



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Viktora Kučery a soudců JUDr. Lenky Matyášové a JUDr. Jakuba Camrdy v právní věci žalobkyně: **ADOSA a.s.**, se sídlem Zastávská 1030, Rosice, zastoupena JUDr. Vladimírem Tögelem, advokátem se sídlem Ostrovského 253/3, Praha, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, **za účasti:** Jihomoravský kraj, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, Brno, zastoupen Mgr. Janem Tejkalem, advokátem se sídlem Helfertova 2040/13, Brno, o kasačních stížnostech žalovaného a osoby zúčastněné na řízení proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 24. 8. 2022, č. j. 31 Af 34/2021-158,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnosti **se z a m í t a j í**.
- II.** Žalovaný a osoba zúčastněná na řízení **jsou p o v i n n i** zaplatit žalobkyni na náhradu nákladů řízení každý částku 4114 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám zástupce žalobkyně JUDr. Vladimíra Tögela, advokáta se sídlem Ostrovského 253/3, Praha.

O d ů v o d n ě n í :

1. Vymezení věci

[1] Osoba zúčastněná na řízení (dále jen „zadavatel“) zadávala v otevřeném zadávacím řízení veřejnou zakázku „Výběr autobusových dopravců od 2021 - části 1 až 34“ (dále jen „veřejná zakázka“). Předmětem veřejné zakázky byl „výkon veřejných služeb za účelem zajištění dopravní obslužnosti“. Žalobkyně podala nabídku do několika částí veřejné zakázky, mj. i do částí 9 a 10, ke kterým se vztahuje tento rozsudek. Předpokládaná hodnota částí 9 veřejné zakázky činila 153 881 790 Kč, částí 10 potom 152 444 677 Kč.

[2] Podle zadávací dokumentace měla žalobkyně v částech 9 a 10 poskytnout jistotu ve výši 1 000 000 Kč v každé části. Tuto svou povinnost měla splnit pomocí bankovních záruk č. GOBG420001542 a č. GOBG420001543 ze dne 11. 6. 2020 vystavených Českou spořitelnou, a.s. Součástí textu obou bankovních záruk je i následující ujednání: „Bez ohledu

na výše uvedené pozbývá Záruka platnosti i před Datem ukončení platnosti, a to okamžikem, kdy nám Účastník zadávacího řízení: (...) b) doručí písemné oznámení o vyloučení Účastníka zadávacího řízení ze Zadávacího řízení, které však není vyloučením podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2. Zákona (...).“

[3] Zadavatel ujednání pod písm. b) citované části bankovní záruky považoval za potenciálně rizikové, jelikož v případě, že by byla žalobkyně ze zadávacího řízení vyloučena z jiných důvodů než uvedených v § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění účinném do 15. 7. 2023 (dále jen „ZZVZ“), mohla by obratem ukončit bankovní záruku předložením oznámení o vyloučení výstavci záruky. Souběžně by však mohla proti svému vyloučení podat námitky podle § 241 a násl. ZZVZ a pokud by zadavatel těmto námitkám vyhověl a zrušil rozhodnutí o vyloučení, žalobkyni by nezanikla účast v zadávacím řízení, ovšem pokračovala by již bez platné bankovní záruky, tj. bez poskytnuté jistoty podle § 41 ZZVZ.

[4] Zadavatel proto dne 4. 9. 2020 vyloučil žalobkyni mj. z částí 9 a 10 veřejné zakázky podle § 48 odst. 3 ZZVZ s odůvodněním, že nesplnila zadávací podmínky, jelikož neprokázala poskytnutí požadované jistoty po celou dobu trvání zadávací lhůty. Podle zadavatele by vzhledem k textaci bankovní záruky, mohlo za určitých okolností dojít k situaci, kdy by bankovní záruka zanikla před koncem stanovené zadávací lhůty, ale žalobkyně by byla i nadále účastníkem zadávacího řízení. Tím by byl popřed smysl a účel institutu jistoty a zadavatel by i v případě, kdy by byl oprávněn k plnění z jistoty, toto své právo nemohl využít. Proti svému vyloučení podala žalobkyně námitky, které zadavatel v zákonné lhůtě rozhodnutím o námitkách ze dne 5. 10. 2020, č. j. JMK 136526/2020 (v části 9 veřejné zakázky), a rozhodnutím o námitkách ze dne 5. 10. 2020, č. j. JMK 136531/2020 (v části 10 veřejné zakázky), odmítl.

[5] Žalobkyně následně podala návrh na přezkoumání úkonů zadavatele žalovanému, který směřoval proti oběma rozhodnutím o námitkách. Žalovaný uvedený návrh žalobkyně rozhodnutím ze dne 18. 12. 2020, č. j. ÚOHS-40931/2020/500/ISo, (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“) zamítl, jelikož nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 265 písm. a) ZZVZ. Proti prvostupňovému rozhodnutí podala žalobkyně rozklad, který předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 15. 3. 2021, č. j. ÚOHS-03060/2021/163/PMo, zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

2. Rozhodnutí krajského soudu

[6] Žalobkyně se následně žalobou u Krajského soudu v Brně (dále jen „krajské soud“) domáhala zrušení obou rozhodnutí žalovaného a vrácení věci k dalšímu řízení. Argumentace žalobkyně vycházela z toho, že byla vyloučena z důvodu spekulativní situace, ve které může dojít k zániku bankovní záruky v rozporu s jejím účelem. Tato situace je však zcela hypotetická. K zániku bankovní záruky v rozhodné době nedošlo, a vyloučení žalobkyně tak porušuje zásadu přiměřenosti. Poukázala na to, že zadavatel by měl povinnost vyloučit žalobkyni podle § 48 odst. 3 ZZVZ teprve v případě přerušení doby trvání bankovní záruky, a tedy možnost (respektive povinnost) situaci řešit až v případě, že by skutečně vznikla, a nikoliv jako pouhou teorií.

[7] Jelikož krajský soud shledal žalobu důvodnou, podle § 78 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále též „s. ř. s.“) ve

pokračování

spojení s § 78 odst. 4 s. ř. s. zrušil prvostupňové rozhodnutí i rozhodnutí předsedy žalovaného a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[8] V odůvodnění zrušujícího rozsudku krajský soud nejprve poznamenal, že textace bankovní záruky je zcela jasná a zadavatel neměl povinnost vyzývat žalobkyni k objasnění nabídky podle § 46 odst. 1 ZZVZ, jelikož aby zadavatel musel žádat o objasnění, musela by nabídka žalobkyně obsahovat nejasnost. Tomu tak nicméně podle krajského soudu ve vztahu k bankovní záruce není.

[9] Krajský soud se ztotožnil s tvrzením žalobkyně, že v případě jejího vyloučení byla porušena zásada přiměřenosti podle § 6 odst. 1 ZZVZ, jelikož žalobkyně byla vyloučena pouze na základě hypotetické a poměrně nepravděpodobné situace. Zadavateli přitom nic nebránilo v tom, aby žalobkyni vyloučil až v případě, že by jím předestřená situace skutečně nastala. Zadavatel i žalovaný uvedenou hypotetickou situaci hodnotili tak, že platnost bankovní záruky je částečně závislá na vůli žalobkyně. Podle krajského soudu je to však dezinterpretace skutkového stavu, neboť proto, aby mohla nastat situace, která zadavatele potenciálně poškodí, by nejprve muselo dojít k vyloučení žalobkyně ze zadávacího řízení, což nezávisí na její vůli. Až na toto eventuální vyloučení z jiných důvodů než podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 ZZVZ mohl teoreticky navazovat aktivní krok žalobkyně (tj. předložení oznámení o vyloučení výstavci bankovní záruky). Možnost žalobkyně ukončit bankovní záruku tak primárně nebyla závislá na její vůli bez prvního kroku ze strany zadavatele. Zároveň krajský soud přisvědčil žalobkyni, že v případě, kdy by se aktivně snažila zvrátit své vyloučení prostřednictvím námitek, nedává dobrý smysl, aby zneplatňovala bankovní záruku, a sama tak vytvářela obligatorní důvod ke svému vyloučení ze zadávacího řízení.

[10] Za podstatnou považoval krajský soud okolnost, že důvodem pro vyloučení byla pouze ona hypotetická situace. Ke zneplatnění bankovní záruky nedošlo nejen v době bezprostředně následující po vyloučení žalobkyně, ale ani v době rozhodování žalovaného. Rovněž tak nedošlo k vyloučení žalobkyně pro jiný důvod než podle § 48 odst. 3 ZZVZ, který byl podle krajského soudu použit v rozporu se zákonem. Nenastala tak ani předpokládaná iniciační situace pro možnost žalobkyně ukončit bankovní záruku. Přestože tedy situace, kdy by se žalobkyně mohla vyvázat z bankovní záruky, a přitom se dále účastnit zadávacího řízení, hypoteticky nastat mohla, v projednávané věci nic nenásvědčovalo, že se tak stane, a jednalo se o vyloučení z čistě teoretických důvodů. K preventivnímu vyloučení přitom podle krajského soudu zadavatel neměl důvod, jelikož jím uplatněný vylučovací důvod mohl využít až v okamžiku, kdy by ona hypotetická situace reálně nastala. Pokud zadavatel uvedl, že si nemohl být jistý, zda by v případě vyloučení žalobkyně nedošlo ke zneplatnění bankovní záruky před jejím návratem do zadávacího řízení, považuje krajský soud za legitimní, aby se zadavatel v případě návratu žalobkyně do zadávacího řízení (respektive v okamžiku zrušení rozhodnutí o vyloučení) dotázal, zda bankovní záruka stále platí. Pokud by tomu tak nebylo, jednalo by se o důvod pro vyloučení žalobkyně podle § 48 odst. 3 ZZVZ, nicméně již pro konkrétní porušení zadávacích podmínek. V případě, že by k přerušení doby trvání bankovní záruky nedošlo, plnila by naopak i nadále svou funkci jistoty.

[11] Poukaz předsedy žalovaného na rozsudek krajského soudu ze dne 30. 10. 2020, č. j. 62 Af 53/2018-58, ze kterého žalovaný dovodil požadavek na přísnost při aplikaci zadávacích podmínek, považoval krajský soud za nepřipadný. V tomto rozsudku objektivně

došlo k přerušení trvání bankovní záruky v délce několika dnů a bylo proto na místě účastníka zadávacího řízení vyloučit. V projednávané věci však jde o situaci čistě hypotetickou a zadavatel tak žalobkyni vyloučil pro možné porušení zadávacích podmínek v budoucnu. Jedná se o rozdílný skutkový stav, a tedy závěry zmíněného rozsudku nelze použít, aniž by však krajský soud rozporoval jejich obecnou platnost. Krajský soud tedy uzavřel, že vyloučení žalobkyně ze zadávacího řízení bylo provedeno v rozporu se zásadou přiměřenosti na základě toliko hypotetické možnosti bez reálných indicií, že by ona možnost měla skutečně nastat.

3. Kasační stížnosti a vyjádření žalobkyně

3.1 Kasační stížnost zadavatele a vyjádření žalobkyně

[12] Zadavatel napadá rozsudek krajského soudu z důvodu nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení a nepřezkoumatelnosti spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí, popřípadě v jiné vadě řízení před soudem, mohla-li mít taková vada za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé [§ 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s.]. Navrhuje proto, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[13] Nepřezkoumatelnost rozsudku spatřuje zadavatel v nedostatku důvodů, když krajský soud předcházející argumentaci žalobkyně, zadavatele i žalovaného v rozsahu desítek až stovek stran zredukoval nad únosnou míru a samotným meritem věci se zabýval toliko na 3 stranách bez zohlednění argumentace zadavatele i žalovaného a konstantní rozhodovací praxe žalovaného i správních soudů.

[14] Stran nezákonnosti napadeného rozsudku zadavatel předně uvedl, že přiměřenost vyloučení žalobkyně nebyla v návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele namítána a tato námitka se poprvé objevuje až v rozkladu, a to pouze ve vztahu k tomu, že žalobkyně nebyla vyzvána k objasnění podle § 46 ZZVZ (prvostupňové rozhodnutí přitom přiměřenost vyloučení nijak nezmiňuje). Pokud měl krajský soud postup zadavatele za toliko nepřiměřený, nepřímým způsobem naznačuje, že důvody pro vyloučení žalobkyně podle § 48 odst. 3 ZZVZ existovaly a zadavatel k vyloučení přistoupit neměl pouze proto, že nedosahovaly dostatečné intenzity.

[15] Dále pak považuje zadavatel za absurdní výklad krajského soudu stran toho, že by měl přistoupit k vyloučení žalobkyně až v momentě, kdy by nastala nastíněná hypotetická situace. Podle zadavatele by výklad krajského soudu znamenal, že v případě vyloučení z jiného důvodu než podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 ZZVZ by měl žalobkyni vyloučit opětovně ještě v běhu lhůty pro podání námitek proti tomuto vyloučení, tentokrát z důvodu podle § 48 odst. 3 ZZVZ, jelikož by již neměl postaveno najisto, zda je bankovní záruka nadále platná. Zadavatel má za to, že tuto nejistotu nelze odstranit, a v praxi by tak jakékoliv vyloučení žalobkyně znamenalo její následné vyloučení právě z důvodu možné dispozice s bankovní zárukou. Je zcela zásadní trvat na vysoce formálním pojetí institutu jistoty tím spíše, že neprokázání poskytnutí jistoty po celou dobu běhu zadávací lhůty je obligatorním důvodem vyloučení podle § 48 odst. 3 ZZVZ. Soud přitom svou konstrukcí fakticky relativizuje tento vylučovací důvod a činí z něj důvod fakultativní.

[16] Zadavatel upozorňuje na to, že údajná málo pravděpodobná situace skutečně nastala, jelikož žalobkyně byla ze zadávacího řízení vyloučena. Zadavatel tedy neměl postaveno

pokračování

najisto, že bankovní záruka nadále trvala. Zadavatelé podle něj musejí mít v každém okamžiku běhu zadávací lhůty zaručeno, že za splnění podmínek se domůžou plnění z poskytnuté jistoty bez nutnosti kontroly, zda bankovní záruka nadále trvá. Rovněž nesouhlasí se závěrem soudu, že ověření platnosti bankovní záruky připadá do úvahy pouze v okamžiku zrušení rozhodnutí o vyloučení žalobkyně a jejím návratu do zadávacího řízení. Zánik účasti žalobkyně v zadávacím řízení se váže až k právní moci rozhodnutí předsedy žalovaného. Do té doby tak zadavatel neměl postaveno najisto, že bankovní záruka trvala, čímž byl vyprázdněn její smysl a účel.

[17] Zadavatel rovněž poukazuje na to, že vyloučení ze zadávacího řízení nemusí být protiprávní i přes to, že dojde k jeho zrušení. Hranice mezi zákonností a nezákonností vylučovacího důvodu může být velice tenká a s ohledem na rozhodovací praxi žalovaného i soudní judikaturu není neměnná. Ze zrušení rozhodnutí o vyloučení tak nelze automaticky dovozovat nezákonnost vyloučení samotného. Jako příklad uvádí existenci institutu obnovení způsobilosti účastníka zadávacího řízení podle § 76 ZZVZ, pomocí něhož může být vyloučený účastník za určitých okolností „vrácen“ do zadávacího řízení, pokud doloží, že přijal dostatečná opatření k nápravě.

[18] Zadavatel závěrem zmiňuje skutečnost, že textace předmětné bankovní záruky nadále neřeší, co se stane v případě zrušení rozhodnutí o vyloučení žalobkyně. Podmínky bankovní záruky platí bez ohledu na stav veřejné zakázky. Lze si proto představit možnost, že by žalobkyně byla vyloučena ze zadávacího řízení, následně by toto rozhodnutí bylo zrušeno, nicméně oznámením o svém vyloučení by žalobkyně nadále disponovala. Pokud by se tedy těsně před uzavřením smlouvy rozhodla, že k němu nepřistoupí (tj. by naplnila důvody pro plnění z jistoty podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 ZZVZ), mohla by díky svému předchozímu vyloučení ze své vůle bankovní záruku ukončit a zadavatel by se tak plnění z jistoty nemohl domoci.

[19] Žalobkyně ve svém vyjádření ke kasační stížnosti zadavatele setrvala na své argumentaci ohledně nezákonnosti svého vyloučení ze zadávacího řízení. Uvedla, že námitku nepřiměřenosti postupu zadavatele vznesla v rámci žaloby proti rozhodnutí předsedy žalovaného v souladu se zákonem. Žalobkyně i nadále zastává názor, že její vyloučení proběhlo v rozporu se zásadou přiměřenosti, jelikož se jednalo o vyloučení preventivní a bankovní záruka byla nadále platná [z vůle žalobkyně zanikla až po zániku jejího účastenství v zadávacím řízení podle § 47 odst. 2 písm. c) ZZVZ]. Podle žalobkyně je celá kasační stížnost zadavatele značně spekulativní, když pracuje s pouhou hypotetickou situací, která ale reálně nenastala. Pokud však byla ze zadávacího řízení vyloučena právě jen z důvodů, které mohly teoreticky nastat, jednalo se o vyloučení provedené v rozporu se zásadou přiměřenosti, a tedy nezákonné. Navíc aby ona hypotetická situace vůbec připadala do úvahy, muselo by v první řadě dojít k vyloučení žalobkyně, tedy ke kroku zcela mimo její kontrolu. Smysl a účel bankovní záruky byl tak podle žalobkyně zachován a její vyloučení podle § 48 odst. 3 ZZVZ nebylo namístě. Navrhla proto zamítnutí kasační stížnosti zadavatele jako nedůvodné.

3.2 Kasační stížnost žalovaného a vyjádření žalobkyně

[20] Žalovaný se v kasační stížnosti na úvod ohradil proti myšlence krajského soudu, že aby zadavatel mohl vyzvat k objasnění nabídky podle § 46 odst. 1 ZZVZ, musí nabídka obsahovat konkrétní nejasnost. Pochybnosti na straně zadavatele jsou do značné míry jeho

subjektivní záležitost a je žádoucí jejich odstranění i v případě, že by se pouze chtěl ujistit o správnosti svého chápání nabídky nebo její části. Přestože v daném případě zadavateli pochybnosti nevznikly a o objasnění nežádal, nepovažuje žalovaný za vhodné jakkoliv zadavatele omezovat při využívání institutu objasnění nabídky například nutností existence objektivních pochybností.

[21] Dále se žalovaný obsáhle vyjádřil ke smyslu a účelu samotného institutu jistoty. Podle žalovaného platí, že povinnost účastníků zadávacího řízení zajistit platnost bankovní záruky po celou dobu trvání zadávací lhůty znamená, že podmínky záruky musí být nastaveny tak, aby neumožňovaly její ukončení z vůle účastníka zadávacího řízení před koncem zadávací lhůty. Účelem jistoty je to, aby se zadavatelem stanovená zadávací lhůta stala „vymahatelnou“, tedy aby byli účastníci zadávacího řízení po dobu trvání zadávací lhůty svými nabídkami skutečně vázáni. Pokud tedy textace bankovní záruky, byť za specifických podmínek, umožňuje její předčasné ukončení z vůle účastníka zadávacího řízení, pozbývá pro zadavatele smysl. Jedná se tak o důvod pro vyloučení ze zadávacího řízení.

[22] Krajský soud se podle žalovaného ke smyslu a účelu institutu jistoty vůbec nevyjádřil, přestože se jedná o argument stěžejní. Jistota totiž nemá sloužit k tomu, aby v případě jejího nepředložení byl účastník zadávacího řízení vyloučen, ale naopak k tomu, aby byl vázán svou nabídkou a v případě porušení tohoto závazku k získání plnění z jistoty. Právní názor krajského soudu, podle kterého postačí vyloučit účastníka zadávacího řízení až v případě prokazatelně přerušného běhu bankovní záruky, aniž by bylo zasaženo do práv zadavatelů, tak žalovaný považuje za nesprávný. I hypotetická možnost zániku bankovní záruky z vůle účastníka zadávacího řízení je tak podle žalovaného důvodem k vyloučení podle § 48 odst. 3 ZZVZ.

[23] V projednávané věci možnost ukončení bankovní záruky z vůle žalobkyně existuje, byť je podmíněna předchozím jednáním zadavatele. Nemusí však jít o jednání protiprávní, jak naznačuje krajský soud. Zásadním problémem bankovní záruky je podle žalovaného navázání možnosti jejího ukončení již na okamžik vyloučení žalobkyně ze zadávacího řízení, a nikoliv skutečného zániku její účasti v zadávacím řízení. Je přitom představitelné množství situací, při kterých by sice žalobkyně byla vyloučena, ale následně by toto vyloučení bylo revokováno. Zadavatel by v takovém případě neměl jistotu, že v mezidobí nedošlo k přerušení běhu bankovní záruky, a tedy naplnění obligatorního důvodu pro vyloučení žalobkyně podle § 48 odst. 3 ZZVZ. Již tato nejistota však podle žalovaného premisu v citovaném ustanovení naplňuje a žalobkyně tak byla vyloučena v souladu se zákonem.

[24] Závěrem se žalovaný vyjádřil k údajnému porušení zásady přiměřenosti. Podle žalovaného komentářová literatura i jeho vlastní rozhodovací praxe vytvořily u zadavatelů ustálený názor, že vyloučení v případě jakéhokoliv pochybení při poskytnutí jistoty je správný postup. Zmírnění tohoto výkladu pak podle žalovaného není možné ani v kontextu připravované novelizace ZZVZ (tato skutečně proběhla s účinností od 16. 7. 2023, pozn. NSS), jelikož v době jeho rozhodování se jednalo stále o platnou a účinnou právní úpravu. Rovněž zde naznačuje možnost kolize se zásadou transparentnosti. V rozhodné době byla právní úprava i rozhodovací praxe v této otázce značně formalistická a rigidní (což bylo potvrzeno i krajským soudem v rozsudku ze dne 30. 1. 2020, č. j. 62 Af 53/2018-58). Jakákoliv úvaha zadavatele ohledně pravděpodobnosti nebo závažnosti pochybení žalobkyně ve vztahu k poskytnuté jistotě by tak mohla znamenat jeho netransparentní

pokračování

jednání. Přestože tak postup zadavatele působí přísně, jednalo se o postup souladný se zákonem.

[25] Žalobkyně ve svém vyjádření ke kasační stížnosti žalovaného nejprve polemizovala s argumentací týkající se přiměřenosti svého vyloučení. Nadále souhlasí s krajským soudem, že není možné trestat účastníky zadávacího řízení pouze proto, že podmínky bankovní záruky hypoteticky umožňovaly ukončení její platnosti z vůle žalobkyně před uplynutím zadávací lhůty. Veškeré úvahy zadavatele i žalovaného jsou založeny na pouhé možnosti jejího zneplatnění, k čemuž až do okamžiku zániku účasti žalobkyně v zadávacím řízení nedošlo. Opakuje zde, že ani v případě jejího vyloučení z jiného důvodu, než podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 ZZVZ by z jejího hlediska nedávalo dobrý smysl, aby ukončovala bankovní záruku v momentě, kdy by usilovala o zvrácení takového vyloučení a své setrvání v zadávacím řízení. Takovým postupem by dala zadavateli možnost ji obratem vyloučit podle § 48 odst. 3 ZZVZ, avšak již pro reálné porušení zákona. Podle žalobkyně by tak argumentace žalovaného dávala logiku až v případě, že by se skutečně zachovala tak, jak je jí podsouváno. V okamžiku, kdy však tato situace nenastala, se jedná pouze o teoretickou konstrukci bez věcného podkladu. Smysl a účel jistoty byl tak podle žalobkyně zachován a její účast v zadávacím řízení byla poskytnutou bankovní zárukou zajištěna dostatečně v souladu se zadávacími podmínkami i ZZVZ. Proto žalobkyně navrhla i kasační stížnost žalovaného jako nedůvodnou zamítnout.

4. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[26] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil formální náležitosti kasačních stížností a shledal, že byly podány včas, směřují proti rozhodnutí, proti němuž je podání kasační stížnosti přípustné, zadavatel je řádně zastoupen a za žalovaného jedná jeho pověřený zaměstnanec s vysokoškolským právnickým vzděláním, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie. Poté Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasačních stížností a v rámci uplatněných důvodů, ověřil při tom, zda netrpí vadami, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti, a dospěl k následujícímu závěru.

[27] Kasační stížnosti nejsou důvodné.

[28] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval (ne)přezkoumatelností napadeného rozsudku, k níž je třeba přihlížet, i kdyby nebyla namítána – tedy z úřední povinnosti. Vlastní přezkum rozhodnutí krajského soudu je možný pouze za předpokladu, že napadené rozhodnutí splňuje kritéria přezkoumatelnosti. Tedy, že se jedná o rozhodnutí srozumitelné, které je opřeno o dostatek důvodů, z nichž je zřejmé, proč krajský soud rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí. Nepřezkoumatelnost přitom není projevem nenaplněné subjektivní představy stěžovatele o tom, jak měl krajský soud rozhodnout, resp. jak podrobně by mu měl být rozsudek odůvodněn, ale objektivní překážkou, která kasačnímu soudu znemožňuje, aby ho přezkoumal (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 2. 2017, č. j. 3 Azs 69/2016-24, a ze dne 27. 9. 2017, č. j. 4 As 146/2017-35).

[29] Nejvyšší správní soud v daném případě žádnou objektivní překážku, která by bránila věcnému přezkumu napadeného rozsudku, neshledal. Nic na tom nemění ani zadavatelem namítaná stručnost rozsudku krajského soudu, jehož odůvodnění je na 8 stranách; počet

stran a délka odůvodnění není sama o sobě podstatná, rozhoduje kvalita, přesvědčivost a úplnost argumentace. Její zestručnění není nutně špatné, naopak mnohdy může posílit přesvědčivost odůvodnění, v němž není nezbytné výslovně reagovat na každé dílčí tvrzení účastníka řízení, nýbrž soustředit se na skutečně základní námitky. Nutno připomenout, že Nejvyšší správní soud setrvale judikuje (např. v rozsudcích ze dne 30. 4. 2009, č. j. 9 Afs 70/2008-130, ze dne 3. 4. 2014, č. j. 7 As 126/2013-19, či ze dne 30. 9. 2020, č. j. 4 As 79/2020-42), že je třeba, aby se správní soud ve svém rozhodnutí vypořádal se všemi základními námitkami účastníka řízení tak, aby žádná z nich nezůstala bez náležité odpovědi. To ovšem neznamená, že by soud byl povinen reagovat na každou dílčí argumentaci a tu obsáhle vyvracet. Ústavní soud v této souvislosti konstatoval, že „*není porušením práva na spravedlivý proces, jestliže obecné soudy nebudují vlastní závěry na podrobné oponentuře (a vyvracení) jednotlivě vznesených námitek, pakliže proti nim staví vlastní ucelený argumentační systém, který logicky a v právu rozumně vyloží tak, že podpora správnosti jejich závěrů je sama o sobě dostatečná*“ (srov. nálezn ze dne 12. 2. 2009, sp. zn. III. ÚS 989/08, bod 68).

[30] Úkolem krajského soudu tak bylo vypořádat se se základním obsahem a smyslem žalobní argumentace, což se stalo. Ostatně zadavatel proti nosným závěrům krajského soudu v kasační stížnosti brojí a polemizuje s nimi, což by v případě nepřezkoumatelnosti nebylo možné. Skutečnost, že zadavatel se závěry krajského soudu nesouhlasí, neznamená, že je napadený rozsudek nepřezkoumatelný.

[31] Žalovaný úvodem polemizuje s obecným názorem krajského soudu na možnost zadavatelů vyzvat účastníky zadávacího řízení k objasnění/doplnění nabídky podle § 46 ZZVZ. Zdejší soud poznamenává, že lze souhlasit s žalovaným, že pochybnosti jsou záležitostí do značné míry subjektivní a nelze proto paušálně říci, kdy je zadavatel oprávněn k využití institutu objasnění nabídky bez znalosti kontextu konkrétního případu. Nejvyšší správní soud tak má ve shodě s žalovaným za to, že s ohledem na subjektivní povahu pochybností není vhodné institut objasnění nabídky omezovat podmínkami nad rámec zákona. V projednávané věci se však jedná o otázku spíše teoretickou a na její výsledek tento závěr nemá žádný vliv.

[32] Meritum projednávané věci spočívá v otázce, zda žalobkyně splnila podmínku poskytnutí jistoty po celou dobu trvání zadávací lhůty podle § 41 odst. 5 ZZVZ. V zásadě se tak jedná o to, zda mohla žalobkyně z vlastní vůle ukončit bankovní záruku v průběhu zadávací lhůty, a tedy zda její vyloučení ze zadávacího řízení proběhlo v souladu se ZZVZ. Nejvyšší správní soud považuje na tomto místě za vhodné v krátkosti shrnout smysl a účel jednotlivých institutů.

[33] Zadávací lhůtou je podle § 40 odst. 1 věta první ZZVZ lhůta, po kterou účastníci zadávacího řízení nesmí ze zadávacího řízení odstoupit. Jejím účelem je stanovení časového úseku, po který jsou účastníci svými nabídkami vázáni. Tato závaznost je částečným prolomením obecné možnosti účastníkům zadávacího řízení v jeho průběhu kdykoliv odstoupit. Na druhé straně zavazuje zadavatele k tomu, aby v jejím průběhu odeslal oznámení o výběru dodavatele, pokud se s účastníky zadávacího řízení nedohodl jinak nebo nedošlo k ukončení zadávacího řízení před uplynutím zadávací lhůty (viz § 40 odst. 3 ZZVZ). Důvodem pro možnost zadavatelů zabránit účastníkům zadávacího řízení z něj v zadávací lhůtě odstoupit je to, aby nedošlo ke zmaření účelu samotného zadávacího řízení tím, že by vybraný dodavatel odstoupil v některé z jeho závěrečných fází, případně by

pokračování

porušil povinnost podle § 124 odst. 1 ZZVZ, tedy by se zadavatelem neuzavřel smlouvu. Benefitem pro účastníky zadávacího řízení je naopak skutečnost, že zadávací lhůtou (jejíž délka musí být stanovena přiměřeně s ohledem na druh zadávacího řízení a na předmět veřejné zakázky, viz § 40 odst. 1 věta druhá ZZVZ) je vázán i zadavatel a účastníci zadávacího řízení tak mají reálný časový rámeček, ve kterém mohou očekávat jeho výsledek.

[34] Se zadávací lhůtou je spjat institut jistoty upravený § 41 ZZVZ. I když zákonodárce stanovil pouhou možnost zadavatele, aby od účastníků zadávacího řízení jistotu požadoval, v praxi si lze jen těžko představit, že by zadavatel stanovil zadávací lhůtu a zároveň jistotu nepožadoval. Jejím smyslem je totiž zajištění dodržení zadávacích podmínek (zejména zadávací lhůty) reálným závazkem. Zadavatel má podle § 41 odst. 8 ZZVZ právo na plnění z jistoty v případě, že účastník zadávacího řízení zanikla účast po vyloučení podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 ZZVZ, tj. v případech, kdy účastník řízení v postavení vybraného dodavatele neposkytne před uzavřením smlouvy nutnou součinnost, respektive smlouvu neuzavře. Účastníci zadávacího řízení jsou tak nuceni dostat svým povinností vyplývajícím z jejich účasti i pod hrozbou sankce spočívající v plnění z jistoty ve prospěch zadavatele. Tomu plnění z jistoty zároveň slouží i jako náhrada újmy vzniklé porušením povinnosti vybraného dodavatele. S ohledem na možnou výši jistoty (do 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky nebo do 5 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, jestliže v zadávacím řízení bude použita elektronická aukce, viz § 41 odst. 2 ZZVZ) lze mluvit o tom, že její stanovení poskytuje zadavatelům vyšší míru jistoty, že účastníci zadávacího řízení dodrží povinnosti vyplývajících z jejich účastenství (srov. ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 309.). Zároveň je ve vztahu k formě poskytnutí jistoty v projednávané věci nutno zmínit § 41 odst. 5 ZZVZ, podle kterého je-li jistota poskytnuta formou bankovní záruky nebo pojištění záruky, je účastník zadávacího řízení povinen zajistit její platnost po celou dobu trvání zadávací lhůty.

[35] Z uvedeného je zřejmé, že aby byl naplněn smysl a účel institutu jistoty, musí mít zadavatel zaručeno, že v případě porušení povinnosti účastníka zadávacího řízení se bez jeho součinnosti plnění náležejícího mu z jistoty domůže. V zájmu zadavatelů tedy je, aby účastníci zadávacího řízení nemohli mít možnost poskytnutí jistoty v průběhu zadávacího řízení sami ukončit, čemuž odpovídá i shora zmíněný § 41 odst. 5 ZZVZ týkající se povinnosti účastníků zajistit platnost bankovní záruky po celou dobu trvání zadávací lhůty.

[36] Na druhé straně s ohledem na zásadu přiměřenosti nelze odhlížet ani od zájmů účastníků zadávacího řízení. Jednou z forem poskytnutí jistoty je již zmíněná bankovní záruka, která je relevantní v projednávané věci. Bankovní záruku je nutno chápat ve smyslu § 2029 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, který ji definuje jako finanční záruku, jejímž výstavcem je banka, zahraniční banka nebo spořitelna a úvěrní družstvo. Z povahy věci se tak jedná o úplatný vztah mezi účastníkem zadávacího řízení (v postavení dlužníka) a bankovní instituce jako výstavce záruky ve prospěch zadavatele (v postavení věřitele). Výše úplaty pak závisí mj. na délce trvání bankovní záruky (tedy zadávací lhůty) a výše bankovní záruky samotné. Zájmem účastníků řízení je tedy ukončení bankovní záruky v co nejkratším čase od okamžiku, kdy se dozví, že v zadávacím řízení nebudou moci být úspěšní, a tím tak snížit vlastní náklady vzniklé z marné účasti. Podle § 41 odst. 6 písm. b) ZZVZ je zadavatel povinen vrátit originál záruční listiny bez zbytečného odkladu poté, co účastník zadávacího řízení zanikne jeho účast v zadávacím

řízení před koncem zadávací lhůty. Účastníci zadávacího řízení jsou tak závislí na jednání zadavatele, což může v konkrétních případech vést ke značným průtahům (byť již z důvodů porušení zákona zadavatelem) a s tím spojeným vyšším nákladům. Je nepochybně v zájmu neúspěšných účastníků zadávacího řízení, aby mohli poskytnutou záruku ukončit v okamžiku, kdy bude jasné, že se nemohou stát vybranými dodavateli a další trvání bankovní záruky pro ně znamená pouze nadbytečné náklady. Lze proto připustit, aby formulace bankovní záruky účastníkům zadávacího řízení, v případě zániku jejich účasti v něm, umožňovala její ukončení nezávisle na uvážení zadavatele.

[37] Pro dodržení zásady přiměřenosti v zadávacím řízení je nutné shora uvedené zájmy obou stran brát v potaz. Účelem zásady přiměřenosti je snaha o určitý adekvátní vztah mezi zadavatelem a dodavatelem v průběhu zadávacího řízení, tedy rovnováhu práv a povinností mezi nimi. Otázka přiměřenosti postupu zadavatele je tak zásadní pro posouzení zákonnosti jeho jednání a krajský soud se jí mohl a měl zabývat.

[38] Námitka zadavatele, že žalobkyně porušení zásady přiměřenosti netvrdila již ve správním řízení před žalovaným, není důvodná. Jak vyplývá z usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 8. 2008, č. j. 7 Afs 54/2007-62, č. 1742/2009 Sb. NSS, žalobce je „*oprávněn uvést v žalobě všechny důvody, pro které považuje napadené správní rozhodnutí za nezákonné. Tomu nebrání skutečnost, že některé z nich neuplatnil již v odvolacím řízení, ač tak učinit mohl. I poprvé v podané žalobě lze tedy snést nové hmotněprávní důvody odůvodňující zrušení správního rozhodnutí, jež ve správním řízení zpochybněny nebyly a správní orgány se jimi dosud nezabývaly.*“ Skutečnost, že otázku přiměřenosti postupu zadavatele zvedla žalobkyně plně až před krajským soudem, nijak nebrání věcnému posouzení této žalobní námítky.

[39] Krajský soud postavil svoji argumentaci, se kterou zrušil rozhodnutí předsedy žalovaného i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí, právě na zásadě přiměřenosti, resp. jejím nedodržení ze strany zadavatele (srov. § 6 odst. 1 ZZVZ). K nedodržení zásady přiměřenosti došlo především proto, že žalobkyně byla vyloučena čistě preventivně z důvodu, který v okamžiku jejího vyloučení prokazatelně nenastal. Nelze totiž tvrdit, že by žalobkyně s předmětnou bankovní zárukou mohla až do okamžiku svého vyloučení z důvodu podle § 48 odst. 3 ZZVZ o své vůli disponovat. Textace bankovní záruky, kterou zadavatel i žalovaný považovali za důvod pro vyloučení žalobkyně, umožňovala její ukončení z vůle žalobkyně toliko v případě, že výstavci bankovní záruky „*doručí písemné oznámení o vyloučení Účastníka ze Zadávacího řízení, které však není vyloučením podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 Zákona*“. Aby tedy mohlo dojít k tomu, že žalobkyně bude mít možnost bankovní záruku ukončit ze své vůle před uplynutím zadávací lhůty, muselo by nejprve dojít k jejímu vyloučení ze zadávacího řízení z jiného důvodu. Toto vyloučení však již žalobkyně pod svou kontrolou neměla.

[40] Jen těžko si lze představit, že by žalobkyně schválně porušila zadávací podmínky takovým způsobem, aby ji zadavatel vyloučil, ona ukončila bankovní záruku, přičemž by se zároveň prostřednictvím námitek proti svému vyloučení úspěšně ubránila a zůstala by tak účastníkem zadávacího řízení bez platně poskytnuté jistoty. Takový postup z hlediska žalobkyně nedává dobrý smysl, jelikož by v takovém případě byla odkázána na posouzení svých námitek zadavatelem bez záruky výsledku, přičemž by se zároveň vystavovala riziku obligatorního vyloučení podle § 48 odst. 3 ZZVZ. Ukončení bankovní záruky (a tedy ušetření zmíněné části ceny za její poskytnutí) dává smysl v okamžiku, kdy již účastník

pokračování

v zadávacím řízení nemůže uspět. Pokud se nadále o veřejnou zakázku uchází, je riziko plynoucí z naznačeného postupu neúměrné případné ušetřené částce ve srovnání s možným ziskem z plnění veřejné zakázky. S ohledem na vysoké riziko související s uvedeným postupem a současně jeho relativně omezený přínos jej lze shledat v praxi vysoce nepravděpodobným.

[41] Nejvyšší správní soud zde souhlasí se krajským soudem, že v případě předchozího vyloučení by bylo zcela namístě, aby si zadavatel ověřil, že nedošlo k přerušení běhu bankovní záruky. Nelze se přitom ztotožnit s tvrzením zadavatele, že by byl v takovém případě nucen kontrolovat platnost bankovní záruky neustále, až do pravomocného rozhodnutí předsedy žalovaného. Jak správně uvedl krajský soud, ověření platnosti bankovní záruky v takovém případě přichází do úvahy až v případě „návratu“ žalobkyně do zadávacího řízení [v pravém slova smyslu se ovšem o návrat nejedná, jelikož v souladu s § 47 odst. 2 písm. c) ZZVZ by došlo k zániku účasti žalobkyně až v okamžiku pravomocného rozhodnutí žalovaného]. Do té doby by ověřování trvání bankovní záruky postrádalo smysl. Zároveň v případě, že by k přerušení doby trvání bankovní záruky došlo, zadavateli nadále zbýval účinný prostředek nápravy, tedy oprávněné vyloučení žalobkyně podle § 48 odst. 3 ZZVZ.

[42] Nejvyšší správní soud nesouhlasí s argumentací žalovaného, že takové vyloučení popírá smysl a účel poskytování jistoty, jelikož jistota nemá sloužit jako důvod pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení v případě jejího nepředložení, ale naopak pro utvrzení jeho účasti v něm. Přestože lze v obecné rovině dát žalovanému v tomto ohledu za pravdu, v rámci uvedeného příkladu tato argumentace neobstojí. Až do pravomocného rozhodnutí předsedy žalovaného by totiž z pohledu zadavatele existovaly důvody pro vyloučení žalobkyně. Teprve zrušením takového rozhodnutí o vyloučení lze tyto důvody považovat za vyvrácené. Jak zdejší soud uvedl výše, ověření nepřerušného trvání bankovní záruky přichází do úvahy v okamžiku zrušení rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení. Pokud by tedy v tomto okamžiku došlo ke zjištění, že bankovní záruka netrvá (případně došlo k jejímu přerušení), z pohledu zadavatele by se ani v tomto případě fakticky nic nezměnilo, jelikož by byl povinen žalobkyni obratem vyloučit. S ohledem na těsnou provázanost zmíněných kroků nelze dovodit, že by takový postup narušoval smysl a účel jistoty. Jinak řečeno, na neoprávněné vyloučení žalobkyně by bezprostředně navazovalo vyloučení oprávněné podle § 48 odst. 3 ZZVZ, přičemž zadavatel s účastí žalobkyně v daném okamžiku stejně nepočítal. Naopak by tímto dotazem mohl zjistit, že zadávací podmínky ve vztahu k běhu bankovní záruky porušeny nebyly. Nic by tak nebránilo další účasti žalobkyně v zadávacím řízení. Jednalo by se tedy o „prosoutěžní“ postup zadavatele. Zároveň nelze říci, že by tímto postupem došlo k relativizaci obligatornosti důvodu pro vyloučení ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 3 ZZVZ. Krajský soud pouze konstatoval, že zadavatel nebyl oprávněn žalobkyni vyloučit, jelikož se v daném okamžiku jednalo o situaci toliko hypotetickou a žalobkyně bankovní zárukou ze své vůle disponovat nemohla. Nenastaly tak okolnosti nutné pro ono obligatorní vyloučení a jednalo se o vyloučení předčasné. S tímto závěrem Nejvyšší správní soud souhlasí.

[43] K tomu, aby žalobkyně s bankovní zárukou o své vůli mohla nakládat, tak bylo třeba předchozí aktivní jednání zadavatele. Přestože lze na tomto místě přisvědčit zadavateli i žalovanému, že ne každé vyloučení ze zadávacího řízení, které je následně zrušeno, znamená jednání protiprávní (např. zadavatelem zmiňované obnovení způsobilosti účastníka zadávacího řízení podle § 76 ZZVZ), na situaci samotné to nic nemění. Podstatné je pouze

to, že žalobkyně by sama s bankovní zárukou nakládat nemohla, dokud by jí zadavatel tuto dispozici neumožnil.

[44] Zadavatel tak žalobkyni vyloučil pouze na základě hypotetického budoucího porušení zákona podle § 48 odst. 3 ZZVZ, aniž by žalobkyně měla faktickou příležitost běh bankovní záruky ovlivnit. Teprve tímto svým jednáním zadavatel vyvolal riziko potenciálního škodlivého následku v podobě možného předčasného ukončení bankovní záruky. Z toho důvodu tak lze postup zadavatele ve shodě s krajským soudem označit jako nepřiměřený, a tudíž nezákonný.

[45] S tímto závěrem úzce souvisí námitka zadavatele vznesená v samotném závěru jeho kasační stížnosti, a sice námitky týkající se opět hypotetické situace, kdy by si žalobkyně v případě svého vyloučení ponechala oznámení o vyloučení pro případné pozdější použití. V zásadě by se jednalo o případ, který ve své kasační stížnosti zadavatel označil jako absurdní. Nejvyšší správní soud s takovým hodnocením nesouhlasí a má naopak za to, že by naznačený postup smyslu a účelu zákona vyhovoval a obstál by i z hlediska zásady přiměřenosti. Zdejší soud má na mysli situaci, kdy by nejprve došlo k vyloučení žalobkyně z jiných důvodů, než z jakých by zadavateli vznikl nárok na plnění z jistoty, a následně by toto rozhodnutí o vyloučení bylo zvráceno. Takový případ si již představit lze, neboť vyloučení účastníků zadávacího řízení a následné zrušení tohoto rozhodnutí na základě jejich námitek je již relativně obvyklou součástí praxe zadávání veřejných zakázek (ke zvrácení rozhodnutí zadavatele ostatně institut námitek směřuje). Z pohledu zásady přiměřenosti se přitom jedná o zcela jiný případ, než pro jaký byla žalobkyně vyloučena. V okamžiku jejího vyloučení podle § 48 odst. 3 ZZVZ se skutečně jednalo pouze o situaci hypotetickou, kdy na trvání bankovní záruky žalobkyně nemohla mít žádný vliv. Pokud by však byla předtím vyloučena z jiného důvodu, již by se jí podle textace bankovní záruky dostalo možnosti jejího „beztrestného“ ukončení. Proto, aby vyloučení podle § 48 odst. 3 ZZVZ mohlo v projednávané věci obstát, by tak byla potřeba kombinace s jiným vylučovacím důvodem, který by vyloučení žalobkyně předcházel.

[46] Tím je zároveň vyřešena i námitka zadavatele týkající se skutečnosti, že ona krajským soudem naznačená hypotetická a nepravděpodobná situace skutečně nastala, a žalobkyně tak dostala možnost bankovní záruku ukončit. Tento stav však zadavatel vyvolal sám svým jednáním bez předcházejícího vyloučení z jiného důvodu. V zásadě se tak jedná o jeho argumentaci kruhem, jelikož z obavy, aby žalobkyně nemohla v případě svého vyloučení z vlastní vůle bankovní záruku ukončit, umožnil jí zadavatel řečenou dispozici s bankovní zárukou vyloučením právě jen z uvedeného hypotetického důvodu bez věcné příčiny. Jinými slovy – argumentace zadavatele stran vyloučení žalobkyně podle § 48 odst. 3 ZZVZ by byla případná a použitelná pouze v případě, že by žalobkyně bankovní zárukou reálně mohla disponovat na základě svého předchozího vyloučení z jiného důvodu. Nebylo však možné ji vyloučit čistě preventivně bez kombinace s předchozím aktivním jednáním zadavatele.

[47] Přestože se k projednávané věci vztahuje znění dotčených ustanovení ZZVZ účinné do 15. 7. 2023, nelze *pro futuro* odhlédnout od novelizace provedené zákonem č. 166/2023 Sb., kterým se mění zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „novelizované znění ZZVZ“). Tato novelizace přitom přinesla zásadní změny mj. právě v institutu zadávací lhůty a s ní spojené jistoty. Nejvýznamnější změnou je v tomto kontextu fakt, že došlo ke změně obligatorního

pokračování

vyloučení účastníka ze zadávacího řízení z důvodu neposkytnutí jistoty nebo neprokázání jejího trvání po celou dobu trvání zadávací lhůty (§ 48 odst. 3 ZZVZ) na vyloučení fakultativní (§ 48 odst. 3 novelizovaného znění ZZVZ). Nadále se povinnost vyloučit účastníka ze zadávacího řízení v případě, že neprokázal poskytnutí jistoty po celou dobu běhu zadávací lhůty, vztahuje pouze k účastníkovi řízení v postavení vybraného dodavatele. Podle důvodové zprávy k této novelizaci je přitom možné pro ověření, zda byla jistota složena řádně a včas po celou dobu zadávací lhůty, využít standardního institutu objasnění nabídky podle § 46 ZZVZ. Novelizace pouze vyloučila možnost, aby jistota byla složena až po skončení lhůty pro podání nabídek (tedy fakticky za běhu zadávací lhůty), když § 48 odst. 3 písm. b) novelizovaného znění ZZVZ vylučuje aplikaci § 46 odst. 2 věty druhé ZZVZ. Legislativní vývoj tak dal za pravdu krajskému soudu ohledně možnosti ověření, zda bankovní záruka byla složena po celou dobu trvání zadávací lhůty.

[48] Rozvolnění relevantní právní úpravy vztahující se k povinnosti vyloučení účastníků zadávacího řízení tak vede k závěru, že došlo k částečnému překonání dosavadního pojetí jistoty jako rigidního institutu. Nadále se v případě poskytování jistoty jedná o proces vysoce formalizovaný, nelze však přehlédnout jistý posun směrem k jeho flexibilnějšímu pojetí. Podle Nejvyššího správního soudu si tak lze představit i situaci, kdy by za novelizovaného znění ZZVZ při totožné textaci bankovní záruky nebyl zadavatel nucen vyloučit vybraného dodavatele ani při zmíněné kombinaci vylučovacích důvodů. Přestože zdejší soud v odůvodnění tohoto rozsudku naznačil, že takové vyloučení by z hlediska přiměřenosti mohlo obstát (byť tuto konkrétní situaci s ohledem na obsah kasačních stížností zdejší soud nehodnotil), bankovní záruka by i přes to mohla být v platnosti v souladu se zákonem. V takovém případě by na sebe zadavatel bral nepochybně vyšší riziko, že se plnění z jistoty nedomůže, zdejší soud nicméně nevidí důvod jej v tomto ohledu omezovat. Lze navíc předpokládat, že by za těchto okolností mohl zadavatel žádat náhradu újmy cestou civilního práva např. z důvodů předsmluvní odpovědnosti. Konkrétní posouzení této otázky však již Nejvyššímu správnímu soudu nepřísluší.

[49] Nejvyšší správní soud souhlasí s žalovaným, že z důvodu právní jistoty zadavatelů i účastníků zadávacího řízení by bylo nepochybně vhodnější navázání možnosti ukončení bankovní záruky až na okamžik zániku účasti podle § 47 ZZVZ, a nikoliv již na okamžik formálního vyloučení, jak je tomu v projednávané věci. I přes to má zdejší soud z výše uvedených důvodů za to, že zde textace bankovní záruky sama o sobě obstála, respektive nedošlo k situaci, za které by byť jen potenciálně mohla být způsobena újma zadavateli. Případná změna v obvyklé textaci bankovní záruky (ke které v návaznosti na novelizaci ZZVZ patrně dojde) je však otázkou jednání mezi zadavateli, účastníky zadávacího řízení a bankami, jako výstavci bankovních záruk.

5. Závěr a náklady řízení

[50] Nejvyšší správní soud uzavírá, že neshledal kasační stížnosti důvodnými, a proto je podle § 110 odst. 1 poslední věty s. ř. s. zamítl.

[51] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti Nejvyšší správní soud rozhodl podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatelé nebyli úspěšní, a nemají tedy právo na náhradu nákladů řízení. Žalobkyně měla ve věci plný úspěch, proto jí přísluší vůči neúspěšným stěžovatelům právo na náhradu nákladů řízení o kasačních stížnostech, které jsou tvořeny částkou připadající na zastoupení advokátem JUDr. Vladimírem Tögelem.

[52] S ohledem na skutečnost, že soudní řád správní nestanoví, jakým způsobem uložit povinnost k placení náhrady nákladů řízení v případě více neúspěšných účastníků, použije se v souladu s § 64 s. ř. s. přiměřeně zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „o. s. ř.“). Podle § 140 odst. 1 o. s. ř.: *„Každý účastník platí náklady řízení, které vznikají jemu osobně, a náklady svého zástupce. Společné náklady platí účastníci podle poměru účastenství na věci a na řízení; nelze-li poměr účastenství určit, platí je rovným dílem.“*

[53] Jelikož poměr účastenství na věci a na řízení nelze určit, je třeba vycházet z toho, že neúspěšní účastníci řízení mají být povinni k náhradě nákladů řízení úspěšných účastníků rovným dílem. Nejvyšší správní soud tedy závazal zadavatele i žalovaného každého k úhradě jedné poloviny z celkové výše nákladů řízení o kasační stížnosti vzniklých žalobkyni (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2011, č. j. 6 As 8/2011-145).

[54] Pro určení výše nákladů spojených s tímto zastoupením se použije v souladu s § 35 odst. 2 s. ř. s. vyhláška č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů. Zástupce žalobkyně učinil ve věci dva úkony právní služby, kterými je vyjádření k oběma kasačním stížnostem. Za tyto úkony právní služby v dané věci náleží mimosmluvní odměna ve výši 2×3100 Kč [§ 7, § 9 odst. 4 písm. d) a § 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu], která se zvyšuje o 2×300 Kč paušální náhrady hotových výdajů (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu). Celkem tedy za jeden úkon právní služby připadá částka ve výši 3400 Kč zvýšená o DPH ve výši 21 %, tj. dohromady 4114 Kč. Celková částka náhrady nákladů řízení tak činí 8228 Kč. Zadavatel a žalovaný jsou povinni zaplatit žalobkyni každý jednu polovinu této částky, tj. 4114 Kč, k rukám jejího zástupce JUDr. Vladimíra Tögela, advokáta se sídlem Ostrovského 253/3, Praha, do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3, § 120 s. ř. s.)

V Brně dne 18. prosince 2023

JUDr. Viktor Kučera
předseda senátu