



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedkyně Karly Cháberové a soudců Štěpána Výborného a Jana Kratochvíla ve věci

žalobkyně: **Slévárny Třinec, a. s.**, IČO 25830716
sídlem Průmyslová 1001, Třinec 739 65

proti
žalovanému: **Ministerstvo průmyslu a obchodu**
sídlem Na Františku 32, 110 15 Praha 1

o žalobě proti rozhodnutí ministra průmyslu a obchodu ze dne 25. 5. 2017, č. j. MPO 29133/17/61600/01000

takto:

- I. Rozhodnutí ministra průmyslu a obchodu ze dne 25. 5. 2017, č. j. MPO 29133/17/61600/01000, se ruší a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný je povinen zaplatit žalobkyni náhradu nákladů řízení ve výši 3 000 Kč do jednoho měsíce od právní moci tohoto rozsudku.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci a průběh řízení před správním orgánem

1. Žalobkyně se podanou žalobou domáhá přezkoumání v záhlaví uvedeného rozhodnutí, kterým ministr průmyslu a obchodu nevyhověl jejím námitkám proti opatření Ministerstva průmyslu a obchodu (dále jen „žalovaný“ či „poskytovatel dotace“) o krácení způsobilých výdajů výše podpory ze dne 19. 4. 2017, č. j. MPO 26865/17/6100/929 (dále jen „Opatření o krácení výše podpory“). Důvodem pro krácení výše podpory dle § 14e zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o rozpočtových pravidlech“), byla skutečnost, že žalobkyně jakožto příjemce dotace z Operačního programu podnikání a inovace pro konkurenceschopnost (dále jen „Operační program“) nedodržela podmínky poskytnutí dotace, neboť do zadávací dokumentace při realizaci výběrového řízení uvedla diskriminační kvalifikační předpoklad (požadavek na minimální počet zaměstnanců dodavatele v posledních 3 letech). Z toho důvodu jí byla udělena sankce ve výši 10% a byla vyplacena částka 20 884 587,78 Kč, namísto částky 23 205 097,54 Kč.
2. Ze správního spisu k dané věci vyplynulo, že žalobkyně dne 17. 7. 2015 podala v rámci Operačního programu žádost o podporu, registrační číslo projektu: CZ.01.1.02/0.0/15_014/0001112, s názvem Inovace procesu výroby a odlitků na slévárnách šedých litin. Dne 10. 1. 2017 vydal žalovaný v souladu s § 14 zákona o rozpočtových pravidlech rozhodnutí o poskytnutí dotace č. j. MPO 3548/17/61600/134 (dále jen „rozhodnutí o poskytnutí dotace“), kterým byl projekt žalobkyně shledán přijatelný a způsobilý k poskytnutí dotace, a to ve výši maximálně 25% způsobilých výdajů projektu, tj. ve výši 23 205 097,54 Kč.
3. Žalobkyně dne 23. 2. 2016 vyhlásila v souladu s Pravidly pro výběr dodavatelů, č. j. MPO 33321/15/61100, platnost od 1. 8. 2015 (dále jen „Pravidla pro výběr dodavatelů“), zakázku „Inovace procesu výroby a odlitků na slévárnách šedých litin“. Žalobkyně na základě zadávacího řízení rozhodla o přidělení zakázky společnosti Metrostav, a. s., se sídlem Koželužská 2450/4, Praha 8. Po úhradě ceny díla žalobkyně podala poskytovateli dotace žádost o platbu, pod číslem CZ.01.1.02/0.0/0.0/15_014/000112/2017/001/POST (dále jen „žádost o platbu“), na částku 23 205 097 Kč, jakožto 25% z prokazatelně způsobilých výdajů ve výši 92 820 390,17 Kč.
4. Dne 20. 4. 2017 bylo žalobkyni doručeno Opatření o krácení výše podpory, proti němuž žalobkyně podala námitky v souladu s § 14e odst. 2 zákona o rozpočtových pravidlech. V nich mj. zdůraznila, že požadavek minimálního počtu zaměstnanců byl oprávněný vzhledem k druhu a rozsahu veřejné zakázky, a odkázala na aplikační praxi Úřadu na ochranu hospodářské soutěže. Ministr průmyslu a obchodu námitkám žalobkyně nevyhověl s odůvodněním, že rozhodnutí Úřadu na ochranu hospodářské soutěže nelze akceptovat jako relevantní zdroj a § 56 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), neumožňuje zadavateli vymezit v zadávací dokumentaci požadavek na určitý počet zaměstnanců, které musel uchazeč v určitém období zaměstnávat. Proto rozšíření kvalifikačního předpokladu shledal diskriminačním.

II. Obsah žaloby

5. Žalobkyně nejprve shrnuje genezi případu a uvádí, že rozsahem předmětu plnění příslušné zakázky byla tzv. dodávka „na klíč“, tedy návrh kompletní technologie, výroba a dodání nového zařízení, montáž, instalace, počáteční revize a provedení zkoušek, proškolení obsluhy a údržby a předání linky do trvalého užívání.

6. Dle bodu 16) Pravidel pro výběr dodavatelů „zadávací podmínky mohou dále obsahovat zejména následující náležitosti (jejich neuvedení není porušením Pravidel): a) Požadavky na prokázání kvalifikace uchazeče, pokud zadavatel požadavky na kvalifikaci stanoví, a to v maximálním rozsahu stanoveném v § 50 odst. 1, § 53, § 54 a § 56 ZVZ. Zadavatel je tedy oprávněn požadovat prokázání základních kvalifikačních předpokladů, profesních kvalifikačních předpokladů a/nebo technických kvalifikačních předpokladů a dále je oprávněn požadovat předložení čestného prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti dodavatele splnit zakázku“.
7. Žalobkyně v zadávací dokumentaci nastavila v souladu s Pravidly pro výběr dodavatelů kvalifikaci takto: prokázání splnění kvalifikace podle požadavků zadavatele stanovených v souladu s Pravidly je předpokladem posouzení a hodnocení nabídky uchazeče ve výběrovém řízení. Splněním kvalifikace se rozumí: a) splnění základních kvalifikačních předpokladů, b) splnění profesních kvalifikačních předpokladů, c) předložení čestného prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti uchazeče splnit zakázku, d) splnění technických kvalifikačních předpokladů.
8. Ke splnění technických kvalifikačních předpokladů žalobkyně požadovala mj. předložit doklad prokazující přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru za poslední 3 roky. Dodavatel splnil technický kvalifikační předpoklad, pokud v posledních 3 letech zaměstnával alespoň 60 zaměstnanců v každém roce.
9. Žalobkyně nesouhlasí s názorem žalovaného, že by toto kritérium bylo diskriminační. Navíc uvádí, že žalovaný v Opatření o krácení výše podpory udělenou sankci neodůvodnil, neuvedl, který kvalifikační předpoklad považuje za diskriminační a v čem. Z toho důvodu žalobkyně považuje Opatření o krácení výše podpory za nepřezkoumatelné. Žalobkyně ve svých námitkách mohla reagovat pouze na okolnosti, které jí ústně sdělil projektový manažer poskytovatele dotace, a od něhož se dozvěděla, že diskriminačním kvalifikačním požadavkem má být předpoklad, aby dodavatel v posledních 3 letech zaměstnával alespoň 60 zaměstnanců v každém roce. Dle vyjádření projektového manažera se zdál poskytovateli dotace požadavek na počet zaměstnanců stanoven ve vysoké hodnotě.
10. Žalobkyně k tomu uvádí, že dle aplikační praxe Úřadu na ochranu hospodářské soutěže může zadavatel kvalifikační kritérium počtu zaměstnanců nastavit až do pětinasobku počtu pracovníků potřebných k řádné realizaci předmětu veřejné zakázky, a to s ohledem na složitost předmětu veřejné zakázky (např. rozhodnutí č. j. S127/2010/VZ-8901/2010/520/DŘÍ). Dle aplikační praxe poskytovatele dotace může dle žalobkyně zadavatel kvalifikační kritérium nastavit až do třinásobku potřebného množství. Účelem stanovení technických předpokladů je zajištění, aby byla veřejná zakázka plněna dodavatelem, který má k tomu určitou technickou způsobilost, tj. bude k jejímu plnění mít potřebné odborné a materiální předpoklady. Žalobkyně technický předpoklad nastavila tak, aby jí zaručil bezproblémovou, kvalitní a včasnou realizaci veřejné zakázky. Zárukou pro takové plnění je dodavatel, který své veškeré zdroje a prostředky nebude používat výhradně na plnění této veřejné zakázky.
11. Na realizaci projektu se mělo dle předpokladu projektanta podílet min. 60 pracovníků, což žalobkyně doložila Čestným prohlášením projektanta, společnosti Metakon, s. r. o. Tento předpoklad se potvrdil, jak plyne z Čestného prohlášení zhotovitele, společnosti Metrostav, a. s., o počtu realizujících osob. Ve světle výše uvedeného byl tedy požadavek

žalobkyně oprávněný, tj. odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Žalobkyně je přesvědčena, že při administraci výběrového řízení postupovala striktně dle metodiky poskytovatele dotace.

12. Ministr průmyslu a obchodu v napadeném rozhodnutí dále neuvedl, proč nepovažuje rozhodnutí Úřadu na ochranu hospodářské soutěže za relevantní zdroj. Žalobkyně dále odmítá, že by zákon o veřejných zakázkách nehovořil o možnosti zadavatele vymezit v zadávací dokumentaci požadavek na určitý počet zaměstnanců, neboť dle § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům vymezit jejich minimální úroveň odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Žalobkyně tak postupovala zcela v souladu s bodem 16) Pravidel pro výběr dodavatelů, dle něhož mohou být požadavky na prokázání kvalifikace uchazeče stanovené v maximálním rozsahu mj. dle § 56 zákona o veřejných zakázkách.
13. Žalobkyně se konečně domnívá, že žalovaný není oprávněn rozhodovat o konečném snížení dotace, neboť toto spadá do výlučné pravomoci finančního úřadu (porušení rozpočtové kázně je oprávněn v souladu s § 44a zákona o rozpočtových pravidlech konstatovat pouze finanční orgán). Napadeným rozhodnutím bylo rovněž porušeno legitimní očekávání žalobkyně.
14. Žalobkyně žádá, aby soud žalobou napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného

15. Žalovaný ve vyjádření k žalobě upozorňuje, že jednou z povinností příjemce dotace je řídit se Pravidly pro výběr dodavatelů. Porušení povinností stanovených právními předpisy nebo nedodržení účelu dotace či podmínek, za nichž byla poskytnuta, je důvodem k uplatnění postupu dle § 14e zákona o rozpočtových pravidlech. Výše odvodů za jednotlivá porušení podmínek (dokumentu D7_01_F_Podmínky a ostatní povinnosti příjemce dotace, dále jen „Podmínky“) jsou stanovena v dokumentu D13_1_M_Kategorizace sankcí za porušení postupu zadavatele zakázek ze dne 8. 1. 2016, č. j. MPO 28039/15/61100 (dále jen „Kategorizace nedostatků“), který tvoří nedílnou součást Podmínek. Závaznost Podmínek nadto vyplývá i z judikatury Nejvyššího správního soudu (viz rozsudek ze dne 25. 6. 2009, č. j. 5 Afs 70/2008-152).
16. Na základě věcné kontroly výběrového řízení udělil žalovaný dne 13. 4. 2017 žalobkyni sankci ve výši 10% za pochybení v požadavku na technickou kvalifikaci dle bodu 7 a 8 Kategorizace nedostatků. O tom žalobkyni vyrozuměl Opatřením o krácení výše podpory.
17. Ke konkrétním žalobním námitkám žalovaný uvádí, že vymezení minimální úrovně kvalifikačních předpokladů měla žalobkyně provést ve vztahu k předmětné zakázce. Ve schopnosti mít 60 zaměstnanců po dobu tří let žalovaný tento vztah nespatřuje. Požadavek 60 zaměstnanců nemá žádné opodstatnění, zvláště když žalobkyně nespecifikuje jejich pracovní zařazení. Žalovaný nerozporuje možnost vymezit technické kvalifikační předpoklady, ale způsob, jakým je žalobkyně vymezila. Takto vymezený kvalifikační předpoklad není technický, ale naopak ekonomický, neboť se bez vazby na předmětnou zakázku dotýká velikosti potencionálního dodavatele. Ekonomické kvalifikační předpoklady byly v rámci novely zákona o veřejných zakázkách zakázány, neboť tato kritéria často přispívala k nedůvodnému omezování okruhu potencionálních dodavatelů.

V době vypsání výběrového řízení bylo možné ekonomické kvalifikační předpoklady prokazovat pouze předložením čestného prohlášením dodavatele, že je schopen plnit danou zakázku. To by v daném případě umožnilo účast většího počtu zájemců o zakázku. Žalovaný je přesvědčen, že se jednalo o skrytou diskriminaci, a odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152.

18. Oznámení o úpravě částky dotace je dokument, kterým žalovaný žalobkyni oznámil Opatření o krácení výše podpory. Dle žalovaného je § 14e zákona o rozpočtových pravidlech speciální úpravou, takže se na něj (s výjimkou obecných zásad) nevztahuje zákon č. 500/2004 Sb., správním řád (dále jen „správní řád“). Napadené rozhodnutí přesto obsahovalo výrokovou část, odůvodnění a poučení účastníků, a splňuje tak veškeré náležitosti rozhodnutí.
19. V daném případě nebyla dána pravomoc Finančních úřadů, neboť k tomu, aby nastalo porušení rozpočtové kázně dle § 44 zákona o rozpočtových pravidlech, je nutno tyto prostředky nejprve vyplatit. To se v daném případě nestalo. Příslušným orgánem je naopak dle § 14e téhož zákona poskytovatel dotace, tedy žalovaný. Ohledně legitimního očekávání žalovaný dodává, že pokud by žalobkyně všechny podmínky poskytnutí dotace splnila, dotace by jí byla vyplacena. Nejednalo se tedy o krácení svévolné.
20. Žalovaný žádá, aby soud žalobu zamítl.

IV. Posouzení žaloby Městským soudem v Praze

21. Soud o věci rozhodl bez nařízení ústního jednání postupem podle § 51 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), neboť účastníci takový postup soudu akceptovali.
22. Soud dle § 75 s. ř. s. přezkoumal žalobou napadené rozhodnutí, jakož i řízení, které předcházelo jeho vydání, v rozsahu žalobou tvrzených bodů nezákonnosti, kterými je vázán, podle skutkového a právního stavu ke dni vydání žalobou napadeného rozhodnutí, a dospěl k závěru, že žaloba je důvodná.
23. Podle § 14e odst. 1 zákona o rozpočtových pravidlech „poskytovatel nemusí vyplatit dotaci nebo její část, domnívá-li se důvodně, že její příjemce v přímé souvislosti s ní porušil povinnosti stanovené právním předpisem nebo nedodržel účel dotace nebo podmínky, za kterých byla dotace poskytnuta (...)“.
24. Podle § 14e odst. 2 zákona o rozpočtových pravidlech „poskytovatel o opatření podle odstavce 1 bez zbytečného odkladu vhodným způsobem informuje příjemce. Příjemce může do 15 dnů ode dne, kdy tuto informaci obdržel, podat poskytovateli proti tomuto opatření námitky. O námitkách rozhoduje ten, kdo stojí v čele poskytovatele“.
25. Dle bodu 16) Pravidel pro výběr dodavatelů „žadavací podmínky mohou dále obsahovat zejména následující náležitosti (jejich neuvedení není porušením Pravidel): a) Požadavky na prokázání kvalifikace uchazeče, pokud zadavatel požadavky na kvalifikaci stanoví, a to v maximálním rozsahu stanoveném v § 50 odst. 1, § 53, § 54 a § 56 ZVZ. Zadavatel je tedy oprávněn požadovat prokázání základních kvalifikačních předpokladů, profesních kvalifikačních předpokladů a/nebo technických kvalifikačních předpokladů a dále je oprávněn požadovat předložení čestného prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti dodavatele splnit zakázku“.

26. Dle § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách „ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky“.
27. Dle § 56 odst. 2 písm. g) zákona o veřejných zakázkách „k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby může veřejný zadavatel požadovat přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky“.
28. Dle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách „zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace“.
29. Úvodem se soud zabýval námitkou žalobkyně, že žalovaný nebyl oprávněn rozhodnout o krácení výše podpory, neboť touto pravomocí disponuje výlučně finanční orgán. Tato námitka není důvodná.
30. Soud v této souvislosti odkazuje na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 4. 2017, č. j. 6 Afs 270/2015-48, který se touto otázkou zabýval a dospěl k jednoznačnému závěru, že pravomoc k nevyplacení dotace nebo její části dle § 14e zákona o rozpočtových pravidlech není svěřena finančním úřadům, ale právě poskytovateli dotaci. Nejvyšší správní soud v citovaném usnesení nejprve vyčerpávajícím způsobem popsal charakter porušení rozpočtové kázně dle § 44a zákona o rozpočtových pravidlech a zdůraznil, že *„k porušení rozpočtové kázně ze strany příjemce může tedy dojít až v okamžiku, kdy má příjemce peněžní prostředky ve své dispozici. Teprve po obdržení poskytnutých peněžních prostředků se z příjemce dotace stává potenciální porušitel rozpočtové kázně ve smyslu rozpočtových pravidel, který má postavení daňového subjektu“*.
31. Pokud naopak ještě nedošlo k neoprávněnému použití či zadržení peněžních prostředků, porušení rozpočtové kázně nenastalo a k rozhodnutí o krácení výše podpory není oprávněn správce daně, ale naopak žalovaný. Tento závěr vyplývá přímo ze znění § 14e odst. 1 zákona o rozpočtových pravidlech („poskytovatel nemusí vyplatit dotaci nebo její část“) a potvrdila ho i právní věta výše citovaného usnesení rozšířeného senátu, dle níž *„domníval-li se poskytovatel dotace, že došlo k porušení pravidel pro zadání veřejné zakázky, aniž by současně došlo k porušení rozpočtové kázně (peněžní prostředky nebyly vyplaceny), měl dle § 14e zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění účinném do 19. 2. 2015, pravomoc rozhodnout s konečnou platností o nevyplacení dotace či její části. Takový úkon poskytovatele je rozhodnutím správního orgánu přezkoumatelným ve správním soudnictví na základě žaloby dle § 65 odst. 1 soudního řádu správního“*.
32. Nejvyšší správní soud se v tomtéž usnesení rovněž zabýval povahou opatření dle § 14e zákona o rozpočtových pravidlech a dospěl k závěru, že tento úkon splňuje materiální i formální znaky rozhodnutí dle § 9 správního řádu. Je nepochybné, že opatření o nevyplacení dotace či její části je úkonem, který závazně zasahuje do práv a povinností příjemce dotace a naplňuje tak materiální stránku rozhodnutí; rovněž však platí, že opatření musí naplňovat formální požadavky rozhodnutí. Rozšířený senát Nejvyššího správního soudu k této otázce uvedl, že *„rozpočtová pravidla výslovně stanoví, že je třeba příjemci dotace nevyplacení dotace nejen oznámit, ale oznámení musí obsahovat i určité*

formální náležitosti. V oznámení musí poskytovatel uvést rozsah krácení dotace a důvody, pro které ke krácení došlo. Musí přihlídnout i k závažnosti porušení a jeho vlivu na dodržení cíle dotace (srov. § 14e odst. 2 rozpočtových pravidel)“. Zdejší soud si je vědom skutečnosti, že rozšířený senát interpretoval § 14e zákona o rozpočtových pravidlech ve znění účinném do 19. 2. 2015, který obsahoval výslovný požadavek na odůvodnění opatření o krácení dotace, tato skutečnost však nic nemění na tom, že žalovaný byl i v nyní řešené věci povinen Opatření o krácení výše podpory a napadené rozhodnutí řádně odůvodnit. Vzhledem k závěru rozšířeného senátu, že opatření představuje rozhodnutí plně přezkoumatelné ve správním soudnictví, je třeba trvat na tom, aby poskytovatel přezkoumatelně a formálně správně sdělil, proč dotace nebude vyplacena v přislíbené výši a jak zohlednil závažnost, rozsah a vliv zjištěného pochybení na účel poskytnuté dotace (srovnej rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 10. 2018, č. j. 6 Afs 358/2017-39).

33. Soud se taktéž neztotožnil s názorem žalovaného, dle něhož je s ohledem na procesní postup zakotvený v § 14e odst. 2 a 3 zákona o rozpočtových pravidlech při vydání Opatření o krácení výše podpory vyloučeno užití správního řádu. Uvedená specialita zákona o rozpočtových pravidlech totiž zcela jistě neznamená, že poskytovatel dotace není povinen respektovat základní zásady správního řízení, mezi něž patří i povinnost uvést důvody příslušného rozhodnutí. Tuto skutečnost ostatně uznal sám žalovaný ve vyjádření k žalobě.
34. V nyní řešeném případě žalovaný vydal Opatření o krácení výše podpory, jímž žalobkyni oznámil, že rozhodl o úpravě požadované částky dotace z částky 23 205 097,54 Kč na 20 884 587,78 Kč. V odůvodnění pak uvedl, že žalobkyni byla udělena sankce ve výši 10 % za uvedení diskriminačního kvalifikačního předpokladu do zadávací dokumentace. Opatření taktéž obsahuje poučení o možnosti podat námitky v souladu s § 14e zákona o rozpočtových pravidlech.
35. Soud souhlasí s žalobkyní, že výše shrnuté odůvodnění Opatření o krácení výše podpory vykazuje podstatné nedostatky, neboť žalovaný neupřesnil, který kvalifikační předpoklad považuje za diskriminační a v čem a proč způsobil výdaje podléhají korekci. I přes tuto skutečnost by rozhodnutí žalovaného obstálo, pokud by však ministr průmyslu a obchodu tento nedostatek napravil a příslušné důvody by obsahovalo napadené rozhodnutí. To se ovšem nestalo.
36. Žalobkyně ve svých námitkách proti Opatření o krácení výše podpory předložila rozsáhlou argumentaci, v níž zdůraznila, že dle aplikační praxe Úřadu na ochranu hospodářské soutěže může zadavatel kvalifikační kritérium počtu zaměstnanců nastavit až do pětinasobku počtu pracovníků potřebných k řádné realizaci předmětu veřejné zakázky a udala konkrétní příklad takového rozhodnutí. Dále zdůraznila, že účelem stanovení technických kvalifikačních předpokladů je zajištění, aby byla veřejná zakázka plněna dodavatelem, který má k tomu určitou technickou způsobilost a který své veškeré zdroje a prostředky nebude používat výhradně na plnění této veřejné zakázky. K námitkám přiložila Čestná prohlášení projektanta a zhotovitele, dle nichž se na projektu podílelo větší množství pracovníků, než žalobkyně požadovala. Proto považovala kvalifikační předpoklad 60 zaměstnanců za oprávněný, tj. odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění.
37. Ministr průmyslu a obchodu v napadeném rozhodnutí na argumentaci žalobkyně reagoval tak, že dle jeho názoru není možné aplikační praxi Úřadu na ochranu hospodářské soutěže

považovat za jediný relevantní zdroj. Dále odkázal na § 56 zákona o veřejných zakázkách a uvedl, že „*žadavatel může požadovat předložení přehledu průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele (seznam zaměstnanců) v rámci kvalifikačních předpokladů. Zákon o veřejných zakázkách však již nehovoří o možnosti zadavatele si do zadávací dokumentace vymezit požadavek na určitý počet zaměstnanců, které musí uchazeč v určitém období zaměstnávat*“. Rozšíření kvalifikačního předpokladu nad požadavek seznamu shledal ministr diskriminační.

38. Mezi stranami v zásadě bylo a je nesporné, že požadavek na splnění technických kvalifikačních předpokladů přehledem průměrného ročního počtu zaměstnanců je vymezen v § 56 odst. 2 písm. g) zákona o veřejných zakázkách. Dle tohoto ustanovení může veřejný zadavatel požadovat přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky.
39. Za sporný je však třeba označit výklad § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, neboť žalobkyně s ohledem na jeho znění považuje stanovení konkrétního počtu zaměstnanců za poslední 3 roky jako legitimní zatímco žalovaný nikoli. Je tedy nabíledni, že ministr měl v napadeném rozhodnutí uvést důvody, proč tomu tak dle jeho názoru není a neomezit se na ničím nepodložené tvrzení, že požadavek žalobkyně je diskriminační, neboť jde nad znění § 56 odst. 2 písm. g) zákona o veřejných zakázkách. Toto ustanovení sice výslovně neumožňuje určit minimální počet zaměstnanců za poslední tři roky, ovšem žalobkyně oprávněnost svého požadavku vyvozovala ze znění § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách (a nikoli pouze z § 56 odst. 2 písm. g) zákona o veřejných zakázkách) a dokládala aplikační praxí Úřadu na ochranu hospodářské soutěže, poskytovatele dotace a čestnými prohlášeními projektanta a zhotovitele.
40. Vzhledem k tomu, že ministr průmyslu a obchodu tuto stěžejní argumentaci žalobkyně zcela pominul, soudu nezbylo než napadené rozhodnutí označit za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů ve smyslu § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s.
41. Na uvedeném pak nemůže nic změnit ani to, že žalovaný svůj postup rozsáhleji odůvodnil ve vyjádření k žalobě, kde se blíže zabýval diskriminačním charakterem daného kvalifikačního předpokladu a rovněž citoval z judikatury Nejvyššího správního soudu vztahující se k této problematice (zejména z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152). Předmětem přezkumu ve správním soudnictví je totiž v souladu s § 75 s. ř. s. napadené rozhodnutí správního orgánu, přičemž podle odstavce 1 citovaného ustanovení „při přezkoumání rozhodnutí vychází soud ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu“. Soudu tedy nepřísluší vzít při přezkumu napadeného rozhodnutí v potaz důvody, které žalovaný uvedl až v řízení před soudem, tedy po podání žaloby, protože žalovaný nemůže svá pochybení „dohnat“ až ve vyjádření k žalobě.
42. Při novém posouzení námitek tedy bude ministr průmyslu a obchodu povinen zvážit, zda sporný technický kvalifikační předpoklad odpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky [viz § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách]. Klíčovou otázkou tak bude, zda lze počet 60 zaměstnanců za poslední tři roky považovat za *zjevně nepřiměřený* ve vztahu k rozsahu dané veřejné zakázky, tedy ve vztahu k počtu zaměstnanců, kteří se na zakázce reálně podíleli. V tomto smyslu lze připomenout, že dle výše zmíněného rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 je třeba za skrytou formu nepřípustné

diskriminace v zadávacích řízeních považovat postup, kterým „zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. (...) V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“ poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vsutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky“.

43. Jelikož soud shledal nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí pro nedostatek důvodů, nemohl se dalšími námitkami žalobce zabývat.

V. Závěr

44. Žalobkyně se svými námitkami tedy uspěla; městský soud proto zrušil napadené rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost spočívající v nedostatku důvodů dle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s. a vrátil věc žalovanému k dalšímu řízení, v němž bude žalovaný vázán právním názorem soudu (§ 78 odst. 5 s. ř. s.).
45. O náhradě nákladů řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s. Úspěšná žalobkyně má právo na náhradu nákladů řízení, které sestávají ze zaplaceného soudního poplatku ve výši 3 000 Kč.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

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.

Soudní poplatek za kasační stížnost vybírá Nejvyšší správní soud. Variabilní symbol pro zaplacení soudního poplatku na účet Nejvyššího správního soudu lze získat na jeho internetových stránkách: www.nssoud.cz.

Praha 19. února 2019

JUDr. Karla Cháberová v. r.
předsedkyně senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje M. V.