



UOHSX0053PG7

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R297/2012/VZ-13367/2013/310/MMI

Brno 16. července 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 25. 10. 2012, doručeném dne 26. 10. 2012 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, podaném navrhovatelem -

- společností **eNovation s.r.o.**, IČ 27909751, se sídlem Štěpánská 621/34, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S631/2011/VZ-3443/2012/510/ASh ze dne 9. 10. 2012, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Povodí Moravy, s.p.**, IČ 70890013, se sídlem Dřevařská 11, 601 75 Brno-město, ve správním řízení zastoupeném na základě plné moci ze dne 23. 1. 2012 zmocněncem Mgr. Ing. Hanou Továrkovou, advokátkou, Továrek, Horký a partneři, advokátní kancelář, s. r. o., IČ 28319320, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 1844/28, 602 00 Brno,

při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „**Poradenská a koordinační činnost pro dotační programy ze strukturálních, mezinárodních a národních fondů**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 2. 9. 2011 pod evidenčním číslem 6006464602001, následně opraveno dne 30. 9. 2011 pod evidenčním číslem 6006464602002 a dne 24. 10. 2011 pod evidenčním číslem 6006464602003, a v Úředním věstníku Evropské unie

uveřejněno dne 6. 9. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 170-280028, následně opraveno dne 4. 10. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 190-309212 a dne 26. 10. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 206-334917,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S631/2011/VZ-3443/2012/510/ASh ze dne 9. 10. 2012,

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil dne 28. 12. 2011 správní řízení na návrh navrhovatele - společnosti eNovation s.r.o., IČ 27909751, se sídlem Štěpánská 621/34, 110 00 Praha 1, (dále jen „**navrhovatel**“) ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Povodí Moravy, s.p., IČ 70890013, se sídlem Dřevařská 11, 601 75 Brno-město, ve správním řízení zastoupeném na základě plné moci ze dne 23. 1. 2012 zmocněncem Mgr. Ing. Hanou Továrkovou, advokátkou, Továrek, Horký a partneři, advokátní kancelář, s. r. o., IČ 28319320, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 1844/28, 602 00 Brno, (dále jen „**zadavatel**“) při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „Poradenská a koordinační činnost pro dotační programy ze strukturálních, mezinárodních a národních fondů“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 2. 9. 2011 pod evidenčním číslem 6006464602001, následně opraveno dne 30. 9. 2011 pod evidenčním číslem 6006464602002 a dne 24. 10. 2011 pod evidenčním číslem 6006464602003, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 6. 9. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 170-280028, následně opraveno dne 4. 10. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 190-309212 a dne 26. 10. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 206-334917 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Za účastníka správního řízení Úřad označil zadavatele a navrhovatele.

---

<sup>1</sup> Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

2. Navrhovatel spatřoval porušení zákona v tom, že zadavatel v článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace vymezil rozsah požadovaných referencí způsobem zjevně nepřiměřeným ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti předmětné veřejné zakázky, dále navrhovatel spatřoval porušení zákona v tom, že zadavatel požadoval prokázat rozsah významných služeb poskytnutých v posledních třech letech, aniž by umožnil tyto požadované služby doložit prostřednictvím subdodavatele. Navrhovatel měl za to, že v důsledku diskriminačních podmínek v zadávací dokumentaci je mu znemožněno či ztíženo ucházet se o předmětnou veřejnou zakázku. Zadavatel námitkám navrhovatele nevyhověl. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu dne 28. 12. 2012 písemný návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
3. Navrhovatel ve svém návrhu napadal obsah článku 1.3. Kvalifikační dokumentace, označený jako „prokázání kvalifikace – obecná pravidla prokazování kvalifikace“, obsah článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace a obsah článku 10.2.1. zadávací dokumentace, označený jako „dodavatelský systém (subdodavatelský systém)“. Navrhovatel měl za to, že zadavatel vymezil kvalifikační předpoklady v rozporu se základními zásadami, na nichž spočívá zákon, a to vymezením minimální úrovně pro jejich splnění. Navrhovatel se domníval, že rozsah požadovaných referencí je zjevně nepřiměřený ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti této veřejné zakázky. Navrhovatel uvedl, že přestože např. rozdíly mezi otevřeným řízením podlimitním a nadlimitním jsou pouze v zákonných lhůtách a způsobu zveřejnění zadávacího řízení, při shodném postupu, požaduje zadavatel k prokázání technického kvalifikačního předpokladu sedm služeb s použitím otevřeného řízení (tj. u podlimitních nebo nadlimitních veřejných zakázek). Navrhovatel dále uvedl, že při určení zjevně nepřiměřeného rozsahu požadovaných služeb jako technického kvalifikačního předpokladu zadavatel aplikoval současně ustanovení § 44 odst. 6 zákona a vyhradil si, že uchazeči nemohou reference prokazovat prostřednictvím subdodavatele. Navrhovatel považoval uvedený postup zadavatele za diskriminační, odporující zásadám uvedených v ustanovení § 6 zákona, když požadoval takový rozsah referencí a zároveň vylučoval možnost jejich prokázání prostřednictvím subdodavatele. Navrhovatel se v návrhu domáhal, aby Úřad zrušil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.
4. Zadavatel se k podkladům rozhodnutí vyjádřil dne 17. 1. 2012 a uvedl, že jeho postup je v souladu se zákonem, a odkázal na odůvodnění svého rozhodnutí o námitkách ze dne 19. 12. 2011.

## II. Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 9. 10. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S631/2011/VZ-3443/2012/510/ASh (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), ve kterém konstatoval, že se návrh navrhovatele podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.
6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že v rámci zajištění administrace zadávacích řízení v rámci jednotlivých projektů dle zákona o veřejných zakázkách, uvedl zadavatel výčet činností spojených se zadávacím řízením, v jejichž rámci zadavatel umožňuje plnit část předmětu veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele. Tím, že zadavatel

umožnil poskytnout prostřednictvím subdodavatele právní služby, které jsou součástí předmětu plnění veřejné zakázky, nevyloučil zcela možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele, a postupoval tak v souladu s ustanovením § 44 odst. 6 zákona, když si v zadávací dokumentaci vyhradil, že nelze plnit prostřednictvím subdodavatele služby spočívající v „samotném dotačním poradenství, dotačním managementu a administraci a realizaci projektů“. Při aplikování ustanovení § 44 odst. 6 zákona a ustanovení § 51 odst. 4 zákona z logiky věci vyplývá, že uchazeč je oprávněn prokazovat chybějící kvalifikaci subdodavatelem jen v těch částech veřejné zakázky, které pak subdodavatel v souladu se zadávací dokumentací bude na základě smlouvy zavázán plnit. Úřad neshledal v postupu zadavatele, který vyloučil možnost plnit část veřejné zakázky subdodavatelem a současně vyloučil možnost v této části prokázat kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, porušení zákona.

7. Úřad konstatoval, že zjevná nepřiměřenost kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce není vymezitelná žádným obecným úslovím, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální případ. Při aplikaci kritéria zjevné nepřiměřenosti je nutno poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky. Úřad dospěl k závěru, že zadavatel stanovil samotné výše získaných dotací uvedených v technických kvalifikačních předpokladech v článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace tak, aby odpovídaly druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Úřad konstatoval, že minimální úroveň v části – „úspěšně zrealizovali jednu zakázku, jejímž předmětem bylo poradenství při zpracování žádosti o dotaci z Fondu soudržnosti nebo ze strukturálních fondů Evropské unie“ – dotčeného technického kvalifikačního předpokladu, odpovídá druhu předmětu veřejné zakázky. Jako předmět veřejné zakázky zadavatel v zadávací dokumentaci označuje služby spočívající mimo jiné v poradenství v přípravných, koordinačních, projektových a realizačních fázích projektů, které je zadavatel jako příjemce dotace povinen zajistit. Vzhledem k výše uvedenému dospěl Úřad k závěru, že ustanovení zadávací dokumentace o tom, že technický kvalifikační předpoklad splňují uchazeči, resp. dodavatelé, kteří zrealizovali zakázku, jejímž předmětem bylo „poradenství při zpracování žádosti o dotaci z Fondu soudržnosti nebo ze strukturálních fondů Evropské unie“ bez dalšího odpovídá předmětu veřejné zakázky. Zadavatelem určená výše dotace jako technický kvalifikační předpoklad je, podle Úřadu, v souladu se zákonem.
8. Vzhledem k rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky Úřad dospěl k závěru, že minimální úroveň pro technický kvalifikační předpoklad v článku 5.1.1 Kvalifikační dokumentace (4 zadávací řízení pro veřejnou zakázku malého rozsahu, 4 zjednodušená podlimitní řízení, 7 otevřených řízení, 3 jednací řízení bez uveřejnění, 1 užší řízení podlimitní a 1 soutěž o návrh) stanovil zadavatel v souladu s ustanovením § 56 odst. 7 písm. c) zákona. Úřad se dále při posouzení výše uvedené otázky zabýval argumentací navrhovatele: „přestože např. rozdíl mezi otevřeným řízením pro podlimitní a nadlimitní veřejnou zakázku jsou pouze v zákonných lhůtách a způsobu uveřejnění zadávacího řízení, při shodném postupu zadavatel požaduje sedm služeb s použitím otevřeného řízení“ a dále argumentací navrhovatele, že soutěž o návrh se uplatňuje pouze výjimečně. Úřad uzavřel, že předmět plnění veřejné zakázky dle článku II. odst. 3 Mandátní smlouvy tvoří celkem 13 otevřených řízení (7 pro podlimitní veřejnou zakázku a 6 pro nadlimitní veřejnou zakázku) a 1 soutěž

o návrh, odpovídá vymezení minimální úrovně pro technický kvalifikační předpoklad v článku 5.1.1. Kvalifikační dokumentace (7 otevřených řízení – 4 pro podlimitní veřejnou zakázku a 3 pro nadlimitní veřejnou zakázku, 1 soutěž o návrh). Úřad nepovažoval argumentaci navrhovatele o výjimečnosti soutěže o návrh za právně relevantní pro posouzení toho, zda zadavatele vymezení minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu v souladu s ustanovením § 56 odst. 7 písm. c) zákona, když zadavatel označil za předmět plnění v zadávací dokumentaci provedení jedné soutěže o návrh.

9. Pro úplnost Úřad uvedl, že při posuzování kvalifikačních kritérií vzal v úvahu charakter předmětu zadávané zakázky, její předpokládanou hodnotu, jakož i způsob její realizace. V návaznosti na předmět plnění Úřad konstatoval, že povaha předmětu plnění požadovaného v rámci předmětných referencí odpovídá charakteru veřejné zakázky, neboť jde shodně o služby spočívající v poradenství v přípravných, koordinačních, projektových a realizačních fázích projektů. V tomto ohledu zadavatel tedy dodržel podmínku obdobnosti předmětu referenčních zakázek a vymezení jejich charakteru objektivním způsobem. Požadavek na finanční objem referenčních zakázek Úřad přezkoumal s ohledem na předpokládané hodnoty projektů realizovaných s podporou z dotačních programů a dospěl k závěru, že i v tomto případě zadavatel stanovil svůj požadavek legitimním způsobem, jelikož žádná z požadovaných minimálních hodnot referenčních zakázek nepřesáhla předpokládanou výši dotace u jednotlivých projektů a tudíž i tento požadavek odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Ve vztahu k rozsahu požadovaných referenčních zakázek (9 zakázek zaměřených na administraci a realizaci projektů dotovaných ze strukturálních fondů EU a 20 zakázek spočívajících v administraci a realizaci zadávacích řízení), vzal Úřad v potaz především předpokládaný počet projektů (25 zakázek realizovaných s podporou z dotačních programů a 47 služeb spočívajících v administraci a realizaci zadávacích řízení). V návaznosti na uvedené proto Úřad dospěl k závěru, že i v tomto ohledu předmětný kvalifikační požadavek odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky podle ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona.

### III. Námitky rozkladu

10. Uvedené rozhodnutí napadl navrhovatel rozkladem ze dne 25. 10. 2012 doručeným v zákonné lhůtě Úřadu dne 26. 10. 2012, kterýmžto dnem bylo zahájeno správní řízení o rozkladu.
11. Navrhovatel v rozkladu namítá, že se Úřad dostatečně nevypořádal s námitkami vyjádřenými v jeho návrhu týkajícími se porušení zásady diskriminace dle § 6 zákona ze strany zadavatele, a to v důsledku nepřiměřené aplikace § 44 odst. 6 zákona a § 56 odst. 7 písm. c) zákona. Navrhovatel rovněž Úřadu vytýká, že se v napadeném rozhodnutí rozsáhle zabývá problematikou interpretace § 51 odst. 4 zákona, což on nerozporoval. Naopak se podle něj Úřad nezabýval podstatou námítky, že zadavatel aplikoval omezení dle druhé věty § 44 odst. 6 zákona nepřiměřeně, čímž se měl dostat do rozporu se zásadou diskriminace. Navrhovatel trvá na tom, že v předmětném zadávacím řízení zadavatel pomocí postupů dle § 44 odst. 6 zákona a dle § 56 odst. 7 písm. c) zákona skutečně porušil zásadu diskriminace a to ve formě tzv. skryté diskriminace. Zadavatel jednak stanovil technické kvalifikační předpoklady, které podle navrhovatele svým vymezením neodpovídají druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky a jednak nepřipustil využití

subdodavatelů pro zásadní část veřejné zakázky. Touto kombinací fakticky znepřístupnil účast v zadávacím řízení pro drtivou většinu subjektů podnikajících v předmětu veřejné zakázky, což podle něj jednoznačně povede k nízkému počtu podaných nabídek, k vyšší nabídkové ceně nevhodnější nabídky a v konečném důsledku to vyústí v nevhodné vynakládání veřejných prostředků.

12. Navrhovatel tak považuje přezkum Úřadu za naprosto nedostatečný. Úřad se zabýval posuzováním námitek navrhovatele z hlediska souladu postupu zadavatele se zásadami vyjádřenými v § 6 zákona pouze izolovaně, přičemž rezignoval na skutečnost, že k diskriminaci došlo především v důsledku uplatnění více opatření současně. Nelze podle navrhovatele vyloučit, že i když jednotlivá opatření nejsou zjevně nepřiměřená ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, v souhrnu tato opatření dosahují mnohem větší intenzity omezení a jsou způsobilá zjevnou nepřiměřeností a tedy i diskriminací založit. Navrhovatel má za to, že Úřad posoudil návrh neúplně a napadené rozhodnutí je nesprávné a v rozporu se správním řádem.

#### **Závěr rozkladu**

13. Navrhovatel navrhuje zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

14. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
15. K rozkladu se vyjádřil zadavatel přípisem doručeným Úřadu dne 8. 11. 2012. Zadavatel v něm vyjádřil své přesvědčení o věcné správnosti napadeného rozhodnutí a jeho souladu se zákonem. Zadavatel má za to, že argumentace obsažená v rozkladu je zavádějící a věcně nepřesvědčivá. Námitka týkající se nepřiměřené aplikace omezení dle § 44 odst. 6 věty druhé nebyla podle zadavatele podána ani v návrhu na zahájení řízení ani v námitkách. Jedná se tedy o novou námitku a podle něj postrádá jakékoli věcné opodstatnění. Zadavatel se dále ohrazuje proti tvrzení, že by jím požadovaná minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů neodpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů je podle jeho názoru v souladu se zákonem i v případě, kdy omezil možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele ve smyslu § 44 odst. 6 zákona, neboť tato navrhovatelem nově namítaná okolnost není sama o sobě ani ve spojitosti s jinými okolnostmi, způsobilá vyvolat existenci skryté diskriminace.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

16. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

17. Úřad tím, že svým rozhodnutím č.j. ÚOHS-S631/2011/VZ-3443/2012/510/ASh ze dne 9. 10. 2012, rozhodl tak, že návrh navrhovatele podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo 2 zákona, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se zcela ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

18. Úvodem uvádím, že rozklad obsahuje pouze argumenty, které již byly vzneseny ve správním řízení prvního stupně, přičemž Úřad se s nimi vyčerpávajícím způsobem vypořádal v napadeném rozhodnutí. Rozklad tedy nepřináší žádnou novou právní argumentaci, na základě níž by bylo možné dospět k odlišnému posouzení věci.
19. Navrhovatel namítá, že se Úřad nezabýval podstatou námitky, že zadavatel aplikoval omezení podle druhé věty ustanovení § 44 odst. 6 zákona nepřiměřeně, čímž se měl dostat do rozporu se zásadou diskriminace. Podle druhé věty ustanovení § 44 odst. 6 zákona, si zadavatel může v zadávací dokumentaci vyhradit požadavek, že určitá část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem. V takovém případě však zadavatel nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele. Námitka navrhovatele je nedůvodná, neboť v předmětném případě, zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když si vyhradil požadavek, že podstatná část plnění veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem a umožnil plnit prostřednictvím subdodavatele pouze ty části předmětu plnění veřejné zakázky, jež spočívají v poskytování právních služeb či poskytování služeb expertů a konzultantů v oblasti vodního hospodářství. Je právem zadavatele uvést takovou výhradu v zadávací dokumentaci, že určitá část plnění nesmí být provedena subdodavatelem a musí být zajištěna přímo hlavním dodavatelem. Takovýto požadavek na splnění podstatné části plnění veřejné zakázky pouze dodavatelem má svůj význam zejména v případě veřejných zakázek na služby, tedy právě v předmětné veřejné zakázce, kdy existuje zcela legitimní zájem zadavatele na tom, aby poptávané služby byly poskytovány na odborné úrovni přímo vybraným uchazečem, s nímž zadavatel uzavírá smlouvu, a který za kvalitu a řádné splnění veřejné zakázky primárně odpovídá. V případě veřejných zakázek na služby je kvalita plnění závislá na osobnostních a odborných předpokladech osob podílejících se na plnění veřejné zakázky, přičemž za použití subdodávek by mohla být kvalita dílčích částí plnění narušena. Tím, že zadavatel zcela nevyloučil možnost plnění předmětu veřejné zakázky subdodavatelem, dikci zákona neporušil. Jeho požadavek lze považovat za odůvodněný, neboť při tak velkém rozsahu veřejné zakázky je na místě, že zadavatel chce mít smluvní vztah přímo s konkrétním a zkušeným dodavatelem s minimálním využitím plnění od subdodavatelů.
20. Navrhovatel dále namítá, že tato výhrada zadavatele je v rozporu se zásadou diskriminace. Na tomto místě však své tvrzení nikterak nerozvádí a neodůvodňuje, proto se k této námitce nelze vyjádřit. Vzhledem k tomu, že dále v rozkladu navrhovatel namítá, že v důsledku uplatnění více opatření zadavatele došlo k diskriminaci ze strany zadavatele a je zde rovněž uvedeno v čem tuto diskriminaci spatřuje, bude tato námitka vypořádána následně.

21. Další námitka navrhovatele spočívá v tom, že zadavatel stanovil technické kvalifikační předpoklady, které podle něj svým vymezením neodpovídají druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Tato námitka je nedůvodná, neboť ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel jednotlivé požadavky vymezil v souladu se zákonem a přiměřeně ve vztahu ke druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. Zadavatel požadoval pro účely prokázání kvalifikace doložení seznamu referencí v rozsahu 8 zakázek zaměřených na administraci a realizaci projektů dotovaných ze strukturálních fondů Evropské unie, z toho 1 zakázku, kde získaná dotace činila minimálně 150 mil. Kč bez DPH, 3 zakázky, kde získaná dotace činila minimálně 50 mil. Kč bez DPH a 5 zakázek, kde získaná dotace činila minimálně 30 mil. Kč bez DPH, a dále požadoval 20 služeb spočívajících v administraci a realizaci zadávacích řízení, z toho 4 veřejné zakázky malého rozsahu, 4 zjednodušená podlimitní řízení, 4 „otevřená řízení podlimitní“, 3 „otevřená řízení nadlimitní“, 3 jednací řízení bez uveřejnění, 1 „užší řízení podlimitní“ a 1 soutěž o návrh. Přičemž zadavatel předpokládal, že vybraný uchazeč bude realizovat 25 zakázek realizovaných s podporou z dotačních programů, z toho 4 projekty s předpokládanou výší dotace do 10 mil. Kč, 6 projektů s předpokládanou výší dotace od 11 mil. Kč do 20 mil. Kč, 5 projektů s předpokládanou výší dotace od 21 mil. Kč do 50 mil. Kč, 5 projektů s předpokládanou výší dotace od 51 mil. Kč do 100 mil. Kč, 2 projekty s předpokládanou výší dotace od 101 mil. Kč do 200 mil. Kč a 3 projekty s předpokládanou výší dotace od 201 mil. Kč do 500 mil. Kč, a dále 47 služeb spočívajících v administraci a realizaci zadávacích řízení, z toho 10 veřejných zakázek malého rozsahu, 8 zjednodušených podlimitních řízení, 7 „otevřených řízení podlimitních“, 6 „otevřených řízení nadlimitních“, 1 jednací řízení bez uveřejnění, 1 jednací řízení s uveřejněním, 6 „užších řízení podlimitních“, 6 „užších řízení nadlimitních“, 1 soutěž o návrh a 1 soutěžní dialog. Z výše uvedeného přehledu vyplývá, že kvalifikační předpoklady jsou nastaveny zhruba v rozsahu jedné třetiny až jedné poloviny veřejných zakázek, které zadavatel zahrnul do předmětu plnění veřejné zakázky. Zadavatel je oprávněn požadovat splnění takových technických kvalifikačních předpokladů, aby mu bylo jejich prostřednictvím dodavatelem prokázáno, že disponuje potřebnou technickou způsobilostí pro plnění veřejné zakázky a má k tomu rovněž potřebné zázemí a zkušenosti. Institut prokazování technických kvalifikačních předpokladů slouží k tomu, aby si zadavatel tímto zajistil zkušeného dodavatele disponujícího potřebnou technickou kapacitou pro plnění předmětu veřejné zakázky. V daném případě jsou technické kvalifikační předpoklady nastaveny přiměřeně vzhledem k rozsahu předmětu veřejné zakázky, neboť požadované reference dosahují maximálně jedné poloviny veřejných zakázek, které budou uchazečem pro zadavatele realizovány v rámci této veřejné zakázky.
22. Podle názoru navrhovatele se dále Úřad dostatečně nevypořádal s námitkami vyjádřenými v jeho návrhu týkajícími se porušení zásady diskriminace podle ustanovení § 6 zákona, a to ve formě skryté diskriminace, ze strany zadavatele v důsledku nepřiměřené aplikace ustanovení § 44 odst. 6 zákona a ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona. Navrhovatel má za to, že kombinací těchto opatření zadavatel fakticky znepřístupnil účast v zadávacím řízení pro drtivou většinu subjektů podnikajících v předmětu veřejné zakázky. K této námitce uvádím, že problematikou diskriminace se zabývá rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008. Zákaz diskriminace uvedený v ustanovení § 6 zákona, zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Přičemž 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 mohou splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám zakotveným v ustanovení § 6 zákona. Samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potenciální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno jí vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Nejvyšší správní soud ve výše citovaném rozsudku uvedl, že samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat. V daném případě po posouzení relevantních podkladů, mám za to, jak je již výše uvedeno, že zadavatelem požadované kvalifikační předpoklady nejsou nijak excesivní a jsou přiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétního předmětu veřejné zakázky a nejsou sto způsobit skrytou diskriminaci. Ze skutečnosti, že navrhovatel nebyl schopen splnit technické kvalifikační předpoklady ještě nelze dovozovat, že se jedná o skrytou diskriminaci. Úřad správně dospěl k závěru, že zadavatel vymezil technické kvalifikační předpoklady v souladu se zákonem, přičemž lze zároveň konstatovat, že vzhledem k rozsahu předmětu veřejné zakázky kvalifikační předpoklady nemůže splnit příliš velký okruh uchazečů, což však není v rozporu s výše uvedenou zásadou zákazu skryté diskriminace. V tomto případě splnili technické kvalifikační předpoklady tři uchazeči. Z výše uvedených faktů nelze tudíž dovodit, že by tyto předpoklady směřovaly k vyloučení hospodářské soutěže a ke skryté diskriminaci. Navrhovatel mohl, stejně jako to učinili někteří jiní uchazeči, podat společnou nabídku a splnit tak technické kvalifikační předpoklady, pokud jejich splnění nebyl schopen prokázat individuálně. Garance řádného splnění veřejné zakázky by ve fázi zadávacího řízení měla plynout ze zadavatelem požadovaného seznamu obdobných prací či služeb uskutečněných uchazečem v posledních letech.

23. Dospěl-li tedy Úřad v napadeném rozhodnutí k závěru, že jsou splněny všechny podmínky ustanovení § 56 odst. 7 zákona, zejména že v zadávacích podmínkách došlo k vymezení minimální úrovně kvalifikačních předpokladů přiměřeně podle druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, neshledávám důvod, proč se od jeho závěrů odchýlit. Jsem naopak stejně jako Úřad přesvědčen, že požadavek zadavatele na kvalifikační předpoklady je vzhledem k velikosti veřejné zakázky přiměřený.
24. Co se týče námítky navrhovatele, že došlo k diskriminaci v předmětném zadávacím řízení ze strany zadavatele především v důsledku uplatnění více opatření současně, konstatuji,

že rovněž tato námitka je nedůvodná, neboť jak jednotlivě namítané skutečnosti nejsou sto zapříčinit porušení zásady diskriminace, tak ani ve spolupůsobení uvedené požadavky zadavatele nevyvolávají v daném případě porušení zásady diskriminace podle ustanovení § 6 zákona. Zadavatel byl veden snahou o navázání smluvního vztahu s dodavatelem, jež bude schopen řádně plnit předmět veřejné zakázky a bude mít relevantní zkušenosti s takto rozsáhlým předmětem plnění. Požadované kvalifikační předpoklady jsou svou povahou obdobné předmětu plnění veřejné zakázky (jedná se o shodné služby), rovněž součet hodnot veřejných zakázek požadovaných v rámci prokázání splnění kvalifikačních kritérií není excesivní (zadavatel požaduje předložit seznam zakázek v celkové výši dotace 450 mil. Kč a předpokládaná výše dotace realizovaných zakázek je zhruba od 1 250 mil. Kč do 2 810 mil. Kč). Při tomto rozsahu předmětu veřejné zakázky je požadavek zadavatele jak na kvalifikační předpoklady uchazečů, tak na minimální subdodavatelská plnění odůvodněný a je rovněž v souladu se zákonem.

#### **VI. Závěr**

25. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
26. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

### **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

#### **Obdrží**

1. eNovation s. r. o., Štěpánská 621/34, 110 00 Praha 1,
2. Mgr. Ing. Hana Továřková, advokátka, Továrek, Horký a partneři, advokátní kancelář, s. r. o.,  
tř. Kpt. Jaroše 1844/28, 602 00 Brno

#### **Vypraveno dne**

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy