



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců JUDr. Lukáše Hloucha, Ph.D. a Mgr. Petra Sedláka, v právní věci žalobce: **eNovation s.r.o.**, se sídlem Štěpánská 621/34, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Povodí Moravy, s.p.**, se sídlem Dřevařská 11, Brno, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 16. 7. 2013, č.j. ÚOHS-R297/2012/VZ-13367/2013/310/MMI,

t a k t o :

- I. Žaloba **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Předmět řízení

[1] Žalobce se žalobou podanou ke Krajskému soudu v Brně dne 23. 8. 2013 domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. 7. 2013, č. j. ÚOHS-R297/2012/VZ-13367/2013/310/MMI, kterým byl zamítnut rozklad stěžovatele proti

rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 10. 2012, č.j. ÚOHS-S631/2011/VZ-3443/2012/510/Ash, a toto rozhodnutí potvrdil. Správní orgán prvního stupně svým rozhodnutím zamítl návrh stěžovatele podaný podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006, o veřejných zakázkách, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

[2] Předmětem řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „ÚOHS“) bylo přezkoumání úkonu zadavatele veřejné zakázky – Povodí Moravy, s.p., při zadávání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „Poradenská a koordinační činnost pro dotační programy ze strukturálních, mezinárodních a národních fond“ v otevřeném řízení. Předmětem veřejné zakázky byly služby spočívající v zajištění pracovního týmu projektu, poradenství v přípravných, koordinačních, projektových a realizačních fázích projektů a pracovní koordinaci činností, které je zadavatel jako příjemce dotace v rámci podmínek jednotlivých programů povinen zajistit v rámci realizace projektu. Předpokládaná hodnota zakázky byla stanovena na 55.000.000 Kč bez DPH. Žalobce podal proti zadávacím podmínkám námitky, které odůvodnil tím, že zadavatel vymezil rozsah požadovaných referencí způsobem zjevně nepřiměřeným ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky, a tím, že zadavatel omezil možnost doložení požadovaných služeb prostřednictvím subdodavatele. Zadavatel námitkám nevyhověl, pročež žalobce podal k ÚOHS návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, o kterém rozhodl ÚOHS výše uvedeným způsobem.

II. Obsah žaloby

[3] Žalobce v úvodu žaloby uvedl, že nesouhlasí se závěry žalovaného, že nejsou důvody pro zrušení nebo změnu rozhodnutí správního orgánu prvního stupně, a konstatoval, že přes závěry obou rozhodnutí je přesvědčen, že zadavatel vymezil rozsah požadovaných referencí nepřiměřeně.

[4] V rovině konkrétních námitek, mimo rekapitulaci obsahu zadávací dokumentace a citace závěrů ÚOHS, namítl, že omezením dodávek prostřednictvím subdodavatelů omezil zadavatel potencionální uchazeče a porušil zákaz diskriminace a ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách, neboť i v části veřejné zakázky spočívající v administraci zadávacích řízení v rámci jednotlivých projektů, u které bylo umožněno plnění subdodavatelem, existuje legitimní zájem zadavatele na zajištění odborné úrovně přímo vybraným uchazečem a v logice žalovaného i zde byl důvod pro vyloučení dodávky subdodavateli. Pokud tak zadavatel neučinil, neměl žádný legitimní důvod vyloučit dodávku subdodavateli v případě dotačního poradenství, neboť administrace zadávacích řízení nemůže být pro zadavatele o nic méně významná než samotné dotační poradenství.

[5] Dále konkrétně brojil proti stanovení kvalifikačních kritérií a nesouhlasil se závěrem žalovaného, že technické kvalifikační předpoklady byly nastaveny způsobem odpovídajícím velikosti, složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky.

[6] Závěrem namítl, že i kdyby každý uvedený bod sám o sobě nebyl diskriminační, tak jejich kumulace vede k omezení potencionálních uchazečů o veřejnou zakázku.

III. Vyjádření žalovaného

[7] Žalovaný ve vyjádření uvedl, že žalobu považuje za vadné podání z důvodu nesprávného označení žalovaného (předseda ÚOHS), který není pasivně legitimován, a žaloba by proto měla být odmítnuta. Dále žalovaný konstatoval, že žalobce pouze opakuje a rozvádí argumenty, které uplatnil ve správním řízení a se kterými se již ÚOHS vypořádal jak v rozhodnutí správního orgánu prvního stupně, tak v rozhodnutí o rozkladu.

[8] V případě námitky nesprávného uplatnění omezení podílu subdodavatelů žalovaný odkázal na obě rozhodnutí s tím, že zadavatel nijak v této souvislosti neporušil zákon a ani jeho zásady. Ani námitka diskriminace v případě technických kvalifikačních předpokladů (daných počtem realizovaných řízení) není podle žalovaného důvodná, neboť kvalifikační předpoklady jsou nastaveny zhruba v rozsahu jedné třetiny až jedné poloviny předmětu veřejných zakázek, které zadavatel zahrnul do předmětu plnění veřejné zakázky. Diskriminační není podle žalovaného ani kumulace obou omezení, neboť žalovaný měl za prokázané, že zadavatel měl zájem o navázání smluvního vztahu s dodavatelem, který bude schopen řádně plnit předmět veřejné zakázky a který bude mít relevantní zkušenosti s obdobně rozsáhlým předmětem plnění.

IV. Posouzení věci krajským soudem

[9] Krajský soud v Brně na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první, s.ř.s.), jakož i řízení předcházející jeho vydání. Dospěl k závěru, že žaloba **není důvodná**, že napadená rozhodnutí žalovaného **byla vydána** v souladu se zákonem.

[10] Z obsahu správního spisu považuje soud za nutné zrekapitulovat následující. Zadavatel vypsal nadlimitní veřejnou zakázku s názvem „Poradenská a koordinační činnost pro dotační programy ze strukturálních, mezinárodních a národních fond“. Předmětem veřejné zakázky byly služby spočívající v zajištění pracovního týmu projektu, poradenství v přípravných, koordinačních, projektových a realizačních fázích projektů a pracovní koordinaci činností, které je zadavatel jako příjemce dotace v rámci podmínek jednotlivých programů povinen zajistit v rámci realizace projektu. Předpokládaná hodnota zakázky byla stanovena na 55.000.000 Kč bez DPH.

[11] Ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel předpokládal realizace projektů s podporou z dotačních programů v následujícím rozsahu a struktuře a požadoval následující počet již realizovaných projektů:

Předpokládaná výše dotace	Předpokládaný počet projektů	Technické kvalifikační předpoklady
0-10 mil. Kč	4	
11-20 mil. Kč	6	
21-50 mil. Kč	5	> 30 mil. Kč – 5 projektů
51-100 mil. Kč	5	> 50 mil. Kč – 3 projekty
101-200 mil. Kč	2	> 150 mil. Kč – 1 projekt
201-500 mil. Kč	3	

1.025-2.810 mil. Kč	25	> 450 mil. Kč v 9 projektech
---------------------	----	------------------------------

[12] Dále ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel předpokládal potřebu administrovaných zadávacích řízení v následujícím rozsahu a struktuře a stanovil následující technické kvalifikační předpoklady:

Druh zadávacího řízení	Předpokládaný počet případů	Technické kvalifikační předpoklady
Veřejná zakázka malého rozsahu	10	4
Zjednodušené podlimitní řízení	8	4
Otevřené podlimitní řízení	7	4
Otevřené nadlimitní řízení	6	3
Jednací řízení bez uveřejnění	1	3
Jednací řízení s uveřejněním	1	
Užší řízení podlimitní	6	1
Užší řízení nadlimitní	6	
Soutěž o návrh	1	1
Soutěžní dialog	1	
<i>Celkem</i>	<i>47</i>	<i>20</i>

[13] Zároveň zadavatel ke shora uvedeným technickým kvalifikačním předpokladům uvedl, že uvedené služby musely být poskytnuty v „posledních“ třech letech. Délka nabízené zakázky byla v zadávací dokumentaci stanovena na tři roky s opcí na jeden další rok. Dále k technickým kvalifikačním předpokladům zadavatel uvedl, že předmětem požadovaných úspěšných zakázek v hodnotě více než 150 mil. Kč (1 zakázka) a v hodnotě více než 50 mil. Kč (3 zakázky) má být poradenství při zpracování žádosti o dotaci ze strukturálních fondů Evropské unie; v případě pěti zakázek v hodnotě více než 30 mil. Kč mělo být předmětem poskytování služeb se zaměřením na administraci a realizaci projektů v rámci strukturálních fondů Evropské unie. Zadavatel uvedl, že je možno prokazovat i více služeb (tedy jak poradenství, tak administraci současně). Při požadavku na prokázání dvaceti služeb, jejichž předmětem bylo provedení administrací zadávacích řízení, připustil zadavatel prokázání kterýmkoliv typem zadávacího řízení (stavební práce, dodávky, služby).

[14] V případě první žalobní námítky, tedy připuštění možnosti realizovat část zakázky subdodavateli, soud z bodu 10.2.1 zadávací dokumentace zjistil, že zadavatel vyloučil plnění prostřednictvím subdodavatelů pro služby spočívající v samotném dotačním poradenství, dotačním managementu a administraci a realizaci projektů, jež jsou součástí plnění předmětu veřejné zakázky. Naopak umožnil plnění subdodavateli v případě poskytování právních služeb nebo poskytování služeb expertů a konzultantů v oblasti vodního hospodářství.

[15] Z obsahu správního spisu soud dále zjistil, že žalobce dne 8. 12. 2011 podal námítky proti zadávací dokumentaci, ve kterých (v souvislostech podané žaloby) brojil proti technickým kvalifikačním předpokladům s tím, že rozsah referencí je zjevně nepřiměřený ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náležitosti veřejné zakázky. V podrobnostech poukázal s uvozením „např.“ na minimální rozdíly mezi otevřeným podlimitním a nadlimitním řízením, dále na vyloučení možnosti prokazovat reference subdodavateli a na

výjimečnost soutěže o návrh. K namítaným skutečnostem odkázal na porušení zákazu diskriminace. V návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (který jeho námitky zamítl) ze dne 28. 12. 2011 v podstatě uvedené argumenty zopakoval a pouze doplnil, že za kumulativního splnění podmínek, tj. rozsahu požadovaných referencí a vyloučení možnosti jejich prokázání prostřednictvím subdodavatele, se jedná o diskriminační postup zadavatele, odporující § 6 zákona o veřejných zakázkách. V rozkladu, kterým žalobce napadl zamítavé rozhodnutí správního orgánu prvního stupně, žalobce setrval na námitkách, které uvedl v návrhu ze dne 28. 12. 2011, a dále namítl, že přezkum správním orgánem prvního stupně probíhal izolovaně u každé otázky samostatně, byť stěžovatel namítal rozpor se zákazem diskriminace především v důsledku kumulace obou podmínek zadavatele.

[16] Konečně ani v žalobě se žalobce nijak neodchýlil od své původní argumentační linie. O jednotlivých žalobních námitkách uvažil soud následovně.

[17] V první řadě brojil stěžovatel proti vyloučení plnění některých technických kvalifikačních předpokladů subdodavateli. Ve své argumentaci vychází žalobce z toho, že administrace zadávacích řízení nemůže být pro zadavatele o nic méně významnější než samotné dotační poradenství, a proto neměl zadavatel žádný legitimní důvod omezit plnění prostřednictvím subdodavatelů pouze v rámci dotačního poradenství. Dle žalobce je zcela legitimní zájem zadavatele na tom, aby byly i služby spočívající v administraci zadávacích řízení poskytovány na odborné úrovni přímo vybraným uchazečem, a zadavatel měl tedy vyloučit plnění prostřednictvím subdodavatelů i pro tuto část veřejné zakázky.

[18] Soudu není vůbec zřejmé, z čeho žalobce vychází při svém tvrzení a závěru, že část veřejné zakázky spočívající v zajištění administrace veřejné zakázky lze plnit prostřednictvím subdodavatelů. Jak již soud výše uvedl, z bodu 10.2.1 naopak zřetelně vyplývá, že zadavatel umožnil plnění subdodavateli pouze v případě poskytování právních služeb nebo poskytování služeb expertů a konzultantů v oblasti vodního hospodářství a naopak pro administraci a realizaci projektů plnění prostřednictvím subdodavatelů výslovně vyloučil. Postupoval tedy přesně tak, jak ve své žalobě navrhoval žalobce. Soud tedy nevidí rozpor mezi požadavky žalobce na to, jaká plnění měla být připuštěna k plnění subdodavateli a obsahem zadávací dokumentace. Ani žalovaný ve svém rozhodnutí netvrdí, že by v případě administrace a realizace projektů bylo připuštěno plnění subdodavateli. Naopak. Sám žalobce cituje napadené rozhodnutí, ve kterém je uvedeno, že zadavatel „*umožnil plnit prostřednictvím subdodavatele pouze ty části předmětu plnění veřejné zakázky, jež spočívají v poskytování právních služeb či poskytování služeb expertů a konzultantů v oblasti vodního hospodářství.*“ Není tedy ani zřejmé, v čem spatřuje žalobce diskriminaci a porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[19] Pouze na okraj považuje soud za vhodné, a to s ohledem na tvrzený diskriminační charakter kombinace více kritérií, poukázat na to, že v průběhu správního řízení žalobce v souvislosti s uvedenou námitkou tvrdil diskriminaci vyloučením subdodavatelů v různých souvislostech. V námitkách a v návrhu ke správnímu orgánu prvního stupně namítal jako diskriminační omezení prokazování referencí subdodavateli (přičemž se fakticky domáhal možnosti prokázat splnění referencí subdodavateli). V rozkladu namítal jako diskriminační vyloučení možnosti využití subdodavatelů pro zásadní část veřejné zakázky bez specifikace. A konečně v žalobě naopak tvrdí, že je diskriminační umožnění plnění části veřejné zakázky

subdodavateli (jakkoliv plnění subdodavateli bylo v žalobcem namítané části vyloučeno). Správní soudnictví je ovládáno principem plné jurisdikce a soud přezkoumává žalobou napadené rozhodnutí a stejně tak řízení, které předcházelo jeho vydání, pouze v intencích žalobních námitek. Žalobce je oprávněn v žalobě měnit svá předchozí tvrzení a to do té míry, že může v žalobě dokonce uplatnit skutečnosti, které netvrdil v řízení před správním orgánem. Pro soud je proto podstatné to, co žalobce tvrdí v žalobě, nikoliv skutečnosti a důvody, ze kterých napadal ať už samotnou veřejnou zakázku, nebo rozhodnutí o námitkách, případně rozhodnutí správního orgánu prvního stupně.

[20] Jelikož žalobní námitka tak, jak byla u soudu uplatněna, není rozporná s obsahem zadávací dokumentace, nemohl jí soud vyhovět a shledal ji proto jako nedůvodnou.

[21] Druhá námitka spočívala v nesouhlasu s hodnocením vlivu technických kvalifikačních předpokladů na možnost omezení přístupu potencionálních soutěžitelů k účasti na veřejné zakázce.

[22] Soud opětovně zdůrazňuje, že rozhodnutí žalovaného přezkoumává toliko ve vztahu k důvodům uplatněným v žalobě. V druhé žalobní námitce žalobce vyjádřil svůj nesouhlas se závěry žalovaného. Blíže jej odůvodnil pouze tím, že důvod, proč stanovení technických kvalifikačních předpokladů neodpovídá velikosti, složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky, mj. spočívá v tom, že existuje pouze minimální rozdíl mezi otevřeným řízením podlimitním a nadlimitním a zadavatel přesto požaduje sedm služeb s použitím otevřeného řízení. Námitka žalobce je ve zcela obecné rovině, přičemž platí, že obsah námítky a kvalita jejího zdůvodnění předurčuje zároveň i podrobnost vypořádání námítky.

[23] Stanovení technických kvalifikačních předpokladů je bez pochyby bodem, který může zadavatel veřejné zakázky buď otevřeně, nebo skrytě využít k omezení přístupu potencionálních soutěžitelů k veřejné zakázce. V této souvislosti žalobce případně poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, který se zabýval právě otázkami diskriminace. Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku uvedl mimo jiné, že „[s]amotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci.“, přičemž za podstatné považuje zdejší především navazující část odůvodnění, ve které Nejvyšší správní soud uvedl, že „[k]rajský soud tedy správně vyslovil v napadeném rozsudku právní názor, podle něhož za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je „zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky“, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez

takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.

Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Má-li Nejvyšší správní soud parafrázovat své předchozí rozhodnutí, nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností - ostatně právo není matematika -, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat (srov. rozsudek NSS ze dne 10. 11. 2005, č. j. 1 Afs 107/2004 - 48, publikováno jako č. 869/2006 Sb. NSS, který tuto myšlenku aplikoval na doktrínu zneužití práva v daňové oblasti).

V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“ poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky (srov. shora cit. Sdělení Komise k výkladovým otázkám ...). Restriktivní výklad skryté diskriminace je dále podporován i tím, že - kromě podmínky zjevné nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky - musí být též zřejmé, že v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřeně nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Takto nastavené kvalifikační předpoklady totiž již neplní jakoukoliv rozumnou ekonomickou funkci, ale v rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách brání konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli. Jak totiž správně uvedl krajský soud, někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.“

[24] V souvislostech citovaného rozhodnutí a s mírou obecnosti, která je dána předloženou žalobní námitkou, přistoupil k hodnocení věci i zdejší soud. Z výše rekapitulovaného obsahu zadávací dokumentace vyplývá, že při minimálním čerpání dotací ze strukturálních fondů očekával zadavatel získání prostředků v objemu 1.025.000.000 Kč a reference požadoval v minimálním objemu od 450.000.000 Kč v případě, že by soutěžitel uplatňoval reference za 9 samostatných projektů, tedy ve výši cca 44 %. Při maximální možné kombinaci projektů by postačovalo soutěžiteli prokázat reference pouze ve výši od 330.000.000 Kč, tedy ve výši cca. 32 %. Při maximálním čerpání dotací ze strukturálních fondů očekával zadavatel získání prostředků ve výši 2.810.000.000 Kč, přičemž reference jsou stejné, tedy 450.000.000 Kč / 330.000.000 Kč. Reference tak představují 16 %, resp. 12 %. Počet projektů, ve kterých měly být získány referenční hodnoty zakázek, byl od devíti (1 x 150mil, 3 x 50mil, 5 x 50mil) do pěti (1 x 150mil, 3 x 50mil, 1 x 30mil), což představuje 36 % (9 z 25), resp. 20 % (5 z 25) plánovaných projektů čerpání dotací. V případě celkového počtu zadávacích řízení, který zadavatel plánoval realizovat (47 řízení), požadoval doložit realizaci 43 % (20 řízení). V případě jednotlivých druhů řízení požadoval doložit pouze ve dvou případech realizaci více než poloviny zamýšleného počtu řízení, a to u otevřeného řízení podlimitního (57 % - 4 řízení

realizovaná/ 7 zamýšlených) a u jednacího řízení bez uveřejnění (300 % - 3 řízení realizovaná/ 1 zamýšlené).

[25] Ve zcela obecné rovině neshledal soud, že by technické kvalifikační předpoklady byly jak co do objemu realizovaných dotací, tak co do počtu realizovaných výběrových řízení nastaveny tak, aby byly jakkoliv přehnaně disproporční ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti předpokládané zakázky, neboť požadované reference dosahovaly maximálně cca. 40% plánovaného objemu veřejné zakázky. Nastavení technických kvalifikačních předpokladů plně odpovídalo zjevnému zájmu zadavatele, aby se soutěže účastnily zejména ty subjekty, které poskytují jak dotační poradenství, tak i administraci dotačních projektů. Zájem zadavatele na komplexní „dodávce“ služeb souvisejících s čerpáním dotací ze strukturálních fondů je s ohledem na maximální možný objem čerpaných dotací, tj. téměř 3.000.000.000 Kč, podle názoru soudu legitimní ekonomickou úvahou, protože nastavení technických kvalifikačních předpokladů musí odpovídat této ekonomické úvaze. Soud nehledal, že by v obecné rovině byly tyto technické kvalifikační předpoklady excesivní.

[26] Zároveň z takto nastavených technických kvalifikačních předpokladů, ani ze samotné veřejné zakázky a jejich okolností, není přímo zřejmé, že v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů.

[27] Žalobce sice v rozkladu tvrdil, že zadavatel fakticky znepřístupnil účast v zadávacím řízení pro drtivou většinu subjektů podnikajících v předmětu veřejné zakázky, nicméně toto tvrzení jednak v rozkladu nijak blíže nedoložil a dále v žalobě ani nezopakoval ani blíže nerozvedl. Skrytá diskriminace prostřednictvím technických kvalifikačních předpokladů může typicky probíhat tak, že jedno, nebo některá kritéria jsou nastavena zjevně nepřiměřeně k potřebám zadavatele tím způsobem, aby je mohl splnit pouze limitovaný počet soutěžitelů (viz např. citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008, kdy Česká národní banka omezila prostřednictvím jednoho z technických kvalifikačních předpokladů soutěž pouze pro tři velké dodavatele elektrické energie), nebo může probíhat tak, že je sice použito kritérium, které na první pohled plně odpovídá potřebám zadavatele a bylo by možno označit ho také za projev legitimní ekonomické úvahy zadavatele, ale jak zadavatel, tak i obvykle i případní soutěžitelé ví, že takové kritérium může splnit jediný soutěžitel, nebo jejich limitované množství (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62Ca 15/2009 „CZECH RADAR a ostatní proti ÚOHS“, kdy technickým kvalifikačním kritériem byla realizace obdobné zakázky - instalace zařízení na měření rychlosti a monitorování průjezdů na červené světlo, v době, kdy toto kritérium mohl splnit jediný subjekt).

[28] V souzené věci by se teoreticky mohlo jednat o variaci na druhou možnost, kdy sice technické kvalifikační předpoklady samy o sobě nezavdávají pochybnost o možné diskriminaci, ale vzhledem k oběhu zakázky by i při procentuálně nízké výši referenci mohlo dojít k omezení soutěže, pokud by objem referencí v absolutních číslech omezoval možnost účasti na veřejné zakázce.

[29] Úkolem ÚOHS ve věcech tvrzené diskriminace nemůže být pouze hodnocení samotných technických kvalifikačních předpokladů, ale i v případech, kdy se jeví technické kvalifikační předpoklady ve vztahu k samotné zakázce jako akceptovatelné, ověřit při jejich

absolutizaci možné omezení soutěže, jak konečně ÚOHS činil např. ve věci posuzované u Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62Ca 15/2009 „CZECH RADAR a ostatní proti ÚOHS“

[30] Nicméně, jak již soud konstatoval, zůstával žalobce ve správním řízení v rovině zcela obecných tvrzení. I za této situace by soud očekával, že ÚOHS alespoň v řízení o rozkladu (ve kterém námitka omezení soutěže zazněla nejzřetelněji) provede obecné hodnocení dopadu samotných technických kvalifikačních kritérií v jejich absolutní hodnotě na možnost omezení soutěže. Takové hodnocení v rozhodnutí žalovaného absentuje. Přesto soud nepovažuje za nutné rušit napadené rozhodnutí a vracet věc žalovanému z tohoto důvodu k dalšímu řízení, neboť žalobce byl v žalobě ještě více obecný a sporoval pouze hodnocení jednotlivých technických kvalifikačních předpokladů, případně jejich spojený vliv. V této souvislosti neshledal soud jeho žalobní námitky důvodné. Soud považuje za nutné zdůraznit, že v případech, kdy se jedná o zakázky velkého objemu, bude počet soutěžitelů, kteří mají s obdobnými zakázkami zkušenosti a jsou schopni takové zakázky administrovat, limitně nižší. Samotný charakter zakázky proto může představovat určité „síto“, v jehož důsledku bude omezen i počet samotných soutěžitelů, kteří se mohou o takovou zakázku ucházet, a zároveň objem zakázky odůvodňuje i zvýšené nároky zadavatele. Proto z těchto zvýšených nároků nelze v obecné rovině dovozovat diskriminaci. Diskriminační by bylo, kdyby objem zakázky nebyl od určité výše ve vztahu ke složitosti poradenství a administrace již rozhodující, což ale ani žalobce netvrdí.

[31] Pouze *obiter dictum* na dokreslení celé situace soud z veřejně dostupných zdrojů (<http://www.dotaceeu.cz/cs/Informace-o-cerpani/Seznamy-prijemcu>) zjistil, že v letech 2008 až 10. 2011 bylo realizováno více než 300 projektů s čerpáním dotací v hodnotě vyšší než 150.000.000 Kč (požadována 1 reference), dále nad rámec uvedených 300 projektů bylo realizováno dalších více než 700 projektů (tedy celkem více 1.000 projektů) s čerpáním dotací v hodnotě vyšší než 50.000.000 Kč (požadovány 3 reference), a konečně nad rámec uvedených 1.000 projektů bylo realizováno dalších více než 700 projektů s čerpáním dotací v hodnotě vyšší než 30.000.000 Kč (požadováno 5 referencí). V uvedeném období tedy bylo realizováno více než 1.700 projektů, ze kterých teoreticky mohly pocházet reference i pro posuzovanou veřejnou zakázku. Toto množství představuje ve vztahu k požadovaným referencím násobně vyšší hodnoty a lze se důvodně domnívat, že na zpracování takového množství projektů muselo nutně participovat větší množství subjektů zabývajících se poradenstvím a administrací takových projektů. Pokud by, jak tvrdí žalobce, byla nastavením technických kvalifikačních kritérií omezena možnost ucházet se o uvedenou zakázku, pak při odborných schopnostech žalobce, který podniká v oblasti dotačního poradenství a administrace projektů od roku 2007 (<http://www.enovation.cz/o-nas>), mělo být v jeho možnostech jasně vymezit, jakým konkrétním způsobem, tedy v prospěch kterých subjektů, byla zakázka vytvořena, resp. ve prospěch kterých subjektů byla soutěž omezena.

[32] Žalobce dále namítal, že k omezení soutěže nevedla pouze obě vytýkaná, nesprávně použitá kritéria, ale zejména jejich kombinace. Ani této námitce nelze vyhovět. Skutečnosti, které žalobce vytýkal v žalobě, nemohou být vnímány jako diskriminační, neboť sám žalobce si v případě kritéria omezení subdodavatelů odporoval. Ani v obecné rovině ale soud nepovažuje kombinaci kritérií spočívající v omezení možnosti plnit část předmětu zakázky prostřednictvím subdodavatelů a stanovení kvalifikačních technických předpokladů, které nelze prokázat subdodavatelsky, za diskriminační. Zdejší soud již výše odkazoval na rozsudek

Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008, ze kterého vyplývá důraz na svobodu zadavatele nastavit kritéria veřejné zakázky tak, aby odpovídala legitimní ekonomické úvaze zadavatele (srov. *V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“ poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky.*). V souzené věci neshledal soud nijak excesivní nebo jasně vybočující z oprávněných potřeb dané zakázky požadavek zadavatele na poskytnutí jednotného plnění jediným soutěžitelem a zároveň s ohledem na rozsah zakázky (tj. předpokládaná výše čerpaných dotací a počet výběrových řízení) nepovažoval soud za excesivní ani požadavek na prokázání odborné zkušenosti s realizací většího počtu výběrových řízení v krátkém časovém rozpětí tří let.

V. Shrnutí a náklady řízení

[33] Soud s ohledem na shora uvedené neshledal jakoukoliv nezákonnost v postupu žalovaného ani správního orgánu prvního stupně a za této situace soudu nezbylo než žalobu jako nedůvodnou zamítnout podle ustanovení § 78 odst. 7 s.ř.s., neboť rozhodnutí netrpí nezákonností.

[34] Výrok o nákladech řízení má oporu v ustanovení § 60 odst. 1 s.ř.s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce v řízení úspěšný nebyl, proto mu právo na náhradu nákladů řízení nepřísluší. Žalovanému, který měl v řízení plný úspěch, však žádné náklady spojené s tímto řízením nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly, proto soud rozhodl, že žádný z účastníků právo na náhradu nákladů řízení nemá.

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

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 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 22. července 2015

JUDr. Jaroslava Skoumalová
předsedkyně senátu