



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátu složeném z předsedy Mgr. Milana Procházky a soudců Mgr. Karla Černína, Ph.D., a Mgr. Jana Čížka ve věci

žalobce: **OSBAU s. r. o.**
sídlem Radvanická 2269, 735 41 Petřvald
zastoupeného advokátem Mgr. Tadeuzsem Zientkem
sídlem Stodolní 31, 702 00 Ostrava

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 23. 7. 2024, č.j. ÚOHS-28295/2024/162

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Účastníci řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Střední škola stavební a dřevozpracující Ostrava, příspěvková organizace (zadavatel) zadávala v otevřeném řízení podlimitní veřejnou zakázku „Stavební úpravy části školy pro potřeby Vzdělávacího a výcvikového střediska a umístění sídla Správy silnic MSK v Ostravě-Zábřehu“. Předmětem plnění veřejné zakázky byly, stručně řečeno, stavební

práce. Oznámení veřejné zakázky bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 4. 2023 a bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 4. 2023 pod ev. č. Z2023-013079.

2. Žalobce se o popsanou zakázku zajímal, podával proti zadávacím podmínkám opakovaně námitky, nabídku do zadávacího řízení však nakonec nepodal. V rámci hodnocení nabídek vybral zadavatel jako vítězného uchazeče společnost STASEKO PLUS s. r. o., protože její nabídku posoudil jako ekonomicky nejvýhodnější. Žalobce podal dne 10. 8. 2023 žalovanému návrh na přezkoumání úkonů zadavatele.
3. Rozhodnutím ze dne 21. 5. 2024, č. j. ÚOHS-20666/2024/500, žalovaný rozhodl o žalobcově návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele takto:
 - řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, *zastavil v části*, v níž žalobce namítal nepřiměřenost kvalifikačního požadavku ve vztahu k seznamu stavebních prací a seznamu techniků dle čl. 10.5. zadávací dokumentace, protože zanikly skutečnosti, které měl žalovaný přezkoumat,
 - řízení podle § 257 písm. i) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), *zastavil v části*, v níž žalobce namítal nezákonnost zadávacích podmínek – čl. 10.2 a 10.3 zadávací dokumentace upravujících prokázání základní a profesní způsobilosti, protože zadavatel přijal opatření k nápravě, a
 - návrh podle § 265 písm. a) ZZVZ *zamítl v části*, v níž žalobce namítal nezákonnost zadávací podmínky stanovené v čl. 14.4 zadávací dokumentace, protože neshledal důvody pro uložení nápravného opatření.
4. Rozklad žalobce proti citovanému rozhodnutí zamítl předseda žalovaného rozhodnutím označeným v záhlaví (dále též „rozkladové rozhodnutí“ nebo „napadené rozhodnutí“). Proti němu brojí žalobce u Krajského soudu v Brně žalobou podanou dne 24. 9. 2024.

II. Argumentace žalobce

5. Žalobce navrhuje napadené rozhodnutí zrušit. Namítá jeho nepřezkoumatelnost, protože v prvostupňovém rozhodnutí žalovaný pominul jeho argumenty uvedené ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 22. 4. 2024 stran namítané nemožnosti hodnocení nabídky. I předseda žalovaného přiznal, že se s tím prvostupňové rozhodnutí nevypořádalo a musel to dohánět v napadeném rozhodnutí. To ovšem zakládá překvapivost rozkladového rozhodnutí a takový postup je v rozporu s právem na spravedlivý proces.
6. Dále žalobce nesouhlasí s posouzením postupu zadavatele, který dle žalovaného nemusí ze zadávacího řízení uchazeče vyloučit, ale jeho nabídku nemusí hodnotit. Ano, ZZVZ o tom explicitně nemluví. Zároveň je ale jasné, že podle § 48 ZZVZ se zkrátka uchazeč, jehož nabídka nesplňuje zadávací dokumentaci, vyloučí ze zadávacího řízení. Podle odborné literatury je zadavatel povinen hodnotit nabídku každého účastníka, kterého ze zadávacího řízení nevyloučil. Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-546/16, Montte SL vs. Musikene, na řešenou věc nedopadá, protože se zabýval specifickou španělskou právní úpravou a vůbec neřešil, že by v případě nesplnění minimální úrovně hodnotících kritérií šlo nabídku ponechat, ale nehodnotit.
7. Žalobce dále uvádí, že zadavatel si stanovil v zadávacích podmínkách dvakrát požadavek na zkušenosti stavbyvedoucího – jednou v rámci technické kvalifikace, podruhé v rámci hodnotícího kritéria. Podle žalobce jde v případě hodnotícího kritéria o faktickou

podmínku účasti v zadávacím řízení, navíc netransparentně skrytou v rámci hodnotících kritérií. Žalovaný se na danou podmínku dívá zmatečně, když ji jednou považuje za podmínku účasti, jindy zase za minimální limit v rámci hodnotícího kritéria. Podle žalobce ale zvolený postup neodpovídá zákonu ani judikatuře Soudního dvora Evropské unie (srov. rozsudek ve věci C-199/07, Komise proti Řecku, nebo věc C-532/06, Lianakis). Podle této judikatury jsou vyloučena jako hodnotící kritéria ta, jejichž cílem není určení ekonomicky nejvýhodnější nabídky, ale posouzení vhodnosti uchazečů provést dotčenou veřejnou zakázku.

8. Dále žalobce namítá nezákonné stanovení požadavků pro zkušenosti stavbyvedoucího. V bodu 14.4 zadávací dokumentace definoval zadavatel celkem 10 kumulovaných požadavků týkajících se zkušeností stavbyvedoucího s konkrétním typem zakázky. Tento požadavek byl nepřiměřený ve vztahu k předmětu plnění a důsledkem nesplnění byl jednoho z nich bylo, že nabídku takového uchazeče nebude zadavatel hodnotit. Požadovaná zkušenost rozhodně neznamená, že by vybraný dodavatel bez této zkušenosti nebyl schopen zakázku kvalitně provést. Proto nebylo možné takovouto kvalifikační podmínku vůbec stanovit. Žalovaný z těchto deseti požadavků hodnotil pouze dva (počet podlaží u referenční zakázky a nutnost nepoužívat výtahy) a spokojil se s tím, že mají vztah k předmětu zakázky a že stavbyvedoucí s takovými zkušenostmi by byl pro realizaci zakázky přínosem. Navíc se žalovaný nezabýval tím, že v čl. 10.5 zadávací dokumentace je stanovena podobná podmínka zkušenosti stavbyvedoucího. Žalovaný tvrdí, že to je kvalifikační požadavek pro samotného zadavatele, zatímco dříve zmíněné kumulativní požadavky se týkají jen stavbyvedoucího. Podle žalobce se ve skutečnosti oba požadavky vztahují k osobě stavbyvedoucího.
9. Žalobce také nesouhlasí se způsobem, jakým žalovaný provedl dotazníkové šetření a dotazoval se potenciálních dodavatelů, zda považovali zadávací podmínky za diskriminační. To je právní otázka, na kterou si měl odpovědět sám žalovaný. Navíc odpovědi těchto subjektů nemohou být objektivní, protože mají zájem na tom, aby se zadávací řízení nezrušilo.
10. Žalovaný pochybil též v tom, že přezkumu nepodrobil zadávací podmínky, které zadavatel nakonec (po podání návrhu žalovanému) napravil. Zadavatel si *de facto* počkal, jestli žalobce podá návrh na zahájení řízení, či nikoliv, aby poté podmínky zmírnil. Tímto způsobem se zadavatel choval od počátku zadávacího řízení, protože stanovil nepřiměřeně přísné zadávací podmínky a následně je postupně zmírňoval. Žalobce musel vynaložit nemalé finanční prostředky, aby byly jeho námitky vzaty v potaz. Jde podle něj o zneužití práva ze strany zadavatele. V souvislosti s tím měl žalovaný vrátit žalobci složenou kauci za návrh, jelikož řízení bylo zastaveno pro postup zadavatele.

III. Argumentace žalovaného

11. Žalovaný navrhuje podanou žalobu zamítnout a odkazuje na odůvodnění napadeného rozhodnutí. Na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před soudem.

IV. Posouzení věci krajským soudem

12. Soud rozhodl ve věci samé bez jednání za podmínek § 51 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“), neboť žádná ze stran jednání nepožadovala.
13. Žaloba **není důvodná**.

Právní úprava a judikatura

14. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále „ZZVZ“), se zadávacími podmínkami pro účely tohoto zákona rozumí veškeré zadavatelem stanovené
1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
 2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
 3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
 4. pravidla pro hodnocení nabídek,
 5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku dle § 104 zákona.
15. Podle § 37 odst. 1 ZZVZ, podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit jako
- a) podmínky kvalifikace,
 - b) technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku,
 - c) obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo
 - d) zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.
16. Podle § 39 odst. 1 ZZVZ je zadavatel v průběhu zadávacího řízení povinen dodržet stanovené zadávací podmínky. Pokud pravidla pro průběh zadávacího řízení nejsou stanovena tímto zákonem, přímo použitelným předpisem Evropské unie nebo zadávacími podmínkami, určí je zadavatel v souladu se zásadami podle § 6. Mezi zásady vymezené v § 6 ZZVZ patří především transparentnost a přiměřenost (odst. 1), rovné zacházení a zákaz diskriminace (odst. 2 a 3), a za podmínky, že to bude vzhledem k povaze a smyslu zakázky možné, též zásady sociálně odpovědného zadávání, environmentálně odpovědného zadávání a inovací ve smyslu tohoto zákona (odst. 4).
17. Podle § 39 odst. 2 ZZVZ v průběhu zadávacího řízení zadavatel vybírá z účastníků zadávacího řízení vybraného dodavatele mimo jiné na základě a) posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, a b) hodnocení nabídek.
18. Podle § 39 odst. 4 ZZVZ není-li v tomto zákoně stanoveno jinak, může zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení před hodnocením nabídek nebo až po hodnocení nabídek. U vybraného dodavatele musí zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení a hodnocení jeho nabídky vždy.
19. Podle § 48 odst. 1 ZZVZ zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem nebo z důvodů pro vyloučení nebo odmítnutí nabídky nebo žádosti o účast stanovených přímo použitelným předpisem Evropské unie, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
20. Podle § 73 odst. 6 ZZVZ, pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu

předmětu veřejné zakázky stanovit: a) která kritéria ekonomické nebo technické kvalifikace požaduje a b) minimální úroveň pro jejich splnění.

Skutková zjištění

21. Soud nejprve stručně nastíní skutkový stav, jak vyplynul z napadeného rozhodnutí a ze správního spisu, a to jen v rozsahu potřebném pro následné právní posouzení věci.
22. Předmětem řešené veřejné zakázky byly stavební úpravy části školy, konkrétně mělo jít o vnitřní stavební úpravy 2. NP a 5. – 8. NP internátu Střední školy Stavební a Dřevozpracující v Ostravě. Spolu s tím měl vybraný dodavatel rozšířit areál budovy o 10 parkovacích stání. Zadavatel zdůraznil, že stavební práce budou realizovány za plného provozu objektu. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla 50 835 556 Kč bez DPH.
23. Součástí správního spisu jsou čtyři verze zadávací dokumentace (ZD) - 4. 4. 2023, 24. 5. 2023, 3. 7. 2023 a 25. 8. 2023. Zadavatel ji v průběhu zadávacího řízení měnil, přičemž k poslední změně (ze dne 25. 8. 2023) došlo v reakci na to, že žalobce podal žalovanému návrh na přezkoumání úkonů zadavatele. Soud se při rozboru zadávací dokumentace zaměří primárně na to, co žalobce namítá.
24. Jádrem žalobcovy argumentace stojí na zpochybnění podmínky v čl. 14.4 ZD, která mluví o tom, jaké referenční zakázky má dodavatel doložit ke stavbyvedoucímu a že to následně bude zadavatel hodnotit v rámci hodnotícího procesu. Podle čl. 14.1 ZD v poslední verzi měl zadavatel hodnotit nabídky dle dvou kritérií, a to nabídková cena (90 %) a kvalita týmu – stavbyvedoucí (10 %).
25. Ve verzi ZD ze dne 4. 4. 2023 byl v čl. 14.4 ZD formulován požadavek na stavbyvedoucího takto:

zkušenost s realizací rekonstrukcí staveb o min. šesti nadzemních podlažích (6.NP) jejíž součástí rekonstrukce byly:

 - *ÚT – VYTÁPĚNÍ – Zdravotechnika*
 - *ELEKTRO ROZVODY SILNO A SLABOPROUDÉ*
 - *KLIMATIZACE.*

a práce byly realizované v interiéru budovy za plného provozu budovy, na kterých pracoval v pozici stavbyvedoucí (hlavní stavbyvedoucí) tj. osoby zajišťující denně řízení stavby, a to za posledních 10 let.

Zároveň v tomto článku bylo uvedeno, že pokud uchazeč žádnou takovou referenční zakázku nedoloží, pak jeho nabídku nebude zadavatel hodnotit a uchazeč bude ze zadávacího řízení vyloučen.
26. Verze ZD ze dne 24. 5. 2023 pak upravila detaily týkající se popsané referenční zakázky – např. snížení stavby ze 6. NP na 5. NP, a dále upravila finanční hodnoty referenční zakázky a odpovídající body, které za to uchazeči přičte. I tato verze ZD stále mluvila o tom, že nedoloží-li uchazeč žádnou takovou referenci, jeho nabídka nebude hodnocena a bude vyloučen.
27. Verze ZD ze dne 3. 7. 2023 následně opět drobně upravila referenční zakázku (např. že součástí referenční stavby mělo být stěhování materiálu bez použití výtahu) a stavbyvedoucí měl mít zkušenost se stavbou o:

nejméně pěti nadzemních podlažích (5.NP) kdy pro transport stavebních materiálů nebyly používány v objektu zabudované výtahy. Součástí rekonstrukce musely být práce minimálně tří z pěti níže uvedených profesí, s celkovým finančním objemem minimálně 10 mil. Kč, jejichž koordinaci stavbyvedoucí zajišťoval. Jedná se o uvedené profese

1. ÚT – VYTÁPĚNÍ

2. ZDRAVOTECHNIKA

3. ELEKTRO ROZVODY SILNO A SLABOPROUDÉ,

4. KLIMATIZACE

5. ZDUCHOTECHNIKA

přičemž tyto práce musely být realizovány v interiéru budovy za plného provozu budovy a daná osoba – hlavní stavbyvedoucí tyto zkušenosti získal v posledních 10 letech před zahájením zadávacího řízení a pracoval na pozici stavbyvedoucí (hlavní stavbyvedoucí) a která v případě vyhodnocení nabídky účastníka jako nejvhodnější, bude zastávat pozici osoby odpovědné za realizaci zakázky – **stavbyvedoucí**, tj. stejné osoby, která prokazovala kvalifikaci dle bodu 10.5. bod 2.

Nově článek 14.4 ZD stanovil, že v případě nedoložení reference jen nebude nabídka takového uchazeče hodnocena – o vyloučení tato verze ZD už nemluvila.

28. A konečně verze ZD z 25. 8. 2023 ponechala čl. 14.4 prakticky beze změn.
29. Žalobce si stěžoval na to, že výše popsaná podmínka v čl. 14.4 ZD je podobná té, která je zakotvena v čl. 10.5. Soud ji proto také popíše. V poslední verzi ZD zní relevantní část čl. 10.5 ZD tak, že dodavatel prokazuje splnění technické kvalifikace mimo jiné tím, že u svého stavbyvedoucího musí prokázat toto:
 - *zkušenosti s realizací min. 2 staveb obdobného charakteru, za obdobnou stavbu se považuje rekonstrukce budov jejíž součástí rekonstrukce byly stavební práce TZB (technické zařízení budov) a tyto stavební práce TZB se realizovaly s finančním objemem min. 25 mil. Kč bez DPH/ stavba, jež zajišťovala osoba stavbyvedoucího s denním řízením stavby.*
30. V prvostupňovém řízení provedl žalovaný celkem dvě šetření mezi subjekty působícími na trhu se stavebními pracemi a zeptal se jich hlavně na to, jak vnímají výše popsany čl. 14.4 ZD, zda jej považují za podmínku stanovenou jasně, stručně, srozumitelně, zda je nebo by byla překážkou jejich účasti v zadávacím řízení, zda ji považují za diskriminační a pak na to, jak vnímají souvislost se zadávacím řízením. Celkem žalovaný oslovil 14 společností a jejich odpovědi jsou shrnuté na stranách 9-13 prvostupňového rozhodnutí (první šetření) a na stranách 19-26 prvostupňového rozhodnutí (druhé šetření). Soud udělá jen stručný výtah, neboť to pro posouzení věci není až tak podstatné.
31. Z prvního provedeného šetření vyplynulo, že většina oslovených společností považovala sporné ustanovení čl. 14.4 ZD za dostatečně jasné, přičemž jen menší část v něm shledala určité nejasnosti. Stejně tak převážná většina firem uvedla, že případné pochybnosti by samy o sobě nepředstavovaly důvod k nepodání nabídky. Názory na případnou diskriminační povahu podmínky byly více vyrovnané – pět subjektů ji za diskriminační nepovažovalo, zatímco čtyři v ní spatřovaly nepřiměřený zásah do soutěže či nadbytečné omezení nad rámec technické kvalifikace.

32. Ze druhého šetření vyplynulo, že většina firem nepovažuje samotný počet nadzemních podlaží za významný faktor pro výkon funkce stavbyvedoucího, avšak většina zároveň připouští, že zákaz používání zabudovaných výtahů či nutnost transportu materiálu jiným způsobem praktický výkon stavebních prací komplikuje a zvyšuje nároky na organizaci, bezpečnost a logistiku. V otázce, zda má požadovaná specifická praxe stavbyvedoucího pro investora přínos, byly odpovědi rozdělené – část firem žádný přínos nevidí, část naopak považuje zkušenost s obdobnými rekonstrukcemi za významnou výhodu. Požadavek na takto specifickou praxi by dokázala splnit většina respondentů, přičemž přímé omezení by představoval jen pro menší část firem. Pokud jde o otázku případné diskriminační povahy podmínky, pouze dvě společnosti ji výslovně označily za diskriminační, zatímco většina firem ji za diskriminační nepovažuje či v ní nespatřuje zásadní problém; několik subjektů se nedokázalo jednoznačně vyjádřit.

Napadené rozhodnutí je přezkoumatelné

33. Nejprve se soud musel zabývat námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí. Její příčinou může být buď nesrozumitelnost, nebo nedostatek důvodů. V obou případech však platí, že je potřeba s tímto institutem zacházet obezřetně a vyhradit jeho užití pouze těm případům, kdy vady odůvodnění reálně brání soudu v tom, aby napadené rozhodnutí přezkoumal (ve vztahu k soudním rozhodnutím srov. k nesrozumitelnosti rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 4. 2013, č. j. 6 Ads 17/2013-25, bod [19], k nedostatku důvodů pak usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 12. 2017, č. j. 2 As 196/2016-123, č. 3668/2018 Sb. NSS, body [29] - [30]). Zejména je nutno zdůraznit, že správní orgán, stejně jako soud, není povinen vyvracet jednotlivě každou dílčí námitku, pokud své rozhodnutí jako celek logicky a přesvědčivě odůvodní (srov. nálezy Ústavního soudu ze dne 12. února 2009 sp. zn. III. ÚS 989/08, N 26/52 SbNU 247). Rozhodnutí obou stupňů přitom tvoří jediný celek a navzájem se doplňují (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 2. 2013, č. j. 6 Ads 134/2012-47).
34. Žalobce si stěžoval na to, že na jeho námitky z prvostupňového řízení žalovaný neodpověděl a musel to dohánět až předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí. Konkrétně mělo jít o žalobcovu argumentaci ve vyjádření k podkladům rozhodnutí o tom, že „nehodnotit“ lze jen ty nabídky, které zadavatel vyloučil ze zadávacího řízení. Podle žalobce naopak zadavatel nemůže stanovit skrytou podmínku účasti v zadávacím řízení, a pak neformálně ponechat nabídku bez hodnocení (čl. I odst. 10 doplnění rozkladu ze dne 18. 6. 2024).
35. Na tuto námitku ale žalovaný stručně odpověděl v bodě 96 prvostupňového rozhodnutí tak, že zákon neukládá zadavateli povinnost hodnocení všech nabídek, ani nestanoví povinný postup ohledně nehodnocené nabídky. Zákon ani nepřikazuje takovou nabídku vyloučit. Toto stručnější vyjádření pak rozvedl předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí. Rozhodnutí obou stupňů tvoří podle výše citované judikatury jediný celek a navzájem se doplňují. Napadené rozhodnutí není nepřezkoumatelné jen proto, že více vysvětlilo strohé závěry žalovaného z prvostupňového rozhodnutí. Žalobcová argumentace překvapivostí rozhodnutí a odebráním jednoho stupně přezkumu není důvodná, protože míří na jiné případy. Pokud by předseda žalovaného úplně otočil argumentaci prvostupňového orgánu a rozhodl fakticky v rozporu s původním rozhodnutím, snad by tato polemika byla na místě. Nyní ale předseda žalovaného jen rozvinul to, co tvrdil už prvostupňový orgán.

Zadavatelův postup při hodnocení nabídek byl přípustný

36. Ačkoliv žalobce uplatnil vícero námitek, jádrem sporu je postup zadavatele, který si v čl. 14.4 ZD vyhradil, že může nabídku uchazeče „jen“ nehodnotit, aniž by ji předtím vyloučil. Tím se proto bude krajský soud zabývat jako první.
37. Krajský soud výše citoval relevantní ustanovení ZZVZ, na které nyní v krátkosti poukáže. Mezi zadávací podmínky podle § 28 odst. 1 písm. a) ZZVZ patří mj. podmínky účasti v zadávacím řízení a pravidla pro hodnocení nabídek. Podmínky účasti vymezuje § 37 odst. 1 ZZVZ a typicky jde o podmínky kvalifikace (základní způsobilost, profesní způsobilost, ekonomickou kvalifikaci a technickou kvalifikaci), technické podmínky apod. Podle § 39 odst. 2 ZZVZ vybírá zadavatel z účastníků zadávacího řízení vybraného dodavatele mj. na základě 1) posouzení splnění podmínek účasti a 2) hodnocení nabídek.
38. Nejprve je třeba nastínit jednu poněkud obecnější úvahu ohledně toho, jakou povahu vlastně má požadavek zadavatele na osobu stavbyvedoucího vymezený v čl. 14.4 ZD. Zadavatel se jím evidentně snažil vyjádřit, že vybraný dodavatel musí mít alespoň nějakou minimální zkušenost s realizací stavební rekonstrukce v takových ztížených podmínkách, jaké se předpokládaly u soutěžené veřejné zakázky. Větší množství takových zkušeností pak mělo představovat výhodu při výběru nejvýhodnější nabídky. Podle krajského soudu tak jde o jakýsi hybrid mezi podmínkou účasti a hodnotícím kritériem. Jak vysvětlil žalovaný, zadavatel jím v první řadě stanovil určitý minimální limit či standard na plnění předmětu veřejné zakázky (bod 39 napadeného rozhodnutí). Zadavatel si vyhradil, že nabídku účastníka, který nedodá ani jednu požadovanou referenci, nebude vůbec hodnotit (bod 65 napadeného rozhodnutí). I když tedy nebyla tato podmínka zařazena mezi podmínky účasti, účastníci zadávacího řízení ji tak museli nutně vnímat, a také žalovaný tudíž primárně posuzoval požadavek zadavatele tou optikou, zda splňuje požadavky kladené zákonem na podmínky účasti (bod 48 napadeného rozhodnutí). Ale zároveň plnil požadavek vymezený v čl. 14.4 ZD též roli hodnotícího kritéria, kam byl v zadávací dokumentaci i systematicky zařazen. Účastníci zadávacího řízení tudíž věděli, že mohou doložit i více požadovaných referencí ke svému stavbyvedoucímu, a podle jejich celkového počtu a finanční hodnoty jim zadavatel při hodnocení nabídky přidělí body. Toto hodnocení pak mělo mít z 10 % vliv na výběr nejvhodnější nabídky (bod 5 napadeného rozhodnutí). V důsledku toho, že šlo též o hodnotící kritérium, nebylo možné vůbec uvažovat o tom, že by uchazeč mohl dodatečně dodávat další doklady o požadované referenci ani vyměňovat ty, které mu zadavatel případně neuzná, za jiné. U hodnotících kritérií to zákon zapovídá, jelikož by se tím dal pokoutně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (bod 60 napadeného rozhodnutí).
39. Právě hybridní povaha zadavatelova požadavku na zkušenost stavbyvedoucího s rekonstrukcí ve ztížených podmínkách asi vedla k tomu, že zadavatel poněkud klopotně hledal procesní režim, v němž bude svůj požadavek uplatňovat. Stanovil si, že splnění „běžných“ podmínek účasti vyhodnotí až u vybraného uchazeče (bod 65 napadeného rozhodnutí). Zároveň si asi neuměl poradit s tím, jak by měl hodnotit nabídky, které žádný podklad pro hodnocení jednoho ze dvou hodnotících kritérií neobsahují (tím druhým kritériem byla nabídková cena). Nejspíš proto zvolil zadavatel nestandardní cestu, při které takovéto nabídky fakticky vyloučil ze soutěže, neboť je vůbec nehodnotil. Žalovaný uznal, že takovýto postup se sice „nesetkává s tím, co zákonodárce zamýšlel“, nicméně udržel se v rámci zákona. A ani jeho případná nezákonnost by nedosáhla takové intenzity, aby to

odůvodňovalo zrušení zadávacího řízení (body 55–66 napadeného rozhodnutí). A krajský soud s tímto hodnocením žalovaného souhlasí z důvodů, které vzápětí vysvětlí.

40. Stejně jako žalovaný, i krajský soud si kladl otázku, zda ZZVZ předepisuje zadavateli takový striktní postup, že musí nejdříve posoudit podmínky účasti, poté vyloučit uchazeče, kteří je nesplňují, a až potom může hodnotit nabídky, přičemž musí zhodnotit bezpodmínečně všechny nabídky, které podmínky účasti splnily. Jde skutečně o fáze navzájem neprostupné, nebo může zadavatel z této přímé trajektorie někam uhnout? Podle žalobce jedinou „výhybkou“ je právě vyloučení účastníka zadávacího řízení podle § 48 ZZVZ. Krajský soud dospěl k závěru, že takto přísně zadavatel svázán není.
41. Za prvé, postup zadavatele v zadávacím řízení není přísně formalizovaný. Žádné ustanovení ZZVZ zadavateli neříká, že nejdříve musí u všech uchazečů prozkoumat podmínky účasti, a teprve poté může jejich nabídky hodnotit. Naopak. Podle § 39 odst. 4 ZZVZ může zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení před hodnocením nabídek, nebo i po jejich hodnocení. *„Zadavatel se může např. až po podání nabídek v OŘ rozhodnout, zda bude nejdříve posuzovat splnění podmínek účasti či nejdříve podané nabídky vyhodnotit (např. s ohledem na vyšší počet podaných nabídek) a teprve následně bude posuzovat splnění podmínek účasti u účastníka, který podal dle hodnoticích kritérií nejvýhodnější nabídku, popř. dalších v pořadí...“* A podle téhož zdroje *„zákon dokonce nevylučuje ani to, aby zadavatel nejprve posoudil jen některé podmínky účasti, následně nabídky vyhodnotil a posouzení splnění zbylých podmínek účasti provedl až u vybraného dodavatele“*. (ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVORÁK, David a kol. § 39 [Průběh zadávacího řízení]. In: ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVORÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 289–290, citováno též v bodě 63 napadeného rozhodnutí). Dodejme, že jen pro vybraného dodavatele stanoví § 39 odst. 4 ZZVZ povinnost, že u něj musí zadavatel vždy posoudit splnění podmínek účasti v zadávacím řízení. Mezi fázemi tedy není hierarchický vztah a pro zákonodárce bylo zjevně důležité hlavně to, aby zadavatel nevybral jako vítěznou tu nabídku, která zadávací podmínky nesplňuje.
42. Za druhé, určité flexibilitě vzájemného vztahu fáze posuzování podmínek účasti a fáze hodnocení nasvědčuje znění § 39 odst. 1 ZZVZ, podle kterého nejsou-li pravidla zadávacího řízení určena zákonem, přímo použitelným předpisem Evropské unie, nebo zadávacími podmínkami, určí je zadavatel v souladu se zásadami § 6 ZZVZ. Jak soud vysvětlil v předchozím odstavci, zadavatelův postup není zákonem přesně nalinkován a zadavatel má určitou volnost, aby jej přizpůsobil svým potřebám. Volnost samozřejmě neznamená, že si může dělat cokoli – musí dodržet zásady § 6 ZZVZ.
43. Za třetí, ZZVZ v žádném ze svých ustanovení zadavateli nenařizuje, že musí nabídku uchazeče buď hodnotit, nebo ji vyloučit. Takový postup je jistě standardní – zadavatel posoudí splnění podmínek účasti, nevyhovující nabídky vyloučí, a poté hodnotí jen „ověřené“ uchazeče. Že jde o postup standardní ještě neznamená, že je jediný možný. Ustanovení § 48 ZZVZ, upravující vyloučení účastníka zadávacího řízení, totiž ve většině případů mluví o vyloučení jako o možnosti zadavatele. Podle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ zadavatel může vyloučit účastníka, pokud jeho nabídka nesplňuje zadávací podmínky. Naopak povinnost uchazeče vyloučit je stanovena jen pro uchazeče vítězného – podle § 48 odst. 8 a 9 ZZVZ zadavatel musí vyloučit vybraného dodavatele, je-li jeho nabídka vadná podle tam uvedených kritérií (např. pokud nabídka nesplňuje zadávací podmínky). Toto

rozlišování mezi obyčejným účastníkem a vybraným uchazečem není nahodilé. ZZVZ zjevně počítá s tím, že nesplnění zadávacích podmínek se stává reálným problémem až ve chvíli, kdy je nesplňuje nabídka vybraného dodavatele. Pokud je nesplňuje nabídka uchazeče, který zakázku nevyhrál, nutně vyloučen být nemusí. K tomu se vyjadřuje i odborná literatura (zvýraznění doplnil krajský soud): „Z obsahu celého komentovaného § 48 zcela jasně vyplývá záměr zákonodárce ustoupit od dříve často příliš formalisticky stanoveného nastavení podmínek pro vyloučení účastníků ze zadávacího řízení. Novou právní úpravou tak dochází k určitému uvolnění dříve striktně nastaveného způsobu rozhodování zadavatele o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, a je tak zadavateli poskytnuta větší volnost při rozhodování o vyloučení. To může ve výsledku přispět k celkovému zjednodušení a zrychlení celého procesu zadávání veřejných zakázek. Komentovaný § 48 ve většině případů formuluje vyloučení jako možné, a nikoli jako povinné“ (ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. § 48 [Vyloučení účastníka zadávacího řízení]. In: ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 381).

44. Namítá-li žalobce v té souvislosti, že je § 48 ZZVZ kogentní, pak má částečně pravdu. Dané ustanovení je kogentní v tom, že neumožňuje rozšiřovat důvody pro vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. Rozhodně ale není kogentní v tom, že by zadavateli nařizovalo uchazeče vylučovat.
45. A za čtvrté, ZZVZ *stricto sensu* nepřikazuje zadavateli vyhodnotit nabídky všech uchazečů, které ze zadávacího řízení nevyloučil. Podle § 119 odst. 1 ZZVZ má zadavatel provést hodnocení nabídek podle pravidel pro hodnocení nabídek uvedených v zadávací dokumentaci. Jen z této věty krajský soud nedovozuje stejný závěr, jako to činí žalobcem odkazovaná komentářová literatura, že zadavatel musí vyhodnotit nabídky všech uchazečů, které nevyloučil. Zadavatel v nynější věci nemusel hodnotit všechny nabídky, přesto by tím dodržel pravidla pro hodnocení nabídek v zadávací dokumentaci. S názorem o nutnosti hodnocení všech nabídek lze souhlasit za situace, kdy jde o standardní průběh zadávacího řízení – zadavatel si dopředu nestanoví transparentní možnost nehodnotit nějaké nabídky a následně zničením některé nabídky odmítne hodnotit. V té situaci se ale žalobce nenacházel. Nesmíme zapomínat, že nehodnocení nabídky nebylo žádným překvapivým krokem, o němž by se uchazeč dozvěděl až po vyhodnocení. Zadavatel dopředu avizoval, podle čeho bude nabídky hodnotit a za jakých okolností nabídku naopak hodnotit vůbec nebude. Tedy nastavení čl. 14.4 ZD tak, jak nastaven byl, neodporuje § 119 odst. 1 ZZVZ.
46. Krajský soud je proto spolu se žalovaným přesvědčen o tom, že postup zadavatele v této konkrétní věci není nezákonný a přímo neodporuje žádnému konkrétnímu ustanovení ZZVZ. Zároveň ale jde o postup netradiční a atypický, u něhož je třeba zvážit, zda nemohl zadávací řízení negativně ovlivnit a uchazeče poškodit. Krajský soud se tím dostává k velmi podstatné části rozhodnutí, a to je posouzení, zda se tento kreativní postup zadavatele nějak negativně odrazil v právech žalobce. Bylo důležité, jaké reálné důsledky měl. Dokonce i u podmínek stanovených nezákonně je totiž potřeba mít na paměti, že ne každý rozpor zadávací dokumentace se zákonem musí vést ke zrušení zadávacího řízení (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 1. 2023, č. j. 10 As 23/2021-56).
47. Žalovaný zcela správně vyhodnotil, že nehodnocení nabídky namísto jejího vyloučení nijak nezkracuje účastníka zadávacího řízení na jeho právech. Krajský soud dospěl k témuž

závěru. Žalobce sám nebyl schopen v žádné fázi řízení před žalovaným uvést, jakou konkrétní újmu utrpěl tím, že by jeho nabídku zadavatel nehodnotil, natož obhájit, že by této újmě bylo možno předejít tím, pokud by jej zadavatel vyloučil. Teprve v žalobě se o to žalobce pokouší, když uvádí těchto pět argumentů: 1) podmínka účasti byla netransparentně skryta mezi hodnotícími kritérii, 2) různý procesní režim institutů pro posuzování podmínek účasti a institutů pro hodnocení nabídek, 3) rozpor s judikaturou Soudního dvora Evropské unie, 4) zadavatel jej zbavil možnosti doplnit nabídku o jiného stavbyvedoucího, pokud by toho stávajícího zadavatel shledal nevyhovujícím, a 5) odebral žalobci možnost se bránit proti vyloučení.

48. Pokud jde o netransparentní formulaci zadávací dokumentace, lze se pouze domýšlet, že žalobce zřejmě struktura zadávací dokumentace zmátla a neporozuměl jí. Takovouto námitku ovšem v návrhu neuplatnil, proto se jí žalovaný s ohledem na zákonnou koncentraci řízení nebyl povinen zabývat (bod 43 napadeného rozhodnutí). Přesto tak nad rámec svých povinností učinil a dospěl k závěru, že formulace zadávacích podmínek nikoho pomýlit nemohla (body 44–46 napadeného rozhodnutí). Ani krajský soud by se k této námitce nemusel vyjadřovat, neboť koncentrace řízení před žalovaným se přenáší i do řízení před správními soudy. Nicméně pro zvýšení přesvědčivosti soud dodává, že se s hodnocením žalovaného plně ztotožňuje.
49. Co se týká různého procesního režimu při posuzování podmínek účasti a hodnocení nabídek, žalobce poukázal prakticky jen na jediný rozdíl, a to že zákon klade jiné požadavky na transparentnost odůvodnění u vyloučení uchazeče a u hodnocení nabídek, resp. u výběru dodavatele. Jak ale žalovaný vysvětlil, nehodnocení některých nabídek by měl zadavatel odůvodnit ve zprávě o hodnocení nabídek při popisu hodnocení nabídek [§ 119 odst. 2 písm. c) a d) ZZVZ]. Zavazují ho k tomu základní zásady zákona (§ 6 odst. 1 a 2 ZZVZ). Ze zprávy o hodnocení nabídek by se tedy měl uchazeč dozvědět o důvodech toho, proč jeho nabídka nebyla hodnocena.
50. Žalobcem citovaná judikatura, tj. rozsudky Soudního dvora Evropské unie ve věci Komise proti Řecku, C-199/07, a Lianakis, C-532/06, není přílehlavá. Předně byla tato rozhodnutí vydána za účinnosti dřívějšího zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a dřívější Směrnice Rady 93/98/EHS ze dne 14. 6. 1993, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací. Novější směrnice 2004/18/ES naproti tomu již neobsahuje taxativní výčet kritérií, která mohou veřejní zadavatelé použít k určení hospodářsky nejvýhodnější nabídky. Rozsudky citované žalobcem jsou tak nadále použitelné již jen v tom směru, že volba se může týkat jen kritérií směřujících k určení hospodářsky nejvýhodnější nabídky. Platí však, že *„kvalita provedení veřejné zakázky může záviset určujícím způsobem na profesní hodnotě osob, které jsou pověřeny jejím provedením, přičemž tuto hodnotu tvoří jejich profesní zkušenosti a jejich vzdělání“*, jak uvedl Soudní dvůr v rozsudku ze dne 26. 3. 2015, věc C-601/13 Ambising proti Nersent, v bodě 31. Podobný argument uvedl i žalovaný, přesto žalobce svůj odkaz na shora citovanou judikaturu nevysvětlil a neuvedl, proč je podle něj přílehlavá i za nové právní úpravy. Proto hodnotí soud jeho námitku jako nedůvodnou.
51. Důvodná není ani výtku, že zadavatel svým postupem zbavil žalobce možnosti doplnit nabídku o jiného kvalifikovaného stavbyvedoucího, pokud by toho uvedeného v nabídce vyhodnotil jako nevyhovujícího. To zadavateli zapovídá § 46 odst. 2 ZZVZ, podle nějž po uplynutí lhůty pro podání nabídek nemůže být nabídka měněna, přičemž zákon stanoví,

kdy může být doplněna – např. ji lze doplnit o údaje, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení. S ohledem na to, že reference stavbyvedoucího je předmětem hodnocení, po skončení lhůty pro podávání nabídek by ji opravdu nebylo možné doplnit (byla-li by shledána nevyhovující a žalobce by chtěl dodat jinou). Na tom by nemohlo nic změnit ani to, kdyby skutečně chybějící reference vedla k vyloučení uchazeče.

52. To, že zadavatel odebral žalobci možnost bránit se vyloučení, není pro žalobce nijak poškozující. Ano, vyloučený uchazeč má možnost se proti vyloučení bránit u žalovaného postupem podle § 250 odst. 1 písm. c) ZZVZ. Ale jakýkoliv uchazeč se ve skutečnosti může bránit proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu se ZZVZ a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na jeho právech. Proti nehodnocení své nabídky může brojit námitkami, neboť ty mohou směřovat proti jakémukoliv úkonu či opomenutí zadavatele v zadávacím řízení [§ 241 odst. 1 písm. a) ZZVZ]. A následně může podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele u žalovaného, jako to učinil i žalobce v nynější věci. Žalobce tak má možnost se bránit jak proti pravidlům posuzování podmínek účasti – tedy proti zadávacím podmínkám podle § 250 odst. 1 písm. a) ZZVZ, tak proti samotnému hodnocení nabídek – tedy proti výběru dodavatele podle § 250 odst. 1 písm. d) ZZVZ. Všechny možnosti obrany podle § 250 ZZVZ jsou vzájemně srovnatelné. Krajskému soudu proto uniká, proč by vyloučení uchazeče mělo být z hlediska zachování jeho procesních práv jediným možným postupem.
53. Nebyl-li žalobce jakkoliv zkrácen na svých procesních právech, pak by zadavatelův postup mohl být problematický jen v jednom směru – a to kdyby překvapivě žalobcovu nabídku ignoroval a v hodnocení se tvářil, že neexistuje. To by mohlo nastat například tehdy, pokud by žalobce doložil ke své nabídce požadovanou referenci, ale zadavatel by ji na rozdíl od něj vyhodnotil jako nedostatečnou. Jenže žalobce ve skutečnosti žádnou nabídku nepodal, takže i tato možnost zůstává v rovině čistě hypotetické. A ochrana před hypotetickými zásahy do práv, stejně jako všeobecný dozor nad zákonností výkonu veřejné správy v oblasti veřejných zakázek, nejsou úkolem soudů ve správním soudnictví.
54. Krajský soud tak na závěr shrnuje, že stejně jako žalovaný neshledal postup zadavatele nezákonným, neboť v něm nespátřuje žádnou překvapivost pro uchazeče. Zadavatel upozorňoval už v první verzi čl. 14.4 ZD, že pokud uchazeč nedodá alespoň jednu potřebnou referenci ke svému stavbyvedoucímu, nebude jeho nabídku hodnotit. Spojil to sice v první a druhé verzi ZD s vyloučením uchazeče, to však nemá na posouzení věci žádný vliv. Zadavatel transparentně a dopředu všechny uchazeče informoval o následku nesplnění této podmínky spočívajícím v nemožnosti získat veřejnou zakázku. Pokud poté přistoupil „jen“ k nehodnocení nabídek a uchazeče nevyločoval, neovlivnil tento postup nijak jejich procesní práva.

Podmínka účasti obsažená v čl. 14.4 ZD byla stanovena zákoně

55. Žalobce namítá také to, že požadavek zadavatele v čl. 14.4 ZD byl stanoven nezákonně a nepřiměřeně. A že žalovaný s ním zachází ve své argumentaci různě – jednou jej vnímá jako podmínku účasti, podruhé jako minimální limit v rámci hodnotícího kritéria. Krajský soud už výše vysvětlil, že tento zadavatelův požadavek má skutečně dvojakou povahu. A že bylo zcela správné, když jej žalovaný hodnotil primárně podle kritérií vztahujících se na podmínky účasti. Ani žalobce nenabídl žádné argumenty, proč by tato podmínka měla být nazírána nějak jinak.

56. Pro posouzení její přiměřenosti tedy platí obecně to, co platí pro posuzování podmínek účasti. „Společnou podmínkou pro podmínky účasti podle § 37 odst. 1 je jejich souvislost s předmětem veřejné zakázky ... a musí být stanoveny v souladu se zásadami dle § 6, zejména musí být přiměřené k předmětu veřejné zakázky a nesmí bezdůvodně diskriminovat dodavatele, kteří by jinak byli schopni plnit předmět veřejné zakázky s ohledem na potřeby zadavatele“ (ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. § 37 [Podmínky účasti v zadávacím řízení]. In: ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 267-268).
57. Stanovení zadávacích podmínek je vždy odpovědností zadavatele. Podmínky mají odpovídat jeho požadavkům, musí souviset s předmětem veřejné zakázky, a zároveň nesmí porušovat základní zásady § 6 ZZVZ. Jakýmkoliv omezením nebo požadavkem na referenci zadavatel omezuje hospodářskou soutěž. Důležité je odpovědět si na otázku, zda jde o omezení přiměřené, nediskriminační a zda nevytváří pro hospodářskou soutěž bezdůvodné překážky.
58. Krajský soud připomíná, že čl. 14.4 ZD stanoví požadavek na referenci stavbyvedoucího následujícím způsobem. Mělo jít o stavbu o nejméně pěti nadzemních podlažích, kdy pro transport stavebních materiálů nebyly používány v objektu zabudované výtahy. Součástí rekonstrukce musely být práce minimálně tří z pěti profesí vyjmenovaných v ZD, s celkovým finančním objemem minimálně 10 mil. Kč, jejichž koordinaci stavbyvedoucí zajišťoval. Tyto práce přitom měly probíhat v interiéru budovy za plného provozu.
59. Nyní jde o stavební úpravy části školy, konkrétně o vnitřní stavební úpravy 2. NP a 5. – 8. NP, realizované za běžného provozu budovy a o objemu přes 50 mil. Kč. Sporná podmínka proto už na první pohled s předmětem plnění souvisí. Zadavatel zdůvodnil, proč je pro něj taková reference důležitá. Ve vyjádřeních ze dne 6. 10. 2023 a 25. 11. 2023 blíže osvětlil, že pro stavební práce nebude moci dodavatel používat existující osobní výtah v budově, během prací bude budova v provozu, na staveništi se tudíž budou pohybovat třetí osoby (i děti), jejichž bezpečnost bude třeba zajistit apod. S tímto vysvětlením přitom žalobce nepolemizuje a jen namítá, že pokud někdo požadovanou referencí nedisponuje, ještě to neznamena, že by zakázku nemohl realizovat. To je možná pravda, ale to samo o sobě ještě nečiní požadavek zadavatele bezdůvodným. Zadavatel má zájem na hladkém průběhu rekonstrukce a je tak jen přirozené, že hledá dodavatele, který má s podobným typem prací ve ztížených podmínkách již zkušenosti. U takového dodavatele lze očekávat, že nebude řešení logistických a technických problémů, jejichž výskyt se dá v takové situaci očekávat, hledat až na místě stavby a že nebude nucen v řadě situací improvizovat. Z tohoto pohledu se požadavek zadavatele nejvíce nikterak nepřiměřený či diskriminační.
60. Žalobce nijak nevysvětluje, v čem by měla spočívat nepřiměřenost či diskriminační povaha zadavatelova požadavku nebo jaké bezdůvodné překážky pro hospodářskou soutěž by měl vytvářet. Žalobce se pouze pokusil rozpitvat jej na deset různých dílčích částí a namítá, že žalovaný se zabýval pouze dvěma z nich. Jenže ani v žalobě, natožpak v předchozích podáních ve správním řízení žalobce nevysvětluje, která z oněch deseti složek zadavatelova požadavku je tedy něčím problematická a v čem její závadnost spočívá. Pak se ovšem nemůže divit, že žalovaný se zaměřil na ty prvky daného požadavku, které se mu jevily jako určující a potenciálně omezující hospodářskou soutěž. A u nich nic protizákonného neshledal.

61. Úkolem soudu (a ani žalovaného) není hledat ideální nastavení zadávacích podmínek. Důležité je, zda při jejich nastavení postupoval zadavatel v souladu se ZZVZ. A to se v nynějším případě stalo.

Šetření trhu využil žalovaný odpovídajícím způsobem

62. Jak krajský soud popsal ve skutkových zjištěních, žalovaný v prvostupňovém řízení dvakrát oslovil různé společnosti na trhu stavebních prací a položil jim otázky týkající se uplatnění čl. 14.4 ZD. Žalobci se nicméně zdá, že žalovaný požadoval odpověď na právní otázku, na kterou si měl sám odpovědět, a zároveň, že výsledky šetření nejsou relevantní, protože z 11 oslovených společností podaly 4 nabídku do zadávacího řízení a jedna nakonec vyhrála. Tyto společnosti tak podle žalobce úmyslně hájily správnost zadávacích podmínek, protože nechtěly, aby se zadávací řízení zrušilo.
63. Pokud jde o formulaci dotazů v šetření, pak sice měly právní „zabarvení“, nicméně jejich cílem není vyřešit nějakou právní otázku a svést právní posouzení věci na oslovené společnosti. Krajský soud ze své rozhodovací činnosti ví, že se žalovaný často obrací na subjekty působící na relevantním trhu a pokládá jim typově obdobné dotazy. Pokud se žalovaný ptá na diskriminační povahu podmínky v čl. 14.4 ZD, pak tím nežádá subjekt o právní rozbor. Jen ho zajímá subjektivní pohled osob, které se do zadávacího řízení hlásí. Jejich odpovědi v žádném případě nezbavují žalovaného povinnosti věc právně posoudit. Naopak, pomáhají mu pochopit perspektivu někoho, kdo zadávací podmínky čte jako potenciální uchazeč. Na formulaci dotazů a oslovení soutěžitelů proto nevidí krajský soud nic špatného.
64. Nedůvodná je i námitka, že šetření využil žalovaný pro mnoho svých závěrů. Provedené šetření rozhodně nebylo tak zásadní, jak žalobce tvrdí. Za prvé, žalobce nezmiňuje, které konkrétní právní závěry šetření ovlivnilo. Za druhé, šetření mezi subjekty se primárně týkalo toho, zda byla podmínka v čl. 14.4 ZD nastavena racionálně, jak může ovlivnit provádění zakázky a zda je diskriminační. Jádrem sporu však spočívá v tom, zda mohl zadavatel nehodnotit žalobcovu nabídku, aniž by jej vyloučil. Na to provedené šetření žádný vliv nemělo. Možná mohlo přispět k odpovědi na otázku týkající se zákonnosti stanovené podmínky v čl. 14.4 ZD. Tam nicméně žalovaný argumentoval též posouzením svým a vyjádřením zadavatele, zda sporná podmínka souvisí s realizovaným plněním a zda nebyla stanovena v rozporu s § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ (srov. body 106-111 prvostupňového rozhodnutí). Jen podpůrně odkázal na provedené šetření.
65. Žalobce také poukazuje na skutečnost, že šetření mohly ovlivnit společnosti, které se do zadávacího řízení přihlášily a tedy měly zájem stát na straně zadavatele, aby nedošlo ke zrušení zadávacího řízení a ony si zachovaly svou možnost v něm uspět. Jde však o pouhou žalobcovu spekulaci. To, že společnost podá do zadávacího řízení nabídku, neznamená, že nutně souhlasí se všemi podmínkami. Je dost dobře možné argumentovat i opačně, tedy že nepřihlášené společnosti mají zájem na zrušení zadávacího řízení, protože jim zadávací podmínky nevyhovují. Přesto i takové žalovaný v zájmu vyváženosti při dotazníkových šetřeních oslovuje a učinil tak i v nynějším případě. Z výsledku šetření vyplývá, že i některé společnosti nepřihlášené do zadávacího řízení „podpořily“ zadavatele v tom, že podmínka v čl. 14.4 ZD má rozumný základ, nebyla diskriminační, nebyla překážkou pro podání nabídky a nebyla jazykově či formulačně nejasná.

66. Dotazníkové šetření u soutěžitelů je vždy ovlivněno subjektivním pohledem a nemůže tak být jediným a hlavním argumentem, ani rozhodujícím důkazem. Toho si žalovaný musí být vědom. Využít jej podpůrně, jako se to stalo v nynějším případě, ale žalovaný může.

Podmínka v čl. 14.4 ZD není nepřiměřená ani v kombinaci s podmínkou v čl. 10.5 ZD

67. Co se týká souběhu s podmínkou v čl. 10.5 ZD, tedy že si zadavatel v podstatě stanovil dvakrát totéž, s touto námitkou se žalovaný příliš dobře nevypořádal. Uvedl totiž v bodě 82 napadeného rozhodnutí, že v jednom z těchto případů (a není ani příliš jasné, který měl žalovaný na mysli) jde o prokazování kvalifikace dodavatele. To je nesmysl. V čl. 10.5 ZD je uvedeno, že aby uchazeč prokázal svou technickou kvalifikaci, musí mít jeho stavbyvedoucí zkušenost s realizací minimálně dvou staveb obdobného charakteru, kdy se za takovou stavbu považují stavební práce spočívající v rekonstrukci budov s finančním objemem min. 25 mil. Kč bez DPH. A výše rozebraný požadavek čl. 14.4 ZD zase obsahuje část, podle které osoba s tam požadovanou zkušeností musí, v případě vyhodnocení nabídky účastníka jako nejvhodnější, zastávat pozici osoby odpovědné za realizaci zakázky – stavbyvedoucí. Podle krajského soudu je tak zcela zřejmé, že zadavatel na dvou místech zadávací dokumentace stanovil různými způsoby obdobný typ požadavků na osobu stavbyvedoucího.
68. To ale ještě nečiní postup zadavatele nezákonným. Žalovaný se ve svých rozhodnutích primárně zabýval požadavky čl. 14.4, které jsou velmi detailní a konkrétní, a ty vyhodnotil jako přiměřené. Krajský soud s ním souhlasí, jak vysvětlil výše. Oproti tomu v čl. 10.5 nacházíme požadavky, které požadovanou zkušenost, resp. typ stavební rekonstrukce, vymezují mnohem obecněji a přísnější jsou pouze v tom, že požadují takovéto reference minimálně dvě a stanovují vyšší hodnotu referenční zakázky. Krajský soud ale nerozumí tomu, v jakém smyslu by měla kombinace těchto dvou požadavků vytvořit nějakou novou, přísnější a těžko splnitelnou kvalitu požadavků na zadavatele. Ostatně, ani zadavatel oba požadavky nehodnotil společně, ale odděleně.
69. Jak krajský soud uvedl již výše, jednotlivé fáze zadávacího řízení nejsou zcela formalizované a není mezi nimi přísná hierarchie. Pokud by žalobcova nabídka nebyla v souladu s čl. 10.5 ZD, jeho nabídku by zadavatel mohl vyloučit, přičemž v nynější věci tak hodlal zadavatel učinit až po hodnocení nabídek. Před hodnocením nabídek si ovšem zadavatel vyhradil právo „předposoudit“ nabídky z hlediska toho, zda obsahují minimálně jednu referenci podle čl. 14.4 ZD, a následně přistoupit k samotnému hodnocení těch nabídek, jež tomuto požadavku vyhoví. A uchazeč věděl, že má-li být jeho nabídka úspěšná, musí k osobě svého stavbyvedoucího doložit jak dvě reference splňující požadavky čl. 10.5, tak i minimálně jednu referenci odpovídající čl. 14.4 ZD. Každý z těchto požadavků má přitom poněkud jiný účel a smysl. Čl. 10.5 ZD v obecné rovině zaručuje, že stavbyvedoucí v minulosti realizoval alespoň dvě zakázky srovnatelné svým objemem a významem se soutěženou zakázkou. A kritérium obsažené v čl. 14.4 ZD má osvědčit zkušenosti stavbyvedoucího s organizací a realizací rekonstrukce ve specificky ztížených podmínkách, jaké se předpokládají i u nynější zakázky.
70. Žalobce nevysvětluje, proč by měla kombinace těchto dvou kritérií ve výsledku vyvolávat nepřiměřenost požadavků stanovených zadavatelem. Jak soud vysvětlil, ačkoliv obě směřují k osobě stavbyvedoucího, nejde o kvalifikační podmínky totožné. A nic nepřiměřeného na nich soud nespatřuje, a to ani jednotlivě, ani ve vzájemné kombinaci. Celkově je tato

námítka natolik plytká a obecná, že ani ne zcela přiléhavá reakce žalovaného na ni nemohla založit nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.

71. Krajský soud pro úplnost dodává, že měl pochybnosti o tom, zda je vůbec tato žalobcová námítka dostatečně konkrétní na to, aby se jí mohl věcně zabývat. Jak Nejvyšší správní soud uvádí v rozsudku ze dne 23. 8. 2024, č. j. 5 As 258/2022-61, musí žalobce specifikovat, jak se zadávací podmínka dotkla jeho právní sféry. Žalobce není v roli veřejného žalobce, který má kontrolovat obecnou zákonnost zadávacích podmínek. Žalobce měl popsat, jakým způsobem tvrzená nezákonnost zadavatelova postupu ovlivnila jeho účast v zadávacím řízení [srov. ŠEBESTA, M., NOVOTNÝ, P., MACHUREK, T., DVOŘÁK, D., a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2022, komentář k § 244 odst. 3 (dostupný v beck-online)]. To neudělal. Lze se tak pouze domnívat, že mu újma vznikla tím, že měl jako stavbyvedoucího k dispozici osobu, která disponovala jen částí požadovaných zkušeností, a přesto byla podle žalobce způsobilá rekonstrukci vést. Nicméně to měl tvrdit žalobce. Jak Nejvyšší správní soud doplňuje v citovaném rozsudku č. j. 5 As 258/2022-61, *„povinnost specifikovat v námitkách brozící či vzniklou újmu je zvláště podstatná v případech, kdy námitky neuplatňuje účastník zadávacího řízení, který podal nabídku, ale potenciální dodavatel, který nabídku nepodal. V takovém případě lze totiž jen stěží bez dalšího posoudit, zda stanovení sporných zadávacích podmínek mělo vliv na práva takového dodavatele, neboť není zřejmé, jakou nabídku hodlal podat a zda mu v tom sporné zadávací podmínky bránily“*.
72. S ohledem na to, že žalovaný toto sám žalobci nevytkl a navíc lze říci, že jde o situaci hraniční, soud námítku věcně posoudil. Žalobci však za pravdu nedal.

Úprava ZD po podání návrhu byla po právu

73. Žalobce také namítá, že zadavatel účelově upravil ZD až po podání návrhu žalovanému. Zadavatel se tak podle žalobce choval účelově. A navíc žalobci nebyla vrácena kauce, i když žalovaný řízení v této části zastavil.
74. Krajský soud nejprve podotýká, že má určité pochopení pro situaci žalobce, který řadu svých výtek proti zadávací dokumentaci vznesl evidentně oprávněně. Měl ale do jisté míry „smůlu“ v tom, že zadavatel přijal sám některá nápravná opatření, a to z části v reakci na žalobcovy námitky, z části pak v reakci na jeho návrh podaný k žalovanému. Zbylé námitky pak již důvodné nebyly. Jak už ovšem vysvětlil žalovaný v napadeném rozhodnutí, podle § 99 odst. 1 ZZVZ může zadavatel měnit zadávací podmínky před uplynutím lhůty pro podání žádosti o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. A pokud se udrží v tomto rámci, není postup zadavatele nijak závadný, protože zákon na možnost nápravy pamatuje.
75. Návrh na přezkoumání úkonů zadavatele podle § 249 ZZVZ podal žalobce dne 10. 8. 2023, přičemž lhůta pro podávání nabídek v té době nepochybně ještě běžela. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 21 se uvádí, že nová lhůta pro podání nabídek končí 22. 11. 2023. To, že zadavatel upravil ZD včas, tedy sporné není a ani být nemůže.
76. Namítá-li žalobce, že zadavatel postupoval svévolně a schválně čekal, zda žalobce podá návrh, či nikoliv, aby teprve podle toho zadávací podmínky upravil, pak jde o ničím nepodloženou spekulaci. Zneužití práva se skutečně může týkat i uplatnění práva nebo splnění povinnosti stanovené zákonem. V tom má žalobce pravdu. Nicméně typickým znakem zneužití práva je, že tím subjekt dosáhne situace, kterou zákon nepředpokládá, nebo dosáhne výsledku, který zákon nedovoluje (PETR, David. Institut zneužití práva v českém

právu. Komorní listy, 2009, č. 1, s. 14-16). V nynější věci ale zadavatel nedosáhl žádného nepovoleného výsledku. Na základě návrhu žalobce si skutečně mohl uvědomit, že nějakou zadávací podmínku nastavil špatně. Umožňuje-li mu zákon upravit zadávací podmínky i v této situaci, je pochopitelné, že tak zadavatel učinil. Alternativou toho je, že by zadavatel musel čekat na případné zrušení zadávacího řízení žalovaným v rámci nápravného opatření.

77. Co se týká vrácení kauce za návrh, řízení o žalobcově návrhu skončilo částečným zastavením řízení a částečným zamítnutím návrhu. V takovém případě žalobce nemá nárok na vrácení byť i jen části kauce. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 24. 1. 2024, č. j. 6 As 208/2022-29, uvedl, že *„pokud nebylo návrhu na přezkum úkonů zadavatele ani z části vyhověno, kauce složená společně s podáním tohoto návrhu připadne státu podle § 255 odst. 3 zákona č. 134/2016, o zadávání veřejných zakázek, i v případě jen částečného zamítnutí tohoto návrhu podle § 265 písm. a) citovaného zákona“*. Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku zdůraznil, že kauce má regulační charakter a slouží k regulaci zátěže žalovaného, který musí přezkoumávat postupy zadavatelů. Kauce se pak vrací v případě, pokud tuto zátěž žalovaný nemusel vyvinout (např. došlo k zastavení řízení), nebo k zátěži došlo a návrh byl (alespoň zčásti) úspěšný. V nynější kauze sice žalovaný řízení v části zastavil, ale jinak se musel věcně zabývat žalobcovými námitkami a ty posoudil jako nedůvodné. Podle citovaného rozhodnutí se kauce nedělí a celá připadne státu.

V. Závěr a náklady řízení

78. Na závěr krajský soud uvádí, že pravidla zadávacího řízení mohl samozřejmě zadavatel v nynějším případě nastavit vhodnějším způsobem a zadávací dokumentaci mohl formulovat lépe. Bylo by jistě pro uchazeče přehlednější, kdyby zadavatel v části zadávací dokumentace věnované podmínkám účasti v zadávacím řízení výslovně uvedl, že mezi ně patří též doložení alespoň jedné reference vypovídající o zkušenostech stavbyvedoucího podle čl. 14.4 ZD. A stejně tak by byl více srozumitelný postup, při němž by zadavatel podmínky účasti rozdělil na ty, které posoudí ještě před hodnocením nabídek, a na ty, u kterých tak učiní až po hodnocení nabídek, tedy jen u vybraného uchazeče, přičemž v obou případech by uchazeče nesplňujícího příslušnou podmínku ze zadávacího řízení jednoduše vyloučil. Takový sled úkonů by se namísto zbytečného novátorství držel osvědčených institutů zákona o zadávání veřejných zakázek. Netradiční by byl pouze v otázce „dvoufázového“ hodnocení podmínek účasti, což ale odborná literatura citovaná výše v bodě 41 tohoto rozsudku připouští. Nicméně, jak už krajský soud vysvětlil, postup zvolený zadavatelem z rámce zákona nevybočil. Lze jej hodnotit nanejvýš jako méně vhodný, avšak – a to je nejdůležitější – zůstal dostatečně transparentní a do procesních práv žalobce jím zadavatel nijak nezasáhl.
79. Obecnější závěry tohoto rozsudku lze shrnout takto. Zadavatel může mezi hodnotící kritéria soutěže o veřejnou zakázku zahrnout i taková, jejichž splnění v jasně stanovené minimální úrovni představuje fakticky podmínku účasti v zadávacím řízení (§ 37 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek). Zákon nevylučuje ani to, aby si zadavatel předem stanovil pravidlo, že při nesplnění takového kritéria v oné stanovené minimální míře nebude nabídku uchazeče vůbec hodnotit, aniž by takového uchazeče ze zadávacího řízení vyloučil (§ 39 v kombinaci s § 48 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek). Při stanovení takového kritéria a pravidel pro jeho posouzení však musí zadavatel dodržet zásady zadávání veřejných zakázek, zejména požadavek na transparentnost celého postupu (§ 6 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek).

80. O náhradě nákladů řízení rozhodl soud 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 těch nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který úspěch ve věci neměl. Žalobce před soudem neuspěl (soud žalobu zamítl jako nedůvodnou), proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu by jinak – jakožto úspěšnému účastníkovi řízení – právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu mu je však nelze přiznat, neboť nepřesahují rámec jeho běžné úřední činnosti (srov. usnesení rozšířeného senátu ze dne 31. 3. 2015, č. j. 7 Afs 11/2014-47, č. 3228/2015 Sb. NSS).

Brno 18. 12. 2025

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu