



ČESKÁ REPUBLIKA

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže Joštova 8, Brno	
Došlo: 10 -05- 2006 2678/06/300	
Číslo: 5887/6	Vyřizuje: JUDr. Věrova
Přílohy: /	

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Tesáka, Ph.D. a soudců Mgr. Bc. Radovana Havelce a JUDr. Davida Rause, Ph.D. v právní věci žalobce společnosti **ODS – Dopravní stavby Ostrava, a.s.**, se sídlem Ostrava, Starobělská 26, proti žalovanému **předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, Joštova 8, za účasti podniku Povodí Odry, s.p., se sídlem Ostrava, Varenská 3101/49, o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu,

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

Žalobou podanou u Krajského soudu v Brně dne 12.8.2005 se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí žalovaného ze dne 6.6.2005, č.j. 2R 11/05-Hr, jakož i jemu předcházejícího rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17.1.2005, č.j. VZ/S240/04-154/183/05-RP. Rozhodnutím prvostupňového orgánu, ve spojení s rozhodnutím žalovaného, bylo v řízení zahájeném ve smyslu § 96 zákona č. 40/2004 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon o veřejných zakázkách), rozhodnuto tak, že řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Povodí Odry, s.p., učiněných při zadávání veřejné zakázky „Protipovodňová opatření v prostoru Bohumínska 6. stavba – odlehčení pod dálnicí D 47“, se ve smyslu ustanovení § 101 odst. 5 citovaného zákona, zastavuje, neboť nebylo shledáno porušení zákona.

V odůvodnění svého rozhodnutí prvostupňový orgán konstatoval, že zadavatel v části a) zadávací dokumentace, konkrétně v článku VII. odst. 3 bodu f), mimo jiné stanovil způsob prokázání finanční a ekonomické způsobilosti (§ 32 zákona o veřejných zakázkách) pod

subbodem b) tak, že „uchazeč prokáže finanční a ekonomickou způsobilost k provedení veřejné zakázky, pokud v nabídce doloží účetní závěrku za r. 2003 v plném rozsahu, ze které vyplyne, že podíl cizích zdrojů pod položkami B.II, B.III a B.IV v součtu k výši vlastního kapitálu nepřekročí hodnotu 1,0“. Při posuzování nabídek z hlediska zadávacích podmínek (§ 61 zákona o veřejných zakázkách) hodnotící komise vyřadila nabídku žalobce. Jedním z důvodů pro tento postup bylo i nesplnění podmínky finanční a ekonomické způsobilosti, ve smyslu výše uvedené části zadávací dokumentace. Dne 11.11.2004 proto rozhodl zadavatel o vyloučení žalobce z další účasti na předmětném otevřeném řízení; žalobce uplatnil proti tomuto rozhodnutí námitky, kterým nebylo vyhověno a byl proto podán návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o námitkách k orgánu dohledu. Součástí tohoto návrhu bylo i tvrzení žalobce, že shora uvedený ukazatel finanční a ekonomické způsobilosti je diskriminační a značně zjednodušený. K této námitce prvostupňový orgán uvedl, že při stanovení úrovně finanční a ekonomické způsobilosti není zadavatel oprávněn jít nad rámec § 32 zákona, který stanovuje, předložením jakých dokladů se citovaná způsobilost prokazuje. V tomto směru zadavatel nepochybil, neboť k prokázání finanční a ekonomické způsobilosti podle § 32 odst. 1 písm. b) zákona požadoval pouze doklad zde uvedený, totiž účetní závěrku předchozího účetního období. Z hlediska posouzení oprávněnosti stanovení výše citovaného ukazatele (odvozeného z účetní závěrky) je přitom rozhodná souvislost s předmětem šetřené veřejné zakázky (§ 30 odst. 3 zákona), zejména s jeho charakterem, výší plnění a dalšími okolnostmi, stejně jako dodržení principu nediskriminace, vyjádřeného v § 25 odst. 1 zákona. Orgán dohledu se proto nejprve zabýval otázkou vypovídací schopnosti zadavatelem použitého ukazatele a jeho vztahu k předmětu veřejné zakázky. Dle jeho názoru je ukazatel podílu cizích zdrojů a vlastního kapitálu jedním z ukazatelů charakterizujících zadluženost firmy, neboť nízký poměr vlastního kapitálu ke kapitálu cizímu lze obecně považovat za určitou finanční slabost podniku a ohrožení jeho stability. Lze přitom připustit i konstrukci jiných ukazatelů, zadavatel si však může v rámci zákona volně zvolit kritérium, dle něhož bude příslušnou finanční a ekonomickou způsobilost posuzovat. Nesmí být zvolena pouze taková kritéria, která zejména neodpovídají charakteru veřejné zakázky, nevztahují se k jejímu předmětu, nebo jdou nad rámec zákona, popř. odporují zákazu diskriminace. V šetřeném případě, vzhledem k předpokládané ceně předmětu šetřené veřejné zakázky (50.000.000,- Kč) a též s ohledem na skutečnost, že se jedná o stavbu týkající se protipovodňových opatření (tedy stavbu svým významem ovlivňující širší okruh obcí a jejich ochranu před živelnou pohromou), uznal prvostupňový orgán za přiměřené, aby zadavatel požadoval vysokou míru stability uchazeče, kterému by eventuálně byla předmětná veřejná zakázka přidělena. K otázce diskriminačního charakteru předmětného ukazatele prvostupňový orgán uvedl, že jeho pomocí zadavatel docílil identifikace uchazečů, jejichž ekonomická stabilita je pro plnění šetřené veřejné zakázky riziková, aniž by některý z potenciálních uchazečů byl diskriminován. S ohledem na uvedené skutečnosti tedy orgán prvního stupně uzavřel, že stanovením rozporovaného ukazatele nedošlo k porušení zákazu diskriminace, vyjádřeného v § 25 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.

Rozhodnutím žalovaného bylo shora popsané prvostupňové rozhodnutí, na základě ustanovení § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ustanovením § 61 odst. 2 tohoto zákona, potvrzeno a rozklad proti němu směřující byl zamítnut. Z odůvodnění tohoto rozhodnutí se podává, že prvostupňový orgán zcela správně konstatoval, že zadavatel stanovil požadavek na prokázání finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů zcela v mezích zákonného oprávnění, plynoucího pro něj z ustanovení § 32 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. V rámci tohoto oprávnění pak zadavatel může stanovit svůj požadavek tak, aby co nejlépe odpovídal jeho budoucím potřebám, neboť pouze on má nejlepší znalost o těchto očekávaných budoucích potřebách.

K tvrzení žalobce, že výše příslušného ukazatele diskriminuje všechny zhotovitele s vysokými lhůtami splatnosti, stejně jako k jeho konstatování, že takový postup je nemorální, neboť vysoké lhůty splatnosti se v největší míře vztahují k zakázkám pro státní organizace, uvedl, že společně se žalobcem podaly nabídky v uvedené veřejné zakázce i některé další společnosti, které jsou taktéž zhotoviteli veřejných zakázek pro státní organizace a i přes tuto skutečnost byly schopny předmětný požadavek zadavatele splnit. Dle názoru žalovaného nelze-totíž bez dalšího dovozovat přímou příčinnou souvislost mezi tím, že společnost realizuje zakázky s dlouhodobou splatností a mezi hodnotou příslušného ukazatele. Do tohoto ukazatele se promítají totiž i jiné skutečnosti, jako např. v jaké míře zajišťuje společnost realizaci prací a dodávek subdodavatelsky, tedy v jakém rozsahu vstupuje se svými obchodními partnery (subdodavateli) do závazků s dlouhou dobou splatnosti. I toto jsou např. skutečnosti, které může zadavatel brát v potaz v rámci posuzování finanční a ekonomické způsobilosti uchazeče, přičemž nelze v této souvislosti konstatovat diskriminaci některého z uchazečů o veřejnou zakázku. Pokud tedy prvostupňový orgán naznal, že z důvodů namítaných žalobcem nedošlo k porušení zákona o veřejných zakázkách postupem zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky, jde o postup, který je zcela v souladu se zákonem.

Jak bylo již uvedeno, včas podanou žalobou se žalobce domáhal zrušení správních rozhodnutí obou stupňů. Žalobní námitky jím uplatněné se v zásadě koncentrují do jednoho bodu, kterým je tvrzené porušení ustanovení § 25 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Žalobce uvedl, že jedním z požadavků uvedených v zadávací dokumentaci bylo i dodržení ukazatele „podíl cizích zdrojů k výši vlastního kapitálu“, v hodnotě 1,0. Žalobce tuto hodnotu překročil na poměr 1,03 a jeho nabídka byla proto, s odkazem na ustanovení § 61 zákona o veřejných zakázkách, vyřazena pro nesplnění zadávacích podmínek. Dle názoru žalobce však způsob, jakým byl nastaven předmětný parametr, lze považovat za diskriminační, tedy v rozporu s požadavky § 25 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Jakkoli byl tento parametr nastaven pro všechny uchazeče stejně, vyřazuje fakticky bez dalšího ze hry společnosti jinak bonitní, které však z objektivních důvodů (respektive z důvodů, které nemohou samy ovlivnit) tento parametr splnit nemohou. Tak je tomu i v případě žalobce. Ten je společností, která ve velkém rozsahu (cca 90 % kapacity) realizuje veřejné zakázky, a to v mnoha případech i s finanční účastí fondů EU. U těchto zakázek je splatnost faktur stanovena na 90 – 120 dnů, přičemž ne vždy je i tato dlouhá splatnost dodržena. Za těchto podmínek tedy žalobce k datu roční účetní závěrky nemá uhrazeny faktury nejméně za poslední tři měsíce roku, což může činit i jednu třetinu ročního obrátu. Žalobce i přesto opakovaně doložil, že je společností zdravou, která nemá dluhy, a která převážnou část své kapacity využívá pro státní zakázky. Zadavatel při stanovování kritérií nezohlednil rozdílnost mezi subjekty, které pro stát provádí krátkodobé zakázky nebo zakázky menšího rozsahu, oproti subjektům, které provádí zakázky dlouhodobé a rozsáhlé. Postavení srovnávaných účastníků při naplňování kritéria „podíl cizích zdrojů k výši vlastního kapitálu“ nebylo stejné, právě vzhledem k výši tohoto kritéria. Z těchto důvodů proto postup zadavatele lze, dle názoru žalobce, považovat vůči žalobci za diskriminační.

Žalovaný ve svém vyjádření k věci zopakoval důvody, které ho vedly k vydání napadeného rozhodnutí shodně s tím, jak byly již uvedeny v odůvodnění tohoto rozhodnutí.

Na vyjádření žalovaného zareagoval žalobce replikou ze dne 28.11.2005, ve které poukázal na skutečnosti, které dokládají jeho ekonomickou sílu a stabilitu (mimo jiné na fakt,

že ke dni 5.1.2005 činila hodnota předmětného koeficientu pouze 0,72). Zopakoval dále, že cca 90 % jeho výrobní kapacity je realizováno ve formě veřejných zakázek.

Do probíhajícího soudního řízení vstoupil, v souladu s ustanovením § 34 odst. 1 soudního řádu správního (dále jen s.ř.s.) se souhlasem soudu, v postavení osoby na řízení zúčastněné podnik Povodí Odry, s.p. Ve svém vyjádření uvedl, že ze smlouvy o dílo, uzavřené na základě „rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky“ již bylo započato plnění a jsou též čerpány prostředky ze státního rozpočtu na její realizaci. V případě zrušení napadených rozhodnutí by osobě zúčastněné mohly vzniknout náklady spojené s přerušением stavebních prací, či dokonce s přípravou a realizací dalšího zadávacího řízení; hrozila by mu též škoda, v tomto vyjádření blíže popsána.

Soud si od žalovaného vyžádal dále předložení kompletního správního spisu k věci se vztahujícího. Ve správním spisu jsou založeny veškeré relevantní listiny k věci se vztahující, a sice fotokopie oznámení předmětného zadávacího řízení, vyhlášeného na centrální adrese pod značkou 50001081ZR, rozhodnutí zadavatele o vyloučení žalobce z další účasti v této veřejné zakázce ze dne 11.11.2004, rozhodnutí statutárního orgánu zadavatele ze dne 2.12.2004 o nevyhovění námítky stěžovatele proti tomuto rozhodnutí, i návrh na přezkoumání úkonu zadavatele, podaný žalobcem u prvostupňového orgánu dne 10.12.2004. Z obsahu posledně zmiňovaného podání vyplývá, že žalobce (mimo jiné) vytýkal postupu zadavatele porušení zákazu diskriminace, obdobně jak tomu učinil později, v žalobě podané u soudu. Součástí správního spisu je dále originál prvostupňového rozhodnutí, rozklad žalobce ze dne 2.2.2005 (ve kterém taktéž uplatnil námitku týkající se diskriminačního charakteru ukazatele „podíl cizích zdrojů a vlastního kapitálu“), stejně jako originál rozhodnutí žalovaného.

Krajský soud v Brně přezkoumal žalobou napadená správní rozhodnutí, a to v rozsahu jejich napadení žalobou (§ 71 odst. 1 písm. d) s.ř.s., § 75 odst. 2, věta první s.ř.s.). Ve věci přitom rozhodl bez nařízení jednání, za podmínek vyplývajících z ustanovení § 51 odst. 1 s.ř.s.

Žaloba není důvodná.

Jak bylo již výše konstatováno, žalobou je namítáno porušení zákazu diskriminace, vyjádřeného v § 25 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, spočívající v nastavení takového kritéria v zadávací dokumentaci, které fakticky vylučuje některé uchazeče z další účasti bez toho, že by pro takový postup byl ospravedlnitelný důvod.

Podle ustanovení § 25 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen zadat nadlimitní i podlimitní veřejnou zakázku v zadávacím řízení, pokud tento zákon nestanoví jinak. V zadávacím řízení je zadavatel povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči, s výjimkami uvedenými v § 87, zákazu diskriminace a transparentnosti.

Pojem „diskriminace“ zákon nikterak nevynezuje, a to ani příkladmo. Jelikož jde o normu, která byla přijata v souladu s právem Evropských společenství (§ 1 zákona), lze při interpretaci tohoto pojmu vycházet z obsahu evropských zadávacích směrnic, které byly touto cestou implementovány do našeho právního řádu. S ohledem na povahu dané zakázky připadají v úvahu Směrnice Rady 71/304/EHS ze dne 26.7.1971, o odstranění omezení volného pohybu služeb, pokud jde o veřejné zakázky na stavební práce a zadávání veřejných zakázek na práce podnikatelům jednajícím prostřednictvím zastoupení či poboček (dále jen

Směrnice 71/304/EHS), Směrnice Rady 93/36/EHS ze dne 14.6.1993, o koordinaci postupu při zadávání veřejných zakázek na dodávky (dále jen Směrnice 93/36/EHS) a Směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/52/ES ze dne 13.10.1997, kterou se mění směrnice 92/50/EHS, 93/36/EHS a 93/37/EHS, které koordinují postupy při zadávání veřejných zakázek na služby, dodávky a stavební práce (dále jen Směrnice 97/52/ES). Tento postup je umožněn aplikací „principu nepřímého účinku“, vyplývajícího z ustálené judikatury Evropského soudního dvora (viz. např. věc C-240/98 – C-244/98). Dle tohoto principu je povinností vnitrostátních soudů vykládat vnitrostátní právo tak, aby bylo dosaženo výsledku uvedeného ve Směrnici; právo má být vykládáno „co možná nejvíce ve světle změn a účelu Směrnice“.

Prvně zmiňovaná Směrnice (71/304/EHS) pojednává toliko o „diskriminaci na základě státní příslušnosti“, jde tedy o případ, který na projednávanou věc pojmově nedopadá. Zákaz diskriminace (bez dalšího rozlišení) vyplývá až z článku 6/6 Směrnice 93/37/EHS, ve znění článku 3, bodu 1, písm. B) Směrnice 97/52/ES, kde se stanoví, že „zadavatelé zajistí, aby mezi jednotlivými zhotoviteli nedocházelo k diskriminaci“. Ponechá-li soud stranou, zda na projednávanou věc lze vůbec (pro podlimitní charakter předmětné veřejné zakázky) posledně dvě zmiňované Směrnice aplikovat, je zřejmé, že bližší obsahové vymezení pojmu „diskriminace“ není možné ani touto cestou.

Vymezení pojmu „diskriminace“ v kontextu hospodářské soutěže (kam oblast zadávání veřejných zakázek svou povahou náleží), lze nicméně nalézt v jiné, principiálně přímo aplikovatelné normě (§ 10 Ústavy České republiky), a sice ve Smlouvě ES, konkrétně v jejím článku 82 písm. c). Za diskriminaci je zde označováno jednání spočívající v uplatňování rozdílných podmínek vůči jednotlivým účastníkům trhu při shodném (srovnatelném) plnění, jímž dochází k jejich znevýhodňování v hospodářské soutěži. Sluší na tomto místě znovu zopakovat, že oblast veřejných zakázek spadá do segmentu soutěžního práva (viz. např. důvodová zpráva k zákonu o veřejných zakázkách, dle které je cílem tohoto zákona – kromě efektivního vynakládání veřejných prostředků – i zajištění „spravedlivé a otevřené soutěže o veřejné zakázky“). Jakkoli tedy článek 82 smlouvy ES upravuje zákaz zneužití dominantního postavení v hospodářské soutěži a nedopadá tedy *expressis verbis* na oblast veřejných zakázek, lze jej, dle názoru soudu, *per analogiam* použít i pro tuto oblast, neboť jde, jak již bylo konstatováno o oblast soutěžního práva v širším pojetí, tedy normu, která definuje jeden z principů, platných pro celou oblast soutěžního práva.

S ohledem na skutečnosti výše uvedené je tedy zřejmé, že určením parametru „podíl cizích zdrojů k výši vlastního kapitálu“ na hodnotě 1,0 se v projednávané věci nemohlo jednat o diskriminaci jakéhokoli uchazeče, neboť jde o podmínku, která byla stejná pro všechny potenciální uchazeče. Jelikož tímto způsobem nedošlo k uplatňování rozdílných podmínek vůči jednotlivým uchazečům je pojmově vyloučeno hovořit o diskriminaci kteréhokoli z nich.

Ke stejným závěrům, pokud jde o interpretaci pojmu „diskriminace“ lze dospět i prostým jazykovým výkladem. Tento internacionalismus je totiž konstantně vykládán jako „rozdílný, jiný přístup k jednotlivci či skupině, než k celku“.

S ohledem na skutečnost, že soud shledal možnost diskriminace žalobce z jím uváděných důvodů za a priori vyloučenou, nezabýval se dále tím, jakým způsobem byla tato

otázka právně hodnocena správními orgány obou stupňů. Takový postup by byl zcela nadbytečný a v rozporu s principem procesní ekonomie.

Vzhledem k tomu, že soud je v daném řízení vázán zásadou dispoziční (§ 71 odst. 1 písm. d) s.ř.s., § 75 odst. 2, věta první s.ř.s.), není povinen (ale ani oprávněn) vyhledávat jakékoli důvody nezákonnosti za žalobce. Z tohoto důvodu se proto nezabýval posouzením otázky, zda by skutečnosti tvrzené žalobcem nemohly být posouzeny jako porušení některého z dalších principů, na nichž je zákon o veřejných zakázkách postaven.

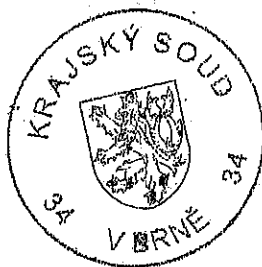
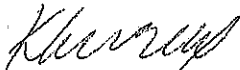
Vzhledem k tomu, že po posouzení věci v intencích žalobních námitek neshledal soud žalobu za důvodnou, nezbylo mu, než rozsudkem ji zamítnout (§ 78 odst. 7 s.ř.s.).

Výrok o nákladech tohoto řízení se opírá o ustanovení § 60 odst. 1 s.ř.s., dle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. V dané věci byl žalobce zcela neúspěšný a právo na náhradu nákladů řízení mu proto není možné přiznat. Jelikož nebylo současně zjištěno, že by v souvislosti s tímto řízením vznikly nějaké náklady žalovanému, rozhodl soud tak, že právo na náhradu nákladů řízení nepřiznal žádnému z účastníků.

P o u č e n í : Proti tomuto rozhodnutí, které nabývá právní moci dnem doručení, je přípustná kasační stížnost za podmínek § 102 a násl. s.ř.s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu v Brně prostřednictvím Krajského soudu v Brně, a to ve dvou vyhotoveních. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právníké vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s.ř.s.).

V Brně dne 28.3.2006

Za správnost vyhotovení:
Eva Kloudová



JUDr. Jaroslav Tesák, Ph.D. v.r.
předseda senátu