



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci

žalobce: **město Žatec**,
sídlem Žatec, náměstí Svobody 1,
zastoupený JUDr. Tomášem Těmínem, Ph.D., advokátem,
Advokátní kancelář Těmín, s.r.o.,
sídlem Praha 2, Karlovo náměstí 28,

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R0164/2016/VZ-44305/2016/321/EDo ze dne 4.11.2016,

t a k t o :

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

Odůvodnění:

1. Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R0164/2016/VZ-44305/2016/321/EDo ze dne 4.11.2016, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0046/2016/VZ-21352/2016/512/LVa ze dne 17.5.2016.

I. Podstata věci

2. Žalobce zadával veřejnou zakázku „Rekonstrukce dopravního terminálu v Žatci“ v užším řízení; oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 16.9.2014 a bylo uveřejněno dne 17.9.2014 pod ev. č. 497269 (ve znění opravy uveřejněné dne 15.12.2014).

3. Žalovaný výrokovou částí I. prvostupňového rozhodnutí rozhodl, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 ZVZ, neboť minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, tj. seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let, vymezil v části 8 kvalifikační dokumentace tak, že požadoval k prokázání tohoto kvalifikačního předpokladu seznam stavebních prací čítající I. minimálně jednu realizaci stavebních prací obdobného charakteru jako je předmět plnění zakázky – jeho část, tj. výstavba jakékoliv pozemní budovy, u které musí uchazeč doložit, že se jednalo o objekt kruhového půdorysu s monolitickým železobetonovým stěnovým konstrukčním systémem založeném na železobetonových pilotách ve finančním objemu realizovaného objektu min. 5 000 000 Kč bez DPH za každou zakázku, a současně II. minimálně jednu realizaci stavebních prací obdobného charakteru jako je předmět plnění zakázky – jeho část, tj. výstavba krytého nástupiště nebo jiné stavební práce obdobného charakteru (např. tribuna), u které musí uchazeč doložit, že stavba byla založena na pilotách a zastřešení bylo minimálně v rozsahu 200 m² u každé zakázky, čímž kombinací určitého půdorysu stavby a určitého typu stavby dohromady s určitým druhem základů nedůvodně spojil požadavky na několik různých stavebních činností do jediné reference, aniž by provázanost těchto činností byla odůvodněna. To podle žalovaného mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Žalobce uzavřel dne 2.2.2015 smlouvu na veřejnou zakázku. Výrokovou částí III. prvostupňového rozhodnutí za to byla žalobci uložena pokuta ve výši 200 000 Kč.

4. Rozklad směřující proti těmto výrokovým částem prvostupňového rozhodnutí byl nyní napadeným rozhodnutím zamítnut a prvostupňové rozhodnutí potvrzeno. Jeho závěry žalobce zpochybňuje podanou žalobou.

II. Shrnutí žaloby a procesního postoje žalovaného

5. Žalobce namítá, že žalovaný se ve svých rozhodnutích nezabýval materiální stránkou správního deliktu; podle žalobce není splněn prvek společenské škodlivosti jeho jednání, existovaly významné okolnosti, které vylučovaly, aby žalobce svým jednáním porušil nebo ohrozil právem chráněný zájem společnosti (zadávacího řízení se nezúčastnili dva „renomovaní“ dodavatelé a naproti tomu jeden „nerenomovaný“ dodavatel se zadávacího řízení účastnil a zadávací podmínky splnil), navíc se na jednání podílel i žalovaný, který nezasáhl včas a neuložil před uzavřením smlouvy nápravné opatření, ačkoli mu v tom nic nebránilo.

6. Dále žalobce namítá, že žalovaný neuvedl, na základě jakých skutečností dospěl k závěru, že nastavení kvalifikačních předpokladů dosáhlo intenzity jasného a excesivního vybočení, aby jím byl porušen § 6 ZVZ.

7. Dále žalobce zpochybňuje znalecký posudek, který se stal podkladem prvostupňového a napadeného rozhodnutí; posudek nezodpověděl otázku, zda kvalifikace byla nastavena natolik excesivně, že pro to nebyl rozumný důvod, navíc žalobce již ve správním řízení namítal, že znalecký posudek je nesprávný a nepoužitelný, avšak žalovaný se jeho námitkami nezabýval. Žalovaný odmítl posudek podrobit prověrce věcné správnosti, nezkoumal věrohodnost teoretických východisek, spolehlivost použitých metod ani způsob vyvození znaleckých závěrů; konkrétní věcné námitky proti posudku žalobce uplatňuje i nyní v žalobě.

8. Konečně žalobce předsedovi žalovaného vytýká, že konkrétně nevypořádal jeho námitky proti uložené pokutě; navíc žalobce i ve vztahu k pokutě opakuje svůj argument ohledně nulové závažnosti jeho jednání a napadá i nesprávné zohlednění přítěžující okolnosti, jež má podle žalovaného spočívat v tom, že byl na nepřiměřené nastavení kvalifikace upozorněn dvěma různými dodavateli (námitkami), přesto je nezměnil, neboť ani sám žalovaný neuložil nápravné opatření.

9. Žalobce tedy ze shora uvedených nosných důvodů, v žalobě podrobně argumentovaných, navrhuje napadené rozhodnutí zrušit. Na tomto procesním postoji setrval v průběhu celého řízení před zdejším soudem, a to i na jednání soudu, které ve věci proběhlo.

10. Žalovaný ve vyjádření k žalobě argumentuje k jednotlivým žalobním námitkám věcně shodně jako v napadeném rozhodnutí; částečně na toto rozhodnutí odkazuje. Podle žalovaného je žaloba nedůvodná a žalovaný navrhuje její zamítnutí. I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před soudem, a to i na jednání soudu, které ve věci proběhlo.

III. Posouzení věci

11. Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68, § 70 s.ř.s.).

12. Namítá-li žalobce, že se žalovaný nezabýval materiální stránkou žalobcova jednání z pohledu spáchání správního deliktu, zdejší soud s ním nesouhlasí. Naplnění znaku společenské škodlivosti žalobcova jednání je jasné patrně z úvahy žalovaného, podle níž přílišná konkretizace požadavků na tzv. reference (§ 56 odst. 3 písm. a/ ZVZ) vede k neodůvodněnému zúžení soutěže o získání zakázky a tím k nepřipustné diskriminaci, přitom právě žalovaným popsaná kombinace požadavků na tzv. reference omezuje okruh dodavatelů nikoli na ty, kteří jsou pro plnění předmětu veřejné zakázky odborně (věcně) způsobilí, nýbrž na ty, kteří už měli možnost v minulosti taková specifická plnění poskytovat; realizace referenční stavby, jak byla žalobcem požadována, podle žalovaného neprokazuje vyšší způsobilost dodavatele, než je způsobilost dodavatelů, kteří neměli možnost takovou stavbu realizovat, avšak realizovali stavby druhově příbuzné a zcela srovnatelné co do náročnosti. To je úvaha nejen srozumitelná, ale též správná. Za objekt správního deliktu žalovaný, podle zdejšího soudu rovněž srozumitelně i správně, označil zájem, aby hospodářská soutěž o veřejnou zakázku byla „co největší“, tedy aby o veřejnou zakázku soutěžil co největší počet dostatečně kvalifikovaných uchazečů, protože jen tak může být zaručeno, že veřejná zakázka bude „vysoutěžena“ pro zadavatele co nejvýhodněji, přitom následkem v nyní posuzované věci podle žalovaného bylo omezení konkurenčního prostředí o veřejnou zakázku mezi dodavateli na trhu.

13. Právě uvedené pojetí nelze ve vztahu k nyní posuzované věci pokládat za nikterak zjednodušující floskuli, jež by byla založena na výlučně formalistickém pohledu. Obecně lze vycházet z toho, že jednání, jehož formální znaky jsou označeny zákonem za správní delikt, naplňuje v běžně se vyskytujících případech materiální znak správního deliktu, neboť porušuje či ohrožuje určitý zájem společnosti; byť jistě nelze vždy dovodit, že k naplnění materiálního znaku skutkové podstaty správního deliktu dochází vždy, když je naplněn formální znak správního deliktu zaviněným jednáním, neboť přidruží-li se k okolnostem jednání, jež naplňují formální znaky skutkové podstaty správního deliktu, takové další významné okolnosti, které vylučují, aby takovým jednáním byl porušen nebo ohrožen právem chráněný zájem společnosti, nedojde k naplnění materiálních znaků správního deliktu, avšak spočívá-li v nyní posuzované věci naplnění formálních znaků správního deliktu v nepřiměřeně přísném nastavení požadavků na kvalifikaci (tu v jejich kombinaci), pak jsou naplněny i materiální znaky správního deliktu. Podle zdejšího soudu si lze v zadávacím řízení stěží představit situaci, v níž by byly vedle formálních znaků správního deliktu lépe splněny i znaky materiální, než při nepřiměřeně přísně nastavených požadavcích na kvalifikaci, jež ve vztahu k dodavatelům způsobilým plnit předmět veřejné zakázky z podstaty věci (ať už z pohledu zadavatele úmyslně či nikoli) působí eliminačně, a

tudíž diskriminačně, neboť vyvolávají neférové (nepřiměřené) omezení okruhu dodavatelů, kteří se mohou o veřejnou zakázku reálně ucházet, přitom smyslem celého ZVZ je dosažení opaku.

14. ZVZ ani jiný použitelný právní předpis nestanoví (a stanovit snad ani nemůže) přesnou hranici přísnosti požadavků na kvalifikaci, jejíž překročení vyvolá naplnění materiálních znaků správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ nedodržením zásady zákazu diskriminace podle § 6 odst. 1 ZVZ, zdejší soud však má za to, že nepřiměřeně přísné nastavení kvalifikace zásadně již ze své podstaty omezení konkurenčního prostředí o veřejnou zakázku mezi dodavateli na trhu vyvolává, přitom žádná okolnost, jež by v nyní posuzované věci tento závěr mohla prolomit, zjištěna nebyla. Rozhodně za takovou okolnost nelze pokládat fakt, že zadávacího řízení se podle žalobce „renomovaní“ dodavatelé vůbec neúčastnili a „nerenomovaný“ dodavatel se zadávacího řízení účastnil a zadávací podmínky splnil; jestliže nastavení kvalifikace působilo objektivně eliminačně, a tudíž diskriminačně, a tedy bylo způsobilé omezit okruh dodavatelů, pak je vedlejší, z jakých bezprostředních pohnutek se část dodavatelů zadávacího řízení nakonec neúčastnila a podle jakých kritérií lze tyto dodavatele vůbec pokládat za „renomované“. K těmto otázkám není třeba vést ani žádné dokazování.

15. Tvrdí-li dále žalobce, že má naplnění materiálních znaků správního deliktu vylučovat skutečnost, že žalovaný, ačkoli mu v tom nic nebránilo, nezasáhl „včas“ tím, že by uložil nápravné opatření ještě před uzavřením smlouvy, ani s touto konstrukcí zdejší soud nesouhlasí.

16. Mezi žalobcem a žalovaným je nesporné, že žalovaný se již dříve tímž zadávacím řízením zabýval v řízení na návrh (sp. zn. ÚOHS-S878/2014/VZ), nesporné je však také to, že toto řízení bylo zastaveno z důvodu zpětvzetí návrhu. Podle zdejšího soudu tedy z ničeho nelze dovozovat, že by žalovaný fakticky odmítl do zadávacího řízení v nyní posuzované věci v minulosti vstoupit nápravným opatřením z toho důvodu, že by postup žalobce při nastavení kvalifikace pokládal (a způsob jejího nastavení) za souladný se ZVZ; k samotnému materiálnímu posouzení postupu žalobce v zadávacím řízení žalovaný nepřikročil, neboť řízení „z procesních důvodů“ zastavoval, přitom ani ze samotného obsahu rozhodnutí o zastavení řízení ze dne 16.12.2014, č.j. ÚOHS-S878/2014/VZ-26540/2014/512/JRa, kterým soud u jednání dokazoval, neplyne – a to ani nepřímou – že by v době, kdy řízení bylo zastavováno, měl žalovaný za to, že žalobce nastavil kvalifikaci v souladu se ZVZ, tj. že návrh, k němuž vedl řízení, by neměl být důvodný. Nelze-li podle dnes již ustálené judikatury žalovanému vytýkat, že při zastavování řízení se materiálním posouzením postupu zadavatele nezabývá (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31.3.2015 ve věci sp. zn. 4 As 249/2014 a na něj navazující judikatura), pak nelze ani dovozovat, že by zastavení řízení na návrh po jeho zpětvzetí bez navazujícího zahájení řízení z moci úřední mělo být pokládáno za nepřímou intimaci souladu postupu zadavatele se ZVZ; navíc zahájení řízení z moci úřední nelze žalovanému nařídit (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29.3.2016 ve věci sp. zn.

5 As 74/2015) a právo na zahájení řízení z moci úřední ani neexistuje (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19.8.2009 ve věci sp. zn. 8 Ans 6/2009 anebo ze dne 7.5.2010 ve věci sp. zn. 5 Ans 5/2009). Nezabýval-li se tedy žalovaný v řízení ve věci sp. zn. ÚOHS-S878/2014/VZ otázkou žalobceva postupu při nastavení kvalifikace věcně (meritorně), nemuselo mu vzniknout důvodné podezření z porušení ZVZ, a tedy řízení z moci úřední pro podezření z porušení ZVZ zahajovat nemusel, přitom nezahájil-li je, nelze to považovat za souhlas s postupem žalobce.

17. Jestliže tedy žalovaný řízení ve věci sp. zn. ÚOHS-S878/2014/VZ zastavil pro zpětvzetí návrhu a žádné navazující řízení z moci úřední nezahájil, nelze to pokládat za „tiché odsouhlasení“ postupu žalobce ani za „podíl na dokonání“ správního deliktu žalobce; ani v tomto směru tedy naplnění materiálních znaků správního deliktu není vyloučeno.

18. Pokud jde o samotné věcné posouzení nastavení kvalifikace v nyní posuzované věci, pak žalobce jednak zpochybňuje závěry žalovaného plynoucí ze znaleckého posudku, nadto v napadeném rozhodnutí postrádá úvahy v tom směru, že nastavení kvalifikačních předpokladů dosáhlo intenzity jasného a excesivního vybočení, aby jím vůbec mohl být porušen § 6 ZVZ. Ani v jednom z uvedených ohledů zdejší soud žalobci zapravdu nedává.

19. Ohledně požadavků žalobce na doložení tzv. referencí z napadeného a jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí srozumitelně plyne, že se žalovaný zabýval technickým kvalifikačním předpokladem podle § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, konkrétně požadavkem žalobce na doložení tzv. reference – prokázání realizace minimálně jedné stavební práce týkající se výstavby objektu kruhového půdorysu s monolitickým železobetonovým stěnovým konstrukčním systémem založeném na železobetonových pilotách ve finančním objemu realizovaného objektu min. 5 000 000 Kč bez DPH a současně minimálně jedné stavební práce týkající se výstavby krytého nástupiště nebo jiné stavební práce obdobného charakteru (např. tribuna), která byla založená na pilotách, a to v kombinaci. Rovněž je z napadeného a jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí srozumitelně podáváno, že tuto kombinaci určitého půdorysu stavby a určitého typu stavby s určitým druhem základů coby součást jediné tzv. reference žalovaný považoval za požadavek věcně neodůvodněný, který působil diskriminačně, a tedy porušoval § 6 ZVZ, který mimo jiné ukládá zadavatelům (a tedy v nyní posuzované věci žalobci) dodržovat zásadu zákazu diskriminace.

20. Porušení § 6 ZVZ bylo tedy založeno na srozumitelné úvaze, podle které takto nastavená tzv. reference (v rámci technické kvalifikace) nedůvodně spojuje požadavky na několik různých stavebních činností do reference jediné, přičemž potřeba provázanosti těchto činností se neprokázala jako logicky potřebná. Tím je tedy podle zdejšího soudu „vybočení“, jak jeho neodůvodnění žalobce napadá, ze strany žalovaného jasně podáváno.

21. Navazující otázkou je, zda tento závěr má oporu ve skutkových zjištěních žalovaného. Žalovaný pro zdejší soud srozumitelně vyšel z toho, že k posouzení potřebnosti (nezbytnosti) uvedené kombinace požadavků, jež měly být splněny v rámci jedné tzv. reference, je třeba zvláštních odborných znalostí, jimiž žalovaný nedisponuje, a proto ustanovil znalecký ústav – Vysoké učení technické v Brně, fakultu stavební. Ke kombinaci požadavku na doložení stavební práce týkající se výstavby objektu kruhového půdorysu s monolitickým železobetonovým stěnovým konstrukčním systémem založeném na železobetonových pilotách a současně stavební práce týkající se výstavby krytého nástupiště nebo jiné stavební práce obdobného charakteru, která byla založená na pilotách, žalovaný položil otázku, zda platí, že je-li určitá stavba (typu kryté nástupiště dopravního terminálu) založena na železobetonových pilotách, je nezbytné tento způsob provedení základů při provádění navazujících nadzemních stavebních prací nad těmito základy zohlednit nebo při provádění navazujících nadzemních stavebních prací postupovat jinak, než kdyby tato stavba vznikala na základech zhotovených jinou technologií. Dále se dotázal, zda v případě, že tyto rozdíly ve stavebně technických postupech u navazujících nadzemních stavebních prací mohou vznikat, je lze je hodnotit jako významné a zda jsou pro zhotovení stavby typu krytého nástupiště dopravního terminálu založeného na železobetonových pilotách nutné nějaké další schopnosti a znalosti než u zhotovení stavby typu krytého nástupiště založeného na základech zhotovených jinou technologií. Ke kombinaci téhož požadavku žalovaný položil otázku, zda platí, že výstavba objektu kruhového tvaru založeného na železobetonových pilotách je natolik konstrukčně odlišná od výstavby objektů jiných tvarů založených na železobetonových pilotách, že se dá říci, že je k těmto činnostem nutné použití rozdílné technologie a rozdílných pracovních postupů, a zda jsou osoby s prokazatelnými schopnostmi a zkušenostmi pro stavby běžných (nekruhových) objektů založených na železobetonových pilotách běžně považovány za osoby schopné zhotovit i objekt kruhového tvaru založený na železobetonových pilotách.

22. Takto položené otázky jsou otázkami odbornými, jež podle zdejšího soudu správně nikterak neinstruuji znalce k zodpovězení otázek právních, popř. k učinění závěrů směrem k případnému pochybení žalobce (či dokonce k samotnému porušení ZVZ), přitom směřují k získání věcného odborného podkladu k navazujícímu posouzení nezbytnosti provázání jednotlivých požadavků v rámci téže tzv. reference.

23. Ze samotného znaleckého odborného posouzení k tomu vyplynulo, že pro zhotovení nadzemní části stavebního objektu typu krytého nástupiště dopravního terminálu založeného na železobetonových pilotách nejsou kromě uvedeného rozdílu v provedení pilot a základového pasu zapotřebí žádné další schopnosti nebo znalosti, tyto nadzemní části se budou realizovat dle standartních technologických postupů, které tak definují patřičnou stavební připravenost; svislé nosné konstrukce navazují na železobetonové monolitické základové pasy, tedy postup provádění stěn hrubé vrchní stavby není založením na železobetonových pilotách nijak ovlivněn. Stavební připraveností je v tomto případě dokončená roznášecí konstrukce – tedy železobetonové monolitické základové pasy, nikoli to, co je pod nimi. Podle znaleckého odborného posouzení osoby s

prokazatelnými schopnostmi a zkušenostmi pro stavby běžných nekruhových objektů založených na železobetonových pilotách mohou být bez potíží považovány za osoby schopné zhotovit i objekt kruhového tvaru založený na železobetonových pilotách. Tím bylo na zadání (otázky žalovaného) věcně reagováno, znalecké závěry jsou přitom podle zdejšího soudu kompletní a srozumitelnou odpovědí na zadání (otázky žalovaného).

24. Z toho pak již sám žalovaný (v rámci právního posouzení postupu žalobce) dovodil nedůvodnost (neopodstatněnost) požadavku žalobce na tzv. referenci stavbou kruhového půdorysu a stavbou obdobného typu jako realizovaná stavba založenou na železobetonových pilotách. Jestliže tedy žalovaný shora uvedenou kombinaci požadavků v rámci jedné tzv. reference posoudil tak, že nedůvodně spojuje požadavky na několik různých stavebních činností do reference jediné, přičemž potřeba provázanosti těchto činností se neprokázala jako logicky potřebná, pak srozumitelně zdůvodnil, na základě jakých skutečností dospěl k závěru, že kvalifikace byla nastavena přísně, a srozumitelně též navázal úvahou, že jde o nastavení diskriminační, porušující § 6 ZVZ.

25. Je-li v žalobě namítáno, že posudek nesprávně nezodpověděl otázku, zda kvalifikace byla nastavena natolik excesivně, že pro to nebyl rozumný důvod, pak zdejší soud žalobci zapravdu nedává. Objektivní nedůvodnost (neopodstatněnost) požadavku žalobce, jež znamená, že jde o požadavek nepřiměřeně přísný, odporující zásadě zákazu diskriminace, dovodil správně již sám žalovaný, nikoli znalec; excesivita (její míra) je již součástí právního hodnocení, přičemž vstupem zahrnujícím skutková zjištění pro toto hodnocení je odborný závěr, podle něhož pro zhotovení nadzemní části té stavby založené na železobetonových pilotách, která byla konkrétně předmětem plnění veřejné zakázky v nyní posuzované věci, nejsou zapotřebí žádné další schopnosti nebo znalosti, tj. že nadzemní části stavby se realizují dle běžných technologických postupů bez ohledu na provedení pilot a základového pasu. Excesivitu (její míru) tedy nemohl posuzovat sám znalec, nýbrž žalovaný až v rámci právního hodnocení, a dovodil-li žalovaný, že neodůvodněné spojení požadavků na několik různých stavebních činností do reference jediné za situace, kdy potřeba provázanosti těchto činností se neprokázala jako logicky potřebná, působí na dodavatele, kteří by jinak byli způsobilí předmět veřejné zakázky splnit, eliminačně, a tudíž diskriminačně, přezkoumatelně a navíc i věcně správně tím dovodil natolik dostatečnou míru excesivity nastavení kvalifikace, jež porušení § 6 ZVZ vyvolává.

26. Lze předpokládat, že odborné závěry obsažené ve znaleckém odborném posouzení žalobci nekonvenují, nicméně ten v žalobě, namítá-li „nesprávnost“ a „nepoužitelnost“ znaleckého posudku (a fakticky též zpochybňuje dostatečnou znaleckou odbornost), své nesouhlasné komentáře a výtky o žádné obdobné odborné posouzení neopírá (neučinil tak ani v řízení před žalovaným, ani nyní v řízení před zdejším soudem), jde v zásadě pouze o obecné polemické konstatování, z něhož vyplývá, že podle žalobce to, co znalec uvedl, není pravda (a že žalobce proto mimo jiné pochybuje o odbornosti znalce). Žalobce tedy především nepřinesl žádný odborný podklad pro své polemické argumenty v tom směru,

že „znalec nemůže tvrdit, že je jedno, co se nachází v základech“, že „zakřivené konstrukce jsou spíše raritou“ nebo že „kruhová stavba vyvíjí zcela odlišné síly na základy, na nichž je postavena“, přitom nic z toho nelze mít za zpochybné „již laickým pohledem“, jak se žalobce snažil zdejší soud přesvědčit. Žalovaný měl tedy k dispozici obsah znaleckého posudku (coby posouzení odborné) a proti němu nesouhlasná vyjádření žalobce (jeho zástupce), jež jsou z nosné části pouhou negací znaleckých závěrů a žádné dostatečně odborné zpochybnění závěrů znalce nepřinášejí. Pak tedy nebylo důvodu pro zadání žalobcem požadovaného revizního znaleckého posudku. Ten by přicházel v úvahu v případě, že by proti sobě stála dvě protichůdná znalecká odborná posouzení, nebo v případě, že by původní znalecké odborné posouzení bylo jinak relevantně zpochybněno; ani jedna z těchto situací nenastala.

27. Žalobce rovněž proti znaleckému odbornému posouzení uplatňuje námitky, které však na závěry v něm obsažené nemíří. Jestliže žalobce konkrétně již ve správním řízení tvrdil, že odpověď znalce na první otázku je vnitřně rozporná, jelikož znalec na jedné straně uznává, že existují dva zcela odlišné druhy základů (piloty x železobetonové pasy) používané v závislosti na geologických poměrech, ale naproti tomu uvádí, že je pak v podstatě lhostejné, jaká stavba na těchto základech bude postavena, přitom žalobce argumentoval tak, že stavitel musí zvolit základy odpovídající geologickému podloží stavby, neboť jsou-li základové konstrukce nesprávně či nedostatečně zhotoveny, stavba stojící na těchto základech je nekvalitní, což odůvodňuje požadavek na zkušenost se založením základů na pilotech, ve skutečnosti znalecké závěry nezpochybňoval, neboť znalecký posudek z opaku nevycházel ani k opaku nedospíval. Znalecké odborné posouzení se týkalo otázky, zda konkrétní založení základů ovlivňuje technologii nadzemní části stavby, neboť žalobce nepožadoval zkušenosti pouze se zakládáním pilot, jak by odpovídalo jeho pozdější zpochybnující argumentaci, nýbrž zkušenosti s realizací stavby kruhového nástupiště na pilotách (či stavbou obdobného typu). Tvrzení žalobce, že existuje rozdíl mezi jednotlivými druhy základů, také není s odborným posouzením v rozporu (závěr znalce, že druhy základů technologicky neovlivňují realizaci stavby nad zemí, není ze strany žalobce jakkoli odborně věcně zpochybněno). Tvrzení žalobce ohledně oprávněnosti požadavku na zkušenost se založením základů na pilotách nekoresponduje s jím uplatněným požadavkem na kombinace této zkušenosti s konkrétním provedením nadzemní stavby. Tvrzení žalobce ohledně výjimečnosti zakřivených konstrukcí rovněž nemíří na znalecké závěry, neboť znalecké posouzení se týkalo otázky, zda výstavba objektu kruhového tvaru založeného na železobetonových pilotách je natolik konstrukčně odlišná od výstavby objektů jiných tvarů založených na železobetonových pilotách, že by to odůvodňovalo nutnost použití rozdílné technologie a rozdílných pracovních postupů.

28. Pokud jde o přístup žalovaného k výsledkům znaleckého posouzení, ani tu zdejší soud nehodlá žalovanému cokoli vytýkat. Vcelku správně žalovaný vyšel z toho, že mu v případě hodnocení znaleckých závěrů nesvědčí pozice odborného arbitra, který by hodnotil, zda je znalecký posudek „správný“, nýbrž že musí hledět na to, zda se mu posudek jeví jako přesvědčivý a ve vztahu k zadání úplný. Z těchto důvodů, pro které zdejší soud nepokládá za potřebné doplnění znaleckých závěrů či revizní posouzení, to odmítl i

žalovaný; podle zdejšího soudu tedy s ohledem na způsob, jakým žalobce znalecké závěry odmítal ve správním řízení (a odmítá i nyní v řízení před soudem), tak učinil správně, neboť odbornost a věrohodnost žalovaným opatřeného posudku podle zdejšího soudu reálně zpochybněna nebyla.

29. Z obsahu správního spisu tedy plyne, že žalovaný procesně správně položil znalci otázky, jejichž zodpovězení se stalo dostatečným skutkovým podkladem pro závěr, že žalobcův požadavek na tzv. referenci stavbou kruhového půdorysu a stavbou obdobného typu jako stavba založená na železobetonových pilotách je nedůvodným spojením požadavků na různé stavební činnosti, přičemž potřeba provázanosti se neukázala jako objektivně potřebná. Žalovaný poté srozumitelně vysvětlil, co jej vedlo k právnímu závěru o nepřiměřenosti požadované tzv. reference; ta plyne z kombinace zadavatelových požadavků. Žalovaný také podal srozumitelnou úvahu, proč tato nepřiměřenost porušuje § 6 ZVZ, konkrétně zásadu zákazu diskriminace; zdejší soud souhlasí se závěrem, že nepřiměřeně přísné požadavky na referenční stavby vedou k neodůvodněnému zúžení soutěže o zakázku.

30. Pokud jde o uloženou pokutu, žalovaný podle zdejšího soudu především přezkoumatelně posoudil způsob spáchání správního deliktu, když toto posouzení vystavěl na úvaze ohledně objektu správního deliktu, jímž je zájem, aby hospodářská soutěž o veřejnou zakázku byla „co největší“, tedy aby o veřejnou zakázku soutěžil co největší počet dodavatelů, a dovedl omezení hospodářské soutěže o získání veřejné zakázky. Těmto úvahám žalovaného nelze nic vytknout ani po stránce věcné.

31. Tvrzení žalobce ohledně nulové závažnosti jeho jednání, jež uplatňuje nejen proti samotnému dovození správního deliktu, nýbrž i proti samotnému potrestání, zdejší soud nepřisvědčuje z týchž důvodů, pro které shora neshledal žalobu důvodnou v otázce samotného naplnění materiálních znaků správního deliktu. Žalobci zdejší soud nedává zapravdu ani v tom, že žalovaný nesprávně zohlednil přitěžující okolnost, jež měla spočívat v tom, že na nepřiměřené (a tedy nezákonné) nastavení kvalifikace v otázce tzv. reference byl během zadávacího řízení upozorněn v rámci námitek dvou dodavatelů; již shora zdejší soud dovedl, že nezabýval-li se žalovaný v řízení ve věci sp. zn. ÚOHS-S878/2014/VZ otázkou žalobcova postupu při nastavení kvalifikace věcně, neboť řízení z procesních důvodů zastavoval (pro zpětvzetí návrhu), nemuselo mu vzniknout důvodné podezření z porušení ZVZ, a tedy řízení z moci úřední pro podezření z porušení ZVZ zahajovat nemusel, a proto absence zásahu v podobě uložení nápravného opatření ze strany žalovaného v řízení ve věci sp. zn. ÚOHS-S878/2014/VZ neznamená, že by na námitky dodavatelů směřující k nepřiměřenosti nastavení kvalifikace v otázce tzv. reference mělo být hleděno jako na „neexistující“.

32. Ani z celkového pohledu zdejší soud na uloženou pokutu ve výši 200 000 Kč nehledí jako na nepřiměřenou. Podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ mohl žalovaný žalobci uložit

pokutu až do výše 10 % z ceny veřejné zakázky; horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) činila necelých 5 milionů Kč (4 995 579,65 Kč) a pokuta byla uložena ve výši 0,4 % z ceny veřejné zakázky (4 % z možné horní hranice výše pokuty). Jestliže předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že jde o pokutu působící spíše preventivně než represivně, zdejší soud s ním souhlasí. Takto uložená pokuta přitom s ohledem na hospodaření žalobce v řádech stovek milionů Kč nemůže vyvolávat žádné pochyby ani v tom směru, že by se jednalo o pokutu likvidační. Ani ve vztahu k uložené pokutě tedy zdejší soud se žalobcem nesouhlasí.

33. Tím jsou žalobní body vyčerpány.

34. Aniž by zdejší soud pokládal za potřebné jednotlivé dílčí závěry žalovaného obsažené v napadeném a jemu předcházejícím prvostupňovém rozhodnutí citovat či je parafrázovat, uzavírá, že ze shora uvedených důvodů na věc nahlíží v nosných ohledech zcela shodně jako žalovaný v napadeném a jemu předcházejícím rozhodnutí; závěry žalovaného jsou podle zdejšího soudu opřeny o odpovídající skutkový podklad a tyto závěry nevykazují žádnou chybu v hodnocení skutkového podkladu. Žádný ze žalobních bodů, jak byly v žalobě uplatněny, zdejší soud nepokládá za důvodný a nad jejich rámec nelze ve vztahu k napadenému rozhodnutí dovodit ani žádný nedostatek, který by vyvolával vadu, k níž by musel zdejší soud přihlédnout z úřední povinnosti. Proto zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

IV. Náklady řízení

35. Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, proto právo na náhradu nákladů řízení nemá. Úspěšný byl žalovaný, tomu však podle obsahu správního spisu nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti a náhradu žádných nákladů řízení ani nepožadoval, a proto bylo rozhodnuto, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den

lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

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 7. června 2018

David Raus, v.r.
předseda senátu