ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Vojtěcha Šimíčka a soudců Mgr. Radovana Havelce a JUDr. Miluše Doškové v právní věci žalobce **LARIX Jeseník s. r. o.,** se sídlem Jeseník, Domašov 126, zastoupeného JUDr. Radovanem Mrázkem, advokátem v Šumperku, Masarykovo nám. 3125/11, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, za účasti osoby zúčastněné na řízení **Lesy České republiky, s. p.,** se sídlem Hradec Králové, Přemyslova 1106, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 21. 5. 2009, č. j. 62 Ca 8/2009 – 84,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

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

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

Odůvodnění:

Rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 11. 2008, č. j. R120/2008/02 – 23585/2008/310-AS, byl zamítnut rozklad žalobce proti rozhodnutí tohoto úřadu ze dne 22. 5. 2008, č. j. S396/2007/VZ-10400/2008/510/IF, a toto rozhodnutí bylo potvrzeno. Prvostupňovým rozhodnutím bylo zastaveno řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (osoby zúčastněné na řízení), učiněných při zadávání veřejné zakázky *Provádění lesnických činností s prodejem dříví při pni od 1. 1. 2008, SÚJ č. 12203*, a to postupem dle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“). Žalovaný tímto

rozhodnutím aproboval postup prvostupňového orgánu, který neshledal pochybení v rozporovaném zadávacím řízení, pokud jde o vymezení předmětu veřejné zakázky a stanovení hodnotících kritérií; konstatoval pouze nesprávné posouzení otázky výše stanovené jistoty pro účast v zadávacím řízení. Toto pochybení však, dle jeho názoru, nemělo na zákonnost zadávacího řízení žádný vliv.

Krajský soud shora uvedeným rozsudkem žalobu směřující proti rozhodnutí žalovaného zamítl, přičemž zcela aproboval skutkové a právní závěry orgánů obou stupňů. Z odůvodnění rozsudku se podává, že žalobou byla namítána především řada procesních pochybení v předcházejícím správním řízení. Zde krajský soud odmítl výhrady žalobce k neprovedení některých jím navrhovaných důkazů. Uvedl, že o tom, které důkazy budou provedeny, rozhoduje správní orgán; je přitom ovšem povinen provést dokazování tak, aby byl řádně zjištěn skutkový stav věci. Z tohoto pohledu pak považuje provedené důkazy za dostačující. Navíc žalobcem navrhovaný důkaz (projekt pěstební a těžební činnosti na období let 2008 až 2010) nemohl mít zadavatel v době zadání veřejné zakázky objektivně k dispozici. Krajský soud nepřisvědčil žalobci ani v jeho tvrzení o neúplnosti správního spisu. Uvedl, že informace k zadávacím řízením (které měly tento deficit představovat) byly prokazatelně dostupné na webových stránkách zadavatele. Pochybení v rekapitulaci kalkulovaných cen (uvedení nesprávné územní jednotky, jíž se tyto údaje týkaly) pak nemohlo podstatně zvrátit věcnou správnost zadávací dokumentace, potažmo následného správního rozhodnutí. Pokud jde o žalobcem tvrzené chybně stanovené údaje v zadávací dokumentaci, zde krajský soud vyjádřil souhlas s názorem žalovaného, že tyto námitky byly podány až ve fázi výběru nejvhodnější nabídky, tedy opožděně. Argumentaci žalobce v tomto směru označil navíc za účelovou, neboť v předmětné územní jednotce (dále též „SÚJ“) měl v přecházejícím období se zadavatelem uzavřenou obdobnou smlouvu o provedení lesnických činností – potřebné informace o této územní jednotce mu tedy musely být známy.

Pokud jde o samotné rozporované vymezení předmětu veřejné zakázky, krajský soud obsáhle zrekapituloval, že v dané věci šlo v zásadě o dvě skupiny činností, a to činnosti pěstební a těžební. Co se konkrétně pod těmito činnostmi rozumí, je uvedeno v příloze č. 2 zadávací dokumentace. Taktéž místní vymezení veřejné zakázky bylo dostatečné, neboť všem uchazečům bylo zřejmé, že se jedná o SÚJ 12203; tato informace byla, včetně mapových podkladů, dostupná též na webových stránkách zadavatele. Rovněž nelze ničeho vytknout časovému vymezení veřejné zakázky, neboť tento údaj byl řádně uveden v čl. 2 zadávací dokumentace. Dle názoru krajského soudu tedy uvedená specifikace, včetně přesného určení rozsahu činnosti v rámci předmětu veřejné zakázky, byla dostatečná proto, aby si kterýkoli uchazeč mohl udělat konkrétní představu o rozsahu předmětu veřejné zakázky a mohl odpovědně a objektivně zpracovat a podat nabídku, včetně nabídky cenové. Sumáře těžebních a pěstebních činností, které byly součástí zadávací dokumentace, obsahovaly dostatečnou technickou specifikaci předmětu veřejné zakázky a nabídkové ceny byly cenami jednotkovými, přičemž celková nabídková cena byla matematickým součtem těchto cen dle rozsahu činností konkrétně uvedených v zadávací dokumentaci. Detailní projekty pěstební a těžební činnosti na období let 2008 až 2010 zpracované před 10. 8. 2007, nemohl mít zadavatel z objektivních důvodů k dispozici, ani nebyly nutné pro vymezení předmětu veřejné zakázky, neboť pro vyčíslení nabídkové ceny byly dostačující sumáře těžebních a pěstebních činností uvedené v zadávací

dokumentaci. Krajský soud odmítl konečně též tvrzený rozpor mezi vymezením předmětu veřejné zakázky a materiálem zadavatele z roku 2003, nazvaným *Výkonové normy v lesním hospodářství*. K tomu uvedl, že šlo toliko o interní materiál zadavatele; veřejná zakázka byla přitom vypisována právě za účelem co nejefektivnějšího vynaložení veřejných finančních prostředků.

Krajský soud se konečně vyjádřil též ke sporné otázce, zda byla jako hodnotící kritérium pro výběr nabídek správně určena *nejnižší nabídková cena*. K tomu uvedl, že nejnižší nabídková cena byla stanovena jednoznačně jako základní hodnotící kritérium, přičemž volba tohoto kritéria je výlučně věcí zadavatele (§ 78 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách). Tato cena byla konstruována jako součást dílčích nabídkových cen, což krajský soud podrobněji rozvedl. K jedné z komponent této ceny – ceně za odkup dříví, krajský soud uvedl, že tento odkup se stal součástí výběrového řízení. Již z označení veřejné zakázky *Provádění lesnických činností s prodejem dříví (...)* je tato skutečnost zcela evidentně patrná. Krajský soud upozornil, že i z dodatečné informace ke způsobu zpracování nabídkové ceny je zřejmé, že ta koresponduje s bodem 4 zadávacích podmínek. Uzavřel tedy, že je zřejmé, že odkup dříví je *součástí výběrového řízení,* nikoli však *součástí veřejné zakázky*. Způsob stanovení nejnižší nabídkové ceny krajský soud označil za transparentní s tím, že všichni uchazeči měli představu, jak mají nabídkové ceny konstruovat a jak budou jejich nabídky hodnoceny. Ze správního spisu je ostatně zjistitelné, že všichni uchazeči splnili zadávací podmínky uvedené v oznámení o zakázce i v zadávací dokumentaci a jasně a srozumitelně vypracovali své nabídky ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, přičemž všechny nabídky byly zadavatelem shledány jako úplné a žádná z nich nebyla vyřazena. Všichni uchazeči tedy věděli, jakým způsobem mají své nabídky zpracovat; ty byly vzájemně porovnatelné a žalobcem namítaný rozptyl cen je toliko výsledkem volné soutěže uchazečů na trhu a jejich vzájemné konkurence v rámci předmětné veřejné zakázky.

Rozsudek krajského soudu napadl žalobce (dále jen „stěžovatel“) včas podanou kasační stížností, opírající se o důvody uvedené v ustanovení § 103 odst. 1 písm. a), b), d) soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“).

Nesprávné právní hodnocení věci [§ 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.] spatřuje stěžovatel především ve způsobu, jakým se krajský soud vypořádal s námitkami směřujícími ke zpochybnění správnosti a relevance zvoleného hodnotícího kritéria. Stěžovatel uvedl, že výpočet celkové nabídkové ceny je součtem: a) ceny pěstebních činností, b) ceny sadebního materiálu, c) ceny těžebních činností, d) ceny dříví; zahrnuje tedy i kalkulaci plnění, které nemůže být předmětem veřejné zakázky (odkup dříví od zadavatele), neboť nejde o dodávky, služby, nebo práce, které si zadavatel objednává a za které vítěznému uchazeči později platí. Položka ad d) je prodejem majetku zadavatele a nemůže tedy být předmětem veřejné zakázky. Z toho důvodu proto měla být jako hodnotící kritérium zvolena nikoli nabídková cena, ale ekonomická výhodnost nabídky, ve smyslu ustanovení § 78 odst. 1 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. V rámci této skupiny kasačních námitek stěžovatel zpochybnil též způsob, jakým krajský soud uvážil o vztahu nabídkové ceny a předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Uvedl, že předpokládaná cena veřejné zakázky byla zadavatelem v jeho informačním systému stanovena na 9 880 000 Kč, skutečná výše nabídek se však pohybovala v rozmezí -10 211 266 Kč až -9 309 872 Kč. Tento rozdíl

ponechal krajský soud zcela bez povšimnutí, stejně jako fakt, že zadavatel byl nakonec fakticky v postavení příjemce finančních prostředků, což popírá princip zadávání veřejných zakázek.

Kasační důvody ve smyslu ustanovení § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s. (porušení zákona při zjišťování skutkového stavu věci a nedostatečná opora skutkových závěrů v obsahu správního spisu) spatřuje stěžovatel v následujících skutečnostech. Namítá především, že vymezení předmětu veřejné zakázky je zcela nedostatečné, neboť umožňuje různé varianty ocenění požadovaných výkonů, z čehož vzniká neporovnatelnost jednotlivých nabídek, které nemohou vycházet ze stejných předpokladů. Výběr vítězné nabídky je proto, dle jeho názoru, v rozporu se zákonem, neboť nedochází k výběru mezi srovnatelnými nabídkami. Stěžovatel poukazuje na skutečnost, že krajský soud jeho argumentaci v tomto směru odmítl, nevysvětlil však fakticky proč. Jde přitom o ryze odborné otázky, ke kterým se měl vyjádřit znalec. Pokud jde o jednotlivé složky předmětu veřejné zakázky, stěžovatel o nich v kasační stížnosti velmi podrobně pojednal; pro potřeby řízení o kasační stížnosti nicméně postačí, budou-li na tomto místě stručně vyjmenovány. Stěžovatel především zmiňuje *spotřebu času při zalesňování*, kde-dle jeho názoru - zadávací dokumentace vůbec neřeší místa plánované výsadby stromků. Mezi jednotlivými částmi SÚJ existující velké rozdíly v jejich konfiguraci a dostupnosti, což ostatně stěžovatel dokládal krajskému soudu i již zmiňovanými výkonovými normami v lesním hospodářství. Jako další charakteristiku stěžovatel zmiňuje *průměrnou svažitost* terénu s tím, že údaje uvedené v zadávací dokumentaci jsou prokazatelně chybné a nepravdivé; jde pouze o dohady zadavatele, což je v jasném rozporu s požadavky vyplývajícími z ustanovení § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Tyto výhrady stěžovatel vznáší též k parametru *průměrné přibližovací vzdálenosti*, kde navíc zadávací dokumentaci vytýká i nezohlednění rozdílu mezi jednotlivými druhy lesních porostů; tyto údaje se navíc diametrálně liší od údajů, z nichž se ve stejné SÚJ vycházelo v roce 2007. Zcela nedostatečné jsou, dle názoru stěžovatele, i údaje týkající se *lanovkového přibližování*. Údaje v zadávací dokumentaci neumožňovaly předložit řádnou nabídku a zadavatel na doplňující dotazy uchazečů fakticky neodpověděl. V zadávací dokumentaci dále zcela absentuje údaj o *časovém určení výkonů dle ročních období*. Náročnost (zejména finanční) jednotlivých prací se totiž velmi výrazně liší dle klimatických podmínek a uchazeči tak museli podíl zimní práce (a tedy i její finanční náročnost) pouze odhadovat. Stěžovatel konečně zmiňuje též otázku *rozdílné kvality dříví*, kde upozorňuje, že nabízená cena za odkup dříví se odvíjí od jeho kvality, přičemž zadávací dokumentace v tomto směru neobsahuje žádné rozlišení. Fakt, že zadávací dokumentace všemi těmito nedostatky trpí, je evidentní z velikého rozptylu nabídkových cen jednotlivých uchazečů; zadavatel tak hodnotil neporovnatelné nabídky. V rámci této skupiny kasačních námitek stěžovatel zpochybnil též názor krajského soudu, dle kterého byl oproti ostatním uchazečům zvýhodněn tím, že má znalost o konkrétních poměrech v předmětné SÚJ. Stěžovatel nepopírá, že tato lokalita je mu známa; bez upřesnění míst, kde mají být jednotlivé práce vykonávány, však tyto znalosti nejsou využitelné. Stěžovatel konečně zmínil též procesní pochybení správních orgánů při zjišťování skutkového stavu věci. Především uvedl, že součástí správního spisu nebyly odpovědi na dotazy uchazečů (dodatkové informace); stěžovatel sice značnou část z nich v rámci rozkladového řízení předložil, nicméně v době vydání prvostupňového rozhodnutí ve spise založeny nebyly. Došlo též k porušení ustanovení § 51 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

(dále jen „správní řád“), neboť poté, co se stěžovatel seznámil s obsahem správního spisu (před vydáním rozhodnutí), byly ještě do spisu založeny další důkazy (zadávací dokumentace a smlouva na čl. 50), s nimiž mu již seznámení umožněno nebylo.

Poslední skupina kasačních námitek zahrnuje konkrétní výhrady k přezkoumatelnosti rozsudku krajského soudu, a to dílem pro rozpornost jeho závěrů, dílem pro jejich nepodloženost [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.]. Za nepodložený stěžovatel především považuje závěr krajského soudu, dle kterého nemohl mít zadavatel z objektivních důvodů k dispozici detailní projekty pěstební a těžební činnosti na období let 2008 – 2010. Stejnou výtku směřuje i k závěru krajského soudu, dle kterého nemohlo na věcnou správnost zadávací dokumentace mít vliv zaslání nesprávné rekapitulace kalkulovaných cen. Zde stěžovatel upozorňuje, že ty představují ve skutečnosti více než 100 stran a mají nepochybně významný vliv na možnost posouzení, zda byl předmět zakázky vymezen řádně a dostatečně. Stejným deficitem trpí, dle jeho názoru, též závěr krajského soudu, dle kterého uvedená místní specifikace předmětu veřejné zakázky byla dostatečně konkrétní. Zde poukazuje na skutečnost, že krajský soud tento závěr nejen nikterak blíže nezdůvodnil, ale nevypořádal se též s jeho konkrétními námitkami, kterými na nedostatky tohoto vymezení poukazoval. Stejné výhrady stěžovatel vznáší i ve vztahu k závěru krajského soudu, dle kterého pro vymezení předmětu veřejné zakázky nebyly nezbytné detailní projekty pěstební a těžební činnosti na období let 2008 – 2010. V této souvislosti zdůrazňuje, že není zřejmé, jak krajský soud k takto kategorickému názoru dospěl, neboť jde o otázky ryze odborné. Za neudržitelný považuje stěžovatel též závěr krajského soudu, dle kterého jím namítaný rozptyl cen nabízených jednotlivými uchazeči může mít původ toliko ve volné soutěži uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku. Tento rozptyl je totiž natolik veliký, že musí vycházet z nejasností celého zadání. Uchazeči evidentně neměli jasnou představu o tom, co přesně oceňují. Jelikož rozhodující část kalkulovaných nákladů tvoří náklady mzdové, lze jen obtížně existenci těchto rozdílů odůvodnit prostou konkurencí, jak to učinil krajský soud. Pokud jde o jednotlivé faktory ovlivňující konečnou podobu zadávacích podmínek (již zmiňovaná spotřeba času při sadbě, průměrná přibližovací vzdálenost apod.) zde krajský soud, dle názoru stěžovatele, toliko opakuje závěry správního rozhodnutí, aniž by je jakkoli přezkoumal a své závěry zdůvodnil. Poukazuje přitom na skutečnost, že i přes konstatování, že tyto námitky měly být uplatněny v předchozí části zadávacího procesu, některé z nich přesto připustil k meritornímu projednání, aniž by však vysvětlil proč. Stěžovatel, stejně jako v žalobě, zdůvodnil, proč považuje tuto argumentaci za přípustnou i ve vztahu k rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. V rámci této skupiny kasačních námitek stěžovatel konečně poukázal na nejasnou a rozkolísanou terminologii odůvodnění rozsudku. Uvedl, že krajský soud používá pojmy *výběrové řízení* a *veřejná zakázka* jako dva odlišné pojmy, aniž by je však definoval. Pojem *veřejná zakázka* vyplývá přímo ze zákona o veřejných zakázkách, tento zákon však nezná a nepoužívá pojem *výběrové řízení*. Je tedy otázkou, co měl soud použitím tohoto pojmu na mysli. Z odůvodnění rozsudku je zřejmé pouze to, že soud odlišuje, že pěstební a těžební činnosti jsou předmětem veřejné zakázky, zatímco prodej dříví je předmětem výběrového řízení (byť argumentace je v tomto směru rozporná). Soud však nikde nepodává definici toho, co je *výběrové řízení* a jaký je jeho vztah k *veřejné zakázce*. Závěry soudu jsou proto naprosto nepřezkoumatelné, zvláště za situace, kdy cena za prodej dříví je součástí nabídkové ceny za veřejnou zakázku. Tuto argumentaci považuje stěžovatel za nepochopitelnou.

Osoba zúčastněná na řízení (Lesy České republiky, s. p.) ve svém vyjádření ke kasační stížnosti odmítla výhrady stěžovatele stran tvrzených nedostatků vymezení předmětu veřejné zakázky. Dle jejího názoru stěžovatelem vytýkané deficity neexistují. Předmět veřejné zakázky považoval za dostatečně srozumitelný a jednoznačný i sám stěžovatel, neboť, stejně jako ostatní uchazeči, předložil svou cenovou nabídku; až za situace, kdy bylo zřejmé, že předmět veřejné zakázky nezíská, začal vůči zadávacímu řízení vznášet účelové námitky. Osoba na řízení zúčastněná dále uvedla, že i za situace, kdy by snad stěžovatelem tvrzené deficity skutečně existovaly, uplatněné výhrady obsahově směřují proti obsahu zadávací dokumentace; tyto námitky však byl oprávněn uplatnit v toliko propadné lhůtě dle ustanovení § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, což však neučinil. Včasné podání námitek je přitom podmínkou pro podání návrhu na přezkumné řízení před orgánem dohledu; i kdyby snad žalovaný dospěl k závěru, že některá ze stěžovatelových tvrzení jsou důvodná, nezbylo by mu, než přezkumné řízení kvůli opožděně podaným námitkám zastavit. Ze všech uvedených důvodů proto navrhl, aby kasační stížnost byla zamítnuta.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v rozsahu podané kasační stížnosti (§ 109 odst. 2 věta před středníkem s. ř. s.) a z důvodů v ní uvedených (§ 109 odst. 3 věta před středníkem s. ř. s.). Ve věci přitom rozhodl bez nařízení jednání za podmínek vyplývajících z ustanovení § 109 odst. 1 věty první s. ř. s.

Nejprve je nutno uvést, že řízení o kasační stížnosti je řízením o mimořádném opravném prostředku, a proto v něm není možno uplatňovat právní, respektive skutkové novoty (§ 104 odst. 4 s. ř. s., § 109 odst. 4 s. ř. s.), které mohly být uplatněny již v rámci žalobního řízení. Soudní řád správní proto stanoví, že uplatňování právních novot v řízení o kasační stížnosti není přípustné, respektive že k nově uplatněným novotám skutkovým se nepřihlíží. Nejvyšší správní soud se tedy předmětnou kasační stížností nejprve zabýval z tohoto pohledu, přičemž dospěl k závěru, že její podstatná část z již konstatovaných důvodů nemůže být připuštěna k meritornímu projednání.

Z kasačních důvodů namítajících nesprávné právní posouzení věci je, ze shora uvedených důvodů, nutno vyloučit veškerou argumentaci stěžovatele týkající se vztahu nabídkové ceny a předpokládané hodnoty zakázky (bod VI. kasační stížnosti). Pokud jde dále o kasační důvody odvolávající se na ustanovení § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s., zde stěžovatel při formulaci výhrad k neurčitosti vymezení předmětu veřejné zakázky v žalobě vůbec neuplatnil argumentaci týkající se spotřeby času při zalesňování a nezohlednění rozdílů v kvalitě odkupovaného dříví. Ostatně celé vyústění této argumentace, kdy stěžovatel v kasační stížnosti tvrdí, že velký rozptyl nabídkových cen jednotlivých uchazečů je důkazem toho, že zadavatel hodnotil neporovnatelné nabídky, bylo v řízení před krajským soudem uplatněno až u nařízeného ústního jednání, tedy po lhůtě určené zákonem k formulaci žalobních bodů (§ 72 odst. 1 s. ř. s.); nešlo přitom o upřesnění či rozvedení (včas uplatněných) žalobních důvodů. Jako nepřípustnou právní novotu bylo nutno odmítnout též veškerou argumentaci stěžovatele vztahující se k údajným procesním pochybením při zjišťování skutkového stavu věci (absence některých dokladů ve správním spisu a porušení ustanovení § 51 odst. 2 správního řádu).

Ve zbývající části tedy mohla být kasační stížnost meritorně projednána; z povahy věci se Nejvyšší správní soud zabýval nejprve argumentací navozující nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku pro nedostatek důvodů i vnitřní rozpornost.

Namítá-li stěžovatel, že tvrzení krajského soudu, dle kterého nemohl mít zadavatel z objektivních důvodů k dispozici detailní projekty pěstební a těžební činnosti na období let 2008 až 2010 a dále, že zaslaná rekapitulace kalkulovaných cen se vztahovala k jiné SÚJ, což však nemohlo podstatně zvrátit věcnou správnost zadávacího řízení, jsou v rozsudku nedostatečně zdůvodněny, lze mu v tom přisvědčit. Nejvyšší správní soud tyto závěry krajského soudu shledává vskutku poněkud apodiktickými, nelze však současně přehlédnout, že se nejednalo o přímé vypořádání žalobní argumentace, neboť žádné tvrzení odpovídající prvému dílčímu závěru v žalobě uvedeno nebylo; druhé konstatované pochybení zadavatele v žalobě konstatováno bylo, avšak pouze ve zcela obecné rovině. Tento argumentační deficit krajského soudu tedy nemusí nutně vést k závěru o nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku pro nevypořádání žalobních bodů, či lépe ke konstatování existence jiné procesní vady (nevyčerpání předmětu řízení), neboť tato argumentace krajského soudu netvořila *ratio decidendi* jeho rozhodnutí a nejednalo se (jak již bylo konstatováno) o obligatorní vypořádání některého z žalobních bodů. Za obdobně nepodložený (a tudíž nepřezkoumatelný) považuje stěžovatel též názor krajského soudu, že rozptyl nabídkových cen je toliko výsledkem volné soutěže uchazečů o veřejnou zakázku na trhu. I zde je nutno uvést, že na značnou diferenciaci nabídkových cen stěžovatel poukázal až u nařízeného soudního jednání (tedy opět po lhůtě stanovené k formulaci žalobních bodů), a to jen zcela obecně. Pokud tedy krajský soud o důvodech těchto rozdílů v cenách uvážil jiným způsobem, než jak to činí stěžovatel nyní v kasační stížnosti, nelze krajskému soudu v principu ničeho vytknout. Jeho závěr, jakkoli by mohl být podrobněji odůvodněn, se *prima facie* jeví jako zcela racionální a při absenci konkrétních protiargumentů uplatněných v žalobě i udržitelný.

Jinak je tomu ovšem v případě závěrů krajského soudu, který konstatoval, že místní specifikace předmětu veřejné zakázky byla dostatečná a že pro vyčíslení nabídkové ceny postačily sumáře pěstebních a těžebních činností uvedené v zadávací dokumentaci. I tyto závěry postrádají bližší zdůvodnění. V těchto případech ovšem stěžovatel již v žalobě uplatňoval konkrétní výhrady, které však zůstaly krajským soudem opomenuty. V tomto smyslu a rozsahu lze tedy skutečně hovořit o dílčí nepřezkomatelnosti napadeného rozsudku; ne každý případ konstatované nepřezkoumatelnosti však musí nutně vést k závěru o nutnosti zrušení rozsudku, který jí je zatížen – o tom podrobněji viz dále.

Stěžovateli lze v rámci této skupiny kasačních námitek přisvědčit též v jeho tvrzení o terminologické neujasněnosti v argumentaci krajského soudu, konkrétně pokud jde o užívání termínu *výběrové řízení* a jeho konfrontace s pojmem *veřejná zakázka*. Stěžovatel zcela správně poukazuje na skutečnost, že pojem *výběrové řízení* není v zákoně o veřejných zakázkách vůbec uveden a současně není též vysvětlen v odůvodnění napadeného rozsudku. Z tohoto pohledu se tedy skutečně jeví jako nesrozumitelná argumentace, že odkup dříví byl součástí výběrového řízení, nikoli však veřejné zakázky. Je proto nutno uvážit, jaké důsledky má tato vada odůvodnění na soudem konstatovaný dílčí závěr o souladu stanovení hodnotícího kritéria (nejnižší nabídkové ceny) se zákonem; v rámci této skupiny kasačních námitek prozatím postačí posoudit, zda konstatovaná vada vyvolává

nepřezkoumatelnost tohoto argumentu, na němž je (mimo jiné) vystavěno *ratio decidendi* odůvodnění rozsudku. Nejvyšší správní soud má zato, že tomu tak není, neboť krajský soud závěr o akceptovatelnosti nejnižší nabídkové ceny, coby hodnotícího kritéria, založil i na dalších argumentech, o nichž bude pojednáno dále. Lze tedy vyslovit dílčí závěr, že závěry krajského soudu k této dílčí sporné otázce jsou přezkoumatelné; zbývá nicméně posoudit, zda lze z jeho další argumentace učinit závěr i o jejich správnosti.

Pokud jde o zbývající kasační důvody, podřaditelné pod ustanovení § 103 odst. 1 písm. a), b), s. ř. s., argumentace stěžovatele se koncentruje do výhrad proti způsobu stanovení hodnotícího kritéria (nesprávnost konstrukce výpočtu nejnižší nabídkové ceny – nevhodnost použití tohoto kritéria) a proti způsobu, jakým byl vymezen předmět veřejné zakázky.

V případě výhrady posledně zmiňované [stěžovatelem podřazené pod § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s.] Nejvyšší správní soud považuje za rozhodující tu část argumentace krajského soudu, kde se konstatuje, že tyto námitky svým obsahem nesměřují proti výběru nejvhodnější nabídky a fakticky tedy byly podány opožděně. Zpochybňoval-li stěžovatel v námitkách ze dne 20. 11. 2007 správnost a použitelnost konkrétních parametrů zadávací dokumentace (§ 44 zákona o veřejných zakázkách), jde zcela evidentně o námitky směřující do zadávacích podmínek, nikoli proti následně provedenému výběru nejvhodnější nabídky, kde je již předmět veřejné zakázky určen definitivním způsobem a jde již jen o posouzení jednotlivých nabídek z pohledu hodnotících kritérií (§ 81 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách).

Z ustanovení § 110 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách (ve znění účinném do 31. 12. 2009) vyplývá, že *při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či soutěži o návrh může zadavateli podat zdůvodněné námitky kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vzniklá újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“).* Toto obecné pravidlo je pak konkretizováno, mimo jiné, v odst. 3 citovaného ustanovení, z jehož věty první se podává, že *námitky musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.* Námitky, jejichž vypořádání bylo předmětem následného řízení před orgánem dohledu (žalovaným), uplatnil stěžovatel u zadavatele dne 20. 11. 2007 (doručeny mu byly následujícího dne). Bez ohledu na to, že byly formálně označeny jako námitky proti výběru nejvhodnější nabídky, je nutno posoudit, zda nebyly (s ohledem na jejich konstatovanou materiální povahu coby námitek proti zadávacím podmínkám) podány ještě v rámci již zmiňované 15 denní lhůty (§ 110 odst. 3 zákona). Vzhledem k tomu, že nabídka stěžovatele je datována dnem 1. 9. 2007 (dle příloh krycího listu nabídky stěžovatele založené ve správním spisu), je zřejmé, že nejpozději tohoto dne mu obsah zadávacích podmínek musel být znám a je tak evidentní, že námitky ze dne 20. 11. 2007 byly (v rozsahu, týkajícím se výhrad k zadávacím podmínkám) uplatněny opožděně. Jak již bylo uvedeno, Nejvyšší správní soud je toho názoru, že ve fázi výběru nejvhodnější nabídky (§ 81 a násl. zákona o veřejných zakázkách) již není možné zpětně jakkoli zpochybňovat obsah zadávacích podmínek, neboť zde se již jedná o výběr nejvhodnější nabídky uchazeče, jehož nabídka byla *podle hodnotících kritérií* vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější nebo jako nabídka s nejnižší nabídkovou cenou (§ 81 odst. 1

zákona o veřejných zakázkách). V této fázi zadávacího řízení již musí být obsah zadávacích podmínek z logiky věci jednoznačným a nezpochybnitelným způsobem určen; pro tyto účely slouží institut námitek proti zadávacím podmínkám [tedy proti vymezení předmětu veřejné zakázky - § 17 písm. l) zákona o veřejných zakázkách], v kontextu obecného oprávnění vyplývajícího z již citovaného ustanovení § 110 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.

Krajskému soudu v jeho další argumentaci, kde se zabýval jednotlivými výhradami stěžovatele proti zadávacím podmínkám (posouzení průměrné svažitosti, lanovkového přibližování, atd.), lze tedy vytknout, že při právním hodnocení věci neustal na již výše konstatované opožděnosti (a tedy nepřípustnosti a věcné neprojednatelnosti) těchto námitek. Stěžovateli je tak nutno přisvědčit v tom, že krajský soud nepostupoval v tomto směru myšlenkově konzistentně, neboť na straně jedné odmítl možnost uplatnění těchto konkrétních námitek v dané fázi zadávacího řízení, na straně druhé se k nim pak meritorně vyjadřoval. Podá-li totiž uchazeč námitky opožděně, jde o návrh na zahájení řízení, který trpí neodstranitelnými nedostatky a nemá tedy na jakýkoli přezkum u orgánu dohledu právní nárok (to ovšem, pochopitelně, nepřekáží užití přezkumné pravomoci *ex officio*). Tento nesprávný postup krajského soudu (potažmo žalovaného) však nemůže mít vliv na zákonnost jím vydaného rozsudku, neboť, zjednodušeně řečeno, soud se vypořádal i s otázkami, které vůbec vypořádány věcně být neměly. Bez ohledu na již výše konstatovanou důvodnost některých kasačních námitek, poukazujících na argumentační deficity v těchto dílčích otázkách, považuje Nejvyšší správní soud za podstatné, že obstojí názor krajského soudu, dle kterého námitky stěžovatele, vztahující se k vymezení předmětu veřejné zakázky, neměly již ve fázi výběru nejvhodnější nabídky místa. Lze tedy učinit dílčí závěr, že rozsudek krajského soudu i z pohledu vytýkaných důvodů dle ustanovení § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s. obstojí.

Zbývá tedy konečně vypořádat stěžovatelem tvrzené nesprávné právní posouzení věci krajským soudem, a to v rozsahu, v jakém jeho argumentace nebyla již výše označena za nepřípustnou. Konkrétně tedy zbývá se vyslovit ke stěžovatelem rozporovanému posouzení výpočtu nabídkové ceny. Zde Nejvyšší správní soud zastává názor, že v principu není zcela vyloučeno, aby způsob výpočtu nejnižší nabídkové ceny byl zpochybněn až v rámci výběru nejvhodnější nabídky. Stěžovatel (tedy osoba, definovaná v § 110 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách) může jistě namítat, že nejnižší nabídková cena byla u konkrétního uchazeče vypočtena nesprávně; lze též připustit, že by až v rámci ukončení zadávacího řízení vyšlo najevo, že výpočet této ceny je, s ohledem na její konstrukci, objektivně vyloučen. Stěžovatel namítá právě případ posledně uvedený, a lze tak v principu akceptovat, že tak učinil až v rámci námitek proti výběru nejvhodnější nabídky. Stěžovatel ovšem konkrétně namítá, že jedna z komponent konstrukce nejnižší nabídkové ceny (cena dříví) je ve skutečnosti příjmem zadavatele (vykazuje tedy zápornou hodnotu) a z tohoto důvodu tedy neměla být do nabídkové ceny vůbec zahrnuta. Argumentace stěžovatele tedy nesměřuje k tvrzení, že by konstrukce předmětné nabídkové ceny vylučovala možnost provedení objektivního matematického výpočtu, ale namítá její principiální nesprávnost s odkazem na nutnost vyloučení jedné z jejich komponent. Tato skutečnost (tedy že v této dílčí položce jde o příjem zadavatele, nikoli o jeho výdaj) však musela být stěžovateli známa již v době, kdy se seznámil se zadávacími podmínkami; v té době proti této konstrukci ceny nebrojil námitkami a sám cenovou nabídku (založenou na nyní

rozporovaném způsobu výpočtu) podal. Zde je pak třeba znovu připomenout, že samotná položka *cena dříví* byla z hlediska reálné možnosti jejího výpočtu zpochybněna až v rámci kasační stížnosti (tvrzení, že nabízená cena dříví se odvíjí od jeho kvality, přičemž zadávací dokumentace neobsahuje v tomto směru žádné odlišení) a tímto aspektem věci se tedy krajský soud (respektujíc dispoziční zásadu) zabývat nemusel. Nejvyšší správní soud proto i v případě této kasační námitky uzavírá, že ji neshledává důvodnou.

Nejvyšší správní soud tedy, i přes konstatovanou částečnou důvodnost některých tvrzení stěžovatele, naznal, že rozsudek krajského soudu jako celek obstojí a nezbylo mu proto, než kasační stížnost proti němu směřující rozsudkem zamítnout (§ 110 odst. 1 *in fine*).

O náhradě nákladů tohoto řízení mezi účastníky bylo rozhodnuto ve smyslu ustanovení § 60 odst. 1 věty první s. ř. s., ve spojení s ustanovením § 120 s. ř. s., dle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladu řízení. Vzhledem k tomu, že stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti procesně úspěšný, právo na náhradu nákladů řízení mu nenáleží. Pokud jde o procesně úspěšného účastníka – žalovaného, v jeho případě nebylo prokázáno, že by mu v souvislosti s tímto řízením nějaké náklady vznikly. V případě osoby zúčastněné na řízení vycházel Nejvyšší správní soud ze zjištění, že ji v souvislosti s tímto řízením nebyly ukládány žádné povinnosti a nebyla též shledána existence okolností zvláštního zřetele hodných, které by odůvodňovaly přiznání práva na náhradu nákladů řízení; z tohoto důvodu proto, v souladu s ustanovením § 60 odst. 5 s. ř. s., za použití § 120 s. ř. s., o jejích nákladech řízení nerozhodoval.

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

V Brně dne 3. ledna 2011

JUDr. Vojtěch Šimíček
předseda senátu