



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Milana Procházky a soudců JUDr. Viktora Kučery a JUDr. Petra Polácha v právní věci žalobkyně: **Ecological Consulting a. s.**, se sídlem Na Střelnici 48, Olomouc, zast. Mgr. Jiřím Zbořilem, advokátem se sídlem Horní náměstí 365/7, Olomouc, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti: **Jihomoravský kraj**, se sídlem Žerotínovo náměstí 3/5, Brno, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 14. 12. 2012, č. j. ÚOHS-R167/2012/VZ-23612/2012/310/RBu, ve věci návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele,

t a k t o :

- I.** Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 12. 2012, č. j. ÚOHS-R167/2012/VZ-23612/2012/310/RBu, jakož i rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21. 5. 2012, č. j. ÚOHS-S183/2012/VZ-9409/2012/530/EDo, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II.** Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobkyni náhradu nákladů řízení v celkové výši 9 800 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám jejího zástupce Mgr. Jiřího Zbořila, advokáta se sídlem Horní náměstí 365/7, Olomouc.
- III.** Osoba zúčastněná na řízení **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

Žalobkyně se podanou žalobou domáhala zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy žalovaného (dále jen „žalovaný“), kterým byl zamítnut její rozklad a potvrzeno rozhodnutí žalovaného (dále jen „správní orgán I. stupně“) ze dne 21. 5. 2012, č. j. ÚOHS-S183/2012/VZ-9409/2012/530/EDo. Tímto rozhodnutím byl zamítnut návrh žalobkyně na přezkoumání úkonů zadavatele – Jihomoravského kraje (dále též „osoba zúčastněná na řízení“) v případě veřejné zakázky malého rozsahu „*Natura 2000 – implementace v Jihomoravském kraji, 5. etapa*“, zadávané na základě výzvy k podání nabídky ze dne 27. 1. 2012; k zamítnutí návrhu žalobkyně došlo dle § 118 odst. 5 písm. d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění rozhodném pro posuzovanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), neboť tento návrh nesměřoval proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle citovaného zákona v zadávacím řízení nebo soutěži o návrh.

Zadavatel dle přípisu ze dne 8. 3. 2012 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, kterou se stala nabídka Sdružení pro Natura 2000, jehož nabídková cena byla nejnižší; tato cena činila 699 500 Kč, bez DPH, neboť tento uchazeč – účastníci Sdružení pro Natura 2000 (Ing. Petr Hofman, Mgr. Richard Čtvrtečka, Ing. Miroslav Mikeska, Ph.D., Martin Kouřil, RNDr. Zdeňka Mrlíková, RNDr. Daniela Vacková) – nebyl plátcem DPH. Nabídková cena žalobkyně, která se umístila na druhém místě, činila 634 980 Kč, včetně DPH pak 761 976 Kč. V důsledku toho, že žalobkyně byla plátcem DPH, které v souladu se zadávací dokumentací zahrnula do nabídkové ceny, tedy nebyla její nabídka vyhodnocena jako nejvhodnější, s čímž žalobkyně nesouhlasila. Podala proto ke správnímu orgánu I. stupně návrh ze dne 26. 3. 2012, kterým napadala průběh a zejména s výsledky veřejné zakázky s tím, že popírají zásady uvedené v § 6 zákona o veřejných zakázkách – transparentnost, rovné zacházení a zákaz diskriminace. Konkrétně napadla to, že v daném případě bylo použito nespravedlivé, resp. nerovnoprávné hodnocení nabídkové ceny podle kritéria absolutní ceny, aniž by při úvahách zadavatele bylo přihlédnuto k aspektu DPH. Současně vyjádřila přesvědčení, že v rámci veřejných zakázek obecně, vč. zakázek malého rozsahu, by zadavatelé měli pracovat s cenou bez DPH, jak vyplývá z § 79 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách. V opačném případě bude uchazeč, který není plátcem DPH, zvýhodněn, jako v tomto případě.

Na základě toho žalobkyně navrhla, aby správní orgán I. stupně zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, příp. aby zrušil zadávací řízení. Správní orgán I. stupně však návrh žalobkyně zamítl a konstatoval, že uzavření smluv na veřejné zakázky malého rozsahu neprobíhá v zadávacím řízení a nedochází tedy k jejich zadání podle zákona o veřejných zakázkách. Nejedná se proto o návrh směřující proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle citovaného zákona v zadávacím řízení nebo soutěži o návrh. Tento právní závěr k rozkladu žalobkyně pak potvrdil i žalovaný v napadeném rozhodnutí s tím, že postup, který předchází uzavření smlouvy na veřejnou zakázku malého rozsahu, není zákonem výslovně upraven a nedochází k zadání postupem podle zákona o veřejných

zakázkách. Je tedy dle jeho názoru zřejmé, že správní orgán I. stupně postupoval v souladu se zákonem, když návrh žalobkyně zamítl.

II. Žaloba

Základem žaloby je tvrzení žalobkyně, které oponuje závěru žalovaného potažmo správního orgánu I. stupně a vychází přitom ze znění § 18 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách. Dle tohoto ustanovení sice platí, že zadavatel není povinen zadávat podle citovaného zákona veřejné zakázky malého rozsahu; současně však platí, že veřejný zadavatel je povinen dodržet zásady uvedené v § 6, tj. transparentnost, rovné zacházení a zákaz diskriminace. Z toho pak žalobkyně dovozuje věcnou příslušnost žalovaného, resp. správního orgánu I. stupně k přezkumu úkonů zadavatele v dané věci, v níž bylo podle jejího názoru nutno zohlednit, že je plátcem DPH.

Ve zbytku žaloby se žalobkyně věnovala právě této otázce s tím, že podmínky veřejné zakázky malého rozsahu byly v daném případě nastaveny již v zadávací dokumentaci tak, že ve výsledku znevýhodňovaly nejen žalobkyni, ale kteréhokoli plátce DPH, který by svou nabídkovou cenou bez DPH byl schopen konkurovat nabídkové ceně vítězného uchazeče. Současně vyjádřila názor, že nastaví-li zadavatel kritéria nabídkové ceny, aniž současně v zadávacích podmínkách vezme na zřetel rozdíly mezi plátcí a neplátcí DPH, jde z jeho strany o porušení zákazu diskriminace. Žalobkyni tak vznikla újma již samotným vypsáním veřejné zakázky v rozsahu podmínek uvedených zadávací dokumentaci, neboť zde byla jako základní hodnotící kritérium uvedena nejnižší nabídková cena včetně DPH, je-li uchazeč jejím plátcem.

Žalobkyně proto navrhl, aby krajský soud zrušil napadené rozhodnutí žalovaného, jakož i rozhodnutí správního orgánu I. stupně, a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného

Žalovaný ve vyjádření k žalobě konstatoval, že tato neobsahuje náležitosti žaloby, konkrétně v ní absentují žalobní body, z nichž by bylo patrné, z jakých skutkových a právních důvodů považuje žalobkyně napadené rozhodnutí za nezákonné či nicotné. Žalobkyně pouze opětovně uvádí skutečnosti a námitky, které již uplatnila ve svém rozkladu. Na základě toho žalovaný nejprve navrhl odmítnutí žaloby, a pokud se tak nestane, navrhl, aby byla žaloba jako nedůvodná zamítnuta. Dle jeho názoru jsou totiž veřejné zakázky malého rozsahu z jeho dohledové působnosti vyloučeny.

K tomu pak konstatoval, že obecné výjimky z působnosti zákona o veřejných zakázkách jsou zakotveny v § 18 tohoto zákona, přičemž toto ustanovení má taxativní charakter. Obsahuje výčet případů, na které je třeba pohlížet jako na naprosté výjimky, přičemž zvláštním případem, kdy důvodem stanovení výjimky není předmět veřejné zakázky, ale jeho předpokládaná hodnota, je právě výjimka z povinnosti zadavatele zadávat podle zákona veřejné zakázky malého rozsahu. Žalovaný tak setrval na svém závěru, že ustanovení § 18 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách vyjímá zadávání veřejných zakázek malého rozsahu z působnosti tohoto zákona (a tedy i z přezkumné pravomoci žalovaného),

přičemž tuto výjimku považuje za absolutní. Dále žalovaný skutečnost, že jeho přezkumná pravomoc není dána, opřel o obecné ustanovení o dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v § 112 zákona o veřejných zakázkách. Současně poukázal též na § 17 písm. m) téhož zákona, v němž se definuje pojem zadávání, s tím, že proces směřující k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky malého rozsahu, na nějž se zákon nevztahuje, nemůže být zadáváním. Z § 18 odst. 5, věty za středníkem zákona o veřejných zakázkách sice vyplývá povinnost veřejného zadavatele dodržet zásady, které jsou uvedeny v § 6 téhož zákona. Dle žalovaného však postup, který by měl zadavatel dodržovat, v § 6 zákona o veřejných zakázkách uveden není, a proto ani nelze uložit zadavateli nápravné opatření dle § 118 zákona o veřejných zakázkách z důvodu, že nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh. Obdobně i z textu § 120 odst. 1 písm. a) lze opět výkladem dojít k závěru, že při „zadání“ zakázky malého rozsahu se zadavatel nemůže dopustit správního deliktu, jelikož nemůže nedodržet postup stanovený zákonem, protože pro zadání veřejné zakázky malého rozsahu postup zákonem stanovený není.

V závěru žalovaný opět poukázal na § 112 zákona o veřejných zakázkách s tím, že z jeho znění účinného od 1. 4. 2012 již zcela zřetelně vyplývá, že žalovaný vykonává dohled výslovně pouze nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek, na základě čehož lze bezesporu dojít k závěru, že veřejné zakázky malého rozsahu jsou z dohledové působnosti žalovaného vyloučeny.

IV. Vyjádření osoby zúčastněné na řízení

Osoba zúčastněná na řízení – zadavatel se k obsahu žaloby blíže nevyjádřil, pouze ve svém oznámení o tom, že bude uplatňovat práva osoby zúčastněné na řízení, odkázal na svá předcházející vyjádření; v nich opakovaně vyjadřoval nesouhlas s tvrzením žalobkyně, že v daném případě porušil zásady pro postup zadavatele dle § 6 zákona o veřejných zakázkách. Nadto zadavatel doplnil, že předmět veřejné zakázky byl již řádně ukončen a cena za jeho realizaci uhrazena.

V. Posouzení věci krajským soudem

Napadené rozhodnutí žalovaného krajský soud přezkoumal v řízení podle části třetí, hlavy II, dílu 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), v mezích uplatněných žalobních bodů, ověřil přitom, zda rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (ex offio), a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí žalovaného, přičemž dospěl k závěru, že žaloba je důvodná.

O žalobě přitom krajský soud rozhodl v souladu s § 51 odst. 1 s. ř. s. bez nařízení jednání, neboť účastníci se ve lhůtě dvou týdnů nevyjádřili, že s projednáním věci bez nařízení jednání nesouhlasí a ani krajský soud o své vůli k nařízení jednání nepřistoupil.

Podstatou věci je právní (nikoli skutková) otázka týkající se toho, zda věcná příslušnost žalovaného, resp. správního orgánu I. stupně jako orgánu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek je dána i v případě veřejných zakázek malého rozsahu.

Ještě před odpovědí na tuto otázku však – v návaznosti na vyjádření žalovaného – krajský soud konstatuje, že jakkoli je podaná žaloba z hlediska věcných námitek stručná a v podstatě opakuje argumenty uplatněné již v rozkladu, je z jejího obsahu seznatelné, z jakého důvodu považuje žalobkyně napadené rozhodnutí za nezákonné. Nelze říci, že by neobsahovala žádný žalobní bod (důvod či námitku), kterým by byl vymezen obsah soudního přezkumu. Žalobkyně odkázala na § 18 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách s tím, že i v případě veřejných zakázek malého rozsahu má veřejný zadavatel povinnost dodržovat základní zásady pro postup zadavatele stanovené v § 6 téhož zákona, tj. zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. A skutečnost, zda dodržení této povinnosti i v případě veřejných zakázek malého rozsahu podléhá přezkumu ze strany žalovaného je potom určující pro posouzení celé věci, k níž je nutno předeslat následující.

Věcnou příslušností žalovaného ve vztahu k přezkumu veřejných zakázek malého rozsahu se již zabýval Krajský soud v Brně ve věci žalobce: MARSH, s.r.o., a sice v rozsudku ze dne 11. 8. 2009, č. j. 62 Ca 30/2008 – 190, v němž věcnou příslušnost žalovaného v případě veřejných zakázek malého rozsahu připustil při kumulativním splnění dvou podmínek, podle kterých je tato příslušnost: i) dána pouze ve vztahu k zadavatelům veřejným a ii) omezena pouze na posouzení dodržení zásad dle § 6 zákona o veřejných zakázkách.

Tento závěr posléze aproboval i Nejvyšší správní soud, který v rozsudku ze dne 26. 1. 2011, č. j. 2 Afs 132/2009 – 275, publ. pod č. 2495/2012 Sb. NSS, kasační stížnost žalovaného proti citovanému rozsudku zamítl a potvrdil závěry Krajského soudu v Brně. Svoji argumentaci Nejvyšší správní soud založil na několika základních tezích:

- 1) Veřejný zadavatel u veřejné zakázky malého rozsahu nemusí dodržet závazný postup stanovený pro zadávání veřejných zakázek zákonem o veřejných zakázkách, musí pouze dodržet zásady transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace, jak plyne z jediného kogentního ustanovení zákona u tohoto druhu veřejných zakázek, a to z § 18 odst. 3, věty za středníkem; k tomuto ustanovení pak pro úplnost Nejvyšší správní soud dodal, že ho: *„...nelze chápat jako pouhou deklaraci již bez toho existujících povinností – jde nepochybně o zákonem stanovené pravidlo chování, které musí být jeho adresátem (veřejným zadavatelem) dodržováno; je přitom lhostejné, zda taková povinnost již plyne z přímo aplikovatelného komunitárního práva“*.
- 2) Úprava výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek vyplývá z ustanovení § 112 a násl. zákona o veřejných zakázkách, přičemž z § 112 odst. 1 je zřejmé, že zákon o veřejných zakázkách o dohledu nad veřejnými zakázkami malého rozsahu výslovně nehovoří; dopadá obecně na všechny veřejné zakázky bez rozlišení. Žalovaný podle tohoto ustanovení vykonává *„dohled nad dodržováním tohoto zákona“*, z čehož pak Nejvyšší správní soud dovodil, že vykonává dohled i nad jeho § 18 odst. 3, větou za středníkem. A i přes jistý nesoulad s navazujícím odst. 2 § 112 konstatoval, že je to právě žalovaný (a nikoli Nejvyšší kontrolní úřadu či jiný orgán), kdo je z povahy své činnosti povolán posouzení, zda byl při zadávání (v širším smyslu slova) tohoto druhu veřejné zakázky porušen zákon o veřejných zakázkách (§ 18 odst. 3, věta za středníkem).
- 3) Nemožnost podání námitek proti postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu nečiní tyto veřejné zakázky z hlediska kompetence žalovaného nepřezkoumatelnými; dle Nejvyššího správního soudu totiž: *„...za situace, kdy námitky*

podat nelze (neboť zadávání neprobíhá v režimu zákona o veřejných zakázkách) a je přitom současně dána pravomoc orgánu dohledu rozhodnout, zda i v těchto případech byl dodržen zákon (byť v omezeném rozsahu), jde o podmínku nemožnou, jejíž nesplnění nemůže vést k vyloučení přezkumu“.

Tyto teze Nejvyšší správní formuloval na základě tehdejší právní úpravy, přičemž krajský soud považuje za klíčové pro detailnější pochopení předmětné právní úpravy plně citovat jednak § 18 odst. 3, jednak § 112 zákona o veřejných zakázkách, ve znění do 31. 12. 2009:

„§ 18

Obecné výjimky z působnosti zákona

... (3) Zadavatel není povinen zadávat podle tohoto zákona veřejné zakázky malého rozsahu; veřejný zadavatel je však povinen dodržet zásady uvedené v § 6.“

„§ 112

Výkon dohledu nad zadáváním veřejných zakázek

(1) Úřad vykonává dohled nad dodržováním tohoto zákona, při kterém přezkoumává zákonnost úkonů zadavatele s cílem zajistit zachování zásad podle § 6.

(2) Úřad

- a) vydává předběžná opatření,*
- b) rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu s tímto zákonem,*
- c) ukládá nápravná opatření a sankce,*
- d) projednává správní delikty,*
- e) kontroluje úkony zadavatele při zadávání veřejných zakázek podle zvláštního právního předpisu. Tím není dotčena působnost jiných orgánů vykonávajících takovou kontrolu podle zvláštních právních předpisů,*
- f) plní další úkoly, stanoví-li tak zvláštní právní předpis.“*

Relevantní právní úprava pro posuzovanou věc je však poněkud odlišná, neboť novelou zákona o veřejných zakázkách provedenou zákonem č. 417/2009 Sb. se změnil § 112, který s účinností od 1. 1. 2010 do 31. 3. 2012 zněl takto:

„§ 112

Výkon dohledu nad zadáváním veřejných zakázek

(1) Úřad vykonává dohled nad dodržováním tohoto zákona.

(2) Úřad při výkonu dohledu nad dodržováním tohoto zákona

- a) vydává předběžná opatření,*
- b) rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky a soutěži o návrh postupoval v souladu s tímto zákonem,*
- c) ukládá nápravná opatření a sankce,*
- d) projednává správní delikty,*
- e) kontroluje úkony zadavatele při zadávání veřejných zakázek podle zvláštního právního předpisu. Tím není dotčena působnost jiných orgánů vykonávajících takovou kontrolu podle zvláštních právních předpisů,*
- f) plní další úkoly, stanoví-li tak zvláštní právní předpis.“*

A pokud jde o výše citované ustanovení § 18 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, toto se obsahově nijak nezměnilo, pouze novelou zákona o veřejných zakázkách provedenou zákonem č. 258/2011 Sb. došlo s účinností od 12. 9. 2011 k vložení dvou nových odst. 2 a 3, přičemž dosavadní odst. 3 byl označen jako odst. 5. V nyní souzené věci je proto argumentováno § 18 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, nicméně jako klíčové k jejímu správnému posouzení se jeví především srovnání § 112 zákona o veřejných zakázkách před a po novele provedené zákonem č. 417/2009 Sb., který vzešel z poslaneckého návrhu (Ing. Miloslava Vlčka), jež v důvodové zprávě v tomto ohledu uvedl, že se navrhuje obecná formulace o výkonu dohledu nad dodržováním zákona a že „[v]zhledem k výkladovým nejasnostem, zda § 112 odst. 1 nepředstavuje další pravomoc Úřadu nad rámec výčtu v odst. 2 se text odst. 2 doplňuje o text, z něhož bude zřejmé, že odst. 2 obsahuje taxativní výčet pravomocí Úřadu v oblasti dohledu nad zadáváním veřejných zakázek“ – blíže k tomu viz sněmovní tisk č. 882/0, předložený dne 22. 7. 2009, důvodová zpráva (k bodům 21. a 22.), 5. volební období 2006 - 2010, digitální repozitář, www.psp.cz.

Z časové souslednosti nelze dovodit, že by se ze strany zákonodárce jednalo o reakci na shora zmíněný rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 11. 8. 2009, nicméně již dříve se v rámci odborné veřejnosti vedly debaty nad (ne)příslušností žalovaného k přezkoumávání veřejných zakázek malého rozsahu; viz např. Raus, D.: Zadávání veřejných zakázek malého rozsahu a otázky jeho přezkumu, Právní rozhledy 19/2007; Raus, D., Neruda, R.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, Linde Praha a.s., Praha 2007; Recman, J.: Věcná nepříslušnost Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k přezkoumávání veřejných zakázek malého rozsahu, ePravo, www.epravo.cz, 2009. Názory se zde – i přes výkladové nejasnosti zmíněné v důvodové zprávě – klonily k možnosti jejich přezkumu žalovaným, což posléze potvrdil Nejvyšší správní soud.

Na otázku, zda novela zákona o veřejných zakázkách provedená zákonem č. 417/2009 Sb. v tomto směru přinesla změnu, je tedy třeba odpovědět rozbořem zákonného textu ve světle výše uvedených tezí přijatých Nejvyšším správním soudem. Teze ad 1) a 3) platí nepochybně stále, neboť zde k žádnému věcnému posunu provedenou novelou nedošlo a stále platilo pravidlo, podle něhož jsou veřejní zadavatelé i v případě veřejných zakázek malého rozsahu povinni dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace dle § 6 zákona o veřejných zakázkách; stejně tak platilo, že v případě veřejných zakázek malého rozsahu nelze podávat námitky proti postupu zadavatele, resp. že námitky lze podat pouze při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh (§ 110 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách). Rozhodná je teze ad 2) vycházející z ustanovení § 112 zákona o veřejných zakázkách ve znění před změnou provedenou zákonem č. 417/2009 (s účinností od 1. 1. 2010).

Citovanou novelou zákonodárce ve vztahu k § 112 jednak v odst. 1 vypustil text, podle něhož žalovaný: „...přezkoumává zákonnost úkonů zadavatele s cílem zajistit zachování zásad podle § 6“, jednak v návěti odst. 2 doplnil text, dle kterého žalovaný činí svá dále vyjmenovaná oprávnění pod písm. a) až f): „...při výkonu dohledu nad dodržováním tohoto zákona“, současně do odst. 2, pod písm. b) vložil text: „soutěže o návrh“, avšak tato změna je z hlediska posuzované věci nepodstatná. Naopak jako podstatné je to, že podle předmětné

právní úpravy i nadále platilo, že žalovaný vykonává dohled nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách, z čehož lze jednoznačně dovodit, že do věcné působnosti žalovaného pořád patřil též dohled nad dodržováním ustanovení § 18 odst. 3, resp. § 18 odst. 5, věty za středníkem. Aplikovatelnost judikatury správních soudů tak nebyla změnou zákona o veřejných zakázkách provedenou zákonem č. 417/2009 Sb. dotčena, neboť má-li žalovaný správní orgán vykonávat dohled nad dodržováním zákona, tedy nad tím, zda zadavatelé postupují v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, je jasné, že dohlíží i na dodržování § 18 odst. 5, větu za středníkem, dle které je veřejný zadavatel povinen dodržet zásady uvedené v § 6. V případě uvedené věty za středníkem nejde o žádnou deklaraci, nýbrž o kogentní ustanovení obsahující pravidlo chování, které musí být dodržováno, jak dovodil Nejvyšší správní soud ve výše citovaném rozsudku. A dodržování tohoto pravidla podléhá dohledu žalovaného i po novele zákona o veřejných zakázkách provedené zákonem č. 417/2009 Sb.

Jedná se o jednoduchý logický sylogismus a nic na něm nemění ani změna provedená v § 112 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách předmětnou novelou, neboť vyjma vložení textu: „*soutěže o návrh*“ zde nedošlo k žádnému věcnému posunu ve vztahu k jednotlivým písm. a) až f), k nimž se vztahoval již rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci MARSH; ten nijak nepopřel taxativní vymezení pravomocí žalovaného, naopak k ustanovení § 112 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách konstatoval, že je zde obecná pravomoc žalovaného konkretizována taxativním výčtem jeho jednotlivých oprávnění s tím, že při striktním jazykovém výkladu § 112 odst. 2 písm. b) citovaného zákona by bylo možno dovodit, že na veřejné zakázky malého rozsahu není použitelný. Dle názoru Nejvyššího správního soudu ovšem i přes jistý nesoulad mezi odst. 1 a odst. 2 § 112 zákona o veřejných zakázkách: „...nelze odhlédnout od kontextu dalších ustanovení zákona o veřejných zakázkách (použití systematického výkladu), ani opomenout (z nabízejících se výkladových metod) výklad logický. Za použití metody *reductio ad absurdum* by závěr plynoucí z jazykového výkladu nevyhnutelně vedl k důsledku, že by sice orgán dohledu (stěžovatel) byl oprávněn vykonávat (ve výše popsaném rozsahu) dohled i nad veřejnými zakázkami malého rozsahu (§ 112 odst. 1 zákona), mohl by v rámci tohoto dohledu vydávat i předběžná opatření [§ 112 odst. 2 písm. a) zákona] a ukládat [dle § 112 odst. 2 písm. c) zákona] nápravná opatření a sankce (v těchto případech zákon o zadávání nehovoří), nemohl by však posoudit, zda byl při zadávání (v širším slova smyslu) tohoto druhu veřejné zakázky porušen zákon o veřejných zakázkách (§ 18 odst. 3, věta za středníkem). Takový závěr je jistě zcela neudržitelný“.

Jako určující je proto potřeba podle krajského soudu vnímat ustanovení § 112 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách; ostatně je to právě odst. 1, který před i po předmětné novele zákona o veřejných zakázkách obsahoval obecnou formulaci o dohledu žalovaného nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách, tj. i jeho § 18 odst. 5, věty za středníkem. V tomto ohledu lze tedy uzavřít, že novela zákona o veřejných zakázkách provedená zákonem č. 417/2009 Sb. nepřinesla změnu ve vztahu k nastolené judikatuře citované shora; její závěry jsou – mutatis mutandis – přenositelné a aplikovatelné též za právního stavu panujícího po této novele.

Krajský soud je toho názoru, že pokud by zákonodárce hodlal absolutně vyloučit veřejné zakázky malého rozsahu z věcné příslušnosti žalovaného správního orgánu, pak by tuto svoji

vůli jistě uměl do textu právní normy jednoznačně vtělit, a to např. tím, že by text odst. 1 § 112 upravil takto: „[ú]řad vykonává dohled nad dodržováním tohoto zákona vyjma ustanovení § 18 odst. 3, věty za středníkem“; další možností bylo vypuštění právě věty za středníkem v tomto ustanovení. Bylo by pak zcela mimo jakoukoli pochybnost, že veřejné zakázky malého rozsahu nespádají pod dohledovou pravomoc žalovaného a nemohou tak podléhat přezkumu z jeho strany. Namísto toho ovšem zákonodárce – při zachování pravidla v § 18 odst. 3 (resp. odst. 5), věty za středníkem – provedl jiné, dílčí změny v § 112 zákona o veřejných zakázkách, které neodůvodňují odklon od stávající judikatury; viz argumentace shora, ke které je ještě dlužno dodat, že zákonodárce změnil zákonem č. 417/2009 Sb. i některá další, související ustanovení zákona o veřejných zakázkách.

Konkrétně se jednalo o: (i) § 114, podle něhož bylo přezkumné řízení o návrhu ve věci MARSH zastaveno s tím, že žalovaný není příslušný o návrhu rozhodnout a (ii) § 118, podle jehož odst. 5, písm. d) byl zamítnut návrh na přezkumné řízení v nyní souzené věci s tím, že: „...nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení nebo v soutěži o návrh“ (k tomu je potřeba pro úplnost poznamenat, že zákon o veřejných zakázkách po novele provedené zákonem č. 417/2009 Sb. citovaný důvod pro zamítnutí návrhu upravoval v odst. 4 a teprve posléze – po další novele provedené zákonem č. 258/2011 Sb. – došlo k jeho označení jako odst. 5 v důsledku vložení nového odst. 4). Dle názoru krajského soudu však ani citované znění § 118 odst. 5 písm. d) zákona o veřejných zakázkách na shora přijatých závěrech nemůže ničeho změnit, neboť v daném případě lze (a contrario) říci, že návrh žalobkyně směřoval proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat, a to podle § 18 odst. 5, věty za středníkem zákona o veřejných zakázkách. Nejedná se sice o postup v podobě jednotlivých zákonem předvídaných (procesních) úkonů zadavatele, stále se však jedná o postup, který v jednotlivostech bude vycházet z konkrétních okolností každého případu a který ve výsledku musí zachovávat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace (jejichž porušení může založit odpovědnost zadavatele za správní delikt dle § 120 zákona o veřejných zakázkách, stejně tak může vést k využití nápravných opatření dle § 118 tohoto zákona). A jde-li o to, že zákon v citovaném ustanovení předvídá, že se musí jednat o postup „v zadávacím řízení nebo v soutěži o návrh“, k tomu krajský soud konstatuje následující.

Pojem „*zadávací řízení*“ není v zákoně o veřejných zakázkách nikde výslovně definován a tím pádem není jednoznačně definován ani pojem „*zadávání*“, neboť ten je v § 17 písm. m) citovaného zákona definován právě prostřednictvím pojmu *zadávací řízení*. Podle ustanovení § 17 písm. m) zákona o veřejných zakázkách se totiž pro účely tohoto zákona rozumí: „*zadáváním závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení; zadáváním se rozumí i postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky v dynamickém nákupním systému, a řízení, ve kterém veřejný zadavatel zadává veřejnou zakázku na základě rámcové smlouvy*“.

Charakteristikou výše uvedené definice je tedy zjevně zadání veřejné zakázky, tj. uzavření smlouvy, k němuž svým postupem směřuje zadavatel, a to nejen v případě veřejných zakázek nadlimitních a podlimitních, nýbrž i v případě veřejných zakázek malého rozsahu. Rozdíl mezi těmito druhy veřejných zakázek je dán v podstatě pouze výší

předpokládané hodnoty stanovené v § 12 zákona o veřejných zakázkách a výraz „*zadávat*“ ve vztahu k veřejným zakázkám malého rozsahu využívá výslovně i § 18 odst. 5 zákon o veřejných zakázkách. Při přijetí výkladu žalovaného a dodržení zásady konzistence výkladu právního pojmu v právním předpisu by tedy bylo třeba dovozovat, že ustanovení § 18 odst. 5 obsahuje logickou chybu (*contradictio in adiecto*), neboť zakázky malého rozsahu se nezadávají, jelikož zadávání zakázek probíhá vždy v zadávacím řízení, které se v případě zakázek malého rozsahu neuplatní.

Takový výklad ovšem nevede k nalezení rozumného smyslu právní normy v kontextu systematiky zákona o veřejných zakázkách, ani systematiky celého právního řádu, neboť by znamenal popření výchozí premisy, z níž sám zákonodárce při konstrukci zákona vycházel – tedy, že zakázka malého rozsahu je rovněž druhem (případem) veřejné zakázky ve smyslu zákona o veřejných zakázkách. Ve výsledku by pak uvedený výklad vedl k nezákonné redukci významového pole pojmu „*veřejná zakázka*“. Významové vazby mezi legálními pojmy „*veřejná zakázka*“, „*zadávací řízení*“ a „*zadávání*“ je tak nutno vykládat ve vzájemné souvislosti a se zřetelem na účel právní úpravy, jímž je jednak stanovení pravidel pro fungování principů hospodářské soutěže v prostředí veřejnoprávních objednatelů (zadavatelů) výrobků a služeb, ale také zakotvení systému efektivních mechanismů umožňujících kontrolu jejich dodržování. Proto je potřeba přistoupit k přijetí kontextuálního vymezení významu pojmu „*zadávání veřejných zakázek*“, které zahrnuje jakoukoliv veřejnou zakázku spadající do věcné působnosti norem či principů právní úpravy veřejných zakázek.

Na základě toho lze tedy dovodit, že zadávání veřejných zakázek malého rozsahu je zadáváním v širším slova smyslu (*largo sensu*), jak naznačil v odůvodnění citovaného rozsudku již Nejvyšší správní soud, a jako takové podléhá dohledové pravomoci úřadu vymezené v ustanovení § 112 zákona o veřejných zakázkách; toto ustanovení v odst. 2. písm. b) hovoří o „*zadávání veřejné zakázky*“, pod které lze subsumovat též zadávání veřejné zakázky malého rozsahu mj. právě z důvodu uvedeného znění ustanovení § 17 písm. m) a § 18 odst. 5, jež jsou obsahem části první zákona o veřejných zakázkách nazvané: „*obecná ustanovení*“. V kontextu těchto ustanovení je proto nutno přistupovat k výkladu dalších relevantních ustanovení obsažených zejména v tzv. dohledové části citovaného zákona – části páté nazvané: „*ochrana proti nesprávnému postupu zadavatele*“. Nehledě na to, že v případě, restriktivního výkladu pojmu „*zadávání*“ vázaného toliko k veřejným zakázkám podlimitním a nadlimitním by to znamenalo absenci jakéhokoli efektivního dohledu nad veřejnými zakázkami malého rozsahu ze strany žalovaného, jakožto ústředního orgánu státní správy, jež má vedle dalšího vykonávat též dohled při zadávání veřejných zakázek (bez rozdílu!) – viz ustanovení § 2 písm. b) zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů.

V tomto ohledu krajský soud rovněž považuje za vhodné doplnit, že má za to, že jeho právní závěr je i ústavně konformní (souladný čl. 2 odst. 3 Ústavy, čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod), neboť prezentovaný výklad nerozšiřuje kompetence žalovaného nad rámec jeho výslovných kompetencí. Jinak řečeno, dikci ustanovení § 112 zákona o veřejných zakázkách lze vyložit systematicky tak, že dohledová pravomoc žalovaného je v posuzované věci dána, aniž by bylo užito v tomto ohledu stěží přípustné teleologické extenze či analogie při výkladu výše citované kompetenční normy. Jinou otázkou je,

zda dohledový právní režim zákona o veřejných zakázkách (přezkum úkonů zadavatele) byl nastaven adekvátně přezkumu zakázek malého rozsahu; to ovšem již krajský soud považuje za záležitost právně-politickou a za úkol zákonodárce, nikoliv správního soudu.

K dohledu nad zadáváním veřejných zakázek je tedy dle přesvědčení zdejšího soudu z povahy věci a vymezení své působnosti primárně povolán právě žalovaný správní orgán, nikoli jiný orgán veřejné moci – např. Nejvyšší kontrolní úřad v rámci kontroly rozpočtové kázně a hospodaření či obecný soud na základě žaloby o náhradu škody, na který v odůvodnění (bod 21.) napadeného rozhodnutí odkázal žalovaný. I touto optikou je třeba číst všechna shora zmíněná ustanovení zákona o veřejných zakázkách, zejména ustanovení § 112 a násl., jež upravují dohled nad zadáváním veřejných zakázek a jež je nutno vykládat kontextuálně ve vazbě na další ustanovení – především pak § 18 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, který nebyl dosud změněn.

Naproti tomu § 112 zákona o veřejných zakázkách změněn byl, a sice s účinností od 1. 4. 2012 novelou provedenou zákonem č. 55/2012 Sb., podle něhož nyní platí, že namísto „*dodržování zákona o veřejných zakázkách*“ vykonává žalovaný dohled nad „*postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh*“. To znamená, že přezkumná pravomoc žalovaného již nyní není stanovena obecně nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách a je tak poměrně exponovanou otázkou, zda lze závěry dosavadní judikatury potažmo tohoto rozsudku vztáhnout též na právní úpravu po 1. 4. 2012, na niž ostatně v závěru svého vyjádření upozornil i žalovaný. K tomu krajský soud jen na okraj (obiter dictum) konstatuje, že zákonodárce sice ustoupil od obecné formulace ohledně o výkonu dohledu nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách, avšak i nadále v dikci § 112 odst. 1 hovoří o „*zadávání veřejných zakázek*“, což s přihlédnutím k výše uvedené argumentaci vede prima facie k závěru, že se jedná i o zadávání veřejných zakázek malého rozsahu. V podrobnostech se však krajský soud touto otázkou nezabýval, neboť přesahovala předmět projednávané věci a týkala se právní úpravy, jež se zde neuplatnila – viz přechodné ustanovení v čl. II., bod 1. zákona č. 55/2012 Sb., podle kterého platí: „*[z]adávání veřejných zakázek, soutěže o návrh a řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se dokončí podle dosavadních právních předpisů*“.

VI. Shrnutí a závěr

Na základě všech shora uvedených skutečností lze shrnout, že i přes změny, které přinesla novela zákona o veřejných zakázkách provedená zákonem č. 417/2009 Sb. (s účinností od 1. 1. 2010) pořád platilo, že žalovaný dohlíží nad dodržováním citovaného zákona, tudíž i nad dodržováním § 18 odst. 5, věty za středníkem. Žalovaný potažmo správní orgán I. stupně byl proto povinen návrh žalobkyně přezkoumat – byť pouze v omezené míře, tj. jen z hlediska zásad zmíněných v § 6 zákona o veřejných zakázkách a jejich dodržení zadavatelem, který je jako vyšší územní samosprávný celek zadavatelem veřejným [§ 2 odst. 2 písm. c) zákona o veřejných zakázkách]. A skutečnost, že žalobkyně nepodala proti postupu zadavatele námitky, nevedí, neboť lze-li námitky podat pouze v případě veřejných zakázek nadlimitních a podlimitních, nelze jejich podáním podmiňovat přezkum v případě veřejných zakázek malého rozsahu.

Žalovaný tedy pochybil, pokud rozklad žalobkyně zamítl a potvrdil postup správního orgánu I. stupně, který návrh žalobkyně na přezkoumání úkonů zadavatele – osoby zúčastněné na řízení – zamítl s tím, že se týká veřejné zakázky malého rozsahu a jedná se tak o návrh nesměřující proti postupu, který je zadavatel povinen podle zákona o veřejných zakázkách dodržovat v zadávacím řízení nebo v soutěži o návrh [§ 118 odst. 5 písm. d) zákona o veřejných zakázkách]. Jako takový by bylo možno zamítnout např. návrh v případech nesplňujících definici veřejné zakázky nebo případech, na které se vztahuje některá z výjimek v § 18 a 19 zákona o veřejných zakázkách, již by skutečně bylo možno vzít za výjimku absolutní a ničím nerelativizovanou, jako je tomu v právě případě výjimky při postupu v rámci veřejných zakázek malého rozsahu zakotvené v § 18 odst. 5 citovaného zákona.

S přihlédnutím k charakteru a závažnosti pochybení, k němuž v daném případě došlo, krajský soud – v souladu s návrhem žalobkyně – zrušil pro nezákonnost podle § 78 odst. 1 ve spojení s odst. 3 s. ř. s. nejen napadené rozhodnutí žalovaného, ale i rozhodnutí správního orgánu I. stupně. Současně v souladu s § 78 odst. 4 s. ř. s. vyslovil, že se věc vrací k dalšímu řízení žalovanému.

V tomto řízení je žalovaný, resp. správní orgán I. stupně vázán právním názorem vysloveným v tomto rozsudku (§ 78 odst. 5 s. ř. s.); to znamená, že ačkoli se v souzené věci jednalo o veřejnou zakázku malého rozsahu, v dalším řízení bude povinen věcně posoudit postup zadavatele, jakožto zadavatele veřejného, z hlediska dodržení zásad uvedených v § 6 zákona o veřejných zakázkách, zejm. zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace, neboť zadavatel mezi jednotlivými uchazeči rozlišoval v tom smyslu, zda jsou či nejsou plátcí DPH a svým přístupem tak ve výsledku favorizoval jednu skupinu na úkor druhé (v podrobnostech viz skutkové okolnosti tohoto případu).

VII. Náklady řízení

O náhradě nákladů řízení krajský soud rozhodl dle § 60 odst. 1 s. ř. s., neboť žalobkyně měla ve věci plný úspěch, a přísluší ji proto právo na náhradu nákladů řízení před krajským soudem, které důvodně vynaložila proti žalovanému, který ve věci úspěch neměl.

Za účelně vynaložené náklady vzal krajský soud zaplacený soudní poplatek ve výši 3 000 Kč a dále mimosmluvní odměnu zástupce žalobkyně za dva úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení, písemné podání žaloby) po 3 100 Kč podle § 7 bod 5, § 9 odst. 4 písm. d) a § 11 odst. 1 písm. a) a d) advokátního tarifu (vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb, ve znění účinném v rozhodné době), včetně paušální náhrady hotových výdajů po 300 Kč podle § 13 odst. 3 advokátního tarifu, tj. částku 6 800 Kč, celkem tedy 9 800 Kč. Tuto částku je žalovaný povinen zaplatit žalobkyni k rukám jejího zástupce do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

Výrok o náhradě nákladů řízení v případě osoby zúčastněné na řízení se opírá o § 60 odst. 5, větu první, s. ř. s., dle kterého osoba zúčastněná na řízení má právo na náhradu jen

těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. Protože krajský soud v dané věci osobě zúčastněné na řízení žádné povinnosti neuložil, rozhodl tak, že nemá právo na náhradu nákladů řízení.

P o u ě n í : Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 30. 7. 2015

Mgr. Milan Procházka, v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Jaroslava Předešlá