



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně Zuzany Bystřické a soudců Mariana Kokeše a Lubomíra Majerčíka v právní věci

žalobce: **INFRAPROJEKT s.r.o.**, IČO 04476476
sídlem Nezamyslova 2801/26, 615 00 Brno
zastoupený advokátem Mgr. Tadeuszem Zientkem
sídlem Stodolní 31, 702 00 Ostrava

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

za účasti osoby
zúčastněné na řízení: **Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost**
sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha
zastoupená advokátem JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M.
sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25. 11. 2021, č. j. ÚOHS 36936/2021/161/HBa,

takto:

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

Odůvodnění:

I. Vymezení věci a průběh správního řízení

1. Žalobce se podanou žalobou domáhá zrušení v záhlaví citovaného rozhodnutí, kterým předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda ÚOHS“) k rozkladu žalobce potvrdil správnost rozhodnutí žalovaného ze dne 27. 8. 2021, č.j. ÚOHS-29085/2021/500/Alv. Žalovaný rozhodoval o veřejné zakázce, kterou zadavatel (osoba zúčastněná na řízení) zadával v otevřeném řízení jako sektorovou veřejnou zakázku s názvem: „*Komplexní geotechnický monitoring a pasportizace pro stavbu: Provozní úsek I.D pražského metra – úsek Pankrác – Olbrachtova – stavební část*“. Žalovaný ve vztahu k tomuto zadávacímu řízení rozhodoval o návrhu žalobce na přezkoumání úkonů zadavatele (návrh směřoval jak proti zadávacím podmínkám, tak proti neprodloužení lhůty pro podání nabídek v důsledku změny zadávací dokumentace), přičemž rozhodl tak, že správní řízení podle § 257 písm. h) zákona č. 134/2016, o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „ZZVZ“) v části zastavil, protože návrhu nepředcházely včas podané námítky, ve výroku II. pak návrh ve zbytku zamítl, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření. Žalovaný o návrhu žalobce rozhodoval „podruhé“, neboť původní meritorní rozhodnutí ze dne 13. 10. 2020, č. j. ÚOHS-29085/2021/500/Alv, předseda ÚOHS zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení, přičemž mu uložil zjistit skutkový stav bez důvodných pochybností

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

2. Ve včas podané žalobě (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s. ř. s.“), splňující též ostatní podmínky řízení (§ 65, § 68 a § 70 s. ř. s.), žalobce navrhl krajskému soudu, aby rozhodnutí předsedy ÚOHS zrušil.
3. Žalobce v podané žalobě zaprvé namítá, že předseda ÚOHS porušil § 36 odst. 3 správního řádu, neboť žalobci před vydáním napadeného rozhodnutí nedal možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí, především pak k právní argumentaci zadavatele ve vyjádření k rozkladu, jež ve správním řízení doposud nezazněla. Procesní pochybení předsedy ÚOHS je o to závažnější, protože napadené rozhodnutí na několika místech na argumentaci zadavatele odkazuje, či z ní přímo vychází.
4. Zadruhé má žalobce za to, že zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil kritérium ekonomické kvalifikace nezákonně, nepřiměřeně vůči délce plnění veřejné zakázky a v rozporu s rozhodovací praxí žalovaného. Žalovaný v nyní posuzované věci však překvapivě dovodil, že jsou naplněny důvody pro aplikaci postupu dle § 78 odst. 3 ZZVZ. Zadavatel sám však v zadávacím řízení ani v řízení správním tímto způsobem svůj postup neodůvodňoval. Byl to naopak žalovaný, kdo nepřipustným způsobem z vlastní iniciativy suploval povinnost žalovaného. Předseda ÚOHS postup žalovaného posvětil. Žalovaný i předseda ÚOHS pak podle žalobce mechanicky aplikují § 78 odst. 2 ZZVZ bez zohlednění zásad, přičemž se bezdůvodně odklánějí od vlastní rozhodovací praxe. Konečně, požadavek na prokázání ekonomické kvalifikace byl nepřiměřený také proto, že ze 5 subjektů, oslovených v rámci předběžných konzultací, dosahoval požadovaného ročního obrátu pouze jediný.
5. Třetí důvod pro vyslovení nezákonnosti napadeného rozhodnutí žalobce shledává v nesprávném posouzení výhrady dle § 105 odst. 2 ZZVZ v zadávacích podmínkách. Zadavatelem vymezené části plnění veřejné zakázky, které musely být plněny přímo vybraným dodavatelem, materiálně nespádají pod „významné činnosti při plnění veřejné zakázky“. Práce, které zadavatel takto vymezil, jsou totiž běžnou, rutinní a mechanickou činností s minimálním rizikem na celkový výsledek plnění, což potvrdilo i odborné vyjádření České geologické služby. Není tedy důvod, aby dodavatelé nemohli pro jejich plnění využít poddodavatele. Žalobce naopak označil jinou část plnění veřejné

zakázky, jejíž plnění zadavatel mohl a měl požadovat pouze po vybraném dodavateli. Žalovaný i předseda ÚOHS tak potvrdili diskriminačně nastavenou zadávací podmínku.

- Čtvrtou spornou otázkou dle žalobce je, zda zadavatel mohl v zadávacích podmínkách stanovit požadavek radarové diferenční interferometrie tak, že zvýhodnil využití snímků družice TerraSAR-X oproti snímkům z družice PAZ, pro což podle žalobce nebyly splněny zákonné podmínky (§ 89 odst. 5 a 6 ZZVZ). Na trhu totiž existují srovnatelná řešení snímkování (jiné družice či jejich kombinace). Tím, že zadavatel jejich použití pro účely plnění veřejné zakázky vyloučil, nezákonně omezil okruh potenciálních dodavatelů. Žalovaný i předseda ÚOHS tuto otázku posoudili v rozporu s odbornými vyjádřeními i správním spisem.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě, replika žalobce a další podání

- Žalovaný ve vyjádření k žalobě uvádí, že trvá na závěrech napadeného rozhodnutí a považuje jej za správné a zákonné. Následně se vypořádává s jednotlivými žalobními námitkami. K první námitce uvádí, že smyslem § 36 odst. 3 správního řádu je umožnit účastníkovi řízení seznámit se s podklady rozhodnutí a vyjádřit se k nim. Mezi takové podklady však *obvykle* nepatří vyjádření jiného účastníka řízení, neuvádí-li nová tvrzení. Zadavatel se ve vyjádření k rozkladu od své předchozí argumentace neodchýlil. Těžiště správního řízení v nyní posuzované věci bylo soustředěno právě do řízení před žalovaným, všechny podstatné argumenty účastníků tak byly soustředěny do prvostupňového rozhodnutí. Žalobcem citované pasáže napadeného rozhodnutí, které měly být ovlivněny argumentací zadavatele, pak podle žalovaného představují toliko shrnutí obsahu vyjádření zadavatele.
- K druhé žalobní námitce žalovaný předesílá, že žalobce v ní desinterpretuje a převrací východiska správních rozhodnutí. Těmi jsou: a) v posuzované věci činí požadavek výše obratu pro prokázání ekonomické kvalifikace cca 1/3 předpokládaného hodnoty veřejné zakázky; b) přepočtení předpokládané hodnoty na roky plnění nemá oporu v zákoně, ale v rozhodovací praxi žalovaného; c) přepočtení na roky nelze aplikovat mechanicky na každý případ; d) z harmonogramu plnění veřejné zakázky je zřejmé, že v některých letech bude proveden jiný rozsah prací, v jiných nikoliv. Z těchto východisek vyplývá, že zadavatel dodržel zákonný limit dle § 78 odst. 2 ZZVZ. Argumentace výjimkou dle § 78 odst. 3 ZZVZ je okrajová a navazuje až na námitky žalobce v průběhu řízení. Žalovaný je nadto toho názoru, že zadavatel aplikaci výjimky řádně zdůvodnil.
- Zatřetí má žalovaný za to, že vymezení významných činností dle § 105 odst. 2 ZZVZ je na vůli zadavatele. Nemusí jít pouze o činnosti složité, podstatné je, zda jsou typické pro daný předmět veřejné zakázky. Z odborného vyjádření České geologické služby ostatně vyplývá, že geodetická měření jsou neopakovatelnými úkony, které taktéž vyžadují speciální zkušenosti a vybavení. Zadavatel v zadávacích podmínkách řádně zdůvodnil, proč vyžadoval, aby předmětnou činnost vykonával pouze vybraný dodavatel. Předseda ÚOHS i žalovaný pak tento požadavek neshledali excesivním, či nepřiměřeným, a není ani zřejmé, jak byl žalobce tímto požadavkem omezen.
- K poslednímu (čtvrtému) okruhu žalobních námitek žalovaný předně vyjadřuje pochybnost o jejich obecné přípustnosti, byť se jimi žalovaný v řízení rovněž podrobně zabýval. V posuzované věci jsou totiž všichni dodavatelé postaveni do stejné situace, tedy že budou pro plnění veřejné zakázky využívat snímky od třetí strany za shodných podmínek. Žalobce netvrdí, jak by odkaz na konkrétní prostředek (družici) mohl zvýhodnit určitého dodavatele oproti žalobci či dalším konkurentům.
- Po věcné stránce předseda ÚOHS s žalobcem taktéž nesouhlasí. Z vyjádření dotázaných odborníků neplyne, že by snímky z družice TerraSAR-X byly srovnatelné se snímky z družice PAZ. Jediný odborný článek, který zaměnitelnost snímků připouští, pak vyšel prakticky rok po skončení lhůty pro podání nabídek do veřejné zakázky, zadavatel jej tedy nemohl vzít v potaz. Zadavatel tedy při přípravě zadávací dokumentace nepochybil, když ke snímkům z družice PAZ nepřístupoval jako ke srovnatelnému řešení ke snímkům z družice TerraSAR-X, vždyť ani ve správním řízení oslovení odborníci totéž nemohli s jistotou potvrdit.

12. Osoba zúčastněná na řízení (zadavatel) se ve vyjádření k žalobě argumentačně shoduje s předsedou ÚOHS ohledně první žalobní námitky, pročez odkázal na judikaturu Nejvyššího správního soudu. Zadavatel ve vyjádření k rozkladu zopakoval svoji argumentaci, jíž vznesl již dříve ve správním řízení, nebyl proto porušen § 36 odst. 3 správního řádu. K druhé žalobní námitce zadavatel upozornil, že předseda ÚOHS shledal kritérium ekonomické kvalifikace souladným s § 78 odst. 2 ZZVZ. Žalobní argumentace ohledně nemožnosti aplikace § 78 odst. 3 ZZVZ je tak poněkud redundantní, neboť postup zadavatele byl i bez ní shledán souladným se zákonem. Závěry v žalobcem odkazovaném rozhodnutí jsou neaktuální a neaplikovatelné, neboť se toto rozhodnutí týkalo případu, kdy zadavatel stanovil kritérium ekonomické kvalifikace 11násobně vyšší, navíc za účinnosti předchozí právní úpravy, jež neobsahovala právní pravidlo v § 78 odst. 2 ZZVZ. Ohledně třetí žalobní námitky se zadavatel argumentačně shoduje s předsedou ÚOHS a doplňuje, že žalobce v žalobě desinterpretuje odborné vyjádření České geologické služby. Ohledně čtvrté žalobní námitky zadavatel setrvává na svém závěru, že v době zahájení zadávacího řízení neexistovala vůči snímkům z družice TerraSAR-X rovnocenná ověřená alternativa. Zadavatel navrhuje žalobu pro bezpředmětnost zamítnout.
13. V replice žalobce upozornil na konkrétní body napadeného rozhodnutí, ve kterých byly vůbec poprvé zmíněny skutečnosti a argumenty, přednesené zadavatelem ve vyjádření k rozkladu. Dále se žalobce zaměřil na východiska žalovaného, zmíněná v jeho vyjádření k žalobě. Přepočítané předpokládané hodnoty na roky plnění má oporu v zákoně v tom smyslu, že se jedná o vyjádření základních zásad jako relevantních korektivů zákonem stanovených limitů (včetně limitu dle § 78 odst. 2 ZZVZ). Žalovaný ani předseda ÚOHS ve svých rozhodnutích žádným způsobem neodůvodnili, proč v projednávané věci nebylo možné mechanicky aplikovat přepočítané hodnoty na roky plnění. Žalovaný se totiž soustředil jen na aplikaci § 78 odst. 3 ZZVZ a předseda ÚOHS odklon od přechodní praxe odůvodnil stroze „s ohledem na charakter veřejné zakázky“. Poslední východisko (odlišným rozsahem plnění v různých letech) musí podle žalobce krajský soud kategoricky odmítnout, neboť jej žalovaný ani předseda ÚOHS ve svých rozhodnutích nezmiňují, ani nevysvětlují. Argumentace výjimkou dle § 78 odst. 3 ZZVZ není okrajová, neboť ji žalovaný do řízení vnesl sám (a následně ji upozadil). Žalobce dále upozornil, že zadavatel po podání žaloby uveřejnil na svém profilu písemnou zprávu, která však neobsahovala odůvodnění použití ekonomické kvalifikace dle § 78 odst. 3 ZZVZ. Toto podle žalobce dále ilustruje absurditu postupu žalovaného, který odůvodňoval aplikaci výjimky proti vůli zadavatele.
14. Zadavatel v reakci na podání žalobce odmítá názor, že by předseda ÚOHS v napadeném rozhodnutí nezmínil argument rozsahu plnění v různých letech plnění veřejné zakázky. Učinil tak v odst. 44 napadeného rozhodnutí. Zadavatel obdobné zmínil i v rozhodnutí o námitkách. Aplikace výjimky dle § 78 odst. 3 ZZVZ nebyla pro zadavatele nezbytná, proto ji ani nezmínil v písemné zprávě. Pokud je použití kritéria ekonomické kvalifikace opřeno o více zákonných důvodů, než původně zadavatel zamýšlel, neznamená to nezákonnost jeho postupu. Zadavateli není zřejmé, jak by ve fázi realizace předběžných tržních konzultací mohl získat představu, kdo podá nabídky v zadávacím řízení, a podle toho upravovat kritéria ekonomické kvalifikace. Zadavatel dále reaguje na tvrzení žalobce ohledně jiných, byť souvisejících veřejných zakázek.

IV. Právní posouzení věci soudem

15. Krajský soud, za splnění podmínek pro rozhodnutí věci bez nařízení jednání (§ 51 s. ř. s.), přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) napadené rozhodnutí předsedy ÚOHS, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného, včetně řízení předcházející jejich vydání, a dospěl k závěru, že žaloba **není důvodná** (§ 78 odst. 7 s. ř. s.).
16. Mezi účastníky je sporné, zda předseda ÚOHS, případně žalovaný správně posoudili soulad zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky se zákonem. Podle žalobce zadavatel zadávací podmínky stanovil diskriminačně a nepřiměřeně, čímž žalobci znemožnil účast na veřejné zakázce. Předseda ÚOHS se taktéž v řízení dopustil procesního pochybení.

17. S ohledem na strukturu žaloby, napadeného rozhodnutí i dalších vyjádření účastníků a zadavatele v soudním řízení krajský soud přistoupil k vypořádání jednotlivých okruhů žalobních námitek zvlášť.

Porušení § 36 odst. 3 správního řádu

18. Žalobce má za to, že předseda ÚOHS porušil § 36 odst. 3 správního řádu tím, že mu před vydáním napadeného rozhodnutí nedal možnost vyjádřit se k novým argumentům zadavatele v jeho vyjádření k doplnění rozkladu ze dne 24. 10. 2021, které ve správním řízení doposud nezazněly.
19. Dle § 36 odst. 3 věta první správního řádu (nestanoví-li zákon jinak) musí být účastníkům před vydáním rozhodnutí ve věci dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí; to se netýká žadatele, pokud se jeho žádosti v plném rozsahu vyhovuje, a účastníka, který se práva vyjádřit se k podkladům rozhodnutí vzdal.
20. Podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu se v odvolacím řízení postupuje podle § 36 odst. 3 správního řádu, pouze pokud jde o podklady rozhodnutí nově pořízené odvolacím správním orgánem. Nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání (§ 152 odst. 5 správního řádu).
21. Obecně krajský soud argumentaci žalobce nemůže přisvědčit. Citovaný § 36 odst. 3 správního řádu správním orgánům neukládá, aby jednoho účastníka řízení seznamovaly s vyjádřením dalšího účastníka (a pak zase naopak). Akceptace opačného názoru by vedla k nežádoucímu prodlužování řízení a nepřipustně by podmiňovala možnost meritorního rozhodnutí ukončením veškeré procesní aktivity účastníků řízení, neboť správní orgán by mohl o věci rozhodnout jen tehdy, pokud by doručil jakoukoliv poslední reakci některého z účastníků řízení na jiné předchozí podání ostatním účastníkům a ti by od dalších vyjádření a reakcí upustili.
22. Námitka žalobce by mohla být důvodná pouze v případě, že by jej předseda ÚOHS neseznámil s takovými podklady, které byly rozhodné pro posuzovanou věc a které byly způsobilé ovlivnit napadené rozhodnutí. Jen v takovém případě může být vada tak intenzivní, aby mohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 8. 2022, č. j. 9 As 135/2020-127, a v něm citovaná relevantní judikatura; rozhodnutí správních soudů jsou dostupná na www.nssoud.cz). Vyjádření zadavatele k rozkladu takovým podkladem nebylo a předseda ÚOHS nepochybil, pokud s ním žalobce neseznámil.
23. Krajský soud předně poznamenává, že část žalobcem označených pasáží napadeného rozhodnutí (body 36, 72 a 85) je pouze rekapitulací argumentace zadavatele z jeho vyjádření a nejedná se o právní posouzení předsedy ÚOHS. Parafráze vyjádření zadavatele jsou vždy uvedeny „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 ÚOHS postupoval i u dalších rozkladových námitek (body 21, 54, 94 napadeného rozhodnutí).
24. Co se týče dalších, žalobcem označených pasáží napadeného rozhodnutí, ve kterých měl předseda ÚOHS vycházet z dosud žalobci neznámé zadavatelovy argumentace, krajský soud konstatuje, že nezjistil, že by tato argumentace skutečně zazněla poprvé až ve vyjádření zadavatele k rozkladu. Konkrétně v bodech 50 a 51 napadeného rozhodnutí předseda ÚOHS posuzoval aplikaci výjimky dle § 78 odst. 3 ZZVZ. Touto otázkou se zabýval již žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí, žalobce byl tedy s touto argumentační linií dříve seznámen a mohl na ni reagovat v rozkladu. Dále v bodu 77 napadeného rozhodnutí předseda ÚOHS zopakoval skutečnosti, kterými zadavatel odůvodňoval aplikaci výhrady dle § 105 odst. 2 ZZVZ. Taktéž touto otázkou se zabýval žalovaný 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 ÚOHS zmínil, že k družici PAZ neexistují archivní snímky pro retrospektivní mapování. Tuto skutečnost ale zmínil již žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí (bod 135).

Ekonomická kvalifikace

25. Mezi účastníky je dále sporné, zda zadavatel při stanovení kritéria ekonomické kvalifikace dodržel zákonné limity pro určení minimální úrovně ročního obratu.
26. Jak vyplývá z obsahu správního spisu, podle čl. 5.5 zadávací dokumentace museli dodavatelé k prokázání ekonomické kvalifikace doložit roční obrat za 3 bezprostředně předcházející účetní období, a to 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 celkem 114 měsíců (odst. 4.4 Smlouvy o poskytování služeb).
27. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatelem stanovený limit ročního obratu je v souladu se zákonem (§ 78 odst. 2 ZZVZ). K poukazu žalobce na rozhodovací praxi žalovaného uvedl, že ta se na nyní projednávanou věc neuplatní, protože byly naplněny důvody postupu dle § 78 odst. 3 ZZVZ. Tyto důvody žalovaný shledal ve složitosti plnění veřejné zakázky, návaznosti na stavbu pražského metra linky D a v riziku značných škod na životě a majetku v případě nesplnění veřejné zakázky.
28. Předseda ÚOHS v napadeném rozhodnutí se závěrem žalovaného souhlasil. Dále pak doplnil, že v posuzovaném případě zadavatel dodržel limity dle § 78 odst. 2 ZZVZ, neboť s o ohledem na charakter veřejné zakázky nebylo vhodné aplikovat postup spočívající v přepočtu předpokládané hodnoty veřejné zakázky na jeden rok jejího plnění.
29. Podle § 78 odst. 1 ZZVZ 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. Druhý odstavec stanovuje limity pro to, jak vysoký roční obrat může zadavatel maximálně vyžadovat (minimální výše ročního obratu nesmí přesahovat dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky). Dle třetího odstavce se v odůvodněných případech limity dle druhého odstavce nepoužijí.
30. Žalobce se dovolává rozhodovací praxe žalovaného za účinnosti předchozího zákona č. 137/2006 Sb. Dle této praxe žalovaný při posuzování přiměřenosti výše ročního obratu 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 navyšovalo kvalifikační kritérium a bezdůvodně by vylučovalo menší dodavatele (co do výše ročního obratu) v ostatních ohledech jinak řádně způsobilé. Tato praxe se dle žalobce projevila i do rozhodování žalovaného po nabytí účinnosti zákona č. 134/2016 Sb. (viz žalobcem citované rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 17. 1. 2018, č. j. R0193/2017/VZ-01330/2018/321/HBa), což potvrzuje i odborná literatura.
31. Ta však dle krajského soudu upozorňuje na skutečnost, že na rozdíl od veřejných zakázek na opakovaně poskytované služby po dobu více let (kdy se aplikace přepočtu předpokládané hodnoty na jeden rok nabízí), mohou vyvstat nejasnosti u dlouhodobějších projektů typu složitějších stavebních prací nebo vývoje informačních systémů, kdy je realizace takového projektu předpokládána v delším časovém horizontu (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).
32. Krajský soud poznamenává, že již za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb. judikatura správních soudů zmíněnou praxi žalovaného korigovala. Krajský soud v rozsudku ze dne 13. 8. 2012, č. j. 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 závěr o nepřiměřenosti zadávací podmínky dovodit nelze. „*Při posouzení otázky, kdy je v rámci kvalifikace požadovaná výše obratu 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, č. j. 62 Ca 27/2009-117). Nutno dodat, že v citovaném rozsudku krajský soud zjevnou nepřiměřenost zadávací podmínky shledal právě již z přepočtu předpokládané hodnoty veřejné zakázky na jeden rok, neboť požadovaný roční obrat byl téměř dvacet sedmkrát vyšší, než takto zjištěná předpokládaná hodnota zakázky.

33. Z recentních rozhodnutí žalovaného 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 žalovaného ze dne 20. 10. 2022, č. j. S0291/2022/VZ).
34. Již na základě výše uvedeného nemůže krajský soud přisvědčit argumentaci žalobce, že by v době rozhodování předsedy ÚOHS existovala rozhodovací praxe, která by limity § 78 odst. 2 ZZVZ vždy vykládala ve vztahu k roční předpokládané hodnotě plnění veřejné zakázky. Současně má krajský soud za to, že předseda ÚOHS v napadeném rozhodnutí řádně vysvětlil, proč se daný postup nepoužije.
35. Předseda ÚOHS konstatoval, že ustanovení § 78 odst. 2 ZZVZ limitaci požadavku na roční obrat 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). Krajský soud s tímto závěrem souhlasí, uvedený výklad plně odpovídá Důvodové zprávě k zákonu o zadávání veřejných zakázek i názoru v odborné literatuře (např. Krč, R., Vaneček, 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.
36. Předseda ÚOHS se dále zabýval rozložením plnění veřejné zakázky do jednotlivých let (zadavatel předpokládal plnění veřejné zakázky po dobu 9,5 roku). Shledal, 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 tohoto dovodil, že předpokládanou hodnotu veřejné zakázky nebylo možné „mechanicky“ přepočítat na jednotlivé roky plnění (890 000 000 / 9,5), jak namítal žalobce. Tento argument krajský soud shledává logickým, a to i vzhledem k výše uvedeným závěrům rozsudku č. j. 62 Af 51/2011-58.
37. Z konkrétních okolností projednávané věci taktéž podle krajského 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 obrat 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 obrat nenasvědčují.
38. K žalobní námitce ohledně aplikace výjimky § 78 odst. 3 ZZVZ krajský soud uvádí následující. Důvody pro využití tohoto postupu musí být obsaženy buď v zadávací dokumentaci, nebo v písemné zprávě o zadávacím řízení [§ 217 odst. 2 písm. n) ZZVZ]. Zadavatel v nyní řešeném případě však odůvodňoval stanovení kritérií ekonomické kvalifikace dle § 78 odst. 2 ZZVZ.

Žalovaný v řízení dospěl k závěru, že povaha veřejné zakázky umožňuje stanovení kritéria vyššího ročního obratu než dvojnásobku předpokládané hodnoty veřejné zakázky. S žalobcem lze souhlasit, že postup žalovaného vykazuje jisté nesrovnalosti. Žalovaný totiž přesto, že shledal zadávací podmínku ekonomické kvalifikace v souladu s § 78 odst. 2 ZZVZ (což však blíže neodůvodnil a až předseda ÚOHS v napadeném rozhodnutí [viz výše] toto pochybení napravit), přistoupil (nadbytečně) k odůvodnění vlastního závěru, že zadavatel mohl postupovat dle § 78 odst. 3 ZZVZ.

39. I přes uvedené však krajský soud nemůže souhlasit s žalobcem, že by žalovaný nemohl právně kvalifikovat skutkové okolnosti veřejné zakázky odlišně od zadavatele. Zatímco povinností zadavatele bylo skutkově vymezit důvody pro stanovení výše ročního obratu pro účely ekonomické kvalifikace, byl žalovaný odpovědný za správnost právního posouzení těchto důvodů. Jeho právní posouzení se nemuselo omezit pouze na právní normu, na které své odůvodnění postavil, nýbrž mohlo být provedeno i ve vztahu k jiné právní normě, jejíž hypotéza by byla podle jeho názoru naplněna (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 3. 2023, č. j. 4 As 31/2023-26). Byť se citovaný rozsudek týkal odůvodnění použití jednacích řízení bez uveřejnění, má krajský soud za to, že jeho závěry lze obecně vztáhnout i na nyní posuzovanou věc.
40. Jak trefně poznamenal zadavatel ve svém druhém vyjádření, skutečnost, že zadavatel v rámci předběžných tržních konzultací oslovil určitý počet společností, z nichž jen jedna splňovala posuzovaný požadavek na roční obrat, nijak nevypovídá o nepřiměřenosti zadávací podmínky. Ve fázi realizace předběžných tržních konzultací mohl zadavatel stěží předvídat, které subjekty se vůbec veřejné zakázky zúčastní, v jakém složení, či zda se spojí. O „praktickém vyloučení hospodářské soutěže“ taktéž nevypovídá skutečnost, že se veřejné zakázky zúčastnili tři dodavatelé.
41. Obsah písemné zprávy zadavatele krajský soud nemohl zohlednit, neboť při přezkoumávání rozhodnutí je vázán skutkovým a právním stavem v době rozhodování (§ 75 odst. 1 s. ř. s.).
42. Žalobní námitka je nedůvodná. Krajský soud se ztotožňuje se závěrem předsedy ÚOHS, že zadavatel stanovil kritérium ekonomické kvalifikace v souladu s § 78 odst. 2 ZZVZ.

Využití výhrady dle § 105 odst. 2 ZZVZ

43. Žalobce dále namítá, že zadavatel měl nepřiměřeně vymezit vyhrazené plnění, které nemůže dodavatel plnit prostřednictvím poddodavatele. Podle žalobce je nutno neurčitý pojem „významné činnosti při plnění veřejné zakázky“ vykládat tak, že pod tyto činnosti zadavatelé nemohou subjektivně podřadit jakoukoliv část plnění veřejné zakázky, čímž de facto vyloučí možnost přezkumu přiměřenosti výhrady dle § 105 odst. 2 ZZVZ. Žalobce zastává s odkazem na odbornou literaturu názor, že zadavatelem vymezené významné činnosti musí být objektivně náročné, vyžadující speciální zkušenost či kvalifikaci. Nemělo by jít o činnosti, které by měli být schopni realizovat bez větších problémů dodavatelé působící na relevantním trhu.
44. Podle předsedy ÚOHS *„Není úkolem Úřadu posuzovat a komparovat odbornou náročnost činností, z nichž se plnění veřejné zakázky sestává, neboť k takovému postupu mu zákon nedává ani oprávnění a žádné takové kritérium ostatně ustanovení § 105 odst. 2 zákona neobsahuje. Úřad je v tomto případě povolán jen k zásahu v případě zjevné nepřiměřenosti vymezení významné činnosti... To, co je z plnění veřejné zakázky pro zadavatele nejvýznamnější, je do jisté míry dáno subjektivní potřebou zadavatele, kterou může prostřednictvím § 105 odst. 2 zákona vyjádřit. Gros veřejné zakázky nemusí být vždy tou nejdobornější činností, která je do veřejné zakázky zahrnuta. Při stanovení významné činnosti jde zpravidla o podstatu veřejné zakázky, o plnění pro zakázku typické, pro které je veřejná zakázka zadávána“* (body 79 a 80 napadeného rozhodnutí).
45. Dle § 105 odst. 2 věta první ZZVZ 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“*. 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“, krajský soud má však za to, že oběma ustanoveními evropský i český normotvůrce sledují obdobný cíl (k různým jazykovým zněním směrnice srov. rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 28. 4. 2022 ve věci C-642/20 *Caruter*). Tím je umožnění přístupu menších a středních podniků na trh s veřejnými zakázkami využíváním kapacit poddodavatelů. Zadavatelé by tak měli omezovat využití poddodavatelů pouze v odůvodněných případech při významných, stěžejích činnostech pro plnění veřejné zakázky (rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 26. 9. 2019, ve věci C-63/18 *Vitali SpA*). Omezení využití poddodavatele by mělo podle Soudního dvora vycházet nikoliv pouze z kvantitativního přístupu, ale z přístupu kvalitativního. Proto by zadavatelé neměli významné činnosti vymezovat např. procentuálně.

46. Byť se judikatura tuzemských správních soudů zabývala aplikací § 105 odst. 2 ZZVZ, k výkladu neurčitého právního pojmu „významné činnosti“ se vyjádřila pouze obecně (viz rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 13. 12. 2022, č. j. 8 A 121/2020-39). V uvedeném rozsudku správní soud však odkázal na rozhodnutí žalovaného ze dne 1. 7. 2019, sp. zn. S0342/2018, v němž žalovaný vyslovil názor, že „[ú]čelem poddodavatelského omezení podle § 105 odst. 2 zákona je získat zvýšenou kontrolu a dohled nad zásadními částmi plnění veřejné zakázky. Významné činnosti lze charakterizovat jako činnosti, které nemůže plnit jakýkoliv dodavatel působící v konkrétním oboru, ale pouze takový, který je vysoce kvalifikovaným odborníkem se speciální kvalifikací, zkušenostmi a schopnostmi“. Je pak na zadavateli, aby tyto činnosti věcně, jasně a konkrétně vymezil s ohledem na specifika konkrétního předmětu plnění.
47. Z citovaného rozhodnutí žalovaného pak vychází i odborný komentář, zmíněný žalobcem: „Požadavek na provádění určitých činností přímo vybraným dodavatelem by se měl vztahovat výhradně na činnosti, které jsou pro plnění veřejné zakázky klíčové. Neměl by se tedy vztahovat na jednoduché dílčí činnosti, které může běžně plnit jakýkoli dodavatel a pro něž není potřeba žádná speciální kvalifikace či zkušenost“ (cit. dle Bartoň, D. § 105. In. Macek, I. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem a judikaturou*. Ostrava: CODEXIS Publishing, 2016), i další odborná literatura (srov. Šebesta, M., Novotný, P., Machurek, T., Dvořák, D. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání*. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 810-819). Autoři Šebesta a kol. mají však za to, že významnou činností nemusí být činnost významná rozsahem v rámci plnění veřejné zakázky, naopak jí může být činnost významná toliko svým dopadem na kvalitu plnění veřejné zakázky apod.
48. V rámci 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.
49. Možnost dodavatele plnit části veřejné zakázky prostřednictvím poddodavatelů obecně nelze zpochybnit. Pokud chce zadavatel toto omezit, musí dle rozhodovací praxe žalovaného i odborné literatury ony *významné činnosti* věcně vymezit ve vztahu k celkovému plnění veřejné zakázky. Proto nelze souhlasit s žalobcem, že by určité rutinní, na relevantní trhu obvyklé činnosti nemohli být činnostmi významnými. I takové činnosti mohou být významné pro plnění veřejné zakázky a zadavatelé je mohou takto vymezit za předpokladu, že svoji volbu řádně odůvodní. To zadavatel v nyní projednávané věci dodržel.
50. Z vyjádření České geologické služby krajskému soudu vyplývá, že geodetické měření je činnost universální a rutinní, spočívající v odečítání hodnot z měřících aparatur. Odborné vyjádření ale zároveň uvádí, že důležitou součástí této činnosti je i správné nastavení měřících aparatur, k čemuž daný zhotovitel potřebuje dlouhodobé a specifické zkušenosti. Žalobce zdůrazňuje rutinu a obvyklost této činnosti, jak ale poznamenal zadavatel, řada prací, bez jejichž provedení není možné dokončit celkový projekt, bude taktéž rutinních a univerzálních. V projednávaném případě má krajský soud za to, že zadavatel pod významné činnosti zahrnul takové práce, o jejichž stěžejním významu pro dokončení předmětu veřejné zakázky nejsou důvodné pochybnosti.

Zadávací podmínka použití radarových snímků TerraSAR X

51. 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. Žalobce má za to, že zadavatel tímto omezil soutěž o veřejnou zakázku, neboť na trhu existuje rovnocenné řešení, a to použití radarových snímků z družice PAZ.
52. Krajský soud konstatuje, že tato žalobní námitka má relevanci, nicméně ji nepovažuje za důvodnou. Jelikož byla jediným hodnotícím kritériem veřejné zakázky nejnižší nabídková cena (odst. 9.1 zadávací dokumentace), krajský soud konstatuje, že nezákonným nastavením zadávací podmínky (použití radarových snímků TerraSAR X) mohl zadavatel snížit šance žalobce na zadání veřejné zakázky. Pokud by žalovaný a předseda ÚOHS nastavení zadávací podmínky nesprávně přezkoumali, mohli zasáhnout veřejná subjektivní práva žalobce na přezkum dle § 250 ZZVZ.
53. Žalovaný 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 před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku (6. 9. 2018). Dále se žalovaný 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]). Žalovaný proto vnesl dotaz adresovaný odborníkům v daném oboru. Všichni dotázaní odborníci potvrdili kompatibilitu snímků v teoretické rovině. Z důvodu krátké doby vypuštění družice PAZ však nebyli odborníci 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. Žalovaný 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 ÚOHS se s tímto závěrem ztotožnil.
54. Žalobce k závěru žalovaného uvedl, že je vyvrácen již tím, že zadavatel o možnosti komerčního využití snímků z družice PAZ prokazatelně věděl již při přípravě zadávacího řízení. Dále je tento závěr nepravdivý, neboť žádný z oslovených odborníků *a priori* nevyloučil kompatibilitu archivních snímků z družice TerraSAR X a snímků z družice PAZ. Naopak, dva z oslovených odborníků s tímto neměli zkušenost, a jeden kompatibilitu potvrdil.
55. Krajský soud argumentaci žalobce nemůže přisvědčit. 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 na jisto, že budou kompatibilní s archivními snímky, které však již u družice PAZ dostupné nebyly. 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 nevyloučil, nelze dle krajského soudu dovodovat, že v době lhůty pro podání nabídek, natož v době přípravy zadávacích podmínek měl zadavatel kompatibilitu předpokládat i po praktické stránce. Žalobce dále účelově pomíjí, že vyjádření Ing. Lezeckého, které potvrdilo kompatibilitu snímků, je 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 ani zohlednit nemohl.
56. Krajský soud proto uzavírá, že zadavatel při stanovení zadávací podmínky, aby dodavatelé pořídili snímky z družice TerraSAR X, nevybočil ze zákonných mantinelů. Ve správním řízení totiž nebylo potvrzeno, že by snímky z družice PAZ byly v době zahájení zadávacího řízení kompatibilními vůči archivním snímkům z družice TerraSAR X. Pozdější odborné závěry, které kompatibilitu snímků potvrdily, totiž zadavatel nemohl při stanovování zadávacích podmínek zohlednit.

V. Závěr a náklady řízení

57. Krajský soud proto uzavírá, že námitky proti procesnímu postupu žalovaného a předsedy ÚOHS, ani námitky proti jimi provedenému věcnému přezkumu postupu zadavatele v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nepovažuje za důvodné, a proto žalobu dle § 78 odst. 7 s. ř. s. jako nedůvodnou zamítl.
58. O náhradě nákladů řízení krajský soud rozhodl podle § 60 odst. 1 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 účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly, protože mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal.
59. O náhradě nákladů osoby zúčastněné na řízení rozhodl krajský soud podle § 60 odst. 5 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. Vzhledem k tomu, že osobě zúčastněné na řízení soud plnění žádné povinnosti neuložil, krajský soud jí náhradu nákladů řízení nepřiznal, neboť jí v souvislosti s plněním povinnosti, uložené soudem, žádné náklady nevznikly, a na náhradu jiných nákladů řízení ze zákona nárok nemá.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku 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.

Brno 28. května 2024

Zuzana Bystřická v.r.
předsedkyně senátu