



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně Daniely Zemanové, soudkyně Michaely Bejčkové a soudce Zdeňka Kühna v právní věci žalobkyně: **Masarykova univerzita**, se sídlem Žerotínovo nám. 617/9, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 22. 5. 2012, čj. ÚOHS-R33/2012/VZ-8820/2012/310/ASc, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 18. 9. 2014, čj. 30 Af 80/2012-65,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se zamítá.**
- II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Řízení u správního orgánu

[1] Rozhodnutím ze dne 3. 2. 2012 shledal žalovaný, že žalobkyně při zadávání veřejné zakázky porušila zákaz diskriminace, což mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dopustila se tak správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Veřejná zakázka (zhotovení projektové dokumentace pro investiční akce) se vztahovala k souboru staveb v areálu Univerzitního kampusu Bohunice Masarykovy univerzity s předpokládanými náklady ve výši dvou

miliard korun českých; předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila sedmdesát devět milionů korun českých. Žalobkyně podmínila splnění technických kvalifikačních předpokladů tím, že dodavatel prokáže zkušenosti s realizací předmětu veřejné zakázky u nejméně tří staveb, z nichž alespoň dvě byly nadlimitními veřejnými zakázkami. Veřejná zakázka se vnitřně členila na několik výkonových fází; pro prokázání schopnosti splnit činnosti uvedené v 1. až 4. a dále v 9. výkonové fázi přitom podle žalovaného postačovalo předložit reference u staveb, které nebyly nadlimitní veřejnou zakázkou. Žalobkyně tak formulací technických kvalifikačních předpokladů vytvořila neopodstatněnou překážku pro uchazeče, kteří by jinak byli schopni prokázat způsobilost ke splnění předmětu veřejné zakázky. Za to jí byla uložena pokuta ve výši 300 000 Kč.

[2] Rozklad, který žalobkyně podala proti tomuto rozhodnutí, zamítl předseda žalovaného svým rozhodnutím ze dne 22. 5. 2012 a rozhodnutí vydané v prvním stupni potvrdil.

II. Rozhodnutí krajského soudu

[3] Krajský soud v Brně vyhověl žalobě podané proti rozhodnutí o rozkladu a zrušil nejen toto rozhodnutí, ale i rozhodnutí vydané v prvním stupni; žalovanému přitom vytkl nesprávné právní posouzení a s tím související nedostatečně zjištěný skutkový stav věci. Žalovaný nevyvrátil tvrzení žalobkyně, podle něž byly jednotlivé výkonové fáze (1. až 9.) vzájemně propojeny; nebylo proto namístě rozdělit předmět veřejné zakázky, jak žalovaný naznačoval, a naopak bylo logické, že žalobkyně jako zadavatelka vztáhla stejné technické kvalifikační předpoklady na všechny výkonové fáze. Žalovaný pominul i to, zda se zkušenosti s projektovými a inženýrskými činnostmi pro přípravu nadlimitních veřejných zakázek na stavební práce skutečně věcně netýkají všech výkonových fází.

[4] V té souvislosti žalovaný nezkoumal, jaká je situace na daném trhu, včetně dopadů na jednotlivé dodavatele; nedůvodně tak rezignoval na zjišťování skutkového stavu a na provedení důkazů navržených žalobkyní (ty přitom dokládají, že nabídku byli schopni podat i další dodavatelé). K závěru o skryté diskriminaci je nezbytné, aby kvalifikační předpoklady byly vskutku excesivní a aby v jejich důsledku mohli veřejnou zakázku splnit jen někteří z potenciálních uchazečů, kteří by k tomu jinak byli objektivně způsobilí. Veřejná zakázka v projednávané věci byla zcela mimořádná, a proto žalobkyně zvolila relativně vysokou úroveň technických kvalifikačních předpokladů; to však odpovídalo její ekonomické úvaze, kterou žalovaný řádně nezpochybnil.

III. Kasační stížnost a vyjádření žalobkyně

[5] Žalovaný (dále jen „stěžovatel“ nebo „úřad“) v kasační stížnosti vznesl námitku nesprávného posouzení právní otázky podle § 103 odst. 1 písm. a) soudního řádu správního (s. ř. s.). Stěžovatel v napadeném rozhodnutí dospěl k jasnému závěru o oddělitelnosti jednotlivých výkonových fází veřejné zakázky, resp. o tom, že spolu jednotlivé výkonové fáze nesouvisejí. Tento závěr však není pro věc stěžejní: i kdyby předmět veřejné zakázky mohl být rozdělen na části, neměnilo by to nic na tom, že zadávací podmínky byly stanoveny diskriminačně. Stěžovatel v napadeném rozhodnutí připustil, že zadavatelka by mohla fakultativně rozdělit předmět veřejné zakázky na části; z toho neplyne, že

pokračování

zadavatelka porušila zákon, nevyužila-li této možnosti. Krajský soud posunul jádro věci do poněkud odlišné roviny, neodpovídající podstatě posuzovaného případu.

[6] Nepříléhavá je rovněž výtku krajského soudu, podle které měl stěžovatel zjišťovat konkrétní situaci na trhu či zkoumat dopady na jednotlivé dodavatele. Stěžovateli nepřísluší kompletně analyzovat trh soutěžitelů o veřejnou zakázku, ostatně z rozsudku není zřejmé, v jakém rozsahu by tak měl činit. Stěžovatel proto navrhl, aby byl rozsudek krajského soudu zrušen a věc mu byla vrácena k dalšímu řízení.

[7] Žalobkyně ve vyjádření ke kasační stížnosti souhlasila s krajským soudem v tom, že z napadeného rozhodnutí neplyne jasný závěr ohledně oddělitelnosti jednotlivých výkonových fází. Od tohoto závěru se přitom odvíjí posouzení, zda byla, či nebyla kvalifikace nastavena diskriminačně, a zda tedy žalobkyně spáchala, či nespáchala správní delikt. Sám stěžovatel ve své dosavadní rozhodovací praxi (žalobkyně tu označila konkrétní rozhodnutí) nepřipouští rozdělení předmětu veřejné zakázky, jejíž jednotlivá plnění na sebe úzce navazují. Odůvodněný je i požadavek krajského soudu na ověření situace na příslušném trhu: z reakcí potenciálních zájemců o zakázku, které žalobkyně oslovila, totiž vyplývá, že důvodem jejich neúčasti byly kapacitní důvody. Zde žalobkyně opět poukázala na jiné rozhodnutí stěžovatele, které označilo dostatečně široký okruh potenciálních zájemců o zakázku za významné hledisko pro posouzení přiměřenosti dotčeného technického kvalifikačního předpokladu.

IV. Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[8] Úvodem Nejvyšší správní soud konstatuje, že stěžovatelova kasační stížnost sice detailně rekapituluje odůvodnění napadeného rozsudku a především opakuje obsáhlé pasáže ze správních rozhodnutí vydaných v prvním i druhém stupni, ale na vlastní výtky krajského soudu reaguje poměrně stručně. Stěžovatel i v kasační stížnosti setrvává na tom, že věc posoudil správně; má za to, že krajský soud se zaměřil spíše na podružné aspekty jeho argumentace (v případě vzájemného propojení jednotlivých výkonových fází) nebo že od něj žádá úkoly, které stěžovateli nepřísluší (v případě zkoumání situace na daném trhu). Podle Nejvyššího správního soudu jsou však výtky krajského soudu příléhavé a stěžovatelova argumentace trpí vadami, pro které jeho rozhodnutí nemůže obstát.

IV. a) Vzájemná souvislost jednotlivých výkonových fází

[9] Není pravda, že by úřad dospěl k jasnému závěru o oddělitelnosti jednotlivých výkonových fází veřejné zakázky, resp. o tom, že spolu jednotlivé výkonové fáze nesouvisí. V prvním stupni se touto otázkou explicitně nezabýval; uvedl však (bod 24 rozhodnutí úřadu), že v případě činností uvedených v první, druhé, třetí, čtvrté a deváté výkonové fázi neshledal žádný specifický dopad na jejich výkon vyplývající z existence zákona o veřejných zakázkách, a že je proto nadbytečné, aby dodavatelé měli pro výkon těchto činností zkušenosti s jejich realizací u nadlimitních stavebních veřejných zakázek.

[10] Z toho podle Nejvyššího správního soudu plyne, že i podle samotného úřadu byl požadavek žalobkyně, aby dodavatelé měli aspoň dvě zkušenosti s realizací staveb,

kteřé byly nadlimitními veřejnými zakázkami, oprávněný ve vztahu k páté, šesté, sedmé a osmé výkonové fázi. Ačkoliv úřad ze svého odlišného náhledu na tyto dvě množiny výkonových fází (1. - 4. a 9. fáze versus 5. - 8. fáze) výslovně nic nedovodil, připustil tím mlčky, že by při plnění veřejné zakázky měli či mohli působit dva dodavatelé odlišných kvalit: jeden vysoce kvalifikovaný pro fázi 5. - 8., a jeden „obyčejně“ kvalifikovaný pro fáze předcházející a navazující. Ostatně jak sám úřad podotkl v bodě 26 svého rozhodnutí, *„nelze konstatovat, že by výkon jednotlivých etap musel u stavby vždy vykonávat pouze jediný subjekt“*.

[11] Proti tomu žalobkyně brojila v rozkladu; poukazovala na rozhodovací praxi úřadu, která se přiklání k tomu, že veřejná zakázka zahrnující jednak zpracování projektové dokumentace, jednak výkon inženýrských činností by neměla být rozdělována na dvě samostatné veřejné zakázky. Podle žalobkyně na sebe všechny fáze nejen úzce navazují, ale jsou vzájemně propojené a neoddělitelné. Žalobkyně zdůraznila i svou povinnost hospodárně nakládat s veřejnými prostředky, zejména ve vztahu k zakázce tohoto rozsahu a složitosti; zmínila se přitom o hranici definující v rozhodné době nadlimitní veřejnou zakázku (tato hranice představovala 8 % z hodnoty staveb, k nimž se vztahovala veřejná zakázka v této věci).

[12] Předseda úřadu dal žalobkyni za pravdu (bod 27 rozhodnutí o rozkladu) v tom, že oddělení obou skupin výkonových fází je sice v praxi možné, působí však praktické obtíže (spočívající ve vzájemné koordinaci a v autorskoprávní ochraně). Oddělení inženýrských činností od činností projekčních navíc může vést ke snížení efektivity a zvýšení nákladů. Přesto však nelze úzkou provázanost fází 5. - 8 na straně jedné a 1. - 4. a 9. na straně druhé chápat jako jejich absolutní neoddělitelnost (bod 28 rozhodnutí o rozkladu). Jelikož odpověď na otázku oddělitelnosti jednotlivých fází není jednoznačná, měla žalobkyně jako zadavatelka zmírnit své požadavky na prokázání technického kvalifikačního předpokladu (například požadovat zkušenosti s realizací nikoli pouze nadlimitních veřejných zakázek nebo snížit jejich počet). Pokud by žalobkyně využila možnosti rozdělit veřejnou zakázku na části a zároveň dovolila dodavatelům ucházet se pouze o konkrétní část předmětu plnění, mohla by omezit probíraný přísný kvalifikační požadavek pouze na výkonovou část pátou až osmou, takový postup je však fakultativní (bod 31 rozhodnutí o rozkladu).

[13] Z této rekapitulace je zřejmé, že ani úřad, ani předseda úřadu nezaujali k otázce oddělitelnosti jednotlivých fází jasný názor, jak stěžovatel tvrdí v kasační stížnosti. Předseda úřadu připustil, že všechny fáze jsou úzce provázány a že žalobkyně nebyla povinna rozdělit veřejnou zakázku na části; byl si vědom i právních a ekonomických nevýhod, které by případné rozdělení veřejné zakázky nejspíš přineslo. V zájmu zachování celistvosti zakázky pak navrhl řešení, které se ale jeví spíše rozpačitě. Žalobkyně podle něj mohla požadovat zkušenosti s realizací nikoli pouze nadlimitních veřejných zakázek; právě to ale žalobkyně udělala, neboť požadovala zkušenosti alespoň se třemi zakázkami, z nichž alespoň dvě (tedy nikoli všechny) byly nadlimitní. Dále prý žalobkyně mohla snížit počet požadovaných nadlimitních veřejných zakázek, s nimiž má uchazeč zkušenosti. Žalobkyně ovšem nežádala více než dvě nadlimitní zakázky; snížit jejich počet by znamenalo požadovat jen jednu. Žalobkyně přitom vysvětlila (a soud považuje toto

pokračování

vysvětlení za logické), proč je pro ni zkušenost uchazeče se dvěma nadlimitními zakázkami cennější než zkušenost jediná.

[14] Stěžovatel tak svým rozhodnutím vyvolal pochybnost, jak měla žalobkyně správně postupovat, pokud nechtěla dělit veřejnou zakázku na části (to ostatně ani podle stěžovatele nemusela) a pokud zároveň (aby jako veřejný zadavatel dostala svým povinnostem řádného hospodáře a dosáhla řešení, které je ekonomicky efektivní) žádala od uchazeče vyšší záruku úspěšného splnění své veřejné zakázky (v podobě dvou zkušeností s nadlimitními veřejnými zakázkami). Posledně zmíněný požadavek žalobkyně byl přitom podle soudu rozumný a plně oprávněný. Ani stěžovatel nepopřel, že investiční akce, k níž se veřejná zakázka vztahovala, je svou nákladností, rozsahem a komplexností mimořádná. Stěžovatel uznal vysoce odborný charakter výkonových fází 5. - 8. a netvrdil, že by je zvládl i uchazeč bez dvou zkušeností s nadlimitními veřejnými zakázkami; současně ale naznačoval, že pro ostatní fáze se žalobkyně měla spokojit s uchazečem méně zkušeným. To by ovšem znamenalo dělení zakázky, které ani podle stěžovatele nebylo namístě.

[15] Stěžovateli se v kasační stížnosti nepodařilo účinně zpochybnit závěry krajského soudu. Otázka oddělitelnosti či provázanosti jednotlivých výkonových fází podle něj není stěžejní; v tom se ovšem mylí, protože odpověď na tuto otázku by buď žalobkyni umožnila uzavřít smlouvu s jediným dodavatelem, nebo by ji přinutila nejprve spolupracovat s jedním (méně zkušeným) dodavatelem, poté věc předat druhému (zkušenějšímu) dodavateli a konečně v poslední fázi (spolupráce při uvádění staveb do provozu) se opět vrátit k prvnímu dodavateli. Stěžovatel prohlásil, že i kdyby předmět veřejné zakázky mohl být rozdělen na části, neměnilo by to nic na tom, že zadávací podmínky byly stanoveny diskriminačně. Postoj žalobkyně však mířil právě k tomu, že zakázka nemohla být rozdělena, a stěžovatel toto její tvrzení nevyvrátil. Nemůže tedy uspět s argumentem vystavěným právě na premise, jejíž správnost neprokázal.

[16] Krajský soud netvrdil, že by stěžovatel vytýkal žalobkyni nerozdělení předmětu veřejné zakázky na části; v tom si stěžovatel jeho závěry špatně vyložil. Krajský soud zdůraznil, že rozdělení veřejné zakázky na části je namístě tehdy, pokud plnění v rámci jednotlivých částí budou svým charakterem odlišná a navzájem nesouvisející. Argumenty ve prospěch této varianty stěžovatel nepřinesl; potrestal však žalobkyni v podstatě za to, že pro některé (pouze pro některé) výkonové fáze neuplatnila mírnější požadavky (které ovšem mohly oslovit jen uchazeče nezpůsobilé zhostit se 5. - 8. výkonové fáze, takže ve výsledku by celá investiční akce musela mít dva hlavní dodavatele a ti by se ve svých úkolech střídali).

[17] Závěrem lze k této námitce připomenout právní názor Nejvyššího správního soudu vyslovený v jeho rozsudku ze dne 5. 6. 2008, čj. 1 Afs 20/2008-152 (publikovaném pod č. 1771/2009 Sb. NSS). Při stanovení kvalifikačních předpokladů musí mít zadavatel prostor pro legitimní ekonomickou úvahu; shledat skrytou diskriminaci je možné jen tam, kde jsou kvalifikační předpoklady skutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky. Nic takového ovšem v projednávané věci prokázáno nebylo.

IV. b) Zkoumání trhu uchazečů o veřejnou zakázku

[18] Podle druhé kasační námitky není stěžovatel povinen zkoumat trh uchazečů o veřejnou zakázku a instrukce krajského soudu v tomto směru považuje za nejasné.

[19] I ve vztahu k této námitce má Nejvyšší správní soud za to, že stěžovatel neporozuměl výtce krajského soudu. Krajský soud poukázal na tvrzení žalobkyně, podle něž důvodem pouhé jediné nabídky (od uchazeče, se kterým žalobkyně nakonec uzavřela smlouvu) nebyly nepřiměřené či se zakázkou bezprostředně nesouvisející kvalifikační předpoklady, ale situace na trhu v roce 2009. Dále krajský soud zdůraznil, že zadávací dokumentaci si vyzvedl větší počet zájemců a žalobkyně předložila vyjádření tří společností, které by se o zakázku podle svých slov mohly ucházet, kdyby v rozhodné době nebyly vytiženy jinými projekty, resp. kdyby se o ní dozvěděly dříve.

[20] Pochybení spatřoval krajský soud v tom, že se stěžovatel řádně nezabýval těmito skutečnostmi, které mu byly v řízení předloženy (a které si i sám dílčím způsobem zjišťoval před zahájením řízení ve věci správního deliktu). Krajský soud nepobízел stěžovatele k tomu (jak kasační stížnost naznačuje), aby zkoumal trh vymezený územím celé Evropské unie a všechny potenciální zájemce, kteří by se tu mohli vyskytovat. Pouze považoval za potřebné, aby stěžovatel znovu zvážil svůj závěr o diskriminačním charakteru kvalifikačních předpokladů při vědomí toho, že výzva k podávání nabídek oslovila i další konkrétní uchazeče, kteří však nabídku neučinili nikoli kvůli příliš přísným požadavkům žalobkyně, ale z důvodů jiných, ze strany žalobkyně neovlivnitelných. S těmito úvahami krajského soudu se Nejvyšší správní soud ztotožňuje.

[21] Shodně s krajským soudem považuje Nejvyšší správní soud za nesprávné vývody stěžovatele, který ve faktu, že byla podána jediná nabídka, spatřuje potvrzení nadměrné přísnosti stanovených kvalifikačních předpokladů. Tato skutečnost přitom může mít různé příčiny; některé z nich označili i potenciální uchazeči oslovení žalobkyní. Vysloveně spekulativní je pak stěžovatelova úvaha, podle níž byl požadavek na zkušenosti se dvěma nadlimitními veřejnými zakázkami stanoven účelově, aby jej mohl splnit pouze jediný uchazeč. Stěžovatel sám to označuje za domněnku, resp. za možnou domněnku. Takovou domněnku jistě může chovat, ale není správné ji používat jako argument (byť podpůrný) pro závěr o tom, že byl spáchán správní delikt.

V. Závěr a náklady řízení

[22] Nejvyšší správní soud proto neshledal kasační stížnost důvodnou a zamítl ji podle § 110 odst. 1 s. ř. s.

[23] O nákladech řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s., podle něž 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. Stěžovatel nemá právo na náhradu nákladů řízení, protože se svou kasační stížností neuspěl; úspěšné žalobkyni pak v tomto soudním řízení nevznikly žádné náklady.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

pokračování

V Brně dne 16. prosince 2015

Daniela Zemanová
předsedkyně senátu