



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Vlašína a soudců JUDr. Jana Vyklického a Mgr. Radovana Havelce, v právní věci žalobce: **obec Velké Karlovice**, se sídlem Velké Karlovice 70, zastoupené JUDr. Radkem Jurčíkem, advokátem, se sídlem Brno, Obilní trh 312/6, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, Kpt. Jaroše 7, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 27. 3. 2012, č. j. ÚOHS-R249,250/2011/VZ-4795/2012/310/IPs, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 2. 6. 2014, č. j. 30 Af 55/2012 – 75,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnost **se zamítá**.
- II.** Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení částku 8.228 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám zástupce žalobce JUDr. Radka Jurčíka.

O d ů v o d n ě n í :

Rozhodnutím ze dne 27. 3. 2012, č. j. ÚOHS-R249,250/2011/VZ-4795/2012/310/IPs, předseda žalovaného ve výroku I. zamítl rozklad vybraného uchazeče (POZIMOS, a. s.) pro jeho nepřípustnost, dále ve výroku II. zamítl rozklad žalobce (zadavatele) a potvrdil prvostupňové rozhodnutí žalovaného ze dne 17. 10. 2011, č. j. ÚHOS-S209/2011/VZ-15677/2011/520/Mne. Podle prvostupňového rozhodnutí se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění platném v rozhodné době (dále „zákon o veřejných zakázkách“) a to tím, že nedodržel postup stanovený § 55 odst. 3 písm. c) zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na § 6 téhož zákona. Žalobce při stanovení ekonomického a finančního předpokladu nevymezil jeho minimální úroveň tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a žalobce (zadavatel) již uzavřel dne 3. 6. 2010 s vybraným uchazečem smlouvu. Za uvedený správní delikt byla žalobci (zadavateli) podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách uložena pokuta ve výši 60.000 Kč.

Rozhodnutí předsedy žalovaného napadl žalobce správní žalobou u Krajského soudu v Brně (dále „krajský soud“). Krajský soud rozsudkem nyní napadeným kasační stížností žalovaného (dále „stěžovatel“) rozhodl ve výroku I. o odmítnutí žaloby v části směřující proti výroku I. rozhodnutí předsedy stěžovatele, ve výroku II. o zrušení žalobou napadeného rozhodnutí předsedy stěžovatele a výrokem III. uložil stěžovateli povinnost k náhradě nákladů řízení žalobci ve výši 10.200 Kč.

Rozsudek Krajského soudu v Brně

Krajský soud konstatoval, že deliktního jednání se žalobce dopustil podle prvoinstančního rozhodnutí stěžovatele jako zadavatel při zadávání veřejné zakázky „*Silnice II/487: Nový Hrozenkov – Podláté, 1. Etapa – Velké Karlovice, část obec*“. Konkrétní deliktní jednání žalobce spočívalo podle rozhodnutí stěžovatele v nesprávném způsobu stanovení kvalifikačních předpokladů uchazečů podle § 55 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách. Žalobce v rámci prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů uchazečů požadoval předložení dokladu o výši celkového obratu dosaženého dodavatelem za poslední tři účetní období v minimální výši 150.000.000 Kč za každé účetní období. Přitom z předložených zadávacích podkladů vyplynulo, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 24.200.000 Kč bez DPH a její stanovená doba trvání je od 1. 6. 2010 do 31. 10. 2012 (tedy 29 měsíců). Předpokládaný průměrný roční výdaj zadavatele tak po přepočtu činil 10.013.793 Kč bez DPH. Obrat požadovaný zadavatelem v rámci kvalifikačních předpokladů dodavatelů tedy byl patnáctinásobně vyšší, než průměrná předpokládaná hodnota veřejné zakázky odpovídající jednomu roku jejího plnění.

V prvoinstančním rozhodnutí sice stěžovatel připustil, že většina stavebních prací měla být realizována do 31. 12. 2011, nicméně i v takovém případě považoval nastavenou úroveň kvalifikačních předpokladů za neopodstatněnou a neúměrnou předmětu a podmínkám dané veřejné zakázky, neboť požadovaný obrat by byl pořád zhruba desetinásobně vyšší než průměrná hodnota veřejné zakázky odpovídající jednomu roku jejího plnění. Takový kvalifikační požadavek nebylo podle prvoinstančního rozhodnutí stěžovatele možné akceptovat bez ohledu na to, zda se jednalo o veřejnou zakázku provázanou (časově či technicky) s jinými veřejnými zakázkami a bez ohledu na platební podmínky veřejné zakázky. Podle stěžovatele předmět veřejné zakázky nevykazoval žádná zvláštní specifika, vyžadující takto ekonomicky silného dodavatele. Stěžovatel v prvoinstančním rozhodnutí uvedl, že je vysoce pravděpodobné, že i dodavatel s několikanásobně nižším obratem by byl schopen předmětnou veřejnou zakázku splnit a mohl přitom nabídnout také ekonomicky výhodnější nabídku.

Závěry prvoinstančního rozhodnutí v zásadě potvrdil i předseda stěžovatele s tím, že kvalifikační požadavek stěžovatele na roční obrat uchazeče nebyl v daném případě přiměřený.

Krajský soud uvedl, že podstata sporu spočívá v posouzení, zda žalobce (zadavatel) nastavil limit celkového obratu dodavatele tak, že zbytečně a ve výsledku skrytě diskriminoval některé z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak byli ke splnění veřejné zakázky způsobilí. Určující je především to, o jakou veřejnou zakázku se jedná (tedy konkrétní skutkové okolnosti dané veřejné zakázky). To vyplývá i z dikce § 55 odst. 3 písm. c) zákona o veřejných zakázkách.

Krajský soud ze zadávací dokumentace veřejné zakázky zjistil, že zakázka byla rozdělena na dílčí plnění (celkem 39 položek označených jako SO) s termínem plnění stanoveným

pokračování

harmonogramem prací. Podle tohoto harmonogramu se na 20 položek SO vztahoval termín dokončení do 31. 10. 2010, na 15 položek SO termín dokončení do 31. 10. 2011 a na 4 položky SO termín do 31. 10. 2012. Tomu odpovídala i následně uzavřená smlouva o dílo. Proto krajský soud konstatoval, že pokud žalovaný vycházel ve svém rozhodnutí z doby trvání veřejné zakázky v délce 29 měsíců, vycházel z nesprávně zjištěného skutkového stavu. Skutkový stav byl jiný a jiný měl být i závěr žalovaného o tom, kolikanásobně překračuje požadovaný minimální obrat dodavatele průměrnou hodnotu veřejné zakázky (odpovídající jednomu roku plnění).

Krajský soud zdůraznil, že sporný kvalifikační požadavek bylo vždy třeba stanovovat obezřetně tak, aby nebyl diskriminační a nevyločil podstatnou většinu uchazečů. Na druhé straně však tento požadavek měl zajišťovat, že předmět veřejné zakázky bude bez problémů plněn. Pokud požadovaný roční obrat dodavatele přesahoval předpokládanou cenu veřejné zakázky za dané období, nemuselo jít nutně o požadavek nepřiměřený. Jestliže by totiž dodavatel dosahoval obratu menšího než předpokládaná cena veřejné zakázky, musel by dodavatel použít všechny dostupné prostředky k plnění jedné veřejné zakázky, dostal by se do ekonomické závislosti na jednom zdroji příjmů a plnění veřejné zakázky by mohlo být ohroženo.

Krajský soud rovněž zdůraznil, že stěžovatel v prvoinstančním rozhodnutí k námitkám žalobce provedl určitou korekci. Konstatoval, že pokud by celé dílo mělo být realizováno do konce roku 2011, činila by doba trvání veřejné zakázky 19 měsíců a průměrný předpokládaný roční výdaj zadavatele by představoval částku 15.284.211 Kč bez DPH a zadavatelem požadovaný obrat by tak byl zhruba desetkrát vyšší než průměrná předpokládaná hodnota zakázky. Následně stěžovatel v prvoinstančním rozhodnutí uzavřel (bez bližšího určení), že zadavatel požadoval výši ročního obratu desetkrát až patnáctkrát vyšší než průměrná předpokládaná hodnota veřejné zakázky odpovídající jednomu roku jejího plnění, což zároveň označil za neúměrné předmětu a podmínkám dané veřejné zakázky. V rozhodnutí o rozkladu však stěžovatel tuto korekci vůbec nezaznamenal a pouze uvedl, že požadavek zadavatele na roční obrat uchazeče přesahující hodnotu veřejné zakázky patnáctkrát nelze v tomto případě označit za přiměřený.

Podle názoru krajského soudu tedy stěžovatel v projednávaném případě postupoval mechanicky, což nelze akceptovat. Těžiště realizace většiny stavebních prací veřejné zakázky padá jednoznačně do období prvních 4, respektive 16 měsíců a je zjevné, že při zachování nastaveného způsobu výpočtu by se ve výsledku jednalo o nižší než deseti či patnáctinásobné překročení předpokládané průměrné hodnoty veřejné zakázky za jeden rok jejího plnění.

Tento fakt mohl mít vliv i na naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Krajský soud poukázal na to, že pro naplnění skutkové podstaty toho deliktu je třeba, aby zadavatel (vedle toho, že již uzavřel smlouvu) nedodržel postup stanovený zákonem o veřejných zakázkách a tím zároveň podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější zakázky. Ohledně (ne)dodržení postupu podle zákona o veřejných zakázkách soud uvedl, že s ohledem na § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále „správní řád“) je nepřijatelné, aby požadavek zadavatele přesahující předpokládanou cenu zakázky v podobném rozsahu byl jednou akceptován a jindy nikoliv. Žalobce v této souvislosti poukazoval na rozhodnutí stěžovatele sp. zn. S 127/2010 a R 24/2010. I když jde o rozhodnutí týkající se jiných kvalifikačních předpokladů, mohou podle názoru soudu sloužit jako určitá vodítka. K podstatnému ovlivnění výběru nejvýhodnější nabídky soud uvedl, že z odůvodnění rozhodnutí stěžovatele není jasné, že by žalobce požadovaným limitem obratu vyloučil podstatnou většinu uchazečů. Touto skutečností se stěžovatel nezabýval, ačkoliv ze spisu je patrné zachování solidního soutěžního prostředí (zadávací dokumentace byla vydána deseti subjektům a pět subjektů podalo nabídku).

Na závěr krajský soud uvedl, že stěžovatel má provést nové posouzení žalobcem požadovaného obratu. Při novém posouzení bude třeba vyjít i z toho, že celá veřejná zakázka byla rozdělena na tři etapy a většina stavebních prací měla být hotova v prvních dvou etapách. Naproti tomu fakta jako kdy a jak bylo nakonec fakturováno, včetně toho, jaká byla nakonec výsledná vysoutěžená cena, by na posouzení postupu žalobce (zadavatele) nemělo mít zásadní vliv. Zda bylo jednání žalobce deliktní či nikoliv, je třeba posoudit k okamžiku, kdy žalobce zakázku zadával, nikoliv k následnému období realizace zakázky, v němž některé původní (a mnohdy racionální) předpoklady nemusely být naplněny nebo mohly být poněkud posunuty. Nehledě k tomu může být tato fakticita interpretována různě, jak se stalo i v projednávané věci.

Kasační stížnost

Kasační stížností napadá stěžovatel výrok II rozsudku krajského soudu. Odkazuje na důvody obsažené v § 103 odst. 1 písm. a) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále „s. ř. s.“). Navrhuje zrušení rozsudku krajského soudu napadeného kasační stížností ve výroku II. a vrácení věci tomuto soudu k dalšímu řízení.

Stěžovatel namítá, že nevycházel z nesprávně zjištěného skutkového stavu, neboť rozdělení zakázky na etapy reflektoval v prvoinstančním rozhodnutí. Krajský soud tedy podle stěžovatele skutkový stav jinak posoudil, a to v rozporu s právními předpisy, navíc svůj závěr nijak neodůvodnil.

Dále stěžovatel namítá, že podle judikatury Nejvyššího správního soudu tvoří správní řízení v I. a II. instanci jeden celek z hlediska soudního přezkumu. Přitom v prvoinstančním rozhodnutí se stěžovatel zabýval též možností výpočtu vztahu průměrného ročního výdaje za 19 měsíců realizace veřejné zakázky a požadovaného obratu uchazeče. V obou rozhodnutích jsou zároveň obsaženy úvahy týkající se přiměřenosti takového požadavku na obrat a možné skryté diskriminace dodavatelů tímto požadavkem. Rozhodnutí o rozkladu pak nelze podle stěžovatele vyčítat, že v něm nejsou obsaženy úvahy, které byly již v prvoinstančním rozhodnutí a které žalobce již v rozkladu nenapadal. Rozklad obsahoval pouze obecné proklamace ohledně správnosti postupu žalobce v zadávacím řízení.

Stěžovatel dále namítá, že se soud nezabýval tím, že u takto rozloženého plnění veřejné zakázky nelze určit průměrné roční výdaje pro jednotlivé etapy realizace a přitom je poměřit k celkovému obratu, který zadavatel požadoval nikoliv k realizaci jednotlivých etap, ale za celou dobu plnění realizace zakázky. Soud ani nenastínil, jak by měl stěžovatel správně postupovat, a nezabýval se tím, zda takto nastavená úroveň kvalifikačního předpokladu odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu zakázky. Stěžovatel dovozuje, že předmět zakázky nebyl nijak specifický ani složitý, což by jinak mohlo odpovídat určité míře zvýšení požadovaného obratu. (Stěžovatel k této problematice odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 4. 2011, sp. zn. 62 Ca 27/2009.)

Závěr napadeného rozhodnutí o patnáctinásobku požadovaného obratu vůči předpokládané hodnotě zakázky je dán praktickou nemožností posoudit vliv rozdělení realizace zakázky na etapy. Stěžovatel učinil i závěr o tom, že ani desetnásobek předpokládané hodnoty zakázky ve vztahu k požadovanému obratu nelze považovat za přiměřený. Tento závěr soud vůbec nevzal v úvahu.

pokračování

Soud nijak neodůvodnil svůj závěr o tom, že jednání zadavatele je třeba posuzovat pouze k okamžiku zadávání veřejné zakázky, nikoliv ve vztahu k realizaci veřejné zakázky. Také pominul fakt, že se jednalo o vypořádání námitek zadavatele a nezabýval se tím, že i chybně nastavená předpokládaná hodnota veřejné zakázky může ve svém důsledku vést k tomu, že umožní zadavateli nastavit nepřiměřeně vysoké kvalifikační předpoklady. Tak tomu bylo i v projednávané věci, neboť vysoutěžená cena byla o 10,8 milionu nižší než zadavatelem předpokládaná hodnota zakázky; i ostatní nabídnuté ceny byly podstatně nižší než zadavatelem stanovená předpokládaná hodnota zakázky. Stěžovatel též upozorňuje na to, že nejvyšší fakturovaná částka prokázaná zadavatelem byla 4.077.632 Kč a byla uhrazena do dvou měsíců po provedení fakturovaných prací. Žalobcův požadavek na obrat ve výši 150.000.000 Kč se tedy jeví opravdu jako nepřiměřený. Skutečnost, že práce byly rozděleny do etap, mohla naopak žalobci naznačit, že práce budou fakturovány postupně a takto nastavený požadavek na obrat je nepřiměřený. Podle stěžovatele lze tyto závěry vzít jako podpůrné pro výrok rozhodnutí.

Rozhodnutí stěžovatele, na něž žalobce odkazoval v žalobě, se týkají jiných kvalifikačních předpokladů a navíc se jedná o starší rozhodnutí, takže v nich uvedené závěry byly, s ohledem na vývoj rozhodovací praxe soudů, korigovány.

Stěžovatel namítá, že žalobce v žalobě připustil, že se dopustil správního deliktu a žalobu podává pouze z důvodu hrozby sankčních odvodů z poskytnuté dotace. Takový důvod podání žaloby je nepřijatelný.

Vyjádření ke kasační stížnosti

Žalobce se nejprve vyjádřil k blanketní kasační stížnosti podáním ze dne 18. 7. 2014. V tomto vyjádření se ztotožnil se závěry krajského soudu, které v podstatě zrekapituloval. Podáním ze dne 20. 8. 2014 se pak vyjádřil k doplnění kasační stížnosti stěžovatelem. V tomto podání uvedl, že rozhodnutí stěžovatele v I. i II. stupni vykazují vady, proto není důvodná námitka stěžovatele, že správní řízení tvoří z hlediska soudního přezkumu jeden celek. Žalobce rovněž připomněl, že se jednalo o řízení o správním deliktu, v němž se uplatní vyšetřovací zásada. Proto byl stěžovatel povinen se i z vlastního podnětu věnovat všem okolnostem posuzovaného jednání. Žalobce dále upozornil, že v prvoinstančním rozhodnutí kalkuluje stěžovatel s celkovou dobou trvání zakázky 29 měsíců a současně 19 měsíců, aniž by zohlednil vztah nutnosti a rozsahu financování požadovaného zadavatelem a požadavků na obrat. Účelem stanovení kritéria obratu bylo zajistit, že zhotovitel bude schopen po určité době financovat plnění veřejné zakázky (financované z prostředků EU). V praxi je kladen důraz na hodnocení podle nejnižší nabídkové ceny a stát není schopen vytvořit certifikované metodiky, jak hodnotit prostřednictvím ekonomické výhodnosti nabídky za účelem dosažení kvalitní realizace předmětu zakázky. Proto je zadavatel nucen nastavit takové podmínky kvalifikace, aby v rámci hodnocení posuzoval již nabídky spolehlivých a finančně stabilních partnerů.

Stěžovatel hodnotil skutkové okolnosti případu mechanicky a nezohlednil, že většina stavebních prací byla realizována do prvních 4, respektive 16 měsíců. V prvoinstančním rozhodnutí je pouze mechanicky uvedena rozdílná doba plnění 19 a 29 měsíců.

Stěžovatel se ztotožnil rovněž se závěry krajského soudu ohledně aplikace § 2 odst. 4 správního řádu. Nelze, aby požadavek zadavatele na roční obrat uchazeče několikanásobně přesahující cenu předmětu veřejné zakázky byl jednou akceptován a jednou nikoliv.

Rozhodnutí S 127/2010 a R 24/2010 se sice týkají jiných kvalifikačních předpokladů, nicméně mohou být vodítkem i v posuzované věci.

Stěžovatel rovněž vůbec nevyhodnotil, zda došlo k zákonem předpokládanému následku (ovlivnění výběru nevhodnější nabídky podstatným způsobem). Tato zákonná podmínka měla být posouzena stěžovatelem *ex offio*, v opačném případě je jeho rozhodnutí nezákonné.

Závěrem žalobce navrhuje zamítnutí kasační stížnosti a požaduje přiznání náhrady nákladů řízení, včetně nákladů právního zastoupení.

Posouzení Nejvyšším správním soudem

Nejvyšší správní soud se kasační stížností zabýval nejprve z hlediska splnění podmínek řízení. Ověřil, že stěžovatel je osobou oprávněnou k podání kasační stížnosti (§ 102 s. ř. s.). V kasační stížnosti, kterou podal včas (§ 106 odst. 2 s. ř. s.), uplatňuje přípustné důvody podle § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s. a jedná za něj pověřená zaměstnankyně s vysokoškolským právnickým vzděláním vyžadovaným podle zvláštních zákonů pro výkon advokacie (§ 105 odst. 2 s. ř. s.). Kasační stížnost je tedy věcně projednatelná.

Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., vázán jejím rozsahem a uplatněnými stížnostními důvody. Přitom neshledal vady uvedené v ust. § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti.

V projednávané věci bylo jádrem deliktního jednání, za něž byl žalobce pokutován stěžovatelem, nastavení neúměrně vysoké úrovně ekonomických a finančních kvalifikačních požadavků pro uchazeče. Konkrétně se jednalo o požadavek celkového obratu uchazečů za poslední tři účetní období v minimální výši 150.000.000 Kč za každé účetní období. Stěžovatel shledal tento požadavek nepřiměřeným druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky. Současně dovodil, že nesprávným nastavením tohoto kvalifikačního požadavku došlo ke skryté diskriminaci některých uchazečů.

Koncept skryté diskriminace, ve vztahu k právní úpravě platné v době uveřejnění zkoumaného zadání, byl judikaturou zdejšího soudu definován zejména v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152. V citovaném rozsudku zdejší soud uvedl: „Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy zjevná nepřiměřenost kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno jí vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Má-li Nejvyšší správní soud parafrázovat své předchozí rozhodnutí, nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností - ostatně právo není matematika -, kdy je naplněna podmínka zjevné nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem zjevné nepřiměřenosti se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat (srov. rozsudek NSS ze dne 10. 11. 2005, č. j. 1 Afs 107/2004 - 48, publikováno jako č. 869/2006 Sb. NSS, který tuto myšlenku aplikoval na doktrínu zneužití práva v daňové oblasti). V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria zjevné nepřiměřenosti poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou skutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky (srov. shora cit. Sdělení Komise k výkladovým otázkám ...). Restriktivní výklad skryté diskriminace je dále podporován i tím, že - kromě podmínky zjevné nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky - musí být též zřejmé, že v důsledku takto

pokračování

nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřeně nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Takto nastavené kvalifikační předpoklady totiž již neplní jakoukoliv rozumnou ekonomickou funkci, ale v rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách brání konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli. Jak totiž správně uvedl krajský soud, někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.“

Z citované judikatury tedy vyplývá, že vyslovení závěru o skryté diskriminaci dodavatelů nepřiměřenými kvalifikačními předpoklady klade zvýšené nároky na rozhodování stěžovatele, který musí s využitím svého správního uvážení přezkoumatelně zhodnotit zejména přiměřenost zadavatelem stanovených kvalifikačních předpokladů ve vztahu k tomu či onomu předmětu konkrétní veřejné zakázky (neboť obecně platné limity není možné stanovit). Zároveň stěžovatel musí vycházet z toho, že skrytá diskriminace má být vykládána restriktivně, aby byl poskytnut prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele.

Zdejší soud se také již v minulosti vyjádřil k rozsahu soudního přezkumu správních rozhodnutí a k úloze správního soudu při tomto přezkumu. Lze odkázat například na rozsudek ze dne 18. 12. 2003, č. j. 5 A 139/2002 – 46, v němž zdejší soud uvedl: „Úkolem soudu není nahradit správní orgán v jeho odborné dozorové kompetenci ani nahradit správní uvážení uvážením soudním, ale naopak posoudit, zda se správní orgán v napadeném rozhodnutí dostatečně vypořádal se zjištěným skutkovým stavem, resp. zda řádně a úplně zjistil skutkový stav, a zda tam, kde se jeho rozhodnutí opíralo o správní uvážení, nedošlo k vybočení z mezí a hledisek stanovených zákonem.“

V projednávané věci krajský soud zrušil rozhodnutí žalovaného právě pro nesprávně zjištěný skutkový stav, konkrétně zejména proto, že stěžovatelem prezentovaný výpočet průměrného předpokládaného ročního výdaje zadavatele nezohledňoval specifika veřejné zakázky spočívající v nerovnoměrném rozdělení její realizace do jednotlivých etap. Ani stěžovatelem sledovaný poměr průměrného předpokládaného ročního výdaje zadavatele ke stanovené výši minimálního obratu uchazečů za účetní období tak nemohl být správně určen, protože výpočet průměrného předpokládaného ročního výdaje zadavatele vycházel z nesprávných předpokladů stěžovatele. Tento závěr krajského soudu Nejvyšší správní soud aprobuje. Je zjevné, že stěžovatel v projednávané věci dostatečně nezohlednil specifikum předmětu veřejné zakázky spočívající v její nerovnoměrné etapizaci a nedostal tak požadavkům, jež na jeho rozhodování o případech skryté diskriminace klade výše citovaná judikatura.

Ostatně ani sám stěžovatel v kasační stížnosti *de facto* nepochybně uvádí správnost uvedené úvahy krajského soudu, neboť zejména krajskému soudu vytýká, že nestanovil, jakým způsobem má přesně stěžovatel postupovat při hodnocení správnosti nastavené úrovně uvedeného kvalifikačního předpokladu a také, že sám soud neposoudil přiměřenost takto nastaveného kvalifikačního předpokladu předmětu veřejné zakázky. K tomu je třeba podotknout, že ani nebylo úlohou krajského soudu zcela nahradit uvážení stěžovatele a jeho odbornou dozorovou kompetenci (jak vyplývá z výše citované judikatury). Krajský soud tedy správně stěžovateli vytknul pochybení při posouzení žalobcem požadované úrovně obratu a zavázal jej, aby při novém posouzení vyšel z toho, že veřejná zakázka byla rozdělena na etapy, přičemž většina stavebních prací měla být hotova v prvních dvou etapách. Takto formulovaný závazný právní názor krajského soudu je v projednávané věci dostačující; uvedené námítky stěžovatele proto nepovažuje zdejší soud za důvodné.

Stěžovatel namítá, že se zabýval v prvoinstančním rozhodnutí též výpočtem poměru průměrného ročního výdaje zadavatele za 19 měsíců a požadovaného obratu uchazeče.

K tomu je třeba uvést, že z prvoinstančního rozhodnutí stěžovatele ani nevyplývá, proč stěžovatel považoval za rozhodné období právě 19 měsíců. Přitom realizace jednotlivých etap byla nastavena tak, že první etapa měla být realizována do 5 měsíců, druhá etapa do 17 měsíců a třetí etapa do 29 měsíců. Stěžovatelem nastavené alternativní hodnocení tedy nelze ani hypoteticky akceptovat a není tak akceptovatelný ani závěr, že také při tomto alternativním hodnocení by požadovaný obrat dodavatele představoval desetinásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

V rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí žalobce uvedl, že oprávněnost stanovení minimálního obratu je třeba posuzovat vzhledem k předmětu veřejné zakázky a odkázal (v průběhu správního řízení již opakovaně) na nastavení zakázky podle časového a finančního harmonogramu. Takto uplatněnou námitku v rozkladu považuje Nejvyšší správní soud za dostatečně konkrétní, a to i s ohledem na fakt, že ji žalobce v průběhu správního řízení předcházejícího vydání prvoinstančního rozhodnutí uplatnil také a ještě konkrétněji (srov. podání žalobce ze dne 23. 6. 2011 založené ve správním spisu). Nejsou tedy důvodné ani námitky stěžovatele, že se otázkou etapizace zakázky v rozhodnutí o rozkladu nezabýval s ohledem na to, jak byly formulovány námitky žalobce v rozkladu. Za této situace též není možné uvažovat o tom, že by nedostatečné zjištění skutkového stavu při rozhodování o rozkladu bylo zhojeno alternativním hodnocením stěžovatele v prvoinstančním rozhodnutí. Ostatně nahlížení na správní řízení v I. a II. instanci jako na jeden celek z hlediska soudního přezkumu (zásada jednotnosti správního řízení) je z logiky věci relevantní zásadně pro případy, kdy je pozdějším rozhodnutím II. instance zhojena vada rozhodnutí prvoinstančního. (srovnej například rozsudek zdejšího soudu ze dne 27. 2. 2013, č. j. 6 Ads 134/2012 – 47 nebo rozsudek zdejšího soudu ze dne 31. 8. 2009, č. j. 4 Ads 86/2008 – 198.)

Argumentace stěžovatele možným chybným stanovením předpokládané hodnoty veřejné zakázky není pro posouzení projednávané věci rozhodná, neboť ani z prvoinstančního rozhodnutí stěžovatele, ani z rozhodnutí o rozkladu, nevyplývá zjištění, že by se žalobce dopustil porušení zákona o veřejných zakázkách při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Pokud stěžovatel k takovému zjištění nedospěl ve správním řízení, nelze takto argumentovat při přezkoumání rozhodnutí z tohoto správního řízení vzešlého.

Nejvyšší správní soud rovněž aprobuje závěr krajského soudu, že protiprávnost jednání žalobce je třeba posuzovat primárně k okamžiku, kdy jako zadavatel zakázku zadával (nikoliv ve vztahu k období její realizace), neboť některé původní racionální předpoklady nemusí být naplněny nebo mohou být posunuty. Zároveň tento závěr považuje zdejší soud za dostatečně zdůvodněný. Správnost uvedeného přístupu lze doložit kupříkladu právě při srovnání předpokládané hodnoty předmětné veřejné zakázky (24.200.000 Kč) a vysoutěžené ceny (13.382.866 Kč) ve vztahu k požadovanému obratu dodavatelů. Pokud by stěžovatel vztahoval svoje hodnocení přiměřenosti požadovaného obratu dodavatelů k vysoutěžené ceně, dospěl by jistě k závěru o ještě vyšším nepoměru takto stanoveného požadavku na obrat. Jestliže předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla žalobcem nastavena správně (což ve správním řízení ani sám stěžovatel nezpochybnil), byla by taková úvaha stěžovatele absurdní, neboť zadavatel nemůže v okamžiku stanovení kvalifikačních předpokladů předem odhadnout ani ovlivnit, jaká bude konečná vysoutěžená cena. Stejně tak zadavatel v okamžiku zadávání veřejné zakázky zpravidla nemůže předem ovlivnit ani odhadnout, jak bude skutečně při realizaci fakturováno a plněno. Nejvyšší správní soud se tedy ztotožňuje se závěrem krajského soudu, že fakticita v době realizace by neměla mít zásadní vliv na hodnocení porušení zákona o veřejných zakázkách zadavatelem v době zadávání veřejné zakázky. S ohledem na tyto závěry a rovněž na výše popsaný nezanedbatelný rozdíl předpokládané hodnoty veřejné zakázky a vysoutěžené ceny se jeví jako nepřiléhavá argumentace stěžovatele nejvyšší fakturovanou dílčí

pokračování

částkou prokázanou zadavatelem ve výši 4.077.632 Kč. Tato částka vychází z (podstatně nižší) vysoutěžené ceny, nikoliv z předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

S ohledem na závěry výše citované judikatury, z níž vyplývá, že nelze stanovit obecně platné limity pro přiměřenost nastavení úrovně ekonomických kvalifikačních předpokladů a že přiměřenost těchto předpokladů je třeba zkoumat individuálně u každé konkrétní veřejné zakázky, Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že je třeba postupovat obezřetně při srovnávání požadované úrovně kvalifikačních předpokladů, která byla aprobována stěžovatelem v jeho přecházejících rozhodnutích, s konkrétními rozhodovanými případy. Při řešení otázky, zda byla stěžovatelem naplněna zásada ochrany legitimních očekávání (nebo též zásada předvídatelnosti) stanovená § 2 odst. 4 správního řádu, je třeba obezřetně zohlednit zejména specifika předmětu veřejných zakázek, které byly v předcházejících rozhodnutích stěžovatele posuzovány. V projednávané věci však ve správním řízení nedošlo k řádnému zjištění skutkového stavu, neboť stěžovatel při porovnávání zadavatelem požadovaného obrátu s průměrným ročním výdajem zadavatele nezohlednil specifikum předmětu veřejné zakázky spočívající v její nerovnoměrné etapizaci. Ta takové situace nelze stěžovatelem uvedený poměr těchto ukazatelů považovat za podložený a v tomto smyslu proto není pro posouzení projednávané věci relevantní jeho srovnání s předcházející rozhodovací praxí stěžovatele.

Stěžovatel též namítal, že žalobce v žalobě připustil, že se dopustil správního deliktu a žalobu podává z důvodu hrozby sankčního odvodu z poskytnuté dotace, což je nepřipustný důvod. Stěžovatel však touto argumentací obsah žaloby dezinterpretuje. Body 12 a 15 žaloby (na něž v této spojitosti odkazoval stěžovatel již při jednání před krajským soudem) nelze podle názoru tohoto soudu vykládat jako uznání viny za správní delikt, za nějž byl žalobce stěžovatelem potrestán. Žalobce v bodech 9 až 11 žaloby pouze zrekapituloval obsah rozhodnutí stěžovatele a v bodě 12 následně uvedl, že „*byl tedy za své pochybení potrestán*“ a že klíčovým důvodem pro podání žaloby je hrozící sankční odvod z poskytnuté dotace. V bodě 15 žaloby pak uvedl, že „*Vzhledem k počtu dodavatelů a výše uvedeným argumentům zadavatele lze vytknuté pochybení zadavatele brát jako pochybení nemající vliv na výběr nejvhodnější nabídky*“. Tyto formulace obsažené v žalobě však podle názoru Nejvyššího správního soudu nelze vytrhnout z kontextu a hodnotit je jako uznání viny za správní delikt. Konstatování žalobce, že žalobu podává z důvodu hrozícího sankčního odvodu z dotace, pouze osvětluje motivaci žalobce k podání žaloby a z hlediska soudního přezkumu není relevantní. Pokud by tento důvod byl jediným žalobcem uvedeným žalobním důvodem, jednalo by se o důvod nepřipustný. Tak tomu však v projednávané věci nebylo. Žaloba obsahovala celou řadu relevantních žalobních námitek a osvětlení motivace žalobce k podání žaloby je sice z čistě právního hlediska poněkud nadbytečné, nemůže však nic změnit na tom, že žaloba je založena na relevantních věcných důvodech. Uvedené námítky stěžovatele tak rovněž nejsou důvodné.

Lze tedy uzavřít, že kasační důvod dle § 103 odst. 1 písm. a) ani podle písm. d) nebyl dán. Proto Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost jako nedůvodnou a jako takovou ji dle ustanovení § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. zamítl.

O nákladech řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, proto mu právo na náhradu nákladů nenáleží. Žalobce byl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, proto mu náleží právo na náhradu nákladů řízení podle § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobce byl v řízení o kasační stížnosti zastoupen JUDr. Radkem Jurčíkem, advokátem, který podle obsahu spisu vykonal v řízení dva úkony právní služby ve smyslu § 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátní tarif, a to vyjádření k blanketní kasační stížnosti ze dne 18. 7. 2014 a vyjádření k doplnění kasační stížnosti ze dne 20. 8. 2014. Za dva úkony právní služby náleží žalobci náhrada nákladů řízení

ve výši 6.200 Kč [§ 9 odst. 4 písm. d), § 7 bod 5 a § 6 odst. 1 advokátního tarifu] a náhrada hotových výdajů v celkové výši 600 Kč (§ 13 odst. 3 advokátního tarifu). Ve spisu krajského soudu (č. l. 28) se rovněž nachází osvědčení zástupce žalobce o registraci k DPH, soud proto zvýšil přiznanou náhradu nákladů řízení o DPH. Nejvyšší správní soud přiznal žalobci náhradu nákladů řízení v celkové výši 8.228 Kč. Tuto náhradu nákladů řízení je stěžovatel (žalovaný) povinen zaplatit žalobci do 30 dnů od právní moci rozsudku k rukám jeho zástupce.

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

V Brně dne 12. února 2015

JUDr. Jaroslav Vlašín
předseda senátu