



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Faisala Husseiniho, Ph.D., a Mgr. Petra Pospíšila v právní věci žalobce: **obec Butoves**, se sídlem Butoves 47, Butoves, zast. Mgr. Zdeňkem Tomášem, advokátem se sídlem třída Míru 92, Pardubice, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 6. 2015, č. j. ÚOHS-R196/2014/VZ-14127/2015/322/IJu,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 6. 2015, č. j. ÚOHS-R196/2014/VZ-14127/2015/322/IJu, **se ruší a věc se vrací** k dalšímu řízení žalovanému.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení částku 15 689,66 Kč, a to k rukám jeho advokáta Mgr. Zdeňka Tomáše do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Žalobce napadá rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda Úřadu“) ze dne 12. 6. 2015, č. j. ÚOHS-R196/2014/VZ-14127/2015/322/IJu, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro

ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 5. 2014, č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-11146/2014/524/MKd.

[2] Uvedeným rozhodnutím žalovaný přitom rozhodl jednotlivými výroky tak, že:

I. Zadavatel (žalobce) se při zadávání veřejné zakázky „Kanalizace a ČOV- Butoves“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 5. 4. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 8. 4. 2013, pod ev. č. 346212, ve znění opravy uveřejněné dne 18. 4. 2013 (dále také jen „předmětná veřejná zakázka“), dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) tím, že v rozporu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách stanovil v rámci kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách minimální rozsah stavebních prací u jednotlivých položek v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem tak, že požadoval každou referenční zakázku (v počtu celkem 10) v hodnotě minimálně 16 000 000, což je přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž fakticky zákonem přípustný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky překročil, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 25. 10. 2013 se společností Stavoka Kosice, a.s. (dále jen „Stavoka Kosice“) smlouvu na veřejnou zakázku.

II. Zadavatel (žalobce) se při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že při posuzování technických kvalifikačních předpokladů v rozporu se zásadou rovného zacházení zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách po dvou zájemcích požadoval písemné objasnění předložených informací či dokladů podle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a ostatní zájemce, kteří nesplnili kvalifikaci v obdobném rozsahu, bez možnosti písemného objasnění vyloučil z další účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 25. 10. 2013 se společností Stavoka Kosice smlouvu na veřejnou zakázku.

III. Za spáchání uvedených správních deliktů žalovaný žalobci uložil podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pokutu ve výši 50 000 Kč, splatnou do dvou měsíců ode dne bytí právní moci rozhodnutí žalovaného.

[3] Proti rozhodnutí předsedy Úřadu podal žalobce obsáhlou žalobu doručenou Krajskému soudu v Brně dne 12. 8. 2015, v níž nesouhlasil se závěry, že se v popisované věci dopustil spáchání shora vymezených správních deliktů.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

[4] Žalobce v žalobě navrhl zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu i jemu předcházejícího rozhodnutí žalovaného. Žalobce nejdříve shrnul dosavadní průběh správního řízení. Poté se věnoval svému postupu v rámci zadávacího řízení a vyjádřil názor, že jak stanovením požadovaného rozsahu stavebních prací u každé jednotlivé položky (referenční zakázky) v seznamu prací provedených uchazeči o veřejnou zakázku ve výši 50 % předpokládané

hodnoty veřejné zakázky, tak stanovením minimálního počtu požadovaných referenčních zakázek dostál požadavkům dle § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách.

[5] Žalobce uvedl, že § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách požaduje po zadavateli, aby vymezili minimální úroveň kvalifikačních předpokladů, kdy v případě stavebních prací nesmí požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem překračovat 50 % předpokládané hodnoty zadávané veřejné zakázky. Postup, který žalobce zvolil (stanovení, že každá referenční zakázka musí dosahovat hodnoty minimálně 16 000 000 Kč, což je 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky), je v souladu s cílem příslušné právní úpravy, kterým je snaha zákonodárce eliminovat skryté diskriminování uchazečů stanovením nepřiměřených požadavků na kvalifikaci, jakož i judikaturou Nejvyššího správního soudu, dřívější rozhodovací činnosti žalovaného i smyslem zákona č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 55/2012“), kterým byl novelizován mj. i § 56 odst. 3 písm. c) zákona o veřejných zakázkách. Přesto žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí nesprávně dovodil následující: Ze znění uvedeného požadavku stanoveného v kvalifikační dokumentaci se zprvu může jevit finanční hodnota požadovaných jednotlivých významných stavebních prací jako odpovídající znění ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, neboť 16 000 000 Kč bez DPH představuje přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Jestliže však dle žalovaného zadavatel doplnil svůj požadavek na hodnotu jednotlivých referenčních zakázek o příslovce „minimálně“, fakticky tím překročil zákonem povolený limit. Při matematickém pohledu je totiž dle žalovaného zřejmé, že dodavatel, který chce obstát ve splnění kvalifikace z hlediska požadovaných jednotlivých referenčních zakázek minimálně ve výši 16 000 000 Kč bez DPH, musí předložit seznam významných staveb, jejichž hodnota byla přesně 16 000 000 Kč bez DPH nebo více než 16 000 000 Kč bez DPH. Je podle žalovaného nepochybné, že požadavek na hodnotu předkládané reference ve výši více než 16 000 000 Kč bez DPH hranici 50 % stanovenou ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) zákona překračuje. Tento nesprávný závěr nenapravil ani předseda Úřadu, který ve svém rozhodnutí uvedl, že hodnota referenční zakázky ve výši 16 milionů Kč je přesně 50 % hodnoty veřejné zakázky, tudíž takto stanovený požadavek je formálně vyhovující znění zákona, avšak rozporný s účelem § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách. Dle předsedy Úřadu je totiž nutné vycházet z účelu a smyslu zákona, tedy že kvalifikovaným je takový dodavatel, který má zkušenosti s realizací zakázek finančně polovičního rozsahu ve vztahu k předmětu zadávané veřejné zakázky na stavební práce; přidáním slova „minimálně“ zadavatel umožnil účast pouze těm dodavatelům, jejichž zkušenosti jsou reálně větší, než je polovina předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

[6] Podle žalobce však výklad podaný žalovaným a předsedou Úřadu prokazatelně není v souladu se zněním § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, neboť ten stanoví zcela přesnou hranici omezující požadavky zadavatele tak, že požadavek zadavatele na rozsah referenční stavby nesmí, slovy zákona o veřejných zakázkách, překračovat 50 % předpokládané hodnoty zadávané veřejné zakázky. Žalobce tím, že dle mezi vytyčených zákonem o veřejných zakázkách stanovil minimální úroveň tak, že nepřekračovala 50 % hranici předpokládané hodnoty zadávané veřejné zakázky, plně dostál své povinnosti stanovené v § 56 odst. 5 písm. c) věty druhé zákona a o veřejných zakázkách. Přitom

základním principem vymezení minimálních požadavků na kvalifikační předpoklady (tedy i na referenční stavební práce) je, že od vymezené minimální hranice (číselně vyjádřitelné hodnoty – např. 16 000 000 Kč) bude zadavatel akceptovat předložené referenční stavby, které reálně vždy tuto minimální hranici překročí (s výjimkou velmi nepravděpodobných případů, kdy dodavatelé realizovali referenční stavby v „na korunu stejné hodnotě“ jako je minimální hodnota vymezená/požadovaná zadavatelem).

[7] V rámci tohoto žalobního bodu žalobce klade otázku, v jaké procentuální hodnotě ve vztahu k předpokládané hodnotě zadávané veřejné zakázky by byl požadavek na minimální hodnotu referenčních staveb v intencích výkladu ÚOHS již akceptovatelný. Ptá se, zda je to 48 % nebo 47 % či ještě méně a dále se dotazuje, zda zamýšlel žalovaný (resp. předseda Úřadu) svým výkladem říci, že zákon o veřejných zakázkách umožňuje stanovit limitní hodnotu předkládaných referenčních staveb, tedy, že jejich hodnota nesmí být vyšší než 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Dle žalobce nelze ani při největší snaze vyložit dotčené ustanovení způsobem, aby bylo možné odpovědět na poslední otázku kladně, a to zejména s ohledem na absurditu tohoto závěru: zadavatel by totiž omezil všechny dodavatele, jejichž referenční stavby splňují minimální úroveň kvalifikačního předpokladu, ale zároveň překračují 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

[8] K druhému vytýkanému správnímu deliktu, tedy postupu při posuzování technických kvalifikačních předpokladů dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, žalobce uvedl, že i zde jsou závěry žalobou napadených rozhodnutí nesprávné. Dle čl. 5.7 písm. d) kvalifikační dokumentace žalobce požadoval od uchazečů předložení „plánu postupu výstavby“ vypracovaného dle závazných bodů uvedených v příloze č. 8 kvalifikační dokumentace. Žalobce obdržel celkem osm žádostí, provedl řádné posouzení splnění kvalifikačních předpokladů, a to včetně posouzení splnění technického kvalifikačního předpokladu uvedeného v čl. 5.7 písm. d) kvalifikační dokumentace. Tři žádosti byly posouzeny jako zcela řádné a úplné, dvě jako ne zcela úplné, kdy bylo pouze v rozsahu nejasností či nesrovnalostí obsahu doložených dokumentů možné požadovat doplnění či vysvětlení žádosti o účast ve smyslu § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách (tito uchazeči byli požádáni o doplnění a vysvětlení svých žádostí o účast); v rámci tří žádostí o účast pak bylo posouzeno splnění technického kvalifikačního předpokladu čl. 5.7 písm. d) kvalifikační dokumentace jako zcela neúplné či zcela chybějící, a to v takovém rozsahu, že by nebylo možné ani požadovat doplnění či vysvětlení žádosti o účast ve smyslu § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách v této části splnění technických kvalifikačních předpokladů.

[9] Žalobce podrobně uvedl, jaké byly rozdíly v předložených dokumentech od jednotlivých uchazečů, kdy jejich situace nebyla srovnatelná. U dvou bylo možné požádat o doplnění a vysvětlení žádostí o účast, v případě tří posledně uvedených však nedostatky byly takové, že k zaslání žádosti dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách nebyl prostor. Je tak nesprávný názor žalovaného (posvěcený předsedou Úřadu), dle něhož pokud zadavatel u jednoho dodavatele, jehož doklady prokazující kvalifikaci vykazují vady, které lze zhojit postupem podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona, této možnosti využije a požádá tohoto dodavatele o vysvětlení či objasnění dokladů, musí stejným způsobem postupovat i ve vztahu ke všem ostatním dodavatelům v obdobném postavení bez rozdílu; stejně tak, pokud u jednoho dodavatele tohoto institutu nevyužije, nemůže jej aplikovat ani ve vztahu k ostatním dodavatelům.

[10] Žalobce naopak zastává názor, že u tří uchazečů, na které nesměřovala žádost dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, došlo k absenci doložení požadovaného kvalifikačního předpokladu dle čl. 5.7 kvalifikační dokumentace v plném rozsahu a zadavatel, tj. žalobce, prostřednictvím hodnotící komise, měl právo takové žádosti o účast posoudit jako neúplné a nenaplnující požadavky zadávacích, resp. kvalifikačních, podmínek. Žalobce, se domnívá, že není jeho zákonnou povinností suplovat neschopnost či nezodpovědnost zájemců v rámci předkládání žádostí o účast, kdy zcela zřejmě zájemci neměli absolutně vůli naplnit požadavky zadavatele na technický kvalifikační předpoklad dle čl. 5.7 kvalifikační dokumentace, či neměli ani zájem vypracovat kýžený kvalifikační předpoklad dle zcela jasných, pečlivých a srozumitelných pokynů. Ti z uchazečů, kteří vůbec nenaplnili požadované kvalifikační předpoklady, byli vyloučeni ihned po posouzení kvalifikace a ti, co splnili částečně a bylo nezbytné vysvětlit či doplnit některá z tvrzení v doložené kvalifikaci, dostali zcela legitimní a řádnou možnost taková vysvětlení či doplnění zadavateli, tj. žalobci, dodat. Žalobce tudíž postupoval zcela transparentně, nediskriminačně a rovně vůči naprosto všem zájemcům, kteří předložili žádost o účast, a použil naprosto totožné měřítko při posouzení všech doručených žádostí o účast. Přitom žádný z vyloučených zájemců nevyužil svého práva na podání námitek ve smyslu § 110 zákona o veřejných zakázkách a způsob, formu i odůvodnění svého vyloučení všichni vyloučení zájemci zcela akceptovali.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě, replika žalobce

[11] Žalovaný ve vyjádření k žalobě prezentoval názor, že interpretace § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách podaná v jeho rozhodnutí i v rozhodnutí předsedy Úřadu byla správná. Mj. s odkazem na důvodovou zprávu k zákonu č. 55/2012 Sb. se domnívá, že zadavatel je oprávněn požadovat reference pouze do výše 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zadavatel tak nesmí při vymezení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů u veřejných zakázek na stavební práce požadovat referenční zakázky ve vyšší než poloviční hodnotě předpokládané hodnoty zadávané veřejné zakázky; výklad podaný žalobcem by zcela popíral smysl novelizace zákona o veřejných zakázkách provedené zákonem č. 55/2012 Sb. Žalobce tak reálně požadoval referenční zakázky v hodnotě vyšší než 16 milionů Kč. Je přitom správná žalobcova úvaha vyjádřená v žalobě, že mohl požadovat referenční zakázky o hodnotě 0 až 16 milionů Kč, přičemž v tuto chvíli není prostor odpovídat na otázky týkající se akceptovatelné minimální procentuální hodnoty referenčních staveb, neboť jde pouze o interpretaci kogentního ustanovení zákona, které žalobce porušil.

[12] Podle žalovaného není správný ani názor žalobce týkající se aplikace § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný uvádí, že postup dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách je fakultativní, ale pokud se pro něj zadavatel rozhodne, pak je povinen postupovat v souladu se zásadou rovného zacházení. Není tedy oprávněn některé dodavatele vyzvat k objasnění, a zároveň některé bez vyzvání rovnou vyloučit. Na tom nic nemění ani tvrzení žalobce, že u vyloučených uchazečů došlo k absenci doložení požadovaného kvalifikačního předpokladu dle čl. 5.7 kvalifikační dokumentace v plném rozsahu.

[13] Ačkoli žalobce v žalobě nesouhlasí s ani uloženou pokutou, domníval se ve svém vyjádření žalovaný, že o pokutě bylo rozhodnuto zcela správně, a to v souladu s kritérii stanovenými v § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.

[14] Ve své replice k vyjádření žalovaného žalobce svou původní argumentaci částečně zopakoval a částečně ji dále rozvedl. Domnívá se, že žalovaný se dostatečně nevypořádal s problematickým posunem ve své rozhodovací praxi, kdy v rozhodnutí ze dne 31. 3. 2014, č. j. ÚOHS-S420/2013/VZ-23751/2013/514/MPr, podal opačný výklad § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách než v nyní posuzovaném případě. Rovněž je nesprávná argumentace žalovaného, dle které by žalobce, jakožto zadavatel, v rámci prokazování předmětného technického kvalifikačního předpokladu nemohl akceptovat jakoukoliv referenční zakázku, jejíž hodnota překračuje částku 16 milionů Kč bez DPH. To by vedlo k vyloučení mnohých uchazečů, neboť v rámci stavebního oboru většina srovnatelných stavebních zakázek přesahuje hodnotu 16 milionů Kč bez DPH. Tím by ze zadávacího řízení, zcela diskriminačně, byli vyloučeni všichni potenciální uchazeči, kteří v minulých letech realizovali stavební zakázky finančně většího charakteru, a to s finanční hodnotou nad 16 milionů Kč bez DPH; navíc pokud potenciální uchazeč v minulých letech řádně zrealizoval zakázku nad 16 milionů Kč bez DPH (a to kupříkladu i v částkách stamilionových), je bez dalších pochyb naprosto způsobilý realizovat zadávanou veřejnou zakázku žalobce (která má hodnotu 32 milionů Kč bez DPH).

[15] Závěrem žalobce opět poukázal na kvalitativní rozdíly mezi dokumenty předloženými jednotlivými uchazeči, což ospravedlňovalo i k jinému postupu ve vztahu k nim ve smyslu § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách.

[16] V tomtéž směru, tedy zdůraznění rozdílů mezi dokumenty předloženými jednotlivými uchazeči, poukázal žalobce v dalším svém podání, které bylo soudu doručeno dne 26. 6. 2017. V něm žalobce zopakoval svá dřívější tvrzení a přiložil zejména kopie plánů postupu výstavby, které předložily jednotlivé subjekty účastníci se zadávacího řízení.

IV. Ústní jednání

[17] Při ústním jednání dne 29. 6. 2017 žalobce podrobně zrekapituloval svou žalobní argumentaci týkající se interpretace a aplikace § 56 odst. 5 písm. a) a § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. V rámci prvního z takto vymezených okruhů poukázal na rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S503/2014/VZ-26177/2014/553/RHr/MKn, z jehož bodu 35. vyplývá, že i žalovaný zastával stejný výklad jako žalobce ohledně toho, jak chápat hranici 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Co se týká problematiky § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, akcentoval žalobce rozdíly mezi kvalitou dokumentů předložených dotčenými uchazeči o veřejnou zakázku. Domnívá se přitom, že postupoval správně, když vyzval k doplnění pouze dvě společnosti, a to i s ohledem na novelizaci § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, kterou až později byla do daného ustanovení doplněna věta „[s]kutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace musejí nastat ve lhůtě podle § 52“. Z toho plyne, že dodatečně vyzvaní uchazeči, kteří předložili dokumentaci v neúplné podobě, by kvalifikační předpoklady prokazovali až po zákonné lhůtě. Postupem navrhovaným žalovaným by diskriminováni byli v podstatě uchazeči, kteří předložili bezvadnou či téměř perfektní dokumentaci. Nadto žádný z vyloučených účastníků nepodal stížnost ve věci, což vlastně dokumentuje správnost postupu žalobce, a že se nikdo necítil poškozen.

[18] Žalovaný odkázal na vyjádření k žalobě a žalobou napadené rozhodnutí, přičemž se domnívá, že tam vyjádřené závěry jsou správné.

[19] Soud v rámci jednání nad rámec obsahu správního spisu provedl důkazy předložené žalobcem a to sice: plán postupu výstavby předložený společností Stavoka Kosice; plán postupu výstavby předložený společností VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o.; žádosti o vysvětlení žádosti o účast ze dne 24. 4. 2013 adresované společností Stavoka Kosice a VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o.; doplněný plán postupu výstavby předložený společností Stavoka Kosice; plán postupu výstavby předložený společností Eurovia CS, a.s.; plán postupu výstavby předložený Sdružením Butoves; plán postupu výstavby předložený společností VHS Brno, a.s.; vymezení závazných bodů plánu postupu výstavby dle přílohy č. 8 kvalifikační dokumentace. Soud naopak zamítl návrh provést důkaz výsledkem svědkyně, Ing. A. Z., předsedkyně představenstva společnosti Profesionálové a.s.; tato společnost v předmětném zadávacím řízení zastupovala zadavatele a jako osoba pověřená při výkonu zadavatelských činností ve smyslu § 151 zákona o veřejných zakázkách. Dle názoru soudu totiž tato výpověď nemohla přinést nic nového, co by šlo nad rámec předložených písemných podkladů, které soud považoval ve věci za rozhodné a dostatečné pro posouzení celé záležitosti.

V. Posouzení věci soudem

[20] Zdejší soud přezkoumal v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejícího jeho vydání, a shledal, že **žaloba je důvodná**.

[21] V dané věci představuje jádro sporu otázka, zda se žalobce dopustil dvou shora vymezených správních deliktů, a to, zjednodušeně řečeno, porušením § 56 odst. 5 písm. c), potažmo § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, a to ve spojení s § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. S tím pak souvisí posouzení správnosti udělené sankce. Jednotlivými takto vymezenými otázkami se bude soud v rámci samostatných částí tohoto rozsudku níže věnovat.

V. a) Stanovení minimálního rozsahu stavebních prací ve smyslu § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách

[22] Ve věci je mezi stranami nesporné, že v případě předmětné veřejné zakázky žalobce po uchazečích požadoval [v čl. 5.7 písm. a) příslušné kvalifikační dokumentace], předložení referenčního listu, který má obsahovat minimálně následně uvedené požadavky zadavatele. Jednalo se o minimálně 10 referencí o realizaci stavebních prací spočívajících ve výstavbě čističky odpadních vod a kanalizace, a to z pozice generálního dodavatele, realizovaných dodavatelem v posledních 5 letech v celkové hodnotě rozpočtových stavebních nákladů, jichž se realizace referenční zakázky týká, minimálně ve výši 16 milionů Kč bez DPH za každou referenční zakázku. Z čl. 3.2 kvalifikační dokumentace pak plyne, že žalobce stanovil přepokládanou hodnotu předmětné veřejné zakázky ve výši 32 milionů Kč. Strany však nejsou ve shodě, zda takový postup dostál požadavkům § 56 odst. 5 písm. c) ve spojení s § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.

[23] Dle § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, je stanoveno, že „[v]e vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení [...] vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů,

odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. U kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) nesmí požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.“

[24] Související ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách normovalo, že „[k] prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může veřejný zadavatel požadovat [...] seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací; tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně.“ Zmíněný § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách pak stanovil, že „[z]adavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace“.

[25] Lze souhlasit se žalovaným, že obecně je účelem požadavků na prokázání kvalifikace objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu takových subjektů, které poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Požadavek na splnění minimálních kvalifikačních předpokladů tak má zajistit, že se soutěže o přidělení veřejné zakázky zúčastní pouze takoví dodavatelé, kteří jsou skutečně schopni po stránce technické a materiální zakázku také plnit. Zároveň je zadavatel při definování zmíněných požadavků povinen postupovat v rámci limitů stanovených v zákoně o veřejných zakázkách za současného respektování zásad nediskriminace, transparentnosti a rovného zacházení stanovených v § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Zadavatel tak musí vymezit své požadavky na kvalifikační předpoklady tak, aby bezdůvodně neomezil dodavatele, kteří jsou objektivně schopni danou zakázku plnit. Zadavatel musí zohledňovat to, že stanovením příliš přísných kritérií prokázání způsobilosti dodavatelů plnit veřejnou zakázku může výrazným způsobem ovlivnit okruh dodavatelů, mezi jejichž nabídkami bude v závěrečné fázi zadávacího řízení vybírat, přičemž tak nesmí v žádném případě činit bezdůvodně.

[26] Nastolenou otázkou tak nyní je, zda zadavatel může požadovat, aby uchazečem předkládaná referenční zakázka dosahovala hodnoty maximálně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, či zda může zadavatel požadovat, aby minimální hodnota předkládaná referenční zakázky dosahovala maximálně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. První výklad nyní zastává žalovaný, který v podstatě možný požadavek na *maximální* hodnotu referenční zakázky umísťuje na škálu 0 – 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky (v posuzovaném případě tedy 0 – 16 000 000 Kč); druhý výklad zastává žalobce, který se fakticky pohybuje na stejné škále a v týchž konkrétních hodnotách, nicméně do těchto limitů umísťuje požadavek na *minimální* hodnotu referenční zakázky. Obrazně řečeno dle žalovaného se lze k metě 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky blížit v zásadě vždy zespoda, zatímco dle žalovaného v podstatě i „shora“ (přičemž není vyloučeno, že požadovaná referenční zakázka může být i v hodnotě nižší než 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky).

[27] Stanovisko žalovaného, uvedené v jeho rozhodnutí, přitom lze shrnout tak, že omezení dle § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách lze chápat jako projev snahy

zákonodárce omezit skryté diskriminování uchazečů stanovením nepřiměřených požadavků na kvalifikaci. Dle žalovaného lze totiž předpokládat, že u stavebních prací nemusí mít finanční objem provedené stavební práce natolik vypovídací hodnotu, aby bylo možné jednoznačně dovodit, že by dodavatel se zkušenostmi se stavbami např. v hodnotě 50 milionů Kč nebyl způsobilý stejně kvalitně realizovat stavby v hodnotě 100 milionů Kč. Přitom ze znění uvedeného požadavku stanoveného v kvalifikační dokumentaci se zprvu může jevit finanční hodnota požadovaných jednotlivých významných stavebních prací jako odpovídající znění ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, neboť 16 000 000 Kč bez DPH představuje přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Jestliže však zadavatel doplnil svůj požadavek na hodnotu jednotlivých referenčních zakázek o příslovce „minimálně“, fakticky tím překročil zákonem povolený limit. Při matematickém pohledu je totiž dle žalovaného zřejmé, že dodavatel, který chce obstát ve splnění kvalifikace z hlediska požadovaných jednotlivých referenčních zakázek minimálně ve výši 16 000 000 Kč bez DPH, musí předložit seznam významných staveb, jejichž hodnota byla přesně 16 000 000 Kč bez DPH nebo více než 16 000 000 Kč bez DPH. Je podle žalovaného nepochybné, že požadavek na hodnotu předkládané reference ve výši více než 16 000 000 Kč bez DPH hranici 50 % stanovenou ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách překračuje. Zároveň je dle žalovaného teoreticky možné uvažovat o tom, že ponecháním možnosti prokázat splnění tohoto kvalifikačního předpokladu dodavatele předložením referenční zakázky v hodnotě přesně 16 000 000 Kč bez DPH by zadavatel mohl naplnit dikci zákona, neboť takový požadavek hranici 50 % stanovenou ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách pouze dosahuje, avšak nepřekračuje. Z praktického, resp. faktického pohledu se však jeví jako značně nepravděpodobné, či téměř nemožné, že by dodavatelé realizovali v minulosti požadovaných 10 odpovídajících významných stavebních prací za cenu právě 16 000 000 Kč bez DPH a že by tak tímto způsobem mohli požadavek zadavatele splnit.

[28] Žalovaný ve svém rozhodnutí také uvedl, že je nezbytné nejen učinit zadost psanému právu, ale zároveň je třeba vzít do úvahy i účel a smysl zákona, přičemž zákonodárce považoval obecně za kvalifikovaného takového dodavatele, který má zkušenosti s realizací zakázek finančně polovičního rozsahu ve vztahu k předmětu zadávané veřejné zakázky na stavební práce. Žalovaný byl toho názoru, že výklad, který použil při aplikaci ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách žalobce, totiž, že nepožadoval více než 50 % hodnoty veřejné zakázky u každé jednotlivé požadované referenční zakázky, čímž dostal dle svého přesvědčení zákonnou dikci, je třeba považovat za formálně sice vyhovující znění zákona, ale v konečném důsledku rozporný s účelem předmětného ustanovení. Lze dle žalovaného hovořit o obcházení zákona. Připuštění výkladu použitého zadavatelem by podle žalovaného fakticky vedlo k tomu, že § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách by postrádal svůj význam, neboť zadavatelům by stačilo požadovat hodnotu referenčních zakázek formálně ve výši poloviny předpokládané hodnoty veřejné zakázky, avšak přidáním slova „minimálně“ by jejich požadavek umožnil účast dodavatelů pouze se zkušenostmi vyššími než je polovina předpokládané hodnoty veřejné zakázky; takové nastavení úrovně technické způsobilosti dodavatelů naplňuje znaky skryté diskriminace.

[29] S daným závěrem se shodl ve svém rozhodnutí i předseda Úřadu, který dodal, že tím, že žalobce stanovil v čl. 5.7 kvalifikační dokumentace požadavek znějící „*min. ve výši 16 mil.*

Kč bez DPH za každou referenční zakázku“, omezil množinu dodavatelů, kteří mohli podat žádosti o účast, pouze na ty, jejichž referenční zakázky budou mít hodnotu právě 16 mil. Kč bez DPH nebo vyšší.

[30] Soud na tomto místě uvádí, že na první pohled se takto ve správních rozhodnutích vyjádřený názor jeví jako správný [a to i v důsledku legislativně poměrně nešťastné formulace § 56 odst. 3 písm. c) zákona o veřejných zakázkách], avšak v konečném důsledku se s ním nelze ztotožnit. Hledání smyslu a významu předmětného ustanovení je možné začít u konstatování, že omezení dle § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách lze skutečně chápat jako projev snahy zákonodárce omezit skryté diskriminování uchazečů stanovením nepřiměřených požadavků na kvalifikaci. Je možné poukázat, že rozhodné znění předmětného ustanovení je důsledkem přijetí zákona č. 55/2012 Sb. (tzv. „transparentní“ novela zákona o veřejných zakázkách), účinného od 1. 4. 2012; byla jím omezena možnost zadavatele požadovat prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tak, že rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem, tedy u každé jednotlivé reference, nesmí překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. K dosavadnímu znění § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách byla totiž doplněna věta: „*U kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) nesmí požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.*“

[31] Důvodová zpráva k zákonu č. 55/2012 Sb. v tomto ohledu praví mj. to, že „*u kvalifikačního předpokladu týkajícího se seznamu referencí na stavební práce nesmí požadovaný rozsah stavebních prací u každé jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem, tedy u každé jednotlivé reference, překračovat 50% předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zadavatel může požadovat u veřejné zakázky s předpokládanou hodnotou 100 mil. Kč reference pouze ve výši 50 mil. Kč na jednu referenci.*“ Způsobem umožňujícím opět dvojitý výklad se pak k věci vyjádřil sám žalovaný v rozhodnutí ze dne 15. 8. 2013, č. j. ÚOHS-S660/2012/VZ-15424/2013/521/SWa, dostupném na www.uohs.cz, v němž uvedl, že „*tato změna [pozn. soudu: změna provedená zákonem č. 55/2012 Sb.] vychází rovněž z předpokladu, že u stavebních prací nemá finanční objem veřejné zakázky natolik vypovídající hodnotu, aby nebylo možné dovozovat, že dodavatel, který má zkušenosti se stavbami např. v hodnotě 50 mil. Kč, by nebyl způsobilý stejně kvalitně realizovat stavby v hodnotě 100 mil. Kč.*“

[32] Obdobně, bez jasnější konkretizace, hovoří ve vztahu k předmětné právní úpravě i odborná literatura: „*Pokud bude zadavatel u zakázky na stavební práce požadovat seznam stavebních prací, nesmí požadovaný rozsah u jednotlivých staveb překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.*“ (Podešva, V. a kol. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. ASPI ID: KO137_2006CZ; stav k 1. 7. 2012) „*U kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) (referenční zakázky u stavebních prací) nesmí požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Pokud je předpokládaná hodnota stavební veřejné zakázky 100 mil. Kč bez DPH, mohou být požadavky na výši referenčních zakázek max. do výše 50 mil. Kč bez DPH.*“ (Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012). Obdobně praví jiný pramen, a to v kontextu

umožnění i „slabším hráčům“ získat veřejné zakázky, že „*lze u veřejných zakázek na stavební práce, zadávaných v režimu tohoto zákona, požadovat u jednotlivé reference její hodnotu pouze do výše max. 50 % z předpokládané hodnoty*“ (Hajdušek, A. V přístupu malých a středních podniků k veřejným zakázkám stojí mnoho bariér. Veřejné zakázky, 4/2016).

[33] Citovanou literaturu lze za jistých okolností interpretovat i ve smyslu výkladu podaného žalovaným. Hovoří totiž ve vztahu k hranici 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky o „maximální“ hodnotě referenční zakázky, popř. hovoří nejasně (v kontextu níže uvedeného) o tom, že požadovaný rozsah nesmí překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky (bez uvedení, zda se jedná o překročení z hlediska minima nebo maxima).

[34] Jednoznačný závěr však nelze dle názoru soudu ve vztahu k interpretaci § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách vyvodit ani z této literatury, ani ze zmíněné důvodové zprávy. Je totiž třeba poukázat na to, že toto ustanovení je třeba vnímat v jeho vnitřních souvislostech, kdy nejprve hovoří o vymezení minimální úrovně kvalifikačních předpokladů, přičemž následně poněkud neorganicky dodaná věta stanoví, že požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky nesmí překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Podle mínění zdejšího soudu jak žalovaný, tak předseda Úřadu, tak (zřejmě) i citovaná odborná literatura, vnímá poslední větu § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách izolovaně, a tedy nesprávně, bez vazby na větu předchozí, dle které zadavatel vymezuje minimální úroveň kvalifikačních předpokladů. Soud se tedy domnívá, že poslední větu § 56 odst. 3 písm. c) zákona o veřejných zakázkách je nutno vyložit v souvislosti se stanovením minimální úrovně kvalifikačních předpokladů, tedy že *maximální hodnota minimální úrovně* požadovaných kvalifikačních předpokladů nesmí překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

[35] Na naznačený nedostatek ve formulaci rozebíraného ustanovení upozornila další odborná literatura (aniž by však pokročila dále a přistoupila k uvedenému „kontextuálnímu“ výkladu): „*V případě referencí obsahuje uvedené ustanovení navíc podmínku, aby požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky „v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem“ nepřekročil 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Jedná se o legislativně-technickou nepřesnost, neboť dodavatel v zásadě může předložit ve smyslu § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ seznam všech svých realizovaných stavebních prací bez jakéhokoliv omezení, přičemž na obsah tohoto seznamu v zásadě nemá zadavatel žádný vliv. Uvedené omezení se samozřejmě týká referencí, tedy osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších stavebních prací, u nichž zadavatel má určitou možnost formulovat své požadavky na jejich obsahové náležitosti.*“ (Grulich, T. Prokazování technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky prostřednictvím tzv. referencí. Právní rozhledy. 2013, č. 12, s. 426).

[36] Ve směru spíše tušeném než logicky uchopeném a do důsledku dovedeném posledně citovanou literaturou pak směřuje i žalobní námitka žalobce, která poukazuje na nedostatky výkladu zastávaného žalovaným, když žalobce klade otázku, jaká minimální hodnota týkající se požadované referenční zakázky by, v rámci množiny 0 – 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, byla přiměřená, když maximální hodnota by mohla být pouze zmíněných 50 %. Výklad zastávaný žalovaným by vedl k potenciálně problematickým možným nastavením minimální hodnoty referenční zakázky ve výši např. 49 % předpokládané hodnoty veřejné

zakázky (v nynějším případě lze ilustrativně uvést kupř. částku 15 900 000 Kč), kdy by formálně bylo výkladu zákona zastávanému žalovaným vyhověno. Zřejmě by se pak poměrně složitými úvahami muselo pro každý jednotlivý případ hodnotit, zda takto stanovená hranice je ještě nediskriminační, přičemž výkladem *ad absurdum* by bylo možné dospět k těžko akceptovatelnému závěru, že by se uchazeč musel v případě referenčních zakázek (v posuzovaném případě) „trefit“ např. do hodnot 15 900 000 – 16 000 000 Kč (protože vyšší hodnotu referenční zakázky by žalobce nebyl oprávněn požadovat), tedy že by ze zadávacího řízení byli vyloučeni všichni uchazeči, hodnota jejichž referenčních zakázek přesahuje částku 16 milionů Kč (či obecně 50 % výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky).

[37] Výklad podaný žalobcem tyto problémy elegantně řeší: v souladu se zákonnými požadavky je, zjednodušeně řečeno, stanovení minimální hranice hodnoty referenční zakázky ve výši 0 – 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky; v konkrétním případě by tato minimální hranice činila 0 – 16 000 000 Kč.

[38] Přehlednou, logickou, jednoduchou a také správnou interpretaci § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, stejnou jakou nabízí i žalobce, ostatně uvedl sám žalovaný ve svém rozhodnutí ze dne 4. 12. 2013, č. j. ÚOHS-S420/2013/VZ-23751/2013/514/MPr. Závěry tohoto rozhodnutí, které není na www.uohs.cz dostupné, reprodukoval žalovaný ve svém rozhodnutí ze dne 27. 6. 2014, č. j. ÚOHS-S420/2013/VZ-13679/2014/514/MPr, dostupném na www.uohs.cz; v něm žalovaný reprodukoval, že ve svém zmíněném rozhodnutí ze dne 4. 12. 2013 „konstatoval, že ze zákona jednoznačným a srozumitelným způsobem vyplývá, že pokud bude zadavatel u zakázky na stavební práce požadovat seznam stavebních prací, nesmí požadovaný rozsah u jednotlivých staveb překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Pokud činí předpokládaná hodnota veřejné zakázky na stavbu částku 88 000 000,- Kč bez DPH, mohou dosáhnout požadavky na minimální výši referenčních zakázek maximálně výše 44 000 000,- Kč bez DPH.“ [...] Vzhledem k tomu, že předpokládaná hodnota předmětné veřejné zakázky činí částku 88 000 000,- Kč bez DPH (tj. 100 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky), mohl zadavatel požadovat minimální finanční objemy plnění u referenčních zakázek maximálně do výše 44 000 000,- Kč bez DPH (tj. 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, jelikož $88\,000\,000,-\text{ Kč bez DPH} \times 0,50 = 44\,000\,000,-\text{ Kč bez DPH}$, resp. $88\,000\,000,-\text{ Kč bez DPH} \div 100,- \times 50,- = 44\,000\,000,-\text{ Kč bez DPH}$). Úřad s ohledem na výše nastíněnou argumentaci (viz bod 34 odůvodnění tohoto rozhodnutí) dospěl k závěru, že zadavatelův požadavek překročil co do rozsahu 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, jelikož zadavatel požadoval, aby dodavatelé předložili dokumenty prokazující provedení a řádné dokončení zakázek u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací v minimálním finančním objemu 49 000 000,- Kč bez DPH. Zadavatel tedy překročil zákonné maximum o 5 000 000,- Kč bez DPH.“ (pozn.: zvýraznění doplněno). Ve stejném smyslu se pak žalovaný vyjádřil i v bodě 35. svého rozhodnutí ze dne 9. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S503/2014/VZ-26177/2014/553/RHr/MKn, kdy rozklad proti tomuto rozhodnutí byl zamítnut rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 8. 10. 2015, č. j. ÚOHS-R462/2014/VZ-32305/2015/322/Edy (obě tato rozhodnutí dostupná na www.uohs.cz).

[39] Soud na tomto místě dodává, že rozhodnutí žalovaného ze dne 4. 12. 2013, č. j. ÚOHS-S420/2013/VZ-23751/2013/514/MPr, bylo sice zrušeno rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 31. 3. 2014, č. j. ÚOHS-R423/2013/VZ-6763/2014/310/BVÍ, dostupným na www.uohs.cz, a řízení v dané věci bylo následně zastaveno rozhodnutím žalovaného ze dne

27. 6. 2014, č. j. ÚOHS-S420/2013/VZ-13679/2014/514/MPr, citované závěry rozhodnutí ze dne 4. 12. 2013, č. j. ÚOHS-S420/2013/VZ-23751/2013/514/MPr, však nijak zpochybněny nebyly. Přitom na ně v žalobě upozornil žalobce a je do jisté míry vypovídající, že se s touto argumentací žalovaný ve vyjádření k žalobě jasně artikulovaným způsobem nevypořádal. Ve vztahu k samotnému řízení ve věci správních deliktů žalobce tak lze do jisté míry mít za to, že se žalovaný, resp. předseda Úřadu nevypořádali ani se změnou své rozhodovací praxe a došlo tak bez jasného odlišení se od dřívějších závěrů ke zpřísnění příslušné hranice stanovené zákonem o veřejných zakázkách.

[40] Ostatně na nedostatky závěrů vyslovených v konkrétně nyní žalobou napadených rozhodnutích upozornila následně i odborná literatura – viz *Marečková, E., Košťál, K.* Omezení požadovaného rozsahu referenčních stavebních prací, dostupné na <https://www.epravo.cz/top/clanky/omezeni-pozadovaneho-rozsahu-referencnich-stavebnich-praci-98289.html?mail>. Dlužno dodat, že argumentace žalobce vztahující se k interpretaci § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách je v podstatě (často i doslovným) převzetím, byť nepřiznaným, textu zmíněné odborné statě.

[41] Pro stručnost soud dodává, že se s níže uvedenými závěry ztotožňuje, pročez je bez dalšího „převyprávění“ či opisu cituje: „[P]okud zákonodárce omezil možnost **požadovat** referenční zakázky hranicí 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, pak musel počítat s tím, že zadavatelé mohou využít této pevně stanovené poloviční hranice a budou svůj „minimální“ požadavek koncipovat (s ohledem na druh, rozsah a složitost zadávané veřejné zakázky) nejen „pod touto hranicí“ ale i „touto hranicí“. Dle našeho názoru je totiž třeba rozlišovat **požadavek** na referenční zakázky, tedy vymezení minimální úrovně **požadavku** na referenční zakázky a skutečnou hodnotu **předložených** referenčních zakázek, která je z logiky věci vždy rovna nebo překračuje minimální úroveň požadovanou zadavatelem. Výklad daného ustanovení poskytnutý ÚOHS směřuje spíše k tomu pohledu, že zadavatel prostřednictvím 50% hranice omezí finanční hodnotu **předkládaných** referencí. Poslední věta ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) ZVZ však hovoří o „**požadovaném** rozsahu stavebních prací u jednotlivé položky...“, tedy o tom, že v ZVZ stanovená 50% hranice směřuje k zadavateli, resp. k jeho povinnosti omezit prostřednictvím této hranice rozsah požadované referenční stavby, a nikoliv k tomu, aby limitovala dodavatele v možnosti předložit zadavateli referenční stavby s vyšším rozsahem (hodnotou), natož aby po zadavateli požadovala omezování rozsahu předkládaných referenčních staveb shora.“ – viz *Marečková, E., Košťál, K.*; op. cit. (pozn.: zvýraznění původní)

[42] Jinak a ve zkratce řečeno: dle názoru soudu je třeba § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách vykládat tak, zadavatel je povinen vymežit minimální úroveň požadované referenční stavby maximálně ve výši 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Z toho důvodu za popsáných skutkových okolností nemůže obstát závěr žalovaného a předsedy Úřadu o tom, že žalobce spáchal správní delikt tím, že v rozporu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách stanovil v rámci kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách minimální rozsah stavebních prací u jednotlivých položek v seznamu staveních prací provedených dodavatelem tak, že požadoval každou referenční zakázku v hodnotě minimálně 16 000 000, což je přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

[43] Soud pak k dané otázce dodává, že předmětem řízení před žalovanými a předsedou Úřadu nebyla otázka počtu požadovaných referenčních zakázek. Pokud se žalovaný a předseda Úřadu ve svých rozhodnutích touto problematikou zabývají, dotýkají se této otázky pouze v odůvodnění daných rozhodnutí, nikoli však ve výrocích; ve vztahu k této otázce nadto ani nebylo správně řízení zahajováno. Proto se soud blíže nevyslovuje k argumentaci žalobce, jíž ospravedlňuje počet jím zvolených referenčních zakázek.

V. b) Postup žalobce při posuzování technických kvalifikačních předpokladů dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách

[44] Pakliže se soud nemohl ztotožnit se závěrem, že se žalobce dopustil správního deliktu specifikovaného ve výroku I. rozhodnutí žalovaného, naopak se domnívá, že je správný závěr, že se žalobce při zadávání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že při posuzování technických kvalifikačních předpokladů v rozporu se zásadou rovného zacházení zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách po dvou zájemcích požadoval písemné objasnění předložených informací či dokladů podle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a ostatní zájemce, kteří nesplnili kvalifikaci v obdobném rozsahu, bez možnosti písemného objasnění vyloučil z další účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

[45] V tomto směru soud konstatuje, že v zadávacích podmínkách v čl. 5.7 písm. d) kvalifikační dokumentace žalobce stanovil, že požaduje předložení tzv. plánu postupu výstavby podle závazných bodů, které žalobce podrobně specifikoval v příloze č. 8 kvalifikační dokumentace; tyto požadavky byly jak formálního tak věcného charakteru (např. rozsah, řádkování apod., i požadavek na popis postupu při realizaci veřejné zakázky). V případě tří zájemců (EUROVIA CS, a.s., prvního sdružení označeného jako „Sdružení Butoves“ a VHS Brno, a.s.) žalobce dospěl k závěru, že plán postupu výstavby byl předložen v řádné a úplné podobě. V případě tří uchazečů (Skanska, a.s., druhého sdružení označeného jako „Sdružení Butoves“ a „Sdružení pro Butoves“) žalobce dospěl k závěru, že plán postupu výstavby nebyl předložen vůbec nebo pouze v podobě výčtu mechanizace. V případě dvou uchazečů (VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o. a Stavoka Kosice) pak žalobce dospěl k závěru, že předložené plány postupu výstavby vyžadují částečné vysvětlení a upřesnění. V případě zmíněných tří uchazečů, kteří plán postupu výstavby nepředložili, došlo k jejich vyloučení dle § 60 zákona o veřejných zakázkách pro nesplnění požadované kvalifikace. Posledně dva zmínění uchazeči byli vyzváni prostřednictvím žádostí o vysvětlení žádosti o účast ze dne 24. 4. 2013 k doplnění a vysvětlení plánů postupu výstavby. Přitom zájemce VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o., byl dle § 60 zákona o veřejných zakázkách vyloučen pro nesplnění požadované kvalifikace, neboť včas požadované vysvětlení a doplnění plánu postupu výstavby žalobci nezaslal.

[46] Na základě popsaného skutkového stavu bylo třeba posoudit, zda se žalobce dopustil správního deliktu specifikovaného ve výroku II. rozhodnutí žalovaného.

[47] Zde soud uvádí, že dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách „[v]eřejný zadavatel může požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel je povinen

splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem. Skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace mohou nastat v případě postupu podle tohoto odstavce po lhůtě podle § 52.“ K tomuto ustanovení se vyjadřuje i odborná literatura, dle níž „[z]adavatel je povinen i při posouzení kvalifikace dodržet základní zásady zadávacího řízení (§ 6 odst. 1), z nichž v této souvislosti vystupuje do popředí především zásada rovného zacházení. V tomto smyslu nelze považovat za přípustný a obhajitelný takový postup zadavatele, pokud ve vztahu k jednomu z dodavatelů ustanovení o možnosti doplnit kvalifikaci využije a ostatní dodavatele v obdobné situaci bez možnosti doplnění či vysvětlení dokladů o kvalifikaci bez dalšího vyloučí.“ (Podešva, V. a kol. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. ASPI ID: KO137_2006CZ; stav k 1. 7. 2012). Obdobný názor je vyjádřen i jinde: „[V]ýzva k doplnění informací či dokladů o kvalifikaci je plně v kompetenci zadavatele, který není povinen postup podle § 59 odst. 4. Na straně druhé, pokud zadavatel tuto pravomoc využije, je povinen vzít v rámci jednoho zadávacího řízení v úvahu § 6, tedy zásadu rovného přístupu a postup podle § 59 odst. 4 aplikovat ve vztahu ke všem dodavatelům v rámci jednoho zadávacího řízení shodně.“ (Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015).

[48] Soud souhlasí s žalobcem, že postup dle § 59 odst. 4 je fakultativní. Ovšem je třeba také vycházet z toho, že pokud je tento fakultativní postup zvolen, musí se tak stát vůči všem dodavatelům v rámci jednoho zadávacího řízení. Přitom ve smyslu § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, v souladu s koncepcí (ne)diskriminace obecně, je třeba, aby příslušní dodavatelé byli ve srovnatelném postavení.

[49] Zdejší soud bere plně v potaz podrobnou argumentaci žalobce, který popisuje nejen kvantitativní, ale i kvalitativní rozdíly mezi předloženými nabídkami ve smyslu úplnosti plánu postup výstavby (rozdíly formální i věcné). Přesto je však třeba si klást otázku, nakolik bylo postavení příslušných pěti uchazečů srovnatelné (těch kteří nepředložili plán postupu výstavby vůbec nebo prakticky vůbec a těch, kteří jej předložili v ne zcela úplné podobě) a zda vůči nim bylo možné postupovat rozdílně.

[50] Vodítka při hledání odpovědi na danou otázku představuje rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 2. 6. 2016, č. j. 30 Af 66/2014-40, dostupný na www.nssoud.cz, dle kterého v případě, že se zadavatel rozhodne postupovat podle § 59 odst. 4 o veřejných zakázkách, je ve spojení se zásadou rovného zacházení (§ 6 téhož zákona) povinen vyzvat k doplnění nebo objasnění kvalifikace všechny dodavatele, jejichž nabídky vykazují srovnatelné nedostatky – bez ohledu na to, jakých konkrétních kvalifikačních předpokladů se tyto nedostatky týkají. Rozhodující je, že by předmětné nedostatky znamenaly neprokázání příslušné části kvalifikace (zde základní a technické) a ve výsledku by vedly k vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení.

[51] Zmíněný rozsudek, na který soud v podrobnostech odkazuje, pojímá srovnatelné nedostatky nabídek – kvalifikačních předpokladů (a tedy i srovnatelné postavení uchazečů) tak, že považuje za rozhodné, zda tyto nedostatky ve výsledku vedou k vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení. V citovaném rozsudku tak Krajský soud v Brně konkrétně uvádí, že „[v] případě, že při posuzování prokázání kvalifikace jednotlivých uchazečů dojde zadavatel k jednoznačnému závěru, že někteří z nich kvalifikaci neprokázali zcela, musí takovéto uchazeče vyloučit, nebo využít postupu podle § 59 odst. 4 zákona o veřejných

zakázkách; ve spojení se zásadou rovného zacházení je však potřeba, aby zadavatel v případě, že se rozhodne využít druhou možnost, postupoval ve vztahu ke všem uchazečům stejně. Jinými slovy - rozhodne-li se vyzvat k doplnění nebo objasnění kvalifikace, musí tak učinit u všech uchazečů, u nichž je to potřeba. Zadavatel není oprávněn sám určovat, kterého z uchazečů k doplnění kvalifikace vyzve a kterého nikoliv. [...] Zohlednit přitom zásadně nelze ani různou míru závažnosti pochybení dodavatelů, jak namítal žalobce, podle kterého šlo v jednom případě pouze o formální nedostatek čestného prohlášení, kdežto v druhém případě (u vyloučeného uchazeče) šlo o úplnou absenci požadovaných certifikátů. Přestože v praxi jistě dochází v předložených nabídkách k pochybením různé intenzity (jako tomu mělo být i v nyní posuzované věci), zásada rovného zacházení nedává zadavateli prostor, aby za situace, kdy tato pochybení zapříčiňují neprokázání kvalifikace a vedou k vyloučení nabídek, sám určoval, kterého uchazeče vyloučí rovnou, a kterého vyzve k doplnění dokladů. Je totiž nutno vycházet z premisy, že nedostatky nabídek vedoucí k vyloučení, mají ve výsledku stejné dopady na účast dodavatelů v zadávacím řízení. Ti se tak nepochybně nachází v obdobném postavení a zadavatelé k nim takto musí přistupovat. Netřeba zdůrazňovat, že pro aplikaci zásady rovného zacházení není nutné, aby byly porovnávány situace zcela shodné; postačí, aby byly srovnatelné (obdobné).“

[52] Z uvedeného pohledu tak nebylo bez dalšího rozhodné, jaké byly konkrétní rozdíly mezi pochybeními jednotlivých uchazečů. Rozhodné bylo to, zda nedostatky předložených nabídek vedly či mohly vést ke stejným důsledkům, tedy k vyloučení uchazeče. Soud přitom ověřil, že tomu tak bylo. Jak již bylo řečeno, v případě třech uchazečů, jejichž nabídky byly ve vztahu k plánu postupu výstavby zcela nedostatečné, vedlo toto jejich pochybení bez dalšího k vyloučení z účasti v zadávacím řízení dle § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách (viz tři rozhodnutí žalobce ze dne 22. 5. 2013). Ovšem i dva zbylí uchazeči, kteří byli požádáni pouze o „dovysvětlení“ či doplnění plánů postupu výstavby, byli v příslušných žádostech žalobce poučeni o tom, že „[n]edoručí-li uchazeč písemně vysvětlení k výše uvedeným dotazům ve stanovené lhůtě, hodnotící komise jeho nabídku vyřadí“. V případě společnosti VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o. se tak tomu skutečně rozhodnutím ze dne 10. 5. 2013 stalo, neboť plán postupu výstavby nebyl požadovaným způsobem v určené lhůtě doplněn. Z uvedeného je zřejmé, že nedostatky v případě jednotlivých nabídek resp. uchazečů byly srovnatelné (vedly ke stejným možným důsledkům), a proto mělo být vůči všem uchazečům, jejichž nabídky v tomto smyslu vykazovaly nedostatky, postupováno dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách shodně, všichni tedy měli být vyzváni k doplnění informací či podkladů.

[53] Soud nezpochybňuje, že primární odpovědnost za obsah nabídky nesou dodavatelé. To však v uvažovaném smyslu nemůže vést k vyvinění žalobce. Stejně tak k tomu nemohou vést ani žalobcem popisované rozdíly mezi jednotlivými nabídkami v tom směru, že někteří z uchazečů plán postupu výstavby nepředložili vůbec. Z § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách je totiž zřejmé, že „zadavatel může žádat nejen objasnění již předložených informací a dokladů, ale i předložení dokladů v původní nabídce nedodaných. Po novele zákona o veřejných zakázkách provedené zákonem č. 417/2009 Sb. navíc došlo k odstranění dílčí překážky ve využití tohoto institutu, neboť nyní může zadavatel dodavatele vyzvat i tehdy, pokud příslušnou část kvalifikace zadavatel neprokázal vůbec. Po uvedeném zmírnění tak zadavatel může vyzvat dodavatele k vyjasnění nebo doplnění informací a dokladů

prokazujících kvalifikaci vždy, bez ohledu na úplnou absenci dokladů ve vztahu k příslušné části kvalifikace“ (rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 2. 6. 2016, č. j. 30 Af 66/2014-40). Přesto soud uvádí, že si je vědom rozdílů v pochybeních jednotlivých uchazečů, resp. rozdílů mezi kvalitou jimi předložených dokumentů, což mohlo ztížit posouzení věci žalobcem; tuto otázku je však třeba zvážit spíše než v rovině odpovědnosti za delikt v rovině výše sankce.

[54] V daném ohledu tak soud uzavírá, že postavení všech pěti uchazečů, jejichž nabídky vykazovaly nedostatky, bylo ve svém důsledku srovnatelné, a proto měli být ve smyslu § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách k objasnění či předložení informací a podkladů vyzváni všichni. Soud se tak ztotožňuje se závěrem, že se žalobce dopustil druhého ze správních deliktů, které mu byly vytýkány rozhodnutí žalovaného a předsedy Úřadu. Rozhodné pak nebylo ani to, že žádný z takto vyřazených uchazečů nepodal návrh na přezkoumání úkonů navrhovatele dle § 113 a násl. zákona o veřejných zakázkách.

V. c) K výši sankce a naplnění materiálního znaku správního deliktu

[55] Soud, s přihlédnutím k výše uvedenému, souhlasí s názorem žalovaného, resp. předsedy Úřadu, že ve věci došlo k naplnění materiálního znaku skutkové podstaty (tedy určitého stupně společenské nebezpečnosti či škodlivosti), a to v případě druhého ze zde posuzovaných správních deliktů. Jak vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 19. 7. 2012, č. j. 62 Af 14/2011-74, k § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, „[z] uvedeného ustanovení je zřejmé, že se deliktu dopustí již ten zadavatel, který nedodrží ZVZ, přičemž tím pouze hypoteticky ovlivní výběr nejvhodnější nabídky“. Co se pak týká ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, lze u vymezení pojmu „podstatné ovlivnění“ výběru nejvhodnější nabídky vycházet v souladu s napadeným rozhodnutím předsedy Úřadu, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí i eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky; ze zmíněného ustanovení zákona o veřejných zakázkách plyne, že slovo „podstatné“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. Právě v případě ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky dochází k naplnění materiálního znaku skutkové podstaty správního deliktu. Za jednání nebezpečné či škodlivé pro společnost je možné považovat takové jednání, které směřuje proti veřejnému zájmu společnosti, a to proti takovému zájmu, který má být právem chráněn a současně dosahuje určité intenzity. Z hlediska znění a obsahu zákona o veřejných zakázkách je možné za právem chráněný zájem považovat zejména efektivní vynakládání veřejných prostředků a existenci spravedlivé a otevřené soutěže o veřejné zakázky. V posuzovaném případě postačovala pouhá možnost takového ovlivnění.

[56] Přestože žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu částečně v soudním přezkumu obstálo (nebo naopak právě proto, že obstálo pouze částečně), je třeba je zrušit a věc vrátit žalovanému dle § 78 odst. 4 s. ř. s. k dalšímu řízení. V souladu s § 78 odst. 5 s. ř. s. je právním názorem soudu, že nedošlo ke spáchání deliktu uvedeného ve výroku I. rozhodnutí žalovaného, žalovaný (předseda Úřadu) v dalším řízení vázán. Soud dodává, že zrušil pouze rozhodnutí předsedy Úřadu, neboť nedostatky rozhodnutí žalovaného lze napravit v rozkladovém řízení.

[57] Soud v nynějším řízení samostatně nerozhodoval o otázce výše uložené sankce. Vzhledem k tomu, že pokuta byla uložena v souladu s absorpční zásadou a s přihlédnutím k přitěžující okolnosti spočívající v tom, že žalobce měl spáchat dva správní delikty, je třeba, aby v dalším řízení bylo rozhodnuto znovu rovněž o sankci. Soud zdůrazňuje, že při rozhodování o výši sankce bude třeba zohlednit, že ta již nebude ukládána za dva správní delikty, nýbrž za jeden a nevylučuje, že je eventuálně možné vzít v potaz okolnosti a důvody, které vedly žalobce k jím zvolenému postupu dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, s čímž souvisí i kvalitativní rozdíly mezi dokumenty předloženými jednotlivými uchazeči, a že ke konkretizaci výkladu § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách došlo až po skončení zadávacího řízení rozsudkem zdejšího soudu ze dne 2. 6. 2016, č. j. 30 Af 66/2014-40.

VI. Závěr a náklady řízení

[58] Krajský soud v Brně z výše uvedených důvodů rozhodnutí žalovaného pro nezákonnost ruší a věc mu vrací k dalšímu řízení (§ 78 odst. 1 a 4 s. ř. s.); v dalším řízení je žalovaný právním názorem soudu vázán (§ 78 odst. 5 s. ř. s.).

[59] O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto 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.

[60] Žalobce dosáhl v řízení o žalobě plného úspěchu, a proto má právo na náhradu nákladů řízení vůči žalovanému. Odměna žalobcova advokáta a náhrada hotových výdajů byla stanovena podle § 35 odst. 2 s. ř. s. a vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů. V daném případě se jednalo o tři úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení, podání ve věci samé, účast na jednání) a tři režijní paušály, a to ve výši $3 \times 3\,100$ Kč a 3×300 Kč [§ 7 bod 5., § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. a), d), g), § 13 odst. 3 advokátního tarifu], tedy celkem 10 200 Kč.

[61] Dále Nejvyšší správní soud přiznal zástupci žalobce náhradu cestovních výdajů podle § 13 odst. 1 a 4 advokátního tarifu a náhradu za promeškaný čas podle § 14 odst. 1 písm. a) advokátního tarifu za cestu osobním vozem dne 29. 6. 2017 z Pardubic do Brna a zpět (298 km) za účelem účasti na jednání před soudem. Pokud jde o náhradu cestovních výdajů, základní náhrada za použití vozidla podle § 157 odst. 4 písm. b) zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce činí 1 162,20 Kč (tj. $298 \text{ km} \times 3,90 \text{ Kč/km}$) a náhrada výdajů za spotřebovanou pohonnou hmotu podle § 158 odst. 2 a 4 zákoníku práce a § 4 písm. a) vyhlášky č. 440/2016 Sb. činí 527,46 Kč (tj. $298 \text{ km} \times 6 \text{ l}/100 \text{ km} \times 29,50 \text{ Kč/l}$). Náhrada za promeškaný čas strávený cestou v délce 8 započatých půlhodin podle § 14 odst. 3 advokátního tarifu činí 800 Kč.

[62] Žalobci dále přísluší náhrada za zaplacený soudní poplatek za žalobu ve výši 3 000 Kč. Celkem tedy byla žalobci vůči žalovanému přiznána náhrada nákladů ve výši 15 689,66 Kč. K jejímu zaplacení soud určil přiměřenou lhůtu.

P o u ě n í : 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.

V Brně dne 29. června 2017

JUDr. Zuzana Bystřická, v.r.
předsedkyně senátu