



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně Michaely Bejčkové a soudců Faisala Husseiniho a Ondřeje Mráky v právní věci žalobkyně: **INFRAPROJEKT s. r. o.**, Nezamyslova 2801/26, Brno, zast. advokátem Mgr. Tadeuszem Zientkem, Stodolní 1785/31, Ostrava, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost**, Sokolovská 42/217, Praha, zast. advokátem JUDr. Vilémem Podešvou, LLM, Na Pankráci 1683/127, Praha, proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25. 11. 2021, čj. ÚOHS 36936/2021/161/HBa, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 5. 2024, čj. 29 Af 13/2022-226,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků řízení ani osoba zúčastněná na řízení **n e m a j í** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

[1] V nynější věci NSS posuzoval soulad zadání veřejné zakázky geotechnického monitoringu a pasportizace objektů související s výstavbou části trasy D pražského metra se zákonem.

I. Vymezení věci

[2] Dopravní podnik hl. m. Prahy (zde vystupující jako osoba zúčastněná na řízení) zadal začátkem roku 2020 v otevřeném zadávacím řízení sektorovou veřejnou zakázku „Komplexní geotechnický monitoring a pasportizace pro stavbu: „Provozní úsek I.D pražského metra – úsek Pankrác – Olbrachtova – stavební část“. Předmětem plnění veřejné zakázky měly být práce a činnosti spojené s provedením geotechnického monitoringu raženého díla při realizaci stavby „Provozní úsek I.D pražského metra – úsek Pankrác – Olbrachtova – stavební část“ a dále pasportizace stavu budov, sítí a objektů se stavbou metra souvisejících.

[3] Zadání veřejné zakázky napadla žalobkyně (zde vystupující jako stěžovatelka) návrhem na přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže nejprve rozhodnutím ze dne 13. 10. 2020 stěžovatelce vyhověl a zadávací řízení zrušil. Toto rozhodnutí však kvůli nedostatečně zjištěnému skutkovému stavu zrušil předseda úřadu rozhodnutím ze dne 10. 2. 2021.

[4] Napodruhé úřad rozhodnutím ze dne 27. 8. 2021 řízení částečně zastavil (kvůli tomu, že stěžovatelka v části nepodala námitky) a ve zbytku stěžovatelčin návrh zamítl. Toto rozhodnutí již předseda úřadu potvrdil, když rozhodnutím ze dne 25. 11. 2021 zamítl stěžovatelčin rozklad.

[5] Proti rozhodnutí předsedy úřadu podala stěžovatelka žalobu ke krajskému soudu, který její žalobu zamítl.

II. Kasační stížnost, vyjádření úřadu a vyjádření dopravního podniku

Kasační stížnost

[6] Proti rozsudku krajského soudu podala stěžovatelka kasační stížnost. Domnívá se, že krajský soud věc nesprávně právně posoudil. Kasační stížnost obsahuje čtyři okruhy kasačních námitek:

A – porušení § 36 odst. 3 správního řádu v řízení o rozkladu

[7] Stěžovatelka zaprvé namítá, že předseda úřadu v řízení o rozkladu porušil § 36 odst. 3 správního řádu, neboť jí před vydáním rozhodnutí nedal možnost reagovat na vyjádření dopravního podniku k jejímu rozkladu, tedy na jeden z podkladů rozhodnutí. Stěžovatelka je přesvědčena, že argumentace dopravního podniku zazněla poprvé až v tomto jeho vyjádření a předseda úřadu ve svém rozhodnutí o rozkladu na tuto argumentaci odkázal, či z ní přímo vyšel. Jednalo se přitom o argumentaci zcela novou, která neměla jakoukoli oporu v prvostupňovém rozhodnutí úřadu.

B – Nezákonnost požadavku ekonomické kvalifikace

[8] V první části tohoto okruhu kasačních námitek stěžovatelka napadá postup úřadu, který se ve svém prvostupňovém rozhodnutí vůbec nezabýval splněním podmínek § 78 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (ZZVZ), a s tím spojenou stěžovatelčinou argumentací, neboť shledal naplnění výjimky podle § 78 odst. 3 ZZVZ. Dopravní podnik se této výjimky však nijak nedovolával a s jejím použitím na nynější věc přišel až sám od sebe úřad. Stěžovatelka je přesvědčena, že se tím úřad dopustil excesu, nadto ve správním řízení zahájeném na návrh. Stěžovatelka v tomto ohledu odkazuje na vůdčí principy návrhového řízení před úřadem, tedy na primární odpovědnost zadavatele za obhajobu a zdůvodnění svého postupu v mezích přísně pojaté zásady koncentrace. V tomto ohledu tedy nebyl přílehlavý odkaz krajského soudu na rozsudek NSS ze dne 9. 3. 2023, čj. 4 As 31/2023-26, ve kterém se jednalo o jiný typ řízení. Podle stěžovatelky nelze posvětit přístup úřadu, který za zadavatele přišel s novým způsobem zdůvodnění jeho postupu.

pokračování

Konečně podle stěžovatelky nelze ani souhlasit s tím, že by chybějící vypořádání námitek ohledně porušení § 78 odst. 2 ZZVZ mohl napravit až předseda úřadu ve svém rozhodnutí o stěžovatelčině rozkladu.

[9] Dále stěžovatelka nesouhlasí se závěrem krajského soudu, že v tomto případě nebyly dány podmínky pro přepočet ekonomické kvalifikace na jeden rok plnění, neboť ten je opřen primárně o velmi vágní závěry krajského soudu týkající se nerovnoměrného rozložení plnění, které nejsou podloženy žádným konkrétním číselným údajem. Současně ani charakter veřejné zakázky, kterým argumentoval předseda úřadu v rozhodnutí o rozkladu, podle stěžovatelky nesvědčil o tom, že by se přepočet neměl uplatnit. Nyní sporná veřejná zakázka je zakázkou na služby, které měly být fakturovány měsíčně, tudíž pro zadavatele nedává žádný smysl, aby omezoval hospodářskou soutěž přemrštěnými požadavky na ekonomickou kvalifikaci v situaci, kdy ekonomické riziko závislosti dodavatele na plnění jedné zakázky je zcela minimální. Není tedy ani možné použít závěry aktuálnější rozhodovací praxe úřadu, neboť ty se vztahují primárně ke stavebním zakázkám.

[10] Krajský soud navíc pochybil, pokud námitku ohledně nepřiměřenosti stanoveného požadavku ve vazbě na předběžné tržní konzultace – a z nich vyplývající vědomost zadavatele o tom, že jeho přemrštěný požadavek může na relevantním trhu splnit pouze jeden z oslovených subjektů – vypořádal pouhým odkazem na druhé vyjádření zadavatele k podané žalobě, aniž současně vzal v potaz, že úřad se vypořádání této námity po celou dobu správního řízení vyhýbal. Zadavatel sice nemůže předvídat, které subjekty podají nabídku a které se spojí, nicméně musí vědět, že stanovením požadavku na úroveň, kterou může splnit pouze jeden dodavatel v celé České republice, v podstatě eliminuje hospodářskou soutěž. Argument počtem nabídek nemůže být argumentem jediným, a pokud ano, je nutno zkoumat, kolik z ostatních specializovaných dodavatelů služeb geotechnického monitoringu daný požadavek reálně splňovalo a kolika z nich bylo reálně umožněno se soutěže účastnit (stále se pak opomíjí, že jednu z podaných nabídek zadavatel vyloučil). Takováto zjištění ovšem úřad neprovedl.

C – Nezákonnost poddodavatelského omezení

[11] Stěžovatelka nesouhlasí ani s právním posouzením poddodavatelského omezení. Závěr, který krajský soud připustil, je podle ní takový, že zadavatel má v podstatě svobodu v tom, jaké činnosti bude považovat za významné, resp. stanovení těchto činností závisí na subjektivních pocitech zadavatele. Zadavatel je oprávněn určit jakoukoli část veřejné zakázky za významnou, protože to tak subjektivně cítí, třebaže je zde jiná objektivně podstatně významnější část veřejné zakázky s podstatně zásadnějšími dopady na kvalitativní úroveň plnění. To stěžovatelka považuje za rozporné se smyslem a účelem § 105 odst. 2 ZZVZ.

[12] Krajský soud navíc na jednu stranu vyšel z vyjádření České geologické služby, ze kterého vyplývá, že geodetické měření je činností univerzální a rutinní spočívající v odcítání hodnot z měřicích aparatur, byť důležitou součástí je i správné nastavení měřicích aparatur, k čemuž daný dodavatel potřebuje dlouhodobé a specifické zkušenosti. Na druhou stranu se však krajský soud spokojil se zdůvodněním zadavatele, že jde o technologicky velmi náročné práce se zásadním vlivem pro plnění veřejné zakázky jako celku. Krajský soud navíc

nezohlednil ani další pasáže z vyjádření České geologické služby, které rovněž svědčily o tom, že činnost, kterou zadavatel označil jako významnou, byla svou podstatou triviální.

D – Nezákonnost požadavku na technologické řešení od výlučně jednoho konkrétního dodavatele

[13] Podstata tohoto okruhu kasačních námitek spočívá v tom, zda je zadavatel oprávněn požadovat technologické řešení od výhradně jednoho konkrétního dodavatele snímků (provozovatele družic) za situace, kdy na trhu je objektivně dostupné zcela srovnatelné řešení a zda v tomto ohledu může hrát roli vědomost či nevědomost, resp. jistota zadavatele o existenci jiného řešení. Krajský soud dospěl k závěru, že údajná nevědomost zadavatele o existenci rovnocenného řešení, resp. skutečnost, že zadavatel nemá potvrzeno najisto, zda toto řešení bude rovnocenné, je pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele stěžejní. S tím však stěžovatelka nesouhlasí.

[14] Krajský soud se podle stěžovatelky v první řadě nevypořádal s její argumentací, podle které použití výjimky dle § 89 odst. 5 ZZVZ přichází v úvahu pouze ve zcela výjimečných situacích, kdy má zadavatel naprosto přesné povědomí o možnostech trhu a z toho důvodu si je zcela jist tím, že jiný než konkrétní dodavatel/výrobek nemůže naplnit jeho potřebu. Stěžovatelka je přesvědčena, že pokud se později ukáže, že na trhu existoval v době zadávání veřejné zakázky běžně dostupný výrobek, který byl objektivně schopen naplnit zadavatelovu potřebu totožně (nebo lépe), jakákoliv nevědomost zadavatele musí jít k jeho tíži. Nelze připustit takový výklad § 89 odst. 5 ZZVZ, podle kterého zadavatel nemusí mít absolutní představu o svých potřebách ani o relevantním trhu, a využitelnost výjimky proto naváže na subjektivní prvek, tj. pouhou nevědomost o existenci jiných řešení.

[15] Kromě toho navíc bylo podle stěžovatelky bezpečně prokázáno, že zadavatel o existenci družice PAZ věděl již při přípravě zadávacích podmínek, stejně jako předpokládal využití snímků z této družice. Jak uvedla stěžovatelka již v žalobě, sám zadavatel v Multikriteriální analýze (MKA), kterou předložil úřadu, počítal i s kompatibilitou snímků s jím předepsanými družicemi TerraSAR-X. Pokud si zadavatel nebyl jist použitelností snímků, mohl situaci podle stěžovatelky vyřešit jednoduchou formulací v zadávací dokumentaci, kterou by (pro všechny případy) umožnil poskytnutí jiného rovnocenného plnění, což by samo o sobě, na rozdíl od mínění krajského soudu, nemohlo ohrozit plnění veřejné zakázky.

Vyjádření úřadu

[16] Ke kasační stížnosti se vyjádřil žalovaný úřad. Kasační námitky podle něj nejsou důvodné a NSS by měl kasační stížnost zamítnout.

[17] Podle úřadu nebylo vyjádření dopravního podniku podkladem rozhodnutí o rozkladu, proto úřad nebyl povinen dát stěžovateli možnost vyjádřit se k tomuto vyjádření. Prvostupňové a druhostupňové správní řízení navíc tvoří jeden celek, proto v rozhodnutí o rozkladu bylo možné zejména v reakci na stěžovatelčin rozklad doplnit odůvodnění prvostupňového rozhodnutí. V řízení o rozkladu však vyšel předseda úřadu ze skutkových

pokračování

zjištění učiněných již v prvostupňovém správním řízení a žádného procesního pochybení se tedy nedopustil.

[18] K tvrzené nezákonnosti požadavku dopravního podniku na ekonomickou kvalifikaci úřad uvedl, že v napadených rozhodnutích vedle sebe stojí závěr o splnění § 78 odst. 2 ZZVZ a současně závěr o tom, že dopravní podnik splnil i podmínku pro uplatnění výjimky podle § 78 odst. 3 ZZVZ. Ke zjištění, že dopravní podnik stanovil obrat v souladu se ZZVZ, přitom stačilo, aby dodržel kterékoliv z těchto ustanovení. Stěžovatelka se po celou dobu sporu dovolává přepočtu předpokládané hodnoty veřejné zakázky na jeden rok plnění. K tomu úřad především uvádí, že tato podmínka z § 78 odst. 2 ZZVZ nevyplývá, a proto je nutné posoudit v každém jednotlivém případě, zda k takovému přepočtu přistoupit, či nikoliv. Nelze tedy postupovat tak, jak to požaduje stěžovatelka, tj. provádět přepočet na roky plnění mechanicky u každé veřejné zakázky, bez ohledu na její konkrétní skutkové okolnosti. V nyní šetřeném případě dospěl předseda úřadu k závěru, že s ohledem na charakter veřejné zakázky nebylo za účelem stanovení limitu podle § 78 odst. 2 ZZVZ adekvátní provádět přepočet předpokládané hodnoty zakázky na jeden rok plnění.

[19] Ke kasační námitce poukazující na to, že zadavatel nepřiměřeně stanovil výhradu podle § 105 odst. 2 ZZVZ v případě geodetických (včetně konvergenčních) měření, úřad uvádí, že nepostupoval tím způsobem, jak tvrdí stěžovatelka v kasační stížnosti, tedy že by snad zadavateli přiznal absolutní svobodu v tom, které činnosti označí za významné ve smyslu § 105 odst. 2 ZZVZ. Úřad mu pouze přiznal právo si vybrat mezi více významnými částmi plnění veřejné zakázky ty činnosti, vůči nimž uplatní výhradu podle § 105 odst. 2 ZZVZ. Důvodnost této výhrady byla v řízení na obou stupních náležitě posouzena, a to konkrétně ve vztahu k šetřené veřejné zakázce. Úřad, jeho předseda a následně i krajský soud přitom dospěli k závěru, že zadavatel svou výhradu řádně odůvodnil a že není pochyb o jejím stěžejním významu pro dokončení předmětu veřejné zakázky. Úřad nesouhlasí se stěžovatelkou v tom, že významnost činnosti je dána pouze její odbornou náročností. Stejně tak může být dána i její důležitostí pro zdárné splnění zakázky, anebo tím, že její vadné provedení může způsobit značné škody na zdraví či majetku. Skutečnost, že potenciálně existovaly odborně náročnější části veřejné zakázky, vůči nimž zadavatel výhradu neuplatnil, neznamená, že nebyl oprávněn stanovit výhradu v případě geodetických (včetně konvergenčních) měření, která byla pro plnění veřejné zakázky rovněž významná, i když třeba z jiných důvodů. Navíc rovněž jistě nelze tvrdit, že by sporná měření byla natolik snadná, jak tvrdí stěžovatelka.

[20] Konečně ke stěžovatelčinu poslednímu okruhu kasačních námitek, který se týkal zadávací podmínky, podle níž měly být v rozporu s § 89 odst. 5 ZZVZ využívány při plnění veřejné zakázky radarové snímky družice TerraSAR-X, ačkoli existovalo srovnatelné řešení v podobě družice PAZ, úřad především upozornil, že stěžovatelka nijak nevysvětlila, jak tato podmínka mohla zvýhodnit či znevýhodnit některé dodavatele včetně stěžovatelky. Všichni potenciální dodavatelé totiž byli postaveni do totožné situace, že měli pro plnění veřejné zakázky pořizovat stejné – obecně dostupné – snímky od třetí strany za shodných smluvních podmínek. Není tak zřejmé, jakou újmu mohl stěžovatelce způsobit odkaz na družici TerraSAR-X. Rovněž v kasační stížnosti stěžovatelka staví svou argumentaci nesprávně na tom, že družice PAZ byla objektivně srovnatelné řešení s družicí TerraSAR-X. Toto tvrzení však neodpovídá skutkovému stavu zjištěnému úřadem ke dni 7. 1. 2020, kdy zadavatel

zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku. V té době totiž byla družice PAZ vypuštěna příliš krátkou dobu na to, aby bylo možné shledat kompatibilitu jejích snímků s archivními snímky z družice TerraSAR-X, a tedy jejich použitelnost pro potřeby plnění veřejné zakázky. Zadavatel přitom nemohl při koncipování zadávacích podmínek a vyhodnocování nabídek vycházet z informací v té době neznámých (např. ze studie publikované až dne 27. 5. 2021), resp. pouze z toho, že v daný okamžik vstupovala na trh další družice, která potřebné parametry (pro zadavatele klíčové) „s největší pravděpodobností také splňovala“. V té době by se jednalo pouze o nepodloženou spekulaci. V situaci, v jaké se zadavatel nacházel v okamžiku zahájení zadávacího řízení, proto bylo adekvátní, že v zadávací dokumentaci dopředu stanovil, že připustí pouze snímky z družice TerraSAR-X. K citaci ze str. 13 Multikriteriální analýzy (MKA) úřad uvádí, že podle této analýzy k lednu 2020 (tj. k okamžiku zahájení zadávacího řízení) nebyla data z družice PAZ vůbec v nabídce jejich poskytovatele a v analýze se hovoří pouze o budoucím využití snímků z této družice. Kompatibilita snímků z družice PAZ se snímky z družice TerraSAR-X byl pouze předpoklad, který v té době nemohl být a nebyl v praxi ověřen. Dokonce ani později, v průběhu správního řízení, nebyli oslovení odborníci schopni s jistotou potvrdit, zda by snímky z družice PAZ dokázaly naplnit potřeby zadavatele stejně jako snímky z družice TerraSAR-X.

Vyjádření dopravního podniku jako osoby zúčastněné na řízení

[21] Ke kasační stížnosti se vyjádřil i dopravní podnik jako osoba zúčastněná na řízení. I on navrhuje zamítnout kasační stížnost pro nedůvodnost.

[22] Ke stěžovatelkou tvrzenému porušení § 36 odst. 3 správního řádu dopravní podnik uvádí, že se ve svém vyjádření ke stěžovatelčinu rozkladu věnoval výlučně právní argumentaci. Jeho vyjádření neobsahovalo žádná skutková tvrzení ani důkazy, které by mohl předseda úřadu vzít za podklad rozhodnutí ve smyslu § 36 odst. 3 správního řádu. Za právní posouzení věci je odpovědný výhradně správní orgán, přičemž jej činí autonomně (nezávisle na právním posouzení věci účastníky řízení). To však neznamená, že by správní orgán nebyl oprávněn při právním posouzení vyjít z argumentace předložené účastníky řízení či tuto argumentaci při právním posuzování dotčených otázek částečně využít či převzít. I v takovém případě však zůstává správní orgán plně odpovědný za celkové právní posouzení věci.

[23] Dále dopravní podnik upozornil, že napadená argumentace předsedy úřadu týkající se využití § 78 odst. 3 ZZVZ byla v rozhodnutí předsedy uvedena pouze nad rámec nutný pro jeho odůvodnění, neboť rozhodnutí o rozkladu bylo primárně založeno na právním posouzení, dle kterého byl požadavek na ekonomickou kvalifikaci stanoven v souladu s § 78 odst. 2 ZZVZ bez nutnosti využít výjimku dle § 78 odst. 3 ZZVZ. Předseda úřadu totiž shledal, že pro účely stanovení horního limitu ekonomické kvalifikace dle § 78 odst. 2 ZZVZ nebylo v daném případě nutné přepočítávat předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na jednotlivé roky plnění. Zadavatelem stanovený požadavek na minimální hodnotu obrátu tak s ohledem na tento závěr ani zdaleka nedosahoval hranice dvojnásobku předpokládané hodnoty veřejné zakázky a nebylo nutné, aby předseda úřadu vůbec možnost využít výjimku dle § 78 odst. 3 ZZVZ odůvodňoval. I kdyby tak ve vztahu k této argumentaci předseda

pokračování

úřadu postupoval v rozporu s § 36 odst. 3 správního řádu (což by byl závěr absurdní), nemělo by to žádný vliv na zákonnost rozhodnutí, neboť to stálo primárně na odlišných důvodech.

[24] Ke stěžovatelkou tvrzené nezákonnosti poddodavatelského omezení dopravní podnik předně uvedl, že krajský soud věc posoudil dostatečně. Krajský soud přitom přijal jednoznačný závěr, že je rozhodné, zda jsou dotčené činnosti významné ve vztahu k veřejné zakázce, tzn. že jsou nezbytné pro naplnění jejího účelu. Významnou činností tak může být i rutinní činnost, pokud na jejím zcela správném provedení závisí osud celé zakázky a v tomto případě i celé navazující stavby metra. Není tedy pravda, že dle výkladu krajského soudu a úřadu může zadavatel prohlásit jakoukoliv část zakázky za významnou a vztáhnout na ni poddodavatelské omezení. I Česká geologická služba ve svém vyjádření uvedla, že rovněž činnosti spočívající ve vyhodnocování dat by bylo možné označit za významné, a i ve vztahu k nim by byl zadavatel oprávněn stanovit poddodavatelské omezení. To, že zadavatel stanovil poddodavatelské omezení pro jednu z významných činností a pro jinou nikoli, závisí navíc zcela na jeho uvážení a je to jeho právo.

[25] Konečně k údajné nezákonnosti požadavku na technologické řešení od výlučně jednoho konkrétního dodavatele dopravní podnik uvedl, že v průběhu řízení bylo jednoznačně prokázáno, že „zcela srovnatelné řešení“ k systému TerraSAR-X v době zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku neexistovalo. Existence takového řešení tak nemohla být zadavateli z povahy věci při zahájení zadávacího řízení ani zřejmá. Stěžovatelkou odkazované obdobné řešení nedisponovalo archivem referenčních snímků, a v době zahájení zadávacího řízení tak nebylo ani v rámci odborného stavu poznání postaveno najisto, zda jsou snímky z družice PAZ kompatibilní s archivními snímky z družice TerraSAR-X. S ohledem na to tak nemohla být alternativním řešením naplněna objektivní potřeba zadavatele, aby bylo s naprostou jistotou snímkování provedeno takovým způsobem, který umožní porovnat nově pořízené snímky s referenčními snímky z již existující databáze. Na tom nic nemění ani skutečnost, že kompatibilitu snímků bylo možné při zahájení zadávacího řízení předpokládat. Zadavatel totiž potřeboval mít o kompatibilitě snímků naprostou jistotu. Jinak by se vystavil nepřijatelnému riziku, že vynaloží značné finanční prostředky na něco, co mu bude následně fakticky k ničemu a neumožní mu provádět požadované porovnání nově pořízených snímků a zkoumat tak vývoj v delším období.

III. Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[26] Kasační stížnost **není** důvodná.

III.A *V řízení o rozkladu nebyl porušen § 36 odst. 3 správního řádu ani obecně právo stěžovatelky na spravedlivý proces*

[27] V úvodním okruhu kasačních námitek stěžovatelka namítá porušení § 36 odst. 3 správního řádu v řízení o rozkladu, neboť předseda úřadu jí nedal možnost reagovat na vyjádření dopravního podniku k jejímu rozkladu. Stěžovatelka je přesvědčena, že dopravní podnik v tomto vyjádření uvedl nové argumenty, na které předseda úřadu v rozhodnutí o rozkladu odkázal, či z nich přímo vyšel, a které neměly jakoukoli oporu v prvostupňovém rozhodnutí úřadu. Konkrétně stěžovatelka upozornila na argumentaci zadavatele k možnosti

využít výjimku dle § 78 odst. 3 ZZVZ a důvodnosti stanoveného omezení využití poddodavatelů.

[28] Tento okruh kasačních námitek není důvodný.

[29] Mezi účastníky řízení není sporné, že úřad stěžovatelce nepřeposlal vyjádření dopravního podniku k doplnění rozkladu ze dne 24. 10. 2021. NSS však neshledal, že by se jednalo o procesní vadu, pro kterou by bylo třeba zrušit rozsudek krajského soudu i rozhodnutí úřadu.

[30] Podle § 36 odst. 3 správního řádu platí, že *nestanoví-li zákon jinak, musí být účastníkům před vydáním rozhodnutí ve věci dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí*. Pro odvolací řízení upravuje povinnost seznámit účastníky řízení s podklady rozhodnutí speciálně § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, podle kterého se *podle § 36 odst. 3 postupuje, pouze pokud jde o podklady rozhodnutí nově pořízené odvolacím správním orgánem*. Toto ustanovení platí i pro řízení o rozkladu, neboť podle § 152 odst. 5 správního řádu *nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání* (shodně již krajský soud v bodech 19 a 20 nyní přezkoumávaného rozsudku).

[31] Z citovaných ustanovení je zřejmé, že povinnost správního orgánu dát možnost účastníkovi řízení se vyjádřit se vztahuje výlučně k podkladům rozhodnutí. NSS se proto nejprve zabýval otázkou, zda vyjádření dopravního podniku ke stěžovatelčinu rozkladu představovalo podklad rozhodnutí úřadu o rozkladu ve smyslu § 36 odst. 3 správního řádu. Dospěl přitom k závěru, že nikoli.

[32] Povahou práva účastníků správního řízení podle § 36 odst. 3 správního řádu a tomu odpovídající povinnosti správních orgánů se NSS i Ústavní soud zabývaly opakovaně. Povinnost správního orgánu umožnit účastníkovi řízení vyjádřit se k podkladům před vydáním rozhodnutí je totiž nutno považovat za jedno ze základních procesních práv účastníka správního řízení (rozsudek NSS ze dne 13. 11. 2014, čj. 9 As 42/2014-35, bod 21, či nálezn Ústavního soudu ze dne 3. 3. 2005, sp. zn. II. ÚS 329/04, N 39/36 SbNU 427). Smyslem tohoto ustanovení je poskytnout účastníkovi správního řízení možnost sdělit správnímu orgánu své stanovisko k důkazním prostředkům, které správní orgán v řízení shromáždil (rozsudek NSS ze dne 15. 12. 2004, čj. 7 As 40/2003-61, č. 958/2006 Sb. NSS), resp. umožnit účastníkovi řízení, aby ve fázi před vydáním rozhodnutí mohl uplatnit své výhrady k podkladu rozhodnutí a ke způsobu jeho zjištění - tedy učinit své procesní návrhy tak, aby rozhodnutí skutečně vycházelo ze spolehlivě zjištěného stavu věci (rozsudek NSS ze dne 17. 12. 2003, čj. 5 A 152/2002-41, či již výše cit. nálezn Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 329/04).¹ K obdobnému závěru se kloní i odborná literatura (Potěšil, L., Hejč, D., Rigel, F., Marek, D.: *Správní řád. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2020, komentář k § 36, marg. č. 19).

¹ Citované rozsudky 7 As 40/2003-61, 5 A 152/2002 i nálezn Ústavního soudu II. ÚS 329/04 se týkaly § 33 odst. 2 „starého“ správního řádu – zákona č. 71/1967 Sb. Ustanovení § 33 odst. 2 starého správního řádu však odpovídá úpravě v § 36 odst. 3 nynějšího správního řádu – to ostatně již dříve potvrdil sám NSS (srov. např. již cit. rozsudek NSS 9 As 42/2014-35, bod 20, či rozsudek NSS ze dne 13. 5. 2020, čj. 10 As 127/2020-54, bod 20).

pokračování

[33] Ze závěrů judikatury i doktríny je tedy zřejmé, že smyslem uvedeného procesního práva je dát účastníku k dispozici skutková zjištění správního orgánu, aby mohl případně poukázat na jejich nesprávnost nebo navrhnout jejich doplnění tak, aby rozhodnutí skutečně vycházelo ze spolehlivě zjištěného stavu věci. Podklad rozhodnutí ve smyslu § 36 odst. 3 správního řádu je podle NSS tedy třeba vykládat tímto způsobem – jako podklad, na základě kterého správní orgán činí skutková zjištění o jím posuzované věci. O tom ostatně svědčí i to, že NSS ústavní základ práva podle § 36 odst. 3 správního řádu shledává v čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, podle kterého *každý má právo, aby jeho věc byla projednána veřejně, bez zbytečných průtahů a v jeho přítomnosti a aby se mohl vyjádřit ke všem prováděným důkazům* (srov. např. rozsudek NSS ze dne 15. 6. 2011, čj. 2 As 60/2011-101, bod 24).

[34] Úřad i dopravní podnik ve svých vyjádřeních ke kasační stížnosti upozornily, že předseda úřadu v řízení o rozkladu vycházel ze skutkového stavu zjištěného v prvostupňovém správním řízení. Skutkový stav v řízení o rozkladu nedoznal žádných změn. Vyjádření dopravního podniku ke stěžovatčíně rozkladu obsahovalo výlučně právní argumentaci dopravního podniku ke sporným právním otázkám. NSS jim dává za pravdu, i podle něj reagoval dopravní podnik svým vyjádřením výlučně na stěžovatčíně právní argumentaci uvedenou v rozkladu a skutkový stav se oproti prvostupňovému správnímu řízení nijak nezměnil.

[35] Jak navíc upozornil již krajský soud ve svém rozsudku, část stěžovatelkou označených pasáží napadeného rozhodnutí (body 36, 72 a 85) byla pouze rekapitulací argumentace dopravního podniku z jeho vyjádření a nejednalo se o právní posouzení předsedy úřadu. Parafráze vyjádření dopravního podniku jsou vždy označeny slovy „Zadavatel ve svém vyjádření uvedl“ nebo „Zadavatel se k rozkladovým námitkám vyjádřil“, současně jsou psány kurzívou, čímž je zřetelně odlišeno, že se nejedná o odůvodnění napadeného rozhodnutí. Stejným způsobem předseda úřadu postupoval i u dalších rozkladových námitek (body 21, 54, 94 napadeného rozhodnutí). Co se týče dalších, stěžovatelkou označených pasáží napadeného rozhodnutí, ve kterých prý předseda úřadu vycházel z dosud stěžovatelce neznámé argumentace dopravního podniku, ani NSS nezjistil, že by tato argumentace skutečně zazněla poprvé až ve vyjádření dopravního podniku k rozkladu. Konkrétně v bodech 50 a 51 napadeného rozhodnutí předseda úřadu posuzoval aplikaci výjimky dle § 78 odst. 3 ZZVZ. Touto otázkou se zabýval již úřad v prvostupňovém rozhodnutí, stěžovatelka byla tedy s touto argumentační linií dříve seznámena a mohla na ni reagovat v rozkladu. Dále v bodu 77 napadeného rozhodnutí předseda úřadu zopakoval skutečnosti, kterými dopravní podnik odůvodňoval aplikaci výhrady dle § 105 odst. 2 ZZVZ. Taktéž touto otázkou se zabýval už úřad v prvostupňovém rozhodnutí (viz body 274 až 291), a minimálně tehdy tedy argumenty zadavatele ohledně významu relevantní části plnění veřejné zakázky zazněly. V bodu 91 napadeného rozhodnutí předseda úřadu zmínil, že k družici PAZ neexistují archivní snímky pro retrospektivní mapování. Tuto skutečnost ale zmínil již úřad v prvostupňovém rozhodnutí (bod 135).

[36] Stěžovatčino procesní právo podle § 36 odst. 3 správního řádu tedy v nynější věci porušeno nebylo. Vyjádření účastníka řízení obsahující výlučně právní argumentaci ke sporným právním otázkám, kterými se navíc zabývalo již prvostupňové správní rozhodnutí, není podkladem rozhodnutí ve smyslu § 36 odst. 3 správního řádu.

[37] V tomto okruhu kasačních námitek se NSS ovšem zabýval ještě tím, zda nepřeposláním vyjádření dopravního podniku stěžovatelce nebylo porušeno stěžovatelčino právo na spravedlivý proces. Ani zde NSS takové porušení neshledal.

[38] Podle ustálené judikatury Evropského soudu pro lidská práva, Ústavního soudu i NSS skutečně platí, že z ústavně zaručených procesních zásad kontradiktornosti řízení a rovnosti zbraní zásadně vyplývá povinnost umožnit účastníkovi řízení reagovat na vyjádření protistrany a porušení této povinnosti může porušit i ústavně zaručená práva účastníků řízení (srov. např. rozsudky ESLP ze dne 18. 2. 1997, *Nideröst-Huber proti Švýcarsku*, č. 18990/91, ze dne 21. 6. 2005, *Milatová a ostatní proti České republice*, č. 61811/00, ze dne 26. 10. 2006, *Mareš proti České republice*, č. 1414/03, či ze dne 10. 2. 2011, *3A.CZ s. r. o. proti České republice*, č. 21835/06, usnesení Ústavního soudu ze dne 15. 11. 2022, sp. zn. I.ÚS 2803/22, či rozsudek NSS ze dne 6. 12. 2007, čj. 2 Afs 91/2007-90, a z novějších např. rozsudek ze dne 22. 12. 2020, čj. 8 As 193/2018-111, bod 18). Všechna citovaná a také další rozhodnutí však vážou povinnost přeposílat vyjádření účastníka řízení protistraně sporu na řízení před soudem a na čl. 6 EÚLP.²

[39] V nynější věci je však sporné porušení této povinnosti nikoli v řízení před soudem, ale v řízení o rozkladu (tedy ve správním řízení) ve věci přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Použitelnosti čl. 6 EÚLP v obdobném řízení se ESLP již zabýval – konkrétně v maltské věci ze dne 11. 12. 2007, *I. T. C. Ltd proti Maltě*, č. 2629/06. V této věci se jednalo o stížnost dodavatele ucházejícího se o zadání veřejné zakázky, který však nebyl vybrán v zadávacím řízení, a který proto toto zadávací řízení napadl. ESLP v tomto případě dospěl k závěru, že se čl. 6 EÚLP nevztahuje na řízení, v němž se rozhoduje o zadání veřejné zakázky. K tomuto závěru ESLP vedla především diskreční pravomoc zadavatele rozhodnout o tom, komu má být zakázka zadána. Protože dodavatel ucházející se o zadání veřejné zakázky nemůže mít legitimní očekávání, že veřejnou zakázku skutečně obdrží, neexistuje v tomto typu správního řízení ani občanské právo ve smyslu čl. 6 EÚLP a tento článek se proto na tento typ správního řízení nevztahuje.

[40] NSS navíc dodává, že podle další ustálené judikatury ESLP je soulad řízení s čl. 6 EÚLP třeba hodnotit nejen v kontextu samotného správního řízení, ale i navazujícího soudního řízení. Nedostatky správního řízení z pohledu záruk stanovených čl. 6 EÚLP nemají za následek porušení úmluvy, má-li účastník řízení možnost napadnout správní rozhodnutí v soudním řízení, které jejím požadavkům vyhovuje (srov. rozsudky NSS ze dne 22. 10. 2015, čj. 8 As 110/2015-46, bod 22, či ze dne 3. 11. 2022, čj. 10 Afs 196/2020-42, body 19 až 22, oba s citací judikatury ESLP). V nynějším případě tedy tyto požadavky byly bezpochyby dodrženy, protože i bez ohledu na to, jakou povahu má z pohledu čl. 6 EÚLP správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, byly stěžovatelce garantovány dvě instance soudního přezkumu, které naplnily požadavky čl. 6 EÚLP včetně požadavku na kontradiktornost řízení.

[41] I kdyby však přes výše uvedené bylo možné z obecného hlediska považovat za pochybení to, že úřad nepřeпоšle vyjádření účastníka správního řízení jinému účastníkovi, bylo by třeba z pohledu spravedlivého procesu vzít v úvahu také konkrétní okolnosti věci,

² Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod – sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb.

pokračování

zejména podobu a obsah takového vyjádření. V daném případě však NSS odkazuje na skutečnosti a závěry uvedené zejména v bodech [35] a [36].

[42] NSS tedy v nynějším případě neshledal, že by nepřeposlání vyjádření dopravního podniku stěžovatelce v řízení o rozkladu mohlo porušit § 36 odst. 3 správního řádu či stěžovatelčino právo na spravedlivý proces. Tento okruh kasačních námitek proto nebyl důvodný. Správním orgánům lze však důrazně doporučit, aby vyjádření jednotlivých účastníků řízení (zejména v řízení o odvolání či o rozkladu) přeposílaly, neboť tím snadno předejdou nejen např. úvahám o možné překvapivosti následného správního rozhodnutí, ale také polemikám podobným té, které se NSS věnoval v nynějším rozsudku.

III.B Požadavek ekonomické kvalifikace nebyl nezákonný

[43] Dále stěžovatelka namítla, že dopravní podnik při stanovení kritéria ekonomické kvalifikace nedodržel zákonné limity pro určení minimální úrovně ročního obratu.

[44] Podle § 78 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek *zadavatel může požadovat, aby minimální roční obrat dodavatele nebo obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky dosahoval zadavatelem určené minimální úrovně, a to nejdéle za 3 bezprostředně předcházející účetní období*. Podle odst. 2 téhož ustanovení *podmínka minimální výše ročního obratu nesmí přesahovat dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky*. Konečně dle odst. 3 téhož ustanovení *se odstavec 2 nepoužije v zadavatelem odůvodněných případech, kterými jsou zejména zvláštní rizika vyplývající z povahy dodávek, služeb nebo stavebních prací*.

[45] Podle čl. 5.5 zadávací dokumentace museli dodavatelé k prokázání ekonomické kvalifikace doložit roční obrat za 3 bezprostředně předcházející účetní období v minimální výši 300 mil. Kč bez DPH. V čl. 4.3 zadávací dokumentace zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na 890 mil. Kč bez DPH. Předpokládaná doba plnění veřejné zakázky činila podle čl. 4.4 smlouvy o poskytování služeb celkem 114 měsíců.

[46] Úřad v prvostupňovém rozhodnutí dospěl k závěru, že v nynějším sporu byly splněny podmínky použití výjimky podle § 78 odst. 3 ZZVZ a dopravní podnik tedy nebyl omezen limitem podle § 78 odst. 2 zákona; nebylo proto třeba řešit, zda dopravní podnik splnil podmínky § 78 odst. 2 zákona (srov. body 207 až 212 rozhodnutí úřadu). Předseda úřadu v rozhodnutí o rozkladu na jednu stranu potvrdil závěr úřadu o splnění podmínek výjimky podle § 78 odst. 3, na druhou stranu se však zabýval i výkladem § 78 odst. 2 a dospěl k závěru, že i podmínky tohoto ustanovení dopravní podnik splnil (body 40, 49 až 51 rozhodnutí o rozkladu).

[47] Úvodem tohoto okruhu kasačních námitek souhlasí NSS s úřadem: k závěru o tom, že zadavatel stanovil obrat v souladu se zákonem, stačí, aby zadavatel dodržel jedno z ustanovení § 78 odst. 2 a 3 ZZVZ. NSS se tedy nejprve zabýval souladem zadání veřejné zakázky s § 78 odst. 2 zákona, který obsahuje výchozí pravidlo pro stanovení požadavku ekonomické kvalifikace. Až v případě jeho nesplnění by se NSS zabýval naplněním podmínek výjimky podle § 78 odst. 3 zákona.

[48] Stěžovatelka po celou dobu sporu setrvala namítá, že při stanovení ekonomické kvalifikace se měl uplatnit princip přepočtu předpokládané hodnoty veřejné zakázky na jeden rok plnění. Touto její námitkou se navíc poprvé zabýval až předseda úřadu v řízení o rozkladu.

[49] Před věcným posouzením této námítky NSS nejprve posoudil procesní aspekt této námítky. Již výše NSS uvedl, že námitkou týkající se stanovení ekonomické kvalifikace v souladu s § 78 odst. 2 zákona se úřad v prvostupňovém správním rozhodnutí nezabýval, neboť shledal, že jsou splněny podmínky výjimky podle § 78 odst. 3, a § 78 odst. 2 se tedy nepoužije. Soulad zadání veřejné zakázky s § 78 odst. 2 zákona posoudil až předseda úřadu v řízení o rozkladu. Ten dospěl k závěru, že veřejná zakázka byla zadána v souladu s oběma ustanoveními.

[50] Byť úřad dospěl v prvostupňovém rozhodnutí k závěru, že jsou splněny podmínky výjimky podle § 78 odst. 3 a soulad zadání veřejné zakázky s § 78 odst. 2 ke stěžovatelčině námitce posoudil až předseda úřadu v řízení o rozkladu, není takový postup důvodem pro zrušení napadených rozhodnutí. Podle ustálené judikatury představuje správní řízení v obou stupních jeden celek, a správní orgán druhého stupně tak může doplnit odůvodnění prvostupňového správního rozhodnutí (k tomu již např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 5. 2007, čj. 62 Ca 20/2006-65, č. 1296/2007 Sb. NSS, či rozsudek NSS ze dne 14. 3. 2013, čj. 4 As 10/2012-48, bod 24, nebo rozsudek ze dne 31. 8. 2023, čj. 1 Afs 276/2022-25, bod 14). V nynějším případě navíc předseda úřadu v rozhodnutí o rozkladu nepřijal nijak „převratný“ či překvapivý právní závěr, který by zcela změnil podstatu vypořádání stěžovatelčiných námitek. Předseda úřadu v rozhodnutí o rozkladu pouze ke stěžovatelčině námitce doplnil, že vedle splnění výjimky podle § 78 odst. 3 zákona byla v první řadě veřejná zakázka zadána v souladu s § 78 odst. 2 zákona. Takový postup není v rozporu s právem a tato námitka tedy není důvodná.

[51] Dále NSS přistoupil k věcnému posouzení námítky vztahující se k § 78 odst. 2 zákona a domáhající se přepočtu předpokládané hodnoty veřejné zakázky na jeden rok plnění. Ani tato kasační námitka není důvodná.

[52] Stěžovatelka se dovolává rozhodovací praxe úřadu za účinnosti předchozího zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (ZVZ). Dle této praxe úřad při posuzování přiměřenosti výše ročního obrátu bral v potaz předpokládanou hodnotu veřejné zakázky přepočtené na jeden rok plnění tehdy, když byla veřejná zakázka zadávána na dobu delší než jeden rok. Odvození požadavku na minimální roční obrat dodavatele za delší období by totiž nepřiměřeně zpříšňovalo kvalifikační kritérium a bezdůvodně by vylučovalo menší dodavatele (co do výše ročního obrátu) v ostatních ohledech jinak řádně způsobilé. Tato praxe se dle stěžovatelky projevila v rozhodování úřadu i po nabytí účinnosti zákona č. 134/2016 Sb., tedy ZZVZ (viz stěžovatelkou citované rozhodnutí předsedy úřadu ze dne 17. 1. 2018, čj. R0193/2017/VZ-01330/2018/321/HBa); to prý potvrzuje i odborná literatura.

[53] Již krajský soud však upozornil na skutečnost, že na rozdíl od veřejných zakázek na služby opakovaně poskytované po dobu více let (kdy se přepočet předpokládané hodnoty na jeden rok nabízí) mohou vyvstat nejasnosti u dlouhodobějších projektů typu složitějších stavebních prací nebo vývoje informačních systémů, které se uskutečňují v delším období

pokračování

(Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 2. vydání.* Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2022, s. 611).

[54] Navíc již za účinnosti ZVZ judikatura správních soudů zmíněnou praxi úřadu korigovala. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 13. 8. 2012, čj. 62 Af 51/2011-58, upozornil, že nelze automaticky předpokládat, že hodnota plnění v každém z jednotlivých let plnění veřejné zakázky bude vždy totožná, a tedy odpovídající přepočtu předpokládané hodnoty na jeden rok. Pouze na takové indicii nelze postavit závěr o nepřiměřenosti zadávací podmínky. „*Při posouzení otázky, kdy je v rámci kvalifikace požadovaná výše obrátu ještě v souladu se ZVZ, a kdy je naopak již diskriminační, je třeba vyjít z charakteru zadávané veřejné zakázky (tj. druhu zakázky, jejího rozsahu a složitosti a samozřejmě též předpokládané ceny)*“ (viz rozsudek krajského soudu ze dne 11. 5. 2011, čj. 62 Ca 27/2009-117). Nutno dodat, že v posledně citovaném rozsudku krajský soud zjevnou nepřiměřenost zadávací podmínky shledal právě již z přepočtu předpokládané hodnoty veřejné zakázky na jeden rok, neboť požadovaný roční obrát byl téměř sedmadvacetkrát vyšší než takto zjištěná předpokládaná hodnota zakázky.

[55] Z následných rozhodnutí úřadu lze taktéž vysledovat posun ve zmíněné praxi: „*V případě nadlimitního režimu lze konstatovat, že přepočítávání předpokládané hodnoty veřejné zakázky na jeden rok plnění veřejné zakázky představuje spíše výjimku, když obecně platí, že postup, kdy se u stavebních zakázek na dobu delší než jeden rok předpokládá hodnota pro účely § 78 odst. 2 zákona nepřepočítává, sám o sobě není nepřiměřený ani diskriminační. Výjimka, kdy je [...] přepočítávání relevantnější, je v zásadě podmíněna tím, že se jedná o zakázku, kde lze předpokládat plnění v horizontu řady let s tím, že se její plnění určitým způsobem rozloží mezi jednotlivá léta, tedy v žádném roce pravděpodobně nebude splněno to, co odpovídá celé předpokládané hodnotě*“ (rozhodnutí úřadu ze dne 20. 10. 2022, sp. zn. S0291/2022/VZ, bod 204).

[56] Krajský soud tedy nepřisvědčil stěžovateli argumentaci, že by v době rozhodování předsedy úřadu existovala jednotná rozhodovací praxe, která by limity § 78 odst. 2 ZZVZ vždy vykládala ve vztahu k roční předpokládané hodnotě plnění veřejné zakázky. Současně krajský soud dospěl k závěru, že předseda úřadu v napadeném rozhodnutí řádně vysvětlil, proč se daný postup v nynější věci nepoužije. S oběma závěry NSS souhlasí.

[57] Předseda úřadu konstatoval, že ustanovení § 78 odst. 2 ZZVZ limitaci požadavku na roční obrát jednoznačně nevztahuje ke dvojnásobku předpokládané hodnoty veřejné zakázky za rok jejího plnění. Toto ustanovení odkazuje „pouze“ na *předpokládanou hodnotu veřejné zakázky*, počítané podle pravidel dle § 16 a násl. ZZVZ. V dané věci se předpokládaná hodnota veřejné zakázky počítala podle obecných pravidel (§ 16 odst. 2 ZZVZ), neboť zadavatel stanovil celkovou smluvní cenu služeb ve smlouvě na veřejnou zakázku (odst. 8.1 a 8.2 smlouvy o poskytování služeb). Uvedený výklad i podle NSS plně odpovídá důvodové zprávě k zákonu o zadávání veřejných zakázek i názoru v odborné literatuře (např. Krč, R., Vaněček, J. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání.* Praha: C. H. Beck, 2022, s. 135). Předpokládanou hodnotou veřejné zakázky pro účely § 78 odst. 2 ZZVZ byla tedy celková předpokládaná smluvní cena, tj. 890 000 000 Kč.

[58] Předseda úřadu se dále zabýval rozložením plnění veřejné zakázky do jednotlivých let (zadavatel předpokládal plnění veřejné zakázky po dobu 9,5 roku). Podstatné pro jeho posouzení přitom bylo, že plnění zakázky nebylo v čase rozděleno rovnoměrně, resp. největší množství provedených služeb zadavatel očekával mezi druhým a pátým rokem plnění. Naopak v posledních dvou letech plnění veřejné zakázky byl rozsah služeb výrazně nižší. Z toho dovedl, že předpokládanou hodnotu veřejné zakázky nebylo možné „mechanicky“ přepočítat na jednotlivé roky plnění ($890\,000\,000 / 9,5$), jak požadovala stěžovatelka. Tento postup posvětil i krajský soud a nyní s ním souhlasí také NSS.

[59] Z konkrétních okolností projednávané věci taktéž podle NSS soudu neplyne, že by zadavatel kritérium ekonomické kvalifikace stanovil na samém limitu dle § 78 odst. 2 ZZVZ, tedy potenciálně nepřiměřeně ke složitosti a rozsahu veřejné zakázky (§ 73 odst. 6 ZZVZ). Čistě z jazykového vykladu zákona by totiž skutečně zadavatel mohl dospět k závěru, že je možné stanovit požadavek na roční obrát dodavatele ve výši dvojnásobku předpokládané hodnoty, což by zvláště v případě veřejných zakázek na složitější stavební práce nebo vývoje informačních systémů s délkou plnění několika let vedlo k nedosažitelnému požadavku pro většinu relevantních dodavatelů. Takové posouzení však musí vyplynout z okolností konkrétního případu. Okolnosti nyní projednávané věci však k pochybnostem o přiměřenosti požadavku na roční obrát nenasvědčují. V nynější věci totiž zadavatel čistě podle jazykové dikce zákona mohl stanovit kritérium ekonomické kvalifikace ve výši téměř 1,8 miliardy korun ($2 \times 890\,000\,000$), což by patrně bylo nepřiměřené a bylo by třeba použít jiný mechanismus, zadavatel však stanovil kritérium v podobě minimálního ročního obrátu ve výši 300 mil. Kč. Je tedy zřejmé, že zadavatel stanovil kritérium minimálního ročního obrátu ve výši 1/3 předpokládané celkové hodnoty veřejné zakázky. Takový postup byl i podle NSS legitimní a v souladu se zákonem.

[60] Protože NSS shledal, že zadání veřejné zakázky bylo v souladu s § 78 odst. 2 ZZVZ, nebylo již třeba, aby se zabýval splněním podmínek výjimky podle § 78 odst. 3 ZZVZ. Z podkladových dokumentů je zřejmé, že zadavatel nezamýšlel odůvodnit požadavek ekonomické kvalifikace výjimkou podle § 78 odst. 3, ale chtěl stanovit ekonomickou kvalifikaci v souladu s § 78 odst. 2 ZZVZ. K tomu dospěl krajský soud a nyní i NSS. Splněním podmínek § 78 odst. 3 ZZVZ, které do řízení vnesl až úřad ve svém prvostupňovém rozhodnutí (byť se nejednalo o vadu zavádající příčinu ke zrušení správních rozhodnutí – viz výše), tedy již není třeba se zabývat, neboť požadavek ekonomické kvalifikace byl v souladu se zákonem.

III.C Poddodavatelské omezení nebylo nezákonné

[61] V dalším okruhu kasačních námitek stěžovatelka namítá nezákonnost poddodavatelského omezení. Podstata stěžovatelčiny argumentace spočívá v tom, že činnost, u které dopravní podnik vyloučil možnost plnění poddodavatelem, nebyla významnou činností ve smyslu ZZVZ. Poddodavatelské omezení tedy bylo nezákonné.

[62] Podle § 105 odst. 2 věty první zákona platí, že *v případě veřejné zakázky na služby nebo stavební práce nebo v případě veřejné zakázky na dodávky zahrnující umístění nebo montáž mohou zadavatelé v zadávací dokumentaci požadovat, aby **zadavatelem určené významné činnosti** při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem.* V rámci

pokračování

požadavků na kvalifikaci dodavatelů zadavatel určil (bod 5.7.3 zadávací dokumentace), že činnost označenou „geodetická měření včetně konvergenčního měření“ musí plnit přímo vybraný dodavatel. Tento požadavek zdůvodnil zadavatel tím, že jde o technologicky velmi náročné práce se zásadním vlivem pro plnění veřejné zakázky jako celku.

[63] Ani tento okruh kasačních námitek vztahujících se k danému ustanovení není důvodný.

[64] Podle ustálené rozhodovací praxe NSS se významnými činnostmi rozumí takové, které nemůže plnit jakýkoliv dodavatel v oboru, ale pouze vysoce kvalifikovaní a specializovaní odborníci (např. rozsudek NSS ze dne 23. 8. 2023, čj. 9 Afs 49/2023-36, bod 13, ze dne 24. 8. 2023, čj. 8 Afs 115/2022-53, bod 19, či rozsudek NSS ze dne 23. 8. 2024, čj. 5 As 258/2022-61, bod 60). Účelem výhrady je získat zvýšenou kontrolu a dohled nad zásadními částmi plnění veřejné zakázky.

[65] Jak již správně upozornil krajský soud, toto ustanovení je transpozicí čl. 63 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. Směrnice sice používá pojmu „určité stěžejní úkoly“, oba právní předpisy však sledují obdobný cíl: umožnit přístup na trh s veřejnými zakázkami i menším a středním podnikům, a to za využití kapacit poddodavatelů. Zadavatelé by tak měli omezovat využití poddodavatelů pouze v odůvodněných případech při činnostech významných, stěžejních pro plnění veřejné zakázky (rozsudek SDEU ze dne 26. 9. 2019, ve věci C-63/18 *Vitali SpA*). Pro nynější věc je přitom podstatné, že omezení využití poddodavatele by mělo podle SDEU vycházet nikoliv pouze z kvantitativního přístupu, ale z přístupu kvalitativního. Proto by zadavatelé neměli významné činnosti vymezovat např. procentuálně (srov. rozsudek SDEU ze dne 28. 4. 2022, ve věci C-642/20, *Caruter*, bod 42).

[66] Jak NSS uvedl již výše, zadavatel odůvodnil poddodavatelské omezení u činnosti označené jako „geodetická měření včetně konvergenčního měření“ technologickou náročností prací se zásadním vlivem pro plnění veřejné zakázky jako celku.

[67] Úřad si v průběhu správního řízení nechal vyhotovit vyjádření České geologické služby, ze kterého vyplývá, že geodetické měření je činnost univerzální a rutinní, spočívající v odečítání hodnot z měřicích aparatur. Vyjádření ale zároveň uvádí, že důležitou součástí této činnosti je i správné nastavení měřicích aparatur, k čemuž daný dodavatel potřebuje dlouhodobé a specifické zkušenosti.

[68] Zadavatel a později i Česká geologická služba se tedy shodli v technologické náročnosti poddodavatelsky omezených činností. NSS rovněž souhlasí s krajským soudem v tom, že zadavatel pod významné činnosti zahrnul takové práce, o jejichž stěžejním významu pro dokončení předmětu veřejné zakázky nejsou důvodné pochybnosti. Úřad ve svých rozhodnutích navíc upozornil i na případný vznik značných škod na zdraví či majetku, pokud by tyto činnosti probíhaly vadně. Ze všech uvedených skutečností i NSS dospěl k závěru, že poddodavatelské omezení bylo stanoveno v souladu se zákonem a obstálo i z hlediska základních zásad zadávání veřejných zakázek a zákazu neodůvodněného omezování okruhu dodavatelů.

[69] Stěžovatelce navíc nelze přisvědčit ani v tom, že by krajský soud nezohlednil některé další pasáže vyjádření České geologické služby, které podle stěžovatelky rovněž svědčily o jednoduchosti prací. Z pasáží, které stěžovatelka cituje na s. 6 své kasační stížnosti, opět vyplývá pouze to, že geotechnický monitoring se skutečně skládá z triviálního měření, se kterým je však spojeno správné komplexní nastavení, vyhodnocování a souběžné uplatňování jeho výsledků při výstavbě. Zatímco u měření samotného tedy Česká geologická služba připustila jeho jednoduchost, u ostatních činností s měřením spojených naopak zdůraznila potřebu dlouhodobé a specifické zkušenosti zhotovitele – včetně odpovídajícího specifického materiálního vybavení.

III.D Požadavek využití družicových snímků TerraSAR X nebyl nezákonný

[70] Podle § 89 odst. 5 písm. a) ZZVZ není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, zadavatel nesmí zvýhodnit nebo znevýhodnit určité dodavatele nebo výrobky tím, že technické podmínky stanoví prostřednictvím přímého nebo nepřímého odkazu na určité dodavatele nebo výrobky.

[71] Součástí předmětu plnění veřejné zakázky bylo i sledování vývoje území pomocí radarové diferenční interferometrie. Zadavatel v čl. 6.3 technické zprávy uvedl, že k této činnosti budou použity radarové snímky družice TerraSAR-X. Náklady na pořízení těchto snímků měli dodavatelé zohlednit při stanovení nabídkové ceny dílčího plnění. Stěžovatelka má za to, že zadavatel tím nepřipustně omezil soutěž o veřejnou zakázku, neboť na trhu existuje rovnocenné řešení, a to použití radarových snímků z družice PAZ.

[72] Úřad se otázkou snímků z družice PAZ jako rovnocenné alternativy zabýval v bodech 358 až 365 prvostupňového rozhodnutí. Z vyjádření provozovatele této družice zjistil, že snímky z družice PAZ byly komerčně dostupné už před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku (6. 9. 2018). Dále se úřad zabýval otázkou, zda jsou snímky z družice PAZ kompatibilní s archivními snímky z družice TerraSAR-X [další z plnění, k nimž měly být snímky pořizovány (bod 87 soupisu prací)]. Úřad proto vznesl dotaz adresovaný odborníkům v daném oboru. Všichni dotázaní odborníci potvrdili kompatibilitu snímků v teoretické rovině. Z důvodu krátké doby vypuštění družice PAZ však nebyli schopni kompatibilitu potvrdit po stránce praktické. Až z nejnovějších vědeckých poznatků (studie publikovaná dne 27. 5. 2021) plyne, že snímky z družice PAZ jsou kompatibilní s archivními snímky z družice TerraSAR-X. Úřad z těchto skutečností vyvodil závěr, že zadavatel nemohl mít v době lhůty pro podání nabídek o kompatibilitě snímků jistotu. Bylo by tedy zcela nepřiměřené po zadavateli vyžadovat, aby ke snímkům z družice PAZ přistupoval jako k rovnocennému řešení. Předseda úřadu se s tímto závěrem ztotožnil.

[73] Ani tento okruh kasačních námitek není podle NSS důvodný. Skutečnost, že snímky z družice PAZ byly v průběhu zadávacího řízení komerčně dostupné, ještě neznamená, že je zadavatel musel pro plnění veřejné zakázky nutně využít, jestliže neměl potvrzeno, že budou kompatibilní s archivními snímky z družice TerraSAR-X. Za takové situace po zadavateli nelze požadovat, aby riskoval řádné provedení předmětu veřejné zakázky. Ze skutečnosti, že žádný z oslovených odborníků možnou (teoretickou) kompatibilitu snímků obou družic nevyločil, nelze ani dle NSS dovozovat, že v době lhůty pro podání nabídek, natož v době

pokračování

přípravy zadávacích podmínek, měl zadavatel kompatibilitu předpokládat i po praktické stránce. Stěžovatelka dále účelově pominula, že vyjádření Ing. L., které potvrdilo kompatibilitu snímků, bylo založeno na odborném článku „*Joint PAZ & TanDEM-X Mission Interferometric Experiments: Interoperability and Products*“ ze dne 27. 5. 2021. Zadavatel však zadávací řízení zahájil již 7. 1. 2020, nejnovější odborné závěry tedy nemohl zohlednit.

[74] Jak navíc upozornil již úřad ve svém vyjádření ke kasační stížnosti, stěžovatelka po celou dobu řízení nijak nevysvětlila, jak tato podmínka měla zvýhodnit či znevýhodnit některé dodavatele včetně jí samé. Všichni potenciální dodavatelé totiž byli postaveni do totožné situace, protože měli pro plnění veřejné zakázky pořizovat stejné – obecně dostupné – snímky od třetí strany za shodných smluvních podmínek. Není tak zřejmé, jakou újmu mohl stěžovatelce způsobit právě požadavek na využití družicových snímků TerraSAR-X.

[75] Konečně k citaci stěžovatelky ze str. 13 Multikriteriální analýzy (MKA) NSS shodně jako úřad ve svém vyjádření ke kasační stížnosti uvádí, že podle této analýzy k lednu 2020 (tj. k okamžiku zahájení zadávacího řízení) nebyla data z družice PAZ vůbec v nabídce jejich poskytovatele a v analýze se hovoří pouze o budoucím využití snímků z této družice. NSS však opakuje, že pro nedůvodnost i tohoto okruhu kasačních námitek je určující, že kompatibilita snímků z družice PAZ se snímky z družice TerraSAR-X byla pouze předpokladem, který v té době nemohl být a nebyl v praxi ověřen.

III.E Konečné shrnutí věci

[76] Ze všech výše vyložených důvodů tedy NSS neshledal žádnou ze stěžovatelčiných kasačních námitek důvodnou. NSS obecně uzavírá, že zadavatelé při zadávání zakázek disponují určitou (v jistém slova smyslu i značnou) mírou volného uvážení v tom směru, jaké zadávací podmínky veřejné zakázky stanoví. Toto uvážení zadavatelů vtělené do zadávacích podmínek té či oné veřejné zakázky je úřadem a následně správními soudy přezkoumáváno z pohledu dodržení a umožnění veřejné soutěže, čemuž odpovídají především požadavky na transparentní, přiměřené a nediskriminační podmínky (srov. zejména § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ). I NSS v nynější věci shledal, že zadání veřejné zakázky bylo rozumné z pohledu jejích cílů, rozsahu a složitosti a zadavatel se nedopustil ani žádného zvýhodňujícího či jiného právem zapovězeného jednání. Zadání veřejné zakázky i podle NSS proběhlo v souladu se zákonem.

IV. Závěr a náklady řízení

[77] Kasační stížnost tedy NSS zamítl jako nedůvodnou. Stěžovatelka nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, neboť ve věci neměla úspěch; úřadu nevznikly žádné náklady řízení vymykající se z jeho běžné úřední činnosti (§ 60 odst. 1, § 120 s. ř. s.). Právo na náhradu nákladů řízení nemá ani dopravní podnik jako osoba zúčastněná na řízení, neboť u něj nenastala žádná situace předvídaná v § 60 odst. 5 s. ř. s.

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

V Brně dne 12. listopadu 2024

Michaela Bejčková
předsedkyně senátu