



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v rozšířeném senátu složeném z předsedy Josefa Baxy a soudců Aleše Roztočila, Jany Brothánkové, Filipa Dienstbiera, Zdeňka Kühna, Lenky Matyášové a Barbary Pořízkové v právní věci žalobce: **Ecological Consulting a.s.**, se sídlem Na Střelnici 48, Olomouc, zast. Mgr. Jiřím Zbořilem, advokátem, se sídlem Horní náměstí 365/7, Olomouc, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Jihomoravský kraj**, se sídlem Žerotínovo náměstí 3/5, Brno, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 14. 12. 2012, č. j. ÚOHS-R167/2012/VZ-23612/2012/310/RBu, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 30. 7. 2015, č. j. 30 Af 18/2013 – 48,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žalovaný **j e p o v i n e n** zaplatit žalobci na nákladech řízení o kasační stížnosti částku ve výši celkem **4.114 Kč** k rukám zástupce žalobce Mgr. Jiřího Zbořila, advokáta, do jednoho měsíce od právní moci tohoto rozsudku.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í :

I. Přehled dosavadního řízení

[1] Osoba zúčastněná na řízení dne 8. 3. 2012 vybrala v rámci zadání zakázky malého rozsahu „Natura 2000 – implementace v Jihomoravském kraji, 5. etapa“ jako nejvhodnější nabídku dodavatele – Sdružení pro Natura 2000, jehož nabídková cena činila 699.500 Kč.

Nabídka žalobce s nabídkovou cenou 634.980 Kč bez DPH nebyla vybrána, neboť žalobce byl plátcem DPH, a celková nabídková cena tak činila 761.976 Kč. Žalobce dne 26. 3. 2012 podal u žalovaného návrh na přezkoumání úkonů zadavatele (osoby zúčastněné na řízení) při zadání této zakázky. Žalovaný rozhodnutím ze dne 21. 5. 2012 zamítl návrh žalobce. Rozhodnutím uvedeným v záhlaví pak předseda žalovaného zamítl rozklad žalobce proti prve uvedenému rozhodnutí o zamítnutí návrhu. Dle žalovaného se jednalo o zakázku malého rozsahu, kterou zadavatel nemusí zadávat v zadávacím řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též ZVZ). Protože návrh žalobce nesměřoval proti postupu osoby zúčastněné na řízení, který by jako zadavatel musela dodržovat podle ZVZ, návrh byl správně zamítnut podle § 118 odst. 5 písm. d) ZVZ.

[2] Proti rozhodnutí předsedy žalovaného podal žalobce žalobu. Krajský soud v Brně rozsudkem uvedeným v záhlaví napadené rozhodnutí, včetně rozhodnutí žalovaného z 21. 5. 2012, zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Relevantní právní úprava obsažená v zákonu o veřejných zakázkách v rozhodném znění (tj. účinném do 31. 3. 2012) je až na nepodstatné odlišnosti shodná se zněním účinným do 31. 12. 2009. Proto je na místě aplikovat závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 1. 2011, č. j. 2 Afs 132/2009 - 275, č. 2495/2012 Sb. NSS (dále jen „rozsudek ve věci *MARSH*“) i na tuto věc. Zadávání veřejných zakázek malého rozsahu je zadáváním v širším slova smyslu, a tedy podléhá dohledové pravomoci úřadu dle § 112 odst. 2 písm. b) ZVZ; toto ustanovení hovoří o „*zadávání veřejné zakázky*“, pod které lze podřadit též zadávání veřejné zakázky malého rozsahu mj. právě z důvodu znění § 17 písm. m) a § 18 odst. 5 ZVZ, jež jsou zařazeny v části první zákona (Obecná ustanovení). V kontextu těchto ustanovení je proto nutno přistupovat také k výkladu části páté zákona o veřejných zakázkách (Ochrana proti nesprávnému postupu zadavatele). Nehledě na to, že v případě restriktivního výkladu pojmu „zadávání“ vázaného toliko k veřejným zakázkám podlimitním a nadlimitním by to znamenalo absenci jakéhokoli efektivního dohledu žalovaného nad veřejnými zakázkami malého rozsahu. Tento závěr je i ústavně konformní, neboť nerozšiřuje kompetence Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nad rámec výslovného znění zákona.

[3] Žalovaný (dále jen „stěžovatel“) se kasační stížností domáhá zrušení rozsudku krajského soudu. V § 112 ZVZ byla stanovena pravomoc stěžovatele vykonávat dohled nad dodržováním zákona. Dohled byl omezen a specifikován právě § 112 odst. 2 písm. b) zákona, a to takovým způsobem, že stěžovatel má pravomoc rozhodovat o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky a soutěži o návrh postupoval v souladu se ZVZ. Pojmy „zadávání“ a „zadávací řízení“ jsou definovány v § 17 písm. m) a § 21 odst. 1 ZVZ. Dle § 17 písm. m) ZVZ se zadáváním rozumí závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení; zadáváním se rozumí i postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky v dynamickém nákupním systému, a řízení, ve kterém veřejný zadavatel zadává veřejnou zakázku na základě rámcové smlouvy.

[4] Podle § 21 odst. 1 ZVZ se rozlišují druhy zadávacích řízení a) otevřené řízení, b) užší řízení, c) jednací řízení s uveřejněním, d) jednací řízení bez uveřejnění, e) soutěžní dialog, f) zjednodušené podlimitní řízení. Pokud se podle § 17 písm. m) zákona o veřejných zakázkách zadáváním rozumí postup zadavatele v zadávacím řízení, je zřejmé, že

pokračování

podmínku zadávacího řízení splňuje právě (a pouze) šest druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 1 ZVZ. Jednoznačnost pojmu „zadávací řízení“, tj. taxativní výčet postupů, jež tento pojem obsahuje, dále vyplývá i z věty za středníkem § 17 písm. m), která pojem „zadávání“ rozšiřuje i o postup směřující k zadání veřejné zakázky v dynamickém nákupním systému, a řízení, ve kterém veřejný zadavatel zadává veřejnou zakázku na základě rámcové smlouvy. Pojem „zadávání“ má přesný význam a rozumí se jím závazný postup zadavatele podle zákona v 1) některém z druhů zadávacích řízení vyjmenovaných v § 21 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, 2) dynamickém nákupním systému či 3) v řízení, ve kterém veřejný zadavatel zadává veřejnou zakázku na základě rámcové smlouvy.

[5] Z § 18 odst. 5 ZVZ vyplývá, že zadavatel není povinen zadávat podle zákona veřejné zakázky malého rozsahu, tzn. že není povinen při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu postupovat podle pravidel stanovených pro jednotlivá zadávací řízení vyjmenovaná v § 21 odst. 1 zákona, podle pravidel pro dynamický nákupní systém či pro rámcovou smlouvu.

[6] Dle § 112 odst. 2 písm. b) ZVZ stěžovatel rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky a soutěži o návrh postupoval v souladu s tímto zákonem. „Zadávání“ veřejných zakázek malého rozsahu není „zadáváním“ ve smyslu § 17 písm. m) zákona o veřejných zakázkách, neboť se nejedná o závazný postup zadavatele v některém ze zákonem taxativně vyjmenovaných druhů zadávacích řízení, v dynamickém nákupním systému, ani v řízení, ve kterém veřejný zadavatel zadává veřejnou zakázku na základě rámcové smlouvy. Pravomoc k dohledu nad dodržením zásad při „zadáváním“ veřejné zakázky malého rozsahu z § 112 uvedeného zákona proto dovodit nelze.

[7] Stěžovatel souhlasí s krajským soudem v tom, že § 18 odst. 5 ZVZ obsahuje logickou chybu, přinejmenším tím, že používá pojem „zadávání“ v souvislosti s veřejnými zakázkami malého rozsahu, což dle výše naznačeného výkladu zákonných pojmů nepovažuje za správné. Ani tato skutečnost však nemůže být dostačující ke konstatování pravomoci stěžovatele k přezkumu procesu, jenž předchází uzavření smlouvy na veřejnou zakázku malého rozsahu.

[8] Pravidla postupu zadávání jsou stanovena pouze v případě nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek, což jednoznačně poukazuje na úmysl zákonodárce regulovat a kontrolovat pouze zadávání veřejných zakázek s hodnotou překračující určitý finanční limit. Pouze zadávání těchto „větších“ veřejných zakázek má být tedy podrobeno veřejné kontrole. To lze ostatně dovodit i z evropských zadávacích směrnic, ze kterých vyplývá, že evropský zákonodárce dokonce považuje za nutné regulovat pouze postup při zadávání nadlimitních veřejných zakázek. Problematická je v případě veřejných zakázek malého rozsahu též nemožnost podat námitky dle § 110 ZVZ.

[9] Osoba zúčastněná na řízení ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedla, že je rovněž toho názoru, že je napadený rozsudek nezákonný z důvodu nesprávného posouzení právní otázky kompetence stěžovatele k dohledu nad zadáváním veřejných zakázek malého rozsahu.

[10] Žalobce ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že považuje závěry krajského soudu za příléhavé a korespondující se závěry Nejvyššího správního soudu v rozsudku ve věci *MARSH*. Není jediného důvodu, pro který by měla být odůvodnitelnou rezignace na přezkum dodržení zásad podle § 6 ZVZ v případech, kdy je třeba dodržovat toliko tyto zásady a není třeba uskutečňovat jednotlivé kroky podle zákona o veřejných zakázkách (tedy v případě veřejných zakázek malého rozsahu).

II. Postoupení věci rozšířenému senátu

[11] Devátý senát při předběžné poradě dospěl k závěru odchylnému od názoru vyjádřeného v rozsudku druhého senátu Nejvyššího správního soudu ve věci *MARSH*. Druhý senát ve zmíněném rozsudku vyjádřil závěr, že veřejný zadavatel u veřejné zakázky malého rozsahu nemusí dodržet závazný postup stanovený pro zadávání veřejných zakázek zákonem o veřejných zakázkách, musí však dodržet zásady transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace (§ 18 odst. 3 - později v důsledku novelizace odst. 5 tohoto ustanovení) ZVZ.

[12] Ačkoli se závěry druhého senátu ve věci *MARSH* vztahují k právní úpravě účinné do 31. 12. 2009, lze je dle předkládajícího senátu plně vztáhnout i na úpravu účinnou do 31. 3. 2012, která se použije na posuzovanou věc. Devátý senát však má za to, že pojem „zadávání veřejné zakázky“ obsažený v § 112 odst. 2 písm. b) ZVZ nelze výkladem rozšiřovat na postup vedoucí k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku malého rozsahu a z tohoto rozšiřujícího výkladu dovozovat pravomoc stěžovatele přezkoumávat zakázky malého rozsahu. Tento názor opírá o znění § 17 písm. m) a § 21 odst. 1 ZVZ, které vymezují pojmy zadávání veřejné zakázky a zadávací řízení.

[13] Pokud zadavatel při „zadávání“ veřejných zakázek malého rozsahu nepostupuje v zadávacím řízení, nemůže se jednat o zadávání ve smyslu definice v § 17 písm. m) ZVZ. Pojem zadávání je v souvislosti s veřejnými zakázkami malého rozsahu v § 18 odst. 5 ZVZ použit v negativním smyslu, tj. že zadavatel není povinen zadávat podle tohoto zákona veřejné zakázky malého rozsahu. Nejedná se o logickou chybu, jak uvádí stěžovatel. Uvedené ustanovení říká pouze to, že v případě veřejných zakázek malého rozsahu není zadavatel povinen postupovat v zadávacím řízení.

[14] Nelze-li postup vedoucí k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku malého rozsahu podřadit pod pojem zadávání, nemůže se na veřejné zakázky malého rozsahu vztahovat ani pravomoc vykonávat dohled nad zadáváním veřejné zakázky stanovená v § 112 odst. 2 písm. b) ZVZ.

[15] V případě dovození pravomoci stěžovatele k přezkumu veřejných zakázek malého rozsahu by nebylo možné uložit ani předběžné opatření, ani nápravné opatření či pokutu. Dle § 117 odst. 1 ZVZ je stěžovatel oprávněn nařídit zadavateli tato předběžná opatření: a) zakázat uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, nebo b) pozastavit zadávací řízení nebo soutěž o návrh. Jelikož zadavatel není povinen zadávat veřejné zakázky malého rozsahu, tj. není povinen postupovat v zadávacím řízení, nepřipadá v úvahu ani jedno z možných předběžných opatření. Dle § 118 odst. 1 ZVZ může být uloženo nápravné opatření, pokud

pokračování

zadavatel nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh. Uložení nápravného opatření je tedy prostřednictvím pojmu zadání navázáno na postup zadavatele v zadávacím řízení [srov. § 17 písm. m) ZVZ]. Stejná situace je u správních deliktů zadavatelů dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Tento správní delikt je opět navázán na pojem zadání veřejné zakázky a jeho prostřednictvím na postup v některém ze zadávacích řízení vymezených v § 21 odst. 1 ZVZ. Ostatní správní delikty vymezené v § 120 odst. 1 ZVZ nepřipadají u veřejných zakázek malého rozsahu rovněž v úvahu.

[16] Jinými slovy, aby vůbec bylo možné u zakázek malého rozsahu uložit sankci za správní delikt, uložit předběžné či nápravné opatření, bylo by nutné vyložit pojem „zadávání“ značně extenzivně, a to nad rámec vymezený zákonem o veřejných zakázkách. Veškerá činnost veřejné správy je dle judikatury Ústavního i Nejvyššího správního soudu vázána zásadou zákonnosti, což znamená, že státní moc lze uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví (čl. 2 odst. 3 Ústavy a čl. 2 odst. 2 Listiny). V oblasti trestání to platí tím spíše, že tak dochází k citelným zásahům do základních práv a svobod osob. Rozšiřující výklad pojmu „zadávání“ (a s ním úzce souvisejících pojmů zadání a zadávací řízení) je v projednávané věci rozporný se zásadou zákonnosti, zásadou *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Při jeho aplikaci by bylo stěžovateli umožněno při přezkumu veřejných zakázek malého rozsahu konstatovat spáchání správních deliktů a ukládat za tyto delikty sankce.

[17] Jediným ustanovením zákona o veřejných zakázkách, na základě něhož by bylo možné dospět k závěru o pravomoci stěžovatele k přezkumu postupu zadavatelů při uzavírání smluv na veřejné zakázky malého rozsahu (z hlediska dodržení zásad dle § 6 zákona o veřejných zakázkách), je § 112 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách („*Úřad vykonává dohled nad dodržováním tohoto zákona*“). Ačkoli se jedná o ustanovení velmi obecné, pravomoc stěžovatele k dohledu nad § 18 odst. 5, větou za středníkem, zákona o veřejných zakázkách z něj gramatickým výkladem nepochybně dovodit lze. Je však nutné brát v úvahu i výklad systematický a teleologický, který takovému výkladu protirečí, zejména k absenci pravomoci stěžovatele v případě porušení citovaných zásad vydat předběžné opatření či uložit nápravné opatření nebo pokutu. Přezkum zadávání zakázek malého rozsahu není možný ani z hlediska praktického.

[18] Porušení povinnosti dodržovat u veřejných zakázek malého rozsahu zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace nezůstane ani bez dohledové činnosti stěžovatele bez veřejné kontroly. Porušení uvedeného ustanovení může být považováno za porušení rozpočtové kázně ve smyslu § 44 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), nebo § 22 zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů.

[19] S ohledem na tyto důvody devátý senát postoupil věc rozšířenému senátu.

[20] Účastníci ani osoba zúčastněná na řízení se k postoupení věci nevyjádřili.

III. Posouzení věci rozšířeným senátem

III. 1. Pravomoc rozšířeného senátu

[21] Rozšířený senát nejprve zvážil, zda má pravomoc rozhodnout spornou právní otázku.

[22] V této souvislosti bylo třeba posoudit otázku, zda je třeba aplikovat postup podle § 17 odst. 1 s. ř. s., pokud předkládající senát nesouhlasí s výkladem § 112 ZVZ, ve znění k 31. 12. 2009, který byl podán v rozsudku ve věci *MARSH*, ovšem na nyní posuzovanou věc je třeba v souladu s § 75 odst. 1 s. ř. s. aplikovat § 112 ZVZ ve znění účinném do 31. 3. 2012, přičemž v mezidobí došlo k částečné změně znění tohoto ustanovení.

[23] Podle § 112 odst. 1 ZVZ, ve znění účinném do 31. 12. 2009, *Úřad vykonává dohled nad dodržováním tohoto zákona, při kterém přezkoumává zákonnost úkonů zadavatele s cílem zajistit zachování zásad podle § 6. Podle odst. 2 písm. a) tohoto ustanovení ve stejném znění pak Úřad (...) rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu s tímto zákonem.*

[24] Po změně provedené zákonem č. 417/2009 Sb. pak stejné ustanovení znělo takto: *Úřad vykonává dohled nad dodržováním tohoto zákona. (...) Úřad při výkonu dohledu nad dodržováním tohoto zákona (...) rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky a soutěži o návrh postupoval v souladu s tímto zákonem.*

[25] Důvodová zpráva k zákonu č. 417/2009 Sb. (sněmovní tisk č. 882/0, V. volební období, www.psp.cz) k této změně uvádí: „Vzhledem k výkladovým nejasnostem, zda § 112 odst. 1 nepředstavuje další pravomoc Úřadu nad rámec výčtu v odst. 2, se text odst. 2 doplňuje o text, z něhož bude zřejmé, že odst. 2 obsahuje taxativní výčet pravomocí Úřadu v oblasti dohledu nad zadáváním veřejných zakázek.“ Z uvedeného je zřejmé, že změna vykládaného ustanovení provedená zákonem č. 417/2009 Sb. je změnou pouze formulační, aniž by zákonodárce zamýšlel právní úpravu měnit po stránce obsahové. Tomu odpovídá i odůvodnění rozsudku ve věci *MARSH*, které nevychází z toho, že by § 112 odst. 1 ZVZ zakládal nějakou širší kompetenci stěžovatele nad rámec jednotlivých pravomocí vypočtených v odst. 2, nýbrž kompetenci stěžovatele k přezkoumání postupu zadavatelů při zadávání zakázek malého rozsahu, při němž jsou povinni dodržovat zásady uvedené v § 6 ZVZ, dovodil z § 112 odst. 2 písm. b) ZVZ. V posuzovaném období nedošlo ani k podstatné změně dalších ustanovení, která jsou pro posouzení sporné právní otázky podstatná, tj. § 6, § 17 písm. m) a § 18 odst. 5 ZVZ (posledně uvedené ustanovení bylo pouze přecíslováno a v zákoně o veřejných zakázkách ve znění účinném k 31. 12. 2009 bylo označeno jako § 18 odst. 3).

[26] Rozšířený senát tedy konstatuje, že obsah právní úpravy je v obou zněních přes provedenou formulační změnu shodný a pokud se předkládající senát hodlal odchýlit od právního názoru vysloveného v rozsudku ve věci *MARSH*, správně věc postoupil rozšířenému senátu podle § 17 odst. 1 s. ř. s.

[27] Jsou proto dány podmínky pravomoci rozšířeného senátu podle § 17 odst. 1 s. ř. s.

pokračování

III. 2. Posouzení věci samé

[28] Rozšířený senát se dále věcně zabýval předloženou právní otázkou, zda zákon o veřejných zakázkách zakládá věcnou působnost stěžovatele k vykonávání dohledu nad zadáváním veřejných zakázek malého rozsahu, resp. zda takové zadávání veřejných zakázek malého rozsahu lze podřadit pod postup zadavatele při zadávání veřejných zakázek, u něhož by stěžovatel byl oprávněn posoudit, zda zadavatel postupoval podle zákona o veřejných zakázkách.

[29] Přitom je třeba jednak posoudit otázku, zda zakázky malého rozsahu jsou veřejnými zakázkami ve smyslu zákona o veřejných zakázkách, jednak i to, zda zadávání zakázek malého rozsahu lze pokládat za zadávání veřejné zakázky ve smyslu tohoto zákona. Odpověď na první otázku je snadná a lze ji nalézt v § 7 ZVZ. Podle jeho odstavce prvního věty první je veřejnou zakázkou *zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací*. Odstavec třetí pak jasně uvádí, že *veřejné zakázky se podle výše jejich předpokládané hodnoty dělí na nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu*.

[30] Větší obtíže nepochybně vznikají při výkladu pojmu *zadávání veřejné zakázky* a pojmu *postup zadavatele, který je povinen dodržovat podle tohoto zákona*. Na jednu stranu stěžovatel a následně i předkládající senát poukazují na § 17 písm. m) ZVZ, v němž se uvádí, že *pro účely tohoto zákona se rozumí (...) zadáváním závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení; zadáváním se rozumí i postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky v dynamickém nákupním systému, a řízení, ve kterém veřejný zadavatel zadává veřejnou zakázku na základě rámcové smlouvy*. Na druhou stranu je zřejmé, že (jak uvedeno shora) i zakázky malého rozsahu jsou veřejnými zakázkami podle zákona o veřejných zakázkách a postup vedoucí k uzavření smlouvy na zakázku malého rozsahu zákon o veřejných zakázkách v různých ustanoveních rovněž nazývá zadáváním veřejné zakázky. Nejvíce patrné je to v § 18 odst. 5 ZVZ, kde se uvádí: *Zadavatel není povinen zadávat podle tohoto zákona veřejné zakázky malého rozsahu; veřejný zadavatel je však povinen dodržet zásady uvedené v § 6*. Odkazované ustanovení § 6 říká, že *zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace*. Pojem „zadávání“ uvádí zákon o veřejných zakázkách v souvislosti se zakázkami malého rozsahu také v § 26 odst. 5.

[31] Důvodová zpráva k zákonu o veřejných zakázkách (sněmovní tisk č. 1076/0, IV. volební období, www.psp.cz) také používá opakovaně v souvislosti s veřejnými zakázkami malého rozsahu pojem „zadávání“. Např. právě k § 6 důvodová zpráva uvádí: *„Základní zásady zadávacího řízení uvedené v tomto ustanovení vychází ze zásad vyplývajících z práva Evropských společenství. Tyto zásady je proto třeba interpretovat tak, jak jsou vykládány v evropském právu, mimo jiné ve smyslu příslušných rozhodnutí Soudního dvora Evropských společenství. Zákon však neobsahuje taxativní výčet zásad; je třeba vždy přihlídnout i k jiným zásadám práva Evropských společenství, které jsou stanoveny zejména Smlouvou o založení Evropského společenství. Zásady jsou stanoveny s ohledem na působnost zákona. Je proto nutno je vztahovat nejen na zadávání veřejných zakázek, ale rovněž na soutěž o návrh. Veřejný a*

dotovaný zadavatel jsou povinni dodržovat zásady v plném rozsahu, bez ohledu na to, zda zadávají veřejné zakázky nadlimitní, podlimitní či veřejné zakázky malého rozsahu.“ Podobně k § 7 důvodová zpráva uvádí: „Veřejný či dotovaný zadavatel zadávají nadlimitní a podlimitní veřejné zakázky vždy v zadávacím řízení; úprava veřejných zakázek malého rozsahu je však ze zákona vyňata a jejich zadávání podléhá pouze základním zásadám uvedeným v § 6.“ (Zvýraznění doplnil nyní rozšířený senát).

[32] Lze tedy učinit mezitímní závěr, že rozsudek ve věci *MARSH* správně vyšel z toho, že zákon o veřejných zakázkách používá pojem zadávání veřejné zakázky též v souvislosti se zakázkami malého rozsahu, ačkoli z definice uvedené v § 17 písm. m) ZVZ může vyplývat opak. Jedná se o určitou legislativně technickou nedůslednost, která je jistě nežádoucí, nemůže však vést k vyloučení věcné působnosti stěžovatele k dohledu nad zadáváním veřejných zakázek malého rozsahu.

[33] Z § 18 odst. 5 a z § 6 ZVZ dále vyplývá, že zadávání veřejných zakázek malého rozsahu je vyňato z působnosti zákona o veřejných zakázkách, avšak nikoli úplně, nýbrž pouze částečně, neboť (veřejní a dotovaní) zadavatelé jsou povinni při zadávání této kategorie veřejných zakázek postupovat podle § 6 ZVZ, tedy dodržovat *zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace*. Z toho lze dále dovodit, že jestliže zadavatel je povinen při zadávání veřejné zakázky, včetně zakázky malého rozsahu, dodržet přinejmenším § 6 ZVZ, není důvodu dovozovat, že by stěžovatel i v takovém případě neměl dle § 112 odst. 2 písm. b) ZVZ věcnou působnost k rozhodování, *zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu s tímto zákonem*.

[34] Povinnost zadavatelů dodržovat zásady uvedené v § 6 ZVZ i při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu není v zákoně o veřejných zakázkách zakotvena náhodou. Z judikatury Soudního dvora EU totiž vyplývá, že i při zadávání veřejných zakázek, na něž se nevztahuje úprava obsažená v sekundárním právu EU (tj. především ve směrniciích 2004/18/ES a 2004/17/ES, resp. tzv. přezkumné směrnici 2007/66/ES, resp. v současnosti jde o směrnice 2014/23/EU, 2014/24/EU a 2014/25/EU), tedy mj. i zakázek, jejichž předpokládaná hodnota nedosahuje limitů stanovených v těchto předpisech EU, je nutné respektovat zásady vyplývající z primárního práva EU. V rozsudku ze dne 3. 12. 2001, ve věci C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard* [2001] Recueil, s. I-9505, bod 20, Soudní dvůr uvedl: „*ačkoliv jsou některé zakázky z oblasti působnosti směrnic Společenství týkajících se zadávání veřejných zakázek vyňaty, musejí veřejní zadavatelé, kteří je uzavírají, přesto dodržovat základní pravidla Smlouvy o ES*“. To poté Soudní dvůr zopakoval i v rozsudku z 20. 10. 2005, ve věci C-264/03, *Komise proti Francii*, Sb. rozh. s. I-8831, a v dalších rozsudcích. Jedná se právě o zásady nediskriminace, rovného zacházení a transparentnosti.

[35] Evropská komise poté tyto požadavky dovozované z judikatury Soudního dvora blíže vysvětlila v interpretačním sdělení o právních předpisech Společenství použitelných pro zadávání zakázek, na které se plně nebo částečně nevztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek (2006/C 179/02). Jedná se sice o dokument mající povahu tzv. soft-law, přesto má svou váhu při interpretaci právních předpisů implementujících tyto požadavky vyplývající z práva EU v českém právním řádu. Komise v bodě 2. 3. 1. tohoto sdělení uvedla, že již v „*rozsudku v případě Telaustria zdůraznil Evropský soudní dvůr důležitost možnosti přezkoumání nestrannosti řízení o veřejné zakázce. Bez přiměřeného přezkumného*

pokračování

*mechanismu nelze účinně zaručit, že budou dodrženy základní normy spravedlivého a transparentního řízení“. Z bodu 2. 3. 3. citovaného sdělení dále vyplývá: „V případě zakázek nedosahujících prahových hodnot pro použití směrnic o zadávání veřejných zakázek je třeba brát v úvahu, že fyzické osoby mají podle judikatury Evropského soudního dvora [zde je připojen odkaz na rozsudky Soudního dvora 25. 7. 2002 ve věci C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores proti Radě Evropské unie*, Recueil, s. I-6677, a ze dne 15. 10. 1987, ve věci 222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) proti Georgesi Heylensovi a dalším*, Recueil, s. 4097, pozn. rozšířeného senátu] nárok na účinnou soudní ochranu práv, které jsou odvozené z vnitřního řádu Společenství. Nárok na tuto ochranu je jednou z obecných právních zásad vyplývajících z ústavních tradic společných členským státům. Neexistují-li žádné relevantní právní předpisy Společenství, musí potřebné předpisy a postupy k zaručení účinné soudní ochrany stanovit členské státy. Ke splnění tohoto požadavku účinné soudní ochrany musí být alespoň rozhodnutí mající nepříznivý dopad pro osoby, které mají nebo měly zájem o získání zakázky, například rozhodnutí o vyřazení žadatele či uchazeče, předmětem přezkumu případných porušení základních norem odvozených z primárního práva Společenství. Aby byl umožněn účinný výkon práva na tento přezkum, musí veřejní zadavatelé svá rozhodnutí, která je možné přezkoumat, zdůvodnit, a to buď přímo v rozhodnutí nebo na žádost po oznámení rozhodnutí. V souladu s judikaturou týkající se soudní ochrany nesmějí být dostupné opravné prostředky méně účinné než ty, které se používají v případě podobných nároků na základě vnitrostátních právních předpisů (zásada rovnocennosti) a nesmějí být takové povahy, aby soudní ochranu prakticky znemožňovaly nebo nepřiměřeně stěžovaly (zásada účinnosti).“*

[36] Vzhledem k uvedenému má rozšířený senát za to, že zásada výkladu vnitrostátních předpisů souladného s právem EU rovněž vyžaduje, aby v případě pochybností byla právům osob dotčených zadáváním zakázek malého rozsahu poskytována pokud možno obdobná a obdobně účinná ochrana jako v případě veřejných zakázek podlimitních, u nichž pouze české právo vyžaduje jejich zadávání v rámci zadávacího řízení a dodavatelům o tyto zakázky se ucházejícím poskytuje ochranu prostřednictvím pravomoci stěžovatele rozhodovat o souladu postupu zadavatelů se zákonem o veřejných zakázkách. Právě prostřednictvím žaloby proti rozhodnutí stěžovatele o návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele se dotčeným osobám dostává možnost soudní ochrany jejich práv.

[37] K tomu je možné dodat argument, že pokud by zákonodárce zamýšlel vyjmout zadávání zakázek malého rozsahu z dohledové pravomoci stěžovatele, mohl tak učinit jednoznačným způsobem, např. obdobně jako v § 110 odst. 1 ZVZ, kde se uvádí: *Při 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 hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), zadavateli podat zdůvodněné námitky.* (Zvýraznění doplnil nyní rozšířený senát). Právě i srovnání textace § 110 odst. 1 ZVZ a § 112 ZVZ vede rozšířený senát k závěru, že zákon svěřuje stěžovateli i kompetenci k vykonání dohledu nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách při zadávání zakázek malého rozsahu.

[38] Pokud měl předkládající senát za to, že stěžovatel nemá oprávnění jakkoli rozhodnout ve věci postupu zadavatele při zadávání zakázek malého rozsahu, rozšířený senát se s takovým názorem neztotožnil. Podle § 118 odst. 1 ZVZ, v rozhodném znění,

nedodrželi zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele. Rozšířený senát nevidí důvod, proč by v případě, že zadavatel nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky malého rozsahu, tj. poruší zásady uvedené v § 6 ZVZ, a toto pochybení mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, stěžovatel nemohl uložit nápravné opatření spočívající ve zrušení příslušného úkonu zadavatele (zrušení zadávacího řízení zde ovšem z povahy věci nelze uložit).

[39] Rozšířený senát se ztotožňuje s názorem vysloveným v rozsudku ve věci *MARSH*, že zákonodárce částečným vynětím zakázek malého rozsahu z věcné působnosti zákona o veřejných zakázkách zamýšlel umožnit neformální zadávání těchto menších zakázek, aby předpisy o formalizovaném postupu zadavatelů při zadávání zcela neparalyzovaly činnost zadavatelů. Konkrétní způsob aplikace zásad transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení je samozřejmě vždy třeba posuzovat ve vztahu ke konkrétní zakázce. Jinak bude vypadat v případě drobné nahodilé zakázky typu zakoupení pohonných hmot do služebního automobilu během pracovní cesty, jinak v případě pořízení nových automobilů, byť jejich úhrnná hodnota v účetním období nepřesáhla hranici zakázek malého rozsahu.

[40] Je rovněž zřejmé, že vzhledem ke znění § 110 odst. 1 ZVZ nebude možné, aby osoba dotčená postupem zadavatele při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu podala před zahájením řízení o přezkoumání úkonů zadavatele námitky, o kterých by nejprve zadavatel musel rozhodnout. Rozšířený senát se i zde ztotožňuje s názorem vysloveným v rozsudku ve věci *MARSH*. Z něj vyplývá, že pokud dotčená osoba brojí proti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu, nelze trvat na podmínění návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele předchozím podáním námitek. Není tedy rovněž možné vyžadovat splnění požadavku dle § 114 odst. 3 věty druhé ZVZ, tedy aby návrhovátelem připojil k návrhu doklad o doručení námitek zadavateli. Jednalo by se o požadavek na splnění nemožné podmínky, ke kterému tedy nelze přihlížet. Ani to však nemůže vyloučit kompetenci stěžovatele k řízení o návrhu takové dotčené osoby o přezkoumání úkonů zadavatele.

[41] Účelem dohledové pravomoci stěžovatele nad zadáváním veřejných zakázek malého rozsahu jistě není podrobná kontrola veškerých zakázek malého rozsahu v České republice, spíše otevírá možnost zásahu kompetentního orgánu v případě excesivního porušení zásad transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení veřejným zadavatelem při zadávání zakázek malého rozsahu. Již možnost vykonání dohledových pravomocí stěžovatele přispívá ke kultivaci postupů veřejných zadavatelů při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu.

[42] Při svých úvahách rozšířený senát zohlednil též nutnost chránit důvěru adresátů práva v dosavadní judikaturu Nejvyššího správního soudu. Rozsudek ve věci *MARSH* byl navíc publikován ve Sbírce rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (§ 22 s. ř. s.). Jak uvedl i Ústavní soud v nálezu sp. zn. III. ÚS 3221/11 ze dne 12. 12. 2013, bod 28: „*v obecné rovině lze vycházet především z toho, že změna judikatury obecných soudů - primárně s ohledem na princip rovnosti v právech (konkrétně v podobě zásady rovného použití práva) - nesmí být*

pokračování

svévolná, což by bylo v případě, že by výklad a aplikace práva, představující odklon od dosavadní judikatury, postrádaly racionální odůvodnění (tzn. nebyly by postaveny na věcně přílehlavých důvodech, přičemž daná změna by se jevila jako náhlá, překvapivá, bez určité myšlenkové linie, a dané rozhodování by tak neslo známky nahodilosti) a současně by se ocitaly mimo rámec tzv. podústavního práva v důsledku toho, že by nerespektovaly požadavky plynoucí z ochrany základních práv a svobod.“ Rozšířený senát se zároveň ztotožňuje s názorem vysloveným v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 1. 2009, č. j. 1 Afs 140/2008 - 77, č. 1792/2009 Sb. NSS, kde se uvádí, že „relativní stabilita judikatury je nezbytnou podmínkou právní jistoty jako jednoho ze základních atributů právního státu. Z toho plyne závěr, že změny judikatury za situace nezměněného právního předpisu by se měly odehrávat z principiálních důvodů, tedy zejména proto, že se změnily právní předpisy související s právním předpisem vykládaným, resp. došlo ke změně pro věc relevantních právních názorů soudů, k jejichž judikatuře je Nejvyšší správní soud povinen přihlížet (Ústavní soud, Evropský soudní dvůr, Evropský soud pro lidská práva), případně se změnily okolnosti podstatné pro působení právní normy dotvořené judikaturou, event. se nově objevily jiné závažné důvody (včetně evidentní nefunkčnosti judikatury ve společenské realitě nebo podstatného zvýšení transakčních nákladů účastníků právních vztahů v důsledku právního názoru zaujatého judikaturou), které poskytnou základ pro změnu právního názoru Nejvyššího správního soudu, pokud potřeba takovéto změny převáží nad zájmy osob jednajících v dobré víře v trvalé existenci judikatury.“ Rozšířený senát v této souvislosti nemohl přehlédnout ani skutečnost, že časová působnost právní úpravy, která je v posuzované věci předmětem interpretace, je omezena přechodnými ustanoveními zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

[43] Rozšířený senát i vzhledem k výše uvedeným úvahám o nutnosti zachovávat zdrženlivost v souvislosti se změnami soudní judikatury a potřebě přistupovat k takovým změnám pouze v případě důležitých důvodů, především ukáže-li se dosavadní judikatura Nejvyššího správního soudu jako neudržitelná, dospěl k závěru, že takovéto důležité důvody vyžadující, aby se soud od své dosavadní judikatury odchýlil, dány nejsou.

[44] Rozšířený senát uzavřel, že § 112 odst. 1 a odst. 2 písm. b) ZVZ zakládal věcnou působnost stěžovatele k výkonu dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu, konkrétně zda zadavatel neporušil povinnost dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace stanovenou v § 6 ZVZ.

III. 3. Aplikace na konkrétní případ

[45] Krajský soud v nyní projednávané věci založil svůj rozsudek na právním názoru, že i v tomto případě přes dílčí změny provedené v textu rozhodných ustanovení zákona o veřejných zakázkách zákonem č. 417/2009 Sb. je na místě aplikovat právní závěry vyplývající z rozsudku ve věci *MARSH*. Stěžovatel tedy byl oprávněn a povinen v řízení o návrhu žalobce postup osoby zúčastněné na řízení přezkoumat z hlediska dodržení zásad uvedených v § 6 ZVZ.

[46] Stěžovatel v kasační stížnosti brojlil proti tomuto závěru krajského soudu. Jednak namítal neaplikovatelnost závěrů vyplývajících z rozsudku ve věci *MARSH* na projednávanou věc v důsledku změny právní úpravy. Dále obsírně zopakoval svůj názor

vyjádřený již v napadeném rozhodnutí, že zadáváním zakázky lze rozumět pouze postup v zadávacím řízení ve smyslu § 17 písm. m) ZVZ. V důsledku akceptování právního názoru krajského soudu by byla ohrožena právní jistota zadavatelů, neboť zásady uvedené v § 6 ZVZ jsou značně nekonkrétní. Stěžovatel také poukázal, že zadavatel může podle § 12 odst. 3 ZVZ „optovat“ pro použití zadávacího řízení rovněž pro zakázky malého rozsahu, přičemž v takovém případě zde nepochybně pravomoc stěžovatele k dohledu nad zadáváním takové zakázky dána je. Nesouhlasil i se závěrem krajského soudu o možnosti dotčené osoby podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání zakázky malého rozsahu i bez předchozího podání námitek a poukázal na některé praktické obtíže spojené s aplikací takového názoru. Stěžovatel dále namítal nepřezkoumatelnost rozsudku krajského soudu, protože se krajský soud nezabýval řádně definicí pojmu zadávací řízení, a z obsahu rozsudku dovozoval názor krajského soudu, že i zakázky malého rozsahu jsou zadávány v jakémsi zjednodušeném zadávacím řízení.

[47] Z argumentace uvedené výše v části III. 2 tohoto rozsudku vyplývá, že argumenty stěžovatele jsou nesprávné a právní názor krajského soudu naopak ob stojí. Právní závěry rozsudku ve věci *MARSH* lze vztáhnout i na právní úpravu účinnou po novele provedené zákonem č. 417/2009 Sb. a krajský soud je na posuzovanou věc správně a přiléhavě aplikoval. Krajský soud rovněž správně na projednávanou věc použil právní úpravu účinnou do 31. 3. 2012 vzhledem k přechodnému ustanovení obsaženému v čl. II bod 1 zákona č. 55/2012 Sb. Rozšířený senát rovněž konstatuje, že rozsudek krajského soudu obsahuje logické odůvodnění přiměřeným způsobem vysvětlující právní názor soudu na řešené právní otázky. Blíže nekonkretizovaná námitka nepřezkoumatelnosti rozsudku krajského soudu pro nedostatek důvodů proto není důvodná.

[48] Částečnou důvodnost ovšem rozšířený senát přiznal výtce stěžovatele, že krajský soud nesprávně dovodil, že zákon o veřejných zakázkách nedefinuje pojem zadávací řízení a že vyslovil závěr, že v jisté formě zadávacího řízení jsou zadávány i zakázky malého rozsahu. Takový názor se zdá vyplývat z odstavce druhého a třetího na str. 9 napadeného rozsudku krajského soudu, rozšířený senát má ovšem za to, že se jedná spíše o formulační nepřesnost. V tomto ohledu je třeba názor krajského soudu opravit. V § 21 odst. 1 ZVZ je taxativní výčet druhů zadávacího řízení a pojem zadávací řízení tedy není možné rozšiřovat nad rámec tohoto výčtu, jak naznačil krajský soud. Zadávání veřejných zakázek malého rozsahu se tedy neděje v zadávacím řízení (s výjimkou případu uvedeného v § 12 odst. 3 ZVZ), to však nemění nic na tom, že se jedná o postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky, při němž je zadavatel povinen dodržet § 6 ZVZ. I přes tuto dílčí nepřesnost tedy právní názor vyslovený v napadeném rozsudku jako celek ob stojí.

IV. Závěr

[49] Rozšířený senát přezkoumal důvodnost kasační stížnosti v souladu s ustanovením § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a neshledal vady rozsudku krajského soudu, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti. Rozhodl ve věci rozsudkem v souladu s ustanovením § 71 odst. 2 písm. a) Jednacího řádu Nejvyššího správního soudu. V souladu se zaujatým právním názorem dospěl k závěru, že kasační stížnost je nedůvodná. Proto podle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. kasační stížnost zamítl.

pokračování

[50] O nákladech řízení o kasační stížnosti rozhodl rozšířený senát dle § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. Procesně úspěšný žalobce má právo na náhradu nákladů řízení vůči stěžovateli, který ve věci úspěch neměl. Žalobce byl v řízení zastoupen advokátem, proto má právo na náhradu odměny tohoto svého zástupce za jeden úkon právní služby (vyjádření ke kasační stížnosti) ve výši 3.100 Kč [§ 7, § 9 odst. 4 písm. d) a § 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátní tarif] a náhradu hotových výdajů ve výši 300 Kč (§ 13 odst. 3 advokátního tarifu). To vše se v souladu s § 57 odst. 2 s. ř. s. zvyšuje o 21 % sazbu daně z přidané hodnoty, neboť zástupce žalobce je plátcem této daně. Celkem tedy má žalobce vůči stěžovateli nárok na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti ve výši 4.114 Kč.

[51] Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, neboť jí nebyla soudem uložena žádná povinnost a soud ani neshledal důvod hodný zvláštního zřetele, z něhož by vyplývala nutnost přiznat osobě zúčastněné na řízení náhradu nákladů řízení (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

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

V Brně dne 2. února 2017

Josef Baxa
předseda rozšířeného senátu

Odlišné stanovisko k rozsudku v souladu s § 55a s. ř. s. uplatnila soudkyně Barbara Pořízková. Text odlišného stanoviska je připojen.

Odlišné stanovisko podle § 55a soudkyně Barbary Pořízkové k odůvodnění rozsudku rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 2. 2017, č. j. 9 As 195/2015.

[1] Otázka, zda zakázka malého rozsahu je či není veřejnou zakázkou ve smyslu zákona o veřejných zakázkách, není sporná. Spornou není ani skutečnost, že se pojem zadávání a zadavatel používají i pro zadávání veřejných zakázek malého rozsahu. Ostatně zakázky malého rozsahu mohou a v praxi i velmi často jsou s ohledem např. na stanovené dotační podmínky či interní postupy veřejného zadavatele režimu zákona o veřejných

pokračování

zakázkách podřazeny. V souladu s § 26 zákona o veřejných zakázkách mají zadavatelé možnost v případě veřejných zakázek malého rozsahu podříditi svůj postup zákonné regulaci uplatňující se na podlimitní veřejné zakázky a tedy i dohledu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Předmětem sporu je vymezení rozsahu dohledové činnosti Úřadu, jestliže zadavatel veřejné zakázky malého rozsahu postup dle § 26 uvedeného zákona nevyužil.

[2] Jsem přesvědčena, že zákon o veřejných zakázkách spojuje dohled Úřadu výlučně se zadávacím řízením a úkony zadavatele, tak jak tyto pojmy zákon o veřejných zakázkách taxativně vymezuje.

[3] Zadáváním ve smyslu působnosti Úřadu (nikoli v obecném slova smyslu) je jen a pouze postup zadavatele v některém z druhů zadávacích řízení taxativně vyjmenovaných v § 21 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách [výjimkou z tohoto pravidla je věta za středníkem v § 17 písm. m) zákona o veřejných zakázkách]. Obdobně § 118 zákona omezuje uložení nápravného opatření pouze v případě ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky při postupu zadavatele při zadání veřejné zakázky, tj. v zadávacím řízení. Nápravné opatření, zrušení jednotlivého úkonu nevyjímaje, u zakázek malého rozsahu uložit nelze. Uzavření smluv na veřejné zakázky malého rozsahu neprobíhá v zadávacím řízení a nedochází tedy k jejich zadání podle zákona o veřejných zakázkách.

[4] Rozšiřující výklad působnosti nelze odůvodnit ani úvahou, že by zadávání těchto zakázek zůstalo bez jakékoliv veřejné kontroly. Zadavatelé veřejných zakázek malého rozsahu podléhají množství kontrol různých druhů, vykonávaných různými subjekty. Vnitřní předpisy zadavatele nebo dotační podmínky v mnohých případech ukládají zadavateli postupovat právě v souladu se zásadami transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení, případně provádět k zadání veřejné zakázky malého rozsahu soutěž, která představuje zvláštní způsob uzavírání smlouvy podle občanského zákoníku (veřejná soutěž o nejvhodnější nabídku). Veřejné zakázky, a to včetně veřejných zakázek malého rozsahu, podléhají kontrole dle platného zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů (zákon o finanční kontrole). Porušení uvedených zásad může vyústit v odvod za porušení rozpočtové kázně. Dále se jedná o kontrolu Nejvyšším kontrolním úřadem podle zákona č. 166/1993 Sb., o Nejvyšším kontrolním úřadu, či přezkoumání podle zákona č. 420/2004 Sb., o přezkoumávání hospodaření územních samosprávných celků a dobrovolných svazků obcí. Transparentnost postupů při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu řada zadavatelů zajišťuje svými vnitřními předpisy, prostřednictvím povinnosti uveřejňovat na profilu zadavatele uzavřenou smlouvu, jejíž cena přesáhne určitou částku, nejčastěji 500.000 Kč bez DPH, jakož i nově zákonem č. 340/2015 Sb., o zvláštních podmínkách účinnosti některých smluv, uveřejňování těchto smluv a o registru smluv (zákon o registru smluv).

[5] Zákon výslovně neupravuje následky porušení některé ze zásad uvedených v § 6. Porušení zásad v zadávacím řízení tak, jak je definováno zákonem o veřejných zakázkách, může mít v konkrétních případech odlišnou intenzitu a její právní kvalifikace přináleží Úřadu. Může jít o pouhé konstatování porušení některé z povinností (zásad), aniž by bylo uloženo nápravné opatření či pokuta, a to v těch případech, kdy porušení nemá za následek jakékoliv znevýhodnění či další postup v zadávacím řízení, nebo zadavatel sám včas takové porušení či jeho následky napravil, až po zrušení zadávacího řízení. Vždy se však intenzita

porušení poměřuje ve vztahu k zadávacímu řízení definovanému zákonem o veřejných zakázkách.

[6] Nápravná opatření jsou upravena v § 118 zákona o veřejných zakázkách, dle prvního odstavce tohoto ustanovení je uložení nápravného opatření navázáno na podmínku, že zadavatel nedodrží postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh. Pojem zadání je vymezen v § 17 písm. k) zákona o veřejných zakázkách jako rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, uskutečněné v zadávacím řízení. Uložení nápravného opatření je tedy prostřednictvím pojmu zadání navázáno na postup zadavatele v zadávacím řízení, tj. v některém z druhů zadávacích řízení taxativně vymezených v § 21 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.

[7] Stejná situace je u správních deliktů zadavatelů dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Tento správní delikt je opět navázán na pojem zadání veřejné zakázky a jeho prostřednictvím na postup v některém ze zadávacích řízení vymezených v § 21 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Ostatní správní delikty vymezené v § 120 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách nepřipadají u veřejných zakázek malého rozsahu rovněž v úvahu. Obdobně jsou na zadávací řízení navázána předběžná opatření dle § 117 zákona o veřejných zakázkách.

[8] Závěr, že Úřad bez využití postupu dle § 26 zákona o veřejných zakázkách vykonává dohled i při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu, je postaven na nepřipustně rozšiřujícím výkladu taxativně vymezeného pojmu „zadávací řízení“, a v tomto důsledku i rozšiřujícím výkladu oprávnění Úřadu uložit nápravné opatření, jakož i rozšiřujícím výkladu skutkových podstat správních deliktů uvedených v zákoně o veřejných zakázkách.

[9] Veškerá činnost veřejné správy je vázána zásadou zákonnosti, což znamená, že státní moc lze uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví (čl. 2 odst. 3 Ústavy a čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod). V oblasti trestání to platí tím spíše, že dochází k citelným zásahům do základních práv a svobod osob. Vyjádřením zásady zákonnosti v oblasti trestání je zásada *nullum crimen, nulla poena sine lege* (není zločinu ani trestu bez zákona), jež je výslovně zakotvena v trestním právu (čl. 39 Listiny základních práv a svobod, § 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník), avšak jakožto zásadu vyvěrající ze samé podstaty právního státu ji je třeba podle judikatury Evropského soudu pro lidská práva i Ústavního soudu ctít i při správním trestání.

[10] Ze zásady zákonnosti vyplývá mimo jiné požadavek na určité, jasné a přesné vyjádření skutkových podstat deliktů a zákaz analogie v neprospěch odpovědné osoby; není tak přípustné zejména rozšiřování podmínek odpovědnosti za správní delikty nad rámec stanovený příslušnými zákony (srov. Hendrych a kol. *Správní právo: Obecná část*. 8. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 418 - 419).

[11] Tyto zásady většinové stanovisko popírá. Jsem přesvědčena, že Úřad nevykonává dohled a nepřezkoumává veřejné zakázky malého rozsahu, s výjimkou takových veřejných zakázek malého rozsahu, při jejichž zadávání zadavatel dobrovolně postupuje v přísnějším

pokračování

režimu, tj. zadává je v některém z druhů zadávacího řízení vymezených v zákoně o veřejných zakázkách.

[12] Dovodila-li většina působnost Úřadu i nad veřejnými zakázkami malého rozsahu, pak se jeho dohled musí vztahovat na všechny zakázky malého rozsahu. V opačném případě by při absenci zákonných pravidel mohlo docházet k libovůli či svévoli. Excesivní porušení zásad transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení zákon jako kritérium pro uplatnění působnosti Úřadu nestanoví. To, zda jde či nejde o excesivní porušení uvedených zásad je navíc seznatelné až po věcném přezkoumání konkrétního postupu zadavatele, nikoli při posuzování rozsahu kompetencí Úřadu. Nemohu se ztotožnit ani se závěrem, že porušení uvedených zásad má být posuzováno rozdílně podle toho, co konkrétně bude předmětem zakázky malého rozsahu.

[13] Je-li pro demokratický právní stát charakteristický princip právní jistoty, spočívající mimo jiné v tom, že právní pravidla budou jasná a přesná a budou zajišťovat, že právní vztahy a jejich důsledky zůstanou pro adresáty pravidel předvídatelné, pak není možné připustit stav, kdy Úřad bude svoji působnost uplatňovat dle svého výběru a fakticky určovat, které veřejné zakázky budou jeho dohledové činnosti podléhat.

[14] Z praktického hlediska je nutné si uvědomit, že za veřejné zakázky malého rozsahu byly v rozhodné době považovány veškeré veřejné zakázky, jejichž předpokládaná hodnota nedosáhla u dodávek a služeb 2.000.000 Kč bez DPH a u stavebních prací 6.000.000 Kč bez DPH (§ 12 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách). Jedná se tedy i o veřejné zakázky v hodnotě několika desítek či stovek korun (např. nákup kancelářských potřeb, pohonných hmot do motorového vozidla, oprava kapajícího kohoutku apod.). Na naprostou většinu těchto veřejných zakázek malého rozsahu neprobíhá žádné výběrové řízení, plnění je napřímo pořízeno od konkrétních dodavatelů. Za situace, kdy v České republice jsou tisíce zadavatelů (zadavatelem je např. každá obec – srov. § 2 zákona o veřejných zakázkách), a každý i menší zadavatel v kalendářním roce uzavírá smlouvu minimálně na několik desítek veřejných zakázek malého rozsahu, jsou ročně uzavřeny smlouvy na řádově statisíce až miliony veřejných zakázek malého rozsahu.

[15] Nemyslím si, že dohled ústředního správního orgánu nad takovým množstvím jasně finančně limitovaných veřejných zakázek je smysluplný či efektivní, resp. že slovy většiny „*již jen teoretická možnost vykonávání dohledových pravomocí Úřadem přispívá ke kultivaci postupů veřejných zadavatelů při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu*“. Pokud Úřad svoji působnost nepopře, resp. bude v důsledku závazného právního názoru soudu povinen zadání veřejné zakázky malého rozsahu přezkoumat, omezí se jeho dohled na pouhý deklaratorní výrok, zda zadavatel dodržel zásady stanovené v § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[16] Argumentaci judikaturou Soudního dvora Evropské unie považuji za zavádějící. Soudní dvůr skutečně judikoval, že i u zakázek pod evropskými limity musí být dodrženy základní zásady vyplývající ze Smlouvy o fungování EÚ (dříve Smlouva o založení ES), avšak v případě, kdy by takové porušení mohlo ovlivnit obchod mezi členskými státy. U veřejných zakázek malého rozsahu je přeshraniční prvek s ohledem na jejich zanedbatelnou velikost téměř vždy vyloučen.

[17] Základní zásady evropského práva navíc nelze takto jednoduše ztotožňovat se základními zásadami v pojetí zákona o veřejných zakázkách. Význam zásady zákazu diskriminace, která je v podstatě odvrácenou stranou zásady rovného zacházení, je určován s ohledem na účel, který tato zásada v daném právním odvětví plní. Zatímco zákaz diskriminace je v evropském kontextu vnímán jako zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti, smysl zákazu diskriminace vyjádřený v § 6 zákona o veřejných zakázkách je ve své podstatě instrumentální. 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.

[18] Diskriminací ve smyslu zákona o veřejných zakázkách je v obecném slova smyslu odlišný postup zadavatele vůči jednotlivci než vůči celku. Za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i postup zadavatele, při kterém je některým dodavatelům znemožněno ucházet se o veřejnou zakázku nastavením zjevně účelově nepřiměřených kvalifikačních předpokladů, které mají za následek vyloučení dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými (blíže srov. rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152).

[19] Evropské právo požaduje, aby bylo zajištěno jeho vymáhání prostřednictvím moci soudní, nikoli prostřednictvím specializovaného správního orgánu. Dokonce ani u nadlimitních veřejných zakázek nemusí být dána pravomoc nějakého zvláštního správního orgánu, ale ochrana může být poskytována běžnými civilními soudy, což se i v mnoha členských státech děje. Ostatně i v českém prostředí je ochrana veřejných zakázek rozdělena mezi Úřad a civilní soudy – typicky pokud jde o náhradu škody způsobenou nezákonně zadanou veřejnou zakázku a to i bez předchozího rozhodnutí Úřadu. Pokud by tedy měl někdo pocit, že u veřejných zakázek malého rozsahu dochází k porušení základních svobod či zásad dle evropského práva, nic mu nebrání, aby se obrátil na civilní soud, kde navíc nebude muset platit povinnou kauci.

[20] Závěrem lze odkázat na důvodovou zprávu k novému zákonu o zadávání veřejných zakázek (zákon o zadávání veřejných zakázek č. 134/2016), který výslovným vyjmutím zakázek malého rozsahu z působnosti Úřadu, spornou otázku alespoň do budoucna odstranil. V rámci části, která se zabývá finančními limity pro veřejné zakázky malého rozsahu (strana 183 – 189), je uvedeno následující: „Cílem je nastavení optimální výše finančních limitů pro VZMR tak, aby ve vyvážené míře zohledňovaly výše popsané skutečnosti, tj. aby došlo k zamezení nadbytečné administrativní zátěže a zároveň aby byla zajištěna náležitá transparentnost vynakládání veřejných prostředků, tj. prahové hodnoty pro tento druh veřejných zakázek by měly být stanoveny takovým způsobem, aby na jedné straně jejich nízká výše nepřispěla k navýšení administrativní zátěže pro zadavatele spočívající v nezbytnosti realizovat (bagatelní) zadávací řízení dle zákonných pravidel a k navýšení přezkumné agendy ÚOHS. Na druhé straně by finanční limity neměly být v takové výši, aby znemožňovaly veřejnou kontrolu nad tokem finančních prostředků v rámci veřejného zadávání. V rámci zákonných pravidel je nezbytné zaměřit se zejména na zásadní případy a dohled nad zadáváním veřejných zakázek menšího rozsahu ponechat

pokračování

kontrole „zezdola“, tj. interním procesním postupům zadavatele, veřejností a neziskovými organizacemi zabývajícími se zadáváním veřejných zakázek.“

[21] Rozšiřující výklad působnosti Úřadu fakticky znamená, že dohled nad veřejnými zakázkami malého rozsahu nemá jasná pravidla, je drahý a neefektivní.

V Brně dne 2. února 2017

Barbara Pořízková
členka rozšířeného senátu