhu správního řízení odůvodnil možností vzájemného startování kráčivého bagru s osobními automobily pracovníků obsluhy při zhoršených klimatických podmínkách, avšak vyslovila přesvědčení, že zadávací podmínky splnila. K dotazu zadavatele ohledně parametrů nabízeného bagru totiž dostatečně vysvětlila, že stroj je sice v základu s napětím 24 V, avšak s vyústěním doplňkového připojení na 12 V pro možnost napájení zařízení či jiného využití, což je z hlediska podmínek zadání postačující. Dále vysvětlila, že nabízený kráčivý bagr je napájen dvěma bateriemi (akumulátory) o napětí 12 V, toto napětí je distribuováno rozvodem s napětím 12 V.

[5] Systém se dvěma akumulátory o elektrickém napětí 12 V zadavatelem požadovaný parametr podle žalobkyně splňuje vždy, navíc splňuje také parametr elektrického systému s napětím v hodnotě 24 V při sériovém zapojení obou akumulátorů. Žalobkyně rovněž vytýkala žalovanému, že si učinil vlastní úvahu o možnosti vzájemného startování nabízeného bagru s osobními automobily, aniž by k tomu provedl jakékoli dokazování. Vyslovila přitom přesvědčení, že vzájemné startování osobního automobilu a nabízeného kráčivého bagru je možné i za pomoci adaptéru, nehledě k tomu, že jí navrhované řešení umožňuje nastartování jiných strojů s napětím 24 V. Žalovaný dále přehlédl, že nabízený bagr disponuje doplňkovým vyústěním 12 V pro možnost napájení jiného zařízení či využití, kterým je i možnost startování osobního automobilu v případě nepříznivých klimatických podmínek. Toto vyústění tudíž není možné chápat pouze jen jako výstup, jak nesprávně interpretuje žalovaný.

[6] Stanovením technického požadavku v podobě elektrického napětí o hodnotě 12 V se zadavatel podle žalobkyně dopustil skryté diskriminace, neboť požadovanou hodnotou elektrického napětí disponují pouze některé kráčivé bagry, čímž byli ostatní uchazeči z výběrového řízení z povahy věci vyloučeni. Žalobkyně uznala právo zadavatele stanovit si technické požadavky předmětu plnění veřejné zakázky dle svého uvážení, avšak vyslovila přesvědčení, že tyto požadavky musí být odůvodnitelné. Tuto odůvodněnost žalovaný zkoumal nedostatečně, pokud oslovil 4 možné dodavatele kráčivých bagrů, neboť přehlédl, že jeden z nich, který nadto tento požadavek označil za přijatelný, je propojen s jiným účastníkem předmětného zadávacího řízení. Nelze proto oprávněně tvrdit, že 2 ze

4 oslovených dodavatelů by byli schopni tyto technické parametry splnit. Při posuzování této otázky porušil správní orgán § 3 správního řádu, protože vyšel pouze ze zadavatelova tvrzení o nezbytnosti požadavku elektrického zařízení o napětí 12 V, aniž by v tomto směru provedl jakékoli dokazování, a odkázal jen na obecně platné fyzikální zákony. Žalobkyně v neposlední řadě poukázala na to, že se žalovaný odchýlil od svého předchozího rozhodnutí ze dne 14. 6. 2007, které se týkalo dodávky 4 ks kráčivých rypadel, tedy obdobného stroje jako v posuzované věci, v němž uvedl, že vymezení technických parametrů v určitém rozsahu musí být odůvodněno objektivními potřebami zadavatele, což v posuzované věci nebylo podle žalobkyně splněno.

[7] Žalovaný se k žalobě vyjádřil podáním ze dne 26. 4. 2013, v němž zdůraznil, že žalobkyně nesplnila podmínku zadavatele na elektrické zařízení s napětím 12 V, neboť jí nabízený bagr pracuje s napětím 24 V. Nedostatky její nabídky v průběhu zadávacího řízení pak nelze nahrazovat tvrzeními a vysvětleními ve správním, resp. soudním řízení. Vyjádření žalobkyně o sériovém zapojení dvou baterií plně podporuje jeho názor, že její stroj nelze nastartovat za použití jedné 12 V baterie. Baterií z osobního automobilu by tedy bylo teoreticky možné nahradit jednu baterii kráčivého bagru, nicméně pokud by nefungovaly obě baterie, tento postup by k nastartování bagru nestačil. Žalovaný zdůraznil, že v průběhu správního řízení žalobkyně nikdy netvrdila, že jí nabízený stroj splňuje požadavek na vzájemné startování s osobními automobily při zhoršených klimatických podmínkách. Výklad žalobkyně jejího předchozího vysvětlení, že doplňkové připojení lze použít i k napájení samotného bagru představuje jen jeho jinou interpretaci, kterou však měla žalobkyně jasně a srozumitelně uvést již v zadávacím řízení. Tvrzení žalobkyně o tom, že nelze pracovat s vyjádřením společnosti DONAU TRADING o akceptovatelnosti technických požadavků, je rovněž nové, tudíž by k němu soud neměl přihlížet. Technické podmínky žalovaný nepovažuje za diskriminační, neboť požadavky zadavatele odpovídají jeho objektivním potřebám; v neposlední řadě by měl soud přihlídnout k tomu, že jej mohou splnit další dodavatelé, jak bylo ve správním řízení zjištěno. Žalovaný proto navrhoval, aby soud žalobu jako nedůvodnou zamítl.

[8] V replice ze dne 20. 6. 2013 žalobkyně setrvala na své předchozí argumentaci.

[9] Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 23. 6. 2015, č. j. 29 Af 26/2013 – 95, napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení; dále žalovanému uložil, aby žalobkyni zaplatil náhradu nákladů řízení. V odůvodnění popsal, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel nabídky dvou uchazečů. Hodnotící komise následně doporučila zadavateli, aby žalobkyni vyzval k objasnění rozporu ve výši kupní ceny a parametru elektrického zařízení stroje, k čemuž zadavatel přistoupil. Žalobkyně ohledně parametru elektrického zařízení odpověděla, že „nabízený stroj je v základu s napětím 24 V s vyústěním doplňkového připojení na 12 V pro možnost napájení jiného zařízení či jiného využití“. Následně byla žalobkyně ze zadávacího řízení vyloučena s tím, že nesplnila požadavek na elektrické napětí u dodávaného stroje, protože nabídla elektrickou soustavu s napětím 24 V namísto požadovaných 12 V. Tento postup zadavatele přitom soud nepovažoval za vhodný a za souladný se základními zásadami postupu při zadávání veřejných zakázek. Jednalo se totiž o nejasnost, kvůli které nebylo na první pohled zřejmé, zda uchazeč požadovaný technický parametr splnil, proto zadavatel správně využil postup podle § 76 odst. 3 ZVZ, když se snažil tuto nejasnost vysvětlit. Soud však zdůraznil,

pokračování

že je povinností hodnotící komise žádost o vysvětlení nabídky formulovat natolik přesně, aby předešla situaci, kdy obdrží od uchazeče odpověď, která nejasnosti komise neozřejmí, a to právě kvůli nepřesně či nevhodně formulované žádosti. V žádosti o vysvětlení přitom zadavatel uvedl, že z nabídky žalobce není zřejmé, jaké napětí nabízený stroj používá, po podání vysvětlení zadavatel žalobkyni bez dalšího vyloučil z účasti v zadávacím řízení, přestože z její odpovědi nebylo zřejmé, zda požadovaný technický parametr žalobkyní nabízený stroj splňuje. Soud vyšel z toho, že v případě „elektrického zařízení stroje“ se nejednalo o tak jednoznačný parametr, zvláště když ze zadávací dokumentace ani ze žádosti o vysvětlení nabídky nevyplývalo, k čemu konkrétně se předmětný parametr napětí vztahuje. Žalobkyně tudíž měla zato, že předmětný parametr splňuje díky univerzálnosti nabízeného stroje, a proto neměla již důvod vznášet námitky vůči zadávacím podmínkám.

[10] Pokud zadavatel požadoval „elektrické zařízení stroje“ v hodnotě 12 V kvůli tomu, aby obsluha stroje dojíždějící osobními automobily měla možnost nastartovat stroj při zhoršených klimatických podmínkách jejich prostřednictvím, měl to podle závěru soudu především srozumitelně uvést v zadávací dokumentaci, případně ve spolupráci se žalobkyní toto objasnit před jejím vyloučením. Zadavatel tedy měl postavit na jisto, zda nabídky vyhovují zadávacím podmínkám či nikoli a jaké hodnoty mají být v rámci hodnocení nabídek posouzeny či hodnoceny. Ze zadávací dokumentace nebylo přitom zřejmé, k čemu se napětí 12 V vztahuje, žalobkyně přitom nabídla stroj, který určité využití připojení na 12 V umožňuje. Dle žalovaného, který potvrdil postup zadavatele, tak měl být na základě zadavatelem nejasně formulovaného znění zadávací dokumentace vyloučen uchazeč, který možná technické zadání splňuje, avšak neodpověděl na nejasně položený dotaz tak, jak si hodnotící komise představovala. Za takové situace měl zadavatel postupovat v souladu s § 76 odst. 3 a následně i odst. 4 ZVZ a měl se snažit vyjasnit, zda uchazeč splnil veškeré požadované technické požadavky. Nelze se smířit s postupem zadavatele, který se nesnaží vyjasnit, zda uchazeč splňuje veškeré technické požadavky, a namísto toho jej bez bližšího posouzení vyloučí a upřednostní nabídku jiného uchazeče. Ke zbývajícím námitkám soud uvedl, že se jimi pro nadbytečnost nezabýval, avšak poukázal na to, že by se jimi ani zabývat nemohl, neboť tyto námitky směřují proti znění zadávací dokumentace, a žalobkyně je nemohla za dané procesní situace přípustně uplatnit, neboť v této věci nepodal námitky zadavateli. Nad rámec výše uvedeného však na okraj vyslovil pochybnost o tom, zda je či není možné použít k nastartování bagru s napětím 24 V osobního automobilu s napětím 12 V; tuto otázku měl žalovaný podrobit příslušnému dokazování, nikoli odkázat na základní znalost fyzikálních zákonů.

[11] Žalovaný (dále též „stěžovatel“) podal proti výše uvedenému rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne ze dne 23. 6. 2015, č. j. 29 Af 26/2013 – 95, kasační stížnost dne 3. 8. 2015. V doplnění kasační stížnosti ze dne 20. 8. 2015 uvedl, že rozsudek napadá z důvodů podle ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“). Stěžovatel zdůraznil, že zadavatel požadoval, aby elektrické zařízení stroje bylo 12 V, nikoli aby jeho zařízení pracovalo pod napětím „například 12 V, ale může i pod jiným“. V tom případě je zcela nepodložený závěr krajského soudu, že žalobkyně měla za to, že předmětný parametr splňuje díky univerzálnosti nabízeného stroje, a proto neměla důvod vznášet námitky již vůči zadávacím podmínkám. Stěžovatel vyslovil přesvědčení, že zadavatel stanovením

požadovaného technického parametru dodržel všechny podmínky stanovené tehdy platným ZVZ. Pochybení žalobkyně ohledně (ne)přesného popsání, s jakým napětím jí nabízený bagr pracuje, tedy ve svém důsledku krajský soud nemístně přenáší na zadavatele. Nesprávně vyhodnocuje i samotnou odpověď žalobkyně ohledně použitého napětí v elektrickém zařízení bagru, protože je zřejmé, že v základu tento stroj pracuje s napětím 24 V. Žalobkyní uváděné napětí 12 V se týkalo pouze vyústění, které mělo sloužit pouze k napájení jiného zařízení. Zadavatel správně žalobkyni vyzval k vysvětlení její nabídky, přičemž po její odpovědi neměl žádné pochybnosti o tom, že nebyly splněny podmínky výběrového řízení. Krajský soud ve svém důsledku dle žalovaného stanoví zadavateli v rozporu se zákonem novou povinnost v podobě opakovaného vysvětlení zřejmého parametru nabídky.

[12] Stěžovatel se pozastavil nad tvrzením krajského soudu, že žalobkyně nevěděla, proč zadavatel požaduje pouze zařízení pracující s napětím 12 V, avšak přehlédl, že tato podmínka byla již rozporována jinou společností, přičemž rozhodnutí o jejích námitkách žalobkyně přesně citovala ve svých námitkách proti vyloučení ze zadávacího řízení. Žalovaný nesouhlasil se závěrem soudu, že pochybil tím, že neprovedl dokazování ohledně možnosti startování bagru pracujícího s napětím 24 V, neboť podle Ohmova zákona platí, že při změně napětí z 12 V na 24 V dojde i ke změně proudu, tudíž zařízení koncipované na tento vyšší proud nemůže za této situace pracovat. „Není tedy důvodu pro odmítání notoriety vycházející ze základních fyzikálních zákonů a jejich poznání všemi, kteří absolvovali povinnou školní docházku“. Nesouhlasil ani s tím, že krajský soud neidentifikoval, které ustanovení ZVZ zadavatel vlastně porušil, když institut vysvětlení nabídky je fakultativní, a to zvláště za situace, kdy zadavatel se nejasnosti nabídky snažil odstranit. Krajský soud přitom přehlédl, že jiný uchazeč byl schopen nabídku, která splnila veškeré podmínky zadávací dokumentace, řádně podat, z čehož lze dovodit, že zadávací dokumentace byla z objektivního pohledu srozumitelná a řádná. Žalovaný proto navrhoval, aby Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[13] Osoba zúčastněná na řízení (Povodí Vltavy s. r.) podala proti výše uvedenému rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne ze dne 23. 6. 2015, č. j. 29 Af 26/2013 – 95, též kasační stížnost (dne 4. 8. 2015), v níž uvedla, že rozsudek napadá z důvodů podle ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s. Vyslovila přesvědčení, že napadené rozhodnutí bylo vydáno zcela v souladu se ZVZ, a poukázala na to, že se snažila vyjasnit, zda žalobkyně splnila veškeré požadované technické požadavky. Technické podmínky, které v zadávacím řízení stanovila, nemusela předem zdůvodňovat, neboť takovou povinnost jí ZVZ neukládal. Osoba zúčastněná na řízení zdůraznila, že své požadavky zdůvodnila již při prvních pochybnostech ohledně toho, zda neporušuje zásadu zákazu diskriminace potenciálních uchazečů, a to v souvislosti s námitkou společnosti Trade-lex s. r. o., když odkázala na potřebu vzájemného startování bagru a osobního automobilu v případech zhoršených klimatických podmínek. Osoba zúčastněná na řízení dále citovala ustanovení § 76 odst. 3 a 4 ZVZ a dovozovala, že jako zadavatel postupovala v souladu s citovanými ustanoveními, když se žalobkyně po podání její nabídky dotázala na vysvětlení parametru „Elektrické zařízení stroje“. Písemné vysvětlení žalobkyně jednoznačně odstranilo jakoukoli pochybnost, že žalobkyně nesplnila podmínky zadávacího řízení, protože k technické podmínce, že elektrické zařízení stroje musí mít napětí 12 V žalobkyně uvedla,

pokračování

že jí nabízený stroj pracuje v základu s napětím 24 V. Dále osoba zúčastněná na řízení zopakovala svou argumentaci, že bagr s elektrickým zařízením 24 V nemůže být startován za pomoci osobního automobilu, jenž je vybaven 12 V baterií, a to bez ohledu na skutečnost, že nabízený bagr disponuje vyústěním doplňkového připojení na 12 V. Jakoukoli další diskusi na toto téma osoba zúčastněná na řízení považovala za zbytečnou. V neposlední řadě vyjádřila přesvědčení, že soud, pokud měl pochybnosti o jejím postupu, měl provést patřičné dokazování ohledně proveditelnosti nastartování bagru s elektrickým zařízením 24V prostřednictvím osobního automobilu, resp. prostřednictvím 12 V baterie osobního automobilu. Osoba zúčastněná na řízení proto navrhovala, aby Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení a aby přiznal kasační stížnosti odkladný účinek.

[14] Osoba zúčastněná na řízení se v podání ze dne 9. 9. 2015 plně ztotožnila s argumentací žalovaného uplatněnou v kasační stížnosti.

[15] Žalobkyně se ke kasačním stížnostem vyjádřila v podáních ze dne 19. 8. 2015 a 8. 9. 2015, v nichž setrvala na stanovisku, že zadavatel dostatečně nezdůvodnil, že vymezení požadovaného technického parametru v podobě elektrické soustavy kráčivého bagru o hodnotě 12V je pro realizace veřejné zakázky nezbytně nutné. Hodnotící komise porušila zákon, pokud neučinila žádost o písemné vysvětlení nabídky dostatečně přesně, protože nepoložila jasnou otázku. Zadavatel tudíž podle žalobkyně porušil ustanovení § 44 ZVZ. Vysvětlila, že krajský soud neposuzoval otázku proveditelnosti nastartování nabízeného bagru pomocí osobního automobilu, neboť se zabýval pouze nedostatečným vymezením zadávací dokumentace. Nadto žalobkyně v průběhu řízení dostatečně vysvětlila, že jí nabízený bagr je možné startovat pomocí běžného osobního automobilu. Žalobkyně proto navrhovala, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnosti zamítl.

[16] Nejvyšší správní soud usnesením ze dne 2. 9. 2015, č. j. 4 As 179/2015 – 58, nepřiznal kasační stížnosti osoby zúčastněné na řízení odkladný účinek.

II.

Posouzení kasační stížnosti

[17] Žalovaný je osobou oprávněnou k podání kasační stížnosti, neboť byl účastníkem řízení, z něhož napadený rozsudek Krajského soudu v Brně vzešel (ustanovení § 102 s. ř. s.), kasační stížnost je včasná (ustanovení § 106 odst. 2 s. ř. s.) a přípustná, neboť nejsou naplněny důvody podle ustanovení § 104 s. ř. s. způsobující její nepřipustnost.

[18] Osoba zúčastněná na řízení je osobou oprávněnou k podání kasační stížnosti, neboť toto postavení měla v řízení, z něhož napadený rozsudek Krajského soudu v Brně vzešel (ustanovení § 102 s. ř. s.), kasační stížnost je včasná (ustanovení § 106 odst. 2 s. ř. s.) a přípustná, neboť nejsou naplněny důvody podle ustanovení § 104 s. ř. s. způsobující její nepřipustnost.

[19] Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s. vázán rozsahem a důvody, které stěžovatelé uplatnili v kasační stížnosti. Neshledal

přitom vady podle ustanovení § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti.

[20] Z obsahu kasační stížnosti vyplývá, že ji stěžovatelé podali z důvodů uvedených v ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s. Podle ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. lze kasační stížnost podat z důvodu tvrzené „nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení.“ Nesprávné posouzení právní otázky v předcházejícím řízení spočívá v tom, že na správně zjištěný skutkový stav byl krajským soudem aplikován nesprávný právní názor. Podle písm. d) téhož ustanovení lze kasační stížnost podat z důvodu tvrzené „nepřezkoumatelnosti spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí, popřípadě v jiné vadě řízení před soudem, mohla-li mít taková vada za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé.“

[21] Kasační stížnosti jsou důvodné.

[22] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval námitkami nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku. Nepřezkoumatelnost je natolik závažnou vadou rozhodnutí krajského soudu, že se jí Nejvyšší správní soud musí zabývat i tehdy, pokud by ji stěžovatelé nenamítali, tedy z úřední povinnosti (srov. § 109 odst. 4 s. ř. s.). Má-li rozhodnutí soudu projít testem přezkoumatelnosti, je třeba, aby se ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. jednalo o rozhodnutí srozumitelné, s uvedením dostatku důvodů podporujících výrok rozhodnutí. Nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů je dána především tehdy, opřel-li soud rozhodovací důvody o skutečnosti v řízení nezjišťované, případně zjištěné v rozporu se zákonem (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 – 75), nebo pokud zcela opomenul vypořádat některou z námitek uplatněných v žalobě (viz např. rozsudek ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004 – 73, či rozsudek ze dne 8. 4. 2004, č. j. 4 Azs 27/2004 – 74). Za nepřezkoumatelná pro nesrozumitelnost lze považovat zejména ta rozhodnutí, která postrádají základní zákonné náležitosti; z nichž nelze seznat, o jaké věci bylo rozhodováno či jak bylo rozhodnuto; která zkoumají správní úkon z jiných než žalobních důvodů (pokud by se nejednalo o případ zákonem předpokládaného přezkumu mimo rámec žalobních námitek); jejichž výrok je v rozporu s odůvodněním; která neobsahují vůbec právní závěry vyplývající z rozhodných skutkových okolností nebo jejichž důvody nejsou ve vztahu k výroku jednoznačné (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Azs 47/2003 – 130).

[23] V případě napadeného rozsudku se krajský soud nedopustil výše uvedené nesrozumitelnosti v podobě vnitřní rozpornosti výroku, nerozlišení výroku a odůvodnění, nezjistitelnosti jeho adresátů či nevhodné formulace, protože napadené rozhodnutí jasně a přehledně obsahuje všechny zákonem předepsané náležitosti. Ostatně samotní stěžovatelé jeho obsahu porozuměli, přičemž s jeho závěry polemizují v obsáhlých a vyargumentovaných kasačních stížnostech. Nelze tudíž hovořit o tom, že by rozsudek krajského soudu byl nesrozumitelný. Skutečnost, že stěžovatelé se závěry soudu nesouhlasí, nepředstavuje důvod pro zrušení napadeného rozsudku pro jeho údajnou nesrozumitelnost.

pokračování

[24] Pokud jde o nepřezkoumatelnost rozhodnutí krajského soudu pro nedostatek důvodů, pod tento termín spadají rovněž nedostatky důvodů skutkových. Bude se typicky jednat o případy, kdy soud opřel rozhodovací důvody o skutečnosti v řízení nezjišťované, případně zjištěné v rozporu se zákonem, anebo kdy není zřejmé, zda vůbec nějaké důkazy v řízení byly provedeny. Ani v tomto směru nezjistil Nejvyšší správní soud žádné pochybení krajského soudu, neboť ten uvedl, z jakého důvodu považuje postup žalovaného za nezákonný. Krajský soud v Brně se v odůvodnění tohoto rozhodnutí tedy řádně vyjádřil k zákonnosti postupu žalovaného. Krajský soud pouze vyjádřil svůj právní názor ohledně důvodnosti žaloby; z faktu, že nepřisvědčil argumentaci stěžovatelů a že dospěl k závěrům, se kterými stěžovatelé nesouhlasí, nelze dovozovat nepřezkoumatelnost rozsudku.

[25] Ohledně údajného pochybení krajského soudu ve vztahu k jeho závěru učiněnému obiter dictum, že žalovaný měl provést dokazování stran technické proveditelnosti nastartování bagru s elektrickým zařízením pracujícím s napětím 24 V osobním vozidlem, jež může poskytnout napětí pouze 12 V, musí Nejvyšší správní soud uvést, že se nejedná o nosnou argumentaci krajského soudu, která byla důvodem pro zrušující výrok napadeného rozsudku. Argumentace směřující proti závěrům vysloveným obiter dictum přitom není přípustná – srov. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 11. 2007, č. j. 8 As 52/2006 – 74. Nejvyšší správní soud proto neshledal, že by byl naplněn kasační důvod dle ustanovení § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.

[26] K věci samé Nejvyšší správní soud uvádí následující:

V nyní přezkoumávané věci bylo bezpečně zjištěno a mezi účastníky není sporné, že žalobkyně ve své nabídce u technického parametru „Elektrické zařízení stroje“ uvedla nejednoznačný údaj „12/24V“, když zadavatel požadoval 12 V. Sporné je, jaký postup měl zadavatel zvolit, když tuto nejasnost zjistil a jaké měly být pro žalobce důsledky tohoto zjištění.

[27] Jak Nejvyšší správní soud uvedl v rozsudku ze dne 14. 1. 2015, č. j. 10 As 202/2014 – 42, lze zadávací řízení charakterizovat jako vysoce formalizovaný postup, kde i formální pochybení může vést k negativním důsledkům pro konkrétního uchazeče, projevujícím se například právě vyřazením nabídky a následným vyloučením ze zadávacího řízení, tedy úplným zamezením získání veřejné zakázky a možnosti jejího plnění.

[28] Klíčovým ustanovením pro posouzení této otázky je § 76 zákona o veřejných zakázkách, především pak jeho odstavce 1, 3 a 4:

(1) Hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d). Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřiblíží.

[...]

(3) *Hodnotící komise může v případě nejasností požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. V žádosti hodnotící komise uvede, v čem spatřuje nejasnosti nabídky, které má uchazeč vysvětlit. Hodnotící komise nabídku vyřadí, pokud uchazeč nedoručí vysvětlení ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti o vysvětlení nabídky, nestanoví-li hodnotící komise lhůtu delší.*

(4) *Hodnotící komise může po písemném zdůvodnění nejasností nabídky přizvat uchazeče na jednání hodnotící komise za účelem vysvětlení jeho nabídky. Hodnotící komise doručí uchazeči pozvánku na jednání alespoň 5 pracovních dní před jeho konáním.*

[29] Pro posouzení daného případu považuje Nejvyšší správní soud za podstatné, že osoba zúčastněná na řízení jako zadavatel vypsal otevřené zadávací řízení na nákup kráčivého bagru, přičemž součástí zadávací dokumentace byla i podmínka technického charakteru, že nabízený bagr musí splňovat parametr „Elektrické zařízení stroje 12 V“. Proti takto vymezené podmínce žalobkyně námitky ve lhůtě podle § 110 odst. 3 ZVZ nepodala. V takovém případě ale žalobkyně nemůže fakticky brojit proti tomu, že by podmínka „Elektrické zařízení stroje“ byla diskriminační, rozporná či blíže neupřesněná, neboť tyto své námitky měla směřovat přímo proti zadávací dokumentaci. Jinými slovy pokud žalobkyně nejdříve z obsahu zadávací dokumentace vycházela a podala nabídku, nemůže následně po svém vyloučení z výběrového řízení dovozovat, že toto kritérium bylo „vadné“ a že jí nebyl zřejmý účel a důvod tohoto kritéria. Pokud žalobkyni skutečně nebyla tato podmínka jasná a měla za to, že umožňuje dvojí výklad, resp. že její splnění může být dosaženo různými způsoby (zde bagrem pracujícím s napětím 24 V a s vývodem na 12 V), měla toto řešit podáním námitek, případně alespoň požadovat dodatečné informace k zadávacím podmínkám ve smyslu § 49 ZVZ. Pokud tak neučinila, nemůže zpětně dovozovat, že jí měl zadavatel sdělit, z jakého důvodu přistoupil ke stanovení tohoto technického požadavku, aby tomu účelu mohla přizpůsobit svou nabídku.

[30] Ke stejnému závěru ostatně dospěl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 19. 2. 2015, č. j. 1 As 150/2014 - 64, v němž uvedl, že „stěžovatelé se po svém vyloučení obrátili na žalovaného, aby tento úkon zadavatele přezkoumal, a nyní hledají zastání ve správním soudnictví. Jejich argumentace ale vždy věcně směřovala a stále směřuje proti zadávací dokumentaci jako takové. Tvrdí, že byla nejednoznačná, připouštěla dvojí výklad, a že ve skutečnosti její podmínky splnili. Nejvyšší správní soud se však ztotožňuje se závěry žalovaného a krajského soudu, že podobné námitky měli stěžovatelé vznést před podáním nabídky. Podle § 110 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách platí, že „[p]ři zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele brozí nebo vznikla újma na jeho právech (...), zadavateli podat zdůvodněné námitky.“ Podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách pak platí, že „[n]ámitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.“ Tehdy měli stěžovatelé předložit argumenty, o které se opírají v žalobě a následné kasační stížnosti, a které proto přicházejí příliš pozdě. Opět je v této souvislosti třeba zdůraznit formalizovanou povahu zadávacího řízení. Jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 14. 4. 2013, č. j. 1 Afs 103/2012 - 44, lhůta stanovená v § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách „je speciální lhůtou pro podání námitek, do jejího uplynutí musí stěžovatel námitky koncentrovat, uplatnit a odůvodnit.“ Stěžovatelé však žádné námitky v dané lhůtě nepodali, zadávací dokumentaci napadli až po svém vyloučení.“

pokračování

[31] V dané fázi zadávacího řízení tedy zadavatel (osoba zúčastněná na řízení) měl skutečně pouze povinnost posoudit, zda žalobkyně u své nabídky splnila podmínky zadávacího řízení. Jestliže žalobkyně ve své nabídce uvedla, že jí nabízený kráčivý bagr pracuje s napětím 12/24 V, postupoval zadavatel, resp. hodnotící komise, podle ustanovení § 76 odst. 3 ZVZ správně, pokud žalobkyni vyzval k upřesnění, s jakým napětím nabízený kráčivý bagr ve skutečnosti pracuje. Za situace, kdy žalobkyně na tuto výzvu odpověděla tak, že „nabízený stroj je v základu s napětím 24 V s vyústěním doplňkového připojení na 12 V pro možnost napájení jiného zařízení či jiného využití“, je zřejmé, že žalobkyně podmínky zadávacího řízení nesplnila, protože její kráčivý bagr pracuje pod jiným napětím, než které požadoval zadavatel. Skutečnost, že disponuje vyústěním se jmenovaným napětím je irelevantní, neboť ani jeho prostřednictvím nelze tvrdit, že se jedná o stroj, který splňuje podmínky zadavatele.

[32] Zkoumání otázky, zda žalobkyni nabízený bagr je možné nastartovat za pomoci osobního automobilu pracujícího pod napětím 12 V, je v takovém případě irelevantní, neboť to nic nemění na posouzení otázky, zda taková nabídka splnila technické podmínky závazně stanovené zadavatelem. Zadavatel totiž nestanovil jako technickou podmínku, že kráčivý bagr musí být možné nastartovat za pomoci autobaterie osobního automobilu pracujícího s napětím 12 V, ale že bagr musí pracovat s napětím 12 V. Skutečnost, že tento požadavek byl fakticky odůvodněn tím, aby bylo možné bagr v krajním případě nastartovat za pomoci osobního automobilu s autobaterií s napětím 12 V, je irelevantní, neboť jak bylo vysvětleno výše, v dané fázi zadávacího řízení musel zadavatel vycházet ze zadávacích podmínek.

[33] Úvahy krajského soudu o tom, že zadavatel měl žalobkyni opětovně vyzvat, případně s ní jednat v tom smyslu, aby byly odstraněny pochybnosti o tom, zda je možné nastartování bagru za pomoci osobního automobilu dojíždějící obsluhy, jsou proto nesprávné, neboť jakékoli další jednání mezi zadavatelem a žalobkyní by nemohlo dospět k jinému závěru, než že nabídka žalobkyně nesplnila technické podmínky, protože žalobkyně byla svou nabídkou vázána a nemohla by v průběhu tohoto „jednání a upřesňování“ změnit parametry své nabídky – srov. přiměřeně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 5. 2013, č. j. 2 Afs 32/2012 - 33.

III.

Závěr a rozhodnutí o nákladech řízení

[34] Na základě výše uvedených důvodů dospěl Nejvyšší správní soud po přezkoumání napadeného rozsudku krajského soudu k závěru, že byl naplněn tvrzený důvod pro podání kasačních stížností podle ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s., aniž by bylo třeba aplikovat ustanovení § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s. Kasační stížnosti jsou proto důvodné a Nejvyšší správní soud podle ustanovení § 110 odst. 1 s. ř. s. rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[35] Podle ustanovení § 110 odst. 4 s. ř. s. „zruší-li Nejvyšší správní soud rozhodnutí krajského soudu a vrátí-li mu věc k dalšímu řízení, je krajský soud vázán právním názorem vysloveným Nejvyšším správním soudem ve zrušovacím rozhodnutí.“ Nejvyšší správní soud totiž dospěl s ohledem na výše uvedené k závěru, že Krajský soud v Brně nesprávně

posoudil právní otázku, zda zadavatel měl podrobněji zkoumat, jestli kráčivý bagr žalobkyně je možné nastartovat za pomoci osobního automobilu, neboť takový požadavek nebyl součástí zadávací dokumentace jako technická podmínka.

[36] V novém rozhodnutí krajský soud rozhodne v souladu s ustanovením § 110 odst. 3 věty první s. ř. s. také o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti.

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

V Brně dne 20. listopadu 2015

JUDr. Dagmar Nygrínová
předsedkyně senátu