

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Josefa Baxy a soudců JUDr. Lenky Kaniové a JUDr. Zdeňka Kühna v právní věci žalobce: **FIRESTA - Fišer, rekonstrukce, stavby, a. s.,** se sídlem Mlýnská 68, Brno, zastoupeného JUDr. Zdeňkem Daňhelem, advokátem se sídlem Těsnohlídkova 9, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osob zúčastněných na řízení: I) Kraj Vysočina, se sídlem Žižkova 57, Jihlava, II) Skanska a. s., se sídlem Líbalova 1, Praha 4 - Chodov, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 11. 2010, č. j. ÚOHS-R84,85/2010/VZ-14302/2010/310/JSI, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 19. 7. 2012, č. j. 62 Af 1/2011 – 83,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

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

III. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci 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] Dne 11. 3. 2010 byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „ÚOHS“) doručen návrh žalobce na přezkoumání úkonů zadavatele (osoby zúčastněné na řízení I) ve

veřejné zakázce, zadávané pod názvem „*III/03810 Hesov – most ev. č. 03810-006, 007, 008*“ v otevřeném řízení a zveřejněné dne 1. 2. 2010 pod ev. číslem VZ 60041270 v informačním systému o veřejných zakázkách (dále též „veřejná zakázka“).

[2] Žalobce v návrhu mimo jiné uvedl, že byl vyloučen z účasti v zadávacím řízení, protože nesplnil technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „zákon o veřejných zakázkách“ nebo „ZVZ“). Toho se měl dopustit nedoložením dokladu o vlastnictví obalovny, popřípadě smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí. Tento požadavek byl uveden v oznámení o veřejné zakázce v rámci požadavků na prokázání technické způsobilosti. Žalobce se však domníval, že daný požadavek znamená porušování zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace (§ 6 ZVZ), což zadavateli vytkl již v námitkách uplatněných proti zadávací dokumentaci.

[3] Rozhodnutím ÚOHS (žalovaného) č. j. ÚOHS-S79,S87/2010/VZ-7082/2010/510/KČe, ze dne 21. 6. 2010, byl návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce podle § 118 odst. 4 písm. a) ZVZ zamítnut. Žalovaný v rozhodnutí uvedl, že požadavek na doložení dokladu o vlastnictví obalovny, popřípadě smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí, není diskriminačním a je zcela v souladu se zákonem o veřejných zakázkách. Pokud jej žalobce nesplnil, zadavatel nepochybil, vyloučil-li jej ze zadávacího řízení.

[4] Proti výše uvedenému rozhodnutí podal žalobce rozklad k předsedovi ÚOHS, který však potvrdil prvostupňové rozhodnutí ve věci a rozklad zamítl.

[5] Proti rozhodnutí předsedy ÚOHS (žalovaného) brojil žalobce žalobou u Krajského soudu v Brně, který rozhodnutí žalovaného rozsudkem specifikovaným v záhlaví zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Krajský soud neshledal jako důvodnou ani jednu z žalobcových procesních námitek (nepřezkoumatelnost, nevypořádání se všemi důkazními návrhy, nedostatek důvodu pro spojení řízení, absence výzvy k seznámení se s podklady pro rozhodnutí o rozkladu). Krajský soud však došel k závěru, že požadavek vlastnit obalovnu, případně mít podepsanou smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny byl v daném případě nepřiměřený a neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.

II.
Stručné shrnutí základních argumentů uvedených v kasační stížnosti

[6] Proti výše uvedenému rozsudku krajského soudu podal žalovaný (dále též „stěžovatel“) včasnou kasační stížnost. V kasační stížnosti uplatnil důvody dle § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“). Rozsudek je dle stěžovatele nejen věcně nesprávný, ale s ohledem na nedostatek odůvodnění též nepřezkoumatelný.

[7] Stěžovatel nesouhlasí s názorem soudu, že zadavatel nevymezil minimální úroveň předmětného kvalifikačního předpokladu tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, čímž porušil zásadu zákazu diskriminace v zadávacím řízení. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí totiž nevyplývá, proč je požadovaná úroveň technické způsobilosti zjevně nepřiměřená velikosti, složitosti a náročnosti veřejné zakázky a proč má soud za to, že při stanovení předmětných kvalifikačních předpokladů mělo být zřejmé, že tyto mohou splnit pouze někteří z dodavatelů.

[8] Požadavek na doložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí z obalovny na staveniště je v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, neboť takto stanovený kvalifikační předpoklad [§ 56 odst. 3 písm. f) ZVZ], je s přihlédnutím ke všem okolnostem legitimní a není v rozporu se zásadou zákazu diskriminace ani s § 56 odst. 7 ZVZ.

[9] Vymezený rozsah prokazované kvalifikace bezprostředně souvisí s předmětem veřejné zakázky. Veřejný zadavatel je povinen požadovat po dodavatelích prokázání splnění kvalifikace (§ 51 odst. 1 ZVZ). Zadavatel v souladu s § 56 odst. 7 ZVZ stanovil minimální požadavek vlastnictví jedné blíže nespecifikované obalovny, případně spolupráce s blíže nespecifikovanou obalovnou. Minimální požadavky jsou přiměřené ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. Splnění předmětu veřejné zakázky se bez zajištění dodávek produkovaných obalovnou neobejde. Zadavatel tak jednal v dané věci prozíravě, neboť eliminoval riziko, že by po uzavření smlouvy veřejná zakázka nemohla být realizována z důvodu nenavázání spolupráce se subdodavatelem, jehož součinností je realizace veřejné zakázky podmíněna.

[10] Dále je zapotřebí přihlížet k platným technickým předpisům, které upravují otázky technických požadavků při výstavbě, opravách a údržbě pozemních komunikací. Bez údaje o konkrétní obalovně totiž zadavatel není schopen posoudit, zda závazným technickým požadavkům bude učiněno zadost a zda bude předmět zhotoven v potřebné kvalitě.

[11] Uvedení konkrétní obalovny bylo dále nezbytnou podmínkou pro splnění dalšího požadavku zadavatele, jímž bylo vymezení podrobného plánu trasy pro včasnou dodávku asfaltových směsí z obalovny na staveniště tak, aby bylo možné jej technicky ověřit.

[12] Nedostatečná integrace mezi smluvními partnery v oblasti stavebnictví (např. vlastníky obaloven) může způsobovat, že dodavatel není objektivně způsobilý předmět veřejné zakázky realizovat. Ačkoliv si lze představit námitku, že vlastníci obaloven mají výhodnější výchozí pozici, jedná se o přirozený projev toho, že na trhu nelze nalézt dva subjekty, jejichž pozice pro úspěšnou účast na každé veřejné zakázce by byla shodná. V tomto ohledu je však nutné podotknout, že vlastníci obaloven nebyli upřednostňování před těmi, kteří si spolupráci s obalovnou zajistili smluvně. Předpoklady byly pro všechny splnitelné a zadavatel neomezil okruh dodavatelů k realizaci veřejné zakázky.

[13] Závěr soudu o tom, že technické kvalifikační požadavky byly v konkrétním případě diskriminační, je nesprávný a jeho aplikace by mohla vést k absurdním závěrům. Při tomto výkladu by musely být diskriminační všechny požadavky na kvalifikaci, které by vedly

k vyřazení uchazeče z důvodu, že v době zahájení nedisponoval kvalifikací nezbytnou k plnění veřejné zakázky.

[14] Objektivně neexistovaly okolnosti, z nichž by bylo zřejmé, že kvalifikační předpoklad mohou splnit jen někteří dodavatelé. Ze skutečnosti, že se je některým uchazečům nepovedlo naplnit, nelze učinit obecný závěr o tom, že kvalifikační předpoklady byly nastaveny diskriminačně.

III.
Stručné shrnutí vyjádření žalobce a osob zúčastněných na řízení

[15] Žalobce se ve vyjádření ke kasační stížnosti ztotožnil s názorem krajského soudu. Nadto uvedl, že stěžovatel v žádné části kasační stížnosti neidentifikuje tvrzenou nezákonnost a nekonfrontuje předchozí řízení s platnou právní úpravou. Rozsudek nemá za nepřezkoumatelný, neboť soud podrobně s odkazem na právní normy a judikaturu popisuje svoje hodnocení nastavení technických kvalifikačních předpokladů zadavatelem. V této souvislosti poukázal na to, že kasační stížnost byla podána pouze dle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.

[16] Argument stěžovatele, že se v případě obalovaných směsí jedná o relativně malý objem zakázky, která by pro obalovnu nemusela být zajímavá, je dle žalobce pouhou spekulací. Také je přímo v rozporu s tím, když stěžovatel i zadavatel kladou tak velký důraz právě na tuto část plnění. Navíc v případě obaloven se jedná o konkurenční prostředí v dodávce obalovaných směsí a je tak skoro vyloučena možnost, aby dodávku neobdržel. Stěžovatel nesmí poměřovat diskriminaci uvedeného kvalifikačního požadavku množstvím uchazečů, kteří jej splnili. Závěrem zdůrazňuje váhu referencí dokazující dostatečnou schopnost účastníka realizovat zakázky obdobného charakteru. Stěžovatel také odkázal na rozhodnutí slovenského Úradu pre verejné obstarávanie ze dne 4. ledna 2010, č. j. 1128-174-7000/2009.

[17] Osoba zúčastněná na řízení I) se v poskytnuté lhůtě ke kasační stížnosti nevyjádřila.

[18] Osoba zúčastněná na řízení II) ve vyjádření uvedla, že nemá zásadně důvod žalobce v tomto řízení procesně jakkoliv podporovat. Přesto i ona sama má v některých jiných případech v oblasti dohledu nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách neblahou zkušenost s aplikační praxí stěžovatele. V této souvislosti mimo jiné zmínila netransparentnost vznikající nezveřejněním složení rozkladové komise a poukázala na nevoli stěžovatele v tomto konkrétním případě provést tzv. test přiměřenosti na kvalifikační požadavky. Dále poukázala na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, a rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 3. 2011, č. j. 62 Ca 15/2009 - 71. Rozhodnutí krajského soudu označila za ne zcela překvapivé.

IV.
Právní názor Nejvyššího správního soudu

[19] Po konstatování přípustnosti a včasnosti kasační stížnosti podle ustanovení § 102 a násl. s. ř. s. Nejvyšší správní soud nejprve přistoupil k přezkoumání napadeného rozsudku krajského soudu v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s. a přitom neshledal, že by řízení před soudem bylo zatíženo vadami, k nimž by musel přihlédnout z moci úřední.

[20] Poté soud posoudil námitky uvedené v kasační stížnosti a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

[21] K námitce žalobce týkající se zákonných důvodů, ze kterých je kasační stížnost stěžovatelem podávána, Nejvyšší správní soud podotýká, že podstatný je obsah jednotlivých kasačních námitek, nikoliv formální podřazení pod zákonná ustanovení. Z textu kasační stížnosti je pak zřejmé, že stěžovatel vytýká krajskému soudu jak nepřezkoumatelnost jeho rozsudku pro nedostatek důvodů ve vztahu k otázce diskriminace, tak i nesprávný právní názor spočívající v nesprávném posouzení diskriminačního charakteru technického kvalifikačního předpokladu (dokladu o vlastnictví obalovny nebo smlouvy o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí).

[22] Nejvyšší správní soud shledal námitku nepřezkoumatelnosti jako nedůvodnou. Krajský soud na s. 10 až 12 napadeného rozsudku popsal a vyložil relevantní právní úpravu včetně příslušné judikatury. Následně na s. 12 až 14 aplikoval vyložené právo na skutkový základ případu a stručně a jasně uvedl, proč má předmětný technický kvalifikační předpoklad diskriminační charakter. Otázce, proč je požadovaná úroveň technické způsobilosti zjevně nepřiměřená velikosti, složitosti a náročnosti veřejné zakázky, se krajský soud věnoval konkrétně v prvním odstavci na s. 13 odůvodnění napadeného rozsudku. Krajský soud rovněž objasnil, proč bylo zřejmé, že došlo k omezení okruhu dodavatelů, a to zejména v třetím odstavci na s. 12 odůvodnění napadeného rozsudku. 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.

[23] K otázce zákonnosti závěru krajského soudu Nejvyšší správní soud předesílá, že se plně ztotožňuje s krajským soudem v otázce interpretace základních zásad zakotvených v § 6 ZVZ a jejich významu pro výklad ostatních ustanovení zákona. Naplnění těchto zásad, směřuje k cíli samotného zákona, a to zajištění rovného konkurenčního prostředí při nakládání s veřejnými prostředky. Zásada zákazu diskriminace tak společně s ostatními základními zásadami (transparentnosti, rovného zacházení) prochází skrze celou zákonnou úpravu a nutně se musí odrazit v každém vnějším výstupu zadavatele.

[24] Pouhý požadavek na dodržování uvedených zásad by však byl v rámci bezbřehého a ničím neregulovaného procesu prakticky nekontrolovatelný, a tedy neprosaditelný. Z tohoto důvodu zákon o veřejných zakázkách obsahuje kromě základních zásad také soubor relativně podrobných a kogentních ustanovení, upravujících samotný proces zadávání veřejných zakázek (např. část druhá, hlava I ZVZ).

[25] Dále zákon o veřejných zakázkách obsahuje ustanovení poskytující zadavateli možnost klást na dodavatele konkrétní požadavky (např. část druhá, hlava IV a V). S ohledem na individuální povahu každé zakázky je pak zadavateli ponechána velká míra volnosti. Zadavatel může (např. v technických podmínkách, kvalifikačních požadavcích) stanovit konkrétní požadavky, bez jejichž splnění se dodavatel nemůže o veřejnou zakázku úspěšně ucházet. Jejich stanovením tak přímo ovlivňuje okruh možných dodavatelů. Z tohoto důvodu je zapotřebí k počtu a míře takových požadavků přistupovat striktně v duchu výše uvedených zásad. Tyto zásady se navíc přímo promítají i v některých ustanoveních zákona (např. § 50 odst. 3 ZVZ). Protože se jedná převážně o ustanovení dispozitivní, musí být potřeba takového požadavku odůvodnitelná. Zjednodušeně lze říci, že čím podrobnější a přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím vyšší nároky budou kladeny na jejich odůvodnění.

[26] Dle § 51 odst. 1 ZVZ „[v]*eřejný zadavatel je povinen požadovat prokázání splnění kvalifikace dodavatele, nestanoví-li tento zákon jinak.*“. Dle § 50 odst. 3 ZVZ „[v]*eřejný zadavatel je povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky."*

[27] Dle § 56 odst. 3 písm. f) ZVZ „[k] *prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce* <u>*může*</u> [podtržení přidáno] *veřejný zadavatel požadovat přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici.*“

Dle § 56 odst. 7 písm. c) ZVZ „[v]*e vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů,* <u>*odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.*</u> [podtržení přidáno]“

[28] Právě výše uvedená ustanovení zákona jsou příkladem, kdy je na uvážení zadavatele, jaké a jak podrobné podmínky účasti na veřejné zakázce nastaví. V souladu s výše uvedeným však požadavky k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů musí být přípustné (§ 56 odst. 3 ZVZ) a i samotný důvod jejich vyžadování musí být v souladu se základními zásadami (§ 6 ZVZ). Stanovení minimální úrovně předpokladů musí navíc odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky (§ 56 odst. 7 ZVZ) a také s ním musí důvodně souviset (§ 50 odst. 3 ZVZ).

[29] 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 dospěl k závěru, že „[z]*a 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".

[30] Nejvyšší správní soud souhlasí se stěžovatelem, že požadavek na doložení dokladu o vlastnictví jedné blíže nespecifikované obalovny, případně spolupráce s blíže nespecifikovanou obalovnou, lze podřadit pod § 56 odst. 3 písm. f) ZVZ. Dále soud shledal tento požadavek jako související s předmětem veřejné zakázky (§ 56 odst. 7 ZVZ) a nerozporuje ani povinnosti zadavatele požadovat po dodavatelích prokázání kvalifikace (§ 51 odst. 1 ZVZ). Nejvyšší správní soud však zastává stejný názor jako krajský soud, že uvedený požadavek není v posuzovaném případě přiměřený a jeho uplatnění mělo diskriminační následky. Je tedy v rozporu se základními zásadami (§ 6 ZVZ) a neodpovídá druhu, rozsahu a předmětu veřejné zakázky [§ 56 odst. 7 písm. c) ZVZ].

[31] Ze spisové dokumentace, konkrétně z oznámení o veřejné zakázce, se podává, že předmětem posuzované veřejné zakázky bylo provádění stavebních prací (viz bod II.1.1. a II.1.2. oznámení). Dle bodu II.2.1. oznámení se jednalo o „modernizaci komunikace III. třídy, rekonstrukci tří mostů a s tím souvisejících prací". Dle společného slovníku pro veřejné zakázky CPV (viz nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2195/2002, ve znění nařízení Komise č. 2151/2003) byly hlavním předmětem „stavební úpravy pro komunikace" (č. 4523100-0) a dalším předmětem „výstavba mostů" (č. 45221110-6). Dle bod III.2.3. oznámení byl dodavatel pro prokázání technické způsobilosti mimo jiné „*povinen do nab. doložit doklad o vl. obalovny, nebo sml. o sml. budoucí s vlastníkem obalovny na dod. obalovaných směsí vč. podrobného plánu trasy pro včasnou dodávku asf. směsí z obalovny na staveniště, tak aby tento plán trasy bylo možno i prakticky ověřit*".

[32] Z výše uvedeného tak jednoznačně vyplývá, že předmětem dané zakázky byla dodávka stavebních prací. Přesto byl v oznámení stanoven jako jeden ze dvou požadavků na prokázání technické způsobilosti velmi podrobný požadavek na dodání konkrétního stavebního materiálu (obalovaných směsí). Ačkoliv je logické, že stavební práce lze stěží provádět bez potřebného materiálu, je běžné, že stavební společnosti řeší jeho dodávky samostatně v rámci své podnikatelské činnosti. Provádění staveb a výroba stavebních materiálů jsou navíc dva sice blízké, ale samostatné průmyslové obory. Tomuto odpovídá i označení těchto prací v rámci výše zmíněného společného slovníku pro veřejné zakázky CPV, v rámci něhož jsou stavební konstrukce a materiály; pomocné výrobky pro konstrukce (mimo elektrické přístroje) zatříděny pod vlastním kódem (č. 44000000-0). Tyto obory jsou oddělené i v rámci klasifikace ekonomických činností („CZ-NACE"). Požadavek na vlastnictví výrobního zařízení na stavební materiál či takto akcentovaná míra zajištění jednoho konkrétního materiálu je tak minimálně nadstandardní.

[33] Požadavek na doložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smlouvy o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí by tak mohl být odůvodněn jen na základě objektivních okolností veřejné zakázky, resp. legitimními ekonomickými zájmy zadavatele (např. velmi obtížnou opatřitelností materiálu nebo jeho dominantní rolí v rámci dané zakázky). V nyní posuzované věci se však jednalo o zcela běžný stavební materiál, který je dostupný u velkého množství dodavatelů nacházejících se přímo v dané oblasti. Navíc z nerozporovaného vyjádření žalobce vyplývá, že se v případě tohoto materiálu jednalo o zanedbatelný objem v poměru k objemu celkovému. Nebyl tak dán žádný objektivní

důvod na odlišný přístup právě v případě obalovaných směsí a tento požadavek byl tedy nepřiměřený.

[34] Nelze přisvědčit ani argumentům stěžovatele, že bez zajištění dodávek produkovaných obalovnou se splnění předmětu veřejné zakázky neobejde, a je tedy zapotřebí přihlížet k technickým požadavkům při výstavbě, opravách a údržbě pozemních komunikací apod. Tyto argumenty se týkají všech ostatních stavebních materiálů ve stejné, v některých případech i vyšší míře. Důvodná není ani námitka, že za účelem dodržení kvality dodávky obalových směsí je nutné znát konkrétního dodavatele. Vzhledem k vysokému stupni technické normalizace je možné kvalitu jednotlivých výrobků od různých dodavatelů požadovat právě na základě dodržování technických norem (např. ČSN ISO) a důslednou kontrolou kvality směsí na staveništi. Vlastnictví obalovny ani smlouva o smlouvě budoucí na dodávky těchto směsí tak žádný přímý vliv na kvalitu směsí nemají.

[35] Nedůvodnou shledal Nejvyšší správní soud i námitku, že bez určení konkrétní obalovny nelze vymezit podrobný plán trasy pro včasnou dodávku asfaltových směsí z obalovny na staveniště. Obdobně jako je starostí stavební společnosti (dodavatele) opatřit si stavební materiál, z něhož bude schopen zhotovit dílo v požadované kvalitě, tak je i věcí dodavatele, aby zajistil přesun stavebních hmot v souladu s technickými požadavky. Jak již bylo výše odůvodněno, není důvod v tomto ohledu na obalové směsi pohlížet jakkoliv rozdílně, neboť stejným požadavkům jsou podrobeny i jiné výrobky (např. transport beton apod.).

[36] Jako „prozíravý“ (jak jej označuje stěžovatel) nelze brát postup zadavatele ani ve vztahu k eliminaci rizika, že by po uzavření smlouvy veřejná zakázka nemohla být realizována z důvodu nenavázání spolupráce se subdodavatelem, kdy pak dodavatel nebude disponovat nezbytnými technickými či provozními zařízeními. Ačkoliv je pravdou, že nedostatečná integrace mezi smluvními partnery v oblasti stavebnictví (např. s vlastníky obaloven) může způsobovat komplikace, jedná se primárně o obchodní riziko dodavatele. Navíc jak již bylo uvedeno výše, dodávka obalovaných směsí v rámci předmětné veřejné zakázky nebyla nijak zásadní, proto nebyl důvod, aby byla takto akcentována. Nejvyšší správní soud se ztotožňuje s připomínkou žalobce, že si stěžovatel protiřečí, pokud v souvislosti s touto námitkou objem zakázky bagatelizuje a argumentuje jeho ekonomickou nezajímavostí pro obalovny, přestože v předchozí argumentaci poukazoval na jeho zásadní roli.

[37] Nejvyšší správní soud se shoduje s krajským soudem i v tom, že mnohem vhodnějším důkazem o schopnosti dodavatel provést danou stavbu, zajistit i spolupráci s obalovnou a poskytnout tak řádné a kvalitní plnění zakázky spatřuje spíše v předložení seznamu obdobných prací uskutečněných v posledních letech.

[38] Nelze souhlasit ani se stížní námitkou, že by aplikace zákona dle výkladu soudu mohla vést k absurdním závěrům. Při tomto výkladu by dle stěžovatele musely být diskriminačními všechny požadavky na kvalifikaci, které by vedly k vyřazení uchazeče z důvodu, že v době zahájení nedisponoval kvalifikací nezbytnou k plnění veřejné zakázky. V této souvislosti pak jako analogický příklad diskriminačních požadavků stěžovatel uvedl

i předložení dokladu prokazujícího příslušné podnikatelské oprávnění, případně doklad vydaný profesní komorou. V uvedených případech se však jedná se o profesní kvalifikační předpoklady dle § 54 ZVZ. Tyto předpoklady jsou v zákoně taxativně vymezeny a zadavatel je povinen je požadovat (§ 51 odst. 1 ZVZ). V případě požadavků dle § 56 ZVZ se však jedná o odlišnou situaci, neboť zadavatel určuje další fakultativní požadavky, a to jak do počtu, tak i úrovně. V tomto případě, jak bylo odůvodněno výše, musí být požadavky odůvodnitelné a přiměřené vzhledem k povaze předmětu plnění veřejné zakázky.

[39] Krajský a následně i Nejvyšší správní soud učinily závěr o tom, že kvalifikační předpoklady byly nastaveny diskriminačně na základě spisové dokumentace a výše uvedených úvah. Nikoliv, jak se stěžovatel domnívá, ze skutečnosti, že některý z uchazečů nesplnil technické kvalifikační předpoklady. Krajský soud ke vztahu stanovených kvalifikačních předpokladů a možnosti splnit je jen některými dodavateli mimo jiné uvedl, že *„[z]a situace, kdy se vlastníci obaloven hodlali veřejné zakázky rovněž účastnit, a z tohoto důvodu odmítli se žalobcem (a pravděpodobně i s jinými potenciálními dodavateli) uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí, je zřejmé, že se snížil počet dodavatelů, kteří mohli takto stanovenou podmínku splnit. Vlastníci obaloven, kteří se hodlají účastnit zadávacího řízení, tím, že neuzavřou s jiným možným dodavatelem smlouvu o smlouvě budoucí, jejímž předmětem má být spolupráce na dané veřejné zakázce, zvyšují svoji šanci v zakázce zvítězit. Na závěru o tom, že předmětný požadavek omezil počet dodavatelů, kteří se mohli o veřejnou zakázku ucházet, nic nemění ani možnost využití subdodavatelů a skutečnost, že někteří z dodavatelů této možnosti využili a smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny uzavřeli. Je totiž zřejmé, a žalobce je toho jasným důkazem, že ne všem dodavatelům se smlouvu s vlastníkem obalovny uzavřít podařilo.“* K tomu v závěru dodal, že *„závěr o diskriminačním nastavení požadavků na kvalifikaci není vázán na úmysl zadavatele, nýbrž na samotný charakter tohoto požadavku, resp. jeho důsledek.“*

[40] Nejvyšší správní soud se s názorem krajského soudu plně ztotožnil. Na tomto místě je nutné zopakovat, že předmětem dané zakázky byla dodávka stavby – nikoliv stavebního materiálu. Předmětem činnosti stavebních společností není primárně výroba stavebních materiálů. Pokud bylo tedy po stavebních společnostech požadováno, aby byly vlastníky i výrobního zařízení, navíc jen jedné konkrétní stavební směsi, bylo dopředu zřejmé, že toto mohou splnit jen některé stavební společnosti. Soud obecně souhlasí se stěžovatelem, že nelze nalézt dva subjekty, jejichž pozice pro úspěšnou účast na každé veřejné zakázce by byla shodná, nelze však klást takové podmínky, které nedůvodně omezí okruh dodavatelů již ve fázi podávání nabídek.

[41] Na tomto závěru nic nemění ani alternativní možnost splnění tohoto požadavku doložením smlouvy o smlouvě budoucí. Tím, že se dané veřejné zakázky zúčastnili i vlastníci obaloven, bylo určité skupině dodavatelů na základě obchodního uvážení v rámci konkurenčního boje umožněno vyřadit jiné zájemce.

V.
Závěr a náklady řízení

[42] Stěžovatel se svými námitkami s ohledem na výše uvedené neuspěl, jelikož v řízení o kasační stížnosti nevyšly najevo žádné vady, Nejvyšší správní soud zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou.

[43] 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.

[44] Osobám zúčastněným na řízení soud neuložil žádnou povinnost a rovněž neshledal žádné důvody hodné zvláštního zřetele, aby jim přiznal právo na náhradu nákladů řízení. O náhradě nákladů osob zúčastněných na řízení proto nebylo třeba rozhodovat (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

[45] Žalobce byl naopak plně úspěšný. Náklady řízení žalobce tvoří mimosmluvní odměna jeho zástupce podle § 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky Ministerstva spravedlnosti č. 177/1996 Sb. o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif). Soud proto přiznal žalobci 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) advokátního tarifu] a dále částku 300 Kč jako paušální náhradu výdajů s tímto úkonem spojených (§ 13 odst. 3 advokátního tarifu). Jelikož zástupce žalobce je plátcem daně z přidané hodnoty, zvýšil soud náklady řízení ve smyslu § 57 odst. 2 s. ř. s. o 480 Kč. Celkem tedy žalobci na náhradě nákladů řízení náleží částka ve výši 2.880 Kč.

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

V Brně dne 28. března 2013

JUDr. Josef Baxa
předseda senátu