Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno
Došlo: 11 -10- 2007
18580/2007/310
Číslo: 026441/2007
Vyřizuje:
Přílohy:

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Elišky Cihlářové a soudců JUDr. Jaroslava Hubáčka a JUDr. Ludmily Valentové v právní věci stěžovatelů **a) Autostrade S.p.A.**, se sídlem Roma, Via Alberto Bergamini 50, Itálie, **b) Autostrade per l'Italia S.p.A.**, se sídlem Roma, Via Alberto Bergamini 50, Itálie, obou zastoupených Michalem Dlouhým, advokátem se sídlem v Praze 1, Na Příkopě 8, za účasti **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem v Brně, třída Kpt. Jaroše 7, a osob zúčastněných na řízení **1) Kapsch TrafficCom AG**, se sídlem Wien, Wagenseilgasse 1, Rakousko, **2) Kapsch s. r. o.**, se sídlem Praha 8, Ke Štvanici 656/3 (dříve KAPSCH TELECOM spol. s r. o., se sídlem Praha 1, Nové Město, Opletalova 1015), **3) Kapsch BusinessCom AG**, se sídlem Wien, Wienerbergstrasse 53, Rakousko, **4) Kapsch CarrierCom AG**, se sídlem Wien, Am Europlatz 5, Rakousko, **5) Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r. o.**, se sídlem Praha 1, Opletalova 1015/55, **6) Kapsch Telematic Services spol. s r. o.**, se sídlem Praha 1, Opletalova 1015/55, **7) Asseco Czech Republic, a. s.**, se sídlem Praha 9, Podvinný mlýn 2178/6 (dříve PVT, a. s., se sídlem Praha 9, Kovanecká 30/2124), všech zastoupených Mgr. et Ing. Danielem Zejdou, advokátem se sídlem v Praze 1, Týn 1049/3, **8) Ministerstva dopravy**, se sídlem Praha 1, Nábřeží Ludvíka Svobody 12/1222, zastoupeného JUDr. Miroslavem Janstou, advokátem se sídlem v Praze 1, Těšnov 1, v řízení o kasační stížnosti proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 17. 10. 2006, č. j. 62 Ca 12/2006 - 600,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

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

III. Osoby zúčastněné na řízení **nemají** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

Rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 17. 10. 2006, č. j. 62 Ca 12/2006 – 600, byla zamítnuta žaloba, kterou se stěžovatelé domáhali zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad") ze dne 14. 3. 2006, č. j. 2R 015/06-Hr, kterým bylo změněno rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „správní orgán I. stupně") ze dne 26. 1. 2006, č. j. VZ/S253/05-154/01635/2006/540-RP tak, že jeho výrok byl v odstavci 4 doplněn o označení konkrétního ustanovení právního předpisu, podle nějž bylo ve věci rozhodováno. Krajský soud v odůvodnění rozsudku uvedl, že shledal nedůvodnými námitky týkající se vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení pro nesplnění těch kvalifikačních kritérií, které osoba zúčastněná na řízení ad 8/ (dále jen „zadavatel") údajně nebyla oprávněna stanovit (požadavky předložení certifikátů OHSAS 18001 a EMS 14000 či jejich ekvivalentů). Volba vhodných kritérií pro hodnocení kvalifikace a jejich důsledná aplikace je předpokladem řádného průběhu dalších fází zadávacího řízení, a tím rovněž zajištění hlavního účelu zadávání veřejných zakázek, kterým je efektivní vynakládání veřejných prostředků a zajištění účinné soutěže. Volba konkrétních kritérií je v tomto směru odvislá výlučně od rozhodnutí samotného zadavatele. Strategií při vymezení kvalifikačních kritérií může zadavatel výrazným způsobem ovlivnit okruh dodavatelů, mezi jejichž nabídkami bude v závěrečné fázi zadávacího řízení vybírat. Byť je tedy volba kritérií pro hodnocení kvalifikace primárně na rozhodnutí zadavatele, je třeba i z pohledu soudního přezkumu rozhodnutí Úřadu trvat na tom, aby zadavatel při stanovení kvalifikačních kritérií respektoval především zásadu nediskriminace ve smyslu ustanovení § 25 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách"). Krajský soud vyložil pojem „diskriminace" v kontextu předpisů z oblasti ochrany hospodářské soutěže, neboť do této oblasti v širším slova smyslu právo veřejných zakázek svojí povahou náleží. Zadavatel požadoval splnění uvedených kvalifikací ve vztahu ke všem osobám, které přicházely v úvahu coby potenciální dodavatelé. Uvedený požadavek byl uplatněn jednotně a nastavením tohoto kvalifikačního kritéria nedošlo k jakémukoli projevu uplatňování rozdílných podmínek vůči jednotlivým uchazečům. Pokud jde o samu objektivní nemožnost opatřit si ve lhůtě k podání nabídek příslušné certifikáty, tímto směrem se podstata argumentace stěžovatelů neubírá. Stěžovatelé sice v žalobě uvedli, že certifikáty nepotřebují a že nebylo objektivně možné je získat, avšak předmětem žalobního bodu je tvrzení, že zadavatel nemohl certifikát požadovat, neboť jej stěžovatelé ke své činnosti nepotřebují (v případě certifikátu OHSAS 18001), resp. kromě toho, že měl zadavatel akceptovat alternativu předloženou stěžovateli (v případě certifikátu EMS 14000, resp. odkazu na Sociální a ekologickou zprávu). Podstatná je podle krajského soudu skutečnost, že k vyloučení stěžovatelů z dalšího zadávacího řízení došlo nikoli proto, že by nestihli certifikáty předložit, ale proto, že náhradu těchto certifikátů nepředložili coby součást nabídky a v jazyce nabídky. Zadavatel sám přitom možnost předložení rovnocenného ekvivalentu umožnil. Ve vztahu k důvodnosti požadavku zadavatele na doložení kvalifikace předložením obou certifikátů nebo jim naroveň postavených dokumentů není postupu zadavatele, a tedy i závěrům Úřadu, principiálně co vytknout. Nejednalo se o požadavek diskriminační, šikanózní či ve vztahu k charakteru veřejné zakázky zcela nemístný. V případě obou certifikátů nadto nejde o požadavek, který by byl v rozporu s ustanovením § 25 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách netransparentním, neboť jeho uplatnění ze strany zadavatele samo o sobě neučinilo zadávací řízení neprůhledným či hůře kontrolovatelným. Pokud jde o požadavek certifikátu OHSAS 18001, je zadavatel povinen ve všech případech zadávání veřejných zakázek požadovat splnění tzv. dalších kvalifikačních kritérií. Musí však vždy konkrétní další kvalifikační kritéria (podřaditelná pod kritéria technické způsobilosti podle

ustanovení § 33 zákona o veřejných zakázkách) stanovit tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky. Citovaný zákon nepodává seznam možných konkrétních požadavků na technickou způsobilost. Zadavatel je ve výběru, jakou konkrétní technickou způsobilost a jakou konkrétní úroveň této způsobilosti určí jako podmínku splnění kvalifikace, omezen ustanovením § 30 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, který ukládá povinnost požadovat pouze takové informace o kvalifikaci dodavatelů, jež bezprostředně souvisí s předmětem zakázky. Požadavek na předložení certifikátu, resp. jemu na roveň postaveného dokumentu, za účelem prokázání technické způsobilosti s odkazem na opatření k zabezpečení jakosti (§ 33 odst. 1 písm. c) bod 5 zákona o veřejných zakázkách) se jeví krajskému soudu jako plausibilní. Nejde o požadavek překračující zákonné meze stanovené zákonem o veřejných zakázkách a zadavatel neuplatnil toto „jiné" kritérium nad rámec těch, které jsou výslovně obsaženy v zákoně. Rozhodující je, že požadavek předložení certifikátu OHSAS 18001 či jeho ekvivalentu má oporu v ustanovení § 33 odst. 1 písm. c) bod 5 zákona o veřejných zakázkách. K obdobnému závěru dospěl krajský soud i ohledně požadavku z hlediska ochrany životního prostředí (požadavek předložení certifikátu řady EMS 14000 nebo jeho ekvivalentu). Podle ustanovení § 37 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách se splnění požadavků systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí prokazuje předložením certifikátu vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou, rovnocenného certifikátu vydaného v členském státě Evropské unie nebo jiného dokladu, uzná-li jej zadavatel. Ekvivalent primárně požadovaného certifikátu specifikoval zadavatel v čl. 6.3.2 zadávací dokumentace. Ani v tomto případě tedy nejde o požadavek překračující zákonné meze a krajský soud i v tomto případě dospěl k závěru, že zadavatel neuplatnil požadavek nezákonný. K otázce, zda způsob, jaký stěžovatelé zvolili k prokázání uvedených požadavků zadavatele, byl z pohledu zákona dostačující či nikoli, krajský soud uvedl, že pokud ze zadávací dokumentace vyplývá, že podmínku zadavatele lze splnit předložením certifikátu prokazujícího zavedení systému řady OHSAS 18001, přitom má-li uchazeč zaveden jiný systém bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, může předložit tento jiný platný certifikát prokazující zavedení tohoto systému v organizaci uchazeče, je třeba takový certifikát předložit coby součást nabídky, což však stěžovatelé neučinili. Místo certifikátu řady EMS 14000 či jeho ekvivalentu předložili stěžovatelé prohlášení, v němž sice obecně popsali způsob, jakým příslušné standardy dodržují, ale v konkrétních podrobnostech odkázali na Sociální a ekologickou zprávu umístěnou na internetových stránkách. Úřad přitom nedospěl k závěru, že by stěžovateli předložená Sociální a ekologická zpráva nepředstavovala ekvivalent zadavatelem primárně požadovaného certifikátu, nýbrž že nebyla předložena coby součást nabídky a v českém jazyce. Krajský soud nepřisvědčil stěžovatelům, že kvalifikaci v požadovaném směru doložili již samotným prohlášením, neboť šlo pouze o obecné konstatování dodržení standardů a toto konstatování doplňovali odkazem na Sociální a ekologickou zprávu. Stěžovatelé si proto obecnosti svého prohlášení museli být vědomi. Pokud nebyla Sociální a ekologická zpráva součástí nabídky, byla tato skutečnost důvodem pro vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení pro nesplnění kvalifikace podle ustanovení § 39 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách. I kdyby však součástí nabídky byla, nesplňovala by podmínku doložení v jazyce nabídky, tj. v českém jazyce. Pokud tedy stěžovatelé v zadávacím řízení nepředložili takový dokument, který by splňoval požadavky plnohodnotného ekvivalentu zadavatelem požadovaných certifikátů, byl závěr zadavatele, a následně i Úřadu, ohledně důvodnosti vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení v souladu se zákonem. Důvodnými neshledal krajský soud ani námitky týkající se splnění podmínky doložení trestní bezúhonnosti stěžovatelů. Je-li uchazečem právnická osoba, pak podle ustanovení § 31 odst. 1 písm. d) zákona o veřejných zakázkách musí být podmínka trestní bezúhonnosti zkoumána kumulativně jak u každého člena statutárního orgánu (je-li statutární orgán orgánem kolektivním), a to bez ohledu na to, zda jde o tuzemskou či zahraniční

právnickou osobu, tak i u vedoucího organizační složky (jde-li o zahraniční právnickou osobu). Požadavky ve vztahu ke kolektivnímu statutárnímu orgánu právnické osoby platí bez ohledu na to, zda jde o tuzemskou či zahraniční právnickou osobu, a nejsou prolomeny ani jinak determinovány požadavkem ve vztahu k vedoucímu organizační složky v případě zahraniční právnické osoby. Požadavek citovaného ustanovení je aplikovatelný na všechny osoby, které vůli statutárního orgánu determinují, nikoliv jen na ty osoby, které ji projevují navenek, ať už na základě zákona či na základě jakéhokoli vnitřního předpisu. Stěžovatelé nesplnili požadavek bezúhonnosti tím, že v rámci nabídky byly předloženy výpisy z rejstříku trestů jen u některých osob tvořících jejich statutární orgány, konkrétně nikoli u pánů Vily a Mase. Jejich výpisy byly předloženy až jako příloha námitek proti rozhodnutí zadavatele ze dne 16. 11. 2005 o vyloučení stěžovatelů z další účasti v zadávacím řízení, kde stěžovatelé uvádějí, že tyto výpisy nebyly součástí nabídky „... z důvodu technického nedopatření..." K takovému pozdějšímu předložení výpisů zadavatel důvodně nepřihlížel. To je důsledkem přísné formální a koncentrační zásady vyplývající z ustanovení § 30 odst. 1 ve spojení s § 38 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, na níž je vystavěno hodnocení splnění kvalifikace podle ustanovení § 30 citovaného zákona. Hodnocení splnění kvalifikace je prováděno pouze jedenkrát, a sice v otevřeném řízení v časovém úseku mezi podáním nabídky a jejím hodnocením, přičemž nabídka uchazeče, který nesplňuje kvalifikaci, již není předmětem hodnocení ani posuzování. Není–li splnění kvalifikace v rámci tohoto časového úseku prokázáno, má se za to, že kvalifikace není splněna, a pozdější průkaz splnění nemůže být zohledněn. Nesplnění požadavku prokázání trestní bezúhonnosti bylo samostatným důvodem pro vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení podle ust. § 31 odst. 1 písm. d) zákona o veřejných zakázkách. Stěžovatelé tedy měli být vyloučeni ze zadávacího řízení samostatně pro nesplnění kvalifikace podle ust. § 39 odst. 2 citovaného zákona. Úřad v tomto směru dospěl ke správnému závěru a námitky stěžovatelů jsou nedůvodné. Výše uvedené skutečnosti zakládající nesplnění kvalifikace nepovažuje krajský soud za nejasnosti či nesrovnalosti v nabídce stěžovatelů, jež by založily povinnost zadavatele vyjasňovat si se stěžovateli tyto skutečnosti v průběhu zadávacího řízení či poskytovat příležitost k jakémukoli „uvedení na pravou míru", a tedy v tomto směru zadavatel nepostupoval vůči stěžovatelům unfair ani z širšího pohledu přesahujícího jeho povinnosti vyjádřené expressis verbis v zákoně. Žádná z námitek uplatněných proti závěrům Úřadu týkající se vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení tedy není důvodná a krajský soud aproboval závěr, že zadavatel byl oprávněn vyloučit stěžovatele, a to pro každý ze shora uvedených důvodů samostatně. Pokud jde o tvrzení stěžovatelů uplatněné v rámci správního řízení o přezkum zadavatelových úkonů, podle něhož zadavatel rozhodl o vyloučení stěžovatelů současně s rozhodnutím o přidělení veřejné zakázky, poukázal krajský soud na to, že tato námitka nebyla uplatněna v řízení před krajským soudem, a soud tedy nemohl tímto směrem zaměřit svůj přezkum. Není samo o sobě relevantní, že toto tvrzení je obsaženo v dopise Evropské komisi, jehož český překlad stěžovatelé soudu předložili „...za účelem doplnění důkazů...".Vzhledem k tomu, že stěžovatelé byli na základě objektivních skutečností ze zadávacího řízení vyloučeni důvodně, a to již pro nesplnění kvalifikace podle ust. § 39 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, nemohla být jejich nabídka předmětem samotného hodnocení. Jeho předmětem jsou totiž jen takové nabídky, jež byly podány ve lhůtě pro podání nabídky, nebyly vyřazeny podle ust. 59 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách pro nesplnění náležitostí uvedených v odst. 3 citovaného ustanovení a zároveň jejich podatelé nebyli vyloučeni pro nesplnění kvalifikace podle ust. § 39 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách. Za této situace jsou námitky stěžovatelů směřující do procedury postupu hodnotící komise při samotném hodnocení, do zadavatelových ingerencí do jednání hodnotící komise, do absence řádného vyhodnocení jediné zbylé nabídky, do zvýhodnění vítězného uchazeče a do neprokázání technické způsobilosti vítězného uchazeče, irelevantní. Pokud byli

stěžovatelé ze zadávacího řízení vyloučeni v souladu se zákonem již pro nesplnění kvalifikace, pak se jejich veřejných subjektivních práv nemohl jakkoli dotknout postup zadavatele uskutečněný po jejich vyloučení. Nabídka stěžovatelů nebyla a neměla být hodnocena, nemohla být tedy nabídkou vítěznou, a tedy konečné pořadí úspěšnosti nabídek by se ve prospěch stěžovatelů změnit nemohlo. I kdyby zadavatel v rámci postupu nesouvisejícího se samotnými důvody vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení pochybil způsobem namítaným v žalobě, nijak by se tato skutečnost nemohla projevit na subjektivních veřejných právech stěžovatelů. Odlišná situace by nastala tehdy, pokud by stěžovatelé neměli být ze zadávacího řízení vyloučeni a jejich nabídka by měla být předmětem hodnocení. K tomuto závěru dospěl krajský soud na základě ust. § 2 s. ř. s., podle něhož poskytují soudy ve správním soudnictví ochranu veřejným subjektivním právům fyzických i právnických osob způsobem a za podmínek stanovených v s. ř. s. Žalobní legitimace v řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu, jíž je mimo jiné determinována i možnost soudu přiznat žalobcům příslušnou právní ochranu v rámci správního soudnictví, je pak podle ust. § 65 s. ř. s. vázána na tvrzení ohledně založení, změn, zrušení nebo závazného určení veřejných subjektivních práv a povinností. Prolomení tohoto pravidla je pak podáváno výlučně pro zvláštní případy žalob k ochraně veřejného zájmu podle ust. § 66 s. ř. s. Soud nemůže být pokládán za obecného protektora postupu zadavatele v rámci zadávacího řízení, ale toliko za ochránce veřejných subjektivních práv svědčících v souvislosti se zadávacím řízením stěžovatelům. I kdyby soud konstatoval, že se Úřad dopustil pochybení souvisejícího s přezkumem zadavatelova postupu uskutečněným až po vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení, resp. zadavatelova postupu nijak nesouvisejícího s vyloučením stěžovatelů, nemohl by v těchto otázkách poskytnout žádnému ze stěžovatelů takovou míru retace, jež by se mohla projevit zrušením napadeného rozhodnutí.

Proti tomuto rozsudku podali stěžovatelé v zákonné lhůtě kasační stížnost, ve které namítali jeho nepřezkoumatelnost ve smyslu ust. § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s., protože krajský soud věcně nerozhodl o žalobních bodech vztahujících se k nezákonnosti posuzování a hodnocení nabídek, k postupu zadavatele a hodnotící komise a prokázání technické způsobilosti osob zúčastněných na řízení 1 až 7 (dále jen „firma Kapsch"), jež byly zařazeny v částech IV., V. a VI. žaloby, a proto je napadený rozsudek nepřezkoumatelný Dalším důvodem podání kasační stížnosti je nezákonnost napadeného rozsudku ve smyslu ust. § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. spočívající v právně nesprávném posouzení žalobních bodů obsažených v části III. žaloby, které se vztahovaly k vyloučení stěžovatelů z příslušného zadávacího řízení. Stěžovatelé vyjádřili nesouhlas se závěrem krajského soudu, že za situace, kdy jejich vyloučení ze zadávacího řízení posoudil jako oprávněné, jsou další body žaloby irelevantní a že přezkum v tomto rozsahu by se nijak nedotýkal jejich veřejných subjektivních práv a případné rozhodnutí soudu v této věci by nemohlo pro stěžovatele nic změnit na konečném pořadí úspěšnosti nabídek. Pojem „veřejná subjektivní práva" nelze nikdy vykládat bez přihlédnutí k dalším právním předpisům, zejména těm, které založily aktivní legitimaci navrhovatelů před správním orgánem. V posuzované věci je takovým právním předpisem především zákon o veřejných zakázkách. Z ustanovení § 96 ve spojení s §§ 88 a 97 odst. 1 citovaného zákona vyplývá, že osobou oprávněnou k podání návrhu k Úřadu na přezkum úkonů zadavatele v nadlimitní zakázce je kterýkoliv dodavatel, tudíž jakákoli osoba, která by byla schopna splnit předmět veřejné zakázky. Podle ustanovení § 97 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách lze návrh k Úřadu podat proti všem úkonům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit transparentní nebo nediskriminační postup při zadávání veřejných zakázek. Zákon o veřejných zakázkách tedy přiznává právo žádat o přezkum nadlimitních zadávacích řízení v podstatě všem soutěžitelům z hospodářské oblasti, v níž je příslušná činnost poptávána, bez ohledu na to, zda se dotyčný soutěžitel konkrétního tendru vůbec

účastnil. Rovněž platí, že návrh na přezkum nemusí směřovat jenom vůči těm úkonům, které se bezprostředně dotýkají osoby navrhovatele, ale vůči všem aktům zadavatele, které mohly mít za následek netransparentní nebo diskriminační postup při zadání zakázky. Zájem na zajištění rovné soutěže přesahuje v souvislostech práva hospodářské soutěže okruh uchazečů v tom či kterém zadávacím řízení a je veřejným a zároveň subjektivním právem všech soutěžitelů na příslušném trhu. Zákonem o veřejných zakázkách vymezená aktivní legitimace k podání návrhu na přezkum úkonů zadavatele se přenáší i do stadia soudního přezkumu a je ji třeba podřadit pod pojem „veřejná subjektivní práva" ve smyslu § 2 s. ř. s. Užší vymezení aktivní legitimace pro účely soudního přezkumu tak, jak učinil krajský soud, by vedlo k výraznému oslabení smyslu a účinnosti procesního systému dozorování nad zadáváním veřejných zakázek, protože by vyústilo v situaci, že určité penzum rozhodnutí Úřadu bude zcela vyňato ze soudního přezkumu, neboť při úzké interpretaci procesního pojmu „veřejná subjektivní práva" nezbude v soukromoprávní sféře v podstatě nikdo, kdo by byl k podání žaloby aktivně legitimován. Možnost iniciovat soudní přezkum by byla absolutně odepřena kategorii dodavatelů, kteří nepodali v příslušném zadávacím řízení nabídku, avšak byli oprávněni k podání návrhu na přezkum podle §§ 88 a 96 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Jestliže ust. § 97 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách stanoví jako jediné kritérium pro přezkum úkonů zadavatele transparentnost a nediskriminačnost procesu zadávání, není zřejmé, z jakého právního základu krajský soud vycházel, když posuzoval právní zájem žalobního nároku primárně podle toho, zda by soudní rozhodnutí ovlivnilo pořadí nabídky stěžovatelů. Aplikovatelnost soudem stanoveného kritéria je navíc bezvýznamná, protože soud vynesl rozhodnutí ve věci až v době po podpisu smlouvy mezi zadavatelem a firmou Kapsch, kdy ve smyslu § 101 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách může Úřad rozhodnout pouze o zákazu plnění smlouvy a uložení pokuty zadavateli. Stěžovatelé by se v opakovaném řízení před Úřadem nemohli domáhat navrácení do soutěže, ale jejich subjektivním právům by konvenovalo i vyslovení zákazu plnění smlouvy o zadání veřejné zakázky, neboť by to otevřelo prostor k případnému vyhlášení nové soutěže, které by se mohli opětovně zúčastnit. Stěžovatelé také vyslovili nesouhlas se závěrem krajského soudu, že nemohl zaměřit svůj přezkum vůči jejich tvrzení, že zadavatel rozhodl o vyloučení stěžovatelů současně s rozhodnutím o přidělení zakázky. Z dokazování provedeného v řízení před krajským soudem vyplynulo, že proces vyhodnocování kvalifikace a posuzování nabídek proběhl v jednom okamžiku, a to v rámci jednání hodnotící komise dne 10. 11. 2005. K tomuto bodu předložili stěžovatelé notářský zápis z příslušného jednání hodnotící komise a tento byl v průběhu důkazního řízení proveden jako listinný důkaz. Pokud by krajský soud neukončil věcný přezkum v části týkající se vyloučení stěžovatelů a posuzoval i žalobní body týkající se práce hodnotící komise, našel by prostor i pro zabývání se otázkou, do jaké míry bylo posuzování kvalifikace a hodnocení nabídek od sebe časově vzdáleno. V daném případě nelze jednotlivé fáze zadávacího řízení od sebe časově ani fakticky oddělit, neboť tvořily jeden celek. Krajský soud měl proto primárně posuzovat zákonnost zadávacího řízení v jeho celistvosti a nikoliv se zaměřit pouze na přezkum důvodů, které vedly k vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení. Krajský soud měl hodnotit, do jaké míry se netransparentní průběh zadávacího řízení mohl odrazit v rozhodování zadavatele a hodnotící komise o vyloučení stěžovatelů. Stěžovatelé rovněž vyjádřili nesouhlas se závěry krajského soudu týkající se jejich vyloučení ze zadávacího řízení. Domnívají se, že krajský soud měl rozhodnout, že zadavatel nebyl vůbec oprávněn požadovat v zadávací dokumentaci certifikát OHSAS 18001, a proto tento certifikát nemohl představovat ani zákonný důvod pro jejich vyloučení ze zadávacího řízení. V této souvislosti stěžovatelé v žalobě i ve správním řízení poukazovali na skutečnost, že zadavatel pochybil tím, že požadavek na předložení tohoto certifikátu nesprávně zařadil mezi obchodní podmínky, ačkoli se jedná o dodatečný kvalifikační požadavek na prokázání technické způsobilosti, který však nelze podřadit

pod žádný z taxativně vymezených bodů v ust. § 33 zákona o veřejných zakázkách. Úřad i krajský soud se však shodli v tom, že požadavek na prokázání způsobilosti v bezpečnosti práce lze subsumovat pod ust. § 33 odst. 1 písm. c) bod 5 zákona o veřejných zakázkách a krajský soud k tomuto žalobnímu bodu pouze lakonicky konstatoval, že podřazení tohoto požadavku pod opatření jakosti je plausibilní, aniž tento závěr zdůvodnil. Stěžovatelé se i nadále domnívají, že mezi bezpečností práce a prokázáním jakosti nelze dovodit žádnou významovou souvislost a poukázali v této souvislosti na zákon č. 137/2006 Sb., v němž je způsobilost k zabezpečení jakosti rozvedena o poznání konkrétněji než v zákoně o veřejných zakázkách. Výslovně pak odkázali na ust. § 56 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., kde je uvedeno, že certifikátem k prokázání požadavku na jakost je certifikát systému jakosti vydaný podle českých technických norem řady ČSN EN ISO 9000, tedy nepochybně zcela jiné osvědčení než certifikát OHSAS 18001. Stěžovatelé neakceptovali ani argument, že ekvivalentem k požadovaným certifikátům nemohla být, vzhledem ke své obecnosti, předložená čestná prohlášení, nicméně zadavatel by byl patrně připraven připustit Sociální a ekologickou zprávu stěžovatelů jako legitimní náhradu za požadované certifikáty v oblasti bezpečnosti práce a ochrany životního prostředí, která však nebyla součástí nabídky a v čestných prohlášeních bylo pouze odkázáno na její cizojazyčnou verzi, takže stěžovatelé nesplnili kvalifikační požadavek zadavatele a jejich vyloučení bylo oprávněné. Stěžovatelé se domnívají, že zadavateli mělo k prokázání kvalifikace stačit jejich čestné prohlášení, když nemohli předložit požadované ani žádné jiné certifikáty, neboť standardy bezpečnosti práce a životního prostředí jsou v jejich domovském státě vymezeny ze zákona a stěžovatelé neměli jinou možnost než prokázat svou kvalifikaci formou čestných prohlášení. Internetový odkaz na Sociální a ekologickou zprávu byl pouze doplněním nad rámec čestných prohlášení. Zákon o veřejných zakázkách prokázání kvalifikace v oblasti životního prostředí formou čestných prohlášení nevylučuje a komentáře tento postup dokonce výslovně připouští. O bezpečnosti práce se zákon nezmiňuje vůbec. Obecný jazyk, který čestným prohlášením vytýká krajský soud, nemůže být sám o sobě důvodem k odmítnutí takového dokumentu. Stěžovatelé považují způsob, jakým se krajský soud vypořádal s otázkou diskriminace, za velmi povrchní a z principu nedostačující. Jen obtížně si lze představit, že by nějaký zadavatel nastavil primárně zadávací dokumentaci tak, že některé kvalifikace bude požadovat pouze u určité skupiny uchazečů a u jiných nikoli. Diskriminaci je třeba zkoumat i v tom, jak zadavatel postupuje při vyhodnocování vytyčených kvalifikačních předpokladů. Stěžovatelé v žalobě argumentovali objektivní nemožností opatřit si požadovaný či jiný certifikát v době pro podání nabídky, k čemuž krajský soud bezdůvodně uvedl, že takové tvrzení nebylo součástí žalobního bodu. Jednání zadavatele, který postavil stěžovatele do neřešitelné situace tím, že trval na předložení certifikátů a odmítl přijmout místo nich poskytnutá prohlášení, mělo být hodnoceno jako diskriminační, a tudíž nezákonné, neboť došlo k znevýhodnění při prokazování kvalifikace na úkor uchazečů, kteří příslušnými certifikáty disponovali. K požadavku předložení výpisu z rejstříku trestů stěžovatelé namítali, že zadavatel musí zjišťovat prokázání bezúhonnosti u kolektivního statutárního orgánu do té míry, aby nemohlo být důvodných pochyb o tom, že vůle uchazeče je determinována statutárním orgánem sestávajícím z bezúhonných osob. Stěžovatelé prokázali bezúhonnost u osmnácti ze dvaceti členů správní rady, a zadavatel proto neměl důvod se domnívat, že by stěžovatelé nejednali prostřednictvím bezúhonných statutárních orgánů. Předložení dvou zbývajících výpisů je pak za této situace nerozhodné a pokud by zadavatel trval na jejich doložení, postačoval by k tomu institut vysvětlení (objasnění). Stěžovatelé zdůraznili, že žádný z důvodů vyloučení by neobstál, pokud by zadávací řízení bylo poměřováno vůči zákonu č. 137/2006 Sb., a to ust. § 59 odst. 4. Případné nejasnosti ohledně aplikovaných postupů v oblasti bezpečnosti práce a životního prostředí, jakož i doložení zbývajících výpisů z rejstříku trestů, by byly řešitelné za použití institutu objasnění. Nelze přitom tvrdit, že zákonnou možnost žádat

o objasnění získali veřejní zadavatelé až účinností zákona č. 137/2006 Sb., zatímco za účinnosti zákona o veřejných zakázkách se uplatňovala absolutní zásada koncentrace nabídky, kterou zmiňuje krajský soud. Zákon č. 137/2000 Sb. nepředstavuje žádný koncepční obrat práva veřejných zakázek, nýbrž se jedná o předpis, jehož primárním účelem je přesněji a kazuističtěji recipovat do českého právního řádu směrnice Evropské unie z oblasti veřejných zakázek. Ustanovení § 59 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb. pouze expressis verbis upravuje zásadu, kterou zadavatelé mohli, a měli, ve své činnosti zohlednit již za účinnosti předchozí právní úpravy. Vhodným nástrojem pro takový postup pak byl institut vysvětlení podle ust. § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Stěžovatelé se domnívají, že krajský soud nesprávně posoudil otázky související s přezkumem skutečností, které vedly k vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení. S odkazem na stížnostní body stěžovatelé navrhli zrušení napadeného rozsudku a vrácení věci krajskému soudu k dalšímu řízení.

Úřad se ve svém vyjádření ke kasační stížnosti plně ztotožnil s rozsudkem krajského soudu a dodal, že stěžovatelé v kasační stížnosti neuvedli žádné nové relevantní skutečnosti. Z tohoto důvodu odkázal na svá předchozí vyjádření.

Firma Kapsch ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedla, že stížní bod zabývající se naplněním důvodu uvedeného v ust. § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. zcela postrádá procesní logiku, protože z výroku I. napadeného rozsudku je zřejmé, že krajský soud rozhodl v celé právní věci tak, že žalobu zamítl. Zamítavý výrok přitom znamená věcné rozhodnutí o celém žalobním návrhu a je tak zjevné, že námitka stěžovatelů o neúplnosti napadeného rozhodnutí nemůže být po právu. Krajský soud nepodrobil přezkumu další argumenty stěžovatelů v okamžiku, kdy je shledal nadbytečnými vzhledem k okolnosti, že podle jeho závěrů by jejich hodnocení nemělo smysl, jelikož by nemohlo postavení stěžovatelů jakkoli změnit. Tento postup je ve správním i civilním soudnictví zcela obvyklý a žádnému z účastníků jím není způsobena jakákoli újma. Dospěl-li krajský soud k závěru, že stěžovatelé byli ze zadávacího řízení vyloučeni v souladu se zákonem, neměl další přezkum jejich dodatečných argumentů smysl, neboť nemohl ovlivnit výsledek řízení, kterým bylo zamítnutí žaloby. Jestliže brojí stěžovatelé proti procesnímu postupu soudu pouze nyní, v situaci, kdy meritorní rozhodnutí vyznělo v jejich neprospěch, nelze než takovou argumentaci hodnotit buď jako ryze účelovou, nebo jako nepochopení principů rozhodování soudu při zachování zásady hospodárnosti řízení. Stěžovatelé mylně spatřují v postupu soudu popření své aktivní legitimace a dovozují, že právo na přezkum rozhodnutí správního orgánu zde přísluší širokému okruhu subjektů z důvodu potřeby transparentnosti a zachování zákonnosti v této právní oblasti. Tato argumentace však nesouvisí s napadeným rozsudkem ani s postupem krajského soudu. Žalobní legitimace spočívá v právu uplatnit určité právo či nárok žalobou, což stěžovatelé učinili, a jejich žaloba nebyla zamítnuta pro nedostatek jejich legitimace k jejímu podání, nýbrž z důvodu, že krajský soud považoval přezkoumávané rozhodnutí správního orgánu za věcně správné. Neúspěch ve věci samé nelze zaměňovat za odepření žalobního práva. Firma Kapsch považuje rozsudek krajského soudu za věcně správný i co se týká námitek ohledně vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení. V této otázce se beze zbytku ztotožňuje se závěrem krajského soudu, že zadavatel byl oprávněn stěžovatele ze zadávacího řízení vyloučit, a to pro každý z důvodů popsaných v odůvodnění rozsudku samostatně. Zadavatel byl k vyloučení stěžovatelů nejen oprávněn, ale podle zákona i povinen, jinak by mimo jiné založil nerovnost mezi účastníky zadávacího řízení, neboť by připustil, aby vedle sebe obstála nabídka úplná (firma Kapsch) s nabídkou neúplnou (nabídka stěžovatelů). Vzhledem k věcné správnosti napadeného rozsudku firma Kapsch navrhla zamítnutí kasační stížnosti pro nedůvodnost.

Zadavatel ve vyjádření ke kasační stížnosti vyslovil nesouhlas s námitkou, že stěžovatelům svědčí veřejné subjektivní právo k podání žaloby i ohledně postupu zadavatele po vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení a v této otázce se ztotožnil se závěry krajského soudu. Podmínkou pro podání námitek a pro následné vedení správního, resp. soudního, řízení dodavatelem je podle ust. § 88 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách mimo jiné i skutečnost, že domnělým porušením zákona zadavatelem takovému dodavateli vznikla nebo hrozí vznik škody. Tvrzení stěžovatelů, že osobou oprávněnou k podání návrhu k Úřadu byla jakákoliv osoba, která by byla schopna splnit předmět veřejné zakázky podle jeho vymezení, je tedy nepravdivé. V případě vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení však tento dodavatel automaticky ztrácí právní zájem na dalším průběhu tohoto řízení a nemůže mu hrozit vznik další škody. Argumentace stěžovatelů, která porovnává práva dodavatelů, kteří podali nabídku do zadávacího řízení a následně byli vyloučeni, a dodavatelů, kteří nabídku vůbec nepodali, je nesprávná. Pro obě tyto skupiny platí stejné podmínky pro podání námitek a následných úkonů, tedy musí osvědčit zájem na získání veřejné zakázky a rovněž vznik škody nebo hrozbu jejího vzniku. V tomto rozsahu jsou dána veřejná subjektivní práva každého dodavatele. Stížnost stěžovatelů jde však nad rámec těchto zákonem stanovených práv, a krajský soud jim proto v souladu se zákonem neposkytl ochranu. Ve zbytku zadavatel odkázal na svou argumentaci obsaženou ve vyjádření k žalobě. S ohledem na shora uvedené označil kasační stížnost za nedůvodnou a navrhl její zamítnutí.

Nejvyšší správní soud přezkoumal na základě kasační stížnosti napadený rozsudek v souladu s ustanovením § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s., vázán rozsahem a důvody, které uplatnili stěžovatelé v podané kasační stížnosti a přitom sám neshledal vady uvedené v odstavci 3, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

Důvodem podání kasační stížnosti ve smyslu ust. § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. je tvrzená nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení žalobních bodů obsažených v části III. žaloby, které se vztahovaly k vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení.

Stěžovatelé vyjádřili nesouhlas s se závěrem, že neprokázali kvalifikační kritérium bezúhonnosti členů svých statutárních orgánů.

Ust. § 31 odst. 1 písm. d) zákona o veřejných zakázkách stanoví, že základní kvalifikační kritéria splňuje uchazeč nebo zájemce, který nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin nebo došlo k zahlazení odsouzení trestného činu, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání, jde-li o fyzickou osobu; jde-li o právnickou osobu, musí tuto podmínku splňovat statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu, vedoucí organizační složky zahraniční právnické osoby nebo statutárním orgánem pověřený zástupce.

Podle Nejvyššího správního soudu z tohoto ustanovení jednoznačně vyplývá, že v případě, kdy je kvalifikace zkoumána u uchazeče, který je právnickou osobou, musí takový uchazeč doložit výpisy z rejstříku trestů u všech fyzických osob, které jsou statutárními orgány nebo členy statutárního orgánu. Domněnka stěžovatelů, že u kolektivního statutárního orgánu musí zadavatel zjišťoval prokázání bezúhonnosti jen do té míry, aby nemohlo být důvodných pochyb o tom, že vůle uchazeče je determinována statutárním orgánem sestávajícím z bezúhonných osob, tedy nemá zákonnou oporu. Zadavateli nepřísluší zkoumat, jakým způsobem je určována vůle právnické osoby (uchazeče). Zákon zcela jednoznačně požaduje předložení výpisů z rejstříku trestů u všech členů statutárního orgánu právnické osoby bez výjimky. Tato povinnost platí bezvýjimečně. V případě, že by byl výklad stěžovatelů akceptován, umožnil by vyhnout se tomuto zákonnému požadavku, neboť

by v podstatě vedl k tomu, že by někteří členové statutárního orgánu svou bezúhonnost prokazovat nemuseli s poukazem na skutečnost, že jejich hlas nemůže ovlivnit rozhodnutí statutárního orgánu jako celku. Argumentaci stěžovatelů není možné v žádném případě přijmout. Nedoložení výpisů z rejstříků trestů u všech členů statutárních orgánů tedy bylo zákonným důvodem pro vyloučení stěžovatelů z další účasti na zadávacím řízení, a proto je tento stížní bod nedůvodný.

V souvislosti s nedoložením výpisů z rejstříku trestů, stejně jako ve vztahu k dalším skutečnostem zakládajícím nesplnění kvalifikace, stěžovatelé namítali, že zadavatel měl požadovat vysvětlení ve smyslu ustanovení § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Nejvyšší správní soud k tomuto stížnímu bodu s ohledem na ustanovení § 104 odst. 4 s. ř. s. nepřihlížel, neboť se jedná o důvod, který stěžovatelé neuplatnili v řízení před krajským soudem, ač tak učinit mohli.

Pouze obiter dictum dodává, že institut vysvětlení upravuje zákon o veřejných zakázkách v ust. § 61 odst. 4 tak, že dává hodnotící komisi v případě nejasností možnost požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. V žádosti o vysvětlení hodnotící komise uvede, v čem spatřuje nejasnosti nabídky, které má uchazeč vysvětlit. Toto ustanovení tedy dává hodnotící komisi možnost vyjasnit si s uchazečem některé nesrovnalosti. Podle Nejvyššího správního soudu však nelze tento institut v žádném případě aplikovat na postup zadavatele při hodnocení kvalifikačních předpokladů. Kvalifikaci dodavatelů upravuje hlava III. zákona o veřejných zakázkách a tato neobsahuje žádné ustanovení, které by zadavateli při hodnocení kvalifikace umožňovalo žádat uchazeče o jakékoli další informace. Ze zákona tedy jednoznačně vyplývá, že splnění všech kvalifikačních kritérií musí uchazeč doložit nejpozději do okamžiku uplynutí lhůty pro podání nabídek a po uplynutí této lhůty již nelze případné nedostatky žádným způsobem napravit. Možnost požádat o vysvětlení svěřuje zákon hodnotící komisi a nikoli zadavateli a vztahuje se k posuzování nabídek a nikoli k hodnocení splnění kvalifikace. Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že nelze zaměňovat kritéria a postupy hodnocení kvalifikace uchazečů s kritérii a postupy pro posuzování a hodnocení nabídek. Pokud tedy zákon stanoví možnost určitým způsobem vyjasňovat některé skutečnosti při posuzování nabídek hodnotící komisí, není možné v žádném případě dovodit, že je možno tento postup analogicky aplikovat i na hodnocení splnění kvalifikace uchazeče, které provádí zadavatel. Pokud by zadavatel užil institutu vysvětlení ve smyslu § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách při hodnocení kvalifikace uchazeče, poskytl by takovému uchazeči možnost dodatečně zhojit nedostatky kvalifikační části nabídky. Taková možnost však ze zákona nevyplývá a tímto postupem by zadavatel naopak poškodil ty uchazeče, jejichž nabídka byla z hlediska splnění kvalifikačních kritérií perfektní. Ke skutečnosti, že zákon č. 137/2006 Sb. dává veřejnému zadavateli možnost žádat o vysvětlení i ve vztahu k doložení potřebné kvalifikace, nelze přihlížet, protože tento zákon není právním předpisem na posuzovanou věc aplikovatelným.

Stěžovatelé dále namítali, že k prokázání jejich kvalifikace mělo zadavateli stačit místo certifikátu řady EMS 14000 nebo jeho ekvivalentu čestné prohlášení a obecnost, kterou jim vytýká krajský soud, nemůže sama o sobě být důvodem pro jeho odmítnutí.

Podle ust. § 37 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách prokazuje dodavatel splnění požadavků systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí předložením
a) certifikátu vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou,
b) certifikátu rovnocenného certifikátu podle písmene a) vydaného v členském státě Evropské

unie, nebo c) jiného dokladu prokazujícího splnění požadavků systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí, pokud jej zadavatel uzná.

Citované ustanovení upravuje tři alternativy prokazování splnění požadavků systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí. Certifikáty, o kterých hovoří ust. § 37 odst. 2 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách, je zadavatel vždy povinen uznat jako doklad o splnění požadavků řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí. Podle písm. c) citovaného ustanovení může však být splnění požadavků systému řízení alternativně prokázáno „jiným dokladem". Stěžovatelé využili právě této poslední možnosti a předložili „Potvrzení ve věci ochrany životního prostředí" (v originále „Certificate in relation to environmental protection"), které je svým obsahem čestným prohlášením (jak ho také v žalobě i kasační stížnosti označují), v němž v obecné rovině potvrzují, že jejich „systém řízení v oblasti ochrany životního prostředí je v naprostém souladu se všemi platnými mezinárodními, národními a místními předpisy a mimo jakoukoli pochybnost se vyrovná systémům provozovaným na základě certifikátů, jako je EMS 14000 nebo jeho ekvivalent" a v podrobnostech odkázali na „Sociální a ekologickou zprávu" přístupnou na internetových stránkách www.autostrade.it. V této souvislosti je podle názoru Nejvyššího správního soudu nutno posoudit, zda předložené čestné prohlášení mohlo být „jiným dokladem". „Jiný doklad" musí věrohodně a zcela zastupitelným způsobem prokazovat skutečnosti, které měly být prokázány zadavatelem požadovaným certifikátem. V ust. § 37 odst. 2 písm. c) zákona o veřejných zakázkách je výslovně uvedeno, že splnění požadavků systému řízení podniku z hlediska ochrany životního prostředí prokazuje dodavatel předložením „jiného dokladu", pokud jej zadavatel uzná. Zadavatel není povinen uznat jakékoli prohlášení či potvrzení dodavatele jako „jiný doklad". To znamená, že zadavatel může v případě, že předložený „jiný doklad" není dostatečně průkazný, dospět k závěru, že kvalifikační kritérium nebylo uchazečem splněno. Pokud tedy mělo být čestné prohlášení předložené stěžovateli považováno za „jiný doklad" ve smyslu ust. § 37 odst. 2 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, nemohlo by se po obsahové stránce jednat o pouhé prohlášení obecného charakteru. Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem dospěl k závěru, že čestné prohlášení je formulováno obecně. Sami stěžovatelé navíc obecnost čestného prohlášení nepopírají. Pokud tedy čestné prohlášení předložené stěžovateli zadavatel neuznal, postupoval v souladu se zákonem o veřejných zakázkách. Proto je rovněž tento stížní bod nedůvodný.

V souvislosti s námitkou přijatelnosti čestných prohlášení místo certifikátů stěžovatelé dále uvedli, že v čestném prohlášení není možné „veškerou komplexnost technických norem" postihnout. K tomu považuje Nejvyšší správní soud za nutné opětovně zdůraznit, že stěžovatelé nebyli nuceni postihnout „veškerou komplexnost technických norem", ale jejich povinností bylo předložit takový „jiný doklad", který by byl plnohodnotným ekvivalentem zadavatelem požadovaného certifikátu.

Pokud stěžovatelé namítali, že standardy životního prostředí jsou v jejich domovském státě vymezeny ze zákona a oni neměli jinou možnost než prokázat svou kvalifikaci formou čestných prohlášení, podotýká Nejvyšší správní soud, že tato skutečnost je irelevantní, protože zadavatel v souladu se zákonem o veřejných zakázkách stěžovatelům umožnil nahradit certifikáty, kterými nedisponovali, „jiným dokladem".

Považují-li stěžovatelé postup zadavatele při vyhodnocování splnění kvalifikačních kritérií za diskriminační a protiprávní, a to z důvodu odmítnutí čestných prohlášení místo certifikátů, Nejvyšší správní soud se s tímto názorem neztotožňuje a považuje za nutné opětovně zdůraznit, že zadavatel umožnil v souladu se zákonem o veřejných zakázkách všem

uchazečům nahradit požadovaný certifikát odpovídajícím ekvivalentem a že nebyl povinen uznat jako ekvivalent jakékoliv prohlášení stěžovatelů, ale pouze „jiný doklad" ve smyslu ustanovení § 37 odst. 2 písm. c) citovaného zákona. Postup zadavatele při hodnocení čestného prohlášení předloženého stěžovateli jako náhrada za požadovaný certifikát nebyl diskriminující a ani hodnocení krajského soudu není v tomto směru co vytknout.

Ve vztahu k certifikátu OHSAS 18001 stěžovatelé namítali, že krajský soud měl rozhodnout, že zadavatel nebyl vůbec oprávněn v zadávací dokumentaci tento certifikát požadovat, a tudíž nemohli být kvůli jeho nedoložení zákonně vyloučeni.

Požadavek na předložení certifikátu OHSAS 18001 stanovil zadavatel v části zadávací dokumentace „Podrobné podmínky zadávací dokumentace", v kapitole 8. „Obchodní podmínky", v bodě 8.6 nazvaném „Systém řízení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci". Tento požadavek formuloval tak, že „Uchazeč splní tuto obchodní podmínku zadavatele předložením certifikátu prokazujícího zavedení systému řady OHSAS 18001, tj. systému řízení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci v organizaci uchazeče coby přílohy č. 5 návrhu Smlouvy o dodávce. Pokud má uchazeč zaveden jiný systém řízení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, může zadavateli předložit tento jiný platný certifikát, který prokazuje zavedení tohoto systému v organizaci uchazeče. Zadavatel však tento certifikát uzná jako náhradu shora požadovaného certifikátu jen tehdy, doloží-li uchazeč společně s certifikátem takové doklady, které nade vší pochybnost prokáží shodu či rovnocennost obou systémů řízení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci." Místo požadovaného certifikátu předložili stěžovatelé dokument označený „Potvrzení ve věci systému řízení bezpečnosti práce a ochrany zdraví při práci" (v originále „Certificate in relation to labor safety and health protection management system"). Hodnotící komise po posouzení nabídek vyřadila nabídku stěžovatelů ze zadávacího řízení s tím, že stěžovatelé nesplnili předmětnou obchodní podmínku, a to jak co do způsobu prokázání, tak i po stránce obsahové. Nesplnění této obchodní podmínky bylo následně jedním z důvodů, pro který zadavatel stěžovatele ze zadávacího řízení vyloučil.

Správní orgán I. stupně v rozhodnutí o přezkoumání úkonů zadavatele dospěl k závěru, že požadavek na předložení certifikátu OHSAS 18001 není požadavkem na realizaci zakázky podle ust. § 48 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, neboť tento certifikát se nevztahuje na nabízené plnění, ale přímo na osobu uchazeče a svým charakterem se jedná o doklad prokazující kvalifikaci uchazeče. Dále uvedl, že předmětný požadavek nejde nad rámec zákona, protože u veřejných zakázek na služby s ohledem na ust. § 33 odst. 1 písm. c) bod 5 zákona o veřejných zakázkách může zadavatel stanovit kritérium technické způsobilosti týkající se opatření k zabezpečení jakosti. Opatření týkající se bezpečnosti a ochrany zdraví při práci je pak možné považovat právě za opatření zavedená uchazečem k zabezpečení jakosti jím poskytovaných služeb, neboť se tato opatření nepochybně v kvalitě odrážejí. Skutečnost, že zadavatel vyžadoval certifikát OHSAS 18001 na jiném místě zadávacích podmínek, neměla podle správního orgánu I. stupně vliv na zákonnost postupu zadavatele. S tímto závěrem se následně ztotožnil Úřad a také krajský soud.

Nejvyšší správní soud tento závěr krajského soudu, stejně jako správních orgánů, neakceptuje. V zadávacím řízení není důležité jen to, jaké požadavky jsou na eventuální uchazeče kladeny, ale podstatnou roli hraje i jejich správné zařazení do jednotlivých zákonem stanovených částí. Toto zařazení totiž determinuje následný postup při vyhodnocování splnění jednotlivých požadavků. Zadavatel je při hodnocení kvalifikace vázán kritérii, která uveřejnil v oznámení příslušného zadávacího řízení (§ 39 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách).

Stanovené požadavky na konkrétní kvalifikaci a způsob jejího prokázání nemůže později jakkoliv měnit. Takto stanovené požadavky nemůže nepochybně jakkoliv měnit ani Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako orgán dohledu, ať už to týká samotného požadavku či způsobu prokázání jeho splnění nebo jakékoliv jiné dispozice, např. přeřazení z obchodních podmínek do kvalifikačních předpokladů.

Nejvyšší správní soud se ztotožňuje se správním orgánem I. stupně v tom, že požadavek na předložení certifikátu OHSAS 18001 nebo jeho ekvivalentu nelze stanovit jako jednu z obchodních podmínek. Postup zadavatele, který chybně zařadil tento požadavek mezi obchodní podmínky, není však možné dodatečně legitimizovat tím, že jej orgán dohledu přeřadí pod jiné zákonem vymezené kritérium, v daném případě pod kritérium technické způsobilosti týkající se opatření k zabezpečení jakosti. Správní orgán I. stupně tedy pochybil, když se při posouzení této otázky neomezil na konstatování nesprávného postupu zadavatele. Jakékoliv další úvahy o opodstatněnosti tohoto požadavku byly nadbytečné. Z těchto důvodů nedoložení certifikátu OHSAS 18001 nebo jeho ekvivalentu nemohlo vést k vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení.

Vzhledem k výše uvedenému považuje Nejvyšší správní soud za nadbytečné zabývat se námitkou, že krajský soud nijak neodůvodnil svůj závěr o tom, že požadavek na předložení certifikátu OHSAS 18001 lze podřadit pod opatření jakosti podle ust. § 33 odst. 1 písm. c) bod 5 zákona o veřejných zakázkách.

K námitkám týkajícím se důvodů vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení Nejvyšší správní soud závěrem uvádí, že ani skutečnost, že jeden z důvodů pro jejich vyloučení neobstojí, nemá vliv na to, že ze zbývajících dvou důvodů (nedoložení výpisů z rejstříků trestu a nepředložení certifikátu EMS 14000 nebo jeho ekvivalentu) byli stěžovatelé ze zadávacího řízení vyloučeni v souladu se zákonem.

Stěžovatelé v neposlední řadě vytýkali napadenému rozsudku nepřezkoumatelnost ve smyslu ust. § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s., kterou spatřují v tom, že se krajský soud nezabýval žalobními body vztahujícími se k posuzování a hodnocení nabídek, k postupu zadavatele a hodnotící komise a k prokázání technické způsobilosti firmy Kapsch.

Krajský soud se těmito námitkami nezabýval se zdůvodněním, že pokud byli stěžovatelé ze zadávacího řízení vyloučení v souladu se zákonem, a to již pro nesplnění kvalifikačních kritérií, pak se jejich veřejných subjektivních práv nemohl jakkoli dotknout postup zadavatele uskutečněný po jejich vyloučení.

Subjektivní práva jsou vcelku ustáleně vnímána jako práva osob založená v právních normách (v objektivním právu), která se projevují jako oprávnění určitého subjektu, jako možnost chovat se právem předpokládaným způsobem, přičemž každá taková možnost zpravidla bývá determinována svým povinnostním rozměrem charakterizovatelným jako nutnost chování se daného subjektu. Subjektivní právo, obdobně jako právo v objektivním smyslu, se dělí na právo soukromé a právo veřejné.

Veřejnými subjektivními právy se rozumí práva založená v normách veřejného objektivního práva, která umožňují a současně chrání určité chování fyzických nebo právnických osob ve vztazích k subjektům veřejné správy. Ne všechny vztahy mezi soukromými osobami na straně jedné a státem, veřejnoprávními korporacemi či jinými osobami vykonávajícími veřejnou moc na straně druhé jsou však vztahy veřejnoprávními.

Takovými jsou jen ty z uvedené množiny, které svojí podstatou tkví ve vrchnostenském vztahu, tj. ve vztahu nadřazenosti vykonavatelů veřejné moci nad soukromou osobou. Podle obsahu lze veřejná subjektivní práva rozlišovat na práva směřující k tomu, aby se veřejná správa zdržela zásahů do svobody osob, dále práva na určitou činnost či plnění správy ve prospěch určitých osob a práva podílet se na správě věcí veřejných.

Nejvýznamnější veřejná práva obsahují ústavní normy, jakož i mezinárodní smlouvy o lidských právech a svobodách, kterými je Česká republika vázána. Uvedenému okruhu práv poskytuje ochranu také Ústavní soud. Celý rozsah subjektivních veřejných práv by byl dále zjistitelný z platných právních norem, ve kterých je ovšem třeba vždy zkoumat, poskytují-li v konkrétním případě subjektivní právo veřejné, tj. zda jsou formulovány ve prospěch zájmů určitých osob (tzv. „ochranné normy"), nebo vyjadřují spíše veřejný (celospolečenský) zájem na úkolech veřejné správy, aniž by přitom zakládaly možnost osobám spravovaným domáhati se práv v dané věci. Teorie subjektivních veřejných práv rozlišuje, zda norma zakládá subjektivní právo nebo zda se jedná jen o pouhý reflex objektivního práva tj. o „faktické výhody, plynoucí pro občany ze správného provádění zákonů" (Hoetzel, J., Československé správní právo, Část všeobecná, Praha 1937, str. 253). Někde je to jednoduché, např. podle čl. 10 odst. 2 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina") má každý právo na ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života s tím, že meze tohoto práva mohou být, za podmínek v Listině stanovených, upraveny pouze zákonem (srov. čl. 4 Listiny). Ale už u práv hospodářských, sociálních a kulturních podle hlavy čtvrté Listiny platí, že se jich lze domáhat pouze v mezích zákonů, která tato ustanovení provádějí (čl. 41 odst. 1). V dalších případech bude třeba odvodit subjektivní právo z povinnosti subjektu veřejné správy vůči osobě. Některé povinnosti však takovou podobu nemají, jejich cíl je převážně ve veřejném zájmu. Příkladem může být povinnost obce vydávat potvrzení, pokud tak zákony stanoví (srov. § 14 odst. 1 zákona č. 128/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů). Je zřejmé, že osoby v takovém případě mají veřejné subjektivní právo na to, aby jim bylo takové potvrzení vydáno. Na straně druhé, z povinnosti správního úřadu vést řádně statistické výkaznictví, nebo vůbec spisovou agendu, nelze obvykle subjektivní právo osob dovodit. Porušení veřejného subjektivního práva správním orgánem znamená vždy porušení zákonnosti, zatímco porušení zákonnosti správním orgánem nemusí nutně znamenat porušení veřejného subjektivního práva, neboť k některým povinnostem správních orgánů nejsou v objektivním právu přiřazena subjektivní práva osob. Avšak ani taková skutečnost neznamená, že je tím soudní kontrola zákonnosti postupu správních orgánů vyloučena. Pokud totiž budou poškozena práva osoby právě v souvislosti s nezákonným postupem, např. při vedení spisové agendy, bude takové pochybení soud z hlediska zákonnosti také hodnotit. (viz Vopálka V., Mikule V., Šimůnková V., Šolín M., Soudní řád správní, Komentář, Praha 2004, str. 4).

Smyslem a účelem platné právní úpravy správního soudnictví je poskytovat efektivní ochranu veřejným subjektivním právům fyzických a právnických osob, jak je to také vyjádřeno v ustanovení § 2 s. ř. s. Podle citovaného ustanovení poskytují soudy ve správním soudnictví ochranu veřejným subjektivním právům fyzických i právnických osob způsobem stanoveným tímto zákonem a za podmínek stanovených tímto nebo zvláštním zákonem a rozhodují v dalších věcech, v nichž tak stanoví tento zákon. Soud rozhodující ve správním soudnictví musí tedy vždy zkoumat, zda byla porušena veřejná subjektivní práva žalobce. Tato otázka je otázkou klíčovou, a pokud ji soud zodpoví negativně, nemůže napadené správní rozhodnutí v tomto rozsahu přezkoumávat.

V posuzované věci nelze ponechat bez povšimnutí, že stěžovatelé v kasační stížnosti ve vztahu k této námitce neuvedli, jaké konkrétní veřejné subjektivní právo bylo v jejich případě porušeno. Pouze se v podstatě omezují na tvrzení, že „zájem na zajištění rovné soutěže přesahuje v souvislostech práva hospodářské soutěže okruh uchazečů v tom či kterém zadávacím řízení a je veřejným a zároveň subjektivním právem všech soutěžitelů na příslušném trhu, kteří mají legitimní zájem na tom, aby nedocházelo k nerovnováze na trhu soutěžitelů způsobené nezákonným přidělováním veřejných zakázek."

Nejvyšší správní soud se s tímto názorem stěžovatelů neztotožňuje. Vzhledem k tomu, že stěžovatelé byli vyloučeni z účasti na zadávacím řízení pro nesplnění kvalifikačních kritérií, a to zákonným způsobem, jak již bylo výše uvedeno, nemohou před soudem úspěšně namítat, že úkony, které s jejich vyloučením nesouvisely a byly činěny až poté, kdy byli ze zadávacího řízení vyloučeni, mohly zasáhnout do sféry jejich veřejných subjektivních práv. Veřejný zájem na transparentním a nediskriminačním průběhu zadávacího řízení nelze podřadit pod pojem veřejné subjektivní právo příslušející stěžovatelům. Ostatně i ustálená rozhodovací činnost jak komunitárních orgánů, tak soudů vychází z předpokladu, že soutěžní legislativa (kam svou povahou patří i veřejné zakázky) neposkytuje individuální ochranu jednotlivým subjektům, ale pouze soutěžnímu prostředí jako takovému.Pokud by rozsah přezkumu ve správním soudnictví byl bezvýjimečně shodný s rozsahem přezkumu v řízení před orgánem dohledu podle zákona o veřejných zakázkách, bylo by to v rozporu s účelem a smyslem správního soudnictví, jak je vyjádřen v citovaném ustanovení § 2 s. ř. s. Soud nemá pravomoc přezkoumávat rozhodnutí Úřadu v šíři vymezené zákonem o veřejných zakázkách, ale pouze v rozsahu, v jakém jím byla zasažena veřejná subjektivní práva. Z těchto důvodů nelze vytýkat krajskému soudu nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku.

Argumentace týkající se opětovné účasti stěžovatelů v případném novém zadávacím řízení je založena na hypotetickém základě, a proto se jí Nejvyšší správní soud nezabýval.

K úvaze stěžovatelů, že při úzké interpretaci pojmu veřejná subjektivní práva nezbude v soukromoprávní sféře v podstatě nikdo, kdo by byl k podání žaloby aktivně legitimován, Nejvyšší správní soud uvádí, že krajský soud svým postupem nevyloučil možnost soudního přezkumu napadeného správního rozhodnutí obecně, ale pouze ve vztahu ke stěžovatelům s ohledem na okamžik, kdy byli vyloučeni z další účasti na zadávacím řízení. Situaci, kdy v konkrétní věci nebude žádný subjekt aktivně legitimován k podání žaloby, sice nelze vyloučit, ale ani taková situace nemůže být považována za důvod pro rozšiřování rozsahu soudního přezkumu nad rámec stanovený soudním řádem správním. Nejvyšší správní soud, shodně jako krajský soud, v této souvislosti odkazuje na ustanovení § 66 s. ř. s., který upravuje zvláštní žalobní legitimaci k ochraně veřejného zájmu.

Poukazují-li stěžovatelé na to, že možnost iniciovat soudní přezkum by byla absolutně odepřena dodavatelům, kteří nepodali v příslušném zadávacím řízení nabídku, avšak byli oprávněni k podání návrhu na přezkum podle ust. § 88 a § 96 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, považuje k tomu Nejvyšší správní soud za dostačující uvést, že stěžovatelé se mohou domáhat u soudu ochrany jen proti porušení těch veřejných subjektivních práv, na nichž byli vydaným rozhodnutím sami zkráceni.

Nedůvodný je také nesouhlas stěžovatelů se závěrem krajského soudu, že „nemohl zaměřit svůj přezkum vůči tvrzení žalobců uplatněnému ve správním řízení, že zadavatel rozhodl o vyloučení žalobců současně s rozhodnutím o přidělení zakázky.", protože v žalobě žádná námitka, která by v tomto směru odůvodňovala soudní přezkum uvedena nebyla. Jiný

postup krajského soudu by byl v rozporu s dispoziční zásadou, kterou je správní soudnictví ovládáno (ust. § 75 odst. 2 s. ř. s.).

V této souvislosti stěžovatelé také namítali, že pokud by krajský soud neukončil věcný přezkum v části týkající se vyloučení stěžovatelů a posoudil by i další žalobní body týkající se práce hodnotící komise, našel by prostor i pro zabývání se otázkou, do jaké míry bylo posuzování kvalifikace a hodnocení nabídek od sebe časově vzdáleno. K této námitce Nejvyšší správní soud odkazuje na výše uvedený závěr, že krajský soud nepochybil, když svůj přezkum omezil pouze na posouzení důvodnosti vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení pro nesplnění kvalifikačních kritérií.

Z důvodů výše uvedených Nejvyšší správní soud neshledal nezákonnost napadeného rozsudku ve smyslu § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s. a kasační stížnost podle ustanovení § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl. Ve věci rozhodl v souladu s § 109 odst. 1 s. ř. s., podle něhož rozhoduje Nejvyšší správní soud o kasační stížnosti zpravidla bez jednání, když neshledal důvody pro jeho nařízení.

Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o ustanovení § 60 odst. 1 věta první ve spojení s § 120 s. ř. s., podle 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. Nejvyšší správní soud žádnému z účastníků náhradu nákladů nepřiznal, protože stěžovatel v řízení úspěch neměl a Úřadu žádné náklady s tímto řízením nevznikly.

Osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení, neboť jim soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s níž by jim náklady vznikly (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

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

V Brně dne 30. srpna 2007

Nejvyšší správní soud v Brně - 30 -

JUDr. Eliška Cihlářová, v. r.
předsedkyně senátu

Za správnost vyhotovení:
Kateřina Rajčoková