ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Marie Žiškové a soudců JUDr. Lenky Kaniové a JUDr. Zdeňka Kühna v právní věci žalobkyně **FIRESTA-Fišer, rekonstrukce, stavby a. s.**, se sídlem Mlýnská 68, 602 00 Brno, zastoupené JUDr. Zdeňkem Daňhelem, advokátem se sídlem Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 7. 10. 2010, č. j. ÚOHS-R86/2010/VZ-14303/2010/310-JSI, za účasti osoby zúčastněné na řízení **Kraje Vysočina,** se sídlem Žižkova 57, 587 33 Jihlava, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 21. 6. 2012, č. j. 62 Af 74/2010-61,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

II. Žalovaný **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobkyni náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti ve výši 2.880 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Zdeňka Daňhela, advokáta.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Kraj Vysočina (osoba zúčastněná na řízení, dále též „zadavatel“) uveřejnil dne 29. 1. 2010 v informačním systému veřejných zakázek pod evidenčním číslem 60041251 oznámení o podlimitní veřejné zakázce *„II/602 hr. kraje – Pelhřimov, 5. stavba“* zadávané v otevřeném řízení. Předmětem veřejné zakázky byla rekonstrukce dvou mostů a nahrazení dvou stávajících mostních objektů novými včetně souvisejících prací a činností

(např. vydání potřebných rozhodnutí, péče o označení objízdných tras, realizační dokumentace stavby apod.). Základním hodnotícím kritériem byla nejnižší nabídková cena.

[2] Mezi technické kvalifikační předpoklady zadavatel v oznámení zařadil požadavek ve smyslu § 56 odst. 3 písm. f) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, spočívající v předložení přehledu zařízení – obalovny živičných směsí. Ke splnění tohoto předpokladu byl zadavatelem požadován „[d]*oklad o vlastnictví obalovny nebo smlouva o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí včetně podrobného plánu trasy pro včasnou dodávku asfaltových směsí z obalovny na staveniště. Doba dopravy směsi z obalovny nesmí překročit při teplotě vzduchu 15 °C a nižší 1 hod., v ostatních případech 1,5 hod. Při použití homogenizátorů lze tyto doby prodloužit na 2 hod.*“.

[3] Žalobkyně se o veřejnou zakázku hodlala ucházet, avšak citovaný technický kvalifikační předpoklad považovala za diskriminační. Podala proto u zadavatele námitky ve smyslu § 110 zákona o veřejných zakázkách. Argumentovala, že objem potřebných obalovaných směsí tvoří jen 3 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Není zřejmé, proč zadavatel nestanovil obdobný požadavek na další plnění, např. beton či betonářské výztuže, které představují větší části hodnoty veřejné zakázky. Předmětný technický předpoklad není pro veřejnou zakázku podstatný a omezuje výběr pouze na uchazeče vlastnící v dojezdové vzdálenosti obalovnu. Zadavatel námitkám žalobkyně nevyhověl a následně jí oznámil, že byla z účasti v zadávacím řízení vyloučena, neboť nesplnila uvedený technický kvalifikační předpoklad.

[4] Žalobkyně na to podala žalovanému návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ve smyslu § 113 a násl. zákona o veřejných zakázkách. Argumentovala též tím, že s ní relevantní vlastníci obaloven odmítli uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí týkající se předmětné veřejné zakázky, ač v jiných případech vzájemně soutěží o možnost dodat žalobkyni potřebné obalované směsi. Žalovaný návrh zamítl rozhodnutím ze dne 21. 6. 2010, č. j. ÚOHS-S82/2010/VZ-7645/2010/510/KČe. Rozklad žalobkyně předseda žalovaného zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil rozhodnutím ze dne 7. 10. 2010, č. j. ÚOHS-R86/2010/VZ-14303/2010/310-JSI. Žalovaný a jeho předseda dospěli k závěru, že technický kvalifikační předpoklad zadavatele není diskriminační a je v souladu se zákonem o veřejných zakázkách. Pokud jej žalobkyně nesplnila, zadavatel nepochybil, vyloučil-li ji ze zadávacího řízení.

[5] Proti rozhodnutí předsedy žalovaného brojila žalobkyně žalobou u Krajského soudu v Brně; krajský soud shledal žalobu důvodnou a rozsudkem ze dne 21. 6. 2012, č. j. 62 Af 74/2010-61, rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Krajský soud shledal, že předmětný technický kvalifikační předpoklad omezil počet dodavatelů, kteří se mohli o veřejnou zakázku ucházet. To zejména za situace, kdy se vlastníci obaloven hodlali veřejné zakázky rovněž účastnit, a z tohoto důvodu odmítli se žalobkyní uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí o spolupráci na uvedené veřejné zakázce. Podle krajského soudu skutečnost, že dodavatel vlastní obalovnu nebo má s vlastníkem obalovny uzavřenu smlouvu o smlouvě budoucí nijak nezaručuje kvalitu poskytnuté asfaltové směsi. Nebylo nezbytné, aby dodavatelé disponovali již ve fázi prokazování splnění kvalifikace obalovnou nebo příslušnou smlouvou o smlouvě budoucí, a to i

s přihlédnutím k nevelkému množství asfaltové směsi, která byla na zakázku potřeba. Předmětný technický kvalifikační předpoklad proto soud označil za nepřiměřený a neodpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky. Jelikož nepochybně existovali dodavatelé, kteří i bez naplnění tohoto předpokladu byli schopni veřejnou zakázku řádně splnit, jedná se o projev skryté diskriminace.

II. Kasační stížnost a vyjádření k ní

[6] Proti rozsudku krajského soudu podal žalovaný včasnou kasační stížnost. V ní tvrdil, že krajský soud přesvědčivě neodůvodnil porušení zákazu diskriminace. V prvé řadě soud nezdůvodnil, proč je požadovaná úroveň technické způsobilosti zjevně nepřiměřená velikosti, složitosti a náročnosti veřejné zakázky. Požadovaný technický kvalifikační předpoklad bezprostředně souvisí s předmětem veřejné zakázky, jak požaduje § 50 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. V souladu s § 56 odst. 7 téhož zákona zadavatel stanovil též rozsah a způsob prokázání kvalifikačního předpokladu a vymezil jeho minimální úroveň přiměřeně druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky. Za nepřiměřený minimální požadavek by bylo možno považovat např. povinnost prokázat vlastnictví či smluvní zajištění několika obaloven, nebo obaloven se speciálními požadavky, jež s realizací zakázky nesouvisí, nebo nemožnost nahradit vlastnictví obalovny smluvním ujednáním o spolupráci s obalovnou. Bez údaje o konkrétní obalovně není zadavatel schopen posoudit, zda bude učiněno zadost závazným technickým předpisům a zda bude naplněn další kvalifikační předpoklad, tj. vymezení podrobného plánu trasy pro včasnou dodávku asfaltových směsí z obalovny na staveniště.

[7] Podle žalovaného se bez zajištění dodávek produkovaných obalovnou splnění veřejné zakázky neobejde a vybraný uchazeč by musel tak jako tak smluvní spolupráci s obalovnou navázat. Všichni uchazeči o veřejnou zakázku přitom měli objektivně stejnou možnost si spolupráci s obalovnou zajistit a hned několika se to podařilo. Příčiny neúspěšného jednání žalobkyně s obalovnami mohou být různé (např. bojkot žalobkyně) a mohou přetrvávat i v době, kdy veřejná zakázka bude zadána (např. s ohledem na malý objem zakázky v projednávaném případě by pro obalovny spolupráce nemusela být zajímavá). Zadavatel tedy jednal při stanovení kvalifikačního požadavku prozíravě, neboť eliminoval riziko, že by po uzavření smlouvy nemohla být veřejná zakázka realizována kvůli nenavázání spolupráce se subdodavatelem.

[8] Žalovaný připouští, že vlastníci obaloven měli výhodnější, resp. jednodušší pozici pro splnění uvedeného kvalifikačního předpokladu. Toto zvýhodnění je však pouze relativní a je přirozeným projevem toho, že na trhu nelze nalézt dva subjekty, jejichž výchozí pozice pro úspěšnou účast na každé veřejné zakázce by byla shodná. Zadavatel nijak neupřednostnil vlastníky obaloven před uchazeči, kteří si součinnost obalovny zajistili smluvně. Splnění kvalifikačních předpokladů bude vždy pro jednotlivé uchazeče různě náročné, nicméně rozhodující je, že tyto předpoklady byly v projednávaném případě nastaveny tak, že byly pro všechny uchazeče objektivně splnitelné.

[9] Závěr krajského soudu o diskriminačním charakteru předmětného technického požadavku vede k absurdním důsledkům. Například zadávacích řízení, jejichž předmětem

je poskytování advokátních služeb, by se mohli účastnit advokátní koncipienti s tvrzením, že v době realizace veřejné zakázky již budou zapsáni v seznamu advokátů. Obdobně u zakázek týkajících se dopravy by mohli budoucí provozovatelé autodopravy argumentovat, že v době realizace zakázky již budou disponovat potřebnými vozidly a příslušným živnostenským oprávněním, ač dosud ani jedním nedisponují.

[10] Soud neobjasnil, proč při stanovení předmětných kvalifikačních předpokladů mělo být zřejmé, že tyto mohou splnit jen někteří z dodavatelů. Objektivně neexistovaly žádné okolnosti, z nichž by tento závěr soudu vyplýval. Všichni dodavatelé mohli technický kvalifikační předpoklad splnit, byť některým se to podařilo a některým nikoliv. Ze skutečnosti, že některým dodavatelům se příslušný předpoklad nepodařilo naplnit nelze učinit obecný závěr, že kvalifikační předpoklady byly nastaveny tak, že bylo zřejmé, že je mohli splnit jen někteří z dodavatelů.

[11] Žalovaný z těchto důvodů navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek Krajského soudu v Brně zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[12] Žalobkyně se ve vyjádření ke kasační stížnosti ztotožnila s napadeným rozsudkem krajského soudu. Žalovaný podal kasační stížnost z důvodu podle § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“), avšak tento důvod nikde blíže nerozvádí. Pokud jde o žalovaným rozváděnou nepřezkoumatelnost rozsudku, kasační stížnost není podána z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. b) nebo d) s. ř. s. a rozsudek takovým nedostatkem netrpí. Soud v odůvodnění rozsudku podrobně popsal, v čem spatřuje skrytou diskriminaci. Žalobkyně poukázala na argumentaci soudu o neexistenci příčinné souvislosti mezi řádnou realizací veřejné zakázky a předmětným technickým kvalifikačním předpokladem, o rozsahu dodávky obalovaných směsí a o tom, že plněním veřejné zakázky nebyla dodávka obalované směsi. Závěr žalovaného, že by se následně žalobkyni nemuselo podařit uzavřít smlouvu s obalovnou, a veřejná zakázka by tak byla zmařena, je spekulativní a odhlíží od skutečnosti, že žalobkyně v minulosti úspěšně realizovala více než 100 obdobných veřejných zakázek. Komicky působí pochybnost žalovaného o nezajímavém objemu dodávky obalovaných směsí pro obalovny, která je v příkrém rozporu s důrazem žalovaného i zadavatele právě na tuto část veřejné zakázky. Odkaz na soulad dodávky s technickými předpisy není opodstatněný, neboť neexistuje vztah mezi vlastnictvím (smluvním zajištěním) obalovny a kvalitou obalované směsi. Diskriminační charakter předpokladu nelze dle žalobkyně poměřovat množstvím uchazečů, kteří jej nesplnili; pokud by všichni uchazeči měli stejnou možnost vstoupit do smluvního vztahu s obalovnou, nebylo by třeba zmiňovaný technický předpoklad v zadávací dokumentaci uvádět. Žalobkyně připomněla, že nabídku podalo 9 uchazečů, z nichž 2 byli vyloučeni pro nesplnění předmětného technického kvalifikačního předpokladu, a ze zbývajících 7 uchazečů celkem 6 uchazečů vlastní nebo ovládá 20 z celkového počtu 23 v úvahu přicházejících obaloven, tedy pouze 1 uchazeč předložil smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny. Žalovaný v kasační stížnosti neobhajuje zákonnost svého postupu, nýbrž obhajuje zadavatele. Žalobkyně též poukázala na obdobný případ řešený slovenským Úradom pre verejné obstaravanie. Závěrem žalobkyně navrhla, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl a zavázal žalovaného k náhradě nákladů řízení.

[13] Osoba zúčastněná na řízení se v poskytnuté lhůtě ke kasační stížnosti nevyjádřila.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[14] Nejvyšší správní soud při posuzování kasační stížnosti hodnotil, zda jsou splněny podmínky řízení, přičemž dospěl k závěru, že kasační stížnost má požadované náležitosti, byla podána včas a osobou oprávněnou, a není důvodné kasační stížnost odmítnout pro nepřípustnost. Důvodnost kasační stížnosti posoudil Nejvyšší správní soud v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž je povinen přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3, 4 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s. ř. s.“).

[15] Kasační stížnost není důvodná.

[16] K námitkám žalobkyně ohledně zákonných důvodů, podle nichž je kasační stížnost žalovaného podávána, Nejvyšší správní soud podotýká, že není rozhodné, jaké důvody žalovaný v kasační stížnosti označil (vyjmenoval). Podstatný je obsah jednotlivých kasačních námitek, resp. kasační stížnosti jako celku. Z textu kasační stížnosti je pak zřejmé, že žalovaný vytýká městskému soudu jak nepřezkoumatelnost jeho rozsudku pro nedostatek důvodů ve vztahu k otázce diskriminace, tak nesprávný právní názor spočívající v nesprávném posouzení diskriminačního charakteru technického kvalifikačního předpokladu. Kasační soud se proto zabýval oběma okruhy námitek.

[17] Pokud jde o otázku nepřezkoumatelnosti rozsudku krajského soudu, postačí konstatovat, že krajský soud na s. 10 až 12 napadeného rozsudku popsal a vyložil relevantní právní úpravu včetně příslušné judikatury krajského soudu a Nejvyššího správního soudu. Následně na s. 12 až 14 aplikoval vyložené právo na skutkový základ případu a stručně a jasně uvedl, proč předmětný technický kvalifikační předpoklad má diskriminační charakter. Má-li žalovaný za to, že krajský soud nezdůvodnil, proč je požadovaná úroveň technické způsobilosti zjevně nepřiměřená velikosti, složitosti a náročnosti veřejné zakázky, odkazuje kasační soud především na poslední odstavec na s. 12 a druhý odstavec na s. 13 odůvodnění napadeného rozsudku. Krajský soud rovněž objasnil, proč bylo zřejmé, že technický kvalifikační předpoklad mohou splnit jen někteří z dodavatelů, zejména v třetím odstavci na s. 12 a v třetím odstavci na s. 13 rozsudku. Krajský soud se vypořádal se všemi žalobními námitkami a z odůvodnění napadeného rozsudku je zřejmé, proč považoval argumentaci žalobkyně za důvodnou. Odůvodnění rozsudku krajského soudu tak plně odpovídá ustálené judikatuře zdejšího soudu k otázce přezkoumatelnosti soudních rozhodnutí (srov. zejm. rozsudek ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004-73, publikovaný pod č. 787/2006 Sb. NSS, a rozsudek ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005-44, publikovaný pod č. 689/2005 Sb. NSS), jakož i požadavkům § 157 odst. 2 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve spojení s § 64 s. ř. s. Námitka žalovaného je proto nedůvodná.

[18] K posouzení zákonnosti závěru krajského soudu o diskriminačním charakteru předmětného technického kvalifikačního předpokladu je třeba vyjít z aplikovatelné právní úpravy. Podle § 50 odst. 2 a 3 zákona o veřejných zakázkách stanoví veřejný zadavatel

požadavky na prokázání splnění kvalifikace v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace těchto požadavků může být uvedena v kvalifikační či zadávací dokumentaci. Veřejný zadavatel je povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Podle § 56 odst. 3 písm. f) téhož zákona může veřejný zadavatel požadovat k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici. Konečně podle § 56 odst. 7 písm. c) citovaného zákona je ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

[19] Uvedenou právní úpravu je však třeba vykládat a aplikovat ve světle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, podle nějž je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Obdobně jako krajský soud musí i Nejvyšší správní soud v této souvislosti odkázat na svůj rozsudek ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, publikovaný pod č. 1771/2009 Sb. NSS, v němž na základě podrobné argumentace zahrnující i komparativní a eurokonformní výklad dospěl k závěru, že „*zákaz diskriminace uvedený v § 6 ZVZ zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Za skrytou formu nepřípustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Někteří z dodavatelů totiž mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Tím se znemožňuje dosažení cíle zákona o veřejných zakázkách, tedy zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli*“ (tento názor byl v poslední době potvrzen např. rozsudkem ze dne 07. 12. 2011, č. j. 9 Afs 37/2011-82, www.nssoud.cz). Právě otázka porušení zákazu skryté diskriminace při stanovení technického kvalifikačního předpokladu je předmětem sporu mezi žalovaným a žalobkyní. Nejvyšší správní soud neshledal, že by krajský soud posoudil zákaz skryté diskriminace v rozporu s právní úpravou a jejím ustáleným výkladem.

[20] Ohledně kritéria zjevné nepřiměřenosti předmětného technického kvalifikačního předpokladu ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky, kasační soud souhlasí s názorem žalovaného, že technický kvalifikační předpoklad souvisel s předmětem veřejné zakázky, a s příklady možných nepřiměřených požadavků ve vztahu k předmětné zakázce uváděných žalovaným. Nicméně souvislost s předmětem veřejné zakázky ani zmiňované příklady nebyly předmětem výtek ze strany krajského soudu a jako takové nemohou zpochybnit jeho závěr o skryté diskriminaci.

[21] Předmětem veřejné zakázky nebyla dodávka obalované směsi, nýbrž rekonstrukce čtyř mostních objektů. Dodávka obalované asfaltové směsi tvořila pouze 3 % hodnoty zakázky a požadované množství směsi byla průměrná obalovna schopna vyrobit cca za

jednu hodinu. Přiměřenost požadavku na vlastnictví obalovny nebo její smluvní zajištění v době zadávacího řízení je v takovém případě dosti pochybná, neboť jde o požadavek ve vztahu k poměrně malé dodávce materiálu v rámci velké zakázky. Takový požadavek by proto musel být odůvodněn objektivními okolnostmi veřejné zakázky, resp. legitimními ekonomickými zájmy zadavatele (srov. citovaný rozsudek ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152). Zadavatel a posléze i žalovaný v tomto smyslu argumentovali tak, že předmětný technický kvalifikační předpoklad je odůvodněn zájmem na řádném plnění veřejné zakázky (kvalita asfaltové směsi, dodržení závazných technických předpisů, vymezení plánu trasy pro včasnou dodávku asfaltových směsí z obalovny na staveniště). Nejvyšší správní soud ovšem ve shodě s krajským soudem nenalézá žádnou souvislost mezi vlastnictvím (smluvním zajištěním) obalovny ve fázi zadávacího řízení a kvalitou poskytnuté asfaltové směsi, resp. řádným splněním veřejné zakázky vybraným uchazečem. Garance řádného splnění veřejné zakázky by ve fázi zadávacího řízení naopak měla plynout ze zadavatelem též požadovaného seznamu obdobných prací uskutečněných uchazečem v posledních letech. Na jeho základě by měl zadavatel bez obtíží uzavřít, zda je ten který uchazeč technicky způsobilý požadovanou zakázku řádně splnit.

[22] Předmětný technický požadavek nemůže být odůvodněn ani tím, že se splnění veřejné zakázky bez zajištění dodávek produkovaných obalovnou neobejde a vybraný uchazeč by musel tak jako tak smluvní spolupráci s obalovnou navázat. Už jen množství potřebné směsi svědčí tomu, že by její zajištění pro účely veřejné zakázky neměl být žádný zásadní problém. Obava žalovaného z ohrožení realizace veřejné zakázky tím, že dopředu nebude zajištěna obalovna, proto není na místě. Žalovaný svou argumentací navíc sám zpochybňuje přiměřenost předmětného technického požadavku ve vztahu k velikosti a složitosti veřejné zakázky, když velikost dodávky obalované směsi bagatelizuje jako nezajímavou.

[23] Kromě toho splnění veřejné zakázky se jistě neobejde bez zajištění dodávek celé řady dalších materiálů a služeb, neboť vybraný uchazeč s velkou pravděpodobností nebude vlastnit doly na písek, štěrk, vápenec a kamení, tavírny a válcovny kovů, betonárny či studny na vodu apod. Nejvyšší správní soud nenachází objektivní vysvětlení toho, proč zadavatel kladl takový důraz právě na obalované směsi a obdobné požadavky neuplatnil ve vztahu k jiným stavebním materiálům, např. betonu a výztužím, které jsou pro řádné provedení zakázky rovněž podstatné, ne-li důležitější. Působí proto dosti překvapivě, že zadavatel byl slovy žalovaného „prozíravý“ právě a jen u tohoto relativně nevýznamného aspektu veřejné zakázky.

[24] Nejvyšší správní soud se z těchto důvodů zcela ztotožnil s názorem krajského soudu, že uvedený technický kvalifikační předpoklad byl zjevně nepřiměřený velikosti, složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky.

[25] Pokud jde o otázku, zda v důsledku nepřiměřeného technického kvalifikačního požadavku mohli zakázku splnit jen někteří z uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilí, uvážil soud následovně. Zajisté lze souhlasit s žalovaným v tom, že na trhu nelze nalézt dva subjekty, jejichž výchozí pozice pro úspěšnou účast na každé veřejné zakázce by byla shodná a že zadavatel nijak neupřednostnil vlastníky obaloven před uchazeči, kteří si součinnost obalovny zajistili

smluvně. V dalším už se však zdejší soud s žalovaným ztotožnit nemůže. Předně není správný závěr žalovaného, že krajský soud učinil z případu žalobkyně obecný závěr, že kvalifikační předpoklady byly nastaveny tak, že je mohli splnit jen někteří z dodavatelů. Krajský soud postupoval přesně obráceně. Vyšel z toho, že vlastníci dostupných obaloven asfaltových směsí se rovněž hodlali ucházet o předmětnou veřejnou zakázku. V takovém případě lze počítat s tím, že tito vlastníci budou neochotní uzavírat smlouvy o smlouvách budoucích na předmětnou zakázku s jinými subjekty, neboť je budou vnímat jako konkurenty v „boji“ o veřejnou zakázku. Z hlediska čistě obchodního nazírání věci je takový postup vlastníků obaloven logický a ekonomicky odůvodnitelný: proč by měli uzavírat příslušné smlouvy s jinými subjekty, umožňovat jim tak účast v zadávacím řízení, a tím snižovat svoji šanci na úspěch v soutěži o veřejnou zakázku? Ačkoliv tedy podle zadávacích podmínek bylo možné vlastnictví obalovny nahradit smlouvou o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny, samotný fakt, že se vlastníci obaloven taktéž hodlali ucházet o veřejnou zakázku, omezoval smluvní prostor pro uzavírání takových smluv, a výrazně tak omezoval počet dodavatelů, kteří se mohli o veřejnou zakázku ucházet. Situace žalobkyně pak tuto úvahu soudu potvrzuje.

[26] Předmětný technický kvalifikační požadavek nelze označit za objektivně splnitelný, neboť závisel na vůli vlastníků obaloven. Tvrdí-li žalovaný, že hned několik subjektům se takovou smlouvu o smlouvě budoucí podařilo uzavřít, považuje soud za nutné toto vyjádření jednak korigovat tím, že takový uchazeč byl jeden jediný, jednak považuje za potřebné uvést, že tato skutečnost výše uvedenou úvahu o omezení počtu uchazečů nevyvrací, čehož je žalobkyně jasným důkazem.

[27] Konečně pokud jde o argumenty žalovaného *ad absurdum*, zdejší soud konstatuje, že přiměřenost technických kvalifikačních požadavků je třeba posuzovat v souvislosti s konkrétním případem (srov. též již citovaný rozsudek ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152) a nelze obecně říct, že názor vyslovený krajským soudem a nyní potvrzený Nejvyšším správním soudem v této konkrétní věci bude mít absurdní důsledky v případech skutkově zcela odlišných. Kromě toho jsou příklady uváděné žalovaným odlišné od právě projednávané věci i v obecné rovině. Požaduje-li zákon pro poskytování určitých služeb zápis v rejstříku (např. seznam advokátů či živnostenský rejstřík), bude zpravidla v případě veřejné zakázky na takové služby odůvodnitelné požadovat doložení takového zápisu. Při splnění zákonných podmínek je přitom na zápis zpravidla právní nárok. V nyní projednávané věci však šlo o požadavek splnitelný jen soukromoprávní smlouvou, k jejímuž uzavření nelze druhou stranu jakkoliv nutit.

[28] Všechny výše uvedené skutečnosti vedly Nejvyšší správní soud k závěru, že předmětný technický kvalifikační požadavek byl projevem skryté diskriminace a jeho výsledkem byla nezákonná eliminace žalobkyně ze zadávacího řízení. Kasační námitky žalovaného jsou proto nedůvodné.

IV. Závěr a náklady řízení

[29] Nejvyšší správní soud po přezkoumání napadeného rozsudku dospěl k závěru, že se krajský soud předloženou věcí pečlivě zabýval, jeho argumentace je přesvědčivá a má

oporu v zákoně a jeho ustáleném výkladu. Jelikož v řízení o kasační stížnosti nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž je nutno přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.), Nejvyšší správní soud zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou.

[30] O náhradě nákladů řízení rozhodl Nejvyšší správní soud v souladu s § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalovaný neměl ve věci úspěch, a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalobkyně byla naopak plně úspěšná. Náklady řízení žalobkyně tvoří mimosmluvní odměna jeho zástupce podle § 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu. Soud proto přiznal žalobkyni částku 2 100 Kč za jeden úkon právní služby spočívající v podání vyjádření ke kasační stížnosti [§ 7 ve spojení s § 9 odst. 3 písm. f) a § 12 odst. 4 advokátního tarifu] a dále částku 300 Kč jako paušální náhradu výdajů s tímto úkonem spojených (§ 13 odst. 3 advokátního tarifu). Jelikož zástupce žalobkyně je plátcem daně z přidané hodnoty, zvýšil soud náklady řízení ve smyslu § 57 odst. 2 s. ř. s. o 480 Kč. Celkem tedy žalobkyni na náhradě nákladů řízení náleží částka ve výši 2 880 Kč. Osobě zúčastněné na řízení soud neuložil žádnou povinnost a rovněž neshledal žádné důvody hodné zvláštního zřetele, aby jí přiznal právo na náhradu nákladů řízení. O náhradě nákladů osoby zúčastněné na řízení proto nebylo třeba rozhodovat (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

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

V Brně dne 20. prosince 2012

JUDr. Marie Žišková

předsedkyně senátu