

Judr. Kubišová

62 Ca 9/2007-104



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno	
Došlo: 25 -10- 2007 19850 / 2007/310	
Číslo: 27154/07	Vyřizuje: JUDr. Kubišová
Přílohy: /	

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Tesáka, Ph.D. a soudců JUDr. Davida Rause, Ph.D. a JUDr. Jaroslavy Skoumalové v právní věci žalobce Lumius, spol. s.r.o., se sídlem ul. Míru 3267, Frýdek-Místek, zastoupeného Mgr. Jiřím Čaplou, advokátem se sídlem Sokolská tř. 21, Ostrava 1, proti žalovanému **předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti České národní banky, se sídlem Na Příkopě 864/28, Praha 1, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného č.j. R018/2007/03-05376/2007/310-Šp ze dne 12.3.2007,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R018/2007/03-05376/2007/310-Šp ze dne 12.3.2007 se **zrušuje** a věc se mu **vrací** k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný je **povinen** uhradit žalobci na nákladech řízení částku 10 090,- Kč k rukám Mgr. Jiřího Čaply, advokáta se sídlem Sokolská tř. 21, Ostrava 1, do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce napadá rozhodnutí žalovaného č.j. R018/2007/03-05376/2007/310-Šp ze dne 12.3.2007, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí rozhodnutí vydané v I. stupni správního řízení č.j. S365/2006-20791/2006/550-Ná ze dne 15.12.2006.

I. Podstata věci

Žalovaný společně se správním orgánem I. stupně rozhodli, že řízení o přezkum úkonů zadavatele (České národní banky, nyní osoby zúčastněné na řízení) se podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), zastavuje, neboť v postupu zadavatele při zadání veřejné zakázky „Dodávka elektřiny pro Českou národní banku“ nedošlo k porušení ZVZ.

Žalobce v podané žalobě namítá pochybení žalovaného při hodnocení postupu zadavatele, který žalobce vyloučil z další účasti v zadávacím řízení s odůvodněním, že žalobce neprokázal svoji kvalifikaci podle § 56 odst. 7 ZVZ, neboť nedoložil písemné sdělení o dodávce elektřiny v roce 2006 pro minimálně 500 odběrných míst.

Žalobce má za to, že v zadávacím řízení na dodávku elektrické energie pro Českou národní banku bylo postupováno v rozporu s § 6 ZVZ, neboť postup zadavatele byl diskriminačním. Žalobce shodně se svojí argumentací, jak ji uplatňoval již v průběhu správního řízení, namítá, že požadavek obsažený v bodu 8.1 písm. b) zadávací dokumentace spočívající v předložení prohlášení o tom, že uchazeči jsou dodavateli elektřiny do více než 500 odběrných míst na hladině VN, je nezákonným, neboť nejde o technicko kvalifikační kritérium ve smyslu § 56 ZVZ, ale zároveň tento požadavek fakticky diskriminuje uchazeče, kteří tento požadavek nesplňují. Podle žalobce zákonná dikce § 56 odst. 7 písm. c) ZVZ stanoví, že zadavatelem vymezená minimální úroveň kvalifikačních předpokladů musí odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění, což se v daném případě nestalo. Žalobce poukazuje na to, že již v průběhu správního řízení a předtím přímo zadavateli opakovaně vytykal skutečnost, že tento požadavek byl v rámci zadávací dokumentace zařazen do bodu 1.4 části III., a není tedy možné jej považovat za požadavek ve smyslu bodu 2.3 části III. zadávací dokumentace nadepsaného „Technická způsobilost“. Žalovaný v bodu 20. napadeného rozhodnutí uvedené pochybení zadavatele označuje za pochybení zcela bagatelní a nepřikládá mu žádný význam. Žalobce naproti tomu toto pochybení nepovažuje v žádném případě za zanedbatelné, když má za to, že zařazení uvedeného požadavku zadavatelem do bodu nadepsaného jako „Další zvláštní podmínky“ bylo zcela pochopitelné a nejednalo se o omyl zadavatele. Pojmově je tedy podle žalobce vyloučeno, aby uvedený požadavek byl vůbec zařaditelný do bodu 2.3 zadávací dokumentace; za daných okolností tedy má žalobce za to, že zadavatel překročil oprávnění vymezená dikcí ZVZ a stanovil si kritérium, které je zjevně v rozporu s účelem ZVZ.

Dále žalobce poukazuje na skutečnost, že aktuální tuzemská právní úprava dává odběratelům dostatečné záruky toho, že dodávky elektřiny budou realizovány řádným způsobem. Pak je tedy nesprávná argumentace žalovaného obsažená v bodu 22. napadeného rozhodnutí. Žalobce dále zpochybňuje způsob, jakým se žalovaný vypořádal s žalobcovým tvrzením ohledně disproportionality počtu požadovaných odběrných míst z VN, když zakázku samotnou považuje svojí celkovou výší

za zakázku velice malého rozsahu. Žalovaný podle žalobce akceptoval jako podpůrný argument vyjádření zadavatele, že např. společnost ČEZ Prodej s.r.o. disponuje cca 12 000 odběrnými místy. Žalobce má naproti tomu za to, že právě argumentace situací tohoto subjektu je zcela nepatřičná. Dále žalobce poukazuje na skutečnost, že žalovaný v odůvodnění svého rozhodnutí opakovaně uvádí chybný pojem, takto „dodavatel první instance“, ve skutečnosti měl žalovaný ve svém odůvodnění na mysli „dodavatele poslední instance“. Žalobce v této souvislosti zpochybňuje rovněž argumentaci obsaženou v bodu 21. napadeného rozhodnutí.

Žalobce má tedy za to, že zadavatel v rozporu se ZVZ diskriminoval některé dodavatele. Pokud § 56 odst. 1 ZVZ výslovně uvádí, že zadavatel může vyžadovat seznam významných dodávek realizovaných v posledních třech letech, pak takovému vymezení zadavatelům požadavek obsažený v bodu 8.1 písm. d) zadávací dokumentace neodpovídá. Podle žalobce je z pohledu odběratelů elektřiny nepodstatné, zda jeho dodavatel elektřiny dodává elektřinu takovému či řádově vyššímu počtu odběratelů, a tedy požadavek předložení prohlášení uchazeče o minimálně 500 odběratelů elektřiny z VN není opodstatněný. Žalobce tu poukazuje na skutečnost, že jediným účelem prokázání kvalifikačních předpokladů uchazeče je prokázání způsobilosti uchazeče řádně realizovat zamýšlenou zakázku. Proto žalobce považuje závěr žalovaného za nesprávný, nezákonný a ze shora uvedených důvodů navrhuje, aby napadené rozhodnutí, jakož i jemu předcházející rozhodnutí správního orgánu I. stupně, bylo zrušeno a věc vrácena žalovanému k dalšímu řízení.

Žalovaný ve svém vyjádření setrvává na závěrech, které prezentoval v napadeném rozhodnutí. Žalobu považuje za nedůvodnou.

Pokud jde o počet zadavatelem poptávaných odběrných míst, nelze podle žalovaného tento požadavek vnímat odděleně od počtu subjektů, které jsou na něj svojí činností navázány, přičemž u těchto subjektů není již podstatné, od koho elektrickou energii odebírají. S ohledem na činnost zadavatele tak, jak byla v napadeném rozhodnutí rozvedena, je zřejmé, že pro zadavatele je nejen prioritní, ale současně i nezbytné, aby provoz všech jeho činností, k nimž je ze zákona zavázán, byl kontinuální a bez rizika, že dojde k přerušení dodávky. Žalovaný trvá na tom, že pokud je pro zadavatele zásadní nepřetržitá a bezproblémová dodávka elektřiny, pak sankční smluvní nástroje typu „náhrada škody“, „smluvní pokuta“ či „úroky z prodlení“, na jejichž možné použití žalobce upozornil již v rozkladu, stejně jako dohled příslušných správních orgánů stěžejní požadavek zadavatele na nepřetržitou dodávku elektrické energie zadavatele plně neřeší, neboť použitím těchto sankčních smluvních nástrojů je možné řešit až sekundární důsledky vzniklé nedodáním elektrické energie. Pokud jde tedy o samotný počet zadavatelem požadovaných odběrných míst, pak žalovaný poukazuje na svoje rozhodnutí, kde uvedl, že u dodávek na stavební práce je počet referencí vždy řádově nižší než v případě referencí na dodávky či služby, a tedy zatímco v případě zakázky na stavební práce by požadavek na 500 realizovaných staveb zjevně nepřiměřeným byl, nelze to v obecné rovině říci v případě veřejné zakázky na dodávky. Vzhledem ke specifické

povaze zadavatele jako centrální banky, správce účtu státního rozpočtu a místa mezibankovního zúčtování bankovních operací lze požadavek na minimální počet 500 odborných míst ZVZ považovat za přiměřený, a to i s ohledem na existenci značného počtu subjektů, které jsou na činnost zadavatele odkázány či jinak navázány.

Pokud jde o konkrétní formální zařazení požadavku ze strany zadavatele, nesprávné zařazení tu nedosahuje intenzity porušení zákona. Vzhledem k tomu, že požadavek na minimální počet odběrných zařízení byl zmíněn jak v oznámení zadávacího řízení, tak v zadávací dokumentaci, a to navíc dostatečně srozumitelně, byli s ním všichni uchazeči seznámeni a mohli jej proto zohlednit při zpracovávání své nabídky. Žalovaný tedy trvá na oprávněnosti zadavatelova požadavku coby technického kvalifikačního předpokladu, přitom poukazuje na § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ v kombinaci s § 56 odst. 7 ZVZ. Zadavatel tedy mohl požadovat seznam významných dodávek v posledních třech letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění, a to v minimální úrovni zadavatelem podle § 56 odst. 7 ZVZ vymezené. To podle žalovaného také zadavatel učinil, aniž bylo vyloučeno, aby zadavatel požadoval seznam významných dodávek za kratší období (pouze za jeden rok), jak tomu bylo v šetřeném případě. Rovněž v další dílčí argumentaci k žalobním tvrzením žalovaný setrvává na závěrech vyplývajících již z napadeného rozhodnutí.

Ze shora uvedených důvodů navrhuje žalovaný žalobu v celém rozsahu zamítnout.

Žalobce i žalovaný setrvali na svých procesních stanoviscích po celou dobu řízení před soudem, včetně jednání, které ve věci proběhlo dne 11.10.2007.

II. Správní spis, podstatné skutečnosti

Z předloženého správního spisu a z dokumentace o veřejné zakázce soud zjistil následující pro posouzení věci podstatné skutečnosti:

Předmětem veřejné zakázky na „Dodávku elektřiny pro Českou národní banku“ byla dodávka elektřiny v roce 2007 pro oprávněného zákazníka Českou národní banku v kvalitě dle příslušné vyhlášky Energetického regulačního úřadu v předpokládaném ročním množství 11 540 000 kWh a s tím související závazek odebírat elektřinu.

V části 8. zadávací dokumentace („Další požadavky zadavatele“) je pod bodem 8.1 písm. b) uvedeno, že zadavatel požaduje, aby uchazeč ve své nabídce předložil písemné sdělení o dodávce elektřiny v roce 2006 pro minimálně 500 odběrných míst z VN dle zákona č. 458/2000 Sb., v platném znění, podepsané osobou oprávněnou za dodavatele jednat a podepisovat.

Z přílohy č. 4 zadávací dokumentace (strany 1-3 této přílohy) se podává, že v roce 2005 zadavatel disponoval 29 odběrnými místy („velkoodběrnými“ i „maloodběrnými“ společně).

V zadávacím řízení předložili nabídky celkem čtyři uchazeči, kromě žalobce společnosti Pražská energetika, a.s., ČEZ Prodej, s.r.o. a E.ON.Energie, a.s. Nabídka žalobce byla vyřazena z toho důvodu, že žalobce neprokázal kvalifikaci podle § 56 odst. 7 ZVZ, neboť nedoložil písemné sdělení o dodávce elektřiny v roce 2006 pro minimálně 500 odběrných míst z VN, požadované v odstavci 8.1 písm. d) zadávací dokumentace. Namísto požadovaného sdělení nabídka žalobce obsahovala toliko prohlášení o jeho schopnosti dostát všem požadavkům zadavatele, které však požadované sdělení podle zadavatele nenahrazuje.

Žalobce proti postupu zadavatele brojil námitkami, avšak neúspěšně. K námitkám žalobce směřujícím vůči požadavku uvedenému v bodu 8.1 písm. b) zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že je vázán zadávací dokumentací. Pokud uchazeč (žalobce) ve svých námitkách vůči postupu zadavatele sám výslovně konstatoval, že podmínku zadávací dokumentace na minimální počet 500 odběrných míst VN nespĺňuje, pak zadavatel nemohl dle jeho vyjádření jednat jinak, než uchazeče (žalobce) pro nesplnění kvalifikačního kritéria z dalšího zadávacího procesu vyloučit.

Žalobce následně podal u správního orgánu I. stupně návrh na zahájení řízení o přezkum zadavatelových úkonů, v němž mimo jiné uvedl, že bezodkladně po zjištění podmínek obsažených v zadávací dokumentaci zaslal zadavateli své vyjádření k obsahu zadávací dokumentace, včetně žádosti o poskytnutí dodatečných informací, a upozornil zadavatele na skutečnost, že požadavek obsažený v článku 8.1 v písm. b) zadávací dokumentace, aby uchazeč předložil písemné sdělení o dodávce elektřiny v roce 2006 pro minimálně 500 odběrných míst z VN, je dle jeho přesvědčení v rozporu se ZVZ. Tu žalobce poukázal na zjevnou disproporci mezi počtem předpokládaných odběrných míst zadavatele a požadavkem, aby dodavatel dodával elektrickou energii minimálně do 500 odběrných míst z VN. Žalobce uvedl, že takto stanovený požadavek zadavatele nemá žádnou vypovídací hodnotu směrem ke schopnosti uchazeče řádně plnit předmět veřejné zakázky a namítal, že zvolené kritérium je zjevně diskriminující ve vztahu k relativně drobnějším podnikatelským subjektům a jednoznačně odporující principům hospodářské soutěže. Dále žalobce rozporoval subsumpci tohoto požadavku pod kvalifikační předpoklad ve smyslu § 56 ZVZ.

V rámci právního hodnocení správní orgán I. stupně ve svém rozhodnutí, jímž zastavoval řízení o přezkum zadavatelových úkonů z toho důvodu, že nebylo shledáno porušení ZVZ, uvedl, že tři uchazeči ze čtyř v plném rozsahu splnili požadavky uplatněné zadavatelem v zadávací dokumentaci včetně požadavku, aby zájemce o veřejnou zakázku v nabídce předložil písemné sdělení o dodávce elektřiny v roce 2006 pro minimálně 500 odběrných míst z VN. Dle správního orgánu I. stupně ze skutečností uvedených zadavatelem vyplývá, že při zadání veřejné zakázky zadavatel vycházel nejen z počtu odběrných míst, pro která potřebuje zajistit dodávku elektrické energie, ale i s ohledem na počet jednotlivých subjektů, které využívají jeho služeb, a s tím související počet operací, které je nutné za den zúčtovat, a s ohledem na

případné škody, které by mohly vzniknout při eventuálním výpadku elektrické energie. Požadavek, aby uchazeč doložil v nabídce sdělení, že v roce 2006 dodával elektřinu pro 500 odběrných míst z VN, tak zadavatel stanovil se záměrem zabezpečit bezproblémový chod banky ve vztahu k jeho klientele a z důvodu prokázání spolehlivosti dostát ze zakázky vyplývajícimu plnění dodávky elektrické energie. Zadavatel dle správního orgánu I. stupně nemohl brát v úvahu při hodnocení prokázání dalších kvalifikačních předpokladů prohlášení obsažené v nabídce navrhovatele o schopnosti plně dostát všem požadavkům zadavatele, neboť tím by *de facto* nastolil rozdílné podmínky zájemcům o veřejnou zakázku.

K žalobcově rozkladu se věci zabýval žalovaný, který v napadeném rozhodnutí mimo jiné uvedl, že reference mají vyjadřovat zkušenost dodavatele na trhu, jeho historii, zkušenost s plněním obdobných zakázek, jeho hospodářskou stabilitu apod. Posouzení přiměřenosti počtu referencí závisí na povaze veřejné zakázky. Pokud jde o otázku počtu požadovaných odběrných míst, kterou žalobce učinil předmětem řízení o rozkladu, tu žalovaný argumentoval v tom směru, že u dodávek na stavební práce je počet referencí vždy řádově nižší než v případě referencí na dodávky či služby, a tedy zatímco v případě zakázky na stavební práce by požadavek na 500 realizovaných staveb zjevně nepřiměřeným byl, nelze to v obecné rovině říci v případě veřejné zakázky na dodávky. Podpurným argumentem je také srovnání, které zadavatel předložil ve svém vyjádření správnímu orgánu, že např. ČEZ Prodej, s.r.o. disponuje cca 12 000 odběrnými místy. Požadavek zadavatele v šetřené veřejné zakázce nepředstavuje ani 5% skutečného počtu odběrných míst společnosti ČEZ Prodej, s.r.o. Podle žalovaného lze tedy uzavřít, že vzhledem ke specifické povaze zadavatele jako centrální banky, správce účtu státního rozpočtu a místa 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. Žalovaný se tedy věcně ztotožnil se závěry, k nimž dospěl správní orgán I. stupně.

Napadeným rozhodnutím tedy žalovaný rozhodnutí správního orgánu I. stupně potvrdil a podaný rozklad zamítl.

V soudním spisu je rovněž založeno usnesení o opravě ze dne 20.6.2007 č.j. R018/2007/03-11641/2007/310-ŠP, jímž se na straně 7 v bodu 21. větě první napadeného rozhodnutí obě slova „první“ nahrazují slovy „poslední“.

III. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zák. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní ve znění pozdějších předpisů – dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), přitom jde o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Rozsah přezkumu soudu byl ve vztahu k napadenému rozhodnutí žalovaného podle § 75 odst. 2 věty první s.ř.s. zásadně vymezen v žalobě uplatněnými žalobními body.

Žaloba je důvodná.

Za klíčový pro posouzení této právní věci je třeba považovat spor mezi účastníky ohledně požadavku zadavatele podávaného z bodu 8.1 písm. b) zadávací dokumentace a jeho povahy s ohledem na možnou žalobcovu diskriminaci.

Podle § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ upravujícího technické kvalifikační předpoklady může veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky požadovat seznam významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění. Podle § 56 odst. 7 ZVZ ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů, uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Mezi účastníky přitom není sporu o to, že zadavatel (Česká národní banka) je zadavatelem veřejným (§ 2 odst. 2 ZVZ).

Prostřednictvím prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů je v zadávacích řízeních prokazována dodavatelova (tu žalobcova coby uchazečova) kvalifikace. Má-li soud vyjít ze samotného účelu stanovení technických kvalifikačních předpokladů, jak na něj upozorňuje i žalobce, pak ten směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky toliko takovými dodavateli, kteří k tomu prokazatelně mají dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno zadavatelovo riziko, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění, jež je veřejnou zakázkou. Zadavatelem uplatněné požadavky na splnění technických kvalifikačních požadavků tedy mají 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. Stanovení konkrétních požadavků, jež zadavatel považuje coby technické kvalifikační předpoklady za nezbytné, sice závisí na rozhodnutí zadavatele, ten je však při svých úvahách ohledně konkrétních požadavků vázán zejména § 50 odst. 3 ZVZ (je povinen omezit rozsah požadovaných informací pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky) a § 56 odst. 1 až 5 ZVZ; tam jsou stanoveny způsoby prokazování této části kvalifikace, a sice odlišně od ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 ZVZ kogentně a taxativně bez možnosti odchýlení se. Veřejný zadavatel tedy není oprávněn požadovat prokázání jiných než technických kvalifikačních předpokladů vymezených v § 56 ZVZ.

Pokud zadavatel v bodu 8.1 písm. b) zadávací dokumentace požadoval, aby uchazeč ve své nabídce předložil písemné sdělení o dodávce elektřiny v roce 2006 pro minimálně 500 odběrných míst, pak přestože tento požadavek označil jako „Další požadavek zadavatele“, materiálně jde o požadavek směřující k dosažení stavu, kdy se o veřejnou zakázku mají ucházet 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. Pak tedy pojmově může jít o požadavek materiálně subsumovatelný pod technické kvalifikační předpoklady podle § 56 ZVZ. Stejně tak jsou splněny formální podmínky jeho subsumpce pod § 56 ZVZ. Může-li totiž podle § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ zadavatel požadovat předložení seznamu významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních třech letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění, pak požadavek na dodavatelovo (žalobcovy coby uchazečovo) prohlášení, že realizoval v jednom z posledních tří let plnění, jež je obdobou plnění, které je nyní veřejnou zakázkou (dodávka elektřiny pro odběrná místa), může představovat část tohoto zákonem předvídaného požadavku. Zadavatel tedy nehodlal požadovat informace o všech významných dodávkách realizovaných jednotlivými uchazeči (majících podle § 50 odst. 3 ZVZ bezprostřední věcnou souvislost s předmětem jím zadávané veřejné zakázky), hodlal však požadovat předložení prohlášení o tom, že uchazeči věcně obdobné plnění realizovali. Rámec vymezený v § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ tím zadavatel nepřekročil, stanovení požadavku na 500 odběrných míst lze považovat z pohledu samotného § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ za legitimní vymezení minimální úrovně kvalifikačních předpokladů ve smyslu § 56 odst. 7 ZVZ. Pokud zadavatel nehodlal právě uvedený požadavek uplatnit ve vztahu k celému v úvahu přicházejícímu období (tedy tří let), nýbrž toliko k bezprostředně předcházejícímu kalendářnímu roku (roku 2006), ani tímto svým požadavkem rámec vymezený v § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ nepřekročil. I tento požadavek lze vnímat coby způsob vymezení minimální úrovně kvalifikačního předpokladu s ohledem na uvážení zadavatele ohledně druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky ve smyslu § 56 odst. 7 ZVZ.

Ze shora uvedeného tedy soud uzavírá, že požadavek obsažený v bodu 8.1 písm. b) zadávací dokumentace je, bez ohledu na jeho formální zařazení a označení ze strany zadavatele, požadavkem na prokázání technického kvalifikačního předpokladu ve smyslu § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ.

Samostatnou otázkou je pak posouzení obsahu tohoto požadavku s ohledem na žalobní tvrzení.

Zadavatel je při stanovování obsahové náplně jednotlivých požadavků na prokázání technických kvalifikačních předpokladů kromě § 50 odst. 3 a § 56 ZVZ vázán pravidlem, podle něhož nesmí porušit zásady podávané z § 6 ZVZ, mimo jiné i zásadu nediskriminace (zákazu diskriminace). Přestože zdejší soud konstantně judikuje nejčastější formu porušení zákazu diskriminace, která je naplněna tehdy, pokud zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku (rozsudky zdejšího soudu v právních věcech sp. zn. 62 Ca 17/2006 ze dne 4.10.2006, 62 Ca 12/2006 ze dne 17.10.2006, 31 Ca 166/2005 apod.), za skrytou formu nepřipustné 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 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.

Pokud ve světle shora uvedeného soud uváží, že zadavatel v roce 2005 disponoval 29 odběrnými místy, a z toho jen 7 odběrnými místy pro odběr vysokého napětí, přitom ze žádného dokumentu, jenž by byl soudu předložen, ani ze žádného z vyjádření účastníků či osoby na řízení zúčastněné nevyplývá, že by zadavatel (osoba zúčastněná na řízení) předpokládal významné rozšíření těchto odběrných míst, pak požadavek na doložení dodávek do 500 odběrných míst se jeví jako zjevně nepřiměřený. Pokud žalovaný v napadeném rozhodnutí (bod 22.) uvádí, že počet zadavatelem poptávaných odběrných míst nelze vnímat odděleně od počtu subjektů, které jsou na zadavatele svojí činností navázány, pak toliko převzal argumentaci zadavatele uplatněnou v průběhu správního řízení, aniž by se zabýval otázkou, proč tedy zadavatel počet odběrných míst (bez ohledu na počet subjektů na zadavatele svojí činností navázaných) učinil takto odděleným a samostatným požadavkem, a jaký význam má z hlediska požadavku na počet odběrných míst zadavatele, jenž zadavatel výslovně uplatnil, počet subjektů svojí činností na zadavatele navazujících. Význam „značného počtu subjektů“, které jsou na činnost zadavatele odkázány či jinak navázány, z pohledu legitimacy požadavku na 500 odběrných míst v případě, že v předešlém kalendářním roce zadavatel disponoval toliko 29 odběrnými místy, žalovaný tedy v napadeném rozhodnutí nijak nekonkretizuje, stejně tak v tomto směru nezduvodňuje „specifickou povahu zadavatele“, na níž upozorňuje; jde přitom o dva závěry, o něž žalovaný opírá přiměřenost požadavku zadavatele podávaného z bodu 8.1. písm. b) zadávací dokumentace (jak vyplývá ze závěru bodu 23. napadeného rozhodnutí). Z napadeného rozhodnutí není nadto srozumitelně podáváno, jakou souvislost s počtem odběrných míst má požadavek (dle soudu sám o sobě jistě legitimní) na snížení rizika přerušení dodávek, na který žalovaný v bodě 22. napadeného rozhodnutí poukazuje, bez jakéhokoli zdůvodnění zůstalo i konstatování žalovaného, podle něhož „...u dodávek na stavební práce je počet referencí vždy řádově nižší než v případě referencí na dodávky či služby, a tedy 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...“ (bod 23. napadeného rozhodnutí), stejně jako jeho návaznost na skutkový stav zjištěný v této právní věci.

Přestože žalobce nikterak neprokázal své tvrzení, že by v rámci České republiky byli způsobilí uvedený zadavatelův požadavek splnit toliko tři dodavatelé, jak uváděl v replice k vyjádření žalovaného, soud porovnával situaci žalobce a zbylých dodavatelů v postavení uchazečů v rámci předmětné veřejné zakázky (Pražská energetika, a.s., ČEZ Prodej, s.r.o. a E.ON Energie, a.s.). Ke shora uvedenému závěru ohledně nepřiměřenosti požadavku na doložení dodávek do 500 odběrných míst tak

nutně přistupuje i fakt, že žalobce nelze jako jediného z uchazečů považovat za „tradičního“ dodavatele elektrické energie, když zbylí tři („tradiční“) dodavatelé tento požadavek splňovali (Pražská energetika, a.s. podle jejího prohlášení tvořícího součást nabídky dodávala elektřinu do cca 2 000 odběrných míst, ČEZ Prodej, s.r.o. pak do více než 12 000 odběrných míst, E.ON Energie, a.s. ve své nabídce konkretizovala 500 odběrných míst). Soud tedy uzavírá, že tento požadavek jeví dostatečně zřetelné znaky diskriminace jiných než „tradičních“ dodavatelů elektrické energie, a to právě prostřednictvím nepřiměřeného nastavení požadované úrovně technické způsobilosti. Dle soudu tedy byla zadavatelem požadovaná úroveň technické způsobilosti v bodu 8.1 písm. b) zadávací dokumentace zjevně nepřiměřená velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohli splnit ti z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež lze kvalifikovat jako „tradiční“ dodavatele elektrické energie, nikoli žalobce. Zadavatelův požadavek obsažený v bodu 8.1 písm. b) zadávací dokumentace je tak požadavkem diskriminačním, stanoveným v rozporu s § 6 ZVZ.

IV. Závěr

Ze shora uvedených důvodů tedy soud podle § 78 odst. 1 s.ř.s. zrušil napadené rozhodnutí žalovaného pro nezákonnost způsobenou nesprávnou interpretací § 6 ZVZ. Soud zároveň podle § 78 odst. 4 s.ř.s. vyslovil, že věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení: K postupu podle § 78 odst. 3 s.ř.s., tedy ke zrušení rozhodnutí správního orgánu I. stupně, soud důvody neshledal, neboť nápravy lze dosáhnout v řízení před žalovaným.

V dalším řízení necht' je tedy s respektováním shora podaného právního názoru soudu (§ 78 odst. 5 s.ř.s.) znovu posouzen postup zadavatele, zejména otázka důsledků uplatnění diskriminačního požadavku zadavatele ve vztahu k vyloučení žalobce ze zadávacího řízení a otázky navazující.

V. Náklady řízení

O nákladech řízení účastníků soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve sporu plně úspěšný, proto mu bylo přiznáno právo na náhradu nákladů řízení proti žalovanému; náklady řízení tvoří zaplacený soudní poplatek ve výši 2 000,- Kč, náklady právního zastoupení ve výši 4 800,- Kč (2 úkony právní služby společně se dvěma režijními paušály - převzetí a příprava věci a účast na jednání soudu dne 11.10.2007 - podle § 11 odst. 1 písm. a/ a g/ ve spojení s § 7, § 9 odst. 3 písm. f/ a § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, v platném znění) a náhrada cestovného k jednání soudu a za promeškaný čas žalobcova zástupce ve výši 3 290,- Kč (cestovné ve výši 2 290,- Kč, 370 km při spotřebě 8,1 l benzínu Natural 95/100 km a ceně 29,50 Kč/l podle předložených dokladů, náhrada za promeškaný čas ve výši 1 000,- Kč podle § 13 odst. 4 a § 14 odst. 1 písm. a/ a odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, v platném znění) – celkem tedy ve výši 10 090,- Kč. K zaplacení soud stanovil žalovanému přiměřenou lhůtu.

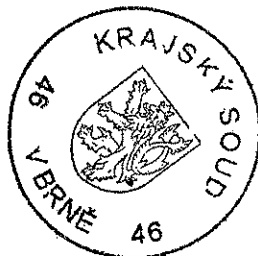
62 Ca 9/2007-109

Osoba zúčastněná na řízení nemá na náhradu nákladů řízení podle § 60 odst. 5 s.ř.s. právo, neboť jí soudem nebyla uložena povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady mohly vzniknout.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí, které nabývá právní moci dnem doručení, lze podat opravný prostředek (kasační stížnost podle ust. § 102 a násl. s.ř.s.) do dvou týdnů od jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu v Brně prostřednictvím Krajského soudu v Brně. 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 právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2, 4 s.ř.s.).

V Brně dne 11.10.2007

Za správnost vyhotovení:
Lucie Brdičková



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

(

(