



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Jany Kubenové v právní věci žalobců: **a) CZECH RADAR a.s.**, se sídlem Praha, Vodičkova 710/31, **b) Burke & Freeman Czech, s.r.o.**, se sídlem Praha, Vodičkova 710/31, **c) JUDr. Květoslav Hlína**, advokát se sídlem Přerov, Čechova 2, zastoupených JUDr. Zdeňkem Novákem, advokátem se sídlem Přerov, Čechova 2, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, za účasti: **Statutární město České Budějovice**, se sídlem České Budějovice, nám. Přemysla Otakara II. č. 1 a 2, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9.1.2009, č.j. R143, 145/2008/VZ-215/2009/310/JHa,

t a k t o :

- I. Žaloba se **z a m í t á**.
- II. Žalovanému se náhrada nákladů řízení **n e p ř i z n á v á**.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobci brojí společnou žalobou proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9.1.2009, č.j. R143, 145/2008/VZ-215/2009/310/JHa, kterým byly zamítnuty rozklady a potvrzeno předchozí rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže vydané v prvním stupni správního řízení č.j. S092/2008/VZ-12510/2008/530/LB ze dne 2.7.2008.

I. Podstata věci

Žalovaný rozhodl tak, že zadavatel (Statutární město České Budějovice) při zadání veřejné zakázky „Měření rychlosti a monitorování průjezdů na červené světlo“ nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“) v návaznosti na § 54 písm. d) ZVZ, když v rámci profesního kvalifikačního předpokladu stanovil povinnost předložit doklad osvědčující odbornou způsobilost uchazeče, která však není pro plnění veřejné zakázky nezbytná podle zvláštních právních předpisů, dále porušil postup stanovený v § 56 odst. 7 ZVZ, když požadoval doložení platného atestu v souladu se Standardem ISVS, ačkoli v době konání soutěže byly tyto standardy zrušeny, a dále uplatnil požadavek na specialistu vymáhání pohledávek neodpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění, a dále porušil postup podle § 67 odst. 1 ZVZ, když požadoval poskytnutí jistoty pouze formou bankovní záruky. Postup zadavatele mohl podle žalovaného podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a proto žalovaný zrušil zadávací řízení, neboť dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Zadavateli bylo rovněž uloženo nahradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.

II. Shrnutí žalobních bodů

Žalobci namítají, že v řízení nebylo prokázáno porušení ZVZ a že byly dodrženy zásady vyplývající z § 6 ZVZ. Nedošlo podle žalobců ke stanovení nepřiměřených požadavků ani nemohlo dojít ke zvýhodnění některého z dodavatelů. Hlavním smyslem stanovení konkrétních požadavků byla eliminace těch dodavatelů, kteří ke splnění veřejné zakázky nejsou způsobilými.

Ve vztahu k autorizaci k výkonu úředního měření rychlosti žalobci uvádějí, že žalovaný vyšel z mylného předpokladu, že zadavatel může požadovat pouze ty dokumenty, které jsou pro plnění veřejné zakázky nezbytné, za který však nelze považovat „autorizaci“ jako mocenský akt. To je třeba odmítnout, neboť to by nebylo možné vyžadovat ani např. certifikáty osvědčující zavedení systémů jakosti. Při poskytování předmětu této veřejné zakázky je autorizace k úřednímu měření zřejmě jediným dokumentem, který je podle žalobců určitým etalonem kvality. Nelze proto souhlasit se závěrem, že jej nelze vyžadovat jen proto, že je vydáván na základě mocenského aktu. Nebylo prokázáno, že by tento požadavek na kvalifikaci znamenal libovůli nebo že by byl stanoven v nepřiměřeném rozsahu nad rámec předmětu veřejné zakázky.

Ve vztahu k atestu použitého programového vybavení žalobci namítají, že se žalovaný nevypořádal s otázkou návaznosti původního zákona a zákona aktuálně platného. Stejně tak se náležitě nezabýval otázkou návaznosti původních a aktuálně platných atestů. Čistě formalistický přístup k této otázce by mohl být uplatněn *a contrario* v tom smyslu, že pokud by zadavatel požadoval atesty dle nové právní úpravy, tak s ohledem k relativně krátké době mezi platností novely a zahájením zadávacího řízení by nemusel existovat žádný uchazeč, který by byl schopen zajistit požadovaný atest v souladu s platnou právní úpravou, a tedy i tato okolnost by mohla

být považována za diskriminaci. Žalovaný pominul i § 56 odst. 8 ZVZ, podle něhož pokud není dodavatel z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických předpokladů způsoby stanovenými v § 56 odst. 7 ZVZ, je oprávněn je prokázat jinými rovnocennými doklady, pokud je veřejný zadavatel z objektivních důvodů neodmítne. Je pak podle žalobců logické, že zadavatel by neměl důvod odmítnout splnění tohoto předpokladu dle platné právní úpravy.

K požadavku na seznam významných služeb žalobci namítají, že žalovaný pochybil, pokud zkoumal uvedený kvalifikační předpoklad ne z pohledu reálných požadavků na plnění veřejné zakázky, ale z pohledu počtu uchazečů, kteří kvalifikaci mohou splnit. Takový postup nemá oporu v zákoně. Dalším pochybením je neobjektivní závěr žalovaného, že tento kvalifikační předpoklad mohl splnit pouze jeden uchazeč, a to ten, který byl vybrán. Podle žalobců bylo prokázáno, že tento kvalifikační předpoklad splňuje více společností, navíc se mohli o zakázku ucházet i dodavatelé ze zahraničí. Soutěž mezi uchazeči tak nebyla vyloučena a tento požadavek nebyl nepřiměřený.

K závěru žalovaného ohledně formy poskytnutí jistoty žalobci namítají, že tento závěr není založen na jednoznačném a nezpochybnitelném výkladu ZVZ. Ani jazykovým výkladem nelze dospět k závěru, že formu složení jistoty ponechává ZVZ na uchazečích. Rovněž systematické zařazení § 67 ZVZ do dílu druhého ZVZ, tedy do části týkající se výkladu k sektorovému zadavateli, spíše nasvědčuje takovému výkladu, že volba formy jistoty náleží zadavateli.

Nejméně udržitelným je podle žalobců závěr v případě hodnocení požadavku na specialistu pro vymáhání pohledávek. Pro tento požadavek podle žalovaného absentují zákonné znaky nezbytnosti „právní služby“ poskytované advokátem, tím však žalovaný abstrahuje od záměru zadavatele ohledně kvality a objemu poskytovaných právních služeb. Požadavek v kvalifikaci musí být podle žalobců odvozen od nejsložitější činnosti, která je předmětem veřejné zakázky, a z tohoto důvodu byl ze strany zadavatele uplatněn požadavek na specialistu na vymáhání pohledávek – advokáta. Komplexním procesem vymáhání pohledávek neměl zadavatel na mysli exekuční činnost, nýbrž činnost nezbytnou pro samotné zahájení exekučního řízení a jeho řádné vedení. Zvolenému specialistovi hodlal veškerou agendu zadavatel svěřit z důvodu jejího rozsahu, což mělo zrychlit celý proces a přenést náklady s tím spojené na dodavatele.

Z uvedených důvodů navrhuji žalobci napadené rozhodnutí i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušit a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení.

Na svém procesním stanovisku setrvali žalobci po celou dobu řízení před soudem.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný ve svém vyjádření plně setrval na svých závěrech, k nimž dospěl v napadeném rozhodnutí. Na tam obsažené závěry a podrobné odůvodnění k jednotlivým sporným otázkám žalovaný odkázal.

V otázce autorizace pro výkon úřední činnosti žalobci závěry žalovaného dezinterpretují; podle žalovaného je třeba rozlišit autorizaci pro výkon úředního měření jako doklad osvědčující odbornou způsobilost, nezbytný podle zvláštních právních předpisů, a opatření k zajištění jakosti podle § 56 odst. 2 písm. c) ZVZ jako fakultativní požadavek zadavatele. Případné „přesunutí“ požadavku na autorizaci do jiné části zadávací dokumentace nemá vliv na jeho faktický obsah.

V otázce atestu použitého programového vybavení nebyla předmětem posouzení právní úprava standardů ISVS a jiných typů atestů, ale úroveň kvalifikačního předpokladu v posuzovaném případě a možnost jeho splnění. Obdobně tomu bylo v otázce významných služeb.

Žalovaný považuje žalobu za nedůvodnou a navrhuje její zamítnutí.

I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před soudem.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobami k jejímu podání oprávněnými (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Žalobní tvrzení směřující do závěru žalovaného, podle něhož zadavatel nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 3 ZVZ v návaznosti na § 54 písm. d) ZVZ, když v rámci profesního kvalifikačního předpokladu stanovil povinnost předložit doklad osvědčující odbornou způsobilost uchazeče, která však není pro plnění veřejné zakázky nezbytná podle zvláštních právních předpisů, konkrétně autorizaci k výkonu úředního měření rychlosti silničních vozidel, důvodnými podle zdejšího soudu nejsou.

V zadávací dokumentaci (bod 5.3) je uvedeno, že splnění profesních kvalifikačních předpokladů prokáže dodavatel, který předloží autorizaci k výkonu úředního měření v obou měření rychlosti silničních vozidel, podle § 13 odst. 1 písm. c) a § 21 zákona č. 505/1990 Sb., o metrologii. Z vymezení předmětu veřejné zakázky (bod 3.1 zadávací dokumentace) se podává, že předmětem veřejné zakázky je poskytnutí zařízení pro měření rychlosti a monitorování jízdy na červenou do dočasného užívání zadavatele formou pronájmu, umožnění měření rychlosti a monitorování jízdy na červenou v deseti lokalitách, automatizovaná evidence, zpracování dat o provedeném měření, odborná podpora procesu správního řízení a vymáhání pohledávek z titulu nezaplacených správních pokut. Zároveň se ze zadávací

dokumentace podává, že veškerá měření bude provádět městská policie zadavatele výlučně měřicími zařízeními ve vlastnictví vybraného uchazeče.

Podle § 54 písm. d) ZVZ splnění profesních kvalifikačních předpokladů prokáže dodavatel, který předloží doklad osvědčující odbornou způsobilost dodavatele nebo osoby, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, je-li pro plnění veřejné zakázky nezbytná podle zvláštních právních předpisů.

Jedním z prvků prokazování splnění kvalifikace je tedy prokázání odborné způsobilosti. To však platí pouze v případě, je-li odborná způsobilost vyžadována zvláštními právními předpisy, a to s ohledem na plnění konkrétní veřejné zakázky. Z toho vyplývá, že odbornou způsobilost dodavatele je třeba prokázat pouze tehdy, jsou-li tyto konkrétní skutečnosti vyžadovány právními předpisy v případech obdobných veřejných zakázek; pouze v těchto případech je zadavatel oprávněn prokázání odborné způsobilosti požadovat.

Jestliže tedy žalobci nyní namítají, že žalovaný vyšel z mylného předpokladu, že zadavatel může požadovat pouze ty dokumenty, které jsou pro plnění veřejné zakázky nezbytné, za který však nelze považovat „autorizaci“ jako mocenský akt, pak tím nemíří na podstatu závěru žalovaného. Ta totiž spočívá v tom, že pokud dodavatel zařízení a souvisejících služeb měření neprovádí, není požadavek na autorizaci nutný. Tento svůj závěr žalovaný opřel o § 21 zákona č. 505/1990 Sb., o metrologii. Podle tohoto ustanovení „*Úřad (pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví) může v případech hodných zvláštního zřetele autorizovat subjekt na jeho žádost k výkonu úředního měření ve stanoveném oboru měření po prověření úrovně jeho technického a metrologického vybavení. Podmínkami výkonu je používání měřidel, u nichž je zajištěna metrologická návaznost, certifikát odborné způsobilosti úředního měřiče vydaný akreditovanou osobou nebo osvědčení o odborné způsobilosti vydané Úřadem a dohled prováděný Českým metrologickým institutem. Úředním měřením se rozumí metrologický výkon, o jehož výsledku vydává autorizovaný subjekt doklad, který má charakter veřejné listiny...*“. Pokud tedy „autorizací“ je „autorizování subjektu na jeho žádost k výkonu úředního měření“ a pokud se „úředním měřením“ rozumí „metrologický výkon“, pak za situace, kdy dodavatel nemá podle zadavatele provádět „měření“ (neprovádí samotný „metrologický výkon“, a tedy o něm ani nevydává doklad, který by měl charakter veřejné listiny), nepotřebuje pro takovou činnost „autorizaci“.

Jestliže byl předmět veřejné zakázky (a tedy činnost dodavatele – vybraného uchazeče ve prospěch zadavatele) vymezen jako poskytnutí zařízení pro měření rychlosti a monitorování jízdy na červenou do dočasného užívání zadavatele formou pronájmu, umožnění měření rychlosti a monitorování jízdy na červenou v deseti lokalitách, automatizovaná evidence, zpracování dat o provedeném měření, odborná podpora procesu správního řízení a vymáhání pohledávek z titulu nezaplacených správních pokut, a tedy jestliže samotné „měření“ není předmětem veřejné zakázky, pak autorizaci k výkonu úředního měření coby doklad osvědčující odbornou způsobilost dodavatele nebo osoby, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost

zabezpečuje, podle § 54 písm. d) ZVZ zadavatel nemohl požadovat, neboť taková autorizace není pro plnění veřejné zakázky nezbytná podle zvláštních právních předpisů (tu podle zákona o metrologii). Ohledně závěru, že „měření“ není předmětem veřejné zakázky, nemá zdejší soud pochybnosti i s ohledem na znění zadávací dokumentace (část 2, čl. 3, bod 3.1), podle kterého veškerá měření bude provádět městská policie, a tedy nikoli dodavatel, který měřicí zařízení pouze „poskytne“ a měření „umožní“.

Argument žalobců, podle něhož je autorizace k úřednímu měření zřejmě jediným dokumentem, který je určitým etalonem kvality, také není případný, neboť nemá-li dodavatel v rámci předmětu veřejné zakázky provádět úřední měření, pak autorizace k jeho provádění nemůže být považována za měřítko kvality při realizaci veřejné zakázky, do které samotné měření nespadá.

V této otázce tedy dospěl žalovaný k zákonnému a věcně správnému závěru, že zadavatel stanovil předložit doklad osvědčující odbornou způsobilost uchazeče, která však není pro plnění veřejné zakázky nezbytná podle zvláštních právních předpisů, čímž porušil § 50 odst. 3 ZVZ v návaznosti na § 54 písm. d) ZVZ.

K jednotlivým tvrzením žalobců proti závěrům, k nimž žalovaný dospěl v otázkách požadavků zadavatele na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, je zapotřebí předeslat, že prostřednictvím prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů je v zadávacích řízeních prokazována dodavatelova kvalifikace. Má-li soud vyjít ze samotného účelu stanovení technických kvalifikačních předpokladů, pak ten směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky toliko takovými dodavateli, kteří k tomu prokazatelně mají dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno zadavatelovo riziko, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění, jež je veřejnou zakázkou. Zadavatelem uplatněné požadavky na splnění technických kvalifikačních požadavků tedy mají zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky účinně ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení po přidělení veřejné zakázky též plnit. Stanovení konkrétních požadavků, jež zadavatel považuje coby technické kvalifikační předpoklady za nezbytné, sice závisí na rozhodnutí zadavatele, ten je však při svých úvahách ohledně konkrétních požadavků vázán zejména § 50 odst. 3 ZVZ (je povinen omezit rozsah požadovaných informací pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky) a § 56 odst. 1 až 5 ZVZ; tam jsou stanoveny způsoby prokazování této části kvalifikace, a sice odlišně od ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 ZVZ kogentně a taxativně bez možnosti odchýlení se. Veřejný zadavatel tedy není oprávněn požadovat prokázání jiných než technických kvalifikačních předpokladů vymezených v § 56 ZVZ.

Vychází-li zdejší soud z právě uvedených východisek, pak dospívá k závěru, že ani žalobní tvrzení směřující proti závěru žalovaného ohledně atestu použitého programového vybavení nejsou důvodnými. Zadávací řízení bylo zahájeno dne

12.10.2007 oznámením v informačním systému o veřejných zakázkách (opraveným dne 19.10.2007). V zadávací dokumentaci (bod 9.5) zadavatel požadoval předložení platného atestu použitého programového vybavení vydaného v souladu se zákonem č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy, na shodu se Standardy ISVS pro náležitosti životního cyklu informačního systému, verze 005/02.01. Tyto standardy byly však ke dni 31.12.2006 novelou právě uvedeného zákona - zákonem č. 81/2006 Sb. - zrušeny.

Žalovaný vycházel z § 56 odst. 1 písm. f) ZVZ, podle něhož k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky může veřejný zadavatel požadovat doklad prokazující shodu požadovaného výrobku vydaný příslušným orgánem, a z § 56 odst. 7 ZVZ, podle něhož ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen 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) vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

Aplikaci těchto ustanovení žalobci nezpochybňují, namítají však to, že se žalovaný nevypořádal s otázkou návaznosti původního zákona a zákona aktuálně platného a návaznosti původních a aktuálně platných atestů. Má-li žalobce na mysli zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy, ve znění před novelou provedenou zákonem č. 81/2006 Sb. a po ní, pak z napadeného a jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí zřetelně plyne názor žalovaného, že zadavatel požadoval atest, který nebyl v době zadávání veřejné zakázky platný – a bylo to připuštěno i v rozkladové argumentaci (žalovaný na to poukazuje v bodu 26. napadeného rozhodnutí). Pokud bylo v rozkladové argumentaci namítáno, že požadované doklady lze nahradit dokladem jiným, a pokud k tomu žalovaný uvedl, že jde o argumentaci irelevantní, pak se s ním nelze než ztotožnit, neboť spornou nebyla otázka „náhradního prokázání“ kvalifikace podle požadavku zadavatele, nýbrž nemožnost prokázání konkrétně uplatněného požadavku za tehdy účinné právní úpravy (po účinnosti zákona č. 81/2006 Sb.). Otázku změny právní úpravy (k 1.1.2007) nebylo v daném případě důvodu zvláště zohledňovat podle zdejšího soudu ani proto, že zadávací řízení bylo zahájeno po více než devíti měsících od této změny, a tedy nejednalo se o nikterak náhlu a aktuální změnu, v níž by zadavatel mohl být důvodně vystaven nejistotě, jaký atest má vlastně požadovat. Jestliže žalobci brojí proti závěru žalovaného argumentem, podle něhož pokud by zadavatel požadoval atesty dle nové právní úpravy, tak s ohledem k relativně krátké době mezi platností novely a zahájením zadávacího řízení by nemusel existovat žádný uchazeč, který by byl schopen zajistit požadovaný atest vsouladu s platnou právní úpravou, pak jde o argumentaci, která by byla přílehlavá ve vztahu k § 56 odst. 8 ZVZ v případě právě opačném než je ten projednávaný (nadto pouze za situace, kdy by shora uvedených devět měsíců mezi účinností zákona č. 81/2006 Sb. a zahájením zadávacího řízení bylo možno považovat za „krátkou dobu“); právě pokud by zadavatel požadoval atest podle tehdy účinné právní úpravy, mohl by přijmout atest dřívější, pokud by byl atestem

objektivně srovnatelným jako atest nově požadovaný. Takto však skutkový stav nestál a těmito úvahami nebylo třeba se zabývat.

Pokud žalovaný spekulace žalobců, jimiž „za zadavatele“ tvrdili, že by se zadavatel spokojil s adekvátním atestem jinak označeným, nebo by dokonce respektoval i jiný způsob prokázání splnění technických předpokladů, označil za účelové a irelevantním, pak i tomuto závěru lze přisvědčit. Zdejší soud sdílí přesně ty důvody, které žalovaný uvádí v bodu 26. a 27. napadeného rozhodnutí.

Žádné další argumenty a žádné konkrétní skutečnosti ohledně „návaznosti“ atestů podle právní úpravy před 1.1.2007 a po tomto datu nebyly v rámci správního řízení sneseny, a proto za shora popsaného stavu nelze žalovanému vytýkat, že se žádných spekulací v tom směru, jakými atesty by bylo možno nahradit atesty jiné, nezabýval. Jeho závěr, že požadavek na předložení atestu použitého programového vybavení neměl oporu v ZVZ, považuje zdejší soud za zákonný a odpovídající zjištěným skutečnostem.

Pokud jde o požadavek zadavatele na předložení seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních třech letech, ani v této části není žalobní argumentace důvodnou. Podle bodu 7.1.1 zadávací dokumentace zadavatel požadoval předložení seznamu takových služeb (včetně doložení osvědčení a čestného prohlášení), přitom za významné služby ve smyslu tohoto požadavku zadavatel považoval služby (odpovídající předmětu veřejné zakázky) poskytované minimálně po dobu 6 měsíců, muselo při jejich plnění dojít k dokladování alespoň 2000 přestupků a jejich součástí musela být i komplexní podpora zadavateli v rozsahu a obsahu obdobném této veřejné zakázce. Tento požadavek zadavatel uplatnil k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů.

Rozhodujícím je i zde znění § 56 odst. 7 ZVZ, podle něhož ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen 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) vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Zároveň je třeba vyjít i z § 6 ZVZ, podle něhož je zadavatel povinen při postupu podle ZVZ dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Porušení zásady zákazu diskriminace nelze vztahovat jen na diskriminaci zjevnou, kdy zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku, nýbrž také na diskriminaci skrytou, kdy 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, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační,

odporující zásadám podávaným z § 6 ZVZ, neboť 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.

Pokud ve světle shora uvedeného zdejší soud nahlíží na argumentaci žalovaného obsaženou v posledním odstavci na str. 10 a v prvním odstavci na str. 11 prvostupňového rozhodnutí a v bodech 28. a násl. napadeného rozhodnutí, pak se s jejím smyslem ztotožňuje. Žalovaný předně nepochybil, pokud při hodnocení tohoto zadavatelova požadavku vycházel z počtu uchazečů, kteří kvalifikaci mohou splnit. Je správná jeho úvaha, že podmínka promítající se do kvalifikačních předpokladů, která se na jednom trhu může jevit jako odůvodněná, přiměřená a v souladu se ZVZ, může na jiném trhu vykazovat výrazně diskriminační charakter, a to typicky na trhu, který teprve vzniká a na kterém se jednotliví dodavatelé teprve etablojí. Na takových trzích nemůže stanovení kvalifikačních předpokladů vést k „neotevření“ hospodářské soutěže pro subjekty, které by jinak byly schopny plnění pro zadavatele kvalifikovaně realizovat. Ostatně podpora hospodářské soutěže je sekundárním cílem zákonodárství v oblasti zadávání veřejných zakázek (k tomu rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5.6.2008, č. 1771 Sb. NSS).

Výčet přiměřených – a tím i zákonně stanovených kvalifikačních předpokladů (technických, specifikovaných podle § 56 odst. 7 ZVZ, ale i ekonomických a finančních, specifikovaných podle § 55 odst. 3 ZVZ) není ve svém souhrnu kategorií rigidní, ve vztahu ke všem zadávacím řízením za různých faktických podmínek na trhu neměnnou. Závěr žalovaného ohledně přiměřenosti – a tím i zákonnosti stanovených kvalifikačních předpokladů nemůže být výsledkem jeho arbitrární úvahy abstrahující od podmínek na trhu, na němž soutěž o získání veřejné zakázky měla probíhat, ani od konkrétních důsledků, které takto stanovené kvalifikační předpoklady s ohledem na podmínky panující na trhu mohly z pohledu účasti dodavatelů v soutěži o získání veřejné zakázky vyvolat. Jestliže tedy žalovaný požadavek zadavatele na předložení seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních třech letech posuzoval právě s ohledem na podmínky panující na trhu (především to, že jde o trh relativně „mladý“), na počet aktivních dodavatelů na trhu a na to, komu byly v minulosti zadány veřejné zakázky obdobného charakteru, pak postupoval způsobem, který zdejší soud považuje za správný, plně odpovídající smyslu přezkumu podle ZVZ.

Žalovaný tedy uvádí, že mu je z jeho úřední činnosti známo, že se problematika koncepce a způsobů měření rychlosti soukromými dodavateli ve městech teprve vytváří, toto své východisko nikterak nekonkretizuje, avšak žalobci to nezpochybňují. Dále žalovaný uvádí, že předmětný trh je fakticky ovládán pouze jediným subjektem (konkrétně žalobcem a/) – a že je mu to známo také z jeho úřední činnosti a zjiitelné z informačního systému o veřejných zakázkách, podle kterého veřejné zakázky s obdobným předmětem plnění byly zadány „téměř výhradně“ tomuto subjektu. Žalovaný tedy neuvádí, „že tento kvalifikační předpoklad mohl splnit pouze jeden uchazeč“, a to ten, který byl vybrán, jak je žalobně zpochybňováno, nýbrž že zadavatel musel při stanovení tohoto kvalifikačního předpokladu zohlednit i specifika

relativně nového trhu. Podstatou argumentace žalovaného je fakt, že na takto „relativně novém“ trhu vystupuje malý počet dodavatelů, že v dosavadních veřejných zakázkách byl vybraným uchazečem právě žalobce a), který se v právě posuzované věci přihlásil coby jediný dodavatel, který v tomto případě zadávací podmínky splňoval – a toto žalobci nezpochybňují. Jestliže žalovaný netvrdil, že tento kvalifikační předpoklad nesplňuje více subjektů, pak o tom nemusí být ve správním spisu obsaženy ani důkazy. Nicméně není-li žalobně zpochybňováno to, že existuje malý počet dodavatelů (že jich „*neexistuje mnoho*“ – poslední odstavec na str. 10 prvostupňového rozhodnutí), kteří jsou schopni zakázku tohoto typu a rozsahu plnit, že v dosavadních veřejných zakázkách na obdobná plnění byl vybraným uchazečem právě žalobce a), který byl v právě posuzované věci jediným dodavatelem, který zadávací podmínky splňoval (to plyne ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek), pak tyto skutečnosti ve svém souhrnu skutečně odůvodňují závěr žalovaného, že doložení obdobného plnění v minulosti, které by splňovalo podmínku šestiměsíční realizace s dokladováním alespoň 2000 přestupků, není požadavkem přiměřeným.

Ve vztahu k uplatněným žalobním tvrzením jsou tedy úvahy žalovaného, jimiž odůvodňuje svůj závěr ohledně nezákonnosti tohoto zadavatele va požadavku, přezkoumatelnými a podle zdejšího soudu též věcně správnými i zákonnými.

Pokud jde o žalobní argumentaci k závěru žalovaného ohledně požadavku na poskytnutí jistoty, ani ta není důvodnou. Podle zadávací dokumentace (bod 13.1) měla být jistota poskytnuta ve výši 1 000 000,- Kč ve formě bankovní záruky. Podle § 67 odst. 1 věty čtvrté ZVZ (v rozhodném znění před účinností novely ZVZ provedené zákonem č. 179/2010 Sb.) poskytne jistotu uchazeč formou složení peněžní částky na účet zadavatele, nebo formou bankovní záruky.

Ust. § 67 odst. 1 ZVZ je ustanovením kogentním, které připouští pouze dvě formy poskytnutí jistoty: složení peněžní částky na účet zadavatele a bankovní záruku. Žádná jiná forma jistoty není připuštěna, a to ani kdyby splňovala základní účel a funkce jistoty. Podle předchozího zákona o veřejných zakázkách to byl zadavatel, který měl právo určení, v jaké formě bude v zadávacím řízení jistota dodavateli poskytována (§ 47 odst. 1 věta třetí zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách); učinil-li tedy za předchozí právní úpravy zadavatel rozhodnutí o tom, že jistota bude poskytována ve formě bankovní záruky, dodavatelé nemohli jistotu poskytnout v jiné formě. Současný ZVZ vychází z opačného principu: volba formy jistoty je ponechána na dodavatelích (ti však mají, jak bylo výše uvedeno, na výběr pouze formy dvě), a zadavatel nesmí oznámení o zahájení zadávacího řízení volbu formy žádným způsobem omezit. Vyplývá to jak z gramatického a logického výkladu (alternativa obou forem jistoty je vztahena k postupu uchazeče, neboť je uvedena v rámci pravidla, které upravuje realizaci povinnosti poskytnout jistotu - tj. uchazeč poskytne jistotu buď ve formě jedné, nebo ve formě druhé), tak z výkladu historického (pravidlo obsažené v § 47 odst. 1 větě třetí zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, bylo vypuštěno bez náhrady - v § 67 odst. 1 ZVZ ani jinde v ZVZ uvedeno není). Systematické zařazení § 67 ZVZ to přitom podle zdejšího soudu nevyvrací. Ust. § 67 ZVZ skutečně navazuje bez dílčího nadpisu na § 63 až 66 ZVZ, který upravuje

požadavky sektorového zadavatele na kvalifikaci, nicméně to argumentaci žalobce o možnosti volby zadavatele ohledně formy poskytnutí jistoty nikterak nepodpírá; z textu § 67 ZVZ je dostatečně zřetelné, že se nejedná o pravidlo aplikovatelné na otázky požadavků sektorového zadavatele na kvalifikaci, nýbrž o pravidlo obecné, aplikovatelné v případě všech veřejných zakázek (všech zadávacích řízení) a všech zadavatelů; kvalifikačních předpokladů se toto ustanovení vůbec netýká - rozsah kvalifikace je souhrnně podáván z § 50 odst. 1 ZVZ. I kdyby se však žalobcům nesprávně jevilo, že by se § 67 ZVZ měl aplikovat pouze na případy veřejných zakázek zadávaných sektorovými zadavateli, není zřejmé, jak by se právě z tohoto důvodu měl změnit výklad § 67 odst. 1 ZVZ v tom směru, že by to měl být zadavatel, kdo formu poskytnutí jistoty stanoví.

Žalovaný tedy postupoval zákonně a věcně správně, když ohledně požadavku na poskytnutí jistoty dovedl porušení § 67 odst. 1 ZVZ.

Důvodná není žaloba ani v posledním žalobním bodu vztahujícím se k závěru žalovaného v otázce požadavku na specialistu vymáhání pohledávek. V zadávací dokumentaci (bod 7.1.3) je mimo jiné uvedeno, že specialista vymáhání pohledávek musí být advokát, který musí disponovat minimálně 10 lety advokátní praxe a prokázat zkušenost (formou referenční listiny) s minimálně jednou zakázkou na vymáhání pohledávek v exekučním řízení, kdy celková hodnota vymáhaných pohledávek v rámci zakázky činila minimálně 50 000 000,- Kč. Podle § 56 odst. 2 písm. b) ZVZ k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby může veřejný zadavatel požadovat seznam techniků či technických útvarů, jež se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména techniků či technických útvarů zajišťujících kontrolu jakosti, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli. Podle § 56 odst. 2 písm. e) ZVZ k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby může veřejný zadavatel požadovat osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci dodavatele nebo vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení a osob odpovědných za poskytování příslušných služeb. Podle § 56 odst. 7 ZVZ je veřejný zadavatel povinen 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.

Pokud bylo předmětem veřejné zakázky mimo jiné vymáhání pohledávek z titulu nezaplacených správních pokut, pak lze sice rozumět argumentaci žalobců, kteří „za zadavatele“ argumentují tak, že smyslem tohoto požadavku bylo přenesení této činnosti (se všemi náklady) na dodavatele, to však nikterak neodůvodňuje požadavek, aby oním „specialistou vymáhání pohledávek“ byl výlučně advokát, *nota bene* s desetiletou praxí a vymáháním pohledávek v rámci jednoho projektu ve výši 50 000 000,- Kč. Vymáhání pokut za přestupky, pokud už koordinaci této činnosti zadavatel hodlal přenechat dodavateli a navázat ji na „hlavní plnění“ v rámci realizace veřejné zakázky, není důvodné s ohledem na celkový předmět veřejné zakázky

přenechávat výlučně advokátovi. Zdejší soud se ztotožňuje se žalovaným v tom, že nejde o natolik specializovanou činnost, která by vyžadovala její realizaci výlučně prostřednictvím advokáta, který by byl nutně navázán na činnost dodavatele, tím spíše, pokud se podle žalobců mělo jednat o přípravu podkladů pro exekuční řízení (právě nejvýše příprava podkladů může být činností nezbytnou pro samotné zahájení exekučního řízení a jeho řádné vedení). Požadavek na zajišťování této složky předmětu veřejné zakázky výlučně advokátem není smysluplným vyjádřením požadavku týkajícím se kvality a objemu činnosti. Správně poukazuje žalovaný na to, že exekučním orgánem je v daném případě sám zadavatel, resp. správce daně, a i kdyby měla být prováděna jakákoli jiná forma exekuce, neprováděl by ji sám dodavatel. Pokud podle žalobní argumentace (i tu žalobci argumentují „za zadavatele“) hodlal zadavatel zvolenému specialistovi veškerou agendu svěřit z důvodu jejího rozsahu, což mělo zrychlit celý proces a přenést náklady s tím spojené na dodavatele, pak tím nikterak nevysvětluje, proč by tato dílčí činnost v rámci předmětu veřejné zakázky měla být realizována advokátem s desetiletou praxí a s referencí na vymáhání pohledávek ve výši 50 000 000,- Kč.

Žalovaný i v této otázce (především na str. 12 prvostupňového rozhodnutí a následně v bodu 35. napadeného rozhodnutí) přezkoumatelně a podle zdejšího soudu i jasně odůvodnil, proč považuje i tento požadavek za nepřiměřený druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky a proč je jeho stanovení porušením § 56 odst. 7 ZVZ.

Souhrnně zdejší soud dodává, že není důvodným žalobní tvrzení, podle něhož se žalovaný ve většině svých závěrů opírá o domněnky, spekulace a hypotetická tvrzení. Žalobci konkrétně neuvádějí, v jakých ohledech neodpovídá podklad rozhodnutí skutkovým zjištěním žalovaného, a pokud žaloba takovou konkrétní argumentaci k jednotlivým otázkám obsahuje, pak tato argumentace je buď nedůvodná nebo, jak shora konkrétně uvedeno, na závěry žalovaného, k nimž dospěl, a na zjištění, která jim podle žalovaného měla předcházet, nikterak nemíří a nevyvrací je. Přestože je řada závěrů žalovaného ohledně nepřiměřenosti požadavků zadavatele, resp. rozporu s § 56 odst. 7 ZVZ, opřena o jeho uvážení, ve vztahu k tomu, co je žalobně zpochybňováno (a tím se zdejší soud podle § 75 odst. 2 s.ř.s. zabýval), nejde o správné uvážení bez potřebného podkladu, jenž je základem skutkových zjištění žalovaného, a jde o správné uvážení přezkoumatelným způsobem odůvodněné. Pokud jde o argumentaci žalovaného, jež má být podle žaloby oním uvážením, zdejší soud se při svých úvahách ubíral shodným směrem jako žalovaný a dospěl k týmž právním závěrům.

V. Shrnutí závěrů soudu

Zdejší soud byl vázán v žalobě uplatněnými žalobními body (§ 75 odst. 2 s.ř.s.). Ve vztahu k nim považuje napadené rozhodnutí za přezkoumatelné a zákonné, neboť v rozsahu přezkumu, který byl vymezen uplatněnými žalobními body, má zdejší soud zato, že žalovaný aplikoval správný právní předpis, v jeho rámci vždy správnou právní normu a nedopustil se ani žádného výkladového pochybení, které by mohlo mít vliv na

zákonnost napadeného rozhodnutí. Nad rámec uplatněných žalobních bodů přitom zdejší soud nezjistil žádnou vadu, k níž by musel přihlídnout z úřední povinnosti.

Ze shora uvedených důvodů zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

VI. Náklady řízení

O nákladech řízení účastníků soud rozhodl podle § 60 odst. 1 a 7 s.ř.s. Žalobci nebyli ve věci úspěšnými, a proto jim nenáleží právo na náhradu nákladů řízení, úspěšný byl žalovaný, tomu však nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti a náhradu nákladů řízení ani nepožadoval. Proto soud rozhodl, že žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Osoba zúčastněná na řízení nemá na náhradu nákladů řízení právo, neboť jí soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady mohly vzniknout (§ 60 odst. 5 s.ř.s.).

P o u č e n í : Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost podle § 102 a násl. s.ř.s. do dvou týdnů od jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu prostřednictvím Krajského soudu v Brně. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele 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 (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2, 4 s.ř.s.).

V Brně dne 10. března 2011

David Raus, v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová

