



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Radovana Havelce a soudců JUDr. Tomáše Rychlého a Mgr. Tomáše Blažka v právní věci žalobkyně: **SOR Libchavy spol. s r.o.**, se sídlem Libchavy, Dolní Libchavy 48, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 1926/7, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Dopravní podnik Ostrava a. s.**, se sídlem Ostrava, Poděbradova 494/2, zastoupené JUDr. Jiřím Brožem, LL.M., advokátem se sídlem Praha 3, Vinohradská 2828/151, o kasační stížnosti osoby zúčastněné na řízení proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9. 2. 2023, č. j. 62 Af 55/2021 - 65,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se z a m í t á .**
- II. Žádnému z účastníků **se n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

[1] Osoba zúčastněná na řízení (dále jen „zadavatel“) zadávala veřejnou zakázku „*Dodávka až 18 ks parciálních trolejbusů*“ v otevřeném zadávacím řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 9. 2020 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 2. 10. 2020 pod ev. č. Z2020-034106, ve znění pozdějších uveřejněných oprav; v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 2. 10. 2020 pod ev. č. 2020/S 192-464586, ve znění dodatečných uveřejněných informací. Vybraným dodavatelem této veřejné zakázky se rozhodnutím zadavatele stala společnost Ganz-Skoda Electric Ltd.

[2] Žalobkyně podala k žalovanému návrh na uložení nápravného opatření, v němž namítala nepřezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele o jejích námitkách ze dne 16. 7. 2021 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“) ve vztahu k posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele. Vybraný dodavatel měl podle žalobkyně dále formulovat svoji nabídku v rozporu s požadavky zadávacích podmínek, konkrétně s čl. 1.14 dokumentu „Příloha č. 1 SML – Technická specifikace“ návrhu kupní smlouvy (dále jen „příloha č. 1“), neboť stanovil okamžik první údržby trolejbusů na 5.000 km, ačkoli zadavatel požadoval, aby požadovaný kilometrový proběh (minimálně 15.000 km s tolerancí +/- 10 %) nebyl porušen v žádném stupni údržby.

[3] Žalovaný rozhodnutím ze dne 7. 10. 2021, sp. zn. ÚOHS-S0278/2021/VZ, č. j. ÚOHS-33814/2021/500/AIv (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), tento návrh zamítl podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření. Žalovaný především shledal rozhodnutí o námitkách přezkoumatelným. Konstatoval, že zadavatel nepovažoval nabídkovou cenu za mimořádně nízkou; pokud jde o požadavek zadavatele na minimální kilometrový proběh mezi servisy, ten neplatí pro úsek od okamžiku zahájení provozu trolejbusů do první servisní prohlídky, neboť okamžik uvedení do provozu nelze považovat za žádný stupeň údržby trolejbusu. Neshledal ani namítanou rozpornost nabídkové ceny vybraného dodavatele uvedenou v jednotlivých dokumentech a s tím související podušení § 46 ZZVZ.

[4] Rozhodnutím ze dne 17. 12. 2021, sp. zn. ÚOHS-R0169/2021/VZ, č. j. ÚOHS-42663/2021/163/VVá, předseda žalovaného zamítl rozklad žalobkyně proti prvostupňovému rozhodnutí a toto rozhodnutí potvrdil.

[5] Nadepsaným rozsudkem Krajského soudu v Brně bylo rozhodnutí žalovaného zrušeno a věc mu byla vrácena k dalšímu řízení.

[6] Krajský soud v první řadě vypořádal námitku nepřípustné manipulace s nabídkou, porušující § 46 ZZVZ. Žalobkyně namítala, že žalovaný vědomě přehlíží existenci dvou zcela rozporných částek nabídkové ceny. Deklarovaná nabídková cena nákladů na pravidelnou údržbu po dobu záruky byla vybraným uchazečem stanovena v celkové výši 241.838 Kč, avšak hodnota nákladů na údržbu jednoho trolejbusu, uvedená v elektronickém nástroji JOSEPHINE (13.435 Kč), po jejím vynásobení celkovým počtem trolejbusů (13.435 x 18) činí 241.830 Kč, tedy částku o 8 Kč nižší, než je uvedeno v nabídkové ceně. Krajský soud podrobně vysvětlil, že uvedený rozdíl zcela evidentně vznikl zaokrouhlením částky ve vztahu k jednomu trolejbusu, protože šlo o pouhou chybu v postupu při výpočtu konečné nabídkové ceny. Nejednalo se tedy o porušení zásady transparentnosti, ani zásady zákazu diskriminace a nedošlo ani k materiální změně nabídky. Postup podle § 46 ZZVZ byl za této situace oprávněný, odpovídající především zásadám zadávání, plynoucím z § 6 ZZVZ.

[7] Žalobkyně dále namítala nedodržení zadávací podmínky, spočívající v minimálním kilometrovém proběhu mezi jednotlivými stupni údržby. Vybraný dodavatel jej totiž kromě zadavatelem stanoveného minimálního kilometrového proběhu ve výši 15.000 km podmínil rovněž časovým intervalem v délce 6 měsíců. Krajský soud dovodil tři eventuelní situace, které mohou za této situace nastat: 1) kilometrový proběh stanovený zadavatelem

pokračování

nastane dříve, než uplyne časový interval 6 měsíců; 2) časový interval uplyne dříve, než nastane zadavatelem požadovaný kilometrový proběh; 3) stanovený kilometrový proběh nastane současně s uplynutím časového intervalu. Nastane-li tedy druhá z uvedených situací, časový interval fakticky popře znění stanovené zadávací podmínky, neboť k servisní prohlídce dojde před ujetím minimálního počtu kilometrů požadovaného zadavatelem. Krajský soud konstatoval, že ačkoli je potencialita porušení zadávacích podmínek přítomna vždy, v daném případě se nejedná toliko o potencialitu porušení smluvních podmínek, nýbrž o popření (porušení) jedné ze zadávacích podmínek již přímo v nabídce (vybraného) dodavatele. Dospěl proto k závěru, že vybraný dodavatel stanovením časového intervalu 6 měsíců, po jehož uplynutí dojde k servisní prohlídce, definoval nový aspekt pravidelné údržby, který jde proti zadávací podmínce vázané pouze na kilometrový proběh. Tím vybraný dodavatel zadávací podmínky porušil.

[8] Vycházel-li zároveň vybraný dodavatel z jiného předpokladu, jenž se promítl do jeho nabídky, pak jej to mohlo zvýhodnit při konstrukci nabídkové ceny. Žalobkyně poukazovala na to, že nabídková cena vybraného dodavatele u nákladů na pravidelnou údržbu po dobu záruky činila částku o 49 % nižší, než byl průměr nabídkových cen ostatních dodavatelů. Ačkoli se zadavatel námitkou ohledně mimořádně nízké nabídkové ceny zabýval a obecně nelze jeho závěrům nic vytknout, nelze podle krajského soudu přehlédnout, že rozdíl mezi nabídkovou cenou vybraného dodavatele a ostatních dodavatelů ve vztahu k nákladům na pravidelnou údržbu po dobu záruky nebyl vůbec předmětem jakéhokoli posuzování. Ačkoli nelze přímočaře dovozovat, že častější servisní prohlídky automaticky znamenají menší náklady na údržbu trolejbusů, nelze zároveň vyloučit, že to může být důvodem stanovení výrazně nižší ceny za pravidelnou údržbu, než jaká byla součástí nabídek jiných dodavatelů, kteří zadávací podmínku kilometrového proběhu respektovali.

[9] Dále se krajský soud vyjádřil k otázce garanční prohlídky a sezónních prohlídek. Uvedl, že pokud byli dodavatelé od počátku zadávacího řízení vázáni podmínkou, že mezi jednotlivými stupni údržby musí jednotlivé trolejbusy najet minimálně 15.000 km, pak jakékoli další servisní zásahy, jejichž předepsání bylo součástí nabídky vybraného dodavatele, tuto zadávací podmínku popírají. Jinak by tomu bylo, bylo-li by nade vší pochybnost zřejmé, že takové další servisní zásahy jednoznačně nebyly zadávacími podmínkami považovány za součást jednotlivých stupňů údržby, tj. že se ve vztahu k nim požadavek na minimální kilometrový proběh neměl vůbec uplatnit. Odlišný pohled zadavatele, vybraného dodavatele a žalobkyně na vztah zadávací podmínky minimálního km proběhu a podmínky jednorázové garanční prohlídky a sezónních prohlídek zahrnutých do nabídky vybraného dodavatele, měl vést žalovaného k tomu, aby se zabýval otázkou srozumitelnosti a jednoznačnosti zadávacích podmínek, neboť právě tato otázka se v řízení před žalovaným ukázala být spornou. Reakci žalovaného v jeho rozhodnutí, že předmětem správního řízení nebylo posouzení zákonnosti zadávacích podmínek, považoval krajský soud za nedostatečnou. Konstatoval, že byla-li předmětem návrhu žalobkyně na zahájení správního řízení argumentace, že konkrétní zadávací podmínka byla porušena, a ukázalo-li se, že tato není zadavatelem a některými dodavateli vykládána shodně, pak otázka jednoznačnosti a srozumitelnosti zadávací podmínky rámcem (návrhového) správního řízení nepřekračovala. Postavit najisto, jaký byl dosah zadávací podmínky minimálního kilometrového proběhu, jak ji dodavatelé chápali a zda tedy tato podmínka byla ve vztahu k jednorázové garanční prohlídce a sezónním prohlídkám jednoznačná a srozumitelná, bylo

třeba bez ohledu na pravidla podávaná z § 251 odst. 4 a 5 ZZVZ, neboť otázka jednoznačnosti a srozumitelnosti zadávací podmínky musela předcházet otázce jejího možného porušení. Dílčí závěr žalovaného, že údržba před zimou a údržba po zimě nejsou pravidelnou údržbou, nýbrž sezónní prohlídkou, z čehož dovodil, že se na ni požadavek na minimální kilometrový proběh nevztahuje [jakkoli sám zadavatel význam této podmínky chápal zřejmě jinak a i žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí (bod 117.) zjevně vycházel z toho, že výchozím a konečným bodem každého servisního intervalu jsou právě jednotlivé stupně údržby – tedy servisní prohlídky bez ohledu na jejich přesný název], nemá dostatečnou oporu ve skutkových zjištěních a spíše dokládá, že zadávací podmínky v tomto ohledu nebyly jednoznačné a srozumitelné. Žalovaný zároveň garanční prohlídku zřejmě pokládal za „běžnou“ servisní prohlídku, na kterou se minimální kilometrový proběh vztahuje, aniž by však srozumitelně vysvětlil, v čem se garanční prohlídka po ujetí (prvních) 5.000 km svojí povahou odlišuje od údržby před zimou a po zimě, jestliže v případě provádění garanční prohlídky i v případě provádění údržby před zimou a po zimě (stejně jako v případě provádění „běžné“ servisní prohlídky) zadavatel nemá trolejbusy k dispozici; přitom právě k tomu, aby se tak dělo co nejméně často, směřovala zadávací podmínka minimálního kilometrového proběhu mezi servisními prohlídkami. Kromě toho závěr žalovaného, že úmyslem zadavatele mohlo být omezení konání servisních prohlídek ve vztahu k ujetým kilometrům (15.000 km), avšak okamžik, od kterého se počátek běhu kilometrů počítá, je na volbě dodavatele, se podle krajského soudu jeví jako neudržitelný, především jej však ze zadávacích podmínek bez dalšího nelze dovodit.

[10] Krajský soud tak uzavřel, že závěry žalovaného vyslovené ve vztahu ke stanovení časového intervalu 6 měsíců, po jehož uplynutí dojde k servisní prohlídce, z hlediska zákona neobstojí; závěr žalovaného ve vztahu ke garanční prohlídce a prohlídkám sezónním je pak nepřezkoumatelný.

[11] Proti nadepsanému rozsudku krajského soudu podal zadavatel, jako osoba zúčastněná na řízení (dále jen „stěžovatel“), kasační stížnost z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a) a d) soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“).

[12] Stěžovatel namítá, že krajský soud chybně vyložil zadávací podmínku kilometrového proběhu mezi jednotlivými stupni údržby, pročez dovodil nesprávný závěr ohledně zákonnosti postupu stěžovatele, respektive žalovaného. Odkazuje na bod 1.14. přílohy č. 1 kupní smlouvy (technická specifikace), který doslovně zní: *„Kilometrový proběh mezi jednotlivými stupni údržby bude minimálně 15.000 km s tolerancí +/- 10 %“*. Slovo „mezi“ pak vyjadřuje směřování do místa omezeného ze dvou stran. Výchozím bodem tedy není a nemůže být okamžik předání vozidla, ale kilometrový proběh mezi první a druhou a dále mezi druhou a třetí (atd.) údržbou. Stanovení výchozího bodu bylo na dodavatelích, přičemž stěžovatel stanovil pouze podmínku kilometrového proběhu.

[13] Dále stěžovatel namítá, že krajským soudem uvedená situace, kdy časový interval stanovený vybraným dodavatelem uplyne dříve, než nastane zadavatelem požadovaný kilometrový proběh, v praxi reálně nemůže nastat, a proto tuto čistě hypotetickou variantu nelze zohledňovat při posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení. V zadávacích podmínkách (příloha „náklady na údržbu“) stěžovatel explicitně stanovil minimální kilometrový nájezd vozidel za 1 rok v rozsahu 70.000 km, přičemž dodržení tohoto požadavku je pro stěžovatele zcela zásadní z důvodu potřeby dodržení dalších závazků

pokračování

vůči třetím osobám (Statutární město Ostrava a poskytovatel dotace). V čl. XIII. odst. 15 kupní smlouvy byl stěžovatelem vymezen požadavek, že provozuschopnost vozidel musí být minimálně 95 %, přičemž z tohoto požadavku vyplývá, že vozidlo může být v neprovozuschopném stavu maximálně 18 kalendářních dnů za rok. Požadovaný kilometrový nájezd každého vozidla nevychází z neurčitěho předpokladu, jak se zjevně krajský soud domnívá, ale ze závazku, který má stěžovatel vůči poskytovateli dotace co do minimálního nájezdu (podmínka č. 20 v části III. odst. 1 dokumentu *Specifická pravidla pro žadatele a příjemce*), jakož i z podmínek provozu vyplývajících ze *Smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících a poskytnutí kompenzací za veřejné služby* ze dne 23. 12. 2009, kdy stěžovatel je povinen dodržet stanovený nájezd pro konkrétní spoje. Za situace, kdy roční nájezd vozidla musí být v rozsahu min. 70.000 km za 1 rok, tj. min. 35.000 km za 6 měsíců a má být garantována 95% provozuschopnost vozidla, nemůže se stát, že by ze strany vybraného dodavatele nedošlo ke splnění předmětné zadávací podmínky. Pro účely údržby tak bude vždy vycházeno z kilometrového proběhu, a nikoliv z časového proběhu stanoveného vybraným dodavatelem.

[14] Pro úplnost se stěžovatel vyjadřuje i k tvrzení krajského soudu uvedenému v odst. 33 odůvodnění rozsudku, že (nikoli marginální) rozdíl nákladů na pravidelnou údržbu nebyl předmětem jakéhokoli posuzování a dodatečně stanovený časový interval mohl vybraného dodavatele oproti ostatním zvýhodňovat. Stěžovatel k tomu namítá, že z protokolu ze 3. jednání komise ze dne 10. 5. 2021 jednoznačně vyplývá, že se komise zabývala cenovým rozdílem mezi cenou nákladů na pravidelnou údržbu po dobu záruky vybraného dodavatele ve vztahu k cenám nabízeným ostatními účastníky zadávacího řízení. Navíc, s ohledem na rozdílnost technického řešení každého výrobce, není porovnání s cenami nabízenými ostatními účastníky zadávacího řízení přiléhavé. Nižší cena v případě vybraného dodavatele je způsobena nabízeným kompresorem, v jehož případě jsou oproti ostatním dodavatelům nižší náklady na údržbu. Závěr krajského soudu je tak nesprávný a neodpovídá ani zjištěnému stavu.

[15] K problematice garančních a sezónních prohlídek stěžovatel namítá, že před podáním nabídek nepodal žádný dodavatel, ani žalobkyně, námitku proti zadávacím podmínkám týkající se případné nejasnosti či nezákonnosti požadavku na pravidelnou údržbu a prohlídky. K této části nebyl vznesen žádný dotaz ani v rámci institutu vysvětlení zadávacích podmínek. Stěžovatel konstatuje, že sezónní prohlídky nejsou vybraným dodavatelem ohraničeny počtem km, tudíž vychází z odůvodněného předpokladu jejich provedení v souladu se zadávacími podmínkami. Podle zadávacích podmínek a technických listů vybraného dodavatele není vyloučeno, aby došlo ke kumulaci okamžiku provedení jednotlivých údržeb a prohlídek, tzn., provedení tzv. sezónní prohlídky současně s provedením plánované údržby např. při 30 000 km atp. Z tohoto důvodu jsou dle odborného názoru stěžovatele zadávací podmínky vybraným dodavatelem splněny.

[16] Co se týče garanční prohlídky, ta je prohlídkou *sui generis*, neboť se jedná o jednorázovou a již se neopakující prohlídku, která zajišťuje bezpečnost provozu vozidla provozovatele po výstupní kontrole provedené ve výrobním závodě. Je pak na dodavateli, kdy a zda vůbec tuto prohlídku provede a zda bude moci být považována za výchozí bod. Dle stěžovatele je irelevantní, zda v případě nabídky vybraného dodavatele je či není výchozím bodem garanční prohlídka, neboť v obou případech by byla zadávací podmínka kilometrového proběhu v případě nabídky vybraného dodavatele bez dalšího splněna.

Oproti garanční prohlídce jsou pravidelné údržby po uplynutí určitého počtu kilometrů a sezónní prohlídky opakujícími se úkony, a proto je není možno ztotožňovat s jednorázovou garanční prohlídkou. Každý z těchto úkonů má jiný účel, a proto je nutno na ně pohlížet jako na rozdílné servisní úkony, o čemž svědčí mj. skutečnost, že dle zadávacích podmínek se kilometrový proběh nevztahuje na sezónní prohlídky, nýbrž jen na pravidelnou údržbu.

[17] Závěry krajského soudu nemohou v žádném případě obstát, neboť nelze dojít k závěru, že by stěžovatel při posouzení splnění podmínek ze strany vybraného dodavatele pochybil, nebo že by nastavené zadávací podmínky byly nezákonné či neurčité. Na tomto závěru nemůže nic změnit ani případný částečně odlišný pohled žalovaného na danou problematiku za situace, kdy v každém takovémto případě dochází ke splnění zadávacích podmínek ze strany vybraného dodavatele.

[18] S ohledem na uvedené navrhuje stěžovatel napadený rozsudek zrušit a věc vrátit krajskému soudu k dalšímu řízení.

[19] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti přestřel, že souhlasí se stěžovatelem v tom, že stav nastíněný krajským soudem v odst. 31. odůvodnění napadeného rozsudku je zcela teoretický. Situace, že interval mezi časovými prohlídkami proběhne dříve, než stanovený kilometrový interval, je vysoce nepravděpodobná. Pokud by už daná situace nastala, bude se týkat marginálního počtu trolejbusů například v případě, kdy některý nebude z jakéhokoli důvodu vůbec využit; takovou situaci ale i s ohledem na poptávaný počet trolejbusů nelze očekávat. Žalovaný na rozdíl od krajského soudu nevycházel z hypotetických úvah ale z logických závěrů plynoucích ze zadávacích podmínek. Byť tedy neměl být časový interval v nabídce vybraného dodavatele obsažen, to že v ní byl, nemohlo mít s největší pravděpodobností vliv na okamžik konání pravidelné údržby. Stejně hypotetické je ničím nepodložené tvrzení krajského soudu, že možné častější konání pravidelné údržby mohlo zapříčinit nižší nabídkovou cenu u nákladů na pravidelnou údržbu. Co se týče garanční prohlídky a sezónních prohlídek, odkazuje žalovaný na odůvodnění svého rozhodnutí, neboť náhled na tyto prohlídky s krajským soudem nesdílí a v obecné rovině souhlasí s argumentací obsaženou v kasační stížnosti.

[20] Pokud jde o možnost přezkumu konkrétní zadávací podmínky v návrhovém správním řízení, žalovaný má za to, že v situaci, kdy dodavatel o možné nejasnosti zadávací podmínky musel vědět ve lhůtě pro podání nabídek, tedy ve lhůtě, kdy měl zákonnou možnost zadávací podmínky rozporovat, není žalovaný oprávněn zadávací podmínku přezkoumat, protože k tomu zákon určil okamžik jiný a ten již byl dodavatelem promeškán. Pokud navíc žalovaný při posouzení návrhu dospěje k tomu, že je zadávací podmínka předcházející určitému úkonu v rozporu se zákonem, může ve vztahu k ní zahájit správní řízení z moci úřední. Není ale možné takto fakticky oddalovat lhůtu pro podání námitek a návrhu. Nadto není ani odůvodněné tvrzení krajského soudu, že přezkoumání jednoznačnosti a srozumitelnosti zadávací podmínky nepřekračuje rámec návrhového správního řízení, což krajský soud výslovně uvádí. Pokud návrh takovou námitku neobsahuje a možnost odlišných výkladů žalovaný zjistí až v průběhu řízení, bylo by z povahy věci nutné návrhové správní řízení rozšířit z moci úřední tak, aby reflektovalo přezkoumávané úkony. V opačném případě by rámec návrhového správního řízení nebyl zachován, neboť je definován právě návrhem. Druhou možností by pak bylo zahájení

pokračování

samostatného řízení z moci úřední, týkajícího se konkrétní zadávací podmínky, které by bylo řízením o předběžné otázce k řízení návrhovému. Žalovaný má za to, že se krajský soud touto otázkou zabýval pouze okrajově a velmi zjednodušeně, ačkoliv jeho úvaha může v činnosti žalovaného způsobovat navazující procesní problémy. Přestože je žalovanému zřejmé, že kasační stížnost neobsahovala obdobnou námitku, měl by se Nejvyšší správní soud dle jeho názoru touto pasáží odůvodnění napadeného rozsudku zabývat a osvětlit, jak má žalovaný přistupovat k přezkumu zadávacích podmínek v rámci řízení o návrhu, a to jak v otázce oprávněnosti přezkumu zadávací podmínky, tak v procesních otázkách týkajících se rámce návrhového řízení.

[21] Žalobkyně se ke kasační stížnosti nevyjádřila.

[22] Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů, ověřil při tom, zda netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), a dospěl k následujícímu závěru.

[23] Kasační stížnost není důvodná.

[24] Předně Nejvyšší správní soud konstatuje, že stěžovatel sice v kasační stížnosti uvedl, že namítá důvody podle § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s., ve skutečnosti lze v jeho argumentaci shledat toliko důvod podle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s., tedy nezákonnost napadeného rozsudku.

[25] Nejvyšší správní soud se přesto nejprve zabýval (ne)přezkoumatelností napadeného rozsudku, neboť k ní musí přihlížet, i když není namítána, tedy *ex officio*. Vlastní přezkum rozhodnutí krajského soudu je totiž možný pouze za předpokladu, že napadené rozhodnutí splňuje kritéria přezkoumatelnosti. Pro stručnost lze k otázce přezkoumatelnosti odkázat na judikaturu zdejšího soudu (viz například rozsudek ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003-75, č. 133/2004 Sb. NSS). Nejvyšší správní soud vyhodnotil, že z napadeného rozsudku je zřejmé, co vedlo krajský soud ke zrušení napadeného rozhodnutí, jakými úvahami se řídil a proč považoval argumentaci žalobkyně za důvodnou. Rozsudek krajského soudu je přezkoumatelný a kasační soud neshledal žádnou objektivní překážku, která by bránila jeho věcnému přezkumu.

[26] Ze spisové dokumentace zadávacího řízení Nejvyšší správní soud ověřil, že její součástí je mj. návrh kupní smlouvy včetně příloh. Příloha č. 1 v bodě 1.14 požadovala, aby kilometrový proběh mezi jednotlivými stupni pravidelné údržby trolejbusů činil minimálně 15.000 km s tolerancí +/- 10 %. Splnění tohoto požadavku měli dodavatelé ve svých nabídkách vyznačit prostřednictvím zaškrtnutí varianty „ANO“. V textu návrhu kupní smlouvy pak zadavatel tento požadavek upřesnil v části XIV. „Záruční servis“ tím, že stanovil, že četnost a rozsah výrobcem předepsané údržby (tedy četnost a rozsah jednotlivých stupňů údržby) budou specifikovány v příloze č. 4 kupní smlouvy. Z nabídky vybraného dodavatele vyplývá, že konkrétní rozsah a četnost pravidelných stupňů údržby definoval v dokumentu „PROTOKOLY PŘEDEPSANÉ ÚDRŽBY TROLEJBUSU“, kde uvedl, že bude poskytovat plánovanou údržbu trolejbusů v pravidelných intervalech po 30.000 najetých kilometrech nebo nejpozději po uplynutí 6 měsíců provozu trolejbusů, přičemž první plánovaná údržba byla stanovena v okamžiku najetí 30.000 km (případně po 6

měsících provozu), a poslední plánovaná údržba byla stanovena po ujetí 1.140.000 km. Nad rámec plánované údržby prováděné v pravidelných intervalech po 30.000 km (případně nejpozději po 6 měsících), uvedl, že bude poskytovat i „Jednorázovou údržbu po najetí prvních 5 000 km“, „Údržbu před zimou“ a „Údržbu po zimě“.

[27] Pro projednávanou věc je podstatné posouzení otázek, zda vybraný dodavatel porušil zadávací podmínky ohledně stanoveného minimálního kilometrového proběhu ve výši 15 000 km, pokud ve své nabídce stanovil dodatečnou podmínku časového intervalu v trvání 6 měsíců, a dále zda obстоjí závěry krajského soudu vztahující se ke garanční prohlídce a sezónním prohlídkám.

[28] Pokud jde o první z nastolených otázek, Nejvyšší správní soud se ztotožňuje se závěry krajského soudu, vyslovenými v odst. 28. – 34. odůvodnění napadeného rozsudku. Ačkoli byl v zadávacích podmínkách skutečně stanoven minimální kilometrový nájezd vozidel v rozsahu 70.000 km za 1 rok (tj. cca 35 000 km za 6 měsíců) při jejich 95% provozuschopnosti, nelze s naprostou jistotou tvrdit, že bude splněn. Kasační soud je toho názoru, že v době realizace veřejné zakázky minimálně není možné *a priori* vyloučit například vznik neočekávaných situací v důsledku zásahu vyšší moci. Situace, kdy nebude nájezd některého z trolejbusů v intervalu 6 měsíců vyšší než 15.000 km, může nastat například v důsledku přijetí restriktivních protiepidemických opatření (jako tomu bylo v letech 2020–2022), vlivem extrémně nepříznivé klimatické situace (povodně, sněhové kalamity apod.), atd. Smluvní podmínka doplněná vybraným dodavatelem tak sice nemusí, ale stejně také může směřovat k chování, které bude v rozporu se zadávacími podmínkami; to ostatně připouští i žalovaný, byť tuto možnost označuje za vysoce nepravděpodobnou. Přístup stěžovatele, který umožnil dodavateli formulovat do smluvních podmínek nové podmínky, které jsou (být jen s nízkou pravděpodobností) s to porušit zadávací podmínky, nelze akceptovat. Takovým postupem fakticky došlo k popření základních principů zadávacího řízení, zejména vázanosti účastníků zadávacího řízení (včetně zadavatele) zadávacími podmínkami (§ 36 odst. 2, 3 a 7 ZZVZ, § 39 odst. 1, § 51 odst. 3, § 124 odst. 4 ZZVZ) a nebyla zajištěna ani transparentnost zadávacího řízení, jak to předpokládá § 6 odst. 1 ZZVZ.

[29] Akceptací takto pozměněných smluvních podmínek vybraného dodavatele došlo zároveň k porušení zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace, kterými byl stěžovatel vázán podle § 6 odst. 1 ZZVZ (podrobněji k uvedeným zásadám viz judikaturu tohoto soudu dostupnou na www.nssoud.cz, například rozsudek ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 k zásadě transparentnosti zadávacího řízení, nebo rozsudek ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, k zásadě rovného zacházení a zákazu diskriminace). Jak již uvedl krajský soud, popření jedné ze zadávacích podmínek již přímo v nabídce vybraného dodavatele ovlivnilo také vzájemnou porovnatelnost jednotlivých nabídek, jejichž předkladatelé oprávněně vycházeli z předpokladu, že zadávací podmínky nelze doplňovat či měnit. Vybraný dodavatel byl tímto postupem neoprávněně zvýhodněn. Uvedené pak logicky mohlo mít vliv i na to, že nabídková cena vybraného dodavatele u vynaložených nákladů na údržbu po dobu záruky činila částku o 39% nižší, než cena nabídnuta v pořadí druhým dodavatelem a o cca 49% nižší, než byl průměr všech nabídkových cen. Nastavením intervalů údržby v rozporu se zadávacími podmínkami (čtenější prohlídky), vybraný dodavatel mohl získat vyšší kontrolu nad technickým stavem vozidel, a tedy mohl logicky předpokládat nižší náklady na servisní zásahy a údržbu. Jak

pokračování

rovněž přiléhavě uvedl krajský soud, je představitelné, že kdyby i ostatní dodavatelé vycházeli při tvorbě cenové nabídky z eventuálně čtenějších servisních prohlídek, mohla být jejich výsledná cena údržby jiná (nižší), než cena stanovena pouze v závislosti na stanoveném kilometrovém proběhu.

[30] Stěžovatel považuje za nepravdivé tvrzení krajského soudu, že rozdíl ve vztahu k nákladům na pravidelnou údržbu nebyl předmětem jakéhokoli posuzování; uvádí, že jeho komise se zabývala cenovým rozdílem mezi cenou nákladů na pravidelnou údržbu po dobu záruky vybraného dodavatele ve vztahu k cenám nabízeným ostatními účastníky zadávacího řízení na svém 3. jednání (protokol ze dne 10. 5. 2021). Nejvyšší správní soud tuto argumentaci odmítá, neboť krajský soud nepopřel, že se stěžovatel námitkou žalobkyně ohledně mimořádně nízké nabídkové ceny zabýval (viz odst. 33. odůvodnění napadeného rozsudku), a *obecně* mu tak nic nevytknul. Pouze ve vztahu k závěru o porušení zadávací podmínky vybraným dodavatelem poznamenal, že rozdíl v nabídkové ceně *nebyl posuzován s přihlédnutím k dodatečně stanovenému časovému intervalu 6 měsíců*, jenž ji mohl ovlivnit, jak to bylo uvedeno výše. Lze tedy krajskému soudu přitakat, že *touto optikou* se nabídkovými cenami stěžovatel, ani žalovaný nezabývali.

[31] S ohledem na uvedené Nejvyšší správní soud aprobuje závěr krajského soudu, že vybraný dodavatel stanovením časového intervalu 6 měsíců, po jehož uplynutí dojde k pravidelné servisní prohlídce, porušil zadávací podmínky, které vázaly pravidelnou údržbu toliko na kilometrový proběh. Jeho nabídka tak v tomto rozsahu porušila zadávací podmínky, neboť nelze s jistotou vyloučit situaci, kdy postupem v souladu se smluvními podmínkami budou při realizaci zakázky porušeny zadávací podmínky.

[32] Pokud jde o další námitku, vztahující se ke garanční prohlídce (jednorázová údržba po najetí prvních 5.000 km) a sezónním prohlídkám (před zimou a po zimě), jak byly stanoveny vybraným dodavatelem v jeho nabídce nad rámec plánované údržby, stěžovatel má za to, že krajský soud nesprávně vyložil výraz „*mezi*“ v podmínce 15.000 km proběhu mezi jednotlivými stupni údržby; uvádí, že stanovení výchozího bodu periody údržby bylo ponecháno na dodavatelích a nejedná se nutně o okamžik předání trolejbusu. Co se týče sezónních prohlídek, ty nebyly vybraným dodavatelem ohraničeny počtem kilometrů, tudíž stěžovatel předpokládá, že budou provedeny tak, aby nedošlo k porušení zadávacích podmínek (například současně s pravidelnou údržbou), ačkoli v kasační stížnosti uvádí, že dle zadávacích podmínek, se na ně stanovený kilometrový proběh nevztahuje.

[33] Krajský soud posoudil závěry žalovaného stran těchto prohlídek jako nepřezkoumatelné, s čímž se kasační soud plně ztotožňuje. Nejvyšší správní soud ověřil, že z vyjádření účastníků v předcházejících řízeních, ale rovněž z kasační stížnosti a vyjádření žalovaného k ní, je evidentní, že o těchto prohlídkách, o jejich povaze, o tom, zda se na ně vztahuje stanovený kilometrový proběh, nebo zda byli dodavatelé sami oprávněni stanovit výchozí bod od něž se pak odvíjí intervaly pravidelné údržby (a to kdykoli bez ohledu na stanovený km proběh), nepanuje mezi účastníky shoda. Žalovaný v napadeném rozhodnutí uvedl, že údržba před zimou a údržba po zimě nejsou pravidelnou údržbou, nýbrž sezónní prohlídkou, z čehož pak dovodil, že na tuto údržbu se požadavek zadavatele na minimální kilometrový proběh nevztahuje (bod 37 jeho rozhodnutí). Stěžovatel však na rozdíl od něj na sezónní prohlídky kilometrový proběh vztáhl, jestliže i v kasační stížnosti vychází z toho, že vybraný dodavatel bude postupovat v souladu se zadávacími

podmínkami (a popřípadě budou sezónní prohlídky a pravidelný stupeň údržby provedeny současně), zároveň si pak nově (na rozdíl od své předchozí argumentace) sám poněkud protiřečí, uvádí-li, že zadávací podmínky sezónní prohlídky nepodmiňují km proběhem, na rozdíl od prohlídek pravidelných. Žalobkyně vztahovala stanovený kilometrový proběh na všechny stupně údržby (tedy i na první prohlídku), naproti tomu vybraný dodavatel (dle jeho vyjádření k rozkladu žalobkyně ze dne 2. 11. 2021) zastával názor, že podmínka minimálního kilometrového proběhu platí pouze ve vztahu k jednotlivým stupňům pravidelné údržby (první, garanční prohlídku stanovil po ujetí 5.000 km, tj. cca po měsíci provozu). Z uvedeného je zřejmé, že jednotliví účastníci řízení interpretovali podmínku kilometrového proběhu mezi jednotlivými stupni údržby v zadávací dokumentaci rozdílně.

[34] Ve stejném duchu se nesou rozpory mezi jednotlivými účastníky, i pokud jde o provedení garanční (první) prohlídky. Žalobkyně vycházela z toho, že výchozím bodem, je „bod 0“, tj. okamžik, kdy má trolejbus najeto 0 km, a od něj pak stanovila první prohlídku s ohledem na stanovený km proběh. Vybraný dodavatel stanovil garanční prohlídku po ujetí toliko 5.000 km, čímž *stricto sensu* nerespektoval kilometrový proběh stanovený v zadávacích podmínkách. Stěžovatel má za to, že v zadávacích podmínkách nebyl vůbec stanoven výchozí bod, od něž se pak odvíjí interval pravidelné údržby, tudíž byl ponechán na vůli dodavatelů. Žalovaný v napadeném rozhodnutí uvedl, že je nepodstatné, zda je garanční prohlídka nabízena po 5.000 km nebo 30 000 km, okamžik uvedení trolejbusu do provozu ale nelze považovat za žádný stupeň údržby, tudíž se od něj km proběh (s ohledem na pojem „mezi“ stupni údržby) stanovit nemůže. Dospěl k tomu proto, že výchozím a konečným bodem každého servisního intervalu jsou jednotlivé stupně údržby, tedy servisní prohlídky, bez ohledu na jejich přesný název. Garanční prohlídku nicméně bez jakéhokoli vysvětlení označil (na rozdíl od sezónních prohlídek) za stupeň údržby, na něž se zadávacími podmínkami stanovený kilometrový proběh vztahuje (jedná se tedy o první stupeň údržby). Uvedený výklad je dle Nejvyššího správního soudu neudržitelný, neboť sám svědčí o nejasnosti a nesrozumitelnosti této zadávací podmínky.

[35] Zde již nezbyvá než souhlasit s krajským soudem, že postup žalovaného, jenž si byl nejednoznačnosti zadávací podmínky vědom, nicméně se jí nezabýval a pouze konstatoval, že jde toliko o indikátor pro zadavatele, aby příště volil jednoznačnější nastavení zadávací podmínky, nebyl správný. Namítala-li žalobkyně již v návrhu na zahájení správního řízení porušení konkrétní zadávací podmínky kilometrového proběhu podle přílohy č. 1, bodu 1.14, návrhu kupní smlouvy, která se následně ukázala spornou, nejednoznačnou a nesrozumitelnou, vyšlo-li v řízení před žalovaným najevo, že byla účastníky řízení i žalovaným vykládána rozdílně, mělo posouzení její zákonnosti logicky předcházet přezkumu jejího možného porušení. Bez tohoto posouzení nebylo možné uzavřít, došlo-li vybraným dodavatelem k jejímu porušení tím, že stanovil nad rámec pravidelné údržby garanční prohlídku a sezónní prohlídky. Nebyla-li srozumitelná samotná zadávací podmínka, nemůže obstát ani její nepřesvědčivý výklad provedený žalovaným v napadeném rozhodnutí, jenž se navíc v určitých detailech neshoduje ani s výkladem stěžovatele, který sám tuto podmínku stanovil.

[36] Pouze na okraj kasační soud doplňuje, že nelze akceptovat ani přístup stěžovatele, který se bez dalšího spoléhá na soukromoprávní zásadu presumpce poctivosti jednání vybraného dodavatele (uvádí-li, že sezónní prohlídky mohou být provedeny současně s pravidelnou údržbou) a fakticky tak upustil od své povinnosti posuzovat splnění

pokračování

stanovených podmínek účasti v zadávacím řízení (§ 37 ZZVZ) a postupu v souladu s již výše zmiňovanými zásadami dle § 6 ZZVZ. Tímto postupem byl zcela popřen vlastní princip průběhu zadávacího řízení, včetně smyslu stanovování zadávacích podmínek, a i samotných pravidel zákona týkajících se povinností zadavatelů ve vztahu k posuzování naplnění těchto podmínek dodavateli. Za zákonný průběh zadávacího řízení odpovídá primárně zadavatel, jenž podle § 39 odst. 2 písm. a) ZZVZ vybírá z účastníků zadávacího řízení vybraného dodavatele, a to mj. na základě posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, mezi něž patří i technické podmínky vymezující požadovaný předmět plnění (tedy včetně zde stanoveného km průběhu mezi jednotlivými stupni údržby). Výběrem dodavatele, jehož nabídka nebyla v souladu se zadávacími podmínkami, stěžovatel svým zákonem stanoveným povinností nedostál.

[37] Namítá-li pak stěžovatel, že před podáním nabídek nepodal žádný dodavatel (ani žalobkyně) námitku proti zadávacím podmínkám (a k uvedenému se následně vyjadřuje rovněž žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti), i zde lze opět odkázat na napadený rozsudek, v němž krajský soud konstatoval, že v daném případě se neuplatní § 251 odst. 4 a 5 ZZVZ, neboť otázka jednoznačnosti a srozumitelnosti zadávací podmínky musela předcházet otázce jejího (ne)porušení. Pokud nebylo postaveno najisto, jak měla být zadávací podmínka kilometrového průběhu vykládána ve vztahu k výchozímu bodu, garanční prohlídce a sezónním prohlídkám, nebylo vůbec možné rozhodovat, zda došlo k jejímu porušení vybraným dodavatelem. Ostatně, žalovaný sám ve svém vyjádření ke kasační stížnosti konstatoval, že v určitých případech je nutné, aby byla v rámci návrhového řízení přezkoumána i konkrétní zadávací podmínka, pokud vyjde najevo, že ji jednotliví účastníci vykládají odlišně. V nyní projednávané věci nastala právě žalovaným popisovaná situace. Hypotetické úvahy žalovaného ohledně odlišných situací, kdy dodavatel o nejasnosti zadávací podmínky musel vědět již ve lhůtě pro podání nabídek, zde není nutno rozebírat, neboť se mýlí s projednávanou věcí, kdy možný různý výklad dotčené zadávací podmínky vyšel najevo až v řízení před žalovaným (tj. podmínka, která se sice *prima facie* jevila jasnou, a srozumitelnou, takovou nebyla). V projednávané věci se nejedná o rozšiřování předmětu návrhového řízení, jímž bylo mj. posouzení porušení zadávací podmínky kilometrového průběhu vybraným dodavatelem (z více hledisek), ale o zodpovězení otázky, která je imanentní součástí podané námítky. Jelikož žalovaný nejednoznačnost, nejasnost a nesrozumitelnost zadávací podmínky nijak nerefletoval a její porušení vybraným dodavatelem neshledal, je jeho rozhodnutí v této části nepřezkoumatelné, jak to ostatně dovodil rovněž krajský soud.

[38] S ohledem na výše uvedené Nejvyšší správní soud uzavírá, že neshledal kasační stížnost důvodnou, a proto ji podle § 110 odst. 1 *in fine* s. ř. s. zamítl.

[39] 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. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, právo na náhradu nákladů řízení mu proto nenáleží. Žalobkyni, již by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo (viz rozsudek tohoto soudu ze dne 8. 10. 2020, č. j. 1 As 228/2019 - 66), Nejvyšší správní soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, protože nebyla právně zastoupena, v řízení neučinila žádný úkon a ani nedoložila žádné náklady, které by jí v souvislosti s projednáním kasační stížnosti měly vzniknout. Žalovanému soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, protože mu v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec jeho běžné činnosti nevznikly; ostatně

o náhradu nákladů ani nežádal. Nejvyšší správní soud proto rozhodl tak, že se žádnému z účastníků náhrada nákladů řízení nepřiznává (stěžovatel - osoba zúčastněná na řízení je v tomto případě účastníkem řízení o kasační stížnosti podle § 105 odst. 1 s. ř. s.).

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

V Brně dne 24. května 2024

Mgr. Radovan Havelec
předseda senátu