



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Radovana Havelce a soudců JUDr. Miluše Doškové a JUDr. Vojtěcha Šimíčka v právní věci žalobce **Outulný, a. s.**, se sídlem Brno, Bohunická 133/50, zastoupeného JUDr. Martinem Buršíkem, advokátem se sídlem Jihlava, Masarykovo nám. 9, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 7. 3. 2013, č. j. 62 Af 67/2011 - 78,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II.** Žalovaný **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III.** Žalovaný **j e p o v i n e n** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti částku 4114 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám zástupce žalobce JUDr. Martina Buršíka.

O d ů v o d n ě n í :

Rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 9. 2011, č. j. ÚOHS-R26/2011-14851/2011/310-ASc (dále jen „rozhodnutí žalovaného“), byl, na základě ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zamítnut rozklad žalobce proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „žalovaný“) ze dne 11. 1. 2011, č. j. ÚOHS-S265/2010-18463/2010/530/RKř, kterým bylo zastaveno správní řízení zahájené dle ustanovení § 114 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), neboť zadavatel – Liberecký kraj (dále jen „zadavatel“) postupoval při vyloučení žalobce ze zadávacího řízení s názvem „*Výběr dodavatele stavby v rámci projektu zlepšení tepelně technických vlastností obvodových konstrukcí budov Střední školy řemesel a služeb, Jablonec n. Nisou*“

v souladu s tímto zákonem. Rozhodnutí žalovaného napadl žalobce u Krajského soudu v Brně žalobou, kterou se domáhal jeho zrušení. Rozsudkem krajského soudu ze dne 7. 3. 2013, č. j. 62 Af 67/2011 - 78, bylo žalobě vyhověno, napadené rozhodnutí bylo zrušeno a věc byla vrácena žalovanému k dalšímu řízení.

Krajský soud v odůvodnění svého rozsudku především uvedl, že s ohledem na § 75 odst. 1 soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“) nemohl přihlídnout k tomu, že předmětné zadávací řízení bylo po vydání napadeného rozhodnutí zrušeno, neboť při soudním přezkumu je nutno vycházet ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu. Dále nedal za pravdu námitce nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí s tím, že ač se jednalo o rozhodnutí poměrně stručné, zabývalo se řádně a dostatečně všemi rozkladovými námitkami. Krajský soud nicméně žalobci přisvědčil v tom, že způsob, jakým byly žalovaným vypořádány rozkladové námitky, nebyl v souladu se zákonem. S odkazem na ustanovení § 77 odst. 1, 2, 4 a 6 ZVZ poukázal na text rozhodnutí o vyloučení žalobce ze zadávacího řízení, v němž zadavatel uvedl, že zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny tak, jak je žalobce podal při prvním jednání hodnotící komise, shledal jako neopodstatněné, a dodal, že některé uchazečem navrhované a naceněné materiály neodpovídají požadavkům zahrnutým v projektové dokumentaci ke stavbě. Podle krajského soudu je přinejmenším matoucí, pokud stěžovatel jako důvod vyloučení uvedl spolu s neopodstatněným zdůvodněním mimořádně nízké nabídkové ceny i nesoulad předložené nabídky se zadávací dokumentací, neboť to s mimořádně nízkou nabídkovou cenou nijak nesouvisí a zakládalo by to samostatný důvod vyloučení. Skutečný důvod vyloučení tak není zřejmý, což je umocněno tím, že rozhodnutí o vyloučení neobsahuje odkaz na ustanovení ZVZ. Tuto nejasnost mělo sice osvětlit odborné posouzení autorizovaného inspektora Ing. Josefa Fencla ze dne 7. 5. 2010, které tvořilo přílohu rozhodnutí o vyloučení, nicméně krajský soud naznal, že vzhledem k dikci § 76 odst. 6 ZVZ to může být jedině zadavatel, kdo uchazeči sdělí důvody jeho vyloučení. Krajský soud tak nedal žalovanému za pravdu v tom, že postačí, aby se zadavatel omezil pouze na sdělení, že uchazeče vylučuje, a stran důvodů vyloučení odkázal na přiložené odborné vyjádření. Krajský soud tím nevyločil možnost využít při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny odborného posouzení (naopak tento postup označil za mnohdy nezbytný), avšak setrval na tom, že odborné posouzení je pouze jedním z podkladů, z nichž hodnotící komise vychází, protože posouzení nabídky nemůže být odborným posouzením nahrazeno. Zdůraznil, že hodnotící komise se nemusí vždy ztotožnit se všemi závěry odborného posudku, a právě proto je nutné, aby relevantní části odůvodnění odborného posudku byly převzaty do rozhodnutí o vyloučení uchazeče. Jedině takový postup vyhovuje zásadě transparentnosti (§ 6 ZVZ) a zaručuje, že hodnotící komise a potažmo zadavatel budou jednoznačně a srozumitelně formulovat důvody, pro které byla uchazečova nabídka vyřazena a uchazeč byl vyloučen; vyloučený uchazeč se tak může s důvody vyloučení seznámit a případně se proti nim bránit. Krajský soud závěrem poukázal na nedostatek jednoznačnosti a srozumitelnosti odborného posouzení Ing. Fencla, neboť kromě posouzení nabídky jiného uchazeče obsahuje i právní závěry a navíc bylo zpracováno se zohledněním rozhodnutí žalovaného. Dospěl proto k závěru, že v situaci, kdy zadavatel přistoupil ke zpracování odborného posouzení, bylo na místě seznámit s ním žalobce a učinit jej východiskem pro formulaci prvotní výzvy k vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny žalobce. Krajský soud uzavřel, že shledal-li nezákonnost postupu zadavatele při vyloučení žalobce, již se nezabýval dalšími žalobními námitkami, tj. tím, zda nabízená cena byla skutečně mimořádně nízká.

Proti tomuto rozsudku brojil žalovaný (dále jen „stěžovatel“) kasační stížností odkazující na důvody uvedené v ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s.

pokračování

Stěžovatel v kasační stížnosti především označuje napadený rozsudek soudu za nepřezkoumatelný, neboť krajský soud na jedné straně dospívá k závěru, že je předmětný úkon zadavatele nejasný a že tuto nejasnost nelze odstranit ani odborným posouzením; na druhé straně však obsah takového právního úkonu právně posuzuje. Z konstantní judikatury Nejvyššího soudu (viz rozsudek ze dne 27. 3. 2007, sp. zn. 33 Odo 239/2005) vyplývá, že před posouzením souladu právního úkonu se zákonem musí být nejprve najisto postaveno, co je jeho obsahem. Vzhledem k tomu, že vztah mezi zadavatelem a uchazečem v zadávacím řízení je vztahem soukromoprávním (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 3. 1. 2013, č. j. 62 Af 64/2011 - 41), měl by krajský soud interpretovat a následně posoudit úkon zadavatele podle relevantní soukromoprávní úpravy, tedy podle § 37 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“). Krajský soud proto pochybil, pokud rozhodnutí zadavatele o vyloučení žalobce z další účasti v zadávacím řízení posoudil nejprve jako nejasný právní úkon, nicméně přesto jej následně posuzoval z hlediska souladu s ustanovením § 76 odst. 6 ZVZ, aniž by své pochybnosti o obsahu úkonu odstranil výkladem nebo jiným dovoleným způsobem (rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 9. 2012, sp. zn. 32 Cdo 2301/2011).

Dále stěžovatel napadá názor krajského soudu, že odůvodnění rozhodnutí o vyloučení uchazeče musí obsahovat popis úvah zadavatele, respektive hodnotící komise. Povinnost uvádět v rozhodnutí o vyloučení úvahy, které vedly k vyřazení nabídky, a uvádět konkrétní ustanovení ZVZ, nemá, dle názoru stěžovatele, oporu v platném právu. Krajský soud nesprávně interpretoval § 76 odst. 6 ZVZ; z tohoto ustanovení se pouze podává, že zadavatel bezodkladně písemně oznámí uchazeči vyloučení včetně důvodů, nikoli však své úvahy, na základě kterých dospěl k vyloučení uchazeče. Zadavatel nemá povinnost ani tyto důvody kvalifikovat či podrobně rozvádět úvahy, kterými se řídila hodnotící komise. Krajským soudem tvrzená povinnost tedy nejenže nemá zákonnou oporu (*a contrario* § 80 odst. 1 ZVZ, který ukládá zadavateli podrobně popsat způsob hodnocení nabídek), ale postrádá rovněž praktický smysl, protože úvahy hodnotící komise nepodléhají přezkumu ze strany stěžovatele (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2004, č. j. 2 A 9/2002 - 62; všechny rozsudky zdejšího soudu jsou dostupné z <http://www.nssoud.cz>), ani ze strany správního soudu. Stěžovatel dodává, že výkladem zákona nelze vytvářet nové právní povinnosti (v zákoně nezakotvené), a to ani na základě či za pomoci § 6 ZVZ; zde se stěžovatel opírá o rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 6. 2011, č. j. 9 Afs 3/2011 - 106. Dále stěžovatel trvá na tom, že na odůvodnění rozhodnutí zadavatele nelze klást takové nároky, jako na odůvodnění mocenského rozhodnutí orgánu aplikace práva, jehož náležitosti jsou, na rozdíl od náležitostí rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazečů, výslovně a podrobně upraveny v právních předpisech. S odkazem na rozsudky zdejšího soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 63, a ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012 - 54) stěžovatel uvádí, že *„má-li být posouzeno, zda je zadavatel pouze 'nešikovný' při úkonech, které jsou nepoměrně složitější, a zároveň které je povinen učinit, tak na druhé straně nelze zadavateli uložit v zákoně nezakotvené a vysoce specializované povinnosti jako je právní kvalifikace a uvedení úvah, kterými se zadávací komise při posouzení nabídky řídila“*.

Stěžovatel se neztotožňuje s krajským soudem ani v náhledu na nejednoznačnost rozhodnutí zadavatele o vyloučení žalobce ze zadávacího řízení a má zato, že zadavatel dostatečně určitě a srozumitelně podal, že vylučuje žalobce z důvodu neopodstatněného zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, a také proto, že uchazečem nabízené materiály nejsou v souladu s požadavky obsaženými v zadávací dokumentaci. Krajský soud tak úkon zadavatele hodnotil nesprávně jako nejasný; není přitom zřejmé, na základě jakého ustanovení ZVZ k tomuto závěru dospěl, jakou relevanci tato údajná nejasnost má a z jakých skutkových

zjištění je dovozena. Ze všech výše uvedených důvodů proto stěžovatel navrhuje, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Žalobce ke kasační stížnosti uvedl, že mu není zřejmé, v čem by měla spočívat namítaná nepřezkoumatelnost rozsudku krajského soudu. Naprosto lichý je pak právní názor stěžovatele, že na rozhodnutí zadavatele by mělo být nazíráno jako na soukromoprávní úkon. Při zadávání veřejných zakázek nevystupuje zadavatel jako nekontrolovatelný účastník soukromoprávních vztahů; jeho rozhodnutí spadají do oblasti veřejného práva, a tedy jejich forma a obsah jsou určovány právním předpisem a podléhají přezkumu stěžovatelem a správními soudy. V opačném případě by musela být popřena i pravomoc stěžovatele k dohledu nad činností zadavatelů při zadávání veřejných zakázek. V tomto duchu reaguje žalobce i na zpochybňovanou povinnost zadavatele podávat řádné zdůvodnění svého rozhodnutí s tím, že o „*vysoce specializovanou povinnost*“, kterou po něm nelze ve výhradně soukromoprávních vztazích vyžadovat. Ve zbytku potom žalobce odkazuje na svá předchozí podání. Závěrem dodává, že stěžovatel nesprávně vykládá výtky krajského soudu, když uvádí, že po zadavateli nelze žádat, aby v rozhodnutí o vyloučení uchazeče prezentoval své úvahy. Krajský soud zcela jasně vyložil, že zadavatel je povinen jasně a přezkoumatelně vysvětlit, na základě čeho dospěl k naplnění hypotézy právní normy, podle níž rozhodl, což je bazální otázka obsahu a formy rozhodnutí. Z výše uvedených důvodů žalobce navrhuje, aby kasační stížnost byla zamítnuta a aby mu byly přiznány náklady kasačního řízení.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v rozsahu podané kasační stížnosti (§ 109 odst. 3 s. ř. s.) a z důvodů v ní uvedených (§ 109 odst. 4, věta před středníkem s. ř. s.). Ve věci přitom rozhodl bez nařízení jednání za podmínek vyplývajících z § 109 odst. 2, věty první s. ř. s.

Kasační stížnost není důvodná.

Nejvyšší správní soud se nejprve musel zabývat námitkou nepřezkoumatelnosti rozsudku krajského soudu [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.], která má spočívat v tom, že krajský soud sice na jedné straně shledal rozhodnutí o vyloučení žalobce ze zadávacího řízení jako nejasný úkon zadavatele, nicméně i přesto jeho obsah dále právně posuzoval. Teprve poté, dospěje-li kasační soud k závěru, že soudní rozhodnutí přezkoumatelné je, může se zpravidla zabývat dalšími stížnostními námitkami (viz například rozsudek zdejšího soudu ze dne 8. 3. 2005, č. j. 3 As 6/2004 - 105, publikovaný pod č. 617/2005 Sb. NSS).

Problematika nepřezkoumatelnosti soudního rozhodnutí je v judikatuře Nejvyššího správního soudu bohatě zastoupena (viz například rozsudky ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 - 75, ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003 - 52, ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004 - 73, č. 787/2006 Sb. NSS, ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005 - 44, č. 689/2005 Sb. NSS, ze dne 25. 5. 2006, č. j. 2 Afs 154/2005 - 245, ze dne 17. 1. 2008, č. j. 5 As 29/2007 - 64). Důvodem nepřezkoumatelnosti soudního rozhodnutí může být jednak nedostatek důvodů (jde o případy nedostatku skutkových důvodů, z nichž takové rozhodnutí vychází), jednak nesrozumitelnost. Právě na případ posledně zmiňovaný míří argumentace stěžovatele, namítající vnitřní rozpornost úvah krajského soudu, při hodnocení jedné z klíčových skutkových otázek.

Nejvyšší správní soud takové hodnocení argumentace krajského soudu nesdílí. Krajský soud nepovažoval rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení za nesrozumitelné, ale poukázal na jeho deficity, které ve svém souhrnu nedávají jednoznačnou

pokračování

odpověď na otázku, jaké konkrétní důvody zadavatele k tomuto postupu vedly; tato zjištění přitom konfrontoval s požadavky zákona na takový úkon kladenými. Argumentace krajského soudu tak není vnitřně rozporná, jak namítá stěžovatel; otázka správnosti hodnocení skutkových zjištění je přitom otázkou jinou, která musí být vypořádána v rámci kasačního důvodu opírajícího se o ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. (nesprávné právní hodnocení věci). Lze tak konstatovat, že výhrady stěžovatele vůči citované pasáži rozsudku krajského soudu kasační důvod podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. nenaplňují, přičemž věcně bude tato argumentace krajského soudu rozebrána dále.

Pokud jde o otázku, zda krajský soud posoudil věc správně z hlediska aplikované právní úpravy [§ 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.], klíčovou stížnostní námitkou je nesouhlas stěžovatele se závěrem krajského soudu, že rozhodnutí zadavatele o vyloučení žalobce ze zadávacího řízení nevyhovělo požadavkům uvedeným v § 76 odst. 6, § 77 odst. 6 a § 77 odst. 1 ZVZ. V rámci této hlavní námitky potom stěžovatel napadá řadu dílčích úvah krajského soudu, které v konečný závěr vyústily. V konkrétní rovině tak předkládá zdejšímu soudu k posouzení otázku určitosti úkonu zadavatele a s tím související povahu vztahu mezi zadavatelem a uchazeči, dále interpretaci pojmu „*důvody vyloučení*“ a konečně pozici odborného posudku v procesu posouzení a hodnocení nabídek.

Nejvyšší správní soud se nejprve zaměřil na problematiku povahy vzájemného vztahu mezi zadavatelem a uchazeči o veřejnou zakázku. Zde lze dát stěžovateli zapravdu v tom, že vztah mezi dodavatelem a zadavatelem má soukromoprávní charakter, byť s výhradou, že určité povinnosti zadavatele vyplývají z práva veřejného a jejich (ne)splnění se promítá do veřejných subjektivních práv uchazečů. V názoru na principiálně soukromoprávní povahu vztahu mezi zadavatelem a uchazeči zdejší soud vychází ze svého dřívějšího rozsudku ze dne 24. 4. 2013, č. j. 1 Afs 2/2013 - 46, v němž akceptoval tento náhled vyslovený předchozí soudní instancí (rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 3. 1. 2013, č. j. 62 Af 64/2011 - 41, na který mj. odkazuje rovněž stěžovatel v kasační stížnosti), byť částečně korigoval jeho kategoričnost. Jestliže tedy Nejvyšší správní soud v minulosti pojal některé úkony činěné v průběhu zadávacího řízení tím způsobem, že svými účinky překračují hranice práva soukromého a vstupují do práva veřejného, pak do této množiny nepochybně spadá také rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení.

Předmětem přezkumu ze strany stěžovatele, v řízení vedeném dle § 113 a násl. ZVZ, je totiž právě ten aspekt jednání zadavatele či jednotlivých uchazečů, který překračuje soukromoprávní charakter jejich vztahu. Úkolem stěžovatele je zkoumat, do jaké míry vyhověl úkon zadavatele požadavkům ZVZ; pokud zjistí, že zadavatel nedostal všem svým povinnostem, rozhodne, jaký prostředek nápravy přijme či jakou sankci za toto porušení zadavateli uloží. Hranice mezi rovinami práva veřejného a soukromého je mnohdy nezřetelná, a proto nejednou dochází k jejich vzájemnému prolínání. K jistotě v tomto rozhraničení nepřispívá, že ani v ryze veřejnoprávním rámci přezkumu není vyloučeno, aby se orgán dohledu (stěžovatel) zabýval rovněž otázkami typicky soukromoprávními, jako je například určitost, potažmo platnost právních úkonů, neboť podle § 57 odst. 1 správního řádu si správní orgán může učinit úsudek o otázce, jíž nepřísluší správnímu orgánu rozhodnout a o které nebylo dosud pravomocně rozhodnuto (tzv. předběžná otázka), s výjimkou úsudku o tom, zda byl spáchán trestný čin, přestupek nebo jiný správní delikt a kdo za něj odpovídá, ani o otázkách osobního stavu. Správní orgán může k zahájení příslušného řízení dát rovněž podnět [§ 57 odst. 1 písm. a) správního řádu] nebo vyzvat účastníka či jinou osobu, aby příslušné řízení iniciovala sama [§ 57 odst. 1 písm. b) správního řádu]. Obdobnou úpravu pak obsahuje i § 52 odst. 2 s. ř. s., ve vztahu ke správním soudům.

At' už je to správní orgán nebo (jako tomu bylo v nyní posuzovaném případě) správní soud, kdo si o otázce určitosti, respektive platnosti právního úkonu (zde rozhodnutí o vyloučení žalobce z další účasti v zadávacím řízení) učiní úsudek sám, musí mít na zřeteli, že závěr o neurčitosti právního úkonu, který má za následek jeho neplatnost podle § 39 občanského zákoníku, činí z povahy věci irrelevantními následné úvahy o tom, zda tento úkon vyhovuje požadavkům jiného právního předpisu. Pokud je totiž právní úkon neplatný, jeho právní účinky vůbec nenastávají; zamýšlená práva a povinnosti z takového jednání nemohou vzniknout a hledí se na něj, jako by vůbec nebyl učiněn (viz například rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. 12. 2012, sp. zn. 22 Cdo 919/2011; rozhodnutí Nejvyššího soudu jsou dostupná z www.nsoud.cz). Logicky tu pak není nic, co by mohlo být se ZVZ v rozporu nebo souladu. V kontextu výše uvedeného lze tedy dát stěžovateli za pravdu, že pokud vyvstaly krajskému soudu pochybnosti o určitosti a jednoznačnosti úkonu zadavatele, měl při svých úvahách pamatovat na výše předestřenou logickou posloupnost učiněných závěrů tak, jak byly předestřeny v naposledy citovaném rozhodnutí Nejvyššího soudu.

Co se týče opakovaně zmíněné kategorie určitosti písemného projevu vůle, rozhodovací praxe Nejvyššího soudu se ustálila na náhledu, že *určitost* představuje objektivní kategorii a určitý projev vůle by neměl vzbuzovat důvodné pochybnosti o jeho obsahu ani u osob, které nejsou účastníky daného smluvního vztahu (srov. například rozsudky ze dne 26. 3. 2008, sp. zn. 32 Odo 1242/2005, a ze dne 29. 10. 1997, sp. zn. 2 Cdon 257/97). V citovaných rozsudcích dovedl Nejvyšší soud i to, že právní úkon je neurčitý (a tedy neplatný) tehdy, je-li vyjádřený projev vůle sice po jazykové stránce srozumitelný, avšak nejednoznačný, přičemž neurčitost tohoto obsahu nelze odstranit a překlenout ani za použití výkladových pravidel. Bylo-li výše konstatováno, že podstatnou náležitostí rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče je uvedení důvodů vyloučení (§ 76 odst. 6 ZVZ), pak důvody vyloučení představují *essentialia negotii* tohoto právního úkonu. Pochyby na straně krajského soudu o určitosti a jednoznačnosti se týkaly právě jich, a to v tom směru, že podle mínění krajského soudu nebylo zřetelné, zda tu existoval vylučovací důvod jeden, nebo zda těchto důvodů bylo více.

Rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, jakkoli při jeho vydání nevystupuje zadavatel vůči uchazeči ve vrchnostenském postavení, musí dostát požadavkům uvedeným v § 76 odst. 6 ZVZ, tedy musí obsahovat důvody vyloučení a musí být vylučovanému uchazeči písemně oznámeno. Tyto povinnosti úzce souvisí s právem uchazeče bránit se proti svému vyloučení námitkami (§ 110 an. ZVZ) a posléze, nevyhoví-li jim zadavatel, také návrhem na zahájení správního řízení o přezkumu úkonů zadavatele u stěžovatele (§ 114 ZVZ). Ustanovení § 110 odst. 5 ZVZ (nyní obdobně § 110 odst. 9 ZVZ) podmiňuje podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele podáním řádných námitek ve stejné věci; přitom platí, že podání námitek je nutno posuzovat nikoli pouze formálně, ale především materiálně. To v praxi znamená, že pokud uchazeč určité pochybení zadavateli nevytýkal již v námitkách proti jeho úkonu či rozhodnutí, nemůže tak již relevantně a úspěšně učinit v návrhu na zahájení správního řízení. Při vědomí této (do jisté míry) obdoby zásady koncentrační tedy platí, že obsah návrhu na zahájení řízení o přezkumu úkonů zadavatele je determinován obsahem podaných námitek a že uchazeč nemůže úspěšně návrhem brojit proti něčemu, co zadavateli v námitkách nevytkl. Na druhou stranu, aby tak mohl učinit, musí uchazeč znát v dostatečně podrobné míře důvody, pro které zadavatel postupoval zvoleným způsobem. Je potom logické, že nelze připustit, aby zadavatel absentující důvody dodatečně prezentoval teprve v rozhodnutí o námitkách proti svému úkonu. Rovnost zadavatele a uchazeče se potom projevuje i v opačném směru, neboť obdobně ztíženou pozici by měl zadavatel, pokud by bylo přípustné, aby si uchazeč nechával některé námitky „v záloze“ na pozdější dobu (projevem tohoto přístupu je například

pokračování

časové omezení možnosti uplatnění některých typů námitek, například proti zadávacím podmínkám). Požadavek § 76 odst. 6 ZVZ, aby byl vyloučený uchazeč seznámen s důvody svého vyloučení, má proto vliv na podobu jeho dalších procesních kroků, a to jednak na obsah námitek proti rozhodnutí o vyloučení, jednak na obsah následného návrhu na zahájení správního řízení o přezkumu úkonů zadavatele.

Nejvyšší správní soud se dále plně ztotožňuje s pojetím *důvodů vyloučení* podle § 76 odst. 6 ZVZ tak, jak je předestřel krajský soud, a ve shodě s ním se přiklonil k širší interpretaci tohoto pojmu. V tomto širším pojetí musí jít nikoli jen o lapidární sdělení některé z variant předpokládaných ustanovením § 76 odst. 1 a § 77 odst. 6 ZVZ, ale musí být objasněno, na čem se nedostatky nabídky zakládají, a to do té míry, aby je uchazeč byl schopen pochopit a měl možnost s nimi kvalifikovaně polemizovat. Aby zadavatel tomuto požadavku dostál, nemusí nezbytně odkazovat na příslušné ustanovení ZVZ (což mu skutečně ZVZ ani neukládá), ačkoli takový postup nepochybně zvyšuje míru jistoty adresáta a transparentnosti úkonu zadavatele jako celku. Nejvyšší správní soud opakuje, že rozhodnutí o vyloučení uchazeče má významný přesah do jeho veřejných subjektivních práv, neboť je svým obsahem určující pro kvalitativní stránku námitek proti úkonům zadavatele (§ 110 an. ZVZ) a potažmo i návrhu na zahájení řízení o přezkumu úkonů zadavatele (§ 113 an. ZVZ). Na kvalitě obou procesních kroků vyloučeného či jinak neúspěšného či nespokojeného uchazeče závisí jeho procesní úspěšnost v řízení před stěžovatelem. Ostatně, postup zadavatele, který k rozhodnutí o vyloučení žalobce sám připojil odborný posudek autorizovaného inspektora Ing. Josefa Fencla, jež se zabýval primárně nabídkami dvou uchazečů (mezi nimi i žalobce), nasvědčuje tomu, že i zadavatel vnímal minimálně jako férové seznámit vyloučené uchazeče s úvahami, které ho vedly k přijetí rozhodnutí o jejich vyloučení (jakkoli jeho konkrétní postup, jak bude vysvětleno dále, požadavkům § 76 odst. 6 ZVZ nevyhovuje).

Krajskému soudu lze přisvědčit i v tom, že je to zadavatel, kdo je povinen oznámit uchazeči jeho bezodkladné vyloučení a seznámit ho s důvody vyloučení (§ 76 odst. 6 věta druhá ZVZ). Není to tedy hodnotící komise, a tím méně pak jí přizvaný znalec z příslušného oboru, kdo má uchazeči (žalobci) důvody vyloučení ozřejmit. V tomto ohledu je zákonná díkce naprosto jasná a nepřipouští žádný jiný výklad. Krajský soud správně podotkl, že stejně jako fakultativně vyžádané odborné posudky představují podklad pro posouzení nabídek hodnotící komisí, jsou závěry hodnotící komise taktéž pouhým podkladem pro rozhodnutí zadavatele. Stejně jako není ojedinělé, že se hodnotící komise neztotožní plně s vypracovaným odborným posouzením a za své přijme jen některé z jeho závěrů (což by mělo být náležitě zaprotokolováno podle § 75 odst. 5 ZVZ), tak ani zadavatel nemusí bez výhrad převzít názor hodnotící komise.

Dlužno souhlasit se stěžovatelem, že vlastní akt posouzení a hodnocení nabídek, pokud by byl napadán, nemůže podléhat dohledové činnosti stěžovatele, neboť jde nikoli o dodržení zákonem stanovených procesních postupů, ale o myšlenkový proces, odehrávající se ve sféře vědomí hodnotitelů. Aplikovat na toto hodnocení principy práva procesního proto není možné (což bylo ostatně konstatováno již v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2004, č. j. 2 A 9/2002 - 62, na který se stěžovatel v kasační stížnosti odvolával). To však nijak nekoliduje požadavku, aby vyloučený uchazeč měl možnost se proti svému vyloučení účinně bránit, a to by nebylo dost dobře možné, kdyby neměl zcela jasno v tom, o jaké skutečnosti se důvod jeho vyloučení opírá. To lze demonstrovat přímo na skutkovém pozadí souzené věci, kdy jedním z důvodů vyloučení žalobce byl i nesoulad nabídky s projektovou dokumentací, tj. se zadávacími podmínkami. Žalobci naprosto logicky musela vyvstat otázka, v čem konkrétně nesplnil podmínky projektové dokumentace

a čeho konkrétně se tento nesoulad týkal, a pokud očekával, že mu rozhodnutí o vyloučení poskytne na tuto otázku jednoznačnou odpověď, šlo o očekávání legitimní.

K poukazu stěžovatele na odlišnou dikci § 76 odst. 6 ZVZ a § 80 odst. 1 ZVZ, který upravuje náležitosti zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, Nejvyšší správní soud uvádí, že v naposledy uvedeném případě lze skutečně právní úpravu obsahu zprávy o posouzení a hodnocení nabídek označit za podrobnější, a tedy i pro zadavatele přísnější (podrobně stanovené požadavky na obsah zprávy o posouzení a hodnocení nabídek souvisí nepochybně s tím, že se jedná o stěžejní dokument celého zadávacího procesu), rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení poté, co byla jeho nabídka vyřazena z posouzení a hodnocení, však v zadávacím řízení nemá o nic méně důležité postavení, neboť i jeho důsledkem je faktická neúspěšnost nabídky daného uchazeče. Nejvyšší správní soud není povolán k tomu, aby podával obecně platný návod, jak má vypadat odůvodnění rozhodnutí o vyloučení uchazeče (podle § 76 odst. 6 ZVZ), nehledě na to, že takové teoretické pokusy často při střetu s praktickými situacemi ztroskotávají. Lze ovšem souhlasit s tím, že § 76 odst. 6 ZVZ nepředpokládá, že rozhodnutí o vyloučení uchazeče bude disponovat odůvodněním téhož stupně podrobnosti jako zpráva o posouzení a hodnocení nabídek, a už vůbec nelze toto odůvodnění co do náležitostí srovnávat s odůvodněním správního nebo soudního rozhodnutí. Požadavkem, od něhož však není možné ustoupit, je, aby se vyloučený uchazeč mohl seznámit s důvody svého vyloučení do té míry, aby s nimi bylo možné relevantně polemizovat. Dostatečnost odůvodnění bude proto třeba zkoumat v každém konkrétním případě jednotlivě, v návaznosti na specifické skutkové okolnosti věci.

Na základě výše uvedených závěrů lze konstatovat, že výtky krajského soudu směřující proti způsobu, jakým zadavatel rozhodl o vyloučení žalobce, jako uchazeče, z další účasti v zadávacím řízení, v převážné části ob stojí. V rozhodnutí sice byly obsaženy všechny podstatné náležitosti (včetně důvodů vyloučení, které výslovně požaduje § 76 odst. 6 ZVZ), zadavatel však pochybil, pokud zde neuvedl důvody vyloučení v podrobnostech, které by uchazeči umožňovaly jednoznačně pochopit úvahy, které k jeho vyloučení vedly. Jakkoli tyto deficity odůvodnění rozhodnutí zadavatele nedosahují intenzity neplatnosti právního úkonu (pro neurčitost jeho obsahu), je evidentní, že požadavek na zajištění efektivní obrany vyloučeného uchazeče proti tomuto postupu nebyl postupem zadavatele bezesbýtku naplněn. Tento nedostatek odůvodnění rozhodnutí o vyloučení žalobce nebylo možné zhojit ani odkazem na odborné posouzení, neboť o vyloučení má rozhodnout zadavatel sám, nikoli jeho hodnotící komise nebo dokonce snad znalec z příslušného oboru. Krajskému soudu lze přisvědčit i v tom, že bylo-li žalobci oznámeno, že důvodem jeho vyloučení je jednak předložení nabídky, která obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu bez jejího dostatečného zdůvodnění (§ 77 odst. 1 ZVZ), jednak nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách, respektive v projektové dokumentaci (§ 76 odst. 1 ZVZ), jde o sdělení do jisté míry vnitřně rozporné. Zde lze poukázat na rozsudek zdejšího soudu ze dne 21. 12. 2010, č. j. 9 Afs 69/2010 - 175, z něhož se podává, že pokud „(...) nabídka žalobce v rámci dílčího hodnotícího kritéria D vůbec nevyhověla zadávací dokumentaci, a k jeho nabídce tak nemělo být zadavatelem přiblíženo, nebylo na místě se zabývat ani otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 77 (...) [ZVZ]. Postup podle tohoto ustanovení je (...) určen k obsahové korekci cenových nabídek učiněných v souladu s právními předpisy a vyhovujících požadavkům zadavatele stanoveným v zadávací dokumentaci. Postupem dle § 77 (...) [ZVZ] však naopak nelze zhojit absolutní nedostatek nabídky nevyhovující zadávací dokumentaci.“. Pokud tedy v nyní souzené věci jeden z důvodů, o které zadavatel rozhodnutí o vyloučení žalobce opřel (nesplnění požadavků uvedených v projektové dokumentaci), očividně konzumoval vylučovací důvod druhý (předložení nabídky, která obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou

pokračování

cenu), přičemž oba tyto důvody zadavatel v odůvodnění věcně (byť nikoliv dostatečně) zdůvodnil, může mít takový postup adresátem vnímán jako poněkud matoucí.

V čem se Nejvyšší správní soud s názorem krajského soudu (byť vysloveným fakticky pouze *obiter dictum*) neztotožňuje, je tvrzení, že zadavatel měl uchazeči (žalobci) formulovat výzvu k vysvětlení nabídkových cen ve vztahu k vyžádanému odbornému posouzení. Ač lze souhlasit, že takový postup zadavatele by byl dozajista vůči žalobci vstřícný a nepředstavoval by porušení zákona, je nutno přisvědčit stěžovateli, že ZVZ zadavatelé, respektive jeho hodnotící komisi, povinnost nechat vypracovat odborný posudek k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny neukládá. Tím spíše mu pak neukládá povinnost seznamovat s obsahem tohoto posudku jednotlivé uchazeče, a to ani předem (jako součást žádosti o zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné), ani posléze (tj. poté, co posouzení nabídek z hlediska, zda některá neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, proběhne). Jak bylo opakovaně uvedeno, odborný posudek je toliko podkladem pro rozhodnutí hodnotící komise; nejsou-li její úvahy předmětem přezkumu ze strany stěžovatele a správních soudů, nemohlo být předmětem přezkumu samo toto odborné posouzení, a tudíž (ne)seznámení uchazeče přímo s tímto posouzením nemá přímé dopady do jeho veřejných subjektivních práv. Je nicméně nutno opětovně zdůraznit, že tím není dotčena povinnost hodnotící komise zaprotokolovat do protokolu o svém jednání, které části odborného posouzení přejala za své, a povinnost zadavatele osobně formulovat důvody vyloučení uchazeče přímo v rozhodnutí o vyloučení takovým způsobem, aby vyloučenému uchazeči bylo umožněno pochopit úvahy, na nichž se toto rozhodnutí zakládá. O možnosti napadnout úkony zadavatele námitkami a následně návrhem na zahájení řízení zde pochyb ani v nejmenším není, a tímto způsobem se také ochrana veřejných subjektivních práv vyloučeného uchazeče realizuje.

Jak je patrné z výše uvedeného, Nejvyšší správní soud shledal kasační stížnost jako nedůvodnou, neboť nosné důvody napadeného rozsudku, které vedly ke zrušení rozhodnutí stěžovatele, obstojí. Korigován byl jen ne zcela příléhavý dílčí právní názor krajského soudu, který však na *ratio decidendi* jeho argumentace neměl zásadní vliv. Takový postup kasačního soudu plně odpovídá požadavku hospodárnosti a rychlosti soudního řízení (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 4. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007 - 75, publikované pod č. 1865/2009 Sb. NSS). Zdejšímu soudu tak nezbylo, než za podmínek vyplývajících z ustanovení § 110 odst. 1, věty druhé s. ř. s., rozsudkem kasační stížnost zamítnout.

O náhradě nákladů tohoto řízení bylo rozhodnuto ve smyslu ustanovení § 60 odst. 1, věty první s. ř. s., ve spojení s ustanovením § 120 s. ř. s., dle kterého 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. Vzhledem k tomu, že stěžovatel byl v řízení o kasační stížnosti procesně neúspěšný, právo na náhradu nákladů řízení mu nenáleží. Pokud jde o procesně úspěšného účastníka – žalobce, ten ve svém vyjádření ke kasační stížnosti ze dne 11. 6. 2013 požadoval přiznání náhrady nákladů řízení o kasační stížnosti, aniž by však náklady řízení vyčíslil. Nejvyšší správní soud proto vycházel ze skutečností zřejmých ze spisu. Podle obsahu spisu učinil zástupce žalobce v řízení o kasační stížnosti jeden úkon ve věci samé, a to sepis a podání vyjádření ke kasační stížnosti stěžovatele ze dne 11. 6. 2013. Podle § 9 odst. 4 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátní tarif (dále jen „advokátní tarif“), účinné od 1. 1. 2013, se za tarifní hodnotu žalob, kasačních stížností a dalších právních věcí projednávaných podle soudního řádu správního, s výjimkou věcí podle § 9 odst. 2 advokátního tarifu, považuje částka 50 000 Kč. Sazba mimosmluvní odměny za jeden úkon právní služby tak podle § 7 bod 2 advokátního tarifu činí

3100 Kč. K této odměně náleží náhrada hotových výdajů podle § 13 odst. 3 advokátního tarifu ve výši 1 x 300 Kč. Zástupce žalobce zdejšímu soudu nedoložil, zda je plátcem DPH, avšak ze spisu krajského soudu bylo zjištěno, že je podle osvědčení o registraci ze dne 1. 12. 2008 plátcem DPH. Nejvyšší správní soud tedy zvýšil přiznané náklady řízení o DPH v platné sazbě 21 % (tj. o hodnotu 714 Kč) a přiznal žalobci náklady řízení ve výši 4114 Kč.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 20. května 2014

Mgr. Radovan Havelec v. r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Kateřina Krejčí