



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně Zuzany Bystřické a soudců Mariana Kokeše a Martina Kopy v právní věci

žalobce: **EGEM s.r.o.**, IČO: 63886464
sídlem Novohradská 736/36, 370 01 České Budějovice

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

za účasti osoby
zúčastněné na řízení: **ČEZ Distribuce, a.s.**, IČO: 24729035
sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín
zastoupená Mgr. Martinem Kramářem, LL.M., advokátem
sídlem Křížovnické náměstí 193/2, 110 00 Praha

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23. 8. 2022, č. j. ÚOHS-25258/2022/161

takto:

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

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Žalobce se podanou žalobou domáhá zrušení v záhlaví citovaného rozhodnutí, kterým předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda ÚOHS“) zamítl rozklad žalobce a potvrdil správnost rozhodnutí žalovaného ze dne 30. 5. 2022, č. j. ÚOHS-18131/2022/500/Alv. Žalovaný tímto rozhodnutím zamítl návrh žalobce ze dne 25. 2. 2022 na uložení nápravného opatření podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „ZZVZ“), související se zadáváním sektorové veřejné zakázky „Projektové dokumentace pro energetiku II – liniové stavby vnn, rozvodny vnn a transformovny vnn/vn“, zadávané osobou zúčastněnou na řízení (dále též „zadavatel“) formou jednacího řízení s uveřejněním, jejíž zahájení bylo následně uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 26. 7. 2021 pod ev. č. Z2021-026730 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 7. 2021 pod ev. č. 2021/S 143-381516 (dále jen „veřejná zakázka“). Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 15. 2. 2022 podle § 245 odst. 2 ZZVZ odmítl námitky žalobce proti zadávacím podmínkám obou částí veřejné zakázky, jelikož byl přesvědčen, že vymezil zadávací podmínky transparentně a přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu zadávané veřejné zakázky, ostatně obdobným způsobem postupoval již v předchozích zadávacích řízeních, jichž se i účastnil žalobce. Žalobce se svým návrhem domáhal toho, aby žalovaný uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.
2. Zadavatel veřejnou zakázku rozdělil na dvě části, v každé z nichž měly být uzavřeny rámcové dohody s až 20 účastníky na dobu 48 měsíců na vyhotovení projektových dokumentací k liniovým stavbám (část I. veřejné zakázky) a rozvodovným a transformátorům (část II. veřejné zakázky), přičemž jednotlivé dílčí veřejné zakázky by měly být zadávány na základě elektronických aukcí (avšak mimo režim § 120 a § 121 ZZVZ), ve kterých byla jako ekonomicky nejvýhodnější nabídka vyhodnocena nabídka s nejnižší nabídkovou cenou. V předmětné veřejné zakázce tedy zadavatel upravil rámcové podmínky pro podání nabídek do jednotlivých elektronických aukcí, přičemž pro nyní projednávanou věc jsou stěžejní zadávací podmínky týkající se mechanismu stanovení nabídkových cen.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

3. Ve včas podané žalobě (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s. ř. s.“), splňující též ostatní podmínky řízení (§ 65, § 68 a § 70 s. ř. s.), žalobce navrhl krajskému soudu, aby rozhodnutí žalovaného zrušil.
4. Žalobce předně namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí pro nedostatek důvodů, neboť předseda ÚOHS vůbec nevypořádal námitku zastropování nabídkových cen na úrovni mediánu nabídkových cen projektových dokumentací v obdobných plněních. Žalobce pak namítá nezákonnost napadeného rozhodnutí ze tří důvodů. Zaprvé měl předseda ÚOHS nesprávně posoudit diskriminační dopady zadávacích podmínek veřejné zakázky, neboť jejich formulace má umožňovat zadání jednotlivých dílčích předmětů plnění „napřímo“ mimo zadávací řízení. Znění zadávacích podmínek, zejména způsob určení nabídkových cen se zavedením cenových stropů, má totiž odradit seriózní dodavatele od podání nabídek v jednotlivých elektronických aukcích. Druhým důvodem nezákonnosti je nedostatečné zohlednění dominantního postavení zadavatele na relevantním trhu, které ve spojení s neurčitým způsobem stanovení nabídkové ceny s významným prvkem libovůle znamená, že dodavatelé jsou postaveni před rozhodnutí „ber nebo nech být“ s vědomím, že určitá část dílčích veřejných zakázek pro ně nebude rentabilní. Zatřetí pak předseda ÚOHS dle žalobce nedostatečně a nesprávně zohlednil skutkový stav, především způsob stanovení

základu nabídkové ceny, a vycházel pouze z vyjádření zadavatele, čímž porušil i zásadu rovnosti. Napadeným rozhodnutím taktéž došlo k zásahu do legitimního očekávání žalobce, neboť předseda ÚOHS v rozhodnutí ze dne 13. 9. 2022, č. j. ÚOHS-28616/2022/161 shledal totožný mechanismus stanovení nabídkové ceny jako netransparentní (i v této věci byla zadavatelem osoba zúčastněná na řízení).

III. Vyjádření žalovaného a osoby zúčastněné na řízení

5. Žalovaný ve vyjádření k žalobě uvádí, že trvá na závěrech napadeného rozhodnutí a považuje jej za správné a zákonné. Konkrétně konstatuje, že se předseda ÚOHS dostatečně vyjádřil k námitkám vyjádřeným v rozkladu proti rozhodnutí žalovaného, přičemž žalobní námitky se částečně shodují s námitkami v rozkladu a v návrhu na přezkum úkonů zadavatele, a proto ve svém vyjádření k nim průběžně odkazuje na příslušné pasáže odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí i prvostupňového rozhodnutí žalovaného. K prvnímu žalobnímu bodu žalovaný uvádí, že neshledal zadávací podmínky diskriminačními ani netransparentními. K namítanému dominantnímu postavení zadavatele, zapříčiňující závislost dodavatelů na veřejných zakázkách jím zadávaných, žalovaný zdůrazňuje, že tomuto odpovídá obdobná potřeba zadavatele předmětná plnění zadat k provedení. Proto lze důvodně očekávat, že maximální nabídkové ceny stanovené v jednotlivých elektronických aukcích budou pro dodavatele rentabilní a akceptovatelné. Skutečnost, že účast dodavatelů v elektronických aukcích není povinná, podle žalovaného nevylučuje, že se zadavateli určité plnění nepodaří tímto způsobem zadat. Alternativní způsob zadání dílčích veřejných zakázek, v čemž žalobce spatřuje obcházení zákona, bude podle žalovaného spíše znamenat vyšší náklady pro zadavatele. Obavy žalobce, že zadavatel bude dílčí veřejné zakázky zadávat v jednacím řízení bez uveřejnění, žalovaný nesdílí i z toho důvodu, že stanovení neakceptovatelných (cenových) podmínek zadavateli automaticky neumožňuje použití jednacího řízení bez uveřejnění.
6. K druhému žalobnímu bodu žalovaný upozornil na skutečnost, že ve fázi rámcové dohody nejsou nákladové parametry konkrétních dílčích veřejných zakázek známy, načež je pro zadavatele objektivně obtížné podrobněji vymezit podmínky stanovení nabídkové ceny. Zadávací podmínky proto žalovaný shledal jako dostatečně určité pro účast dodavatelů v zadávacím řízení. Skutečnost, že zadávací podmínky negarantují rentabilitu provedení dílčí veřejné zakázky, žalovaný neshledal diskriminační a doplnil, že je to naopak zadavatel, kdo se vystavuje riziku, že se do elektronické aukce nepřihlásí žádný z dodavatelů. K třetímu žalobnímu bodu žalovaný obecně uvádí, že skutkový stav byl zjištěn v souladu s požadavky zákona. Míra neurčitosti zadávací podmínky upravující metody stanovení nabídkové ceny nedosáhla intenzity porušení zákona.
7. Osoba zúčastněná na řízení ve svém vyjádření uvádí, že žalobní námitky spočívají toliko v nekonkrétních spekulacích ohledně budoucího postupu zadavatele při zadávání dílčích veřejných zakázek mimo režim ZZVZ, což ale z podstaty věci není způsobilé založit nesprávnost napadeného rozhodnutí. Osoba zúčastněná na řízení podotýká, že i při zadání dílčích plnění (po neúspěšné elektronické aukci) bude povinna dodržovat povinnosti stanovené ZZVZ, přičemž zadání konkrétní dílčí veřejné zakázky bude předmětem případného přezkumu žalovaného. Námitky netransparentnosti zadávacích podmínek jsou nedůvodné, neboť způsob stanovení nabídkové ceny je v sektoru projektování liniových staveb a souvisejících plnění zaužívaný a obvyklý, přičemž zadavatel upozorňuje, že téměř stejný způsob použil i v zadávacím řízení na předchozí rámcové dohody v roce 2018,

účastníkem těchto zadávacích řízení pak byl i žalobce. Výhrady žalobce k cenovým stropům osoba zúčastněná na řízení považuje za absurdní, k zavedení cenových stropů vedly legitimní důvody (zamezení *bid-riggingu* v oblasti energetických staveb) a při jejich nastavení zadavatel vycházel ze znaleckých posudků. Jelikož bude dílčí veřejná zakázka zadána dodavateli, který nabídl ekonomicky nejvýhodnější nabídku, není povinností zadavatele zajistit, aby každý dodavatel mohl realizovat veřejnou zakázku se ziskovou marží. Pokud by naproti tomu byla maximální nabídková cena stanovena tak nízko, že by zadavatel neobdržel žádné nabídky, žádný z dodavatelů by však nepřišel o obchodní příležitost. Cenové stropy nevytvořily bezdůvodnou překážku hospodářské soutěži, o čemž vypovídá velký počet obdržených předběžných nabídek. Dle osoby zúčastněné na řízení jsou závěry žalovaného v napadeném rozhodnutí správné a náležitě odůvodněné, žalovaný řádně zjistil skutkový stav v souladu se zásadou efektivity řízení, žaloba je proto nedůvodná.

IV. Posouzení věci soudem

8. Krajský soud přezkoumal, za splnění podmínek dle § 51 odst. 1 s. ř. s. bez nařízení jednání, v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) napadené rozhodnutí předsedy ÚOHS, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného, včetně řízení předcházející jejich vydání, a dospěl k závěru, že žaloba **není důvodná** (§ 78 odst. 7 s. ř. s.).
9. Před posouzením důvodnosti žaloby krajský soud považuje za podstatné zdůraznit, že žalobní námitky se částečně obsahově překrývají s námitkami uplatněnými žalobcem v průběhu řízení o jím podaném rozkladu a návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele. Jedná se tak v mnoha ohledech o pokračující polemiku žalobce s právním názorem žalovaného, přičemž v žalobě se žalobce vymezuje i proti závěrům předsedy ÚOHS, který právní závěry žalovaného aproboval jako věcně správné. Nejedná se tedy sice o zcela totožné námitky, které byly použity v rozkladu, nicméně zůstává zachováno argumentační schéma. Z toho důvodu také krajský soud při jejich vypořádání bude odkazovat na relevantní argumentaci žalovaného, resp. předsedy ÚOHS obsaženou v odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí.

IV. a) Nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí

10. Krajský soud se předně zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí. Je-li totiž rozhodnutí správního orgánu nepřezkoumatelné, lze jen stěží uvažovat o jeho přezkumu správním soudem, což ostatně vyplývá již z lingvistické stránky věci, kdy nepřezkoumatelné rozhodnutí prostě nelze věcně přezkoumat. Žalobce spatřuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v nedostatku důvodů, konkrétně v tom, že v bodu 41. napadeného rozhodnutí absentují bližší úvahy předsedy ÚOHS ohledně zákonnosti manipulace zadavatele s cenovou základnou pro stanovení nabídkové ceny. Dále žalobce uvedl, že předseda ÚOHS i žalovaný sice ve správním řízení vycházeli i z podkladů z řízení vedeném pod sp. zn. S0673/2021/VZ, nezohlednili však vyjádření relevantních účastníků trhu, i když na ně žalobce ve svých podáních upozorňoval. Předseda ÚOHS se taktéž vůbec nevyjádřil k rozkladové argumentaci, že stanovování procentuálních cenových stropů se odvíjí od úrovně mediánu předpokládaných investičních nákladů jednotlivých dílčích plnění, což z povahy věci znamená, že dodavatelé budou minimálně v polovině případů nuceni podávat nabídky do elektronických aukcí s podnákladovými cenami.
11. S námitkou nepřezkoumatelnosti se krajský soud neztotožňuje, neboť k tomu, aby rozhodnutí správního orgánu bylo považováno za přezkoumatelné, je mimo jiné nezbytné,

aby z odůvodnění rozhodnutí správního orgánu jednoznačně vyplývalo, že se správní orgán posuzovanou věcí zabýval a neopomenul žádné účastníkovy námitky. Stejně tak z odůvodnění musí plynout vztah mezi skutkovými zjištěními a úvahami při hodnocení důkazů na straně jedné a právními závěry na straně druhé, přičemž takto formulované právní závěry musí být srozumitelné, vnitřně bezrozporné a nacházející oporu právě ve skutkových zjištěních a provedených důkazech. V opačném případě by se jednalo skutečně o rozhodnutí nepřezkoumatelné, neboť by nedávalo dostatečné záruky vylučující libovůli v rozhodovací činnosti správního orgánu. O takový případ se však u žalobou napadeného rozhodnutí předsedy ÚOHS nejedná, o čemž ostatně vypovídá i skutečnost, že tvrzený nedostatek důvodů napadeného rozhodnutí nebránil žalobci v polemice se závěry předsedy ÚOHS.

12. Krajský soud má předně za to, že argumentaci předsedy ÚOHS, uvedenou v bodu 41. napadeného rozhodnutí, je třeba vnímat i v kontextu celého rozhodnutí, kde je přezkoumatelným způsobem uvedeno, proč nebyla za nezákonnou shledána zadávací podmínka upravující možnost zadavatele manipulovat s výši cenové základny, včetně skutečnosti, že zadavatel vycházel z hodnoty mediánu nabídkových cen dle oceňovacích metodik. Krajský soud má za to, že předseda ÚOHS se v bodu 55. napadeného rozhodnutí taktéž vyjádřil ke způsobu stanovení nabídkové ceny jako procentních sazeb z cenové základny typizovaných staveb a neshledal tento způsob nezákonným, včetně případných důsledků této zadávací podmínky. V bodu 58. napadeného rozhodnutí se pak předseda ÚOHS velmi obecně vyjádřil i k námitce nezohlednění výsledků dotazníkového šetření, kdy uvedl, že skutkový stav byl žalovaným zjištěn bez důvodných pochybností. K tomuto krajský soud uvádí, že je třeba v souladu s judikaturou správních soudů přistupovat k rušení správních rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost pouze v extrémních případech, jelikož takový postup účastníkům, včetně žalobce, nepřináší žádný přínos (viz bod [30] usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 12. 2017, č. j. 2 As 196/2016-123, rozhodnutí správních soudů jsou dostupná na <https://www.nssoud.cz>). Krajský soud je taktéž přesvědčen, že tím, že v bodech 38. až 45. napadeného rozhodnutí předseda ÚOHS reagoval na skutková tvrzení žalobce ohledně subjektivity stanovení cenové základny ze strany zadavatele, vypořádal tím i vyjádření respondentů dotazníkového šetření v průběhu správního řízení vedeného pod sp. zn. S0673/2021/VZ, kterými žalobce své žalobní námitky podporoval. Námitku, že předseda ÚOHS zcela pominul skutečnost, že drtivá většina dodavatelů stanovila své předběžné nabídky na úrovni cenových stropů, je třeba odmítnout, neboť na ni předseda ÚOHS v bodě 49. napadeného rozhodnutí konkrétně reagoval. Námitka nepřezkoumatelnosti je nedůvodná.

IV. b) Mechanismus stanovení nabídkové ceny

13. V prvních dvou žalobních bodech žalobce namítá nezákonnost napadeného rozhodnutí, neboť předseda ÚOHS nesprávně posoudil mechanismus stanovení nabídkové ceny pro podání dílčích nabídek, přičemž dle žalobce zadavatel nastavil zadávací podmínky netransparentně, nepřiměřeně a skrytě diskriminačně, aby si vytvořil podmínky pro zadání dílčích veřejných zakázek mimo hospodářskou soutěž.
14. Krajský soud na úvod poznamenává, že pro obě části veřejné zakázky provedl zadavatel totožnou úpravu zadávacích podmínek, specifika každé z částí veřejné zakázky nemají na posouzení věci vliv, žalobce je ostatně ani nenamítal. V čl. 16 přílohy č. 1 zadávací dokumentace zadavatel nastavil závazný způsob stanovení nabídkové ceny součtem částky procenta ze základního cenového návrhu pro 6 definovaných typů zpracovávaných

projektových dokumentací (dle celkové rozpočtové ceny a v závislosti na veřejnoprávním projednání) a hodinové sazby, přičemž pro všechny sazby současně stanovil maximální a nepřekročitelné hodnoty (dále též jen „cenové stropy“).

15. Ustálená rozhodovací praxe žalovaného i judikatura správních soudů dlouhodobě umožňuje zavedení nejvyšších přípustných nabídkových cen jako legitimní požadavek zadavatelů odůvodněný efektivním využíváním finančních prostředků určených na realizaci veřejných zakázek, dokonce k opatrnosti ve formulaci zadávacích podmínek sama vybízí (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 10. 2018, č.j. 10 As 356/2017-67). V rozsudku ze dne 2. 6. 2016, č. j. 7 As 291/2015-26, pak Nejvyšší správní soud uvedl, že pokud zadavatel stanoví předpokládanou hodnotu veřejné zakázky jako maximální a nepřekročitelnou nabídkovou cenu, byl by oprávněn vyřadit všechny nabídky tuto cenu překračující. Obecně se tedy krajský soud ztotožňuje se závěrem předsedy ÚOHS, že zavedení cenových stropů zadavatelem bylo v souladu se zákonem.
16. Žalobce však současně s odkazem na odpověď zadavatele ve vysvětlení zadávacích podmínek č. 4, která tvoří součást přílohy č. 1 správního spisu, namítal, že cenové stropy byly odvozeny od mediánu cen zjištěných na základě Honorářového řádu ČKAIT, Sazebníku pro navrhování nabídkových cen projektových prací a inženýrských činností, vydaného společností UNIKA, a ceníku ČKAIT PROFESIS, což ze statistického významu mediánu podle jeho názoru znamená, že přibližně u poloviny dílčích veřejných zakázek se skutečná cena plnění pohybuje nad cenovým stropem.
17. Pokud se zadavatel rozhodl pro stanovení cenových stropů pro vypracování projektových dokumentací, musel tak z učinit v souladu se zásadami veřejného zadávání. Krajský soud ze správního spisu zjistil, že zadavatel ve výše zmíněném vysvětlení zadávacích podmínek uvedl: „[n]a základě výše uvedených metod (vycházejících z uvedených ceníků, poznámka krajského soudu) v daném celkovém finančním rozpětí byla sestavena rekapitulace a vypočítána výsledná hodnota % ceny PD z ceny předpokládaných investičních nákladů zakázky. Z uvedených hodnot byl vypočten medián (důvodem výpočtu navrhované výsledné hodnoty mediánu jako statistického ukazatele je skutečnost, že není ovlivněn extrémními hodnotami jako aritmetický průměr)“. Krajský soud souhlasí s názorem předsedy ÚOHS, že zadavatel ve fázi uzavírání rámcové dohody nemohl jednoznačně odhadnout konkrétní celkové náklady bez znalosti konkrétních parametrů dílčího plnění. Snahou zadavatele tedy bylo určit, jaká je „zhruba“ obvyklá částka za vypracování projektových dokumentací u typizovaných liniových staveb a staveb rozvodoven a transformátorů. Jestliže zadavatel vycházel z kvalifikovaných odhadů založených na jednotlivých sazebnících, z nichž vybral prostřední hodnotu (medián), postupoval podle krajského soudu v souladu se zásadou transparentnosti. Námitka žalobce, že skutečná cena zpracování poloviny jednotlivých projektových dokumentací na základě dílčích veřejných zakázek bude z podstaty věci přesahovat cenové stropy, není důvodná, neboť dle krajského soudu účelově za „skutečnou cenu“ konkrétní projektové dokumentace považuje její cenu vypočítanou dle jednoho ze zadavatelem aplikovaných ceníků. Takto však skutečná cena projektové dokumentace zjištěna nebude a žalobce tak zaměňuje cenu odhadovanou pro účely stanovení cenových stropů s cenou, kterou budou účastníci rámcových dohod nabízet v jednotlivých dílčích nabídkách.
18. Pro potřebu výpočtu základního cenového návrhu (dále také „ZCN“) zadavatel definoval termín celkové rozpočtové ceny (dále také „CRC“) jako ocenění zadávacího návrhu, zahrnující veškeré předpokládané náklady stavby, včetně montáže, materiálu, inženýrské

činnosti, plánu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci na staveništi, vkladu a výplaty náhrad věcných břemen, geodetické činnosti, vypínání a případné projektové dokumentace, přičemž bude v průměru odpovídat aktuálním výsledkům výběrového řízení zadavatele v oblasti materiálů, zemních a elektromontážních prací.

19. Samotný základní cenový návrh (ZCN) byl v bodě 3.5 přílohy č. 2 a přílohy č. 3 zadávací dokumentace (dále jen „rámcové dohody“) definován jako součet veškerých předpokládaných nákladů na provedení dílčí stavby (CRC) ponížený o cenu transformátoru, celkové náklady na zřízení věcných břemen s vkladem do katastru nemovitostí, vlastní náklady objednatel (investorská činnost) a náklady, které je možné fakturovat v souladu s ceníkem uvedeným v rámcové dohodě nebo podle skutečnosti.
20. Účastníci pak v průběhu jednacího řízení upravovali své nabídky. Vzhledem ke skutečnosti, že jako ekonomicky výhodnější byly hodnoceny nabídky s nižšími nabídkovými cenami (zadavatel sice taktéž hodnotil předchozí reference účastníků, avšak při zohlednění v souhrnu mnohem nižší váhy tohoto hodnoticího kritéria lze s jistotou tvrdit, že hodnoticí kritérium nabídkových cen bylo stěžejní pro zajištění účasti na rámcové dohodě) a v kombinaci se zmíněnými cenovými stropy a poměrně vysokým počtem (20) potenciálních účastníků každé z rámcových dohod, není překvapivé, že vybraní dodavatelé podali konečné nabídky s nabídkovými cenami na úrovni těchto cenových stropů. Podle názoru krajského soudu toto samo o sobě nevypovídá o netransparentnosti zadávacích podmínek, ale jedná se spíše o racionální reakci dodavatelů, neboť ti budou moci v následných nabídkách do dílčích veřejných zakázek nabídnuté ceny ještě snižovat, v tomto hodnocení se tedy krajský soud ztotožňuje s předsedou ÚOHS.
21. Zadavatel upravit v čl. 7 rámcových dohod postup zadávání dílčích veřejných zakázek na základě rámcové dohody v elektronických aukcích, přičemž jako jediné hodnoticí kritérium stanovil nejnižší nabídkovou cenu (odst. 7.3 rámcových dohod). Konkrétní mechanismus stanovení nabídkových cen dílčích nabídek, proti němuž směřuje významná část žalobních námitek, pak zadavatel upravit v čl. 12 rámcové dohody tak, že nabídková cena se skládá z ceny projektové dokumentace a ceny souvisejících služeb. Cena projektové dokumentace se stanoví jako cena pevná odvozená procentem ze základního cenového návrhu (ZCN), cena souvisejících služeb se pak stanoví buď pevnými částkami dle odst. 10.6 a odst. 10.7 rámcových dohod, nebo na základě přefakturace skutečných nákladů provedených služeb, nebo na základě hodinové sazby, kterou účastníci taktéž vyplňovali do svých nabídek.
22. Žalobce k tomuto mechanismu v žalobě namítá, že stanovení konkrétní celkové rozpočtové ceny (CRC), od níž se odvíjí i nabídková cena za projektovou dokumentaci (procentuální částkou), je nepředvídatelné a subjektivní, tedy netransparentní a v důsledku nedostatečné pro zpracování nabídek. Zadávací podmínky (a vlastně i ust. § 135 odst. 3 ZZVZ) pak dle žalobce reálně dodavatelům neumožňují před podáním dílčích nabídek namítat nesprávně stanovený cenový základ, mimo jiné i proto, že nemají přístup k interním informacím zadavatele, pročez budou postaveni před volbu, zda podají dílčí nabídku s vědomím, že za nabízenou cenu nejsou „reálně“ schopni projektovou dokumentaci vytvořit, či budou od podání dílčí nabídky odrazeni. Žalobce zároveň upozornil, že sám žalovaný tyto závěry potvrdil v rozhodnutí ze dne 13. 9. 2022, č. j. ÚOHS-28616/2022/161, když totožný mechanismus stanovení ZCN a CRC shledal netransparentním, napadené rozhodnutí je tak nezákonné i pro rozpor se zásadou legitimního očekávání dle § 2 odst. 4 správního řádu. Žalobní námitky jsou nedůvodné.

23. Krajský soud vycházel z níže uvedené právní úpravy a zadávacích podmínek.
24. Dle § 36 odst. 1 ZZVZ nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Dle § 36 odst. 3 ZZVZ zadavatel stanoví zadávací podmínky a poskytne je dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
25. Dle § 135 odst. 3 ZZVZ může zadavatel uzavřít smlouvu i před uplynutím lhůty pro podání námitek proti výběru dodavatele postupem s obnovením soutěže mezi účastníky rámcové dohody.
26. Dle § 169 odst. 2 ZZVZ zadavatel postupuje při výběru dodavatelů sektorových veřejných zakázek zadávaných na základě rámcové dohody podle podmínek a kritérií stanovených v rámcové dohodě. Ustanovení § 131 odst. 3, § 133 odst. 1 až 3, **§ 134 až 136 se nepoužijí** (zvýraznění doplněno krajským soudem).
27. V odst. 7.4 rámcových dohod zadavatel stanovil, že *„[z]hotovitel má právo provést kontrolní přepočet ZCN v Rozpočtovacím programu Objednatele. V případě, že tímto přepočtem zjistí, že skutečné ZCN neodpovídá ZCN dle návrhu Dílčí smlouvy, tuto skutečnost sdělí písemně Objednateli do 5 pracovních dnů ode dne doručení návrhu Dílčí smlouvy a toto tvrzení doloží výpočtem za použití Rozpočtovacího programu Objednatele, není povinen Dílčí smlouvu za podmínek dle návrhu uzavřít. Objednatel do 15 pracovních dnů od doručení tohoto sdělení doručí Zhotoviteli upravený návrh Dílčí smlouvy se ZCN dle Rozpočtovacího programu Objednatele nebo stanovisko Objednatele k zaslanému tvrzení doloženého výpočtem v Rozpočtovacím programu Objednatele. Upravený návrh nebo návrh dle stanoviska Objednatele je Zhotovitel povinen přijmout. Náklady kontrolního přepočtu nese Zhotovitel“*.
28. Předně je nutno upozornit, že zadavatel zadával sektorovou veřejnou zakázku (rozdělenou na části), tudíž při výběru dodavatelů nebyl dle § 169 odst. 2 ZZVZ povinen postupovat dle § 134 až § 136 ZZVZ, tudíž poukaz žalobce na ustanovení § 135 odst. 3 ZZVZ hodnotí krajský soud jako nepřiléhavý pro danou věc.
29. Ohledně mechanismu stanovení nabídkových cen (jako procentních sazeb z cenové základny) pak předseda ÚOHS v bodu 55. napadeného rozhodnutí konstatoval, že tuto konstrukci nepovažuje za nejvhodnější, přesto shledal, že tato zadávací podmínka nevybočila z mezí zákonitosti a odkázal na názor Nejvyššího správního soudu v rozsudku ze dne 25. 9. 2019, č. j. 6 As 113/2019-32, bod [20], že stanovení zadávací podmínky netransparentním způsobem automaticky neznamená, že došlo k porušení zákona. Nejvyšší správní soud současně uvedl, že i přesto, že je zadávací řízení vysoce formalizovaným postupem, *„nemůže tato skutečnost sama o sobě vést k závěru, že jakákoli odchylka od očekávaného stavu má mít při zpětném posuzování za následek dovození porušení zákona... V opačném případě Nejvyšší správní soud vyslovuje svou pochybnost nad tím, zda by existovalo zadávací řízení, které by nebylo možno zpětně zpochybnit“*. Lze proto přisvědčit argumentaci předsedy ÚOHS, že pokud zadavatel poptával vytvoření projektové dokumentace na toliko typizované stavby energetické infrastruktury a uzavíral za tímto účelem rámcové dohody, nemohl logicky naprosto přesně odhadnout, jaká procentuální sazba bude v každém konkrétním případě odpovídající předmětu plnění.

30. Lze taktéž odkázat na obecnou tezi, že prakticky každá zadávací podmínka vytváří překážku hospodářské soutěže, neboť jejím účelem je specifikace požadovaného plnění, tj. vyloučení možnosti poskytnout plnění jiné. Tyto teze ovšem samy o sobě nic nevypovídají o tom, zda je určitá podmínka v rozporu s § 36 odst. 1 ZZVZ. Tento rozpor může vyvolat pouze podmínka, která vytváří překážku hospodářské soutěže bezdůvodně. O bezdůvodnosti lze hovořit tehdy, jestliže zadavatel není schopen logicky zdůvodnit (nikoliv nutně již v rámci zadávacích podmínek), proč danou podmínku stanovil, nebo jestliže důvod, který uvedl, daná podmínka nesleduje (buď proto, že není vůbec způsobilá naplnit zadavatelem uvedený cíl, nebo proto, že se podle zjištěných skutkových okolností jedná toliko o zástupný důvod) (viz. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2022, č. j. 8 As 203/2020-168, bod [41], nebo rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 30. 11. 2022, č. j. 31 Af 59/2019-279, bod [34]).
31. Krajský soud se proto neztotožnil s žalobní argumentací, neboť má za to, že výše popsany mechanismus stanovení nabídkových cen nevytváří překážku hospodářské soutěži tím, že by byl netransparentní či nedostatečný pro sestavení dílčích nabídek účastníků rámcových dohod. Zadávací podmínky taktéž obsahují způsob (v čl. 7.4), kterým je možno zkontrolovat cenovou základnu pro stanovení dílčí nabídky pro konkrétní typizovanou stavbu, tato zadávací podmínka z pohledu krajského soudu přispívá ke zvýšení transparentnosti. Krajský soud nesouhlasí s tvrzením žalobce, že ke kontrole ZCN má dodavatel pouze 5 pracovních dnů, když ze zadávací podmínky vyplývá, že zkontrolovat ZCN mohou dodavatelé od zahájení elektronické aukce, a lhůta 5 pracovních dnů je pak navázána až na doručení návrhu dílčí smlouvy na plnění dílčí veřejné zakázky. Dodavatelé tak budou mít jednoznačně více času pro případné provedení kontroly výpočtu ZCN, než tvrdí žalobce

IV. c) Zásada legitimního očekávání

32. Námitku porušení zásady legitimního očekávání krajský soud neshledal důvodnou, neboť předseda ÚOHS v bodě 50. napadeného rozhodnutí odůvodnil rozdílnost svých závěrů odlišným skutkovým stavem posuzované věci od skutkového stavu ve věci řešené pod č. j. ÚOHS-28616/2022/161. Důvodem odlišného závěru ohledně zákonnosti mechanismu stanovení nabídkové ceny byl požadavek, aby účastníci rámcové dohody povinně podávali nabídky na dílčí veřejné zakázky, tj. dodavatelé byli povinováni nabízet pro ně nevýhodné plnění bez možnosti zdržet se konkrétní elektronické aukce. V nyní posuzovaném případě však zadavatel tento požadavek neučinil součástí zadávacích podmínek, krajský soud má tudíž za to, že nebyla porušena zásada legitimního očekávání dle § 2 odst. 4 správního řádu, neboť žalovaný a předseda ÚOHS rozhodovali skutkově odlišný případ.

IV. d) Vytvoření podmínek pro zadání dílčích zakázek mimo soutěž

33. Konečně dle žalobní argumentace měl zadavatel (výše popsaným způsobem) zadávací podmínky záměrně nastavit netransparentně a diskriminačně, aby v jednotlivých elektronických aukcích obdržel buď pouze neproveditelné či pro dodavatele likvidační nabídky, či aby žádné nabídky neobdržel a předpřipravil si tak pozici pro zadání dílčích plnění mimo veřejnou soutěž, a to buď v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 1 nebo odst. 5 ZZVZ, či jako sektorovou podlimitní veřejnou zakázku, o čemž podle žalobce vypovídá i znění čl. 7.2 a 7.7 rámcové dohody. Protiprávnost tohoto postupu pak dle žalobce podtrhuje i dominantní postavení zadavatele na relevantním trhu energetických staveb, kdy na jí zadávaných veřejných zakázkách je většina dodavatelů (včetně žalobce) existenčně

závislá, pročez tyto nevýhodné zadávací podmínky musejí akceptovat a do zadávacího řízení se hlásit.

34. Předseda ÚOHS na toto tvrzení reagoval v bodě 46. napadeného rozhodnutí tak, že za krajně naléhavé okolnosti, nezávislé na vůli zadavatele nelze považovat situaci, v níž zadavatel z důvodu nepřiměřeně nízko nastavených cenových stropů neobdrží žádné nabídky.
35. Krajský soud vycházel z níže uvedené právní úpravy.
36. Dle § 63 odst. 1 ZZVZ může zadavatel použít jednací řízení bez uveřejnění (dále také „JŘBU“), pokud podstatně nezměnil zadávací podmínky oproti předchozímu otevřenému řízení, užšímu řízení nebo zjednodušenému podlimitnímu řízení, v němž a) nebyly podány žádné nabídky nebo žádosti o účast, b) podané nabídky nesplňovaly požadavky zadavatele na předmět veřejné zakázky, nebo c) účastníci zadávacího řízení nesplnili podmínky účasti v žádosti o účast. Dle § 63 odst. 5 ZZVZ zadavatel může použít jednací řízení bez uveřejnění také, pokud je to nezbytné v důsledku krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, a nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení s uveřejněním.
37. Dle § 162 odst. 1 ZZVZ může zadavatel pro zadání sektorové veřejné zakázky použít jednací řízení bez uveřejnění za podmínek uvedených v § 63 odst. 1 bez ohledu na druh předcházejícího zrušeného zadávacího řízení.
38. Žalobní námitka je nedůvodná. Tvrzení žalobce o potencialitě naplnění důvodů pro zadání dílčí veřejné zakázky v JŘBU „vždy“ je nepodložené a předseda ÚOHS se s ním přezkoumatelně vypořádal i s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2022, č. j. 8 As 203/2020-168, neboť zadavatel bude oprávněn využít JŘBU pouze v případě, že *„jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zavineným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách“*. Ustanovení čl. 7.2 a 7.7 rámcových dohod sice umožňují zadat dílčí veřejnou zakázku mimo hospodářskou soutěž, krajský soud však upozorňuje, že zadavatel i tehdy bude vázán zásadami veřejného zadávání dle § 6 ZZVZ. Sama o sobě tato zadávací podmínka není nezákonná, až v případě zadání dílčí veřejné zakázky v JŘBU nebo prostřednictvím uzavřené výzvy lze uvažovat o přezkoumání důvodnosti takového postupu zadavatele.
39. Na toto žalobce reaguje v žalobě tvrzením, že skutečný důvod nepodání nabídek pro případné posouzení nezákonnosti použití JŘBU nebude vždy znám a současně nelze předpokládat, že dodavatelé budou vždy podávat námitky i z důvodu existenční závislosti na zadání dalších dílčích veřejných zakázek a snahou si zadavatele „nezneprátelit“. Od podání námitek pak dodavatele odrazuje i velký počet dílčích veřejných zakázek zadávaných na základě rámcových dohod, proti nimž by podání případných návrhů na ochranu proti nesprávnému postupu zadavatele k žalovanému vyžadovalo složení násobné kauce, jejíž výše by tak vytvořila další překážku pro účinnou procesní ochranu.
40. Tato tvrzení žalobce krajský soud považuje za hypotetickou spekulaci bez opory v zadávacích podmínkách či jednání zadavatele, kterou žalobce předjímá nezákonné chování zadavatele jen na základě toho, že v zadávacích podmínkách stanovil cenové stropy. Krajský soud považuje za velmi nepravděpodobné, že by zadavatel zahajoval časově i ekonomicky nákladné zadávací řízení na uzavření rámcových dohod jen a pouze za tím účelem, aby v dílčích elektronických aukcích neobdržel žádné nabídky a tím si teprve otvíral cestu

k zadání vypracování jednotlivých projektových dokumentací „napřímo“. Jak dále upozornil předseda ÚOHS, zadavatel téměř totožným způsobem (bez zavedení cenových stropů) postupoval i v roce 2018 a k zadávání dílčích zakázek mimo hospodářskou soutěž, zdá se, nedocházelo, jinak by na to žalobce, jako vybraný dodavatel v některých z elektronických aukcích z roku 2018, jistě v žalobě upozornil.

41. K použití JŘBU dle § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ pro neobdržení žádné nabídky odkazuje krajský soud na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 2. 2022, č. j. 6 As 295/2020-143, kde bylo judikováno, že *„pro závěr že nepodání nabídek zapříčinil sám zadavatel, postačuje rozumná míra pravděpodobnosti, že z důvodu nezákonného postupu zadavatele nabídku nepodal byt' jen jediný dodavatel.“*. Pokud žalobce namítá, že „pravděpodobně nikdy nebude znám skutečný důvod nepodání nabídek“, tak krajský soud uvádí, že pokud se bude v případě konkrétní dílčí zakázky cítit poškozen na svých právech, umožňuje mu zákon bránit svá práva prostřednictvím námitek a případně následně ve správním řízení před žalovaným.
42. Krajský soud souhlasí s žalobcem, že obecně zásada zákazu diskriminace stanovuje, že každý kvalifikovaný dodavatel má právo se zúčastnit zadávacího řízení. K porušení této zásady ze strany zadavatele však nedošlo, žalovaný a předseda ÚOHS pak k tomu uvedli, že účastníci rámcových dohod nejsou povinni podávat v jednotlivých elektronických aukcích dílčí nabídky, například i v případě, že zadavatel (teoreticky) podhodnotí ZCN, v důsledku čehož bude vypracování konkrétní projektové dokumentace pro daného dodavatele (třeba i žalobce) nerentabilní. Krajský soud v takovém vyjádření (na rozdíl od žalobce) neshledává popření zásady zákazu diskriminace, neboť je pouze projevem skutečnosti, že zadavatelé nedisponují neomezenými finančními prostředky, protože jsou nuceni je alokovat pro jednotlivá poptávaná plnění, což se může projevit i v tom, že stanoví cenové limity, jejichž překročení by již nemohli vybranému dodavateli za provedené plnění uhradit. Zadavatelé však zároveň riskují, že pokud cenové limity stanoví příliš nízko, neobdrží žádné nabídky, tedy nezajistí své potřeby a budou tedy nuceni zadávací řízení opakovat za (logicky) jiných podmínek, aby již nabídky obdrželi. Pokud žalobce namítá, že tímto přichází o obchodní příležitost, nedochází k tomu (bez dalšího) z důvodu protiprávního jednání zadavatele, ale proto, že žalobce není schopen plnit předmět dílčí veřejné zakázky za maximální cenu, kterou je zadavatel ochoten či schopen uhradit.
43. Lze samozřejmě v hypotetické rovině, protože žalobní námitky jsou taktéž vesměs hypotetické, uvažovat, že by stanovením cenových limitů zadavatel vyloučil z hospodářské soutěže až na jednoho (favorizovaného) všechny kvalifikované dodavatele, pak by došlo k porušení zásady rovného zacházení. K ničemu takovém však v nyní projednávané věci nedošlo, neboť jak již uvedl předseda ÚOHS i žalovaný, k účasti do zadávacího řízení se přihlásil nemalý počet dodavatelů, z čehož lze usuzovat, že cenové stropy nebyly zadavatelem (minimálně pro stanovení obecných podmínek rámcových dohod) stanoveny tak přísně, aby to zavdalo k podezření na porušení zásady rovného zacházení

V. Závěr a náklady řízení

44. Krajský soud proto na základě výše uvedeného žalobu dle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl, neboť není důvodná.
45. 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.

Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta) a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly, protože mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal.

46. O náhradě nákladů osoby zúčastněné na řízení rozhodl krajský soud podle § 60 odst. 5 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. Vzhledem k tomu, že osobě zúčastněné na řízení soud plnění žádné povinnosti neuložil, krajský soud jí náhradu nákladů řízení nepřiznal, neboť jí v souvislosti s plněním povinnosti, uložené soudem, žádné náklady nevznikly, a na náhradu jiných nákladů řízení ze zákona nárok nemá.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 30. října 2023

Zuzana Bystřická v.r.
předsedkyně senátu