

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Kaniové a soudců JUDr. Marie Žiškové a JUDr. Zdeňka Kühna v právní věci žalobkyně: **JACKO, projekty & vozovky s.r.o.**, se sídlem Ženíškova 2313/1, Ostrava - Moravská Ostrava, zastoupena JUDr. Oldřichem Benešem, advokátem se sídlem Mojmírovců 41, Ostrava - Mariánské Hory, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 16. 2. 2011, čj. ÚOHS-R143/2010/VZ-1353/2011/310/JSI, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 22. 3. 2012, čj. 62 Af 28/2011 – 334,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

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

III. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobkyni náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti ve výši 2.880 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Oldřicha Beneše, advokáta.

Odůvodnění:

I.
Vymezení věci

[1] Ředitelství silnic Zlínského kraje, příspěvková organizace (zadavatel) zadávalo veřejnou zakázku „Diagnostiky vozovek silnic II. a III. třídy ve Zlínském kraji v letech 2010 – 2013“ ve zjednodušeném podlimitním řízení. Byly podány tři nabídky, jedna z nich byla vyřazena pro nesplnění kvalifikace. Zbylé dvě nabídky podala žalobkyně a společnost

IMOS Brno, a. s. Obě nabídky zadavatel hodnotil a zakázku přidělil společnosti IMOS Brno.

[2] Žalobkyně podala u zadavatele námitky a následně návrh na přezkum úkonů zadavatele k žalovanému. Žalovaný se v následném řízení zabýval dvěma otázkami: jednak určitostí vymezení předmětu veřejné zakázky, jednak námitkou mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče IMOS Brno. Pochybení neshledal a návrh žalobkyně zamítl. Rozklad žalobkyně následně zamítl předseda žalovaného.

II.
Rozsudek krajského soudu

[3] Proti rozhodnutí předsedy žalovaného podala žalobkyně žalobu ke Krajskému soudu v Brně. Krajský soud rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Soud především dovodil, že vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci nesplňuje požadavky nezbytné přesnosti, srozumitelnosti a jednoznačnosti a je porušením § 44 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Proto krajský soud zavázal žalovaného, aby se v dalším průběhu správního řízení zaměřil na důsledky tohoto pochybení zadavatele.

[4] Na druhém místě pak krajský soud dospěl k závěru, že se žalovaný v řízení o přezkumu úkonů zadavatele ke všem argumentům žalobkyně nevyjádřil. Rozhodnutí žalovaného by v otázce posouzení postupu zadavatele, resp. hodnotící komise v souvislosti s namítanou mimořádně nízkou nabídkovou cenou muselo být nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, a tedy byl by dán důvod k jeho zrušení, i kdyby krajský soud nedovodil důvodnost žaloby ve vztahu k závěru žalovaného ohledně jasnosti a určitosti vymezení předmětu veřejné zakázky. Pokud snad žalovaný dospěje k závěru, že i přes nesrozumitelnost zadání mohly být nabídky hodnoceny, bude se muset zabývat zákonností postupu zadavatele, resp. hodnotící komise, při posuzování otázky mimořádně nízké ceny.

[5] Krajský soud se s ohledem na shora podané důvody svého rozsudku již nezabýval dalšími dílčími žalobními argumenty.

III.
Stručné shrnutí argumentů uvedených v kasační stížnosti a vyjádření žalobkyně

[6] Žalovaný (dále „stěžovatel“) rozsudek krajského soudu včas napadl kasační stížností. V ní především namítá, že zadání není nesrozumitelné. Krajský soud totiž nevzal v potaz, že se zakázka týká jen silnic II. a III. třídy, a ze stěžovatelem aplikovaných dokumentů citoval i části týkající se vícepruhových komunikací. Pokud se na věc budou aplikovat jen relevantní pasáže, bude vymezení předmětu zakázky jednoznačné. K druhému zrušovacímu důvodu stěžovatel uvádí, že hodnotící komise v hodnocených nabídkách neshledala žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou. Postup hodnotící komise prověřil sám zadavatel na základě námitek žalobkyně a ani on neshledal nabídkovou cenu

vybraného uchazeče jako mimořádně nízkou. Stěžovatel s odvoláním na rozsudek NSS sp. zn. 2 A 9/2002 posuzoval, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem a provedl posouzení nabídkových cen z pohledu mimořádně nízké nabídkové ceny. Zákonný postup dodržen byl. Stěžovatel nemůže hodnotit, zda je rozhodnutí hodnotící komise správné či nikoliv. Ze všech uvedených důvodů stěžovatel navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[7] Žalobkyně se plně ztotožnila se závěry krajského soudu. Zadavatel postupoval v rozporu s principem transparentnosti, neboť vymezil neurčitě předmět veřejné zakázky. Tím znemožnil předložení porovnatelných nabídek. Co se týče druhé námitky, žalobkyně trvá na tom, že rozhodnutí stěžovatele je nepřezkoumatelné co do určení toho, zda jde o mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Vzhledem k výše uvedenému žalobkyně navrhla, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

IV.
Právní názor Nejvyššího správního soudu

[8] 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. 3 a 4 s. ř. s. vázán; důvody k přezkumu napadeného rozsudku nad rámec důvodů uvedených v kasační stížnosti nebyly shledány.

[9] Pro pořádek nutno předeslat, že Nejvyšší správní soud na věc aplikoval zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění do 30. 6. 2010 (dále též „ZVZ"), tedy ve znění, za jehož účinnosti proběhly pro věc významné úkony zadavatele.

[10] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil určitost vymezení veřejné zakázky [**IV.A.** – kasační důvod podle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.]. Dále se zabýval tím, zda krajský soud správně hodnotil postup stěžovatele ve vztahu k přezkoumání tvrzené mimořádně nízké nabídkové ceny [**IV.B.** - § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.].

IV.A.
Určitost vymezení veřejné zakázky

[11] Předmětem veřejné zakázky je diagnostika vozovek silnic II. a III. třídy ve Zlínském kraji v letech 2010 - 2013. Mezi stranami je sporná určitost vymezení požadavků na měření vozovky.

[12] Zadavatel v zadávací dokumentaci veřejné zakázky č. 10/2010/F ze dne 31. 3. 2010 stanovil, že předmětem veřejné zakázky je mj. provádění diagnostik vozovek na silnicích II. a III. třídy zjištěním stavu porušení a stavu únosnosti konstrukce vozovky a podloží. „*Měření a posouzení únosnosti vozovky bude v podélném směru provedeno metodou s krokem měření 50 m střídavě v obou jízdních pruzích.*" Předpokládaná délka diagnostikovaných vozovek je cca 150 km (část II.2. zadávací dokumentace). Při realizaci veřejné zakázky bude dodavatel povinen postupovat mimo jiné v souladu s dokumentem „TP 87 Navrhování údržby a oprav netuhých vozovek schválené MDS – OPK čj. 24908/96-120 ze dne 1. 2. 1997" – dále jen „TP 87" (část III.). Ve výzvě k podání nabídky ze dne 6. 4. 2010, v části

„b)“, je uvedeno, že „*Měření a posouzení únosnosti vozovky bude v podélném směru provedeno metodou s krokem měření 50 m střídavě v obou jízdních pruzích*“. Zároveň byla ve výzvě upravena možnost vyžádat si zadávací dokumentaci [část c) výzvy].

[13] V části „4.5.1. Stanovení bodů pro měření únosnosti“ dokumentu „TP 87“, kterým provedl krajský soud důkaz, je uvedeno následující:

> „*Maximální vzdálenost je vzdálenost mezi jednotlivými měřeními, při nichž nejsou ovlivněny statistické veličiny vyhodnocených průhybů. Pojmu maximální vzdálenosti se používá při měření rázovými zařízeními a pákovým průhyboměrem. Na základě srovnávacích měření bylo stanoveno, že maximální doporučená vzdálenost na běžných vozovkách je:*
>
> - *při návrhu zesílení 25 m při měření v nejvíce zatíženém pruhu vícepruhových komunikací nebo střídavě v obou pruzích dvoupruhových komunikací (pak je vzdálenost mezi měřeními 50 m, uspořádání viz ČSN 73 6192) nebo v jízdním pruhu dvoupruhových komunikací, který vykazuje větší rozsah poruch kvalitativně významnějších (poruchy konstrukce vozovky),*
> - *při posuzování vozovky pro její orientační zatřídění zbytkové doby životnosti (vyhledávací měření) bez návrhu zesílení po 100 m v nejvíce zatíženém jízdním pruhu nebo v pruhu, který vykazuje větší rozsah poruch kvalitativně významnějších,*
> - *pro orientační zatřídění zbytkové doby životnosti vozovky bez poruch a v případě výsledků měření bez výraznějších změn je možno měřit po vzdálenostech 250 m v nejvíce zatíženém jízdním pruhu.*“

[14] Městský soud zpochybnil názor žalovaného (stěžovatele), podle něhož se v zadávací dokumentaci (bod [12] shora) a v dokumentu TP 87 (bod [13] shora) jedná o jednu a tutéž podmínku, a sice že měření a posouzení únosnosti vozovek rázovými zatěžovacími zkouškami bude prováděno s krokem měření 50 m, a to střídavě jak v levém, tak i pravém jízdním pruhu, pročež má být provedeno (a v nabídkách naceněno) celkem 40 měřících bodů na 1 km dvoupruhové vozovky. Městský soud upozornil na zcela odlišnou dikci zadávací dokumentace na straně jedné a dokumentu TP 87 na straně druhé. Buď má být dle krajského soudu požadovaný rozestup 50 metrů, jak plyne ze zadávací dokumentace, nebo 25 metrů v nejvíce zatíženém pruhu nebo střídavě ve dvou pruzích, kde je pak vzdálenost 50 metrů; ani pro tento případ však není najisto postaveno, zda rozestup 50 metrů platí pro každý z jízdních pruhů při dodržení intervalu „25 metrů pro každý z jízdních pruhů“, anebo jde o rozestup 50 metrů jednotlivých měření. Izolovaný výklad zadávací dokumentace by podle krajského soudu nasvědčoval spíše tomu, že má být na 1 km provedeno 20 měření. Naopak dokument TP 87 tento výklad může buď potvrzovat anebo může tuto hodnotu upravovat ve smyslu 40 měření na 1 km.

[15] Stěžovatel popírá, že by zadání nebylo srozumitelné. Krajský soud totiž nevzal v potaz, že se zakázka týká jen silnic II. a III. třídy. Krajský soud ovšem z dokumentu TP 87 citoval i části týkající se vícepruhových komunikací. Pokud se na věc budou aplikovat jen relevantní pasáže, bude vymezení předmětu zakázky jednoznačné. Silnice II. a III. třídy nejsou vícepruhovými silnicemi. Na zakázku je nutno vztáhnout jen tu část textu, která se

týká dvoupruhových komunikací. Skutečnost, že žalobkyně nesprávně vyložila pravidlo jasně stanovené v obou dokumentech, nemůže jít k tíži zadavatele.

[16] Žalobkyně k tomu uvádí, že formulace vymezující počet diagnostických výkonů byla vskutku neurčitá. Není zřejmé, z čeho stěžovatel dovozuje, že silnice II. a III. třídy ve Zlínském kraji nejsou vícepruhové. Tato skutečnost nevyplývá ze správního spisu, nelze ji ani považovat za obecně známou. I v případě silnic II. a III. třídy může být zvětšen počet jízdních pruhů například při stoupání, klesání, z důvodu nedostatečného rozhledu, či mohou být vybaveny dalšími pruhy v oblasti křižovatek. Žalobkyně dále upozorňuje, že zadávací dokumentace odkazovala na TP 87 jen v seznamu dokumentů určujících technickou specifikaci, popis předmětu na tento dokument nijak neodkazoval. Dokument TP 87 se nabízel jen k subsidiárnímu použití, navíc není nijak závazný.

[17] Nejvyšší správní soud k tomu předně zdůrazňuje, 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 NSS 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. *Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel* (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 jasné a transparentní (takto např. rozsudek ze dne 9. 7. 2009, čj. 9 Afs 87/2008 – 81, *Hradec Králové*, nebo rozsudek ze dne 30. 3. 2011, čj. 1 Afs 8/2011 – 107, *Turnov*).

[18] Předmět sporu v rámci řízení o kasační stížnosti určuje stěžovatel. Nejvyšší správní soud je zásadně vázán důvody kasační stížnosti (§ 109 odst. 3 s. ř. s.). V tomto případě tedy není předmětem přezkumu na základě *této* kasační stížnosti závěr krajského soudu, podle něhož odkazem na technické podmínky TP 87 mohly být požadavky zadavatele obsažené výslovně v zadávací dokumentaci doplněny (tento závěr krajského soudu zpochybnila ve svém vyjádření žalobkyně). Závazným se pro dodavatele podle krajského soudu stal dokument TP 87 tím, že jej závazným učinil zadavatel. Projednávaná kasační stížnost tyto závěry nijak nezpochybnila a naopak z nich vychází.

[19] Zdejší soud dospěl obdobně jako krajský soud k závěru, že z kombinace textu zadávací dokumentace a textu obsaženého v dokumentu TP 87 není podán jasný návod, zda má být provedeno na každý kilometr 40 anebo 20 měření. Nejvyšší správní soud souhlasí s názorem krajského soudu, že neurčitost zadávací dokumentace není odstraněna

ani textem dokumentu TP 87. Nejvyšší správní soud souhlasí s výtkou stěžovatele, že v dané zakázce jde o silnice II. a III. třídy, které vskutku dle běžné zkušenosti nejsou vícepruhové (§ 121 o. s. ř. ve spojení s § 64 s. ř. s., případně § 50 odst. 1 správního řádu). To nepřímo uznává též žalobkyně. Ta se sice snaží argumentovat situacemi, v nichž silnice II. a III. třídy vícepruhové nebudou (viz bod [16] shora), ovšem její příklady, pokud vůbec budou ve Zlínském kraji existovat, budou nutně spíše výjimečné. I když zdejší soud odhlédne od odkazu na vícepruhové komunikace v dokumentu TP 87, stále v kontextu obou dokumentů zůstává nejasnost. Zadávací dokumentace stanoví požadavek měřit „*metodou s krokem měření 50 m střídavě v obou jízdních pruzích*“ (bod [12] shora). Dokument TP 87 v relevantní pasáži stanoví, že „[m]*aximální vzdálenost je vzdálenost mezi jednotlivými měřeními, při nichž nejsou ovlivněny statistické veličiny vyhodnocených průhybů*. [...] *maximální doporučená vzdálenost na běžných vozovkách je:* [...] *střídavě v obou pruzích dvoupruhových komunikací (pak je vzdálenost mezi měřeními 50 m, uspořádání viz ČSN 73 6192) nebo v jízdním pruhu dvoupruhových komunikací, který vykazuje větší rozsah poruch kvalitativně významnějších (poruchy konstrukce vozovky).*“ Krajský soud má pravdu, pokud tvrdí, že je možný výklad, podle něhož rozestup 50 metrů platí pro každý z jízdních pruhů, stejně jako výklad směřující k rozestupu 50 metrů jednotlivých měření střídavě v obou pruzích. Z posléze uvedeného výkladu plyne jako legitimní závěr, že postačí měřit na jednom kilometru celkem 20 měření, v bodech vzdálených střídavě v obou pruzích 50 metrů, v každém pruhu tedy co 100 metrů (20 x 50 metrů = 1000 metrů). Prvně uvedeným výkladem lze naopak dospět k závěru o dvojnásobném množství měření, neboť se měří střídavě v obou pruzích, a vzdálenost mezi měřeními v protilehlých pruzích bude 25 metrů, v každém pruhu pak 50 metrů.

[20] Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že s ohledem na argumentaci stěžovatele v kasační stížnosti i v jeho rozhodnutích posuzoval *pouze* text zadávací dokumentace a TP 87. Nejednoznačnost textu by jistě mohla být odstraněna existující zvyklostí či ustálenými praktikami v daném oboru, které by profesionál podnikající v diagnostice komunikací měl znát. Ničím takovým však stěžovatel neargumentuje a nic takového nevyplývá ani z obsahu spisu (k povaze zvyklostí a jejich dokazování srov. rozsudek NSS ze dne 3. 2. 2010, čj. 1 Afs 103/2009-232, č. 2033/2010 Sb. NSS, *NJK UNICOS*, část IV.A.2).

[21] Nejednoznačnost pravidla nelze samozřejmě bez dalšího dovozovat jen z toho, že žalobkyně pravidlo pochopila jinak. Omyl při výkladu srozumitelného pravidla by totiž bez dalšího nemohl vést krajský soud k závěru, že pravidlo je nejednoznačné. V daném případě však nejde o pravidlo mající jednoznačný a jasný význam. Tedy i argument krajského soudu, který bere v úvahu i výklad žalobkyně, je naprosto na místě.

[22] Správný je rovněž argument krajského soudu, podle něhož lze na nejednoznačnost takto nastaveného pravidla usuzovat též s ohledem na to, že již v průběhu předchozího zadávacího řízení, týkajícího se veřejné zakázky „Diagnostiky vozovek silnic II. a III. třídy ve Zlínském kraji v letech 2007 – 2009“ se jeden dodatečný dotaz k stejně formulované zadávací dokumentaci týkal právě počtu zatěžovacích zkoušek, tj. zda 20 či 40 měřících bodů na jeden kilometr.

[23] Zdejší soud tedy souhlasí s názorem krajského soudu, že proti sobě stojí dva možné výklady klíčové podmínky zadávací dokumentace. Oba z nich lze přitom objektivně

připustit. V zadávací dokumentaci je tak třeba vidět nejasnost, která způsobuje, že dokumentace nevyhovuje § 44 odst. 1 ZVZ.

[24] Kasační námitka je nedůvodná.

IV.B.

Tvrzená mimořádně nízká nabídková cena

[25] Zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 2.842.500 Kč bez DPH. Nabídková cena vybraného uchazeče IMOS Brno činila 2.164.500 Kč bez DPH. Nabídková cena žalobkyně činila 2.755.500 Kč bez DPH. Tento rozdíl je o to markantnější, že u rázových zatěžovacích zkoušek žalobkyně vyčíslila pouze 20 měření na jeden kilometr vozovky oproti 40 měřením, která byla naceněna v nabídce vítězného uchazeče (viz k tomu část **IV.A.**).

[26] Krajský soud k tomu uvedl, že zkoumání, zda konkrétní nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je obligatorní součástí procesu posuzování nabídek. Dále se obsáhle vyjádřil k tomu, jak má hodnotící komise postupovat v případě zjištění mimořádně nízké nabídkové ceny. Postup hodnotící komise při posuzování otázky, zda určitá nabídková cena je mimořádně nízkou nabídkovou cenou, podle krajského soudu nutně musí podléhat kontrole ze strany stěžovatele. Účinná kontrola postupu zadavatele ze strany stěžovatele předpokládá rovněž posouzení jeho zdůvodnění o vyřazení nebo naopak ponechání nabídky s mimořádně nízkou cenou. Pokud zadavatel neshledá žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou, nestanoví mu zákon povinnost tento svůj závěr odůvodňovat. Nelze však dovozovat, že by tato otázka mohla být řešena výlučně zadavatelem, resp. hodnotící komisí, a že stěžovatel se touto otázkou zabývat nemá – a nesmí. Z pohledu stěžovatele tu nejde o nahrazování činnosti hodnotící komise, nýbrž o objektivní posouzení, zda tato komise ve vztahu ke konkrétní nabídce měla nabídkovou cenu posoudit jako mimořádně nízkou. Jedině tak lze ze strany stěžovatele řádně přezkoumat, zda hodnoceny byly právě ty nabídky, které hodnoceny být měly. Proto se stěžovatel nemůže fakticky omezit jen na zkoumání toho, zda se k této otázce zadavatel, resp. hodnotící komise „nějak“ vyjádřila.

[27] Stěžovatel uvedené závěry krajského soudu kritizuje. V případě, že by zadavatel vyhodnotil nabídku vybraného uchazeče tak, že obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, vybraný uchazeč by ji neodůvodnil v souladu s § 77 odst. 1 ZVZ a zadavatel takovou nabídku přesto nevyřadil, pak by stěžovatel jistě posoudil takový postup jako protizákonný. Hodnotící komise v hodnocených nabídkách však neshledala žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou. Na základě námitek postup hodnotící komise prověřil sám zadavatel a ani on neshledal nabídkovou cenu vybraného uchazeče jako mimořádně nízkou. Stěžovatel posuzoval, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem a provedl posouzení nabídkových cen z pohledu mimořádně nízké nabídkové ceny. Zákonný postup dodržen byl, což je doloženo zápisem z jednání hodnotící komise a rozhodnutím zadavatele o námitkách. Stěžovatel vychází z názoru, že zadavatel jmenuje členy hodnotící komise tak, aby v ní byli zástupci s příslušnou odborností, kteří jsou s to posoudit, zda nabídková cena odpovídá reálným možnostem. Stěžovatel nemůže hodnotit, zda je rozhodnutí hodnotící komise správné či nikoliv. Skutečnost, že v předchozích třech letech byla totožná zakázka realizována za jinou nabídkovou cenu, není relevantní,

neboť mezi jednotlivými zadáními uplynuly tři roky a v mezidobí mohlo dojít ke změnám cen materiálů či jiným skutečnostem, které odůvodňují snížení nabídkové ceny (snaha získat zakázku i za ceny snížení zisku, změna poptávky a nabídky na trhu atp.). Potřebnými znalostmi v tomto směru stěžovatel nedisponuje, zatímco zadavatel ano.

[28] Žalobkyně k tomu stručně tvrdí, že rozhodnutí stěžovatele je nepřezkoumatelné. Stěžovatel se nevypořádal s jejími argumenty, například s otázkou, na základě jakých objektivních kritérií byla stanovena předpokládaná hodnota zakázky v přepočtu 18.950 Kč/km, jestliže předpokládaná hodnota obdobné veřejné zakázky pro předchozí období činila 30.000 Kč/km a za tuto cenu byla i prakticky realizována. Jinými slovy není jasné, zda zadavatel postupoval při stanovení předpokládané hodnoty zakázky v souladu s § 13 odst. 2 ZVZ.

[29] Nejvyšší správní soud k tomu uvádí následující.

[30] Podle § 77 odst. 1 ZVZ při *posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší*. Smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je ochrana zadavatele proti takovým uchazečům, kteří jednají s cílem zvítězit ve výběrovém řízení předložením ceny, za kterou není možno zakázku realizovat. S tím je spojeno velké nebezpečí, že zakázka nebude z důvodu finančních potíží takového uchazeče realizována, případně její cena, byť by to bylo v rozporu se zákonem, bude dodatečně navýšena.

[31] Zákon výslovně nestanoví proceduru, kterou hodnotící komise zjišťuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Stanoví jen postup za předpokladu, že tato komise dospěje k závěru o *existenci* mimořádně nízké nabídkové ceny. Klíčovou otázkou tu je rozsah pravomocí stěžovatele ve vztahu k přezkumu závěru zadavatele o tom, že nabídková cena *není* mimořádně nízká.

[32] Nejvyšší správní soud dává stěžovateli za pravdu, že odůvodnění krajského soudu není příliš přehledné a v řadě aspektů je matoucí. Přesto je podle zdejšího soudu přezkoumatelné. Na nyní posuzovanou věc zjevně nedopadají velmi rozsáhlé pasáže o tom, jak má hodnotící komise postupovat, pokud dospěje k závěru o *existenci* mimořádně nízké nabídkové ceny. V daném případě hodnotící komise k takovémuto závěru nedospěla, respektive dospěla k závěru přesně opačnému. Argumenty krajského soudu tímto směrem, pohříchu velmi obsáhlé, tak představují jen jakési expozé k jeho finálnímu právnímu závěru, podle něhož ani rozhodnutí zadavatele, respektive hodnotící komise, podle nichž nabídková cena není mimořádně nízká, nestojí mimo přezkum stěžovatele. Tento závěr je vyřešen ustálenou a jednotnou judikaturou správních soudů. Byť doposud nebyl potvrzen rozhodnutím Nejvyššího správního soudu, zdejší soud se s tímto závěrem nynějším rozhodnutím z dále uvedených důvodů ztotožnil.

[33] Již Vrchní soud v Olomouci ve svém rozsudku ze dne 1. 2. 2001, čj. 2 A 9/2000-48 (Soudní judikatura ve věcech správních č. 800/2001) odmítl názor, podle něhož je výlučně na posouzení a rozhodnutí zadavatele, zda bude nabídkovou cenu považovat za mimořádně nízkou cenu, neboť stěžovatel je zmocněn přezkoumat veškeré úkony zadavatele. Stěžovatel má nepochybně k dispozici dostatek kvalifikovaných odborníků, aby mohl připravit kvalitní odůvodnění. Konečně účinná kontrola postupu zadavatele takovou aktivitu orgánu dohledu předpokládá. Odůvodnění rozhodnutí stěžovatele musí mít takovou podobu, aby si z něj soud mohl učinit úsudek o věcné správnosti či nesprávnosti daného řešení. Jako vůdčí zásadu pro výklad § 36 viděl Vrchní soud prvořadý cíl zákona, a to snahu o přehlednost postupu zadávání s vyloučením diskriminace, protekce a s minimalizací možnosti pletich či korupce. Jakkoliv byly tyto názory formulovány v roce 2001 ve vztahu k § 36 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, jsou přiměřeně aplikovatelné též na nyní interpretovaný § 77 odst. 1 ZVZ.

[34] Na právě uváděný judikát navázal rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 2. 9. 2010, čj. 62 Ca 11/2009-46, č. 2461/2012 Sb. NSS (*Lesní společnost Ledeč nad Sázavou*). Ten již ve vztahu k dnes platnému zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, dovodil, že přezkum zákonnosti postupu hodnotící komise ve vztahu k mimořádně nízké nabídkové ceně nelze ze strany Úřadu obejít konstatováním, že by tak byly hodnoceny myšlenkové pochody členů hodnotící komise. „*Nejde tu totiž o posouzení myšlenkových pochodů členů hodnotící komise, nýbrž o objektivní posouzení, zda bylo důvodu, aby tato komise ve vztahu ke konkrétní nabídce měla nabídkovou cenu posoudit jako mimořádně nízkou, tedy zda měla povinnost postupovat podle § 77 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách (tedy vyžádat si od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné), a pokud ano, jak této své povinnosti dostála (tedy zda postupovala přesně tak, jak jí ukládá § 77 odst. 1 tohoto zákona). Jedině tak lze ze strany žalovaného* [zde stěžovatele – pozn. NSS] *řádně přezkoumat, zda hodnoceny byly právě ty nabídky, které hodnoceny být měly (zda byl ve stadiu posuzování nabídek - před jejich hodnocením - dodržen postup stanovený zákonem o veřejných zakázkách).*“ Je evidentní, že krajský soud v nyní posuzované kauze z tohoto judikátu důsledně vycházel, převzal z něj celé rozsáhlé pasáže a rozvedl jej i pro situaci podle § 77 odst. 1 ZVZ, tedy pro samotné posuzování, zda nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.

[35] Právní závěr krajského soudu je správný, a to především z důvodů formulovaných Vrchním soudem v Olomouci již v roce 2001 (viz bod [33] shora). Nejvyšší správní soud nyní přistoupil k posouzení otázky, zda byla rozhodnutí stěžovatele a jeho předsedy vskutku nepřezkoumatelná. Přitom vzal v potaz, že zákonný pojem *mimořádně nízká* nabídková cena je neurčitým právním pojmem. Nejvyšší správní soud připomíná, že při soudním přezkumu použití a výkladu neurčitého právního pojmu je nutno respektovat uvážení správního orgánu, které je zaměřeno na vyhodnocení skutkového stavu a zejména zhodnocení, zda pod vymezený obecný pojem spadá. Při přezkumu neurčitých právních pojmů je totiž správní soud významně limitován. Soudu nepřísluší, aby správní orgán nahradil, provedl sám vlastní hodnocení a učinil závěr, zda předmětné jednání naplnilo či nenaplnilo neurčitý právní pojem, neboť by tak nepřípustným způsobem zasáhl do činnosti správního orgánu. To samozřejmě neznamená, že možnosti správního orgánu při interpretaci a aplikaci neurčitého právního pojmu jsou bezbřehé. Soudu přísluší posuzovat, zda je taková interpretace v souladu se zákonem, jaké podklady pro své rozhodnutí správní

orgán soustředil, zda tak učinil v rozsahu, který mu umožnil ve věci správně rozhodnout, zda jeho zjištění nejsou v rozporu s těmito podklady, zda jsou jeho úvahy přezkoumatelné apod. (srov. rozsudek ze dne 20. 10. 2004, čj. 1 As 10/2003 - 58, č. 849/2006 Sb. NSS, rozsudek ze dne 22. 3. 2007, čj. 7 As 78/2005-62 nebo rozsudek ze dne 30. 4. 2008, čj. 1 As 16/2008-48, č. 1641/2008 Sb. NSS).

[36] Již na úvod nutno říci, že stěžovatel ve skutečnosti závěr zadavatele o neexistenci mimořádně nízké nabídkové ceny přezkoumal, nevypořádal se však s některými námitkami žalobkyně.

[37] Předseda stěžovatele především ve svém rozhodnutí vymezil v obecné rovině svou interpretaci neurčitého právního pojmu mimořádně nízká nabídková cena. Správně ve svém rozhodnutí odmítl jako primární kritérium porovnání s nabídkovými cenami jednotlivých uchazečů. To by jistě bylo v rozporu s dikcí § 77 odst. 1 ZVZ, který, na rozdíl od předešlých zákonů, vztahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu *ve vztahu k předmětu veřejné zakázky*. Ceny jiných uchazečů se proto mohou uplatnit jen podpůrně, mohou být pouze určitým vodítkem. Dále si předseda stěžovatele povšiml, že nabídková cena vybraného uchazeče je oproti předpokládané ceně stanovené zadavatelem nižší o cca 24 %. V absolutní výši je nabídková cena vybraného uchazeče nižší o 678.000 Kč než činí zadavatelem stanovená předpokládaná hodnota veřejné zakázky. Stěžovatel neakceptoval názor žalobkyně, podle níž není možné veřejnou zakázku za jednotkovou cenu 14.430 Kč/km bez DPH nabídnutou vybraným uchazečem objektivně realizovat, neboť žalobkyně neuvedla žádné bližší zdůvodnění této domněnky a není proto zřejmé, na základě čeho k tomuto závěru dospěla. Omezuje se totiž jen na konstatování, že její jednotková nabídková cena za splnění předmětu veřejné zakázky by nemohla být nižší než 25.570 Kč/km bez DPH. Stěžovatel v této souvislosti detailně vysvětlil, jaké faktory a kalkulace zásadním způsobem zvyšují nabídkovou cenu žalobkyně. To mělo zcela zásadní vliv na výši kalkulace ceny předložené žalobkyní a do značné míry vysvětluje i vysokou odchylku mezi kalkulacemi obou uchazečů. Konečně stěžovatel zdůraznil, že vybraný uchazeč disponuje řádově mnohem vyšším počtem referenčních zakázek než žalobkyně. Z nabídky vybraného uchazeče vyplývá, že v letech 2007 až 2009 úspěšně zrealizoval minimálně 350 zakázek týkajících se diagnostických a průzkumných prací na vozovkách. Ve své nabídce předložil velmi rozsáhlý seznam referenčních zakázek, který je u významnějších zakázek doplněný slovním hodnocením objednatelem. Z jednotlivých slovních hodnocení vyplývá, že vybraný uchazeč prováděl služby řádně, včas a za dodržení smluvených cenových podmínek (viz body 38 – 48 rozhodnutí předsedy stěžovatele).

[38] Nejvyšší správní soud v návaznosti na toto odůvodnění stěžovatele zdůrazňuje, že nelze souhlasit s krajským soudem, že ve srovnání s vybraným uchazečem odlišná, podstatně vyšší nabídková cena žalobkyně měl být pro stěžovatele první silnou indicií naznačující, že test mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 77 odst. 1 ZVZ je třeba pro přezkoumání postupu hodnotící komise (tj. souladu jejího postupu s § 77 odst. 1 ZVZ) provést. Stěžovatel naprosto srozumitelně vysvětlil, proč samotná tato skutečnost nemá pro věc význam (viz předchozí bod). Všechny jeho argumenty, které stěžovatel použil, dávají rozumný smysl a není na krajském soudu, aby je svou vlastní argumentací přehodnotil. Tím by totiž postupoval v rozporu s možnostmi, které správní soud ve vztahu k neurčitým správním pojmům má.

[39] Naopak krajskému soudu je nutno dát za pravdu, že stěžovatel ani jeho předseda se v žádném ze svých rozhodnutí nevypořádali s námitkou žalobkyně, podle níž mimořádně nízkou nabídkovou cenu prokazuje cena za realizaci předchozí veřejné zakázky (30.000 Kč/1 km). Pokud se stěžovatel vyjádřil poprvé k této otázce až v kasační stížnosti (viz bod [27] shora), nemohl vzít tyto argumenty zdejší soud v potaz. Nedostatky v odůvodnění svého rozhodnutí nemůže správní orgán sanovat vyjádřeními podanými v průběhu soudního řízení (shodně např. rozsudek NSS ze dne 13. 10. 2004, čj. 3 As 51/2003 – 58).

[40] Nejvyšší správní soud se tedy ztotožňuje s krajským soudem v tom, že se stěžovatel ke všem argumentům žalobkyně nevyjádřil. Pak její argumentaci vskutku řádně nepřezkoumal. Rozhodnutí stěžovatele je tedy ve vztahu k žalobkyní namítané mimořádně nízké nabídkové ceně nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

[41] I druhá kasační námitka je tedy nedůvodná.

V.
Závěr a náklady řízení

[42] Stěžovatel se svými námitkami s ohledem na výše uvedené neuspěl; jelikož v řízení o kasační stížnosti nevyšly najevo žádné vady, k nimž je nutno přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 s. ř. s.), Nejvyšší správní soud zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou. Některé dílčí nesprávnosti rozsudku krajského soudu Nejvyšší správní soud korigoval svým rozsudkem (bod [38] shora); stěžovatel proto bude ve svém dalším rozhodování vázán rozsudkem krajského soudu tak, jak byl tento rozsudek korigován zde vyjádřeným právním názorem.

[43] O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto v souladu s § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel, který neměl v tomto řízení úspěch, nemá na jejich náhradu právo. Žalobkyně dosáhla v řízení o kasační stížnosti plného úspěchu, a proto má právo na náhradu nákladů řízení vůči stěžovateli. Náklady řízení soud stanovil podle vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, v tomto případě za jeden úkon právní služby spočívající v písemném vyjádření ke kasační stížnosti, a náhrady hotových výdajů, ve výši 2.100 Kč a 300 Kč [§ 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. d), § 13 odst. 3 citované vyhlášky], tedy 2.400 Kč. Protože advokát je plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšují se náklady řízení o částku 480 Kč, odpovídající dani, kterou je advokát povinen z odměny za zastupování a z náhrad hotových výdajů odvést podle zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty (§ 57 odst. 2 s. ř. s.), na celkovou částku 2.880 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 17. října 2012

JUDr. Lenka Kaniová
předsedkyně senátu