

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Matyášové a soudců JUDr. Jakuba Camrdy a Mgr. Ondřeje Mrákoty v právní věci žalobkyně: **Integrovaná střední škola technická a ekonomická Sokolov,** se sídlem Jednoty 1620, Sokolov, právně zast. JUDr. Slavomírem Hrinkem, advokátem se sídlem Jičínská 2348/10, Praha 3, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 20. 6. 2016, č. j. 30 Af 42/2014 - 71,

takto:

I. Kasační stížnost se zamítá.

II. Žalovanému se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává.

Odůvodnění:

Kasační stížností se žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) domáhá zrušení rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým byla zamítnuta její žaloba proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 10. 4. 2014, č. j. ÚOHS-R197/2013/VZ-7683/2014/310/LPa (dále jen „žalovaný“), kterým bylo dílem změněno a dílem potvrzeno rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24. 6. 2013, č. j. ÚOHS-S661/2012/VZ-11729/2013/521/JHn (dále jako „prvostupňové rozhodnutí“). Podle tohoto rozhodnutí se stěžovatelka jako zadavatelka dopustila dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění rozhodném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), za což jí byla podle § 120 odst. 2 písm. a) téhož zákona uložena pokuta ve výši 150 000 Kč.

V kasační stížnosti stěžovatelka namítá, že přestože krajský soud sám konstatoval,

že žalovaný vydal rozhodnutí o rozkladu v rozporu s § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), nevyvodil z tohoto pochybení žádný závěr.

Dle stěžovatelky krajský soud rovněž nesprávně právně posoudil, že hodnotící kritérium *„Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy“* je v rozporu se zásadou transparentnosti. Dílčí hodnotící kritérium bylo stěžovatelkou navrženo proto, aby byl dán prostor všem uchazečům navrhnout takový postup, který co nejlépe ochrání žáky školy a zachová provoz školy při výstavbě. Jednalo se zřejmě o první tak rozsáhlou přestavbu přímo v objektu školy za plného provozu v České republice. Vzhledem k nedostatku zkušeností v této oblasti stěžovatelka nechtěla předem žádným způsobem určovat, která opatření lze a která nelze mít za vhodnější, a to ani příkladem. Tím by se omezila kreativita uchazečů a stěžovatelka by se mohla ochudit o některé z opatření, které by uchazeči jako profesionálové navrhli. Ze zákona o zadávání veřejných zakázek plyne, že v zadávacím řízení může zadavatel požadovat, aby sami uchazeči navrhli část postupu či řešení a tento postup byl součástí hodnotících kritérií nabídky jako subjektivní kritérium, které nelze nijak dále členit na subkritéria. Jestliže nelze předem určit rozsah řešení, či jeho parametry, pak lze jen stěží určit exaktnější způsob hodnocení, než byl pro uchazeče zadavatelkou uveden v průběhu zadávacího řízení.

Stěžovatelka má za to, že je potřeba zhodnotit míru uplatnění zásady transparentnosti v proporci k zajištění bezpečnosti žáků a minimalizaci omezení provozu školy. Krajský soud se touto argumentací stěžovatelky vůbec nezabýval a rozsudek je proto v této části nepřezkoumatelný. Krajský soud nijak nezhodnotil konkrétní podmínky plnění této veřejné zakázky a zřejmě i proto dospěl k nesprávnému právnímu závěru o porušení zásady transparentnosti.

Dle stěžovatelky je absurdní argumentace krajského soudu, že prohlídka místa plnění nestačila na vysvětlení uchazečům, co je zadavatelem požadováno, protože každý uchazeč vypracoval nabídku jiným způsobem. Dle zákona o veřejných zakázkách cílem prohlídky místa plnění není unifikace nabídek uchazečů. Každý z uchazečů i na základě prohlídky místa plnění vypracoval nabídku dle svého unikátního know-how, což bylo právě to, o co zadavatel usiloval, tedy o co nejvíce možných postupů tak, aby bylo možno vybrat právě ten nejvhodnější. I na základě této své absurdní argumentace krajský soud dospěl k nesprávnému právnímu závěru o porušení zásady transparentnosti. V této souvislosti stěžovatelka připomíná, že prohlídka místa plnění byla nezbytná pro vypracování nabídky v souladu s § 49 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách. Z dikce tohoto ustanovení lze předpokládat, že zákon umožňuje upřesnit zadávací dokumentaci právě touto prohlídkou a právě toto zadavatel učinil.

Krajský soud dále dle stěžovatelky nesprávně posoudil to, jaký je rozdíl mezi zárukou poskytnutou jakoukoliv bankou a bankou z prostoru EU mající oprávnění poskytovat bankovní záruku na území ČR a na základě toho nesprávně právně vyhodnotil požadavek na bankovní záruku jako diskriminační.

Krajský soud se nezabýval liberačním důvodem tak, jak jej uváděla stěžovatelka ve správní žalobě i v závěrečné řeči. Stěžovatelka uvedla, že jako laik (resp. ředitel školy s pedagogickým vzděláním) udělala všechno proto, aby zadávací dokumentace a i celý

průběh zadávacího řízení byly v souladu se zákonem. Zadávací řízení bylo pod kontrolou právníků a dalších zaměstnanců zřizovatele, kontrolou zaměstnanců ROP Severozápad a administrátora. Stěžovatelka si neumí představit, co víc by mohla pro to udělat.

Stěžovatelka připomíná, že krajský soud nemusel jen úplně prominout, ale i snížit sankci dle § 78 odst. 2 s. ř. s., a tímto se soud vůbec nezabýval.

Krajský soud dal stěžovatelce za pravdu v tom, že hodnota zakázky, dle které se určuje výše pokuty, je jen hodnota zakázky hlavní a nepřičítají se k ní další vícepráce nebo neodčítají méněpráce. Krajský soud však dle stěžovatelky nesprávně právně posoudil to, že rozhodnutí o rozkladu je správně, i když při určení výše pokuty vychází z nesprávných podkladů, které jsou v rozporu se zákonem. Stěžovatelka má za to, že žalovaný v rozhodnutí o rozkladu ohledně výše pokuty na základě nesprávné právní úvahy o *„spojování“* zakázek překročil meze správního uvážení, když nesprávně určil maximální horní hranici pokuty, ze které pak vycházel. Krajský soud nemá žádnou možnost toto rozhodování žalovaného o výši pokuty sám nahrazovat vlastní úvahou o tom, že výše pokuty určená žalovaným by asi zůstala stejná i při nižší maximální horní hranici, a proto je rozhodnutí o rozkladu v pořádku. Krajský soud dle § 78 odst. 1 s. ř. s. má rozhodnutí, kterým žalovaný překročil meze správního uvážení, zrušit a žalovaný by měl pak sám znovu určit výši pokuty na základě snížených vstupných parametrů. Stěžovatelka připomíná, že ani sám krajský soud nemůže překračovat pravomoc mu danou zákonem s odvoláním se na formalismus. Navíc se stěžovatelka domnívá, že jestliže se parametry pro určení výše pokuty sníží (a hodnota zakázky je podstatným a hlavním parametrem), pak by se měla úměrně tomu snížit i výše pokuty, a to bez ohledu na velikost snížení. Pro stěžovatelku je snížení pokuty i v řádu jednotek procent nepochybně prospěšné.

Stěžovatelka navrhuje, aby rozsudek pro nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky krajským soudem v předcházejícím řízení dle § 103 odst. 1 písm. a), d) s. ř. s. byl zrušen a věc byla krajskému soudu vrácena k dalšímu řízení dle ustanovení § 110 odst. 1 s. ř. s.

Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti připustil, že formální vymezení, byť jinak věcně správných a vzhledem k odůvodnění rozhodnutí srozumitelných výroků I. a II. správního rozhodnutí prvního stupně, nenaplňuje všechny náležitosti výroku z pohledu požadavků na dostatečnou určitost, přesnost, jednoznačnost a nezaměnitelnost skutků, za které je ukládána sankce. Za této situace měl žalovaný možnost jinak věcně správné a srozumitelné rozhodnutí prvního stupně zrušit a vrátit k novému projednání, anebo v intencích § 89 odst. 2 a § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu přistoupit k odstranění formálních nedostatků rozhodnutí prvního stupně upřesněním jeho výroků I. a II., z těchto v úvahu připadajících variant zvolil tu druhou.

K námitce stěžovatelky, že tímto postupem byla omezena v možnosti podat proti změněnému rozhodnutí opravný prostředek ještě v režimu správního řízení, žalovaný zdůrazňuje, že se namítanou úpravou výroků postavení stěžovatelky ve své podstatě nijak nezměnilo, nehrozila jí žádná újma a napadené rozhodnutí představovalo de facto potvrzení rozhodnutí prvního stupně a zamítnutí rozkladu.

Žalovaný konstatuje, že spáchání správního deliktu nebylo zjištěno v návaznosti

na stěžovatelkou opakovaně tvrzený záměr umožnit dodavatelům navrhnout kreativní způsob řešení k minimalizaci zásahů do provozu školy, nýbrž s ohledem na přílišnou abstraktnost, potažmo neuvedení konkrétních kritérií, podle kterých mají být tato zadavateli navržená kreativní řešení posuzována co do předpokládaného výsledku, stupně splnění daného požadavku a stanovení následného pořadí.

Pokud jde o stěžovatelkou vznesené praktické důvody stran vymahatelnosti práva u bankovní záruky tuzemským finančním ústavem, pak žalovaný konstatuje, že tyto nejsou způsobilé dostatečně odůvodnit uplatnění předmětné podmínky zadávacího řízení, když tyto mohly být vtěleny do zadávacích podmínek v podobě konkrétních parametrů zajišťovacího institutu – například volbou rozhodného práva, volbou „sudiště“ a podobně, aniž by takový postup nutně musel vést ke skryté diskriminaci některých dodavatelů.

K otázce liberace žalovaný opětovně poukazuje na to, že odpovědnost stěžovatelky jako zadavatele podle zákona o veřejných zakázkách je odpovědností objektivní a zástupce stěžovatelky jako zadavatele odpovídá, nedisponuje-li sám dostatečnou odborností v relevantní oblasti, za volbu kompetentních osob k realizaci zadávacího řízení, jakož i za výsledný soulad zadávacího řízení se zákonem. V daném případě žalovaný žádné zvláštní úsilí stěžovatelky, jímž by se snažila pochybení zabránit, neshledal, přičemž nebyl zjištěn ani jiný liberační důvod, jímž by se stěžovatelka mohla odpovědnosti zprostit.

Pokud stěžovatelka namítá, že krajský soud mohl uloženou sankci nejen prominout, ale též snížit, přičemž se touto možností nezabýval, pak žalovaný poukazuje, na to, že moderační právo krajského soudu zakotvené v § 78 odst. 2 s. ř. s. dává krajskému soudu možnost, nikoliv povinnost, k uvedenému kroku přistoupit, přičemž jedním z předpokladů jeho uplatnění je návrh na takový postup v žalobě; stěžovatelka ve své žalobě nepřiměřenou výši uložené pokuty co do absolutní částky nenamítala a její případné snížení nenavrhovala.

V rámci řešení námitky výše pokuty žalovaný věcně souhlasí se stanoviskem krajského soudu v napadeném rozsudku v tom, že vyčíslení hodnoty veřejné zakázky nemělo na zákonnost napadeného rozhodnutí, potažmo výši finálně uložené pokuty vliv. Pokud stěžovatelka vyjadřuje svůj předpoklad, že nižší celková hodnota veřejné zakázky jako výchozí hodnota pro stanovení limitu pro uložení sankce by měla vést též k úměrně nižší sankci, pak naznačuje, že dle v napadeném rozsudku podrobně uvedeného propočtu by měla výsledná výše uložené pokuty činit částku 148 712 Kč, tedy o 1288 Kč méně, než činila výše skutečně uložené pokuty. Vzhledem ke konstantní rozhodovací činnosti žalovaného by sankce byla patrně i v tomto případě uložena v totožné výši, neboť se stále jedná o pokutu uloženou při spodní hranici sazby a konkrétní výše uložené pokuty je v mezích relevantních okolností případu věcí správního uvážení žalovaného.

Žalovaný je názoru, že kasační stížnost není důvodná a navrhuje, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost stěžovatelky zamítl.

Nejvyšší správní soud přezkoumal formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že kasační stížnost je podána včas, neboť byla podána ve lhůtě dvou týdnů od doručení napadeného rozsudku (§ 106 odst. 2 s. ř. s.), je podána osobou oprávněnou, neboť stěžovatelka byla účastníkem řízení, z něhož napadený rozsudek vzešel (§ 102 s. ř. s.), a je

zastoupena advokátem (§ 105 odst. 2 s. ř. s.). Kasační stížnost je rovněž přípustná.

Nejvyšší správní soud přezkoumal kasační stížností napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu a z důvodů uplatněných stěžovatelkou v kasační stížnosti (§ 109 odst. 3 s. ř. s.), přitom neshledal vady, k nimž by byl povinen přihlédnout z moci úřední (§ 109 odst. 4 s. ř. s).

Kasační stížnost není důvodná.

Stěžovatelce lze přisvědčit v námitce porušení procesního předpisu při vydání rozhodnutí žalovaného, nicméně toto pochybení nedosáhlo takové intenzity, aby mohlo mít vliv na zákonnost rozhodnutí žalovaného.

Ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu výslovně normuje: *„Nestanoví-li zvláštní zákon jinak, lze v řízení o rozkladu rozhodnutí zrušit nebo změnit, pokud se tím plně vyhoví rozkladu a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků, ledaže s tím všichni, jichž se to týká, vyslovili souhlas.“*

Žalovaný změnil výrok prvostupňového rozhodnutí tak, že do prvního výroku doplnil k rozporu se zásadou transparentnosti, že *„nebylo patrno, jakým způsobem bude zadavatel v tomto dílčím kritériu nabídky hodnotit“;* ve druhém výroku doplnil, že k porušení zákona o veřejných zakázkách došlo tím, že zadavatel *„při stanovení podmínek a požadavků na zpracování nabídky se dopustil porušení ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) zákona v návaznosti na § 6 citovaného zákona“*. Do prvního výroku tak doplnil specifikaci porušení zásady transparentnosti, které prvostupňové rozhodnutí obsahovalo pouze v odůvodnění; v druhém výroku žalovaný doplnil přesný odkaz na porušení zákona o veřejných zakázkách, kdy výrok prvostupňového rozhodnutí obsahoval pouze popis konkrétního porušení a odkaz na zákon obsahovalo až odůvodnění. Třetí výrok, kterým byla uložena pokuta, žalovaný potvrdil. V žádném případě nedošlo k současnému zamítnutí rozkladu a změně prvostupňového rozhodnutí, jak tvrdí stěžovatelka.

Nejvyšší správní soud již v rozsudku ze dne 9. 6. 2016, č. j. 6 As 63/2016 - 40, uvedl: *„Správní řád obsahuje zvláštní úpravu v § 152 odst. 5, z níž plyne, že v řízení o rozkladu lze a) rozhodnutí zrušit nebo změnit, pokud se tím plně vyhoví rozkladu a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků, ledaže s tím všichni, jichž se to týká, vyslovili souhlas, nebo b) rozklad zamítnout. Toto ustanovení tedy podle svého textu připouští změnu rozhodnutí vydaného v prvním stupni jen v rozsahu obdobném jako u tzv. autoremedury. Je zde sice ještě ustanovení § 152 odst. 4 správního řádu o tom, že pro řízení o rozkladu platí ustanovení o odvolání, nevylučuje-li to povaha věci, z čehož správní praxe a judikatura-s přiznanou kritikou nevhodnosti a nepraktičnosti úpravy rozkladového řízení-dovozuje přípustnost i jiných postupů včetně rušení a vracení věci do fáze rozhodování v prvním stupni, jako by šlo o dvě procesní quasi instance (viz např. VEDRAL J. Správní řád. Komentář. II. aktualizované a rozšířené vydání. Bova Polygon. Praha: 2012, s. 1203). Pokud však jde o změnu rozhodnutí, uplatní se přednostně zvláštní právní úprava limitující možnost změny rozhodnutí na tam uvedené podmínky; obdobnou úpravu odvolacího řízení tak v tomto rozsahu uplatnit nelze.“* Nejvyšší správní soud v uvedené věci rovněž uvedl, že *„stranou ponechává odpověď na hypotetickou otázku, zda by změna rozhodnutí v rozkladovém řízení-navzdory řečenému-byla za daných okolností natolik podstatným porušením ustanovení o řízení před správním orgánem, že by to*

mohlo mít za následek nezákonné rozhodnutí ve věc samé ve smyslu § 76 odst. 1 písm. c) s. ř. s.“

Nejvyšší správní soud v usnesení rozšířeného senátu ze dne 15. 1. 2008, č. j. 2 As 34/2006 - 73, č. 1546/2008 Sb. NSS, mimo jiné konstatoval: *„Vymezení předmětu řízení ve výroku rozhodnutí o správním deliktu proto vždy musí spočívat ve specifikaci deliktu tak, aby sankcionované jednání nebylo zaměnitelné s jednáním jiným. Tento závěr je přitom dovoditelný přímo z ustanovení § 47 odst. 2 starého správního řádu, neboť věcí, o níž je rozhodováno, je v daném případě jiný správní delikt a vymezení věci musí odpovídat jejímu charakteru. V rozhodnutí trestního charakteru, kterým jsou i rozhodnutí o jiných správních deliktech, je nezbytné postavit najisto, za jaké konkrétní jednání je subjekt postižen – to lze zaručit jen konkretizací údajů obsahující popis skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, popřípadě i uvedením jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným. Taková míra podrobnosti je jistě nezbytná pro celé sankční řízení, a to zejména pro vyloučení překážky litispendence, dvojího postihu pro týž skutek, pro vyloučení překážky věci rozhodnuté, pro určení rozsahu dokazování a pro zajištění řádného práva na obhajobu.“* V uvedeném usnesení se rozšířený senát zabýval rovněž minimální nutnou mírou specifikace výroku rozhodnutí ve věci správního deliktu, přitom konstatoval: *„Nepřezkoumatelným pro nesrozumitelnost by bylo jen rozhodnutí neobsahující specifikaci skutku ani ve výroku ani v odůvodnění, případně za přistoupení jiných vad. Neuvede-li správní orgán náležitosti, jimiž je skutek dostatečně a nezaměnitelně identifikován, do výroku svého rozhodnutí, podstatně poruší ustanovení o řízení [§ 76 odst. 1 písm. c) s. ř. s]. Relevantní nedostatek výroku rozhodnutí ve věci správního trestání zásadně představuje vadu ve smyslu § 76 odst. 1 písm. c) s. ř. s. (podstatné porušení ustanovení o řízení před správním orgánem, mohlo-li mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé). Ve výjimečných případech pak může nedostatek výroku rozhodnutí založit vadu nepřezkoumatelnosti [§ 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s.], kterou podle okolností musí soud zvednout i bez námitky. Soud totiž s ohledem na deficity správního rozhodnutí není s to vůbec přezkoumat rozhodnutí věcně, typicky proto, že nedostatek výroku nebyl zhojen dostatečným způsobem ani v odůvodnění správního rozhodnutí, odůvodnění je v rozporu s výrokem (přičemž tento rozpor nebude odstranitelný ani výkladem), event. pro naprostou nesrozumitelnost nebo vnitřní rozpornost výroku (srov. např. rozsudky NSS ze dne 13. 10. 2010, č. j. 1 As 16/2010 - 105, body 28-29, ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 67/2012 - 48, věc KEY INVESTMENTS, body 23-25, a ze dne 15. 10. 2015, č. j. 7 As 196/2015 - 25, věc Krajská zdravotní).“*

Lze stěžovatelce přisvědčit v tom, že žalovaný *strictum senso* nepostupoval v intencích dikce § 152 odst. 5 správního řádu, když prvostupňové rozhodnutí ve výrokové části I. a II. změnil bez toho, že by plně vyhověl rozkladu. Nicméně se dle přesvědčení Nejvyššího správního soudu v tomto případě nejedná o natolik podstatné porušení, které by mohlo mít vliv na zákonnost rozhodnutí. Žalovaný v rozhodnutí o podaném rozkladu pouze konkretizoval popis skutku, případně uvedl odkaz na ustanovení zákona; nicméně provedenou změnou nemohla nastat stěžovatelce žádná újma, ta to ostatně ani netvrdí a ani věcně konkretizaci výroku nezpochybňovala, pouze namítala formální porušení správního řádu. Nemohlo dojít ani k jakékoli nesrozumitelnosti či zaměnitelnosti skutku, který byl stěžovatelce přičítán.

Nejvyšší správní soud proto konstatuje, že přestože žalovaný pochybil, nejedná se o vadu takové intenzity, která by měla za následek nezákonnost rozhodnutí o věci samé. Pokud pak stěžovatelka odkazuje právě na výše citované rozhodnutí Nejvyššího správního

soudu č. j. 2 As 34/2006 - 73, postup žalovaného a krajského soudu je s tímto rozhodnutím v souladu, neboť právě změna prvostupňového rozhodnutí, při které byl upřesněn, nikoli však změněn popis skutku, napravila pochybení prvostupňového rozhodnutí.

K dalším námitkám stěžovatelky stran samotného zadávacího řízení Nejvyšší správní soud konstatuje, že všechny části zadávací dokumentace musí uchazečům sloužit jako dostatečně konkrétní, jasný, jednoznačný a srozumitelný zdroj informací. Zadavatel musí bez jakékoliv nesrozumitelnosti či nejednoznačnosti specifikovat zadávací dokumentaci, jejíž součástí je i způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií. Hodnotící kritéria musí stanovit hodnocení nabídek takovým způsobem, aby bylo nepochybné, co bude zadavatel, resp. hodnotící komise hodnotit; při hodnocení nabídek je třeba preferovat objektivní dílčí hodnotící kriteria a objektivní způsoby hodnocení před kriterii a způsoby hodnocení subjektivními. Opačný přístup vede k porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení (§ 6 zákona o veřejných zakázkách). Obdobně lze odkázat např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 30. 3. 2010, č. j. 62 Ca 57/2008–47, s nímž se zdejší soud ztotožňuje: *„Na přesnost, srozumitelnost a jednoznačnost údajů obsažených v zadávací dokumentaci je třeba klást klíčový důraz. Ze zadávací dokumentace tedy musí být zcela jednoznačně patrno, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou nabídky „soutěžit“.“*

Ze správního spisu bylo zjištěno, že v rámci obchodních podmínek v bodu 5.4. zadávací dokumentace nazvaném *„Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy“* uvedla stěžovatelka následující: *„Uchazeč uvede postup a seznam opatření, které minimalizují rizika spojená s výstavbou s ohledem na prostředí školy a také minimalizují dopad výstavby na řádný chod výuky a provoz školy. Zadavatel při hodnocení daného kritéria zvýhodní nejefektivnější opatření, které minimalizují rizika spojená s výstavbou a také minimalizují dopad výstavby na řádný chod výuky a provoz školy. Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy bude jako součást nabídky přílohou Smlouvy o dílo a tedy bude pro uchazeče závazný.“* Tento návrh postupu stanovil stěžovatel jako jedno z dílčích hodnotících kritérií a v bodu 7. zadávací dokumentace dále stanovil: *„Pro toto kritérium sestaví hodnotící komise pořadí nabídek od nejvhodnější k nejméně vhodné a přiřadí nejvhodnější nabídce 100 bodů a každé následující nabídce přiřadí takové bodové ohodnocení, které vyjadřuje míru splnění dílčího kritéria ve vztahu k nejvhodnější nabídce.“*

Jak již bylo uvedeno např. v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 12. 8. 2010, č. j. 62 Ca 10/2009 – 113, se kterým se zdejší soud ztotožňuje, *„na Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže však je posoudit, zda konkrétní dílčí hodnotící kritéria jsou kritérii určitými (musí být zřejmé, co zadavatel zamýšlí preferovat), jednoznačnými (dílčí kritéria nesmějí připouštět dvojí výklad), schopnými být předmětem hodnocení za předem jasně stanovených pravidel a nediskriminačními.“*

Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že stěžovatelka stanovila způsob hodnocení nabídek podle výše uvedeného dílčího kritéria v rozporu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Pokud stěžovatelka jako zadavatel stanovila, že zvýhodní nejefektivnější opatření, která minimalizují rizika spojená s výstavbou, nejedná se o hodnocení podle objektivního kritéria, přestože se tak stěžovatelka domnívá, neboť není stanoveno, jak se nejefektivnější opatření budou určovat a hodnotit; nakonec totiž vždy bude právě a jen na stěžovatelčině

subjektivním posouzení, které opatření je dle jejího názoru „objektivně“ nejefektivnější. Tento postup je v rozporu se zásadou transparentnosti, neboť závisí pouze na stěžovatelce, jak postup a seznam opatření, která minimalizují rizika spojená s výstavbou, zhodnotí.

K posuzování transparentnosti se vyjádřil zdejší soud např. v rozsudku ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 - 55, kdy uvedl: „*Posouzení transparentnosti losování v žádném případě nespočívá v dokazování, zda došlo při losování k manipulaci či nikoliv. Pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. Pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově.*“ Uvedenou úvahu lze vztáhnout i na posuzovanou situaci, byť se jedná o věc skutkově odlišnou. Žalovaný ani krajský soud netvrdí, že mělo dojít postupem stěžovatelky k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, ale že došlo k takovému nastavení hodnotících kritérií v zadávací dokumentaci, které vzbuzuje odůvodněnou pochybnost, že k ovlivnění výběru mohlo dojít, neboť tomu nasvědčují kritéria hodnocení, která nejsou dostatečně určitá, jednoznačná ohledně předmětu hodnocení.

Rovněž v řízení o předběžné otázce podle čl. 234 SES (nyní článek 267 SFEU) týkající se výkladu směrnice 71/305/EHS Soudní dvůr ve svém rozhodnutí C-19/00, uvedl, že uchazeči musí být v rovném postavení jak ve fázi přípravy nabídek, tak i v průběhu jejich hodnocení. Zásada rovného zacházení s sebou v tomto směru nese požadavek na transparentnost zadávacího řízení. Konkrétně to znamená, že hodnotící kriteria musí být v zadávací dokumentaci anebo v oznámení zakázky formulována způsobem, který umožní uchazečům vykládat tato kriteria stejným způsobem. Zároveň to znamená i to, že zadavatel musí hodnotící kriteria interpretovat stejným způsobem v průběhu celého zadávacího řízení a uplatňovat je objektivně a stejně ve vztahu ke všem nabídkám. K argumentaci stěžovatelky, že ze zákona o veřejných zakázkách plyne, že zadavatel může požadovat, aby uchazeči sami navrhli postup a řešení, Nejvyšší správní soud uvádí, že toto je možné pouze v soutěžním dialogu, kde zadavatel vede jednání s vyzvanými zájemci s cílem nalézt vhodná řešení způsobilá splnit jeho potřeby a požadavky.

K uplatnění zásady transparentnosti v proporci k zajištění požadavků zadavatele, zdejší soud konstatuje, že přestože zadavatel může být veden v zásadě správnou myšlenkou, kdy se snaží dosáhnout zajištění bezpečnosti žáků a minimalizaci omezení provozu školy, nelze tímto snižovat požadavek transparentnosti veřejného zadávání. S ohledem na požadavek úplnosti a jednoznačnosti zadávací dokumentace zdejší soud uvádí, že pro případné doplnění zadávacích podmínek slouží institut dodatečných informací, nikoliv prohlídka místa plnění. I poskytováním dodatečných informací k zadávací dokumentaci mohou být však toliko vysvětlovány nejasnosti, které by z jejího obsahu mohly vyplývat, či upřesňovány údaje v zadávací dokumentaci obsažené, které pro svoji nekonkrétnost brání řádnému zpracování nabídky.

Zadavatel je povinen v zadávacím řízení postupovat takovým způsobem, aby jeho jednáním nemohlo dojít k diskriminaci žádného z dodavatelů. V tomto smyslu nesmí dojít ke zvýhodnění či znevýhodnění jednoho dodavatele vůči jinému, a to jakýmkoliv způsobem. Zadavatel svým postupem, ať už vědomě či nevědomě, nesmí znemožnit nebo ztížit možnost ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za kterých mají možnost se o ni ucházet ostatní dodavatelé. Jinými slovy, postup zadavatele objektivně nesmí vykazovat

známky rozdílného zacházení s uchazeči o veřejnou zakázku. V bodu 21.3. návrhu Smlouvy o dílo na realizaci stavby stěžovatelka stanovila, že finanční zajištění může být realizováno také bankovní zárukou, přičemž *„Bankovní záruka musí být vystavena tuzemským peněžním ústavem…“*. Tímto postupem omezila dodavatele ve svobodné volbě banky. Lze si zcela jistě představit, jak uvádí stěžovatelka, že tuzemské banky jsou pro zadavatele výhodnější. Je však nutno přisvědčit jak žalovanému tak krajskému soudu, že neexistuje relevantní důvod, proč neakceptovat záruku zahraniční banky potvrzenou bankou tuzemskou. Případné místo soudního sporu rovněž lze smluvně ošetřit. Stěžovatelka se tedy dopustila porušení § 44 odst. 3 písm. g) zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na § 6 cit. zákona, neboť v zadávací dokumentaci požadovala zajištění plnění závazků zhotovitele formou bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem. Ani tato stěžovatelčina námitka není důvodná.

Dovolává-li se stěžovatelka liberačního důvodu, tvrdí-li, že zadávacím řízením pověřila v dobré víře profesionální subjekty, nelze jí přisvědčit. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá dle zákona o veřejných zakázkách zadavatel. Tedy i v případě, kdy zadavatel pověří zpracováním dokumentace externího poradce, nese plnou odpovědnost za její obsah ve vztahu k uchazečům. Nároky plynoucí z vadně poskytnutých služeb lze řešit pouze soukromoprávní cestou; pochybení zpracovatelů zadávací dokumentace nelze proto brát v potaz při hodnocení míry porušení povinností, které stěžovatelce plynou ze zákona o zadávání veřejných zakázek (§ 6).

Co se týče sporné výše pokuty, tato byla udělena v symbolické výši 150 000 Kč na spodní hranici sazby. Horní sazba pokuty se pohybovala ve výši přes 19 000 000 Kč. Je zřejmé, že pokuta nebyla počítána procentuálně z nejvyšší možné sazby pokuty, proto snížení maximální možné sazby pokuty (cca 5 %) nemohlo mít v rozhodování o výši pokuty žádný zásadní význam. Postup žalovaného při uložení pokuty nikterak nevybočil z mezí zákona. Krajský soud proto nepochybil, pokud neshledal v postupu žalovaného vady, pro které by bylo nutno rozhodnutí žalovaného označit za nezákonné a z tohoto důvodu jej zrušit.

Pokud stěžovatelka namítá, že krajský soud nevyužil svého zákonného moderačního práva, Nejvyšší správní soud konstatuje, že k využití moderace dle §78 odst. 2 s. ř. s. krajský soud může přistoupit pouze tehdy, navrhl-li takový postup žalobce výslovně v žalobě. To však stěžovatelka neučinila.

Nejvyšší správní soud konstatuje, že krajský soud se řádně a podrobně přezkoumatelným způsobem vypořádal se všemi námitkami, které stěžovatelka v žalobě uplatnila. Závěry, k nimž krajský soud dospěl, jsou řádně odůvodněné a z hlediska zákona obstojí. Ze všech shora vyložených důvodů Nejvyšší správní soud kasační stížnost neshledal důvodnou, a proto ji podle § 110 odst. 1 in fine s. ř. s. zamítl.

Stěžovatelka, která neměla v tomto soudním řízení úspěch, nemá právo na náhradu nákladů řízení; žalovanému náklady řízení nevznikly, proto soud rozhodl, že se žalovanému náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává (§ 60 odst. 1, § 120 s. ř. s.).

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3, § 120 s. ř. s.).

V Brně dne 3. dubna 2017

JUDr. Lenka Matyášová
předsedkyně senátu