



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Mariana Kokeše, Ph.D., a JUDr. Faisala Husseiniho, Ph.D., v právní věci

žalobce: **město Třinec**
sídlem Jablunkovská 160, 739 61 Třinec

proti

žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, 602 00 Brno

za účasti osoby

zúčastněné na řízení: **Nehlsen Třinec, s. r. o.**, IČO: 25355996
sídlem Jablunkovská 392, 739 61 Třinec
zastoupená advokátkou Mgr. Urszulou Wojnarovou
sídlem Frýdecká 494, 739 61 Třinec

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 11. 2017, č. j. ÚOHS-R0131/2017/VZ-33346/2017/323/LVa,

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 (coby zadavatel) zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „ZZVZ“) dne 21. 12. 2016 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „*Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince*“ (dále jen „veřejná zakázka“). Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007269. Předmětem plnění veřejné zakázky bylo podle čl. 3. „**PŘEDMĚT ZAKÁZKY**“ zadávací dokumentace „(...) *zajištění údržby a oprav komunikací ve vlastnictví města Třince v souladu s ust. § 5 – 10 vyhlášky č. 104/1997 Sb., kterou se provádí zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů a v rozsahu přílohy č. 1 zadávací dokumentace - Soupis činností běžné a souvislé údržby komunikací a oprav.*“ Žalobce stanovil v bodu II.2.1) „*Celková předpokládaná hodnota*“ oznámení o zahájení zadávacího řízení předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 120 000 000 Kč bez DPH. V čl. 6. „**OBCHODNÍ PODMÍNKY**“ zadávací dokumentace, bodu 6.1 „*Návrh smlouvy*“ v rámci požadavků na obsah nabídky žalobce mj. uvedl: „*Dále musí uchazeč doložit formu a způsob dodržování bezpečnostních předpisů a podrobně popsat kontrolu dodržování bezpečnostních předpisů, přičemž rovněž musí do nabídky doložit doklad (certifikát) o odborné kvalifikaci dodavatele dle systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle OHSAS 18001, jenž je zaveden a používán v organizaci uchazeče nebo certifikátu rovnocenného vydaného v členském státě Evropské unie, certifikát musí být vydán akreditovanou osobou.*“
2. V průběhu tohoto zadávacího řízení žalovaný obdržel dne 12. 6. 2017 návrh osoby zúčastněné na řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterým bylo zahájeno správní řízení, vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0101/2017, a v němž osoba zúčastněná na řízení namítala porušení ZZVZ ze strany žalobce, spočívající v zakotvení požadavku na doložení dokladu o odborné kvalifikaci dodavatele dle systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle OHSAS 18001 (dále rovněž jen „certifikát OHSAS 18001“) v čl. 6 zadávací dokumentace. Osoba zúčastněná na řízení totiž dne 29. 3. 2017 podala svou nabídku k veřejné zakázce, nicméně vzhledem ke skutečnosti, že ve své nabídce neprokázala splnění požadavků zadávací dokumentace v plném rozsahu, byla rozhodnutím žalobce ze dne 13. 4. 2017 vyloučena z další účasti v zadávacím řízení.
3. K podanému návrhu žalovaný vydal dne 7. 8. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0224/2017/VZ-22727/2017/533/TKr, ve kterém konstatoval, že žalobce postupoval při zadávání veřejné zakázky v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 ZZVZ, když do podmínek účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) ZZVZ vymezených v citovaném bodě 6.1 zadávací dokumentace zahrnul požadavek (obchodní podmínku) spočívající v doložení certifikátu OHSAS 18001 nebo certifikátu rovnocenného, ačkoliv tento požadavek odpovídá charakterem kritériu technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. e) ZZVZ, a jedná se tak o podmínku účasti dle § 37 odst. 1 písm. a) ZZVZ (výrok I). Ve výroku II. jako opatření k nápravě tohoto nezákonného postupu žalovaný zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku; ve výroku III. žalobci podle § 263 odst. 8 ZZVZ až do pravomocného skončení správního řízení vedeného žalovaným uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a ve výroku IV. podle § 266 odst. 1 ZZVZ žalobci uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
4. Žalobce proti tomuto rozhodnutí žalovaného podal rozklad, v němž trval na tom, že zadávací podmínky jako celek nebyly diskriminační, neboť byly jako celek známy všem

dodavatelům od počátku zadávacího řízení, a mj. namítal, že v zadávacích podmínkách jednoznačně formuloval, co podřadil pod § 37 odst. 1 písm. c) ZZVZ: obchodní podmínky, které jsou vymezeny ve formě a struktuře návrhu smlouvy.

5. Podaný rozklad nicméně předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda ÚOHS“) v žalobou napadeném rozhodnutí neshledal důvodným, a proto jej zamítl a potvrdil správnost napadeného rozhodnutí žalovaného ze dne 7. 8. 2017. Předseda ÚOHS se zcela ztotožnil se způsobem, jakým žalovaný v daném konkrétním případě posoudil otázku rozporu postupu žalobce při zadávání veřejné zakázky se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 ZZVZ, a to i s ohledem na skutečnost, že plně koresponduje s judikaturou Nejvyššího správního soudu (viz např. rozsudek ze dne 30. 9. 2011, č. j. 5 Afs 78/2010-186, či rozsudek ze dne 30. 8. 2007, č. j. 7 Afs 27/2007-145, dostupné rovněž na www.nssoud.cz), v nichž konstatoval, že nezáleží pouze na tom, jaké požadavky jsou na uchazeče kladeny, ale i na tom, aby byly správně zařazeny do jednotlivých zákonem stanovených částí. Správné zařazení jednotlivých požadavků zadavatele do správných kategorií je klíčové, neboť ovlivňuje postup zadavatele v jednotlivých fázích tak, jak je mu zákonem předepsán.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

6. 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 navrhuje krajskému soudu, aby rozhodnutí předsedy ÚOHS i jemu předcházející rozhodnutí žalovaného zrušil.
7. Žalobce, za použití obdobné argumentace jako ve svém rozkladu proti rozhodnutí žalovaného, namítá nezákonnost rozhodnutí žalovaného i předsedy ÚOHS, neboť jsou založena na nesprávném právním posouzení otázky, že požadavek formulovaný v citovaném bodě 6.1 zadávací dokumentace spočívající v doložení certifikátu OHSAS 18001 představuje obchodní podmínku ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) ZZVZ. Žalobce naopak setrvává na svém stanovisku, že se jedná o požadavek na doložení formy a způsobu řešení realizace, u které žalobce definoval kvalitativní a kvalitativní minimum s ohledem na předmět veřejné zakázky a jeho vliv v průběhu realizace, podřaditelný pod „*zvláštní podmínky*“ ve smyslu § 37 odst. 1 písm. d) ZZVZ. Tento svůj komplexní požadavek pak žalobce náležitě odůvodnil ve svých vyjádřeních. Žalobce současně zdůrazňuje, že shodné námitky vznesl již v podaném rozkladu, nicméně předseda ÚOHS se s nimi dostatečně nevypořádal, čímž zatížil své rozhodnutí vadou nezákonnosti. Nadto má žalobce za to, že uvedený právní názor je založený na nesprávné aplikaci judikатурních závěrů Nejvyššího správního soudu, resp. krajského soudu na nyní projednávanou věc.
8. Tvzení žalovaného, že postupem žalobce byla porušena zásada transparentnosti, se dle žalobce rovněž nezakládá na pravdě a žalovaný své tvrzení ani dostatečně neodůvodnil. Žalobce trvá na tom, že transparentnost procesu zadání veřejné zakázky a hospodárnost soutěže byla zachována, neboť podmínky účasti v zadávacím řízení byly známy všem dodavatelům a účastníkům řízení od počátku a tito si od počátku byli vědomi důsledků jejich nesplnění, zadávací řízení tak bylo od počátku čitelné a každý dodavatel musel vědět, že v případě nedoložení certifikátu OHSAS 18001 nebo certifikace obdobné bude v souladu s § 48 odst. 1 písm. a) ZZVZ vyloučen.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě

9. Žalovaný ve vyjádření k žalobě předně nesouhlasí s názorem žalobce, že by žalobce byl zkrácen na svých právech, že by žalovaný nesprávně věc posoudil a nedostatečně své rozhodnutí odůvodnil, ani s tím, že by byl porušen princip právní jistoty a zásady předvídatelnosti, přičemž podotýká, že žalobce v žalobě v podstatě jen opakuje svou argumentaci použitou již v rámci správního řízení, a všechny námitky žalobce byly tedy *de facto* žalovaným již v rámci prvostupňového a napadeného rozhodnutí vypořádány. Žalovaný nijak nerozporuje, že na premise, že žalobce požadavek na předmětný certifikát podřadil pod obchodní podmínky (ačkoli se jedná o podmínku kvalifikace), se zakládá celé napadené rozhodnutí. Žalovaný však setrvává na názoru, že tato premisa je správná, přičemž se neztotožňuje s názorem žalobce, který se snaží tuto obchodní podmínku kvalifikovat jiným způsobem. Především je dle žalovaného třeba zohlednit, že požadavek na předmětný certifikát byl žalobcem zařazen do dokumentu nazvaného „zadávací dokumentace“ (nikoli „kvalifikační dokumentace“), konkrétně do jeho čl. 6 s názvem „OBCHODNÍ PODMÍNKY“. Snaha žalobce předmětnou podmínku překvalifikovat tak, aby zapadala pod § 37 odst. 1 písm. d) ZZVZ, nemůže dle žalovaného uspět, neboť ani zařazení předmětné podmínky pod § 37 odst. 1 písm. d) ZZVZ není správné, jelikož požadavek na předmětný certifikát je jednoznačně podmínkou kvalifikace. Prostřednictvím certifikátu OHSAS 18001 se totiž dokladuje splnění požadavků na systém managementu BOZP tak, aby organizace mohly řídit svá rizika v oblasti BOZP a zlepšovat svou výkonnost v této oblasti (norma OHSAS specifikuje požadavky na systém managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, které mají dodavatelé umožnit přípravu a zavedení politiky a cílů, které budou brát v úvahu požadavky právních předpisů a informace o rizicích v oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci). Obchodními podmínkami se rozumí takové podmínky, které mají být obsahem smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky a musí mít vztah k předmětu veřejné zakázky, kdy se jedná např. o platební podmínky, dobu plnění veřejné zakázky apod. Pokud by byl názor žalobce správný a požadavek na předmětný certifikát měl být hodnocen jako zvláštní podmínka plnění veřejné zakázky dle § 37 odst. 1 písm. d) ZZVZ, přestože všechny tyto požadavky společně byly uvedeny v čl. 6 „OBCHODNÍ PODMÍNKY“, pak toto dle žalovaného zcela odporuje formálním požadavkům zákona a vede k nepřehledným zadávacím podmínkám a i nepředvídatelnému a netransparentnímu postupu zadavatele.
10. Dle žalovaného je lichá i argumentace žalobce, že nesprávný postup mohl ovlivnit jediné dobu vyloučení uchazečů, a že nikoho nediskriminoval. Nesprávný postup žalobce způsobil, že zadavatel nečinil určité kroky v zákonem předepsaném pořadí, přičemž pro uložení nápravného opatření se v daném případě nevyžadovalo ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, ale chyba v zadávacích podmínkách rovnou předznamenala nutnost zadávacího řízení zrušit, aniž by bylo nutno faktické důsledky této chyby zkoumat. Skutečnost, že navrhovatel byl se zadávacími podmínkami seznámen, nemůže na závěrech učiněných žalovaným rovněž nic změnit.

IV. Posouzení věci soudem

11. Krajský soud, za splnění podmínek dle § 51 odst. 1 s. ř. s. bez nařízení jednání, přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) napadené rozhodnutí předsedy ÚOHS, jakož i rozhodnutí žalovaného, včetně řízení předcházejících jejich vydání, a dospěl k závěru, že žaloba **není důvodná** (§ 78 odst. 7 s. ř. s.).

12. Krajský soud se předně zabýval námitkou žalobce ohledně nepřezkoumatelnosti žalobou napadeného rozhodnutí, neboť se jedná o tak závažnou vadu, že by se jí soud musel zabývat z úřední povinnosti i nad rámec uplatněných žalobních námitek (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 6. 2004, č. j. 5 A 157/2002-35). Je-li totiž správní rozhodnutí nepřezkoumatelné, lze jen stěží uvažovat o jeho přezkumu správním soudem, což ostatně vyplývá již z lingvistické stránky věci, kdy nepřezkoumatelné rozhodnutí prostě nelze věcně přezkoumat. Takové rozhodnutí by bylo nutno zrušit pro nepřezkoumatelnost, která může nastat buď pro nesrozumitelnost (nelze seznat určitý a jednoznačný výrok, jde o výrok s obsahem rozporuplným, nevykonatelným apod.), nebo pro nedostatek důvodů (odůvodnění je v rozporu s výrokem, popř. uvádí jiné důvody než ty, v nichž má mít dle zákona oporu, odůvodnění postrádá rozhodný důvod pro výrok či neobsahuje žádné hodnocení provedených důkazů a závěr z nich učiněný).
13. Žalobce namítanou nepřezkoumatelnost spatřuje zejména v tom, že rozhodnutí žalovaného i předsedy ÚOHS není dostatečně odůvodněno, zejména předseda ÚOHS se dostatečně nevypořádal s jeho námitkami uplatněnými v rozkladu. S touto námitkou se ovšem krajský soud neztotožňuje, neboť k tomu, aby rozhodnutí správního orgánu bylo považováno za přezkoumatelné, je mimo jiné nezbytné, aby z odůvodnění správního rozhodnutí jednoznačně vyplývalo, že se správní orgán posuzovanou věcí zabýval, neopomenul žádné účastníkovy námitky a přihlédl i k námitkám strany druhé. Stejně tak z odůvodnění musí plynout vztah mezi skutkovými zjištěními a úvahami při hodnocení důkazů na straně jedné a právními závěry na straně druhé, přičemž takto formulované právní závěry musí být srozumitelné, vnitřně bezrozporné a nacházející oporu právě ve skutkových zjištěních a provedených důkazech. V opačném případě by se jednalo skutečně o rozhodnutí nepřezkoumatelné, neboť by nedávalo dostatečné záruky vylučující libovůli v rozhodovací činnosti správního orgánu. O takový případ se však u žalobou napadeného rozhodnutí předsedy ÚOHS, ani u rozhodnutí žalovaného nejedná. Z odůvodnění rozhodnutí předsedy ÚOHS je totiž jednoznačně zřejmé a seznatelné, na základě jakých důvodů dospěl k závěru, že námitky žalobce uplatněné v rozkladu jsou nedůvodné a rozhodnutí žalovaného správné, což ostatně ve vyjádření k žalobě podrobně dokládá odkazy na příslušné body odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí. Na rozdíl od žalobce je tak krajský soud toho názoru, že se předseda ÚOHS dostatečně a srozumitelně vypořádal se všemi jím uplatněnými námitkami, a to v míře odpovídající jejich relevanci pro podstatu projednávané věci, a není tak zatíženo vadou nepřezkoumatelnosti. Totéž lze konstatovat i ve vztahu k rozhodnutí žalovaného, na jehož odůvodnění ostatně předseda ÚOHS často odkazoval, neboť i žalovaný zde důkladně a podrobně vymezil, proč postup žalobce považoval za rozporný se ZZVZ. Krajskému soudu jsou nosné důvody, na nichž tato rozhodnutí stojí, zcela jasně patrné. Totéž lze ostatně konstatovat i ve vztahu k žalobci, neboť jím předestřená argumentace v žalobě představuje toliko věcnou polemiku s těmito důvody. Ve skutečnosti, že předseda ÚOHS ani žalovaný námitkám a argumentaci žalobce nepřisvědčili, nelze spatřovat nepřezkoumatelnost napadených rozhodnutí.
14. Podstatu nyní projednávané věci tvoří nesouhlasná polemika žalobce s právním posouzením otázky rozporu jeho postupu při zadávání veřejné zakázky se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 ZZVZ ze strany žalovaného i předsedy ÚOHS, konkrétně spočívajícího v tom, že do podmínek účasti vymezených v citovaném bodě 6.1 zadávací dokumentace zahrnul požadavek - obchodní podmínku spočívající v doložení certifikátu OHSAS 18001 nebo certifikátu rovnocenného, ačkoliv tento požadavek odpovídá charakterem kritériu technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. e) ZZVZ.

Mezi účastníky řízení je spornou především právní kvalifikace žalobcem v čl. 6 „OBCHODNÍ PODMÍNKY“ zadávací dokumentace (v bodu 6.1 „*Návrh smlouvy*“) stanoveného požadavku, coby podmínky účasti v zadávacím řízení, spočívající v doložení certifikátu OHSAS 18001 nebo certifikace obdobné. Zatímco žalobce tvrdí, že tímto požadavkem chtěl po uchazeči navrhovaný popis realizace zakázky, technologických postupů, a procesu kooperace uchazeče s jeho poddodavateli, jehož součástí mělo být také doložení formy a způsob dodržování bezpečnostních předpisů a podrobný popis kontroly dodržování bezpečnostních předpisů, včetně doložení dotčené certifikace, příp. se jednalo o zvláštní podmínku plnění veřejné zakázky dle § 37 odst. 1 písm. d) ZZVZ, žalovaný a následně předseda ÚOHS s tímto hodnocením nesouhlasí, neboť mají za to, že se jedná o kvalifikační podmínku účasti dle § 37 odst. 1 písm. a) ZZVZ

15. Postup žalobce byl žalovaným i předsedou ÚOHS shledán jako rozporný se zásadou transparentnosti, zakotvenou v § 6 odst. 1 ZZVZ, dle něhož „*zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.*“ Judikatura správních soudů, včetně Nejvyššího správního soudu, význam této zásady opakovaně zdůrazňuje, neboť úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. „*Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobu je nečitelnost zadávacího řízení.*“ (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 2. 2012, č. j. 62 Af 50/2011-72). Jak poukázal i předseda ÚOHS v odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí, v mnohých případech tak zásada transparentnosti (nebo jiné zásady) *de facto* konkretizuje jiná zákonná ustanovení, kdy je při jejich aplikaci nutno klást si otázku, jak má být ten který úkon učiněn, aby byla dodržena zásada transparentnosti (a ostatní zásady). K obdobným závěrům ohledně funkce zásady transparentnosti procesu zadávání veřejných zakázek dospívá i odborná (komentářová) literatura, dle níž má zásada transparentnosti dva hlavní aspekty. První aspekt se projevuje zajištěním odpovídajícího stupně zveřejnění, které má zajistit otevření trhu hospodářské soutěži ve prospěch každého potenciálního uchazeče. Druhý aspekt odpovídá povinnosti zajistit provedení kontroly nestrannosti postupů zadavatele v zadávacím řízení. Kromě povinnosti vedení dostatečné dokumentace o výběrovém řízení se tento druhý aspekt projevuje povinností zadavatele dodržovat předem stanovená pravidla postupu. Veškeré kroky zadavatele (pokud mají odpovídat zásadě transparentnosti) by měly být přehledné, výsledovatelné a kontrolovatelné, aby nevzbuzovaly pochybnosti o tom, co bylo pravým důvodem jednotlivých kroků zadavatele (srov. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck 2017, s. 46).
16. Podle § 28 odst. 1 písm. c) ZZVZ se „*kvalifikací rozumí způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku.*“ Podle § 36 odst. 1 ZZVZ „*nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům přímo či nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže*“, přičemž podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel dle § 37 odst. 1 ZZVZ stanovit jako „*a) podmínky kvalifikace, b) technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku, c) obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo d) zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu*

předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.“ Podle § 58 odst. 3 ZZVZ „po uplynutí lhůty pro podání žádostí o účast zadavatel posoudí kvalifikaci účastníků zadávacího řízení, vyloučí z účasti v zadávacím řízení účastníky zadávacího řízení, kteří neprokázali splnění kvalifikace, a nevyloučené účastníky zadávacího řízení vyzve k podání nabídek.“ Žalovaným citovaný § 79 odst. 1 písm. e) ZZVZ stanoví, že „zadavatel může k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat popis technického vybavení, popis opatření dodavatele k zajištění kvality nebo popis zařízení pro výzkum.“

17. Citované ustanovení § 37 ZZVZ je příkladem, kdy zákon ponechává zadavatele prostor k uvážení, jaké a jak podrobné podmínky účasti na veřejné zakázce nastaví. V souladu s výše uvedeným však požadavky k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů musí být přípustné a i samotný důvod jejich vyžadování musí být v souladu se základními zásadami upravenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách, podle kterých je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat nejen zásadu transparentnosti, ale rovněž zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace ve smyslu § 6 odst. 2 ZZVZ. Naplnění těchto zásad směřuje k cíli samotného zákona, a to zajištění rovného konkurenčního prostředí při nakládání s veřejnými prostředky. Jak zdůraznil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 7. 11. 2013, č. j. 7 Afs 44/2013-37, „zásada zákazu diskriminace tak společně s ostatními základními zásadami (transparentnosti, rovného zacházení) prochází skrze celou zákonnou úpravu a nutně se musí odrazit v každém vnějším výstupu zadavatele. Pouhý požadavek na dodržování uvedených zásad by však byl v rámci bezbřehého a ničím neregulovaného procesu prakticky nekontrolovatelný, a tedy neprosaditelný.“
18. Z tohoto důvodu ZZVZ obsahuje kromě základních zásad také soubor relativně podrobných a prostor pro úvahu zadavatele neponechávajících ustanovení, upravujících samotný proces zadávání veřejných zakázek. Vedle toho ZZVZ obsahuje ustanovení poskytující zadavateli možnost klást na dodavatele konkrétní požadavky. S ohledem na individuální povahu každé zakázky je pak zadavateli ponechána velká míra volnosti. Zadavatel může např. v technických podmínkách nebo v kvalifikačních požadavcích stanovit konkrétní požadavky, bez jejichž splnění se dodavatel nemůže o veřejnou zakázku úspěšně ucházet. Jejich stanovením tak přímo ovlivňuje okruh možných dodavatelů. Protože se jedná převážně o ustanovení ponechávající zadavateli prostor pro úvahu, musí být potřeba takového požadavku odůvodnitelná. To znamená, že čím podrobnější a přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím vyšší nároky budou kladeny na jejich odůvodnění. Z tohoto důvodu je zapotřebí k počtu a míře takových požadavků přistupovat striktně v duchu výše uvedených zásad. Jak ostatně odkazuje i žalovaný, proto Nejvyšší správní soud opakovaně zdůraznil, že „v zadávacím řízení není důležité jen to, jaké požadavky jsou na eventuální uchazeče kladeny, ale podstatnou roli hraje i jejich správné zařazení do jednotlivých zákonem stanovených částí. Toto zařazení totiž determinuje následný postup při vyhodnocování splnění jednotlivých požadavků. Zadavatel je při hodnocení kvalifikace vázán kritérii, která uveřejnil v oznámení příslušného zadávacího řízení (§ 39 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách). Stanovené požadavky na konkrétní kvalifikaci a způsob jejího prokázání nemůže později jakkoliv měnit. Takto stanovené požadavky nemůže nepochybně jakkoliv měnit ani Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako orgán dohledu, ať už se to týká samotného požadavku či způsobu prokázání jeho splnění nebo jakékoliv jiné dispozice, např. přearažení z obchodních podmínek do kvalifikačních předpokladů“ (viz citované rozsudky č. j.

7 Afs 27/2007-145; č. j. 5 Afs 78/2010-186, nebo rozsudek ze dne 27. 6. 2013, č. j. 1 Afs 66/2012- 64).

19. Případná diskriminace dodavatelů stanovením kvalifikačních a technických požadavků tak může spočívat v tom, že zadavatel zvolí takový požadavek, který nebude odůvodněný (nebude s požadovaným plněním souviset), nebo který bude nepřiměřený (bude potřeby veřejné zakázky zjevně přesahovat). Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, konstatoval, že *„za skrytou formu nepřípustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Někteří z dodavatelů totiž mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Tím se znemožňuje dosažení cíle zákona o veřejných zakázkách, tedy zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli“*.
20. Krajský soud v nyní projednávané věci přistoupil prizmatem výše rekapitulovaných judikturních závěrů k hodnocení právních závěrů žalovaného i předsedy ÚOHS a dospěl k závěru, že s nimi zcela korespondují, a proto se s nimi také krajský soud ztotožňuje. Koneckonců v citovaném rozsudku č. j. 7 Afs 27/2007-145, na které opakovaně odkazoval i žalovaný v odůvodnění svého rozhodnutí, Nejvyšší správní soud řešil téměř identickou situaci, kdy zadavatel rovněž zařadil požadavek na certifikát OHSAS 18001 mezi obchodní podmínky, přičemž Nejvyšší správní soud konstatoval, že *„postup zadavatele, který chybně zařadil tento požadavek mezi obchodní podmínky, není (...) možné dodatečně legitimizovat tím, že jej orgán dohledu přeradí pod jiné zákonem vymezené kritérium“* (...) *„správní orgán I. stupně tedy pochybil, když se při posouzení této otázky neomezil na konstatování nesprávného postupu zadavatele. Jakékoliv další úvahy o opodstatněnosti tohoto požadavku byly nadbytečné.“* Formulaci tohoto právního názoru předcházela právě úvaha Nejvyššího správního soudu ohledně významu řádné konkretizace požadavků kladených na uchazeče o veřejnou zakázku, *„volba vhodných kritérií pro hodnocení kvalifikace a jejich důsledná aplikace je předpokladem řádného průběhu dalších fází zadávacího řízení, a tím rovněž zajištění hlavního účelu zadávání veřejných zakázek, kterým je efektivní vynakládání veřejných prostředků a zajištění účinné soutěže“*. Uvedené platí v nyní projednávané věci tím spíše, že je dle krajského soudu třeba (shodně s žalovaným) vzít do úvahy skutečnost, že veřejná zakázka byla žalobcem zadávána v užším řízení, které je speciálním případem, kdy zadavatel nemůže využít benevolenci zákona týkající se flexibility při posuzování a hodnocení nabídek (resp. kvalifikace), ale má zákonem jasně předepsáno, že nejdříve musí posuzovat kvalifikaci, a až následně nevyločené uchazeče vyzvat k podání nabídek a jejich nabídky hodnotit. Užší řízení se tak rozpadá na 2 fáze, a sice fázi posuzování kvalifikace a podávání a posuzování nabídek. Pokud tedy do druhé („nabídkové“) fáze užšího řízení postoupí pouze kvalifikovaní uchazeči, pak nelze přerazovat požadavky na kvalifikaci do druhé fáze. Ze zákona vyplývá, že podat nabídku může pouze kvalifikovaný dodavatel. Krajský soud se v tomto ohledu ztotožňuje s názorem předsedy ÚOHS, že zadavatel tím, že jednu z kvalifikačních podmínek zařadil nikoli do kvalifikační dokumentace, ale do zadávací dokumentace, způsobil, že část posuzování nabídek z hlediska, zda splňují podmínky kvalifikace, oddálil, respektive posunul do jiné, pozdější fáze zadávacího řízení, čímž nepochybně způsobil, že se zadávací řízení stalo hůře kontrolovatelným a čitelným,

což ostatně paradoxně stvrzuje i samotný přístup žalobce, který v průběhu správního řízení, resp. v žalobě předkládá vícero alternativ, jak stanovený požadavek vykládat. V tomto ohledu se proto ani nelze ztotožnit s hodnocením žalobce, že je „nade vší pochybnost zřejmé a všem jasné, že žádný požadavek na jakoukoliv certifikaci není obchodní podmínkou“, neboť se jednalo o „nepřesné označení dokumentu zadávací dokumentace“, resp. o „ne úplně přesně definované strukturu“.

21. Pokud žalobce namítá nepoužitelnost těchto judikатурních závěrů na nyní projednávanou věc z důvodu odlišné právní úpravy (zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách), ve vztahu k níž byly formulovány, krajský soud se s tímto argumentem neztotožňuje, neboť jsou analogicky aplikovatelné a přenositelné i na stávající právní úpravu obsaženou v ZZVZ, a to z toho důvodu, jak správně konstatoval již žalovaný v bodu 58 odůvodnění svého rozhodnutí, kde uvedl, že „systemizace těchto právních úprav shodně rozlišují samostatně podmínky kvalifikace (srov. § 37 odst. 1 písm. a) zákona v návaznosti na § 73 a násl. zákona vs. § 50 násl. původního zákona) a samostatně obchodní nebo jiné smluvní podmínky (srov. § 36 odst. 1 písm. c) zákona vs. § 44 odst. 3 původního zákona). Jedná se tak tedy o jiné kategorie požadavků, v čemž se tyto právní úpravy shodují. Právě skutečnost, že všechny tyto právní normy obsahovaly, resp. obsahují různé druhy či okruhy podmínek, které zadavatel na uchazeče může klást, je v tomto případě nosným prvkem.“
22. V neposlední řadě je krajský soud rovněž (ve shodě s žalovaným i předsedou ÚOHS) toho názoru, že žalobcem v pozdějším průběhu správního řízení vyvinutá snaha vykládat předmětný požadavek jako zvláštní podmínku plnění veřejné zakázky dle § 37 odst. 1 písm. d) ZZVZ, nemůže být úspěšná, a to především z toho důvodu, že požadavek na předmětný certifikát OHSAS 18001, jehož prostřednictvím se dokladuje splnění požadavků na systém managementu BOZP tak, aby organizace mohly řídit svá rizika v oblasti BOZP a zlepšovat svou výkonnost v této oblasti (norma OHSAS specifikuje požadavky na systém managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, které mají dodavateli umožnit přípravu a zavedení politiky a cílů, které budou brát v úvahu požadavky právních předpisů a informace o rizicích v oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci), nelze než hodnotit jako podmínku kvalifikace ve smyslu § 37 odst. 1 písm. a) ZZVZ. I tato snaha vzájemně zaměňovat jednotlivé podmínky, vymezené v § 37 odst. 1 ZZVZ, tak jen dokládá nepochopení celé podstaty dané věci a konstatovaného pochybení ze strany žalobce, který svým postupem v zadávacím řízení, kdy všechny požadavky na uchazeče byly souhrnně (bez ohledu na jejich specifický charakter) uvedeny v čl. 6 nazvaného „OBCHODNÍ PODMÍNKY“, v podstatě popírá smysl a účel zakotvení formálních požadavků v ZZVZ majících za cíl srozumitelné, předvídatelné a transparentní stanovení zadávacích podmínek dané veřejné zakázky.

V. Závěr a náklady řízení

23. Krajský soud na základě výše uvedeného proto žalobu dle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl, neboť není důvodná.
24. 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 účastníkovi řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo,

náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly, pročez mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal.

25. Osoba zúčastněná na řízení právo na náhradu nákladů řízení nemá, neboť jí soud neuložil žádnou povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady mohly vzniknout, a k náhradě dalších (jiných) nákladů krajský soud neshledal žádný vážný důvod (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

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 24. září 2019

JUDr. Zuzana Bystřická, v.r.
předsedkyně senátu