

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Barbary Pořízkové a soudců JUDr. Radana Malíka a JUDr. Tomáše Rychlého v právní věci žalobce: **Mikrobiologický ústav AV ČR, v. v. i.**, se sídlem Vídeňská 1083, Praha 4, zast. Mgr. Martinem Velíkem, advokátem se sídlem Rohenická 71/1, Praha 9, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 9. 2015, č. j. ÚOHS-R326/2014/VZ-25897/2015/321/OHo, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 1. 2. 2017, č. j. 62 Af 111/2015 - 77,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žádný z účastníků **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Podanou kasační stížností se žalobce (dále jen „stěžovatel“) domáhá zrušení v záhlaví označeného rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým byla jako nedůvodná podle § 78 odst. 7 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), zamítnuta jeho žaloba proti v záhlaví označenému rozhodnutí žalovaného. Tímto rozhodnutím byl zamítnut rozklad stěžovatele a bylo potvrzeno rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28. 8. 2014, č. j. ÚOHS-S500/2014/VZ-18149/2014/523/OPi (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“).

[2] Prvostupňovým rozhodnutím bylo rozhodnuto, že se stěžovatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), tím, že při zadávání veřejné zakázky „Dodávka vybavení technologické haly“ formou otevřeného

řízení nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, neboť z účasti v zadávacím řízení nevyloučil později vybraného uchazeče Zeta Biopharma s. r. o. Tento uchazeč neprokázal splnění základních kvalifikačních předpokladů dle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách v požadovaném rozsahu, protože nepředložil výpisy z evidence Rejstříku trestů svých statutárních orgánů ve vztahu k území České republiky dle § 53 odst. 3 písm. a) cit. zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel dne 21. 5. 2013 uzavřel s později vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Za uvedený správní delikt mu byla uložena pokuta ve výši 50 000 Kč.

[3] Ze správního spisu vyplynulo, že statutárními orgány Zeta Biopharma s.r.o. byli pánové M. a T., oba s bydlištěm v Rakousku. Později vybraný uchazeč ve lhůtě pro podání nabídek předložil výpisy z rakouského rejstříku trestů statutárních orgánů.

[4] Krajský soud nesouhlasil s žalobní konstrukcí založenou na údajném rozdílu mezi „nesplněním kvalifikace“ a „neprokázáním splnění kvalifikace“. Dle stěžovatele základní kvalifikační předpoklady splňuje dodavatel, který naplňuje podmínky uvedené v příslušném ustanovení, kdežto profesní a technické kvalifikační předpoklady splňuje ten dodavatel, který k prokázání jejich splnění předloží dokumenty stanovené zadavatelem. Krajský soud se s tímto tvrzením neztotožnil, protože není žádný rozdíl mezi posuzováním kvalifikace jednotlivých kvalifikačních předpokladů. Kvalifikovaným pro plnění veřejné zakázky je dodavatel, který splní kvalifikační předpoklady základní, profesní a technické dle § 50 odst. 1 písm. a), b), d) zákona o veřejných zakázkách a který učiní čestné prohlášení o své ekonomické a finanční způsobilosti [§ 50 odst. 1 písm. c) cit. zákona]. Posuzování kvalifikace je založeno na posuzování jejího prokázání dle § 51 odst. 1 cit. zákona, což je ustanovení obecné, aplikovatelné ve vztahu ke všem požadavkům na kvalifikaci, proto je zadavatel povinen požadovat prokázání splnění kvalifikace dodavatele. Ve všech případech se prokázání splnění kvalifikace posuzuje na základě dokladů, jež mají být předloženy (v otevřeném řízení) společně s nabídkou. Kvalifikační předpoklady základní, profesní a technické se prokazují doklady, o nichž tak stanoví přímo zákon (v případě základních) nebo sám zadavatel při respektování limitů stanovených zákonem (v případě profesních a technických), a vedle toho se kvalifikace prokazuje předložením čestného prohlášení (v případě ekonomické a finanční způsobilosti). Po kvalifikaci zadavatel zásadně sám „nepátrá“, nýbrž tuto otázku posuzuje na základě dokladů, které mu byly ze strany dodavatelů ve lhůtě (zde ve lhůtě pro podání nabídek) předloženy. Nesplněním kvalifikace se rozumí neprokázání splnění kvalifikace jednotlivými doklady v rámci všech kvalifikačních předpokladů vyžadovaných zákonem nebo zadavatelem.

[5] Dodavatel nesplňuje kvalifikaci nejen tehdy, jestliže u něj ve skutečnosti nejsou splněny kvalifikační předpoklady, nýbrž i tehdy, jestliže jejich splnění zadavateli neprokáže, a to způsobem a ve lhůtě zadavatelem stanovené, a to i kdyby u něj byly ve skutečnosti splněny. Zákon o veřejných zakázkách upravuje, jak (jakými doklady) a kdy má být splnění kvalifikace prokázáno. Nepředloží-li dodavatel vyžadované informace o své kvalifikaci a požadované doklady ve lhůtě stanovené pro podání nabídek, popř. poskytne-li tyto údaje či doklady neúplné, je nutno dovodit, že nesplňuje kvalifikaci dle § 60 zákona o veřejných zakázkách, a zadavatel je povinen dodavatele z účasti v zadávacím řízení vyloučit, ledaže by po uplynutí lhůty k prokázání splnění kvalifikace využil oprávnění dle

§ 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a dodavatel na to reagoval dodatečným předložením dokladů prokazujících splnění kvalifikace.

[6] Soud souhlasil se žalovaným, že pod požadavky zadavatele spadají jak požadavky vyžadované vždy, a to na základě zákona (tj. ve vztahu ke kvalifikaci základní), tak požadavky, o nichž se zadavatel může sám rozhodnout, zda jejich prokázání v mezích zákona bude požadovat (tj. ve vztahu ke kvalifikaci profesní a technické). Základní kvalifikační předpoklady musí dodavatelé splnit v takovém rozsahu, v jakém je to stanoveno zákonem, zatímco u technických kvalifikačních požadavků si zadavatel vybírá, které z požadavků uvedených v zákoně budou dodavatelé prokazovat. Zadavatel je povinen požadovat prokázání splnění kvalifikace dodavatele, a tedy požadavkem zadavatele není samotné „splnění" kvalifikace (jež by zadavatel zjišťoval odjinud než z předložených dokladů), nýbrž „prokázání" tohoto splnění. Ustanovení § 53 zákona o veřejných zakázkách upravuje výčet základních kvalifikačních předpokladů a výčet dokladů, jimiž se tato kvalifikace prokazuje. Závěr, že zadavatel je povinen požadovat prokázání základních kvalifikačních předpokladů doklady dle § 53 cit. zákona a že dle § 60 odst. 1 cit. zákona musí být z účasti v zadávacím řízení vyloučen dodavatel, který zadavateli splnění kvalifikace těmito doklady neprokázal, je správný.

[7] Konstrukce, dle které by mohl být uchazeč vyloučen pouze tehdy, pokud by prokázal, že kvalifikaci nesplňuje (ve smyslu „skutečně nesplňuje"), není správná. Uchazeč musí být vyloučen, neprokáže-li zadavateli způsoby (dokumenty) stanovenými zákonem, že kvalifikaci splňuje. Veškerá žalobní argumentace v tom směru, že později vybraný uchazeč ani jeho statutární orgány nebyli „ve skutečnosti" pravomocně odsouzeni, je irelevantní. Namítal-li stěžovatel, že podle žalovaného měl být později vybraný uchazeč vyloučen z čistě formálních důvodů, pak žalovaný na tento argument správně reagoval tak, že nepředložení dokladu, jenž je k prokázání kvalifikace dle zákona vyžadován, za „formální pochybení" pokládat nelze. Dovolával-li se stěžovatel § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách v tom ohledu, že zadavatel nemá povinnost vyloučit uchazeče, který kvalifikaci neprokázal, nýbrž uchazeče, který ji nesplňuje, žalovaný tento argument správně vypořádal tak, že z § 51 odst. 1 cit. zákona plyne, že zadavatel je povinen po dodavateli požadovat prokázání splnění kvalifikačních předpokladů, přičemž prokázání kvalifikace je podmínkou další účasti dodavatele v zadávacím řízení a zákon pro případ neprokázání splnění kvalifikace dodavatelem nedává zadavateli jinou možnost, než dodavatele z účasti v zadávacím řízení vyloučit.

[8] Nesplněním kvalifikace se rozumí neprokázání splnění kvalifikace jednotlivými doklady v rámci všech kvalifikačních předpokladů vyžadovaných zákonem nebo zadavatelem, a to ve lhůtě pro prokázání kvalifikace.

[9] Krajský soud souhlasil s žalovaným i v otázce, jaké doklady k prokázání beztrestnosti měly být později vybraným uchazečem předloženy. Podle § 53 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách musí být k prokázání základních kvalifikačních předpokladů předkládán výpis z evidence Rejstříku trestů a pokud § 53 odst. 1 písm. a) i b) cit. zákona stanoví pravidlo, podle něhož jde-li o právnickou osobu, musí tento předpoklad splňovat jak tato právnická osoba, tak její statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu, jak ve vztahu k území České republiky (dále jen „ČR"), tak k zemi svého sídla, místa

podnikání či bydliště. Plně obstála úvaha žalovaného, podle níž primárním územím, pro které je prokázání beztrestnosti požadováno, je území ČR, a v případě, kdy je sídlo, místo podnikání či bydliště osob, za něž je třeba beztrestnost prokazovat (jak samotného dodavatele, který je právnickou osobou, tak statutárních orgánů), mimo území ČR, je třeba ji prokazovat i ve vztahu k tomuto území. Jestliže dodavatel a jeho statutární orgány jsou osobami s odlišným usazením, musí být beztrestnost prokazována ve vztahu ke všem těmto územím, a to podle sídla, místa podnikání a bydliště osob, ve vztahu k nimž má být beztrestnost prokazována. Později vybraný uchazeč byl českou právnickou osobou, tudíž se nepoužil § 51 odst. 7 cit. zákona. Fakt, že statutárními orgány byli občané Rakouska, z této osoby nečinilo cizí právnickou osobu, a proto ve vztahu k této právnické osobě bylo třeba beztrestnost prokazovat výpisem z evidence Rejstříku trestů. Prokazována musela být beztrestnost statutárních orgánů, jak ve vztahu k ČR, tak k zemi jejich bydliště, což koresponduje s § 53 odst. 1 písm. a) a b) cit. zákona.

[10] Dovozoval-li stěžovatel, že k prokázání splnění základní kvalifikace obou jednatelů postačilo předložit jeden rakouský výpis z rejstříku trestů, tato argumentace nebyla důvodná. Přestože § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách není zcela přehledný a přestože výslovně není v zákoně stanoveno pravidlo, podle něhož by jedna osoba měla předkládat dva výpisy, toto pravidlo lze pro později vybraného uchazeče dovodit z § 53 odst. 1 písm. a) a b) cit. zákona. Přesvědčení stěžovatele, že statutární orgány později vybraného uchazeče neměly beztrestnost ve vztahu k ČR prokazovat, neodpovídá ostatně ani postupu samotného uchazeče. Ten totiž kromě rakouského výpisu z rejstříku trestů statutárních orgánů předložil čestné prohlášení, že tyto osoby nebyly odsouzeny na území ČR; zřejmě se o prokázání beztrestnosti ve vztahu k ČR snažil. Učinil tak nikoli způsobem, jakým měl postupovat v otevřeném řízení při zadávání nadlimitní veřejné zakázky, nýbrž způsobem, který by se uplatnil v případě zadávání podlimitní veřejné zakázky nebo (obecně ve vztahu k veškeré kvalifikaci) podlimitní veřejné zakázky ve zjednodušeném podlimitním řízení (§ 62 odst. 2, 3 cit. zákona).

[11] Argumentoval-li stěžovatel, že jediným v úvahu přicházejícím jeho pochybením mohlo být nevyzvání k doplnění druhého z výpisů dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, ani s tím krajský soud nesouhlasil. Jestliže soud dal žalovanému zapravdu v tom, že později vybraný uchazeč kvalifikaci nesplnil, neboť její splnění ve lhůtě pro podání nabídek neprokázal, pak by aplikace § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách sice mohla vyvolat prolomení lhůty pro prokázání splnění kvalifikace, avšak pouze tehdy, pokud by stěžovatel takové oprávnění využil. Dle § 59 odst. 4 cit. zákona má zadavatel možnost, nikoli povinnost, požádat dodavatele, který neprokázal splnění kvalifikace v plném rozsahu, o její doplnění, nevyužil-li však stěžovatel této možnosti, pak neprokázáním splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání nabídek se měla kvalifikace za neprokázanou a později vybraný uchazeč měl být ze zadávacího řízení dle § 60 odst. 1 cit. zákona vyloučen.

[12] Co se týče argumentace Evropským informačním systémem rejstříku trestů (dále jen „ECRIS“), tento systém sice byl vybudován na zásadě, podle které členský stát, jenž odsoudí osobu, která není jeho státním příslušníkem, má povinnost neprodleně zaslat informace o tomto odsouzení členskému státu, jehož je pachatel příslušníkem, to však neznamená, že by pro účely zákona o veřejných zakázkách bylo možné automaticky

předpokládat, že výpis z rejstříku trestů Rakouska musí nutně obsahovat informace o případném odsouzení v ČR, a tedy že by se § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách neměl aplikovat. Jestliže žalovaný vycházel z toho, že zákon stanoví, jakým způsobem musí být splnění základních kvalifikačních předpokladů prokázáno, a jestliže podrobnou úvahou (viz body 56. – 66. prvostupňového rozhodnutí, na které odkázalo napadené rozhodnutí) dovodil, že využití ECRIS pro tyto účely zákon nepřipouští, a to dokonce nikoli pouze formálně, nýbrž i ze žalovaným zmiňovaných materiálně rozumných důvodů, nelze mu nic vytknout.

[13] Námitka, dovolávající se příznivější aplikace zákona o veřejných zakázkách na základě směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „evropská zadávací směrnice“), resp. tvrdil-li stěžovatel její nepřesnou transpozici, není důvodná. Dle čl. 45 odst. 1 uvedené směrnice je z účasti na veřejné zakázce vyloučen každý zájemce nebo uchazeč, který byl odsouzen pravomocným rozsudkem pro vyjmenované činy pod písm. a) - d); členské státy mají povinnost v souladu se svým vnitrostátním právem upřesnit podmínky pro uplatňování tohoto pravidla. Veřejní zadavatelé jsou oprávněni požadovat poskytnutí dokladů uvedených v čl. 45 odstavci 3 evropské zadávací směrnice a mají-li pochybnosti, mohou se obrátit na příslušné orgány, aby získali jakékoli informace (o zájemcích nebo uchazečích), které považují za nezbytné, a pokud se informace týkají zájemce nebo uchazeče usazeného ve státě jiném, než je stát veřejného zadavatele, může veřejný zadavatel požádat o spolupráci příslušné orgány. S přihlédnutím k vnitrostátním právním předpisům členského státu, ve kterém jsou zájemci nebo uchazeči usazeni, se tyto žádosti vztahují k právnickým nebo fyzickým osobám včetně, je-li to vhodné, vedoucích představitelů společnosti nebo jakékoli osoby s pravomocemi zastupovat, rozhodovat nebo kontrolovat zájemce nebo uchazeče. Pokud jde o doklady beztrestnosti, veřejní zadavatelé přijmou dle čl. 45 odst. 3 výše uvedené směrnice jako dostatečný důkaz předložení výpisu ze soudního spisu, nebo, pokud to není možné, rovnocenného dokladu vydaného příslušným soudním nebo správním orgánem v zemi původu nebo v zemi, z níž tato osoba pochází, jenž dokazuje, že tyto požadavky byly splněny. Jestliže český zákonodárce vystavěl pravidla pro prokazování beztrestnosti tak, že beztrestnost musí být statutárními orgány s bydlištěm mimo území ČR, jde-li o statutární orgány tuzemských právnických osob, prokázána jak ve vztahu k území ČR, tak k zemi jejich bydliště, pak tomu tak rozumně mohlo být proto, že doklad vztahující se výlučně k zemi bydliště není pro českého zákonodárce dokladem, jenž dokazuje, že požadavky beztrestnosti byly splněny, jak umožňuje čl. 45 odst. 3 uvedené směrnice. Je vedlejší, zda k tomu v takovém případě vedly zákonodárce důvody spojené s neprovázaností jednotlivých vnitrostátních evidencí ve spojení s potřebou beztrestnosti i ve vztahu k území, na němž je veřejná zakázka zadávána, nebo důvody jiné. Podstatné dle soudu bylo, že čl. 45 uvedené směrnice nevylučoval takovou vnitrostátní úpravu, podle níž měla být beztrestnost statutárních orgánů prokazována jak ve vztahu k zemi jejich bydliště, tak ve vztahu k ČR. Na základě čl. 45 směrnice nebyl důvod dovozovat jiný výklad zákona, než na jakém založil svůj závěr žalovaný.

[14] Základní kvalifikační předpoklady i způsob jejich prokázání byl v zákoně o veřejných zakázkách stanoven napevno a později vybraný uchazeč byl vzhledem k bydlišti jeho jednatelů povinen předložit k prokázání splnění základních kvalifikačních

předpokladů dle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách kromě rakouského výpisu rejstříku trestů statutárních orgánů, rovněž výpis z rejstříku trestů statutárních orgánů ve vztahu k ČR. Pokud se tak nestalo a pokud stěžovatel nevyužil možnosti dle § 59 odst. 4 cit. zákona, byl povinen později vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení vyloučit. Neučinil-li tak, pak § 60 odst. 1 cit. zákona porušil, čímž naplnil první znak správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) cit. zákona. Jelikož se jednalo o později vybraného uchazeče, mělo toto porušení vliv na výběr nejvhodnější nabídky (splnění druhého znaku správního deliktu). Byla-li s vybraným uchazečem uzavřena smlouva (to ani stěžovatel nezpochybňoval), byl splněn třetí znak správního deliktu. Krajský soud se tedy ve všech nosných důvodech ztotožnil s žalovaným.

[15] Žalovaný aplikoval správný právní předpis, správnou právní normu, nedopustil se ani žádného závažného interpretačního pochybení, které by mohlo mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Krajský soud neshledal ani žádnou vadu, k níž by musel přihlédnout z úřední povinnosti nad rámec uplatněných žalobních bodů.

II. Obsah kasační stížnosti, vyjádření ke kasační stížnosti a replika stěžovatele

[16] Stěžovatel brojí proti rozsudku krajského soudu kasační stížností dle § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s.

[17] Předložené dokumenty považoval za dostatečné, neboť dle § 53 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách prokazuje dodavatel splnění základních kvalifikačních předpokladů předložením *„výpisu z Rejstříku trestů“*. Zákon sice stanovuje povinnost jak k území ČR, tak k místu bydliště, nicméně požadavek na předložení výpisu je v jednotném čísle. S ohledem na bydliště jednatele a jeho státní občanství považoval základní kvalifikační předpoklady za prokázané. Zákon neumožňoval vyloučit dodavatele, který v daném případě základní kvalifikační předpoklady splňoval, avšak prokázal je kombinací jednoho výpisu z rejstříku trestů a čestného prohlášení, nikoliv dvěma výpisy z rejstříku trestů.

[18] Krajský soud dospěl k nesprávnému právnímu závěru, že nepředložení druhého výpisu z rejstříku trestů z ČR znamená „nesplnění“ kvalifikace. Dle soudu nepředložení dokumentu znamená nesplnění kvalifikace a v rozhodnutí považoval za synonymum „splnění kvalifikace“ a „předložení dokladů k prokázání kvalifikace“. Tento názor je chybný. Jedná se o extenzivní výklad právní normy, který neodpovídá jazykovému výkladu. Pokud by zákonodárce chtěl umožnit zadavateli veřejné zakázky vyloučit dodavatele v případě nepředložení dokumentu, musel by toto uvést do právní normy. Výklad zákona o veřejných zakázkách považuje za nesprávný a v přímém rozporu s textem zákona a evropských zadávacích směrnic.

[19] V evropské zadávací směrnici, kterou do českého právního prostředí přinesl zákon o veřejných zakázkách, je v čl. 45 uvedeno, že ze zadávacího řízení musí být vyloučen dodavatel, o němž si je zadavatel vědom, že byl účasten na některých trestných činech. Nesouhlasí s tím, že by měla ČR právo konkrétní ustanovení do právního řádu provést vlastním, třeba i přísnějším způsobem. Krajský soud tudíž nesprávně dovodil, že zadavatel má povinnost vyloučit dodavatele, o kterém zadavatel nemá žádné informace o odsouzení pro trestný čin uvedený ve směrnici či zákoně, ale že nepředložil druhý dokument, který

zákon nepožaduje. Obdobným způsobem k prokázání základní kvalifikace přistupuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014“), která v čl. 57 upravuje, že zadavatel vyloučí dodavatele, o kterém si je vědom, že byl odsouzen. Zákon o veřejných zakázkách výše uvedené principy zahrnuje, zadavatel vyloučí dodavatele, který nesplňuje kvalifikaci.

[20] S ohledem na shora uvedené je nesprávným závěr krajského soudu, že zákon o veřejných zakázkách upravuje povinnost vyloučit dodavatele, který neprokázal splnění kvalifikace stejným způsobem jako v případě nesplnění kvalifikace. V tomto případě, kdy dodavatel nepředloží „druhý“ výpis z rejstříku trestů (přestože předložil čestné prohlášení), by se mělo jednat o stejnou situaci, jako by dodavatel či jeho jednatel byl odsouzen pro některý z trestných činů výslovně uvedených v zákoně o veřejných zakázkách, případně ve směrnici. Takový výklad ve vztahu ke směrnici je nesprávný a jdoucí za úpravu směrnice. Tvrzení soudu, že ČR je oprávněna zpřísnit ustanovení směrnice tím, že umožní vyloučit dodavatele z důvodu nepředložení dokumentu, je v rozporu s citovanými směrnicemi. Ustanovení směrnic je možné považovat za natolik konkrétní, že by jejich plnění mělo být aplikovatelné i v ČR. Z jejich textu není možné dovodit, že by pro nadlimitní zakázku, jejíž zadávání se musí řídit jednotnými pravidly v ČR, umožňovalo vyloučit dodavatele z důvodu nepředložení dokumentu a bez jakéhokoliv podezření, že by se statutární orgán dodavatele dostal do konfliktu se zákonem.

[21] Nová právní úprava zadávání veřejných zakázek účinná od 1. 10. 2016 [zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“)], stanoví v souladu s novou směrnicí jako dostačující, pokud dodavatel v rámci své nabídky předloží čestné prohlášení. K prokázání kvalifikace tak nejsou zapotřebí žádné dokumenty (např. výpis z rejstříků trestů, apod.). Současná právní úprava odpovídá nové směrnici, která se příliš neliší od původní směrnice.

[22] Ve správním řízení stěžovatel argumentoval také tím, že v dubnu 2012 (cca rok před podáním nabídky v zadávacím řízení) došlo ke spuštění ECRIS, který byl vytvořen za účelem zlepšení výměny informací z rejstříku trestů na evropské úrovni. Z praktického hlediska to znamená elektronické propojení databází rejstříku trestů všech členských států. Systém umožňuje soudcům, státním zástupcům a příslušným správním orgánům snadný přístup k uceleným informacím o trestněprávní minulosti kteréhokoliv občana EU bez ohledu na to, ve kterých členských státech byla tato osoba odsouzena. Dále uvádí obecné zásady tohoto systému, které byly uvedeny v bodu 58 prvostupňového rozhodnutí. K zásadě, že členský stát, jehož daná osoba je státním příslušníkem, se stává ústředním archivem všech odsouzení této osoby, uvedl: *„Soud ve svém rozhodnutí podle názoru stěžovatele dospěl k nesprávným právním závěrům, když na rejstřík trestů svých státních příslušníků bez ohledu na to, kde byla odsouzení vynesena.“*

[23] Pokud rakouský státní příslušník v roce 2013 předložil rakouský výpis z rejstříku trestů, tak tento výpis obsahoval informace o odsouzení dané osoby ve všech evropských státech, které jsou zapojeny do systému ECRIS (i ČR). Přestože stěžovatel čerpal informace z veřejně dostupných zdrojů, je bez ohledu na uvedené přesvědčen, že předložením rakouského výpisu z rejstříku trestů došlo k prokázání splnění základních kvalifikačních

předpokladů ve vztahu k území Rakouska a ČR. V tomto období došlo v ČR ke změně textace výpisu z rejstříku trestů, když text „*nemá záznam v rejstříku trestů*“ byl nahrazen zněním „*v rejstříku trestů nejsou informace o odsouzení dané osoby*“.

[24] Ve vztahu ke konkrétní části zákona o veřejných zakázkách se jedná o soukromoprávní ustanovení, nikoliv o veřejnoprávní. Soudy se k charakteru zákona o veřejných zakázkách opakovaně vyjadřovaly a konstatovaly, že se jedná o soukromoprávní normu s určitými veřejnoprávními prvky. V posuzovaném případě se jedná o soukromoprávní ustanovení, které stěžovateli umožňuje postupovat způsobem, který právní norma výslovně nezakazuje. Stěžovatel postupoval dle nejlepšího vědomí a svědomí, jeho postup nebyl ze strany možných dodavatelů nikterak zpochybněn. V průběhu správního a soudního řízení nebyl předložen ani náznak tvrzení, že by jednatel vybraného uchazeče měl být snad trestně postižen.

[25] Pokud právní norma připouští více různých výkladů, musí být aplikován ten výklad, který je pro uživatele právní normy nejméně zatěžující. Stěžovatel postupoval v souladu s právním rámcem. Požadoval od dodavatelů splnění základních kvalifikačních předpokladů. Dodavatel předložil výpis z rejstříku trestů z místa bydliště, který obsahuje informace o všech trestech zemí zapojených do systému ECRIS; pro ČR předložil dodavatel čestné prohlášení, neboť zákon výslovně neuvádí, že by dodavatel měl předložit výpis z rejstříku trestů pro každou zainteresovanou zemi. Neshledal tedy důvod pro vyloučení dodavatele, neboť z ničeho neplynulo, že by nesplňoval základní kvalifikační předpoklady pro ČR a Rakousko.

[26] Trend v zemích EU jde jednoznačně směrem od formalismu k věcnosti. Pokud by tento případ měl být posuzován dle nového zákona, pak by k prokázání celé kvalifikace stačilo čestné prohlášení a nemusely by být předloženy žádné další dokumenty. Nemohlo by se v daném případě jednat o spáchání správního deliktu, neboť ten v platné právní úpravě není vůbec upraven. Stěžovatel odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 10. 2004, č. j. 6 A 126/2002 – 27, který se vztahoval k ústavní záruce dle čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod. Z tohoto rozsudku zdůrazňuje, že rozhodnutí, které za účinnosti nového práva ukládá trest podle práva starého, se musí ve svých důvodech vypořádat s otázkou, zda nové právo vůbec převzalo staré skutkové podstaty, a pokud ano, zda tresty jsou dle nového práva mírnější nebo přísnější než dle práva starého. Rozhodnutí, které se s touto otázkou vůbec nevypořádá, zcela ji pomine, je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

[27] Navrhuje, aby Nejvyšší správní soud zrušil rozsudek krajského soudu a věc mu vrátil k dalšímu řízení, případně aby zrušil rozhodnutí žalovaného.

[28] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti zejména uvádí, že stěžovatel předložil námitky, které byly již vypořádány v rozkladu a v napadeném rozsudku. Neudržitelná je stížní argumentace předložením jednoho výpisu z rejstříku trestů z důvodu použití jednotného čísla v zákoně. Z logiky věci plyne, že dodavatel (sám jako právnická osoba a jeho statutární orgány) musí předkládat více výpisů a prokazování beztrestnosti jedním výpisem není nemožné.

[29] Ze stížní argumentace je evidentní, že vybraný uchazeč neprokázal splnění kvalifikace v souladu se zákonem, protože k části základní kvalifikace předložil pouze čestné prohlášení, přičemž zákon takový postup pro nadlimitní zakázku neumožňuje. Z kasační stížnosti plyne, že zadavatel by neměl být oprávněn zohledňovat předložené doklady a k vyloučení uchazeče by mohl přistoupit až na základě „vlastní detektivní práce“, jejímž výsledkem by bylo zjištění, že uchazeč kvalifikaci nesplňuje. Takový výklad je neudržitelný, protože by popíral odpovědnost uchazečů za správnost a úplnost svých nabídek, stejně jako samotnou fázi jejich posuzování a neúměrně by zadavatele zatěžoval.

[30] Stěžovatel zdůrazňuje toliko jazykový výklad § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, ale opomíjí, že ten představuje první zdroj pro seznámení se s právní normou a je nutné přihlédnout k dalším výkladovým metodám (viz rozhodnutí žalovaného). Z rozsudku plyne, že ke „splnění kvalifikace“ dochází v případě „prokázání splnění kvalifikace“, ne jen samotným předložením dokladů. Uchazeči mohou předložit celou řadu dokladů, avšak pro konstatování, že kvalifikaci splňují, musí předložené doklady splnění kvalifikace skutečně prokazovat. Domněnka, že by zákon musel výslovně umožnit vyloučení uchazeče, který nepředložil příslušné doklady, je mylná. Podstatnou skutečností je materiální prokázání splnění kvalifikace, ne jen pouhé formální předložení dokladů.

[31] V mezinárodních směrnicích je důkazní břemeno splnění kvalifikace přisuzováno uchazečům. Tím není vyloučeno, aby zadavatel takováto důkazní zjištění rozporoval, např. na základě podezření rozporu prokazovaných skutečností s realitou, to je ale již sekundární postup, jelikož primární je povinnost uchazečů prokázat, že důvody pro vyloučení neexistují.

[32] Odkazuje na čl. 57 a čl. 60 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014, z nichž plyne, že poznání zadavatele o splnění kvalifikace určitým subjektem musí vycházet z dokumentů, které předloží dodavatel a nikoliv z vlastního vyšetřování za situace, kdy by neexistence důvodů pro vyloučení třeba vůbec nebyla v předložených dokumentech nijak zachycena. Krajský soud se zabýval výkladem původní evropské zadávací směrnice, která se s úpravou citované směrnice v této otázce neodlišuje. Zákon o zadávání veřejných zakázek nastíněný princip zachovává (§ 122 odst. 5). Závěry, že zadavateli nepřísluší vyšetřovací povinnost k posouzení reálného splnění kvalifikace, tak podporuje i nesprávná argumentace, dle níž by byl dle zákona o zadávání veřejných zakázek vybraný uchazeč povinen k předložení pouze čestného prohlášení (srov. § 75 odst. 1, § 86 odst. 3 a 5, § 122 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek). Ze směrnic plyne, že je zadavateli dána možnost požadovat předložení dokumentů, které splnění kvalifikace prokazují. Pokud pak národní úprava toto zmocnění do zákona promítla, nelze se dovolávat rozporu zákona a směrnic.

[33] Účelovým je tvrzení o ECRIS, když najednou již není třeba trvat na jazykovém výkladu zákona § 53 zákona o veřejných zakázkách. Pokud by stěžovatel trval na pouhém jazykovém výkladu, musel by dospět k závěru, že jedině výpis z něčeho, co nese označení Rejstřík trestů, může u uchazeče prokázat splnění základního kvalifikačního předpokladu, ale ostatně i z logiky prokazování určitých skutečností je třeba trvat na požadavku předložení více výpisů z Rejstříku trestů u zahraničních státních příslušníků, což žalovaný vysvětlil ve správním řízení. Existence ECRIS i se zohledněním toho, co má být výpisem

z rejstříku trestů prokázáno, nijak nevylučuje aplikaci zákona v jeho výslovném znění (způsobem, který krajský soud aproboval). Krajský soud uvedl, že ze skutečnosti, že vybraný uchazeč předkládal ve vztahu k ČR čestné prohlášení, vyplývá, že se snažil o prokázání beztrestnosti statutárního orgánu i pro ČR.

[34] Zákon, ač norma hybridní a pro vztah zadavatelů a dodavatelů se soukromoprávním charakterem, je koncipován tak, že jsou zadavatelé povinni postupovat zákonným způsobem. Nedodržení zákonem stanoveného postupu je důvodem pro závěr o spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Pokud vybraný uchazeč neprokázal splnění kvalifikace a zadavatel jej nevyloučil, nebyl zákonný postup dodržen. Zda některý z dodavatelů podal proti postupu zadavatele námitky je za situace, kdy byl spáchán správní delikt, nerozhodné. Prokázat, že by byl členem statutárního orgánu později vybraného uchazeče spáchán trestný čin, není povinností žalovaného. Ten v souladu s předmětem řízení přezkoumával postup zadavatele z hlediska dodržení zákonných povinností. Otázka, zda jednatelé byli skutečně odsouzeni za spáchání trestného činu, nepředstavuje skutečnost, na jejímž prokázání by bylo závislé naplnění posuzované skutkové podstaty.

[35] Právní norma více výkladů neumožňuje a není možné dovodit, že v projednávané věci vybraný uchazeč prokázal splnění kvalifikace. Takový závěr z žádného podkladu rozhodnutí neplyne. Uzavření smlouvy s dodavatelem, který neprokázal splnění základních kvalifikačních předpokladů, je i proti smyslu právní úpravy veřejných zakázek. Žalovaný odkazuje na § 75 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek, který stanovuje výjimečnou možnost prolomení uvedeného principu, s tím, že v daném případě nelze z žádného pohledu uvažovat o naplnění jeho hypotézy, přičemž zákon účinný pro projednávanou věc tuto výjimku neobsahoval. Zůstává nezpochybněno, že v době uzavírání smlouvy na veřejnou zakázku neměl stěžovatel prokázáno, že vybraný uchazeč splňuje základní kvalifikační předpoklady. Tvrzený odklon od formalismu na tom nic nemění, jelikož něco jiného je teoreticky možné prominutí marginálních formálních odchylek oproti kompletní absenci nezbytného dokladu. Tvrzení, že by dle zákona o zadávání veřejných zakázek postačovalo předložení čestného prohlášení, je v rozporu s § 122 cit. zákona (v daném případě se jednalo o nadlimitní veřejnou zakázku). Krajský soud postupoval správně, věc posoudil dle § 75 odst. 1 s. ř. s., nová právní úprava není pro stěžovatele příznivější.

[36] Žalovaný navrhuje, aby kasační stížnost byla zamítnuta jako nedůvodná.

[37] Stěžovatel v replice k vyjádření žalovaného zejména zdůrazňuje, že nikdy netvrdil, že by dodavatel musel předložit pouze jeden výpis z rejstříku trestů. Nicméně jednotné číslo rejstříku trestů znamená jeden dokument pro jednu osobu. Nesouhlasí ani s tvrzením žalovaného, že nepředložení dokumentu výslovně neupraveného v zákoně znamená nesplnění kvalifikace. Zákon o veřejných zakázkách umožnil vyloučit dodavatele pouze v případě nesplnění kvalifikace. Žalovaný nerozlišuje mezi prokázáním a splněním kvalifikace, což vyplývá i ve vztahu k vyjádření o zadávacích směrnicích. Směrnice umožňují zadavateli vyžádat si od dodavatele předložení dodatečných dokumentů, aby posoudil, zda u dodavatele nenastala situace upravená ve směrnici (odsouzení za trestný čin). Vyloučit může uchazeče, který taková kritéria nesplňuje.

[38] Rozhodnutí se opírá o ničím nepodložený názor, že z rakouského rejstříku trestů plyne, že příslušný jednatel byl na území ČR odsouzen za trestný čin dle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách a že vybraný uchazeč nesplňuje kvalifikaci. To je ale nesmyslný závěr. Správní orgán měl rozhodnout nejvýše tak, že si zadavatel měl vyžádat dodatečné informace od vybraného uchazeče; případně posoudit, jak takové nevyžádání mohlo ovlivnit výběr dodavatele.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[39] Nejvyšší správní soud posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že kasační stížnost byla podána včas, jde o rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost přípustná, a stěžovatel je zastoupen advokátem (§ 105 odst. 2 s. ř. s.). Poté přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů, ověřil, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a odst. 4 s. ř. s.), a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

[40] Soud se nejprve zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti. Vlastní přezkum rozhodnutí krajského soudu je totiž možný pouze za předpokladu, že splňuje kritéria přezkoumatelnosti, tedy, že se jedná o rozhodnutí srozumitelné, které je opřeno o dostatek relevantních důvodů, z nichž je zřejmé, proč krajský soud rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí. Nepřezkoumatelnost rozhodnutí je natolik závažnou vadou, že k ní soud přihlíží i bez námitky, z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.).

[41] Stěžovatel nepřezkoumatelnost spatřuje v tom, že se krajský soud nevypořádal s novou právní úpravou. Pokud by jeho případ měl být posuzován dle nového zákona, stačilo by předložit pouze čestné prohlášení a nemohlo by se jednat o spáchání správního deliktu, neboť ten v platné právní úpravě není upraven. V této souvislosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 A 126/2002.

[42] Rozsudek krajského soudu splňuje veškerá kritéria přezkoumatelnosti. Jedná se o srozumitelné rozhodnutí, které je vyčerpávajícím způsobem odůvodněno. Z jeho odůvodnění je zcela zřejmé, proč krajský soud rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí.

[43] Soud nepovažuje odkaz na rozsudek sp. zn. 6 A 126/2002 za případný, neboť se týkal situace, kdy v průběhu správního řízení došlo ke změně zákona. Soud naopak považuje za vhodnější v této souvislosti odkázat na usnesení rozšířeného senátu ze dne 16. 11. 2016, č. j. 5 As 104/2013 – 46, č. 3528/2017 Sb. NSS: „[R]*ozhoduje-li krajský soud ve správním soudnictví o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu, kterým bylo rozhodnuto o vině a trestu za správní delikt v situaci, že zákon, kterého bylo použito, byl po právní moci správního rozhodnutí změněn nebo zrušen, je povinen přihlédnout k zásadě vyjádřené ve větě druhé čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, podle níž se trestnost činu posoudí a trest ukládá podle právní úpravy, která nabyla účinnosti až poté, kdy byl trestný čin spáchán, je-li to pro pachatele příznivější.*“

[44] Z uvedeného usnesení dále plyne, že kasační soud v řízení o kasační stížnosti ve věci správního trestání bez ohledu na uplatněné kasační námitky *ex offo* přezkoumá, zda bylo správně aplikováno právo v předcházejících řízeních, je tedy povinen zabývat se i právním stavem a jeho případnými změnami nastalými až do okamžiku rozhodování krajského soudu a zkoumat v rámci kasačního přezkumu, zda krajský soud dostál své vlastní povinnosti zkoumat shora uvedenou otázku před svým rozhodnutím. Je nepochybné, že v době rozhodování krajského soudu byl již dřívější zákon o veřejných zakázkách zrušen a dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti nový zákon o zadávání veřejných zakázek. Krajský soud se měl ve smyslu usnesení rozšířeného senátu sp. zn. 5 As 104/2013 zabývat zásadou uvedenou ve větě druhé čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod z úřední povinnosti pouze za předpokladu, že by v posuzované otázce doznala nová právní úprava namítané změny.

[45] Tak tomu však v projednávané věci není. Stěžovatel uvádí, že dle nové právní úpravy by bylo dostačující, pokud by v rámci své nabídky předložil pouhé čestné prohlášení, přičemž by tak k podání nabídky nebylo zapotřebí žádného dokumentu. V závěru kasační stížnosti naopak uvádí, že by k prokázání celé kvalifikace dostačovalo pouze jedno čestné prohlášení a nemusely by být předloženy žádné další dokumenty, nemohlo by se tak v daném případě jednat o spáchání správního deliktu, neboť ten v platné právní úpravě není vůbec upraven.

[46] Původní skutková podstata posuzovaného správního deliktu byla upravena v § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, dle něhož *„zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.“* V § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách byla upravena výše pokuty, kterou bylo možné za uvedený správní delikt uložit, a to *„do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).“*

[47] Dle zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění účinném v době rozhodování krajského soudu, je dřívější skutková podstata správního deliktu zahrnuta v § 268 odst. 1 písm. a): *„Zadavatel se dopustí správního deliktu* (po 1. 7. 2017 je užito termínu *„přestupek“*, a to s ohledem na zákon č. 183/2017 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích, pozn. NSS) *tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.“* V § 268 odst. 2 písm. a) uvedeného zákona lze za tento správní delikt (přestupek po 1. 7. 2017) uložit pokutu do *„10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle odstavce 1 písm. a) až c).“*

[48] Z uvedeného srovnání je zřejmé, že skutková podstata původního správního deliktu je součástí nového zákona o zadávání veřejných zakázek, byť v určitém mírně pozměněném znění, přičemž výše sankce zůstává neměnná oproti původní úpravě, tudíž v tomto ohledu se nejedná pro stěžovatele o příznivější právní úpravu.

[49] Ani tvrzení týkající se čestného prohlášení dle nové právní úpravy není důvodné. Ustanovení § 86 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek by na projednávaný případ ani nedopadalo, protože v zadávací dokumentaci měl stěžovatel v souladu s § 27 zákona o veřejných zakázkách stanoveno, že základní kvalifikační předpoklady dle § 53 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách prokáže uchazeč v nabídce způsobem dle § 53 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách jako pro nadlimitní veřejnou zakázku. Nepřípadná je též úvaha, že by nemusely být v zadávacím řízení předkládány žádné další dokumenty kromě čestného prohlášení (srov. např. § 45, § 73, § 74, § 122 zákona o zadávání veřejných zakázek).

[50] Aby byla pozdější právní úprava skutečně pro pachatele správního deliktu příznivější, musel by nový zákon výslovně stanovit, že není možné vyloučit účastníka zadávacího řízení, jehož statutární orgány nepředložily výpis z Rejstříku trestů prokazující trestní bezúhonnost ve vztahu k ČR. To však nový zákon nestanovuje. V § 75 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek je sice uvedena možnost, že zadavatel nemusí uplatnit důvod pro vyloučení účastníka zadávacího řízení, i když nesplnil podmínky základní způsobilosti, pokud by vyloučení účastníka znemožnilo zadání veřejné zakázky v tomto zadávacím řízení, a naléhavý veřejný zájem, zejména veřejné zdraví nebo ochrana životního prostředí, vyžaduje plnění veřejné zakázky. Jak žalovaný správně poznamenal, takový důvod by se v daném případě neuplatnil, a to s ohledem na posuzovaný případ. V posuzované věci se jednalo o později vybraného uchazeče, kterého by musel stěžovatel vyloučit i dle nové právní úpravy (viz § 48 odst. 8 zákona o zadávání veřejných zakázek).

[51] Stěžovatel v průběhu řízení před krajským soudem nevznesl žádné námitky stran případné příznivější změny nového zákona, ačkoliv rozsudek krajského soudu byl vydán až dne 1. 2. 2017, tudíž měl dostatečnou možnost existenci nové právní úpravy namítat. S takovou námitkou by pak byl krajský soud povinen se vypořádat bez ohledu na to, zda ke změně právní úpravy skutečně došlo. S ohledem na to, že nová právní úprava pro pachatele příznivější není, nebyl soud povinen se k nové právní úpravě nad rámec žalobních bodů výslovně vyjadřovat. Jeho rozhodnutí není nepřezkoumatelné.

[52] Pouze za předpokladu, že by krajský soud nezohlednil novou právní úpravu, která by byla pro stěžovatele skutečně příznivější, by bylo nutné rozsudek z důvodu uvedeného v § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. zrušit (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 6. 2017, č. j. 4 Afs 55/2017 – 104).

[53] V případě námitky týkající se systému ECRIS soud uvádí, že v ní stěžovatel shrnul podstatu žalobní argumentace a zrekapituloval obecné zásady systému ECRIS dle prvostupňového rozhodnutí. K formulaci žalobních bodů se podrobně vyjádřil rozšířený senát v rozsudku ze dne 20. 12. 2005, č. j. 2 Azs 92/2005 – 58, č. 835/2006 Sb. NSS, v němž mj. uvedl: „[Ž]*alobce je též povinen vylíčit, jakých konkrétních nezákonných kroků, postupů, úkonů, úvah, hodnocení či závěrů se měl správní orgán vůči němu dopustit v procesu vydání napadeného rozhodnutí či přímo rozhodnutím samotným, a rovněž je povinen ozřejmit svůj právní náhled na to, proč se má jednat o nezákonnosti.*“ Tyto závěry rozšířeného senátu lze plně vztáhnout i na formulaci důvodů kasační stížnosti s tím, že důvody musí směřovat proti rozhodnutí krajského soudu, neboť podstatou řízení o kasační stížnosti je

přezkum soudního rozhodnutí (§ 102 s. ř. s.). V rámci kasační stížnosti ve vztahu k systému ECRIS měl stěžovatel toliko jednu větu napadající nesprávný právní závěr krajského soudu, resp. snahu polemizovat s takovým závěrem, ale jednalo se o větu zjevně neúplnou (viz bod 22 tohoto rozsudku), proto se soud nemohl se k této námitce blíže vyjádřit.

[54] Tvrzení, že v daném případě jde o soukromoprávní ustanovení, které stěžovateli umožňuje postupovat způsobem, který právní norma výslovně nezakazuje, je nepřípustné ve smyslu § 104 odst. 4 s. ř. s., protože jej stěžovatel neuplatnil již v řízení před krajským soudem. Obdobně není přípustná argumentace čl. 57 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014.

[55] Nejvyšší správní soud se plně ztotožňuje s hodnocením krajského soudu, že nesplněním kvalifikace se rozumí neprokázání splnění kvalifikace jednotlivými doklady v rámci všech kvalifikačních předpokladů vyžadovaných zákonem nebo zadavatelem. Takový výklad není extenzivní. Krajský soud tuto problematiku velmi podrobně rozvedl na str. 4 až 6 napadeného rozsudku, přičemž na toto odůvodnění soud plně odkazuje. Obdobně žalovaný ve svém rozhodnutí velmi podrobně rozebral § 60 zákona o veřejných zakázkách, přičemž poukázal na různé výkladové metody. Stěžovatel vychází toliko z jazykového výkladu, který sám o sobě nemůže k výkladu posuzované právní normy stačit. Soud považuje argumentaci pouhým jazykovým výkladem zákona o veřejných zakázkách za zjevně účelovou.

[56] Z důvodové zprávy k zákonu o veřejných zakázkách (viz sněmovní tisk č. 1076/0, volební období, 2002 - 2006) k ustanovení o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení lze dovodit úmysl zákonodárce o nezbytnosti vyloučit ze zadávacího řízení dodavatele, který svou kvalifikaci neprokázal: „[U]*stanovení tohoto paragrafu reaguje na situace, kdy dodavatel neprokázal splnění své kvalifikace nebo informace o jeho kvalifikaci byly nepravdivé či neúplné, popřípadě pokud dodavatel v rámci posuzování kvalifikace ztratil tuto kvalifikaci a neprokázal ji v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem. V takovém případě je veřejný zadavatel povinen jej vyloučit z účasti v zadávacím řízení a bezodkladně mu tuto informaci oznámit.*“, přičemž základní kvalifikační předpoklady prokazuje dodavatel doklady dle § 53 zákona o veřejných zakázkách, jak uvedl správně krajský soud.

[57] Soud odkazuje též na závěry uvedené v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 1. 7. 2010, č. j. 62 Af 28/2010 - 267, který se vyjádřil ke smyslu § 60 zákona o veřejných zakázkách tak, že „[ú]*čelem stanovení povinnosti předložit informace a doklady o kvalifikaci ve lhůtě stanovené zadavatelem a tomu odpovídající povinnosti zadavatele nepřihlížet k pozdějšímu průkazu kvalifikace je zajištění transparentnosti zadávacího řízení prostřednictvím garance rovných podmínek účasti v tomto řízení pro všechny dodavatele. Nepředloží-li přitom dodavatel (uchazeč) vyžadované informace o své kvalifikaci a požadované doklady ve lhůtě stanovené zadavatelem pro podání nabídek, popř. poskytne-li tyto údaje či doklady neúplné, nutno dovodit, že nesplňuje kvalifikaci podle § 60 ZVZ, a zadavatel je povinen takového dodavatele (uchazeče) z účasti v zadávacím řízení vyloučit a o této skutečnosti jej bezodkladně informovat. Smyslem úplného prokazování kvalifikace (byť té, která se projeví až v průběhu realizace veřejné zakázky po případném úspěchu příslušného uchazeče v zadávacím řízení) již k okamžiku podání nabídek je totiž zajistit, aby se klíčových fází zadávacího řízení zúčastnili*

pouze ti dodavatelé (uchazeči), kteří byli schopni k okamžiku podání nabídky doložit svou kvalifikaci, a tím zadavateli prokázat, že pro případ, že by jejich nabídka byla vybrána, budou skutečně schopni příslušný předmět zakázky plnit. Tato otázka musí být přitom najisto postavena už v období, kdy zadavatel přebírá nabídky k jejich posouzení (§ 59 ZVZ), aby je pak následně mohl hodnotit (§ 76 a § 79 ZVZ). Nabídka nesplňující kvalifikaci totiž nemůže být hodnocena, neboť důsledkem takového nesplnění je vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení (§ 60 ZVZ) bez možnosti, že by jeho nabídka hodnocena být mohla, a tedy bez možnosti, že by se tu dodavateli (uchazeči) otevíral do budoucna jakýkoli prostor k pozdějšímu prokázání splnění kvalifikace, byť by ji jinak splňoval už v okamžiku podání nabídky." Také z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 4. 2017, č. j. 5 As 269/2016 – 27, který byť se týkal zjednodušeného podlimitního řízení a otázky splnění technického kvalifikačního předpokladu, lze dovodit, že pokud vybraný uchazeč neprokázal splnění kvalifikačních předpokladů (předložení certifikátu opravňujícího k poskytování služeb) ve lhůtě pro podání nabídek dle § 52 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, měl být z další účasti v zadávacím řízení vyloučen dle § 60 odst. 1 cit. zákona. Tento závěr je aplikovatelný i na nyní projednávanou věc, protože jak již krajský soud uvedl, mezi procedurou posuzování kvalifikace v případě jednotlivých kvalifikačních předpokladů není žádný rozdíl (viz bod 4 tohoto rozsudku).

[58] Dle stěžovatele jednatelé doložili splnění základních kvalifikačních předpokladů kombinací rakouských výpisů z rejstříku trestů a čestným prohlášením ve vztahu k ČR. Předložené čestné prohlášení odkazovalo na § 62 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, tudíž správně krajský soud na str. 7 rozsudku poznamenal, že se stěžovatel sice snažil o prokázání beztrestnosti ve vztahu k ČR, ale učinil tak způsobem, který je pro otevřené řízení při zadávání nadlimitní veřejné zakázky nepřípustný.

[59] Soud neshledává důvodným ani tvrzení, že by předložení výpisu z Rejstříku trestů ČR neupravoval zákon. Krajský soud správně uvedl, že ačkoliv § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách není přehledný, lze z něj dovodit, že statutární orgány uchazeče měly povinnost předložit výpis z Rejstříku trestů ČR. Z uvedeného ustanovení je zřejmé, že beztrestnost musí být prokazována jak ve vztahu k ČR, tak ve vztahu k zemi bydliště statutárních orgánů - jednatelů. Argumentace, dle níž zákon hovoří o výpisu z rejstříku trestů v jednotném čísle, je zcela nelogická, a to ve vazbě na znění § 53 odst. 1 písm. a), b) cit. zákona.

[60] Soud se neztotožňuje s námitkou, že výklad krajského soudu byl v rozporu s evropskou zadávací směrnicí.

[61] Krajský soud na str. 8 až 9 napadeného rozsudku reagoval na žalobní námitku, že evropská zadávací směrnice předpokládá, že uchazeč ze země odlišné od státu veřejného zadavatele předkládá pouze doklady ze své země, přičemž je zadavatel oprávněn požádat o spolupráci příslušné orgány. Za podstatné považoval krajský soud to, že čl. 45 evropské zadávací směrnice nevylučuje vnitrostátní úpravu, podle níž má být beztrestnost statutárních orgánů prokazována jak ve vztahu k zemi bydliště, tak ve vztahu k ČR.

[62] Dle čl. 45 odst. 1 evropské zadávací směrnice je z účasti na veřejné zakázce vyloučen každý zájemce nebo uchazeč, který byl odsouzen pravomocným rozsudkem známým

veřejnému zadavateli pro trestné činy uvedené v písm. a) až d), přičemž členské státy upřesní, v souladu se svým vnitrostátním právem a s přihlédnutím k právu Společenství, podmínky pro uplatňování tohoto odstavce. Dle čl. 45 odst. 3 uvedené směrnice veřejní zadavatelé přijmou jako dostatečný důkaz pro to, že se hospodářského subjektu žádný z případů uvedených v odst. 1 písm. a), b), c) nebo f) netýká, pokud jde o odst. 1 a 2 písm. a), b) a c), předložení výpisu ze soudního spisu, nebo pokud to není možné, rovnocenného dokladu vydaného příslušným soudním nebo správním orgánem v zemi původu nebo v zemi, z níž tato osoba pochází, jenž dokazuje, že tyto požadavky byly splněny. Tento článek se primárně vztahuje na hospodářský subjekt, nicméně nevylučuje přijmout takovou právní úpravu, která by stanovovala statutárním orgánům povinnost prokazovat beztrestnost ve vztahu jak k území, kde má společnost sídlo, tak ve vztahu k bydlišti statutárních orgánů.

[63] V čl. 7 zadávací dokumentace stěžovatel uvedl, že základní kvalifikační předpoklady dle § 53 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách prokáže uchazeč způsobem dle § 53 odst. 3 cit. zákona pro nadlimitní veřejnou zakázku, což odpovídalo § 27 cit. zákona. Dle posledně zmíněného ustanovení v oznámení otevřeného řízení oznamuje zadavatel neomezenému počtu dodavatelů svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení; oznámení otevřeného řízení je výzvou k podání nabídek dodavatelů a k prokázání splnění kvalifikace. Z § 51 odst. 1 cit. zákona plyne, že veřejný zadavatel je povinen požadovat prokázání splnění kvalifikace. Pokud tedy později vybraný uchazeč nesplnil kvalifikaci v požadovaném rozsahu, resp. neprokázal její splnění předložením výpisu z Rejstříku trestů, měl být později vybraný uchazeč vyloučen za zadávacího řízení dle § 60 cit. zákona. Taková úprava není rozporná se zněním evropské zadávací směrnice.

[64] Nad rámec uvedeného soud odkazuje na rozsudek Soudního dvora EU ze dne 6. 11. 2014 ve věci C-42/13. Uvedený rozsudek se týkal otázky, zda má být čl. 45 evropské zadávací směrnice vykládán v tom smyslu, že brání vyloučení hospodářského subjektu ze zadávacího řízení z důvodu, že tento subjekt nesplnil povinnost stanovenou v dokumentaci k zakázce, a sice přiložit k nabídce pod hrozbou vyloučení prohlášení, že proti osobě označené v nabídce jako technický ředitel uvedeného subjektu není vedeno trestní stíhání nebo nebyla odsouzena v trestním řízení, jestliže po uplynutí lhůty stanovené k podání nabídek bylo takové prohlášení doručeno zadavateli, nebo pokud se prokáže, že funkce technického ředitele byla této osobě připisována omylem. Soudní dvůr dospěl k závěru, že uvedený čl. 45 ve spojení s čl. 2, jakož i zásadou rovného zacházení a povinnosti transparentnosti musí být vykládány tak, že nebrání vyloučení hospodářského subjektu ze zadávacího řízení z důvodu, že tento subjekt nesplnil povinnost stanovenou v dokumentaci přiložit k nabídce, pod hrozbou vyloučení, prohlášení o beztrestnosti technického ředitele, a to ani v případě, že k datu následujícím po uplynutí lhůty stanovené k podání nabídek bylo takové prohlášení doručeno veřejnému zadavateli nebo se prokáže, že funkce technického ředitele byla této osobě připisována neprávem. Ačkoliv se uvedený rozsudek týkal zcela odlišné věci, soud považoval vzhledem ke kasačním tvrzením stěžovatele za vhodné jej zmínit.

IV. Závěr a náklady řízení

[65] Z výše uvedených důvodů soud v souladu s § 110 odst. 1 s. ř. s. podanou kasační stížnost zamítl. O věci rozhodl bez jednání postupem podle § 109 odst. 2 s. ř. s., dle kterého o kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud zpravidla bez jednání.

[66] Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1, větu první, s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s., dle kterých nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Stěžovatel v soudním řízení úspěch neměl, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, který by jinak měl právo na náhradu nákladů řízení, nevznikly v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti.

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

V Brně dne 23. listopadu 2017

JUDr. Barbara Pořízková
předsedkyně senátu