



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 žalobce: **obec Velké Karlovice**, se sídlem Velké Karlovice 70, zast. JUDr. Radkem Jurčíkem, advokátem se sídlem Čápkova 44, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 27. 3. 2012, č. j. ÚOHS-R249,250/2011/VZ-4795/2012/310/IPs, ve věci uložení pokuty za spáchání správního deliktu,

t a k t o :

- I. Žaloba proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 3. 2012, č. j. ÚOHS-R249,250/2011/VZ-4795/2012/310/IPs, v části výroku I. **se odmítá.**
- II. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 3. 2012, č. j. ÚOHS-R249,250/2011/VZ-4795/2012/310/IPs, v části výroku II. **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému zpět k dalšímu řízení.

III. Žalovaný j e p o v i n e n zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení v celkové výši 10 200 Kč do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám jeho zástupce JUDr. Radka Jurčíka, advokáta se sídlem Čápkova 44, Brno.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy žalovaného, kterým byl:

- ve výroku I. zamítnut rozklad vybraného uchazeče (POZIMOS, a. s.) pro jeho nepřípustnost v plném rozsahu a
- ve výroku II. zamítnut rozklad žalobce (zadavatele) a potvrzeno rozhodnutí žalovaného (dále jen „správní orgán I. stupně“) ze dne 17. 10. 2011, č. j. ÚOHS-S209/2011/VZ-15677/2011/520/MNe.

Podle tohoto rozhodnutí se žalobce jako zadavatel při zadávání veřejné zakázky „*Silnice II/487: Nový Hrozenkov – Podřaté, I. Etapa – Velké Karlovice, část obec*“ zadávané v otevřeném výběrovém řízení dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), a to tím, že nedodržel postup stanovený v § 55 odst. 3 písm. c) zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na § 6 téhož zákona, neboť při stanovení ekonomického a finančního předpokladu nevymezil minimální úroveň tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel – žalobce – již uzavřel dne 3. 6. 2010 s vybraným uchazečem smlouvu (výrok I.); žalobci proto podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách byla uložena pokuta ve výši 60 000 Kč (výrok II.).

Správní orgán I. stupně přitom vycházel z výsledků řízení zahájeného z moci úřední (ex officio) poté, co si v návaznosti na podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – žalobce – vyžádal potřebné podklady a pojal pochybnosti o souladu jeho postupu se zákonem. Konkrétně se jednalo o způsob stanovení kvalifikačních předpokladů podle § 55 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, kdy žalobce – v rámci prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů – požadoval předložení dokladu o výši celkového obrátu dosaženého dodavatelem za poslední tři účetní období v minimální výši 150 000 000 Kč za každé účetní období. Z předložených zadávacích podkladů totiž vyplynulo, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 24 200 000 Kč, bez DPH, s tím, že stanovená doba trvání je od 1. 6. 2010 do 31. 10. 2012, tedy 29 měsíců. Předpokládaný průměrný roční výdaj zadavatele tak po přepočtu činil 10 013 793 Kč, bez DPH. To znamená, že zadavatelem požadovaný obrát 150 000 000 Kč byl patnáctinásobně vyšší, než průměrná předpokládaná hodnota veřejné zakázky odpovídající jednomu roku jejího plnění.

Správní orgán I. stupně sice připustil, že většina díla (stavebních prací) měla být realizována do 31. 12. 2011, nicméně i v takovém případě považoval nastavenou úroveň kvalifikačních předpokladů za neopodstatněnou a neúměrnou předmětu a podmínkám dané veřejné zakázky, neboť požadovaný obrat by byl pořád cca desetinásobně vyšší než průměrná hodnota veřejné zakázky odpovídající jednomu roku jejího plnění. Takové (10x až 15x vyšší) nastavení výše minimálního obratu nebylo možno akceptovat bez ohledu na to, zda se jednalo o veřejnou zakázku provázanou (časově či technicky) s jinými veřejnými zakázkami, jak tvrdil zadavatel. A taktéž jeho platební podmínky nebyly uznány jako důvod, o který by bylo možno opřít zadavatelem nastavenou úroveň předmětného kvalifikačního předpokladu. Předmět veřejné zakázky tak nevykazoval žádná zvláštní specifika, která by vyžadovala takto ekonomicky silného dodavatele. Naopak, podle správního orgánu I. stupně je vysoce pravděpodobné, že i dodavatel s několikanásobně nižším obratem, než zadavatel požadoval, by byl schopen předmětnou veřejnou zakázku splnit a mohl přitom nabídnout také ekonomicky výhodnější nabídku. Považoval proto za prokázané spáchání daného správního deliktu, za který žalobci uložil pokutu a při stanovení její výše v dolní hranici zákonné sazby přihlédl především k jeho ekonomické situaci, jakož i k tomu, že mu dosud žádná pokuta či nápravné opatření pro porušení zákona o veřejných zakázkách nebylo uloženo.

Tyto závěry správního orgánu I. stupně pak v zásadě potvrdil i předseda žalovaného s tím, že předmětný požadavek zadavatele – žalobce – na roční obrat uchazeče nebyl v daném případě přiměřený, a proto rozhodl o zamítnutí rozkladu žalobce, který proti tomuto rozhodnutí podal žalobu.

II. Obsah žaloby

Žalobce v úvodu připomněl, že se v daném případě jednalo o veřejnou zakázku s dotací – financovanou z fondu EU (operačního programu ROP NUTS II Střední Morava) a že za vytýkané pochybení mu ze strany poskytovatele dotace hrozí sankčně smluvní odvod poskytnuté dotace, což označil za klíčový důvod pro podání této žaloby. Je totiž přesvědčen, že proběhla efektivní hospodářská soutěž; žalobce obdržel 5 nabídek, což je slušné soutěžní prostředí a žalovaným vytýkané pochybení nelze brát jako pochybení mající vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Přitom poukázal na hypotézu § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jež dle jeho názoru naplněna nebyla, neboť nebylo zdůvodněno, zda zadavatel svým jednáním podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

V této souvislosti též poznamenal, že žádný z uchazečů nepodal námitky, což znamená, že se s nastavením kvalifikačních předpokladů ztotožnili. Jde tedy o věc, kterou by neměl žalovaný řešit z moci úřední, neboť nejde o přímé porušení zákona, nýbrž o otázku posouzení konkrétních ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, jež byl zadavatel ze zákona oprávněn nastavit. O složitosti této otázky navíc svědčí i to, že poskytovatel dotace před uzavřením smlouvy provedl kontrolu předmětné veřejné zakázky se závěrem, že byla zadána v souladu se zákonem. Zadavatel – žalobce – tak v souladu se zásadou legitimního očekávání předpokládal, že tato kontrola, jakož i to, že nikdo nepodal námitky, resp. nedomáhal se přezkumu, je postačující (a nepředpokládal, že by tentýž poskytovatel dotace měl podávat žalovanému podnět).

Ve zbytku žaloby se pak žalobce věnoval především samotným ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům, které nastavil s ohledem na potřeby dané zakázky a které uplatnil vůči všem uchazečům stejně. V tomto kontextu připomněl rozhodovací praxi žalovaného, jakož i judikaturu správních soudů, konkrétně rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 3. 2006, č. j. 31 Ca 118/2005 – 34, který – sice ve vztahu k předchozí právní úpravě, jež však stanovila kvalifikační předpoklady shodně jako § 55 odst. 3 písm. c) zákona o veřejných zakázkách – konstatoval, že jsou-li podmínky nastaveny shodně pro všechny uchazeče, je pojmově vyloučeno o porušení zákazu diskriminace. Dále – a to především – poukázal žalobce na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS, jež připustil, že zadavateli musí být ponechán prostor pro legitimní ekonomickou úvahu vyjádřenou mj. vymezením konkrétních kvalifikačních předpokladů s tím, že: „...shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky“.

Tyto potřeby či parametry předmětné zakázky byly jasně dány, avšak žalovaný z nich vyšel jen zčásti a rozhodl na základě nesprávně zjištěného skutkového stavu věci, jež měl následně vliv i na její právní posouzení. S odkazem na část zadávací dokumentace, resp. smlouvu o dílo totiž žalobce uvedl, že ačkoli celková doba trvání smlouvy byla od 21. 6. 2010 do 31. 10. 2012, tj. cca 29 měsíců, termín dokončení větší části zakázky byl již za cca 4 měsíce – do 31. 10. 2010 (20 stavebních objektů) a za cca 16 měsíců – do 31. 10. 2011 (15 stavebních objektů), nikoli za 29 měsíců – do 31. 10. 2012 (4 stavební objekty). Naproti tomu žalovaný stejně jako správní orgán I. stupně vycházel z toho, že veřejná zakázka jako celek bude realizována ve lhůtě cca 29 měsíců. Z toho následně dovodil skutkové zjištění o patnáctinásobku požadovaného obratu, jež považoval za diskriminační, aniž by tento závěr dále zdůvodnil a uvedl, z jakého důvodu v daném případě je či není diskriminační „desetinásobek či dvacetinásobek, stonásobek apod.“

Podstatné ovšem je, že pokud by postupoval žalovaný správně a spočítal výši požadovaného obratu podle toho, že veřejná zakázka byla plněna po částech, mohl dojít k jinému právnímu závěru ohledně zmíněné diskriminace, a to tím spíše, že výše zadavatelem stanoveného obratu není nikterak omezena (a lze ji i podle konstantní rozhodovací praxe žalovaného nastavit tak, že je vyšší než předpokládaná hodnota veřejné zakázky).

Na základě toho tedy žalobce navrhl, aby krajský zrušil napadené rozhodnutí žalovaného, jakož i jemu předcházející rozhodnutí správního orgánu I. stupně, jež by měl v dalším řízení opětovně provést právní úvahu na základě správných skutkových zjištění.

III. Vyjádření žalovaného

Žalovaný ve vyjádření k obsahu předložené žaloby nejprve poukázal na to, že je povinen rozhodovat podle zjištěného stavu věci. A pokud v daném případě zjistil porušení zákona o veřejných zakázkách, uložil za to žalobci sankci v podobě pokuty, od které nelze upustit pouze z toho důvodu, že jejím dalším následkem bude sankční odvod dotace. Stejně tak nelze akceptovat, že by pochybení žalobce nemohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a to i přes výslednou vysoutěženou cenu ve výši 13 382 867 Kč, jež byla výrazně nižší

než předpokládaná hodnota veřejné zakázky ve výši 24 200 000 Kč. Nelze totiž vyloučit, že pokud by byl předmětný kvalifikační předpoklad přiměřený předmětu veřejné zakázky, pak by se mohlo do soutěže přihlásit více dodavatelů a výsledná cena mohla být ještě nižší, než výše uvedená.

K namítané judikatuře konstatoval žalovaný, že již ve svém rozhodnutí odkazoval na rozsudek Nejvyššího správního soudu pod č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, který podrobně rozvádí pojem skryté diskriminace a ze kterého vyplývá, že ačkoli zadavatel uplatňuje vůči všem uchazečům stejné podmínky, může nepřiměřeně stanovený kvalifikační předpoklad působit vůči některým dodavatelům diskriminačně. A tak tomu podle žalovaného bylo i v nyní projednávaném případě, kdy požadovaný roční obrat uchazeče o veřejnou zakázku, který mnohonásobně přesahoval předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, nelze považovat za přiměřený složitosti a rozsahu veřejné zakázky. Žalovaný sice připustil, že správné nastavení kvalifikace je složité, nicméně je to zadavatel, kdo nese odpovědnost za řádné zpracování zadávací dokumentace a s tím i nastavení kvalifikačních předpokladů.

Toto nastavení nemůže být diskriminační, avšak dle žalovaného tomu tak v daném případě bylo, což také zdůvodnil. Například srovnáním fakturovaných částek v průběhu provádění zakázky a požadovaného obratu, kdy dodavatel za celou dobu provádění předmětné zakázky neměl pohledávku za zadavatelem vyšší než 4 000 000 Kč, přičemž zadavatel požadoval dodavatelův obrat minimálně 150 000 000 Kč. Takto nastavená výše obratu není přiměřeným zajištěním toho, že dodavatel bude schopen zajistit řádně a včas plnění zakázky, a to ani v případě, že mu bude úhrada za poskytnuté plnění placena s větším zpožděním. Takovou pohledávku je schopen unést i dodavatel s nižším ročním obratem než 150 000 000 Kč, aniž by byla ohrožena jeho schopnost dále plnit veřejnou zakázku, příp. aniž by byl závislý na plnění pouze z této zakázky. A nic na tom nemění ani to, že některé části předmětné zakázky musely být dokončeny již do 4 měsíců od podepsání smlouvy. Naopak, plnění dodavatele tak bylo rozloženo do etap, zadavatel postupně hradil faktury, přičemž tyto nebyly hrazeny později než po dvou měsících. Žalovaný proto navrhl podanou žalobu v celém rozsahu zamítnout.

IV. Replika žalobce

K vyjádření žalovaného žalobce zaslal repliku, jejíž obsah navazuje na žalovaného s tím, že rozhodování ve věci správného nastavení kvalifikace je věc složitá. Z tohoto důvodu je třeba klást zvýšený důraz na správně zjištěný skutkový stav a správnost navazujících skutkových zjištění, což se zde nestalo. Některé části veřejné zakázky totiž musely být dokončeny do 4 měsíců, což stejně jako delší doby splatnosti faktur – stanovené zadavatelem mezi 60 až 180 dny z důvodu financování stavby z fondů EU – kladlo větší důraz na ekonomickou a finanční sílu dodavatelů. Žalobce je tedy toho názoru, že kvalifikační předpoklady nastavil sice přísně, ale s ohledem na zvážení všech rizik plnění veřejné zakázky a s ohledem na časový aspekt, který musí brát u veřejných zakázek financovaných z fondů EU v úvahu, v souladu se zákonem.

Současně poukázal na to, že pokud by vzal žalovaný v potaz právě nutnost plnit část veřejné zakázky v termínu do 4 měsíců, byl by požadavek na obrat nepochybně nižší, než jaký

zjistil žalovaný, resp. správní orgán I. stupně. Ten vycházel z patnáctinásobku předpokládané průměrné hodnoty veřejné zakázky odpovídající jednomu roku jejího plnění, nicméně při řádných skutkových zjištěních mohl tento závěr vyjít např. v rozsahu osmi až desetinásobku, příp. ještě nižší. A to je dle žalobce hranice, která plně odpovídá hranici, kterou žalovaný ve své rozhodovací praxi vzal za přijatelnou; viz rozhodnutí pod sp. zn. S 127/2010 a R 24/2010, v nichž se sice jednalo o požadavek na počet pracovníků, ale princip je stejný jako u požadavku na obrát:

- v prvním případě zadavatel požadoval v rámci kvalifikace, aby dodavatel měl k dispozici alespoň 500 zaměstnanců a nejméně 60 vedoucích zaměstnanců v každém z posledních tří let, byť nutný počet pracovníků pro veřejnou zakázku byl cca 50 pracovníků a 12 vedoucích pracovníků;
- ve druhém případě byl šetřen postup zadavatele s tím, že se v měsíčním průměru mělo na stavbě podílet 134 dělníků 23 vedoucích pracovníků, přičemž pro splnění kvalifikace byl stanoven požadavek na počet zaměstnanců ve výši minimálně 800 zaměstnanců a 100 vedoucích pracovníků.

V. Jednání

Jednání bylo nařízeno na den 26. 5. 2014, přičemž přípisem ze dne 20. 5. 2014 žalobce navrhl napadené rozhodnutí zrušit pro vady řízení bez jednání s tím, že se omlouvá za případné problémy a navrhuje přihlídnout ke všem vyjádřením doručeným krajskému soudu, které by při jednání de facto opakoval. Posléze – dne 26. 5. 2014 ještě před samotným jednáním v podstatě totéž potvrdil i telefonicky a z jednání se omluvil.

Po zahájení jednání, které proběhlo bez účasti žalobce, krajský soud konstatoval podstatný obsah spisů, zejména napadeného rozhodnutí, žaloby a vyjádření žalovaného. Žalovaný setrval ve svém přednesu i závěrečném návrhu na svém stanovisku s tím, že vysoutěžená cena byla nakonec ještě o 11 000 000 Kč nižší, čímž se tedy nepoměr vůči požadovanému obrátu ještě více zvyšuje. A totéž platí, pokud jde o rozdělení celé zakázky na tři části, z něhož je vidět, že realizace byla postupná a tudíž ani zatížení dodavatele, vč. potřeby plateb, nebylo takové. Současně žalovaný poukázal na to, že žalobce v žalobě své pochybení de facto připustil a že mu jde především o vrácení, resp. nevrácení poskytnuté dotace. Dále připomněl to, jakým způsobem bylo v daném případě fakturováno – nejpozději po třech měsících a nejvýše 4 000 000 Kč, což je neporovnatelné s obrátem, který byl žalobcem požadován. V důsledku toho tedy došlo ke skryté diskriminaci menších dodavatelů. A nic na tom nemění ani odkazy na rozhodovací praxi žalovaného, jež ve své praxi původně zastával poněkud jiný přístup; navíc se nejednalo o ekonomické, ale technické kvalifikační předpoklady. V závěru pak ještě žalovaný poznamenal, že žalobce není aktivně legitimován ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí, který se ho nijak netýká (jde o zamítnutí rozkladu vybraného uchazeče, který ani po výzvě nedoplnil požadované náležitosti rozkladu).

Žalovaný žádné důkazy nenavrhl. K důkazu tak byla krajským soudem čtena toliko část smlouvy o dílo č. I/8/2010/389 – konkrétně strany 7 a 8, které předložil žalobce k žalobě a které nebyly založeny ve správním spise; zde byly jen některé strany této smlouvy – viz dále.

VI. Podmínky řízení před krajským soudem

Před samotným meritorním posouzením věci krajský soud pouze v krátkosti – i v návaznosti na vyjádření žalovaného na jednání dne 26. 5. 2014 – konstatuje, že se zabýval splněním podmínek řízení, a to především tím, zda je žalobce aktivně procesně legitimován k podání žaloby proti rozhodnutí žalovaného jako celku, přičemž dospěl k názoru, že tomu tak není.

Jak již bylo naznačeno výše – v rámci vymezení věci – napadené rozhodnutí žalovaného se skládá ze dvou výroků a lze tedy říci, že materiálně se jedná o dvě rozhodnutí s tím, že každé se vztahuje k jinému rozkladu. Výrokem I. byl zamítnut rozklad úspěšného uchazeče, a to z procesních důvodů poté, co svůj rozklad ani po výzvě žalovaného nedoplnil a tento nesplňoval zákonné požadavky kladené na jeho přípustnost. Z toho je tedy zjevná nemožnost zkrácení práv žalobce, který si v dané věci sám podal rozklad, o němž bylo rozhodnuto ve výroku II. Ostatně žalobce ani žádnou možnost dotčení svých práv, resp. právní sféry ve vztahu k výroku I. netvrdil. Napadl sice rozhodnutí jako celek, nicméně veškeré své argumenty upíral směrem k výroku II., tj. k věcnému posouzení rozkladu, nikoli k procesnímu zamítnutí rozkladu pro jeho nepřípustnost.

Za dané situace proto nelze než konstatovat nedostatek aktivní procesní legitimace žalobce ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí, neboť pořád platí, že procesně je k podání žaloby legitimován ten, kdo má způsobilost být účastníkem řízení a tvrdí, že došlo ke zkrácení jeho práv či právní sféry; srov. zejm. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 3. 2008, č. j. 8 As 46/2007 – 98, či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 9. 2005, 4 As 50/2004 – 59, publ. pod č. 1043/2007 Sb. NSS.

Na základě toho tedy krajský soud přistoupil podle § 46 odst. 1 písm. c) ve spojení s § 68 písm. e) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“) k odmítnutí žaloby proti napadenému rozhodnutí v části výroku I. s tím, že žaloba byla podána osobou k tomu zjevně neoprávněnou.

VII. Posouzení věci krajským soudem

Napadené rozhodnutí žalovaného v části výroku II. pak krajský soud přezkoumal v řízení podle části třetí, hlavy II, dílu 1, § 65 a násl. 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 správního orgánu, přičemž dospěl k závěru, že žaloba je důvodná.

Podstatou projednávané věci bylo posouzení postupu žalovaného, resp. správního orgánu I. stupně, který uložil žalobci pokutu za spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jež spočívá v tom, že zadavatel „*nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku*“. Zmíněné nedodržení zákonem stanoveného postupu přitom mělo spočívat ve způsobu nastavení jednoho

z ekonomických a finančních předpokladů, a sice: údaje o celkovém obratu dodavatele [dle § 55 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách], jež neodpovídalo požadavkům v § 55 odst. 3 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, podle něhož: „*ve vztahu k ekonomickým a finančním 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 veřejné zakázky*“.

Z uvedené právní úpravy je zřejmé, že rozhodl-li se žalobce v pozici zadavatele, že za účelem prokázání ekonomických a finančních předpokladů bude požadovat údaj o celkovém obratu dodavatele (za poslední tři účetní období), musel současně stanovit i jeho minimální výši. To znamená, že žalobce musel stanovit určitý limit, jehož nesplnění dodavatelem znamenal jeho diskvalifikaci z další účasti v zadávacím řízení. A v tom tkví podstata celého sporu, jehož vyřešení stojí na zodpovězení otázky, zda žalobce jako zadavatel tento limit nastavil či nenastavil tak, že zbytečně diskvalifikoval a ve výsledku skrytě diskriminoval některé z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byly k plnění předmětu veřejné zakázky způsobilými. Pro zodpovězení této otázky je přitom podstatné a určující především to, o jakou veřejnou zakázku se jedná, tj. konkrétní skutkové okolnosti té které veřejné zakázky. Ostatně i samotné ustanovení § 55 odst. 3 písm. c) zákona o veřejných zakázkách hovoří o tom, že onen minimální limit musí být odpovídající – druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.

V daném případě bylo předmětem veřejné zakázky provedení stavebních prací v podobě napojení hospodářských sjezdů a místních komunikací na silnici II/487, výstavby chodníků, zpevnění ploch, nástupišť autobusových zastávek a osvětlení přechodů; v podrobnostech viz čl. 16 zadávací dokumentace, v němž byly předmětné stavební práce podle projektu podrobně členěny na celkem 39 položek označených SO, vč. číselného kódu, a to od položky „SO 103.1.1. – HOSPODÁŘSKÉ SJEZDY UZL. ÚS. 14 – STAVEBNÍ ÚPRAVA“ až po položku „SO 422 – PŘELOŽKA KABELU VO VELKÉ KARLOVCICE, UZL. ÚSEK č. 14, č. 16“. Toto vnitřní rozdělení a specifikace celé zakázky pak našlo odraz dále v čl. 18 zadávací dokumentace, v němž byla upravena lhůta a místo plnění. Jako místo plnění bylo určeno: Velké Karlovice a jako předpokládaná doba zahájení plnění: 1. 6. 2010 s rozdělením na dílčí plnění dle harmonogramu postupu prací, podle kterého byl termín dokončení:

- do 31. 10. 2010 s ohledem na dobu realizace cyklostezky a poz. komunikace II/487, celkem 20 položek SO;
- do 31. 10. 2011, celkem 15 položek SO a
- do 31. 10. 2012, zbývající 4 položky SO patřící do nezpůsobilých výdajů.

Výše uvedenému v zásadě odpovídá i následně uzavřená smlouva o dílo s vítězným uchazečem (společností POZIMOS, a. s.) pod č. I/8/2010/389, str. 7 a 8, bod III. označený jako doba a místo plnění, v němž je již stanoven přesný termín zahájení doby plnění a předání stanoviště: 21. 6. 2010, tj. o jedenadvacet dní později než se předpokládalo. Nicméně je nepochybné, že se jednalo o veřejnou zakázku, jejímž předmětem byly stavební práce, přičemž tyto neměly jednotný termín plnění. Naopak stavební práce byly rozděleny do tří etap s tím, že většina měla být realizována v termínu cca 4 měsíců (20 položek SO), resp. 16 měsíců (15 položek SO), nikoli v termínu cca 29 měsíců (toliko 4 položky SO), jak namítl žalobce a jak bylo posléze prokázáno i při jednání doplněním dokazování (neboť

v předloženém správním spise sice byla textová část zadávací dokumentace, ale chyběla celá smlouva o dílo, která zde byla jen zčásti – str. 1, 2, 3, 7, 9, a 27).

Lze proto konstatovat, že vycházel-li žalovaný z doby trvání veřejné zakázky v délce 29 měsíců, vycházel z nesprávně zjištěného skutkového stavu věci, neboť tento byl zjevně jiný a jiný tedy měl být i závěr ohledně toho, kolikanásobně překračuje průměrnou hodnotu veřejné zakázky (odpovídající jednomu roku plnění) požadovaný minimální obrat dodavatele.

Údaj o minimálním obratu dodavatele je jedním tzv. ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů používaných s cílem zajištění ekonomicky stabilního partnera způsobilého řádně a včas splnit předmět veřejné zakázky. Nepřiměřeně přísné nastavení tohoto kvalifikačního předpokladu však v praxi bylo ze strany zadavatelů nezdědka zneužíváno k vytváření určitého filtru, jehož prostřednictvím pak docházelo k jakési předběžné (a mnohdy i účelové) selekci v úvahu přicházejících dodavatelů, aniž by to bylo odůvodněno povahou dotčené veřejné zakázky. Ostatně to také bylo hlavním důvodem pro koncepční změnu a zrušení celého § 55 zákona o veřejných zakázkách, a to novelou provedenou zákonem č. 55/2012 Sb., s účinností od 1. 4. 2012; viz sněmovní tisk č. 370/, část č. 2/4, 6. volební období 2010 – 2013, digitální repozitář, www.psp.cz, jež ve zvláštní části důvodové zprávy k vládnímu návrhu zmíněného zákona konstatuje mj., že: „...zadavatelé tuto část kvalifikace zneužívali k diskriminačním požadavkům na dodavatele“.

Požadavek na minimální obrat tak mohl být sofistikovaným prostředkem pro zvýhodnění některých dodavatelů na úkor ostatních, kteří sice stanovený limit nesplňují, ale přesto by byli schopni veřejnou zakázku zdárně realizovat. V praxi proto bylo potřeba vždy důsledně a obezřetně uvážit výši limitu pro stanovení minimálního obratu tak, aby nebyl diskriminační a nevyloučil podstatnou většinu uchazečů na straně jedné a na straně druhé zase zajistil či garantoval, že předmět veřejné zakázky bude bez problémů plněn. Tato úvaha přitom byla zadavatelem činěna ad hoc vždy v závislosti na konkrétní veřejné zakázce, přičemž pokud požadavek zadavatele na roční obrat dodavatele přesahoval předpokládanou cenu veřejné zakázky za dané období, neznamená to nutně, že se jednalo o požadavek nepřiměřený. Je totiž zřejmé, že pokud by dodavatel dosahoval obratu menšího než je předpokládaná cena veřejné zakázky, pak lze tvrdit, že takový dodavatel by musel použít veškeré své prostředky k plnění jedné veřejné zakázky, čímž by se dostal do ekonomické závislosti na jednom zdroji příjmů a plnění veřejné zakázky by tak mohlo být ohroženo.

V daném případě žalobce jako zadavatel nastavil požadavek minimálního ročního obratu na 150 000 000 Kč, přičemž předpokládaná cena veřejné zakázky byla 24 200 000 Kč s dobou plnění podrobně rozfázovanou na cca 4, 16 a 29 měsíců, což ovšem žalovaný potažmo správní orgán I. stupně nerespektoval. Ten učinil propočtení vycházející toliko z toho, že doba trvání veřejné zakázky je 29 měsíců, což činí předpokládaný průměrný roční výdaj zadavatele 10 013 793 Kč, tzn., že zadavatelem požadovaný obrat je patnáctinásobně vyšší. K argumentaci zadavatele, že převážná část zakázky měla být plněna a také proplacena v podstatně kratší době – v letech 2010 a 2011, pak korigoval své závěry tak, že: „... i za předpokladu, že by celé dílo bylo realizováno a proplaceno do konce roku 2011, činila by doba trvání veřejné zakázky 19 měsíců a průměrný předpokládaný roční výdaj zadavatele by pak představoval částku 15 284 211 Kč bez DPH. Zadavatelem požadovaný

obrat by v takovém případě byl cca 10x vyšší, než průměrná předpokládaná hodnota veřejné zakázky odpovídající jednomu roku jejího plnění“; viz odůvodnění rozhodnutí správního orgánu I. stupně, bod 26.

Následně správní orgán I. stupně – bez bližšího určení – uzavřel, že zadavatel požadoval výši ročního obratu 10x až 15x vyšší než průměrná předpokládaná hodnota veřejné zakázky odpovídající jednomu roku jejího plnění, což označil za neopodstatněné, tedy neúměrné předmětu a podmínkám dané veřejné zakázky. Načež žalovaný tuto korekci a stanovení rozmezí 10 až 15 násobku předpokládané průměrné hodnoty veřejné zakázky vůbec nezaznamenal a v napadeném rozhodnutí uvedl následující: „*Požadavek zadavatele na roční obrat uchazeče, který předpokládanou hodnotu veřejné zakázky přesahuje patnáctkrát, nelze v tomto případě označit za přiměřený“*; viz odůvodnění rozhodnutí žalovaného, bod 25.

Z uvedeného je tedy zřejmé, že žalovaný v daném případě postupoval zjednodušeně až mechanicky, což nelze akceptovat. Již z pouhého rozdělení veřejné zakázky na jednotlivé etapy s tím, že její těžiště, co se týče realizace většiny stavebních prací, padá jednoznačně do období prvních 4, resp. 16 měsíců, je totiž jasné, že – při zachování nastaveného způsobu výpočtu – se ve výsledku jednalo o nižší, než výše uvedené (10 až 15 násobné) překročení předpokládané průměrné hodnoty veřejné zakázky (za jeden rok jejího plnění).

Jinými slovy, je nepochybné, že žalobcem stanovená výše minimálního obratu přesáhla předpokládanou průměrnou hodnotu veřejné zakázky v míře menší, než vypočetl a tvrdil žalovaný správní orgán. Ten sice ve svém vyjádření k žalobě uvedl, že rozdělení zakázky a povinnost dokončení její části již do 4 měsíců od podepsání smlouvy nic nemění na jeho závěrech. Nicméně nijak blíže neosvětlil, proč tomu tak je, nehledě na to, že tuto svoji argumentaci měl vtělit především do odůvodnění svého rozhodnutí tak, aby byla správním soudem přezkoumatelná. Platí totiž, že správní orgán je povinen své rozhodnutí opatřit řádným odůvodněním, jenž nelze nahradit až následně ve vyjádření k žalobě; srov. např. rozsudek ze dne 18. 9. 2003, č. j. 1 A 629/2002 – 25, publikovaný pod č. 73/2004 Sb. NSS.

Totéž lze v podstatě vztáhnout i pro vyjádření žalovaného v rámci jednání před krajským soudem, jehož úlohou není „doodůvodňovat“ rozhodnutí správního orgánu a vysvětlovat, proč správní orgán rozhodl tak, jak rozhodl. Toto musí být bez dalšího patrné již ze samotného rozhodnutí správního orgánu, resp. jeho odůvodnění, které musí stát na pevných právních závěrech podložených správními skutkovými zjištěními, což se ovšem v daném případě nestalo, neboť žalovaný potažmo správní orgán I. stupně s podrobným rozdělením zakázky a zejména s jejím částečným plněním ve lhůtě 4 měsíců ve svých úvahách vůbec nepracoval – v podrobnostech viz výše.

Tato skutečnost pak nepochybně ovlivnila i výpočet, ze kterého žalovaný vycházel a který je neudržitelný, což nepochybně mohlo mít vliv i na naplnění samotné skutkové podstaty správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. V souzené věci nelze pominout, že se jedná o správní trestání, jehož primárním předpokladem je naplnění formálních znaků skutkové podstaty daného deliktu, jež předpokládá, že zadavatel (vedle toho, že již uzavřel smlouvu):

- 1) nedodržel postup stanovený zákonem o veřejných zakázkách a tím

2) podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

K ad 1) je přitom nutno poukázat nejen na shora rozebranou potřebu úplného skutkového zjištění stavu věci a jeho správné vyhodnocení, ale ve shodě s žalobcem i na dosavadní správní praxi při posuzování požadavku zadavatele ohledně údaje o celkovém obratu dodavatele. K této je též třeba přihlédnout a zajistit, aby při posuzování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly (§ 2 odst. 4 správního řádu). Převezeno na nyní projednávanou věc to znamená, že nelze, aby požadavek zadavatele na roční obrat uchazeče, který předpokládanou cenu veřejné zakázky přesahuje v podobném rozsahu (byť několikanásobně), byl jednou akceptován a jindy označen za nepřiměřený. Žalobce v tomto ohledu dokonce poukázal na některá konkrétní rozhodnutí žalovaného – pod sp. zn. S 127/2010 a R 24/2010. Jde sice o rozhodnutí, která se týkají jiných kvalifikačních předpokladů, jak uvedl žalovaný, nicméně i ty mohou být jistým vodítkem, jakkoli by jistě bylo přiléhavější znát aplikační praxi přímo ve vztahu k posuzovanému kvalifikačnímu předpokladu, tj. údaje o minimální výši obratu.

K ad 2) je potřeba – již jen pro úplnost – poznamenat, že samotné nedodržení postupu podle zákona nestačí, ale je nezbytné, aby nastal též zákonem předpokládaný následek spočívající v tom, že byl nebo mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, a to podstatným způsobem. Nejde tedy o jakékoli ovlivnění, nýbrž o ovlivnění podstatné, což žalovaný, resp. správní orgán I. stupně zmiňuje i ve výroku svého rozhodnutí. V odůvodnění však k tomu pouze stručně konstatuje, že v případě dodržení zákonem stanoveného postupu a úrovně kvalifikačního předpokladu žalobce: „... *mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, přičemž nelze vyloučit, že by některá z těchto nabídek byla ekonomicky výhodnější*“. Skutečnost, že by žalobce svým postupem podstatně poškodil soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli ovšem nijak nerozvádí a naprosto tak pomíjí intenzitu dopadů, které jednání žalobce přisuzuje. Z odůvodnění není jasné, že by žalobce požadovaným limitem obratu vyloučil podstatnou většinu uchazečů; touto skutečností se žalovaný vůbec nezabýval, ačkoli ze spisu je patrné zachování solidního soutěžního prostředí (zadávací dokumentace byla vydána deseti subjektům a pět subjektů podalo nabídku).

VIII. Shrnutí a závěr

S odkazem na vše shora uvedené lze shrnout, že žalobce nebyl aktivně procesně legitimován k podání žaloby proti napadenému rozhodnutí v části výroku I., a proto krajský soud v této části žalobu odmítl dle § 46 odst. 1 písm. c) ve spojení s § 68 písm. e) s. ř. s.

Ve zbytku pak podanou žalobu věcně projednal a dospěl k závěru, že žalovaný pochybil, pokud zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí správního orgánu I. stupně, který konstatoval porušení zákona při stanovení jednoho z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů [§ 55 odst. 1 písm. c) ve spojení s odst. 3 písm. c) zákona o veřejných zakázkách], aniž by tak však učinil seriózně a v souladu se skutkovým stavem věci, což mohlo ovlivnit i samotné naplnění skutkové podstaty správního deliktu, kterého se měl žalobce dopustit, vč. uložené výše pokuty [§ 120 odst. 1 písm. a) ve spojení s odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách].

Krajský soud proto podle § 78 odst. 1 s. ř. s. zrušil napadené rozhodnutí v části výroku II. pro vady řízení a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení; v něm je žalovaný v souladu s § 78 odst. 5 s. ř. s. vázán právním názorem krajského soudu vysloveným v tomto zrušovacím rozsudku.

Pro další řízení tak bude podstatné především nové posouzení žalobcem požadovaného obratu a teprve v případě, že i poté dojde žalovaný k závěru, že minimální výše obratu nebyla přiměřená a odpovídající předmětu veřejné zakázky, zváží žalovaný, zda tím skutečně došlo ke spáchání správního deliktu. Při posouzení a úvaze ohledně požadovaného obratu přitom bude nutno vyjít mj. i z toho, že celá veřejná zakázka byla rozdělena na tři etapy a většina stavebních prací měla být hotova v prvních dvou etapách. Naproti tomu fakticita v podobě toho, kdy a jak bylo nakonec plněno a fakturováno, vč. toho, jaká byla nakonec výsledná vysoutěžená cena, by na posouzení postupu žalobce – zadavatele – neměla mít nějaký zásadní vliv. Jednání žalobce – a to zda jde o jednání deliktní či nikoli – je nutno posuzovat k okamžiku, kdy zadavatel zakázku zadával, nikoli k následnému období, kdy již byla zakázka plněna či splněna a kdy některé původní (a mnohdy i racionální) předpoklady nemusí být naplněny nebo mohou být poněkud posunuty. Nehledě na to, že naznačenou fakticitu lze interpretovat velmi rozdílně, jak se ostatně stalo i v nyní posuzované věci; viz odůvodnění napadeného rozhodnutí žalovaného, bod 27., z něhož je patrné, že fakturované částky, jakož i lhůty, ve kterých byly tyto částky hrazeny, považuje žalobce jako argument pro to, že stanovený kvalifikační předpoklad byl oprávněný, zatímco žalovaný z toho dovozuje naprostý opak.

IX. Náklady řízení

O náhradě nákladů řízení krajský soud rozhodl dle § 60 odst. 1 s. ř. s., neboť žalobce měl ve věci úspěch, a přísluší mu proto právo na náhradu nákladů řízení před krajským soudem, které důvodně vynaložil proti žalovanému, která ve věci úspěch neměl.

Za účelně vynaložené náklady vzal krajský soud zaplacený soudní poplatek ve výši 3 000 Kč a dále mimosmluvní odměnu zástupce žalobce za tři úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení, písemné podání žaloby a repliky) po 2 100 Kč podle § 7, 9 odst. 3 písm. f) 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 ve výši 7 200 Kč, celkem tedy 10 200 Kč. Tuto částku je žalovaný povinen zaplatit žalobci k rukám jeho zástupce do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

P o u č e 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 2. 6. 2014

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu