

Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 5. 6. 2008, sp. zn.: 1 Afs 20/2008

Zákaz diskriminace uvedený v § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.

(Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, čj. 1 Afs 20/2008-152)

Prejudikatura: srov. č. 869/2006 Sb. NSS; rozsudek Soudního dvora ES ze dne 27. 10. 2005, Contse SA a další v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa) (C-234/03, Sb. rozh. s. I-9315).

Věc: Společnost s ručením omezeným Lumius proti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, za účasti České národní banky, o přezkum zákonnosti úkonů zadavatele veřejné zakázky, o kasační stížnosti žalovaného.

Česká národní banka (dále též „zadavatel“) vyzvala k podání nabídek v zadávacím řízení na zadání veřejné zakázky na dodávku elektrické energie. V bodě 8.1 písm. b) zadávací dokumentace zadavatel stanovil povinnost předložit prohlášení, že uchazeč o veřejnou zakázku je v roce 2006 dodavatelem elektřiny do více než 500 odběrných míst na hladině vysokého napětí. Žalobkyně tento požadavek nesplnila, ze soutěže byla vyřazena pro nesplnění kvalifikace a následně se domáhala přezkoumání úkonů zadavatele v řízení před žalovaným.

Žalovaný rozhodnutím ze dne 10. 12. 2006 řízení zastavil s tím, že postup zadavatele byl v souladu se zákonem.

Žalobkyně podala proti tomuto rozhodnutí rozklad. Předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 12. 3. 2007 rozklad zamítl a rozhodnutí ze dne 10. 12. 2006 potvrdil.

Proti rozhodnutí předsedy žalovaného podala žalobkyně žalobu u Krajského soudu v Brně. Krajský soud rozhodl, že zadavatel veřejné zakázky porušil § 6 zákona, který stanoví zadavateli veřejné zakázky povinnost dodržovat zásadu zákazu diskriminace. Rozsudkem ze dne 11. 10. 2007 rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 12. 3. 2007 zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

V kasační stížnosti proti rozsudku krajského soudu žalovaný (stěžovatel) uvedl, že souhlasí s 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 zákona. Na rozdíl od krajského soudu stěžovatel neshledal ovšem zmíněný požadavek jako diskriminační a nezákonný. Na jedné straně „v nejobecnější rovině“ vyslovil 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 upozornil, že takovýto výklad je v rozporu se samotnou rozhodovací praxí krajského soudu, když citoval jiná rozhodnutí téhož krajského soudu. Stěžovatel nesouhlasil 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. Konečně stěžovatel upozornil, 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“.

Žalobkyně ve svém vyjádření ke kasační stížnosti uvedla, že v daném případě šlo o požadavek prokázání dodávky elektřiny do více než 500 odběrných míst na hladině vysokého napětí. 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“ poukázala 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 notorií, která nepotřebuje dokazování. 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 technicko kvalifikační 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.

Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl.

Z odůvodnění:

(...)

IV/b

Výklad zásady zákazu diskriminace podle § 6 zákona o veřejných zakázkách

Základní právní polemikou stěžovatele s rozsudkem krajského soudu je argument proti výkladu § 6 zákona 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 zákona 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 nepřipustné 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 zákona, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní“.

Nejvyšší správní soud se k otázce výkladu § 6 zákona (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, čj. 5 Afs 131/2007-131 (věc UNIKO ZLÍN, a. s.), Nejvyšší správní soud nepřímou 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 zákona zakazuje s ohledem na svou funkci při zadávání veřejných zakázek nikoliv pouze diskriminaci zjevnou, ale též diskriminaci skrytou.

a)

Podle strohé dikce § 6 zákona 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, s. 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 zákona je ve své podstatě instrumentální. Toto ustanovení totiž v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (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 zákona (obdobně jako podle dříve platného § 25 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách) v první 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 stěžovateli citovaném rozsudku ze dne 14. 5. 2007, čj. 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, s. 12 - 16).

Na druhou stranu je nepochybné, že omezení zákazu diskriminace podle § 6 zákona 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 zákona k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).

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 zákona, 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, s. 82; Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek, T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha : ASPI, 2006, s. 53, též Krutáková, L., Kruták, T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady. Olomouc : ANAG, 2007, s. 42 - 43; Jurčík, R. Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU. Praha : C. H. Beck, 2007, s. 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 discriminatio“, „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-Freres 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, s. 1025 násl., na s. 1033, nebo česky Jurčík, R. Zadávání veřejných zakázek a

udělování koncesí v ČR a v EU. Praha : C. H. Beck, 2007, s. 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, čj. 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, vylučovány subjekty nově přichozí 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, Nos 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 zákona mj. vyplývá, že požadavky zadavatele nesmějí znamenat libovůli a nesmí být stanoveny v nepřiměřeném (neproporčním) rozsahu ve vztahu k veřejné zakázce (Jurčík, cit. dílo, s. 54, obdobně též, Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha : C. H. Beck, 2006, s. 66). K diskriminaci může dojít nepřiměřeně nastavenou kvalifikací (Zadávaní veřejných zakázek -, s. 61), „[p]ožadavky na finanční a ekonomickou způsobilost nesmí být prostředkem diskriminace dodavatelů“ (s. 208 tamtéž). Stěžovatelem v této kasační stížnosti citované starší rozsudky

Krajského soudu v Brně Jurčík ostře kritizuje jako judikatorní excesy (tamtéž, s. 209, obdobně týž, Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha : C. H. Beck, 2006, s. 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, s. 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, s. 247).

Konečně podle D. Rause a R. Nerudy § 6 zákona 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, s. 64 - 65).

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 -, s. 54; Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, s. 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 úroveň 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 nepřipustné 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 ji 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, čj. 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 zjevné 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.

(...)

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 kritéria 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) zákona 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 zákona, 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, čj. 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 přerušeni 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 takovými 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. I. 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 schopna 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 žalobkyni 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) zákona, který tak specifikuje zákaz diskriminace vyjádřený v § 6 zákona]; 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) zákona], 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 nepřipustně 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 zákona zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Za skrytou formu nepřipustné 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 (-).