

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy senátu JUDr. Tomáše Langáška (soudce zpravodaj) a soudců JUDr. Petra Průchy a JUDr. Ladislava Derky v právní věci žalobkyně: **Okresní hospodářská komora v Jablonci nad Nisou**, sídlem Jiráskova 9, Jablonec nad Nisou, zastoupená Mgr. Františkem Korbelem, Ph.D., advokátem, sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, týkající se žaloby proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 22. prosince 2015, č. j. ÚOHS-R152/2014/VZ-45631/2015/322/LKo, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 27. února 2018, č. j. 30 Af 22/2016 - 118,

takto:

I. Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 27. února 2018, č. j. 30 Af 22/2016 - 118, a rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 22. prosince 2015, č. j. ÚOHS-R152/2014/VZ-45631/2015/322/LKo, **se ruší** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobkyni náhradu nákladů řízení o žalobě a o kasační stížnosti ve výši **29 570 Kč** k rukám zástupce žalobkyně Mgr. Františka Korbela, Ph.D., advokáta, do jednoho měsíce od právní moci tohoto rozsudku.

III. Žalovaný **nemá** právo na náhradu nákladu řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Vymezení případu

[1] Žalobkyně vyhlásila v roce 2011 výběrové řízení na dodavatele vzdělávacích služeb. Dle sdělení žalobkyně uveřejněného na webových stránkách Evropského sociálního fondu se toto výběrové řízení řídilo metodickým pokynem pro zadávání zakázek v Operačním

programu Lidské zdroje a zaměstnanost (dále jen „OP LZZ“) a neaplikoval se na ně zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. K podání nabídky vyzvala žalobkyně celkem šest dodavatelů. Dne 23. září 2011 uzavřela žalobkyně se dvěma dodavateli smlouvu o dílo, jejímž předmětem byla realizace vzdělávacích programů v rámci projektu „Zvýšení adaptability zaměstnanců členských firem Okresní hospodářské komory v Jablonci nad Nisou a zaměstnanců partnera pracujících v odvětví cestujícího ruchu“, spolufinancovaného z OP LZZ.

[2] Dne 30. ledna 2014 zahájil žalovaný z moci úřední (na základě podnětu) řízení o přezkoumání úkonů žalobkyně coby zadavatele uvedené veřejné zakázky.

[3] Rozhodnutím ze dne 23. dubna 2014, č. j. ÚOHS-S77/2014/VZ-8913/2014-521/VSt, žalovaný shledal, že se žalobkyně dopustila správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že při uzavření smlouvy na realizaci vzdělávacích programů nepostupovala v souladu s tímto zákonem, neboť neprovedla příslušné zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za spáchání správního deliktu žalovaný žalobkyni uložil pokutu ve výši 20 000 Kč. Žalovaný konstatoval, že žalobkyně je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, neboť je složkou Hospodářské komory ČR (dále jen „HK ČR“), která alespoň částí svých aktivit uspokojuje potřeby veřejného zájmu, které nemají obchodní ani průmyslovou povahu, konkrétně v rámci své činnosti vystavuje potvrzení o skutečnostech důležitých v právních vztazích, které vznikají v mezinárodním obchodě (karnety A.T.A. a certifikáty o původu zboží). V letech, kdy žalobkyně provedla posuzované zadávací řízení, tvořily dotace (financování od státu či jiného veřejného zadavatele) více jako polovinu jejích příjmů, přičemž není relevantní, že žalobkyně nebyla jejich konečným uživatelem (příjemcem veřejné podpory ve smyslu čl. 107 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie). Žalobkyně tak byla povinna postupovat podle zákona o veřejných zakázkách, což neučinila, neboť neuveřejnila výzvu k podání nabídek na profilu zadavatele, pouze na webu poskytovatele dotace.

[4] Rozklad žalobkyně proti rozhodnutí žalovaného zamítl předseda žalovaného rozhodnutím označeným v záhlaví. Předseda žalovaného potvrdil, že vydávání celních dokladů (karnetů a certifikátů o původu zboží) představuje uspokojování potřeb veřejného zájmu. To, že tuto činnost žalobkyně vykonává jménem a na účet HK ČR, nepovažoval předseda žalovaného za relevantní – rozhodující je jen, že (mimo jiné) za tímto účelem byla žalobkyně zřízena a že celní doklady skutečně vystavuje. Výkon této činnosti svěřil žalobkyni (prostřednictvím HK ČR) stát, který jej rovněž kontroluje a reguluje, a jiné subjekty než hospodářské komory tyto celní doklady vydávat nemohou. Nejedná se tedy o činnost obchodní či průmyslové povahy. Dotace, které žalobkyně obdržela, použila na financování své činnosti (podpora podnikání a vzdělanosti) a jejich poskytovatel za ně neobdržel žádné protiplnění. Předseda žalovaného se tedy ztotožnil se závěrem žalovaného, že žalobkyně je veřejným zadavatelem.

[5] Žalobkyně podala proti rozhodnutí předsedy žalovaného žalobu, kterou Krajský soud v Brně (dále jen „krajský soud“) rozsudkem označeným v záhlaví zamítl. Souhlasil se žalovaným, že postavení žalobkyně se odvíjí od postavení HK ČR. Zdůraznil, že vydávání celních dokladů, k němuž ji HK ČR smluvně zmocnila, neomezuje žalobkyně na své členy,

ale na neurčitý okruh osob. Kontrolu nad touto činností vykonává stát a na jiné subjekty než na hospodářské komory její výkon přenést nelze, což v této oblasti vylučuje konkurenční prostředí. Jedná se tudíž o služby veřejného zájmu, které mají povahu veřejné správy a které nelze považovat za činnost obchodní či průmyslové povahy. Krajský soud též zdůraznil, že žalobkyně nebyla založena primárně za účelem vytváření zisku, nýbrž ochrany a podpory rozvoje podnikání a zajištění výkonu konkrétně vymezeného úseku veřejné správy. Při hodnocení způsobu financování žalobkyně vyšel krajský soud z rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 3. října 2009 ve věci C-380/98 *Queen v. H. M. Treasury na podnět University of Cambridge* (dále jako „rozsudek *University of Cambridge*“) a shodně s žalovaným konstatoval, že samotné přerozdělení dotace mezi členy žalobkyně nevylučuje posouzení této dotace jako prostředku financování činnosti žalobkyně státem či jiným veřejným zadavatelem. Krajský soud zdůraznil, že rozhodnutí předsedy žalovaného je v tomto směru přezkoumatelné, a ztotožnil se se závěrem, že dotace poskytnutá žalobkyni byla veřejnou podporou jejích aktivit bez specifického protiplnění, kterou lze chápat jako veřejné financování ve smyslu zákona o veřejných zakázkách. Námitku, že v tomto případě nebyl naplněn materiální znak správního deliktu, vyhodnotil krajský soud jako opožděnou, neboť ji žalobkyně vznesla až po uplynutí lhůty pro podání žaloby (v replice k vyjádření žalovaného).

II. Kasační stížnost a průběh řízení o ní

[6] Proti rozsudku krajského soudu podala žalobkyně (dále též „stěžovatelka“) včas kasační stížnost. Stěžovatelka namítala, že v jejím případě nebyla naplněna materiální stránka správního deliktu, neboť fakticky postupovala v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, konkrétně s těmi ustanoveními, která upravují zjednodušené podlimitní řízení. Jediná výtka ze strany žalovaného proti jejímu postupu se týkala zveřejnění výzvy k podání nabídek. Tuto námitku měl krajský soud vypořádat i přesto, že ji stěžovatelka uplatnila až po lhůtě pro podání žaloby. Otázku, zda bylo posuzované jednání trestné, jsou totiž správní soudy povinny posuzovat z moci úřední. Stěžovatelka dále v této souvislosti upozornila, že z § 38 odst. 2 a 3 zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném do 31. března 2012 nebylo možné jednoznačně dovodit, že jediný přípustný způsob uveřejnění výzvy k podání nabídek byl na profilu zadavatele. Uveřejnění na webových stránkách poskytovatele dotace považuje stěžovatelka za vhodnou alternativu, což potvrzuje i fakt, že zadávací dokumentaci si vyžádalo 24 dodavatelů.

[7] Stěžovatelka též zopakovala svou základní výtku proti závěrům žalovaného, a sice že vůbec není v postavení veřejného zadavatele. Zdůraznila, že nikdy nebyla konečným příjemcem prostředků poskytnutých jí prostřednictvím dotací. Pro naplnění hypotézy § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2 zákona o veřejných zakázkách je však nutná příčinná souvislost mezi výdaji státu či jiného veřejného zadavatele a činností financovaného subjektu. Dotace, kterou stěžovatelka obdržela na financování posuzovaného zadávacího řízení, však nesloužila pro zabezpečení jejího fungování, jejím cílem bylo zvýšení konkurenceschopnosti českých podnikatelů. Rovněž příručka Veřejná podpora a podpora *de minimis* OP LZZ potvrzuje, že stěžovatelka nebyla příjemcem veřejné podpory plynoucí z poskytnuté dotace. Svůj vztah k poskytovateli dotace stěžovatelka nepovažuje za vztah úzké závislosti, jímž Soudní dvůr Evropské unie argumentoval v rozsudku *University of Cambridge*, neboť stát žádným způsobem nezasahoval do výběru jejích

dodavatelů. Stěžovatelka se navíc domnívá, že krajský soud uvedený rozsudek Soudního dvora dezinterpretoval a nezohlednil, že v tehdejším případě bylo nesporné, že University of Cambridge byla zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, zatímco v případě stěžovatelky to tak jednoznačné není. Krajský soud ani žalovaný nijak nezohlednili, že dotace poskytnuté stěžovatelce se netýkaly činností, kterými údajně měla uspokojovat potřeby veřejného zájmu (vydávání celních dokladů), a nelze je tak brát v úvahu při stanovení podílu veřejného financování na celkových příjmech stěžovatelky.

[8] I v případě, že by se Nejvyšší správní soud s touto argumentací neztotožnil, je stěžovatelka přesvědčena, že jsou dány důvody pro zrušení rozhodnutí žalovaného. Chybí v něm totiž posouzení charakteru plnění, na něž byly jednotlivé dotace stěžovatelce poskytnuty. V tomto směru stěžovatelka upozornila, že přesně z tohoto důvodu krajský soud rozsudky č. j. 31 Af 20/2016 - 59 a č. j. 31 Af 17/2016 - 66 zrušil rozhodnutí žalovaného vydaná za totožných skutkových okolností. Stěžovatelka zdůraznila, že státu za dotaci poskytla protiplnění spočívající v činnosti směřující ke snížení nezaměstnanosti, zvýšení adaptability zaměstnanců a konkurenceschopnosti podniků. V tomto směru tedy žalovaný neposoudil vztah úzké závislosti stěžovatelky na státu dostatečně.

[9] Stěžovatelka nesouhlasí ani s tím, že vykonává činnost uspokojující potřeby veřejného zájmu, která nemá obchodní ani průmyslovou povahu. Krajský soud pominul, že stěžovatelka celní doklady vydává jménem a na účet HK ČR, která je subjektem zcela nezávislým na stěžovatelce, a povahu jejich činností od sebe nelze navzájem odvozovat. Pravomoc vydávat celní doklady zákon svěřuje pouze HK ČR, nejde o vlastní činnost stěžovatelky a nelze jí tuto činnost přičítat. Stěžovatelka celní doklady vydává v rámci své obchodní činnosti v zastoupení HK ČR, nevykonává veřejnou správu. Stěžovatelka rovněž upozornila, že ne všechny okresní hospodářské komory byly pověřeny vydáváním celních dokladů. Pokud by bylo postavení veřejného zadavatele odvozováno od této skutečnosti, byly by veřejnými zadavateli pouze některé z nich, což stěžovatelka nepovažuje za žádoucí. Stěžovatelka též zopakovala, že svou činnost vykonává v soutěžním prostředí a že riziko ztrát nese samostatně, stát jí je nijak nekompenzuje.

[10] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti zdůraznil, že materiální znaky správního deliktu jsou zahrnuty již ve formálním vymezení jeho skutkové podstaty ve slovech „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“. Dále zopakoval, že vydávání celních dokladů je činností ve veřejném zájmu a postavení stěžovatelky je v tomto směru třeba odvíjet od postavení HK ČR, jíž je tato činnost primárně svěřena. Ke stejnému závěru dospěly – kromě senátu rozhodujícího v této věci – i další dva senáty krajského soudu. Pro posouzení povahy dotací poskytnutých stěžovatelce považuje žalovaný za klíčové, že za ně stěžovatelka státu neposkytla žádné protiplnění. Je třeba rozlišovat finanční protiplnění za službu od situace, kdy stát poskytl platbu, aby dostál svým povinnostem v oblasti sociální, kulturní a vzdělávací. Finance poskytnuté od státu nemusejí mít vztah ke konkrétní činnosti, kterou stěžovatelka výslovně naplňuje veřejný zájem. Stěžovatelka v tomto směru přehlíží, že byla zřízena ve veřejném zájmu za účelem vytváření příležitostí pro podnikání a jeho rozvoj. Námitku, že se měl zabývat charakterem plnění u projektů, na něž stěžovatelka obdržela dotace, považuje žalovaný za opožděnou. Navíc je přesvědčen, že protiplnění u jiného než veřejného financování musí mít konkrétní podobu.

[11] V replice k vyjádření žalovaného stěžovatelka zopakovala, že dodržela všechny požadavky zákona o veřejných zakázkách s jedinou, navíc spornou, výjimkou (uveřejnění výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele), jíž však žalovaný nevěnoval ve svém rozhodnutí žádnou pozornost. To nelze napravovat v soudním řízení. Stěžovatelka též zopakovala, že dotace poskytnuté z OP LZZ použila výhradně k uspokojování zájmu svého a svých členů, což nelze považovat za veřejný zájem. Stěžovatelka opět citovala z rozsudku Soudního dvora *University of Cambridge*, přičemž zdůraznila, že jej nelze mechanicky aplikovat na její situaci. Za jeden ze zásadních rozdílů oproti situaci posuzované Soudním dvorem stěžovatelka označila skutečnost, že ona sama neměla z přijaté dotace žádný prospěch a nelze tuto dotaci považovat za její příjem či financování její vlastní činnosti. Dotace v žádném případě nesloužila k financování vydávání osvědčení a karnetů, což žalovaný považuje za činnost stěžovatelky ve veřejném zájmu. Žalovaný navíc bez zohlednění jejich skutečného vztahu sjednocuje HK ČR a stěžovatelku. Stěžovatelka je na HK ČR nezávislá a vydávání karnetů pro ni zajišťuje na základě příkazní smlouvy.

III. Posouzení kasační stížnosti Nejvyšším správním soudem

[12] Nejvyšší správní soud kasační stížnost posoudil a dospěl k závěru, že je důvodná.

[13] Klíčovou otázkou pro toto řízení je, zda je stěžovatelka veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách: *Veřejným zadavatelem je jiná právnická osoba, pokud 1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a 2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.*

[14] Nejvyššímu správnímu soudu je z jeho úřední činnosti známo, že různé senáty krajského soudu při aplikaci tohoto ustanovení na postavení hospodářských komor nepostupují jednotně. Zatímco v tomto případě, stejně jako v rozsudcích ze dne 6. března 2018, č. j. 29 Af 242/2016 - 105, ze dne 28. března 2018, č. j. 30 Af 19/2016 - 207 a č. j. 30 Af 27/2016 - 232, krajský soud shledal, že okresní (krajské) hospodářské komory mají postavení veřejného zadavatele podle citovaného ustanovení a žaloby proti příslušným rozhodnutím žalovaného zamítl, v rozsudcích ze dne 24. ledna 2018, č. j. 31 Af 17/2016 - 66, a ze dne 18. října 2017, č. j. 31 Af 20/2016 - 59, krajský soud sice souhlasil se žalovaným, že regionální hospodářské komory byly založeny za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, nařídil však žalovanému posoudit, zda cílovým příjemcem dotace poskytnuté na projekty spojené s posuzovanými zadávacími řízení nemohl být alespoň zprostředkovaně stát, tedy zda stát za takto poskytnuté finance nezískal nějaké protiplnění [což by vyloučilo posouzení takové dotace jako veřejného financování ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2 zákona o veřejných zakázkách].

[15] Nejvyšší správní soud však druhý z předestřených přístupů odmítl v rozsudku ze dne 25. října 2018, č. j. 4 As 132/2018 - 59. Z tohoto rozhodnutí vyplývá, že regionální hospodářské komory jsou veřejnými zadavateli ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona o

veřejných zakázkách. Nejvyšší správní soud v této věci neshledal důvod, proč na okresní hospodářské komory nahlížet odlišně, neboť postavení regionálních komor se odvíjí od postavení okresních komor (§ 3 odst. 3 a 4 zákona č. 301/1992 Sb., o Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky, ve znění pozdějších předpisů). Zároveň nepovažuje za nutné podrobně opakovat veškeré argumenty, jimiž v rozsudku č. j. 4 As 132/2018 - 59 podepřel svůj závěr o povaze regionálních hospodářských komor, a to i s ohledem na skutečnost, že odůvodnění rozsudku krajského soudu je v tomto směru více než vyčerpávající. Podstatné závěry vyplývající z rozsudku č. j. 4 As 132/2018 - 59 lze shrnout následovně:

[16] Stěžovatelka má jedinečné postavení a oprávnění vystavovat osvědčení o skutečnostech důležitých v právních vztazích, které vznikají v mezinárodním obchodě. V rámci tohoto segmentu své činnosti stěžovatelka nepůsobí v soutěžním prostředí, neboť stát zjevně nemá zájem rozšiřovat okruh subjektů oprávněných tato osvědčení vydávat a zároveň je nelze nahradit jinými instituty (viz odstavce 50 – 56 a odstavec 63 rozsudku č. j. 4 As 132/2018 - 59).

[17] Vystavování karnetů a certifikátů o původu zboží je činností směřující k uspokojování potřeb veřejného zájmu, která nemá průmyslovou či obchodní povahu (srov. též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. května 2011, č. j. 1 Afs 98/2010 - 399, č. 2375/2011 Sb. NSS). HK ČR byla zřízena k podpoře podnikatelských aktivit, což je rovněž činností ve veřejném zájmu, stejně jako řada dalších činností spadajících do její působnosti (respektive do působnosti stěžovatelky jakožto její organizační složky). Není přitom relevantní, zda stěžovatelka kromě činností ve veřejném zájmu vykonává i jiné činnosti a jaký je mezi nimi poměr (srov. rozsudek Soudního dvora EU ze dne 15. ledna 1998 ve věci C-44/96 *Mannesmann* a odstavce 57 – 62 rozsudku č. j. 4 As 132/2018 - 59).

[18] Činnost stěžovatelky je z převažující části financována státem, a to ve formě dotací poskytnutých na projekty, jejich prostřednictvím stěžovatelka plnila účel, k němuž byla zřízena, tj. podporu podnikatelského prostředí v České republice – jak napovídá již název příslušného projektu („Zvýšení adaptability zaměstnanců členských firem Okresní hospodářské komory v Jablonci nad Nisou a zaměstnanců partnera pracujících v odvětví cestujícího ruchu“). Dotace představovaly příjmy stěžovatelky i přesto, že jimi dále hradila náklady vzniklé v souvislosti s realizací projektu (nešlo tedy o pouhé „přerozdělení dotace“). Realizaci konkrétních projektů, na něž byly dotace poskytnuty, nelze považovat za specifické protiplnění poskytované stěžovatelkou ve prospěch poskytovatele dotace. Zároveň není relevantní, že dotace, které stěžovatelka obdržela, nepředstavují veřejnou podporu ve smyslu článku 107 Smlouvy o fungování Evropské unie (v podrobnostech viz odstavce 65 – 79 rozsudku č. j. 4 As 132/2018 - 59).

[19] Lze tedy uzavřít, že stěžovatelka je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách a byla povinna zadat veřejnou zakázku na dodavatele vzdělávacích služeb v jednom ze zadávacích řízení upravených tímto zákonem.

[20] Stěžovatelka nicméně namítala absenci trestnosti, resp. materiálního znaku správního deliktu spočívající v tom, že fakticky dostála požadavkům zákona o veřejných

zakázkách tím, že veřejnou zakázku zadala ve zjednodušeném podlimitním řízení (§ 38 zákona o veřejných zakázkách). Jediné, co jí žalovaný vyčítal, bylo uveřejnění výzvy k podání nabídek nikoli na profilu zadavatele, nýbrž na webových stránkách poskytovatele dotace. Krajský soud se příslušnou námitkou odmítl zabývat, neboť ji považoval za opožděnou. Opožděná vskutku byla, nicméně je zde judikatura Nejvyššího správního soudu, která dost dobře neumožňuje, aby se jí navzdory opožděnosti krajský soud nezabýval vůbec. V rozsudku č. j. 7 As 59/2012 - 38 ze dne 4. září 2012 totiž Nejvyšší správní soud konstatoval, že soudy jsou povinny z úřední povinnost přihlížet k tomu, zda jednání, za něž byl žalobce potrestán, mohlo vůbec naplnit znaky skutkové podstaty správního deliktu. Z toho sice nelze dovozovat, že by měl soud v každém případě vést úvahy o tom, zda žalobce naplnil formální i materiální znaky skutkové podstaty deliktu. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 11. června 2015, č. j. 9 As 172/2014 - 89, lze nicméně dovodit, že za situace, kdy je námitka tohoto obsahu vznesena, byť opožděně, by se k ní soud vyjádřit měl.

[21] Nejvyšší správní soud sám z důvodu procesní efektivity posoudil, zda jednání, za něž žalovaný stěžovatelku sankcionoval, vůbec naplňovalo skutkovou podstatu správního deliktu. Takovýto mimořádný postup je v této konkrétní věci namístě, neboť předestřená právní otázka není nijak složitá a jde současně o interpretaci již historické právní úpravy, která se na budoucí případy neuplatní. Ze stejného důvodu se Nejvyšší správní soud neomezil jen na zrušení rozsudku krajského soudu pro nepřezkoumatelnost spočívající v nedostatku důvodů rozhodnutí (nevypořádaný žalobní bod), ani rozšířenému senátu Nejvyššího správního soudu nepředkládá otázku, zda je, resp. má být krajský soud povinen vypořádat opožděně uplatněný žalobní bod spočívající v nezákonnosti rozhodnutí o správním deliktu, resp. v absenci trestnosti vytýkaného jednání.

[22] Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se zadavatel *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*.

[23] Podle § 38 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době, kdy stěžovatelka veřejnou zakázku zadávala (tedy do 31. března 2012), byl zadavatel povinen uveřejnit písemnou výzvu k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace *vhodným způsobem po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek*. Tato povinnost byla splněna, pokud veřejný zadavatel uveřejnil písemnou výzvu na svém profilu zadavatele, který byl uveřejněn v informačním systému (§ 38 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách v relevantním znění).

[24] Žalovaný k citovaným ustanovením konstatoval, že z nich jasně vyplývá povinnost zadavatele uveřejnit písemnou výzvu k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení na profilu zadavatele. Odkázal v tomto směru na stanovisko Ministerstva pro místní rozvoj k uveřejňování výzvy ve zjednodušeném podlimitním řízení na profilu zadavatele podle ustanovení § 38 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dostupné na http://www.portal-vz.cz/getmedia/f7d082ff-7fed-4147-b230-3ef481b63037/ZPR-a-profil-zadavatele_2). Toto stanovisko (v reakci na novelizaci zákona o veřejných zakázkách provedenou zákonem č. 179/2010 Sb.) uvádí: „*Novela komplexně*

upravuje uveřejňování výzvy ve zjednodušeném podlimitním řízení. V zákoně zůstává zachováno uveřejnění vhodným způsobem. Zadavatel však nově musí tuto povinnost v souladu s ustanovením odstavce 3 splnit tím, že výzvu uveřejní na tzv. profilu zadavatele. [...] Z dikce zákona plyne, zejména z provázanosti odstavce 2 a 3, že zadavatel pro naplnění povinnosti uveřejnit výzvu vhodným způsobem musí využít svůj profil a zveřejnit výzvu. Zákon ovšem zadavatele nijak neomezuje i v dalších způsobem uveřejnění, zejména zadavatel i v dalších způsobech uveřejnění, zejména zadavatel může použít i takový způsob, který používal i před účinností novely a který může používat nadále spolu s uveřejněním na profilu zadavatele. Zákon v odstavci druhém systematicky vymezuje dobu, po kterou musí být výzva uveřejněna. Předmětem tohoto ustanovení není vymezení způsobu uveřejnění, ale nezbytné doby, po kterou se uchazeči mohou s výzvou seznámit. Odstavec třetí pak tedy určuje způsob, jak má být výzva uveřejněna. Pro naplnění povinnosti zákonodárce zvolil využití profilu zadavatele, neboť tento univerzální způsob umožňuje transparentně účast všem uchazečům bez omezení."

[25] Důvodová zpráva k zákonu č. 179/2010 Sb. (sněmovní tisk 833/0, 5. volební období, www.psp.cz) také hovoří o povinnosti uveřejnit výzvu na profilu zadavatele: „*Návrh upravuje způsob uveřejnění výzvy, stávající znění ‚uveřejnit vhodným způsobem' je problematické pro svou vysokou míru nejistoty, který způsob uveřejnění je vhodný. Vzhledem k vývoji v oblasti elektronizace je navrhováno stanovení povinnosti uveřejnit výzvu na profilu zadavatele [...] Další uveřejnění výzvy ve zjednodušeném podlimitním řízení zákon i nadále nevylučuje.*" Je však třeba zdůraznit, že původní vládní návrh zákona, k němuž se důvodová zpráva vztahuje, počítal s odlišným zněním § 38 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách: *Písemnou výzvu je veřejná zadavatel povinen uveřejnit na svém profilu zadavatele po celou dobu trvání lhůty pro podání nabídek*. Tato varianta však nakonec nebyla v důsledku pozměňovacího návrhu Senátu přijata. Ustanovení § 38 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách zůstalo v původním znění, připouštějícím uveřejnění výzvy k podání nabídek *vhodným způsobem*, a přibyl k němu třetí odstavec, který tuto povinnost označuje za splněnou tehdy, je-li výzva uveřejněna na profilu zadavatele.

[26] Dle názoru Nejvyššího správního soudu však z takové formulace nelze dovodit, že by bylo vždy nutné uveřejnit výzvu na profilu zadavatele. Ustanovení § 38 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách připouští uveřejnění výzvy vhodným způsobem. Třetí odstavec potom neříká, že by tuto povinnost bylo možné splnit *pouze* uveřejněním na profilu zadavatele (respektive že by bylo nutné uveřejnit výzvu na profilu zadavatele *vždy* a podle okolností též dalším vhodným způsobem, jak s odkazem na stanovisko Ministerstva pro místní rozvoj dovozoval žalovaný), spíše tento způsob označuje za jednu z možností uveřejnění výzvy, kterou je nutno bez dalšího (ze zákona) považovat za možnost vhodnou a tudíž splňující požadavky § 38 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.

[27] Nejvyšší správní soud v tomto směru připomíná jednu ze základních zásad trestního práva, která se uplatní i v oblasti správního trestání (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. května 2007, č. j. 8 As 17/2007 - 135, č. 1338/2007 Sb. NSS), a sice *nullum crimen sine lege certa*. Právní předpisy, z nichž vyplývají podmínky trestnosti určitého jednání, musejí být formulovány jasně a jednoznačně (srov. například rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 25. května 1993 ve věci *Kokkinakis proti Řecku*, stížnost č. 14307/88, či rozsudek velkého senátu téhož soudu ze dne 17. května 2010 ve věci *Kononov proti Litvě*, stížnost č. 36376/04).

[28] Tyto požadavky však § 38 odst. 2 a 3 ve znění relevantním pro tento případ nesplňoval. Jak již Nejvyšší správní soud uvedl, z tohoto ustanovení nebylo možné jednoznačně dovodit, že každá výzva k podání nabídek musí být uveřejněna na profilu zadavatele. Ačkoli šlo o jeden z možných výkladů, zcela rovnocenným mu byl výklad, podle něhož § 38 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách uvádí pouze příklad vhodného uveřejnění výzvy podle odst. 2 tohoto ustanovení. Ostatně i komentářová literatura vztahující se k zákonu o veřejných zakázkách před tzv. velkou novelou (provedenou zákonem č. 55/2012 Sb.) byla v tomto směru nejednotná. PODEŠVA, V., a kol. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář.* ASPI, komentář k § 38, na jednu stranu uvádí, že „*zákon pojem vhodným způsobem nikterak nedefinuje, a proto lze dovozovat, že za vhodný způsob lze považovat takové uveřejnění, které je schopno oslovit neomezený počet potencionálních dodavatelů. Typicky se bude jednat o uveřejnění na webových stránkách veřejných zadavatelů, na příslušných úředních deskách či např. v celostátním tisku. S ohledem na dikci odst. 3 komentovaného ustanovení je ovšem třeba, aby výzva byla uveřejněna vždy přinejmenším na profilu zadavatele (uveřejnění výzvy rovněž dalším „vhodným" způsobem tím není dotčeno). Za vhodný způsob nelze považovat takové uveřejnění, které je nějakým způsobem regionálně či místně omezeno, např. zveřejnění v regionálním periodiku.*" Oproti tomu JURČÍK, R. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář.* 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 235 – 236, dospívá k závěru, že „*zadavatel je vázán zákonem a nikoliv metodickým pokynem Ministerstva pro místní rozvoj [...]. Publikace výzvy k podání nabídky na profilu zadavatele je pouze jednou z možností její publikace a samostatným publikováním výzvy k podání nabídky kupř. na úřední desce (bez její publikace na profilu zadavatele) je v souladu se zákonem. Je na zadavateli, jaký postup zvolí, nicméně profil zadavatele přináší určitou administrativní a finanční zátěž při jeho vytvoření.*"

IV. Závěr a náklady řízení

[29] Žalovaný tedy nemohl konstatovat odpovědnost stěžovatelky za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pouze proto, že stěžovatelka neuveřejnila výzvu k podání nabídek na profilu zadavatele. Toto jednání nepředstavovalo nedodržení postupu stanoveného zákonem o veřejných zakázkách (což je jedna ze složek objektivní stránky správního deliktu podle citovaného ustanovení), neboť příslušná ustanovení zákona nestanovila jednoznačně, jaký postup má zadavatel při uveřejňování výzvy k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení dodržet.

[30] Krajský soud toto pochybení na straně žalovaného nenapravil. Nejvyšší správní soud proto zrušil rozsudek krajského soudu (§ 110 odst. 1 věta první před středníkem s. ř. s.) a v souladu s § 110 odst. 2 písm. a) ve spojení s § 78 odst. 1 a 4 s. ř. s. zároveň zrušil i rozhodnutí předsedy žalovaného a vrátil věc žalovanému k dalšímu řízení, neboť krajský soud by s ohledem na výše vyslovené závěry neměl jinou možnost, než tak sám učinit.

[31] Podle § 110 odst. 3 věty druhé s. ř. s. rozhodne Nejvyšší správní soud v případě, že zruší podle § 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s. rozhodnutí žalovaného, o nákladech řízení o kasační stížnosti i o nákladech řízení před krajským soudem. Podle § 60 odst. 1 s. ř. s., aplikovaného na základě § 120 s. ř. s., má úspěšný stěžovatel právo na náhradu důvodně vynaložených nákladů proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl.

[32] Stěžovatelka, která měla v řízení plný úspěch, uhradila soudní poplatek 5 000 Kč za podání kasační stížnosti (položka 19 přílohy k zákonu č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů). V řízení před krajským soudem uhradila stěžovatelka soudní poplatek 3 000 Kč za podání žaloby [položka 18 bod 2 písm. a) přílohy k zákonu o soudních poplatcích] a 1 000 Kč za návrh na přiznání odkladného účinku žalobě (položka 20 přílohy k zákonu o soudních poplatcích).

[33] Stěžovatelka byla v části řízení před krajským soudem a v řízení Nejvyšším správním soudem zastoupena advokátem. Ze spisů vyplývá, že v řízení před krajským soudem učinil právní zástupce stěžovatelky tyto úkony právní služby – převzetí a příprava právního zastoupení [§ 11 odst. 1 písm. a) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif)], sepis a podání doplnění žaloby [§ 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu] a účast na jednání dne 27. února 2018 [§ 11 odst. 1 písm. g) advokátního tarifu]; případné náklady spojené s cestou na jednání zástupce stěžovatelky nevyčíslil. V řízení před Nejvyšším správním soudem učinil zástupce stěžovatele dva úkony právní služby, a to sepis a podání kasační stížnosti a repliky k vyjádření žalovaného [§ 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu], celkem tedy učinil pět úkonů právní služby podle advokátního tarifu. Odměna za jeden úkon právní služby činí podle § 7 bodu 5, aplikovaného na základě § 9 odst. 4 písm. d) advokátního tarifu, 3 100 Kč, k níž je podle § 13 odst. 3 advokátního tarifu je třeba přičíst 300 Kč na úhradu hotových výdajů. Nejvyšší správní soud ověřil, že zástupce stěžovatelky je plátcem daně z přidané hodnoty, proto se výsledná částka zvyšuje o 21 % představujících výši této daně na celkových 20 570 Kč.

[34] Celková náhrada nákladů řízení pro stěžovatelku, čítající odměnu za zastupování a uhrazené soudní poplatky, tedy představuje částku 29 570 Kč. K jejímu uhrazení byla stanovena přiměřená lhůta jednoho měsíce.

[35] Žalovaný ve věci neměl úspěch, náhrada nákladů řízení mu tudíž nenáleží.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 21. listopadu 2018

JUDr. Tomáš Langášek
předseda senátu