Toto rozhodnutí nabylo právní moci
dne 24. 6. 2008
KRAJSKÝ SOUD BRNO
dne - 2 -07- 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno
Došlo: 11 -08- 2008
1614/2008/310
Číslo: 39819/08 Vyřizuje: ODR
Přílohy:
OSOBNĚ

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Josefa Baxy a soudců JUDr. Marie Žiškové a JUDr. Zdeňka Kühna v právní věci žalobkyně **Lumius, spol. s r. o.**, se sídlem ulice Míru 3267, Frýdek-Místek, zastoupené Mgr. Jiřím Čaplou, advokátem se sídlem Sokolská 21, Ostrava, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. března 2007, č. j. R018/2007/03-05376/2007/310-Šp, za účasti osoby zúčastněné na řízení České národní banky se sídlem Na Příkopě 28, Praha 1, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 11. října 2007, č. j. 62 Ca 9/2007 - 104,

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 2400 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám Mgr. Jiřího Čaply, advokáta.

Odůvodnění:

I.
Vymezení věci

Svojí kasační stížností brojí žalovaný Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „stěžovatel") svým předsedou proti shora uvedenému rozsudku krajského soudu, kterým bylo na základě žaloby podané obchodní společností Lumius, spol. s r. o. (dále též „žalobkyně") zrušeno rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. března 2007, č. j. R018/2007/03-05376/2007/310-Šp. Tímto rozhodnutím předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže potvrdil rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10. prosince 2006 a rozklad podaný žalobkyní zamítl.

Projednávaná věc se týká řízení o přezkumu zákonnosti úkonů České národní banky (osoby zúčastněné na řízení, dále též „zadavatel") při zadání veřejné zakázky na dodávku elektrické energie. Krajský soud vyšel z právního závěru, že Česká národní banka jako zadavatel veřejné zakázky porušila § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ"), který zakládá zadavateli veřejné zakázky povinnost dodržovat zásadu zákazu diskriminace. Tohoto porušení se měla Česká národní banka dopustit požadavkem obsaženým v bodě 8.1 písm. b) zadávací dokumentace, kterým stanovila jako zadavatel povinnost předložit prohlášení, že uchazeč o veřejnou zakázku je v roce 2006 dodavatelem elektřiny do více než 500 odběrných míst na hladině vysokého napětí. Společnost Lumius, spol. s r. o. (žalobkyně) tento požadavek nesplnila a následně se domáhala přezkoumání úkonů zadavatele v řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže. Krajský soud nejprve dovodil, že uvedený požadavek je bez ohledu na jeho formální zařazení a označení zadavatelem požadavkem na prokázání technického kvalifikačního kritéria ve smyslu § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ. Krajský soud následně tento požadavek označil za diskriminační, neboť požadovaná úroveň technické způsobilosti „je zjevně nepřiměřená velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohli splnit ti z dodavatelů (potencionálních uchazečů), jež lze kvalifikovat jako »tradiční« dodavatele elektrické energie", a nemohla jej proto splnit žalobkyně.

II.
Stručné shrnutí základních argumentů uvedených v kasační stížnosti

V kasační stížnosti předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nejprve uvádí, že se plně ztotožňuje s právním názorem krajského soudu, že požadavek zadavatele vyjádřený v bodě 8.1 písm. b) zadávací dokumentace, aby uchazeč ve své nabídce předložil písemné sdělení o dodávce elektřiny v roce 2006 pro minimálně 500 odběrných míst na hladině vysokého napětí, je subsumovatelný pod ustanovení § 56 ZVZ.

Na rozdíl od krajského soudu stěžovatel neshledal ovšem zmíněný požadavek jako diskriminační a nezákonný. Na jedné straně „v nejobecnější rovině" vyslovuje souhlas s krajským soudem, že diskriminační je i taková podmínka, která je sice nastavena pro všechny uchazeče stejně, ale která je nepřiměřená povaze a složitosti veřejné zakázky, je-li schopná omezit okruh potencionálních dodavatelů. Stěžovatel ovšem upozorňuje, že takovýto výklad je v rozporu se samotnou rozhodovací praxí krajského soudu, když cituje jiná rozhodnutí téhož krajského soudu. To porušuje zásadu předvídatelnosti práva. Stěžovatel sice uznává, že soudní praxe není „absolutně neměnná", ale v napadeném rozhodnutí postrádá dostatečné důvody pro odklon od stávající judikatury. Při interpretaci § 6 ZVZ tedy vycházel stěžovatel z definic podaných krajským soudem.

Stěžovatel nesouhlasí ani s názorem krajského soudu, že požadavek na „dodávku elektřiny v roce 2006 pro minimálně 500 odběrných míst" byl nepřiměřený ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti přezkoumávané veřejné zakázky. Vytýká-li soud stěžovateli, že jeho rozhodnutí (napadené žalobou) toliko převzalo argumentaci zadavatele, aniž by se zabývalo otázkou, proč tedy zadavatel počet odběrných míst učinil samostatným požadavkem a jaký význam má z hlediska požadavku na počet poptávaných odběrných míst počet subjektů svojí činností na zadavatele navazující, namítá stěžovatel, že ani rozsudek se touto otázkou přesvědčivě nezabývá. Stěžovatel upozorňuje, že v rozhodnutí vysvětlil, co myslí specifickou povahou zadavatele (centrální banka, správce účtů státního rozpočtu, místo mezibankovního zúčtování bankovních operací), přičemž jeho rozhodnutí je jednoznačné a přezkoumatelné.

Stěžovatel dále upozorňuje, že krajský soud též procesně pochybil, neboť nedoručil stěžovateli repliku žalobkyně, byť z této repliky sám soud ve svém odůvodnění vyšel. Tato replika nebyla stěžovateli nikdy soudem doručena. Krajský soud navíc sám říká, že žalobkyně ani v replice neprokázala, že požadavek stanovený zadavatelem jsou s to splnit pouze 3 osoby; přesto z tohoto neprokázaného tvrzení sám krajský soud vyšel.

Konečně stěžovatel upozorňuje, že krajský soud opakovaně operuje pojmem „tradiční dodavatel", aniž ovšem vysvětluje, co tímto termínem myslí, a proč označuje za „tradičního dodavatele" právě jen tři uchazeče (Pražská energetika, a. s., ČEZ Prodej, s. r. o., E.ON Energie, a. s.), a nikoliv žalobkyni. Tento termín přitom má právní relevanci, neboť požadavek zadavatele má podle krajského soudu diskriminovat jiné než „tradiční dodavatele."

III.
Stručné shrnutí vyjádření žalobkyně a osoby zúčastněné na řízení

Žalobkyně ve svém vyjádření ke kasační stížnosti zdůrazňuje, že v daném případě šlo o požadavek prokázání dodávky elektřiny do více než 500 odběrných míst na hladině vysokého napětí (zdůraznila žalobkyně). Z pohledu žalobkyně je nepochybné od samého počátku, že se jedná o požadavek zcela disproporční, a to s ohledem na rozsah a složitost plnění zamýšlené veřejné zakázky. Takovéto technickokvalifikační kritérium neříká zhola ničeho směrem ke způsobilosti uchazečů plnit, ale fakticky toliko selektuje menší účastníky trhu s elektřinou. Závěr krajského soudu je v tomto směru zcela náležitě odůvodněn. K námitce stěžovatele o nejasnosti pojmu „tradiční dodavatel" poukazuje na to, že je obecně známo, že území ČR je fakticky rozděleno do 3 samostatných distribučních území (ČEZ distribuce, E.ON distribuce, PRE distribuce), přičemž v rámci daných území existují majoritní dodavatelé elektřiny; takováto skutečnost je notorietou, která nepotřebuje dokazování. Žalobkyně upozorňuje, že v ČR existuje celkem 22 613 odběrných míst na hladině vysokého napětí, z toho ČEZ Prodej s. r. o. uvádí počet více než 12 000 odběrných míst, v jeho územně distribučním celku je takových míst celkem 13 304, PRE uvedla počet do cca 2000 míst, když těchto míst je ve skutečnosti pouze 1912 celkem, a E.ON uvádí minimálně 500 odběrných míst, přičemž v rámci jeho distribuční sítě je jich evidováno celkem 7379. Na zbývající desítky obchodníků tedy zbývají řádově jednotlivá procenta či dokonce jen zlomky procent trhu. Žalobkyně se na závěr pozastavuje nad tím, že stěžovatel, „coby představitel tzv. antimonopolního úřadu, nevnímá zadavatelem užitou, a nyní jím samotným užitou, argumentaci jako zjevně chybnou a takto nastavený technickokvalifikační předpoklad jako zjevně diskriminující, a to vůči všem menším podnikatelským subjektům na trhu s elektřinou". Pokud by takováto praxe byla akceptována, dělo by se tak bezpochyby ke škodě obecného zájmu na dobrém hospodaření s veřejnými rozpočtovými prostředky.

Česká národní banka jako osoba zúčastněná na řízení se plně ztotožnila s kasační stížností. Proto ze stejných důvodů, z jakých o to již žádá stěžovatel, navrhuje zrušení rozsudku krajského soudu.

IV.
Právní posouzení věci Nejvyšším správním soudem

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadené rozhodnutí a dospěl k závěru, že kasační stížnost není z níže uvedených důvodů opodstatněná. Rozsahem a důvody kasační stížnosti

je přitom Nejvyšší správní soud podle § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s. vázán; důvody k přezkumu napadeného rozsudku nad rámec důvodů uvedených v kasační stížnosti nebyly shledány.

Z výše uvedeného popisu kasační stížnosti vyplývá, že ústřední otázkou projednávané věci je otázka interpretace zákazu diskriminace v § 6 ZVZ a následně posouzení toho, zda v projednávané věci Česká národní banka naplnila svým jednáním znaky zakázané diskriminace a tím porušila zásady hospodářské soutěže a zákonnosti.

Nejvyšší správní soud nejprve zvážil argument stěžovatele, že krajský soud procesně pochybil, neboť nedoručil stěžovateli repliku žalobkyně, byť z této repliky sám soud ve svém odůvodnění vyšel (IV/a). Dále soud zvážil argument stěžovatele zpochybňující v obecné rovině výklad zákazu diskriminace stanovený § 6 ZVZ (IV/b). Konečně pak Nejvyšší správní soud zvážil všechny relevantní argumenty stěžovatele, které zpochybňují aplikaci zákazu diskriminace na nyní projednávaný případ zadání veřejné zakázky Českou národní bankou (IV/c).

IV/a
Námitka nedoručení repliky žalobkyně stěžovateli (žalovanému)

Stěžovatel namítá, že krajský soud porušil procesní předpisy, pokud mu nedoručil repliku žalobkyně, jakkoliv ve svém rozhodnutí dále z této repliky vycházel. Stěžovatel sice tuto námitku právně nekvalifikoval, nicméně Nejvyšší správní soud posoudil tuto námitku tak, že stěžovatel v tomto bodě vytýká rozhodnutí krajského soudu tzv. jinou vadu řízení před soudem, která mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.].

Doručováním vyjádření účastníka řízení ostatním účastníkům se Nejvyšší správní soud velmi podrobně zabýval v rozsudku ze dne 6. 12. 2007, č. j. 2 Afs 91/2007 - 90 (přístupný na www.nssoud.cz). Podle tohoto rozsudku komunikace mezi soudem a účastníky je upravena v § 74 s. ř. s., tímto ustanovením se však nevyčerpává. Je především nezbytné vycházet ze zásady rovnosti zbraní v soudním řízení jakožto jedním z aspektů práva na spravedlivý proces. V rozsudku č. j. 2 Afs 91/2007 - 90 jsou uvedeny jednotlivé okolnosti, ke kterým je nutno přihlížet při hodnocení zákonnosti počínání soudu, který nedoručil vyjádření účastníka řízení ostatním účastníkům. Rozhodující je, zda vyjádření má za cíl ovlivnit rozhodnutí soudu, zda soud z něho při svém rozhodování vyšel, do jaké míry opřel výrok a odůvodnění rozhodnutí o obsah vyjádření, a zda bylo ve věci nařízeno ústní jednání. Soud dospěl ve shora uvedeném rozsudku k závěru, že jestliže soud nezaslal ostatním účastníkům řízení vyjádření jednoho z účastníků, přitom z něho ve svém rozhodnutí vychází a účastníci se s ním nemohli seznámit ani během ústního jednání, od kterého soud upustil, zatížil řízení vadou, která mohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí soudu.

Nejvyšší správní soud dále v rozsudku ze dne 19. 12. 2007, č. j. 7 Afs 205/2006 - 60 (přístupný na www.nssoud.cz) upřesnil, že jestliže soud nezaslal vyjádření účastníka řízení, v němž upřesňuje dříve vznesené žalobní body o konkrétní judikaturu NSS, ostatním účastníkům, dopustil se tak sice vady řízení, která však nemohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí soudu. Krajské soudy jsou povinny znát judikaturu, která sjednocuje rozhodovací praxi soudů.

S ohledem na výše uvedenou judikaturu je tedy zjevné, že je třeba posuzovat případ od případu, zda nedoručení písemnosti druhé straně představuje vadu řízení a zda se jedná o vadu, která mohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí (srov. nedávno též rozsudek NSS č. j. 1 As 18/2008 - 68 ze dne 22. 4. 2008).

Nejvyšší správní soud zjistil z odůvodnění napadeného rozsudku, že soud na str. 9 odkazuje na repliku žalobkyně k vyjádření stěžovatele, a to v tom směru, že žalobkyně nikterak

neprokázala své tvrzení, že by v rámci České republiky byli způsobilí splnit zadavatelův požadavek toliko tři dodavatelé. Krajský soud následně ověřil z prohlášení dalších uchazečů o veřejnou zakázku, která byla součástí podaných nabídek, že předmětný kvalifikační požadavek splnili pouze tři „tradiční" dodavatelé elektrické energie. Nejvyšší správní soud dále zjistil, že soud skutečně nezaslal stěžovateli vyjádření žalobkyně datované dnem 20. 8. 2007. Na základě požadavku žalobkyně se konalo dne 11. 10. 2007 ústní jednání, během něhož žalobkyně zopakovala, že kvalifikační kritérium mohou splnit pouze 3 subjekty na trhu s elektřinou. Stěžovatel na toto vyjádření reagoval vyjádřením, že soud by neměl k tomuto tvrzení žalobkyně přihlížet, neboť nebylo vzneseno v rámci správního řízení, stěžovatel neměl možnost na něj reagovat (č. l. 97 a 98 soudního spisu).

Z výše uvedeného tak vyplývá, že jediné tvrzení žalobkyně uvedené v předmětném vyjádření, které učinil soud součástí odůvodnění rozsudku, bylo znovu předneseno v rámci ústního jednání. Stěžovatel tak měl možnost se k němu vyjádřit, této možnosti však po materiální stránce nevyužil. Ostatní tvrzení žalobkyně obsažená v tomto vyjádření mají repetitorní povahu, pro věc nepřinesla nic nového, tudíž je soud při svém rozhodnutí nevzal v úvahu. Soud tedy zatížil řízení vadou, tato vada však nemohla mít ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé. Prvá námitka kasační stížnosti je tak nedůvodná.

IV/b
Výklad zásady zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ

Základní právní polemikou stěžovatele s rozsudkem krajského soudu je argument proti výkladu § 6 ZVZ tak, jak jej učinil krajský soud [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.]. Stěžovatel sice připouští, že „v nejobecnější rovině" má podobně jako soud za to, „že diskriminační je i taková podmínka, která je sice nastavena pro všechny uchazeče stejně, ale která je nepřiměřená povaze a složitosti veřejné zakázky, je-li schopná omezit okruh potencionálních dodavatelů", současně však tento výklad sám zpochybňuje, když upozorňuje, že krajský soud svůj výklad § 6 ZVZ přesvědčivě neodůvodnil, a to zejména s ohledem na svou předchozí odlišnou judikaturu.

Podle právního názoru krajského soudu vysloveného v napadeném rozsudku je nejčastější formou porušení zákazu diskriminace situace, pokud „zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku". Na druhou stranu „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 kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 ZVZ, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě *a priori* znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní".

Nejvyšší správní soud se k otázce výkladu § 6 ZVZ (resp. k výkladu obdobného ustanovení § 25 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách) doposud nevyjádřil, judikatura Krajského soudu v Brně je pak v této otázce sama o sobě dokonce rozporná [srov. k tomu níže pod bodem d)]. Toliko v nedávném rozsudku ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007 - 131 (věc *UNIKO ZLÍN, a. s.*) Nejvyšší správní soud nepřímo naznačil, že zásadu zákazu diskriminace chápe spíše v materiální než formální podobě (srov. zejména závěr NSS v cit. rozsudku, že porušení zásady nediskriminace zadávacího řízení by nastalo nejen tehdy, pokud by zadavatel v téže situaci a v týchž otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku

procedurálně nebo obsahově jinak než ke zbylým, ale též tehdy, pokud „*by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči*").

V nyní projednávaném případě z níže uvedených důvodů dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že právní názor krajského soudu vyslovený v napadeném rozhodnutí je správný, a že § 6 ZVZ zakazuje s ohledem na svou funkci při zadávání veřejných zakázek nikoliv pouze diskriminaci zjevnou, ale též diskriminaci skrytou.

a)

Podle strohé dikce § 6 ZVZ je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Důvodová zpráva k návrhu zákona řadí princip zákazu diskriminace k hlavním principům zákona (viz důvodová zpráva k návrhu zákona o veřejných zakázkách ze dne 1. srpna 2005, sněmovní tisk č. 1076/0, přístupný v digitálním repozitáři Poslanecké sněmovny na adrese www.psp.z). S tím se shoduje též právní doktrína (viz např. Jurčík, R. Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU, Praha, C.H. Beck 2007, str. 53 násl.).

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. Zatímco klasické zásady zákazu diskriminace vyjádřené v ústavních dokumentech plní funkci zajištění rovnosti všech lidí v důstojnosti i právech (srov. čl. 1 Listiny základních práv a svobod), a v jistém slova smyslu je tedy rovnost v oblasti lidskoprávní hodnotou samou o sobě, smysl zákazu diskriminace vyjádřený v § 6 ZVZ je ve své podstatě instrumentální. Toto ustanovení totiž v prvé 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 (srov. shora cit. důvodová zpráva k zákonu). Právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží analyzované zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Zásada zákazu diskriminace (a cíl této zásady spočívající v umožnění hospodářské soutěže) se pochopitelně použije i v oblasti posuzování kvalifikace uchazečů.

Pojem „diskriminace" podle § 6 ZVZ (obdobně jako podle dříve platného § 25 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách) v prvé řadě implikuje „rozdílný, jiný přístup k jednotlivci než k celku", tedy odlišné zacházení s jednotlivcem ve srovnání s ostatními členy srovnávané skupiny, jak to vyplývá již ze samotného pojmu „diskriminace", a jak k tomu již judikoval Krajský soud v Brně ve stěžovatelem citovaném rozsudku ze dne 14. 5. 2007, č. j. 31 Ca 166/2005 - 125 (k obdobné judikatuře - konkrétně rozsudku téhož krajského soudu ze dne 28. 3. 2006 v právní věci vedené pod sp. zn. 31 Ca 118/2005 - srov. v literatuře Raus, D. Rozhodování českých soudů ve věcech OHS a veřejných zakázek, Právní rozhledy č. 9/2006, str. 12 - 16).

Na druhou stranu je nepochybné, že omezení zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ jen na takto definovanou zjevnou diskriminaci by v podstatě vytvořilo jednoduchou cestu, jak zákaz diskriminace v oblasti veřejných zakázek obejít. V podstatě jakoukoliv diskriminaci pojatou jako odlišné zacházení s jednotlivcem ve srovnání s ostatními členy srovnávané skupiny (tedy diskriminaci nazývanou v lidskoprávním diskursu diskriminací přímou - srov. k tomu Bobek, M. - Boučková, P. - Kühn, Z. Rovnost a diskriminace, Praha, C. H. Beck 2007, kapitola II.) lze totiž nastavením vhodných kritérií nahradit takovým zacházením, kterým - jakkoliv by nezakládalo slovy výše citovaného judikátu Krajského soudu

v Brně „rozdílný, jiný přístup k jednotlivci než k celku" - by se dosáhlo v podstatě téhož výsledku jako aplikací zjevné diskriminace. Tak v podstatě také argumentovala žalobkyně v řízení před krajským soudem v této kauze, když upozorňovala, že kvalifikační předpoklady vymezené Českou národní bankou v zadání veřejné zakázky na dodávku elektrické energie měly v podstatě za následek, že tyto předpoklady splňovaly jen tři osoby - ČEZ Prodej, s. r. o., Pražská energetika, a. s. a E.ON Energie, a. s. Podle žalobkyně tedy nebylo rozdílu mezi vymezením kvalifikace, které by do zakázky výslovně připustilo jen ony tři osoby, a vymezením, které nakonec Česká národní banka jako zadavatel zvolila.

Z uvedeného tedy plyne, že smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ 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).

b)

Právě uvedený závěr je podporován též argumenty evropského a srovnávacího práva, stejně jako názory české i zahraniční právní doktríny.

Nutno již na úvod zdůraznit, že argumenty evropským právem a judikaturou Soudního dvora ES mají na tuto kauzu kvalitativně odlišný dopad než další argumenty v této části zmiňované, neboť je nepochybné, že na nyní projednávanou věc měl stěžovatel stejně jako krajský soud povinnost aplikovat v plném rozsahu evropské právo, a to proto, že v daném případě šlo o tzv. „nadlimitní zakázku" ve smyslu § 7 odst. 3 a § 12 ZVZ ve znění do 31. 5. 2007 [srov. k tomu IV/c a) níže]. I kdyby ale šlo o zakázku menšího rozsahu, základní zásady zákona uvedené v § 6 jsou v každém případě aplikovatelné v případě veřejného a dotovaného zadavatele na všechny veřejné zakázky bez ohledu na skutečnost, je-li zakázka nadlimitní, podlimitní, či malého rozsahu (v právní literatuře shodně např. Krč, R. - Marek, K. - Petr, M. Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s komentářem. Praha, LINDE, 2008, str. 82; Šebesta, M. - Podešva, V. - Olík, M. - Machurek, T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha, ASPI, 2006, str. 53, též Krutáková, L. – Kruták, T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady. Olomouc, ANAG, 2007, str. 42 - 43; Jurčík, R. Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU, Praha, C. H. Beck 2007, str. 182).

Z judikatury Soudního dvora ES je nepochybné, že tento soud v oblasti své ekonomické judikatury dlouhodobě rozlišuje mezi diskriminací skrytou a diskriminací zjevnou. Již v rozhodnutí ze dne 29. října 1980, byť v jiném kontextu, Soudní dvůr ES vyvodil, že tehdejší čl. 7 Smlouvy EHS zakazuje nikoliv pouze zjevnou diskriminaci («*overt discrimination*» «*les discriminations ostensibles*»), ale také „*všechny formy skryté diskriminace, které aplikací jiného diferenciačního kritéria vedou ke stejnému výsledku*" (srov. k tomu anglickou, resp. francouzskou verzi: «*all covert forms of discrimination which, by the application of other criteria of differentiation, lead in fact to the same result*», resp. «*toutes formes dissimulees de discrimination qui, par l ' application d ' autres criteres de distinction, aboutissent en fait au meme resultat*») (věc 22/80 *Boussac Saint-Frères SA v Brigitte Gerstenmeier* [1980] ECR 3427, bod 9).

Jakkoliv byl tento právní názor vysloven v souvislosti s jinou právní problematikou, Soudní dvůr ES jej aplikoval na právo v oblasti veřejných zakázek [např. věc C-3/88 *Komise v Itálie* [1989] ECR 4035, bod 8, nedávno pak věc C-234/03 *Contse SA a další v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), původně Instituto Nacional de la Salud (Insalud)*, [2005] Sb. rozh. s. I-9315, bod 36; srov. k tomu také Bovis, C. Recent Case Law Relating to Public Procurement: A Beacon

for the Integration of Public Markets, Common Market Law Review, sv. 39, rok 2002, str. 1025 násl., na str. 1033 nebo česky Jurčík, R. Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU, Praha, C. H. Beck 2007, str. 209].

Na obdobných premisách je postavena též rozhodovací praxe členských zemí Evropské unie. Např. Spolkový orgán vykonávající dozor nad veřejnými zakázkami (Bundeskartellamt - Vergabekammer des Bundes) k obdobným závěrům dochází aplikací zásady hospodářské soutěže (tu Nejvyšší správní soud v nyní projednávaném případě naopak chápe jako cíl, kterého je dosahováno materiálně chápanou zásadou zákazu diskriminace). Například podle rozhodnutí Bundeskartellamt z 13. 7. 2000, č. j. VK 2-12/00 bylo zrušeno rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Účast v zadávacím řízení na zakázku plánování, řízení a provedení stěhování archivu a knihovny (14 000 regálových metrů archivu a knihovna o 1,3 milionu svazků, tj. asi 38 000 regálových metrů) z Bonnu do Berlína byla podmíněna mj. přehledem provedených „srovnatelných služeb týkajících se stěhování knihoven s více než 1 milionem svazků a archivů". K tomu německý úřad mj. uvedl, že je třeba se zabývat otázkou, zda uchazeči mohou prokázat svou schopnost a kompetenci (kvalifikaci) pouze tímto způsobem. *„Zásadně nesmí ani zadávání náročné zakázky vést k tomu, že požadavky na kvalifikaci jsou nastaveny takovým způsobem, že tím je prakticky vyloučena soutěž mezi uchazeči. Zejména nesmějí být vysokými požadavky na období, po které měly být realizovány určité zakázky, vylučováni subjekty nově příchozí na trh („Newcomer"). Proto je nezbytné zkoumat přihlášky podané těmito subjekty z hlediska kvalifikačních předpokladů zvláště obezřetně."* Proto Úřad dospěl k závěru, že kvalifikaci je možné doložit i jiným způsobem než doklady o „stěhování knihoven s více než 1 milionem svazků" [cit. podle http://www.bundeskartellamt.de/; srov. k německé praxi též Immenga, U. - Mestmäcker, E. - J. Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, C. H. Beck 2007, § 97 GWB (základní zásady práva veřejných zakázek), marginální číslo 10n.].

Velmi zajímavý a nikoliv nepodobný podstatě tohoto právního sporu je rozsudek francouzské Státní rady ze dne 9. července 2007 (Conseil d´État, Section du contentieux, N°s 297711, 297870, 297892, 297919, 297937, 297955, 298086, 298087, 301171, 301238 *SYNDICAT EGF-BTP et autres*, dostupný na www.conseil-etat.fr). Předmětem sporu byla ustanovení obsažená v dekretu, doplňujícím zákon o veřejných zakázkách (*Code des marchés publics*), která mimo jiné umožňovala, aby zadavatel veřejné zakázky stanovil minimální počet malých a středních podniků, které se musí o veřejnou zakázku ucházet. Uvedené legislativní opatření sledovalo podporu drobného podnikání a mělo napomoci malým a středním podnikům uspět při veřejných zakázkách v konkurenci velkých podniků. Státní rada však dospěla k závěru, že stanovení minimálního počtu uchazečů rekrutujících se z řad malých a středních podniků vede nezbytně k tomu, že velikost uchazeče o veřejnou zakázku se stává kritériem pro výběr nabídky. Toto kritérium, jestliže nutně nesouvisí s předmětem veřejné zakázky, představuje opatření diskriminační povahy odporující zásadě volného přístupu k veřejným zakázkám. Z tohoto důvodu byla příslušná ustanovení napadeného dekretu zrušena.

Názory zastávající materiální koncepci zákazu diskriminace, jak se tato projevuje v koncepci diskriminace skryté, převažují i v české právní doktríně. Například podle R. Jurčíka z § 6 ZVZ mj. vyplývá, že požadavky zadavatele nesmějí znamenat libovůli a nesmí být stanoveny v nepřiměřeném (neproporcionálním) rozsahu ve vztahu k veřejné zakázce (Jurčík, cit. dílo, str. 54, obdobně týž, Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, Praha, C. H. Beck 2006, str. 66). K diskriminaci může dojít nepřiměřeně nastavenou kvalifikací (Zadávání veřejných zakázek..., str. 61), „[p]*ožadavky na finanční a ekonomickou způsobilost nesmí být prostředkem diskriminace dodavatelů*" (str. 208 tamtéž). Stěžovatelem v této kasační stížnosti citované starší rozsudky Krajského soudu v Brně Jurčík ostře kritizuje jako judikatorní excesy (tamtéž, str. 209, obdobně týž, Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, Praha, C. H. Beck 2006, str. 76).

Jiní autoři k tématu obdobně uvádí, že k porušení zásady zákazu diskriminace dochází například tehdy, pokud zadavatel stanoví zcela nepřiměřené požadavky na prokázání splnění kvalifikace, v důsledku čehož účelově a v rozporu se zákonem omezí účast určité skupiny dodavatelů. Zadavatel je oprávněn využít prostor daný zákonem a prostřednictvím stanovení úrovně ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů znevýhodnit některé dodavatele. Toto je možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi. Navíc tyto požadavky musí být vždy přiměřené, jinak se zadavatel dopustí porušení zásady zákazu diskriminace (viz Šebesta, M. - Podešva, V. - Olík, M. - Machurek, T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha, ASPI, 2006, str. 55). Toto obecné konstatování pak autoři ilustrují tímto příkladem, nikoliv nepodobným případu řešenému v právě projednávané kauze: *„Minimální kvalifikační požadavky však musejí být vždy přiměřené ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky, tzn. že například v případě, že má být předmětem plnění veřejné zakázky provedení generální opravy třiceti vlakových souprav, nemůže veřejný zadavatel v rámci minimální požadované úrovně.....požadovat předložení seznamu obsahujícího provedení generálních oprav nejméně dvě stě vlakových souprav."* (tamtéž, str. 247).

Konečně podle D. Rause a R. Nerudy § 6 ZVZ znamená, že žádný z dodavatelů nesmí být *„přímo nebo nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení"*, což oba autoři shrnují tak, že zadavatel musí postupovat *„materiálně týmž způsobem erga omnes"* (Raus, D. - Neruda R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha, Linde 2007, str. 64 - 65, zvýraznění doplnil NSS).

c)

Samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci. Jak totiž správně uvádí shora citovaný R. Jurčík, pokud bychom chápali zásadu zákazu diskriminace „v absolutním měřítku, tak i samotný požadavek na kvalifikaci je v rozporu se zásadou rovnosti." (Zadávání veřejných zakázek..., str. 54; Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, str. 66).

Obdobně o „úměrnosti" a „proporcionalitě" kvalifikačních kritérií hovoří čl. 44 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (ZV Úř. věst. Kap. 06 Sv. 07 s. 132 - 262), podle něhož mj. minimální úrovně způsobilosti požadované pro konkrétní zakázku musí být vztaženy k předmětu zakázky a být tomuto předmětu úměrné. Komise ES pak ve svém Sdělení k výkladovým otázkám v oblasti Koncesí (tzv. *public-private partnership*), publikovaném v Úředním věstníku C 121 z 29. 4. 2000 s. 2 - 13 v bodě 3.1.1. upozorňuje, že zásada zákazu diskriminace zahrnuje jak zákaz diskriminace zjevné, tak i zákaz diskriminace skryté, a dále v bodě 3.1.3. formuluje zásadu proporcionality jako obecnou zásadu práva Společenství, přičemž z ní dovozuje, že *„zadavatel sice může stanovit cíl, tedy technickou specifikaci, zvolená opatření k jeho dosažení ovšem nesmějí přesáhnout hranici toho, co je k dosažení zvoleného cíle vhodné a nezbytné. Členský stát tedy například nesmí při výběru mezi uchazeči vyžadovat žádné technické, odborné nebo finanční schopnosti, které jsou vzhledem k předmětu zakázky nepřiměřené nebo excesivní."*

Krajský soud tedy správně vyslovil v napadeném rozsudku právní názor, podle něhož za skrytou formu nepřípustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je *„zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky"*, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.

Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost" kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno jí vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Má-li Nejvyšší správní soud parafrázovat své předchozí rozhodnutí, nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností - ostatně právo není matematika -, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti" kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti" se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat (srov. rozsudek NSS ze dne 10. 11. 2005, č. j. 1 Afs 107/2004 - 48, publikováno jako č. 869/2006 Sb. NSS, který tuto myšlenku aplikoval na doktrínu zneužití práva v daňové oblasti).

V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti" poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky (srov. shora cit. Sdělení Komise k výkladovým otázkám ...). Restriktivní výklad skryté diskriminace je dále podporován i tím, že - kromě podmínky zjevně nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky - musí být též zřejmé, že v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřeně nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Takto nastavené kvalifikační předpoklady totiž již neplní jakoukoliv rozumnou ekonomickou funkci, ale v rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách brání konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli. Jak totiž správně uvedl krajský soud, někteří z dodavatelů mají v takovém případě *a priori* znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.

d)

Stěžovatel má za to, že rozhodnutí krajského soudu porušuje zásadu předvídatelnosti tím, že se ve výkladu principu zákazu diskriminace odchyluje od předchozí rozhodovací praxe dané zejména rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 28. 3. 2006 ve věci vedené pod sp. zn. 31 Ca 118/2005, ze dne 4. 10. 2006 ve věci vedené pod sp. zn. 62 Ca 17/2006, ze dne 17. 10. 2006 ve věci vedené pod sp. zn. 62 Ca 12/2006 a ze dne 14. 5. 2007 ve věci vedené pod sp. zn. 31 Ca 166/2005. Stěžovatel připouští, že soud má možnost odchýlit se od dosavadní praxe, avšak postrádá dostatečné zdůvodnění takového postupu.

K tomu Nejvyšší správní soud uvádí následující.

Z důvodů v předchozí části je evidentní, že není správný právní závěr vyslovený v rozsudku Krajského soudu v Brně, kterého se stěžovatel dovolává, a podle něhož zákaz

diskriminace uvedený v tehdy platném § 25 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, může být porušen pouze v případě, kdy zadavatel uplatňuje vůči uchazečům rozdílné podmínky; v případě, kdy jsou podmínky nastaveny shodně pro všechny uchazeče, je porušení tohoto zákazu podle cit. judikátu pojmově vyloučeno - viz rozsudek ze dne 28. 3. 2006, č. j. 31 Ca 118/2005 - 34 (k doktrinální kritice tohoto rozsudku srov. např. Jurčík, Zadávání veřejných zakázek..., str. 209, který uvádí, že právní závěr krajského soudu byl „excesem v oblasti veřejných zakázek a je nepoužitelný v praxi", a jako takový je rozporný s judikaturou Soudního dvora ES). Stěžovatel se nicméně tohoto rozsudku dovolává, když argumentuje nedostatečným zdůvodněním odklonu od ustálené rozhodovací praxe krajským soudem.

Tuto argumentaci stěžovatele musí Nejvyšší správní soud odmítnout.

Především je nutno zdůraznit, že stěžovatel ve vztahu k sobě správně argumentuje předvídatelností rozhodování soudů a precedentními důsledky judikatury Krajského soudu v Brně ve vztahu k rozhodovacím postupům stěžovatele, a nikoliv principem legitimního očekávání, který z podstaty věci nemůže na stěžovatele jakožto orgán veřejné moci dopadat (srov. k tomu nedávnou judikaturu NSS, podle níž princip legitimního očekávání je *pojmově založen na ochraně soukromých osob před zásahy ze strany veřejné moci a neslouží jako prostředek ochrany pro správní úřady, rozhodující vrchnostensky o právech a povinnostech soukromých subjektů* - viz rozsudek NSS ze dne 23. 1. 2008, č. j. 2 Afs 107/2007 - 168, věc *S.O.S. zvířatům spol. s r. o.*, přístupné na www.nssoud.cz).

Rozhodnutí krajského soudu je podle právního názoru Nejvyššího správního soudu dostatečně odůvodněno, krajský soud vysvětluje důvody pro odklon od vlastní rozhodovací praxe, přičemž s těmito důvody se Nejvyšší správní soud, jak uvedeno shora, plně ztotožnil. Odmítnutí předchozí judikatury Krajského soudu v Brně bylo v každém případě nezbytné s ohledem na její rozpor s judikaturou Soudního dvora ES, která je při výkladu zákona o veřejných zakázkách pro orgány veřejné moci závazná (v tomto případě lze uvažovat zejména o tzv. nepřímém účinku zadávacích směrnic v podobě, jak byly interpretovány právě judikaturou Soudního dvora ES; k nepřímému účinku obecně srov. rozhodnutí ze dne 13. 11. 1990 ve věci C-106/89 *Marleasing* [1990] ECR I-4135).

V neposlední řadě nutno zdůraznit, že je to především Nejvyšší správní soud, jehož úkolem je rozhodovací praxi správních soudů vlastní judikaturou sjednocovat (k tomu § 12 odst. 1 s. ř. s.), přičemž právě proto zákon klade na změnu judikatury Nejvyššího správního soudu nesrovnatelně větší formální nároky než na změnu rozhodovací praxe krajských soudů (§ 17 s. ř. s.), s čímž jsou pak pochopitelně z ústavněprávního hlediska spojeny též větší nároky obsahové.

IV/c
Aplikace shora vyložené zásady zákazu diskriminace na zadání zakázky Českou národní bankou

Stěžovatel nesouhlasí se závěrem krajského soudu, ve kterém soud vyslovil nepřiměřenost kriteria 500 odběrných míst ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti přezkoumávané veřejné zakázky; jinými slovy tak zpochybňuje aplikaci zákazu skryté diskriminace na tento případ. V závěru kasační stížnosti pak stěžovatel polemizuje s pojmem „tradiční dodavatel" jakožto s pojmem, který nemá oporu v právním předpise, a vznáší obecnou pochybnost o přípustnosti jeho použití v odůvodnění napadeného rozsudku, a to zejména s ohledem na závažné právní důsledky užití tohoto pojmu na výsledek posouzení této věci.

K tomu Nejvyšší správní soud uvádí následující.

a)

Česká národní banka je ústřední bankou České republiky a orgánem dohledu nad finančním trhem. Její postavení je upraveno čl. 98 Ústavy České republiky a zákonem č. 6/1993 Sb., o České národní bance, v platném znění. Česká národní banka je proto jako taková veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ, a jako veřejný zadavatel také vypsala veřejnou zakázku, jejímž předmětem byla dodávka elektrické energie pro Českou národní banku v předpokládaném ročním množství 11 540 000 kWh v roce 2007, a s tím související závazek České národní banky odebírat elektřinu. Celková konečná hodnota zakázky činila (bez DPH) 17 261 532 Kč, a šlo tedy o tzv. nadlimitní veřejnou zakázku na dodávku (viz § 7 odst. 3 ve spojení s § 12 odst. 1 a § 13 ZVZ ve znění do 31. 5. 2007).

Z hlediska nyní projednávané věci je významné, že v bodě 8.1 písmeno b) zadávací dokumentace Česká národní banka stanovila pro uchazeče požadavek alespoň 500 odběrných míst na hladině vysokého napětí, přičemž pro nesplnění tohoto požadavku byla ze soutěže vyloučena žalobkyně. Podmínky zadávacího řízení tak splnili pouze 3 uchazeči, a to společnosti Pražská energetika, a. s., ČEZ Prodej, s. r. o. a E.ON Energie, a. s. Ze spisu dále vyplývá, že v roce 2005 Česká národní banka disponovala celkem 29 odběrnými místy, z toho ale jen 7 místy na hladině vysokého napětí.

Stěžovatel svým předsedou k argumentaci žalobkyně ve svém rozhodnutí, které se stalo předmětem správní žaloby, mj. uvedl, že o diskriminaci drobnějších podnikatelů nemůže v žádném případě jít, neboť Česká národní banka jako zadavatel stanovila „určitý parametr shodně pro všechny uchazeče" [bod 24 rozhodnutí ze dne 12. března 2007, s odkazem na výše v tomto rozsudku odmítnutý rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 3. 2006, č. j. 31 Ca 118/2005 - 36, srov. k tomu výše část IV/b d)]. Předtím se nicméně stěžovatel svým předsedou vyjádřil též k námitkám žalobkyně ohledně nepřiměřenosti požadavku na minimální počet odběrných míst. Stěžovatel předně uvedl, že zadavatel (Česká národní banka) potřebuje dostatečnou záruku, že nedojde k přerušení dodávek elektrické energie např. z důvodu insolventnosti dodavatele, přičemž výpadek dodávky elektrické energie pro zadavatele jako centrální banku státu by vedl k těžko vyčíslitelným ekonomickým ztrátám s dopadem na hospodářství České republiky. Tuto záruku neposkytuje ani institut dodavatele poslední (stěžovatel ve svém rozhodnutí nesprávně užívá adjektiva „první") instance podle § 12a odst. 6 zákona č. 458/2000 Sb., energetický zákon, v platném znění, neboť ten je povinen dodávat elektřinu jen nejdéle po dobu 3 měsíců poté, co původní dodavatel elektřiny pozbude oprávnění nebo možnost uskutečňovat dodávku elektřiny oprávněným zákazníkům a tito oprávnění zákazníci nemají ke dni přerušení nebo ukončení činnosti dodavatele zajištěnu dodávku jiným způsobem; v průběhu takto krátké doby nebude možno realizovat podle názoru stěžovatele nové zadávací řízení, a to zejména s ohledem na možný přezkum úkonů zadavatele úřadem (bod 21 rozhodnutí). Počet zadavatelem poptávaných odběrných míst nelze vnímat odděleně od počtu subjektů, které jsou na něj svou činností navázány (bod 22 rozhodnutí). V klíčovém bodě 24 se pak rozhodnutí obsáhle zabývá přiměřeností počtu 500 odběrných míst na vysokém napětí ve vztahu k povaze veřejné zakázky a zadavatele. Zatímco v případě zakázky na stavební práce by požadavek na 500 realizovaných staveb zjevně nepřiměřený byl, nelze to v obecné rovině říci v případě veřejné zakázky na dodávky. Dále stěžovatel srovnal požadavek zadavatele s možnostmi společnosti ČEZ Prodej, s. r. o., která disponuje cca 12 000 odběrnými místy, přičemž požadavek zadavatele nepředstavuje ani 5 % skutečného počtu odběrných míst společnosti ČEZ Prodej, s. r. o. Stěžovatel tedy celou analýzu uzavřel s tím, že „vzhledem ke specifické povaze zadavatele jako centrální banky, správce účtů státního rozpočtu a místo mezibankovního zúčtování bankovních operací lze požadavek na minimální počet 500 odběrných

míst z VN považovat za přiměřený, a to i s ohledem na existenci značného počtu subjektů, které jsou na činnost zadavatele odkázány či jinak navázány" (bod 23 rozhodnutí).

b)

Nejvyšší správní soud se shoduje s krajským soudem v tom, že tyto právní závěry stěžovatele jsou dílem nepřezkoumatelné, dílem evidentně nesprávné.

Pokud stěžovatel srovnává zadavatelem požadovaných 500 odběrných míst na hladině vysokého napětí s možnostmi společnosti ČEZ Prodej, s. r. o., která disponuje přibližně 12 000 takovýmito odběrnými místy, jde o argument, který plně potvrzuje závěr krajského soudu, že požadavek 500 odběrných míst na hladině vysokého napětí jeví dostatečné znaky diskriminace jiných než „tradičních dodavatelů" elektrické energie, a to právě prostřednictvím nepřiměřeného nastavení požadované úrovně technické způsobilosti. Jak totiž vyplývá z opakovaně předkládaných důkazů ze strany žalobkyně (např. soudní spis, č. l. 143 a 144, veřejně přístupné informace ze stránky Energetického regulačního úřadu), v ČR existuje celkem 22 613 odběrných míst na hladině vysokého napětí, z toho ovšem právě stěžovatelem zmíněná ČEZ Prodej, s. r. o. disponuje více než polovinou takovýchto odběrných míst; Pražská energetika, a. s. a E.ON Energie, a. s. pak disponují značným podílem na zbývajících odběrných místech.

Pro nedostatek veřejně přístupných informací vskutku nebyla žalobkyně s to prokázat, že zadavatelem nastavenou podmínku byly s to splnit právě a jen společnosti ČEZ Prodej, s. r. o., Pražská energetika, a. s. a E.ON Energie, a. s. S ohledem na žalobkyní již krajskému soudu předložené (a i ze správního spisu přístupné) údaje je ale nepochybné, že na desítky dalších účastníků trhu s elektřinou (vyjma právě tří jmenovaných společností) zbývá řádově menší počet odběrných míst na úrovni vysokého napětí. Pokud tedy stěžovatel v žalobou napadeném rozhodnutí sám uvádí, že pro společnost ČEZ Prodej, s. r. o. je zadavatelem nastavená podmínka 500 odběrných míst na hladině vysokého napětí požadavkem v podstatě marginálním (tato společnost vskutku disponuje více než dvacetkrát větším množstvím takovýchto odběrných míst), stěžovatel zcela opomíjí, že takovýto závěr již nebude platit vyjma několika mála výjimek pro všechny další účastníky trhu s elektřinou. Z tohoto hlediska je pak nepochybné, že zadavatelem nastavený požadavek 500 odběrných míst na hladině vysokého napětí za situace, kdy zadavatel sám obsluhuje jen 7 takovýchto míst, je zjevně excesivní, eliminuje téměř všechny účastníky trhu s elektřinou, a je proto v rozporu s účelem právní úpravy zadávání veřejných zakázek, kterým je bezpochyby právě podpora hospodářské soutěže a nastolení tržních podmínek při zadávání veřejných zakázek.

Je nepochybné, že záměr zadavatele zajistit specifikováním kvalifikačních předpokladů, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky, je zcela legitimní a se zákonem plně konzistentní. V daném případě však není vůbec jasné, jak může kvalifikační předpoklad 500 odběrných míst na hladině vysokého napětí zajistit schopnost žalobkyně dodávat elektřinu pro 29 odběrných míst (z toho ale jen 7 míst na hladině vysokého napětí) České národní banky. Stěžovatel vyslyšel v přezkoumávaném rozhodnutí argument České národní banky, že tento předpoklad prý měl být dostatečnou zárukou toho, že nedojde k přerušení dodávek elektrické energie, například z důvodů insolventnosti dodavatele. Jak ovšem správně upozorňuje žalobkyně, počet odběrných míst na hladině vysokého napětí k otázce solventnosti či insolventnosti dodavatele neříká vůbec nic. Ostatně stanovením technických kvalifikačních předpokladů nesmí zadavatel směřovat k faktickému obcházení zákona o veřejných zakázkách, který co se týče stanovení ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů jasně říká, že minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů musí odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky [viz § 55 odst. 3 písm. c) ZVZ, který tak specifikuje zákaz diskriminace vyjádřený v § 6 ZVZ]; právě to v podstatě zadavatel v tomto případě činil,

pravděpodobně s mylným předpokladem, že na stanovení technických kvalifikačních předpokladů, narozdíl od stanovení ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů [viz cit. § 55 odst. 3 písm. c) ZVZ], není zákaz skryté diskriminace aplikovatelný.

V neposlední řadě pak nutno zdůraznit, že argument stěžovatele o potřebnosti takto vysoce nastaveného technického kvalifikačního předpokladu pomíjí vysokou míru regulace trhu s elektřinou, kde, jak správně upozorňuje žalobkyně, je již její několikaletá přítomnost na trhu s elektřinou sama o sobě zárukou dodržování pravidel a schopnosti plnit své závazky (srov. obecně k regulaci trhu s elektřinou zákon č. 458/2000 Sb., energetický zákon). Argument stěžovatele navíc nepřípustně trivializuje záruku, kterou má Česká národní banka jako odběratel v každém případě v institutu dodavatele poslední instance (viz shora citovaný § 12a odst. 6 energetického zákona).

Ve světle tohoto závěru je nerozhodná skutečnost, kterou rozporuje v kasační stížnosti stěžovatel, tedy zda snad vedle tří společností, které v daném případě požadavek zadavatele na 500 odběrných míst na hladině vysokého napětí splňují, existuje či neexistuje ještě jedna, případně několik málo dalších společností, které by tento požadavek byly s to také splnit. Je totiž evidentní, že vyjma tří shora jmenovaných společností (a snad jedné či několika dalších společností, což se žalobkyni s ohledem na omezené veřejné informace vskutku nepodařilo vyvrátit) všichni ostatní účastníci trhu s elektřinou tento požadavek nesplňují a s ohledem na stav trhu s elektřinou (viz replika žalobkyně, kde se uvádí, že v roce 2006 došlo jen k 1765 změnám dodavatele elektřiny na úrovni vysokého napětí) ani zatím reálně splnit nemohou.

c)

Na závěr se pak Nejvyšší správní soud vyjadřuje k námitce stěžovatele o nejasnosti pojmu „tradiční dodavatel". Nejvyšší správní soud vyslovuje v obecné rovině souhlas s žalobkyní, která upozorňuje, že je obecně známo, že na území ČR operují tři majoritní dodavatelé elektřiny, přičemž v tomto ohledu nemůže být nepřezkoumatelné, pokud krajský soud o těchto majoritních dodavatelích ve zkratce hovoří jako o „tradičních dodavatelích." Tento termín je v kontextu odůvodnění krajského soudu jasný, a stejně tak jasné je, proč jako o „tradičním" dodavateli krajský soud nehovoří o žalobkyni. Krajský soud jednoduše tímto termínem nazývá tři dodavatele elektřiny, kteří v České republice dominují trhu s elektřinou. Představa stěžovatele, že soud může ve své argumentaci používat pouze takové termíny, které jsou definovány v právním předpise, je zcela neudržitelná, neboť soud pochopitelně používá v případech souvisejících s hospodářským životem i termíny reflektující právě ekonomický stav daného odvětví [srov. např. shora zmíněný a dokonce anglofonní termín „*Newcomer*", běžně používaný v německém právním diskursu - viz část IV/b b) tohoto rozsudku]. V daném případě nemůže jít o takový faktický poznatek, který by vyžadoval dokazování, neboť tato skutečnost je, jak uvádí žalobkyně ve svém vyjádření, v České republice nejen v odvětví distribuce elektřiny obecně známou skutečností.

V.
Shrnutí

Nejvyšší správní soud tedy shrnuje, 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.

Stěžovatel se svými námitkami s ohledem na výše uvedené neuspěl; jelikož v řízení o kasační stížnosti nevyšly najevo žádné vady, k nimž je nutno přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 s. ř. s.), Nejvyšší správní soud zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou.

VI.
Náklady řízení

O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, neboť ve věci neměl úspěch. O nákladech řízení České národní banky jako osoby zúčastněné na řízení Nejvyšší správní soud nerozhodoval, neboť té zjevně žádné náklady ve spojitosti s tímto řízením nevznikly. Žalobkyně dosáhla v řízení o kasační stížnosti plného úspěchu, a proto má právo na náhradu nákladů řízení vůči stěžovateli. Náklady řízení byly stanoveny podle vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, v tomto případě za jeden úkon právní služby spočívající v písemném vyjádření ke kasační stížnosti, a náhrady hotových výdajů, ve výši 1 x 2100 Kč a 1 x 300 Kč [§ 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. d), § 13 odst. 3 citované vyhlášky], tedy 2400 Kč. Ke splnění povinnosti byla stanovena přiměřená lhůta.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 5. června 2008

JUDr. Josef Baxa, v. r.
předseda senátu

Nejvyšší správní soud v Brně
- 15 -

Za správnost vyhotovení:
Eva Kloudová, DiS.