



Příklady praktické aplikace
základních zásad zadávacího řízení
při rozhodování NSS v oblasti
veřejných zakázek

JUDr. Petr Mikeš, Ph.D.

Základní zásady

- rozsudek NSS z 4. 12. 2020, čj. 5 Afs 436/2019 - 56, město Brumov-Bylnice
- zadavatel přiměřeně neprodloužil lhůtu po změně technické specifikace poptávaného parkovacího automatu – shledáno jako porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení podle § 6 (před novelou ZVZ výslovně ukládající lhůtu prodloužit)
- zadavatel namítal, že povinnosti uložené v § 6 jsou příliš obecné, umožňují výkladovou libovůli a nelze po laickém subjektu požadovat, aby z nich dovozoval něco dalšího, než co vyplývá z konkrétních ustanovení ZVZ

Základní zásady

- NSS: zásady zajišťují cíl práva VZ, tj. zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky - cíle dosaženo především tím, že smlouvy, jejichž plnění hrazeno z veřejných prostředků, uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (rozsudek *Karlovarská losovačka*)
- nelze přihlížet k tomu, jaké zkušenosti má ten který zadavatel s VZ či nakolik se orientuje v právní úpravě a zná správní praxi, případně o jaký typ zadavatele se jedná, zadávání VZ je procesem vysoce formalizovaným a složitým a na zadavatele bezpochyby klade značné nároky

Diskriminace

- rozsudek NSS z 5. 6. 2008, čj. 1 Afs 20/2008 – 152, Sb. NSS 1771/2009, *Lumius*
- zadavatel ČNB – VZ na dodávku energie
- jeden z kvalifikačních předpokladů - dodavatel elektřiny do více než 500 odběrných míst na hladině vysokého napětí

Diskriminace

- společnost Lumius namítala diskriminační povahu kritéria – požadovaným množstvím odběrných míst disponovali pouze tři dodavatelé v ČR
- ÚOHS: o diskriminaci nemůže jít, neboť zadavatel stanovil daný parametr shodně pro všechny uchazeče

Diskriminace

- NSS: zákon zakazuje nikoliv pouze diskriminaci zjevnou, ale i skrytou
- cílem je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky - aby smlouvy byly uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli
- zákaz zjevné diskriminace by bylo možné lehce obejít nastavením vhodných kritérií – vedlo by k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva VZ k poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)

Diskriminace

- skrytá forma nepřipustné diskriminace - zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o VZ nastavením kvalifikačních předpokladů, jejichž úroveň je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní VZ - zakázku mohou plnit jen někteří z dodavatelů objektivně způsobilých k plnění předmětu VZ
- NSS provedl rozbor judikatury SDEU, rozhodovací praxe dalších členských států EU a české právní doktríny, které tyto závěry potvrdily

Diskriminace

- nelze požadovat, aby kvalifikační předpoklady měly na všechny potenciální uchazeče stejné dopady - v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky
 - selekce uchazečů, kteří ke splnění VZ způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené)
 - nejde o skrytou diskriminaci

Diskriminace

- rozsudek NSS z 3. 4. 2017, čj. 5 As 173/2016 - 24, *Integrovaná střední škola technická a ekonomická Sokolov*
- požadavek ve smlouvě na finanční zajištění ve formě bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem
- NSS: neexistuje relevantní důvod, proč neakceptovat záruku zahraniční banky potvrzenou bankou tuzemskou. Případné místo soudního sporu rovněž lze smluvně ošetřit

Diskriminace

- rozsudek NSS z 29. 5. 2018, čj. 2 Afs 375/2017 - 30, *statutární město Ústí nad Labem, Sektorové centrum – demolice*
- VZMR - povinnost předložit prohlášení o bezdlužnosti vůči zadavateli
- podle správce daně porušen zákaz diskriminace
- NSS: zadavateli VZMR nelze bránit, aby po uchazečích požadoval doložení bezdlužnosti vůči němu samotnému
- samotná bezdlužnost vůči zadavateli nemusí poskytnout dostatečnou informaci o ekonomickém zdraví uchazeče- vhodné kombinovat s dalšími kritérii

Diskriminace

- nelze však vylučovat uchazeče s irelevantními závazky vůči zadavateli (např. bagatelní rozsah - nevypovídají o ekonomické situaci či obchodní serióznosti uchazeče)
- kritérium se nesmí žádným způsobem zneužívat, zejména nesmí vést s potenciálním uchazečem účelový spor o údajnou pohledávku
- shodně též 10 Afs 333/2017-34, 1 Afs 392/2017-35, 2 Afs 376/2017-33)
- jiná situace u podlimitních a nadlimitních zakázek – tam jde fakticky o ekonomickou kvalifikaci – ta přípustná jen v rozsahu stanoveném ZVZ (rozsudek NSS z 10. 9. 2020, čj. 7 Afs 453/2018 – 26, *st. město Ústí nad Labem - Městské sady – aktivní park*)

Diskriminace

- rozsudek NSS z 28. 8. 2018, čj. 9 As 195/2017-47, *Univerzita Pardubice - dodávka laboratorní technologie pro sekci dopravního stavitelství*
- v návrzích kupních smluv pro jednotlivé části VZ požadovala zajištění servisního střediska pro opravy zboží na území ČR v záruční i pozáruční době
- zadavatel: požadavek nebyl zjevně nepřiměřený (je standardní, že dodavatelé servis v ČR mají a není znám žádný konkrétní poškozený dodavatel) + mělo jít o opatření proti předraženým servisním zásahům

Diskriminace

- NSS: vyšel zejména z rozsudku *Lumius*
- zadavatelé nepochybně mají prostor pro legitimní ekonomickou úvahu, ve které požívají jisté míry diskrece - požadavek zadavatele však musí sledovat zákonem přípustný cíl (např. i hospodárné vynakládání veřejných prostředků)
- pokud však požadavek zadavatele žádné zákonné nebo ekonomické odůvodnění nemá - není důvod zabývat se jeho zjevnou nepřiměřeností – ta namíste pouze pokud požadavek schopen dosáhnout sledovaného cíle

Diskriminace

- zadavatel nebyl schopen stanovený požadavek na zajištění servisního střediska pro opravy na území ČR racionálně ekonomicky vysvětlit
- do uzavíraných smluv žádné limitace ohledně mimozáručního servisu nestanovil (např. zastropování cen) – předražovat servisní zásahy může i tuzemský dodavatel

Diskriminace

- není podstatné, jestli je diskriminující podmínka obsažena v kvalifikačních předpokladech, hodnotících kritériích nebo obchodních podmínkách (někdy však může být diskriminační požadovat jinak relevantní požadavek zadavatele již v rámci kvalifikace)
- není podstatné, že je běžné, že dodavatelé servisní střediska v ČR mají – pro vyvrácení potenciality ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky – nesměl by existovat ani jediný dodavatel v rámci EU + dalších v § 6 odst. 2 ZVZ (§ 6 odst. 3 ZZVZ), který by takové zastoupení na území ČR neměl

Diskriminace

- musí být vyloučeno, že k diskriminaci objektivně dojít nemohlo
- nešlo by o diskriminaci, pokud by zadavatel oprávněně požadoval, aby byla oprava zahájena a dokončena v určité lhůtě, byť to povede k tomu, že pro některé dodavatele přestane být taková zakázka zajímavá, například i vzhledem k jejich vzdálenosti od místa plnění
- obdobné závěry v rozsudku NSS z 21.2.2019, čj. 5 Afs 311/2016-40, *ŽALUZIE NEVA*, k referenci na 2 předchozí dodávky IS do ČR a hodnotící kritéria délka působení na trhu a počet zaměstnanců

Diskriminace

- rozsudek NSS z 12. 5. 2021, čj. 8 As 124/2019-46, město Třebíč – přeprava cestujících autobusovou dopravou
- podle návrhu smlouvy závazek zajistit po celou dobu plnění smlouvy kryté parkovací stání pro používaná vozidla
- podle zadavatele za účelem splnění zákonné povinnosti nemít sníh a námrazu na vozidle a s tím související možné zpoždění
- spor, zda šlo o diskriminační požadavek, pokud bylo možno daného cíle dosáhnout jinými prostředky (rampa, rozmrazovací kapaliny, plachty, teplo, atd.)

Diskriminace

- NSS: vyšel z rozsudků *Lumius a Univerzita Pardubice* a rozsudku SDEU z 27. 10. 2005, C-234/03, ve věci *Contse a další* – nepřipustný kvalifikační předpoklad, pokud způsobuje pro podniky řadu nákladů, jejichž návratnost bude možná, pouze pokud jim VZ bude zadána (existující kontaktní místa) - podání nabídky jednoznačně učiněno méně zajímavým

Diskriminace

- zájem na dodržování zákonné povinnosti představuje legitimní cíl
- primárně věcí dodavatele, jakým konkrétním způsobem dosáhne
- stanovení konkrétního způsobu dodržování povinnosti zadavatelem jako smluvní podmínky samo o sobě nasvědčuje diskriminačnímu jednání, pokud existují různé, stejně efektivní způsoby k dosažení sledovaného cíle a zadavatelem určené řešení zároveň zvýhodňuje dodavatele, kteří již před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku disponují určitou technologií či nástroji zadavatelem určenými ke splněním zákonem stanovené povinnosti

Diskriminace

- kromě stávajícího dodavatele by na pořízení krytého stání museli noví dodavatelé vynaložit nemalé finanční prostředky, ačkoliv by cíle mohli dosáhnout jinak - požadavek činil podání nabídky výrazně méně zajímavým pro dodavatele, kteří krytým stáním v místě plnění VZ nedisponovali
- s ohledem na předpoklad zahájení plnění smlouvy krátce po dokončení ZŘ by museli uchazeči vynaložit náklady na zhotovení přístřešků ještě v době, kdy nebylo zřejmé, zda zakázku získají – požadavek se blížil kvalifikačnímu předpokladu

Diskriminace

- požadavek byl stanoven navíc po celý rok, ačkoliv riziko námrazy a sněhu hrozí jen po určité období roku
- požadavek zjevně činil podání nabídky méně zajímavým pro jiné dodavatele, než byl stávající dodavatel služby, a nepřiměřeně ztížil možnost ucházet se o VZ
- požadavek byl diskriminační

Zásada rovného zacházení

- rozsudek NSS z 24. 10. 2019, čj. 1 Afs 294/2018-30, *Olomoucký kraj - rozvoj služeb e-Governmentu*
- zadavatel vyzval jednoho z uchazečů k doplnění kvalifikačního předpokladu – výpis z rejstříku trestů PO, zatímco jiného nevyzval k doplnění kvalifikačních předpokladů a následně ho pro nesplnění kvalifikačních předpokladů vyloučil
- zadavatel poukazoval mj. na to, že druhý uchazeč nepředložil další kvalifikační doklady, přičemž u prvního šlo o ryze formální pochybení
- FÚ i KS – měli být vyzváni oba

Zásada rovného zacházení

- NSS: k nerovnosti a diskriminaci může dojít jen tehdy, je-li zacházeno odlišně se srovnatelnými subjekty ve srovnatelných situacích
- pokud se zadavatel rozhodne možnosti vyzvat k objasnění či doplnění kvalifikace, měl by využít, ve vztahu ke všem uchazečům v rámci jednoho ZŘ za rovných podmínek - nesmí libovolně určovat, kterého z uchazečů k doplnění podkladů vyzve a kterého nikoliv
- výjimečně situace, kdy bez důvodných pochybností zřejmé, že uchazeči z hlediska vad nabídek ve srovnatelné situaci nejsou

Zásada rovného zacházení

- nesplnění předložení výpisu z rejstříku PO ryze formálním pochybením – v rozhodné době žádná PO podle daného zákona neodsouzena
- u druhého uchazeče naopak další nedostatky a z pojistné smlouvy zřejmé, že nebyla uzavřena na požadovanou částku + přiloženo čestné prohlášení, že navýší až v případě získání VZ – ve lhůtě pro podání nabídek tedy zjevně neměl uzavřenu
- pokud by naopak vyzval i druhého uchazeče, zvýhodnil by proti ostatním – umožněno doložit pojistnou smlouvu uzavřenou později
- nejednalo se o porušení zásady rovného zacházení – šlo dodavatele v odlišných situacích
- shodně rozsudek NSS z 20. 12. 2021, čj. 10 Afs 223/2019-38

Zásada rovného zacházení

- rozsudek NSS z 8.11.2019, čj. 5 As 337/2018-28, Česká průmyslová zdravotní pojišťovna
- zadavatel vyzval dva uchazeče ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, u jednoho uznal u druhého nikoliv
- NSS: obsah zdůvodnění nabídkových cen obou uchazečů nevykazuje podstatné rozdíly, v dokumentaci VZ nijak odlišný postup nevysvětlen
- z postupu zadavatele není seznatelné, proč jedno zdůvodnění akceptoval a věcně obdobné zdůvodnění nikoli – porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení

Vztah zásad nediskriminace a rovného zacházení

- rozsudek NSS z 21.2.2019, čj. 5 Afs 311/2016-40, ŽALUZIE NEVA
- v podstatě tatáž zásada, pouze nahlížená z různých stran:
 - zásada zakazující (negativní) – zásada zákazu diskriminace (tedy zákaz odlišného zacházení),
 - zásadu příkazující (pozitivní) – zásada rovného zacházení (tedy příkaz zacházet stejně, neodlišovat). Mezi oběma zásadami není výraznější dělicí linie. Zásada zákazu diskriminace v podstatě odvrácenou stranou zásady rovného zacházení (rozsudek *Lumius*).

Transparentnost

- rozsudek NSS z 15.9.2010, čj. 1 Afs 45/2010-159, 2189/2011 Sb. NSS, *Karlovarská losovačka*
- město Karlovy Vary použilo užší řízení, ve kterém omezilo počet uchazečů na 5 losováním
- doba od vnoření ruky losujícího do nádoby do vytažení lístku trvala 6, 8, 11, 33 a 33 sekund

Transparentnost

- losující během losování čtvrtého a pátého zájemce rukou šátral v losovací nádobě, zhruba v půlce losování čtvrtého zájemce a před losováním zájemce pátého s nádobou zatřepal
- posledním vylosovaným byl budoucí vítěz, sdružení společností "SYNER-BAU-STAV-METROSTAV"
- hledá se čtvrtý a pátý uchazeč:



Transparentnost

- NSS: požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelském postupu sledány takové prvky, jež by ZŘ činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele
- NSS vyšel z judikatury SDEU

Transparentnost

- podmínkou dodržení zásady transparentnosti - průběh ZŘ tak, že se navenek **jeví** jako férový a řádný
- motivy osob participujících na výběru zájemců (ať již plně zákonné, dané neschopností navenek působit férově a řádně, event. nezákonné) jsou pro posouzení porušení zásady transparentnosti irelevantní. Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.

Transparentnost

- jen v důsledku různé sekundové délky při losování jednotlivých zájemců nelze dospět k závěru o netransparentnosti losování
- nepřiměřeně dlouhá doba losování čtvrtého a pátého zájemce (přes půl minuty, tedy třikrát déle než vylosování třetího zájemce) byla jednoznačným indikátorem netransparentnosti losování
- losující rukou v nádobě pohyboval. Smyslem losování není, aby si losující všechny lístky "osahal", nýbrž aby náhodně jeden lístek vytáhl. Proto losování dvou posledních zájemců mohlo navodit dohady, že se ve skutečnosti vůbec nelosuje, nýbrž hledá předem určený lístek, který se má vytáhnout, avšak nedaří se ho najít

Transparentnost

- nesprávný poukaz na obvyklou praxi při losování sportovních soutěží nebo soutěží o hodnotné ceny - za účelem objektivitu a nahodilosti vylosovaných subjektů losující osoba před zraky diváků promíchává osudí po dobu výrazně delší, než probíhalo losování předchozích výherců či jiných osob
- nešlo o losování o nejhodnotnější ceny, ale o vylosování zájemců, kteří jsou v rovném postavení bez ohledu na to, jsou-li vytaženi první nebo poslední. navíc bez diváků – učinit závěr losování napínavějším. Ani videozáznam nepořízen pro promítání široké veřejnosti, což je naopak pravidlem u stěžovatelem uváděných příkladů losování kvalifikace mistrovství světa či Evropy ve fotbale.

Transparentnost

- rozsudek NSS z 20.6.2012, 7 Afs 31/2012-55, 2174/2012 Sb. NSS, *Přerovská losovačka*
- NSS: obsah pojmu transparentnosti se může měnit v závislosti na proměňujících se protizákonných praktikách - i pochybení, která dříve nebyla vnímána jako narušení čitelnosti kroků zadavatele, budou nyní vnímána jako natolik zásadní, že v nich bude spatřováno porušení zásady transparentnosti

Transparentnost

- posouzení transparentnosti nespočívá v dokazování, zda došlo k manipulaci či nikoliv - postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu
- příprava losovacích kartiček mimo kontrolu notáře či zástupců zájemců vzbuzuje zásadní pochyby

Transparentnost

- rozsudek NSS, z 15.8.2012, čj.1 Afs 15/2012 - 38, Sb.NSS 2713/2012, *Povodí Labe*
- zadavatel v ZŘ omezil počet uchazečů losem
- losování byli podle dokumentace přítomni pouze jeho zaměstnanci - postup podle FÚ nebyl dostatečně transparentní a porušoval tak podmínku rozhodnutí, podle které je příjemce dotace povinen řádně přidělit VZ související s realizací projektu podle platných českých zákonů, tj. zejména podle ZVZ

Transparentnost

- NSS: nejde o retroaktivní požadavek, pokud bylo výkladem upřesněno, že losování bez přítomnosti uchazečů či notáře je netransparentní – šlo pouze o výklad neurčité právní normy, která ale platila i v době zadávání

Transparentnost

- nálezn ÚS z 25. 10. 2021 - zrušeny rozsudky NSS čj. 7 Afs 22/2019-43 a 7 Afs 24/2019-44, *Svazek obcí Čistá Odra*
- při posuzování, zda bylo losování dle ZVZ ve znění do 31. 3. 2012, transparentní, třeba vzít v úvahu průběh a okolnosti losování v jejich souhrnu. Dovedí-li judikatura specifický požadavek pro zajištění transparentnosti losování, nemohou být předcházející losování automaticky označena za netransparentní pouze z důvodu, že v nich takový požadavek nebyl dodržen.
- právní úprava musí být přiměřeně srozumitelná. Je třeba hodnotit všechny okolnosti věci, v předchozí judikatuře NSS přistupovalo několik prvků pochybností, zde byl jen jediný – nedošlo k přečíslování, nicméně pravidla byla určena předem

Transparentnost

- rozsudek NSS z 14.7.2017, čj. 2 Afs 208/2016 - 52, obec Vojníkov
- obec s 87 obyvateli obdržela dotaci na obnovu po povodních 400 tis Kč na odbahnění nádrže a 150 tis Kč na opravu vozovky
- zadala napřímo - u vozovky původními zhotoviteli z důvodu trvajících záruk u nádrže témuž dodavateli z důvodu přítomnosti techniky na místě
- FÚ: porušení zásady transparentnosti

Transparentnost

- NSS: obec ze zákona povinna při zadávání VZ dodržet zásady transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace
- odmítnuta námitka, že v případě, kdy oslovila pouze jednoho dodavatele, nemohla uvedené zásady porušit

Transparentnost

- zásadu transparentnosti lze v případě VZMR, které nejsou zcela bagatelní, dodržet například přijetím interní směrnice upravující zadávání VZMR, neformálním poptáním u několika dodavatelů, třeba i prostřednictvím telefonického hovoru, provedením průzkumu trhu pomocí internetu či zveřejněním VZ před jejím zadáním

Transparentnost

- dospěje-li zadavatel k závěru, že dotčená zakázka je významná pro vnitřní trh EU, musí ji zadat v souladu se základními normami odvozenými z právních předpisů EU. Tyto normy zahrnují především povinnost zajistit přiměřené zveřejnění před zadáním zakázky
- zákon i podmínky poskytnutí dotace jsou v případě zadávání VZMR a souvisejících povinností velmi nekonkrétní

Transparentnost

- malá obec, jednající v časové tísni po povodních, dotace využita ke stanovenému účelu
- výběr nebyl proveden libovolně ani zcela netransparentně – na zasedání zastupitelstva (veřejný zápis), odůvodněno na první pohled racionální ekonomickou úvahou (nároky vznikající z údržby vozovky a použití stejného dodavatele na vedlejší zakázku, který může na obě zakázky použít stejné stroje)
- správce daně se však s ekonomickou úvahou nevypořádal

Transparentnost

- při posuzování zadávání VZMR je třeba vždy přihlídnout ke konkrétním okolnostem. Zadavatelé nemohou postupovat zcela libovolným způsobem bez jakékoli kontroly ze strany finančních orgánů. Při absenci bližších závazných pravidel zadávání VZMR je třeba připustit, že zadavatelé, zejména malé obce bez profesionálního zázemí, mohou postupovat méně formalizovaným způsobem. Nelze bez bližšího zkoumání vyloučit, že ekonomické zdůvodnění zadání konkrétní zakázky může být prostředkem k dosažení transparentního, rovného a nediskriminačního postupu

Transparentnost

- rozsudek NSS z 3. 6. 2021, čj. 3 As 346/2019-49, *stat. město Třinec*
- zadavatel zařadil do obchodních podmínek požadavek na předložení certifikátu systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle OHSAS 18001
- NSS: mělo být zařazeno v technické kvalifikaci, jde o požadavek na kvalitu osoby uchazeče, nikoliv o podmínku plnění smlouvy
- součástí zásady transparentnosti i to, že zadavatel v ZD řádně vyznačí podklady k prokázání kritérií technické kvalifikace a jejich splnění samostatně posoudí před tím, než vyzve uchazeče k podání nabídek (v užším řízení)



Děkuji za pozornost.

petr.mikes@nssoud.cz