



UOHSX0052SQL

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R86/2010/VZ-10184/2013/310/MŠe

Brno 9. září 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 2. 7. 2010 podaném navrhovatelem –

- společností **FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby, a. s.**, IČ 25317628, se sídlem Mlýnská 68, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupenou JUDr. Zdeňkem Daňhelem, advokátem se sídlem Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S82/2010/VZ-7645/2010/510/KČe ze dne 21. 6. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Kraje Vysočina**, IČ 70890749, se sídlem Žižkova 57, 587 33 Jihlava,

učiněných ve veřejné zakázce s názvem „**II/602 hr. kraje – Pelhřimov, 5. stavba**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému uveřejněno dne 29. 1. 2010 pod evidenčním číslem 60041251, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **COLAS CZ, a. s.**, IČ 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, s ohledem na závazný právní názor Nejvyššího správního soudu, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S82/2010/VZ- 7645/2010/510/KČe ze dne 21. 6. 2010

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil na základě návrhu společnosti FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby, a. s., IČ 25317628, se sídlem Mlýnská 68, 602 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“), správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Kraj Vysočina, IČ 70890749, se sídlem Žižkova 57, 587 33 Jihlava (dále jen „**zadavatel**“) podle § 113 zákona, ve veřejné zakázce „II/602 hr. kraje – Pelhřimov, 5. stavba“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 29. 1. 2010 pod ev. č. 60041251 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadavatel v oznámení, v rámci požadavků na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, stanovil mj. požadavek „(...) dle § 56 odst. 3) písm. f) zákona – přehled zařízení – obalovny živičných směsí (dále také jen "**doklad o dispozici s obalovnou**")“. Jako minimální úroveň uvedeného kvalifikačního předpokladu zadavatel požadoval „(...) doklad o vlastnictví obalovny nebo smlouvu 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 směsí z obalovny nesmí překročit při teplotě vzduchu 15°C a nižší 1 hod., v ostatních případech 1,5 hod. Při použití homogenzátorů lze tyto doby prodloužit na 2 hod.“
3. Proti zadávacím podmínkám, konkrétně proti požadavku na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona, podal navrhovatel námitky ve smyslu § 110 odst. 3 zákona. Vzhledem k tomu, že zadavatel námitkám nevyhověl, přistoupil navrhovatel k podání návrhu ve smyslu § 114 zákona, v němž namítal, že zadávací podmínky veřejné zakázky byly stanoveny v rozporu se zásadami zadávacího řízení podle § 6 zákona (dále jen „**návrh**“). Z podmínek zadávací dokumentace totiž vyplývá, že účastnit

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

se zadávacího řízení může pouze uchazeč, který je vlastníkem obalovny nebo má s obalovnou smluvně zajištěnou dodávku. Podmínky soutěže jsou tak „šity na míru“ vlastníkům obaloven a eliminují jiné soutěžitele. Takové zadání vytváří podmínky k dohodě vlastníků obaloven, kteří rozhodují o tom, kdo a za jakou cenu se soutěže zúčastní. Dne 11. 3. 2010 Úřad zahájil správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče – společnost COLAS CZ, a. s., IČ 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha (dále jen „**vybraný uchazeč**“).

II. Napadené rozhodnutí

4. Úřad posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů vydal dne 21. 6. 2010 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S82/2010/VZ-7645/2010/510/KČe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“ nebo „**prvostupňové rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že návrh se ve smyslu § 118 odst. 4 zákona zamítá.
5. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí mj. uvedl, že zadávací dokumentaci si vyzvedlo 24 dodavatelských subjektů, a že z protokolu o otevírání obálek s nabídkami je zřejmé, že zadavatel ve lhůtě stanovené pro podání nabídek obdržel celkem devět nabídek. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, hodnotící komise u dvou z podaných nabídek, včetně nabídky navrhovatele, konstatovala nesplnění požadavku na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona, doložením požadovaného dokladu o dispozici obalovnou, a zadavatel oba tyto uchazeče z účasti v zadávacím řízení vyloučil.
6. Z nabídky navrhovatele, vyplývá, že doložil pouze čestné prohlášení, že „v případě výhry na předmětné akci si smluvně zajistí subdodavatele na dodávku živičných směsí, v souladu s podmínkami TKP PK, kap. 7“. Z obsahu zbývajících hodnocených nabídek Úřad zjistil, že čtyři uchazeči disponují vlastní obalovnou, zbývajících tři uchazeči doložili v této souvislosti smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny. Vybraný uchazeč přitom k zajištění dodávky obalovaných směsí využije vlastní obalovnu.
7. Úřad dále konstatoval, že účelem stanovení technických kvalifikačních předpokladů je zajištění realizace veřejné zakázky pouze takovými dodavateli, kteří k tomu mají prokazatelně dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno riziko zadavatele, že dojde ke zmaření základního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná realizace veřejné zakázky. Zadavatelem uplatněné požadavky na splnění technických kvalifikačních předpokladů tedy mají zajistit, aby se o veřejnou zakázku ucházeli pouze dodavatelé, kteří jsou po stránce technické a materiální reálně schopni veřejnou zakázku splnit. Stanovení konkrétních požadavků je sice závislé na úvaze zadavatele, ten je však přitom vázán zejména ustanovením § 50 odst. 3 zákona, podle kterého je povinen rozsah požadované kvalifikace omezit pouze na informace a doklady s předmětem veřejné zakázky bezprostředně související. Úřad poukázal také na obecně formulovanou povinnost ve smyslu § 6 zákona, podle níž je zadavatel povinen dodržovat zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, které se musí aplikovat i v rámci kvalifikace uchazečů.

8. Zákaz diskriminace přitom obsahuje jak zákaz diskriminace „zjevné“, tak i zákaz diskriminace „skryté“, pokud tato vede k obdobným důsledkům. Samotná podstata zákazu tzv. „skryté“ diskriminace však neumožňuje pouhou mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by jednak nebyl ani reálně možný, a jednak byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči k plnění veřejné zakázky způsobilí. Účelem stanovení kvalifikačních předpokladů nepochybně je i vyřazení těch uchazečů, kteří k plnění způsobilí (kvalifikovaní) nejsou, přičemž o takovéto „legitimní selekci“ nelze hovořit jako o skryté diskriminaci.
9. Při posuzování otázky případné existence „skryté“ diskriminace zadávacích podmínek, spatřované navrhovatelem ve stanovení požadavku na prokázání splnění technické kvalifikace dodavatele doložením dokladu o dispozici obalovnou, Úřad vycházel z následujících zjištěných skutečností:
 - a) Požadavek zadavatele souvisí s předmětem veřejné zakázky a je koncipován v souladu s ustanoveními § 50 odst. 3, resp. § 56 odst. 3 písm. f) a odst. 7 zákona;
 - b) Zadavatel nevyločil možnost prokázat předmětnou část kvalifikace pomocí subdodavatele, přičemž této možnosti využili tři z uchazečů, jejichž nabídky byly zadavatelem hodnoceny, a předmětný kvalifikační předpoklad prokázali doložením smlouvy s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí;
 - c) Zadavatel v rámci správního řízení doložil seznam, jemu známých a vzhledem k předmětu veřejné zakázky v úvahu přicházejících, obaloven a tedy neměl při koncipování předmětného požadavku relevantní důvod, a to i vzhledem k dostatečnému počtu těchto zařízení, očekávat, že bude předmětný požadavek pro potencionální uchazeče představovat problém;
 - d) Úřad v rámci sekce ochrany hospodářské soutěže posoudil rovněž oprávněnost argumentace, zda stanovením předmětného kvalifikačního požadavku nemohlo dojít k „ohrožení hospodářské soutěže“, a to s negativním výsledkem. Sekce hospodářské soutěže Úřadu v této souvislosti dospěla k závěru, že nic nenasvědčuje tomu, že by se uchazeči o některou ze zmíněných veřejných zakázek, vlastníci obalovny, dohodli na společném postupu při účasti na výběrovém řízení k těmto veřejným zakázkám a eliminovali tak účast uchazečů nevlastnících obalovny, neboť existují i uchazeči o předmětnou veřejnou zakázku nevlastnících obalovny, kteří nebyli zadavatelem vyloučeni z výběrového řízení, tudíž museli doložit smlouvu s vlastníkem obalovny.
10. Na základě výše uvedeného dospěl Úřad k závěru, že v postupu zadavatele při stanovení kvalifikačního požadavku na doložení dispozice obalovnou nespátřuje porušení zásady zákazu diskriminace, a proto návrh zamítl.
11. V další části odůvodnění se Úřad vyjádřil k dílčím námitkám podaného návrhu. K argumentaci navrhovatele, že zadavatel fakticky neproověřil možné dopravní cesty v souvislosti s transportem obalovaných směsí na staveniště, Úřad uvedl, že podle zadávacích podmínek měli uchazeči s doložením dispozice s obalovnou předložit rovněž podrobný plán trasy pro včasnou dodávku asfaltových směsí z obalovny na staveniště tak, aby tento plán trasy bylo

možno i prakticky ověřit. Jak vyplývá z nabídek hodnocených uchazečů, tito všichni v nabídce předmětný požadavek zadavatele doložili, a to formou vyznačení trasy v mapě s uvedením délky trasy dopravní vzdálenosti a dobou dojezdu (dovozu směsi na místo stavby).

12. K argumentaci navrhovatele, že z žádného ustanovení zadávací dokumentace nevyplývá povinnost uchazeče dodávat obalované směsi z obalovny, kterou vlastní, případně má zajištěnu smluvní dodávku, Úřad konstatoval, že předmětný kvalifikační požadavek má, slovy zadavatele, „(...) *garantovat potřebnou kvalitu pokládky směsí*“. Jedná se tedy o podstatnou náležitost, vyplývající ze zadávacích podmínek. Využití jiného zařízení než toho, na jehož základě vybraný uchazeč předmětnou způsobilost pro plnění veřejné zakázky prokazoval, by v takovém případě bylo nutné považovat za podstatnou změnu po uzavření smlouvy, neboť by znamenala změnu podmínek, které musel vybraný uchazeč i ostatní uchazeči o veřejnou zakázku splnit.

III. Námitky rozkladu

13. Proti rozhodnutí č. j. ÚOHS-S82/2010/VZ-7645/2010/510/KČe ze dne 21. 6. 2010 obdržel Úřad rozklad navrhovatele. Ke zjištěným skutečnostem a závěrům navrhovatel v první řadě namítá, že hlavním předmětem veřejné zakázky nejsou stavební úpravy, ale demolice dvou stávajících mostů a výstavba dvou nových mostů. Již samotné označení klasifikace předmětu veřejné zakázky a jeho následné převzetí do argumentace je pochybením, neboť Úřad si je povinen učinit úsudek o skutečném hlavním předmětu veřejné zakázky. Pokud není na takové posouzení dostatečně fundovaný, nic mu nebrání přizvat k hodnocení znalce. Uvedená zjištění neodpovídají objektivní skutečnosti a z navrhovatele neznámého důvodu je Úřad přizpůsobuje svému rozhodnutí (ačkoli logickým postupem je podle něj postup opačný).
14. Podmínky zadávací dokumentace podle § 56 zákona nemají pak podle navrhovatele se splněním technických kvalifikačních předpokladů nic společného. S odkazem na citaci § 50 odst. 1 písm. d) zákona sice připouští právo zadavatele vymezit požadavky na splnění kvalifikace, avšak zadavatel je povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky, přičemž doklady uvedené pod písm. f) ustanovení § 56 odst. 3 zákona jsou alternativou k dokladům podle písmen a) až e) téhož ustanovení. Předložil-li tedy navrhovatel zadavateli seznam dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, nemusel již dokladovat splnění technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 3 písm. f) zákona.
15. I proto navrhovatel označuje bod 43 napadeného rozhodnutí za rozporný s § 6 zákona, neboť dochází k diskriminaci uchazečů, kteří jsou k plnění předmětu veřejné zakázky zcela způsobilí a tuto způsobilost prokázali mj. splněním kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) až e) zákona. V tomto ohledu navrhovatel odkazuje na str. 036 až 038 své nabídky, kde dokládá provedení 130 děl, jež odpovídají svým druhem a rozsahem plnění předmětu veřejné zakázky, dále na strany 039 až 042, kde dokládá referenční listy o rozsahu, druhu a kvalitě jím provedených děl, a konečně na str. 043 až 050 nabídky, kde jsou doloženy certifikáty a průkazy způsobilosti k provádění stavebního díla. Úřad tedy nepřizpůsobil

napadené rozhodnutí provedeným zjištěním, nýbrž tato zjištění přizpůsobil svému rozhodnutí.

16. Úřad tak dle názoru navrhovatele obhájí požadavek zadavatele na nutnost dispozice uchazečů s obalovnou, aniž by k tomu byly jakékoli zákonné, technické, resp. kvalitativní důvody nebo výjimečnost veřejné zakázky. Tím schvaluje a podporuje porušování zákona a v konečném důsledku i hospodářské soutěže. Podle navrhovatele je na trhu přebytek výrobních kapacit výrobců asfaltového betonu a obalované směsi ve vztahu k poptávaným odběřům, a tedy není důvod pro jakékoli zásahy do dodavatelsko-odběratelských vztahů již v procesu zadávání veřejné zakázky. Není proto důvod k obavám, že by kterýkoli uchazeč o veřejnou zakázku nebyl schopen potřebné množství asfaltového betonu a obalované směsi dodat. Požadavek na dispozici s obalovnou neumožňuje uchazečům získat nejvýhodnější cenu v reálném čase plnění, naopak umožňuje dosáhnout vyšší ceny této komodity.
17. Úřad se vůbec nepozastavil nad skutečností, že zadavatel stejným způsobem neřeší dodávku betonu, betonářské výztuže, bednění a skruže, přestože se na tato plnění vztahují přísné technické a kvalitativní podmínky a kvalita těchto plnění má fatální vliv na konečnou kvalitu díla. Není objektivně pochopitelné, v čem spočívá výjimečnost dodávky asfaltového betonu a obalované směsi již ve fázi zadávání veřejných zakázek oproti dalším dílčím dodávkám. Výsledná kvalita asfaltového betonu a obalované směsi navíc není závislá pouze na doložení dispozice s obalovnou. Zadavatel např. vůbec nepožaduje přehled nástrojů, pomůcek a provozních zařízení, jimiž bude výsledná kvalita garantována. Podmínka dispozice s obalovnou je tedy podmínkou na vlastnickém základu a vylučuje možnost dodávky kvalitní obalované asfaltové směsi od jiné osoby než od vlastníka obalovny.
18. Navrhovatel dále napadenému rozhodnutí vytýká, že se v něm Úřad nevypořádal s námitkou, že zadavatel navrhovateli nedoručil rozhodnutí o jeho vyloučení, což vyplývá i z obsahu spisu. Doručení přitom je výslovný požadavek zákona, stejně jako zákaz uzavřít smlouvu či zrušit zadávací řízení před uplynutím lhůty pro podání nabídek. Stejně tak navrhovateli nebylo doručeno rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele je tak je nepřezkoumatelné, nadto byl navrhovatel zbaven možnosti podat proti tomuto rozhodnutí námitky.
19. Co se týče podezření z porušení hospodářské soutěže, navrhovatel se neztotožňuje se závěry Úřadu. Podle jeho mínění Úřad neprovedl navrhované důkazy a z důkazů, které jsou součástí spisu, učinil nesprávný závěr. Navrhovatel odkazuje na rozhodnutí slovenského Úřadu pre verejné obstarávanie ve věci města Humenné (číslo rozhodnutí 1128-174-700/2009) a vyjadřuje podiv nad tím, že postupy při zadávání veřejných zakázek nejsou stejným způsobem zajišťovány v rámci celého Evropského společenství. S ohledem na výše uvedené navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

20. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu předal

spis se svým stanoviskem správnímu orgánu rozhodujícímu o rozkladu. Úřad s odkazem na charakter případu neprováděl po obdržení rozkladu žádné nové důkazy.

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

V. Rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu

22. Předseda Úřadu rozhodnutím ze dne 7. 10. 2010 č. j. ÚOHS-R86/2010/VZ-14303/2010/310/JSI (dále jen „**rozhodnutí o rozkladu**“) napadené rozhodnutí Úřadu potvrdil a podaný rozklad zamítl. K jednotlivým rozkladovým námitkám předseda Úřadu uvedl následující stanovisko.

VI. K námitkám rozkladu

23. K výkladu pojmu „skrytá diskriminace“ předseda Úřadu uvedl, že dle ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu vysloveného např. v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, je nejčastější formou porušení zákazu diskriminace situace, kdy zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku (tj. diskriminace zjevná). Na druhou stranu, za formu nepřípustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud 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 (tzv. diskriminace skrytá). Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 zákona, 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.
24. Dále předseda Úřadu poukázal na skutečnost, že Nejvyšší správní soud v tomtéž rozsudku připustil limity konceptu skryté diskriminace, a vyjádřil se v tom smyslu, že samotná podstata zákazu skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takový požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takové (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci. V absolutním měřítku i samotný požadavek na kvalifikaci je v rozporu se zásadou rovnosti.

25. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno jí vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Nejvyšší správní soud tudíž připustil, že nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat. V každém případě musí být při rozhodování ponechán prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky.
26. Předseda Úřadu se tedy v rámci řízení o rozkladu zabýval posouzením otázky, zda se Úřad, veden shora nastíněným ustáleným pojetím skryté diskriminace, dostatečně věnoval „testu přiměřenosti“, kterému musí ve světle citované judikatury technický kvalifikační požadavek na dispozici uchazeče s obalovnou vyhovět.
27. Předseda Úřadu se ztotožnil se závěry Úřadu o tom, že požadavek zadavatele souvisí s předmětem veřejné zakázky a je koncipován v souladu s ustanoveními § 50 odst. 3, resp. § 56 odst. 3 písm. f) a odst. 7 zákona. Stejně jako Úřad v napadeném rozhodnutí, považoval i předseda Úřadu za podstatné, že zadavatel v zadávacích podmínkách nevyločil možnost prokázat předmětnou část kvalifikace pomocí subdodavatele, přičemž této možnosti využili tři z deseti uchazečů, kteří podali nabídku, a předmětný kvalifikační předpoklad prokázali doložením smlouvy s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí. Navíc zadavatel ve správním řízení doložil seznam jemu známých v úvahu přicházejících obaloven, jejichž množství nenasvědčuje tomu, že by mělo být pro uchazeče problémem požadavek zadavatele splnit. Rovněž nebylo prokázáno jakékoli narušení hospodářské soutěže zakázanou dohodou, z níž by zejména vyplývala snaha o „bojkot“ některého dodavatelského subjektu.
28. Po právním posouzení věci a po přezkoumání námitek rozkladu předseda Úřadu konstatoval, že neshledal důvod, pro který by se měl odchýlit od právních závěrů uvedených v napadeném rozhodnutí, v němž Úřad dospěl k závěru, že jsou splněny všechny podmínky ustanovení § 56 odst. 7 zákona, zejména že v zadávacích podmínkách došlo k vymezení minimální úrovně kvalifikačních předpokladů přiměřeně podle druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.

VII. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

29. Navrhovatel (dále též „žalobce“) podal proti pravomocnému rozhodnutí o rozkladu žalobu, kterou se domáhal jeho zrušení, zrušení prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci Úřadu (v soudním řízení též „žalovaný“) k dalšímu projednání. Soudní řízení bylo u Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“ nebo „soud“) vedeno pod sp. zn. 62 Af 74/2010.

30. Žalobce, mimo namítaných procesních vad správního řízení, v žalobě poukazoval zejména nezákonný výklad ustanovení § 56 odst. 3 zákona. V rámci žalobních tvrzení, stejně jako v průběhu správního řízení, žalobce setrval na stanovisku, že zadavatel nebyl oprávněn požadovat v rámci prokázání kvalifikace doklad o vlastnictví obalovny nebo smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí. V takovém požadavku spatřuje žalobce porušení § 6 zákona. Žalobce dále poukázal na to, že se pokoušel s vlastníky obaloven uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí, nicméně všichni v úvahu připadající vlastníci obaloven odmítli, neboť se o veřejnou zakázku hodlali rovněž ucházet.
31. Všechny procesní námitky žalobce vyhodnotil soud v napadeném rozsudku jako nedůvodné. Po posouzení hmotněprávních námitek však dospěl k závěru, že žaloba je, v jimi vymezeném rozsahu, důvodná. Po právním posouzení věci Krajský soud vydal dne 21. 6. 2012 rozsudek č. j. 62 Af 74/2010-61, jímž ve výroku I zrušil rozhodnutí o rozkladu a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Ve výroku II soud uložil Úřadu povinnost zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení o žalobě ve výši 10 640,- Kč, a to do tří dnů od právní moci rozsudku (dále jen „rozsudek“ nebo „rozsudek krajského soudu“).
32. V odůvodnění rozsudku soud uvedl, že zadavatel je při stanovování obsahové náplně jednotlivých požadavků na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, kromě § 50 odst. 3 a § 56 zákona, vázán pravidlem, podle něhož nesmí porušit zásady uvedené v § 6 zákona, mimo jiné i zásadu zákazu diskriminace. Přestože byla v minulosti konstantně judikována nejčastější forma porušení zákazu diskriminace, která je naplněna tehdy, pokud zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku (rozsudky Krajského soudu v Brně vydané ve věcech sp. zn. 62 Ca 17/2006, 62 Ca 12/2006, 31 Ca 166/2005 apod.), za skrytou formu nepřípustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, pokud 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 obou uvedených podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 zákona, 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.
33. Soud dále v odůvodnění rozsudku uvedl, že význam zásady zákazu diskriminace, která je v podstatě odvrácenou stranou zásady rovného zacházení, je určován s ohledem na účel, který tato zásada v daném právním odvětví plní. Ustanovení § 6 zákona totiž v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.

34. Právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Zásada zákazu diskriminace (a cíl této zásady spočívající v umožnění hospodářské soutěže) se použije i v oblasti posuzování kvalifikace uchazečů. Smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 zákona k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).
35. S ohledem na výše uvedené soud dospěl k závěru, že pokud zadavatel požadoval doložit vlastnictví obalovny, případně uzavření smlouvy o smlouvě budoucí s obalovnou na dodávku obalovaných směsí, pak tím nepochybně omezil počet dodavatelů, kteří se mohou o veřejnou zakázku ucházet. Za 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.
36. V odůvodnění rozsudku soud dále konstatoval, že samotná skutečnost, že dodavatel vlastní obalovnu nebo že uzavřel s vlastníkem obalovny smlouvu o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí, zadavateli nijak nezaručuje kvalitu poskytnuté asfaltové směsi a tedy řádné splnění zakázky. Snížení počtu dodavatelů prostřednictvím tohoto zadavatelova požadavku tak není namístě. Pokud mají požadavky na splnění technických kvalifikačních předpokladů 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, negarantuje podle soudu pouhé vlastnictví obalovny, případně uzavření smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny, že bude zakázka řádně splněna. Takovou garanci soud spatřuje spíše v předložení seznamu obdobných prací uskutečněných v posledních letech, který ostatně zadavatel rovněž požadoval. Právě z předloženého seznamu lze podle soudu zjistit, zda dodavatel byl schopen v obdobných, dříve realizovaných, zakázkách zajistit i spolupráci s obalovnou a poskytnout tak řádné a kvalitní plnění zakázky.
37. Soud dále uvedl, že na rozdíl od Úřadu nepovažuje za nutné, aby dodavatelé předmětné zakázky disponovali již ve fázi prokazování splnění kvalifikace obalovnou nebo smlouvou o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny. I dodavatelé, kteří tuto podmínku v době podání nabídky nesplňovali, totiž byli podle názoru soudu způsobilí veřejnou zakázku splnit v rozsahu i kvalitě požadované zadavatelem. Jak totiž plyne ze spisu, existovalo více než dvacet obaloven, které z hlediska své vzdálenosti od místa plnění zakázky byly pro dodávání

asfaltové směsi vyhovující. Navíc pro plnění veřejné zakázky nebylo třeba dodávky nijak velkého množství asfaltové směsi. Jak žalobce uvádí v žalobě (a žalovaný tento jeho závěr nijak nezpochybňuje), jedná se množství obalovaných asfaltových směsí, které průměrná obalovna vyprodukuje za cca 1 hodinu. S ohledem na to, je zcela zřejmé, že by vítěz zakázky s některou z vhodných obaloven smlouvu o dodávce materiálu na řádné splnění veřejné zakázky bez problémů uzavřel, aniž by ji musel mít dopředu „pojištěnu“ smlouvou o smlouvě budoucí. Soud má ve shodě se žalobcem za to, že titíž vlastníci obaloven, kteří se žalobcem odmítli uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí před podáním nabídek, by v případě žalobcova vítězství ve veřejné zakázce rádi žalobci asfaltové směsi nezbytné k plnění veřejné zakázky dodali.

38. Požadavek na vlastnictví obalovny, případně požadavek na předložení podepsané smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny, byl tedy v daném případě nepřiměřený a neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, jak vyžaduje § 56 odst. 7 písm. c) zákona. Nepochybně totiž existovali dodavatelé, kteří obalovnou nedisponovali, a nepodařilo se jim uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny, a přesto byli schopni veřejnou zakázku řádně a v rozsahu požadovaném splnit (takovým dodavatelem jistě byl i žalobce, který, jak poukazuje v žalobě, v nabídce doložil, že obdobných zakázek v minulosti úspěšně realizoval více než sto). V důsledku tohoto diskriminačního požadavku se však o veřejnou zakázku ucházet nemohli, event. byli vyloučeni pro nesplnění tohoto požadavku.
39. Soud v odůvodnění napadeného rozsudku dále podotkl, že závěr o diskriminačním nastavení požadavků na kvalifikaci není vázán na úmysl zadavatele, nýbrž na samotný charakter tohoto požadavku, resp. jeho důsledek. Není proto podstatné, zda si zadavatel byl diskriminačního charakteru požadavku vědom či nikoli.

VIII. Kasační stížnost

40. Proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 21. 6. 2012, č. j. 62 Af 74/2010-61, kterým bylo zrušeno rozhodnutí o rozkladu, podal předseda žalovaného (dále též „**stěžovatel**“) kasační stížnost, jejíž důvodnost opírá o ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „**soudní řád správní**“). Stěžovatel v rámci kasační stížnosti zpochybnil závěry, k nimž krajský soud dospěl při posouzení přiměřenosti kvalifikačních předpokladů, když na rozdíl od krajského soudu má stěžovatel za to, že zadavatel vymezil minimální úroveň předmětného kvalifikačního předpokladu přiměřeně druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.
41. Stěžovatel v kasační stížnosti dále uvedl, že krajský soud přesvědčivě neodůvodnil porušení zásady zákazu diskriminace. Soud zejména dostatečně neodůvodnil, 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.

IX. Řízení před Nejvyšším správním soudem

42. Rozsudkem ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 66/2012-68 Nejvyšší správní soud rozhodl o tom, že kasační stížnost se zamítá. Nejvyšší správní soud dospěl po právním posouzení věci ke stejnému závěru jako krajský soud, když v odůvodnění svého rozsudku konstatoval, že předmětný technický kvalifikační požadavek byl projevem skryté diskriminace a jeho výsledkem byla nezákonná eliminace žalobce ze zadávacího řízení.
43. Námitku žalovaného, spočívající v nepřezkoumatelnosti závěrů uvedených v rozsudku krajského soudu, vyhodnotil Nejvyšší správní soud jako nedůvodnou. V souvislosti s námitkou nepřezkoumatelnosti konstatoval, že odůvodnění závěru o tom, že požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená velikosti, složitosti a náročnosti veřejné zakázky, je v rozsudku krajského soudu uvedeno v dostatečném rozsahu. Odůvodnění rozsudku dle názoru Nejvyššího správního soudu odpovídá ustálené judikatuře k otázce přezkoumatelnosti soudních rozhodnutí (zejm. rozsudek ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004-73, publikovaný pod č. 787/2006 Sb. Nejvyššího správního soudu, a rozsudek ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005-44, publikovaný pod č. 689/2005 Sb. Nejvyššího správního soudu), jakož i požadavkům § 157 odst. 2 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve spojení s § 64 soudního řádu správního.
44. Nejvyšší správní soud uvedl, že 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 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) 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) 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.
45. Uvedenou právní úpravu je však dle Nejvyššího správního soudu třeba vykládat a aplikovat ve světle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, podle něž je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Obdobně jako krajský soud, i Nejvyšší správní soud v této souvislosti odkázal na svůj rozsudek ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, publikovaný pod č. 1771/2009 Sb. Nejvyššího správního soudu, 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.

46. 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 stavenišťě). Nejvyšší správní soud o všem 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.
47. 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.
48. 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.

49. 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 soud s žalovaným neztotožnil. 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.

X. Stanovisko předsedy Úřadu

50. Podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek rozkladu a při respektování závazného právního názoru Krajského soudu a Nejvyššího správního soudu, jsem dospěl k následujícímu závěru.
51. Úřad v prvostupňovém rozhodnutí dospěl k právnímu závěru o tom, že požadavek zadavatele, aby uchazeči vlastnili obalovnu, případně měli podepsanou smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny, byl v daném případě přiměřený a odpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, jak vyžaduje § 56 odst. 7 písm. c) zákona. Shora uvedený názor Úřadu byl vyvrácen právními závěry, uvedenými v rozsudku Krajského soudu v Brně, jež byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu.
52. Z důvodu, že shora uvedený právní názor, z něž Úřad při svém rozhodování vycházel, byl v rámci přezkumu ve správním soudnictví vyvrácen, přistoupil předseda Úřadu ke zrušení rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S82/2010/VZ-7645/2010/510/KČe ze dne 21. 6. 2010 a věc vrátil Úřadu k novému projednání. V dalším řízení se bude Úřad řídit právními závěry uvedenými v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 21. 6. 2012, č. j. 62 Af 74/2010-61,

právními závěry vyslovenými v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 66/2012-68 a tímto rozhodnutím.

XI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

53. V šetřeném případě je pro posouzení věcné správnosti a zákonnosti napadeného rozhodnutí Úřadu stěžejní zejména zodpovězení otázky, zda zadavatel v zadávacím řízení postupoval diskriminačně a tedy v rozporu s § 6 zákona, když po uchazečích, v rámci prokazování kvalifikačních předpokladů, požadoval předložení dokladu o vlastnictví obalovny, případně předložení podepsané smlouvy o smlouvě budoucí na dodávku obalových směsí.
54. Pro zodpovězení otázky, zda se zadavatel dopustil nepřipustné diskriminace, je nutno posoudit nejen to, zda se dopustil diskriminace zjevné, tj. jednání, kdy zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku, tak to, zda se nedopustil diskriminace v její skryté podobě. Skrytou formou nepřipustné diskriminace se přitom rozumí takový postup, pokud 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 obou uvedených podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 zákona, 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.
55. V souladu s výše uvedeným, nechť se Úřad v dalším řízení zabývá posouzením toho, zda zadavatel svým postupem (požadavkem na vlastnictví obalovny či předložením smlouvy o smlouvě budoucí) omezil počet dodavatelů, kteří by se jinak mohli o veřejnou zakázku ucházet, a jež by byli k jejímu plnění způsobilí. V rámci posouzení toho, zda postup zadavatele vykazoval znaky skryté diskriminace, nechť Úřad vyhodnotí, zda nebyly požadavky zadavatele nastaveny nad rámec účelu, jehož má být prostřednictvím institutu technických kvalifikačních předpokladů dosaženo. Nechť tedy Úřad posoudí, zda zadavatel svým postupem neomezil počet uchazečů více, než bylo nezbytně nutné pro zajištění toho, aby se o přidělení veřejné zakázky ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou po stránce materiální a technické tuto zakázku skutečně schopni plnit. Poté, nechť Úřad znovu posoudí, zda požadavek na vlastnictví obalovny, či na předložení smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny, byl v daném případě přiměřený a odpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, jak vyžaduje § 56 odst. 7 písm. c) zákona.
56. Vzhledem k tomu, že žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu bylo zrušeno již rozsudkem Krajského soudu a v rozporu s právními závěry učiněnými soudy je rovněž napadené rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S82/2010/VZ- 7645/2010/510/KČe ze dne 21. 6. 2010 a tento rozpor nelze v řízení o rozkladu odstranit jinak, shledal jsem důvody pro zrušení napadeného prvostupňového rozhodnutí Úřadu, jak je uvedeno výše. Po zrušení napadeného rozhodnutí bude tedy Úřad ve správním řízení pokračovat a v tomto řízení vydá rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor Krajského soudu v Brně,

Nejvyššího správního soudu i závěry učiněné v tomto rozhodnutí. Úřad nechť v souladu s výše uvedenými závěry soudů v novém správním řízení znovu posoudí důvodnost námitek, uvedených v návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.

XII. Závěr

57. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí Úřadu, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku. V novém řízení je Úřad zavázán zohlednit všechny shora uvedené skutečnosti.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Kraj Vysočina, Žižkova 57, 587 33 Jihlava
2. JUDr. Zdeněk Daňhel, advokát, Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno
3. COLAS CZ, a. s., Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha

Vypraveno dne:

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