



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedy Milana Taubera, soudce Vadima Hlavatého a soudkyně Pavly Klusáčkové ve věci

žalobce: **Město Šumperk**, IČ: 00303461
sídlem náměstí Míru 364/1, Šumperk

proti

žalovanému: **Ministerstvo pro místní rozvoj**
se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, Praha 1

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 27. 4. 2020, č. j. MMR-21929/2020-26,

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Základ sporu

1. Žalobce se podanou žalobou domáhal přezkoumání a zrušení v záhlaví uvedeného rozhodnutí, kterým byly podle § 14e odst. 2 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových

Shodu s prvopisem potvrzuje:

pravidlech a o změně některých souvisejících zákonu (dále jen „zákon o rozpočtových pravidlech“), zamítnuty námitky žalobce a bylo potvrzeno opatření Centra pro regionální rozvoj České republiky (dále jen „centrum“) ze dne 29. 1. 2020, reg. č. CT.06.1.37/0.0/0.0/17_100/0006517 (dále jen „opatření“), kterým nebyla podle § 14e zákona o rozpočtových pravidlech vyplacena část dotace ve výši 5 % z částky poskytnuté podpory na dotčenou zakázku, konkrétně částka 774 103,81 Kč, a to z důvodu porušení podmínek dotace – nedodržení postupu zadávání veřejných zakázek podle bodu 9. přílohy č. 5 Obecných pravidel pro žadatele a příjemce účinných k datu stanovení finanční opravy, vydání 1.13 (dále jen „příloha č. 5 obecných pravidel“).

2. V odůvodnění napadeného rozhodnutí žalovaný vyšel ze zjištění, že žalobce při zadávání podlimitní veřejné zakázky v otevřeném řízení podle § 56 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), s názvem „Přestupní terminál Šumperk“, druh veřejné zakázky: stavební práce, evidenční číslo Z2019-001516, datum zahájení 14. 1. 2019 (dále jen „veřejná zakázka“), postupoval v rozporu s § 83 odst. 1 ZZVZ ve spojení s § 6 odst. 2 ZZVZ, když v zadávacích podmínkách veřejné zakázky vyloučil možnost prokázat ekonomickou kvalifikaci podle § 78 ZZVZ prostřednictvím jiné osoby, čímž žalobce mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II. Obsah žaloby

3. Žalobce v podané žalobě namítal nedostatečné skutkové zjištění učiněné žalovaným, nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí pro nepřesvědčivé odůvodnění a nevypořádání se s námitkami žalobce, a dále nesprávné právní posouzení. Žalobce navrhl provést důkazy správním spisem, výsledkem účastníků (v případě ústního jednání, na kterém žalobce netrval), důkazy uplatněnými v odvolání a podklady k zadávání veřejné zakázky.
4. V prvním žalobním bodě žalobce poukázal na to, že omezení prokázání ekonomické způsobilosti osobou poddodavatele bylo známo již v okamžiku vyhlášení veřejné zakázky, na základě čehož měli všichni dodavatelé stejné podmínky, přičemž nebylo nastaveno na maximální možnou hodnotu. Navíc žalobce neomezil prokázání ekonomické způsobilosti jinou osobou. Tímto postupem nemohlo podle žalobce dojít k nepřímé diskriminaci, neboť menší dodavatelé měli možnost podat nabídku ve sdružení. Ve smlouvě o dílo měl žalobce vyvážit rizika spojená s kritickým termínem výstavby prostřednictvím předložení bankovních záruk a sankčních ustanovení. Podmínka pojistné smlouvy byla stanovena až pro vítězného dodavatele, aby nebyli dodavatelé omezeni při podávání nabídek. Smyslem nastavení ekonomické způsobilosti bylo zvýšení pravděpodobnosti řádného splnění veřejné zakázky. V průběhu otevřeného řízení žalobce zodpověděl všechny dotazy dodavatelů v souladu s § 6 ZZVZ. Žalobce obdržel celkem čtyři nabídky, z nichž všechny splňovaly podmínky. Na základě uvedeného žalobce nesouhlasil s tím, že stanovil podmínky ekonomické kvalifikace tak, že byly nepřímo diskriminační.
5. Ve druhém žalobním bodě žalobce namítal, že v opatření centrum použilo formulaci, že oprávnění dodavatele prokázat určitou část kvalifikace prostřednictvím jiné osoby je možné limitovat „pouze ve výjimečných případech“, když tento termín nebyl podle žalobce nijak konkretizován.
6. Žalobce odkázal na obsah vyjádření Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. 7. 2019, sp. zn. S0342/2018, podle kterého účelem poddodavatelského omezení podle § 150

Shodu s prvopisem potvrzuje:

odst. 2 ZZVZ je získat zvýšenou kontrolu a dohled nad zásadními částmi plnění veřejné zakázky, přičemž významnými činnostmi jsou takové činnosti, které nemůže plnit jakýkoli dodavatel působící v konkrétním oboru.

7. Žalobce se domníval, že závěr centra o nemožnosti omezení poddodavatelského plnění ekonomické kvalifikace je pouhým názorem centra a není podložen zákonným výkladem nebo výkladovou praxí. Uvedl, že pro veřejnou zakázku je zásadní ekonomická stabilita dodavatele, a to jak pro její rozsah stavebních prací, tak i časový harmonogram. Podle žalobce zákon výslovně umožňuje omezit poddodavatelství.
8. Ve třetím žalobním bodě žalobce nesouhlasil s tvrzením žalovaného, že přiznal omezení dodavatelů. Při určení dodavatele se žalobce řídil § 5 ZZVZ, který za dodavatele označuje jak samostatné osoby, tak i více těchto osob společně, přičemž mezi těmito dodavateli nebylo v zadávacích podmínkách rozlišováno.
9. Citace žalobcova vysvětlení zadávacích podmínek č. 2 a 10 měla být zavádějící, neboť nikde nebyl uveden zákaz prokázání ekonomické kvalifikace prostřednictvím jiné osoby ve smyslu § 83 ZZVZ.
10. Ve čtvrtém žalobním bodě žalobce rozporoval možnost aplikace závěrů plynoucích z rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže z roku 2012, neboť od roku 2016 byla účinná nová právní úprava ve formě ZZVZ, která upravuje odlišně podmínky prokázání kvalifikačních předpokladů a omezení poddodavatelského plnění.
11. Žalobce upozornil, že pro nesplnění kvalifikačních předpokladů nebyla žádná nabídka vyloučena. Jako spekulativní označil tvrzení centra, že v případě absence omezení mohlo být podáno více nabídek, přičemž některá z nich mohla být vhodnější.
12. Žalobce si byl vědom, že mohl použít možnost uvedenou v § 83 odst. 3 ZZVZ, ale nebylo to jeho povinností. Naopak využil zákonnou možnost omezit poddodavatelské plnění.
13. V pátém žalobním bodě žalobce poukázal na rozpor mezi závěry uvedenými v opatření, podle kterých nebylo identifikováno přímé ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, pochybení bylo pouze v teoretické rovině a hospodářská soutěž proběhla v přiměřeném rozsahu, a obsahem části „právního posouzení“ opatření.
14. Žalobce obecně tvrdil, že centrum napadený „ekonomický kvalifikační předpoklad“ mělo u jiných veřejných zakázek schválit, přičemž nestanovilo žádnou finanční opravu.
15. Obecně žalobce také poukázal na nedostatečné vypořádání námitek žalobce žalovaným v napadeném rozhodnutí.

III. Vyjádření žalovaného k podané žalobě

16. Ve vyjádření k podané žalobě žalovaný navrhl, aby soud žalobu pro nedůvodnost zamítl.
17. Žalovaný úvodem uvedl, že sporný požadavek zadávacích podmínek nebyl formulován jednoznačně, o čemž svědčily i žádosti o objasnění. Stejně jako centrum žalovaný tento požadavek vykládal tak, že ekonomickou kvalifikaci nebylo možné prokázat prostřednictvím poddodavatele tak, jak bylo vysvětleno žalobcem ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 10 ze dne 13. 3. 2019.
18. Pokud žalobce tvrdil, že omezením prokázání ekonomické kvalifikace poddodavatelem nebyla omezena možnost prokázat tuto kvalifikaci třetí osobou, pak žalovaný poukázal na to, že poddodavatel je součástí množiny třetích osob a v praxi právě touto třetí osobou

Shodu s prvopisem potvrzuje:

bývá. Zákonné omezení prokázání kvalifikace poddodavatelem, resp. třetí osobou se však vztahuje pouze na případy podle § 105 odst. 2 ZZVZ. Tomuto omezení musí předcházet vymezení „významné činnosti“, ke které se požadovaná kvalifikace vztahuje. Takovou kvalifikací však nemůže být ekonomická kvalifikace, neboť ta se ze své podstaty neváže přímo na žádnou konkrétní činnost. Argumentace dodatečným vyvážením rizik prostřednictvím bankovních záruk a sankčních ustanovení nemá vliv na posouzení nezákonného omezení prokazování ekonomické kvalifikace.

19. Žalovaný odmítl tvrzení, že svým jednáním žalobce nikoho neomezil. Žalovaný poukázal na to, že žalobce omezil účast těch dodavatelů, kteří nejsou sami, bez využití třetí osoby podle § 83 ZZVZ, schopni prokázat splnění ekonomické kvalifikace, čímž došlo k jejich nepřímé diskriminaci. Pokud by k tomuto nedošlo, nelze vyloučit, že by nabídku podalo více dodavatelů a mezi nimi mohla být nabídka vhodnější. Žalovaný v otázce nepřímé diskriminace odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č.j. 1 Afs 20/2008 – 152. Skutečnost, že žalobce zodpověděl všechny dotazy dodavatelů, není pro posouzení věci relevantní.
20. Pokud žalobce tvrdil, že k nepřímé diskriminaci nemohlo dojít, když menší dodavatelé mohli podat nabídku společně, pak žalovaný poukázal na skutečnost, že takový postup je právem, nikoli povinností dodavatelů. Není vyloučeno, že takový postup by pro dodavatele nebyl možný, případně ekonomicky výhodný, a proto se rozhodne nabídku nepodat.
21. Pokud se jednalo o údajně nekonkretizované použití neurčitého pojmu „výjimečné případy“, pak žalovaný upozornil, že centrum obsáhle vyložilo možnost omezení prokazování určité části kvalifikace prostřednictvím jiné osoby podle § 105 odst. 2 ZZVZ. Použitím tohoto neurčitého pojmu bylo zjevně odkazováno na neurčitý právní pojem „významné činnosti při plnění veřejné zakázky určené zadavatelem“ uvedený v § 105 odst. 2 ZZVZ, který umožňuje zadavateli stanovit okruh činností, které mají být plněny přímo dodavatelem a nikoli třetí osobou. Dle výkladové praxe ty části kvalifikace, které jsou přímo navázány na tyto významné činnosti, nemohou být prokazovány prostřednictvím třetí osoby. Ekonomická kvalifikace se však přímo neváže na žádnou činnost, slouží pouze k ujištění zadavatele, že dodavatel je dostatečně ekonomicky silný pro splnění předmětu veřejné zakázky. Takové ujištění je však schopen poskytnout i poddodavatel, a to s ohledem na možnost vymínění společné a nerozdílné odpovědnosti dodavatele a poddodavatele ve smyslu § 83 odst. 3 ZZVZ.
22. Žalobce vytrhl z kontextu závěry rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. 7. 2019, č.j. S0342/2018. Jako významné činnosti zde byly uvedeny takové činnosti, které nemůže činit jakýkoli dodavatel působící v konkrétním oboru, ale pouze takový, který je vysoce kvalifikovaným odborníkem se speciální kvalifikací, zkušenostmi a schopnostmi, přičemž zadavatel musí být schopen zdůvodnit, proč je vyhrazená část plnění veřejné zakázky natolik důležitá, aby k ní stanovil omezení podle § 105 odst. 2 ZZVZ. Není rozhodující, že významné činnosti nebyly v zadávacích podmínkách žalobcem definovány, neboť prokázání ekonomické kvalifikace se ze své podstaty nepojí s žádnou konkrétní činností.
23. Argumentaci žalobce, že jako dodavatele posuzoval okruh osob definovaných podle § 5 ZZVZ, považoval žalovaný za nesrozumitelnou. Postup podle § 83 odst. 2 ZZVZ se

Shodu s prvopisem potvrzuje:

uplatní shodně na případy, kdy dodavatelem je jediná osoba, i na případy, kdy dodavatelem je více osob společně.

24. Pokud žalobce tvrdil, že citace z vysvětlení zadávacích podmínek č. 2 a 10 byla zavádějící, pak není zřejmé, z čeho tak dovozoval. I v samotné žalobě žalobce uvádí, že omezil možnost prokazovat ekonomickou kvalifikaci poddodavatelům, neboť ti spadají do množiny třetích osob ve smyslu § 83 odst. 2 ZZVZ.
25. Žalovaný uvedl, že sice došlo ke změně právní úpravy, avšak závěry rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. 10. 2012, č.j. ÚOHS-S12,250/2012/VZ-18911/2012/523/DŘ, lze plně aplikovat i nyní, neboť textace § 105 odst. 2 ZZVZ je ekvivalentem § 44 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a § 83 odst. 1 ZZVZ je ekvivalentem § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný dále odkázal na komentářovou literaturu k ZZVZ. Žalobce svou argumentaci o vývoji výkladové praxe nikterak nespécifikoval.
26. Pro posouzení věci je zásadní, že došlo k porušení ZZVZ, v jehož důsledku mohlo dojít k nepodání nabídek některými dodavateli, kteří by v případě dodržení ZZVZ nabídky podali. Tato situace plně postačovala k tomu, aby bylo rozhodnuto o nevyplacení části dotace. Pokud se jedná o pouhý potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky, žalovaný poukázal na to, že centrum vycházelo z dosavadní rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a správních soudů, podle kterých postačuje možnost vlivu na výběr nejvhodnější nabídky spočívajícího ve skutečnosti, že v případě postupu v souladu se ZZVZ nebylo vyloučeno podání jiných, potenciálně vhodnějších, nabídek. Podle přílohy č. 5 obecných pravidel nelze od finanční opravy upustit, pokud pochybení zadavatele mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
27. V obsahu opatření centrum shodně uvedlo, že postup žalobce mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Žalovaný tak nespátroval obsah opatření vnitřně rozporným.
28. V závěru žalovaný uvedl, že žalobce nespécifikoval případy, ve kterých obdobná zadávací podmínka nebyla napadena. I pokud by k takovému postupu v některém jiném konkrétním případě došlo, neznamená to, že by v tomto případě nebyla finanční oprava na místě vzhledem k porušení ZZVZ.

IV. Posouzení žaloby Městským soudem v Praze

29. Městský soud v Praze přezkoumal žalobou napadené rozhodnutí v rozsahu uplatněných žalobních bodů, jimiž je vázán [§ 75 odst. 2 věta první zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s.ř.s.“)], a vycházel přitom ze skutkového i právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu (§ 75 odst. 1 s.ř.s.).
30. Soud v dané věci rozhodl bez jednání, jelikož žalovaný na výzvu soudu podle § 51 odst. 1 s.ř.s. nereagoval a žalobce sdělil, že na nařízení ústního jednání netrvá.
31. Z důvodu rozhodnutí bez jednání soud neprovedl důkaz výslechem účastníků, neboť takový důkaz by byl vzhledem k ostatním podkladům a předmětu řízení nadbytečný. K návrhu žalobce na provedení důkazu správním spisem soud poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 1. 2009, č.j. 9 Afs 8/2008 – 117, podle kterého pokud v řízení o žalobě ve správním soudnictví soud vychází z údajů obsažených ve správním spisu, aby ověřil skutkový a právní stav, který tu byl v době vydání napadeného rozhodnutí správního orgánu, pak tento postup nelze označit za dokazování ve smyslu § 52 s.ř.s.

Shodu s prvopisem potvrzuje:

32. V článku 7 přílohy č. 2 zadávací dokumentace – kvalifikační dokumentace – žalobce k prokázání ekonomické kvalifikace uvedl, že „současně požaduje, aby účastník, v případě prokázání této části kvalifikace poddodavatelem či jinou osobou, prokázal sám obrat v oblasti relevantní činnosti (tj. stavební výroby v oblasti pozemního stavitelství) ve výši minimálně 150 mil. za každé ze 3 bezprostředně předcházejících uzavřených účetních období (nikoliv prostřednictvím poddodavatele)“.
33. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 2 ze dne 24. 1. 2019, které mj. reagovalo na dvě žádosti o vysvětlení ze strany společnosti STRABAG a.s., k dotazu č. 6 týkajícímu se prokázání obratu dodavatele, žalobce uvedl: „Minimální požadovaný rozsah ekonomické kvalifikace dodavatele je uveden v Kvalifikační dokumentaci v bodě 7. Dodavatel sám, tedy nikoli prostřednictvím poddodavatele, prokáže obrat v oblasti relevantní činnosti (tj. stavební výroby v oblasti pozemního stavitelství) ve výši minimálně 150 mil. za každé ze 3 bezprostředně předcházejících uzavřených účetních období.“.
34. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 10 ze dne 13. 3. 2019, které reagovalo na žádost o vysvětlení ze strany společnosti PKS stavby a.s., k dotazu č. 1 týkajícímu se možného porušení ZZVZ tím, že byla dodavatelům omezena možnost prokázání ekonomické kvalifikace prostřednictvím poddodavatele, žalobce uvedl: „Zadavatel uvádí, že neporušil zásadu přiměřenosti, když vymezil obrat v oblasti pozemní stavby. Zadavatel uvádí, že zákon umožňuje stanovit možnost a nemožnost prokázat část kvalifikace jinou osobou než dodavatelem. Zadavatel této možnosti využil a stanovil, že ekonomickou způsobilost není možné prokázat prostřednictvím poddodavatele, tedy jinou osobou. Prokázání technické způsobilosti je možné prokázat poddodavatelem, jinou osobou. Tazatelem odkazované ustanovení § 153 zákona se vztahuje k zadávání sektorových zakázek, tedy definuje relevantní činnost v tomto kontextu a pro tento případ není relevantní. Zadavatel přesto rozhodl, že mění prokázání ekonomické kvalifikace a to tak, že platí níže uvedené: „Dodavatel prokáže obrat výkazem zisku a ztrát dodavatele nebo obdobným dokladem podle právního řádu země sídla dodavatele. Zadavatel současně požaduje, aby účastník, v případě prokázání této části kvalifikace poddodavatelem či jinou osobou, prokázal sám obrat v oblasti relevantní činnosti (tj. stavební výroby v oblasti dopravního stavitelství) ve výši minimálně 150 mil. za každé ze 3 bezprostředně předcházejících uzavřených účetních období (nikoliv prostřednictvím poddodavatele).““.
35. Soud při posouzení věci vyšel z následující právní úpravy:
- Podle § 6 odst. 2 ZZVZ musí ve vztahu k dodavatelům zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
 - Podle § 78 odst. 1 ZZVZ může zadavatel požadovat, aby minimální roční obrat dodavatele nebo obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky dosahoval zadavatelem určené minimální úrovně, a to nejdéle za 3 bezprostředně předcházející účetní období; jestliže dodavatel vznikl později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu v požadované výši za všechna účetní období od svého vzniku.
 - Podle § 83 odst. 1 ZZVZ může dodavatel prokázat určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 požadované zadavatelem prostřednictvím jiných osob.

Shodu s prvopisem potvrzuje:

- Podle § 105 odst. 2 ZZVZ v případě veřejné zakázky na služby nebo stavební práce nebo v případě veřejné zakázky na dodávky zahrnující umístění nebo montáž, mohou zadavatelé v zadávací dokumentaci požadovat, aby zadavatelem určené významné činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem.

36. Soud neshledal žalobu důvodnou.

37. Při posouzení prvního žalobního bodu soud vycházel ze znění § 83 odst. 1 ZZVZ, podle kterého může dodavatel prokázat určitou část ekonomické kvalifikace prostřednictvím jiných osob. Soud zdůrazňuje, že toto ustanovení je kogentní, žalobce se od něj tedy nemohl odchýlit (ohledně výkladu § 105 odst. 2 ZZVZ viz níže). Jinou osobou se v tomto případě myslí i poddodavatel, což vyplývá z judikatury Nejvyššího správního soudu (např. rozsudek ze dne 4. 3. 2021, č.j. 1 Afs 447/2019 – 31) a z komentářové literatury (KRČ, Robert, VANĚČEK, Jan. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 443, marg. č. 1.). Nadto podle směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 31. 3. 2004, č. 2004/18/ES, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby: „*Hospodářský subjekt může, je-li to nezbytné a pro určitou zakázku, využít schopnosti jiných subjektů, bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty*“, přičemž je zde výslovně uvedeno, že nezáleží na právní povaze vztahu mezi dodavatelem a třetí osobou. Sám žalobce ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 10 uvedl, že „*ekonomickou způsobilost není možné prokázat prostřednictvím poddodavatele, tedy jinou osobou*“, čímž má soud za prokázané, že i žalobce vnímal poddodavatele za součást množiny jiných osob ve smyslu § 83 odst. 1 ZZVZ. Nelze přijmout argument žalobce, že omezením možnosti prokázat ekonomickou kvalifikaci prostřednictvím poddodavatele neomezil možnost prokázání jinou osobou, jelikož, jak bylo uvedeno výše, mezi jiné osoby je řazen mimo jiné i poddodavatel. Na věci nic nemění skutečnost, že případní dodavatelé mohli podávat nabídku společně ve sdružení, neboť tato možnost není způsobilá zhojit porušení § 83 odst. 1 ZZVZ ze strany žalobce.

38. Ani soud a ani napadené rozhodnutí nerozporují účel a smysl nastavení určité hodnoty ekonomické kvalifikace vzhledem k rozsahu veřejné zakázky a jejímu časovému harmonogramu. Tento účel je plně v souladu se závěry Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v rozhodnutí ze dne 1. 7. 2019, č.j. S0342/2018, avšak zásadními částmi plnění veřejné zakázky jsou myšleny ty významné činnosti ve smyslu § 105 odst. 2 ZZVZ, které nemůže plnit jakýkoli dodavatel v oboru, ale pouze takový, který je vysoce kvalifikovaným odborníkem se speciální kvalifikací, zkušenostmi nebo schopnostmi. V nynějším případě se však omezení týkalo možnosti prokázání ekonomické kvalifikace a žalobce nikterak netvrdil ani neprokával, že by se ekonomická kvalifikace mohla vztahovat k nějaké konkrétní významné činnosti v rámci plnění veřejné zakázky. Za této situace nemohl žalobce omezit zákonné oprávnění dodavatele podle § 83 odst. 1 ZZVZ postupem podle § 105 odst. 2 ZZVZ.

39. Pokud chtěl žalobce jistotu, že dodavatel bude mít k dispozici dostatečné ekonomické prostředky a zázemí pro splnění veřejné zakázky, měl možnost využít § 83 odst. 3 ZZVZ, podle kterého by dodavatel a jiná osoba, prokazující ekonomickou kvalifikaci podle § 78 ZZVZ, byli společně a nerozdílně odpovědní za plnění veřejné zakázky. Nastavení sankčních ujednání a povinnost pojistné smlouvy s vybraným dodavatelem nemá vliv na porušení § 83 odst. 1 ZZVZ, neboť se vztahují k jiným skutečnostem, než bylo stanovení okruhu kvalifikovaných dodavatelů.

Shodu s prvopisem potvrzuje:

40. Jestliže žalobce namítal, že v průběhu zadávacího řízení zodpověděl dotazy v souladu s § 6 ZZVZ, pak soud poukazuje na vysvětlení zadávací dokumentace č. 2, ve kterém výslovně uvedl, že dodavatel musí prokázat sám ekonomickou kvalifikaci, nikoli prostřednictvím poddodavatele, a na vysvětlení zadávací dokumentace č. 10, ve kterém žalobce uvedl, že v případě prokázání ekonomické kvalifikace prostřednictvím poddodavatele musí dodavatel sám, nikoli prostřednictvím poddodavatele prokázat určitou míru ekonomické kvalifikace. I na takto formulovaný požadavek na prokázání ekonomické kvalifikace se vztahuje zákonné oprávnění dodavatele podle § 83 odst. 1 ZZVZ a nelze jej tímto vyloučit. Zde je opětovně patrné, že si žalobce byl vědom omezení prokázání ekonomické kvalifikace jinou osobou, poddodavatelem. Odkaz na § 5 ZZVZ na této skutečnosti nemůže nic změnit, neboť definuje okruh osob, které jsou považovány za dodavatele.
41. Obecná námitka vztahující se k údajně nepodloženému právnímu názoru centra i žalovaného není důvodná. Za prvé žalobce neuvedl žádné konkrétní skutečnosti, pro které by právní závěry opatření a napadeného rozhodnutí neměly být založeny na rozhodovací a výkladové praxi. Za druhé žalobce pouze obecným odkazem tvrdil, že zákon omezení prokázání splnění ekonomické kvalifikace poddodavatelem umožňuje. Naopak výklad centra a žalovaného je logický a odpovídá jak textu, tak smyslu § 105 odst. 2 ZZVZ.
42. Pokud se jedná o tvrzenou nekonkrétnost výrazu „ve výjimečných případech“ obsaženého v opatření, pak soud poukazuje na jeho kontext s odkazem na § 105 odst. 2 ZZVZ a institut omezení části poddodavatelského plnění. Je zcela zjevné, že centrum mělo použitým výrazem na mysli případy „významné činnosti“, u kterých může zadavatel požadovat, aby byla plněna přímo vybraným dodavatelem. Námitka je proto nedůvodná.
43. Soud přezkoumal obsah opatření a k námitce žalobce o jeho tvrzené vnitřní rozpornosti uvádí, že centrum v právním posouzení vysvětlilo pojem „významných činností“ ve smyslu § 105 odst. 2 ZZVZ, přičemž ekonomická kvalifikace se nemůže ze své podstaty týkat této významné činnosti, a tudíž nemůže být vyloučena možnost prokázat její splnění prostřednictvím jiné osoby. Omezením možnosti prokázat ekonomickou kvalifikaci prostřednictvím poddodavatele došlo k porušení § 83 odst. 1 ZZVZ a došlo k nepřímé diskriminaci dodavatelů, u kterých nelze vyloučit, že by jinak podali nabídky, které mohly být vhodnější. V závěru zjištění A.1 opatření pak centrum zopakovalo zjištěné porušení § 83 odst. 1 ZZVZ a uložení finanční opravy na spodní hranici sazby odůvodnilo tím, že nebylo zjištěno žádné přímé ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky a dopad porušení se nacházel pouze v potenciální rovině. Soud ve výše uvedených tvrzeních neshledal vnitřní rozpornost, neboť bylo zjištěno potenciální nepřímé ovlivnění výběru tím, že porušením § 83 odst. 1 ZZVZ se žalobce dopustil nepřímé (skryté) diskriminace vůči potenciálním dodavatelům. Námitka je nedůvodná.
44. Pro možnost aplikace právních závěrů plynoucích z rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. 10. 2012, č.j. ÚOHS-S12,250/2012/VZ-18911/2012/523/DŘ, na nynější případ soud uvádí, že ustanovení, podle kterých ÚOHS rozhodoval, jsou obdobně přítomna i v ZZVZ a není zde důvod pro to, aby právní závěry nemohly být stejné. Jestliže žalobce tvrdil, že došlo ke změně právního výkladu, pak soudu nepředložil žádný konkrétní argument, popřípadě odkaz na rozhodnutí, ve kterém by byla změna výkladu znatelná.

Shodu s prvopisem potvrzuje:

45. Obecné tvrzení žalobce, že centrum mělo způsob stanovení možnosti prokázání ekonomické kvalifikace v jiných, obdobných případech schválit, postrádalo jakékoli konkrétní odkazy na taková rozhodnutí, soud jej proto nemohl posoudit.
46. V námitce nedostatečného vypořádání námitek proti opatření v napadeném rozhodnutí žalobce nijak nekonkretizoval, o jaké námitky se jedná. Na takto obecnou námitku proto soud reaguje stejně obecně (srov. rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v rozsudku ze dne 24. 8. 2010, č.j. 4 As 3/2008 – 78) a uvádí, že z napadeného rozhodnutí zjistil, že žalovaný v odůvodnění všechny námitky žalobce shrnul (str. 2-4 napadeného rozhodnutí) a následně se jimi zabýval a vypořádal je (str. 4-7 napadeného rozhodnutí), když úvodem konstatoval, že námitky nepřinášejí nové relevantní argumenty, které by již dříve nebyly vypořádány centrem. Soud po komparaci obsahu námitek žalobce ze dne 12. 2. 2020 a jejich vypořádání v napadeném rozhodnutí uzavírá, že veškeré námitky žalobce byly náležitě vypořádány.
47. Povahou nepřímé diskriminace se zabýval Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí ze dne 5. 6. 2008, č.j. 1 Afs 20/2008 – 152, podle kterého: *„Za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.“*. V tomto případě žalobce v rozporu s § 83 odst. 1 ZZVZ stanovil ekonomickou kvalifikaci tak, že dodavateli zakázal její prokázání prostřednictvím jiné osoby, konkrétně poddodavatele, v důsledku čehož je zjevné, že někteří potenciální dodavatelé nemohli prokázat splnění ekonomické kvalifikace, ačkoli by jinak mohli být způsobilí podat nabídku. Tedy žalobce se podle názoru soudu dopustil nepřímé (skryté) diskriminace, což je v rozporu s § 6 ZZVZ, tím, že vyloučil z možnosti podat nabídku ty dodavatele, kteří nemohli sami bez poddodavatele prokázat splnění ekonomické kvalifikace, ale mohli by jí prokázat právě prostřednictvím poddodavatele. Námitka žalobce není důvodná.
48. Lze dodat, že ačkoli není třeba, aby bylo prokázáno, že diskriminační podmínky odradily konkrétního uchazeče, když plně postačí, aby odradily potenciálního, hypotetického uchazeče, soud poukazuje na to, že přinejmenším společnosti STRABAG a.s. a PKS stavby a.s., které žádaly o vysvětlení zadávací dokumentace, nakonec své nabídky nepodaly.
49. Na základě výše uvedeného soud konstatuje, že neshledal napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným z důvodu nepřesvědčivého odůvodnění, jak žalobce obecně namítl.

V. Závěr a rozhodnutí o nákladech řízení

50. Soud tedy neshledal žalobu důvodnou, a proto ji podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.
51. Výrok o nákladech řízení je odůvodněn § 60 odst. 1 s.ř.s., neboť žalobce nebyl ve sporu úspěšný a žalovanému správnímu orgánu žádné náklady v řízení nevznikly.

Poučení:

Shodu s prvopisem potvrzuje:

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 nejblíže 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 dne 30. března 2022

Mgr. Milan Tauber v. r.
předseda senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje: