



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců JUDr. Lukáše Hloucha, Ph.D. a Mgr. Petra Sedláka, Ph.D. v právní věci žalobce: **Fyzikální ústav Akademie věd ČR, v.v.i.**, se sídlem Na Slovance 1999/2, Praha 8, zastoupeného Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem se sídlem Politických vězňů 1272/21, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 18. 12. 2013, č.j. ÚOHS-R41/2013/VZ-24782/2013/310/PMo,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 12. 2013, č.j. ÚOHS-R41/2013/VZ-24782/2013/310/PMo, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náklady řízení ve výši 11.228 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám zástupce žalobce Mgr. Tomáše Krutáka, advokáta se sídlem Politických vězňů 1272/21, Praha 1.

O d ů v o d n ě n í :

I. Předmět řízení

Žalobce se žalobou podanou dne 17. 2. 2014 domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 12. 2013, č. j. ÚOHS-R41/2013/VZ-24782/2013/310/Pmo, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí správního orgánu prvního stupně ze dne 29. 1. 2013 č. j. ÚOHS-S567/2012/VZ-1850/2013/511/MFI, a zamítnut rozklad žalobce. Žalobci byla za vytykané správní delikty spáchané při zadávání veřejné zakázky s názvem „Poradce pro získání dotace z OP Výzkum a vývoj pro inovace na projekt ELI“ uložena pokuta ve výši 70.000 Kč

Správní orgán prvního stupně své rozhodnutí odůvodnil především tím, že při stanovení požadavků na prokázání kvalifikačních předpokladů v zadávacích podmínkách Veřejné zakázky nedodržel postup dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „ZVZ“ nebo „zákon“), ve spojení s § 56 odst. 7 písm. c) a § 6 ZVZ, protože úroveň technických kvalifikačních předpokladů nestanovil odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, když požadoval prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) ZVZ pouze ve vztahu k subjektům z veřejné sféry a pouze ve vztahu k strukturálním fondům EU; a když v rozporu s § 51 odst. 4 ZVZ ve spojení s § 6 ZVZ požadoval po uchazečích, kteří by prokazovali splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, předložení dalších dokumentů nad rámec zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II. Obsah žaloby

Žalobce považoval napadené rozhodnutí za nezákonné z důvodu nesprávného právního posouzení vymezení kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 7 a § 6 ZVZ a posouzení postupu podle ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ, dále proto, že rozhodnutí je částečně nepřezkoumatelné, neboť se žalovaný nevypořádal se všemi námitkami žalobce uvedenými v rozkladu, a proto, že pokuta, která mu byla uložena, není určena a odůvodněna v souladu s § 121 odst. 2 ZVZ.

V podrobnostech žalobce uvedl následující. Nejprve brojil proti nezákonnému posouzení požadavku na reference ve vztahu ke strukturálním fondům EU, které požadoval v části 7.1.1 zadávací dokumentace. Žalobce má za to, že kvalifikační předpoklad byl vymezen v souladu s § 56 odst. 7 a § 6 ZVZ a zdůrazňoval, že jeho jednoznačným zájmem a záměrem jako veřejné výzkumné instituce, zaměřené na základní a aplikovaný výzkum v oblasti fyziky, bylo vybrat ve veřejné zakázce zkušeného odborníka, který by mu poskytoval poradenství v oblasti operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace financovaného ze strukturálních fondů EU. Z tohoto základního účelu veřejné zakázky vycházelo i stanovení technických kvalifikačních předpokladů. Žalobce je přesvědčen, že požadavek žalovaného na připuštění referencí ohledně Fondu soudržnosti, který je zaměřen primárně na velké investiční projekty v sektorech životního prostředí a dopravy, je nepřiměřeně přísný a formalistický. Požadavek, aby žalobce detailně zkoumal specifika

žádostí o dotace pro operační programy financované z Fondu soudržnosti, když se s těmito programy v rámci své činnosti neseškává, je podle názoru žalobce přehnaný.

Žalobce namítl, že úroveň technických kvalifikačních předpokladů odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění Veřejné zakázky. Žalobce trvá na tom, že úroveň kvalifikačních předpokladů nebyla k předmětu Veřejné zakázky „zcela nepřiměřená“ (ve smyslu žalovaným citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5. června 2008 č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, „Rozsudek“) - že intenzita nepřiměřenosti ve smyslu citovaného rozsudku nebyla dosažena, neboť požadavek na zkušenosti se zpracováním žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů EU koresponduje s předmětem plnění Veřejné zakázky.

Žalobce dále zdůrazňuje, že dle rozsudku NSS musí být pojem „zjevná nepřiměřenost“ vykládán restriktivně ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce (srov. rozsudek NSS ze dne 10. 11. 2005, č. j. 1 Afs 107/2004 - 48, publikováno jako č. 869/2006 Sb. NSS, který tuto myšlenku aplikoval na doktrínu zneužití práva v daňové oblasti).

Žalobce dále namítl, že odůvodnění rozhodnutí správního orgánu prvního stupně ani napadené rozhodnutí neobsahuje žádné faktické srovnání zpracování obou žádostí a nelze ověřit, zda je technika zpracování žádostí o dotaci stejná, jak uvádí žalovaný, či nikoliv. Žalobce má za to, že žalovaný takový závěr učinil bez dostatečných zjištění a podkladů.

Následně žalobce brojil proti nezákonnému posouzení požadavku na reference ve vztahu k subjektům z veřejné sféry a namítl, že žalovaný se nevypořádal s jeho rozkladovými námitkami, které následně z procesní opatrnosti zopakoval.

V navazující části žalobce brojil žalobce proti nezákonnému posouzení splnění technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele a požadavku na předložení ručitelského prohlášení subdodavatele. Podle žalobce bylo smyslem předmětných požadavků stanovených v obchodních podmínkách (tedy nikoli v požadavcích žalobce na kvalifikaci) zajištění případných závazků dodavatele, které by mohly vzniknout v případě vadného plnění smlouvy. Zadavatel pouze zajistil zvýšené riziko pro případ, kdy bude uzavírat smlouvu se subjektem, který není sám plně způsobilý k jejímu plnění. Toto zajištění má jednoznačně povahu obchodní podmínky a nejde o další doklad nutný k prokázání kvalifikace. Žalobce požadoval, aby bylo ze strany uchazeče, který splňoval i jen část technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, poskytnuto odpovídající zajištění, které z pohledu subdodavatele nijak nepřesahovalo míru jím prokázané kvalifikace. Skutečnost, že se nejedná o bezdůvodné „trestání“ subdodavatelů, lze dle žalobce doložit tím, že ze stejných předpokladů jako žalobce v předmětném řízení, vycházel i zákonodárce v novém občanském zákoníku v ustanovení § 2630.

Žalobce nesouhlasil ani se závěry žalovaného ohledně neaplikovatelnosti závěrů žalovaného uvedených v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S220/2009-16376/2009/530/RKr ze dne 10. 3. 2010. Za zcela neudržitelny považuje žalobce argument, že ve věci S 220/2009 bylo ručení přípustné, neboť se v daném případě jednalo o ekonomickou a finanční kvalifikaci, kde lze ručení za škody a pohledávky považovat za poskytnutí věcí a práv ve smyslu § 51 odst. 4 ZVZ. Žalovaný podle názoru žalobce aplikoval zákon naprosto mechanicky a dle žalobce byla podstata věci v obou případech shodná.

V závěrečné části žaloby brojil žalobce proti nezákonnosti uložené pokuty. Namítl, že správní orgán prvního stupně v podstatě neuvedl srozumitelným způsobem žádné ze zákonných hledisek závažnosti správního deliktu, ani rozhodnutí žalovaného řádné

odůvodnění výše pokuty neobsahuje. Dále namítl, že se v bodě 57 rozhodnutí správního orgánu prvního stupně jedná o dvojí přičítání skutečnosti, které je již znakem skutkové podstaty, i v rámci stanovení výše sankce. Žalobce je přesvědčen o tom, že bylo v rozhodnutí správního orgánu prvního stupně pouze popsáno, jakým způsobem mohl být podstatně ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky. Podle žalobce není přitom přípustné, aby okolnost, která je jedním ze znaků skutkové podstaty deliktu, byla zároveň okolností rozhodnou pro závěr o vyšší závažnosti porušení povinnosti (tj. aby jedna okolnost byla žalobci přičítána k tíži dvakrát). Ani žalovaný v napadeném rozhodnutí neuvádí konkrétní fakta odůvodňující výměru pokuty. Správní orgán prvního stupně dále uvádí (byť jako polehčující okolnost), že jednáním žalobce nebyla soutěž o veřejnou zakázku zcela vyloučena, ale toliko omezena, avšak ani ohledně tohoto závěru neuvádí konkrétní poznatky, na základě kterých jej učinil. Ani napadené rozhodnutí žalovaného žádné bližší odůvodnění nepřináší. Jako přítěžující okolnost výše pokuty žalovaný uvádí, že stanovení přinejmenším jednoho ze sporných kvalifikačních předpokladů nebylo od počátku vedeno nějakou racionální úvahou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Žalovaný tyto závěry přitom opírá o způsob, jakým žalobce zdůvodňoval svůj postup před zahájením a po zahájení správního řízení. Žalobce je však přesvědčen o tom, že postup a obrana žalobce v rámci správního řízení nemůže být zohledňována, pokud jde o závažnost již spáchaného správního deliktu a výše pokuty.

III. Vyjádření žalovaného

Žalovaný ve svém vyjádření ze dne 3. 4. 2014 navrhl zamítnutí žaloby. K žalobním námitkám uvedl, že stejně jako námitky rozkladové jsou i tyto pouhým proklamačním konstatováním, které nebylo možné ve vztahu k rozhodnutí správního orgánu prvního stupně vypořádat. Podle žalovaného se žalobce dopustil skryté diskriminace nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti dané veřejné zakázky, protože některým dodavatelům znemožnil ucházet se o veřejnou zakázku. Zadavatel podle žalovaného musí umožnit rovné příležitosti všem dodavatelům, kteří jsou objektivně schopni předmětnou zakázku plnit, což se v daném případě s ohledem na vyloučení referencí ve vztahu k Fondu soudržnosti nestalo. To, že se žalobce s operačními programy financovanými z Fondu soudržnosti ve své praxi nesetkává, nic nemění na tom, že nastavil předmětné technické kvalifikační předpoklady v rozporu se zákonem, resp. diskriminačně. Pokud žalobce, ať už z jakéhokoli důvodu, omezil možnost prokázat kvalifikaci prostřednictvím referencí vztahujících se k Fondu soudržnosti, pak musí být schopen důvod takového omezení řádně odůvodnit. Toto důkazní břemeno však žalobce neunesl. S ohledem na rozporná vyjádření žalobce dospěl žalovaný k závěru, že předmětné nastavení kvalifikace nebylo od počátku vedeno racionální úvahou žalobce ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.

K další žalobní námitce žalovaný uvedl, že podmínkami, které označil jako obchodní a které musel splnit dodavatel, který by splnění určité části kvalifikace prokazoval prostřednictvím subdodavatele, žalobce neodůvodněně znevýhodnil jednu skupinu dodavatelů (kteří využili svého práva prokázat splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, požadoval předložení dokumentů nad rámec zákona) proti skupině dodavatelů, kteří byli schopni celou kvalifikaci prokázat samostatně. U dodavatele, který splnil ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady, ale část technické

části kvalifikace prokazuje prostřednictvím subdodavatele, je prostřednictvím požadovaného ručitelského prohlášení subdodavatele dle žalobcem stanovených podmínek jeho ekonomická a finanční stabilita zajišťována dvakrát. Žalobce tak po uchazeči, který prokazuje část své kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, požaduje splnění dalších povinností, jejichž splnění nevyžaduje od uchazečů, kteří kvalifikaci prokazují sami. To, že žalobce předmětnou podmínku formálně zahrnul mezi „obchodní podmínky“ nic nemění na tom, že svým postupem obešel ustanovení § 51 odst. 4 zákona (a zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 zákona), protože daná obchodní podmínka se aplikuje výlučně na uchazeče, kteří využili práva prokázat splnění byť i jen části své kvalifikace prostřednictvím subdodavatele – tato podmínka představuje povinnost uchazeče předložit další doklady, se kterými zákon nepočítá, a to na rozdíl od jiných uchazečů, kteří sami prokazují splnění příslušných kvalifikačních předpokladů dle zákona. Existence zajištění ve formě „záruky“ musí být zkoumána v rámci posuzování kvalifikace, nikoliv v rámci splnění obchodních podmínek. K námitce legitimního očekávání v případě ručení žalovaný uvedl, že rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S220/2009/VZ-16376/2009/530/RKr ze dne 10. 3. 2010 se týkalo situace, kdy dodavatel prokazoval prostřednictvím subdodavatele kvalifikaci v její ekonomické a finanční části a v takovém případě lze ručení za škody a pohledávky pokládat za poskytnutí věcí a práv ve smyslu § 51 odst. 4 zákona.

K uložené pokutě žalovaný konstatoval, že byla uložena a odůvodněna v souladu se zákonem, byly zohledněny všechny skutečnosti uvedené v § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách a při uložení sankce byla aplikována zásada absorpce. Úřad vzhledem k uvedené závažnosti porušení zákona a k souvislostem případu posoudil uloženou výši pokuty (70.000 Kč) jako přiměřenou porušení zákona a zohledňující obě funkce právní odpovědnosti.

Ve zbytku žalovaný setrval na svých závěrech obsažených v odůvodnění napadeného rozhodnutí a v plném rozsahu na ně odkázal.

IV. Posouzení věci krajským soudem

Krajský soud v Brně na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první, s.ř.s.), jakož i řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s.ř.s.). Soud dospěl k závěru, že žaloba je důvodná a napadené rozhodnutí žalovaného proto zrušil, aniž nařizoval jednání, za podmínek vyplývajících z ustanovení § 51 s.ř.s.

IV.a) Skrytá diskriminace při stanovení technických kvalifikačních předpokladů

1. Reference ve vztahu ke strukturálním fondům EU

Soud z obsahu správního spisu zjistil, že technické kvalifikační předpoklady pro veřejnou zakázku byly žalobcem vymezeny v zadávací dokumentaci v části 7. Technické kvalifikační předpoklady, ve které požadoval předložení seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních třech letech, přičemž za poskytnutí významné služby považoval zadavatel řádnou realizaci následujících služeb:

A) kompletní zpracování žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů EU, kterou uchazeč zpracovával pro subjekty z veřejné sféry, k čemuž měl dodavatel předložit alespoň pět kusů osvědčení (čestných prohlášení), přičemž celkový objem nákladů projektů vyplývajících ze zpracovaných žádostí o dotace ze strukturálních fondů EU musel v součtu činit minimálně 7 miliard Kč, z toho:

- (1) jeden projekt musel mít celkové náklady minimálně 2,5 miliardy Kč,
- (2) celkový objem schválených dotací musel v součtu činit aspoň jednu miliardu Kč a
- (3) minimálně dvě zpracované žádosti o dotaci ze strukturálních fondů musely být na investiční projekty z oblasti výzkumu a vývoje, spolupráce mezi výzkumem a vývojem a ostatními subjekty nebo na projekty zlepšení aplikace výzkumu a vývoje v přímé vazbě na podniky,

B) kompletní zpracování žádosti o dotaci z Operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace, k čemuž měl dodavatel předložit alespoň jeden kus osvědčení (čestného prohlášení)

C) vykonávání monitorovací činnosti u schválené žádosti o dotaci ze strukturálních fondů EU, k čemuž měl dodavatel předložit alespoň dva kusy osvědčení (čestných prohlášení), přičemž celkový objem rozpočtu projektů musel v součtu činit minimálně 0,5 miliardy Kč.

Z obsahu zadávací dokumentace dále soud zjistil (část 3. Předmět plnění veřejné zakázky), že účelem veřejné zakázky je uzavření smlouvy na poskytování poradenských služeb, vč. zpracování žádosti o dotaci, zajištění jejího projednávání na všech úrovních a zajištění administrace při čerpání dotace z Operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace.

Podle § 6 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Podle § 56 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném v době vyhlášení veřejné zakázky je veřejný zadavatel povinen ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení a) stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů, b) uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a c) vymežit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

Podle čl. 175 Smlouvy o fungování EU členské státy provádějí své hospodářské politiky a koordinují je tak, aby dosahovaly cílů uvedených v článku 174. Tvorba a provádění politik a činností Unie a vytváření vnitřního trhu přihlíží k cílům uvedeným v článku 174 a přispívá k jejich dosažení. Unie dále podporuje dosahování těchto cílů prostřednictvím strukturálních fondů (orientační sekce Evropského zemědělského orientačního a záručního fondu, Evropský sociální fond, Evropský fond pro regionální rozvoj), Evropské investiční banky a jiných dostupných finančních nástrojů.

Mezi strukturální fondy patří dále Finanční nástroj pro orientaci rybolovu podle Nařízení Rady (ES) č. 1263/1999 o finančním nástroji pro orientaci rybolovu.

Operační program Výzkum a vývoj pro inovace byl financovaný z prostředků Evropského fondu pro regionální rozvoj a jeho řídicím orgánem programu bylo Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy.

Obecně lze konstatovat, že stanovení technických kvalifikačních předpokladů je tou částí zadávací dokumentace, kterou může zadavatel veřejné zakázky buď otevřeně, nebo skrytě využít k omezení přístupu potencionálních soutěžitelů k veřejné zakázce. Otázkami tzv. skryté diskriminace se zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, ve kterém uvedl mimo jiné, že „[s]amotná 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 potencionální 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.“, přičemž za podstatné považuje zdejší soud především navazující část odůvodnění, ve které Nejvyšší správní soud uvedl, že „[k]rajský soud tedy správně vyslovil v napadeném rozsudku právní názor, podle něhož za skrytou formu nepřijatelné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy **požadovaná úroveň technické způsobilosti je „zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky“**, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.

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 ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu.** Má-li Nejvyšší správní soud parafrázovat své předchozí rozhodnutí, nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností - ostatně právo není matematika -, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. **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** (srov. rozsudek NSS ze dne 10. 11. 2005, č. j. 1 Afs 107/2004 - 48, publikováno jako č. 869/2006 Sb. NSS, který tuto myšlenku aplikoval na doktrínu zneužití práva v daňové oblasti).

V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“ 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 (srov. shora cit. Sdělení Komise k výkladovým otázkám ...). **Restriktivní výklad skryté diskriminace je dále podporován i tím, že - kromě podmínky zjevné nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky - musí být též zřejmé, že v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřeně nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.** Takto nastavené kvalifikační předpoklady totiž již neplní jakoukoliv rozumnou ekonomickou funkci, ale v

rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách brání konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli. Jak totiž správně uvedl krajský soud, někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.“

Žalovaný v napadeném rozhodnutí jasně konstatuje, že se žalobce v daném případě „dopustil skryté diskriminace nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená k velikosti, složitosti a technické náročnosti dané veřejné zakázky.“ Základní spor mezi žalobcem a žalovaným je otázka přípustnosti referencí ve vztahu k Fondu soudržnosti. Základ názoru o použitelnosti referencí ve vztahu k Fondu soudržnosti vychází z názoru prezentovaného v rozhodnutí správního orgánu prvního stupně (který následně převzal žalovaný), že z *praktického hlediska se vypracování žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů neliší od vypracování o dotaci projektu z Fondu soudržnosti.*“, což správní orgán prvního stupně demonstroval na Operačním programu Doprava, který je financován jak ze strukturálních fondů, tak i z Fondu soudržnosti. Dále správní orgán prvního stupně uvádí, že „Z *hlediska techniky zpracování žádosti o dotaci (včetně např. seznamu povinných příloh) však není pro žadatele patrný žádný rozdíl.*“

Z obsahu správního spisu nevyplývá, jak dospěl ať už správní orgán prvního stupně, nebo i žalovaný, ke svým zjištěním ohledně srovnání žádostí pro dotace ze strukturálních fondů a z Fondu soudržnosti. Taktéž soud nezjistil, jak dospěl správní orgán prvního stupně, resp. žalovaný k závěrům ohledně Operačního programu Doprava, včetně např. závěru o seznamu povinných příloh, příp. způsobilosti výdajů. Ve správním spise se nenacházejí žádné podklady, na jejichž základě by Úřad pro ochranu hospodářské soutěže mohl k těmto závěrům dospět, a s ohledem na charakter Operačního programu Doprava soud pochybuje o tom, že by Úřad pro ochranu hospodářské soutěže dospěl k uvedeným zjištěním na základě vlastní zkušenosti.

Srovnání strukturálních fondů a Fondu soudržnosti, resp. srovnání obsahových náležitostí žádostí pro dotace z uvedených fondů je zkoumání skutkové otázky. Pouze na základě řádně provedeného zjištění skutkových otázek mohl správní orgán učinit skutkový závěr o podobnosti postupů podle uvedených fondů a na základě tohoto skutkového závěru učinit právní závěr o skryté diskriminaci. Jakýkoliv skutkový závěr však musí být opřen o podklady pro rozhodnutí. Dle § 50 odst. 1 správního řádu mohou být podklady pro vydání rozhodnutí zejména návrhy účastníků, důkazy, skutečnosti známé správnímu orgánu z úřední činnosti, podklady od jiných správních orgánů nebo orgánů veřejné moci, jakož i skutečnosti obecně známé. Dle názoru soudu nejsou otázky obsahových náležitostí žádostí pro dotace skutečnosti obecně známou, zároveň z rozhodnutí Úřadu nevyplývá, že by to byly skutečnosti jemu známé z úřední činnosti. Za takové situace musel Úřad k uvedeným skutkovým závěrům dospět na základě dokazování, které však nemá oporu ve správním spise.

Jelikož skutková zjištění Úřadu ve vztahu k naplnění podmínek skryté diskriminace nemají žádnou oporu ve správním spise, je právní závěr o skryté diskriminaci vybudován na základě nedostatečně zjištěného skutkového stavu a rozhodnutí tak nemůže obstát v soudním přezkumu již z důvodu dle § 76 odst. 1 písm. b) s.r.s.

Pokud bude soud vycházet ze samotného výroku o deliktu, tak bylo žalobci vytýkáno, že „*požadoval prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona pouze ve vztahu k subjektům z veřejné sféry a pouze ve vztahu k strukturálním fondům Evropské unie*“. Z odůvodnění obou rozhodnutí Úřadu vyplývá, že jak správní orgán prvního stupně, tak i žalovaný vycházeli z legálního obsahu pojmu „strukturální fondy Evropské unie“ s argumentací chápáním pojmu „strukturální fondy“ profesionály v dotačním poradenství. K chápání pojmu „strukturální fondy“ v tomto smyslu se přihlásil i žalobce ve vyjádření po zahájení správního řízení.

Je proto otázkou, zda omezením zakázky na strukturální fondy EU se mohl dopustit žalobce skryté diskriminace v obecné rovině bez nutnosti dokazovat srovnáváním s Fondem soudržnosti. Soud vychází z pojmu strukturální fondy tak, jak jsou upraveny právem ES, a nezahrnuje mezi ně Fond soudržnosti.

Ve smyslu shora uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu je shledání skryté diskriminace přípustné tam, kde

- I. kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní
- II. kvalifikační předpoklady jasně vybočují **z oprávněných potřeb dané zakázky** ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky.
- III. v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.

Žalobci je vyčítáno v popisu jeho jednání nikoliv nastavení množství osvědčení nebo nepřiměřenost výše hodnoty referencí, ale nepřipuštění možnosti prokázat referenci i jiným zdrojem financování z EU. Samotná veřejná zakázka mířila k realizaci dotace z **jednoho ze strukturálních fondů EU** a přímo výslovně k realizaci dotace **z jednoho operačního programu realizovaného v rámci jednoho ze strukturálních fondů EU**. Jak i sám žalovaný uvedl, právo EU důsledně rozlišuje mezi strukturálními fondy a Fondem soudržnosti. Dokonce i mezi samotnými strukturálními fondy EU panují zásadní rozdíly v podporovaných oblastech. Podle názoru zdejšího soudu existuje legitimní úvaha žalobce, který jako specifická instituce požadující dotační poradenství pro zcela specifický projekt – ELI (extreme light infrastructure – projekt zabývající se budováním nejmodernějšího laserového zařízení na světě), hledá poradce se zkušenostmi s obdobnými projekty obdobného typu, tedy v rámci subjektů poskytujících dotační poradenství v obdobných operačních programech.

Samotná technika zpracování žádostí je jistě významná, nicméně subjektivně pro konkrétního zadavatele nemusí být jediným kritériem pro hodnocení úvahy, jakým způsobem si zajistit poradenství pro získání dotací. Je zřejmé, že v případě žalobce mohla existovat logická úvaha, že jestliže chce zajistit dotační poradenství pro operační program realizovaný v rámci Evropského fondu pro regionální rozvoj jako strukturálního fondu, bude hledat dotační poradenství se specializací na strukturální fondy EU. Požadavek, aby se jednotliví zadavatelé zabývali tím, jaké jsou podmínky pro podávání žádostí o dotace z jiných evropských zdrojů financování a zda se shodují s typem žádostí v jimi požadovaném operačním programu, se soudu jeví jako absurdní. Na souzené věci je tento fakt vidět zcela

zjevně. Nelze rozumně očekávat, že takové specifické pracoviště jako je Fyzikální ústav Akademie věd ČR bude zkoumat Operační program Doprava a dovozovat obdobnost podávaných žádostí v případě, že těžištěm jeho zájmu je jeden specifický operační program financovaný ze strukturálních fondů EU.

Podle názoru soudu je plně v rozsahu oprávněných potřeb zkoumané zakázky i omezení na strukturální fondy EU. Jestliže Úřad dovozoval možnost splnit vysoké požadované hodnoty referencí spíše z Operačního programu Doprava, je tato úvaha nesprávná, když se Úřad mohl ve svém řízení zabývat tím, jestli hodnota požadovaných referencí odpovídala velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky.

Jakkoliv soud respektuje nutnost ochrany soutěže při zadávání veřejných zakázek, zároveň považuje za nutné, aby kontrola zadávání veřejných zakázek byla smysluplná a nekladla na zadavatele nelogické a přehnané požadavky. Právě proto by naplnění podmínek skryté diskriminace mělo být vykládáno restriktivně. V souzené věci zadavatel postupoval logicky ve vztahu k předmětu zakázky a soud se, na rozdíl od žalovaného, nedomnívá, že by měl zadavatel zkoumat široký rozsah fungování financování prostřednictvím různých fondů. Lze jistě za prakticky jisté považovat to, že při přípustění více typů financování by se generovalo větší množství subjektů, které by mohly o zakázku soutěžit, přesto racionální úvaha zadavatele (ve shora uvedených souvislostech strukturálních fondů EU), která sama o sobě nevyloučila soutěž a která odpovídala požadavkům zadavatele, může být těžko sama o sobě projevem diskriminace. Tlak na zadavatele, aby zkoumal všechny možné hypotetické možnosti dotačního financování a vyhodnocoval, které jsou si natolik podobné, aby na některý nezapomněl, je ryze formalistický přístup.

2. Nekonzistentnost vyjádření žalobce jako zdůvodnění spáchání deliktu

Žalovaný, stejně jako správní orgán prvního stupně, vyčítá žalobci nekonzistentnost jeho vyjádření k omezení referencí na strukturální fondy EU. Zatímco správní orgán prvního stupně uvedl předmětnou část rozhodnutí návětím „*Dlužno navíc podotknout...*“, tak žalovaný v bodu 24. napadeného rozhodnutí jasně konstatuje, že uvedený rozpor považuje za jeden z důvodů pro naplnění skutkové podstaty deliktu. Přitom zcela správně správní orgán konstatoval, že vyjádření ze dne 12. 6. 2012 bylo podáno ještě před zahájením správního řízení.

V případě, že chtěl správní orgán prvního stupně, resp. žalovaný dovozovat, že žalobce nebyl veden při stanovení kvalifikačních předpokladů spočívajících v předložení referencí racionální úvahou, nelze toto dovozovat pouze a výhradně ze dvou rozporných vyjádření žalobce. V souzené věci k tomuto závěru dospěl soud ze dvou důvodů.

Prvním z důvodů je otázka práva na obhajobu a práva na volbu procesní strategie. K procesní strategii obviněného z přestupku se vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku NSS ze dne 22.1.2009, č.j. 1 As 96/2008 – 115, přičemž obdobné závěry lze zcela jistě dovodit i pro obviněného ze správního deliktu např. i v řízení před Úřadem. Nejvyšší správní soud uvedl, že „*je na obviněném (v přestupkovém řízení - pozn. zdejšího soudu), jakou procesní strategii zvolí: může tedy od počátku do konce svůj čin popírat; přiznat se k němu a s orgánem vedoucím řízení spolupracovat při objasňování okolností činu; nebo se přiznat, poté (například v odvolání) ale svůj čin popřít a navrhopvat důkazy svědčící pro tuto novou*

verzi. Obviněný v přestupkovém řízení není totiž povinen poskytovat správnímu orgánu při opatřování podkladů pro vydání rozhodnutí veškerou potřebnou součinnost, jak to od jiných subjektů správních řízení žádá § 50 odst. 2 správního řádu (...): z toho nutno dovodit jak to, že může být procesně i zcela pasivní, tak to, že k procesní aktivitě se může rozhodnout i v pozdější fázi řízení, a správní orgán se musí s touto jeho aktivitou (v podobě uplatňování nových tvrzení a navrhování nových důkazů) vypořádat. Protichůdné postoje obviněného v různých fázích řízení jistě nijak neusnadňují správnímu orgánu jeho činnost; to ale nemůže být důvodem pro omezení práv obviněného v odvolacím řízení.“ Otázka volby obsahu vyjádření byla zcela na žalobci, ale bylo na žalovaném, aby delikt jako takový žalobci dokázal, k čemuž podle přesvědčení zdejšího soudu nepostačuje srovnání dvou vyjádření žalobce zejména v situaci, kdy jedno z dotčených vyjádření bylo podáno ještě před zahájením řízení o deliktu.

S tím souvisí druhý důvod, proč nelze spáchání deliktu dovozovat pouze z vyjádření žalobce. Obsahem správního spisu není výzva, kterou správní orgán prvního stupně vyzýval žalobce k vyjádření se k podnětu, tedy podání Úřadu ze dne 28. 5. 2012, č. j. 474/2012/VZ-9837/2012/940/LKo. Soudu proto není vůbec zřejmé, v jakém procesním režimu bylo podání žalobce ze dne 12. 6. 2012 vyhotoveno. Jak praxe Úřadu (srov. např. rozhodnutí ze dne 25. 7. 2014, č. j. ÚOHS-R30/2014/VZ-15744/2014/310/MLr), tak praxe zdejšího soudu (srov. např. rozhodnutí ze dne 15. 2. 2012, č. j. 62Af 50/2011-72) připouští subsidiární použití správního řádu, z čehož vyplývá i možná aplikace § 137 odst. 1 správního řádu, dle kterého k prověření oznámení, ostatních podnětů a vlastních zjištění, která by mohla být důvodem k zahájení řízení z moci úřední, opatřuje správní orgán nezbytná vysvětlení. Správní orgán dále opatřuje vysvětlení potřebná k určení předpokládaného rozsahu podkladů pro rozhodnutí, stanoví-li tak zvláštní zákon. Vysvětlení může požadovat jen tehdy, nelze-li rozhodné skutečnosti zjistit jiným úředním postupem. Zároveň podle odst. 4 též ustanovení správního řádu záznam o podání vysvětlení nelze použít jako důkazní prostředek.

S ohledem na citované ustanovení a neúplný obsah správního spisu vyvstávají zásadní pochybnosti o procesním postupu Úřadu a o použitelnosti vyjádření žalobce ze dne 12. 6. 2012 v rámci správního řízení o deliktu žalobce.

3. Požadavek na reference ve vztahu k subjektům z veřejné sféry

V další žalobní námitce ve vztahu k prvnímu vytykánému deliktu žalobce namítl, že jeho námitky uvedené v rozkladu k hodnocení požadavků na reference ve vztahu k subjektům z veřejné sféry byly žalovaným zcela pomínuty.

Jako první jednání bylo žalobci správním orgánem prvního stupně vyčítáno nedodržení postupu stanoveného v § 56 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách ve spojení s § 56 odst. 7 písm. c) a § 6 téhož zákona tím, že úroveň technických kvalifikačních předpokladů nestanovil odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, když požadoval prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pouze ve vztahu k subjektům veřejné sféry a pouze ve vztahu k strukturálním fondům Evropské unie. V bodech 36. a 37. správní orgán prvního stupně odůvodňuje závěry o diskriminaci dané omezením referencí na subjekty veřejné sféry. Žalobce na straně 6 a 7 jasně brojí proti uvedeným závěrům, a to i s odkazem na praxi samotného žalovaného. Žalobce jasně konstatuje, že se v jeho případě jedná o situaci, kdy

realizace předmětné zakázky pro veřejné zadavatele, resp. subjekty z veřejné sféry vykazuje podstatné odlišnosti od zakázek realizovaných pro soukromé subjekty, což je dle žalobce důvod legitimující ho k požadavku na zkušenosti týkající se spolupráce s veřejnými zadavateli.

S touto námitkou se žalovaný ve svém rozhodnutí vůbec nevypořádal ani odkazem na to, že ji za námitku nepovažuje, ani konstatováním její neodůvodněnosti, natož aby ji vypořádal věcně.

S ohledem na to, že právě požadavek na reference od zadavatelů z veřejné sféry byl jedním ze znaků deliktního jednání, měl se žalovaný zpochybněním závěrů správního orgánu prvního stupně zabývat. Podle názoru soudu je plně dostačující, pokud žalobce zpochybnil závěry správního orgánu prvního stupně odkazem na rozdílnou praxi Úřadu v jiných obdobných věcech. Pouze na okraj soud uvádí, že tuto argumentaci uvedl žalobce již ve svém vyjádření v rámci správního řízení a správní orgán prvního stupně se s touto argumentací nijak nevypořádal. Úřad tedy ani v jednom stupni nezaujal stanovisko k námitce žalobce, že realizace přezkoumávané veřejné zakázky vykazovala tak podstatné odlišnosti, že požadavek na reference od veřejných zadavatelů byl zcela legitimní.

Jeho rozhodnutí je proto v této části zcela nepřezkoumatelné. Opomenutí odvolací (rozkladové) námitky je důvodem pro zrušení rozhodnutí podle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 7. 2008 ve věci sp. zn. 3 As 51/2007, a ze dne 7. 9. 2011 ve věci sp. zn. 6 Ads 99/2011).

Jakkoliv žalobce zopakoval své argumenty i v žalobě, není na krajském soudu, aby zcela nahrazoval úvahy žalovaného, a proto se k uvedené námitce nemohl věcně vyjádřit.

IV.b) Nezákonné posouzení splnění technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele a požadavku na předložení ručitelského prohlášení subdodavatele

Podle žalobce bylo smyslem předmětných požadavků stanovených v obchodních podmínkách (tedy nikoli v požadavcích žalobce na kvalifikaci) zajištění případných závazků dodavatele, které by mohly vzniknout v případě vadného plnění smlouvy.

V případě základní námitky žalobce, že se v případě požadavku na ručení jednalo o obchodní podmínku a nikoliv o další doklad nutný k prokázání kvalifikace, dospěl soud k závěru, že jakkoliv mohl být záměr žalobce jiný, jednalo se obsahově o kvalifikační předpoklad.

Pokud soud pomine vlastní otázku možnosti uložení ručitelského prohlášení za splnění technických kvalifikačních předpokladů, vede ho k tomuto závěru především povinnost subdodavatele uvést v „ručitelském prohlášení“ celkovou hodnotu likvidity, **kteřá nesmí být nižší než 1,0**, a hodnotu celkové zadluženosti, **kteřá nesmí být vyšší než 80%**, případné nedostatky v uvedených hodnotách mohl subdodavatel nahradit bankovní zárukou.

Uvedené požadavky na hodnotu likvidity a hodnotu zadluženosti (s možností nahrazení bankovní zárukou) jsou bezpochyby ekonomické kvalifikační předpoklady ve smyslu § 55 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, které žalobce vztáhl na subdodavatele. Tyto ekonomické kvalifikační předpoklady, tedy hodnotu likvidity a hodnotu celkové zadluženosti,

žalobce nevztahoval na samotné (primární) dodavatele. Jestliže tedy (primární) dodavatel mínil splnit i jen část ekonomických a finančních, resp. technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, musel oproti jiným zájemcům, kteří měli zájem plnit zakázku samostatně, doložit splnění dalších ekonomických kvalifikačních předpokladů. Je tedy zjevné, že žalobce stanovil jiné ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady pro nabídky podávané samostatnými zájemci a pro nabídky, jejichž plnění mělo být dodáno částečně subdodavatelsky. V tomto zjištění se zdejší soud zcela ztotožňuje se závěrem správního orgánu prvního stupně, že uložením uvedených dodatečných povinností pro subdodavatele postupoval žalobce v rozporu s § 6 zákona o veřejných zakázkách diskriminačně.

Jelikož uvedené povinnosti musel splnit jakýkoliv subdodavatel bez ohledu na to, zda poskytoval subdodavatelské plnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, nebo technických kvalifikačních předpokladů, jsou další závěry ohledně ručení za plnění technických kvalifikačních předpokladů nadbytečné, neboť nemohou změnit nic na závěru, že prostřednictvím uložení dodatečných podmínek pro zkoumání kvalifikace subdodavatelů postupoval žalobce diskriminačně.

Soud přesto považuje za vhodné se alespoň ve stručnosti vyjádřit k dílčí argumentaci žalobce.

Předně soud dospěl k závěru, že žalobce používá pojem ručitelské prohlášení ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům nekonzistentně. V příslušné pasáži bodu 9.2.1 zadávací dokumentace nejprve uvádí, že se subdodavatel má zavázat k ručení za jakékoliv škody a pohledávky, které vzniknou z důvodu nekvalitního, pozdního či jinak vadného plnění uchazeče a následně konstruuje právo subdodavatele omezit své ručení na škody a pohledávky, které bezprostředně souvisí s rozsahem kvalifikace, kterou subdodavatel uchazeči poskytl. Jinými slovy, subdodavatel si může vybrat, zda bude ručit za všechny uvedené škody, nebo pouze za škody, které fakticky jdou za jeho subdodávkou, tedy subdodavatel buď ručí i za škodu vzniklou bez jeho přičinění, nebo pouze za své škody. Obsah podmínek je tak v rozporu jednak s tím, co tvrdí žalobce v žalobě, a dále s tím, jak lze obecně chápat ručitelský závazek. V žalobě žalobce tvrdí, že „konstrukcí použitou žalobcem v části 9.2 zadávací dokumentace by došlo pouze k jednoduššímu vypořádání takto vzniklého odpovědnostního vztahu. Je zcela logické, že strana, které má být poskytnuto plnění způsobem, který s sebou může nést zvýšenou míru rizika, požaduje odpovídající zajištění. Žalobce požadoval, aby bylo ze strany uchazeče poskytnuto odpovídající zajištění, které z pohledu subdodavatele nijak nepřesahovalo míru jím prokázané kvalifikace.“, což ale neodpovídá textu zadávací dokumentace, neboť žalobce primárně požadoval zajištění i nikoliv subdodavatelsky poskytované kvalifikace (s možností omezení). Zákon 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění účinném ke dni sepsání smlouvy o dílo s vybraným uchazečem, upravoval ručení komplexně. Podle § 303 obchodního zákoníku platilo, že, kdo věřiteli písemně prohlásí, že ho uspokojí, jestliže dlužník vůči němu nesplní určitý závazek, stává se dlužníkovým ručitelem. Ručení je institut, kterým ručitel ručí věřiteli za závazky třetí osoby (dlužníka), a nikoliv za své vlastní závazky. Ručení, resp. ručitelské prohlášení za své vlastní závazky je pojmový i právní nesmysl. Argumentace žalobce pravděpodobně měla směřovat k tomu, že v případě vad bude mít možnost uspokojit se přímo na subdodavateli, což však nelze řešit ručitelským prohlášením.

Žalobce dále odkazoval na ustanovení § 2630 zákona č. 89/2012 Sb. občanský zákoník (dále jen NOZ), které dle jeho názoru neříká nic jiného než to, oč se v případě veřejné zakázky snažil žalobce. Ačkoliv je zdejší soud, jako soud správní, dalek si osobovat výkladové kompetence k novému občanskému zákoníku, přesto je třeba konstatovat, že argumentace žalobce ustanovením § 2630 NOZ je zásadně zjednodušující a zkratkovitá. Žalobcem citované ustanovení (konkrétně § 2630 odst. 1 písm. a) NOZ) se vztahuje speciálně k vadám stavby. Jedná se o součást speciální právní úpravy § 2623 až § 2630, která se zabývá stavbou jako předmětem díla a stanovuje odlišnosti od obecné úpravy smlouvy o dílo. K uvedenému ustanovení např. komentář *Hulmák, M. a kol.: Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014*, uvádí, že „1: Ustanovení § 2630 představuje zásadní změnu v úpravě povinnosti z vad díla. **Dosavadní úpravy, ať už v obchodním zákoníku, nebo v občanském zákoníku z roku 1964, byly postaveny na výlučné odpovědnosti zhotovitele za provádění díla. I současná úprava v občanském zákoníku je konstruována na zásadní roli zhotovitele po celou dobu provádění díla (srov. komentář k § 2592). Proto úprava § 2630 není se zbývajícími ustanoveními smlouvy o dílo zcela konzistentní. 2: Nově je upravena solidární povinnost zhotovitele s poddodavatelem, dodavatelem stavební dokumentace a tím, kdo prováděl dozor nad stavbou. 3: Úprava může vnést určitou nejistotu do vzájemných vztahů zhotovitele a jeho subdodavatelů, zhotovitele a autorů projektové a jiných dokumentací, zhotovitele a stavebního dozoru. Za situace, kdy s autorem projektové dokumentace a stavebním dozorem je zpravidla smluvně svázán i sám objednatel, půjde zpravidla o komplikované posuzování rozsahu povinnosti jednotlivých osob z vad a smluvních titulů, z nichž je tato povinnost dána. 4: Komplikovaný bude i závazkový vztah mezi těmi, kdo přímý smluvní závazkový vztah mezi sebou nemají, tedy objednatelem a subdodavatelem zhotovitele.“ Soud se s ohledem na uvedené neztotožňuje s žalobní argumentací, že nový občanský zákoník vychází ze stejných předpokladů jako žalobce při stanovení podmínek pro subdodavatele. Naopak je patrné, že odpovědnost „poddodavatelů“ je i NOZ konstruována obdobně jako v případě předcházející právní úpravy a odpovědnost z vad stavby představuje zákonnou výjimku z obecného pravidla.**

Soud nijak nezpochybňuje to, že právní úprava § 538 obchodního zákoníku nebyla kogentní a bylo možno se od ní smluvně odchýlit, avšak navržené obchodní podmínky nic takového nestanovovaly. Lze proto v souvislosti s odpovědností za splnění veřejné zakázky a doložení splnění kvalifikačních předpokladů odkázat např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 11. 2011 ve věci sp. zn. 5 Afs 77/2010, ve kterém jmenovaný soud uvedl, že „*podmínky prokazování části kvalifikace (a sice splnění technických kvalifikačních předpokladů) subdodavately, obsažené v § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, nejsou vázány na míru, v níž se subdodavatel bude podílet na realizaci veřejné zakázky, popř. na vztah požadované kvalifikace k případnému dílčímu subdodavatelskému úkolu na straně dodavatele. Skutečnost, zda se příslušný zadavatelův požadavek váže „k podstatné části veřejné zakázky“ či nikoli, není podmínkou použitelnosti § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách o možnosti prokazovat část kvalifikace subdodavately. Ta je vázána na objektivní neschopnost dodavatele prokázat splnění určité části kvalifikace v plném rozsahu. Oprávnění uchazeče prokázat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele není dále limitováno. Je na uchazeči, aby si rozdělení činností na straně dodavatele organizoval tak, aby mohl nést ve vztahu k zadavateli odpovědnost za řádnou a včasnou realizaci plnění, a je též na něm, aby si, byť*

i subdodavately, zajistil k řádnému a včasnému plnění ve prospěch zadavatele podmínky. Je též na něm, aby zajistil odpovídající rozdělení odpovědnosti na dodavatelské straně. To vše nic nemění na skutečnosti, že ve vztahu k zadavateli ponese za splnění veřejné zakázky odpovědnost nadále on sám, stane-li se vítězným uchazečem, a že tedy, vyjma kvalifikačních předpokladů podle § 50 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, je oprávněn zadavateli doložit splnění kvalifikačních předpokladů souhrnně za stranu dodavatelskou.“ (zdůraznění provedeno zdejším soudem).

Zároveň se nelze ztotožnit se závěry žalobce, že žalovaný v případě konstatování neaplikovatelnosti závěrů uvedených v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S220/2009-16376/2009/530/RKr ze dne 10. 3. 2010 aplikoval zákon pouze mechanicky. Naopak, podstata citovaného rozhodnutí je postavena právě na podstatě institutu ručení. V případě subdodavatelského splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů se fakticky o nic jiného než o ručení nejedná. Jestliže se jeden subjekt zavazuje k poskytnutí finančních zdrojů, případně likvidity, je zřejmé, že poskytuje zadavateli příslib, tedy svůj závazek, že ho uspokojí, jestliže hlavní dodavatel veřejné zakázky vůči němu nesplní svůj závazek. K ničemu takovému v případě ručení za splnění **svých vlastních** technických kvalifikačních předpokladů, jak jej požadoval žalobce a jak jej popisuje v žalobě, nedochází.

Závěrem žaloby brojil žalobce proti pokutě a jejímu odůvodnění. V souzené věci jsou pro zákonnost rozhodnutí o pokutě klíčové shora uvedené závěry ke spáchání prvního deliktu. Napadené rozhodnutí v této části shledal výše soud částečně nepřezkoumatelné, částečně bez opory ve správním spise a částečně nezákonné. S ohledem na to, že klíčové části odůvodnění pokuty jsou vystaveny na spáchání dvou deliktů, jimiž došlo k omezení soutěže, z nichž u jednoho nebylo v části prokázáno jeho spáchání a v části se žalovaný nezabýval rozkladovými námitkami, a skutečnosti spojené se stanovením kvalifikačních předpokladů – požadavků na reference ze strukturálních fondů EU, které byly soudem zhodnoceny jako nezákonně posouzené žalovaným, byly přičteny žalobci jako přitěžující okolnost, nemůže rozhodnutí o pokutě věcně obstát, neboť je jím žalobce sankcionován za deliktní jednání, které soud shledal jako nezákonné, resp. doposud neprokázané s ohledem na nevypořádání rozkladových námitek.

Nicméně, i bez toho, že rozhodnutí o pokutě nemůže obstát pro absenci sankcionovaného deliktního jednání, považuje soud rozhodnutí o pokutě za nedostatečně odůvodněné.

Zákon o veřejných zakázkách v ustanovení § 121 odst. 2 jasně uvádí, že při určení výměry pokuty právnické osobě se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. V obecné rovině by měl Úřad při stanovení sankce vycházet z podpůrné aplikace trestněprávních předpisů (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2009, č. j. 8 Afs 74/2007-140, a následně ustanovení § 39 odst. 2 trestního zákona dle kterého je „povaha a závažnost trestného činu“, určována zejména významem chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsobem provedení činu a jeho následky, okolnostmi, za kterých byl čin spáchán, osobou pachatele, mírou jeho zavinění a jeho pohnutkou, záměrem nebo cílem), jako demonstrativního výčtu kritérií, která mají rozhodující orgány posuzovat při stanovení výše sankce.

V případě prvostupňového rozhodnutí (aprobovaného napadeným rozhodnutím) není vůbec patrné dokonce ani hodnocení minimálních kritérií dle § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách. Z bodu 57. rozhodnutí správního orgánu prvního stupně nevyplývá, zda je hodnocen způsob spáchání nebo okolnosti, za kterých byl delikt spáchán, přičemž každá z uvedených kategorií má mít svůj význam pro výši sankce. V bodu 59. správní orgán prvního stupně sice uvozuje, že „pokud jde o stupeň závažnosti správního deliktu, je třeba vycházet z toho, že otevřená nediskriminační soutěž o veřejnou zakázku ... je základním principem zadávání veřejných zakázek.“, ale nic z tohoto svého závěru nedovozuje a neuvádí význam tohoto obecného konstatování ve vztahu k pokutě.

Za přitěžující okolnost považoval správní orgán prvního stupně (a žalovaný tento závěr aproboval) to, že stanovení jednoho z kvalifikačních předpokladů nebylo vedeno racionální úvahou od počátku, což vyplývalo z nekonzistentnosti vyjádření žalobce. Přesto, že tento závěr označil soud výše za nesprávný, ve vztahu k přezkoumávanému rozhodnutí se jedná o nezákonně dvakrát přičítané skutečnosti. Jednak je v obou rozhodnutích nekonzistentnost vyjádření žalobce důvodem pro závěr o spáchání správního deliktu, a dále je stejná skutečnost žalobci přičítána jako přitěžující okolnost.

Skutková podstata deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách umožňuje stupňování pokuty podle toho, jakým způsobem je naplněna skutková podstata deliktu, byť není rozdělován na základní a kvalifikovanou skutkovou podstatu. Je totiž zcela zřejmé, že skutková podstata deliktu jasně rozlišuje mezi dvěma situacemi, u nichž je intenzita zásahu chráněného zájmu rozdílná, a to podstatně ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, nebo možnost podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže má proto v rámci posuzování deliktů zadavatelů možnost rozlišovat mezi dvěma různými způsoby chování zadavatelů, byť legislativně technicky se jedná o jedinou skutkovou podstatu, a bezpochyby intenzita zásahu do chráněného zájmu musí najít odraz i v rozhodovací praxi Úřadu. Delikt samotný pokrývá řadu situací, nikoliv pouze zadání veřejné zakázky v rámci nezákonného jednacího řízení bez uveřejnění, ale např. i tzv. skrytou diskriminaci v jinak formálně řádně zadaných zadávacích řízeních.

Dvojí přičítání je dalším důvodem pro konstatování nezákonnosti rozhodnutí o pokutě.

Naopak zcela správně Úřad hodnotil otázku, zda byla soutěž zcela vyloučena nebo došlo k jejímu omezení. Stejně tak správně vycházel při vyměření pokuty z hospodářských výsledků žalobce při hodnocení likvidačního charakteru pokuty.

Závěrem soud musí zdůraznit, že konstatování skutečností, které Úřad hodnotil, aniž Úřad uvedl, jaký význam uvedeným skutečnostem přiznal a jaký konkrétní vliv měly na výši pokuty, je zcela nedostatečné. Soud se zcela ztotožňuje se žalobcem, že z rozhodnutí musí vyplývat, jaký konkrétní význam měly výše naznačené skutečnosti v rámci jeho úvah o stanovení výše pokuty, tedy jaký jim přičetl význam (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 3. 2008, č. j. 4 As 51/2007-68, dostupný na www.nssoud.cz) ve vztahu ke konkrétní výši pokuty.

S ohledem na absenci jakýchkoliv přezkoumatelných závěrů žalovaného nebylo ze strany soudu možné vyhovět ani návrhu na moderaci pokuty, neboť soud by zcela od počátku nahrazoval úvahy správního orgánu o výši sankce.

V. Shrnutí a náklady řízení

Ze shora uvedených důvodů nezbylo soudu, než napadené rozhodnutí žalovaného zrušit, pro nezákonnost (§ 78 odst. 1 s.ř.s.) a nepřezkoumatelnost (§ 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s.) rozhodnutí o pokutě a věc mu vrátit k dalšímu řízení, v němž bude žalovaný vázán právním názorem tohoto soudu (§ 78 odst. 5 s.ř.s.).

Výrok o nákladech řízení má oporu v ustanovení § 60 odst. 1 s.ř.s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. V řízení úspěšný žalobce má právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proto soud žalobci přiznal právo na náhradu nákladů za právní zastoupení advokátem v řízení před zdejším soudem za dva úkony právní služby (příprava a převzetí věci, podání žaloby) dle ustanovení § 11 vyhl. č. 177/1996 Sb., která proto činí celkem 6.200 Kč. Dále náleží žalobci náhrada nákladů za paušální náhradu výdajů podle ustanovení § 13 vyhl. č. 177/1996 Sb. za dva úkony právní služby, tj. 600 Kč, a částka 3.000 Kč za zaplacený soudní poplatek. Celkem náhrada nákladů řízení představuje včetně daně z přidané hodnoty částku 11.228 Kč.

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

V Brně dne 27. ledna 2016

JUDr. Jaroslava Skoumalová, v. r.
předsedkyně senátu

Za správnost vyhotovení:
Kristýna Pejčochová