



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Aleše Roztočila a soudců JUDr. Jiřího Pally a Mgr. Petry Weissové v právní věci žalobce: **Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost**, IČ: 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, Praha 9, zast. JUDr. Jiřím Brožem, advokátem, se sídlem Vinohradská 2828/151, Praha 3, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 25. 5. 2017, č. j. ÚOHS-R0054/2017/VZ-15994/2017/322/KBe, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 7. 3. 2019, č. j. 62 Af 66/2017 - 115,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Přehled dosavadního řízení

[1] Předseda žalovaného nadepsaným rozhodnutím zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 1. 3. 2017, č. j. ÚOHS-S0319/2011/VZ-07618/2017/513/IHI, kterým ve výroku I. rozhodl, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „ZVZ“), neboť nedodržel při zadávání veřejné zakázky „Dodávky náhradních dílů pro autobusy“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 23. 9. 2010, zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 ZVZ ve spojení s § 44 odst. 1 téhož zákona. Konkrétně v zadávacích podmínkách veřejné zakázky žalobce současně stanovil požadavek v bodu 8. zadávací dokumentace „*Návrh smlouvy uvedený v části 4. této zadávací dokumentace nesmí uchazeč měnit nebo opravovat v neprospěch zadavatele.*“ a obchodní podmínku v čl. 1. 3 smlouvy „*Konsignant je*

českou právnickou osobou zapsanou v obchodním rejstříku...“, čímž došlo k diskriminaci a odrazení zahraničních dodavatelů od podání nabídek, kteří by jinak byli způsobilí k plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zároveň žalobce uzavřel dne 8. 7. 2011 smlouvu na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem.

[2] Výrokem II. správní orgán prvního stupně rozhodl, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) ZVZ tím, že v rozporu s § 110 odst. 7 téhož zákona odmítnul rozhodnutím ze dne 18. 11. 2010 námitky proti zadávacím podmínkám ze dne 11. 11. 2010 podané stěžovatelem V.A.R. s. r. l., Ricambi Equivalenti Bus, C.soF. Ili Cervi 23/2, Colegno (TO), Itálie (dále jen „V.A.R.“) v zadávacím řízení na veřejnou zakázku z důvodu neuvedení újmy, která tomuto stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla, ačkoliv hrozící újma stěžovatelem v těchto námitkách specifikována byla.

[3] Výrokem III. správní orgán prvního stupně žalobci za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. podle § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ uložil pokutu ve výši 450.000 Kč.

[4] Žalobce podal proti rozhodnutí žalovaného žalobu, kterou Krajský soud v Brně v záhlaví uvedeným rozsudkem zamítl. Soud konstatoval, že interpretace zadávacích podmínek z pohledu možnosti samotné účasti dodavatelů v zadávacím řízení a eventuálních dílčích pravidel, jež mohou vyvolávat ve vztahu k některým dodavatelům být jen potenciální vylučovací efekt, musí vycházet z relativně přísných měřítek. Dále uvedl, že kontext zadávacích podmínek rozumně hájitelný výklad o omezení účasti v zadávacím řízení reálně umožňoval. Uvedl-li žalobce coby zadavatel ve „vzoru smlouvy“ údaj ohledně usídlení konsignanta, stalo se to jedním ze závazných pravidel vytvářejících zadávací podmínky, s nimiž musela být nabídka dodavatele v souladu, jinak by byla vyřazena (§ 76 odst. 1 ZVZ) a dodavatel vyloučen (§ 76 odst. 6 ZVZ). Krajský soud dal zapravdu žalovanému, že je na zadavateli, aby zadávací dokumentace byla vnitřně srozumitelná a bezrozporná, aby uchazeč mohl podat takovou nabídku, kterou již nebude následně doplňovat. To ostatně plyne také z toho, že zadavatel zásadně není povinen vyzývat uchazeče k vysvětlení nabídky. Kterýkoli dodavatel se přitom na základě znalosti tohoto pravidla nacházel v situaci, která mu reálně umožňovala rozumně hájitelný výklad o omezení účasti v zadávacím řízení pouze na dodavatele, kteří budou českou právnickou osobou, ať už to byl záměr žalobce či nikoli. Jestliže zadávací podmínky („vzor smlouvy“) obsahovaly ustanovení, dle kterého měl být konsignant českou právnickou osobou, a zároveň zadavatel stanovil zákaz změn ve smlouvě v neprospěch zadavatele, mohl podle krajského soudu takto naformulovaný zákaz změn některé zahraniční dodavatele od účasti v zadávacím řízení odradit, neboť rozumně hájitelný výklad takového dodavatele mohl být založen na úvaze, podle které vymínil-li si žalobce coby konsignanta českou právnickou osobu, pak tak učinil proto, že to pokládal z jakéhokoli pohledu pro sebe za výhodné, přičemž změna v tomto ujednání tvořícím součást smlouvy ze strany dodavatele by takto výhodné pravidlo změnila – tudíž by se jednalo o změnu ve smlouvě v neprospěch žalobce (zadavatele).

[5] Krajský soud připustil, že dodatečné informace, které žalobce poskytl bez předchozí žádosti podle § 49 odst. 4 ZVZ dne 21. 10. 2010 k bodu 7.1.1. zadávací dokumentace

pokračování

„*Prokázání kvalifikace pomocí subdodavatele*“, indikují, že žalobce účast zahraničních dodavatelů reálně nevyklučoval, obdobně některé části zadávací dokumentace (ohledně prokazování kvalifikace) indikují, že žalobce s účastí zahraničních dodavatelů snad i počítal. Interpretační význam této části zadávací dokumentace však podle krajského soudu snižuje, že se jednalo pouze o citaci § 51 odst. 7 ZVZ. Přestože tedy žalobce v zadávací dokumentaci formálně uvedl požadavky na prokázání kvalifikace zahraničního dodavatele, nemohla tato skutečnost podle krajského soudu odstranit možnost racionální obavy dodavatelů o tom, že uchazeč musí být českou právnickou osobou.

[6] Skutečnost, že dva uchazeči (dodavatelé, kteří skutečně podali nabídky) měli sídlo mimo Českou republiku, nevedla krajský soud k závěru, že obsah čl. 1.3. návrhu smlouvy nemohl odradit další zahraniční dodavatele. Pro naplnění znaků ohrožovacího správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ postačovalo, že postup žalobce mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a nikoli to, zda postup žalobce skutečně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Postačovala tedy pouhá potencialita ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

[7] Ve vztahu ke druhému ze správních deliktů krajský soud dospěl k závěru, že dodavatel v námitkách újmu, ke které došlo, nebo která hrozí, vymezil ve smyslu § 110 odst. 7 ZVZ, neboť poukázal na nemožnost účastnit se zadávacího řízení. Skutečnost, že dodavatel námitky proti zadávacím podmínkám doručil poslední den lhůty pro jejich doručení, nevede bez dalších indicií k závěru o šikanóznosti postupu dodavatele, neboť se jednalo pouze o využití jeho práva. Žalobce námitky rozhodnutím ze dne 18. 11. 2010 odmítl s odůvodněním, že *neobsahovaly veškeré náležitosti dle ustanovení § 110 odst. 7 Zákona*. Žalobce se tedy dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) ZVZ.

[8] Ve vztahu k přiměřenosti výše uložené pokuty krajský soud uvedl, že žalovaný zohlednil délku trvání správního řízení, když uložil žalobci pokutu ve výši 450.000 Kč namísto původně uložené pokuty ve výši 500.000 Kč. K argumentaci žalobce, v níž poukázal na závislost svého financování z veřejného rozpočtu a omezení jeho možnosti investic do rozvoje pražské veřejné dopravy, krajský soud uvedl, že se nejedná o nijak specifické okolnosti a za podstatné označil, že pokuta nebyla rdousící či likvidační.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

[9] Proti rozsudku krajského soudu podal žalobce (dále též „stěžovatel“) kasační stížnost. Namítl, že žalovaný nezdůvodnil, proč by změna státní příslušnosti měla být chápána a považována za změnu v neprospěch zadavatele. Vyjádřil přesvědčení, že ve prospěch jeho tvrzení svědčí logický a gramatický výklad předmětné zadávací podmínky. Žalovaný ani krajský soud nereflektovali skutečnost, že V.A.R. a jeden z uchazečů, který podal nabídku v zadávacím řízení - společnost CBM – CAR ET BUS MAINTENANCE (dále též „CBM“) spolu v rozhodné době tvořili koncern. Úmyslem V.A.R. tak podle stěžovatele byla snaha zrušit veřejnou zakázku, když společnost, se kterou tvoří holding, nepodala nejvhodnější nabídku. Zajisté by V.A.R. nepodával námitky do veřejné zakázky, pokud by společnost, se kterou tvoří holding, podala nejvhodnější nabídku. Stěžovatel vyjádřil přesvědčení, že zadávací podmínky byly nastaveny nediskriminačně, když je i společnost, se kterou tvoří V.A.R holding pochopila a nabídku podala. V.A.R. podal

námítky poslední den lhůty pro jejich podání. Pokud by úmyslem této společnost bylo skutečně účastnit se zadávacího řízení, podala by námítky před lhůtou pro podání námítek a domáhala by se úpravy zadávací dokumentace. Těžko by v rámci holdingu podávaly dvě společnosti nabídky do jedné veřejné zakázky. Jedna společnost v rámci holdingu tak podala nabídku a druhá pro ni udělala „černou práci“ v podobě snahy o zrušení veřejné zakázky.

[10] Stěžovatel při přípravě zadávacích podmínek očekával, že každému dodavateli, resp. každé fyzické osobě jej zastupující, jakožto svéprávné osobě s rozumem průměrného člověka, bude i s ohledem na celý obsah zadávacích podmínek (např. úprava prokázání kvalifikace zahraničního dodavatele v zadávací dokumentaci) a jednotlivých kroků v průběhu zadávacího řízení zjevné, že účast zahraničních subjektů neomezuje, ale výslovně ji umožňuje. Situace, kdy si některý dodavatel chybně vyloží některou zadávací podmínku, nelze dávat stěžovateli k tíži.

[11] Zadávací podmínka *„Návrh smlouvy uvedený v příloze 4. této zadávací dokumentace nesmí uchazeč měnit nebo upravovat v neprospěch zadavatele“* podle stěžovatele znamená zákaz úpravy smluvních podmínek ze strany dodavatelů podávajících svou nabídku, pokud by daná úprava smluvních podmínek byla k tíži stěžovatele. Jiná úprava obchodních podmínek je stěžovatelem povolena. Přestože stěžovatel ve svých podáních dokládal, že žádný z průměrně uvažujících dodavatelů nemohl změnu postavení uchazeče (tj. změnu z české právnické osoby např. na italskou právnickou osobu) považovat za změnu v neprospěch zadavatele, správní orgány ani krajský soud se s podanými argumenty věcně nevypořádaly.

[12] Ve vztahu k nesprávnému posouzení postupu při odmítnutí námítek stěžovatel uvedl, že je nutné trvat na uvedení konkrétní újmy v námitkách dodavatele, který nepodal nabídku. Pouhé tvrzení, že se dodavatel nemůže zadávacího řízení účastnit, nepostačuje za situace, kdy nevyužil žádosti o dodatečné informace. V takovém případě by dodavatel porušil i tzv. prevenční povinnost dle § 2903 občanského zákoníku. V.A.R. žádnou konkrétní utrpenou újmu ani netvrdil ani neprokázal. Zadavatel disponuje určitým uvážením při posouzení, zda námítky mají zákonné náležitosti, což žalovaný nerespektoval. Žalovaný jde nad rámec námítek V.A.R., když uvádí, že postačuje obecné uvedení újmy jako v projednávané věci, tedy v nemožnosti získat veřejnou zakázku, neboť tuto skutečnost V.A.R. v námitkách výslovně netvrdil. Stěžovatel navíc sice námítky V.A.R. odmítl, nicméně ve skutečnosti uplatněné námítky věcně vypořádal, čímž vyhověl požadavkům zákona. Pokud žalovaný vysvětluje nedostatečné konkretizování újmy hrozící námítateli jazykovou bariérou, stěžovatel toto odmítá, neboť veškerá podání V.A.R. jsou psána bezchybnou češtinou. Účelovost jednání námítatele vyplývá i z podání námítek až v poslední den lhůty.

[13] Stěžovatel dále vyjádřil nesouhlas s uložením pokuty, neboť ve svém postupu nespátňuje vytýkané porušení ZVZ. Stejně jako již v žalobě uvedl, že výše pokuty není přiměřená a neodpovídá povaze údajně spáchaných správních deliktů. Stěžovatel popsal způsob svého financování a upozornil na skutečnost, že po celou dobu správního řízení trvajících více než 5 a půl roku poskytoval správním orgánům včasnou komplexní součinnost, což podle jeho názoru představuje polehčující okolnost při stanovení výše

pokračování

smluvní pokuty. Stěžovatel rovněž namítl, že výše pokuty není přiměřená a neodpovídá povaze údajně spáchaných správních deliktů.

[14] V další části kasační stížnosti stěžovatel zpochybnil závěr krajského soudu, že se dopustil porušení § 6 a § 44 odst. 1 ZVZ. Stěžovatel vytkl rozsudku krajskému soudu rozpornost, neboť krajský soud na jednu stranu připustil, že stěžovatel počítal s účastí zahraničních dodavatelů, na druhou stranu však uvedl, že kontext zadávacích podmínek reálně umožňuje výklad o omezení účasti v zadávacím řízení.

[15] Stěžovatel se ohradil proti bagatelizování skutečnosti, že v zadávací dokumentaci počítal s účastí zahraničních dodavatelů. Pokud by tomu tak nebylo, neuváděl by v zadávací dokumentaci, že s účastí zahraničních dodavatelů počítá, a nezasílal by oznámení do úředního věstníku Evropské unie a účast by výslovně nepřipouštěl v dodatečných informacích ze dne 21. 10. 2010. Uvedené skutečnosti svědčí o úmyslu stěžovatele umožnit účast v zadávacím řízení co nejširšímu okruhu dodavatelů, včetně těch zahraničních.

[16] Další důvod nepřezkoumatelnosti kasační stížností napadeného rozsudku spočívající v nesrozumitelnosti a nedostatku důvodů rozhodnutí stěžovatel spatřoval v tom, že není zřejmé, z čeho krajský soud dovodil, že změna údaje ohledně usídlení konsignanta by měla být změnou v neprospěch zadavatele. Stěžovatel takovouto úpravu nepovažoval za úpravu v neprospěch zadavatele, což vyplývá i z faktu, že nabídky jiných zahraničních dodavatelů z tohoto důvodu nevyhloučil.

[17] V další námitce stěžovatel uvedl, že krajský soud se nezabýval faktem, že V.A.R. ve svých námitkách uvádí, že *„zadavatel rovněž požaduje, aby zájemce v žádném případě neměnil text návrhu smlouvy.“* Z této formulace je podle stěžovatele zřejmé, že V.A.R. nepochopil zadávací podmínky a takováto skutečnost nemůže jít k tíži stěžovatele, neboť uvedené ze zadávacích podmínek nevyplývá. Podle stěžovatele se krajský soud nevypořádal ani se skutečností, že ze strany V.A.R. došlo podáním námitek a podnětu zjevně k obstrukčnímu a šikanóznímu jednání.

[18] Dalším faktem, kterým se podle stěžovatele krajský soud ani správní orgány vůbec nezabývaly, je skutečnost, že V.A.R. si ani nepožádal o zadávací dokumentaci. Není tak jasné, jakým způsobem se V.A.R. dostal k zadávací dokumentaci. Krajský soud ani správní orgány se nevypořádaly také s faktem, že snahou V.A.R. nebylo od počátku nic jiného než zrušit zadávací řízení na veřejnou zakázku. Postupem krajského soudu byla V.A.R. poskytnuta ochrana jeho protiprávnímu jednání.

[19] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti konstatoval, že nebylo jeho povinností zjišťovat, zda V.A.R. byl v době podání námitek součástí téhož koncernu jako jiný podatel nabídky. Za podstatné žalovaný označil, že uchazeči o veřejnou zakázku mohli oprávněně nabýt dojmu, že státní příslušnost dodavatele je pro stěžovatele z nějakého důvodu podstatná a změna státní příslušnosti by mohla být považována za stěžovatelem zakázanou změnu smlouvy v jeho neprospěch. Konstatoval, že zadávací dokumentace musí obsahovat požadavky zadavatele v takovém rozsahu, aby byla nejen úplná a správná, ale současně, aby byla jasná, srozumitelná, určitá a dostatečně podrobná. Výklad zadávací dokumentace

zaujatý jím i krajským soudem považuje žalovaný za logický. Není pravdou, že by rozsudek krajského soudu byl vnitřně rozporný. Skutečný úmysl stěžovatele není podstatný, neboť stěžovatel se správního deliktu dopustil již tím, že zadávací dokumentace umožňovala takový výklad, dle kterého nebyla účast zahraničních dodavatelů přípustná. Ve vztahu k obsahu námitek V.A.R. žalovaný uvedl, že postačovalo, že V.A.R. uvedl, že se nemohl zúčastnit předmětného zadávacího řízení a v čem spatřuje porušení zákona, které mu v podání nabídky bránilo. Povinnost podat žádost o dodatečné informace V.A.R. neměl a nevyužití tohoto jeho práva nemá vliv na spáchaný správní delikt stěžovatele. Z chování V.A.R. podle žalovaného nelze dovozovat jeho nekalé úmysly. Uložená pokuta nebyla nepřiměřeně vysoká a délka správního řízení byla zohledněna při vyměření výše pokuty ve prospěch stěžovatele.

III. Posouzení kasační stížnosti

[20] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, a stěžovatel je v souladu s § 105 odst. 2 s. ř. s. zastoupen advokátem. Poté Nejvyšší správní soud přezkoumal důvodnost kasační stížnosti v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů. Neshledal přitom vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

[21] Kasační stížnost není důvodná.

[22] Podle § 6 odst. 1 ZVZ, *zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.*

[23] Podle § 44 odst. 1 téhož zákona, *zadávací dokumentace je 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.*

[24] Podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, *zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.*

[25] Podle písm. g) téhož ustanovení, *zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že odmítne námitky v rozporu s § 110 anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111.*

[26] Nejvyšší správní soud se nejprve musel zabývat námitkou nepřezkoumatelnosti rozsudku krajského soudu. Důvod nepřezkoumatelnosti spočívající v nesrozumitelnosti spatřoval stěžovatel v tom, že krajský soud na jednu stranu připustil, že stěžovatel počítal s účastí zahraničních dodavatelů, na druhou stranu však uvedl, že kontext zadávacích podmínek reálně umožňuje výklad o omezení účasti v zadávacím řízení.

[27] Důvody nepřezkoumatelnosti spočívající v nedostatku důvodů spatřoval stěžovatel dále v tom, že není zřejmé, z čeho krajský soud dovodil, že změna údaje ohledně usídlení

pokračování

konsignanta by měla být změnou v neprospěch zadavatele, a nezabýval se faktem, že V.A.R. ve svých námitkách uvádí, že „*zadavatel rovněž požaduje, aby zájemce v žádném případě neměnil text návrhu smlouvy.*“ Podle stěžovatele se krajský soud nevypořádal ani se skutečností, že V.A.R. si nepožádal o zadávací dokumentaci, podání námitek a podnětu touto společností představovalo obstrukční a šikanózní jednání a jeho snahou nebylo od počátku nic jiného než zrušit zadávací řízení na veřejnou zakázku.

[28] Za nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů jsou považována zejména taková rozhodnutí, u nichž není z odůvodnění zřejmé, jakými úvahami se soud řídil při hodnocení skutkových i právních otázek a jakým způsobem se vyrovnal s argumenty účastníků řízení (srov. např. rozsudek NSS ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003 - 52). Soudy však nemají povinnost reagovat na každou dílčí argumentaci a tu obsáhle vyvrátit. Jejich úkolem je vypořádat se s obsahem a smyslem žalobní argumentace (srov. rozsudek NSS ze dne 3. 4. 2014, č. j. 7 As 126/2013 - 19). Podstatné je, aby se správní soud ve svém rozhodnutí vypořádal se všemi stěžejními námitkami účastníka řízení, což může v některých případech konzumovat i vypořádání některých dílčích a souvisejících námitek (rozsudek NSS ze dne 24. 4. 2014, č. j. 7 Afs 85/2013 - 33).

[29] Za nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost se obecně považuje takové rozhodnutí, z něhož není zřejmé, jak o věci soud vlastně rozhodl, nebo je-li zásadní rozpor mezi výrokem a jeho odůvodněním, případně též tehdy, pokud vůbec není zřejmé, co je ještě výrok a co už odůvodnění rozhodnutí. Vadou nepřezkoumatelnosti je stížen i zrušující rozsudek krajského soudu, v němž není řádně formulován právní názor, jímž by měl být správní orgán vázán v dalším průběhu řízení (rozsudek NSS ze dne 29. 6. 2018, č. j. 3 As 109/2017 - 64).

[30] Nejvyšší správní soud konstatuje, že v tomto ohledu nelze kasační stížností napadený rozsudek krajského soudu považovat za nepřezkoumatelný pro nesrozumitelnost. Pokud totiž krajský soud připustil, že některé skutečnosti indikují, že stěžovatel nevyklučoval účast zahraničních dodavatelů, nevyvrací to závěr krajského soudu, že způsob, jakým stěžovatel naformuloval v zadávací dokumentaci zákaz změn, mohl některé zahraniční dodavatele od účasti v zadávacím řízení odradit. Tyto závěry krajského soudu jsou řádně zdůvodněné, logické, srozumitelné, navzájem slčitelné a nezakládají proto nepřezkoumatelnost rozsudku krajského soudu pro nesrozumitelnost.

[31] Krajský soud vystihl podstatu věci a řádně vypořádal veškeré žalobní námitky. Z rozsudku krajského soudu jasně vyplývá, na základě čeho dovodil, že změna údaje ohledně usídlení konsignanta by mohla být potencionálními uchazeči vnímána jako změna v neprospěch zadavatele (uvedení konsignanta ve smlouvě jako české právnické osoby ve spojení se zákazem změny smlouvy v neprospěch zadavatele). Odlišný právní náhled stěžovatele na tuto otázku nemá za následek nepřezkoumatelnost rozsudku krajského soudu.

[32] Krajský soud se v rozsahu žalobních námitek zabýval jednáním V.A.R. (stěžovatelem pouze zcela nekonkrétně namítanou šikanózností jejího postupu v námitkovém řízení) a způsobem, jakým se stěžovatel s námitkami této společnosti vypořádal. Kasační stížností napadený rozsudek tudíž není nepřezkoumatelný ani v tomto ohledu. Stěžovatel v kasační stížnosti ve vztahu k námitkám společnosti V.A.R. na rozdíl

od žaloby nově poukazuje na některé specifické skutečnosti (nevyžádání zadávací dokumentace touto společností, poukaz na to, že V.A.R. byl členem koncernu se společností CBM, která se neúspěšně ucházela o tuto veřejnou zakázku, a také to, že V.A.R. ve svých ve svých námitkách nesprávně uvádí, že „*zadavatel rovněž požaduje, aby zájemce v žádném případě neměnil text návrhu smlouvy.*“). Tyto skutečnosti však stěžovatel nenamítal v řízení o žalobě, nelze proto krajskému soudu vytýkat, že se jimi nezabýval a námitky, v nichž se stěžovatel těchto skutečností dovolává, jsou proto nepřipustné ve smyslu § 104 odst. 4 s. ř. s., neboť je stěžovatel nevzněl v řízení před krajským soudem, ačkoli mu v tom nic nebránilo. Nejvyšší správní soud doplňuje, že z tohoto důvodu nebylo třeba ani provádět navržené dokazování ohledně stěžovatelem nově tvrzeného propojení V. A. R. a CBM.

[33] Ve vztahu k věci samé stěžovatel v první řadě namítl, že správní orgány nezdůvodnily, proč by změna státní příslušnosti měla být chápána a považována za změnu v neprospěch zadavatele. Nejvyšší správní soud k této námitce konstatuje, že v posuzované věci se nejedná o posouzení, zda změna státní příslušnosti představuje změnu v neprospěch zadavatele, ale o posouzení, zda předmětná ustanovení ve smlouvě, resp. zadávací dokumentaci, bylo možné ze strany potencionálních zahraničních uchazečů reálně vyložit tak, že jim brání v účasti v zadávacím řízení. Takto také k těmto ustanovením správní orgány i krajský soud přistoupily. Nejvyšší správní soud má tedy za to, že v tomto ohledu nedošlo z jejich strany k jakémukoliv pochybení.

[34] K argumentaci stěžovatele, že zadávací podmínky umožňovaly účast zahraničních dodavatelů v zadávacím řízení, Nejvyšší správní soud konstatuje, že bod 7. 1. 3. zadávací dokumentace obsahoval postup prokazování kvalifikace v případě zahraničních osob. V čl. 8. zadávací dokumentace je dále uvedeno, že „*Návrh smlouvy uvedený v části 4. této zadávací dokumentace nesmí uchazeč měnit nebo opravovat v neprospěch zadavatele.*“ Součástí zadávací dokumentace však je zároveň *Smlouva o zřízení konsignačního skladu a Rámcová smlouva kupní* (dále též „Smlouva“), v jejímž čl. 1. 3. bylo v identifikačních údajích u konsignanta uvedeno, že „*konsignant je českou právnickou osobou.*“

[35] Uvedená ustanovení zadávací dokumentace a Smlouvy umožňují dvojí vnímání. Jednak výklad zastávaný stěžovatelem, že ustanovení Smlouvy o tom, že konsignant je českou právnickou osobu představuje pouze označení smluvní strany (konsignanta), změna v této části smlouvy je pouhou změnou označení smluvní strany, a nelze ji proto vnímat jako změnu v neprospěch zadavatele zakázanou čl. 8 zadávací dokumentace.

[36] Zároveň však umožňují také chápání dokumentace prezentované V.A.R. v námitkách, tedy že změna v uvedeném smluvním ujednání mohla být vykládána jako změna v neprospěch zadavatele a že uvedená ustanovení zadávací dokumentace a Smlouvy ve svém souhrnu vylučují zahraniční osoby ze zadávacího řízení. Možnost takového vnímání sporné podmínky potvrdil žalovaný ve svých rozhodnutích a dovodil ji i krajský soud.

[37] Při posouzení této námitky vycházel Nejvyšší správní soud ze zásady (na kterou již přílehavě poukázali žalovaný i krajský soud), že zadávací dokumentace musí být vnitřně srozumitelná a bezrozporná. V této souvislosti Nejvyšší správní soud dále považuje za

pokračování

vhodné zmínit rozsudek ze dne 26. 3. 2009, č. j. 2 Afs 87/2008 - 234, v němž vyslovil, že „nemůže tedy obstat taková zadávací dokumentace, z níž požadavky na zpracování nabídky a následně hodnotící kritéria nejsou zcela srozumitelná a jednoznačná, tj. pokud objektivně připouští rozdílný výklad a vzniká tak interpretační nejistota.“ Tyto požadavky však zadávací dokumentace stěžovatele v důsledku výše uvedených navzájem rozporných ustanovení umožňujících různý výklad nesplňuje. Nejvyšší správní soud na tomto místě připomíná, že podle § 44 odst. 1 ZVZ je zadavatel odpovědný za správnost a úplnost zadávacích podmínek. Případné nejasnosti je tedy nutno přičíst k tíži zadavatele. Nejvyšší správní soud proto dospěl k závěru, že výklad zaujatý žalovaným a krajským soudem, tj. že sporná podmínka zadávací dokumentace mohla reálně odradit zahraniční dodavatele od podání námitek, plně ob stojí.

[38] Nejvyšší správní soud se ztotožňuje se závěrem krajského soudu, podle kterého se zahraniční dodavatel mohl oprávněně domnívat, že vymínil-li si stěžovatel jako konsignanta českou právnickou osobu, pak to považoval z jakéhokoli pohledu pro sebe za výhodné a změna v tomto ujednání by představovala změnu ve smlouvě v neprospěch stěžovatele zapovězenou zadávací dokumentací. Racionálních a smysluplných důvodů, pro které se případný zahraniční dodavatel mohl oprávněně domnívat, že stěžovatel považuje změnu v ustanovení smlouvy týkající se státní příslušnosti konsignanta za změnu v neprospěch stěžovatele je totiž celá řada (v úvahu připadá např. obava z případné jazykové bariéry mezi pracovníky smluvních stran, méně intenzivní kontakt se zahraničním dodavatelem, větší komplikovanost obchodních jednání či řešení sporů). S ohledem na výše uvedené Nejvyšší správní soud nepřisvědčil ani argumentaci stěžovatele, že změna ve státní příslušnosti konsignanta představuje toliko identifikaci smluvního partnera.

[39] Na výše uvedeném závěru nic nemění ani poukaz stěžovatele na skutečnost, že text zadávací dokumentace v bodě 7. 1. 3. poměrně pregnantně popisuje prokazování kvalifikace v případě zahraničních osob. Tento bod podmínek sice vskutku naznačuje, že stěžovatel s účastí zahraničních osob při tvorbě zadávacích podmínek počítal. Zároveň však nijak nevyjasňuje zadávací dokumentaci v tom ohledu, že by z ní již nebylo možné dovodit, že stěžovatel považuje účast zahraniční osoby pro sebe za nevýhodnou. Tento bod zadávací dokumentace tudíž nic nemění na závěru, že zadávací dokumentace mohla zahraniční dodavatele odrazovat od účasti v zadávacím řízení. Stejně tak skutečnost, že stěžovatel odeslal oznámení veřejné zakázky do Úředního věstníku Evropské unie neznámá, že by ze zadávací dokumentace nebylo již možné dovodit, že konsignant musí být pouze český subjekt. Odeslat oznámení o zahájení zadávacího řízení ke zveřejnění v Úředním věstníku EU bylo ostatně u tohoto typu veřejné zakázky povinností stěžovatele [§ 146 odst. 1 písm. b) ZVZ v rozhodném znění]. K opačnému závěru nevede ani skutečnost, že nabídku k plnění veřejné zakázky podali i uchazeči z Francie a Slovenska a že stěžovatel nabídky těchto zahraničních dodavatelů nevyločil. Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem konstatuje, že správní delikt uvedený v § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ má ohrožovací povahu, a postačovala tudíž pouhá potencialita ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Poukázat lze v tomto ohledu na např. na rozsudek ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 - 28, v němž zdejší soud konstatoval, že z § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ *expressis verbis* vyplývá, že „ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona

zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejhodnější nabídky.“

[40] K tíži zadavatele vskutku nelze přičítat, pokud dodavatel nepochopí, nebo nesprávně interpretuje zadávací podmínky. Tato situace však v posuzované věci nenastala, neboť jak již bylo uvedeno výše, zadávací dokumentaci stěžovatele bylo možné racionálně vykládat i tak, že bránila v účasti zahraničním dodavatelům. Tento výklad přitom považuje Nejvyšší správní soud s ohledem na výše uvedené za možný, nikoli za přepjatě formalistický či v rozporu s uvažováním rozumného průměrného člověka, kterého se stěžovatel dovolává v kasační stížnosti. Pokud si tedy V.A.R. takto zadávací dokumentaci vyložil, nepředstavuje to (i s přihlédnutím k povinnosti zadavatele vytvořit úplnou a srozumitelnou zadávací dokumentaci) dezinterpretaci či omyl dodavatele, které by stěžovatele vyvíňovaly ze spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Stejně tomu je v případě poukazu na možnost dodavatele využít institut žádosti o dodatečné informace ve smyslu § 49 ZVZ (které V.A.R. nevyužil), neboť využití tohoto institutu je právem, nikoli povinností dodavatele a nemá žádný vliv na povinnost zadavatele vyvinout při vytváření zadávací dokumentace přiměřenou péči, aby zadávací podmínky byly stanoveny jasně a srozumitelně. Zákonná prevenční povinnost předcházení škodám, na kterou stěžovatel poukazuje v kasační stížnosti, nesouvisí s naplněním uvedeného správního deliktu stěžovatelem.

[41] K námitce stěžovatele, že námitky V.A.R. neobsahovaly zákonné náležitosti, Nejvyšší správní soud v první řadě konstatuje, že z § 110 odst. 7 ZVZ vyplývalo, že námitky mají být podány písemně, musí v nich být uvedeno, kdo je podává, proti kterému úkonu směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle odstavců 2, 3 a 5 musí být dále uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá.

[42] Nejvyšší správní soud stejně jako krajský soud dospěl k závěru, že námitky V.A.R. veškeré tyto požadavky splňovaly. Byly totiž podány v písemné formě, bylo v nich uvedeno, kdo je podává (zájemce o veřejnou zakázku V.A.R.), proti kterému úkonu zadavatele (zadání veřejné zakázky dodávky náhradních dílů pro autobusy) a v čem je spatřováno porušení zákona (vyloučení společností z jiných členských zemí Evropské unie než z České republiky).

[43] Konstatování společnosti V.A.R., že se nemůže předmětné soutěže zúčastnit, považuje Nejvyšší správní soud za stručné, nicméně dostatečné vymezení vzniklé újmy, a to i s přihlédnutím k tomu, že v této fázi zadávacího řízení ani jiná újma této společnosti vzniknout nemohla. V.A.R. se předmětné soutěže vskutku nezúčastnil, proto Nejvyšší správní soud tuto újmu považuje v kontextu konkrétní projednávané věci za reálně vzniklou a prokázanou, a nepřisvědčil proto argumentaci stěžovatele, v níž tvrdil opak. Uvedené konstatování V.A.R. zároveň představuje projev zájmu o účast v předmětné soutěži. Závěrem námitek V.A.R. uvedl, že se domáhá zrušení veřejné soutěže zadavatelem, čímž splnil také poslední z výše uvedených zákonných požadavků na obsah námitek.

[44] Lze v této souvislosti poukázat na rozsudek zdejšího soudu ze dne 30. 5. 2014, č. j. 5 Afs 48/2013 - 272, č. 3142/2015 Sb. NSS, kde se uvádí, že „smyslem § 110 odst. 1 ZVZ

pokračování

a čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice je umožnit z věcného i osobního hlediska pokud možno co nejširší přístup k přezkumnému řízení, nicméně při současné snaze eliminovat návrhy, které jsou očividně obstrukční anebo šikanózní, případně z materiálního hlediska opožděné proto, že si dodavatel svých práv v době, kdy bylo ještě možné proti postupu zadavatele účinně zakročit, nehleděl (přestože mu tak velí minimálně obecná právní zásada vigilantibus iura scripta sunt).“ V tomto rozsudku dále Nejvyšší správní soud odmítl názor, že by hrozící či způsobená újma dodavatele musela být konkrétně kvantifikována, popř. že by dodavatel musel svůj zájem o veřejnou zakázku konkrétně projevit vyzvednutím zadávací dokumentace, jak dovozoval stěžovatel.

[45] Nejvyšší správní soud má proto stejně jako žalovaný i krajský soud za to, že námitky V.A.R. obsahovaly zákonem stanovené náležitosti. Nebylo proto na místě, aby stěžovatel námitky odmítl pro nesplnění zákonných požadavků na jejich obsah. Podání námitek v poslední den lhůty považuje Nejvyšší správní soud stejně jako krajský soud za využití práva V.A.R. podat námitky, nikoli *per se* za šikanózní postup. Nejvyšší správní soud proto nepřisvědčil ani námitce stěžovatele, v níž krajskému soudu vytýkal ve vztahu k námitkám V.A.R. nesprávné právní posouzení.

[46] Vzhledem k tomu, že ob stojí závěr žalovaného i krajského soudu, že se stěžovatel dopustil shora uvedených správních deliktů, nelze přisvědčit ani námitce stěžovatele, v níž zpochybňuje uložení pokuty tím, že ve svém postupu nespátřuje porušení ZVZ. K otázce přiměřenosti pokuty Nejvyšší správní soud konstatuje, že délka správního řízení byla správními orgány zohledněna ve prospěch stěžovatele, když správní orgány oproti svým předchozím rozhodnutím po zohlednění délky trvání správního řízení uložily stěžovateli pokutu ve výši 450 000 Kč namísto původně uložené pokuty ve výši 500.000 Kč. Způsob financování stěžovatele nemá vliv na posouzení přiměřenosti pokuty. Pokuta především nesmí být likvidační (až na výjimečné případy), což v posuzované věci stěžovatel ani nenamítá. Pouze obecně uplatněné námitce nepřiměřenosti uložené pokuty ve vztahu k vytýkaným porušením zákona soud nepřisvědčil, a to jednak vzhledem k závažnosti porušení zásady nediskriminace, jednak i s ohledem na značnou předpokládanou hodnotu předmětné veřejné zakázky, která činí dle zadávací dokumentace 1,2 miliardy Kč. Šikanóznost jednání V.A.R. stěžovatel neprokázal. Poskytování součinnosti správním orgánům ze strany stěžovatele nepovažuje Nejvyšší správní soud na rozdíl od stěžovatele za polehčující okolnost, nýbrž za plnění povinností zadavatele.

IV. Závěr a rozhodnutí o nákladech řízení

[47] Nejvyšší správní soud shledal nedůvodnými všechny stěžovatelem uplatněné námitky, kasační stížnost je proto nedůvodná. Nejvyšší správní soud tedy dle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. kasační stížnost zamítl.

[48] Zároveň Nejvyšší správní soud rozhodl o nákladech řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl v řízení úspěch, a právo na náhradu nákladů řízení proto nemá. Procesně úspěšnému žalovanému pak nevznikly v řízení náklady přesahující rámec nákladů jeho běžné úřední činnosti.

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

V Brně dne 20. června 2019

Mgr. Aleš Roztočil
předseda senátu