



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Josefa Baxy a soudců JUDr. Filipa Dienstbiera a JUDr. Marie Žiškové v právní věci žalobkyně: **Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod a.s.**, se sídlem Žižkova 832, Havlíčkův Brod, zastoupené JUDr. Lubomírem Málkem, advokátem se sídlem Horní 6, Havlíčkův Brod, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 5. 2013, č. j. UOHS-R70/2013/VZ-9653/2013/310/LPa, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 25. 6. 2015, č. j. 31 Af 56/2013 - 85,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se zamítá.**
- II. Žalobkyně **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému **se** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **nepřiznává.**

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v záhlaví označeným rozhodnutím zamítl rozklad žalobkyně a potvrdil rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 5. 3. 2013, č. j. ÚOHS-S650/2012/VZ-4047/2013/521/HKu. Tím byl v prvním stupni zamítnut návrh žalobkyně na přezkum úkonů Města Vlašim (dále jen „zadavatel“) v koncesním řízení „*Provozování vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu města Vlašim*“ (dále jen „koncesní řízení“), vedeného podle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesních řízeních (dále jen „koncesní zákon“). Zadavatel totiž

rozhodl o vyloučení žalobkyně z koncesního řízení. Důvodem bylo nesplnění požadavků zadávací dokumentace kladených na vyplnění tzv. soutěžního formuláře. Žalobkyně nesprávně a v rozporu se skutečným stavem určila hodnotu π (psi), která představovala podíl objemu pitné vody k realizaci a objemu dodané vody. V nabídce žalobkyně byla hodnota π stanovena hodnotou jedna, což odpovídá nulovým ztrátám vody. Těch ale reálně nikdy nelze v případě provozování vodovodů dosáhnout. Podle zadavatele proto došlo k negativní úpravě celého výpočtu výsledné nabídkové ceny a k porušení jeho požadavků na zpracování cenové nabídky. Žalovaný zamítl návrh žalobkyně, protože nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 1 nebo 2 koncesního zákona. Předseda žalovaného se s tímto závěrem v řízení o rozkladu žalobce ztotožnil.

[2] Žalobkyně napadla rozhodnutí žalovaného u Krajského soudu v Brně. Žalovaný dospěl k nesprávnému názoru, že hodnota π nemůže být rovna jedné. Z koncesní dokumentace žalobkyně nabyla dojmu, že hodnota π rovnající se jedné je pro zadavatele přípustná. Proto se ve své nabídce zavázala, že této hodnoty skutečně dosáhne. Soutěžní formulář při vyplnění hodnoty π jako rovnající se jedné ani nezobrazil žádné chybové hlášení. Podle § 44 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), je zadavatel odpovědný i za správnost tohoto dobrovolně přidaného systému. Nelze klást k tíži žalobkyně, že se tímto systémem řídila. Žalobkyně také měla pochybnosti o tom, že údaj, který je pouhou vysvětlivkou (tedy, že hodnota π musí být větší než jedna), je dostatečně závazný, aby jeho porušení bylo důvodem k vyřazení její nabídky. Za možný chybný výklad koncesní dokumentace je podle ní odpovědný zadavatel. Podle judikatury Nejvyššího správního soudu má být vybrán vždy takový uchazeč, který je reálně schopen poskytnout službu za co nejnižší cenu, což je v daném řízení jednoznačně žalobkyně. V koncesním řízení by nabídla nejvýhodnější nabídku nehledě na to, jakou hodnotu π by ve své nabídce uvedla. Požadavek na vyjádření skutečného stavu hodnoty π v zadávací dokumentaci není. Hodnota π je v průběhu plnění koncesní smlouvy variabilní. Žádný z uchazečů nebude reálně schopen v průběhu plnění smlouvy udržet hodnotu π na hodnotě, kterou zadavateli nabídl. Nelze pak dojít k závěru, že by žalobkyně uvedením hodnoty π rovné jedné, porušila podmínky zadavatele. Žalobkyně se chtěla vzdát zisku v hodnotách závislých na dosažené míře snížení ztrát vody. Neměla jinou možnost, než tuto skutečnost vyjádřit účelově pomocí snížení hodnoty π .

[3] Krajský soud žalobu zamítl. Na základě znalostí na úrovni středoškolské fyziky je zřejmé, že v jakémkoliv vodovodním potrubí dochází z jeho podstaty k určitým ztrátám daným jeho konstrukčním řešením a fyzikálními vlastnostmi. Hodnota π rovna jedné je zcela nereálná. Je nesporné, že žalobkyně vyplnila v soutěžním formuláři hodnotu π rovnu jedné. Jedna z položek kalkulace proto neodpovídala reálným možnostem žádného provozovatele vodovodů. Došlo tím k negativní modifikaci celé kalkulace výsledné nabídkové ceny, která byla jako celek stanovena nesprávně. Koncesní dokumentace naprosto přesně a transparentně stanovila, že hodnota π musí být větší než jedna. Na tom nic nemění skutečnost, že tento požadavek zadavatel uvedl ve vysvětlivkách k jednotlivým položkám soutěžního formuláře. Vysvětlivky jsou součástí koncesní dokumentace a koncesních podmínek. Jako takové jsou pro všechny uchazeče závazné, protože bez těchto vysvětlivek k jednotlivým položkám by jejich správné vyplnění bylo nereálné. Nehraje

také roli, že v případě vyplnění údaje v elektronickém systému zadávání nedošlo k nahlášení chyby zadaného údaje. Krajský soud se neztotožnil s námitkou žalobkyně, že podle § 44 zákona o veřejných zakázkách jdou možné chyby v elektronickém formuláři na vrub zadavatele. Podle tohoto ustanovení je závazná zadávací dokumentace. Ta bez pochyb stanovila, že hodnota $\square$ musí být větší než jedna. Automatickou kontrolu v elektronickém formuláři nelze podle krajského soudu považovat za součást koncesní dokumentace. Žalobkyně podle svých vlastních slov účelově využila hodnotu $\square$ za účelem snížení nabídkové ceny na úkor vlastního zisku. Takový postup je v přísně formalizovaném postupu veřejných zakázek nepřipustný.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

[4] Proti rozsudku krajského soudu podala žalobkyně (dále také „stěžovatelka“) kasační stížnost, ve které navrhl, aby Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu zrušil a vrátil mu věc k dalšímu řízení.

[5] Krajský soud nesprávně posoudil obsah koncesní dokumentace. Došel totiž k nesprávnému názoru, že hodnota $\square$, která vypovídá o množství ztrát ve vodovodní síti, nemůže být rovna jedné. Z koncesní dokumentace stěžovatelka nabyла dojmu, že hodnota $\square$ rovna jedné je pro zadavatele přípustná. Formulář, do kterého se tato hodnota vyplňovala, provádí automatickou kontrolu zadaných údajů. Při vyplnění hodnoty jedna nedošlo k žádnému chybovému hlášení. Stěžovatelka se proto důvodně domnívala, že tato hodnota je pro účely výpočtu soutěžní ceny akceptovatelná. Zadavatel navíc nepožadoval uvedení reálné hodnoty ztrát. Systém automatické kontroly správnosti zadaných údajů nepochybně je součástí dokumentů tvořících zadávací dokumentaci. Podle § 44 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel odpovědný i za správnost tohoto dobrovolně přidaného systému. Nelze stěžovatelce klást k tíži, že se řídila informací poskytnutou tímto systémem. Zadavatel v zadávací dokumentaci učinil chybu. A protože za její správnost odpovídá, je nutné kvůli této chybě vzniklou situaci vykládat ve prospěch stěžovatelky.

[6] Omezující podmínka, že hodnota $\square$ je číslo větší než jedna, byla ve vysvětlivkách soutěžního formuláře. Podle stěžovatelky však pouhá vysvětlivka není dostatečně závazná na to, aby se jí musela řídit a aby její porušení bylo důvodem k vyřazení nabídky, zejména pokud její reálná nabídka byla zdaleka nejvýhodnější pro koncového zákazníka. Postup upravený koncesním zákonem slouží k výběru uchazeče, se kterým bude uzavřena obchodní smlouva. Z toho důvodu je nutné koncesní dokumentaci vykládat i podle ustanovení § 266 odst. 4 tehdy platného zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (dále jen „obchodní zákoník“). Podle něj platí, že v pochybnostech o projevu vůle připouštějícím různý výklad lze uplatnit výklad k tíži strany, která jako první v jednání sporného pojmu použila.

[7] Z judikatury Nejvyššího správního soudu vyplývá, že je nutno klást velký důraz na to, aby v rámci řízení byl vybrán takový uchazeč, který je reálně schopen poskytnout službu za co nejnížší cenu. Nejnížší cenu stěžovatelka zcela jednoznačně nabídla. V daném

koncesním řízení by její nabídka bývala byla stejně nejvýhodnější, a to bez ohledu na to, jakou hodnotu $\square$ ve své nabídce uvedla. Vliv hodnoty $\square$ (citlivost kalkulace) na výslednou soutěžní cenu vodného/stočného je zcela zanedbatelný. Hodnota $\square$ v čase, v průběhu plnění koncesní smlouvy, je navíc variabilním údajem. Žádný z uchazečů nebude reálně schopen ji v průběhu plnění smlouvy udržet na hodnotě, kterou zadavateli nabídl. Nelze pak dojít k závěru, že pokud stěžovatelka vlastně není schopna v průběhu plnění koncesní smlouvy udržet hodnotu $\square$ na hodnotě 1, pak tím porušila podmínky zadavatele. Stěžovatelka nemohla využít řádek soutěžního formuláře, v němž měl být vyjádřen úmysl vzdát se zisku. Uvádí se do něj totiž konstantní hodnota. Úmyslem stěžovatelky ale bylo vzdát se zisku v hodnotách závislých na dosažené míře snížení ztrát. Protože byla nucena držet se zadavatelem vypracovaných formulářů, neměla jinou možnost, než tuto skutečnost vyjádřit účelově právě pomocí snížení hodnoty $\square$.

[8] Za hlavní vadu rozsudku stěžovatelka považuje přespříliš formalistický právní názor, že zadávací řízení představuje vysoce formalizovaný postup, jehož nedodržení může vést k negativním důsledkům pro konkrétního uchazeče. Kromě důvodových zpráv k zákonu o veřejných zakázkách a koncesnímu zákonu odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152. V něm soud při výkladu § 6 zákona o veřejných zakázkách uvedl: „*Toto ustanovení totiž v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky.*“ Je zřejmé, že napadený rozsudek nerespektuje smysl právních předpisů o zadávání veřejných zakázek. Díky tomu dochází ke značnému zvýšení nákladů na poskytované služby.

[9] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že absence chybového hlášení při vyplňování hodnoty $\square$ v elektronické verzi formuláře nemůže ospravedlnit postup stěžovatelky, který byl zcela jednoznačně v rozporu s koncesní dokumentací. Dodavatelé působící v daném odvětví museli nepochybně vědět, že hodnota $\square$ rovna jedné je nereálná. Zařazení dané podmínky v rámci vysvětlivek jednotlivých položek soutěžního formuláře je logické a zvyšuje přehlednost koncesních podmínek. K námitce stěžovatelky, že pokud jsou pochybnosti o tom, jaká hodnota $\square$ je přípustná, měl by jít výklad k tíži strany, která daného pojmu v jednání jako první použila, žalovaný uvedl, že koncesní dokumentace žádnou pochybnost nepřipouštěla. Žalovaný se stěžovatelkou souhlasí, že cílem koncesního řízení je zajištění hospodárnosti při nakládání s veřejnými prostředky, tj. výběr nejvýhodnější nabídky. V posuzovaném případě však nabídka stěžovatelky nesplňovala koncesní podmínky. V případě, že by zadavatel stěžovatelku z koncesního řízení nevyloučil, porušil by zásady zakotvené v § 3a koncesního zákona. Stěžovatelce nic nebránilo uvést v souladu s koncesními podmínkami hodnotu $\square$ větší než jedna a případně zvítězit v koncesním řízení. Jde tedy k tíži stěžovatelky, že při sestavení své nabídky nepostupovala v souladu s jednoznačně stanovenou podmínkou pro vyplnění hodnoty $\square$ v soutěžním formuláři. Pokud se chtěla vzdát části zisku, nic jí nebránilo, aby využila příslušného řádku soutěžního formuláře. Hodnotu $\square$ bylo ale potřeba vyplnit v souladu s koncesními podmínkami.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[10] Kasační stížnost je přípustná. Její důvodnost Nejvyšší správní soud posoudil v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž je povinen přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.).

[11] Kasační stížnost není důvodná.

[12] Podle § 7 odst. 3 koncesního zákona platí: „Pro posuzování kvalifikace dodavatelů a pro jejich vylučování platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách o kvalifikaci, jejíž prokázání požaduje po dodavateli veřejný zadavatel, a o jejich vylučování obdobně.“ Podle § 8 koncesního zákona pak platí: „(3) Pro zadávací lhůtu, technické podmínky, klasifikaci předmětu koncesní smlouvy, poskytování koncesní dokumentace dodavatelům, dodatečné informace k zadávacím podmínkám a prohlídku místa plnění platí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně. (4) Pro podání nabídek a jejich obsah platí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně.“ Ustanovení § 12 koncesního zákona pak stanoví: „(2) Pro oznámení o výběru koncesionáře se použijí ustanovení o oznámení o výběru nejvhodnější nabídky zákona o veřejných zakázkách obdobně. (3) Pro podání námitek, způsob jejich vyřízení a zákaz uzavření koncesní smlouvy se použijí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně. (4) Pro uzavření koncesní smlouvy platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách o uzavření smlouvy obdobně.“ Podobu zadávací dokumentace pak upravuje § 44 zákona o veřejných zakázkách, podle kterého ji představuje: „soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.“ V souladu s § 76 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách pak platí, že „[h]odnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách (...). Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny.“

[13] Podstatou celé věci je, zda stěžovatelka splnila podmínky stanovené v koncesní dokumentaci, a zda byla v souladu se zákonem vyloučena z koncesního řízení. Jak uvedl již krajský soud, v koncesní dokumentaci (v tzv. soutěžním formuláři, který tvořil část přílohy č. 4 koncesní smlouvy), je jednoznačně stanoveno: „Vyplnění bodů A až E dodavatelem představuje jeho kompletní závaznou nabídku v rámci soutěže.“ K bodu D. 3, ve kterém měla být uvedena právě sporná hodnota $\square$, koncesní dokumentace výslovně zmiňuje, že tato hodnota: „Uvádí poměr vody k realizaci k vodě dodané (číslo větší než jedna). Prognóza zde uvedená je používána i pro všechna vyrovnání, čímž v případě pozdějšího snižování ztrát vody v síti provozovatelem dochází k realizaci dodatečného zisku, který si provozovatel zcela ponechá.“ Pokud tedy stěžovatelka uvedla hodnotu $\square$ rovnající se jedné, je už z jednoduchého porovnání s koncesní dokumentací zjevné, že její podmínky nesplnila. Na tom nemůže nic změnit ani její námitka, že hodnota $\square$ je variabilním údajem. Podle koncesní dokumentace zkratka měla být větší než 1 a v takové podobě ji stěžovatelka ve své nabídce neuvedla.

[14] Ze spisového materiálu také plyne, že zadavatel dal stěžovateli příležitost k písemnému vysvětlení její nabídky (§ 76 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách) a upřesnění, zda nedošlo např. k formální chybě. Stěžovatelka však v reakci přiznala, že uvedením hodnoty $\square$ využila možnosti snížit soutěžní cenu vody pro koncové uživatele na úkor svého zisku. Náklady na ztráty vody by pak šly zcela na její vrub. Tím dala

jednoznačně najevo, že uvedla hodnotu $\square$ rovnající se jedné záměrně. V kasační stížnosti a předtím i v žalobě dokonce sama přiznala, že tento její postup byl účelový. V té souvislosti je třeba zdůraznit povahu zadávacího řízení, které opravdu představuje vysoce formalizovaný postup, kde i formální pochybení může vést k negativním důsledkům pro konkrétního uchazeče, projevujícím se například právě vyloučením ze zadávacího řízení, tedy úplným zamezením získání veřejné zakázky a možnosti jejího plnění (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 1. 2015, č. j. 10 As 202/2014 – 42; či ze dne 19. 2. 2015, č. j. 1 As 150/2014 – 64). K tomuto následku přesně došlo i v posuzované věci, kde stěžovatelka uvedla hodnotu $\square$ v rozporu s koncesní dokumentací. Automatickým následkem jejího postupu pak v souladu s § 76 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách muselo být její vyřazení z koncesního řízení. V tomto závěru se tedy Nejvyšší správní soud plně ztotožňuje se závěry krajského soudu. Nedochází tím k popření smyslu koncesního zákona a zákona o veřejných zakázkách, jak stěžovatelka namítá. Žalovaný i krajský soud jejich smysl a účel naopak zcela naplnili.

[15] Podle Nejvyššího správního soudu neobstojí ani námitka stěžovatelky, že formulář, do kterého se hodnota $\square$ vyplňovala, při vyplnění hodnoty jedna nenahlásil chybu. Tento formulář nebyl součástí zadávací dokumentace, jak stěžovatelka tvrdí. Zadavateli proto nelze klást k tíži jakékoliv jeho funkce. Soutěžní formulář ostatně ani nemusel být vyplňován elektronicky, jak upozornil krajský soud. V souladu s § 44 zákona o veřejných zakázkách je to totiž jen a pouze zadávací dokumentace, která hraje roli při zkoumání, zda uchazeč splnil její požadavky. Ty ovšem stěžovatelka nesplnila, jak bylo odůvodněno výše. Krajský soud správně odmítl i odkaz stěžovatelky na použití § 266 odst. 4 obchodního zákoníku, podle kterého by nejasnosti ve výkladu koncesní dokumentace měly jít k tíži zadavatele. Pokud totiž koncesní dokumentace výslovně uváděla, že hodnota $\square$ má být vyšší než jedna, nevzniká tu žádný prostor pro výklad této podmínky v tom směru, že se hodnota $\square$ může rovnat jedné. Tuto výkladovou možnost koncesní dokumentace na žádném svém místě nepřipouští.

[16] Stěžovatelka dále napadá závaznost vysvětlivek k soutěžnímu formuláři. V jedné z nich bylo upřesněno, co se rozumí právě hodnotou $\square$. Krajský soud uvedl, že tyto vysvětlivky jsou součástí koncesní dokumentace a koncesních podmínek. Jako takové jsou pro všechny uchazeče závazné, jelikož bez těchto vysvětlivek k jednotlivým položkám by jejich správné vyplnění bylo nereálné. Doplnil, že všichni uchazeči byli s těmito vysvětlivkami jako součástí koncesní dokumentace seznámeni. Nejvyšší správní soud v té souvislosti opět odkazuje na znění příslušné části koncesní dokumentace uvedené v bodě [13] výše. Jednoznačně z ní plyne, jaký byl požadavek zadavatele na vyplnění hodnoty $\square$. Bylo zcela namístě uchazečům vysvětlit, že se jí rozumí poměr vody k realizaci k vodě dodané. Tato podmínka se tak stala závaznou součástí koncesní dokumentace. Nejvyššímu správnímu soudu není zřejmé, proč by příslušná vysvětlivka měla být jakkoliv „méně závazná“ než zbytek koncesní dokumentace, a proč by její nedodržení nemělo vést k vyloučení z koncesního řízení.

[17] Nejvyšší správní soud navíc nemůže přehlédnout, že stěžovatelka uvedla ve své nabídce údaj hodnoty $\square$, který není reálně dosažitelný. Profesionál v určitém oboru podnikání by se k podobnému kroku neměl nikdy uchýlit. Ve výsledku nemohla být důvěryhodná ani nabídková cena stěžovatelky. Namítá sice, že by stejně v daném

koncesním řízení její nabídka byla nejvýhodnější, a to bez ohledu na to, jakou hodnotu v ní uvedla. Vliv hodnoty v na výslednou soutěžní cenu vodného/stočného byl údajně zcela zanedbatelný. Těmto jejím argumentům ovšem Nejvyšší správní soud nemůže vzhledem k výše uvedenému přisvědčit. Podmínky koncesní dokumentace totiž stěžovatelka nesplnila. V kasační stížnosti navíc prakticky pouze zopakovala žalobní námítky, ve kterých polemizovala se závěry žalovaného. Řízení o kasační stížnosti jako o mimořádném opravném prostředku proti pravomocným rozhodnutím krajských soudů neslouží k vytvoření další instance postupu ve správním řízení, ve které by se Nejvyšší správní soud zabýval celou věcí znovu jako již v pořadí čtvrtá instance (obdobně viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 6. 2015, č. j. 6 Afs 130/2014 – 60). Nejvyšší správní soud při přezkumu rozsudku krajského soudu neshledal žádné pochybení a s jeho závěry se plně ztotožnil.

IV. Závěr a náklady řízení

[18] Nejvyšší správní soud ze všech shora uvedených důvodů dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná, proto ji dle § 110 odst. 1 věty poslední s. ř. s. zamítl.

[19] Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1 větu první s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s., dle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Stěžovatelka v soudním řízení úspěch neměla, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému žádné náklady řízení nevznikly. Nejvyšší správní soud proto rozhodl, že se mu náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává.

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

V Brně dne 6. dubna 2016

JUDr. Josef Baxa
předseda senátu