



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D., a soudců Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D., a Mgr. Filipa Skřivana v právní věci

žalobce: **Gardenline s.r.o.**
sídlem Na Vinici 948/13, Litoměřice

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

za účasti: **Česká republika – Ředitelství vodních cest ČR**
sídlem nábreží Ludvíka Svobody 1222/12, Praha
zastoupena JUDr. Jindřichem Vítkem, Ph.D., advokátem
sídlem Šafaříkova 201/17, Praha

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16.1.2023, č.j. ÚOHS-42505/2022/161, sp.zn. ÚOHS-R0152/2022/VZ,

takto:

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

IV. Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Shrnutí podstaty věci

1. Zadavatel (osoba zúčastněná na řízení) zadával v užším řízení veřejnou zakázku „Zvýšení ponorů na Vltavské vodní cestě Vraňansko-Hořínský kanál – zhotovitel stavby“, která byla uveřejněna v Úředním věstníku Evropské unie dne 27.4.2022 pod ev. č. 2022/S 082-220008.
2. Žalobce podal k žalovanému dne 7.7.2022 návrh na zahájení správního řízení směřující proti zadávacím podmínkám a souvisejícím úkonům zadavatele, neboť se domníval, že se zadavatel dostatečně transparentním a srozumitelným způsobem nevypořádal s jeho námitkami v rámci rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 27.6.2022.
3. Žalovaný prvostupňovým rozhodnutím ze dne 20.10.2022, č.j. ÚOHS-36756/2022/510, sp.zn. ÚOHS-S0291/2022/VZ, návrh žalobce na přezkum úkonů zadavatele podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), zamítl, neboť podle něj nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Předseda žalovaného pak nyní napadeným rozhodnutím podaný rozklad žalobce zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

II. Shrnutí procesního postoje žalobce

4. Podle žalobce je napadené i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí nezákonné a nepřezkoumatelné.
5. Pochybení žalovaného žalobce spatřuje zejména v nesprávném výkladu a aplikaci lhůty k podání námitek podle § 242 ZZVZ ve vztahu k neprodloužení lhůty pro podání žádosti o účast v zadávacím řízení na základě vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 17.5.2022. Žalobce je totiž přesvědčen, že námitky byly podány včas, protože se uplatní lhůta podle § 242 odst. 3 ZZVZ, nikoli podle § 242 odst. 2 ZZVZ, jak (podle žalobce mylně) dovozuje žalovaný.
6. Dále žalobce namítá nepřiměřenou a diskriminační povahu nastavených podmínek technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a), c) a d) ZZVZ, která se dle žalobce projevuje tím, že požadovaná referenční plnění (stavební práce) i zkušenosti stavbyvedoucího jsou stanovena natolik přísně, že mohou být doložena toliko jediným subjektem, případně skupinou propojených a spřízněných subjektů, k čemuž žalovaný podle žalobce dostatečně nepřihlédl.
7. Žalobce pak napadá také zadavatelem nastavený mechanismus posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny, neboť ten dle jeho názoru indikuje, že každá předložená nabídka, která se bude od ostatních odlišovat, byť v jediné položce o 10 % ceny, by měla být automaticky „vyřazena ze zadávacího řízení“, což dle žalobce eliminuje možnost předkládání jakýchkoli nižších nabídkových cen v rámci volné hospodářské soutěže, čímž je její smysl fakticky popřen.

8. Žalobce dále rozporuje nastavení podmínek ekonomické kvalifikace, které považuje ve vztahu k výši požadovaného ročního obrátu za nepřiměřené.
9. Žalobce také napadá hodnotící kritérium v podobě referenčních plnění, na kterých působil navrhovaný stavbyvedoucí. Takto stanovené hodnotící kritérium podle žalobce prohlubuje namítanou nepřiměřenost a nedůvodnost samotných podmínek technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. c) a d) ZZVZ.
10. Podle žalobce dále zadavatel nepřipustně zahájil zadávací řízení „na zkoušku“, neboť nedisponuje stavebním povolením ani příslušnými finančními prostředky k realizaci stavby, což vyústilo v netransparentnost a nezákonnost jeho postupu v zadávacím řízení.
11. Žalobce tedy navrhuje, aby zdejší soud napadené i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušil. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem.

III. Shrnutí procesního postojů žalovaného

12. Žalovaný setrvává na závěrech obsažených v napadeném rozhodnutí, neboť žalobce prý neuvedl v rámci žaloby žádný nový argument, se kterým by se žalovaný v podrobnostech nevypořádal v napadeném rozhodnutí, případně již v rozhodnutí prvostupňovém; žalovaný na tyto závěry z podstatné míry odkazuje.
13. Žalovaný tedy navrhuje zamítnutí žaloby. I žalovaný na svém procesním postoji setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem.
14. Procesní postoj žalovaného podporuje i zadavatel (osoba zúčastněná na řízení).

IV. Posouzení věci

15. Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s. ř. s.). Žaloba je přípustná (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.). Napadené rozhodnutí bylo přezkoumáváno v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.).
16. Žaloba není důvodná.
17. Zdejší soud se nutně nejprve zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, neboť pouze přezkoumatelné rozhodnutí je způsobilé být předmětem hodnocení z hlediska tvrzených nezákonností či vad předcházejícího správního řízení. Namítá-li žalobce nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, pak ji sice opírá o tvrzení, že se předseda žalovaného (či žalovaný v prvním stupni) nevypořádal se žalobcovými argumenty, eventuálně že způsob vypořádání je nesrozumitelný, současně však žalobce s nosnou argumentační linií obou postupně vydaných rozhodnutí žalovaného podrobně a věcně polemizuje a konkrétními argumenty s ní nesouhlasí. Nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nedostatek důvodů či pro nesrozumitelnost musí být vykládána ve svém skutečném smyslu, tj. jako nemožnost přezkoumat určité rozhodnutí pro skutečnou nemožnost zjistit samotný obsah nebo důvody, pro které bylo vydáno (srov. například usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 19.2.2008, č.j. 7 Afs 212/2006 - 76); není přípustné institut nepřezkoumatelnosti libovolně rozšiřovat a vztahovat jej i na situace, kdy se správní orgán podstatou námitky účastníka řízení řádně

zabývá a vysvětlí, proč nepovažuje argumentaci účastníka za správnou, byť výslovně v odůvodnění rozhodnutí nereaguje na všechny myslitelné aspekty uplatněné námitky, popř. se dopustí dílčího nedostatku odůvodnění. Zrušení rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost je vyhrazeno těm nejzávažnějším vadám rozhodnutí, kdy pro absenci důvodů či pro nesrozumitelnost skutečně nelze rozhodnutí vůbec meritorně přezkoumat. Nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nedostatek důvodů tak má místo tehdy, opomene-li správní orgán na námitku účastníka zcela (tedy i implicitně) reagovat (srov. například rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 17.1.2013, č.j. 1 Afs 92/2012-45, či ze dne 29.6.2017, č.j. 2 As 337/2016-64), přehlédnout přitom nelze ani skutečnost, že správní orgány nemají povinnost vypořádat se s každou dílčí námitkou, pokud proti tvrzení účastníka řízení postaví jasný právní názor, v jehož konkurenci námitky jako celek neobstojí, což jako ústavně konformní shledal i Ústavní soud např. v nálezu ze dne 12.2.2009, sp.zn. III. ÚS 989/08.

18. Pokud jde o srozumitelnost a důvody nyní napadeného rozhodnutí, pak napadené rozhodnutí obsahuje jasné a srozumitelné odůvodnění, v němž je zrekapitulován procesní vývoj včetně nosných důvodů prvostupňového rozhodnutí a rozkladové argumentace, zároveň jsou v něm dostatečně zřetelně uvedeny důvody, na jejichž základě předseda žalovaného dospěl k závěru o opožděnosti podaných námitek stran neprodloužení lhůty k podání žádostí o účast v zadávacím řízení (str. 4-6), přiměřenosti požadavků zadavatele na technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a), c) a d) ZZVZ (str. 6-16), zákonnosti mechanismu posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny (str. 16-18), důvodnosti požadavku na ekonomickou kvalifikaci (str. 18-19), přiměřenosti nastavení dílčího hodnotícího kritéria v podobě zkušeností stavbyvedoucího (str. 19-20) a přípustnosti zadávacího řízení i tehdy, nedisponuje-li zadavatel k okamžiku zadání veřejné zakázky stavebním povolením či potřebnými finančními prostředky pro realizaci předmětu plnění (str. 20-21). Navíc ze samotného obsahu žaloby a z vymezení (věcných) žalobních bodů bezpečně plyne, že napadené i jemu předcházející rozhodnutí bylo pro žalobce velmi dobře srozumitelné a nosné důvody napadeného a jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí byly pro žalobce dostatečně čitelné.
19. Napadené rozhodnutí tudíž z pohledu přezkoumatelnosti ob stojí, a to jak v otázce srozumitelnosti, tak v otázce důvodů, na kterých je založeno, přičemž zdejší soud neshledal ani jiné důvody nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, ke kterým by musel přihlížet z úřední povinnosti. Věcný nesouhlas žalobce s pohledem žalovaného je již otázkou zákonnosti (věcné správnosti) napadeného rozhodnutí a procesního postupu žalovaného, jenž jej k jeho vydání přivedl.
20. Pokud jde o zákonnost závěrů, na nichž je napadené rozhodnutí vystavěno, pak žalobce je toho názoru, že žalovaný nesprávně vyložil a aplikoval § 242 ZZVZ ve vztahu k běhu lhůty pro podání námitek proti neprodloužení lhůty k podání žádostí o účast v zadávacím řízení. Zatímco žalovaný v napadeném rozhodnutí vycházel z pravidel o běhu lhůty podle § 242 odst. 2 ZZVZ a dospěl k závěru, že lhůta dodržena nebyla, žalobce je přesvědčen, že lhůta pro podání námitek běžela podle § 242 odst. 3 ZZVZ a dodržena byla.
21. V nyní posuzované věci šlo o námitky proti neprodloužení lhůty k podání žádostí o účast při změně zadávacích podmínek. Zadavatel dne 17.5.2022 uveřejnil vysvětlení zadávací dokumentace (vysvětlení č. 2), kterým současně změnil zadávací podmínky, aniž by

prodloužil lhůtu pro podání žádostí o účast. Námitky proti neprodloužení lhůty k podání žádostí o účast byly podány dne 10.6.2022, tj. poslední den lhůty pro podání žádostí o účast.

22. Podle § 242 odst. 2 ZZVZ musí být námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle zákona uveřejnit nebo odeslat stěžovateli, doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty. Podle § 242 odst. 3 ZZVZ je-li v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání žádostí o účast, musí být námitky proti podmínkám vztahujícím se ke kvalifikaci dodavatele doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty.
23. Věcně související ustanovení § 242 odst. 2 a odst. 3 ZZVZ upravují zvláštní lhůty pro podání námitek proti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky ke lhůtě obecné obsažené v § 242 odst. 1 ZZVZ. Lhůta obsažená v § 242 odst. 3 ZZVZ je pak lhůtou zvláštní nejen k obecné lhůtě podle § 242 odst. 1 ZZVZ, nýbrž se aplikuje přednostně též před zvláštní lhůtou podle § 242 odst. 2 ZZVZ. Běh lhůty podle § 242 odst. 3 ZZVZ se přitom odvíjí od věcného obsahu pojmu „kvalifikace dodavatele“. Kvalifikace dodavatele je podle § 28 odst. 1 písm. c) ZZVZ vymezena jako způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku, konkretizována je pak v § 73 a násl. ZZVZ (základní způsobilost, profesní způsobilost, ekonomická kvalifikace a technická kvalifikace).
24. Aby se tedy na běh lhůty pro podání námitek použilo pravidlo podle § 242 odst. 3 ZZVZ, muselo by jít výlučně o námitky vztahující se ke kvalifikaci dodavatele. Vztah námitek ke kvalifikaci (tj. aby šlo o námitky ke kvalifikaci se vztahující) by přitom podle zdejšího soudu byl dán výlučně tehdy, bylo-li by jejich předmětem zpochybnění zadavatelových požadavků na kvalifikaci (souhrnně ať už proto, že zadavatel nepožadoval to, co požadovat měl, nebo požadoval to, co požadovat nemohl, anebo požadavky na kvalifikaci byly v rámci možných kritérií stanoveny nad zákonem dovolený rozsah, nejasně či nepřiměřeně).
25. V nyní posuzované věci však podstatou té části návrhu podaného k žalovanému, kterou se žalobce domáhal posouzení otázky, zda byl zadavatel v návaznosti na vysvětlení (č. 2) zadávací dokumentace povinen prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast, nebylo zpochybnění nastavení podmínek kvalifikace dodavatele ve smyslu § 28 odst. 1 písm. c) a § 73 a násl. ZZVZ, nýbrž zpochybnění vysvětlení zadávací dokumentace bez současného prodloužení lhůty pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení v rozporu s § 99 odst. 2 ZZVZ. Argumentace, v níž žalobce tvrdil porušení § 99 odst. 2 ZZVZ, nebyla argumentací zpochybňující zadavatelovy požadavky na kvalifikaci.
26. Pak tedy bez výhrad obстоjí závěr žalovaného (materializovaný ve výroku I. prvostupňového rozhodnutí), že tyto námitky měl žalobce uplatnit ve lhůtě podle § 242 odst. 2 ZZVZ, tj. do 15 dnů ode dne, kdy zadavatel vysvětlil zadávací dokumentaci (vysvětlením č. 2), aniž by současně prodloužil lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení, a neuplatnil-li je v této lhůtě, je namíste správní řízení v tomto rozsahu zastavit. Do značné míry formalizovaná procedura zadávacích řízení se totiž projevuje i stanovením lhůty k podání námitek podle § 242 odst. 2 ZZVZ, do jejíhož uplynutí musí stěžovatel (zde žalobce) své námitky koncentrovat (uplatnit a řádně odůvodnit). Podal-li žalobce námitky souhrnně až dne 10.6.2022, ve vztahu k otázce prodloužení lhůty pro podání žádostí o účast je podal opožděně (srov. také rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19.2.2015, č.j. 1 As 150/2014-64). Argumenty, které žalobce k otázce prodloužení lhůty pro podání žádostí

o účast přednesl žalovanému v návrhu na zahájení řízení a posléze zdejšímu soudu v žalobě, jsou tudíž bezpředmětné.

27. Nosnou částí žalobní argumentace je zpochybňování závěrů žalovaného stran tvrzené neodůvodněnosti, nepřiměřenosti a diskriminační povahy požadavku žalobce na prokázání technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ mj. dvěma realizovanými plněními (referencemi) v podobě rekonstrukce nebo novostavby stavebního díla na sledované vodní cestě dle vnitrostátních předpisů nebo na cestě analogického charakteru v jiném členském státě včetně Spojeného království Velké Británie a Severního Irska s celkovými stavebními náklady v minimální výši 200 000 000 Kč bez DPH. Nepřiměřenost tohoto požadavku žalobce spatřuje především v realizaci referenčních staveb na sledované vodní cestě, který považuje za nadbytečný, v podmínce finančního plnění ve výši 200 000 000 Kč, neboť ta dle jeho přesvědčení nikterak nesouvisí s poptávaným plněním, a v tom, že technická kvalifikace může být doložena toliko jediným subjektem, případně skupinou propojených subjektů.
28. Zdejší soud byl při posouzení otázky přiměřenosti stanovených podmínek technické kvalifikace veden východiskem, že podle § 6 ZZVZ musí zadavatel při postupu podle ZZVZ dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti (odst. 1), ve vztahu k dodavatelům pak musí zadavatel dodržovat zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace (odst. 2), přitom tyto zásady jsou dále ve vztahu k zadávacím podmínkám rozvedeny v § 36 odst. 1 ZZVZ, podle kterého zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Z § 36 odst. 1 ZZVZ a ze zásad přiměřenosti a zákazu diskriminace (§ 6 ZZVZ) tedy vyplývá, že se zadavatel musí zdržet stanovení takových zadávacích podmínek, které by omezily hospodářskou soutěž bezdůvodným zvýhodněním (konkurenční výhoda) nebo naopak znevýhodněním (překážka hospodářské soutěže) určitých dodavatelů, přičemž důvodnost stanovení konkrétní zadávací podmínky (včetně kritérií technické kvalifikace a jejich prokázání podle § 79 ZZVZ), jež musí být ve výsledku přiměřená, se musí opírat o legitimní potřebu zadavatele, jež musí být z jeho strany též doložena. Platí přitom, že prakticky veškeré zadávací podmínky vážící se k účasti dodavatele v zadávacím řízení (podmiňující účast dodavatele v zadávacím řízení) omezují okruh potenciálních dodavatelů a tím vytvářejí překážku soutěže o veřejnou zakázku, a zadavatel je oprávněn takové zadávací podmínky stanovit, pokud je to odůvodněno jeho potřebami, které prostřednictvím veřejné zakázky naplňuje, současně je povinen je nastavit přiměřeně tak, aby účel veřejné zakázky byl naplněn (srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5.6.2008, č.j. 1 Afs 20/2008-152, č. 1771/2009 Sb. NSS, zabývající se předchozí právní úpravou považující nastavení nepřiměřených technických kvalifikačních předpokladů za skrytou diskriminaci, či jeho rozsudek ze dne 14.4.2020, č.j. 4 Afs 421/2019-34, potvrzující platnost dřívějších závěrů rovněž za podmínek současné právní úpravy). Jak Nejvyšší správní soud vyslovil též v rozsudku ze dne 30.9.2014, č.j. 3 As 63/2014-28, každý zadavatel má v zadávací dokumentaci možnost stanovit konkrétní parametry, bez jejichž splnění se dodavatel o veřejnou zakázku úspěšně ucházet nemůže. Uvedeným způsobem současně zadavatel ovlivňuje okruh možných dodavatelů, a proto je třeba při nastavení těchto parametrů, požadavků či podmínek (v zadávací dokumentaci) dbát shora zmíněných zásad vymezených v § 6 ZZVZ, jejichž respektování se ostatně prolíná celými (všemi) zadávacími řízeními. V rozsudku ze dne 28.2.2013, č.j. 1 Afs 69/2012-55, pak Nejvyšší

správní soud uvedl, že čím podrobnější a přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím vyšší nároky budou kladeny na jejich odůvodnění.

29. Argumentuje-li žalobce v tom směru, že zadavatel stanovil požadavek technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ příliš specificky, aniž by jej k tomu vedly objektivně ospravedlnitelné důvody, pak s ním nelze souhlasit. Především ze skutečností uvedených zadavatelem v rozhodnutí o námitkách a v navazujícím správním řízení před žalovaným (čemuž odpovídá i konstantní procesní postoj vyjádřený i v řízení před zdejším soudem) totiž jednoznačně vyplývá, že tento požadavek technické kvalifikace byl zvolen s ohledem na to, že jednotlivé vodní cesty se podle § 3 zákona č. 114/1995 Sb., o vnitrozemské plavbě (dále jen „zákon o vnitrozemské plavbě“), dělí na vodní cesty sledované, které se dále vyčleňují na vodní cesty účelové a dopravně významné, které lze dále členit na vodní cesty využitelné a využívané, a cesty nesledované, přičemž každá konkrétní vodní cesta (sledovaná i nesledovaná) s sebou nese odlišnou technickou a organizační náročnost stavby, která na nich má být realizována, a fakticky přináší specifický (odlišný) způsob, kterým budou stavební práce na jednotlivých typech vodních toků prováděny. Šlo-li v nyní posuzované věci o stavbu na Vraňansko-Hořinském kanálu, který spadá pod sledovanou dopravně významnou využívanou cestu podle přílohy č. 2 bodu 1. k zákonu o vnitrozemské plavbě (jde o nejvyšší kategorii vodní dopravní cesty dle vnitrostátních předpisů), pak zadavatel vycházel z toho, že je namístě, aby ji realizoval takový dodavatel, který má zkušenosti právě se stavbou na sledované dopravně významné využívané vodní cestě, která s sebou již z povahy věci, jde-li nadto o vodní tok transevropské dopravní sítě, nutně přináší aplikaci zcela jiných stavebních postupů než kupř. vodní toky, na kterých je provozována toliko rekreační plavba, vodní doprava místního významu (typicky u vodních toků účelových), či na něm dokonce není provozována plavba žádná (typicky u vodních toků nesledovaných, které nadto nepodléhají vnitrostátním pravidlům plavebního provozu).
30. Jestliže zadavatel stanovil podmínku technické kvalifikace v podobě dvou referenčních plnění realizovaných na sledované vodní cestě (která v sobě dle § 3 odst. 2 a odst. 3 zákona o vnitrozemské plavbě zahrnuje vodní cesty dopravně významné, účelové, využívané i využitelné), pak tato podmínka shora shrnutým důvodům odpovídá. Požadované reference nadto mohli dodavatelé doložit i prostřednictvím staveb, které byly realizovány v zákonem definovaných nižších kategoriích vodních toků, než na kterém se má nacházet předmět plnění veřejné zakázky. V takovém případě nelze požadavek zadavatele považovat za diskriminační (eventuálně jinak odporující ZZVZ), neboť dodavatelé, kteří se z důvodu tohoto kvalifikačního požadavku nemohli zadávacího řízení zúčastnit, byli ze soutěže o veřejnou zakázku vyloučeni na základě objektivních a pro zdejší soud srozumitelných a dobře hájitelných důvodů. Těmito důvody přitom zadavatel obšírně argumentoval od samého počátku správního řízení. Lze přitom podle zdejšího soudu – ve shodě se zadavatelem – vycházet z logicky odůvodnitelného předpokladu, že stavba vodního díla za současného intenzivního plavebního provozu bude skutečně náročnější (technicky i organizačně) a rizikovější než v situaci, kdy plavební provoz bude velmi málo frekventovaný (právě kupř. uskutečňováním rekreačních plaveb, u nichž si nadto lze poměrně jednoduše představit jejich odstávku po dobu realizace stavby), či nebude provozován vůbec. To se ostatně netýká jen stavebních prací realizovaných při intenzivním plavebním provozu, nýbrž také při uvedení plavebně významné cesty zpět do provozu po jejím odstavení

způsobem, jaký je předvídán zadávací dokumentací (bod III. A. odst. 9 vzoru dohody o předčasném užívání části díla).

31. Rozporuje-li žalobce i přesto odlišnou technickou náročnost stavby na různých vodních tocích, opíraje svůj závěr především o odborné stanovisko Ing. A. V., Ph.D., proděkana pro výstavbu Fakulty stavební ČVUT v Praze, ve kterém je dle žalobce uvedeno, že není technický rozdíl mezi stavbou na sledované vodní cestě a nesledované vodní cestě, jde o žalobcovo tvrzení, které z tohoto odborného stanoviska vůbec nevyvěrá. V něm je naopak uvedeno, že „*[v] současné době nám není známo, že by při realizaci staveb na sledované vodní cestě [...] a na účelové vodní stavbě (zde patrně myšleno na účelové vodní cestě) dle zákona o vnitrostátní plavbě byl zásadní rozdíl*“ (bod 1. odborného stanoviska). Odborné stanovisko se tak vyjadřuje toliko k technologickému rozdílu u staveb realizovaných na sledované dopravně významné využívané vodní cestě a na účelové vodní cestě, čemuž ostatně odpovídají i otázky pokládané žalovaným, na něž Ing. V. v odborném stanovisku odpovídá (žádost žalovaného o odborné stanovisko ze dne 15.9.2021). V nyní posuzované věci je však zadavatelem vyžadováno prokázání technické kvalifikace prostřednictvím staveb realizovaných na sledované vodní cestě, která v sobě zahrnuje, jak již shora uvedeno, vodní cesty dopravně významné, využívané i účelové. To však dle zdejšího soudu svědčí o přiměřenosti technické kvalifikace nastavené zadavatelem, umožnil-li prokazovat předchozí zkušenost s obdobnými stavbami na vodních tocích o dvě kategorie nižších, než by odpovídalo předmětu veřejné zakázky, není-li mezi nimi dle odborného stanoviska zásadní technologický rozdíl. Nadto je vhodné připomenout, že kritéria technické kvalifikace v sobě nezahrnují pouze technologickou náročnost plnění předmětu veřejné zakázky (rozměry stavby, její hmotnost, použité technologie či pracovní postupy apod.), nýbrž i náročnost organizační, která je zásadně determinována místem plnění (zde vodní kanál na sledované dopravně významné využívané vodní cestě), vnějšími vlivy (výší vodní hladiny, intenzitou lodní plavby, změnami v počasí apod.) a jeho okolím; organizační náročnost stavby pak také bude nepochybně odlišná u stavebních prací realizovaných při vypuštění kanálu a napuštění kanálu za současného plného (nebo alespoň nějakého) plavebního provozu. Nad rámec odborného stanoviska pak žalobce žádné konkrétní důkazy (ani tvrzení) o neexistenci technologické náročnosti staveb na sledovaných a nesledovaných vodních tocích nepředkládá.
32. Podle zdejšího soudu byl tedy tento požadavek uplatněn při dodržení § 73 odst. 6 ZZVZ (přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky) i § 6 ZZVZ. Na tom nic nemění ani argumentace žalobce vedená směrem, že kvalifikační požadavek referenční stavby na sledované vodní cestě je nadbytečný, neboť předmět veřejné zakázky bude ve svém rozsahu z více než 98 % realizován tzv. „nasucho“ při vypuštění kanálu. Je sice pravdou, že v návrhu dohody o předčasném užívání díla je specifikováno několik prací, které je vybraný dodavatel povinen realizovat při plném plavebním provozu (bod II. odst. 1), avšak z ničeho neplyne, že by šlo jen o 2 % celkového rozsahu stavby; jejich specifikace takovému rozsahu ostatně ani neodpovídá (úprava plavebního kanálu, přeložky inženýrských sítí, prohrádky, sanace původního opevnění břehů a plavební značení). Uvádí-li nadto žalobce, že prohrádky budou realizovány při vypuštění kanálu, pak ze zadávací dokumentace naopak jednoznačně plyne, že tyto práce budou probíhat na napuštěném kanále, mají-li být prováděny z pontonu, s pomocí sacího bagru a za asistence potápěče (čl. D.1.2 technické zprávy). Předně však žalobce tvrzení o zanedbatelném rozsahu prací prováděných při

napuštěném kanále uvádí toliko v obecné rovině, aniž by uvedl konkrétní postup, z něhož tuto hodnotu dovodil, nadto není nutně pravdou, že jde o jediné práce, které budou při plném plavebním provozu realizovány. Ze zadávací dokumentace, a především pak z obsahu dohody o předčasném užívání díla, je zjevné, že nad rámec shora specifikovaných stavebních prací zadavatel vybraného dodavatele nikterak neomezuje ve výběru (a rozsahu) prací, které budou realizovány na napuštěném či vypuštěném kanále. Naopak mu pouze umožňuje využít dvě plánované odstávky, během kterých bude lodní doprava přerušena, které je sice oprávněn využít, avšak současně k tomu není povinen. Skutečný rozsah stavebních prací realizovaných na napuštěném či vypuštěném kanále tedy bude záviset na úvaze vybraného dodavatele (a na okolnostech provádění prací). Není proto pravdou, že by předčasné užívání bylo pouze eventualitou, která nemusí nastat, neboť ačkoli není jisté, jak velký rozsah prací bude vybraným dodavatelem realizovaný v době před plánovanými odstávkami, v jejich průběhu, mezi jednotlivými odstávkami či po jejich dokončení, je nepochybné, že k předčasnému užívání v průběhu plnění veřejné zakázky dojde.

33. K věcně související argumentaci žalobce stran nepřiměřenosti technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ z důvodů nadbytečného počtu požadovaných referencí, příliš vysokého požadovaného finančního limitu a zvýhodnění určité skupiny dodavatelů lze souhrnně uvést, že se zadávacího řízení zúčastnili celkem čtyři dodavatelé, přičemž přinejmenším tři z nich prokázali splnění kvalifikačního požadavku zadavatele (OH LA ŽS, a.s. byla ze zadávacího řízení vyloučena, neboť nereagovala na výzvu zadavatele podle § 46 odst. 1 ZZVZ), tj. prokázali, že již v minulosti řádně a včas realizovali dvě vodní díla na sledované vodní cestě podle zákona o vnitrozemské plavbě. Pak tedy nelze dovozovat (jak činí žalobce), že by v nyní posuzované věci neproběhla řádná hospodářská soutěž; vzhledem k rozsahu plnění veřejné zakázky i její předpokládané hodnotě, která byla stanovena na 1 333 300 000 Kč bez DPH (bod 2.1.1 zadávací dokumentace), takový okruh účastníků zadávacího řízení nenaznačuje omezení, potlačení nebo vyloučení hospodářské soutěže. Zdejší soud neshledává za relevantní (reálně zpochybňující požadavky zadavatele na technickou kvalifikaci) ani argumentaci žalobce, že účastníci zadávacího řízení předkládali k prokázání splnění technické kvalifikace také své zahraniční reference; předmět plnění má být realizován na jednom ze dvou největších vodních toků v České republice a není důvodu nepředpokládat zapojení zahraničních dodavatelů či dodavatelů se zahraničními zkušenostmi. Z ničeho přitom neplyne, že by měl být zadavatel povinen zajistit „lepší“ a „širší“ uplatnění tuzemských dodavatelů (a tím jim usnadnit přístup k zadávacímu řízení), takový postup by naopak v principu porušoval § 6 odst. 3 ZZVZ.
34. Představuje-li pak zadavatelem stanovený finanční limit referenčních plnění 200 000 000 Kč bez DPH, jde o hodnotu dosahující 15 % předpokládané hodnoty nyní zadávané veřejné zakázky, což bez dalšího rozhodně neindikuje nepřiměřenost takto stanoveného finančního limitu. Stejnou optikou pak zdejší soud nahlíží na požadavek předložení dvou referenčních plnění; prokázání zkušeností se dvěma obdobnými stavbami, přitom s významně nižší hodnotou plnění, nepřiměřenost tohoto požadavku neindikuje. Nic také nenaznačuje, že by měl zadavatel zvýhodňovat skupinu dodavatelů, která má být podle přesvědčení žalobce napojena na Metrostav a.s.; ve velmi obecné rovině vedená argumentace žalobce bez konkretizujících tvrzení (a bez náznaku označení důkazů na podporu těchto tvrzení) působí spíše jen jako žalobcovy subjektivní dojmy, nadto proti podezření, že účastníci zadávacího řízení jsou nějak propojeni se společností Metrostav a.s., může stát i skutečnost, že jedním

z účastníků zadávacího řízení byla i EUROVIA CS, a.s., kterou lze bez dalšího pokládat za konkurenta společnosti Metrostav a.s. (či „skupiny Metrostav“).

35. Stran žalobní argumentace ohledně neprovedení průzkumu trhu ze strany zadavatele zdejší soud vychází z toho, že žalovaný nemusel zkoumat relevantní trh (nemusel jej ani vymezovat), musel se však prostřednictvím své vlastní odborné úvahy zabývat tím, zda žalobcem uplatněný požadavek byl jako celek přiměřený, odpovídající smyslu oprávnění vyžadovat prokázání (doložení) technické kvalifikace (konkrétně referenci). Svoji odbornou úvahu v tomto směru přitom nemohl založit na výlučně teoretických konstrukcích (jakoby samozřejmých), nýbrž musel ji založit na alespoň rámcových znalostech konkrétních podmínek panujících v podnikatelském prostředí stavebních dodavatelů, kteří by byli (sami nebo ve spolupráci s poddodavateli) schopni předmět veřejné zakázky hypoteticky plnit. Takto také žalovaný podle zdejšího soudu v dostatečné míře postupoval, neboť zohlednil především charakter plnění, předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a v kontextu toho skutečnost, že přinejmenším tři dodavatelé byli schopni zadavatelem požadovanou technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ splnit, přitom žádný z dílčích závěrů žalovaného dovozujících, že požadovaná technická kvalifikace nebyla nepřiměřená, netrpí žádným deficitem logických a o konkrétní skutková zjištění se opírajících úvah.
36. Pokud jde o omezení mimoevropských referenčních plnění, která zadavatel připustil pouze u staveb realizovaných v členských státech Evropské unie a ve Spojeném království Velké Británie a Severního Irska, jde o požadavek, který byl dle přesvědčení zdejšího soudu zadavatelem v dostatečné míře odůvodněn nejen v rozhodnutí o námitkách (bod I.), nýbrž také ve správním řízení (ve sdělení žalovanému ze dne 18.8.2022), a odpovídá § 6 odst. 3 ZZVZ. Lze shrnout, že zákon o vnitrozemské plavbě, kterým se řídí i stavební práce realizované na předmětu plnění veřejné zakázky, je harmonizovaný řadou evropských směrnic, z nichž lze demonstrativně uvést kupř. Směrnici Evropského parlamentu a Rady (EU) 2009/104/ES ze dne 16. září 2009, o minimálních požadavcích na bezpečnost a ochranu zdraví při používání pracovního zařízení zaměstnanci při práci, či Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/52/EU ze dne 16. dubna 2014, o posuzování vlivů některých veřejných a soukromých záměrů na životní prostředí, a ve všech členských státech, včetně Spojeného království Velké Británie a Severního Irska, které bylo členem EU až do 31.1.2020, proto lze objektivně předpokládat naplnění standardů předvídaných vnitrostátní právní úpravou nejen v oblasti stavebnictví, nýbrž také v oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, v oblasti práva životního prostředí či nakládání s odpady (podrobný přehled všech harmonizovaných oblastí a příslušných směrnic je shrnut na str. 14 – 15 napadeného rozhodnutí), které však v odpovídající míře nemusí být naplněny v mimoevropských státech, ve kterých k harmonizaci s evropskými (unijními) předpisy nedošlo. V podrobnostech se však s touto argumentací vypořádal zadavatel ve svém vyjádření k žalobě ze dne 8.8.2023 (čl. III, písm. g/), které by zdejší soud mohl pouze parafrázovat, místo toho na něj však bez výhrad odkazuje.
37. Namítá-li pak žalobce, že mu v rozporu s § 36 odst. 3 správního řádu nebylo umožněno seznámit se s podklady napadeného rozhodnutí, které zadavatel předložil až v řízení o rozkladu, pak lze ve shodě se žalovaným konstatovat, že nejde o dokumenty, na kterých by žalovaný založil napadené rozhodnutí (tyto dokumenty dle jejich obsahu spíše sloužily jako shrnutí stanoviska zadavatele k předmětu správního řízení), nadto byl žalobce v době trvání

řízení o rozkladu oprávněn se s těmito dokumenty seznámit nahlížením do spisu podle § 38 správního řádu (této možnosti však nevyužil).

38. Jak již shora zrekapitulováno, předmětem plnění veřejné zakázky o předpokládané hodnotě 1 333 300 000 Kč bez DPH bylo zvýšení ponorů na Vltavské vodní cestě Vraňansko-Hořínský kanál. Zadavatel v čl. 3.5 zadávací dokumentace stanovil jako podmínku technické kvalifikace přítomnost stavbyvedoucího, který mj. bude schopen prokázat předchozí zkušenost s obdobným plněním již realizovanými referenčními zakázkami, na kterých současně působil v pozici stavbyvedoucího po dobu alespoň 6 měsíců. Žalobce takto požadovanou technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. c) a d) ZZVZ považuje za diskriminační a nepřiměřenou.
39. Podle § 79 odst. 2 písm. c) ZZVZ může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat seznam techniků nebo technických útvarů, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky. Podle § 79 odst. 2 písm. d) ZZVZ může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci vztahující se k požadovaným službám, a to jak ve vztahu k fyzickým osobám, které mohou služby poskytovat, tak ve vztahu k jejich vedoucím pracovníkům.
40. Účelem požadavků na prokázání technické kvalifikace je minimalizace zadavatelova rizika, že předmět plnění veřejné zakázky nebude vybraným dodavatelem realizován řádně a včas. Kritéria technické kvalifikace tedy mají především zajistit, že se o veřejnou zakázku budou ucházet pouze dodavatelé, kteří disponují odpovídajícími technickými, personálními i materiálními prostředky k řádnému plnění (a dokončení) veřejné zakázky. Požadavky na prokázání splnění kvalifikace však musí být odůvodněny předmětem veřejné zakázky a musí být stanoveny přiměřeně. Není tak bez dalšího v rozporu se ZZVZ (s § 73, § 79 a § 6 ZZVZ), vztáhne-li zadavatel u významné a (věcně i finančně) rozsáhlé veřejné zakázky parametry technické kvalifikace k osobě stavbyvedoucího, kterou lze nepochybně považovat za osobu zcela klíčovou pro plnění předmětu veřejné zakázky, neboť dohlíží na průběh stavebních prací, dodržování technických postupů, organizuje práci jednotlivým zaměstnancům, přebírá za jejich práci zodpovědnost apod. Zadavatel, pro zdejší soud přijatelně veden úvahou o zásadním vlivu stavbyvedoucího na průběh stavby, dospěl k závěru, že prokázání zkušeností stavbyvedoucího bude dostatečné pouze prostřednictvím referenčních plnění, která mu poskytují jednoznačné záruky ohledně jeho schopností realizovat veřejnou zakázku řádně a včas, tj. doložením stavby již v minulosti zcela dokončené. Takovýto požadavek se zdejšímu soudu ve shodě se žalovaným jeví logicky zdůvodnitelný, ve skutkových poměrech nyní posuzované věci též za zdůvodněný a srozumitelný. Stěží by totiž mohl být naplněn smysl a účel technické kvalifikace, byl-li by zadavatel povinen jako referenční plnění přijmout i taková, která v odpovídající kvalitě (tj. řádně a včas) realizována nebyla, či o jejichž kvalitě (a případných vadách) nelze k okamžiku posouzení technické kvalifikace činit žádné konkrétní závěry (srov. také rozsudek zdejšího soudu ze dne 14.4.2023, č.j. 62 Af 12/2022-130). Byl-li by aprobován výklad opačný (tj. pohled žalobců), byl by zadavatel povinen přijmout referenční zkušenosti stavbyvedoucího, u nichž mu není známo, zda předmětná stavba byla dokončena a byla-li dokončena, zda se tak stalo řádně a včas, přičemž důvody, které by potenciálně zmařily dokončení veřejné zakázky (referenčního plnění) v odpovídající kvalitě, se mohou nacházet výlučně na straně stavbyvedoucího. Se zřetelem k zásadě transparentnosti je však zadavatel dle přesvědčení zdejšího soudu povinen jakékoli

pochybnosti stran prokázání technické kvalifikace konkrétního dodavatele odstranit, aby měl postaveno najisto, že dodavatel kvalifikační kritéria skutečně prokázal, pročez je oprávněn nadále vystupovat jako účastník zadávacího řízení; postup předestřený žalobcem by však takovému přístupu zjevně odporoval.

41. Nad rámec shora uvedeného lze dodat, že tento požadavek bezprostředně souvisel s předmětem plnění veřejné zakázky (dohled osoby stavbyvedoucího nad řádným a včasným plněním stavby) a byl mu také přiměřený.
42. Stran podmínky působení stavbyvedoucího minimálně po dobu 6 měsíců na konkrétním referenčním plnění lze konstatovat, že prokázání délky praxe na konkrétním plnění u klíčových členů realizačního týmu lze pokládat za vhodný kvalifikační požadavek, je-li zvolen přiměřeně s ohledem na předmět a rozsah veřejné zakázky. Prokázání délky praxe zadavateli slouží jako určité síto, které z účasti o veřejnou zakázku eliminuje osoby s minimálními zkušenostmi na trhu, případně osoby, které s obdobnými plněními nemají zkušenost žádnou. Ačkoli praxe přiměřená předmětu plnění veřejné zakázky není zákonem definována, je nezbytné i zde vycházet z požadavku celkové přiměřenosti takového kritéria. Stanovil-li zadavatel jako podmínku působení stavbyvedoucího na této pozici u referenčních plnění po dobu alespoň 6 měsíců, pak dle zdejšího soudu tomuto požadavku dostál; tento kvalifikační požadavek stanovil způsobem odpovídajícím potřebám zadavatele z hlediska zajištění, aby se na plnění veřejné zakázky reálně podílel stavbyvedoucí s dostatečnými zkušenostmi v oboru. Zdejší soud souhlasí se zadavatelem (s jeho úvahami obsaženými ve vyjádření k žalobě), že v případě zvolení kratšího časového úseku (resp. úseku žádného) by hrozilo, že se stavbyvedoucí na referenčním plnění jako stavbyvedoucí sice podílel, avšak kupř. v době, kdy by na základě vnějších vlivů došlo k přerušení stavebních prací, či v době, kdy by docházelo „jen“ k předání staveniště apod., a tedy by funkci stavbyvedoucího fakticky nevykonával. Stanovená délka 6 měsíců je tedy dostatečně dlouhá na to, aby se stavbyvedoucí na referenčním plnění v této roli skutečně podílel, a současně dostatečně přiměřená tak, aby nepředstavovala nepřipustné omezení hospodářské soutěže.
43. Namítá-li pak žalobce, že ačkoli v České republice existuje přes deset tisíc osob disponujících zadavatelem požadovanou autorizací, jsou shora specifikovaná kvalifikační kritéria nastavena natolik přísně, že je jsou schopni splnit toliko dva čeští technici a jeden polský technik, jde o argument zjednodušený a ve výsledku nepřiléhavý. Z účasti čtyř dodavatelů v zadávacím řízení, z nichž tři požadavky zadavatele splnili, nelze dovozovat, že na trhu (nejen českém, nýbrž celém unijním) působí pouze tři stavbyvedoucí, kteří kritériím technické kvalifikace vyhovují; proces zadávání veřejných zakázek dodavatelům neposkytuje žádnou jistotu úspěchu při získání veřejné zakázky, pročez nelze důvodně očekávat, že se všichni dodavatelé zúčastní veškerých zadávacích řízení, u nichž jsou schopni kritéria technické kvalifikace naplnit (ať už z důvodu nedostatku personálních či finančních kapacit, zájmu o lukrativnější veřejnou zakázku či z prostého nezájmu o předmět plnění veřejné zakázky v místě a čase).
44. Argumentace žalobce vedená směrem, že stavbyvedoucí navržený společností BUDIMEX S.A. není schopen komunikace v českém nebo slovenském jazyce, a proto není oprávněn vykonávat pozici stavbyvedoucího a získat pro takovou činnost na území České republiky oprávnění profesní komory, není pro nyní posuzovanou věc vůbec relevantní, neboť zadavatel podmínku jazykových schopností stavbyvedoucího stanovil takovým způsobem,

že není-li schopen komunikace v požadovaném rozsahu sám, může tento nedostatek zhojit stálou přítomností tlumočníka na stavbě (bod 3.5 zadávací dokumentace). Otázka dodržení této podmínky (zde v podobě přítomnosti tlumočníka na stavbě) je pak výlučnou odpovědností dodavatele, kterým byl stavbyvedoucí navržen, obdobně jako zajištění toho, aby disponoval veškerými oprávněními k výkonu této činnosti potřebnými, a nikoli zadavatele, který je v tomto směru případně oprávněn vybraného dodavatele za nedodržení tomu odpovídajícího smluvního požadavku sankcionovat podle smluvního instrumentaria.

45. Namíste je pak odmítnout také tvrzené zvýhodňování společnosti Metrostav DIZ s.r.o., která je členem „skupiny Metrostav“ spolu s trestně odsouzenou společností Metrostav a.s., které byl pravomocně uložen zákaz plnění veřejných zakázek. Ačkoli totiž stavbyvedoucí společnosti Metrostav DIZ s.r.o. požadovaná referenční plnění skutečně prokázal prostřednictvím staveb, na nichž se podílel pro Metrostav a.s., je nezbytné odlišovat zkušenosti konkrétního dodavatele (odsouzeného k zakazu plnění veřejných zakázek) a zkušenosti stavbyvedoucího, stejně jako je třeba odlišovat trestněprávní odpovědnost právnické společnosti od získaných zkušeností jejich konkrétních zaměstnanců (fyzických osob). Stěží by mohlo obstát absolutní vyloučení zaměstnanců dříve pracujících pro právnickou osobu odsouzenou k zakazu plnění veřejných zakázek z podílu na pozdějším plnění jiné právnické osoby. Zdejšímu soudu přitom není známo, že by stavbyvedoucí navržený společností Metrostav DIZ s.r.o. byl pravomocně odsouzen v souvislosti s trestnou činností svého bývalého zaměstnavatele, případně, že by byl zákaz plnění veřejných zakázek uložen společnosti Metrostav DIZ s.r.o., pod níž se konkrétní stavbyvedoucí zadávacího řízení zúčastnil (pro kterou má pracovat). Ani v tomto směru tedy závěr žalobce o údajném zvýhodňování skupiny subjektů funkčně propojených s pravomocně odsouzenou společností Metrostav a.s. před zdejším soudem neobstojí. Žádnou další konkrétní argumentaci pak žalobce v tomto směru nepředkládá.
46. Žalobce dále napadá zadavatelem stanovený mechanismus pro identifikaci mimořádně nízké nabídkové ceny. Za tu měla být podle zadávací dokumentace považována nabídková cena položky, která bude alespoň o 10 % nižší než průměr nabídkových cen položek všech obdržených nabídek; takto stanovené kritérium pro posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny žalobce považuje za nepřiměřené a diskriminační, neboť nesouhlasí s tím, že by nabídka s nižší cenou, byť v jediné položce o 10 %, měla automaticky znamenat vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení. Ani tu zdejší soud se žalobcem nesouhlasí.
47. Podle § 48 odst. 4 ZZVZ obsahuje-li nabídka mimořádně nízkou nabídkovou cenu, kterou účastník zadávacího řízení nezdůvodnil, je zadavatel oprávněn jej vyloučit ze zadávacího řízení. Už to popírá konstrukci žalobce dovozujiící „automatické“ vyloučení ze zadávacího řízení, nadto už při pouhé identifikaci mimořádně nízké nabídkové ceny.
48. Podle § 113 odst. 2 písm. a) a b) ZZVZ může zadavatel v zadávací dokumentaci stanovit cenu nebo náklady, které bude považovat za mimořádně nízkou nabídkovou cenu, nebo způsob určení mimořádně nízké nabídkové ceny. Už z toho plyne, že zadavatel byl oprávněn předem parametry pro identifikaci mimořádně nízké nabídkové ceny stanovit. Otázka, zda je vhodné tak učinit (neboť stanoví-li zadavatel předem parametry pro identifikaci nabídkové ceny, pak nabídkovou cenu, jež tyto parametry naplňuje, musí za všech okolností za mimořádně nízkou nabídkovou cenu považovat), je přitom otázkou pro nyní posuzovanou věc nepodstatnou.

49. Institut mimořádně nízké nabídkové ceny slouží jako ochranný prostředek zadavatele před situací, kdy by byl nucen uzavřít smlouvu s účastníkem, který by zjevně nebyl schopen plnění za nabídnutou cenu vůbec poskytnout, resp. poskytnout v odpovídající kvalitě (srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14.9.2017, č.j. 5 As 180/2016-32). Rozhodl-li se zadavatel spojit identifikaci mimořádně nízké nabídkové ceny s rozdílem alespoň ve výši 10 % v porovnání s průměrem zbylých nabídkových cen, na což byla navázána jeho povinnost vyzvat dodavatele ke zdůvodnění a poté oprávnění jej při nezdůvodnění ze zadávacího řízení vyloučit, pravidlům vyplývajícím z § 113 ZZVZ se jeho postup nezprotivil. Ačkoli je pak vyloučení účastníka zadávacího řízení z důvodu nezdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny podle § 48 odst. 4 ZZVZ fakultativním oprávněním zadavatele, nezbavuje jej to povinnosti postupovat transparentně a odůvodnit, pro které skutečnosti související s nezdůvodněním mimořádně nízké nabídkové ceny účastník ze zadávacího řízení vyloučen byl, či naopak nebyl, ačkoli jeho nabídka dodatečně nezdůvodněnou mimořádně nízkou nabídkovou cenu obsahuje (srov. například rozsudek zdejšího soudu ze dne 24.9.2019, č.j. 31 Af 48/2018-63). Ostatně povinnost zadavatele odůvodnit postup při hodnocení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny byla správními soudy dovozována i ve vztahu k předchozí právní úpravě (srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14.9.2017, č.j. 5 As 180/2016-32) a současná právní úprava (ZZVZ) na tom nic nemění (srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17.8.2021, č.j. 7 As 199/2021-71).
50. Zadavatelem stanovené kritérium identifikace mimořádně nízké nabídkové ceny (bez ohledu na to, jakým způsobem bylo v nyní posuzované věci formulováno) jej tedy nezbavuje povinnosti se ke každému zdůvodnění nabídkové ceny řádně vyjádřit a nabídkovou cenu nakonec posuzovat ve vztahu k předmětu veřejné zakázky (a eventuálně identifikovat mimořádně nízkou nabídkovou cenu i nad rámec pravidla stanoveného podle § 113 odst. 2 písm. a/ a b/ ZZVZ). Z postupu zadavatele v zadávacím řízení v nyní posuzované věci přitom neplyne, jak se snaží dovozovat žalobce, že by takto stanoveného pravidla hodlal zadavatel využít k bezdůvodnému vyloučení „nepohodlných“ účastníků ze zadávacího řízení.
51. Neuplatní se tedy ani přímočará konstrukce žalobce, podle níž zadavatelem předem stanovené kritérium identifikace mimořádně nízké nabídkové ceny eliminuje možnost předkládání jakýchkoli nižších nabídkových cen v rámci volné hospodářské soutěže, protože stanoví-li zadavatel kritérium identifikace mimořádně nízké nabídkové ceny, neznamená to nic víc, než že nabídku naplňující toto kritérium (vedle nabídek obsahujících mimořádně nízkou nabídkovou cenu z jiných důvodů než pro naplnění předem stanoveného kritéria identifikace mimořádně nízké nabídkové ceny) poté učiní předmětem podrobnějšího zkoumání.
52. Dále žalobce rozporuje přiměřenost požadavku na prokázání ekonomické kvalifikace, tj. požadavek minimálního ročního obrátu dodavatele za poslední tři uzavřená bezprostředně předcházející účetní období ve výši minimálně 1 000 000 000 Kč bez DPH za každé takové období.
53. Podle § 78 odst. 1 ZZVZ je zadavatel oprávněn požadovat, aby minimální roční obrát dodavatele nebo obrát dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky

dosahoval zadavatelem určené minimální úrovně, a to nejdéle za tři bezprostředně předcházející účetní období. Podle § 78 odst. 2 ZZVZ podmínka minimální výše ročního obratu nesmí přesahovat dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

54. Požadavkem na prokázání ekonomických kapacit dodavatele účastnícího se zadávacího řízení si zadavatel zajišťuje (resp. snaží zajistit), že předmět plnění bude realizovat výlučně ekonomicky (finančně) silný a stabilní dodavatel, což přirozeně zvyšuje pravděpodobnost dokončení plnění v odpovídající kvalitě (řádně a včas). Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí v nyní posuzované věci 1 333 300 000 Kč bez DPH. Požadoval-li zadavatel roční obrat dodavatele v minimální výši 1 000 000 000 Kč bez DPH, pak § 78 odst. 2 ZZVZ neporušil. Pokud jde o přiměřenost takového požadavku v poměrech konkrétního zadávacího řízení (§ 73 odst. 6 ZZVZ), pak z ničeho (ani z argumentace žalobce) neplyne, že by šlo o požadavek zjevně nepřiměřený složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky. Uvádí-li pak žalobce, že za výši obvyklou lze považovat výši ročního obratu 650 000 000 Kč, pak to opírá toliko o jedinou zadávanou veřejnou zakázku, pročez nejde o požadavek „obvyklý“, nadto argumenty žalobce nic nevypovídají o poměrech nyní zadávané veřejné zakázky. Napadá-li v této souvislosti dále žalobce, že zadavatel neumožnil „sčítání“ obrátů jednotlivých dodavatelů, nejde o požadavek a priori zakázaný a proti jeho přiměřenosti s ohledem na smysl tohoto kvalifikačního požadavku v kontextu finančního a věcného rozsahu plnění v nyní posuzované věci žalobce žádný konkrétní argument nepřináší. Bez podrobnější argumentace stran nepřiměřenosti tohoto požadavku v konkrétních skutkových poměrech nyní posuzované věci nelze jeho nepřiměřenost dovodit ani na základě obecně dostupných údajů o obrazech nejméně 26 dodavatelů. K argumentaci zadavatele obsažené v jeho vyjádření k žalobě totiž zdejší soud ze sbírky listin obchodního rejstříku ověřil, že za rozhodné období (roky 2019, 2020 a 2021) by tento požadavek splňovali nejméně dodavatelé Strabag, a.s., Eurovia CS, a.s., Skanska, a.s., OHL ŽS, a.s., Swietelsky stavební s.r.o., Hochtief CZ, a.s., IMOS Brno, a.s., Colas CZ, a.s., Porr, a.s., Subterra, a.s., Gemo, a.s., Syner, s.r.o., Strabag Rail, a.s., Geosan Group, a.s., M – Silnice, a.s., VCES, a.s., Goldbeck Bau, s.r.o., Firesta – Fišer, rekonstrukce, stavby, a.s., Chládek a Tintěra Pardubice, a.s., Čermák a Hrachovec, a.s., PS Brno, s.r.o., PKS stavby, a.s., GJW Praha, s.r.o., Sitel, s.r.o., Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego, organizační složka a Silnice Group, a.s. Tento výčet přitom zdejší soud pokládá za vzorek dostatečně reprezentativní pro závěr, že o nepřiměřený požadavek nejde.
55. Za nezákonné pak žalobce považuje také hodnotící kritérium, podle kterého budou hodnoceny zkušenosti stavbyvedoucího prostřednictvím referenčních zakázek, na nichž v této pozici působil, a sice s vahou tohoto kritéria 30 % (zbylých 70 % tvořila nabídková cena).
56. Podle § 116 odst. 1 ZZVZ je zadavatel pro hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky podle kvality povinen stanovit kritéria, která vyjadřují kvalitativní, environmentální nebo sociální hlediska spojená s předmětem veřejné zakázky. Podle § 116 odst. 2 písm. e) ZZVZ je možné jako kritérium kvality určit mj. zkušenost osob, které se mají přímo podílet na plnění veřejné zakázky v případě, že na úroveň plnění má významný dopad kvalita těchto osob.
57. Zadavatel je tedy (při zadávání veřejných zakázek v nadlimitním i podlimitním režimu) oprávněn hodnotit zkušenosti osob, které mají podstatný význam a vliv na plnění veřejné zakázky. Zásadně tak musí jít o předmět plnění, jehož kvalita je odvislá od kvality a

zkušeností osob, které se podílejí na jeho realizaci. Vzhledem k tomu, že se zdejší soud s významem role stavbyvedoucího pro plnění nyní posuzované věci již shora vypořádal, stejně jako s přiměřeností požadavku na kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. c) a d) ZZVZ, a to shodně jako žalovaný, je od těchto úvah přirozeně odvislý i závěr ohledně přiměřenosti (a tedy zákonnosti) kritéria hodnocení odrážejícího zkušenosti stavbyvedoucího. Ostatně i sám žalobce nepřiměřenost hodnotícího kritéria opírá výlučně o nepřiměřenost požadavku na kvalifikaci. Nad rámec argumentace, kterou žalobce přinesl již proti požadavku na kvalifikaci ve smyslu § 79 odst. 2 písm. c) a d) ZZVZ a kterou zdejší soud shora za důvodnou nepokládal, žalobce – ve vztahu ke kritériu hodnocení – nic nového nepřináší.

58. Žalobce dále tvrdí, že zadavatel údajně postupoval netransparentně, když nedisponoval v době zahájení zadávacího řízení příslušnými finančními prostředky ani stavebním povolením k realizaci veřejné zakázky, a také dodavatelům neposkytl dostatečně podrobné zadávací podmínky nezbytné pro jejich účast v zadávacím řízení. Ani v těchto dílčích ohledech zdejší soud se žalobcem nesouhlasí.
59. V oblasti zadávání veřejných zakázek je známou a obecně přijímanou skutečností (jakkoli se žalobci může subjektivně jevit jako nedobrá), že zadávací řízení bývají zahajována i v situaci, kdy otázka financování předmětu plnění není postavena najisto, ať už z toho důvodu, že zadavatel o financích teprve vyjednává, anebo že čeká na jejich uvolnění z příslušného rozpočtu či na dotaci. Riziko nezajištění finančních prostředků tak může být přítomno v řadě zadávacích řízení, ostatně i § 127 odst. 2 písm. d) a e) ZZVZ opravňuje na nakonec zjištěný nedostatek finančních prostředků reagovat zrušením zadávacího řízení (kupř. ke zkrácení finančních prostředků předpokládaných zadavatelem jakožto k důvodu hodnému zvláštního zřetele pro zrušení zadávacího řízení srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27.7.2016, č.j. 6 As 278/2015-34), a tedy žalobcem tvrzená nejistota zadavatele stran financování obecně nemůže vést k závěru o porušení ZZVZ tím, že je zadávací řízení zahájeno. Stejně tak žalobcem tvrzené chybějící stavební povolení v době zahájení zadávacího řízení není skutečností, o kterou by bylo možno opřít porušení ZZVZ; z ničeho neplyne, že by zadávací řízení (zvláště se zohledněním rozumného předpokladu doby jeho trvání) muselo být zahajováno teprve tehdy, disponoval-li by zadavatel veškerými veřejnoprávními povoleními k realizaci plnění. O podrobnosti a úplnosti zadávací dokumentace potřebné pro podání žádostí o účast, a to bez konkrétnější žalobní argumentace, ostatně svědčí celkem čtyři podané žádosti o účast, které zadavatel v úvodní fázi zadávacího řízení obdržel. Z ničeho tedy v souhrnu neplyne, že by zadavatel neměl v úmyslu zadávací řízení skutečně realizovat a následně s vybraným dodavatelem uzavřít smlouvu na plnění.
60. Zdejší soud tedy v nosných ohledech zcela sdílí závěry žalovaného, které pokládá za zákonné a odpovídající jeho skutkovým zjištěním. Žalovaný podle zdejšího soudu aplikoval správný právní předpis, v jeho mezích správnou právní normu, přitom pochybení, jež by mělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, se nedopustil ani při její aplikaci na zjištěný skutkový stav. Zdejší soud tak v mezích uplatněných žalobních bodů neshledal žalobu důvodnou a nad rámec uplatněných žalobních bodů nezjistil ani žádnou vadu, jež by atakovala zákonnost napadeného rozhodnutí a k níž by musel přihlížet z úřední povinnosti. Proto zdejší soud žalobu podle § 78 odst. 7 s.ř.s. jako nedůvodnou bez jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s. zamítl.

V. Náklady řízení

61. Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, proto právo na náhradu nákladů řízení nemá. Úspěšný byl žalovaný, tomu však podle obsahu soudního spisu nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti, navíc náhradu žádných nákladů řízení ani nepožadoval, a proto bylo rozhodnuto, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává. Osoba zúčastněná na řízení pak na náhradu nákladů řízení nemá právo, neboť jí soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady vznikly, a k náhradě jiných nákladů řízení nebyl shledán žádný závažný důvod (§ 60 odst. 5 s.ř.s.).

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 nejblíže následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s.ř.s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 11. ledna 2024

David Raus v.r.
předseda senátu