



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Miluše Doškové a soudkyň Mgr. Evy Šonkové a Mgr. Sylvy Šiškeové v právní věci žalobkyně: **D FLIGHT, s. r. o.**, se sídlem Brodská 739, Nivnice, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Vladimír Pavlata - BETA AIR**, se sídlem Alešova 1864, Turnov, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 10. 9. 2019, č. j. ÚOHS-R0127/2019/VZ-25072/2019/323/MBr, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 11. 10. 2022, č. j. 62 Af 84/2019-82,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 11. 10. 2022, č. j. 62 Af 84/2019-82, **se zrušuje** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Rozhodnutím předsedy žalovaného ze dne 10. 9. 2019, č. j. ÚOHS-R0127/2019/VZ-25072/2019/323/MBr (dále jen „*napadené rozhodnutí*“), byl zamítnut rozklad žalobkyně a potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 28. 6. 2019, č. j. ÚOHS-S0152/2019/VZ-18142/2019/521/JRo (dále jen „*prvostupňové správní rozhodnutí*“), kterým byl podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), zamítnut návrh žalobkyně na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Ministerstva zemědělství České republiky (dále jen „*zadavatel*“) při zadávání části 3. veřejné zakázky „*Zajištění letecké hasičské služby (LHS) v letech 2019 – 2022 ve vymezených částech České republiky*“ v otevřeném řízení, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

[2] Zrušení obou rozhodnutí se žalobkyně domáhala žalobou. Namítala jejich nezákonnost a nedostatečné vypořádání se s rozkladovými námitkami. Dle názoru

žalobkyně postupoval zadavatel v rozporu se zákonem, když nesplnil povinnost vyloučit dodavatele, z jehož objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyplývá, že její výše je způsobena porušováním povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky (dále jen „*vybraný dodavatel*“). Porušení spatřovala v tom, že vybraný dodavatel uvedl měsíční mzdové náklady nerespektující pracovněprávní předpisy (zaručenou mzdu). Žalobkyně upozorňovala na čl. 4 odst. 2 a 3 Směrnice pro hašení lesních požárů leteckou technikou, č. j. 58640/2018-MZE-16212, platné od 1. 1. 2019 (dále jen „*směrnice*“), z jejichž znění dovodila, že po stanovenou dobu (průměrně 70 hodin týdně) musí být personál stanice (tedy všichni jeho členové) ve službě tak, aby do 5 minut po vyžádání letadla byla zahájena jeho činnost vedoucí k vzletu letadla, a samotný vzlet k provedení hasebního letu musí být uskutečněn do 15 minut po vyžádání letadla i v případě, že je letadlo využíváno k jiné činnosti. V návaznosti na to si žalobkyně položila otázku, zda během výkonu služby personálu stanice LHS není vyloučen výkon jiné závislé činnosti pro třetí osobu. K tomu žalobkyně uvedla výpočet demonstrující nedostatečnost průměrného měsíčního mzdového nákladu, který uvedl vybraný dodavatel. Napadené rozhodnutí podle ní neobsahovalo zásadní úvahu ohledně charakteru služby, pouze nekriticky přebralo tvrzení zadavatele a vybraného dodavatele.

[3] Poprvé Krajský soud v Brně (dále jen „*krajský soud*“) obě správní rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení rozsudkem ze dne 7. 10. 2021, č. j. 62 Af 84/2019–59. Upozornil na to, že na objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny musí navazovat posouzení zadavatele, zda z něj nevyplývá opak, tedy zda není naplněna hypotéza stanovená pro vyloučení účastníka zadávacího řízení v § 113 odst. 6 písm. a) ZZVZ. V posuzované věci bylo dle krajského soudu na zadavateli, aby v rozhodnutí o námitkách vypořádal tvrzení žalobkyně o porušení pracovněprávních předpisů s ilustračním výpočtem provedeným žalobkyní s ohledem na vyčíslení prostředků na mzdy; zadavatel tak neučinil. Krajský soud shledal jeho postup v rozporu s § 245 odst. 1 ZZVZ kvůli nedostatečnému odůvodnění, jehož nedostatky nemůže zhojit prvostupňové správní rozhodnutí.

[4] Tento rozsudek však byl zrušen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 8. 2022, č. j. 2 As 269/2021-21. Kasační soud upozornil na fakt, že žalobkyně proti rozhodnutí zadavatele o námitkách nebrojila. Konstatoval proto pochybení krajského soudu, který ve svém rozsudku popřel dispoziční zásadu, a zasáhl tak i do principu rovnosti účastníků řízení, neboť žalovanému tímto postupem bylo odejmuto právo vyjádřit se k této skutečnosti, kterou následně vzal krajský soud za určující pro své zrušující rozhodnutí.

[5] Následně krajský soud ve věci rozhodoval znovu; rozsudkem ze dne 11. 10. 2022, č. j. 62 Af 84/2019–82 (dále jen „*napadený rozsudek*“), zrušil napadené rozhodnutí a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu přistoupil k posouzení otázky, zda je možné, aby v kontextu tvrzené mimořádně nízké nabídkové ceny vybraný dodavatel vyhověl požadavkům příslušné směrnice pro hašení lesních požárů leteckou technikou a pracovněprávním předpisům.

[6] Krajský soud konstatoval, že součástí zadávacích podmínek sice není požadavek zadavatele, aby zaměstnanci budoucího vybraného dodavatele prováděli pouze činnosti

pokračování

spojené s plněním předmětu veřejné zakázky a po celou dobu „jen“ vyčkávali na případný zásah, avšak předmětem plnění dle zadávací dokumentace nebyl toliko případný zásah, nýbrž i samotné zajištění provozu stanice letecké hasičské služby, přičemž to musí být realizováno průběžně, tedy každý den. Na základě toho krajský soud naznal, že argumentace žalovaného stran četnosti požárů se nevztahuje k celému rozsahu plnění veřejné zakázky. Argumentace žalovaného směřující k tomu, že zajištění plnění podle smlouvy v rozsahu 300 hodin měsíčně, kterou argumentovala žalobkyně, neodpovídá realitě, je pak dle krajského soudu lichá, neboť vychází z premisy, že rozsah plnění veřejné zakázky se pohybuje „spíše“ v rozmezí 300 až 400 hodin měsíčně. Tuto premisu by však bylo možné přijmout jen za předpokladu, že by předmětem plnění byly toliko hasební lety, a ne i zajištění provozu stanice. Odkazuje-li žalovaný na maximální rozsah letových hodin 400 dle smlouvy, pak jde pouze o maximální rozsah samotných letových hodin.

[7] Za neodpovídající požadavkům směrnice pro hašení lesních požárů leteckou technikou označil krajský soud argumentaci žalovaného, že není nutné, aby personál stanice letecké hasičské služby byl každý den přímo na stanici, neboť je nutné, aby činnost personálu stanice vedoucí ke vzletu byla zahájena do pěti minut po vyžádání letadla a vzlet byl uskutečněn do patnácti minut po vyžádání letadla. Dle krajského soudu je splnění požadavku bez přítomnosti personálu na stanici nemožné a k opačné dedukci chybí žalovanému jakékoliv skutkové zjištění. Neodpovídá to ani postoji budoucího vybraného dodavatele, který v rámci vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny v bodu *Režie* uvedl, že „*tato položka sestává z denní dopravy zaměstnanců na a z místa výkonu jejich práce.*“

[8] Napadené rozhodnutí dle krajského soudu nikterak nevyvrací žalobní argumentaci, že provoz stanice prostřednictvím personálu způsobilého naplnit požadavky dle směrnice je zajišťován po dobu 300 hodin měsíčně. Krajský soud znovu upozornil, že je-li předmětem plnění zajištění provozu stanice a není-li provoz zajišťován jen po dobu hasebního letu, nelze přijmout argumentaci, že takový počet hodin neodpovídá povaze veřejné zakázky, požadavkům zadavatele a směrnici. Argument vykonávání jiné činnosti zůstává dle krajského soudu v hypotetické rovině a není zřejmé, o jakou činnost, jež by nespádala do předmětu plnění a za niž by personál nebyl odměňován v rámci předmětu plnění, má jít. Zadavatel nekonkretizoval ani v řízení o námitkách (což v souladu se závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu krajský soud dle svých slov ponechává stranou) ani v řízení před žalovaným argument ohledně možnosti vykonávat jinou činnost, ale přitom na něm staví svůj závěr, že mzdové náklady vybraného dodavatele na zajištění provozu stanice nejsou ve vztahu k předmětu plnění natolik nízké, že by to mělo vést k vyloučení dodavatele podle § 113 odst. 6 ZZVZ.

[9] Žalobkyní uváděných 300 hodin měsíčně se zřetelem na předmět plnění veřejné zakázky označil krajský soud za reálných. Dle jeho názoru nemůže obstát závěr žalovaného v bodě [73] napadeného rozhodnutí, že toto žalobkynino tvrzení se odvíjí od nevhodně zvoleného modelu výpočtu nabídkové ceny. Podezření na porušení pracovněprávních předpisů kalkulací nabídkové ceny, jež tomuto rozsahu neodpovídá, nebylo dle krajského soudu rozptýleno, neboť žalovaný reagoval argumenty zčásti nepřípadnými, neodpovídajícími požadavku na okamžitou akci podle směrnice ani podle vyjádření samotného vybraného dodavatele či neodpovídajícími předmětu plnění veřejné zakázky, a zčásti také argumenty nekonkrétními, kterým chybí jakákoli bližší skutková zjištění.

Krajský soud tedy uzavřel, že závěr žalovaného o tom, že nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, od čehož se odvíjelo zamítnutí návrhu podle § 256 písm. a) ZZVZ, jsou přinejmenším předčasné.

II. Kasační stížnost žalovaného a vyjádření k ní

[10] Proti rozsudku krajského soudu podal žalovaný (dále jen „stěžovatel“) kasační stížnost, ve které navrhl napadený rozsudek zrušit a věc vrátit krajskému soudu k dalšímu řízení.

[11] Dle názoru stěžovatele provedl krajský soud do jisté míry extenzivní výklad § 113 ZZVZ. Postavil napadený rozsudek na závěru, že stěžovatel *de facto* nedostatečně zjistil skutkový stav věci k učinění závěru, že mimořádně nízká nabídková cena vybraného dodavatele byla zdůvodněna v takové míře, aby neexistovaly pochybnosti o dodržení pravidel uvedených v § 113 odst. 4 písm. a) ve spojení s § 113 odst. 6 ZZVZ.

[12] Stěžovatel nesouhlasí s odůvodněním krajského soudu stran rozsahu hodin, které mají být předmětem veřejné zakázky; uvádí, že svá skutková zjištění opřel o vyjádření zadavatele, vybraného dodavatele a vycházel také ze zadávací dokumentace. Nadále trvá na tom, že není vyžadováno, aby zaměstnanci vybraného dodavatele byli přítomni na konkrétní stanici letecké hasičské služby po celý den a vykonávali činnost výhradně pro vybraného dodavatele. Dle směrnice je pohotovost vždy od 9:00 do 18:00 (resp. 19.50 v závislosti na ročním období). Zaměstnanci musí být dostupní na telefonech, aby byli schopni naplnit požadavky směrnice; jinými slovy směrnice přímo nevyžaduje celodenní přítomnost zaměstnanců na stanici, ale držení pohotovosti. Zaměstnanci vybraného dodavatele tedy mohou být v blízkosti stanice, v dojezdové vzdálenosti, a přitom vykonávat jinou výdělečnou činnost. Krajský soud a stěžovatel, potažmo zadavatel, se rozcházejí ve výkladu směrnice stran toho, co znamená „zajištění provozu LHS“. Stěžovatel přitom vycházel z vyjádření zadavatele, který uvedl, že v zadávacích podmínkách nebyl obsažen požadavek, aby zaměstnanci vybraného budoucího dodavatele prováděli pouze činnosti spojené s plněním předmětu veřejné zakázky. Naopak zadavatel označil za ekonomicky výhodné, pokud zaměstnanci během držení pohotovosti vykonávají i jinou výdělečnou činnost a zadavatel tak nenese veškeré náklady na mzdy takových zaměstnanců.

[13] Toto vyjádření přináší dle stěžovatele realistický pohled na to, jak skutečně vypadá služba na stanici LHS. Úvahy krajského soudu by mohly obstát pouze v případě, že by zaměstnanci zahájili svoji činnost v 9:00 hodin ráno a po celý den (pokud by nikde nehořelo) pouze vyčkávali v administrativní budově. Nevykonávali by tedy žádnou jinou činnost a byli by za toto odměňováni pouze vybraným dodavatelem. Takový pohled však neodpovídá zadávacím podmínkám ani směrnici. Reálně má vybraný dodavatel uzavřené smlouvy či dohody se zaměstnanci aeroklubu Plasy při letecké stanici, jak plyne i z jeho vyjádření. Zde také uvedl, že se na plnění zakázky podílí i sám, jeho odměna je však částí výsledného zisku společnosti, a nikoliv částí mzdových nákladů.

[14] Rozsah přezkumu stěžovatele je nastaven dosavadní judikaturou; z té plyne, že stěžovatel je oprávněn kontrolovat celý proces, který v zásadě začíná tím, že je zjištěna mimořádně nízká nabídková cena a končí tak, že se zadavatel s jejím vysvětlením spokojí,

pokračování

rozhodne o výběru dodavatele, případně se nespokojí a rozhodne o jeho vyloučení. Stěžovatel má pravomoc přezkoumávat dodržení základních zásad dle § 6 ZZVZ, zejména pak zásadu transparentnosti, není však nadán pravomocí vstupovat do myšlenkových procesů hodnotící komise zadavatele, nýbrž pouze posuzuje, zda je jeho postup v souladu se zákonem. K tomu stěžovatel odkazuje na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2004, č. j. 2 A 9/2002–62, ze dne 20. 5. 2014, č. j. 2 Afs 23/2013–42, nebo ze dne 6. 11. 2009, č. j. 5 Afs 75/2009–100. I podle rozsudku Soudního dvora Evropské unie ve věci C-599/10 ze dne 29. 3. 2012, má stěžovatel povinnost přezkoumat dodržení základních zásad zadávání veřejných zakázek. Přitom je kladen maximální důraz na dodržení zásady transparentnosti.

[15] Stěžovatel je názoru, že pokud by měl v posuzované věci zrušit rozhodnutí o výběru dodavatele s odůvodněním, že musí požadovat více podkladů od vybraného dodavatele, aby mohl zcela jistě rozhodnout, zda existují obligatorní důvody pro vyloučení dodavatele s mimořádně nízkou nabídkovou cenou, postupoval by v rozporu s judikaturou správních soudů. Zodpovědnost leží na zadavateli; rizika spojená s mimořádně nízkou nabídkovou cenou musí sám vyhodnotit a sám rozhodnout, zda je ochoten jejich existenci akceptovat či nikoliv. V posuzovaném případě pak neměl stěžovatel ani zadavatel relevantní indicie o tom, že by mimořádně nízká nabídková cena byla způsobena porušením pracovněprávních předpisů a byl dán obligatorní důvod pro vyloučení dodavatele. Krajským soudem předestřený výklad směřuje k tomu, aby v případě jakéhokoliv zpochybnění pracovněprávních předpisů byli zadavatelé nuceni prokázat, že k nedodržování skutečně nedochází, což by vedlo k povinnosti vyžádat si veškerou smluvní dokumentaci vztahující se k již uzavřeným pracovním smlouvám a dohodám, a rovněž návrhy pracovních smluv a dohody. Následně by museli zjišťovat, jak jsou a jak budou odměňováni stávající a budoucí zaměstnanci. Takový postup by byl dle stěžovatele nad rámec institutu mimořádně nízké nabídkové ceny dle platné úpravy obsažené v ZZVZ.

[16] „*Konkurenční výhoda*“, kterou měl vybraný dodavatel v posuzované věci, nevyplývala z porušení pracovněprávních předpisů při plnění veřejné zakázky. K tomu stěžovatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 9. 2017, č. j. 5 As 180/2016-32. Dodává, že krajský soud dostatečně nezohlednil, že vybraný dodavatel je zároveň pilotem a podnikatelem; lze zde spatřovat maximálně nerovnost v podnikatelském prostředí, kdy si jiný podnikatel musí např. pronajímat veškerá letadla a hangáry a zároveň není pilotem či leteckým technikem a potřebuje tak více zaměstnanců, neboť se sám nemůže podílet na plnění předmětu zakázky. Navíc vybraný dodavatel zaměstnává pracovníky, kteří jsou z důvodu výkonu jiné práce přítomni přímo na letišti Plasy a jsou tak schopni naplnit požadavky směrnice. I z těchto důvodů je zřejmé, že vybraný dodavatel má oproti jiným nižší vstupní náklady, a tudíž jeho nabídková cena může být oproti jiným nižší. Nejedná se však stále o nabídku tak nízkou, že by z ní plynulo porušení pracovněprávních předpisů. Krajský soud a žalobkyně předpokládají způsob plnění veřejné zakázky, který nemá oporu v zadávací dokumentaci. Výpočet žalobkyně nemá oporu v realitě a reakce zadavatele byla dle stěžovatele přiměřená, neboť v něm žalobkyně argumentace nemohla vyvolat pochybnosti o dodržování pracovněprávních předpisů.

[17] Závěrem stěžovatel odkazuje na vyjádření zadavatele ze dne 18. 11. 2022, které si vyžádal a přiložil jej ke kasační stížnosti (poznámka NSS: zadavatel nevyužil možnosti

postavení osoby zúčastněné na řízení). Z něj se podává, že v rámci opakovaných kontrol bylo zjištěno, že na stanici byla přítomna posádka držící pohotovost dle vedeného deníku, která se věnovala opravě a údržbě letecké techniky. Práci byla schopna okamžitě přerušit a začít se věnovat úkonům spojeným s plněním veřejné zakázky. Tyto opravy přitom probíhaly v bezprostřední blízkosti smluvního hasebního letadla. Vyjádření zadavatele pouze potvrzuje skutečnost, že nedochází a nedocházelo k porušování pracovněprávních předpisů. Zadavatel převzal riziko spojené s mimořádně nízkou nabídkovou cenou, neboť byla z jeho pohledu řádně zdůvodněna a neexistoval obligatorní důvod pro vyloučení vybraného dodavatele. Krajský soud vycházel dle stěžovatele pouze z žádosti o vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny, zatímco zadavatel má reálné zkušenosti s vybraným dodavatelem z minulých let. Zajistit provoz na stanici lze v souladu se zadávacími podmínkami více způsoby, což vybraný dodavatel dostatečně prokázal.

[18] Žalobkyně ani osoba zúčastněná na řízení se k podané kasační stížnosti nevyjádřily.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[19] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval posouzením, zda byly splněny podmínky řízení. Zjistil, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou, stěžovatel je v řízení zastoupen zaměstnancem s vysokoškolským právnickým vzděláním, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie (§ 105 odst. 2 s. ř. s.) a jsou naplněny i obsahové náležitosti stížnosti (§ 106 s. ř. s.).

[20] Přestože Nejvyšší správní soud v této věci již jednou rozhodoval, kasační stížnost je přípustná ve smyslu § 102 s. ř. s. Podle § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. je kasační stížnost nepřipustná proti rozhodnutí, „*jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem; to neplatí, je-li jako důvod kasační stížnosti namítáno, že se soud neřídil závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu*“. Stěžovatel v kasační stížnosti sice nenamítá, že se krajský soud neřídil závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu, je však třeba zdůraznit, že v předcházejícím případě zrušil kasační soud napadený rozsudek z důvodu, že krajský soud překročil rozsah přezkumu vymezený žalobními námitkami a v návaznosti na to zrušil obě správní rozhodnutí. K tomu Nejvyšší správní soud přihlédl jako k jiné vadě řízení před soudem s vlivem na zákonnost rozhodnutí o věci samé ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. Krajský soud tak neposuzoval argumentaci žalobkyně mířící na to, zda je možné během služby na letecké hasičské stanici vykonávat jinou činnost, resp. zda je možné, aby vybraný dodavatel vyhověl požadavkům směrnice a pracovněprávním předpisům.

[21] Krajský soud se tedy věci musel znovu zabývat v rámci žalobních námitek a predestřenou otázku posoudit; na základě těchto okolností je zřejmé, že proti jeho závěrům se stěžovatel v první kasační stížnosti nemohl bránit, neboť prvním rozsudkem tato otázka nebyla řešena. V takovém případě nelze kasační stížnost považovat za nepřipustnou z hlediska § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s., neboť smyslem tohoto ustanovení je zajistit, aby se Nejvyšší správní soud nemusel znovu zabývat věcí, u které již jedenkrát svůj právní názor na výklad hmotného práva závazný pro nižší soud vyslovil, a to za situace, kdy se nižší soud tímto právním názorem řídil (viz nálezy Ústavního soudu ze dne 8. 6. 2005, sp. zn. IV. ÚS 136/05, č. 119/37 SbNU 519).

pokračování

[22] Nejvyšší správní soud zkoumal důvodnost kasační stížnosti v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a přípustně uplatněných důvodů. Stěžovatel napadá rozsudek krajského soudu z důvodu dle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.

[23] Kasační stížnost je důvodná.

[24] Podle § 113 odst. 4 ZZVZ „[z]adavatel požádá účastníka zadávacího řízení o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. Žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny se považuje za žádost podle § 46, lze ji doplňovat a vznést opakovaně. V žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny musí zadavatel požadovat, aby účastník zadávacího řízení potvrdil, že při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu.“

[25] Podle § 113 odst. 5 ZZVZ „[ú]častník zadávacího řízení musí v objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny potvrdit skutečnosti podle odstavce 4. Mimořádně nízkou nabídkovou cenu může účastník zadávacího řízení dále odůvodnit zejména prostřednictvím ekonomických aspektů výrobního procesu, poskytovaných služeb nebo konstrukčních metod, použitých technických řešení nebo výjimečně příznivých podmínek, které má účastník zadávacího řízení k dispozici pro plnění veřejné zakázky, nebo originality stavebních prací, dodávek nebo služeb.“

[26] Podle § 113 odst. 6 ZZVZ „[z]adavatel posoudí objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Zadavatel účastníka zadávacího řízení vyloučí, pokud z objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyplývá, že nabídková cena je mimořádně nízká nabídková cena z důvodu porušování povinností uvedených v odstavci 4 písm. a), nabídková cena je mimořádně nízká z důvodu veřejné podpory a účastník zadávacího řízení není schopen na výzvu zadavatele prokázat, že veřejná podpora byla poskytnuta v souladu s předpisy Evropské unie; jestliže je účastník zadávacího řízení vyloučen z tohoto důvodu, informuje zadavatel o této skutečnosti Evropskou komisi, nebo neobsahuje potvrzení skutečností podle odstavce 4.“

[27] Podle § 48 odst. 4 ZZVZ „[z]adavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud nabídka účastníka zadávacího řízení obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, která nebyla účastníkem zadávacího řízení zdůvodněna.“

[28] Podle čl. 4 odst. 2 směrnice „[p]ersonál stanice LHS musí být v průběhu smluvního období určeného smlouvou o zajištění LHS mezi MZe a soukromým leteckým provozovatelem denně v době, stanovené v příloze č. 5 této Směrnice, ve službě a dosažitelný na telefonních číslech stanice LHS. Personál stanice LHS musí být schopen provést hasební lety za podmínek stanovených v čl. 7 této Směrnice.“

[29] Podle čl. 4 odst. 3 směrnice „[č]innost personálu stanice LHS vedoucí ke vzletu letadel musí být zahájena nejdéle do 5 minut po vyžádání letadla a vzlet musí být uskutečněn do 15 minut po vyžádání letadla k provedení hasebního letu i v případě, že je letadlo využíváno k jiné činnosti.“

[30] Institut mimořádně nízké nabídkové ceny je primárně ochranou zadavatele proti uchazečům, kteří jednají s cílem zvítězit ve výběrovém řízení předložením ceny, za kterou není možno zakázku realizovat. S tím je spojeno velké nebezpečí, že zakázka nebude z důvodu finančních potíží takového uchazeče realizována, případně její cena, byť by to bylo v rozporu se zákonem, bude dodatečně navýšena (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 10. 2012, č. j. 1 Afs 42/2012–51).

[31] Zadavateli proto zákon stanovuje v případě, kdy přítomnost mimořádně nízké nabídkové ceny zjistí, povinnost vyžádat od účastníků zadávacího řízení písemné zdůvodnění způsobu takto stanovené nabídkové ceny. Zdůvodnění přitom musí být dostatečně konkrétní. Účastník také musí potvrdit, že při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou na plnění veřejné zakázky podílet, a že neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu. Žádost o zdůvodnění přitom lze vznést opakovaně. Je pak na zadavateli, zda se s předloženým odůvodněním spokojí, nebo účastníka vyloučí.

[32] Již ze samotné dikce § 48 odst. 4 ZZVZ plyne, že zadavatel účastníka vyloučit nemusí. *„Je třeba pamatovat na fakt, že je to právě zadavatel, kdo by měl být na základě svých interních postupů a definice potřeb schopen řádně posoudit, zda se jedná o cenu, za kterou lze/nelze plnit předmět veřejné zakázky. Zadavatel by v případě identifikace mimořádně nízké ceny měl mít možnost uchazeče podle vlastního přesvědčení vyloučit, neboť je to právě zadavatel, kdo nese odpovědnost za vynakládané prostředky a zároveň za řádnou realizaci veřejné zakázky.“* (Vláda: Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek, č. 134/2016 Dz).

[33] Obligatoční vyloučení účastníka zadávacího řízení je nutné pouze tehdy, pokud z jeho objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny plyne, že je zapříčiněna porušením právních předpisů ve smyslu § 113 odst. 4.

[34] Zákon přitom obsahuje výčet důvodů, kterými je možné mimořádně nízkou nabídkovou cenu odůvodnit. Uvedený výčet je pouze demonstrativní a dodavatel může nabídkovou cenu odůvodnit jakýmkoli jiným vhodným způsobem. Mezi uvedené důvody dle komentářové literatury může patřit například to, že *„dodavatel má vstupní materiál z vlastní produkce, čímž minimalizuje náklady, [...] lokální dodavatel má potřebné technické zázemí v místě plnění veřejné zakázky, dodavatel získal vstupní materiál s podstatnou slevou, má sjednané trvalé slevy u svých poddodavatelů či podstatné množstevní slevy, dodavatel v místě již realizuje jiná plnění a pro plnění veřejné zakázky využije pracovníky tam již lokalizované, čímž uspoří mzdové a další související náklady.“* (ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. § 113 [Mimořádně nízká nabídková cena]. In: ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 856.)

[35] Byť je to především zadavatel, kdo by měl posoudit, zda účastníka zadávacího řízení vyloučit, je stěžovatel dle judikatury (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 10. 2012, č. j. 1 Afs 42/2012–51), povinen tento závěr přezkoumat.

pokračování

[36] Jak vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 6. 11. 2009, č. j. 5 Afs 75/2009-100, „úkol^{em} Úřadu [stěžovatele] je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. Jeho pravomoci končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Úřad však dbá na to, aby byla splněna jedna ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti celého procesu zadávání veřejných zakázek [...]. Úřad není oprávněn při své přezkumné činnosti vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, tedy členů hodnotící komise, a tyto myšlenkové pochody jakkoliv přezkoumávat, hodnotit či dokonce nahrazovat vlastním správním uvážení [...] přezkoumává, zda k hodnocení komisí došlo zákonem stanoveným způsobem, zda k tomu došlo transparentním způsobem, tedy zda je posouzení komise přezkoumatelné po formální stránce“. Platí, že přezkumná činnost žalovaného „spočívá v kontrole, zda byly řádně dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek. (...) Jeho pravomoci sahají do úrovně těch zadavatelských činností, které vytvářejí prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů komise, neboť tím by se žalovaný ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele.“ (rozsudek NSS ze dne 16. 3. 2004, č. j. 2 A 9/2002-62, č. 242/2004 Sb. NSS)

[37] Aby tedy mohl stěžovatel dostát svým úkolům stran výkonu dohledu nad veřejnými zakázkami [srov. § 112 odst. 1 písm. b) ZVZ] a dospět k závěru o regulérnosti zadávacího řízení, je třeba, aby zadavatel postupoval transparentně a přezkoumatelně. V posuzovaném případě zadavatel zjistil zásadní rozdíl mezi nabídkovou cenou vybraného dodavatele a ostatních účastníků zadávacího řízení. Vyhodnotil ji jako mimořádně nízkou, a proto požádal o její odůvodnění. Vybraný dodavatel odůvodnění zaslal a zadavatel dospěl k závěru, že zde není důvod pro jeho vyloučení.

[38] Argumentací žalobkyně v nyní posuzované věci bylo pouze to, že z nabídkové ceny plyne, že je mimořádně nízká z důvodu porušování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, konkrétně směrnice, a současně také pracovněprávních předpisů stanovujících zaručenou mzdu. Krajský soud jí přisvědčil; dle jeho názoru ji napadené rozhodnutí nijak nevyvrací. Byť argumentace napadeného rozhodnutí stran plnění požadavků směrnice a pracovněprávních předpisů není až tak precizní, Nejvyšší správní soud ji považuje za dostatečnou.

[39] Z kasační argumentace plyne, že stěžovatel i jeho předseda svá zjištění opřeli o vyjádření zadavatele, vybraného dodavatele a zadávací dokumentace. Stěžovatel tvrdí, že zadávací dokumentace přímo nevyžaduje celodenní přítomnost zaměstnanců na stanici; je pouze nutné, aby činnost personálu stanice vedoucí ke vzletu letadel byla zahájena nejdéle do pěti minut po vyžádání letadla a vzlet byl uskutečněn do patnácti minut po vyžádání letadla k provedení hasebního letu. S tímto závěrem Nejvyšší správní souhlasí. Tato úvaha je obsažena i v napadeném rozhodnutí (bod [69]). Zadavatel jasně uvedl, že po dobu držení pohotovosti zaměstnanci mohou vykonávat jinou výdělečnou činnost, a zadavatel tak zprostředkovaně nenese veškeré náklady na jejich mzdy. Podotkl také, že tento způsob byl již v minulosti při plnění obdobných zakázek s různými dodavateli využíván. Krajský soud však argumentuje tím, že je nutné také samotné zajištění provozu stanice letecké hasičské služby. Dle stěžovatele však neplyne požadavek celodenní přítomnosti ani ze směrnice; ve výkladu pojmu „zajištění provozu LHS“ se s krajským soudem rozchází.

[40] Krajskému soudu lze přisvědčit v tom, že argumentace stran četnosti požárů tak, jak ji přestírá napadené rozhodnutí, se vztahuje pouze k samotným vzletům a nevyvrací žalobní argumentaci, podle níž je provoz stanice prostřednictvím personálu způsobilého naplnit požadavek na zahájení činnosti personálu vedoucí ke vzletu do 5 minut po vyžádání letadla a vzlet uskutečněn do 15 minut po vyžádání letadla v rozsahu asi 300 hodin měsíčně. Tato žalobní argumentace však nekalkuluje se situací, kdy vybraný dodavatel má v místě plnění veřejné zakázky technické zázemí a bude pro ni využívat zaměstnance, kteří jsou v požadované době v místě přítomni a schopni plnit požadavky směrnice, avšak namísto „vyčkávání“ se věnují jiné výdělečné činnosti. Jak upozorňuje stěžovatel, vybraný dodavatel je zároveň pilotem/podnikatelem, tedy má výhodu v tom, že si nemusí pronajímat veškerá letadla, platit vysoké nájemné za hangár, především ale zaměstnává osoby, které jsou z důvodu jiné výdělečné činnosti přítomny v areálu letiště Plasy a odměňuje je pouze za reálné hodiny, nikoliv i za hodiny „držení pohotovosti“. Podle Nejvyššího správního soudu se jedná o legitimní výjimečně příznivé podmínky ve smyslu § 113 odst. 5 ZZVZ, které má vybraný dodavatel k dispozici pro plnění veřejné zakázky. Pouze v případě, kdy by tyto výjimečně příznivé podmínky vybraný dodavatel neměl, bylo by možné z vyčíslení jeho nabídky dovozovat možné porušení pracovněprávních předpisů nebo směrnice.

[41] Nejvyšší správní soud má za to, že argumentace, na kterou poukazoval krajský soud v bodě [12] napadeného rozsudku, je vztahu k posuzované otázce skutečně lichá. Zároveň však Nejvyšší správní soud nemůže pominout, že správní řízení ovládá zásada jednoty řízení před správním orgánem I. stupně a odvolacím správním orgánem. Odvolací (i rozkladové) řízení proto tvoří s řízením prvostupňovým jeden procesní celek (§ 36 odst. 1 správního řádu). Rozhodnutí správních orgánů obou stupňů se navzájem doplňují (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 11. 2009, č. j. 1 Afs 88/2009–48, ze dne 27. 2. 2013, č. j. 6 Ads 134/2012–47, ze dne 31. 10. 2014, č. j. 6 As 161/2013–25, ze dne 20. 2. 2020, č. j. 2 Ads 171/2019–43, či ze dne 31. 3. 2021, č. j. 3 As 36/2019–45). Zpravidla tento argument slouží k vysvětlení toho, proč může odvolací či rozkladový orgán nahradit část odůvodnění orgánu prvního stupně vlastní úvahou a korigovat tak určitá dílčí „argumentační zaškobrtnutí“ podřízeného správního orgánu v případě, kdy prvostupňové rozhodnutí potvrzuje (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 2. 2013, č. j. 6 Ads 134/2012–47). Nelze však vyloučit ani opačný postup, kdy mezery v odůvodnění odvolacího, resp. rozkladového orgánu, které by jinak způsobovaly jeho nepřezkoumatelnost, zaplní argumenty obsažené již v prvostupňovém rozhodnutí. Úkolem odvolacího, resp. rozkladového orgánu je totiž zejména reagovat na odvolací, resp. rozkladové námítky (srov. § 89 odst. 2 věta druhá zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů), přičemž z hlediska ekonomie řízení není vyloučeno, aby argumentaci správního orgánu prvního stupně pouze doplnil. Někdy pak může rozhodnutí, jímž se odvolání či rozklad zamítá a napadené rozhodnutí se potvrzuje, působit samo o sobě mozaikovitě a nespojitě, neboť staví na základech, vybudovaných správním orgánem prvního stupně a doplňuje pouze chybějící detaily či opravuje ojedinělé přehmaty (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 10. 2014, č. j. 6 As 161/2013–25).

[42] K tomu došlo i v nyní řešené věci. Při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny byly zohledněny příznivé podmínky, které měl vybraný dodavatel pro plnění veřejné zakázky k dispozici. V prvostupňovém správním rozhodnutí (bod [90]) stěžovatel aproboval

pokračování

postup zadavatele, který vycházel z vysvětlení vybraného dodavatele (bod [56]). Z tohoto vysvětlení se mimo jiné podává, že „*hotovostní činnost LHS neznamená, že personál nemůže vykonávat žádnou jinou činnost a že by pouze musel vyčkávat v dosahu zásahového letadla tak, aby mohl odstartovat do 15 minut dle podmínek zadavatele. Dle vybraného dodavatele personál může pracovat např. na opravách další techniky v areálu letiště a za tuto činnost pobírat úkolovou mzdu tak, aby byly splněny všechny podmínky případného hotovostního vzletu.*“ Z výše uvedených skutečností je zřejmé, že realizace veřejné zakázky je zamýšlena tak, že zaměstnanci vybraného dodavatele budou v určenou dobu přítomni na stanici, resp. těsné blízkosti v areálu letiště, a v době, kdy nebude nutné činit úkony stran hašení požáru, budou vykonávat jinou výdělečnou činnost – práci leteckých mechaniků. Takové zajištění provozu stanice není nikterak v rozporu se směrnicí, pokud je zajištěna dosažitelnost personálu stanice na jejích telefonních číslech a jsou splněny další stanovené podmínky jako uskutečnění v určené časové dotaci.

[43] Nejvyššímu správnímu soudu není zřejmé, na základě čeho dovozuje krajský soud svůj výklad pojmu „*zajištění provozu LHS*“. Výklad stěžovatele i jeho předsedy vychází z vyjádření zadavatele i vybraného dodavatele a nikterak se nerozchází s požadavky směrnice. Plyne z nich, že personál bude „*v pohotovosti*“, čímž bude provoz stanice zajištěn, zároveň však bud odměňován podle v rámci zakázky „*reálně odpracovaných*“ hodin, což vysvětluje nižší mzdové náklady a rozptyluje pochybnosti stran dodržování pracovněprávních předpisů a požadavků směrnice. Zároveň je takový způsob ekonomicky výhodný pro vybraného dodavatele, ale především také pro zadavatele. Krajský soud pouhé převzetí závěrů z vyjádření předsedovi stěžovatele vytýká, sám však vyšel z žalobní argumentace a nezohlednil přitom příznivé podmínky, které vybraný dodavatel měl a které zadavateli a následně stěžovateli odůvodnil.

[44] Ani krajským soudem poukazovaná skutečnost, že vybraný dodavatel v rámci vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 25. 2. 2019 pod bodem Režie uvedl, že „*tato položka sestává z denní dopravy zaměstnanců na a z místa výkonu jejich práce*“, nijak nevylučuje předestřený scénář fungování stanice, spíše naopak – zaměstnanci budou na místě tak, aby mohli vyhovět požadavkům směrnice v případě požáru, ale místo pouhého „čekání“ se budou věnovat i jiné výdělečné činnosti tak, jak bylo tvrzeno. Započítání této položky je přitom logické, neboť přítomnost zaměstnanců v areálu letiště z hlediska plnění předmětu zakázky je podstatná. Tento scénář potvrzuje také vyjádření vybraného dodavatele, kde specifikoval, že předmětní zaměstnanci současně vykonávají činnost přímo na letišti Plasy, konkrétně pak jde o práci leteckých mechaniků v rozsahu jejich technických oprávnění. To znamená, že musí být vždy přítomni na letišti v Plasích v určeném časovém rozmezí, pokud neprobíhá letecké hašení požáru. Vyvrací to také argumentaci krajského soudu, že není zřejmé, jaké činnosti nespádající do předmětu plnění zakázky se budou zaměstnanci věnovat. Navíc to pro posouzení věci není dle Nejvyššího správního soudu podstatné; není zadavatelovou starostí, zda jinou výdělečnou činností bude údržba jiných letadel nebo něco úplně jiného.

[45] Stěžovateli lze také přisvědčit v tom, že krajský soud dostatečně nezohlednil, že vybraný dodavatel se sám může podílet na plnění předmětu zakázky, přičemž ale jeho odměna není zahrnutá ve vyčíslení mezd. K jejich výši v odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel ve svém vyjádření ze dne 31. 5. 2019, ze kterého stěžovatel rovněž

vycházel, uvedl následující: „Vybraný dodavatel v Odůvodnění netvrdil, že uvedená mzda je mzda, která je vyplácena na základě pracovněprávního poměru uzavřeného na plný úvazek a Zadavatel to z Odůvodnění ani nevyvozoval. Z pohledu Zadavatele se jednalo pouze o vyčíslení mzdových nákladů spojených s budoucí realizací Veřejné zakázky, nikoliv nutně o jediný příjem daných zaměstnanců. Dalším aspektem byl fakt, že pan Vladimír Pavlata byl jakožto fyzická osoba uveden v rámci nabídky v seznamu letového personálu na pozici ‚Pilot letounů‘. Zadavateli tak bylo z předložené nabídky zřejmé, že se v jedné osobě spojuje Vybraný dodavatel a člen letového personálu. Jelikož je Vybraný dodavatel Fyzická osoba – podnikatel, předpokládal Zadavatel i na základě předchozích zkušeností z realizace Veřejné zakázky 2017, že část mzdových nákladů není vyčíslena s ohledem na to, že odměna pana Vladimíra Pavlaty je obsažena v předpokládaném zisku Vybraného dodavatele, jehož vyčíslení bylo v rámci Odůvodnění rovněž obsaženo.“ (zvýraznil Nejvyšší správní soud).

[46] Vybraný dodavatel také potvrdil, že při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky. Kasační soud proto uzavírá, že ze zjištěných skutečností nikterak nevyplývá důvodnost podezření na porušování pracovněprávních předpisů nebo příslušné směrnice; nebyl tedy dán obligatorní důvod pro vyloučení vybraného dodavatele.

[47] Nejvyšší správní soud je přesvědčen, že význam institutu mimořádně nízké nabídkové ceny spočívá v ochraně zadavatele proti uchazečům jednajícím s cílem zvítězit ve výběrovém řízení předložením ceny, za kterou není možno zakázku realizovat. To plyne i z jeho judikatury. Cílem institutu není enormní zatížení zadavatele ve vztahu k prověřování nabídky, kterou nevyhodnotil jako rizikovou na základě předloženého zdůvodnění. Nejvyššímu správnímu soudu není zřejmé, jaká „bližší skutková zjištění (tj. že personál stanice může vykonávat také „jiné“ činnosti než ty které odpovídají předmětu plnění veřejné zakázky)“ požaduje po stěžovateli krajský soud zajistit, když stěžovatel vycházel z vyjádření zadavatele, vybraného dodavatele a samotného znění směrnice. Nejvyšší správní soud ve shodě se stěžovatelem nesouhlasí s tím, že by zadavatel nutně musel vyžadovat veškerou dokumentaci ke smluvním vztahům se zaměstnanci; navíc by to znamenalo vyžadovat i smlouvy týkající se další výdělečné činnosti zaměstnanců. Stěžovatel se nemýlí, když poukazuje na to, že zodpovědnost stran vyhodnocení rizik pojičících se s mimořádně nízkou nabídkovou cenou leží především na zadavateli. Zákon stanoví povinnost zadavatele při zjištění mimořádně nízké nabídkové ceny žádat její zdůvodnění, následně ale dává pouze možnost účastníka zadávacího řízení z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny vyloučit po zvážení všech okolností. Lze přisvědčit stěžovateli, že je oprávněn kontrolovat celý proces a má pravomoc přezkoumávat dodržení základních zásad stanovených ZZVZ, avšak není nadán pravomocí vstupovat do myšlenkových procesů zadavatele, pokud nezjistí nesoulad postupu se zákonem. Takovou pravomocí pak není nadán ani krajský soud. Kasační soud je přesvědčen, že v posuzovaném případě byla mimořádně nízká nabídková cena opodstatněná na základě zjištěných zvláště příznivých podmínek a nijak z ní nevyplývá, že by mělo dojít k porušení pracovněprávních předpisů či směrnice, jak se domnívala žalobkyně.

[48] Pro úplnost Nejvyšší správní soud dodává, že se nezabýval přiloženým vyjádřením zadavatele ze dne 18. 11. 2022; stěžovatel argumentuje tím, že z něj plyne, že na základě

pokračování

opakovaných kontrol bylo zjištěno, že vybraný dodavatel neporušuje pracovněprávní předpisy. V souladu s § 75 odst. 1 s. ř. s. však soud při přezkoumání rozhodnutí vychází ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu.

IV. Závěr a náklady řízení

[49] Kasační stížnost stěžovatele je důvodná ve smyslu § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Proto byl napadený rozsudek podle § 110 odst. 1 s. ř. s. zrušen a věc vrácena krajskému soudu k dalšímu řízení.

[50] V dalším řízení je krajský soud vázán právním názorem vysloveným v tomto rozsudku (§ 110 odst. 4 s. ř. s.).

[51] Krajský soud v novém rozsudku rozhodne i o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti (§ 110 odst. 3 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 8. srpna 2023

senátu

JUDr. Miluše Došková
předsedkyně