ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně Mgr. Daniely Zemanové a soudců JUDr. Radana Malíka a JUDr. Barbary Pořízkové v právní věci žalobce: **JUDr. Jan Pavlok, Ph.D.,** advokát se sídlem Na Příkopě 391/7, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 14. 4. 2009, č. j. UOHS-R206/2008/02-4052/2009/310/ZČt, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Městská část Praha 10**, se sídlem Vršovická 1429/68, Praha 10, o zadání veřejné zakázky, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 16. 3. 2011, č. j. 62 Ca 29/2009 - 56,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žádný z účastníků **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

III. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

Žalobce (dále jen „stěžovatel“) včas podanou kasační stížností napadá v záhlaví označený rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým byla zamítnuta jeho žaloba proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 14. 4. 2009, č. j. UOHS-R206/2008/02-4052/2009/310/ZČt. Tímto rozhodnutím předseda žalovaného zamítl rozklad stěžovatele směřující proti prvostupňovému rozhodnutí žalovaného ze dne 8. 12. 2008, č. j. S243/2008/VZ-21823/2008/530/Va,

podle kterého Městská část Praha 10 (dále též „zadavatel“ nebo „osoba zúčastněná na řízení“) nedodržela postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), a z tohoto důvodu podle § 118 téhož zákona zrušil zadávací řízení.

Stěžovatel důvody kasační stížnosti výslovně nepodřazuje pod konkrétní ustanovení § 103 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“). Namítá, že krajský soud nevycházel z náležitě zjištěného skutkového stavu věci a že nesprávně hodnotil provedené důkazy, v důsledku čehož věc nesprávně právně posoudil. Stěžovatel uvádí, že v projednávaném případě jde v první řadě o posouzení kritéria 20 let praxe v advokacii jako požadavku pro zadání veřejné zakázky. Tento kvalifikační požadavek, resp. takto stanovená délka advokátní praxe, byla žalovaným a následně i krajským soudem označena za neadekvátní a diskriminační. S tímto posouzením se však stěžovatel neztotožňuje. Dle jeho názoru krajský soud nepřihlédl k tomu, že na trhu působí stovky advokátů se stejnou nebo delší dobou odborné praxe, a že tedy tento požadavek nezasahuje do konkurenceschopnosti uchazečů. Stejně tak krajský soud nezohlednil, že mladší uchazeči se mohli o veřejnou zakázku ucházet ve spolupráci s advokáty, kteří potřebnou dobu advokátní praxe splňovali, a naproti tomu své rozhodnutí opřel o jediný argument, že zde nebyl důvod, aby si mladší kolegové sjednávali subdodávku a tím si snižovali zisk. Z charakteru veřejné zakázky přitom bylo na první pohled zřejmé, že její plnění nemůže zajistit jediný advokát, ale že je potřeba vytvořit tým lidí. I sám stěžovatel byl nucen si „snížit zisk“ tím, že si sjednal subdodávky dvou dalších advokátů s podstatně kratší dobou advokátní praxe. Pokud by krajský soud přihlédl k těmto konkrétním okolnostem, nemohl by dovodit, že požadavek 20 let advokátní praxe je diskriminující. V této souvislosti stěžovatel navrhuje provést důkaz nabídkou, kterou předložil zadavateli a z níž jsou patrné zmiňované subdodavatelské vztahy, případně důkaz výslechem těchto potencionálních subdodavatelů. Ve vztahu k závěrům krajského soudu ohledně hodnocení předmětného kritéria jakožto formy skryté diskriminace stěžovatel podotýká, zda shora uvedené okolnosti včetně požadavků na danou veřejnou zakázku, jakož i konkrétní způsob nabídky uchazeče, naopak jakoukoli diskriminaci zcela neeliminují. Stěžovatel pak krajskému soudu vytýká také nedostatečné posouzení otázky charakteru oznamovatele, tj. osoby, která svým podnětem dala důvod pro zahájení řízení žalovaným. Stěžovatel nesouhlasí s názorem krajského soudu, že předmětné řízení bylo zahájeno v souladu se zákonem. Stěžovatel se domnívá, že zde existuje právně významný rozdíl mezi situací, kdy oznamovatelem je osoba stojící mimo posuzovanou záležitost, a situací, kdy oznamovatel je konkurentem stěžovatele jako uchazeče o veřejnou zakázku. Stěžovatel pokládá za nežádoucí situaci, kdy konkurent namísto toho, aby se řádně zúčastnil zadávacího řízení a otevřeně zpochybnil způsob zadání zakázky, později po zjištění výsledku podá podnět k zahájení řízení. Tímto postupem dochází dle názoru stěžovatele k obcházení ustanovení zákona o veřejných zakázkách, který

stanoví zákonné podmínky ochrany neúspěšných uchazečů, prostředky této ochrany, jakož i odpovědnost za jejich neadekvátní použití; naproti tomu vně stojící konkurent nenese za své chování žádnou odpovědnost. Za absurdní pak stěžovatel označuje názor krajského soudu, který stěžovateli přičítá k tíži, že předmětný podnět nemá k dispozici a že jej soudu nepředložil. Závěrem stěžovatel poukazuje na skutečnosti, že krajský soud nedostatečně zvážil také finanční aspekt projednávané věci, kdy stěžovatel byl v rámci zadávacího řízení nucen splnit některé požadavky (např. nájem prostor, pojištění odpovědnosti apod.), které jej stály nemalé finanční prostředky a které oznamovatel vynaložit nemusel. Stěžovatel rovněž kategoricky odmítá užití výrazu „zkostnatění“ v odůvodnění správních rozhodnutí, tj. výrazu, který dehonestuje jak stěžovatele jakožto příslušníka starší generace, tak starší generaci jako takovou. Stěžovatel považuje tento výraz za nekorektní a diskriminující a v této souvislosti namítá, že pokud krajský soud aktivně užití tohoto výrazu obhajoval, pak je otázkou, zda tento soud je z hlediska přístupu ke starší generaci objektivní. Ze všech výše uvedených důvodů proto stěžovatel navrhuje, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu zrušil a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení.

Žalovaný ani osoba zúčastněná na řízení se ke kasační stížnosti nevyjádřili.

Z obsahu předloženého spisu Nejvyšší správní soud zjistil následující skutečnosti rozhodné pro posouzení důvodnosti kasační stížnosti:

Zadavatel oznámil v informačním systému veřejných zakázek zadání veřejné zakázky „*Právní pomoc v rámci privatizace bytového fondu m. č. Praha 10*“ (dále jen „veřejná zakázka“), a to formou otevřeného řízení. V bodu III.2.3) tohoto oznámení zadavatel vymezil požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, kdy mimo jiné uvedl, že dokladem nezbytným k posouzení, zda byly jeho požadavky splněny, je „*specifikace realizačního týmu, jenž se bude podílet na plnění veřejné zakázky, zejména právníků zajišťujících kontrolu jakosti*“, a v rámci minimální úrovně pak zadavatel vymezil, že požaduje „*min. 1 advokáta zapsaného v seznamu advokátů ČAK, oprávněného poskytovat právní služby na území ČR o právu ČR, s min. praxí 20 let jako advokát.*“ Tento požadavek zadavatel blíže rozvedl v zadávací dokumentaci nazvané jako Kvalifikační dokumentace k veřejné zakázce, a to zejména pod bodem 1.5.2., ze kterého vyplývá, že dodavatel splňuje technický kvalifikační předpoklad, pokud má k dispozici pro plnění veřejné zakázky realizační tým, ve kterém je minimálně jeden vedoucí advokát, dva advokáti a dva advokátní koncipienti, přičemž u vedoucího advokáta zadavatel uvedl jako svůj požadavek minimální praxi 20 let jako advokát.

Na základě obdrženého podnětu žalovaný jako orgán příslušný podle § 112 zákona o veřejných zakázkách požádal zadavatele o předložení dokumentace týkající se zadání předmětné veřejné zakázky. S ohledem na skutečnost, že po přezkoumání předložené dokumentace měl žalovaný pochybnosti o souladu

postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky se zákonem, zahájil ve věci z moci úřední správní řízení.

Následně dne 8. 12. 2008 žalovaný vydal pod č. j. S243/2008/VZ-21823/2008/530/Va, rozhodnutí, v němž konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, pokud v oznámení o zahájení zadávacího řízení vymezil požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 písm. b) téhož zákona mimo jiné tím, že stanovil, aby členem realizačního týmu, který se bude podílet na plnění veřejné zakázky, byl minimálně jeden advokát s minimální praxí 20 let jako advokát, čímž dle názoru žalovaného zadavatel nevymezil minimální úroveň kvalifikačního kritéria, která by odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, zadavatel podle § 118 zákona o veřejných zakázkách uložil nápravné opatření tím, že zrušil zadání předmětné veřejné zakázky. V souvislosti s tímto technickým kvalifikačním předpokladem žalovaný v odůvodnění rozhodnutí vyslovil, že neshledal objektivní skutečnosti, které by opodstatňovaly takto stanovený požadavek. Žalovaný jej pokládal za diskriminační a nepřiměřený předmětu veřejné zakázky, neboť poskytování „běžných“ právních služeb spočívajících v zajištění právní pomoci při prodeji bytových jednotek musí být schopen poskytnout každý advokát zapsaný v seznamu advokátů vedeném Českou advokátní komorou. Požadavek minimální dvacetileté advokátní praxe nebyl dle názoru žalovaného odůvodněn ani tou skutečností, že se v předmětné veřejné zakázce jednalo o změnu právních vztahů k bytům, které byly založeny před více než dvaceti lety, neboť každý kvalifikovaný advokát by měl být schopen se orientovat jak v současné, tak v dřívější právní úpravě.

Stěžovatel jakožto vybraný uchazeč s uvedeným rozhodnutím nesouhlasil a podal proti němu rozklad, který předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 14. 4. 2009, č. j. UOHS-R206/2008/02-4052/2009/310/ZČt, zamítl a napadené rozhodnutí žalovaného potvrdil. Předseda žalovaného v odůvodnění rozhodnutí doplnil argumentaci žalovaného, že délka advokátní praxe (ať už obecně nebo ve vztahu k předmětu veřejné zakázky) nezaručuje zvýšenou odbornost a právní erudovanost advokáta. Právě naopak, v průběhu času může i u zkušeného odborníka dojít k tzv. „zkostnatění“, kdy tento nadále není schopen flexibilně reagovat na případné komplikace a jeho orientace v aktuálním právním prostředí může s postupem času spíše klesat než stoupat. V této souvislosti předseda žalovaného zdůraznil, že zadavatel při stanovení kvalifikačního požadavku nevymezil právní odvětví, v němž by měla probíhat požadovaná advokátní praxe či na které by se tato měla specializovat. Dle jeho názoru členství advokátů v České advokátní komoře zaručuje jistý standard a dostatečnou právní kvalifikaci pro řešení prakticky jakékoli právní problematiky, a to bez ohledu na její historické kořeny či výši případného rizika. Předseda žalovaného se ztotožnil se

závěry prvostupňového správního orgánu, že každý kvalifikovaný advokát by měl být schopen se orientovat jak v současné, tak v dřívější právní úpravě, a pokud zadavatel chtěl zajistit advokáta, který je skutečným odborníkem v právním odvětví souvisejícím s předmětem veřejné zakázky, mohl požadovat například informace týkající se předchozí realizace nebo zkušeností s plněním obdobné veřejné zakázky. Požadavek dvacetileté advokátní praxe tak nejenže nezaručuje vyšší odbornost advokáta obecně a už vůbec ne v dotčeném odvětví, ale z účasti na zadávacím řízení vylučuje ty advokáty, kteří vykonávají advokátní praxi po kratší dobu, avšak disponují potřebnou odborností pro plnění předmětu veřejné zakázky.

Toto rozhodnutí stěžovatel napadl žalobou u krajského soudu, v níž namítal, že v průběhu zadávacího řízení žádný z uchazečů, který se do zadávacího řízení řádně přihlásil, neuplatnil žádnou námitku ani jiný prostředek právní ochrany. Žalovaný pak správní řízení zahájil na základě podnětu neznámého subjektu, který (na rozdíl od stěžovatele) nevyvinul žádné úsilí, nevynaložil žádné prostředky na to, aby se řízení mohl účastnit, případně v něm dosáhnout úspěchu, a který ani nenese žádnou odpovědnost za výsledky proběhlého správního řízení. Stěžovatel nesouhlasil s tím, že žalovaný „nekriticky a neobjektivně konformně“ přistoupil k předmětnému podnětu neznámého pisatele, o němž se stěžovatel domnívá, že je jeho konkurentem, a tomuto oznamovateli, který sám ani nevyužil možnosti účastnit se regulérního zadávacího řízení, poskytl příznivější zacházení než účastníku řízení a rovněž zvýhodnění v té podobě, že nekriticky převzal celou jeho argumentaci, aniž by tato prošla přezkoušením v rámci kontradiktorního řízení. Tento postup žalovaného stěžovatel pokládal za diskriminující. Dle názoru stěžovatele se pak žalovaný „paušálním způsobem a urážlivě dotkl“ také věku stěžovatele a bez toho, aniž by si opatřil konkrétní důkazy, vyslovil možnost, že u stěžovatele došlo k tzv. „zkostnatění“. Stěžovatel jakožto příslušník starší generace tento slovník považoval za nepřijatelný a diskriminující starší generaci. V této souvislosti upozornil, že na trhu působí stovky advokátů s praxí delší 20 let, přičemž zadavatelem stanovený požadavek nebyl nesplnitelný ani pro mladší advokáty, kteří si staršího kolegu s požadovanou praxí mohli opatřit v rámci tzv. subdodávky. V dané věci se proto nemohlo jednat o porušení zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace; délka advokátní praxe je ukazatelem kvality a stability konkrétní osoby při výkonu povolání, a tedy určitou zárukou řádného provedení veřejné zakázky.

Krajský soud přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí předsedy žalovaného včetně řízení, které jeho vydání předcházelo, a dospěl k závěru, že žaloba není důvodná. V odůvodnění rozhodnutí uvedl, že v postupu správních orgánů neshledal žádné pochybení, které by stěžovatele mohlo jakkoli diskriminovat. Krajský soud se neztotožnil se závěry stěžovatele, že by žalovaný nekriticky přejal argumentaci obsaženou v podnětu, neboť z oznámení o zahájení správního řízení jednoznačně vyplývá, že žalovaný si od zadavatele vyžádal zadávací

dokumentaci, na jejímž základě v řádně zahájeném řízení posuzoval, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem. Soud nepovažoval za nezbytné vyžadovat si od žalovaného předmětný podnět a provádět jím důkaz, neboť samotný podnět ani jeho obsah nebyl pro dané řízení podstatný. Podstatné bylo, že žalovaný řádně (z úřední povinnosti) zahájil správní řízení, v němž posuzoval, zda zadavatel v zadávacím řízení neporušil zákon o veřejných zakázkách, a toto řízení ukončil vydáním napadeného rozhodnutí. K otázce porovnání situace stěžovatele se situací osoby, která ke správnímu orgánu podala podnět, pohledem nákladů a úsilí, které stěžovatel musel v souvislosti se svou účastí v zadávacím řízení vynaložit, krajský soud vyslovil, že situace uvedených osob nelze vzájemně porovnávat. Osoba podávající podnět toliko upozornila žalovaného jako dozorující orgán na možné porušení zákona o veřejných zakázkách, a pokud nepožádala o sdělení, jak bylo s podnětem naloženo, tj. zda správní orgán ve věci zahájil řízení, byla její role zásadně ukončena podáním tohoto podnětu. Pokud stěžovatel nesouhlasil s tím, že argumentace osoby podávající podnět neprošla „přezkoušením v rámci regulérního kontradiktorního řízení“, krajský soud poukázal na skutečnost, že argumentace osoby v podnětu je zcela irelevantní. Důležitý je názor žalovaného obsažený v napadených správních rozhodnutích, který podléhá soudnímu přezkumu na základě stěžovatelem podané žaloby. Krajský soud nepřisvědčil ani námitkám stěžovatele týkajícím se možné diskriminace žalovaného vůči „starší generaci“, a to z důvodu užití pojmu „zkostnatění“ v žalobou napadeném rozhodnutí. V této souvislosti krajský soud uvedl, že z odůvodnění rozhodnutí není zřejmé, že by žalovaný tento pojem spojoval právě s osobou stěžovatele. Dle názoru soudu předseda žalovaného pouze v obecné rovině a zcela správně upozornil na skutečnost, že samotná délka praxe ještě nezaručuje zvýšenou odbornost a erudovanost advokáta. Žalovaný navíc touto úvahou pouze podpořil svůj závěr, že samotná délka praxe nezaručuje zvýšenou odbornost, a tedy není dostatečnou zárukou pro řádné provedení veřejné zakázky. Dle krajského soudu kritérium advokátní praxe delší 20 let neodpovídá druhu, rozsahu ani složitosti předmětu plnění zadané veřejné zakázky a jeho odstraněním nemohlo dojít k diskriminaci starší generace, neboť v takovém případě by se do zadávacího řízení nepochybně mohli přihlásit také advokáti s dvacetiletou i delší praxí. Krajský soud tedy souhlasil se závěry žalovaného, že v daném případě neexistovaly objektivní okolnosti odůvodňující požadavek zadavatele na to, aby se realizace zakázky účastnil advokát s takto nastavenou délkou advokátní praxe. Takto dlouhá praxe nebyla pro splnění veřejné zakázky nezbytná a současně se jednalo o požadavek diskriminační, který z účasti v zadávacím řízení neodůvodněně vyloučil ty advokáty, kteří požadovanou advokátní praxi nemají, ale přesto by byli schopni veřejnou zakázku splnit. S ohledem na vymezení předmětu plnění veřejné zakázky se jako podstatná nejevila délka praxe dodavatele, nýbrž zkušenosti z oblasti převodů bytových jednotek v rozsahu obdobném, jako byla předmětná veřejná zakázka. Na protizákonnosti zmiňovaného požadavku tak nemohla nic změnit ani námitka stěžovatele, že na trhu existují stovky advokátů s dvacetiletou praxí a že ti, kteří takovou praxí nedisponují, mohli její splnění prokázat subdodavatelskou formou. Krajský soud tak uzavřel, že byl-li

takto nastavený požadavek zadavatele shledán v rozporu se zákonem, pak nebylo možno na dodavatelích spravedlivě požadovat, aby tento požadavek plnili, natož aby tak činili subdodavatelskou formou.

Kasační stížnost je podle § 102 a násl. s. ř. s. přípustná a podle jejího obsahu jsou v ní uplatněny důvody dle ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s., tj. nezákonnost rozhodnutí spočívající na nesprávném posouzení právní otázky soudem. Rozsahem a důvody kasační stížnosti je Nejvyšší správní soud podle ustanovení § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s. vázán.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

Stěžejní otázkou, která je mezi účastníky řízení sporná, je posouzení zákonnosti postupu žalovaného, který podle § 118 zákona o veřejných zakázkách zrušil zadávací řízení na výše specifikovanou veřejnou zakázku s odůvodněním, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) téhož zákona, a sice tím, že v oznámení o zahájení zadávacího řízení vymezil požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 písm. b) zákona o veřejných zakázkách tak, že požadoval, aby členem realizačního týmu, který se bude na plnění veřejné zakázky podílet, byl minimálně jeden advokát s minimální praxí 20 let jako advokát.

Kvalifikace, jejímž prostřednictvím zadavatel zjišťuje schopnost a způsobilost dodavatele splnit zadavatelem požadovaný předmět plnění veřejné zakázky, je v zákoně o veřejných zakázkách upravena v ustanoveních § 50 až § 67 zákona. Zákon rozlišuje čtyři druhy kvalifikačních předpokladů, a to základní (§ 53), profesní (§ 54), ekonomické a finanční (§ 55) a technické kvalifikační předpoklady (§ 56). Požadavky na prokázání splnění kvalifikace stanoví veřejný zadavatel v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení; podrobná specifikace těchto požadavků může být uvedena v kvalifikační či zadávací dokumentaci, kterou je veřejný zadavatel povinen zpřístupnit na své internetové adrese nebo jiným vhodným způsobem. Dle § 27 zákona o veřejných zakázkách v oznámení otevřeného řízení zadavatel oznamuje neomezenému počtu dodavatelů svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení; oznámení otevřeného řízení je výzvou k podání nabídek dodavatelů a k prokázání splnění kvalifikace.

Technická způsobilost dodavatele je v § 56 zákona o veřejných zakázkách upravena v závislosti na tom, zda předmětem veřejné zakázky jsou dodávky zboží (odst. 1), služby (odst. 2) či stavební práce (odst. 3). Jedná se v podstatě o oprávnění zadavatele požadovat reference a informace o materiálním a technickém vybavení dodavatele, jakož i o jeho personálním zabezpečení ve vztahu k předmětu plnění konkrétní veřejné zakázky. V zákoně je uveden výčet možností, dle kterých veřejný zadavatel zjišťuje splnění této části kvalifikace dodavatelem. Schopnost poskytovatelů služeb tyto služby poskytovat se hodnotí zejména s ohledem na jejich

dovednosti, výkonnost, zkušenosti a spolehlivost. Technickou způsobilost poskytovatele služby je možnost doložit jedním nebo více v zákoně uvedenými způsoby, a to podle povahy, množství a účelu služeb, které se mají dle zadání veřejné zakázky poskytovat, např.:

- seznamem hlavních služeb poskytnutých za poslední tři roky s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí [§ 56 odst. 2 písm. a) zákona];
- seznamem techniků nebo technických útvarů, jež se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména techniků či technických útvarů zajišťujících kontrolu jakosti, a to bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli [§ 56 odst. 2 písm. b) zákona];
- popisem technického vybavení a opatření používaných dodavatelem k zajištění jakosti [§ 56 odst. 2 písm. c) zákona];
- vzděláním a odbornou kvalifikací poskytovatele služby, zejména osoby nebo osob, které jsou odpovědné za poskytování služeb [§ 56 odst. 2 písm. e) zákona], ad.

Ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů, uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky [srovnej § 56 odst. 7 písm. a) až c) zákona]. Zadavatel tedy musí vždy dostatečně jasně a určitě popsat, co a jak chce od uchazečů prokázat a jaké minimální úrovně musí uchazeči dosáhnout.

Ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách pak dále určuje, že zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Toto ustanovení směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.

Pojem „diskriminace“ podle § 6 zákona o veřejných zakázkách v první řadě implikuje „rozdílný, jiný přístup k jednotlivci než k celku“, tedy odlišné zacházení s jednotlivcem ve srovnání s ostatními členy srovnávané skupiny. Je přitom zřejmé, že omezení zákazu diskriminace podle citovaného ustanovení toliko na takto definovanou zjevnou diskriminaci by vytvořilo snadnou cestu, jak zákaz diskriminace v oblasti veřejných zakázek obejít. V podstatě jakoukoli diskriminaci pojatou jako odlišné zacházení s jednotlivcem ve srovnání s ostatními členy srovnávané skupiny (tedy diskriminaci nazývanou diskriminací přímou – k tomu

srovnej *Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z.; Rovnost a diskriminace; Praha : C. H. Beck; 2007; kapitola II.)* lze totiž nastavením vhodných kritérií nahradit takovým zacházením, kterým (jakkoli by nezakládalo rozdílný přístup k jednotlivci než k celku) by se dosáhlo v podstatě téhož výsledku jako aplikací zjevné diskriminace.

Smysl a cíl zákazu diskriminace tak nutně vede k takové interpretaci § 6 zákona o veřejných zakázkách, podle které tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné a jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům, tj. v oblasti práva veřejných zakázek k poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (srovnej rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, publikovaný pod č. 1771/2009 Sb. NSS).

K porušení zásady zákazu diskriminace tak může dojít např. tehdy, pokud zadavatel stanoví zcela nepřiměřené požadavky na prokázání splnění kvalifikace, v důsledku čehož účelově a v rozporu se zákonem omezí účast určité skupiny dodavatelů. Zadavatel je oprávněn využít prostor daný zákonem a prostřednictvím stanovení úrovně ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů znevýhodnit některé dodavatele. Toto je však možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi. Navíc tyto požadavky musí být vždy přiměřené, jinak se zadavatel dopustí porušení zásady zákazu diskriminace (k tomu srovnej *Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek, T.; Zákon o veřejných zakázkách s komentářem; Praha : ASPI; 2006; str. 55).* Ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách tak znamená, že žádný z dodavatelů nesmí být *„přímo nebo nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení“,* tedy že zadavatel musí postupovat *„materiálně týmž způsobem erga omnes“* (srovnej *Raus, D., Neruda, R.; Zákon o veřejných zakázkách. Komentář; Praha : Linde; 2007; str. 64 - 65).*

V projednávané věci z oznámení zadávacího řízení a ze zadávacích podmínek vyplynulo, že předmětem veřejné zakázky byla právní pomoc v rámci privatizace bytového fondu zadavatele, tj. právní pomoc při prodeji jednotlivých bytových jednotek osobám, které jsou na základě příslušného právního předpisu oprávněny tyto bytové jednotky odkoupit. Právní pomoc měla zahrnovat zejména přípravu kupních smluv, jednání s oprávněnými osobami, zajištění podpisu kupních smluv, přípravu návrhu na vklad do katastru nemovitostí, přípravu ustanovení o zřízení věcných břemen, smluv o smlouvě budoucí kupní a administrativní činnost – např. korespondenci s oprávněnými osobami a příslušnými úřady. V souhrnu mělo být převedeno cca 1500 bytových jednotek; součástí zakázky měly být také odborné konzultace k předmětu zakázky.

Jak je patrné z vymezení předmětu plnění, předmětem šetřené veřejné zakázky mělo být poskytování „běžných“ právních služeb spočívajících v zajištění právní pomoci při prodeji bytových jednotek, které musí být schopen poskytnout

každý advokát zapsaný v seznamu advokátů České advokátní komory. Na této skutečnosti nemůže nic změnit ani skutečnost, že se v daném případě mělo jednat o změnu stávajících právních vztahů k bytům, které byly v řadě případů založeny před více než dvaceti lety, a tedy bude nutno vycházet z dříve platné a účinné právní úpravy. Nejvyšší správní soud se proto ztotožnil se závěry správních orgánů i krajského soudu, že právní služby tohoto charakteru by měl být schopen poskytnout každý advokát bez ohledu na délku vykonávané advokátní praxe a stejně tak by měl být schopen se orientovat ve stávající i tehdejší právní úpravě. V dané věci nebyly shledány objektivní skutečnosti, které by opodstatňovaly uvedený požadavek zadavatele. Stanovení požadavku minimálně dvacetileté advokátní praxe nebylo pro splnění předmětu veřejné zakázky nezbytné a jednalo se o požadavek neodůvodněný a rozporný s § 56 odst. 7 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, neboť zadavatel vymezil minimální úroveň kvalifikačních předpokladů tak, že tato neodpovídala druhu, rozsahu ani složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Podstatnou se v daném případě nejevila délka praxe dodavatele coby advokáta, ale především zkušenosti s převody bytových jednotek v obdobném rozsahu, jaký byl dán nyní posuzovanou veřejnou zakázkou.

Nejvyšší správní soud pak ve shodě se závěry správních orgánů a krajského soudu pokládá takto vymezené kvalifikační kritérium také za diskriminační a rozporné s § 6 zákona o veřejných zakázkách, neboť z účasti v zadávacím řízení neodůvodněně vyloučilo ty advokáty, kteří požadovanou praxi nemají, avšak přesto by byli schopni veřejnou zakázku splnit. Ve světle výše uvedených skutečností je zřejmé, že pokud zadavatel ve vztahu k veřejné zakázce a jejímu plnění stanovil kvalifikační předpoklad (zde minimálně 20 let advokátní praxe) v nepřiměřeném (neproporcionálním) rozsahu, v důsledku čehož znevýhodnil a znemožnil určité skupině dodavatelů ucházet se o předmětnou veřejnou zakázku, ačkoli toto kritérium nebylo odůvodněno objektivními okolnostmi, dopustil se porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách, a to porušení zásady zákazu diskriminace. Ke shodnému závěru Nejvyšší správní soud dospěl již ve shora citovaném rozhodnutí ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, publikovaném pod č. 1771/2009 Sb. NSS, v němž vyslovil: „*Za skrytou formu nepřípustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.*“

Shora uvedený kvalifikační požadavek nepochybně zasáhl do konkurenčního prostředí mezi dodavateli a jeho diskriminační charakter nemohl být eliminován ani dalšími požadavky vztahujícími se k předmětné veřejné zakázce, ani způsobem, jakým svou nabídku koncipoval stěžovatel, či okolností, že se na realizaci zakázky bude podílet tým advokátů, jak stěžovatel mylně poukazuje v kasační stížnosti. Na protizákonnosti zmíněného požadavku zadavatele pak nemůže nic změnit ani ta

námitka stěžovatele, že na trhu existují stovky advokátů s dvacetiletou praxí a že i mladší kolegové, kteří takovou praxí nedisponují, mohli její splnění prokázat subdodavatelskou formou. Není pravdivým tvrzení stěžovatele, že krajský soud v této souvislosti opřel své rozhodnutí toliko o jediný argument, že není důvod, aby si mladší kolegové sjednávali subdodávku, neboť by si tím snižovali zisk. Ve vztahu k takto uplatněné žalobní námitce krajský soud v odůvodnění rozhodnutí uvedl, že na dodavatelích nelze spravedlivě požadovat, aby plnili požadavek, který je v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, natož aby tak činili formou subdodavatelskou, která jim zpravidla zvyšuje náklady a snižuje zisk. Je tedy zřejmé, že krajský soud primárně vycházel z předpokladu, že uvedený kvalifikační požadavek je v rozporu se zákonem, a z tohoto důvodu tedy není možno na dodavatelích spravedlivě požadovat, aby tento požadavek plnili. V návaznosti na uplatněnou žalobní námitku pak krajský soud tyto závěry doplnil o úvahu ohledně oprávněnosti naplnění stanoveného požadavku subdodavatelskou formou. S uvedeným posouzením tak, jak je krajský soud vyjádřil v odůvodnění svého rozhodnutí, se Nejvyšší správní soud zcela ztotožňuje, a tedy kasační námitku stěžovatele neshledává důvodnou.

Pokud pak stěžovatel považuje postup správních orgánů včetně krajského soudu za nekorektní a diskriminační vůči „starší generaci“, a to v důsledku užití pojmu „zkostnatění“ v souvislosti s nastavenou délkou advokátní právní praxe, pak ani této stížní námitce Nejvyšší správní soud nepřisvědčil. Nejvyšší správní soud ve shodě se závěry krajského soudu uvádí, že v rozhodnutí žalovaného nebyl uvedený pojem spojován přímo s osobou stěžovatele. Žalovaný toliko v obecné rovině poukázal na skutečnost, že samotná délka praxe ještě nezaručuje zvýšenou odbornost a erudovanost advokáta, a v této souvislosti upozornil na obecný jev tzv. „zkostnatění“, který může s přibývající délkou výkonu praxe hrozit v jakékoli profesi. Je zřejmé, že žalovaný tuto úvahu použil pouze na podporu svého závěru, že samotná délka praxe nezaručuje zvýšenou odbornost, a tedy není dostatečnou zárukou pro řádné provedení veřejné zakázky, přičemž ani odstraněním tohoto kritéria by k diskriminaci starší generace dojít nemohlo, neboť vedle advokátů bez dvacetileté praxe by se do zadávacího řízení mohli přihlásit i ti, kteří po tuto dobu advokátní praxi vykonávají. Krajský soud pak tuto argumentaci žalovaného neobhajoval, ani se za ni aktivně nepostavil, pouze v odůvodnění svého rozhodnutí k námitkám stěžovatele vysvětlil, v jaké souvislosti a z jakých důvodů žalovaný uvedený sporný termín v rozhodnutí použil.

Stěžovatel pak v kasační stížnosti vytýká krajskému soudu také nedostatečné posouzení otázky charakteru oznamovatele, tj. osoby, která svým podnětem zavdala důvod pro zahájení řízení žalovaným. Domnívá se, že zde existuje právně významný rozdíl mezi situací, kdy oznamovatelem je osoba stojící mimo posuzovanou záležitost, a situací, kdy oznamovatel je konkurentem stěžovatele jako uchazeče o veřejnou zakázku. Stěžovatel pokládá za nežádoucí situaci, kdy konkurent namísto toho, aby se řádně zúčastnil zadávacího řízení a otevřeně

zpochybnil způsob zadání zakázky, později po zjištění výsledku podá podnět k zahájení řízení. Tímto postupem dle názoru stěžovatele dochází k obcházení ustanovení zákona o veřejných zakázkách, který stanoví zákonné podmínky ochrany neúspěšných uchazečů, prostředky této ochrany, jakož i odpovědnost za jejich neadekvátní použití; naproti tomu vně stojící konkurent nenese za své chování žádnou odpovědnost. V této souvislosti pak stěžovatel upozorňuje na skutečnost, že v rámci zadávacího řízení byl na rozdíl od oznamovatele nucen vynaložit nemalé finanční prostředky, přičemž ani tento aspekt krajský soud ve své rozhodovací činnosti dostatečně nezvážil.

Ani v tomto případě však Nejvyšší správní soud žádné pochybení krajského soudu neshledal. Žalovaný jako orgán dohledu nad zákonností postupu zadavatelů při zadávání veřejných zakázek je povinen zahajovat řízení o přezkoumání postupu veřejných zadavatelů jak na návrh, tak z moci úřední. Případné indicie o možném porušování zákona o veřejných zakázkách přitom žalovaný může získávat také z podnětů různých subjektů a fyzických či právnických osob, jako tomu bylo i v daném případě.

Nejvyšší správní soud z obsahu oznámení o zahájení správního řízení ze dne 2. 9. 2008 ověřil, že žalovaný zahájil správní řízení v předmětné věci z moci úřední *(ex offo),* přičemž na základě obdrženého podnětu si od zadavatele vyžádal dokumentaci k zadávacímu řízení, z níž zjistil okolnosti nasvědčující nezbytnosti zahájit v uvedené věci správní řízení. V řádně zahájeném správním řízení pak žalovaný posuzoval, zda zadavatel v zadávacím řízení porušil zákon o veřejných zakázkách, a toto řízení žalovaný následně ukončil vydáním napadeného správního rozhodnutí.

Pokud stěžovatel v této souvislosti porovnává svou situaci se situací osoby, která podala podnět k zahájení správního řízení (mimo jiné pohledem nákladů a úsilí, které stěžovatel musel vynaložit, aby se zadávacího řízení vůbec mohl účastnit), pak je Nejvyšší správní soud ve shodě se závěry krajského soudu toho názoru, že stěžovatel se nachází ve zcela odlišné pozici než osoba podávající správnímu orgánu podnět k zahájení řízení, a jejich situace nelze vzájemně nijak srovnávat ani poměřovat.

Stěžovatel se o své vůli coby dodavatel předmětné služby účastnil zadávacího řízení a v rámci těchto aktivit musel vyvinout určité úsilí a vynaložit určitě náklady. Oproti tomu se ve zcela odlišném postavení nachází osoba podávající podnět, jímž je žalovaný jako dozorující orgán upozorňován na možné porušení zákona o veřejných zakázkách. Pokud pak tato osoba ve smyslu § 42 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), nepožádá správní orgán o sdělení, zda správní řízení zahájil či nikoli, je její role jako oznamovatele či podatele zásadně ukončena a vyčerpána podáním tohoto podnětu.

Z ustanovení § 42 správního řádu vyplývá, že podnět je oprávněn podat kdokoli (fyzická či právnická osoba nebo jiné správní orgány), a tedy i případný konkurent stěžovatele. Je přitom bez významu, zda se tato osoba předtím účastnila zadávacího řízení, a tedy mohla volit prostředky ochrany, které jí v takovém případě zákon dává k dispozici, nebo zda zvolila postup dle § 42 správního řádu a podala správnímu orgánu podnět k zahájení řízení z moci úřední. Zákon připouští tuto možnost obrany, a tedy záleží na tom, jakou cestu a jaký prostředek ochrany osoba v konkrétním případě zvolí.

V této souvislosti Nejvyšší správní soud podotýká, že krajský soud v odůvodnění svého rozhodnutí nepřičítá stěžovateli k tíži, že předmětný podnět nemá k dispozici a že jej soudu nepředložil. Krajský soud naopak v odůvodnění rozhodnutí vyslovil, že uvedený podnět ani jeho obsah nejsou pro dané řízení podstatné. V souvislosti s uplatněnou žalobní námitkou se však pozastavil nad tím, z čeho konkrétně stěžovatel dovozuje, že žalovaný nekriticky převzal celou argumentaci podnětu, když tento patrně neměl a nemá k dispozici.

Závěrem Nejvyšší správní soud uvádí, že v projednávané věci neshledal důvod pro provádění důkazů navrhovaných stěžovatelem v kasační stížnosti (nabídkou stěžovatele předloženou zadavateli v rámci zadávacího řízení a výslechy potenciálních subdodavatelů), neboť veškeré skutečnosti rozhodné pro posouzení předmětné věci bylo možno ověřit z obsahu předložené spisové dokumentace.

Vzhledem k tomu, že Nejvyšší správní soud nezjistil naplnění žádného z důvodů uplatněných stěžovatelem v kasační stížnosti, sám neshledal ani jiné vady uvedené v ustanovení § 109 odst. 3 s. ř. s., k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti, kasační stížnost proto podle ustanovení § 110 odst. 1 s. ř. s. jako nedůvodnou zamítl.

Výrok o náhradě nákladů účastníků řízení je odůvodněn ustanovením § 60 odst. 1 s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s., podle kterého stěžovatel, který neměl v tomto soudním řízení úspěch, nemá právo na náhradu nákladů řízení ze zákona a žalovanému správnímu orgánu žádné náklady řízení nevznikly.

Výrok o náhradě nákladů osoby zúčastněné na řízení se pak opírá o ustanovení § 60 odst. 5 s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s., podle kterého osoba zúčastněná na řízení má právo na náhradu jen těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil, případně jí z důvodů zvláštního zřetele hodných může být soudem přiznána i náhrada dalších nákladů řízení.

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

V Brně dne 7. prosince 2011

Mgr. Daniela Zemanová
předsedkyně senátu