



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Pavla Molka a soudců JUDr. Radana Malíka a JUDr. Barbary Pořízkové v právní věci žalobkyně: **Dopravní podnik města Ústí nad Labem a.s.**, se sídlem Revoluční 3088/26, Ústí nad Labem, zast. Mgr. Janem Seidelem, advokátem se sídlem Dělnická 213/12, Praha 7, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 8. 11. 2021, č. j. ÚOHS-36080/2021/162/JSr, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **SOR Libchavy spol. s r. o.**, se sídlem Dolní Libchavy 48, Libchavy, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 25. 9. 2023, č. j. 30 Af 77/2021-216,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Předseda žalovaného rozhodnutím uvedeným v záhlaví zamítl žalobčin rozklad proti rozhodnutí ze dne 13. 8. 2021, č. j. ÚOHS-27598/2021/500/ISo, kterým žalovaný zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku, jejímž předmětem bylo dodání až 33 kusů parciálních trolejbusů (tj. trolejbusů vybavených akumulátorem, který umožňuje jízdu mimo trolejové vedení) v průběhu osmi let. Žalovaný zadávací řízení zrušil, jelikož dospěl k závěru, že ačkoliv měly všechny zadávací podmínky oporu v zákoně, ve svém souhrnu šlo o podmínky diskriminační a omezující bezdůvodně hospodářskou soutěž, takže šlo o zadávací podmínky v rozporu s § 36 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“).

[2] Proti rozhodnutí předsedy žalovaného podala žalobkyně žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), který ji zamítl rozsudkem uvedeným v záhlaví. Krajský soud odkázal na svůj rozsudek ze dne 10. 3. 2011, č. j. 62 Ca 15/2009-71, č. 2551/2012 Sb. NSS, dle kterého podmínka, promítající se do kvalifikačních předpokladů, která se

na jednom trhu může jevit jako odůvodněná, přiměřená a souladná se zákonem o veřejných zakázkách, může na jiném trhu vykazovat diskriminační charakter, a to typicky na trhu, který teprve vzniká a na kterém se jednotliví dodavatelé teprve etablují. Naopak rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (dále též „NSS“), krajského soudu a žalovaného, na která odkázala žalobkyně, nebyla na danou věc použitelná, jelikož se týkala jiných právních otázek a odlišných skutkových situací.

[3] Krajský soud se ztotožnil se závěrem žalovaného, že za potenciální dodavatele poptávaného plnění bylo třeba považovat také společnosti Cegelec a. s. (dále jen „Cegelec“) a SOR Libchavy spol. s r. o. (dále jen „SOR Libchavy“), které proti zadávacím podmínkám podaly námitky. Tyto společnosti projevily zájem o účast v zadávacím řízení a prohlásily, že by požadované trolejbusy byly schopny dodat. Žalovaný proto z jejich prohlášení vycházel. Nebyl dán důvod pochybovat o tvrzení těchto společností. Dané společnosti jsou dodavateli stěžejních komponentů pro výrobu trolejbusů. Je proto představitelné, že by se mohly spojit s dalším subdodavatelem a společně se zúčastnit soutěže o veřejnou zakázku.

[4] Krajský soud souhlasil i se závěrem žalovaného, že pro některé konkurenty na českém trhu s parciálními trolejbusy byly zadávací podmínky limitujícím faktorem, který jim bránil v účasti na veřejné zakázce. Za případné konkurenty bylo možné považovat pět společností (ŠKODA ELECTRIC a. s., Cegelec, SOR Libchavy, TRAM FOR ENVI s. r. o. a Carrosserie HESS AG). Možným dodavatelem nemohla být společnost EKOVA ELECTRIC, a. s. (nyní ŠKODA EKOVA a. s., dále jen „EKOVA ELECTRIC“), jelikož tuto společnost od roku 2020 vlastní koncern ŠKODA TRANSPORTATION a. s., jehož součástí je i dominantní hráč ŠKODA ELECTRIC a. s. (dále jen „ŠKODA ELECTRIC“), a také proto, že společnost EKOVA ELECTRIC ve svém vyjádření pro žalovaného sdělila, že parciální trolejbusy nikdy nevyvíjela a v dohledné budoucnosti vyvíjet nehodlá. Za potenciálního konkurenta nebylo možné považovat ani společnost SOLARIS CZECH spol. s r. o. (dále jen „SOLARIS CZECH“), jelikož ta v minulosti opakovaně spolupracovala se ŠKODOU ELECTRIC a sama uvedla, že se daného zadávacího řízení účastní jako její poddodavatel. Za potenciálního konkurenta nebylo možné považovat ani nizozemskou společnost Van Hool NV, která na dotazy žalovaného vůbec neodpověděla, a proto lze předpokládat, že nemá o dodávky na českém trhu zájem. Z pěti výše uvedených společností by ekonomickou kvalifikaci splnily tři, podmínku technické kvalifikace by splnily dvě, přičemž pouze ŠKODA ELECTRIC byla schopná vyhovět také požadavku na zrychlení trolejbusu a na maximální výšku nástupní hrany. Kombinací všech požadavků tak žalobkyně vyloučila ze soutěže o veřejnou zakázku všechny potenciální dodavatele až na ŠKODU ELECTRIC.

[5] Krajský soud dále shledal, že zadávací podmínky vytvořily překážku pro hospodářskou soutěž. Žalovaný v napadeném rozhodnutí vysvětlil, že i když hlavním úkolem zadavatelů není rozvíjet tržní prostředí, v případě, kdy je v určitém segmentu trhu hospodářská soutěž výrazně omezená, mají povinnost tento nežádoucí stav neprohlubovat. Žalobkyně však v situaci, kdy trhu s parciálními trolejbusy dominoval jediný dodavatel ŠKODA ELECTRIC, stanovila zadávací podmínky takovým způsobem, že je byl schopný splnit pouze tento dodavatel. Žalobkyně proto měla stanovit mírnější podmínky, aby je byli schopni splnit i dodavatelé, kteří se na trhu teprve etablují.

[6] Žalobkyní nastavené zadávací podmínky nejsou koherentní v otázce minimálního dojezdu trolejbusu mimo trolejové vedení. Žalobkyně požadovala dojezd alespoň 12 km,

pokračování

a to jak u referenčních zakázek prokazujících technickou kvalifikaci, tak u vzorku určeného k přezkoušení. Dodavatelé si protiřečili v tom, jak náročný proces představuje úprava stávajícího trolejbusu s nižším dojezdem na dojezd požadovaný žalobkyní. Podle společnosti SOLARIS CZECH a žalobkyně by šlo o jednoduchý dílenský zásah nepřinášející komplikace. V takovém případě ale není ospravedlnitelné, že žalobkyně v rámci technické kvalifikace požadovala, aby uchazeč prokázal, že dodal v minulosti jinému zákazníkovi trolejbusy s tímto minimálním dojezdem, jelikož by stačilo dodání trolejbusů s nižším dojezdem. Podle společnosti TRAM FOR ENVI s. r. o. by naopak poptávaná úprava vyžadovala několik měsíců a investici v řádu stovek tisíc korun, což znamená, že by požadavek na dodání vzorku s tímto dojezdem ve lhůtě 15 dnů od zadavatelovy výzvy představoval vyloučení všech uchazečů, kteří vozidlem s tímto dojezdem v době výzvy nedisponovali.

[7] Krajský soud neshledal důvodnou ani námitku, že zdržení při samotné realizaci zakázky by mohlo způsobit, že by žalobkyně musela vracet dotace, které na pořízení trolejbusů získala. Tuto námitku neuplatnila ve správním řízení. Dotace zmínila pouze při obhajování svého požadavku, aby vybraný uchazeč dodal požadované plnění do 300 až 400 dnů. Žalobkyně proto nemůže žalovanému vytýkat, že se s tímto argumentem nevypořádal.

II. Obsah kasační stížnosti žalobkyně, vyjádření žalovaného a replika k němu

II. a) Kasační stížnost stěžovatelky

[8] Žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) napadla rozsudek krajského soudu kasační stížností z důvodů podřazených pod § 103 odst. 1 písm. a) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“).

[9] Krajský soud rozhodl v rozporu se zákonem a judikaturou správních soudů. Žalovaný i krajský soud opírají své závěry o rozsudek krajského soudu č. j. 62 Ca 15/2009-71, který se týkal zakázky na rychlostní měření ve městech a byl v něm posuzován požadavek tehdejšího zadavatele na doložení obdobného plnění v minulosti, a to v poměrně velkém rozsahu. Z tohoto rozsudku nevyplývá, že by byl problematický požadavek na prokázání obdobného plnění v minulosti jako takový. Tehdejší žalobce nezpochybňoval, že existuje malý počet dodavatelů, kteří by byli schopni zakázku daného typu a rozsahu plnit.

[10] Stěžovatelka naopak považuje za podstatný rozsudek NSS ze dne 10. 7. 2019, č. j. 2 Afs 192/2018-74, který se týká dodávek bateriových autobusů a NSS v něm odmítl přístup poskytovatele dotace, který tehdejšímu zadavateli vytýkal nezákonné stanovení podmínky předložení vzorku. Krajský soud však tento rozsudek neshledal relevantním, jelikož se v něm NSS nezabýval přiměřeností požadavku na poskytnutí vzorku bateriového autobusu, jelikož takovou výtku žalovaný vůči tehdejšímu zadavateli nevznesl. Pokud by však NSS považoval za nepřiměřený požadavek předložení vzorku, pak by se určitě již nezabýval detaily, jako je stanovení lhůty pro jeho předložení. Rozsudek NSS je pro projednávanou věc důležitý, jelikož podle něj má přísnost zadávacích podmínek smysl posuzovat pouze ve vztahu ke skutečným potenciálním dodavatelům poptávaného plnění.

[11] Zadávací podmínky, které stěžovatelka stanovila, by splnilo více dodavatelů. Tím se daná věc odlišuje od situace, kterou se krajský soud zabýval v rozsudku č. j. 62 Ca 15/2009-71. Krajský soud nyní posoudil okruh potenciálních dodavatelů

nesprávně a vnitřně rozporně. Společnosti Cegelec a SOR Libchavy nejsou potenciálními dodavateli veřejné zakázky. Tyto společnosti nevyrábějí parciální trolejbusy. Úvaha krajského soudu o možnosti spojení těchto společností nemůže být podkladem pro závěr o jejich údajné diskriminaci stěžovatelkou. Krajský soud pomíní, že se tyto společnosti mohly spojit a účastnit se tímto způsobem zadávacího řízení.

[12] Stěžovatelka nesouhlasí s tím, že za potenciálního dodavatele nelze považovat společnost EKOVA ELECTRIC, protože ji od roku 2020 vlastní koncern ŠKODA TRANSPORTATION a.s. Dle zápisu v obchodním rejstříku se tento koncern stal akcionářem společnosti EKOVA ELECTRIC až v srpnu 2021. Tuto skutečnost nelze klást k tíži stěžovatelky. Dalším potenciálním dodavatelem byla společnost SOLARIS CZECH. Úvaha krajského soudu, že tato společnost dříve spolupracovala se ŠKODA ELECTRIC, činí napadený rozsudek vnitřně rozporným, jelikož u dodavatelů SOR Libchavy a Cegelec krajský soud dovozuje, že mohou působit společně, zatímco SOLARIS CZECH má tato skutečnost naopak vyloučit z okruhu potenciálních dodavatelů. Společnost SOR Libchavy v minulosti též spolupracovala se ŠKODA ELECTRIC.

[13] Mezi potenciální dodavatele měla být zařazena i společnost Van Hool NV. Skutečnost, zda lze určitou společnost považovat za potenciálního dodavatele parciálních trolejbusů, nelze dovozovat ze subjektivního zájmu této společnosti. Hodnocení internetových stránek této společnosti krajským soudem je nesprávné, jelikož na internetových stránkách je prezentace produktů, které nabízí a mezi něž patří i parciální trolejbusy. Stěžovatelka nesouhlasí s tím, že jí je nezájem společnosti Van Hool NV přičítán k tíži. Kvůli vyřazení společnosti Van Hool NV z okruhu potenciálních dodavatelů dospěl krajský soud k nesprávnému závěru, že na trhu působí málo konkurentů.

[14] Způsob, jakým krajský soud vyhodnotil, který z potenciálních dodavatelů by splnil zadávací podmínky, je částečně nepřezkoumatelný. Kritérium ekonomické kvalifikace by splnilo pět dodavatelů, nikoliv tři, jak uvádí krajský soud. Kritérium technické kvalifikace by splnili čtyři dodavatelé, nikoliv dva. Vzorek by byli schopni předložit tři dodavatelé, nikoliv jeden. V rámci šetření žalovaného vyšlo najevo, že dosud vyrobená vozidla společnosti Carrosserie HESS AG nesplňují požadavek na zrychlení a výšku nástupní hrany, nicméně pro ostatní dodavatele by tento požadavek nebyl problematický.

[15] Z napadeného rozsudku je zjevné, že krajský soud považoval za rozhodující podmínku dojezdu trolejbusu alespoň 12 km. Stěžovatelka má za to, že tento požadavek dostatečně odůvodnila. Již před žalovaným uvedla, že v posledních letech buduje nízkoemisní flotilu vozidel, že dojezd vozidel na trakční baterii jí zajistí rozšíření trolejbusové dopravy i na úseky mimo trolejbusovou dráhu a že nebude muset zajišťovat náhradní autobusovou dopravu při výlukách částí trolejbusové dráhy, což jí ušetří finanční i organizační náklady. Pokud by požadavek na nezávislý pohon vypustila, riskovala by, že jí budou dodány trolejbusy, které nejsou schopné samostatné jízdy, a které by tudíž nebyly při provozování dopravy využitelné.

[16] Podle krajského soudu nedává smysl stanovení tohoto požadavku jak na prokázání technické kvalifikace, tak i na předkládaný vzorek. Požadavky na referenční trolejbusy a trolejbus předkládaný jako vzorek však nebyly stanoveny shodně. Požadavky na významné dodávky byly stanoveny obecněji a mírněji, konkrétnější požadavky byly stanoveny právě na zkoušený vzorek. Prokázání technické kvalifikace bylo možné pomocí

pokračování

jakýchkoliv trolejbusů s nezávislým pohonem. Stěžovatelka chtěla až u předloženého vzorku zkoumat zkušenost dodavatelů s dodávkami baterií takové kapacity, jaká je pro danou dodávku potřebná. Jelikož by tuto podmínku splnili čtyři dodavatelé, nejednalo se o podmínku nepřiměřeně omezující hospodářskou soutěž.

[17] Stěžovatelka považuje za nepřipustné, aby jí bylo kladeno k tíži, že se nepodařilo objasnit, jak náročný proces představuje úprava stávajícího trolejbusu s nižším dojezdem na požadovaný dojezd. Pokud se některou skutečnost nepodařilo prokázat, nemůže být vykládána v neprospěch stěžovatelky. Úprava stávajícího trolejbusu na trolejbus s požadovaným dojezdem je pro zkušeného dodavatele trolejbusů jednoduchým dílenským zásahem. Pokud dodavatel není schopen předvést vzorek ani s menším dojezdem či vyšší nástupní hranou, nebude tím spíš schopen dodat výrobek mírně odlišný a takový dodavatel není vůbec potenciálním dodavatelem daného plnění.

[18] Krajský soud nepřihlédl k důkazním návrhům a alibistickým způsobem se vyrovnal s argumentací ohledně odůvodnění legitimního zájmu stěžovatelky jako zadavatelky na stanovení zadávacích podmínek. Stěžovatelce nelze vytýkat, že se v řízení před žalovaným hájila způsobem vyplývajícím z díkce zákona a z ustálené rozhodovací praxe žalovaného a správních soudů. Nelze jí ani vytýkat, že reagovala především na námitky společností SOR Libchavy a Cegelec. Pokud se krajský soud odmítl zabývat argumentací týkající se dotací, protože na tuto problematiku v řízení před žalovaným poukázala v souvislosti s délkou dodací lhůty, jež byla jedním z navrhovatelů napadena, a žalovaný zákonost této lhůty neřešil, neznamená to, že by zájem stěžovatelky na včasném dodání trolejbusů neexistoval nebo k němu nemělo být přihlíženo.

[19] Aplikace zásady, že správní soud vychází při přezkoumání správního rozhodnutí ze skutkového stavu, jenž byl znám v době rozhodování správního orgánu, není absolutní. Žalovaný a krajský soud považovali společnosti SOR Libchavy a Cegelec za potenciální dodavatele parciálních trolejbusů. Stěžovatelčiny důkazní návrhy však prokazují, že tito dodavatelé sice uspěli v zadávacích řízeních jiných zadavatelů, nicméně ani jeden parciální trolejbus dosud nedodali a jsou v mnohaměsíčním prodlení. Žalovaný a krajský soud tak zadavatele nutí otevírat hospodářskou soutěž ve prospěch subjektů, které nejsou schopné plnit veřejné zakázky řádně a včas. Cílem stěžovatelkou stanovených podmínek bylo, aby v zadávacím řízení mohl uspět pouze takový uchazeč, který bude mít dostatečné zdroje a schopnosti pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Tyto požadavky odpovídají smyslu a účelu zákona o veřejných zakázkách.

[20] Stěžovatelčin zájem na obdržení poptávaného plnění včas a v požadované kvalitě je třeba nadřadit nad zájem na rozvoji tržního prostředí. Zájem stěžovatelky je totiž konkrétní a legitimní, zatímco zájem na rozvoji tržního prostředí je zájmem abstraktním a odtrženým od reality. Stěžovatelka nemůže nést negativní následky neodbornosti a nezkušenosti dodavatelů deklarujících schopnost dodat plnění.

II. b) Vyjádření žalovaného a replika stěžovatelky

[21] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti navrhl její zamítnutí. Důvody, pro které krajský soud nepřipustil použitelnost závěrů rozsudku NSS č. j. 2 Afs 192/2018-74, jsou správné, neboť daný rozsudek nepostihuje skutkové okolnosti projednávaného případu. NSS byl v tomto rozsudku vázán kasačními námitkami a předchozím rozsahem přezkumu

u Městského soudu v Praze a rozhodnutím poskytovatele dotace. NSS neposuzoval právo zadavatele požadovat vzorek autobusu, jelikož předmětem sporu bylo oprávnění zadavatele stanovit datum pro předvedení vzorku před uplynutím lhůty pro podání nabídek. Situace v projednávané věci je však odlišná. Stěžovatelka v rámci svých námitek pomíjí, že i při dodržení všech zákonných limitů a formálním naplnění zákonných ustanovení může dojít k tomu, že zadávací podmínky ve svém souhrnu kladou bezdůvodné překážky hospodářské soutěži.

[22] Krajský soud přílehavě zdůvodnil závěr o zahrnutí společností SOR Libchavy a Cegelec tím, že se jedná o společnosti, které dodávají zásadní komponenty pro výrobu parciálních trolejbusů, přičemž u společnosti SOR Libchavy prokazatelně došlo k vývoji a prodeji parciálního trolejbusu a takovou možnost nelze vyloučit ani u společnosti Cegelec. V průběhu správního řízení tyto společnosti řádně prohlásily, že jsou schopny poptávané plnění dodat.

[23] Krajský soud správně nehodnotil důkazy předložené stěžovatelkou, jelikož je nepředložila v průběhu správního řízení. Krajský soud musí dle § 75 odst. 1 s. ř. s. vycházet ze stavu, jaký tu byl v době vydání správního rozhodnutí. Žalovaný nesouhlasí s tím, že zájem stěžovatelky na řádném a včasném plnění převažuje nad zájmem otevřené a férové soutěže o veřejné zakázky. Tento zájem je základním principem zákona o veřejných zakázkách a reflektuje veřejný zájem na tom, aby zadavatel dostal ekonomicky co nejvýhodnější plnění.

[24] Krajský soud dle žalovaného též správně vymezil okruh potenciálních dodavatelů. Stěžovatelka pomíjí, že krajský soud u společnosti EKOVA ELECTRIC označil jako důvod, vylučující ji z okruhu potenciálních dodavatelů, též skutečnost, že tato společnost uvedla, že parciální trolejbusy nevyvíjela a vyvíjet nehodlá. Co se týče společnosti SOLARIS CZECH, stěžovatelka vytrhává z kontextu část posouzení krajského soudu, které vycházelo ze skutkového zjištění, že společnost SOLARIS CZECH se zadávacího řízení účastnila jako poddodavatel společnosti ŠKODA ELECTRIC. Konečně pasivitu společnosti Van Hool NV je třeba vnímat jako její nezájem o vstup na český trh v dané oblasti. Internetová prezentace této společnosti neprokazuje, že by měla být považována za potenciálního dodavatele.

[25] Stěžovatelka teprve v kasační stížnosti uplatnila námitku, že kritérium ekonomické kvalifikace by splnilo pět dodavatelů. Dřívější skutková zjištění provedená žalovaným rozporovala pouze v tom, že ekonomickou kvalifikaci by naplnila i společnost Van Hool NV, a nikoliv i společnost EKOVA ELECTRIC. Pro úvahy o tom, kolik dodavatelů by splnilo požadavky zadavatele, je nutné vycházet pouze z okruhu potenciálních dodavatelů. Společnosti SOLARIS CZECH a Van Hool NV byly z tohoto okruhu vyjmuty. Stěžovatelce se nepodařilo prokázat, že svůj požadavek na dojezd trolejbusu na nezávislý pohon stanovený na 12 km dostatečně a řádně odůvodnila. Stěžovatelka se omezila pouze na obecná tvrzení o nutnosti zajistit kontinuální dopravní obsluhu města, avšak neprokázala, proč právě takto stanovené požadavky jsou jako jediné způsobilé zajistit splnění tohoto požadavku.

[26] Stěžovatelka v replice uvedla, že nesouhlasí s tvrzením žalovaného, že společnosti SOR Libchavy a Cegelec byly potenciálními dodavateli parciálních trolejbusů. Ve správním řízení nebylo zkoumáno, zda by tyto společnosti při podání společné nabídky splnily zadávací podmínky. Stěžovatelka prokázala, že tyto společnosti přes své smluvní závazky

pokračování

nebyly schopny dodat jediný parciální trolejbus žádnému ze tří dopravních podniků, kterým se k dodávce zavázaly. Je proto absurdní tvrdit, že by byly schopny dodat předmět veřejné zakázky. Zatímco u společností SOR Libchavy a Cegelec je vzájemná spolupráce považována za důvod, proč jsou považovány za potenciální dodavatele, u dodavatelů SOLARIS CZECH a ŠKODA ELECTRIC je vzájemná spolupráce důvodem, proč byla společnost SOLARIS CZECH vyřazena z okruhu potenciálních dodavatelů. Volba potenciálních dodavatelů je tak v rozhodnutí žalovaného a rozsudku krajského soudu arbitrární.

[27] Osoba zúčastněná na řízení se ve věci nevyjádřila.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[28] Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal, zda napadený rozsudek netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[29] Kasační stížnost není důvodná.

III. a) Nepřezkoumatelnost

[30] Vzhledem k tomu, že stěžovatelka uplatnila v kasační stížnosti také důvod podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s., zabýval se NSS nejprve tímto důvodem a pro stručnost odkazuje na judikaturu ohledně posouzení toho, jaké vady naplňují tento kasační důvod (viz např. rozsudek NSS ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003-75, č. 133/2004 Sb. NSS).

[31] Stěžovatelka shledává nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku ve způsobu, jakým krajský soud vyhodnotil, kteří z potenciálních dodavatelů by splnili zadávací podmínky. Krajský soud se k počtu potenciálních dodavatelů vyjádřil v bodech 34. až 40. napadeného rozsudku, ve kterých se zabýval jednotlivými společnostmi, které stěžovatelka považovala za potenciální dodavatele, přičemž u každé z těchto společností srozumitelným a logickým způsobem vysvětlil, proč ji nebylo možné považovat za potenciálního dodavatele požadovaného plnění. Napadený rozsudek proto netrpí vadou nepřezkoumatelnosti. Správnost jednotlivých závěrů krajského soudu ohledně potenciálních dodavatelů požadovaného plnění posoudí NSS níže.

III. b) Skutková a judikatorní východiska

[32] NSS před posouzením námitek směřujících do důvodu dle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. shrnuje požadavky, kterými stěžovatelka podmínila účast v zadávacím řízení a uvedla je v zadávací dokumentaci, která je součástí správního spisu. Stěžovatelka požadovala, aby zájemci o účast v zadávacím řízení prokázali ekonomickou kvalifikaci prostřednictvím ročního obrátu za tři bezprostředně předcházející účetní období, a to v minimální výši 350 000 000 Kč za rok. Dále požadovala prokázání technické kvalifikace spočívající v předložení významných dodávek poskytnutých za poslední tři roky, konkrétně prokázání dodávky jednomu nebo více dodavatelům, a to nejméně 10 kusů nových nízkopodlažních trolejbusů shodného či obdobného charakteru jako trolejbusy požadované stěžovatelkou.

[33] Pro trolejbus shodného či obdobného charakteru byly stanoveny následující kumulativní podmínky: 1) trolejbus musel mít nezávislý pohon umožňující jízdu obsazeného trolejbusu bez napájení z trolejového vedení alespoň 12 km, 2) schválení trolejbusu v provozu ve státě EU, EHP nebo Švýcarské konfederaci, 3) stoprocentní naplnění podmínek nízkopodlažnosti a dalších definic dle předpisů Evropské hospodářské komise Organizace spojených národů.

[34] Poslední podmínkou byl požadavek na předložení vzorku plnění včetně úspěšného výsledku zkoušky vzorku, a to do 15 kalendářních dnů ode dne doručení stěžovatelčiny výzvy. Součástí tohoto vzorku mělo být rovněž rozhodnutí o schválení typu drážního vozidla, osvědčení o shodě vzorku se schváleným typem a průkaz způsobilosti vzorku. Účastník zadávacího řízení k tomu byl povinen provést ve stejné lhůtě zkušební jízdu ve stěžovatelčině trolejbusové síti. Kromě dalších podmínek předvedení vzorku byly stanoveny parametry tohoto vzorku, mezi kterými byla mimo jiné výdrž 12 km jízdy na trakční baterii.

[35] Žalovaný ohledně zadávacích podmínek shledal, že stěžovatelka při stanovení kritérií ekonomické a technické kvalifikace nereflektovala specifika předmětu plnění rámcové dohody a nezohlednila podmínky na relevantním trhu, který tvoří pouze veřejné zakázky na trolejbusy zadané v ČR, přičemž tyto zakázky mezi léty 2017 a 2021 získala až na jednu společnost ŠKODA ELECTRIC, která by jako jediná splnila všechny zadávací podmínky nynější veřejné zakázky. Tím stěžovatelka vytvořila bezdůvodně překážky hospodářské soutěže. Dále shledal, že zadávací podmínky na předložení dokladu a vzorku a úspěšný výsledek zkoušky tohoto vzorku byly nepřiměřené vzhledem ke specifickým požadavkům na podobu vzorku a vysoké finanční náklady na jeho výrobu, čímž vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

[36] Stěžovatelka v úvodu kasační stížnosti namítla, že krajský soud měl vycházet z rozsudku NSS č. j. 2 Afs 192/2018-74 a naopak neměl na projednávanou věc užít závěry z rozsudku krajského soudu č. j. 62 Ca 15/2009-71. NSS neshledal tuto námitku důvodnou. V rozsudku č. j. 2 Afs 192/2018-74 se NSS nezabýval otázkou přiměřenosti požadavku na předložení vzorku požadovaného zboží, jelikož přiměřenost tohoto požadavku v tehdejších řízeních žalovaný nerozporoval. NSS se v rozsudku č. j. 2 Afs 192/2018-74 mohl zabývat pouze těmi námitkami, které byly v řízení před ním uplatněny, jelikož je dle § 109 odst. 3 s. ř. s. *vázán rozsahem kasační stížnosti*. Daná otázka, kterou by se dle stěžovatelky v tomto rozsudku nutně zabýval implicitně, nespadá pod vady, vyjmenované v § 109 odst. 4 s. ř. s., kterými se NSS musí zabývat i bez námitek. Krajský soud proto dospěl ke správnému závěru, že rozsudek NSS č. j. 2 Afs 192/2018-74 není pro danou věc relevantní.

[37] Co se týče rozsudku krajského soudu č. j. 62 Ca 15/2009-71, s jehož použitím stěžovatelka nesouhlasí, krajský soud v bodě 17. napadeného rozsudku odkázal na jeho následující část: *„Podmínka promítající se do kvalifikačních předpokladů, která se na jednom trhu může jevit jako odůvodněná, přiměřená a v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, může na jiném trhu vykazovat výrazně diskriminační charakter, a to typicky na trhu, který teprve vzniká a na kterém se jednotliví dodavatelé teprve etablojí. Na takových trzích nemůže stanovení kvalifikačních předpokladů vést k ‚neotevření‘ hospodářské soutěže pro subjekty, které by jinak byly schopny plnění pro zadavatele kvalifikovaně realizovat.“* K tomuto závěru krajský soud uvedl, že byl učiněn v podmínkách podobných nynější kauze, kdy se relevantní trh teprve vytvářel a fakticky jej ovládal pouze jeden subjekt, kterému byly v minulosti zadány téměř všechny veřejné zakázky s obdobným předmětem.

pokračování

[38] Stěžovatelka v kasační stížnosti nesouhlasí s užitím tohoto rozsudku, jelikož z něj nevyplývá, že by byl problematický požadavek tehdejšího zadavatele na prokázání obdobného plnění v minulosti jako takový, navíc tehdejší žalobce nezpochybňoval, že existuje malý počet dodavatelů, kteří byli schopni zakázku daného typu plnit.

[39] NSS neshledal tuto námitku důvodnou. Krajský soud z daného rozsudku nevyvozoval závěry ohledně možnosti požadovat po dodavatelích dodání obdobného plnění v minulosti. Krajský soud citoval část rozsudku č. j. 62 Ca 15/2009-71, jelikož považoval pro projednávanou věc za podstatný závěr o přiměřenosti zadávacích podmínek na rozvíjejícím se trhu. Pro užití výše citovaného závěru z rozsudku č. j. 62 Ca 15/2009-71 je podstatné, že se krajský soud ztotožnil se skutkovými zjištěními žalovaného, která shrnul v bodech 22. až 24. napadeného rozsudku, že trh s parciálními trolejbusy lze považovat za trh, který se teprve utváří a dominuje mu jediný dodavatel, který podle zjištění žalovaného v minulosti též získal většinu veřejných zakázek na dané plnění (11 ze 12 veřejných zakázek). V takovém případě NSS neshledává odkaz na rozsudek krajského soudu č. j. 62 Ca 15/2009-71 nesprávným či nepřipadným.

III. c) Okruh potenciálních dodavatelů

[40] Stěžovatelka nesouhlasí s posouzením krajského soudu ohledně toho, které společnosti lze považovat za potenciální dodavatele parciálních trolejbusů a které nikoliv. K jednotlivým společnostem se krajský soud vyjádřil v bodech 31. a 32. (společnosti Cegelec a SOR Libchavy) a dále 35. až 39. napadeného rozsudku (EKOVA ELECTRIC, SOLARIS CZECH, Van Hool NV a Carrosserie HESS AG). NSS se ke každé společnosti, ke které stěžovatelka v kasační stížnosti uplatnila námitky, vyjádří zvlášť.

[41] Ohledně společnosti EKOVA ELECTRIC stěžovatelka namítá, že odůvodnění vyloučení této společnosti z okruhu potenciálních dodavatelů spočívá na nesprávném závěru, že tuto společnost vlastní od roku 2020 koncern ŠKODA TRANSPORTATION a. s., která se však stala akcionářem této společnosti až v roce 2021. NSS k této námitce uvádí, že krajský soud v bodě 35. napadeného rozsudku připomněl, že společnost EKOVA ELECTRIC ve vyjádření pro žalovaného ze dne 17. 5. 2021 sdělila, že parciální trolejbusy nikdy nevyvíjela a v dohledné budoucnosti je ani vyvíjet nehodlá. Již jen na základě tohoto vyjádření lze dospět k závěru, že tuto společnost nelze zařadit do okruhu potenciálních dodavatelů požadovaného plnění, jelikož do tohoto okruhu nemůže být zařazena společnost, která požadované plnění podle vlastních slov vůbec nedodává a ani to nemá v plánu. Z tiskové zprávy společnosti ŠKODA ELECTRIC, která je součástí správního spisu, navíc vyplývá, že k podepsání smlouvy o koupi stoprocentního podílu ve společnosti EKOVA ELECTRIC došlo již v roce 2020. Závěr krajského soudu, že společnost EKOVA ELECTRIC nemohla být potenciálním dodavatelem požadovaného plnění, proto ob stojí.

[42] Další námitka směřuje proti vyloučení společnosti SOLARIS CZECH z okruhu potenciálních dodavatelů. Dle stěžovatelky nelze tuto společnost vyloučit jen proto, že v minulosti spolupracovala se společností ŠKODA ELECTRIC, jelikož se ŠKODOU ELECTRIC spolupracovala i společnost SOR Libchavy. Krajský soud ohledně společnosti SOLARIS CZECH v bodě 36. napadeného rozsudku konstatoval, že by bylo odtržené od reality očekávat, že by mohla do zadávacího řízení podat vlastní nabídku, když v minulosti opakovaně spolupracovala se společností ŠKODA ELECTRIC, což potvrzuje tím, že se o tuto zakázku ucházela jako poddodavatel této společnosti (což uvedla ve vyjádření ze dne

12. 5. 2021). Dle NSS je pro vyloučení společnosti SOLARIS CZECH z okruhu potenciálních dodavatelů podstatné právě to, že tato společnost ve vyjádření pro žalovaného uvedla, že se dané zakázky bude účastnit jako poddodavatel společnosti ŠKODA ELECTRIC, na což žalovaný upozornil na několika místech napadeného rozhodnutí (např. v bodě 33, 53 nebo 60). Závěr krajského soudu o vyloučení této společnosti z okruhu potenciálních dodavatelů požadovaného plnění je tak správný, jelikož nelze za dodavatele považovat někoho, kdo plánoval být „pouhým“ poddodavatelem společnosti, která dané zadávací řízení vyhrála. Naopak samotná skutečnost, že společnost SOLARIS CZECH v minulosti spolupracovala se společností ŠKODA ELECTRIC, by pro vyloučení této společnosti skutečně nemohla stačit, jelikož pak by musely být vyloučeny i další společnosti, které se ŠKODOU ELECTRIC někdy spolupracovaly, což by způsobilo ještě větší zmenšení již tak malého okruhu potenciálních dodavatelů parciálních trolejbusů.

[43] K vyloučení nizozemské společnosti Van Hool NV stěžovatelka namítá, že závěr, zda lze společnost považovat za potenciálního dodavatele, nelze dovozovat z jejího subjektivního zájmu parciální trolejbusy do určité lokality dodávat či nikoliv. NSS se s tímto tvrzením neztotožňuje. K posouzení společnosti Van Hool NV jako případného potenciálního dodavatele parciálních trolejbusů krajský soud v bodě 37. rozsudku uvedl, že tento zahraniční dodavatel neodpověděl na dotazy žalovaného, proto je důvodné předpokládat, že o dodávky na českém trhu nemá zájem, k čemuž připomněl, že dle zjištění žalovaného nelze bez stanoviska společnosti Van Hool NV objektivně hodnotit, zda byla schopná zadávací podmínky splnit či nikoliv. NSS s tímto závěrem souhlasí. Podmínky stanovené stěžovatelkou v zadávací dokumentaci jsou poměrně podrobné, a proto nelze bez dalšího říct, jestli je konkrétní společnost schopna je splnit. Bez toho, aby společnost Van Hool NV informovala stěžovatelku nebo žalovaného, zda by dokázala splnit zadávací podmínky a zda by měla vůbec zájem se daného zadávacího řízení zúčastnit, nemohli žalovaný ani krajský soud posoudit, zda lze tuto společnost skutečně považovat za jednoho z potenciálních dodavatelů či nikoliv. Do okruhu potenciálních dodavatelů požadovaného plnění nelze zařadit subjekt, o jehož skutečných schopnostech účastnit se daného zadávacího řízení nelze nic zjistit.

[44] Na tomto závěru nic nemění ani tvrzení, že internetová prezentace společnosti Van Hool NV obsahuje produkty, mezi které podle stěžovatelky patří i parciální trolejbusy odpovídající v základních parametrech jejího poptávce. Krajský soud v bodě 37. napadeného rozsudku správně uvedl, že z výtisků webových stránek této společnosti, které stěžovatelka doložila, nevyplývá, že by byla schopna předložit vzorek trolejbusů splňující všechny stanovené technické parametry. NSS s tímto závěrem souhlasí. Výtisky webových stránek Van Hool NV (založené na č. l. 172 a 173 spisu krajského soudu) obsahují pouze obecné informace o této společnosti, na jejichž základě nelze posoudit schopnost dané společnosti zúčastnit se zadávacího řízení. Ani tuto společnost tak nebylo možné považovat za potenciálního dodavatele požadovaného plnění.

[45] Namítá-li stěžovatelka, že jí je nezájem společnosti Van Hool NV přičítán k tíži, NSS musí konstatovat, že tomu tak není. Žalovaný byl povinen zjistit okruh potenciálních dodavatelů požadovaného plnění, aby mohl určit, jaká je situace na daném trhu (tedy zda jde o trh otevřený, omezený či nově vznikající). Jak uvedl již krajský soud v bodě 37. napadeného rozsudku, má jít o objektivní stav trhu, který musí brát v úvahu jak žalovaný, tak i stěžovatelka při nastavování podmínek zadávacího řízení. Společnost Van Hool NV nebylo možné z výše uvedených důvodů považovat za potenciálního dodavatele

pokračování

požadovaného plnění a zároveň žalovaný nemohl do tohoto okruhu subjektů zařadit subjekt, o kterém nelze objektivně říct, že by do něj mohl patřit. Proto nelze hovořit o tom, že nezájem společnosti Van Hool NV byl stěžovatelce přičten k tíži.

[46] K námitce konkrétního počtu dodavatelů, kteří by splnili jednotlivá kritéria, NSS uvádí, že stěžovatelkou uváděné počty nejsou správné. Pokud jde o kritérium ekonomické kvalifikace, které by dle ní splnilo pět dodavatelů (ŠKODA ELECTRIC, EKOVA ELECTRIC, SOLARIS CZECH, Carrosserie HESS AG a Van Hool NV), NSS shrnuje, že mezi tyto dodavatele nelze zařadit společnost Van Hool NV, která se vůbec nevyjádřila k připisům žalovaného, a u které tak nebylo možné zjistit, zda by toto kritérium byla skutečně schopna splnit a zda by měla zájem se zadávacího řízení vůbec zúčastnit. Dále mezi tyto subjekty nelze zařadit společnost EKOVA CZECH, která ve správním řízení výslovně uvedla, že parciální trolejbusy nevyvíjí a v blízké době ani vyvíjet nehodlá. Též mezi ně nelze zařadit společnost SOLARIS CZECH, která sama uvedla, že se daného zadávacího řízení účastní jako poddodavatel společnosti ŠKODA ELECTRIC, takže ji nelze považovat za konkurenta této společnosti. Ohledně subjektů, které by podle stěžovatelky byly schopny splnit kritérium technické kvalifikace, NSS odkazuje na výše uvedené ohledně toho, proč nelze mezi potenciální dodavatele zařadit společnosti SOLARIS CZECH a Van Hool NV. Ani tuto námitku proto NSS neshledal důvodnou.

[47] Společnosti Cegelec a SOR Libchavy stěžovatelka nepovažuje za potenciální dodavatele, jelikož do okamžiku vypsání dané zakázky nevyráběly parciální trolejbusy. Krajský soud ohledně těchto společností dospěl v bodě 31. napadeného rozsudku k závěru, že obě projevíly zájem o účast v zadávacím řízení a prohlásily, že by požadované plnění byly schopny dodat. V bodě 32. napadeného rozsudku konstatoval, že není důvod o tvrzení těchto společností pochybovat, jelikož společnost Cegelec dodávala do parciálních trolejbusů elektrickou výzbroj a společnost SOR Libchavy vyráběla karoserie, a proto je představitelné, že by se některá z těchto společností mohla spojit s dalším subdodavatelem a společně se zadávacího řízení zúčastnit. SOR Libchavy navíc již celý parciální trolejbus pod vlastní značkou vyvinula a dodávala a na předchozích zakázkách spolupracovala s dodavatelem ŠKODA ELECTRIC.

[48] Krajský soud tedy neargumentoval pouze tím, že by se společnosti Cegelec a SOR Libchavy mohly spojit s jiným subdodavatelem, ale také tím, že nebyl důvod nevěřit jejich tvrzení, že by požadované plnění mohly dodat a že společnost SOR Libchavy již parciální trolejbus vyvinula. Stěžovatelce se ve správním řízení nepodařilo vyvrátit závěr o tom, že by se tyto společnosti mohly jejího zadávacího řízení zúčastnit a požadované plnění dodat. Stěžovatelka v kasační stížnosti uvádí, že není povinna nést negativní následky neodbornosti a nezkušenosti těchto dodavatelů, a odkazuje na to, že tyto společnosti nebyly následně schopny dodat plnění u jiných zadavatelů veřejných zakázek. Tato námitka souvisí s námitkou ohledně zájmu na včasném a řádném dodání plnění, proto se k ní NSS vyjádří v rámci posouzení této námitky.

III. d) Ostatní námitky

[49] Stěžovatelka dále namítá, že její zájem na včasném a řádném dodání plnění má přednost před abstraktním zájmem na otevírání daného trhu. Krajský soud k této námitce v bodě 43. napadeného rozsudku uvedl, že stěžovatelka jako zadavatel musí zvažovat situaci na trhu a že v případě, kdy se trh teprve rozvíjí nebo je na něm z jiných důvodů deformována

či omezena hospodářská soutěž, musí zmírnit zadávací podmínky tak, aby zvýšila pravděpodobnost, že se i přes tato omezení bude o veřejnou zakázku ucházet více zájemců schopných ji splnit.

[50] Dle rozsudku NSS ze dne 9. 7. 2009, č. j. 9 Afs 87/2008-81, č. 2203/2011 Sb. NSS, je účelem zadávacího řízení „zabezpečit hospodářskou soutěž o předmět veřejné zakázky, tedy volnou a efektivní soutěž dodavatelů o zakázky, a tím také dosáhnout efektivního nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů (...) Konkurence nutí uchazeče o veřejnou zakázku, aby si počínali jako v každém jiném obchodně právním vztahu, tj. nabídli kvalitní výkon za odpovídající cenu. (...) Zásada rovného a transparentního přístupu ke všem uchazečům o veřejnou zakázku je přitom jedním ze základních principů, který ovládá zadávací řízení. Zadavatel proto nemůže nastavovat prahové hodnoty podle své libovůle, ale je nutné je vymezit přiměřeně k zadávané zakázce, neboť ani v této oblasti nemůže vytvořit diskriminační prostředí, tj. nastavit úroveň bez ohledu na rozsah zadávané veřejné zakázky.“ NSS též odkazuje na obecný závěr z rozsudku krajského soudu č. j. 62 Ca 15/2009-71, ze kterého vycházeli žalovaný a krajský soud, že podmínka promítající se do kvalifikačních předpokladů, která se na jednom trhu může jevit jako odůvodněná, přiměřená a souladná se zákonem o veřejných zakázkách, může na jiném trhu vykazovat výrazně diskriminační charakter.

[51] Co se týče relevantního trhu, NSS dospěl k závěru, že žalovaný relevantní trh srozumitelně a dostatečně popsal jako trh, který tvoří prakticky jen zadavatelé veřejných zakázek, jelikož trolejbusové trati provozují pouze některá větší města, přičemž se jedná převážně o města ve státech východní Evropy, kde zůstala zachována řada trolejbusových tratí. Dále uvedl, že každý stát má své vlastní a odlišné právní požadavky na trolejbusy, což zjistil z dotazu na Ministerstvo dopravy. Dále zjistil, že až dosud se žádní zahraniční dodavatelé s referenčními zakázkami realizovanými mimo ČR neúčastnili soutěže o veřejnou zakázku v ČR. Z tohoto důvodu považoval za relevantní trh pouze český trh s parciálními trolejbusy. Ohledně daného trhu dále zjistil, že mu dominuje společnost ŠKODA ELECTRIC, která získala v letech 2017 až 2021 jedenáct z dvanácti zakázek na parciální trolejbusy, přičemž ve všech těchto jedenácti případech byla jediným subjektem, který podal nabídku. Tyto skutečnosti ohledně relevantního trhu stěžovatelka ničím nerozporuje.

[52] Žalovaný též přesvědčivým způsobem prokázal, že tím, jak stěžovatelka nastavila zadávací podmínky, byl zvýhodněn dominantní dodavatel na trhu s trolejbusy, tj. společnost ŠKODA ELECTRIC. Z vyjádření jednotlivých dodavatelů vyšlo najevo, že kritérium ekonomické kvalifikace, jak bylo stanoveno v zadávací dokumentaci, by byly schopny splnit pouze společnosti ŠKODA ELECTRIC, Carrosserie HESS AG a společnost SOR Libchavy, která však proti zadávacímu řízení podala námítky. Podmínky technické kvalifikace byly schopny splnit pouze společnost ŠKODA ELECTRIC, společnost SOLAR CZECH, která byla v daném zadávacím řízení poddodavatelem společnosti ŠKODA ELECTRIC, a společnost Carrosserie HESS AG. Tato společnost však ve vyjádření pro žalovaného uvedla, že jako vzorek poskytuje již existující vozidlo od svého předchozího zákazníka podobné požadovanému trolejbusu a že nevyrábí vzorky jen za účelem jejich předvedení. Ačkoliv tedy stěžovatelkou nastavené podmínky nebyly samy o sobě v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, což nerozporovali ani žalovaný a krajský soud, v souhrnu šlo o podmínky diskriminační a omezující hospodářskou soutěž. V takovém případě nemohl mít přednost stěžovatelčin tvrzený zájem na včasném a řádném dodání požadovaného

pokračování

plnění, jelikož stěžovatelkou stanovené podmínky, které dostatečně neodůvodnila, způsobovaly, že dané plnění byl schopen dodat pouze dominantní dodavatel na daném trhu.

[53] Stěžovatelka trvá na tom, že dostatečně odůvodnila zadávací podmínku spočívající v požadavku na nezávislý pohon trolejbusu spojený s požadavkem na minimální dojezd alespoň 12 km. NSS k této námitce konstatuje, že stěžovatelka opomíjí, co jí žalovaný a krajský soud skutečně vytýkali. Nepožadovali po ní totiž, aby opustila požadavek na nezávislý pohon vozidla či minimální dojezd trolejbusu jako takový, nýbrž že nevysvětlila, proč právě jen jí stanovená konkrétní podoba kvalifikačních požadavků by měla být schopna zajistit kontinuální dopravní obsluhu města, bezpečnost a spolehlivost provozu a ochranu života a zdraví cestujících (bod 46. napadeného rozsudku). Dle výše zmíněného rozsudku č. j. 9 Afs 87/2008-81 sice stanovení kvalifikačních kritérií může omezit výběr potenciálních dodavatelů, toto omezení je však možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi. Tato podmínka však nebyla v projednávaném případě splněna.

[54] Žalovaný na základě vyjádření několika dodavatelů zjistil, že pokud potenciální dodavatel v minulosti nevyrobil a nedodal přesně takový trolejbus, který naplňuje stěžovatelkou stanovené podmínky, a nemá současně s konkrétním objednatelem nasmlouvané zapůjčení takového trolejbusu, pak není schopen naplnit podmínky dodání a předvedení vzorku. Proto bylo třeba, aby stěžovatelka vysvětlila, proč je třeba trvat na splnění konkrétních požadavků, nikoliv obecně na tom, že požadovaný trolejbus má mít nezávislý pohon. Stěžovatelka nicméně ani v kasační stížnosti neuvedla podrobnější vysvětlení, proč minimální dojezd trolejbusu musí být zrovna 12 km a nestačí kratší dojezd (např. 10 km). Stěžovatelce se tak nepodařilo vyvrátit závěr žalovaného a krajského soudu, že dostatečně neodůvodnila konkrétní požadavky na nezávislý pohon trolejbusu spojený s minimálním dojezdem alespoň 12 km.

[55] Stěžovatelka k požadavkům na dané plnění uvádí, že jí nemůže být kladeno k tíži, že se nepodařilo v řízení před žalovaným zjistit, jak náročný proces představuje úprava stávajícího trolejbusu s kratším dojezdem na dojezd, který požadovala. Stěžovatelce však tato skutečnost nebyla kladena k tíži. Žalovaný a krajský soud jí vytýkali, že dostatečně nevysvětlila, proč trvá právě na minimálním dojezdu trolejbusu 12 km. Z vyjádření společnosti SOLARIS CZECH (která v zadávacím řízení vystupuje jako poddodavatel společnosti ŠKODA ELECTRIC) ze dne 27. 5. 2021 vyplynulo, že úprava trolejbusu s kratší dojezdovou vzdáleností na požadovaný dojezd je jednoduchý dílenský zásah, nicméně dle vyjádření společnosti TRAM FOR ENVI s. r. o. by si tato úprava naopak vyžádala několik měsíců a investici v řádu stovek tisíc korun. Krajský soud k těmto zjištěním v bodě 45. napadeného rozsudku uvedl, že pokud by vycházel z tvrzení společnosti SOLARIS CZECH o jednoduchosti úpravy dojezdu trolejbusu, se kterými se stěžovatelka ztotožnila, pak není ospravedlnitelné trvat na tom, aby dodavatel prokázal, že v minulosti trolejbus s minimálním dojezdem 12 km již dodal jinému zákazníkovi.

[56] Stěžovatelka k výše uvedenému namítá, že požadavky na významné dodávky stanovila obecněji a mírněji, konkrétnější požadavky poté stanovila až na zkoušený vzorek. NSS k tomu konstatuje, že v zadávací dokumentaci, konkrétně v bodě 3.3.4, nazvaném Technická kvalifikace, je uvedeno, že dodavatel tuto kvalifikaci prokáže tím, že předloží seznam významných dodávek poskytnutých za poslední tři roky před zahájením zadávacího řízení, přičemž významnými dodávkami se rozumí dodávky nejméně 10 ks nových nízkopodlažních trolejbusů shodného nebo obdobného charakteru jako trolejbusy

poptávané v tomto zadávacím řízení. Trolejbusy shodného nebo obdobného charakteru poté stěžovatelka definovala mimo jiné jako trolejbusy s nezávislým pohonem, přičemž nezávislý pohon je takový, který umožňuje jízdu obsazeného trolejbusu alespoň 12 km bez napájení z trolejového vedení. Ze zadávací dokumentace tak vyplývá, že požadavek na konkrétní dojezd trolejbusu, který nebyl dle krajského soudu dostatečně odůvodněný, a navíc nedával smysl v případě, že by se úprava dojezdu trolejbusu dala změnit jednoduchým dílenským zásahem, se týkal již prokázání technické kvalifikace ohledně významných dodávek poskytnutých v minulosti. Ani tato námitka proto není důvodná.

[57] Stěžovatelka na závěr namítá, že krajský soud nesprávně neprovedl dokazování ohledně jejího legitimního zájmu na stanovení zadávacích podmínek. Tvrzení o neschopnosti společností Cegelec a SOR Libchavy dodat požadované plnění stěžovatelka uplatnila až v podání nazvaném Doplnění důkazních návrhů žalobce ze dne 13. 9. 2023 (č. l. 198 spisu krajského soudu). V tomto podání poprvé argumentovala tím, že trolejbusy hodlá financovat pomocí dotací. Krajský soud poté v bodě 47. napadeného rozsudku uvedl, že stěžovatelka dotace v rámci správního řízení zmínila pouze v bodě 80 vyjádření ze dne 20. 4. 2021, ve kterém dotacemi obhajovala svůj požadavek na dodání požadovaného plnění do 300 až 400 dnů. Stěžovatelka tedy odkaz na čerpání dotací nespojovala s požadavkem na konkrétní kvalifikační požadavky na uchazeče o veřejnou zakázku. Krajský soud k tomu v bodě 48. napadeného rozsudku odkázal na § 251 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, dle kterého platí, že v řízení zahájeném na návrh *mohou účastníci řízení navrhnout důkazy, uvádět skutečnosti a činit jiné návrhy nejpozději ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení oznámení o zahájení řízení, nevztahuje-li se na ně omezení podle odstavce 4; k později uvedeným skutečnostem, návrhům důkazů a jiným návrhům Úřad nepřiblíží s výjimkou skutečností, návrhů důkazů a jiných návrhů, jimiž má být zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí.*

[58] Stěžovatelka namítá, že jí nelze klást k tíži, že ve správním řízení reagovala na námitky společností Cegelec a SOR Libchavy a že se hájila způsobem vyplývajícím z dikce zákona a ustálené rozhodovací praxe žalovaného. NSS neshledal tuto námitku důvodnou. Stěžovatelce v řízení před žalovaným objektivně nic nebránilo argumentovat tím, že požaduje konkrétní kvalifikaci potenciálních dodavatelů i kvůli čerpání dotací na dané trolejbusy. Společnosti Cegelec a SOR Libchavy ve svých podáních rozporovaly právě kvalifikační požadavky uvedené v zadávací dokumentaci. Stěžovatelka tedy mohla jako reakci na tvrzení těchto společností uplatnit i námitku, kterou uplatnila až v řízení před krajským soudem, a žalovaný by se jí musel zabývat. Jelikož však tuto námitku uplatnila až v řízení před krajským soudem, žalovaný na ni nemohl v napadeném rozhodnutí nijak reagovat.

[59] Poukazuje-li stěžovatelka na judikaturu, dle které správní soud může provést důkazy, které nebyly ve správním řízení předloženy, nicméně jsou schopny vyvrátit správním orgánem zjištěný skutkový stav, NSS uvádí, že stěžovatelčiny důkazy nelze pod tuto skupinu důkazů podřadit. Ve stěžovatelkou zmíněném případě, který NSS posuzoval v rozsudku ze dne 30. 8. 2016, č. j. 5 As 203/2015-141, č. 3454/2016 Sb. NSS, krajský soud nesprávně neprovedl důkazy, které měly prokázat skutečnosti, které existovaly již v době vydání tehdy napadeného rozhodnutí. Stěžovatelkou doložené důkazy se však týkají skutečností z jara 2023, tedy skutečností, které nastaly až rok a půl po vydání napadeného rozhodnutí. O takových skutečnostech tedy nemohl žalovaný objektivně vědět a krajský soud k nim nemohl přihlídnout, jelikož dle § 75 odst. 1 s. ř. s. při přezkoumání rozhodnutí vychází ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu.

pokračování

K prolomení tohoto ustanovení může dojít pouze ve výjimečných případech, kdy by s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem případu nebylo možné z ústavně právního hlediska akceptovat jeho důslednou aplikaci (srov. nálezy Ústavního soudu ze dne 2. 6. 2005, sp. zn. I. ÚS 605/03, nebo ze dne 28. 6. 2007, sp. zn. I. ÚS 712/05, nebo rozsudek NSS ze dne 28. 3. 2007, č. j. 1 As 32/2006-99, č. 1275/2007 Sb. NSS). Stěžovatelkou tvrzené skutečnosti o tom, že společnosti Cegelec a SOR Libchavy nebyly v roce 2023 schopny včas dodat jinému zadavateli veřejnou zakázku, tento požadavek nenaplnují. Krajský soud se proto správně nezabýval stěžovatelčinou námitkou ohledně možné komplikace při čerpání dotací a neprovedl důkazy, které k této námitce připojila.

IV. Závěr a náklady řízení

[60] Z výše uvedeného vyplývá, že napadený rozsudek krajského soudu není nezákonný z důvodů namítaných v kasační stížnosti. Proto NSS kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl podle § 110 odst. 1 s. ř. s.

[61] Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1, větu první, ve spojení s § 120 s. ř. s., podle kterého 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. Stěžovatelka ve věci neměla úspěch, a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovaný měl ve věci plný úspěch, avšak jemu žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly, a proto mu je soud nepřiznává.

[62] Osoby zúčastněné na řízení mají právo na náhradu jen těch nákladů, které jim vznikly v souvislosti s plněním povinností, které jim soud uložil (§ 60 odst. 5 s. ř. s.). Jelikož soud osobě zúčastněné na řízení v této věci žádné povinnosti neuložil, nemá na náhradu nákladů tohoto řízení právo.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 18. dubna 2024

JUDr. Pavel Molek
předseda senátu