



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudců Mgr. Karla Černína, Ph.D. a Mgr. Jana Čížka ve věci

žalobce: **Město Javorník,**
sídlem nám. Svobody 134, Javorník
zastoupen advokátem JUDr. Patrikem Nešporem
sídlem V Oblouku 170/1, Jeseník

proti

žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem Kpt. Jaroše 7, Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 31. 1. 2022, č. j. ÚOHS-01166/2022/161

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Shora označeným rozhodnutím předseda žalovaného zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 23. 11. 2021, č. j. ÚOHS-39490/2021/500/Alv (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), ve věci spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“) při zadávání veřejné zakázky „*Stavební úpravy objektu Puškinova č. p. 7 v Javorníku – vznik multifunkčního domu*“ v užším řízení, jehož oznámení o zahájení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 3. 2018 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 16. 3. 2018 pod ev. č. zakázky Z2018-008303, ve znění pozdějších změn, a jehož oznámení o výsledku bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 29. 8. 2018, ve znění pozdějších změn. *Výrokem I.* prvostupňového rozhodnutí žalovaný shledal, že žalobce nedodržel pravidlo stanovené v § 58 odst. 3 citovaného zákona, kdy nevyloučil dodavatele – společníky společnosti „Společnost Puškinova Javorník HSS + FH“ Hrušecká stavební spol. s r.o., IČO 25585142, se sídlem U zbrojnice 588, 691 56 Hrušky a FICHNA – HUDECZEK a.s., IČO 27765857, se sídlem Opavská 535/17, 747 18 Píšť, sdružené za účelem získání předmětné veřejné zakázky na základě „Společenské smlouvy“ ze dne 16. 4. 2018 – z účasti v zadávacím řízení, ačkoliv jmenovaný dodavatel neprokázal splnění kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) citovaného zákona, které obviněný vymezil v zadávací dokumentaci v bodě 4.4 písm. a) Kvalifikační dokumentace a v rámci něhož požadoval předložení seznamu stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací obsahujícího stavební práce obdobného charakteru jako je předmět plnění citované veřejné zakázky, o parametrech vymezených v odst. 1 až 7 bodu 4.4 písm. a) Kvalifikační dokumentace, kdy uvedený vybraný dodavatel prokazoval splnění technické kvalifikace dle bodu 4.4. písm. a) Kvalifikační dokumentace mj. prostřednictvím společnosti T o c h á č e k spol. s r.o., IČO 44961367, se sídlem Slovinská 2958/36, Královo Pole, 612 00 Brno, přičemž ale nepředložil písemný závazek společnosti T o c h á č e k spol. s r.o., který by naplnil požadavky § 83 odst. 1 písm. d) citovaného zákona a § 83 odst. 2 citovaného zákona, tedy závazek, z jehož obsahu by vyplývalo, které konkrétní stavební práce či služby, ke kterým se prokazované kritérium technické kvalifikace vztahuje, bude citovaná společnost T o c h á č e k spol. s r.o. vykonávat, přičemž tímto ovlivnil výběr dodavatele, a zadal citovanou veřejnou zakázku, když na její předmět plnění uzavřel dne 27. 6. 2018 s citovaným vybraným dodavatelem Smlouvu o dílo č. 180310. Za spáchání uvedeného přestupku žalovaný uložil žalobci pokutu ve výši 140 000 Kč (*Výrok II.* prvostupňového rozhodnutí) a úhradu náklady řízení ve výši 1 000 Kč (*Výrok III.* prvostupňového rozhodnutí)

II. Obsah žaloby

2. Žalobce namítá, že předmětnou zakázku realizoval podle přísnějších kritérií, než musel. Jednalo se o podlimitní veřejnou zakázku, která však byla zadávána v užším řízení, tedy režimu nadlimitním. Žalovaný měl k této skutečnosti přihlédnout ve prospěch žalobce, což neučinil.
3. Žalobce namítá, že žalovaný vycházel z judikatury, která se vztahuje k předchozímu (dnes zrušenému) zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v tehdy platném znění. Rovněž určitost právního jednání (dříve úkonu) byla posuzována dle tehdy platného zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, v tehdy platném znění. Žalovaný při řešení prejudiciální otázky – posuzování neurčitosti (konkrétnosti) právního jednání závazku poddodavatele, nerespektoval prioritu výkladu, který nezakládá neplatnost smlouvy, před takovým

výkladem, který neplatnost smlouvy zakládá, jsou-li možné oba tyto výklady. Vždy je třeba upřednostnit výklad smlouvy či smluvního ujednání, který zachovává jejich právní účinky, před výkladem, který je popírá. Právní jednání je třeba vykládat v jeho ekonomicko-sociální kauzalitě a při respektování zásady smluvní volnosti. Nelze vyžadovat, aby se smluvní strany dohodly na takových náležitostech, které výslovně nejsou vyžadovány zákonem. Žalovaný, kromě provedení důkazu listinou poddodavatelské smlouvy ze spisu, nijak nezkoumal projev vůle zhotovitele a poddodavatele, ačkoli na to žalobce v rozkladu výslovně upozornil. Na smluvní ujednání žalobce a poddodavatele je třeba nahlížet ve světle požadavků kladených ústavním pořádkem a zákonem č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění platném v posuzovaném období (dále jen „občanský zákoník“).

4. Žalobce namítá, že předmětem prokázání technických kvalifikačních předpokladů nebyla speciální odborná způsobilost, např. restaurování památek. Právně i fakticky obsahem veřejné zakázky generální rekonstrukce budovy bývalého soudu bylo provedení běžných stavebních prací s klasickými stavebními, řemeslnými odbornostmi, kterými disponoval jak dodavatel (zhotovitel), tak poddodavatel. Pokud žalovaný ohledně této prejudiciální otázky učinil skutkové zjištění, že závazek poddodavatele je neurčitý, protože není dostatečně konkrétní, pak přezkoumatelným způsobem nevysvětlil, proč v rozporu s ústavním pořádkem a občanským zákoníkem upřednostnil neplatnost (neurčitost) této části právního jednání před jeho platností.
5. Žalobce namítá, že rozsah prací poddodavatele byl sjednán dostatečně určitě ve výši 10 %, což odpovídá rozsahu, v jakém dodavatel prokazoval kvalifikaci prostřednictvím poddodavatele. Není relevantní, že poddodavatel realizoval tři zakázky na památkově chráněných objektech a vybraný dodavatel pouze jednu zakázku. Zákonem není zakázáno prokazovat část technické kvalifikace poddodavatelem a zákonem není stanoven rozsah podílu poddodavatele na celkovém plnění.
6. Žalovaný nezohlednil, že v posuzované věci jde o podlimitní veřejnou zakázku, nikoliv nadlimitní, která musí být obligatorně zadávána v užším (nadlimitním) řízení. V tomto kontextu nesprávně vyhodnotil závazek poddodavatele, který s dodavatelem zodpovídá společně a nerozdílně za plnění veřejné zakázky v rozsahu, v jakém poddodavatel prokázal splnění kvalifikace (viz odst. 3 poddodavatelské smlouvy), v návaznosti na § 83 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek. Již tento výslovný závazek poddodavatele (sám o sobě) ex lege stačí na prokázání požadované kvalifikace, a v plném rozsahu nahradil povinnost předložení závazku obsahujícího „písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele. I při fikci, že žalovaný správně vyhodnotil neurčitost (nekonkrétnost) závazku poddodavatele dle § 83 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek, by město nevyloučením dodavatele z veřejné zakázky zákon neporušilo, neboť tento závazek byl plně sanován „společnou a nerozdílnou“ odpovědností poddodavatele se zhotovitelem za řádné splnění zakázky (viz jeho explicitní závazek).
7. Žalobce dále namítá porušení zásady *ne bis in idem* (ne dvakrát o téže věci) a v této souvislosti poukazuje na skutečnost, že žalobci uložen (sankční) odvod části dotace ve výši 2,42 milionů Kč za v podstatě stejné pochybení, za které byla žalobci uložena pokuta. Žalovaný rovněž nesprávně posoudil zásah do majetkové sféry rozpočtu města, když při stanovení výše pokuty nezohlednil zmíněný odvod části dotace.

8. Žalobce tvrdí, že pokuta ve výši 140 000 Kč je zcela nepřiměřená a měla by být přiměřeně snížena. A to i s ohledem na skutečnost, že žalovaný posuzuje hospodářskou situaci žalobce na základě poněkud zavádějícího údaje, tj. plánovaných rozpočtových příjmů ve výši 64 910 843 Kč. Žalobce je malým městem s 2 700 obyvateli, jehož rozpočet je z velké části vynakládán na mandatorní výdaje a pouze menší část z příjmů může být vynakládána na investiční náklady. Uložená pokuta za drobné pochybení představuje poměrně citelný zásah do jeho rozpočtu. Nadto přestupek byl spáchán před více než třemi lety, přičemž zohlednění této skutečnosti se ve výši pokuty neodrazilo. Žalobce dále odkazuje na pravomocná rozhodnutí žalovaného v podání rozkladu, z nichž vyplývá nepřiměřenost výše pokuty uložené žalobci.
9. Žalobce má za to, že postupem žalovaného došlo k porušení § 2 odst. 1 a 3 a § 3 zákona č. 50/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“).
10. Žalobce navrhuje, aby soud napadené rozhodnutí zrušil.
11. V replice ze dne 31. 8. 2023 žalobce doplnil, že platnost smlouvy měl žalovaný vyřešit jako předběžnou otázku, což neučinil. Proto je rozhodnutí žalovaného i jeho předsedy nepřezkoumatelné. Žalobce k tomu odkázal na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 2. 2004, č. j. 6 A 101/2002-52, a ze dne 30. 4. 2019, č. j. 5 As 302/2017-42. Dále žalobce uvedl, že by neměl být postižen za snahu o vyšší transparentnost výběrového řízení, než mu o této zakázce závazně ukládal zákon. Žalovaným tvrzené pochybení žalobce z hlediska společenské škodlivosti nenaplnilo míru nezbytnou pro materiální znak přestupku, a pokud ano, měl to žalovaný hodnotit podstatně mírněji než v případě povinného zadání zakázky formou nadlimitního režimu. Pokud by údajné pochybení žalobce nebylo přestupkem u podlimitní zakázky (což je případ žalobce), nemělo by být hodnoceno vůči žalobci jako přestupek.

III. Vyjádření žalovaného

12. V písemném vyjádření k žalobě žalovaný argumentoval ke každému žalobnímu bodu a především odkázal na odůvodnění napadeného rozhodnutí, jelikož žalobní námitky v převážné části představují tvrzení uplatněná žalobcem již v rámci rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí. Žalovaný navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout.

VI. Posouzení věci krajským soudem

13. Žaloba byla podána včas, osobou k tomu oprávněnou a jedná se o žalobu přípustnou. Soud ve věci rozhodl bez nařízení jednání za splnění zákonných podmínek. Krajský soud přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích uplatněných žalobních bodů, jakož i z pohledu vad, k nimž je povinen přihlížet z úřední povinnosti, a dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.
14. Dále krajský soud konstatuje, že žalobní námitky jsou z podstatné části opakováním argumentace předestřené žalobcem již ve správním řízení. V této souvislosti považuje soud za vhodné připomenout, že vyžadovat od soudů, aby po správních orgánech opakovaly každý závěr, považují-li jej za správný, by bylo nevhodné a zbytečné, a proto se může soud v případech shody mezi názorem soudu a odůvodněním žalobou napadeného rozhodnutí odkazovat na toto odůvodnění (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 7. 2007, č. j. 8 Afs 75/2005-130 publikovaný pod č. 1350/2007 Sb. NSS, či rozsudky téhož soudu ze dne 2. 7. 2007, č. j. 4 As 11/2006-86, ze dne 29. 5. 2013, č. j. 2 Afs

37/2012-47, dne 7. 6. 2017, č. j. 6 As 68/2017-53). Jinak řečeno, smyslem soudního přezkumu není nalezení alternativního a za každou cenu originálního způsobu vyjádření týchž závěrů, k nimž již správně dospěl správní orgán (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 11. 2014, č. j. 6 As 54/2013-128).

15. Ze spisového materiálu vyplynulo, že předmětem veřejné zakázky „*Stavební úpravy objektu Puškinova č.p. 7 v Javorníku – vznik multifunkčního domu*“ zadávané v rámci projektu financovaného z programu INTERREG V-A ČR-Polsko byly stavební úpravy památkově chráněné budovy Puškinova č. p. 7 v městě Javorníku pro účely muzea a k přestěhování a rozšíření informačního centra. Veřejná zakázka byla zadána v rámci podlimitního užšího zadávacího řízení.
16. Podle kvalifikační dokumentace „*[p]oddodavatelé, pomocí kterých zájemce o zakázku bude prokazovat kvalifikační předpoklady, se musí podílet na realizaci zakázky v objemu odpovídajícím dokládané kvalifikaci. Tato povinnost bude ze strany zadavatele kontrolována v průběhu celé realizace a porušení této povinnosti bude mít za následek uplatnění sankcí ze strany zadavatele – viz zákon č. 134/2016 Sb., o veřejných zakázkách, ustanovení § 83*“.
17. K prokázání splnění technické kvalifikace žalobce podle bodu 4. 4 kvalifikační dokumentace požadoval mj., aby dodavatel „*[v] posledních pěti letech provedl minimálně čtyři realizace stavebních prací obdobného charakteru jako je předmět plnění zakázky, přičemž finanční objem u cenově nejvýznamnější reference musí být min. 40 000 000,- Kč bez DPH (jedná se o celkovou hodnotu referenční zakázky, tj. komplexní rekonstrukce), dvou referencí min. 20 000 000,- Kč bez DPH za každou zakázku a u jedné reference min. 10 000 000,- Kč bez DPH.*

Z celkového počtu 4 referenčních zakázek definovaných výše musí být minimálně tři referenční stavební zakázky, jejímž předmětem plnění byla rekonstrukce nemovité kulturní památky“.

18. Podle bodu 6. kvalifikační dokumentace: „*Součástí žádosti o účast a dokumentace prokazující kvalifikaci uchazeče musí být rovněž: Výčet poddodavatelů a vyjádření jejich podílů na zakázce (uvedení poddodavatelů a jejich podílů na plnění zakázky včetně procentuálního vyjádření a konkrétní části plnění zakázky). V poddodavatelském schématu musí být v této fázi výběrového řízení uvedeni především poddodavatelé, pomocí kterých uchazeč prokazuje, či bude prokazovat kvalifikační předpoklady, a to v tom rozsahu (plnění na zakázce), v jakém se budou podílet na prokázání kvalifikačních předpokladů. Při specifikaci části plnění zakázky, které budou realizovány poddodavatelsky, musí dodavatel vycházet ze specifikace předmětu výběrového řízení uvedené v projektové dokumentaci. Pozn.: Pokud dodavatel nevyužije k plnění veřejné zakázky poddodavatele, předloží čestné prohlášení o tom, že poddodavatele nevyužije.*

(...)

V případě, že zájemce o účast nepředloží výše požadované dokumenty, může být zadavatelem vyloučen z výběrového řízení.“.

19. Vybraný uchazeč předložil v rámci nabídky smlouvu o spolupráci (poddodavatelskou smlouvu) ze dne 13. 4. 2018 (dále jen „smlouva o spolupráci“ nebo „poddodavatelská smlouva“), kterou uzavřel s poddodavatelem T o c h á č e k spol. s r.o. (dále jen „společnost Tocháček“ nebo „poddodavatel“). Prostřednictvím tohoto poddodavatele vybraný uchazeč podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek prokazoval splnění výše zmíněného technického kvalifikačního předpokladu uvedeného v bodu 4. 4. kvalifikační dokumentace.

20. Podle bodu 3. smlouvy o spolupráci: „Účelem uzavření této smlouvy je prokázání části kvalifikace do nabídky – technické kvalifikační předpoklady – referenční zakázky srovnatelného charakteru dle požadavků zadavatele stanovených v zadávací dokumentaci. Poddodavatel se zavazuje poskytnout dodavateli plnění určené k plnění veřejné zakázky a poskytnout věci či práva, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky a společně s dodavatelem zodpovídá společně a nerozdílně za plnění veřejné zakázky v rozsahu, v jakém poddodavatel prokázal splnění kvalifikace“. Podle bodu 4. smlouvy o spolupráci: »Poddodavatel prokazující kvalifikaci se zavazuje, že v případě zadání veřejné zakázky s názvem „Stavební úpravy objektu Puškinova č.p. 7 v Javorníku – vznik multifunkčního domu“ dodavateli, bude akceptovat závazek podílet se na plnění této veřejné zakázky realizací části stavebních prací v rozsahu, v jakém prokazoval kvalifikaci a poskytne dodavateli řádnou součinnost pro realizaci zakázky.«.
21. Podle seznamu poddodavatelů vybraného dodavatele ze dne 17. 4. 2018 (dále jen „seznam poddodavatelů“), se obchodní společnost Tocháček na plnění předmětné veřejné zakázky vybraným dodavatelem bude podílet jako poddodavatel v rozsahu „[r]ealizace části stavebních prací“, přičemž podíl uvedeného poddodavatele na plnění veřejné zakázky je ve výši 10 %.
22. Žalobce považoval kvalifikaci vybraného uchazeče za splněnou.
23. Krajský soud se ztotožnil se závěrem správních orgánů, že z písemného závazku poddodavatele ve vztahu k prokázání kritéria technické kvalifikace je neurčité a nesrozumitelné, neboť z něj nelze žádným způsobem dovodit objem prací ani jejich obsahovou náplň, která bude společností Tocháček realizována. Závazek poddodavatele nelze považovat za naplňující smysl a účel § 83 odst. 1 písm. d) a § 83 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek.
24. Podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek *dodavatel může prokázat určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 požadované zadavatelem prostřednictvím jiných osob. Dodavatel je v takovém případě povinen zadavateli předložit písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele.*
25. Podle § 83 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek se má za to, že *požadavek podle odstavce 1 písm. d) je splněn, pokud obsahem písemného závazku jiné osoby je společná a nerozdílná odpovědnost této osoby za plnění veřejné zakázky společně s dodavatelem. Prokazuje-li však dodavatel prostřednictvím jiné osoby kvalifikaci a předkládá doklady podle § 79 odst. 2 písm. a), b) nebo d) vztahující se k takové osobě, musí dokument podle odstavce 1 písm. d) obsahovat závazek, že jiná osoba bude vykonávat stavební práce či služby, ke kterým se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje.*
26. Pokud jde o výklad citovaných ustanovení, vycházely správní orgány zejména z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 10. 2014, č. j. 62 Af 57/2013-90, č. 3265/2015 Sb. NSS, věc *EUROVIA CS*, a dále z následného rozsudku ze dne 14. 5. 2015, č. j. 3 As 204/2014-46, kterým Nejvyšší správní soud zamítl kasační stížnost žalovaného. Zmíněná judikatura se vztahuje k předchozí právní úpravě obsažené v § 51 odst. 4 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, podle kterého platilo, že *pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) a d)*

v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit mimo jiné smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věci či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d). Vzhledem k obdobnosti předmětné problematiky v zákoně o zadávání veřejných zakázek, kdy smysl a podstata věci zůstala i v nové právní úpravě nezměněna, jsou závěry plynoucí ze zmíněné judikatury relevantní i pro nyní souzenou věc a krajský soud nevidí důvodu, pro nějž by se měl od této judikatury jakkoli odchýlovat.

27. Poddodavatelská smlouva musí obsahovat jasně vymezenou kvalifikační dovednost a reálný platný závazek k jejímu plnění. Kromě obecných požadavků na platnost právního jednání musí být poddodavatelská smlouva dostatečně určitá a srozumitelná. Současně je třeba trvat na natolik konkrétní formulaci smlouvy, aby z ní bylo zřejmé, jakou část kvalifikačních předpokladů dodavatel prokáže prostřednictvím poddodavatele. Poddodavatelská smlouva totiž tvoří právní základ pro doplnění kvalifikace dodavatele v rozsahu, který chybí poddodavateli. To však neznamená, že poddodavatelský vztah musí být ve smlouvě upraven do nejmenších detailů (srov. výše zmíněný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 204/2014-46).
28. Aby poddodavatelská smlouva vyhověla požadavku na vymezení obsahu i rozsahu závazku dostatečně určitě, „*musel by z ní vyplynout závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věci či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Musel by z ní tedy vyplynout **konkrétní závazek subdodavatele, jenž by spolehlivě dokládal reálnou míru participace subdodavatele na samotném plnění**, jež je veřejnou zakázkou (tj. **míra přímého podílu subdodavatele na realizaci plnění**), nebo konkrétní závazek subdodavatele, jenž by spolehlivě dokládal reálné poskytnutí věci či práv, s nimiž by byl dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a jeho natolik přesný popis, aby bylo možno posoudit skutečný podíl subdodavatele na veřejné zakázce realizované uchazečem. (...) [j]e zapotřebí spolehlivě doložit, v jakých ohledech, v jakých částech plnění veřejné zakázky, **jakým konkrétním způsobem a do jaké konkrétní míry bude uchazeč reálně disponovat faktickou participací svého subdodavatele**, jež pak bude souviset s jeho odbornými (technickými) nebo ekonomickými schopnostmi v rámci plnění veřejné zakázky, a v čem bude taková participace spočívat, popř. v jakých ohledech, ve vztahu k jakým částem veřejné zakázky, jakým konkrétním způsobem a do jaké konkrétní míry bude uchazeč reálně disponovat věcmi či právy subdodavatele, a o jaké věci či o jaká práva půjde. Jen tak může mít zadavatel najisto postaveno, že jeho požadavky, které se promítly do zadávacích podmínek, ať už jde o požadavky odborného charakteru či charakteru ekonomického, uchazeč ve skutečnosti splňuje, a je tak dle představ zadavatele také skutečně způsobilý předmět veřejné zakázky splnit.*“ (srov. výše zmíněný rozsudek krajského soudu č. j. 62 Af 57/2013-90, zvýraznění doplnil krajský soud).
29. Na výše uvedených závěrech nic nemění ani § 83 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek. Toto ustanovení totiž upravuje pouze další náležitosti písemného závazku podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek, a to společnou a nerozdílnou odpovědnost dodavatele a jeho poddodavatele za plnění předmětné veřejné zakázky a povinnost uvedení konkrétních stavebních prací či služeb, které bude poddodavatel pro

dodavatele provádět. Do povinnosti poddodavatele podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek podílet se na veřejné zakázce v minimálním rozsahu, v jakém prokázal kvalifikaci, § 83 odst. 2 o zadávání veřejných zakázek nikterak nezasahuje. Dodavatel prokazující kvalifikaci prostřednictvím poddodavatele je tak povinen dostát jak povinnosti stanovené v § 83 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek, tak současně povinností vyplývajícím z § 83 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek. Tyto povinnosti stojí totiž vedle sebe. Jinými slovy, prokazuje-li dodavatel prostřednictvím jiné osoby kvalifikaci a předkládá doklady podle § 79 odst. 2 písm. a), b) nebo d) zákona vztahující se k takové osobě musí dokument podle § 83 zákona odst. 1 písm. d) zákona obsahovat závazek, že jiná osoba bude vykonávat stavební práce či služby, ke kterým se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje. Právní domněnka splnění § 83 odst. 1 písm. d) zákona v návaznosti na společnou a nerozdílnou odpovědnost účastníka zadávacího řízení a jiné osoby, se tak v takovém případě neuplatní. Nelze proto přisvědčit tvrzení žalobce, že by závazek společné a nerozdílné odpovědnosti poddodavatele s dodavatelem za řádné splnění zakázky sanuje neurčitost závazku poddodavatele podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek.

30. Jak krajský soud zmínil již výše, v poddodavatelské smlouvě není obsah a rozsah závazku poddodavatele vymezen dostatečně určitě. Z výše citovaných ustanovení poddodavatelské smlouvy toliko plyne, že jejím účelem je prokázání technických kvalifikačních předpokladů – referenčních zakázek. Dále je do smlouvy vtělena část textu § 83 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek. Poddodavatel se rovněž zavazuje, že se v případě úspěchu v zadávacím řízení bude podílet na realizaci části stavebních prací v rozsahu, v jakém prokazoval kvalifikaci a že uzavře s dodavatelem smlouvu o dílo, jejíž obsah bude vycházet ze smlouvy o dílo mezi dodavatelem a zadavatelem veřejné zakázky. Ačkoli není potřebné, aby poddodavatelská smlouva řešila parametry daného závazku do nejmenších detailů, smlouva o spolupráci uzavřená mezi vybraným uchazečem a společností Tocháček se omezuje pouze na typové označení činností – stavební práce, a vůbec z ní nevyplývá, jaké stavební práce společnost Tocháček provede. Tudíž není zřejmé, zda se jedná o stavební práce, prostřednictvím kterých vybraný dodavatel prokázal kvalifikaci. V okamžiku hodnocení nabídek proto žalobce nemohl najisto vědět, v jakém dostatečně určeném plnění závazek poddodavatele vůči vybranému dodavateli spočívá. Již sama tato skutečnost by postačovala k závěru o nenaplnění požadavku určitosti poddodavatelské smlouvy plynoucího z § 83 odst. 1 zákoně o zadávání veřejných zakázek.
31. Krajský soud nepřisvědčil argumentaci žalobce, že závazek poddodavatele bylo nutné vymezit obecně, neboť dodavatel ve fázi předkládání nabídek nemohl vědět, které konkrétní práce bude realizovat poddodavatel. Vybraný dodavatel měl totiž k dispozici zadávací dokumentaci včetně projektové dokumentace a v době prokazování kvalifikace tedy musel mít povědomí o předmětu plnění veřejné zakázky.
32. Z § 83 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek jednoznačně vyplývá, že prokazuje-li dodavatel splnění kvalifikace prostřednictvím poddodavatele, je tento poddodavatel povinen podílet se na veřejné zakázce minimálně v rozsahu, v jakém poddodavatel prokázal kvalifikaci za dodavatele (tedy v míře, v jaké dodavatel využil poddodavatele ke splnění kvalifikace). Aby zadavatel mohl posoudit míru závazku poddodavatele s mírou prokázání splnění kvalifikace, je nezbytné, aby byl rozsah závazku poddodavatele vymezen jednoznačněji, srozumitelněji a více určitě než jen obecným souslovím „v rozsahu, v jakém prokazoval kvalifikaci“ (tj. pouze opisem formulace textu

zákonu do textu smlouvy). Vymezení závazku poddodavatele podílet se na plnění veřejné zakázky „realizací čisti stavebních prací v rozsahu, v jakém prokazoval kvalifikaci“ zadavatel v nyní řešeném případě fakticky pozbyl možnost relevantního zhodnocení toho, zda dodavatel skutečně požadovanou kvalifikaci má či nikoli.

33. Krajský soud se shoduje se žalovaným, že nabídka předložená vybraným uchazečem budí pochybnosti ohledně míry zapojení společnosti Tocháček na plnění předmětné zakázky. Tyto pochybnosti plynou z informací poskytnutých vybraným dodavatelem, který uvádí, že poddodavatel se bude na provedení blíže nekonkretizovaných stavebních prací podílet z 10 % (viz seznam poddodavatelů), avšak na straně druhé z poddodavatelské smlouvy plyne, že se poddodavatel zavázal vybranému dodavateli podílet se na veřejné zakázce v rozsahu, v jakém prokázal kvalifikaci za dodavatele (tj. v rozsahu, v jakém jej dodavatel využil ke splnění kvalifikace). Obě uvedená tvrzení vedle sebe těžko mohou obstát. S ohledem na způsob prokázání technické kvalifikace (předložení referenční zakázky poddodavatele) lze vyvodit, že vybraný dodavatel zakázku obdobného rozsahu, tj. v minimální hodnotě 40 000 000 Kč, v posledních pěti letech nerealizoval. Vybraný dodavatel dále prokazoval prostřednictvím poddodavatele dvě ze tří referenčních zakázek se zadavatelem požadovaným předmětem rekonstrukce kulturní nemovité památky. Tím, jak vybraný dodavatel prokazoval splnění technické kvalifikace, by měl být stanoven poměr rozsahu plnění veřejné zakázky. Pokud žalobce vztahoval prokázání technické kvalifikace k celé veřejné zakázce, je rovněž nutno od celé veřejné zakázky odvozovat míru, jakou se poddodavatel bude podílet na plnění dané veřejné zakázky. Z požadavku zadavatele je zřejmé, že má zájem na tom, aby byl předmět veřejné zakázky plněn subjektem se zkušeností při realizaci zakázky určitého objemu a nadto subjektem zkušeným v oblasti rekonstrukcí nemovitých kulturních památek. Z doložení referenčních staveb (tedy ze způsobu, jakým byla prokazována technická kvalifikace) je patrné, že zkušenějším realizátorem staveb, který disponuje patřičnými zkušenostmi a referencemi je poddodavatel, nikoli vybraný uchazeč. Nicméně v nyní řešené věci má plnění poddodavatele spíše okrajový charakter (10 %), což je v nepoměru s vypovídací hodnotou poddodavatelem předložených referencí.
34. S ohledem na vše výše uvedené nelze přisvědčit žalobní argumentaci, že prostřednictvím poddodavatele vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci s jakýmkoli druhem stavebních prací, které nemusely být v závazku poddodavatele specifikovány, neboť předmětem prokázání technických kvalifikačních předpokladů nebyla speciální odborná způsobilost, např. restaurování památek.
35. Žalobce současně nemůže očekávat odpověď na otázku, jaké tedy mělo být vymezení obsahu a rozsahu závazku poddodavatele. Předmětem řízení je toliko posouzení souladnosti postupu žalobce při zadávání předmětné veřejné zakázky se zákonem.
36. Tvrzení žalobce, že v nyní projednávaném případě nebyly respektovány požadavky pro výklad právního jednání kladené ústavním pořádkem a občanským zákoníkem, se míjí s podstatou sporné otázky, zda vybraný dodavatel prokázal požadovanou technickou kvalifikaci v souladu s podmínkami stanovenými § 83 odst. 1 písm. d) a § 83 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek. Správní orgány netvrdily, že smlouva o spolupráci je neplatná z důvodu neurčitosti. Věnovaly se hodnocení, zda ze zmíněné smlouvy vyplývá dostatečně konkrétní závazek ve smyslu výše citované judikatury. Poukazovaly přitom na skutečnost, že závazek společnosti Tocháček míru konkretizace způsobu zapojení tohoto poddodavatele do plnění veřejné zakázky požadovanou zákonem o zadávání veřejných

zakázek postrádá. Jak bylo uvedeno výše, ze smlouvy o spolupráci nelze seznat, jaké konkrétní činnosti a v jakém rozsahu bude poddodavatel provádět a není tedy ani zřejmé (ověřitelné), zda tyto činnosti budou skutečně zahrnovat práce, prostřednictvím kterých vybraný dodavatel prokázal technickou kvalifikaci. Nesplnění požadavku na určitost vymezení zapojení poddodavatele na plnění veřejné zakázky stanoveného § 83 odst. 1 písm. d) a § 83 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek nelze zhojit výkladem právního jednání podle právní úpravy obsažené v občanském zákoníku ani výkladem na základě principu autonomie vůle smluvních stran. Jak konstatoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 6. 10. 2021, č. j. 2 As 301/2020-86, bod 22: „*Jednou ze základních zásad ovládajících úpravu zadávání veřejných zakázek je zásada transparentnosti (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, č. 2189/2011 Sb. NSS), která se přirozeně odráží také v aspektu prokázání splnění určité části kvalifikace uchazeče prostřednictvím subdodavatele. Požadavky na transparentnost zadávacího řízení a určitost obsahu subdodavatelské smlouvy nemohou být dodatečně naplněny s argumentací, že skutečný obsah byl smluvními stranám zjevný. Nedostatečná konkrétnost závazku nemůže být překonána pravidly výkladu právních jednání a skutečnou vůlí smluvních stran, neprojeví-li se tato v dostatečně konkrétní formulaci smluvního závazku. Předmětem posuzování je v tomto případě smluvní závazek, jak se objektivně jeví navenek, a proto nelze vycházet ze subjektivního přesvědčení smluvních stran nebo ze zavedené obchodní praxe.*“

37. Pokud by poddodavatelská smlouva nesplňovala minimální obecné požadavky na platnost právních jednání, byl by to jistě důvod pro vyslovení závěru o porušení povinnosti stanovené § 83 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek. Nicméně jak bylo zmíněno výše, k takovému závěru správní orgány nedospěly. Porušení zmíněného ustanovení shledaly z jiného důvodu (dodavatel předložil poddodavatelskou smlouvu s nedostatečně konkretizovaným závazkem poddodavatele). Z rozhodnutí správních orgánů tedy lze implicitně dovodit, že minimální obecné požadavky na platnost právních jednání považovaly ve vztahu k poddodavatelské smlouvě za splněné. Námitka žalobce stran nedostatečného řešení prejudiciální otázky platnosti smlouvy a s tím související nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí je proto neopodstatněná. Jelikož v posuzovaném případě nebyla zjištěna žádná neřešená prejudiciální otázka, jsou žalobcem odkazované rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 2. 2004, č. j. 6 A 101/2002-52, a ze dne 30. 4. 2019, č. j. 5 As 302/2017-42, nepřiléhavé.
38. K zákazu dvojího trestání v téže věci krajský soud odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2015, č. j. 5 As 95/2014-46, s tím, že uložení odvodu za porušení rozpočtové kázně není trestní sankcí, tudíž se při jeho ukládání neuplatní zákonné instituty určené pro oblast správního trestání. Uvedené platí obdobně o krácení dotace a rovněž z tohoto důvodu nemůže být porušen zákaz dvojího trestání v téže věci - krácení dotace trestem není (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 8. 2020, č. j. 5 As 225/2018-34, bod 32). Plně tak obстоjí vypořádání námítky porušení zásady *ne bis in idem* žalovaným obsažené v bodech 69 až 70 prvostupňového rozhodnutí.
39. Dále žalobce namítal zcela nepřiměřenou výši uložené pokuty. Ani tato žalobní námitka není důvodná. Krajský soud při jejím posouzení vycházel z konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu, podle které správní soud nemá pravomoc vstupovat do role správního orgánu a nahrazovat správní uvážení uvážením soudcovským, včetně toho, jaká sankce co do druhu a výše by měla být uložena. Z hlediska soudního přezkumu je důležité, zda výše pokuty byla uložena v zákonném rozmezí a řádně odůvodněna, bylo přihlédnuto

ke všem zákonným hlediskům a správní orgán dodržel meze správního uvážení. Role správního soudu při přezkumu uložené pokuty je tak do značné míry limitována. Soud není povolán k tomu, aby hledal nevhodnější způsob či vzorec výpočtu pokuty (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního ze dne 2. 11. 2023, č. j. 9 As 96/2021-58, bod 38, a v něm odkazovaná judikatura). Při posuzování zákonnosti uložené pokuty soud zkoumá, zda správní orgán zohlednil všechna zákonem stanovená kritéria, zda jsou jeho úvahy racionální, ucelené, koherentní, logické a zda správní orgán nevybočil z mezí správního uvážení nebo jej nezneužil. Dále je samozřejmě důležité, zda není uložena pokuta pro subjekt likvidační. Úvahy žalovaného a jeho předsedy naplňují všechna uvedená kritéria.

40. Pokud jde o žalobcem zmíněnou dobu 3 let, která uplynula od spáchání přestupku, nemá krajský soud pochybnosti, že k promítnutí této okolnosti do výše uložené pokuty došlo, stejně jako k promítnutí ekonomické situace a struktury rozpočtových příjmů žalobce, jakož i výpadku daňových příjmů žalobce v souvislosti s opatřeními vlády ve věci zmírnění či zastavení šíření koronaviru SARS-CoV-2. To je zřejmé již z toho, že žalobci byla uložena pokuta velmi výrazně při spodní hranici zákonem stanovené sazby. Přestože podle § 286 odst. 2 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek mohla být žalobci uložena pokuta až do výše 5 923 908,50 Kč, uložil mu žalovaný pokutu pouze ve výši 140 000 Kč (2,36 % z maximální možné výše pokuty). Dále žalovaný odůvodnil výši pokuty závažností pochybení žalobce. Žalovaný přesvědčivě zdůvodnil, že pochybení žalobce není pouze nepodstatné, neboť se jednalo o ohrožení řádného plnění veřejné zakázky. Žalobce uzavřel smlouvu s dodavatelem, u kterého nebylo postaveno najisto, že je skutečně způsobilý předmětnou veřejnou zakázku realizovat. Prostředky z veřejného rozpočtu tak byly poskytnuty dodavateli, se kterým smlouva na veřejnou zakázku uzavřena být neměla. Žalovaný přihlédl k tomu, že nedošlo k úplné ignoraci zákona, avšak nebyla respektován zákonem stanovený požadavek na konkrétnost závazku poddodavatele (viz bod 85 prvostupňového rozhodnutí).
41. Není pochyb o tom, že uložena sankce musí pro pachatele představovat negativní důsledek jeho protiprávního jednání, neboť jedině tak může mít požadovaný represivní i výchovný účinek.
42. Skutečnost, že žalovaný zvolil dobrovolně zadání veřejné zakázky v režimu užšího (nadlimitního) řízení, nebylo v daném případě možné jakkoli zohlednit v jeho prospěch. Nelze z ní tedy ani dovozovat, že pochybení žalobce není přestupkem. Volba žalobce s sebou automaticky nesla i jeho povinnost podřídit se přísnějším požadavkům zákona a nést tak v plném rozsahu negativní následky v případě jejich porušení, jak plyne z bodu 44 prvostupňového rozhodnutí, resp. z bodu 27 napadeného rozhodnutí. Pokud se žalobce rozhodl, že je schopen se přísnějším požadavkům podřídit, nelze žalovanému vytýkat, že postup žalobce přezkoumával z hlediska těchto přísnějších požadavků. Jinou možnost zákon žalovanému neposkytoval.
43. S námitkou týkající se výše sankcí ukládaných v obdobných věcech žalovaným se žalovaný vypořádal v bodě 80 prvostupňového rozhodnutí, přičemž zdůvodnil, že žalobcem odkazovaná rozhodnutí žalovaného vydaná v jiných věcech nemohou osvědčit, že by žalovaný při ukládání pokuty v případě žalobce vybočil z běžné praxe svého správního rozhodování. Krajský soud se se závěry žalovaného ztotožnil a nemá důvod pochybovat o tom, že by uložena pokuta ve výši 2,36 % zákonné sazby vybočovala z mezí dosavadní rozhodovací praxe žalovaného.

44. K argumentaci žalobce, že by pokuta měla být snížena krajský sodu uvádí následující. O upuštění od trestu (nebo o jeho snížení v mezích zákonem dovolených) může soud v souladu s § 78 odst. 2 s.ř.s. rozhodnout pouze tehdy, byl-li trest uložen ve zjevně nepřiměřené výši, k čemuž ale v daném případě nedošlo. Jak již bylo soudem konstatováno shora, žalovaný výši pokuty náležitě odůvodnil a s jeho úvahami, jež se výměry sankce týkají, se soud v plném rozsahu ztotožnil. Pokutu uloženou žalobci ve výši 140 000 Kč, která představuje toliko 2,36 % z maximální možné sazby, soud s přihlédnutím k okolnostem daného případu nepovažuje za nepřiměřenou, tím méně za zjevně nepřiměřenou. Podmínky pro její moderaci soudem v podobě snížení či dokonce upuštění od jejího uložení tudíž nebyly splněny, a proto soud návrh žalobce na přiměřené snížení pokuty neshledal důvodným.
45. S ohledem na nedůvodnost žalobní argumentace je zřejmé, že v postupu a rozhodnutí žalovaného a jeho předsedy nelze shledat žádné pochybení, jež by mohlo být kvalifikováno jako žalobcem

V. Závěr a náklady řízení

46. Krajský soud tak na základě výše uvedených skutečností neshledal žalobu důvodnou, a proto ji podle ustanovení § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.
47. Výrok o náhradě nákladů řízení vychází z ust. § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníkovi řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

Poučení:

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 právních předpisů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 29. 1. 2024

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu

