



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Davida Hipšra a soudců JUDr. Tomáše Foltase a Mgr. Lenky Krupičkové v právní věci žalobce: **Olomoucký kraj**, se sídlem Jeremenkova 1191/40a, Olomouc, zastoupen Mgr. Janem Tejkalem, advokátem se sídlem Helfertova 2040/13, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 3. 7. 2018, č. j. 31 Af 86/2016 - 61,

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 d ů v o d n ě n í :

I.

[1] Předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 29. 9. 2016, č. j. ÚOHS-R0113/2016/VZ-39894/2016/321/EDo zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 23. 3. 2016, č. j. ÚOHS-S0045/2016/VZ-12003/2016/541/JCh, kterým žalovaný konstatoval, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“). Žalobce porušil zákon tím, že nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 a § 6 zákona o veřejných zakázkách, neboť nevyřadil nabídku vítězného uchazeče (společnosti PTÁČEK – pozemní stavby s. r. o.) a nevyloučil jej z účasti na zadávacím řízení, ačkoli nabídka nesplnila požadavek zadavatele stanovený v příloze č. 3, neboť vybraný uchazeč uvedl v položkovém rozpočtu nabídky materiál (izolační lamely) odlišné tloušťky, než zadavatel požadoval. Tím se stal postup zadavatele netransparentním

a podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Za uvedený správní delikt byla žalobci uložena pokuta ve výši 75 000 Kč.

II.

[2] Žalobce podal proti výše uvedenému rozhodnutí žalobu ke Krajskému soudu v Brně, který ji zamítl rozsudkem ze dne 3. 7. 2018, č. j. 31 Af 86/2016 – 61. K námitce, že se žalovaný měl zabývat odborným porovnáním charakteru a užitných vlastností použitého materiálu, což však neučinil, krajský soud konstatoval, že § 76 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách požaduje, aby zadavatel vyřadil nabídku, která nesplňuje požadavky uvedené v zadávací dokumentaci a vyloučil uchazeče, který takovou nabídku podal. Takový následek nastává bez ohledu na to, na jakém pořadí by se nabídka umístila. Výkaz výměr, který je součástí zadávací dokumentace, představoval zadávací podmínky, které musí uchazeč plně respektovat. Tato skutečnost není zřejmá až po novelizaci zákona o veřejných zakázkách provedené zákonem č. 55/2012 Sb., tam šlo pouze s odkazem na důvodovou zprávu o zpřesnění ustanovení a nelze proto změnu úpravy považovat ani za polehčující okolnost. K vyřazení nabídky a vyloučení uchazeče musí dojít v případě jakékoli odchylky od zadávací dokumentace, není rozhodné, zda a jak se odchylka případně promítla do nabídkové ceny nebo do hodnocení nabídek. Rovněž není rozhodný důvod rozporu se zadávací dokumentací. Je totiž třeba zajistit, aby měli všichni uchazeči shodné výchozí podmínky. Bylo zřejmé, že nabídka v jednom z parametrů jedné položky nevyhovovala. Bylo proto zbytečné se zabývat tím, zda nabízený izolační materiál odpovídal svým charakterem užitnými vlastnostmi položce č. 57 zadávací dokumentace. Pokud se žalobce následně domnívá, že jde o pro něj zcela nevýznamný parametr, neměl jej do zadávacích podmínek zahrnout.

[3] Krajský soud rovněž nevyhověl námitce vytykající žalovanému závěr o porušení zásady transparentnosti. Žalovaný podle soudu nekonstatoval, že by porušení zásady transparentnosti bylo automatickým důsledkem porušení § 76 odst. 1 a 6. Naopak vycházel z okolností konkrétního případu, s tím, že uchazeč se stal vítězem a následně uzavřel se žalobcem smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku. Nešlo tedy pouze o formální porušení zákona. V každém případě došlo k zneprůhlednění zadávacího řízení a postavení nabídek, které nejsou vzájemně porovnatelné, nemůže být z povahy věci transparentní.

[4] Krajský soud neshledal důvodnou ani námitku o nenaplnění materiální stránky správního deliktu. V průběhu správního řízení totiž pochybnosti o naplnění materiální stránky deliktu nenastaly a žalobce žádné pochybnosti v tomto ohledu nevznosl. Přesto obě správní rozhodnutí fakticky obsahují hodnocení materiální stránky předmětného deliktu. Zájmem chráněným § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je právě nerušené konkurenční prostředí a férová otevřená soutěž o veřejnou zakázku. Narušení tohoto zájmu se žalobce dopustil, neboť uzavřel smlouvu s uchazečem, jehož nabídka měla být vyřazena. Postačovalo však již jen ohrožení tohoto zájmu, neboť se jedná o delikt ohrožovací. Rovněž nenastala hypotetická varianta, že by ke změně parametru došlo až po uzavření smlouvy s vybraným uchazečem.

pokračování

[5] Krajský soud rovněž upozornil, že zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“), nebyl účinný v době rozhodování žalovaného. Nejde rovněž o příznivější zákon ve smyslu § 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod. Žalobci pak vytkl, že ani netvrdí konkrétní ustanovení, podle kterého by sankcionované jednání již nebylo či bylo méně přísně postižitelné.

III.

[6] Proti rozsudku krajského soudu podal žalobce (dále jen „stěžovatel“) v zákonné lhůtě kasační stížnost z důvodu uvedeného v § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s.

[7] Stěžovatel vytkl krajskému soudu, že se ve shodě s názorem správních orgánů nesprávně vypořádal s výkladem zásady transparentnosti. Hodnotící komise posoudila nabídky všech uchazečů z hlediska splnění zákonných a v zadávací dokumentaci uvedených požadavků a konstatovala, že všechny nabídky požadavky splnily. Proto se domnívá, že zcela naplnil požadavek transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Stěžovatelův postup byl zcela kontrolovatelný, a to díky transparentně zachycenému postupu zadavatele ve Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, ve které je jasně a jednoznačně zachycen postup hodnotící komise. O transparentnosti postupu stěžovatele svědčí i následně vedené řízení a uložení sankce. Stěžovatel nevyřadil nabídku vybraného uchazeče a nevyloučil jej z účasti v zadávacím řízení, ačkoli jeho nabídka nesplnila požadavek stanovený v zadávací dokumentaci. Nesprávné posouzení nabídky nečinilo zadávací řízení hůře kontrolovatelným, nečitelným či nepřehledným. Zadávací řízení působilo řádně a férově až do chvíle odhalení chyby a konstatování správního deliktu. Stěžovatel v žádném případě vědomě a úmyslně nepřipustil, aby dodavatelé mohli podávat nabídky s marginálními změnami a nemohl činit zadávací řízení nepřehledným, nekontrolovatelným či hůře kontrolovatelným, a tedy nepřehledným. Domnívá se, že argumentace soudu by mohla být použita na jakékoli pochybení zadavatele a téměř vždy by mohlo být tvrzeno porušení zásady transparentnosti.

[8] Stěžovatel namítl, že mělo být přihlédnuto k novější právní úpravě, k zákonu o zadávání veřejných zakázek, která je pro stěžovatele příznivější. K aplikaci příznivější právní úpravy je třeba přistoupit i tehdy, pokud sice ještě není účinná, ale je již platná. Krajský soud podle stěžovatele pochybil, pokud sám z úřední povinnosti nepřihlédl k novější právní úpravě. S odkazem na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2016, č. j. 5 As 104/2013 - 46, konstatoval, že nebyl povinen tvrdit, v čem konkrétně považuje novou právní úpravu za příznivější, neboť krajský soud je povinen sám k této zásadě vyjádřené v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod přihlédnout. Rovněž nepostačuje pouhý odkaz krajského soudu na § 48 odst. 2 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť „*nový zákon obsahuje oproti předchozímu celou řadu nových souvislostí, ze kterých může vyjít najevo, že jednání stěžovatele již není sankcionovatelné nebo je sankcionovatelné méně přísně*“.

IV.

[9] Žalovaný navrhl zamítnutí kasační stížnosti. Setrval na tom, že stěžovatel jako zadavatel svým postupem v zadávacím řízení porušil i zásadu transparentnosti, pokud připustil nabídku uchazeče, která neodpovídá zadávacím podmínkám a dokonce s ním uzavřel smlouvu. Odpovědnost je v tomto případě založena na objektivním principu, a proto není rozhodné, zda chyboval nevědomě či úmyslně. Jeho postup bylo třeba považovat za netransparentní a vnášející zmatečnost do zadávacího řízení. Připuštěním odchylky oproti zadávací dokumentaci, aniž by bylo např. stanoveno rozmezí, je narušena čitelnost a předvídatelnost zadávacího řízení.

[10] K namítanému nezohlednění tvrzené příznivější právní úpravy obsažené v zákoně o zadávání veřejných zakázek žalovaný nejprve poukázal na teoretické rozlišení pojmů platnost a účinnost právního předpisu. Navíc příznivější právní úprava v pozdějším zákoně je pouze hypotetická. Ani stěžovatel nijak nenaznačil, proč se domnívá, že by podle pozdější právní úpravy nebyl postižitelný. Jeho požadavek na zohlednění příznivější právní úpravy je proto zcela formální.

V.

[11] Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.).

[12] Kasační stížnost není důvodná.

[13] Nejvyšší správní soud neshledal důvodnými kasační námitky stěžovatele týkající se zásady transparentnosti zadávacího řízení. Podle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Zákon o veřejných zakázkách neobsahuje a ani nemůže obsahovat výčet požadavků, při jejichž splnění je třeba zadávací řízení považovat za transparentní. To ostatně koresponduje transparentnosti zadávacího řízení jako jedné ze základních zásad, kterou je řízení ovládáno. Sankce byla stěžovateli uložena podle § 120 odst. 1 písm. a) za nedodržení postupu stanoveného v § 76 tohoto zákona. V něm je upraven postup zadavatele při posuzování nabídek. Teprve v důsledku nesplnění tam uvedených povinností stěžovatelem se stalo zadávací řízení (rovněž) netransparentním.

[14] Pokud správní orgán uloží účastníku sankci mimo jiné zato, že zadávací řízení nebylo transparentní, musí své rozhodnutí v tomto ohledu řádně odůvodnit. To se v této věci stalo v potřebném rozsahu. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí správně zdůraznil (bod 48) požadavek nezbytnosti vzájemné porovnatelnosti nabídek, který může být narušen jednak nejednoznačným nastavením zadávacích podmínek, ale i následným postupem zadavatele, který sice podmínky nastaví jednoznačně, avšak následně vybere uchazeče, který je objektivně nesplňoval. Lze přisvědčit tomu, že zásada transparentnosti se prolíná nejen do fáze postupu zadavatele při stanovení zadávacích kritérií, ale do zadávacího řízení jako celku, tedy i do postupu zadavatele při posuzování nabídek, jejich hodnocení a rozhodování o výběru vítězné nabídky. Nelze proto vejít na kasační úvahy stěžovatele, že komise řádně posoudila nabídky všech uchazečů z hlediska splnění zákonných a v zadávací dokumentaci stanovených požadavků a konstatovala splnění požadavků všemi nabídkami. Tak tomu nebylo, nebyla vyřazena nabídka, která jeden z parametrů zadání objektivně nesplňovala.

pokračování

[15] Stěžovatel nepřipustně zužuje požadavek transparentnosti zadávacího řízení pouze na splnění formálních požadavků na postup zadavatele v zadávacím řízení. Takový přístup by *ad absurdum* považoval za transparentní i takové zadávací řízení, ve kterém by sice prokazatelně zvítězila nabídka neodpovídající zadávacím podmínkám, avšak požadavku na transparentnost zadávacího řízení by bylo učiněno zadost již jen posouzením nabídek uchazečů a jejich „transparentním“ hodnocením. Tak tomu jistě není.

[16] Žalovaný podrobně zdůvodnil, z jakých důvodů považuje předmětné zadávací řízení za rozporné se zásadou transparentnosti (zejména body 50 až 55 prvostupňového rozhodnutí a body 24, 27 a 28 žalobou napadeného rozhodnutí). Nic v tomto ohledu nelze vytknout ani odůvodnění rozsudku krajského soudu, který správně zdůraznil, že nikoli každé porušení postupu zadavatele v zadávacím řízení znamená rovněž rozpor se zásadou jeho transparentnosti, avšak žalovaný se správně zabýval konkrétními okolnostmi projednávané věci. Stěžovatel připuštěním výběru vítězného uchazeče, jehož nabídka nebyla v souladu se zadávacími podmínkami, znepřehlednil zadávací řízení ve vztahu k ostatním nabídkám, které zadávací podmínky dodržely a učinil je vzájemně neporovnatelnými.

[17] Nedůvodnou shledal Nejvyšší správní soud rovněž kasační námitku, podle které krajský soud nepřihlédl k novější právní úpravě, která je pro stěžovatele příznivější. K poukazu na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2016, č. j. 5 As 104/2013 - 46, je třeba upřesnit, že povinnost krajského správního soudu zkoumat, zda nedošlo po právní moci žalobou napadeného rozhodnutí ke změně zákona, bez ohledu, jestli to žalobce učiní předmětem svých žalobních námitek (bod 43 usnesení), byl vysloven za situace, kdy o modifikaci podmínek trestnosti předmětného deliktního jednání pozdější pro účastníka příznivější právní úpravou nebylo pochyb. K posouzení rozšířeným senátem bylo, nakolik je aplikaci novější právní úpravy na překážku právní moc žalobou napadeného rozhodnutí či absence odpovídající žalobní námítky. Jinými slovy, premisou pro postup v souladu se shora specifikovaným usnesením rozšířeného senátu je skutečnost, že nová právní úprava pro pachatele skutečně příznivější je. Ani stěžovatel bezpochyby netvrdí, že jím požadovaný účinek vyplývá z pouhé skutečnosti, že v mezidobí nabyt účinnosti nový zákon o zadávání veřejných zakázek, který nahradil zákon o veřejných zakázkách, podle kterého byla stěžovateli pokuta uložena.

[18] Je třeba odlišovat výhradu, že krajský soud *nepřihlédl k zásadě* vyjádřené v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod a výhradu, že měl případně věcně postupovat podle pozdější, pro stěžovatele příznivější, právní úpravy. Nelze než konstatovat, že krajský soud se touto souvislostí zabýval a rozsudek v tomto ohledu rovněž řádně odůvodnil. Zřetelně vyjádřil, že stěžovatelem namítaná kolize s pozdější právní úpravou v projednávané věci nenastala. Poukázal na § 48 odst. 2 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, podle kterého může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil. Ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek pak stanoví, že se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto

zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.

[19] Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem uzavírá, že nebylo třeba podle úpravy v zákoně o zadávání veřejných zakázek postupovat i v případě předchozího postihu za delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) ve vazbě na § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona o veřejných zakázkách s poukazem na to, že je to pro pachatele výhodnější. Stěžovatel v kasační stížnosti s výjimkou zcela obecného tvrzení o „celé řadě nových souvislostí“ pozdějšího zákona neuvádí žádnou konkrétní argumentaci o nutnosti aplikace novější právní úpravy. Nemůže proto s úspěchem vytýkat krajskému soudu nepřezkoumatelnost jeho rozsudku pro nedostatek důvodů, pokud sám žádné konkrétní námitky v tomto ohledu neuplatnil.

[20] Na tom nic nemění ani požadavek rozšířeného senátu zabývat se touto souvislostí z úřední povinnosti. Krajský soud tak učinil a řádně své úvahy vysvětlil. Zcela případný je v této souvislosti poukaz na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 11. 2017, č. j. 9 As 51/2017 - 41, kde byl kasační soud konfrontován s obdobnou kasační námitkou za situace, kdy v řízení před krajským soudem nebyla vůbec namítána. Uzavřel, že „s ohledem na to, že nová právní úprava pro pachatele příznivější není, nebyl soud povinen se k nové právní úpravě nad rámec žalobních bodů výslovně vyjadřovat. Jeho rozhodnutí není nepřezkoumatelné. Pouze za předpokladu, že by krajský soud nezohlednil novou právní úpravu, která by byla pro stěžovatele skutečně příznivější, by bylo nutné rozsudek z důvodu uvedeného v § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. zrušit (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 6. 2017, č. j. 4 Afs 55/2017 - 104).“

[21] Není bez souvislosti, že Ústavní soud usnesením ze dne 11. 9. 2018, sp. zn. III. ÚS 357/18, odmítl ústavní stížnost proti uvedenému rozsudku. K § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách a § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek případně konstatoval, že „je zřejmé, že jednání stěžovatele lze i při pozměněném znění podřadit pod skutkovou podstatu správního deliktu (nyní přestupku) podle zákona o zadávání veřejných zakázek. Nadále přitom může být sankcionováno pokutou v dosavadním rozmezí. Ze strany správních soudů tudíž nebyl důvod, aby jednání stěžovatele posuzovaly podle nové zákonné úpravy.“

[22] S poukazem na shora uvedené důvody Nejvyšší správní soud zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

[23] Soud rozhodl o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalobci, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, protože mu v řízení o kasační stížnosti nevznikly žádné náklady.

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

V Brně dne 16. října 2019

pokračování

Mgr. David Hipšr
předseda senátu