



ČESKÁ REPUBLIKA

USNESENÍ

Ústavního soudu

Ústavní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Jiřího Zemánka, soudce zpravodaje Pavla Rychetského a soudce Josefa Fialy o ústavní stížnosti **Mikrobiologického ústavu AV ČR, v.v.i.**, sídlem Vídeňská 1083, Praha 4 – Krč, zastoupeného Mgr. Františkem Korbelem, Ph.D., advokátem, sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1 – Nové Město, proti rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 23. listopadu 2017 č. j. 9 As 51/2017-41 a rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 1. února 2017 č. j. 62 Af 111/2015-77, za účasti **Nejvyššího správního soudu a Krajského soudu v Brně**, jako účastníků řízení, a **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, jako vedlejšího účastníka řízení, takto:

Ústavní stížnost se odmítá.

O d ů v o d n ě n í:

I.

Vymezení věci

1. Ústavní stížností, jež byla Ústavnímu soudu doručena dne 26. 1. 2018, navrhl stěžovatel zrušení v záhlaví uvedených rozsudků z důvodu tvrzeného porušení jeho základních práv podle čl. 36 odst. 1 a čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) a čl. 7 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva“).

II.

Shrnutí řízení před obecnými soudy

2. Stěžovatel je veřejnou výzkumnou institucí. V únoru 2013 uveřejnil jako zadavatel veřejné zakázky podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění

pozdějších předpisů, ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku Evropské unie oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Dodávka vybavení technologické haly“ (dále jen „veřejná zakázka“), jejímž předmětem byla dodávka v oznámení blíže specifikovaných přístrojů a technologických zařízení v požadovaném počtu a kvalitě. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stěžovatelem stanovena na 20 000 000 Kč bez DPH. Dne 21. 5. 2013 stěžovatel uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky s dodavatelem Zeta Biopharma, s.r.o.

3. Rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28. 8. 2014 č. j. ÚOHS-S500/2014/VZ-18146/2014/523/OPi bylo rozhodnuto, že se stěžovatel jako zadavatel veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že při jejím zadávání formou otevřeného řízení nedodržel postup stanovený § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel dne 21. 5. 2013 uzavřel s později vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Uvedené jednání mělo spočívat v tom, že stěžovatel z účasti na zadávacím řízení nevyločil společnost Zeta Biopharma, s.r.o., která neprokázala splnění základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách v požadovaném rozsahu. Nepředložila totiž výpisy z evidence Rejstříku trestů svých statutárních orgánů ve vztahu k území České republiky podle § 53 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. V případě obou jednatelů, Dipl.-Ing. Alfreda Marchlera a Ewalda Willibalda Trummera, byl předložen toliko doklad obdobný výpisu z evidence Rejstříku trestů vydaný příslušným orgánem Rakouské republiky ve vztahu k jejímu území, kde mají oba bydliště. Za spáchání správního deliktu byla stěžovateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách uložena pokuta ve výši 50 000 Kč. Toto rozhodnutí bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 9. 2015 č. j. ÚOHS-R326/2014/VZ-25897/2015/321/Oho, jímž byl zamítnut rozklad stěžovatele.

4. Stěžovatel podal proti posledně uvedenému rozhodnutí žalobu, jež byla zamítnuta rozsudkem Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“) ze dne 1. 2. 2017 č. j. 62 Af 111/2015-77. Z odůvodnění tohoto rozsudku se podává, že dodavatel (uchazeč) nesplní kvalifikaci podle § 60 zákona o veřejných zakázkách, jestliže nepředloží zákonem vyžadované informace o své kvalifikaci a požadované doklady ve lhůtě stanovené zadavatelem pro podání nabídek, případně poskytne-li tyto údaje či doklady neúplně. V takovém případě je zadavatel povinen takového dodavatele z účasti v zadávacím řízení vyloučit, ledaže by zadavatel po uplynutí lhůty k prokázání splnění kvalifikace využil oprávnění podle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a dodavatel na to reagoval dodatečným předložením dokladů prokazujících splnění kvalifikace.

5. Pokud jde o doklady k prokázání bezúhonnosti (beztrestnosti), které měly být později vybraným uchazečem předloženy, krajský soud uvedl, že podle § 53 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách má být k prokázání základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 odst. 1 a) a b) zákona o veřejných zakázkách předkládán výpis z evidence Rejstříku trestů. U právnické osoby musí tento předpoklad splňovat i její statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu. Tento předpoklad přitom musí být splněn jak ve vztahu k území České republiky, tak k zemi sídla, místa podnikání či bydliště dodavatele. Krajský soud se ztotožnil s názorem Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, že primárním územím, pro něž bylo v případě dodavatele prokázání bezúhonnosti

požadováno, bylo území České republiky, kde měl dodavatel sídlo. Bylo proto povinností obou jeho jednatelů prokázat svou bezúhonnost výpisem z rejstříku trestů jak ve vztahu k území České republiky, tak Rakouské republiky. Předložení pouze jednoho z těchto výpisů nebylo postačující. Podmínka, aby byla bezúhonnost statutárních orgánů prokazována jak ve vztahu k České republice, tak k případné jiné zemi jejich bydliště, nebyla v rozporu s čl. 45 tehdy platné směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby.

6. Pochybení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nelze spatřovat ani v jeho postupu, kdy nevyzval uchazeče k doplnění druhého z výpisů podle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Použití tohoto ustanovení sice mohlo vyvolat prolomení lhůty pro prokázání splnění kvalifikace, jež jinak uplynula společně s uplynutím lhůty pro podání nabídek, avšak pouze tehdy, pokud by stěžovatel sám toto oprávnění zadavatele využil. Podle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách má zadavatel pouze možnost, a nikoli povinnost, požádat dodavatele, který neprokázal splnění kvalifikace v plném rozsahu, o její doplnění. Nevyužil-li však stěžovatel této možnosti, pak neprokázáním splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání nabídek se měla kvalifikace za neprokázanou a později vybraný uchazeč měl být bez dalšího ze zadávacího řízení podle § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách vyloučen.

7. K argumentaci stěžovatele Evropským informačním systémem rejstříku trestů (dále jen „systém ECRIS“) krajský soud poznamenal, že tento systém byl vybudován na zásadě, podle které členský stát, jenž odsoudí osobu, která není jeho státním příslušníkem, má povinnost neprodleně zaslat informace o tomto odsouzení členskému státu, jehož je pachatel příslušníkem. To ovšem neznamená, že by pro účely zákona o veřejných zakázkách bylo možno automaticky předpokládat, že výpis z evidence rejstříku trestů vydaný příslušným orgánem Rakouské republiky musí nutně obsahovat i informace o případném odsouzení v České republice, a tedy že by se § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách neměl ve skutečnosti použít. Krajský soud se ztotožnil s posouzením této otázky Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže v jeho prvostupňovém rozhodnutí, v němž bylo poukázáno na to, že k zaslání informací o pravomocných odsouzeních podle § 16d odst. 2 zákona č. 269/1994 Sb., o Rejstříku trestů, ve znění zákona č. 357/2011 Sb., může dojít až ve lhůtě 10 pracovních dnů po provedení zápisu. Ani v takovém případě přitom není zaručeno, že se předmětný údaj v rejstříku trestů členského státu objeví. O zaznamenání pravomocného odsouzení občana České republiky do Rejstříku trestů musí nejprve na návrh Ministerstva spravedlnosti rozhodnout Nejvyšší soud, který posoudí, zda trestný čin, za nějž byl občan České republiky pravomocně odsouzen soudem jiného členského státu, je trestným činem i podle právního řádu České republiky. Pokud by tomu tak nebylo, zápis se neprovede. Existuje-li takováto zákonná výjimka ze zaznamenávání pravomocných odsouzení, nelze se existence systému ECRIS v případě nedoložení výpisu z rejstříku trestů jiného státu dovolávat. Tento systém sám o sobě nezaručuje, že výpisy z rejstříku trestů jedné osoby ve dvou členských státech budou totožné.

8. Kasační stížnost stěžovatele proti rozsudku krajského soudu byla zamítnuta rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 11. 2017 č. j. 9 As 51/2017-41. Tento soud nepovažoval napadený rozsudek za nepřezkoumatelný. Pochybení neshledal ani v tom, že se krajský soud nezabýval zásadou uvedenou v čl. 40 odst. 6 Listiny, podle níž se trestnost činu posoudí a trest ukládá podle právní úpravy, která nabyla

účinnosti až poté, kdy byl trestný čin spáchán, je-li to pro pachatele příznivější. Přijetím zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, totiž nedošlo k takové změně zákonné úpravy, která by měla vliv na rozhodování o vině a trestu za správní delikt. Skutková podstata správního deliktu (nyní přestupku) podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek odpovídá, byť v určitém pozměněném znění, skutkové podstatě správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Aby byla pozdější právní úprava pro pachatele správního deliktu skutečně příznivější, musel by nový zákon výslovně stanovit, že není možné vyloučit účastníka zadávacího řízení, jehož statutární orgány nepředložily výpis z evidence Rejstříku trestů prokazující trestní bezúhonnost ve vztahu k České republice. Tak tomu ale není. V § 75 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek je uvedena možnost, že zadavatel nemusí uplatnit důvod pro vyloučení účastníka zadávacího řízení, i když nesplnil podmínky základní způsobilosti, pokud by vyloučení účastníka znemožnilo zadání veřejné zakázky v tomto zadávacím řízení, a naléhavý veřejný zájem, zejména veřejné zdraví nebo ochrana životního prostředí, vyžaduje uskutečnění veřejné zakázky. Takovýto důvod by se však v dané věci stejně nemohl uplatnit. Stěžovatel by uchazeče musel vyloučit i podle nové právní úpravy, konkrétně podle § 48 odst. 8 zákona o zadávání veřejných zakázek.

9. Nejvyšší správní soud se plně ztotožnil s hodnocením krajského soudu, že nesplněním kvalifikace se rozumí neprokázání splnění kvalifikace jednotlivými doklady v rámci všech kvalifikačních předpokladů vyžadovaných zákonem nebo zadavatelem. K námitce týkající se existence systému ECRIS, uvedl, že stěžovatel v ní shrnul podstatu žalobní argumentace a zrekapituloval obecné zásady fungování tohoto systému podle prvostupňového rozhodnutí. Nedostal nicméně povinnosti, aby důvody jeho kasační stížnosti směřovaly proti rozsudku krajského soudu, jenž jediný je předmětem přezkumu v řízení o kasační stížnosti. V tomto ohledu měl stěžovatel v kasační stížnosti pouze jednu větu napadající nesprávný právní závěr krajského soudu, respektive snahu polemizovat s takovým závěrem. Šlo ale o větu zjevně neúplnou, protože se Nejvyšší správní soud nemohl k této námitce blíže vyjádřit. Důvodným není ani tvrzení, že předložení výpisu z evidence Rejstříku trestů neupravuje zákon, když tuto povinnost lze dovodit z § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách. Tato povinnost není v rozporu s čl. 45 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES.

III.

Argumentace stěžovatele

10. Stěžovatel má za to, že se v jeho případě obecné soudy dopustily neakceptovatelné libovůle při výkladu právní normy, v jejímž důsledku jsou jejich závěry v extrémním rozporu s principy spravedlnosti. Podle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách byli dodavatelé povinni prokazovat bezúhonnost ve vztahu k vybraným trestným činům, a to jak ve vztahu k České republice, tak ve vztahu k zemi sídla nebo zemi trvalého pobytu, výpisem z evidence Rejstříku trestů. Správní soudy, stejně jako předtím Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, však měly při posuzování splnění těchto požadavků přehlédnout, že od roku 2012 funguje systém ECRIS, díky němuž výpis z evidence rejstříku trestů vydaný příslušným orgánem Rakouské republiky poskytoval zároveň informace o odsouzeních ve vztahu k České republice. Podle stěžovatele § 53 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách uváděl pouze to, že se bezúhonnost prokazuje „výpisem z evidence Rejstříku trestů“, tedy třeba i jen jediným výpisem, jestliže byl způsobilý prokázat bezúhonnost ve vztahu k České republice

i Rakouské republice. Není přitom podstatné, že rakouský výpis z rejstříku trestů vzhledem k vydání několik dní před podáním nabídky nemusel obsahovat veškeré aktuální informace o odsouzeních v České republice a z tohoto důvodu nemohl být považován za relevantní. Nakonec i podle § 57 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách platilo, že doklady prokazující splnění základních kvalifikačních předpokladů nesmí být starší 90 dnů, což znamená, že v nich nemuselo být zapsáno odsouzení, k němuž by došlo v mezidobí. Výklad, který v jednom případě výpis nepřipouští z důvodu možné neaktuálnosti, zatímco ve druhém je připouští, je absurdní a zakládá objektivně ničím neodůvodnitelný odlišný přístup, který vede k diskriminaci zahraničních uchazečů o veřejné zakázky. Právní závěr o neprokázání podmínky bezúhonnosti podle stěžovatele neobstojí z hlediska jeho práva na soudní ochranu podle čl. 36 odst. 1 Listiny.

11. Napadené rozsudky měly zasáhnout do základních práv stěžovatele také tím, že se v nich správní soudy v rozporu s čl. 40 odst. 6 Listiny a čl. 7 Úmluvy nevypořádaly s pozdější právní úpravou, která je pro stěžovatele příznivější. Tři měsíce před vydáním rozsudku krajského soudu totiž nabyt účinnosti nový zákon o zadávání veřejných zakázek, který požaduje prokázání bezúhonnosti dodavatele zakázky jen ve vztahu k zemi sídla v posledních 5 letech před zahájením zadávacího řízení. Výpisy z rejstříku trestů se tak – v souladu s principy, na nichž je založen systém ECRIS – předkládají jen ve vztahu k zemi původu. Zákon o zadávání veřejných zakázek nadto zavedl v § 76 institut tzv. self-cleaningu, tj. možnost dodavatele vyhnout se vyloučení ze zadávacího řízení i v situaci, kdy důvody pro vyloučení jsou jednoznačně dány. Pokud nový zákon nestanovuje povinnost vyloučit ani takového dodavatele, jehož jednatel byl odsouzen, bylo by v extrémním rozporu se zásadou spravedlnosti, aby stěžovatel byl trestán za to, že v minulosti nevyloučil dodavatele, jehož jednatelé odsouzení nikdy nebyli a svou bezúhonnost doložili, byť jedním a ne dvěma výpisy z rejstříku trestů. Je navíc nepochybné, že jednatelé vybraného dodavatele byli bezúhonní a stěžovatel, vzhledem k věcnému splnění kvalifikace ze strany vybraného dodavatele, nemohl výběrem jeho nabídky ovlivnit výsledek soutěže.

12. Na podporu své argumentace stěžovatel poukazuje na precedenční věc rozhodnutou náleženem ze dne 11. 7. 2007 sp. zn. II. ÚS 192/05 (N 110/46 SbNU 11), v němž Ústavní soud zrušil rozhodnutí ukládající sankci za správní delikt zneužití dominantního postavení podle zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, z důvodu porušení základního práva takto sankcionované osoby podle čl. 40 odst. 6 Listiny. O uložení sankce bylo tehdy rozhodováno již za účinnosti zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), který přinesl změnu definice dominantního postavení. Povinnost použití pozdějšího zákona, který je pro pachatele příznivější, pak z čl. 7 Úmluvy dovodil také Evropský soud pro lidská práva [rozsudek velkého senátu ze dne 17. 9. 2009 ve věci stížnosti č. 10249/03 *Scoppola proti Itálii* (č. 2), body 106 až 109]. Zde zakotvená záruka se neomezuje pouze na klasická trestní řízení, ale i na řízení o správních deliktech (např. rozsudek ze dne 7. 4. 2009 ve věci stížnosti č. 26652/02 *Žičkus proti Litvě*, bod 43).

13. Závěrem stěžovatel zdůrazňuje, že napadené rozsudky, jakož i jim předcházející rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, mají významné negativní dopady do jeho postavení, jež významně přesahují uloženou sankci 50 000 Kč a povinnost nést náklady správního a soudního řízení. Stěžovateli byla z důvodu tvrzeného porušení

zákona o veřejných zakázkách z rozhodnutí poskytovatele dotace zkrácena dotace o částku ve výši 2 500 000 Kč. Vedle toho orgány fiskální správy rozhodly o porušení rozpočtové kázně stěžovatelem ve výši 2 500 000 Kč spolu s úroky z prodlení. Celkový dopad na stěžovatele ze strany orgánů veřejné moci tak dosahuje milionů korun. Postup orgánů finanční správy stěžovatel napadl správní žalobou, tento spor je nicméně v tuto chvíli přerušen v návaznosti na toto probíhající řízení.

IV.

Průběh řízení před Ústavním soudem

14. Ústavní soud si pro účely tohoto řízení vyžádal spis vedený u Nejvyššího správního soudu pod sp. zn. 9 As 51/2017 a vyzval Nejvyšší správní soud a Úřad pro ochranu hospodářské soutěže k vyjádření se k ústavní stížnosti. O vyjádření naopak nežádal krajský soud, protože výsledek řízení před Ústavním soudem závisel na posouzení námitek, které směřovaly proti napadenému rozsudku Nejvyššího správního soudu.

IV./a

Vyjádření Nejvyššího správního soudu

15. Nejvyšší správní soud ve svém vyjádření ze dne 12. 4. 2018 uvedl, že splnění kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky je podle § 51 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách založeno na posuzování jejího prokázání, k němuž dochází na základě dokladů, jež mají být předloženy (v otevřeném řízení) společně s nabídkou. Kvalifikační předpoklady základní, profesní a technické [§ 50 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona o veřejných zakázkách] se prokazují doklady, o nichž tak stanoví přímo zákon nebo sám zadavatel při respektování limitů stanovených zákonem. V případě ekonomické a finanční způsobilosti [§ 50 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách] se kvalifikace prokazuje předložením čestného prohlášení. Dodavatel přitom nesplňuje kvalifikaci nejen tehdy, jestliže u něj ve skutečnosti nejsou splněny kvalifikační předpoklady, nýbrž i tehdy, jestliže jejich splnění zadavateli neprokáže způsobem a ve lhůtě zadavatelem stanovené, a to i kdyby u něj byly ve skutečnosti splněny.

16. Správní soudy odmítly argumentaci stěžovatele, že k prokázání splnění základní kvalifikace (spočívající v bezúhonnosti) obou jednatelů byl výpis z rejstříku trestů vydaný orgánem Rakouské republiky dostačující. Podle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách měly statutární orgány později vybraného uchazeče povinnost předložit i výpis z evidence Rejstříku trestů, byla-li zadávána nadlimitní veřejná zakázka v otevřeném řízení.

17. Kasační námitka stěžovatele týkající se systému ECRIS spočívala v doslovném opisu zásad jeho fungování, aniž by z ní jasně vyplynulo, proti kterým závěrům krajského soudu stěžovatel brojí, respektive co konkrétně mu vytýká. Nic konkrétnějšího nebylo v tomto ohledu uvedeno ani v replice stěžovatele k vyjádření vedlejšího účastníka. Věcné výtky týkající se systému ECRIS jsou tak srozumitelně poprvé uplatněny až v ústavní stížnosti (a svým obsahem směřují do závěrů Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v žalobou napadeném rozhodnutí), ačkoli stěžovateli nic nebránilo uplatnit tuto argumentaci v kasační stížnosti. Nebylo-li možné z kasační námítky dovodit, co vlastně stěžovatel ve vztahu k systému ECRIS krajskému soudu

vytýká, je tvrzení stěžovatele o ignoraci tohoto systému ze strany Nejvyššího správního soudu zavádějící.

18. Správní soudy jsou ve věci správního trestání povinny bez ohledu na uplatněné kasační námitky přezkoumávat, zda bylo správně aplikováno právo v předcházejících řízeních. Jsou tedy povinny zabývat se i právním stavem a jeho případnými změnami nastalými až do okamžiku rozhodování krajského soudu. Skutečnost, že v době rozhodování krajského soudu již byl dřívější zákon o veřejných zakázkách zrušen a dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti nový zákon o zadávání veřejných zakázek, však podle Nejvyššího správního soudu neznamená, že by správní soudy musely v každém svém rozsudku ve věci správního trestání výslovně zdůvodňovat, zda došlo či nedošlo ke změně právní úpravy, která by mohla být pro pachatele příznivější. Za situace, kdy stěžovatel neuplatnil tuto námitku v kasační stížnosti, nelze považovat rozsudek krajského soudu za nepřezkoumatelný pro nedostatečné odůvodnění.

19. Nejvyšší správní soud nakonec provedl srovnání obou právních úprav, přičemž dospěl k závěru, že skutková podstata správního deliktu je součástí i nového zákona o zadávání veřejných zakázek, byť v určitém mírně pozměněném znění. Výše sankce zůstává nezměněna oproti původní úpravě, tudíž v tomto ohledu nejde pro stěžovatele o příznivější právní úpravu. Skutečnost, že nový zákon o zadávání veřejných zakázek pozměnil způsob prokazování bezúhonnosti uchazeče, sama o sobě neznamená příznivější úpravu v oblasti správního trestání. Uchazeč, který nesplní byť i jedinou kvalifikační podmínku, je i nadále nezpůsobilý pro účely plnění veřejné zakázky a zadavatel má povinnost takového dodavatele ze zadávacího řízení vyloučit (s výjimkou postupu podle § 75 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek). Nelze přitom souhlasit ani s tvrzením, podle kterého ke splnění kvalifikačních předpokladů podle nové úpravy postačuje pouze doložení čestného prohlášení, neboť § 86 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek by na projednávaný případ nedopadal s ohledem na základní kvalifikační předpoklady stanovené v zadávací dokumentaci. Aby byla pozdější právní úprava skutečně pro pachatele správního deliktu příznivější, musel by nový zákon výslovně stanovit, že není možné vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nesplnění podmínky základní způsobilosti. Podrobná argumentace stěžovatele je navíc poprvé uplatněna až v ústavní stížnosti, ačkoli stěžovateli nic nebránilo, aby ji uplatnil v žalobě, případně v kasační stížnosti. Ústavní stížnost by měla být odmítnuta pro zjevnou neopodstatněnost, případně zamítnuta.

IV./b

Vyjádření Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

20. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve svém vyjádření ze dne 23. 4. 2018 shrnul, že § 53 zákona o veřejných zakázkách jednoznačně deklaruje způsob, jakým mají být základní kvalifikační předpoklady prokázány, v daném případě předložením výpisu z evidence Rejstříku trestů. Rejstříkem trestů je v daném kontextu třeba rozumět organizační složku státu, zřízenou na základě zákona o Rejstříku trestů. Systém ECRIS je sice postaven na zásadě předávání informací o odsouzení členskému státu, jehož je pachatel státním příslušníkem, disponuje však dalšími specifiky, zejména co do latence předávání informací, které (nad rámec absence výslovného zmocnění) neumožňují výpis z rejstříku trestů vydaný orgánem jiného členského státu bez dalšího považovat za výpis z evidence Rejstříku trestů.

21. Vedlejší účastník dodal, že nesplněním kvalifikace se rozumí její neprokázání stanoveným způsobem v souladu se zákonem a zadávacími podmínkami. Za daných okolností není pochyb o tom, jakým způsobem měl být příslušný základní kvalifikační předpoklad prokázán a že vybraný uchazeč nebyl oprávněn prokazovat trestní bezúhonnost svých jednatelů jiným, než zákonem stanoveným způsobem, tedy v souladu se zadávacími podmínkami, které byly stanoveny podle zákona. Vybraný uchazeč byl povinen prokázat trestní bezúhonnost podle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách výpisem z českého i rakouského rejstříku trestů. Této povinnosti si navíc byl vědom, o čemž svědčí jím předložené čestné prohlášení o prokázání příslušného kvalifikačního předpokladu. Stěžovatel však takovýto doklad nemohl akceptovat, neboť nešlo o doklad, jehož předložení si v souladu se zákonem vymínil v zadávacích podmínkách. Vedlejší účastník připouští, že k neprokázání kvalifikace ve zmíněném rozsahu mohlo dojít administrativním nedopatřeními vybraného uchazeče, které mohlo být rozptýleno, využil-li by stěžovatel právního institutu objasnění kvalifikace podle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a vyzval vybraného uchazeče, aby ve stanovené lhůtě předložil i výpis z evidence Rejstříku trestů prokazující trestní bezúhonnost jeho statutárních orgánů též ve vztahu k České republice. Stěžovatel ale tento nástroj ze své vůle či nedbalosti nevyužil.

22. Porušení zákona stěžovatelem bylo ze strany vedlejšího účastníka vyhodnoceno jako méně závažné a stěžovateli byla uložena pokuta při samé spodní hranici zákonné sazby pokuty. Vedlejší účastník přesto nepřehlédl, že podstatně citelnější zásah představuje pro stěžovatele částečné odejmutí dotace. Tato okolnost však podle jeho názoru nemůže mít vliv na výkon dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a v jeho rámci na posuzování souladu postupu zadavatele v zadávacím řízení se zákonem. V případě každé ze sankcí jde o samostatný právní vztah a je třeba jej posuzovat odděleně.

23. K námitce nezohlednění pozdější příznivější právní úpravy vedlejší účastník poznamenává, že v nyní projednávané věci není posuzováno pochybení dodavatele, který nepředložil určitý doklad, jenž již nová právní úprava nevyžaduje, nýbrž postup zadavatele, který nevyloučil dodavatele, který neprokázal základní kvalifikační předpoklady ve stanoveném rozsahu. Platí přitom, že stěžovatel by se dopustil přestupku i podle nové právní úpravy, konkrétně podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek. Porušil by totiž § 48 odst. 8 tohoto zákona tím, že nevyloučil vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení, přestože doklady předložené vybraným dodavatelem nesplňovaly zadávací podmínky podle § 48 odst. 2 písm. a) tohoto zákona. Za bezpředmětnou označil vedlejší účastník argumentaci právním institutem obnovení způsobilosti účastníka zadávacího řízení podle § 76 zákona o zadávání veřejných zakázek. Tento institut umožňuje účastníkovi zadávacího řízení, který kvalifikaci objektivně nesplňuje, přijmout nápravná opatření, v jejichž důsledku tuto kvalifikaci splňovat bude. V projednávané věci jde ale o to, že vybraný uchazeč základní kvalifikaci neprokázal, bez ohledu na to, zda ji objektivně splňoval, a stěžovatel vybraného uchazeče nevyloučil, ačkoli k tomu byl povinen. Ústavní stížnost by měla být zamítnuta.

IV./c

Replika navrhovatele

24. Stěžovatel ve své replice ze dne 15. 5. 2018 setrval na své argumentaci a zopakoval její podstatné části. Formalistický výklad zákona o veřejných zakázkách, který provedl Úřad pro ochranu hospodářské soutěže a který byl stvrzen správními soudy, považuje za iracionální a extrémně rozporný se zásadami spravedlnosti a správního trestání. Žádné z vyjádření nevyvrací argument stěžovatele, že lhůty pro předávání informací o odsouzeních z České republiky rakouským orgánům nemohou být důvodem neakceptace rakouských výpisů z rejstříků trestů.

25. Přisvědčit nelze ani tvrzení Nejvyššího správního soudu o údajné nesrozumitelnosti kasační námitky ohledně prokázání bezúhonnosti prostřednictvím systému ECRIS. Stěžovatel je přesvědčen o tom, že v rámci kasační stížnosti formuloval tuto námitku jasně a jednoznačně, a to prostřednictvím samostatného bodu, v němž podrobně vysvětlil podstatu systému ECRIS, dobu jeho zřízení, zásady jeho fungování, jakož i dopad na posouzení kvalifikace v rámci veřejné zakázky. Nelze tedy konstatovat, že by stěžovatel po materiální stránce nevyčerpal řádně všechny dostupné procesní prostředky ochrany práva. Stěžovatel tuto námitku kontinuálně uplatňoval bez ohledu na její faktické a opakované přehlížení ze strany vedlejšího účastníka a správních soudů.

26. Nejvyšší správní soud i vedlejší účastník podle stěžovatele nesprávně uvedli, že novou příznivější právní úpravu nelze použít, neboť stěžovatel v zadávací dokumentaci veřejné zakázky odkázal na zákonnou úpravu základní kvalifikace podle zákona o veřejných zakázkách. Podle stěžovatele muselo být vedlejšímu účastníkovi známo, že právní úprava základní kvalifikace v zákoně o veřejných zakázkách byla kogentní a platila pro všechna zadávací řízení bez ohledu na to, zda zadavatel odkázal na zákon či nikoli. Rovněž je třeba důrazně odmítnout tvrzení vedlejšího účastníka, že k obnovení způsobilosti, respektive nevyločení nezpůsobilého dodavatele, nemohlo dojít v případě, kdy vybraný dodavatel kvalifikaci splňoval, pouze ji včas neprokázal.

27. Podle stěžovatele Nejvyšší správní soud nezvažoval výhodnost nové právní úpravy jako celku, a nepřihlédl tak ke všem možným okolnostem, které by mohly mít vliv na posouzení trestnosti jednání stěžovatele, včetně změny způsobu prokazování bezúhonnosti, možnosti obnovení způsobilosti, respektive možnosti zadavatele nevyločit ze zadávacího řízení ani dodavatele, který v okamžiku podání nabídky kvalifikaci jednoznačně nesplňoval. Měl tak přitom učinit bez ohledu na rozsah žalobních námitek. Není rozumné, aby stát trval na uložení sankce i za jednání, které by v době rozhodování o uložení sankce již nebylo považováno za protiprávní.

V.

Procesní předpoklady řízení před Ústavním soudem

28. Ústavní soud je příslušný k projednání návrhu. Ústavní stížnost je přípustná [stěžovatel vyčerpal všechny zákonné procesní prostředky k ochraně práva dle § 75 odst. 1 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o Ústavním soudu“)], byla podána včas a osobou k tomu oprávněnou a splňuje i všechny zákonem stanovené náležitosti, včetně povinného zastoupení advokátem (§ 29 až 31 zákona o Ústavním soudu).

VI.

Vlastní posouzení

29. Poté, co se Ústavní soud seznámil s argumentací stěžovatele, napadenými rozhodnutími a obsahem spisu Nejvyššího správního soudu vedeného pod sp. zn. 9 As 51/2017, dospěl k závěru, že ústavní stížnost je zjevně neopodstatněná.

30. V řízení o ústavních stížnostech [čl. 87 odst. 1 písm. d) Ústavy České republiky (dále jen „Ústava“), § 72 a násl. zákona o Ústavním soudu] Ústavní soud jako soudní orgán ochrany ústavnosti (čl. 83 Ústavy) přezkoumává rozhodnutí či postup orgánů veřejné moci pouze z toho hlediska, zda jimi nedošlo k porušení ústavně zaručených základních práv a svobod. Sám totiž není součástí soustavy soudů (čl. 91 odst. 1 Ústavy) a není ani povolán k instančnímu přezkumu jejich rozhodnutí. Jeho zásah nelze odůvodnit toliko tím, že se orgány veřejné moci dopustily pochybení v rovině podústavního práva či jiné nesprávnosti.

31. Stěžovatel se měl dopustit správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že v rozporu s § 60 zákona o veřejných zakázkách ze zadávacího řízení nevyločil vybraného uchazeče, jenž nesplnil základní kvalifikační předpoklady podle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách, protože svou bezúhonnost vůči České republice neprokázal výpisem z evidence Rejstříku trestů podle § 53 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, jimž bylo rozhodnuto o tomto správním deliktu, bylo přezkoumáno krajským soudem a posléze ve věci rozhodoval Nejvyšší správní soud. Žaloba i navazující kasační stížnost byly nicméně napadenými rozsudky zamítnuty.

32. Posouzení ústavní stížnosti stěžovatele předpokládá zodpovězení dvou otázek. První z nich se týká toho, zda napadenými rozsudky nedošlo k porušení základního práva stěžovatele na soudní ochranu podle čl. 36 odst. 1 Listiny, jestliže v nich správní soudy přisvědčily výkladu, podle něhož mohl vybraný uchazeč prokázat bezúhonnost ve vztahu k České republice pouze předložením výpisu z evidence Rejstříku trestů podle zákona o Rejstříku trestů. Druhá otázka pak spočívá v tom, zda napadené rozsudky neporušily základní právo stěžovatele podle čl. 40 odst. 6 Úmluvy a čl. 7 Úmluvy, konkrétně ústavní pravidlo použití pozdějšího zákona pro posouzení trestnosti činu a uložení trestu, jestliže je pro pachatele příznivější. Jde o to, zda neměl být použit nový zákon o zadávání veřejných zakázek, který považuje stěžovatel při celkovém hodnocení za příznivější.

33. K první otázce Ústavní soud konstatuje, že o vybočení ze zásad spravedlivého procesu jde také tehdy, jestliže se soud dopustí takového výkladu a použití právního předpisu, který by nezohledňoval správně (či vůbec) dopad některého ústavně zaručeného práva nebo svobody na posuzovanou věc, nebo by byl projevem neakceptovatelné „libovůle“, spočívající buď v nerespektování jednoznačně znějící kogentní normy, nebo ve zjevném a neodůvodněném vybočení ze standardů výkladu, jenž je v soudní praxi respektován, respektive odpovídá všeobecně akceptovatelnému (doktrinálnímu) chápání dotčených právních institutů [např. náleze ze dne 25. 9. 2007 sp. zn. Pl. ÚS 85/06 (N 148/46 SbNU 471)]

34. Ústavní soud má za to, že znění § 53 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, podle něhož dodavatel prokazuje splnění základních kvalifikačních předpokladů podle odstavce 1 písm. a) a b) „předložením výpisu z evidence Rejstříku trestů“, je jednoznačné a ve vztahu k území České republiky neumožňuje jiný výklad než ten, že jde o výpis z evidence vedené podle zákona o Rejstříku trestů. To znamená,

že nemůže jít o jakýkoli obsahově srovnatelný dokument, ale právě o uvedený výpis. Výkladová nejasnost spojená s tímto ustanovením mohla být dána jen u prokazování bezúhonnosti ve vztahu k jiným zemím, tedy zda zákon vyžaduje dokument vydaný příslušným orgánem cizího státu odpovídající výpisu z evidence Rejstříku trestů, což z citovaného ustanovení výslovně neplyne. Tento problém se však netýkal stěžovatele, u něhož prokázání bezúhonnosti ve vztahu k území Rakouské republiky nebylo ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nijak rozporováno.

35. Správní soudy přesvědčivě vysvětlily, z jakého důvodu bylo nezbytné, aby základní kvalifikační předpoklady dodavatele byly v zadávacím řízení hodnoceny právě podle toho, zda byly prokázány zákonem stanoveným způsobem, tedy v tomto případě zda stěžovatel předložil či nepředložil výpis z evidence Rejstříku trestů. Tento výklad odpovídá zákonné úpravě i z hlediska jejího účelu, neboť stanovuje jednoznačná pravidla pro postup zadavatele, který by byl jinak (stejně jako dodavatelé) v případě některých kvalifikačních předpokladů vystaven nejistotě, zda tyto předpoklady jsou či nejsou splněny. Takovýto stav by byl, s ohledem na odpovědnost těchto subjektů spojenou s nakládáním s veřejnými prostředky, nežádoucí pro všechny dotčené subjekty. Mimoto správní soudy řádně odůvodnily i závěr, že tento výklad není v rozporu ani s čl. 45 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES.

36. Za této situace není podstatné, zda stěžovatel v kasační stížnosti dostatečným způsobem formuloval námitku týkající se systému ECRIS. Tento argument by mohl být relevantní jen v případě, že by zákon výslovně nepožadoval výpis z evidence vedené podle zákona o Rejstříku trestů. Tak tomu ale není. Výklad § 53 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, který provedly správní soudy, obстоjí z hlediska obecně akceptovaných metod výkladu právních předpisů a z ústavněprávního hlediska mu nelze nic vytknout. Nelze s ním spojovat žádný „kvalifikovaný“ exces (např. vybočení ze zákazu svévole), který by měl za následek porušení základního práva stěžovatele na soudní ochranu podle čl. 36 odst. 1 Listiny.

37. Vzhledem k uvedenému závěru mohl Ústavní soud přistoupit k zodpovězení druhé otázky, a to zda správní soudy neporušily čl. 40 odst. 6 Listiny a čl. 7 Úmluvy, jestliže věc stěžovatele neposuzovaly podle nového zákona o zadávání veřejných zakázek, který je podle jeho názoru příznivější. V této souvislosti nutno připomenout, že stěžovatel měl spáchat správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Podle tohoto ustanovení se zadavatel dopustí správního deliktu, jestliže nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivní nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Uvedenému správnímu deliktu dnes odpovídá § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, podle něhož se zadavatel dopustí přestupku (dříve správního deliktu) tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrhu považuje po výběru návrhu za ukončenou.

38. Je zřejmé, že jednání stěžovatele lze i při pozměněném znění podřadit pod skutkovou podstatu správního deliktu (nyní přestupku) podle zákona o zadávání veřejných zakázek. Nadále přitom může být sankcionováno pokutou v dosavadním rozmezí. Ze strany správních soudů tudíž nebyl důvod, aby jednání stěžovatele posuzovaly podle nové zákonné úpravy.

39. Poukaz stěžovatele na nález sp. zn. II. ÚS 192/05 tyto závěry nijak nezpochybňuje. Tento nález se týkal situace, kdy se stěžovatel dopustil správního deliktu zneužití dominantního postavení podle někdejšího zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, Nejvyšší správní soud se však nedostatečně vypořádal s otázkou, zda nové vymezení dominantního postavení podle zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, není z hlediska posouzení jednání stěžovatele příznivější zákonnou úpravou. Nebylo totiž vyloučeno, že prizmatem nové zákonné úpravy bude jednání stěžovatele možné hodnotit jako zákonné.

40. V nyní posuzované věci ale k žádné takovéto změně vymezení správního deliktu nedošlo. I kdyby nová zákonná úprava do budoucna zúžila rozsah požadovaných základních kvalifikačních předpokladů, tato změna by neměnila nic na tom, že stěžovatel byl podle § 60 zákona o veřejných zakázkách povinen vyloučit ze zadávacího řízení vybraného uchazeče, jenž nesplnil požadované kvalifikační předpoklady, přičemž právě nesplněním této povinnosti, a nikoli nesplněním povinnosti prokázat určitý kvalifikační předpoklad (což nebyla povinnost zadavatele, ale dodavatele), byl spáchán správní delikt. Ani v tomto případě by ale nešlo o příznivější zákonnou úpravu. Tuto povahu by měl pouze takový nový zákon, který by stanovil, že nevyločení dodavatele při nesplnění kvalifikačního předpokladu spočívajícího v prokázání bezúhonnosti výpisem z evidence Rejstříku trestů, není správním deliktem (nyní přestupkem), což § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek nečiní.

41. Ústavní soud se proto i v této části ztotožnil s právními závěry správních soudů, jež jsou obsaženy v napadených rozhodnutích. Těmito rozhodnutími nedošlo k porušení čl. 40 odst. 6 Listiny a čl. 7 Úmluvy.

42. Ze všech těchto důvodů Ústavní soud rozhodl mimo ústní jednání bez účastníků řízení o odmítnutí ústavní stížnosti stěžovatele podle § 43 odst. 2 písm. a) zákona o Ústavním soudu jako zjevně neopodstatněné.

Poučení: Proti usnesení Ústavního soudu není odvolání přípustné.

V Brně dne 11. září 2018

Jiří Zemánek v. r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Jitka Chmelová