



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Slavomíra Nováka a soudkyň Mgr. Jany Jurečkové a Mgr. Andrey Veselé ve věci

žalobce

Město Šumperk,
se sídlem náměstí Míru 364/1, Šumperk

proti
žalovanému

Ministerstvo pro místní rozvoj
se sídlem Staroměstské náměstí 6, Praha 1

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 14. 9. 2020, č. j. MMR-47424/2020-26,

takto:

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

Shodu s prvopisem potvrzuje J. V.

Odůvodnění:

I.

Základ sporu

1. Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení rozhodnutí Ministerstva pro místní rozvoj ze dne 14. 9. 2020, č. j. MMR-47424/2020-26, kterým bylo rozhodnuto o námitkách proti opatření Centra pro regionální rozvoj České republiky ze dne 28. 7. 2020, kterým nebyla městu Šumperk jako příjemci dotace dle ustanovení § 14 odst. 5 ve spojení s ustanovením § 14e odst. 1 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o rozpočtových pravidlech“), vyplacena část dotace poskytnutá z Integrovaného regionálního operačního programu (dále jen „IROP“) v rámci projektu s registračním číslem CZ.06.1.37/0.0/0.0/17_100/0006517 a názvem „Terminál Šumperk“ za porušení zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění platném a účinném pro posuzovanou veřejnou zakázku (dále jen „ZZVZ“), které vzniklo při zadávání veřejné zakázky č. VZ 0001 s názvem „Přestupní terminál Šumperk“, ve výši 5 % z částky dotace určené na financování předmětné veřejné zakázky nárokové k proplacení v předmětné žádosti o platbu, tj. ve výši 1 916 896,19 Kč. Zadavatel se dle závěru administrativního ověření dopustil pochybení při zadávání veřejné zakázky spočívající v porušení ustanovení § 83 odst. 1 ve spojení s § 6 odst. 2 ZZVZ tím, že vyloučil možnost prokázat ekonomickou kvalifikace dle § 78 ZZVZ prostřednictvím jiné osoby.

II.

Obsah žaloby a vyjádření žalovaného

2. Žalobce v žalobě uvedl, že v souladu se zákonem omezil prokázání ekonomické způsobilosti osobou poddodavatele, ale neomezil její prokázání jinou osobou. „Omezení poddodavatelského systému“ žalobce uvedl již v okamžiku vyhlášení veřejné zakázky a všichni dodavatelé měli stejné podmínky. Žalobce také ve Smlouvě o dílo vyvážil rizika spojená s kritickým termínem výstavby, a to předložením bankovních záruk a sankčních ustanovení. Rovněž nastavil i podmínku pojistné smlouvy až pro vítězného dodavatele, tak aby eliminoval možnost nesplnění v nabídce a tím omezil dodavatele při předkládání nabídky, a proto žádal předložení pojistné smlouvy jako podmínky Smlouvy o dílo až při jejím uzavření. Nastavením ekonomické rovnováhy ve Smlouvě o dílo si žalobce zvyšuje pravděpodobnost, že vybraný dodavatel veřejnou zakázku zvládne zrealizovat.
3. Splnění kvalifikačních předpokladů žalobce stanovil s ohledem na předmět veřejné zakázky a nikoho svým stanovením neomezil. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel žalobce velké množství dotazů, které se převážně týkaly vymezení předmětu plnění veřejné zakázky, a to nejasností v soupisu prací. Další dotazy, které se týkaly části ostatní části zadávacích podmínek, žalobce taktéž vysvětlil, a to i v případě, že již při svém položení dotazu se dodavatel snažil o úpravu zadávacích podmínek takovým způsobem, který by mu zajistil konkurenční výhodu.

4. Ve lhůtě pro podání nabídek žalobce obdržel čtyři nabídky, jež všechny splňovaly stanovené podmínky. Žalobce tedy nesouhlasí s vyjádřením, že stanovení kvalifikace provedl nastavením skryté diskriminace.
5. Žalobcem nastavené kvalifikační podmínky i zadávací podmínky nemohly diskriminovat trh tak, že menší stavební společnosti nemohly podat nabídku. Takové společnosti mohly nabídku podat společně ve sdružení a v takovém případě by se jejich obrát sčítal, tak jak uvádí ZZVZ i jeho ustálená výkladová praxe. Stanovení ekonomické způsobilosti, obrátu není a nebylo nastaveno v maximální možnosti, žalobce je nastavoval právě proto, aby daný kvalifikační předpoklad byl plně v souladu se ZZVZ. Přitom snahou žalobce bylo nastavit kvalitativní kvalifikační předpoklad, nikoliv předpoklad kvantitativní. Nastavení daného kvalifikačního předpokladu svědčí o velikosti dodavatele, a to i v rámci sdružení a o schopnosti zvládnout stavební práce dle složitosti, i v rámci časového i organizačního hlediska, dále o nastavení poddodavatelských schémat a také o odpovědnosti finanční vůči sobě i svým poddodavatelům.
6. Dále žalobce namítal, že Centrum pro regionální rozvoj ve svém vyjádření uvedlo, že „oprávnění dodavatele prokázat určitou část kvalifikace prostřednictvím jiné osoby je možné limitovat pouze ve výjimečných případech“, pak ale není nikde uvedeno, co by tedy měl žalobce považovat za „výjimečný případ“. Uvedené vyjádření je tedy nejasné a nejednoznačné. Žalobce trval na tom, že stanovení podmínek pro prokázání ekonomické kvalifikace bylo v souladu se ZZVZ a žalobce nikdy nechtěl nikoho svými požadavky diskriminovat – leda že by stanovením kvalifikačních požadavků měl diskriminovat všechny dodavatele, kteří se nepohybují na trhu se stavebními pracemi.
7. K věci žalobce argumentoval i vyjádřením Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže z rozhodnutí sp. zn. S0342/2018 ze dne 1.7.2019 a to, že *„účelem poddodavatelského omezení podle § 105 odst. 2 ZZVZ je získat zvýšenou kontrolu a dohled nad zásadními částmi plnění veřejné zakázky“,* přičemž *„významné činnosti lze charakterizovat jako činnosti, které nemůže plnit jakýkoliv dodavatel působící v konkrétním oboru.....“*.
8. Pokud Centrum pro regionální rozvoj ve svém vyjádření uvedlo, že žalobce nemůže omezit poddodavatelské plnění ze strany žalobce na ekonomickou kvalifikaci, jedná se o jeho názor, nikoliv o zákonný výklad nebo výkladovou praxi, neboť nastavení významné činnosti, jako je ekonomická stabilita „projektu“, dané veřejné zakázky, „ekonomické zdraví“ dodatele je pro veřejnou zakázku velmi důležité, a to i z toho důvodu, že se jedná o komplikovaný předmět plnění veřejné zakázky, který je zároveň velmi limitován časem výstavby a dále sloučením několika staveb dohromady. Zakázka se týká staveb jak žalobce, tedy města Šumperk, tak Správy železnic, dále Šumperské provozní vodohospodářské společnosti a provozovatele autobusového nádraží ve městě Šumperk. Dodavatel, který chtěl takovou zakázku realizovat, musel a musí zkoordinovat předmět výstavby a zároveň dodržet i podmínky poskytovatele finančních prostředků.
9. Dále žalobce odmítl tvrzení Centra pro regionální rozvoj, že by sám přiznával jasné omezení dodavatelů. Žalobce jako dodavatele považuje dodavatele v souladu s § 5 ZZVZ a nerozlišuje, zda jde o dodavatele, který podal nabídku „samostatně“ nebo prostřednictvím jiné osoby dle § 83 ZZVZ, jelikož se vyjadřuje o „dodavatelích, kteří podali nabídku“. Též „citování“ žalobce z Vysvětlení zadávacích podmínek č. 2 a následně č. 10 je opět ze strany Centra velmi zavádějící, protože žalobce nikde ve svém vyjádření ve Vysvětlení zadávacích podmínek neuvedl, že nedovoluje prokázání prostřednictvím jiné osoby v souladu s § 83

Shodu s prvopisem potvrzuje J. V.

ZZVZ. Pouze uvedl, že je požaduje prokázat „samotným dodavatelem“. „Samotný dodavatel“ je tedy dle obecně dostupných informací a zvyklostí společnost, která podává nabídku do veřejné zakázky. Žalobci není známo, že by se rozlišovalo, zda nabídku podá jedna společnost nebo více společností společně. Výsledkem podání nabídky je vždy konstatování, že „dodavatel“ podal nabídku.

10. Skutečnost, že vybraný dodavatel není schopen doložit požadavky, které jsou součástí zadávací dokumentace, není bráno k tíži vybraného dodavatele. Hodnotící komise k tomu ustanovená požádala o doplnění nabídky v souladu se ZZVZ a vybraný dodavatel ji doložil doklady a dokumenty, na základě kterých mohla hodnotící komise konstatovat, že prokázání kvalifikačních předpokladů ze strany vybraného dodavatele proběhlo v souladu se zákonem. Z veřejně dostupných informací bylo hodnotící komisi, tj. žalobci, jasné, že „vybraný dodavatel“ nemá problém prokázat obrat v relevantní činnosti, jelikož jeho „reference“, „dokončené stavební projekty“ několika násobně převyšují požadavek žalobce na daný kvalifikační předpoklad.
11. Dále žalobce poukázal na to, že pokud Centrum pro regionální rozvoj ve svém vyjádření citovalo rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže z roku 2012, je nutno, uvést, že od roku 2016 je v platnosti a účinnosti nový zákon o zadávání veřejných zakázek, přičemž předchozí zákon stanovoval jiné požadavky pro prokázání kvalifikačních předpokladů a omezení subdodavatelského plnění než ty, které obsahuje ZZVZ.
12. Rovněž žalobce poukázal na to, že z prokázání kvalifikačních předpokladů nebyl žádný dodavatel vyloučen. Závěr Centra, že žalobce mohl obdržet více nabídek, a že některá z nich mohla obsahovat nižší nabídkovou cenu, než byla nabídková cena vybraného dodavatele, je obvyklým vyjádřením, které ale není založeno na žádném konkrétním zákonném ustanovení. Proč Centrum odmítlo argument žalobce, který je založen na zákonném ustanovení, není v předloženém vyjádření odůvodněno.
13. K vyjádření Centra, že pokud žalobce chtěl mít skutečně jistotu, že veřejnou zakázku bude plnit dodavatel, který je ekonomicky stabilní, tak mohl využít možnost uvedenou v § 83 odst. 3 ZZVZ, žalobce uvedl, že sice mohl požadovat dodavatele v souladu s citovanou normou, ale jak zákon uvádí, to je pouze možností, nikoliv povinností žalobce - stejně jako možnost omezení poddodavatelského plnění. Žalobce tedy při omezení poddodavatelského plnění využil svou zákonnou možnost.
14. Žalobce tedy uzavřel svou argumentaci s tím, že nespátřuje v nastavení kvalifikačních předpokladů porušení ustavení ZZVZ, a to již vůbec nelze hovořit o nepřímé (skryté) diskriminaci ze strany zadavatele. Navrhl proto, aby soud zrušil jak žalobou napadené rozhodnutí Ministerstva pro místní rozvoj ze dne 14. 9. 2020, tak jemu předcházející opatření Centra pro regionální rozvoj České republiky ze dne 28. 7. 2020 a uložil žalovanému povinnost uhradit žalobci náklady řízení.
15. Žalovaný se k žalobě vyjádřil s tím, že žalobce neuvedl žádné nové skutečnosti, ke kterým by se žalovaný již dříve nevyjádřil. Pochybení konstatované již v Informaci o nevyplacení části dotace žalovaný považuje za prokázané a odmítá, že by závěry obsažené v Informaci o nevyplacení části dotace či v Rozhodnutí o námitkách byly spekulativní a nevycházely z konkrétní znalosti daného problému nebo, že by nebyly zohledněny veškeré namítané skutečnosti ze strany žalobce.

16. Byť sporný požadavek žalobce není formulován zcela jasně, o čemž svědčí žádost o objasnění nabídky vybraného dodavatele, ve shodě s Centrem má žalovaný však za to, že dotčený požadavek je třeba primárně vykládat tak, že ekonomickou kvalifikaci nebylo možné prokázat prostřednictvím poddodavatele, což ostatně sám zadavatel potvrzuje ve svém vysvětlení zadávací dokumentace č. 10 ze 13. 3. 2019 a rovněž ve svých námitkách.
17. Jak vyplývá z ustanovení § 105 odst. 2 ZZVZ, jedině zákonem předvídané omezení možnosti dodavatele prokázat kvalifikaci prostřednictvím třetích osob předpokládá, že zadavatel předem vymezí tzv. významné činnosti, které musí být realizovány přímo vybraným dodavatelem, nikoliv třetí osobou (např. poddodavatelem). Prokazování té části kvalifikace, která se přímo váže k takovéto „významné činnosti“, se pak bude logicky týkat toliko dodavatele a zadavatel tak nemusí umožnit prokázání této části kvalifikace jinými osobami. V předmětné věci se však jednalo o kvalifikaci ekonomickou, která se ze své podstaty přímo neváže na žádnou konkrétní činnost, v tomto případě tak omezení prokazování kvalifikace prostřednictvím třetích osob možné dle ZZVZ není.
18. Tvzení žalobce, že svým jednáním nikoho neomezil, je třeba odmítnout. Nastavením nezákonného omezení možnosti prokázat ekonomickou kvalifikaci příjemce omezil účast právě těch dodavatelů, kteří nejsou sami, tedy bez využití jiné osoby dle § 83 ZZVZ, schopni prokázat splnění ekonomické kvalifikace, a ve vztahu k nim je tak možné hovořit o nepřímé diskriminaci ze strany zadavatele.
19. Žalovaný tedy zcela odmítl žalobní argumentaci a navrhl, aby soud žalobu zamítl.

III.

Posouzení žaloby

20. Městský soud v Praze přezkoumal napadené rozhodnutí v rozsahu námitek, uplatněných v podané žalobě, a dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.
21. Z obsahu spisového materiálu, předloženého žalovaným, je zřejmé že žalobce – město Šumperk – byl na základě rozhodnutí Ministerstva pro místní rozvoj identifikačního čísla 117D03B000368 příjemcem dotace z programu 11703 - Integrovaný regionální operační program na projekt „Přestupní terminál Šumperk“ ve výši celkem 54 000 000 Kč.
22. Podle Informace o nevyplacení části dotace řídicí orgán IROP provedl administrativní ověření Žádosti o platbu a konstatoval, že zadavatel, město Šumperk, při zadávání podlimitní veřejné zakázky na stavební práce s názvem „Přestupní terminál Šumperk“, zadávané v otevřeném řízení dle § 56 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), 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 dle § 78 ZZVZ prostřednictvím jiné osoby. Zadavatel uzavřel dne 23. 5. 2019 smlouvu o dílo s dodavatelem, který byl označen jako „Společnost Terminál Šumperk“, jejímž společníkem byla společnost IMOS Brno, a.s., IČO: 253 22 257, a společnost PSG & DS a.s., IČO: 043 77 036; tento postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Výsledkem administrativního ověření Žádosti o platbu provedeného ŘO IROP je stanovení celkové částky nevyplacené dotace ve výši 1 916 896,19 Kč.

Shodu s prvopisem potvrzuje J. V.

23. Proti tomuto opatření uplatnil žalobce námitky, v nichž uvedl, že s ohledem na komplikovaný předmět plnění veřejné zakázky, která je s ohledem na svou potřebu dokončení ve velmi napjatém termínu dokončení, potřeboval pro její plnění ekonomicky stabilního partnera. Proto v souladu se zákonem omezil prokázání ekonomické způsobilosti osobou poddodavatele, ale neomezil její prokázání jinou osobou. Zadavatel stanovil splnění kvalifikačních předpokladů s ohledem na předmět veřejné zakázky a nikoho svým stanovením neomezil. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel velké množství dotazů, které se převážně týkaly vymezení předmětu plnění veřejné zakázky, a to nejasností v soupisu prací. Žalobcem nastavené kvalifikační podmínky i zadávací podmínky nemohly diskriminovat trh tak, že menší stavební společnosti nemohly podat nabídku, neboť ty mohly svou nabídku podat společně ve sdružení. Stanovisko Centra pro regionální rozvoj, že zadavatel nemůže omezit poddodavatelské plnění ze strany zadavatele na ekonomickou kvalifikaci, je jen vyjádřením jeho názoru, nikoliv zákonným výkladem, neboť nastavení významné činnosti, jako je ekonomická stabilita „projektu“ dané veřejné zakázky a „ekonomické zdraví“ dodatele je pro veřejnou zakázku velmi důležité, a to i proto, že se jedná o komplikovaný předmět plnění veřejné zakázky, který je zároveň velmi limitován časem výstavby.
24. O těchto námitkách rozhodlo žalované Ministerstvo pro místní rozvoj napadeným rozhodnutím ze dne 14. 9. 2020, kterým bylo Opatření poskytovatele dotace ze dne 28. 7. 2020, kterým nebyla dle ust. § 14e zákona o rozpočtových pravidlech vyplacena část dotace ve výši 5 % z částky dotace určené na financování veřejné zakázky s názvem „Přestupní terminál Šumperk“ shledáno oprávněným a toto opatření bylo potvrzeno.
25. Ze spisového materiálu soud dále konstatuje, že společnost PKS stavby a.s. podala dne 8. 3. 2019 u žalobce žádost o vysvětlení zadávací dokumentace na veřejnou zakázku „Přestupní terminál Šumperk“. V této žádosti pod č. 1 poukázala na to, že zadavatel v rámci požadavků na kvalifikaci dodavatele stanovil podmínku, podle níž je dodavatel povinen prokázat ... *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).*
26. K tomu tazatel uvedl, že „*Takto vymezená kvalifikace není v souladu se zásadou přiměřenosti, když obrat je vztahován na relevantní činnost (definici relevantních činností popisuje zákon v ustanovení § 153 ZZVZ), kterou na rozdíl od zákonného vymezení zadavatel stanoví jako stavební výroba v oblasti pozemního stavitelství, i když zadávaná veřejná zakázka a jiné podmínky kvalifikace jsou nastaveny na dopravní stavby. Zásadní nejasnost však spatřujeme v nezákonném omezení práva dodavatele popsaného v ustanovení § 83 ZZVZ, podle kterého dodavatel může prokázat určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 požadované zadavatelem prostřednictvím jiných osob, aniž by zákon, na rozdíl od zadavatele, jakkoliv dodavatele omezoval v možnosti prokázat část své kvalifikace prostřednictvím jiných osob. Může dodavatel využít k prokázání splnění ekonomické kvalifikace jinou osobu?*“
27. Na tuto žádost žalobce dne 13. 3. 2019 odpověděl s tím, že jako zadavatel „... neporušil zásadu přiměřenosti, když vyznačil 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: „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).“

28. Městský soud v Praze konstatoval, že ve skutkově i právně obdobné věci rozhodoval jeho sedmáctý senát, který rozsudkem č. j. 17 A 75/2020-80 ze dne 30. 3. 2022 žalobu téhož žalobce, tedy Města Šumperk, zamítl.
29. Předmětem žaloby ve výše označeném rozsudku bylo rozhodnutí Ministerstva pro místní rozvoj ze dne 27. 4. 2020, č. j. MMR-21929/2020-26, kterým byly podle § 14e odst. 2 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „zákon o rozpočtových pravidlech“), zamítnuty námitky žalobce a bylo potvrzeno opatření Centra pro regionální rozvoj České republiky ze dne 29. 1. 2020, reg. č. CT.06.1.37/0.0/0.0/17_100/0006517, jímž 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: 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.
30. Městský soud v Praze v aktuálně projednávané věci dospěl tedy k závěru, že vzhledem ke skutkové i právní obdobnosti s věcí sp. zn. 17 A 75/2020 je na místě akceptovat závěry, k nimž dospěl městský soud právě v označené věci.
1. Soud tedy konstatoval, že podle citovaného rozsudku 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)“.
31. Městský soud v Praze dále posoudil věc takto:
32. Podle § 6 odst. 2 ZZVZ *ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.*
33. Podle § 78 odst. 1 ZZVZ *zadavatel může 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.

34. Podle § 83 odst. 1 ZZVZ dodavatel může prokázat určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 požadované zadavatelem prostřednictvím jiných osob.
35. 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. Sedmnáctý senát ve svém rozsudku č. j. 17 A 75/2020-80 vypořádal žalobní námitky takto:

„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 neprokázal, 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.

40. [...]

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.

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. [...]

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.“

37. Jak městský soud avizoval výše, vzhledem k totožnosti žalobních námitek ve věci sp. zn. 17 A 75/2020 i ve věci nyní projednávané věci neshledal soud důvody k tomu, aby se odchýlil od závěrů, které byly koncipovány v rozsudku č. j. 17 A 75/2020-80. Soud proto nyní předmětné závěry citoval v odstavci 36 tohoto rozsudku a konstatuje, že všechny žalobní námitky vznesené v aktuální žalobě jimi považuje za vypořádané.
38. Jestliže žalobce namítal, že v průběhu zadávacího řízení zodpověděl dotazy v souladu s § 6 ZZVZ, pak soud poukazuje 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.
39. Pokud jde o námitku nedostatečného vypořádání námitek proti opatření v napadeném rozhodnutí, soud shledal, že 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. 2-3 napadeného rozhodnutí) a následně se jimi zabýval a vypořádal je (str. 4-7 napadeného rozhodnutí), když úvodem konstatoval, že námitky nepřináší nové relevantní argumenty, které by již dříve nebyly vypořádány centrem. Soud po porovnání obsahu námitek žalobce a jejich vypořádání v napadeném rozhodnutí uzavírá, že veškeré námitky žalobce byly náležitě vypořádány.
40. Konečně, ohledně diskriminačních podmínek i v aktuální věci soud trvá na závěru, že není třeba, aby bylo prokázáno, že diskriminační podmínky odradily konkrétního uchazeče, když plně postačí, aby odradily potenciálního, hypotetického uchazeče. Zde nezbyvá než poukázat na to, že společnost PKS stavby a.s., která žádala o vysvětlení zadávací dokumentace, nakonec svou nabídku nepodala, jak je konstatováno v odstavci 48 citovaného rozsudku č. j. 17 A 75/2020-80.

IV.

Závěr a rozhodnutí o nákladech řízení

41. Městský soud v Praze tedy po přezkoumání věci dospěl k závěru, že žádná ze vznesených žalobních námitek nebyla důvodná, a proto soud žalobu podle ust. § 78 odst. 7 soudního řádu správního zamítl.
42. Výrok o náhradě nákladů řízení je odůvodněn podle ust. § 60 odst. 1 soudního řádu správního, když žalobce úspěch ve věci neměl a žalovanému žádné náklady nad rámec jeho úřední činnosti nevznikly.

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 13. prosince 2022

JUDr. Slavomír Novák v.r.

Shodu s prvopisem potvrzuje J. V.

předseda senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje J. V.