

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Josefa Baxy a soudců JUDr. Lenky Kaniové a JUDr. Zdeňka Kühna v právní věci žalobkyně: **RCS Brno, s. r. o.**, se sídlem Mošnova 18, Brno, zast. JUDr. Karlem Mikuláškem, advokátem se sídlem Biskupská 4, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: Město Turnov, se sídlem Antonína Dvořáka 335, Turnov, zast. JUDr. Petrem Balcarem, advokátem se sídlem Revoluční 15, Praha 1, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 12. 9. 2008, čj. R073/2008/02-18392/2008/310-Hr, v řízení o kasační stížnosti osoby zúčastněné na řízení proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 4. 11. 2010, čj. 62 Ca 77/2008 – 45,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Osoba zúčastněná na řízení **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Osoba zúčastněná na řízení **je povinna** zaplatit žalobkyni náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti ve výši 2400 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Karla Mikuláška, advokáta.

IV. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I.
Vymezení věci

[1] Ústřední a nejdůležitější otázkou řešenou v této věci je, zda město Turnov dostatečně jasně a transparentně vymezilo v zadávací dokumentaci veřejné zakázky způsob, jakým má být prokázána kvalita fotografií pořízených zařízením pro měření rychlosti motorových vozidel.

[2] Dne 17. 7. 2007 uveřejnilo město Turnov jako zadavatel (dále též „zadavatel“) v informačním systému o veřejných zakázkách zadání veřejné zakázky nazvané „Měření rychlosti“. V Úředním věstníku Evropské unie byla stejná veřejná zakázka zveřejněna dne 18. 7. 2007. V čl. 3.1 zadávací dokumentace byl předmět veřejné zakázky popsán jako pronájem zařízení pro měření rychlosti se zabezpečením provozu pronajatých zařízení, automatizovaná evidence a zpracování dat o provedeném měření.

[3] Společnost RCS Brno, s. r. o. (dále jen „žalobkyně“) podala ve lhůtě před podáním nabídek zadavateli námitky proti jeho postupu. Následně dne 4. 9. 2007 podala návrh Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „žalovaný“), kterým bylo zahájeno správní řízení s žalobkyní a zadavatelem. Rozhodnutím ze dne 5. 10. 2007 žalovaný uložil zadavateli pozastavit zadávací řízení, a to až do pravomocného ukončení správního řízení. Následně žalovaný rozhodnutím ze dne 22. 10. 2007 konstatoval v postupu zadavatele porušení § 44 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (ZVZ). Zadavatel totiž nevymezil předmět zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. O následném rozkladu zadavatele pak rozhodl předseda žalovaného tak, že prvostupňové rozhodnutí zrušil. Pochybnosti či nejasnosti v zadávací dokumentaci totiž předseda žalovaného, na rozdíl od prvostupňového rozhodnutí žalovaného, neshledal. Žalovaný následně správní řízení zastavil. Proti tomuto rozhodnutí žalovaného podala žalobkyně rozklad. Ten předseda žalovaného tentokráte zamítl s odůvodněním, že ze zadávací dokumentace je patrné, jaké informace hodlal zadavatel v rámci dílčích hodnotících kriterií hodnotit a jaké informace tedy měli uchazeči ve svých nabídkách předložit.

[4] Žalobkyně napadla uvedené rozhodnutí u Krajského soudu v Brně. Soud žalobě vyhověl. V rozsudku uvedl, že se žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí vůbec nezabýval otázkou, zda použití subjektivních kriterií za situace, kdy lze použít kriteria objektivní, způsobuje porušení zásady transparentnosti. Toutéž otázkou se však řádně nezabýval ani předseda žalovaného. Tím žalovaný zatížil svá rozhodnutí závažnou vadou řízení.

[5] Naopak zadavatel podle krajského soudu neporušil zásadu rovného zacházení podle zákona o veřejných zakázkách. Tato zásada totiž nemůže být porušena jen tím, že zadávací řízení bylo vyvoláno nabídkou jednoho z uchazečů (společnosti CZECH RADAR a. s.) a zadavatel převzal charakteristiky služby, včetně názvu projektu této společnosti (Bezpečná města). Pokud totiž zadavatel obdržel nabídku společnosti CZECH RADAR na plnění, které potřeboval, bylo zcela namístě, aby vyhlásil na toto plnění zadávací řízení. Jestliže pak plnění nabízené společností CZECH RADAR splňovalo veškeré zadavatelovy požadavky, mohl do zadávacího řízení převzít jak popis tohoto plnění, tak jeho název. Předmět veřejné zakázky není vymezen tak, že by jej mohl splnit jen jeden uchazeč.

[6] Soud dále v obecné rovině souhlasil s žalobkyní, že je třeba upřednostňovat objektivní hodnotící kriteria před kriterii subjektivními. V daném případě však k řádnému

posouzení a hodnocení nabídek nelze objektivní kriterium použít, případně pouze objektivní kriterium tomu zcela nepostačuje, a je třeba sáhnout po kriteriu subjektivním. Hodnotící komise nemusí být vždy složena jen z osob, které by dokázaly „kvalitu fotografií“ hodnotit jen na základě technických údajů o zařízeních, jimiž budou tyto fotografie pořizovány. Pokud by tedy v daném případě zadavatel požadoval předložení fotografií či jiné obrazové dokumentace pořízené měřícím zařízením, které by následně hodnotící komise hodnotila, byl by takový postup v souladu se zákonem.

[7] Soud se však ztotožnil s námitkou žalobkyně, že ze zadávací dokumentace není zřejmé, že uchazeči mají předložit fotografie a že právě fotografie bude zadavatel hodnotit. Zadávací dokumentace musí být transparentní, dostatečně konkrétní a srozumitelná tak, aby na jejím základě mohla proběhnout všestranně korektní veřejná soutěž, v jejímž rámci bude vybrána ta nejlepší nabídka. Nemůže tedy obstát taková zadávací dokumentace, z níž požadavky na zpracování nabídky a následně hodnotící kritéria nejsou zcela srozumitelná a jednoznačná, tj. pokud objektivně připouštějí rozdílný výklad a vzniká tak interpretační nejistota. V daném případě zadávací dokumentace požadavek jednoznačnosti a tedy transparentnosti nesplňovala. Zadavatel v čl. 9.5 ani v čl. 14 zadávací dokumentace totiž výslovně a jednoznačně neuvedl, že uchazeči mají jím požadované informace doložit předložením fotografií pořízených měřícím zařízením. Pouze neurčitě uváděl, že je třeba předložit „podrobný popis technických parametrů kontrolních a měřících zařízení, ze kterého jednoznačně vyplývá splnění veškerých požadavků zadavatele“. Nelze tedy vyloučit, že by v daném zadávacím řízení mohlo dojít k porovnávání vzájemně neporovnatelných nabídek. Nelze porovnávat a hodnotit kvalitu fotografií na základě předložených fotografií v rámci jedné nabídky a na základě technické specifikace zařízení, určeného k jejich pořizování, v rámci nabídky druhé. Zadávací dokumentace, která předložení obou těchto variant připouštěla, neboť jednoznačně nestanovila, že skutečnosti požadované v čl. 9.5 je třeba doložit fotografiemi, a neobsahovala informaci o způsobu, jakým bude k hodnocení fotografií přistoupeno, tak byla neurčitá a netransparentní a tedy v rozporu s § 6 ZVZ. Pokud žalovaný dospěl k závěru odlišnému, je jeho rozhodnutí nezákonné.

[8] Soud konečně přisvědčil i žalobní námitce ohledně neurčitosti pojmu „zhoršené povětrnostní podmínky“. Nejedná se totiž o pojem jednoznačný (měla být hodnocena kvalita dokumentace o spáchaném přestupku i za zhoršených povětrnostních podmínek nebo v noci včetně registrační značky vozidla a tváře řidiče). Soud má s ohledem na předmět veřejné zakázky za to, že zadavatel zřejmě hodlal požadovat, aby zařízení bylo schopno zdokumentovat přestupek i za zhoršené viditelnosti. Tento svůj požadavek však do zadávací dokumentace jednoznačně nevtělil. I v případě, že by všichni uchazeči doložili testovací fotografie, nedovede si soud představit, jakým způsobem by hodnotící komise tyto fotografie v kontextu pojmu „zhoršené povětrnostní podmínky“ posuzovala a hodnotila. Nepochybně totiž může nastat situace, kdy by jedna nabídka obsahovala fotografii pořízenou v noci, jiná nabídka pořízenou za silnějšího větru (neboť i tak lze neurčitý pojem zhoršené povětrnostní podmínky interpretovat) a další např. za mlhy či deště. Ze zadávací dokumentace přitom neplyne, jakým způsobem by zadavatel tyto fotografie pořízené za diametrálně odlišných podmínek hodnotil. I v této části tak soud žalobkyni přisvědčil a zadávací dokumentaci nepovažoval za určitou a transparentní.

II.
Stručné shrnutí základních argumentů uvedených v kasační stížnosti

[9] Zadavatel, který v řízení před krajským soudem vystupoval jako osoba zúčastněná na řízení, podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost. V ní uplatnil kasační důvod dle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.

[10] Zadavatel především nesouhlasí s tím, že zadávací dokumentace nebyla dostatečně určitá a srozumitelná. Zadavatel připouští, že zakázku bylo možno formulovat jasněji a určitěji, případně vzniklé nejasnosti však nedosahují intenzity porušení § 6 ZVZ.

[11] Krajský soud navíc vůbec nezohlednil možnost žalobkyně podat žádost o dodatečné informace. Pokud tedy měla žalobkyně nebo jiný uchazeč jisté pochybnosti o požadovaném způsobu prokázání uvedených požadavků (ty žalobkyně ve skutečnosti neměla), pak mohli využít žádosti o dodatečné informace k zadávacím podmínkám podle § 49 ZVZ. Žalobkyně však nebrojila proti nejednoznačnosti, ale proti samotné možnosti prokazovat kvalifikaci přímo jednotlivými vzorovými fotografiemi, neboť tento způsob považovala za subjektivní. Krajský soud se naproti tomu spokojil se zcela hypotetickou možností, že by k netransparentnímu postupu mohlo dojít, ač tomu skutkový stav nenasvědčuje. Zadavateli byla totiž předložena pouze jedna úplná nabídka. Akceptace názoru krajského soudu povede k tomu, že zadávací dokumentace bude sestávat ze zcela detailních rozsáhlých podmínek, požadavků a definic.

[12] Nepřiměřeně přísný formalistický výklad vidí zadavatel i v interpretaci určitosti pojmu „zhoršené povětrnostní podmínky“.

[13] Zadavatel nesouhlasí ani s tím, že rozhodnutí žalovaného je nepřezkoumatelné. Podle zadavatele rozhodnutí žalovaného nevybočuje z mezí přezkoumatelnosti rozhodnutí.

[14] Zadavatel uzavírá, že krajský soud vůbec nevzal v potaz důsledky údajného porušení § 6 ZVZ, a to zejména to, zda zadavatel podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

III.
Stručné shrnutí vyjádření žalobkyně

[15] Žalobkyně se ztotožnila se závěry krajského soudu. Především upozorňuje, že v průběhu řízení před žalovaným se ukázalo, že ani sám zadavatel neměl jasno, jak vlastně bude prokazována kvalita fotografií a kvalita dokumentace. V rozkladu ze dne 29. 10. 2007 totiž zadavatel tvrdil, že nehodlal uchazeče nijak limitovat ve způsobu, jakým budou prokazovat kvalitu pořízených fotografií, přičemž za tímto účelem by přijal jakýkoliv důkaz. V kasační stížnosti však již zadavatel uvedl, že od samého počátku požadoval předložení testovací fotografie. Žalobkyně však setrvává na názoru, že zadávací dokumentace je nepřesná, neboť nestanoví, jakým způsobem bude kvalita fotografií vyhodnocována, resp. neurčuje, jakým způsobem ji mají uchazeči prokazovat. Formulace v dokumentaci nasvědčují tomu, že zadavatel očekával od uchazečů informace o tom,

jakým způsobem hodlají zajistit dostatečnou kvalitu fotografií i při zhoršených podmínkách a jak hodlají dosáhnout toho, aby fotografie byla zřetelná i při vysokých rychlostech až do 200 km/hod. Nabídka uchazeče obsahující technickou specifikaci přístroje nemůže být transparentně a přezkoumatelně srovnána s nabídkou doprovázenou testovací fotografií. V úvahu je třeba vzít i vágnost pojmu zhoršené povětrnostní podmínky – i zde odkazuje na nevěrohodnost srovnání fotografie pořízené ve zcela rozdílných situacích.

[16] Míra nejistoty uchazečů tedy nemohla být jen zcela nepatrná. V daném případě nejde o drobnou formulační nejasnost, nýbrž o neúplnost zadávací dokumentace v jednom z jejích klíčových bodů. Postup dle § 49 ZVZ nemůže vést ke zhojení nezákonnosti zadávací dokumentace.

[17] Žalobkyně se ztotožňuje též s názorem krajského soudu o nepřezkoumatelnosti rozhodnutí žalovaného. Krajský soud sice ve svém rozsudku naznačil, že postup žalovaného, který byl předmětem námitky žalobkyně, by mohl v soudním přezkumu obstát. Toto hodnocení soudu však lze považovat maximálně za předběžné. Dokud správní orgán nezaujme svůj vlastní řádně odůvodněný názor, nemá soud reálně co přezkoumávat.

[18] Vzhledem k výše uvedenému žalobkyně navrhla, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

[19] Žalovaný vyjádření ke kasační stížnosti nepodal.

IV.
Právní názor Nejvyššího správního soudu

[20] Nejvyšší správní soud přezkoumal napadené rozhodnutí a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná. Rozsahem a důvody kasační stížnosti je přitom Nejvyšší správní soud podle § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s. vázán; důvody k přezkumu napadeného rozsudku nad rámec důvodů uvedených v kasační stížnosti nebyly shledány.

[21] Pro pořádek nutno předeslat, že Nejvyšší správní soud na věc aplikoval zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (ZVZ), ve znění zákona č. 110/2007 Sb.

[22] Všechny námitky mají povahu námitek podle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Soud nejprve posoudil námitku, podle níž rozhodnutí žalovaného je přezkoumatelné (**IV.A.**). Dále se zabýval tím, zda postup zadavatele porušil zásadu transparentnosti (§ 6 ZVZ), pokud nedostatečně specifikoval, jakým způsobem bude posuzována kvalita fotografií (**IV.B.**). Na třetím místě zvážil porušení zásady transparentnosti užitím neurčitého termínu „zhoršené povětrnostní podmínky“ (**IV.C.**). Konečně posoudil, zda vady zadávací dokumentace mohly být zhojeny postupem podle § 49 ZVZ (**IV.D.**).

IV.A.
Námitka, že rozhodnutí žalovaného není nepřezkoumatelné

[23] Podle krajského soudu se žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí vůbec nezabýval otázkou, zda použití subjektivních kriterií za situace, kdy lze použít kriteria objektivní, způsobuje porušení zásady transparentnosti. Toutéž otázkou se řádně nezabývalo ani druhostupňové rozhodnutí. Tím žalovaný zatížil svá rozhodnutí závažnou vadou řízení, totiž nepřezkoumatelností. S tímto závěrem krajského soudu zadavatel polemizuje. Ač reakce žalovaného na námitku preferující objektivní kritéria před kritérii subjektivními není vyčerpávající, nezakládá podle zadavatele nezákonnost rozhodnutí žalovaného, a to zvláště za situace, kdy i podle názoru krajského soudu samotná námitka důvodná není.

[24] K tomu zdejší soud uvádí následující.

[25] Skutečnost, že prvostupňové rozhodnutí se s předmětnou otázkou vůbec nevypořádalo, je nesporná. Vyplývá z obsahu tohoto rozhodnutí, nic jiného netvrdí ani zadavatel. Klíčovou je tedy otázka, zda se s touto otázkou přezkoumatelným způsobem vypořádal předseda žalovaného v druhostupňovém rozhodnutí.

[26] Soudní řád správní definuje nepřezkoumatelnost rozhodnutí správního orgánu v § 76 odst. 1 písm. a). Nepřezkoumatelnost je podle tohoto ustanovení vada řízení *spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí*. Ustálená judikatura zdejšího soudu k tomu uvádí, že z odůvodnění rozhodnutí musí být mimo jiné seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka za liché, mylné nebo vyvrácené (takto již rozsudek NSS ze dne 11. 8. 2004, čj. 5 A 48/2001 - 47, publ. pod č. 386/2004 Sb. NSS).

[27] Rozhodnutí předsedy žalovaného rekapituluje námitku žalobkyně v bodě 12. Podle ní se žalovaný nezabýval námitkou, že zadavatel porušil zásadu transparentnosti, když bez relevantních důvodů upřednostnil kritéria subjektivní před kritérii objektivními. V bodě 21 pak rozhodnutí uvádí (vedle odkazu na svá předchozí rozhodnutí), že volba subjektivních kritérií byla v souladu se zákonem. Úvaha žalobkyně, že jiná kritéria mohla být vhodnější a transparentnější, než kritéria zadavatelem zvolená, jde již nad rámec správního uvážení a smyslu přezkumné činnosti žalovaného. Pokud je postup zadavatele zákonný, je již irelevantní uvažovat, zda jiný postup mohl být „zákonnější“. Úvaha o vhodnosti jednotlivých kroků spadá do kompetence zadavatele v okamžiku přípravy zadávacího řízení.

[28] Nejvyšší správní soud dává za pravdu zadavateli, že takovéto odůvodnění je přezkoumatelné. Lze přisvědčit krajskému soudu, že odůvodnění vskutku nehýří argumenty. Krajský soud v odůvodnění předsedy žalovaného postrádal především odpověď na výklad § 6 ZVZ, konkrétně na otázku, zda subjektivní kritéria lze použít jen, nepřipadají-li v úvahu kritéria objektivní. Odůvodnění předsedy žalovaného, jakkoliv strohé, však nelze vyložit jinak než tak, že subjektivní kritéria lze použít kdykoliv, bez ohledu na eventuální použitelnost kritérií objektivních. Ke stejnému závěru následně dospívá i krajský soud (viz argumentace na s. 8 až 9 rozsudku).

[29] Námitka je proto důvodná, odůvodnění rozhodnutí předsedy žalovaného přezkoumatelné v tomto bodě je. S ohledem na to, že rozhodnutí krajského soudu ve svých nejdůležitějších částech napadených kasační stížností obstojí, nemohla ani dílčí důvodnost kasační stížnosti nic změnit na jejím zamítnutí (viz dále **IV.B.** až **IV.D.**).

[30] Nejvyšší správní soud pro pořádek uvádí, že se nezabýval věcnou správností závěru krajského soudu uváděného shora (bod [28]), neboť ten není kasační stížností napaden. Nejvyšší správní soud je zásadně vázán důvody kasační stížnosti (§ 109 odst. 3 s. ř. s.).

IV.B.
Nedostatečná specifikace toho, jak má být posuzována kvalita fotografií

[31] Zadavatel dále nesouhlasí se závěrem krajského soudu, podle něhož zadávací dokumentace nebyla dostatečně určitá a srozumitelná. Právě nedostatečná určitost a srozumitelnost podle krajského soudu založila porušení zásady transparentnosti podle § 6 ZVZ.

[32] Podle zadávací dokumentace uchazeči měli poskytnout mj. „*podrobný popis technických parametrů kontrolních a měřících zařízení, ze kterého jednoznačně vyplývá splnění veškerých požadavků zadavatele. V této souvislosti je nutné zejména* prokázat *dále požadované skutečnosti a případně též* předložit *dále požadované doklady:* [...] *informaci o schopnosti zdokumentovat přestupek i za zhoršených povětrnostních podmínek nebo v noci – včetně registrační značky vozidla a řidiče vozidla, poskytnout informaci o schopnosti zadokumentovat přestupek tak, aby byla zaznamenána SPZ/RZ vozidla i tvář řidiče, jak u osobních, tak nákladních vozidel pro rychlosti do 200 km/h,* [...] *poskytnout informaci o schopnosti jasně identifikovat jízdní pruh, ve kterém je záznam pořízen,* [...] *poskytnout informaci o schopnosti sledovat až tří jízdních pruhů pomocí jednoho měřícího zařízení*“ (čl. 9.5 nazvaný „Dokumentace k nabízenému plnění“, zvýraznění v originále dokumentace).

[33] Podle zadavatele si lze těžko představit prokázání dokumentace přestupku jinak než vzorovými fotografiemi. Ostatně z logiky veřejné zakázky jasně vyplývá, že jde především o poskytování obrazového záznamu konkrétní dopravní situace s požadovanými detaily. I krajský soud si ostatně myslí, že fotografie byla pro předmět zakázky nejvhodnějším dokladem. Ani žalobkyně nepochybovala o tom, že uvedené informace mají být prokázány vzorovými fotografiemi. Tento požadavek zpochybňovala před soudem jako nepřípustně subjektivní, tato námitka však nebyla shledána důvodnou.

[34] K tomu Nejvyšší správní soud předně uvádí, že „*zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za jeho zpracování je plně odpovědný zadavatel a je povinen ho zpracovat dostatečně kvalitně a s patřičnou odborností tak, aby na jeho základě bylo možno podat odpovídající a především vzájemně porovnatelné nabídky*“ (rozsudek ze dne 16. 11. 2010, čj. 9 Afs 30/2010 – 182, *Piotr Wawrzaszek*). Ustanovení § 44 odst. 1 ZVZ stanoví, že *zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky* v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky (zvýraznění doplnil NSS). Účelem zadávacího řízení je zabezpečit hospodářskou soutěž o předmět veřejné zakázky, tedy volnou a efektivní soutěž dodavatelů o zakázky, a tím také dosáhnout efektivního nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů. Zadavatelé totiž většinou nehospodaří s vlastními finančními zdroji a nemají tedy v obecné rovině žádnou motivaci k tomu, aby postupovali nanejvýš hospodárně. Při zadávání veřejných zakázek je tedy nutno zajistit, aby veřejné rozpočty byly spotřebovávány řádně a efektivně, na základě seriózního

hodnocení nabídek a bez jakéhokoliv druhu zvýhodňování nebo protihodnoty finanční nebo politické. Veškeré úkony zadavatele by proto měly být činěny takovým způsobem, aby zadávání veřejných zakázek bylo transparentní (takto např. rozsudek ze dne 9. 7. 2009, čj. 9 Afs 87/2008 – 81, *Hradec Králové,* publ. pod č. 2203/2011 Sb. NSS).

[35] Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem i samotným zadavatelem uvádí, že fotografií lze vskutku nejlépe doložit, že zařízení dokáže zaznamenat registrační značku vozidla i tvář řidiče v takové kvalitě, aby mohl být předmětný řidič rozpoznán a za své protiprávní chování (rychlou jízdu) postižen. Není pak ale vůbec jasné, proč takto jednoduše zadavatel neformuloval též svou zadávací dokumentaci. V ní se potencionální uchazeč o veřejnou zakázku o způsobu prokázání uváděných požadavků nedočte naprosto nic. Právě naopak, některé části zadávací dokumentace skutečně směřují k tomu, že uchazeč bude prokazovat splnění požadavků technickou specifikací měřícího zařízení. Jak si správně všiml krajský soud, k tomu uchazeče výslovně navádí samotná zadávací dokumentace, která požaduje předložit „*podrobný popis technických parametrů kontrolních a měřících zařízení, ze kterého jednoznačně vyplývá splnění veškerých požadavků zadavatele*“ (viz bod [32] shora, srov. též čl. 14 zadávací dokumentace, dílčí kriterium II., nazvané „Kvalitativní a kvantitativní parametry použitých měřících a kontrolních zařízení nad rámec minimálních požadavků zadavatele“, které při hodnocení disponuje váhou 45 %). V zadávacím řízení tedy vskutku mohlo dojít k porovnávání vzájemně neporovnatelných nabídek, což by bylo v přímém rozporu se zásadou transparentnosti podle § 6 ZVZ.

[36] Zadavatel má jistě pravdu, že sama žalobkyně chápala zadávací dokumentaci „správně“. Proti výkladu, podle něhož se dané požadavky měly prokazovat zkušební fotografií, totiž v řízení před krajským soudem brojila právě tím, že takovéto prokázání je nepřijatelně subjektivní. Namísto zkušební fotografie měly být dle žalobkyně požadavky prokázány technickou specifikací měřícího zařízení (žalobní bod č. 2). Na druhou stranu je však třeba zdůraznit též to, že sama žalobkyně v další námitce poukazovala na nejednoznačnost zadávací dokumentace. Upozorňovala, že z ní způsob prokázání kvality fotografií vůbec nevyplývá. Pokud zadavatel připouští možnost prokázat kvalitu fotografií předložením zkušební fotografie ze strany jednoho uchazeče a technickou specifikací zařízení ze strany druhého uchazeče, předložené nabídky budou naprosto nesrovnatelné. Žalobkyně upozorňovala, že zadávací dokumentace naprosto znejišťuje uchazeče, jakým způsobem mají vlastně kvalitu fotografií prokazovat (žalobní body č. 4 a 5).

[37] Co však pro danou věc není bez významu, je skutečnost, že o významu zadávací dokumentace neměl jasno ani samotný zadavatel. Ten v rámci správního řízení uvedl, že sice očekával předložení testovací fotografie, nicméně by neodmítl ani jiný důkaz. Jak si správně povšiml krajský soud, žalobkyně i zadavatel byli tedy v případě této otázky ve shodě. Oba připouštěli možnost prokázat splnění zadavatelových požadavků i jinak než fotografií. Naopak žalovaný stejný výklad téže zadávací dokumentace odmítá. Ve vyjádření k žalobě ze dne 12. 2. 2009 pak žalovaný chápe názor zadavatele o možnosti prokázat kvalitu fotografií jinak než zkušební fotografií jako „vstřícný krok zadavatele“ ve vztahu k žalobkyni, neboť zadavatel „byl ochoten přijmout jakýkoli relevantní důkaz, který by bylo možno postavit fotografii naroveň“ (s. 3 vyjádření). Právě uvedený rozpor ve

výkladu jedné a téže zadávací dokumentace je pak dalším významným argumentem ve prospěch její nejednoznačnosti.

[38] Zadavatel dále tvrdí, že krajský soud nesprávně aplikoval závěry vyplývající z rozsudku NSS ze dne 25. 3. 2009, čj. 2 Afs 86/2008 - 222 (*D.I.S. a Angerlehner Hoch - und Tiefbau*). Krajský soud citoval právní závěry věci *D.I.S. a Angerlehner Hoch - und Tiefbau*, podle nichž „*zadávací dokumentace musí být jednoznačná, jelikož musí být zcela patrno, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou jednotlivé nabídky "soutěžit". Rovněž jednotlivá dílčí kritéria a jejich hodnocení musí být natolik konkrétní, přesné a jednoznačné, aby se každému z uchazečů dostalo informací téhož materiálního obsahu a aby bylo následně zřetelně přezkoumatelné, zda zadavatel hodnotil nabídky tak, jak předeslal v zadávacích podmínkách. Nemůže tedy obstát taková zadávací dokumentace, z níž požadavky na zpracování nabídky a následně hodnotící kritéria nejsou zcela srozumitelná a jednoznačná, tj. pokud objektivně připouštějí rozdílný výklad a vzniká tak interpretační nejistota*.“ Zadavatel s tímto nepolemizuje, uvádí však, že neurčitost a nekonkrétnost dílčích hodnotících kritérií ve věci *D.I.S. a Angerlehner Hoch - und Tiefbau* dosahovala nesrovnatelně větší intenzity. Uchazeči v nyní posuzované kauze nemohli pociťovat větší než nepatrnou nejistotu ohledně možného způsobu prokázání předmětného kvalifikačního kritéria.

[39] Nejvyšší správní soud se s tímto názorem zadavatele nemůže ztotožnit. Neurčitost vymezení toho, jakým způsobem prokázat požadavky kladené na veřejnou zakázku, zpochybňuje veřejnou zakázku jako celek. Jak již shora Nejvyšší správní soud vysvětlil, v daném případě existuje v tomto bodě zásadní právní nejistota.

[40] Zadavatel konečně podpůrně odkazuje na závěry judikatury NSS, a to rozsudku ze dne 12. 4. 2006, čj. 2 Afs 136/2005 - 66 (publ. pod č. 916/2006 Sb. NSS).

[41] Srovnání, které zadavatel činí, však není podle zdejšího soudu na místě. Věc č. 916/2006 Sb. NSS totiž řešila otázku naprosto odlišnou od práva veřejných zakázek. Šlo konkrétně o požadavky kladené na daňová rozhodnutí. Soud zde dospěl k závěru, že v reálném životě, v němž úkoly státu plní omylní a nedokonalí lidé, je nezbytné tolerovat určitá nepatrná pochybení státu, nenarušují-li ovšem podstatu uvedených pravidel a nedochází-li k nim systematicky nebo úmyslně. „*Jinak by mechanismus státní moci nemohl fungovat a byl by zablokován absurdně vysokými nároky na jednání státu, což by v konečném důsledku vedlo či mohlo vést ke snížení standardů ochrany práv právě těch, v jejichž prospěch byly principy materiálního právního státu vyvinuty*.“ V nejobecnější rovině je samozřejmě tato úvaha aplikovatelná též na právo veřejných zakázek, vždy však u vědomí velké formálnosti tohoto právního odvětví. Právě důsledné dodržování všech formálních požadavků a jasné formulování podmínek zadávací dokumentace směřuje k cíli samotného práva veřejných zakázek, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Transparentnost daná jednoznačným vymezením podmínek veřejné zakázky vytváří podmínky pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (více srov. rozsudek ze dne 15. 9. 2010, čj. 1 Afs 45/2010 – 159, ve věci „*Karlovarská losovačka*“, bod 42).

[42] Námitka je proto nedůvodná. Zadavatel tedy nejasnou formulací zadávací dokumentace porušil § 6 ZVZ, podle něhož byl povinen mj. dodržovat zásadu transparentnosti.

IV.C.
Porušení zásady transparentnosti užitím neurčitého termínu „zhoršené povětrnostní podmínky"

[43] Krajský soud shledal porušení zásady transparentnosti (§ 6 ZVZ) rovněž v použití neurčitého pojmu „zhoršené povětrnostní podmínky" v zadávací dokumentaci (viz bod [32] shora).

[44] Podle zadavatele je z dokumentace zřejmé, že požadoval doklad o tom, že systém měřícího zařízení lze využít i jindy než jen za jasného denního světla. Ohledně výkladu obecných pojmů uvedených v zadávací dokumentaci odkazuje na rozhodnutí NSS ze dne 22. 7. 2010, čj. 8 Afs 12/2010 - 268 (věc *BÖGL a KRÝSL a další*).

[45] Nejvyšší správní soud k tomu uvádí následující.

[46] K významu jasného vymezení podmínek stanovených zadávací dokumentací lze odkázat v bodě [38] cit. věc *D.I.S. a Angerlehner Hoch - und Tiefbau*, resp. na úvahy v bodě [41] shora. V obecné rovině je nutno souhlasit s premisou vyslovenou v části III.4.B. rozhodnutí ve věci *BÖGL a KRÝSL* (cit. v bodě [44]), podle níž „[p]*ojmům užitým v zadávací dokumentaci je [...] třeba přisuzovat jejich obecně přijímaný význam, nejsou-li použity ve specifickém významovém smyslu, resp. nejsou v zadávací dokumentaci konkrétním způsobem definovány*." Ve věci *BÖGL a KRÝSL* z toho konkrétně vyplynulo, že nejasnost nebyla dána v situaci použití různého termínu pro stejnou skupinu osob. Proto zadávací dokumentace žádný rozpor neobsahovala, rozpor se objevil jen v důsledku svého umělého vytvoření teprve rozhodnutím krajského soudu. Z tohoto srovnání jasně plyne, že v právě projednávané věci je situace zcela jiná. Problém spočívá právě v tom, že termín „zhoršené povětrnostní podmínky" žádný obecně přijímaný jednoznačný význam nemá. Lze tedy souhlasit s krajským soudem, že takto formulovaná zadávací dokumentace vskutku nevylučuje, že by jedna nabídka obsahovala fotografii pořízenou v noci, jiná za silnějšího větru (neboť i tak lze neurčitý pojem zhoršené povětrnostní podmínky interpretovat) a další např. za mlhy či deště. Kvalitu těchto fotografií však nebude možno vůbec srovnávat.

[47] Námitka proto není důvodná.

IV.D.
Námitka, že vady zadávací dokumentace mohly být zhojeny postupem podle § 49 ZVZ

[48] Poslední stížní námitkou zadavatele pak je, že drobné interpretační pochybnosti mohly být snadno odstraněny žádostí o dodatečnou informaci k zadávacím podmínkám podle § 49 ZVZ.

[49] Podle § 49 odst. 1 ZVZ je dodavatel oprávněn po zadavateli požadovat písemně dodatečné informace k zadávacím podmínkám. Podle odstavce 2 dodatečné informace, včetně přesného znění žádosti, doručí zadavatel současně všem dodavatelům, kteří požádali

o poskytnutí zadávací dokumentace nebo kterým byla zadávací dokumentace poskytnuta. Zadavatel uveřejní dodatečné informace, včetně přesného znění žádosti, též způsobem, jakým poskytl neomezený a přímý dálkový přístup k zadávací dokumentaci. Zadavatel může poskytnout dodavatelům dodatečné informace k zadávacím podmínkám i bez předchozí žádosti (odst. 3). Nejvyšší správní soud již osvětlil, že institut dodatečné informace slouží k upřesnění zadávací dokumentace, jde tedy o informaci mající charakter dodatečného (vyjasňujícího, upřesňujícího) údaje (srov. rozsudek ze dne 12. 5. 2008, čj. 5 Afs 131/2007 – 131, věc *UNIKO ZLÍN*).

[50] V právě projednávaném případě však je zřejmé, že zadavatel zadávací dokumentaci podle § 49 odst. 1 upřesnit nemohl. Vykládal ji totiž jinak než žalovaný (bod [37] shora), tedy způsobem, který by porušil zásadu transparentnosti. V daném zadávacím řízení tedy mohlo při takovémto výkladu dojít k porovnávání vzájemně neporovnatelných nabídek, jedněch podložených fotografií, druhých podložených technickou specifikací (více body [7] a [34] shora). Cesta podle § 49 odst. 1 ZVZ tedy zadavatele nemohla zachránit před porušením zákona (**IV.B.** shora).

[51] Naproti tomu je představitelné, že zadavatel mohl postupem podle § 49 odst. 1 ZVZ vyjasnit, co přesně míní pod termínem „zhoršené povětrnostní podmínky“ (**IV.C.** shora). Tento závěr však sám o sobě nemůže zvrátit rozsudek krajského soudu, protože v klíčové části zadavatel nemohl zadávací dokumentaci vyjasnit způsobem, který by byl v souladu se zákonem. Takovéto „vyjasnění“ by totiž vedlo jen k výkladu, který by založil porušení § 6 ZVZ.

[52] Zadavatel konečně uvádí, že veškeré pochybnosti o dokumentaci byly jen hypotetické. Žalobkyně rozuměla dokumentaci správně, navíc zadavatel obdržel pouze jedinou úplnou nabídku, na základě čehož nedošlo vůbec k jejímu hodnocení (viz § 79 odst. 6 ZVZ). Z toho plyne, že údajné nejasnosti ve skutečnosti nikoho nepoškodily.

[53] K tomu Nejvyšší správní soud jen stručně uvádí, že v případě aplikace § 6 ZVZ postačí pro shledání porušení zákona toliko možnost dopadu na proces výběru dodavatele veřejné zakázky. K prokazatelnému, transparentnímu a přezkoumatelnému hodnocení nabídek je nezbytné, aby zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci jednoznačným způsobem, jak a podle jakých parametrů budou nabídky v jednotlivých kritériích hodnoceny. Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že se jedná o tzv. nadlimitní zakázku (§ 12 odst. 1 ZVZ), o jejíž realizaci se mohou ucházet také podnikatelé ze zahraničí. Proto měla být zadávací dokumentace vypracována s o to větší pečlivostí. Pokud by snad musel být v každém jednotlivém případě prokazován reálný dopad porušení zákona na toho či onoho individuálního dodavatele, vedlo by to v podstatě k oslabení norem zákona o veřejných zakázkách a v praxi k jeho nevynutitelnosti.

[54] V této souvislosti lze podpůrně odkázat na zavedenou rozhodovací praxi samotného žalovaného. Ta v obdobných případech konstatovala, že k porušení zásady transparentnosti došlo (srov. zejména rozhodnutí ze dne 16. 9. 2004, čj. VZ/S130/04-153/4807/04-Der, podle kterého „[z]*adavatel dále nemůže brát v úvahu jiná kritéria pro hodnocení, než která stanovil v podmínkách zadání, neboť pro zachování principu transparentnosti procesu zadávání je nezbytné, aby zadavatel hodnotil nabídky podle předem*

stanovených kritérií, jejichž obsah je znám všem uchazečům, dostupné na http://www.compet.cz/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti).

V.
Závěr a náklady řízení

[55] Lze tedy shrnout, že kasační stížnost je nedůvodná, krajský soud zrušil správně rozhodnutí stěžovatele. Nejvyšší správní soud proto kasační stížnost zamítl a dílčí nesprávné důvody krajského soudu nahradil závěry svými. Pro správní orgán je nyní závazný právní názor krajského soudu korigovaný právním názorem Nejvyššího správního soudu (viz k tomu více usnesení RS NSS ze dne 14. 4. 2009, čj. 8 Afs 15/2007 - 75, body 66-77, publ. pod č. 1865/2009 Sb. NSS).

[56] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s. Zadavatel, který podal kasační stížnost, nemá právo na náhradu nákladů řízení, neboť ve věci neměl úspěch. Žalovanému nevznikly v průběhu řízení žádné náklady, proto mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal. Žalobkyně dosáhla v řízení plného úspěchu, a proto má právo na náhradu nákladů řízení vůči zadavateli, který řízení o kasační stížnosti vyvolal. Náklady řízení byly stanoveny podle vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, v tomto případě za jeden úkon právní služby spočívající v písemném vyjádření ke kasační stížnosti, a náhradě hotových výdajů, ve výši 2100 Kč a 300 Kč [§ 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. d), § 13 odst. 3 citované vyhlášky], tedy 2400 Kč. Ke splnění povinnosti byla stanovena přiměřená lhůta.

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

V Brně dne 30. března 2011

JUDr. Josef Baxa
předseda
senátu