

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně Mgr. Jany Brothánkové a soudců JUDr. Petra Průchy a JUDr. Tomáše Langáška v právní věci žalobce: **Advokátní kancelář Brož, Sedlatý s.r.o.**, IČO 248 27 452, se sídlem Vinohradská 2828/151, 130 00 Praha 3, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno, týkající se žaloby proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 3. 12. 2015, č. j. ÚOHS-R250/2014/VZ-37034/2015/323/RBu, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 18. 5. 2017, č. j. 62 Af 16/2016 - 115,

takto:

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 5. 2017, č. j. 62 Af 16/2016 – 115, **se ruší** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

I.
Vymezení věci

[1] Hlavní město Praha (dále jen „zadavatel“) zahájilo dne 28. 8. 2012 užší zadávací řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) k veřejné zakázce s názvem „Poskytování právních služeb pro potřeby hlavního města Prahy“. Oznámení o veřejné zakázce (rozdělené na 8 částí) bylo uveřejněno ve věstníku veřejných zakázek dne 31. 8. 2012 pod ev. č. VZ 230112. Žalobce ve lhůtě pro podání žádostí o účast, která byla zadavatelem stanovena do 2. 11. 2012, podal žádost o účast v užším řízení. Rozhodnutím zadavatele ze dne 12. 3. 2013 byl žalobce vyloučen z další účasti v užším zadávacím řízení, jelikož neprokázal splnění požadovaných technických kvalifikačních předpokladů stanovených v kvalifikační dokumentaci. Žalobce

totiž kvalifikaci částečně prokazoval prostřednictvím zakázek realizovaných členem realizačního týmu v době, kdy tento člen působil jako advokátní koncipient u jiné obchodní společnosti vykonávající advokacii, a nikoliv jako společník či zaměstnanec žalobce. Proti rozhodnutí o vyloučení uplatnil žalobce u zadavatele námitky, kterým nebylo vyhověno.

[2] Dne 25. 4. 2013 podal žalobce u žalovaného celkem 7 návrhů na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele-vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení a návrh na předběžné opatření. Žalovaný rozhodnutím č. j. ÚOHS S247, 293, 294, 295, 296, 297, 298/2013/VZ-23645/2013/513/Edo ze dne 3. 12. 2013, výrokem I. zamítl žalobcův návrh podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Podle žalovaného zadavatel jednal v souladu s § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když žalobce, který nesplnil technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, vyloučil v části 1 veřejné zakázky ze zadávacího řízení. Výroky II., III., IV., V., VI. a VII. žalovaný ve vztahu k částem 2, 3, 4, 5, 7 a 8 veřejné zakázky zastavil správní řízení podle § 117a písm. b) zákona o veřejných zakázkách, neboť s podáním příslušných návrhů nebyla složena kauce ve výši dle § 115 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách a žalobce kauci nesložil ani v dodatečné lhůtě stanovené žalovaným. Rozklad proti tomuto rozhodnutí předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 10. 4. 2014, č. j. ÚOHS-R426/2013/VZ-7690/2014/310/PMo, zamítl a potvrdil rozhodnutí I. stupně.

[3] Proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 10. 4. 2014 brojil žalobce žalobou podanou u Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“). Rozsudkem ze dne 8. 10. 2015, č. j. 62 Af 41/2014 – 247, krajský soud žalobu jako nedůvodnou zamítl. Kasační stížnost žalobce proti tomuto rozsudku zamítl Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 20. 10. 2016, č. j. 5 As 213/2015 – 38.

[4] Užší zadávací řízení mezitím pokračovalo a zadavatel stanovil lhůtu pro podání nabídek (nejprve do 26. 11. 2013, poté byla ve vztahu k jednotlivým částem veřejné zakázky lhůta prodloužena do období mezi 5. 12. 2013 a 30. 1. 2014). Dne 10. 12. 2013 uplatnil žalobce námitky proti úkonům zadavatele dle § 110 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách a námitky proti zadávacím podmínkám dle § 110 odst. 3 téhož zákona. Zadavatel námitkám nevyhověl a žalobce se poté dne 2. 1. 2014 obrátil na žalovaného s návrhem na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

[5] Žalovaný rozhodnutím č. j. ÚOHS-S17/2014/VZ-13659/2014/513/Edo ze dne 27. 6. 2014 návrh žalobce zamítl podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, jelikož žalobce nebyl osobou oprávněnou podat námitky a námitky byly dle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách podány opožděně. Žalobce podal ve lhůtě pro účast v užším řízení svou žádost o účast v tomto řízení, již v tuto chvíli tudíž musel být obeznámen s požadavky zadavatele na kvalifikaci. Žalobce byl poté již v březnu 2013 vyloučen z užšího řízení pro nesplnění kvalifikačních požadavků, již v této době tudíž mohl uplatnit i námitky proti samotným požadavkům zadavatele na kvalifikaci zájemců o veřejnou zakázku. Tak ovšem ve svých námitkách proti vyloučení neučinil a zadávací dokumentaci napadl až s odstupem bezmála 9 měsíců. Ustanovení § 110 odst. 3 zákona o

veřejných zakázkách je dle žalovaného třeba vyložit tak, že v užším řízení (jakožto dvoufázovém zadávacím řízení), lze námitky proti kvalifikační dokumentaci a požadavkům zadavatele ke kvalifikaci uplatnit nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání žádostí o účast (první fáze), a nikoliv až ve lhůtě 5 dnů od skončení lhůty pro podávání nabídek (druhá fáze). Kvalifikace zájemců je totiž posouzena již před zahájením druhé fáze a stanovením lhůty pro podávání nabídek. Rozklad žalobce proti tomuto rozhodnutí zamítl předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 3. 12. 2015, č. j. ÚOHS-R250/2014/VZ-37034/2015/323/RBu (dále jen „napadené rozhodnutí“).

[6] Proti napadenému rozhodnutí brojil žalobce žalobou u krajského soudu, přičemž namítal zejména nesprávné posouzení právní otázky ze strany žalovaného, resp. předsedy žalovaného. Dle ustanovení § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách musí *stěžovatel námitky proti zadávacím podmínkám doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek*. Zákonodárce nerozlišuje lhůtu pro podání námitek pro jednotlivé druhy zadávacích řízení. Výklad žalovaného tudíž odporuje znění zákona. Napadené rozhodnutí taktéž nerespektuje ustálenou rozhodovací praxi žalovaného, který citované ustanovení zákona v minulosti vykládal v souladu s jeho jazykovým zněním. Napadeným rozhodnutím tudíž došlo také k zásahu do legitimního očekávání žalobce.

[7] Krajský soud rozsudkem ze dne 18. 5. 2017, č. j. 62 Af 16/2016 – 115 (dále jen „napadený rozsudek“), napadené rozhodnutí, včetně rozhodnutí prvostupňového, zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Uvedl, že jsou dány všechny rozumné důvody svědčící pro to, aby námitky proti zadávacím podmínkám obsahujícím požadavky na prokázání splnění kvalifikace uplatnil zájemce o veřejnou zakázku již v době, kdy nepochybně reálně zjistí, že jsou dány důvody pro jejich zpochybnění, tedy již v souvislosti s podáváním žádostí o účast v zadávacím řízení. Jestliže oznámení užšího řízení je výzvou k podání žádostí o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace, pak požadavky na prokazování kvalifikace musí být dodavatelům známy již společně s tímto oznámením. Jevilo by se jako správné, přiměřené a korektní, aby se lhůta pro uplatnění námitek proti těmto požadavkům odvíjela od lhůty pro podání žádostí o účast v užším řízení. Krajský soud tak žalovanému rozumí v jeho snaze o teleologický výklad ustanovení § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách a faktické použití analogie (v tom směru, že ve vztahu k prokazování kvalifikace má podání žádosti o účast v užším řízení stejné účinky jako podání nabídky v otevřeném řízení).

[8] Tato skutečnost však stále nepředstavuje dostatečný důvod, pro který by jednoznačně stanovené pravidlo § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách mělo být vyloženo k tíži dodavatele za situace, kdy bylo možné na jazykový výklad spoléhat jak v důsledku samotného znění zákona, tak (a podle krajského soudu především) v důsledku předchozí rozhodovací praxe žalovaného. Žalovaný relativně dlouhou dobu zastával názor, že nelze zaměňovat pojmy „lhůta pro podání nabídek“ a „lhůta pro podání žádosti o účast“, a proto nelze v případě tzv. dvoufázových řízení (tj. i v případě užšího řízení) vázat konec lhůty pro podání námitek proti zadávacím podmínkám na uplynutí lhůty pro podání žádosti o účast, neboť s tímto pojmem § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách nepracuje. Krajský soud k tomu v průběhu jednání provedl dokazování několika rozhodnutími žalovaného z let 2010 – 2014. Zastával-li přitom žalovaný tento názor i ve

svém rozhodnutí ze dne 4. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S641/2014/VZ-25779/2014/522/KČe, je zřejmé, že jej takto zastával i poté, co žalobce v nyní posuzované věci námitky (v prosinci 2013) podával. Přehodnocení předchozí rozhodovací praxe žalovaného lze vysledovat až v rozhodnutí ze dne 29. 1. 2015, č. j. ÚOHS-S1052/2014/VZ-2976/2014/542/JVo. V době, kdy námitky podával, mohl žalobce oprávněně spoléhat na dosavadní konstantní výklad žalovaného, s nímž byl žalobcův postup v souladu.

[9] Krajský soud by byl připraven ještě akceptovat výklad žalovaného, pokud by jej žalovaný adresátům (a tedy i žalobci) srozumitelně předem intimoval; pouze v takovém případě by adresáti (zadavatelé i dodavatelé) mohli legitimně spoléhat na výklad, jenž v dosavadní praxi žalovaného a v doslovném textu právního předpisu oporu nemá. Náhlá interpretační změna zákona v neprospěch dodavatelů je způsobilá významně zasáhnout veřejná práva těchto dodavatelů, neboť ve výsledku znamená upření meritorního přezkumu postupu zadavatele ze strany žalovaného. Výklad žalovaného nemohl být pro žalobce rozumně předvídatelný ani při vynaložení maximální odborné péče; žalobce nemohl očekávat, že podá-li námitky proti zadávacím podmínkám v souladu s § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách ve lhůtě 5 dnů od konce lhůty pro podání nabídek, podá je opožděně.

[10] Podmínkou řádně uplatněných námitek je mimo jiné tvrzení újmy ve smyslu § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách. Jestliže žalobce v námitkách tvrdil, že má zájem na získání plnění všech částí veřejné zakázky, avšak mimo jiné s ohledem na (podle jeho názoru) nesprávně nastavené a diskriminační zadávací podmínky hrozí žalobci újma ve formě ušlého zisku z plnění veřejné zakázky, pak své povinnosti tvrzení újmy podle uvedeného ustanovení dostál.

II.
Kasační stížnost a vyjádření žalobce

[11] Žalovaný /stěžovatel/ napadl rozsudek krajského soudu kasační stížností. Je přesvědčen, že napadeným rozhodnutím byla napravena dosavadní nezákonná správní praxe stěžovatele a změna dosavadního výkladu zákona byla dostatečně odůvodněna. Stěžovatel v úvodu argumentuje ve prospěch teleologického výkladu ustanovení § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Je jistě žádoucí, aby jednotlivé úkony zadavatele byly napadeny tehdy, kdy se o nich dotčený dodavatel dozví, a byly tak respektovány principy právní jistoty a efektivnosti zadávacího řízení. I judikatura Soudního dvora Evropské unie v tomto směru vychází z koncepce souslednosti jednotlivých kroků v zadávacím řízení a uplatnění prostředků ochrany bezprostředně potom, kdy dodavatel zjistí pochybení zadavatele ve vztahu k jednotlivému kroku. Jen tak lze zabránit pozdějšímu uplatňování účelových námitek neúspěšných dodavatelů, jejichž cílem je pouze snaha oddálit realizaci veřejné zakázky a poškodit ostatní dotčené subjekty. V nyní posuzované věci pak nejde jen o případné legitimní očekávání žalobce coby zájemce o veřejnou zakázku, ohrožena je i právní jistota ostatních účastníků řízení, tedy zejména uchazečů, kteří kvalifikační předpoklady splnili a mohou očekávat řádný průběh dalšího zadávacího řízení.

[12] Pokud jde o jazykový výklad, ten představuje pouze prostředek k nalezení smyslu a účelu daného ustanovení zákona a pokud to ze závažných důvodů účel zákona vyžaduje, je možné se od jeho jazykového znění odchýlit (nález Ústavního soudu ze dne 8. 2. 2011, sp. zn. I. ÚS 2920/09). Stěžovatel zároveň připouští, že ve většině správních rozhodnutí odkazovaných krajským soudem aplikoval jazykový výklad citovaného zákona. U rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-S144/2011/Ko však trvá na svém stanovisku, že v tomto rozhodnutí byl použit teleologický výklad zákona, když výslovně konstatoval: „*V případě námitek proti stanovení kvalifikačních předpokladů (výše obratu, reference) a námitek proti zhotoviteli koncesní dokumentace se jedná o námitky proti zadávacím podmínkám. Podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách je navrhovatel povinen doručit námitky proti zadávacím podmínkám zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Lhůta pro podání žádostí o účast byla v oznámení o zahájení koncesního řízení stanovena do 13. 9. 2010. Posledním dnem pro doručení námitek proti kvalifikační dokumentaci byl den 18. 9. 2010. Lhůta pro podání nabídek byla podle výzvy k podání nabídky stanovena do 23. 2. 2011 a poté zadavatelem prodloužena do 18. 3. 2011. Posledním dnem pro doručení námitek proti zadávacím podmínkám byl den 23. 3. 2011.*“.

[13] Rozhodovací praxe stěžovatele tedy nebyla ani v době rozhodování o návrhu žalobce jednotná, jednoznačný závěr ohledně interpretace dotčeného ustanovení zákona nenabízí ani odborná literatura. Stěžovatel pak má za to, že veřejný zájem na tom, aby přijaté řešení bylo v souladu s právními předpisy a odpovídalo společenskému účelu právní normy, musí v daném případě převážit nad tím, že v dosavadní rozhodovací činnosti upřednostňoval stěžovatel jazykový výklad ustanovení § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Stěžovatel totiž není vázán pouze legitimním očekáváním účastníka řízení, ale též zásadou legality a zásadou účelnosti a souladu zvoleného řešení s veřejným zájmem. Jedním ze závažných důvodů, na základě nichž může správní orgán prolomit legitimní očekávání účastníků správního řízení, by mohl být např. rozpor rozhodování správního orgánu s právními předpisy (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2010, č. j. 1 Afs 50/2009 – 233), nebo závažné principiální důvody směřující k dosažení určité právem chráněné hodnoty (usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006 – 132). Stěžovatel právem chráněnou hodnotu zmiňovanou citovaným rozhodnutím spatřuje právě v účelu lhůty pro podání námitek, která je vázána na okamžik, kdy je zájemce s příslušnými zadávacími podmínkami seznámen, a dále v ochraně právní jistoty a oprávněných zájmů ostatních účastníků zadávacího řízení a zadavatele.

[14] Krajský soud v napadeném rozsudku rovněž uvádí, že by byl připraven akceptovat teleologický výklad stěžovatele za situace, kdy by byl adresátům „předem intimován“. Není však zřejmé, jakým způsobem by taková intimace měla proběhnout. Z dostupných způsobů se jeví jako možné například zveřejnění výkladového stanoviska na internetových stránkách. Ani s takovým stanoviskem by však neměl žalobce povinnost se seznámit a je sporné, zda zveřejnění výkladového stanoviska by bylo onou zlomovou skutečností pro oprávněnost změny výkladu. Stěžovatel má tedy za to, že změnu vlastní správní praxe může realizovat právě pouze prostřednictvím změny v rozhodování skutkově obdobných věcí, kdy v praxi tak činí například v důsledku závazného právního názoru soudů. Opačný výklad by mohl změnu správní praxe spočívající na striktním jazykovém výkladu v

rozporu se smyslem příslušné právní normy fakticky vyloučit. Stěžovatel podotýká, že daným postupem by zvláště v deliktních řízeních mohlo být zamezeno jakémukoliv přehodnocení správní praxe v souladu s úmyslem zákonodárce.

[15] V daném případě nemohla žalobci v důsledku napadeného rozhodnutí vzniknout újma, neboť se bránil opravnými prostředky již proti svému vyloučení z účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění kvalifikačních předpokladů a o jeho návrhu v této věci již bylo pravomocně rozhodnuto. Přestože předmětem předcházejícího správního řízení nebyl přezkum souladu kvalifikačních podmínek se zákonem, stěžovatel se s jejich obsahem seznámil a získal-li by pochybnost o jejich souladu se zákonem, mohl v dané věci zahájit správní řízení z moci úřední, což neučinil. Žalobce tak ztratil možnost získání veřejné zakázky v důsledku nesplnění kvalifikačních předpokladů již před podáním návrhu v této věci. Do popředí se naopak dostává újma zadavatele, který je vždy účastníkem návrhového řízení, a dále újma jiných účastníků zadávacího řízení, kteří vynakládají v zadávacím řízení na veřejnou zakázku množství času, finančních prostředků i energie, a jejichž právní jistota je postupem žalobce ohrožována.

[16] Jelikož se krajský soud nedostatečně zabýval možnostmi a relevancí změny správní praxe, zatížil napadený rozsudek nepřezkoumatelností. Krajský soud excesivním způsobem upřednostnil očekávání žalobce nad ostatními chráněnými zájmy a není zřejmé, jakým způsobem tyto kolidující zájmy poměřoval.

[17] Žalobce se ve vyjádření ke kasační stížnosti plně ztotožňuje se závěry napadeného rozsudku. Pokud se stěžovatel dovolává teleologického výkladu zákona, je s podivem, že tímto způsobem zákon nevykládal i v minulosti. Stěžovatel nesporně nevydával jiná rozhodnutí, než taková, která vycházela z gramatického výkladu zákona. Žalobce tedy nemohl jakkoliv předvídat změnu rozhodovací praxe (dle dlouhodobých zkušeností žalobce je stěžovatel dogmatickým orgánem s rigidní rozhodovací praxí). Je třeba dále opětovně poznamenat, že stěžovatel v obdobné věci i po vydání napadeného rozhodnutí ještě jednou v jiném případě aplikoval jazykový výklad dotčeného ustanovení. V právním státě je nepřípustné, aby žalobci bylo dáno k tíži, že si v souladu s dosavadní rozhodovací praxí stěžovatele a dikcí zákona měl sám vykládat zákon jinak, než do té doby činil stěžovatel, a podle toho právně jednat.

III.
Posouzení kasační stížnosti

[18] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“), přípustná. Poté Nejvyšší správní soud přezkoumal důvodnost kasační stížnosti v souladu s ustanovením § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů. Neshledal přitom vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

[19] Po přezkoumání kasační stížnosti dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost **je** důvodná.

[20] Podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách *námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek*. Krajský soud se v napadeném rozsudku (stejně jako žalovaný v napadeném rozhodnutí) věnoval výkladu tohoto ustanovení pro užší řízení, které je tzv. dvoufázovým zadávacím řízením.

[21] Podle § 28 zákona o veřejných zakázkách *v oznámení užšího řízení oznamuje zadavatel neomezenému počtu dodavatelů svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení; oznámení užšího řízení je výzvou k podání žádostí o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace. Zájemci podávají písemnou žádost o účast a prokazují splnění kvalifikace ve stanovené lhůtě*. Ve druhé fázi tohoto zadávacího řízení *po posouzení kvalifikace zájemců zadavatel vyzve zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky*.

[22] Podle § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách se *námitky podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle odstavců 2, 3 a 5 musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá*.

[23] Kvalifikační dokumentace je součástí zadávacích podmínek a je zájemcům známa již v době, kdy podávají žádost o účast v užším řízení. Již ve lhůtě pro podání žádosti o účast zájemci také prokazují splnění požadavků zadavatele na kvalifikaci zájemců o veřejnou zakázku. Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem pokládá za rozumný a odpovídající smyslu a účelu zákona o veřejných zakázkách takový výklad, podle něhož má dotčený zájemce uplatnit námitky proti kvalifikační dokumentaci v té fázi zadávacího řízení, v níž je s touto dokumentací seznámen, v níž podává žádost o účast v zadávacím řízení a v níž prokazuje i splnění kvalifikačních požadavků podle této dokumentace požadovaných. Ve druhé fázi užšího řízení v okamžiku výzvy zadavatele k podávání nabídek by již měla být otázka splnění kvalifikace jednotlivých zájemců (včetně otázky zákonnosti kvalifikační dokumentace) s konečnou platností vyřešena. Jedná se o výklad v souladu se smyslem a účelem zákona a výklad zabraňující uplatňování účelových námitek neúspěšných dodavatelů, jejichž cílem je pouze snaha narušit průběh užšího zadávacího řízení. Těchto problémů si byl vědom i zákonodárce, který v novém zákoně č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek již stanovil jednoznačné pravidlo, podle něhož *pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání žádostí o účast, musí být námitky proti podmínkám vztahujícím se ke kvalifikaci dodavatele doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty* [§ 242 odst. 3 tohoto zákona], jak konečně uvedl i krajský soud.

[24] Nastíněný výklad dotčeného ustanovení zákona o veřejných zakázkách již v řízení před Nejvyšším správním soudem není sporný a akceptuje jej i žalobce, který ve vyjádření ke kasační stížnosti výslovně uvádí, že s napadeným rozsudkem se plně ztotožňuje, nemá k němu žádnou výtku a je otevřen teleologickému výkladu.

[25] Nosným důvodem zrušujícího výroku napadeného rozsudku je však skutečnost, že v důsledku nejednoznačného výkladu zákona a ustálené správní praxe stěžovatele mohl žalobce (který podal návrh v dané věci 2. 1. 2014, tj. v době, kdy nebylo předsedou žalovaného ještě pravomocně rozhodnuto, že byl oprávněně vyloučen ze zadávacího řízení) spoléhat na to, že námitky proti samotné kvalifikační dokumentaci podané v prosinci 2013 ve lhůtě 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, je oprávněn podat a jsou podány včas.

[26] Nejvyšší správní soud nezpochybňuje, že při posuzování včasnosti námitek existovala v době vydání napadeného rozhodnutí správní praxe stěžovatele, která ustanovení § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách vykládala v souladu s jeho jazykovým zněním, tedy tak, že oprávněná osoba může podat námitky dle tohoto ustanovení ve lhůtě 5 dnů od skončení lhůty pro podávání nabídek. Konečně i sám stěžovatel v kasační stížnosti připouští, že *„ve většině napadeným rozsudkem označených správních rozhodnutí postupoval s ohledem na nejednoznačnou otázku výkladu tak, že aplikoval jazykový výklad*“. V soudním spise krajského soudu na čl. 71 až 97 jsou založena rozhodnutí stěžovatele, dle nichž jsou námitky proti zadávacím podmínkám (včetně kvalifikačních podmínek) uplatněné ve lhůtě 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek námitkami včasnými. Stěžovatel v těchto případech shledal nezákonným postup zadavatelů, kteří tyto námitky vyhodnotili jako opožděné. Jedná se o celkem 5 různých rozhodnutí stěžovatele, která byla vydána v období od 1. 11. 2010 do 4. 12. 2014. Ani stěžovatel (který by měl být se svým rozhodováním obeznámen nejlépe) nepoukázal v kasační stížnosti na dílčí skutkové a právní odlišnosti případů řešených v uvedených rozhodnutích (ne vždy se např. jednalo o užší zadávací řízení) a ani na žádná rozhodnutí, ve kterých by v daném období vykládal předmětná ustanovení zákona odlišně. Změnu správní praxe lze (pokud odhlédneme od napadeného rozhodnutí) vysledovat až v rozhodnutí ze dne 29. 1. 2015. Jazykový výklad § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách žalovaný totiž zastával ještě v rozhodnutí ze dne 4. 12. 2014, jak uvedl i krajský soud.

[27] Nelze se ztotožnit se závěry stěžovatele, že teleologický výklad byl použit již v rozhodnutí ze dne 5. 9. 2011, č. j. ÚOHS-S144/2011/KO-13024/2011/530/Swa. Odůvodnění tohoto rozhodnutí je třeba označit přinejmenším za vnitřně nekonzistentní. Řízení ve věci návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele bylo sice zastaveno s tím, že návrh byl podán neoprávněnou osobou, v rozhodnutí se však výslovně uvádí, že v případě námitek proti stanovení kvalifikačních předpokladů se jedná o námitky proti zadávacím podmínkám. Lhůta pro podání námitek proti kvalifikační dokumentaci je odvozena od lhůty pro podání žádosti o účast, aby hned v následující větě byla lhůta pro podání námitek proti zadávacím podmínkám (jejichž součástí jsou kvalifikační předpoklady) odvozena od lhůty pro podání nabídek. Zájemce v této věci nebyl osobou vyloučenou z účasti v zadávacím řízení. Byl naopak vyzván k podání nabídky, nestihl však podat námitky včas, ať už by byla použita kterákoliv lhůta. Toto rozhodnutí tak nelze považovat za vybočení z citované rozhodovací praxe stěžovatele.

[28] Stěžovatel se v odstavci 52 a 53 napadeného rozhodnutí však dovolával, jako opory pro svůj výklad lhůty k uplatnění námitek dle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách v užším zadávacím řízení, i závěrů rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 1. 2011, č. j. 2 Afs 67/2010 – 105. Uvedený rozsudek zamítl kasační stížnost žalobce (dodavatele, resp. stěžovatele) a potvrdil závěr rozsudku krajského soudu ze dne 1. 7. 2010, č. j. 62 Ca 9/2009 – 62; věc se týkala jiného druhu zadávacího řízení. Současně s oznámením otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky byla stanovena lhůta pro podání nabídek. Soud potvrdil, že námitky proti zadávací dokumentaci dle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách (ve znění před i po účinnosti novely provedené zákonem č. 417/2009 Sb., k tomu srov. znění právních vět k rozsudku krajského soudu) musí být podány nejpozději do skončení lhůty pro podání nabídky, resp. ve lhůtě dle citovaného ustanovení, nikoli až po oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, jak tomu bylo v uvedené věci. Obdobně tomu bylo i v případě rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 11. 2015, č. j. 4 As 179/2015 – 75, jehož se stěžovatel dovolává v kasační stížnosti. V tomto případě žalobkyně nepodala proti podmínce technického charakteru v zadávací dokumentaci námitky dle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, z této dokumentace naopak vycházela a podala nabídku. Až následně po svém vyloučení ze zadávacího řízení, když nebyla zadavatelem její nabídka vybrána, dovozovala, že tato podmínka nebyla stanovena v zadávací dokumentaci jasně. I v bodu 30 tohoto rozsudku citovaný rozsudek č. j. 1 As 150/2014 - 64 ze dne 19. 2. 2015 zastává (s ohledem na druh zadávacího řízení a skutkové okolnosti) závěr, že námitky proti zadávací dokumentaci je nutno vznést před podáním nabídky, ve speciální lhůtě dle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, nikoli až po následném vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení z důvodu vyřazení podané nabídky pro nesplnění požadavků zadavatele v zadávací dokumentaci. Konečně závěr, že pokud byl dodavatel ze zadávacího řízení vyloučen v souladu se zákonem, a to již pro nesplnění kvalifikačních kriterií, nemohly se jeho veřejných subjektivních práv dotknout další úkony zadavatele, které s jeho vyloučením nesouvisely, učinil Nejvyšší správní soud již ve vztahu k předchozí právní úpravě (zákon č. 40/2004 Sb.) v rozsudku ze dne 30. 8. 2007, č. j. 7 Afs 27/2007 - 706, na který rozsudek č. j. 1 As 150/2014 – 64 rovněž odkazuje (bod [21]).

[29] Z citované judikatury, i když nešlo o případy zcela identické s věcí nyní projednávanou, tak vyplývá, že rozhodnou skutečností pro posouzení včasnosti podání námitek dle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách proti zadávací dokumentaci je i zjištění, zda a v jaké fázi procesu zadání veřejné zakázky byl zájemce o účast v zadávacím řízení ze zadávacího řízení vyloučen, a zda k tomu došlo zákonným postupem.

[30] Zbývá proto zodpovědět otázku, zda vůbec lze na případ žalobce závěry citované rozhodovací praxe stěžovatele aplikovat (jak učinil krajský soud), podal-li žalobce námitky dle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách dle citované praxe sice včas, nicméně až poté, kdy již byl z předmětného zadávacího řízení vyloučen pro nesplnění kvalifikačních předpokladů a s odstupem několika měsíců od vyřízení žalobcových námitek proti jeho vyloučení z předmětného zadávacího řízení zadavatelem.

[31] Zájemci, kteří kvalifikaci nesplňují, jsou dle § 28 zákona o veřejných zakázkách rozhodnutím zadavatele z účasti v zadávacím řízení vyloučeni; k podání nabídek vyzývá

zadavatel již pouze ty zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace. Námitky proti rozhodnutí o vyloučení je nutné doručit zadavateli do 15 dnů od doručení rozhodnutí vyloučenému zájemci [§ 110 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách]. Pokud zájemce námitky proti rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení nepodá, připraví se tím o možnost toto rozhodnutí následně jakkoliv zvrátit [srov. § 110 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách]. Rozhodnutí zadavatele o námitkách proti vyloučení je možné napadnout u stěžovatele návrhem na přezkoumání postupu zadavatele.

[32] Zájemce, který byl pro nesplnění kvalifikačních požadavků vyloučen z účasti v užším zadávacím řízení oprávněně (jeho námitkám proti vyloučení nebylo vyhověno z žádného z jím uplatněných důvodů), již v další fázi zadávacího řízení nemá legitimaci ke zpochybnění ostatních úkonů zadavatele. Takový zájemce již nemá žádnou možnost do dalšího průběhu zadávacího řízení jakkoliv zasahovat, ledaže by bylo následně stěžovatelem (popř. správním soudem) rozhodnuto, že k vyloučení zájemce došlo protiprávně. V posuzovaném případě byl žalobce zadavatelem vyloučen ze zadávacího řízení dne 12. 3. 2013, proti tomuto úkonu zadavatele se bránil dne 25. 4. 2013. V době podání žalobcových námitek (dne 10. 12. 2013) proti kvalifikační dokumentaci ještě nebylo předsedou žalovaného pravomocně rozhodnuto o návrhu žalobce na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách proti vyloučení žalobce ze zadávacího řízení (bylo rozhodnuto dne 3. 12. 2013 jen v prvním stupni). Jak ovšem vyplývá z naračních částí tohoto rozsudku, návrh byl posléze pravomocně zamítnut rozhodnutím předsedy žalovaného ze dne 10. 4. 2014 a žalobce rozhodnutí o svém vyloučení následně nezvrátil ani s využitím přezkumu ve správním soudnictví (jeho žaloba byla zamítnuta rozsudkem krajského soudu ze dne 8. 10. 2015, č. j. 62 Af 41/2014 – 247, kasační stížnost žalobce proti tomuto rozsudku zamítl Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 20. 10. 2016, č. j. 5 As 213/2015 – 38).

[33] Žalovaný rozhodnutím ze dne 27. 6. 2014 návrh žalobce v nyní projednávané věci zamítl s tím, že návrh byl podán osobou neoprávněnou. Rozhodl tak poté, kdy již pravomocně byl zamítnut dříve podaný návrh žalobce proti jeho vyloučení ze zadávacího řízení pro nesplnění kvalifikačních předpokladů. Vyloučení žalobce zadavatelem ze dne 12. 3. 2013 ze zadávacího řízení bylo tak shledáno zákonným, pravomocně tak bylo potvrzeno, že žalobce pozbyl právo účasti v dalším průběhu zadávacího řízení.

[34] Jak je uvedeno výše, podmínkou řádně uplatněných námitek u zadavatele, resp. návrhu proti úkonům zadavatele je mimo jiné i tvrzení újmy ve smyslu § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, která navrhovateli skutečně hrozí nebo vznikla v důsledku domnělého (namítaného) porušení zákona o veřejných zakázkách. Jestliže žalobce v době podání námitek dne 10. 12. 2013 proti zadávacím podmínkám byl zadavatelem vyloučen z další účasti v zadávacím řízení, pak i jím tvrzená újma ve formě ušlého zisku z plnění veřejné zakázky byla újmou v zásadě hypotetickou. Tato újma je vázána na předpoklad, že rozhodnutí zadavatele o vyloučení žalobce a rozhodnutí o námitkách proti vyloučení, potažmo prvostupňové rozhodnutí stěžovatele o návrhu na přezkum tohoto rozhodnutí, jsou nezákonná a budou v budoucnu odstraněna. Právě a jen v příčinné souvislosti s těmito rozhodnutími o vyloučení žalobce ze zadávacího řízení mohla hrozit, nebo vzniknout žalobci reálná újma, pokud by se ukázalo, že byl vyloučen nezákonně. Vydáním

navazujícího rozhodnutí žalovaného i napadeného rozhodnutí předsedy žalovaného, však nemohla již žalobci vzniknout žádná újma, byl totiž již zájemcem dříve vyloučeným z účasti v zadávacím řízení. Konečně ani námitky podané v této věci ani návrh neobsahovaly konkrétní označení újmy, která by byla v příčinné souvislosti s tvrzeným porušením zákona.

[35] Nejvyšší správní soud z uvedených důvodů přisvědčil stěžovateli. Způsob, kterým stěžovatel dlouhodobě vykládal a aplikoval ustanovení § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, dle Nejvyššího správního soudu nebyl způsobilý vyvolat u žalobce legitimní očekávání, že je oprávněn brojit námitkami proti kvalifikační dokumentaci v zadávacím řízení, z něhož byl již několik měsíců předtím vyloučen, když všechny uváděné skutečnosti mohl uplatnit již v námitkách proti svému vyloučení. Takový výklad by postrádal jakýkoliv rozumný smysl a ve výše citovaných rozhodnutích stěžovatele výslovnou oporu nemá.

[36] Odkazovaná rozhodnutí stěžovatele, označená krajským soudem, vykládala ustanovení § 110 odst. 3 v souladu s jeho prvotním jazykovým výkladem a byla v otázce včasnosti námitek proti zadávací dokumentaci benevolentnější ve vztahu k zájemcům, kteří zadávací dokumentaci napadají. Tato rozhodnutí dospívají k závěru, že kvalifikační předpoklady jsou součástí zadávacích podmínek a v případě námitek proti nim je na místě použít speciální úpravu § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách (a nikoliv obecné pravidlo § 110 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, podle něhož lze úkon zadavatele napadnout nejpozději do 15 dnů od okamžiku, kdy se zájemce o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví). Bez ohledu na okamžik, kdy se zájemci s napadanou zadávací dokumentací skutečně seznámili, připouštěl stěžovatel i pozdější podání námitek proti kvalifikačním předpokladům; v některých případech za situace, kdy ještě nebyla vyhlášena ani lhůta k podání nabídek. Ve všech případech však šlo o zájemce, kteří doposud nebyli vyloučeni z účasti v zadávacím řízení, případně své námitky proti zadávací dokumentaci spojili bezprostředně s návrhem proti úkonu zadavatele o svém vyloučení. Nikoliv až s několikaměsíčním odstupem ve fázi, kdy zadávací řízení pokračuje se zájemci, kteří kvalifikační předpoklady splnili a vyloučeni nebyli.

IV.
Závěr a náklady řízení

[37] Z výše uvedených důvodů Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu podle ustanovení § 110 odst. 1 s. ř. s. zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. V něm bude krajský soud vázán právním názorem vyjádřeným výše.

[38] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodne krajský soud v novém rozhodnutí (§ 110 odst. 3 s. ř. s.).

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

V Brně dne 28. února 2018

Mgr. Jana Brothánková
předsedkyně senátu