



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové, soudce JUDr. Lukáše Hloucha, Ph.D. a soudkyně Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D., v právní věci žalobkyně **Skanska, a.s.**, se sídlem Líbalova 1/2348, Praha 4 - Chodov, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení **Povodí Moravy, s.p.**, se sídlem Dřevařská 11, Brno, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-R211/2012/VZ-19483/2012/310/IPs,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-R211/2012/VZ-19483/2012/310/IPs , **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobkyni náklady řízení ve výši 8.000 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Předmět řízení, průběh správního řízení a dosavadní průběh soudních řízení

[1] Žalobkyně se žalobou doručenou zdejšímu soudu dne 17. 12. 2012 domáhala vydání rozsudku, kterým by bylo zrušeno rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-R211/2012/VZ-19483/2012/310/IPs, a věc byla vrácena žalovanému k dalšímu řízení.

[2] Dne 13. 3. 2013 Povodí Moravy, s.p., IČ: 70890013, se sídlem Dřevařská 11, Brno, (dále jen „zadavatel“) oznámilo, že v daném řízení hodlá uplatňovat práva osoby zúčastněné na řízení ve smyslu ustanovení § 34 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „soudní řád správní“ nebo jen „s.ř.s.“).

[3] Z konkrétních okolností přezkoumávané věci je pro přehlednost vhodné chronologicky zdůraznit následující skutečnosti.

[4] Dne 24. 10. 2011 zadavatel uveřejnil v souladu s ustanovením § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění tehdy platném a účinném (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 60067024 oznámení užšího zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 28 zákona o veřejných zakázkách na veřejnou zakázku s názvem „VD – Karolinka – rekonstrukce hráze“ (dále jen „veřejná zakázka“). Zadavatel vyhlásil svůj záměr, že omezí počet zájemců na pět ze všech zájemců, kteří splní požadovanou kvalifikaci a kteří nejlépe splní kritéria pro omezení počtu zájemců. Těmi byly hodnota celkové likvidity, hodnota celkové zadluženosti a celkový počet referenčních staveb. Žalobkyně byla z účasti v zadávacím řízení vyloučena.

[5] Dne 15. 3. 2012 podala žalobkyně námitky proti vyloučení zájemce z účasti v zadávacím řízení. Mělo dojít k porušení ustanovení § 61 zákona o veřejných zakázkách, jelikož zadavatel při omezování počtu zájemců nehodnotil ekonomické ukazatele zájemce, ale pouze jeho budoucích subdodavatelů. Jeden subdodavatel byl navíc hodnocen u dvou zájemců. Těmto námitkám nebylo vyhověno rozhodnutím zadavatele ze dne 23. 3. 2012.

[6] Dne 6. 4. 2012 obdržel žalovaný návrh žalobkyně na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, ve kterém rozvedla své původní námitky a uvedla také, že obchodní korporace EUROVIA CS, a.s., OHL ŽS, a.s. a HOCHTIEF CZ, a.s., nepředložily platné smlouvy, z nichž by vyplýval závazek subdodavatele k poskytnutí určitého plnění, a to alespoň v tom rozsahu, aby tyto korporace měly zadluženost a likviditu ve výši, kterou prokázaly splnění kvalifikace. Došlo tak k porušení ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s ustanovením § 60.

[7] Dne 11. 4. 2012 oznámil žalovaný zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele a žalobkyni jako navrhovatelku.

[8] Dne 23. 7. 2012 vydal žalovaný rozhodnutí č. j. ÚOHS-S207/2012/VZ-13706/2012/540/ZČa, kterým podle ustanovení § 118 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách zamítl návrh žalobkyně, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného

opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo 2 zákona o veřejných zakázkách. Rozhodnutím ze dne 13. 8. 2012, č. j. ÚOHS-S207/2012/VZ-15140/2012/514/ZČa, změnil žalovaný výrok předchozího rozhodnutí, a to tak, že text „odst. 4“ nahradil textem „odst. 5“, neboť se jednalo o zjevnou nesprávnost.

[9] Dne 6. 9. 2012 obdržel žalovaný proti výše zmíněnému rozhodnutí rozklad žalobkyně. Žalovaný neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění tehdy platném a účinném (dále jen „správní řád“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc předsedovi žalovaného.

[10] Dne 18. 10. 2012 nabylo právní moci rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-R211/2012/VZ-19483/2012/310/IPs, kterým byl podaný rozklad na základě ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) správního řádu zamítnut a rozhodnutí Úřadu na ochranu hospodářské soutěže ze dne 23. 7. 2012, č. j. ÚOHS-S207/2012/VZ-13706/2012/540/ZČa, potvrzeno.

[11] Krajský soud v Brně rozhodl svým rozsudkem ze dne 25. 6. 2014, č. j. 31Af 162/2012-41, který nabyl právní moci dne 1. 7. 2014, tak, že žaloba se zamítá, žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení a osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení. Proti tomuto rozhodnutí podala žalobkyně úspěšnou kasační stížnost a rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 12. 2014, č. j. 2 As 120/2014-40, který nabyl právní moci dne 22. 12. 2014, byl výše uvedený rozsudek zdejšího soudu pro nesprávné posouzení právní otázky zrušen a věc byla vrácena zdejšímu soudu k dalšímu řízení. V tomto navazujícím soudním řízení je zdejší soud vázán závazným právním názorem kasačního soudu ve smyslu ustanovení § 110 odst. 4 s.ř.s.

II. Obsah žaloby

[12] V podané žalobě žalobkyně uplatnila čtyři okruhy námitek.

[13] První okruh námitek se týkal prokazování ekonomické kvalifikace subdodavatelem. Jakkoli zákon o veřejných zakázkách umožňuje, aby dodavatel, který není schopen prokázat splnění kvalifikace požadované zadavatelem či zákonem, prokázal splnění kvalifikace prostřednictvím třetí osoby (subdodavatele), zároveň stanovuje podmínku, aby dodavatel doložil smlouvu uzavřenou se subdodavatelem pro prokázání splnění kvalifikace. Z této smlouvy musí vyplývat závazek subdodavatele k poskytnutí plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokazuje splnění kvalifikace místo dodavatele. Předložené smlouvy však daný požadavek nespĺňují, neboť ani z jedné nevyplývá, že by se budoucí poskytovatel zavázal k jakémukoli konkrétnímu plnění, které by mohlo znamenat, že dodavatel získá ekonomickou stabilitu. Jestliže tedy žalovaný dospěl k závěru, že uvedené smlouvy splňují požadavek podle ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, jedná se o mylný právní závěr.

[14] Druhý okruh námitek se týkal platnosti subdodavatelské smlouvy. Aby bylo dodrženo ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, musí se dle žalobkyně jednat o platné smlouvy. Žalovaný tedy pochybil, když se platností těchto smluv vůbec nezabýval. Žalobkyně nesouhlasí s názorem žalovaného, že nemůže hodnotit myšlenkové pochody hodnotící komise, neboť v jiném řízení se obsahem a platností subdodavatelské smlouvy zabýval (srov.

rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, č. j. ÚOHS-S255/2012/VZ-16181/2012/560/MSc). V žalobě se pak žalobkyně vyjádřila postupně ke smlouvám korporací EUROVIA CS, a.s., OHL ŽS, a.s. a HOCHTIEF CZ, a.s.

[15] Třetí okruh námitek směřoval proti sčítání dílčích částí ekonomické kvalifikace. Jestliže zadavatel označil za způsobilého dodavatele, který dosahuje stanoveného obratu a zároveň poměrových ekonomických ukazatelů, odporuje smyslu ekonomických kvalifikačních předpokladů, aby jeden subjekt, který splňuje obrat, ale nesplňuje poměrové ukazatele, prokázal jiným subjektem, který naopak nesplňuje obrat.

[16] Poslední námitka se týkala omezování počtu zájemců na základě údajů subdodavatele. Smyslem omezování počtu zájemců je, aby v zadávacím řízení zůstali jen kvalifikovaní zájemci. Je proto zcela v rozporu se zákonem, aby u zájemců byly hodnoceny ekonomické ukazatele jejich subdodavatelů, když tito subdodavatelé nesplňují ostatní část kvalifikace, neboť vůbec neprovádí stavební činnost. Tento závěr platí o to víc v případě ekonomických kvalifikačních předpokladů (zadluženost a likvidita), neboť tato způsobilost je nesdělitelná a nepřenositelná na jiný subjekt.

[17] V závěru žalobkyně navrhla, aby soud žalobou napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného

[18] K prvním dvěma námitkám žalovaný ve svém písemném vyjádření k žalobě ze dne 8. 2. 2013 uvedl, že podle jeho názoru subdodavatelské smlouvy splňují zákonem požadované náležitosti, neboť z nich je zřejmý závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky. Žalovaný se v této věci neodchýlil od ustáleného výkladu ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Posuzovat platnost smluv přísluší předně hodnotící komisi. Žalovaný má za to, že komise postupovala správně. Nedospěl tedy k závěru, že by došlo k nějakému excesu.

[19] Ke třetí námitce žalovaný pouze dodal, že společné prokázání splnění kvalifikace je přípustné s přihlédnutím ke konkrétnímu charakteru ekonomického kritéria.

[20] K poslední námitce žalovaný uvedl, že volba kritérií je právem zadavatele. Ten si stanovil kritéria, která jsou pro něj relevantní, v souladu se zákonem. Nedošlo přitom k porušení principu rovnosti, nediskriminace a transparentnosti zadávacího řízení.

[21] Pro případ, že by soud přistoupil k extenzivnímu výkladu ustanovení § 71 odst. 1 soudního řádu správního, žalovaný uvedl, že se ke všem uplatněným námitkám přezkoumatelným způsobem vyjádřil ve svém rozhodnutí. Na závěr žalovaný navrhl, aby soud žalobu v plném rozsahu zamítl.

IV. Posouzení věci krajským soudem

[22] Žaloba byla podána v zákonné dvouměsíční lhůtě podle ustanovení § 72 odst. 1 soudního řádu správního osobou k tomu oprávněnou podle ustanovení § 65 odst. 1 soudního řádu správního a jde o žalobu přípustnou ve smyslu ustanovení § 65, § 68 a § 70 soudního řádu správního.

[23] Soud přezkoumal napadené rozhodnutí, vázán rozsahem a důvody, které žalobkyně uplatnila v žalobě (ustanovení § 75 odst. 2 soudního řádu správního). Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 soudního řádu správního). Zdejší soud v opětovném řízení a vázán závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu dle rozsudku ze dne 16. 12. 2014, č. j. 2 As 120/2014-40, dospěl k závěru, že žaloba je důvodná a na základě ustanovení § 76 odst. 1 písm. b) s.ř.s a § 78 odst. 1 s.ř.s. rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. O žalobě soud rozhodl, aniž nařizoval jednání, za podmínek vyplývajících z ustanovení § 76 odst. 1 písm. b) s.ř.s, přičemž také účastníci řízení s tímto postupem vyslovili již v původním řízení svůj souhlas, resp. v zákonné lhůtě nevyjádřili svůj nesouhlas (§ 51 odst. 1 s.ř.s.).

IV. I. Posouzení věci krajským soudem v původním řízení (předcházejícím úspěšné kasační stížnosti žalobkyně)

[24] Soud se nejprve zabýval poslední nejobecnější námitkou, která spočívala v tvrzení žalobkyně, že omezení počtu zájemců bylo v rozporu se smyslem a účelem zákona o veřejných zakázkách. Mělo tak dojít také k porušení ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách. Soud k tomuto názoru ovšem nedospěl.

[25] Podle ustanovení § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.

[26] Zákonná úprava tedy počítá s tím, že v případě užšího řízení, jednacím řízení s uveřejněním a soutěžního dialogu se veřejný zadavatel s výzvou k podání nabídky, resp. s výzvou k účasti v soutěžním dialogu, v další fázi obrátí již pouze na omezený okruh dodavatelů, kteří o účast požádali a prokázali splnění kvalifikace. Nelze tedy v obecné rovině tvrdit, že samotné omezení počtu zájemců musí být proti smyslu a účelu zákona.

[27] Podle ustanovení § 61 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách objektivní kritéria pro výběr podle odstavce 1 musí (a) být stanovena s ohledem na povahu, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky, (b) být v souladu se zásadami uvedenými v § 6 a (c) odpovídat některému nebo některým z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval.

[28] Podle ustanovení § 61 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách výběr podle objektivních kritérií podle odstavce 2 provede veřejný zadavatel tak, že stanoví pořadí zájemců, kteří prokázali splnění kvalifikace, podle míry naplnění úrovně příslušného kritéria a následně vybere ty zájemce, kteří nejlépe splnili příslušné kritérium. Pokud zájemci prokázali splnění kvalifikace zcela shodně či pokud nelze stanovit objektivně pořadí kvalifikovaných zájemců podle tohoto odstavce, provede veřejný zadavatel náhodný výběr losem.

[29] Zadavatel se v dané věci rozhodl, že počet uchazečů zúží na pět s tím že stanovil ekonomická kritéria pro splnění kvalifikace, a to hodnotu celkové zadluženosti (s vahou 30 %), hodnotu celkové likvidity (s vahou 30 %) a celkový počet referenčních staveb obdobného charakteru jako předmět plnění veřejné zakázky (s vahou 40 %). Soud dospěl k závěru, že tato kritéria nelze považovat za diskriminační či jinak porušující základní zásady zadávání veřejných zakázek ve smyslu ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách. Ani sama žalobkyně neuvádí konkrétní skutečnosti, proč by tato kritéria měla být nesprávná.

[30] Kombinací zvolených kritérií zadavatel získal informace o zadluženosti a likviditě zájemce. Uvedené informace pro něj mají význam, neboť si musí být jist, zda bude zájemce schopen realizovat nákladnou veřejnou zakázku. Je lhostejné, zda likviditu a zadluženost prokáže sám, nebo k tomu využije subdodavatele, neboť zákon takový postup umožňoval. Nedošlo tak ani k porušení ustanovení § 61 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.

[31] K dalším námitkám soud nejprve uvádí, že podle konstantní judikatury správních soudů nespadá do pravomoci orgánu dohledu přezkoumávat myšlenkové pochody jednotlivých hodnotitelů nabídek, ale pouze dodržení zákonného rámce postupu při zadávání veřejné zakázky (viz rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 17. 6. 1999, č. j. 2 A 1/99-32). Z obdobných závěrů vychází i rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2004, č. j. 2 A 9/2002-62, ve které se uvádí, že: *„přezkumná činnost orgánu dohledu spočívá v kontrole, zda byly řádně dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek. Žalobkyně však v podané žalobě zpochybňuje zákonnost vlastního posouzení nabídky, resp. nevhodnost nabídky vybraného uchazeče. Přitom právě zde je hranice, kterou žalovaný (tj. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže) nesmí překročit, neboť potom by se stal hodnotitelem jednotlivých nabídek. Jeho pravomoci sahají do úrovně těch činností zadavatele, které vytvářejí prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů hodnotící komise, neboť tím by se žalovaný ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět zadaným kritériím a také v soutěži zvítězit. Orgán dohledu nemůže přebírat zodpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky, neboť k tomu nemá ani odborné předpoklady, totéž nelze požadovat ani po soudu. Úkolem obou je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. V opačném případě by se totiž výběr nejvhodnější nabídky mohl stát záležitostí znaleckých posudků a pak by existence zákona postrádala smysl.“*

[32] Rovněž tak Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 30. 6. 2005, č. j. 31 Ca 69/2004-62, konstatoval, že *„Úřad pro ochranu hospodářské soutěže posuzuje postup výběrové komise podle zákonnosti, ale neposuzuje již konkrétní parametry, na základě kterých výběrová komise dospěje k závěru, že ta či ona nabídka je nejvýhodnější“*.

[33] Z judikatury správních soudů tedy vyplývá, že úkolem žalovaného je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. Jeho pravomoci končí tam, kde

nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Žalovaný však dbá na to, aby byla splněna jedna ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti celého procesu zadávání veřejných zakázek (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 6. 2007, č. j. 5 Afs 6/2007-92).

[34] Hodnotící komise nemohla porušit zákon tím, že hodnotila ekonomické ukazatele nejen dodavatele, ale též subdodavatelů, a to s ohledem na ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách.

[35] Podle ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d).

[36] Hodnotící komise se zabývala otázkou, zda ze smluv (smlouvy o poskytnutí subdodávky ze dne 18. 11. 2011 zájemce EURONOVIA CS, a.s, smlouvy o uzavření smlouvy o smlouvě budoucí ze dne 18. 11. 2011 a 22. 11. 2011 zájemce OHL ŽS, a.s., a smlouvy o spolupráci na veřejné zakázce ze dne 21. 11. 2011 zájemce HOCHTIEF CZ, a.s.) vyplývá závazek, kterým byly prokazovány ekonomická kvalifikační kritéria, a zda tyto smlouvy byly platné.

[37] V řádném termínu bylo doručeno 11 žádostí uchazečů o účast v zadávacím řízení, z nichž splnění kvalifikace prokázalo 10 zájemců. Tito tak byli seřazeni podle objektivních kritérií (soud již výše uvedl, že kritéria nepovažuje za diskriminační) a bylo vybráno prvních pět zájemců. Žalovaný se dostatečně zabýval otázkou vztahu dodavatele a subdodavatele. Uvedl, že není rozhodné, jaký smluvní typ si dodavatel a subdodavatel zvolí (přípustná je smlouva o smlouvě budoucí). Zákon nestanoví žádné další požadavky na dané smlouvy. Úvahy hodnotící komise tedy nijak nevybočily z mezí jejího správního uvážení.

[38] Ani poslední námitce o sčítání dílčích předpokladů pro prokázání kvalifikace soud nevyhověl. Při sčítání a skládání kvalifikace je nutné brát v úvahu konkrétní charakter ekonomického předpokladu. Klíčový je fakt, zda kvalita splnění je při sčítání stejná jako při splnění kvalifikace jen jedním uchazečem. Jak likviditu, tak celkovou zadluženost lze prokazovat prostřednictvím subdodavatelů, a to i zvlášť, neboť jde o rozličná kritéria, která lze pro ověření dostatečné ekonomické síly a stability oddělit. Postačí, když subdodavatel prokáže pouze zbylé kvalifikační kritérium, které zadavatel nesplňuje. „Poskládaná“ ekonomická kvalifikace je způsobilá dát představu o tom, zda zájemce bude schopen veřejnou zakázku plnit a dostát svým závazkům.

IV. II. Posouzení věci krajským soudem po zrušujícím rozsudku Nejvyššího správního soudu

[39] Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 16. 12. 2014, č. j. 2 As 120/2014-40, zavázal zdejší soud následovně tak, že se „*Krajský soud tak v novém řízení přezkoumá, zda žalovaný posuzoval proces omezení počtu zájemců vyzvaných k podání nabídky z hlediska*

všech zákonných požadavků a základních zásad zákona o veřejných zakázkách (§ 6 citovaného zákona), tj. včetně toho, zda osoba zúčastněná na řízení provedla omezení počtu zájemců v souladu s účelem a smyslem jí stanovených objektivních kritérií a zda byly zájemci předložené smlouvy účinné, platné a způsobilé tato objektivní kritéria prokázat. Pokud krajský soud shledá v postupu žalovaného pochybení, posoudí, mohlo-li mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé.“

[40] K první a druhé žalobní námitce nejprve kasační soud konstatoval, že zdejším soudem užitá judikatura na danou věc nedopadá a shrnul, že „jistě by bylo zcela proti závěrům shora citované judikatury a základním zásadám zákona o veřejných zakázkách (vyjádřeným v § 6 citovaného zákona), kdyby zadavatel mohl bez možnosti veřejné kontroly dle své libovůle vyloučit některé nabídky ze soutěže ještě před samotným hodnocením jejich vhodnosti. I ze samotného znění § 61 zákona o veřejných zakázkách pak vyplývá, že omezení počtu zájemců má dle zákonodárce podléhat jasně daným přezkoumatelným pravidlům: zadavatel pro toto omezení musí stanovit objektivní kritéria odpovídající některým z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky (§ 61 odst. 1 a 2 zákona o veřejných zakázkách). Omezit počet zájemců lze i prostřednictvím náhodného výběru provedeného losem, zadavatel však musí dostát opatřením zaručujícím neutralitu a transparentnost losování (viz povinná účast notáře a povinnost zadavatele umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování, srov. § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách). Proces omezení počtu zájemců v užším řízení tedy podléhá objektivním zákonným pravidlům, nikoli volnému uvážení zadavatele (resp. „správnímu uvážení“ hodnotící komise, jak uvedl krajský soud) a žalovaný (a potažmo i správní soudy; ostatně sám Krajský soud v Brně zákonnost tohoto procesu již v minulosti přezkoumával, srov. rozsudek ze dne 26. 1. 2010, č. j. 62 Ca 47/2007-188, v němž posuzoval transparentnost omezení počtu zájemců losem) tak přezkoumává soulad tohoto procesu se všemi zákonnými požadavky, přičemž je třeba mít na zřeteli zejména zásady uvedené v § 6 zákona o veřejných zakázkách. Mezi tyto zákonné požadavky lze přirozeně zahrnout i to, zda dokumenty předložené jednotlivými zájemci splňují základní požadavky § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, a jedná se tak o platné a určité smlouvy způsobilé splnit objektivní kritérium pro omezení počtu zájemců. Nejvyšší správní soud shora uvedené závěry shrnuje tak, že přestože se úroveň odůvodnění napadeného rozsudku nachází na samé hranici přezkoumatelnosti, právní názor krajského soudu (tj. z jakého důvodu krajský soud prvním dvěma žalobními námitkami stěžovatelky nevyhověl) je z takto stručného odůvodnění seznatelný. Tento právní názor krajského soudu (jenž napadený rozsudek založil na tom, že orgány veřejné moci nemají pravomoc plně přezkoumat proces omezení počtu zájemců v užším řízení) je však mylný a stěžovatelce se v důsledku tohoto pochybení skutečně nedostalo řádné odpovědi na její první dvě žalobní námitky.“

[41] Kasační soud tedy postavil najisto, že orgány veřejné moci (žalovaný) mají pravomoc plně přezkoumat proces omezení počtu zájemců v užším řízení a musí se tedy vypořádávat se samotnou platností subdodavatelských smluv a s ní spojenou otázkou prokazování ekonomické kvalifikace subdodavatelem. Úkolem krajského soudu je pak v tomto navazujícím řízení posoudit, jestli žalovaný takto v průběhu správního řízení postupoval. Jak je patrné z předložené spisové dokumentace, tak žalovaný vůbec nezkoumal platnost

samotných smluv a spokojil se toliko s citací ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Vzhledem k tomuto faktu a k výše citovanému závaznému právnímu názoru Nejvyššího správního soudu je třeba konstatovat, že již jen tím, že se žalovaný platností smluv, kterými uchazeč prokazoval splnění kvalifikačních kritérií, nikterak nezabýval, zatížil své rozhodnutí vadou, kterou nelze odstranit jinak, než novým posouzením v dané věci. Tato vada totiž jednoznačně mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí ve věci samé a jen a pouze žalovaný je schopen tento nedostatek v novém řízení napravit. V tomto řízení pak bude muset žalovaný tedy také vypořádat námitky žalobkyně uplatněné již v průběhu správního řízení, že podle jeho právního názoru (oba) subdodavatelé vybraných zájemců předložili smlouvy, které pro svoji neurčitost nejsou platnými smlouvami, respektive se v době podání žádosti o účast nejedná o smlouvy účinné. Žalobní námitka uvedená v bodě [14] tohoto rozhodnutí je tedy důvodná a již samotná zakládá důvod pro zrušení rozhodnutí ve smyslu ustanovení § 76 odst. 1 písm. b) s.ř.s.

[42] Krajský soud se však i přes výše uvedený dílčí závěr, vázán závazným právním názorem kasačního soudu, bude zabývat i dalšími uplatněnými žalobními námitkami. K žalobní námitce uvedené v bodě [13] tohoto rozhodnutí nejprve stran nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí zdejší soud konstatuje následující. Dle ustálené judikatury soudů ve správním soudnictví je třeba vnímat obě správní rozhodnutí jako celek. Za tímto účelem krajský soud odkazuje na své předchozí rozhodnutí, které bylo publikováno jako rozhodnutí sbírkové, ze dne 29. 5. 2007, č. j. 62Ca 20/2006-65 (publikováno ve Sbírce NSS pod č. 1296/2007 Sb.), ve kterém zdejší soud uvedl: „*I. Soubor podkladů rozhodnutí opatřovaných za účelem zjištění skutečného stavu věci může zásadně vznikat ve všech stupních správního řízení, a tedy ve všech těchto stupních mohou být utvářena i jednotlivá skutková zjištění opírající se o tyto podklady [§ 59 odst. 1 správního řádu z roku 1967 (pozn. krajského soudu – bezpochyby použitelné i pro ustanovení § 82 odst. 4 správního řádu z roku 2004)]. [...] II. Dospěje-li správní orgán vyšší instance k závěru, že jednotlivá východiska dalších úvah správního orgánu nižší instance a nadto i jeho závěry vyplývající z těchto východisek jsou opodstatněné, nic mu nebrání, aby v té části, v níž se s rozhodnutím vydaným v nižší instanci ztotožní, na příslušné závěry odkázal, vyslovil s nimi souhlas, a tím je do svého rozhodnutí převzal. Takový postup sám o sobě nečiní rozhodnutí vydané ve vyšší instanci nepřezkoumatelným [§ 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s.].“ Soudní praxe jde ve výkladu ještě dál, a to dokonce tak, že lze v druhostupňovém rozhodnutí korigovat závěry rozhodnutí prvostupňového. Tento postup lze např. vyzorovat z rozsudku zdejšího soudu ze dne 19. 1. 2010, č. j. 62Ca 31/2008-114 (rozhodnutí potvrzeno Nejvyšším správním soudem dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159), ve kterém bylo rozhodnuto, že „*Na rozhodnutí žalovaného je pak třeba hledět jako na celek, který je tvořen jak rozhodnutím prvního stupně, tak rozhodnutím druhého stupně. Jinak řečeno ve druhostupňovém řízení a rozhodnutí je žalovaný oprávněn napravit pochybení a nesrovnalosti prvního stupně.*“*

[43] Zdejší soud na základě výše uvedeného a po studiu spisové dokumentace konstatuje, že v řešeném případě sice došlo v napadeném rozhodnutí k dílčím doplněním či upřesněním závěrů prvostupňového rozhodnutí, nikoliv v žádném případě však v takové míře, aby vychýlily předmět řízení. Dokonce v dané kauze ani nelze hovořit o tom, že by předseda žalovaného významným způsobem korigoval závěry prvostupňového orgánu; předseda je toliko upřesňoval a doplňoval (a to i na základě rozkladových námitek žalobkyně) tak, aby

obě rozhodnutí ve své celistvosti tvořily zákonný a zcela přezkoumatelný závěr správního orgánu. Ve výsledku je rozhodující to, zda je jasně přezkoumatelné, na základě jakých úvah správní orgán v daném rozhodnutí postupoval – tato argumentace je v prvostupňovém i napadeném rozhodnutí řádně a zcela přezkoumatelně uvedena, a tudíž v daném případě nelze hovořit o nepřezkoumatelnosti rozhodnutí.

[44] Zdejší soud však musel posoudit zákonnost samotného rozhodnutí ve vztahu k první žalobní námitce týkající se prokázání ekonomické kvalifikace subdodavatele. Krom toho, že měl žalovaný posoudit samotnou platnost daných subdodavatelských smluv, jak uvedl zdejší soud výše, tak je také třeba přisvědčit žalobkyni v tom ohledu, že jestliže subdodavatel prokazuje ekonomickou způsobilost jiného subjektu, je nezbytné ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách vykládat tak, že z dané smlouvy musí vyplývat závazek, že subdodavatel poskytne veškeré potřebné finanční zdroje, tedy, že by v daných smlouvách měl být předložen závazek, že subdodavatel poskytne finanční prostředky nebo ručení. Závazek ve smlouvě mezi dodavatelem a subdodavatelem tedy musí být vymezen s ohledem na to, jaké kvalifikační předpoklady dodavatel prostřednictvím subdodavatele prokazuje. Žalovaný je tedy povinen ve správním řízení existenci takového závazku ve smlouvách posoudit. Nicméně toto posouzení v napadeném (i prvostupňovém) rozhodnutí absentuje, což způsobuje důvod pro zrušení rozhodnutí ve smyslu ustanovení § 76 odst. 1 písm. b) s.ř.s. Jestliže pak subdodavatelské smlouvy takovýto ani podobný závazek obsahovat nebudou, posoudí žalovaný, jestli takovéto jednání zadavatele bylo v tomto ohledu nezákonné – při svém rozhodnutí pak bude vycházet jak z ustálené judikatury správních soudů, tak také ze své vlastní ustálené správní praxe. Krajský soud tedy vázán právním názorem soudu kasačního musí konstatovat, že také první okruh žalobních námitek byl taktéž důvodný.

[45] Ve vztahu k třetí a čtvrté žalobní námitce pak Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 16. 12. 2014, č. j. 2 As 120/2014-40, zavázal zdejší soud následovně tak, že: *„S krajským soudem lze souhlasit pouze potud, že objektivní kritéria stanovená osobou zúčastněnou na řízení (zadavatelem) nelze bez dalšího považovat za diskriminační, neboť ukazatele finančního zdraví dodavatele, jako jsou zadluženost a likvidita, mohou zadavateli poskytnout informaci o ekonomické stabilitě a potažmo potenciální schopnosti dodavatele realizovat veřejnou zakázku. Avšak názor krajského soudu ohledně konkrétního způsobu prokazování těchto objektivních kritérií je ryze formalistický a jde (bez bližší úvahy o vzájemných ekonomických vztazích dodavatele a subdodavatele) zcela proti smyslu ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Jak zadluženost, tak likvidita jsou poměrové ukazatele, jejichž hodnota závisí na výši aktiv (resp. oběžných aktiv) posuzované společnosti. Úvahy stěžovatelky předestřené v kasační stížnosti lze tedy hodnotit jako příléhavé, neboť z hlediska ekonomické stability a schopnosti splnit předmět veřejné zakázky bude výrazný kvalitativní rozdíl mezi subjektem, jehož aktiva mají hodnotu v řádu miliard korun a jenž zadluženost (likviditu) prokazuje sám, a subjektem, jenž kritérium zadluženosti (likvidity) prokazuje prostřednictvím subdodavatele, jehož výše aktiv je o několik řádů menší. Je zřejmé, že pokud bude mít subdodavatel oproti dodavateli zanedbatelnou velikost (výši aktiv), vypovídací hodnota jeho zadluženosti či likvidity bude ve vztahu k veřejné zakázce prakticky nulová, neboť odpovědnost za splnění předmětu veřejné zakázky má dodavatel a finanční stabilita jeho subdodavatele je v tomto ohledu nepodstatná. Jinými slovy, poměrový ukazatel finančního zdraví má vypovídací hodnotu ohledně schopnosti realizace veřejné*

zakázky dodavatelem pouze v případě, pokud je hodnocen v úzké souvislosti s dalšími (absolutními) ukazateli (v nyní posuzovaném případě např. v souvislosti s celkovým počtem referenčních staveb). Zadavatel si tedy při hodnocení ekonomické stability uchazeče nemůže vybírat, který subdodavatel splní za dodavatele poměrové ukazatele finančního zdraví společnosti, neboť takto „poskládaná“ ekonomická kvalifikace nebude zpravidla způsobilá (bez bližší úvahy o velikosti subdodavatele a jeho ekonomických vztazích k dodavateli) zadavateli poskytnout představu o tom, jaká je schopnost uchazeče splnit předmět veřejné zakázky. Nejvyšší správní soud tedy konstatuje, že byť je odůvodnění napadeného rozsudku ve vztahu k třetí a čtvrté žalobní námitce z hlediska potenciální vady nepřezkoumatelnosti dostatečné (z napadeného rozsudku je zřejmé, proč krajský soud nepovažoval tyto žalobní námitky za důvodné), je založené na nesprávném posouzení právní otázky.“

[46] Krajský soud, vázán výše uvedeným právním názorem kasačního soudu, tedy konstatuje následující. Otázku tzv. složeného prokazování splnění kvalifikace dodavatelem a subdodavatelem zákon výslovně nezakazuje, vždy je však třeba vycházet z povahy institutu prokazování kvalifikace. Na základě prokazování splnění kvalifikačních předpokladů získává veřejný zadavatel jistotu o plné způsobilosti dodavatele plnit předmět konkrétní veřejné zakázky. Z tohoto principu je nutné vycházet při posuzování složeného prokazování splnění kvalifikace dodavatelem a subdodavatelem, a to vždy s ohledem na jednotlivé konkrétní kvalifikační předpoklady. V daném případě je tedy třeba, aby se žalovaný zabýval meritem skládání ekonomické kvalifikace, tedy posouzením, zdali je z pohledu ekonomické stability na stejné úrovni subjekt, který má požadovaný obrat a požadované poměrové ukazatele a skupina subjektů, kde jeden má požadovaný obrat, ale poměrové ukazatele ukazují, že jeho aktuální finanční kondice není dostatečná, a druhý objekt, který sice dosahuje požadovaných poměrových ukazatelů, ale vzhledem k jeho velikosti reprezentované obratem se jedná o subjekt, který není schopen ovlivnit plnění zakázky druhým subjektem. Krajský soud s ohledem na závěry Nejvyššího správního soudu tedy konstatuje, že s žalobkyní je třeba souhlasit v tom ohledu, že jestli žalovaný neprovedl výše naznačené posouzení poskládané ekonomické kvalifikace, zatížil své rozhodnutí nezákonností, která mohla mít vliv na rozhodnutí ve věci samé. V řízení navazujícím na toto rozhodnutí, tedy žalovaný výše uvedené pečlivě posoudí a své závěry náležitě odůvodní.

[47] K poslední žalobní námitce, uvedené v bodě [16] tohoto rozhodnutí, zdejší soud opakuje svůj právní závěr, že uvedená objektivní kritéria stanovená osobou zúčastněnou na řízení (zadavatelem) nelze bez dalšího považovat za diskriminační, neboť ukazatele finančního zdraví dodavatele, jako jsou zadluženost a likvidita, mohou zadavateli poskytnout informaci o ekonomické stabilitě a potažmo potenciální schopnosti dodavatele realizovat veřejnou zakázku. V návaznosti na výše citované závěry kasačního soudu je však třeba tento závěr aplikovat materiálně na reálie řešené kauzy a žalovaný bude postupovat tak, jak naznačil kasační soud. Žalovaný tedy musí v řízení navazujícím na toto rozhodnutí posoudit, jestli postup zadavatele nebyl při stanovování těchto kritérií (omezení počtu zájemců na základě údajů subdodavatele) nezákonný a zejména tedy posoudí, zda takto nastavená kritéria nesměřovala toliko k omezení počtu zájemců, které odporuje samotnému smyslu zákona o veřejných zakázkách. Zaměří se pak na to, jestli postup zadavatele a jím nastavená kritéria v důsledku nevedl pouze k tomu, že místo ekonomické síly a stability dodavatele, byla hodnocena toliko jeho schopnost získat subjekt (subdodavatele), který sice splňuje

ekonomické ukazatele, ale který se v důsledku nebude na plnění zakázky vůbec podílet. Žalovaný tedy zejména posoudí to, jestli bylo toto kritérium zadavatele zákonné s ohledem na možnou přenositelnost a sdílitelnost požadovaných ekonomických kvalifikačních předpokladů – zadluženosti a likvidity – na jiný subjekt (subdodavatele). Ve světle těchto závěrů je pak třeba posoudit i čtvrtý okruh žalobních námitek za důvodný.

V. Shrnutí a náklady řízení

[48] S ohledem na vše výše uvedené, tedy při přezkumu žalobou napadeného rozhodnutí, jakož i řízení, které jeho vydání předcházelo, zdejší soud, vázán závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu, zjistil, že v dané věci došlo k vydání rozhodnutí, které je založeno na skutkovém stavu, který nemá oporu ve spisech, resp. je s nimi v rozporu a zejména vyžaduje zásadní doplnění, a také je napadené rozhodnutí založeno na nesprávném právním posouzení věci, což způsobuje jeho nezákonnost. Soud tedy zrušil žalobou napadené rozhodnutí pro vady řízení bez jednání podle ustanovení § 76 odst. 1 písm. b) s.ř.s a pro jeho nezákonnost dle ustanovení § 78 odst. 1 s.ř.s. Krajský soud věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení, ve kterém budou správní orgány vázány právními názory zdejšího soudu dle ustanovení § 78 odst. 5 s.ř.s. (uvedenými zejména v bodech [41], [44], [46] a [47] tohoto rozhodnutí).

[49] Výrok o náhradě nákladů řízení ve vztahu mezi účastníky je odůvodněn ustanovením § 60 odst. 1 věta první s.ř.s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníku, který ve věci úspěch neměl. Jelikož nebyla úspěšná žalobkyně zastoupena advokátem, ale svým zaměstnancem, tak jí nepřísluší právo na náhradu nákladů řízení dle Vyhlášky Ministerstva spravedlnosti č. 177/1996 Sb., advokátní tarif, ve znění pozdějších předpisů. Žalobkyni tedy náleží pouze zaplacený soudní poplatek ve výši 3 000 Kč za řízení před zdejším soudem a soudní poplatek ve výši 5 000 Kč za podanou kasační stížnost.

[50] Výrok o náhradě nákladů řízení ve vztahu k osobě zúčastněné na řízení je odůvodněn ustanovením § 60 odst. 5 věta první s.ř.s., podle něhož osoba zúčastněná na řízení má právo na náhradu jen těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. Z obsahu soudního spisu je zřejmé, že soud osobě zúčastněné na řízení neuložil žádnou povinnost, která by byla spojena s finančními náklady, a tudíž bylo rozhodnuto tak, že osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Kasační stížnost je nepřipustná proti rozhodnutí, jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem; to neplatí, je-li jako důvod kasační stížnosti namítáno, že se soud neřídil závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu.

V Brně dne 22. dubna 2015

JUDr. Jaroslava Skoumalová, v. r.
předsedkyně senátu

Za správnost vyhotovení:
Kristýna Pejčochová