



UOHSX0036WWH

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R86/2010/VZ-14303/2010/310/JSI

V Brně dne: 7. října 2010

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

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S82/2010/VZ-7645/2010/510/KČe ze dne 21. 6. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Kraje Vysočina**, IČ 70890749, se sídlem Žižkova 57, 587 33 Jihlava, za něhož jedná MUDr. Jiří Běhounek, hejtman, učiněných ve veřejné zakázce s názvem „**II/602 hr. kraje – Pelhřimov, 5. stavba**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému uveřejněno dne 29. 1. 2010 pod evidenčním číslem 60041251, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč – společnost

- **COLAS CZ, a. s.**, IČ 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha, za niž jedná Ing. Jaroslav Jarábek, MBA, předseda představenstva,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

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

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Kraj Vysočina, IČ 70890749, se sídlem Žižkova 57, 587 33 Jihlava (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému dne 29. 1. 2010 pod evidenčním číslem 60041251 oznámení otevřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „II/602 hr. kraje – Pelhřimov, 5. stavba“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Zadavatel v oznámení v rámci požadavků na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů stanovil mj. požadavek „(...) dle § 56 odst. 3) písm. f) zákona – přehled zařízení – obalovny živičných směsí (dále také jen "doklad o dispozicích obalovnou)".“ Jako minimální úroveň uvedeného kvalifikačního předpokladu zadavatel požadoval „(...) doklad o vlastnictví obalovny nebo smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí, včetně podrobného plánu trasy pro včasnou dodávku asfaltových směsí z obalovny na staveniště. Doba dopravy směsi z obalovny nesmí překročit při teplotě vzduchu 15°C a nižší 1 hod., v ostatních případech 1,5 hod. Při použití homogenizátorů lze tyto doby prodloužit na 2 hod.“.
3. Úřad obdržel návrh společnosti FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby, a. s., IČ 25317628, se sídlem Mlýnská 68, 602 00 Brno, (dále jen „navrhovatel“), neboť jeho námitkám proti zadávacím podmínkám [konkrétně proti požadavku na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona] zadavatel nevyhověl. Navrhovatel ve svém návrhu uvedl, že zadávací podmínky veřejné zakázky byly stanoveny v rozporu se zásadami zadávacího řízení podle § 6 zákona. Z podmínek zadávací dokumentace totiž vyplývá, že účastnit se soutěže může pouze uchazeč, který je vlastníkem obalovny nebo má tuto dodávku zajištěnu smluvně. Podmínky soutěže jsou tak „šity na míru“ vlastníkem obaloven a eliminují jiné soutěžitele. Takové zadání vytváří podmínky k dohodě vlastníků obaloven, kteří rozhodují o tom, kdo a za jakou cenu se soutěže zúčastní. Úřad tedy ke dni 11. 3. 2010 zahájil správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče – společnost COLAS CZ,

a. s., IČ 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha, za niž jedná Ing. Jaroslav Jarábek, MBA, předseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“).

4. Zadavatel k zahájení správního řízení uvedl, že napadaný požadavek je v souladu s platnými technickými předpisy (viz kapitola 7 TPK Hutněné asfaltové vrstvy, schváleno MDS obor pozemních komunikací, která obsahuje technické požadavky při výstavbě, opravách a údržbě pozemních komunikací). Bez uvedení dokladu o dispozici obalovnou nelze tyto požadavky posoudit a v rámci výběru dodavatele tak garantovat potřebnou kvalitu pokládky směsí. Proto nezáleží na velikosti objemu dodávky živichých směsí vzhledem k celkovému objemu dodávky. Podmínka stanovená uvedeným předpisem musí být splněna vždy. O diskriminaci či nerovné zacházení se v této souvislosti nemůže jednat, neboť zadavatel připustil možnost řešit tento kvalifikační aspekt i prostřednictvím subdodávky ve smyslu ustanovení § 51 odst. 4 zákona, aniž by jakkoliv plnění prostřednictvím subdodávek omezil. Případné odmítnutí navázání smluvního vztahu s navrhovatelem je pak výrazem čistě obchodního vztahu mezi samostatnými dodavatelskými subjekty. Záležitost zajištění včasné dodávky obalovaných směsí na stavbu je pro zadavatele zásadní ukazatel a jedna ze záruk kvalitně provedeného díla v návaznosti na jeho zkušenosti se zhoršenou kvalitou provedení obalovaných směsí u obdobných staveb realizovaných dříve.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 21. 6. 2010 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S82/2010/VZ-7645/2010/510/KČe (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že se návrh ve smyslu § 118 odst. 4 zákona zamítá.
6. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí poté, co shrnul obsah ustanovení § 6, § 50 odst. 2 a 3, § 51 odst. 1 a 4, § 56 odst. 3 písm. f) a § 56 odst. 7 zákona a odkázal na relevantní části zadávací dokumentace, mj. uvedl, že si zadávací dokumentaci vyzvedlo 24 dodavatelských subjektů a že z protokolu o otevírání obálek s nabídkami je zřejmé, že zadavatel ve lhůtě stanovené pro podání nabídek obdržel celkem devět nabídek. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, hodnotící komise u dvou z podaných nabídek, včetně nabídky navrhovatele, konstatovala nesplnění požadavku na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona doložením požadovaného dokladu o dispozici obalovnou, a zadavatel oba tyto uchazeče z účasti v zadávacím řízení vyloučil. Z nabídky navrhovatele, vyplývá, že doložil pouze čestné prohlášení, že „v případě výhry na předmětné akci si smluvně zajistí subdodavatele na dodávku živichých směsí, v souladu s podmínkami TKP PK, kap. 7.“. Z obsahu zbývajících hodnocených nabídek Úřad zjistil, že čtyři uchazeči disponují vlastní obalovnou, zbývajících tři uchazeči doložili v této souvislosti smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny. Vybraný uchazeč přitom k zajištění dodávky obalovaných směsí využije vlastní obalovnu.
7. Úřad dále v obecné rovině konstatoval, že účelem stanovení technických kvalifikačních předpokladů je zajištění realizace veřejné zakázky pouze takovými dodavateli, kteří k tomu mají prokazatelně dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno riziko zadavatele, že dojde ke zmaření základního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná

realizace veřejné zakázky. Zadavatelem uplatněné požadavky na splnění technických kvalifikačních předpokladů tedy mají zajistit, aby se o veřejnou zakázku ucházeli pouze dodavatelé, kteří jsou po stránce technické a materiální reálně schopni veřejnou zakázku splnit. Stanovení konkrétních požadavků je sice závislé na úvaze zadavatele, ten je však přitom vázán zejména ustanovením § 50 odst. 3 zákona, podle kterého je povinen rozsah požadované kvalifikace omezit pouze na informace a doklady s předmětem veřejné zakázky bezprostředně související. Poukázal také na obecně formulovanou povinnost podle § 6 zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákaz diskriminace, které se musí aplikovat i v otázce kvalifikace uchazečů. Zákaz diskriminace přitom obsahuje jak zákaz diskriminace „zjevné“, tak i zákaz diskriminace „skryté“, pokud tato vede k obdobným důsledkům. Samotná podstata zákazu tzv. „skryté“ diskriminace však neumožňuje pouhou mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by jednak nebyl ani reálně možný, a jednak byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči k plnění veřejné zakázky způsobilí. Účelem stanovení kvalifikačních předpokladů nepochybně je i vyřazení těch uchazečů, kteří k plnění způsobilí (kvalifikovaní) nejsou, přičemž o takovéto „legitimní selekci“ nelze hovořit jako o skryté diskriminaci.

8. Při posuzování otázky případné „skryté“ diskriminace zadávacích podmínek, spatřované navrhovatelem v souvislosti se stanovením požadavku na prokázání splnění technické kvalifikace dodavatele doložením dokladu o dispozici obalovnou, Úřad vycházel z následujících zjištěných skutečností:
- a. Požadavek zadavatele souvisí s předmětem veřejné zakázky a je koncipován v souladu s ustanoveními § 50 odst. 3, resp. § 56 odst. 3 písm. f) a odst. 7 zákona;
 - b. Zadavatel nevyloučil možnost prokázat předmětnou část kvalifikace pomocí subdodavatele, přičemž této možnosti využili tři z uchazečů, jejichž nabídky byly zadavatelem hodnoceny, a předmětný kvalifikační předpoklad prokázali doložením smlouvy s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí;
 - c. Zadavatel v rámci správního řízení doložil seznam, jemu známých a vzhledem k předmětu veřejné zakázky v úvahu přicházejících obaloven, a tedy neměl při koncipování předmětného požadavku relevantní důvod, a to i vzhledem k dostatečnému počtu těchto zařízení, očekávat, že bude předmětný požadavek pro potencionální uchazeče představovat problém;
 - d. Úřad v rámci sekce ochrany hospodářské soutěže posoudil rovněž oprávněnost argumentace, zda stanovením předmětného kvalifikačního požadavku nemohlo dojít k „ohrožení hospodářské soutěže“, a to s negativním výsledkem. Sekce hospodářské soutěže Úřadu v této souvislosti dospěla k závěru, že nic nenasvědčuje tomu, že by se uchazeči o některou ze zmíněných veřejných zakázek, vlastníci obalovny, dohodli na společném postupu při účasti na výběrovém řízení k těmto veřejným zakázkám a eliminovali tak účast uchazečů nevlastnících obalovny, neboť

existují i uchazeči o předmětnou veřejnou zakázku nevlastnící obalovnu, kteří nebyli zadavatelem vyloučeni z výběrového řízení, tudíž museli doložit smlouvu s vlastníkem obalovny. Není též jasné, kteří uchazeči o veřejnou zakázku se mezi sebou měli dohodnout. Nadto by dohoda mezi uchazeči o veřejné zakázky vlastníci obalovny nebyla realizovatelná bez účasti zadavatele, jinak by postrádala smysl. Dále sekce uvedla, že z hlediska konkurenčního je vlastnictví obalovny výhodné a nelze tedy bez dalšího konstatovat, že subjekty vlastníci obalovny při stanovení výše uvedené technické podmínky v zadávací dokumentaci musely nutně uzavřít zakázanou dohodu podle zákona o ochraně hospodářské soutěže. Principem dohod typu „bid rigging“ je schopnost stran dohody, uchazečů o veřejnou zakázku, určit vítěze dané soutěže.

9. Na základě výše uvedeného dospěl Úřad k závěru, že v postupu zadavatele při stanovení kvalifikačního požadavku na doložení dispozice obalovnou nespátřuje porušení zásady zákazu diskriminace, a proto návrh zamítl.
10. V další části odůvodnění se Úřad vyjádřil k dílčím námitkám podaného návrhu. Co se týče návrhu na provedení důkazů, uvedl Úřad, že dokumentace o veřejné zakázce pořízená zadavatelem byla od zadavatele vyžádána a ve smyslu ustanovení § 50 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) učiněna jedním z podkladů pro vydání tohoto rozhodnutí. Obdobně dokumentace o veřejné zakázce „III/03810 Hesov – most ev. č. 03810-006,007,008“ je jedním z podkladů pro vydání rozhodnutí ve správním řízení, zahájeném na návrh navrhovatele v souvislosti s touto veřejnou zakázkou a vedeném Úřadem samostatně pod sp. zn. ÚOHS-S79,S87/2010/VZ, ve kterém bude o návrhu navrhovatele samostatně rozhodnuto, a to i s přihlédnutím k případným možným souvislostem obou případů. K argumentaci navrhovatele, že zadavatel fakticky neproověřil možné dopravní cesty v souvislosti s transportem obalovaných směsí na staveniště, Úřad uvedl, že podle zadávacích podmínek měli uchazeči s doložením dispozice s obalovnou předložit rovněž „podrobný plán trasy pro včasnou dodávku asfaltových směsí z obalovny na staveniště tak, aby tento plán trasy bylo možno i prakticky ověřit.“ Jak vyplývá z nabídek hodnocených uchazečů, tito všichni v nabídce předmětný požadavek zadavatele doložili, a to formou vyznačení trasy v mapě s uvedením délky trasy dopravní vzdálenosti a dobou dojezdu (dovozu směsi na místo stavby). K argumentaci navrhovatele, že z žádného ustanovení zadávací dokumentace nevyplývá povinnost uchazeče dodávat obalované směsi z obalovny, kterou vlastní, případně má zajištěnu smluvní dodávku, Úřad konstatoval, že předmětný kvalifikační požadavek má, slovy zadavatele, „(...) garantovat potřebnou kvalitu pokládky směsí.“. Jedná se tedy o podstatnou náležitost, vyplývající ze zadávacích podmínek. Využití jiného zařízení než toho, na jehož základě vybraný uchazeč předmětnou způsobilost pro plnění veřejné zakázky prokazoval, by v takovém případě bylo nutné považovat za podstatnou změnu po uzavření smlouvy, neboť by znamenala změnu podmínek, které musel vybraný uchazeč i ostatní uchazeči o veřejnou zakázku splnit.

III. Námitky rozkladu

11. Proti rozhodnutí č. j. ÚOHS-S82/2010/VZ-7645/2010/510/KČe ze dne 21. 6. 2010 obdržel Úřad rozklad navrhovatele. K zjištěným skutečnostem a závěrům navrhovatel v první řadě namítá, že hlavním předmětem veřejné zakázky nejsou stavební úpravy, ale demolice dvou stávajících mostů a výstavba dvou nových mostů. Již samotné označení klasifikace předmětu veřejné zakázky a jeho následné převzetí do argumentace je pochybením, neboť Úřad si je povinen učinit úsudek o skutečném hlavním předmětu veřejné zakázky. Pokud není na takové posouzení dostatečně fundovaný, nic mu nebrání přizvat k hodnocení znalce. Uvedená zjištění neodpovídají objektivní skutečnosti a z navrhovatele neznámého důvodu je Úřad přizpůsobuje svému rozhodnutí (ačkoli logickým postupem je podle něj postup opačný).
12. Podmínky zadávací dokumentace podle § 56 zákona nemají pak podle navrhovatele se splněním technických kvalifikačních předpokladů nic společného. S odkazem na citaci § 50 odst. 1 písm. d) zákona sice připouští právo zadavatele vymezit požadavky na splnění kvalifikace, avšak zadavatel je povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky, přičemž doklady uvedené pod písm. f) ustanovení § 56 odst. 3 zákona jsou alternativou k dokladům podle písmen a) až e) téhož ustanovení. Předložil-li tedy navrhovatel zadavateli seznam dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, nemusel již dokladovat splnění technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 3 písm. f) zákona.
13. I proto navrhovatel označuje bod 43 napadeného rozhodnutí za rozporný s § 6 zákona, neboť dochází k diskriminaci uchazečů, kteří jsou k plnění předmětu veřejné zakázky zcela způsobilí a tuto způsobilost prokázali mj. splněním kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) až e) zákona. V tomto ohledu navrhovatel odkazuje na str. 036 až 038 své nabídky, kde dokládá provedení 130 děl, jež odpovídají svým druhem a rozsahem plnění předmětu veřejné zakázky, dále na strany 039 až 042, kde dokládá referenční listy o rozsahu, druhu a kvalitě jím provedených děl, a konečně na str. 043 až 050 nabídky, kde jsou doloženy certifikáty a průkazy způsobilosti k provádění stavebního díla. Úřad tedy nepřizpůsobil napadené rozhodnutí provedeným zjištěním, nýbrž tato zjištění přizpůsobil svému rozhodnutí.
14. Úřad tak dle názoru navrhovatele obhajuje požadavek zadavatele na nutnost dispozice uchazečů s obalovnou, aniž by k tomu byly jakékoli zákonné, technické, resp. kvalitativní důvody nebo výjimečnost veřejné zakázky. Tím schvaluje a podporuje porušování zákona a v konečném důsledku i hospodářské soutěže. Podle navrhovatele je na trhu přebytek výrobních kapacit výrobců asfaltového betonu a obalované směsi ve vztahu k poptávaným odběrům, a tedy není důvod pro jakékoli zásahy do dodavatelsko odběratelských vztahů již v procesu zadávání veřejné zakázky. Není proto důvod k obavám, že by kterýkoli uchazeč o veřejnou zakázku nebyl schopen potřebné množství asfaltového betonu a obalované směsi dodat. Požadavek na dispozici s obalovnou neumožňuje uchazečům získat nejvýhodnější cenu v reálném čase plnění, naopak umožňuje dosáhnout vyšší ceny této komodity.

15. Úřad se vůbec nepozastavil nad skutečností, že zadavatel stejným způsobem neřeší dodávku betonu, betonářské výztuže, bednění a skruže, přestože se na tato plnění vztahují přísné technické a kvalitativní podmínky a kvalita těchto plnění má fatální vliv na konečnou kvalitu díla. Není objektivně pochopitelné, v čem spočívá výjimečnost dodávky asfaltového betonu a obalované směsi již ve fázi zadávání veřejných zakázek oproti dalším dílčím dodávkám. Výsledná kvalita asfaltového betonu a obalované směsi navíc není závislá pouze na doložení dispozice s obalovnou. Zadavatel např. vůbec nepožaduje přehled nástrojů, pomůcek a provozních zařízení, jimiž bude výsledná kvalita garantována. Podmínka dispozice s obalovnou je tedy podmínkou na vlastnickém základu a vylučuje možnost dodávky kvalitní obalované asfaltové směsi od jiné osoby než od vlastníka obalovny. O ryze technickou podmínku by se jednalo tehdy, kdyby bylo ze strany uchazeče požadováno, aby dodávka asfaltového betonu a obalované směsi byla uskutečněna z obalovny, která je v dojezdové vzdálenosti, případně že asfaltový beton a obalovaná směs musí při pokládce splňovat konkrétní parametry.
16. Navrhovatel dále napadenému rozhodnutí vytýká, že se v něm Úřad nevypořádal s námitkou, že zadavatel navrhovateli nedoručil rozhodnutí o jeho vyloučení, což vyplývá i z obsahu spisu. Doručení přitom je výslovný požadavek zákona, stejně jako zákaz uzavřít smlouvu či zrušit zadávací řízení před uplynutím lhůty pro podání nabídek. Stejně tak navrhovateli nebylo doručeno rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Rozhodnutí zadavatele o navrhovatelově vyloučení tak je nepřezkoumatelné, nadto byl navrhovatel zbaven možnosti podat proti tomuto rozhodnutí námitky. Tím, že zadavatel následně uzavřel v zadávacím řízení smlouvu, se dopustil správního deliktu podle § 120 zákona.
17. Co se týče podezření z porušení hospodářské soutěže, navrhovatel se neztotožňuje se závěry Úřadu. Podle jeho mínění Úřad neprovedl navrhované důkazy a z důkazů, které jsou součástí spisu, učinil nesprávný závěr. Navrhovatel odkazuje na rozhodnutí slovenského Úřadu pre verejné obstarávanie ve věci města Humenné (číslo rozhodnutí 1128-174-700/2009) a vyjadřuje podiv nad tím, že postupy při zadávání veřejných zakázek nejsou stejným způsobem zajišťovány v rámci celého Evropského společenství. S ohledem na výše uvedené navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

18. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S82/2010/VZ-10161/2010/510/KČe ze dne 12. 7. 2010 ostatním účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. K rozkladu se vyjádřil pouze zadavatel a odkázal na svá dřívější podání s tím, že výklad zákona ponechává na rozkladové komisi.
19. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
20. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal

v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

21. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S82/2010/VZ-7645/2010/510/KČe ze dne 21. 6. 2010 rozhodl, že se oba podané návrhy ve smyslu § 118 odst. 4 zákona zamítají, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil.

V. K námitkám rozkladu

22. Úvodem uvádím, že rozklad obsahuje řadu argumentů, které již byly vzneseny ve správním řízení prvního stupně a se kterými se také již Úřad dostatečným způsobem vypořádal v napadeném rozhodnutí. Přestože je část odůvodnění napadeného rozhodnutí vytýkána nepřezkoumatelnost, nedospěl jsem k závěru, že by z něj nebylo seznatelné, jakými úvahami byl Úřad při rozhodování veden, z jakých podkladů a důkazů vycházel a jak je vyhodnotil. V rozkladech se nadto objevuje i argumentace nová, v předchozích fázích správního řízení neuplatněná, s níž se však orgán dohledu v napadeném rozhodnutí vypořádat nemohl a o které bude proto pojednáno níže.
23. K výkladu pojmu „skrytá diskriminace“ uvádím, že dle ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu vysloveného např. v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, je nejčastější formou porušení zákazu diskriminace situace, kdy zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku (tj. diskriminace zjevná). Na druhou stranu, za formu 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 (tzv. diskriminace skrytá). Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 zákona, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.
24. Nejvyšší správní soud však v tomtéž rozsudku připustil limity konceptu skryté diskriminace, a vyjádřil se v tom smyslu, že samotná podstata zákazu skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potenciaální uchazeče stejné dopady. Takový požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takové (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci; v absolutním měřítku i samotný požadavek na

kvalifikaci je v rozporu se zásadou rovnosti. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno jí vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Nejvyšší správní soud tudíž připustil, že nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat. V každém případě musí být při rozhodování ponechán prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky.

25. Zbývá tedy odpovědět na otázku, zda se orgán dohledu, veden shora nastíněným ustáleným pojetím skryté diskriminace, dostatečně věnoval „testu přiměřenosti“, kterému musí ve světle citované judikatury technický kvalifikační požadavek na dispozici uchazeče s obalovnou vyhovět.
26. K otázce přiměřenosti technických kvalifikačních předpokladů uvádím, že jak vyplývá z vyjádření zadavatele, ten z důvodu negativní zkušenosti při realizaci jiných, obdobných veřejných zakázek, považoval za podstatné zajistit při realizaci přezkoumávané veřejné zakázky dodání asfaltových betonů a obalovaných směsí způsobem, který zaručí požadovanou kvalitu pokládky. V zadávací dokumentaci stanovil, že: „Doba přepravy nesmí překročit při teplotě vzduchu 15°C a nižší 1 hodinu, v ostatních případech 1,5 hodiny, při použití homogenizátorů lze tyto doby prodloužit na 2 hodiny.“. Za tímto účelem zadavatel požadoval, aby uchazeči doložili buď doklad o vlastnictví obalovny, nebo smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí, včetně podrobného plánu trasy pro včasnou dodávku asfaltových směsí z obalovny na staveniště tak, aby tento plán trasy bylo možné i prakticky ověřit.
27. Jak již konstatoval orgán dohledu v napadeném rozhodnutí, požadavek zadavatele souvisí s předmětem veřejné zakázky a je koncipován v souladu s ustanoveními § 50 odst. 3, resp. § 56 odst. 3 písm. f) a odst. 7 zákona. Zadavatel dále v zadávacích podmínkách nevyločil možnost prokázat předmětnou část kvalifikace pomocí subdodavatele, přičemž této možnosti využili tři z deseti uchazečů, kteří podali nabídku, a předmětný kvalifikační předpoklad prokázali doložením smlouvy s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí. Navíc zadavatel ve správním řízení doložil seznam jemu známých v úvahu přicházejících obaloven, jejichž množství nenasvědčuje tomu, že by mělo být pro uchazeče problémem požadavek zadavatele splnit. Rovněž nebylo prokázáno jakékoli narušení hospodářské soutěže zakázanou dohodou, z níž by zejména vyplývala snaha o "bojkot" některého dodavatelského subjektu.
28. V obou stupních správního řízení byla vznesena námitka nadbytečnosti podmínky vlastnictví obalovny či sjednaného subdodavatelského vztahu s vlastníkem obalovny již ve fázi zadávacích podmínek, neboť situace na trhu nenasvědčuje tomu, že by nebylo možné zajistit

dodávku asfaltového betonu a obalovaných směsí až po uzavření smlouvy (sám navrhovatel uvádí, že existuje cca 23 obaloven v relevantní vzdálenosti). Je třeba předně poznamenat, že tvrzení o fungující hospodářské soutěži na trhu dodávky asfaltového betonu a obalovaných směsí je poněkud v rozporu s tvrzením, že navrhovatel neměl reálnou možnost uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí s některým z vlastníků obaloven, potažmo i s podezřením na existenci kartelové dohody (které, jak bude v podrobnostech uvedeno níže, nebylo prokázáno).

29. Na druhou stranu je třeba uznat, že uzavření smlouvy o smlouvě budoucí již ve fázi zadání veřejné zakázky nemuselo být zcela nezbytné a že tomuto uzavření mohla v některých případech bránit skutečnost, že vlastník obalovny sám zamýšlel se zúčastnit soutěže o přezkoumávanou veřejnou zakázku a že tím pádem nebyl ochoten (nemohl) uzavřít smlouvu s případným konkurentem. Tři podané nabídky, jejichž součástí byla právě smlouva o smlouvě budoucí, však zároveň dokazují, že se nejednalo o požadavek nesplnitelný. Je nepochybné, že se subjekty vlastníci obalovny nacházejí vůči těm subjektům, kteří ji nemají, ve výhodnějším, nezávislejších a konkurenceschopnějších postavení, a že těmto subjektům nelze upřít právo zvolit si smluvního partnera či odmítnout smluvní vztah s určitým subjektem uzavřít. Je to ale právě ona faktická nerovnost účastníků na trhu, v přezkoumávaném případě spočívající v různé technické vybavenosti, která představuje situaci, o níž se hovoří v judikatuře Nejvyššího správního soudu, v níž z logiky věci nemohou mít zadavatelem požadované kvalifikační předpoklady na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Cílem kvalifikačních předpokladů je, jak již bylo výše uvedeno, zajistit, aby byla veřejná zakázka provedena dostatečně způsobilým uchazečem, nikoli uměle a za každou cenu nivelizovat faktickou různorodost uchazečů.
30. Lze také sice souhlasit s navrhovatelem v tom směru, že vlastnictví určitého zařízení samo o sobě kvalitu dodávky nezaručí, zákon však zadavateli dává možnost, aby v rámci prokazování kvalifikace, mj. tak jako v šetřeném případě, přehled o provozních a technických zařízeních, které bude mít dodavatel k dispozici, u něj tímto způsobem ověřil [§ 56 odst. 3 písm. f) zákona], a nelze mu tedy vytýkat, že této zákonem a probrané možnosti využívá, to vše samozřejmě za současného splnění podmínky proporcionality. Pro úplnost dodávám, že žádným účastníkem nebyla zpochybněna souvislost zadavatelova požadavku na dodávku asfaltového betonu a obalovaných směsí s předmětem veřejné zakázky. Součástí skladby vozovky jsou podle zadávací dokumentace i asfaltové betony a obalované kamenivo ve skladbě a rozsahu podle projektové dokumentace a výkazu výměr. Co se týče poukazu na skutečnost, že asfaltový beton a obalované směsí tvoří jen asi 5 % předmětu veřejné zakázky, uvádím, že v daném případě nelze odvozovat důležitost části předmětu veřejné zakázky pouze matematicky a že je i na zadavateli, na jakou vlastnost požadovaného předmětu plnění bude klást důraz.
31. Co se týče rozdílu mezi počtem uchazečů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci a kteří nakonec nabídku podali, uvádím, že není ojedinělým jevem, že část uchazečů od záměru podat nabídku upustí poté, co se v podrobnostech seznámí se zadávacími podmínkami. Důvodů, proč k takovému rozhodnutí dojde, je celá řada a nelze je bez dalšího redukovat

pouze na hrozící nesplnění jedné ze zadávacích podmínek (v přezkoumávaném případě se jednalo např. také o neschopnost uchazeče dodat předmět plnění v požadovaném termínu).

32. Konečně k námitce, že zadavatel nevznesl obdobný požadavek jako v případě asfaltových betonů a obalovaných směsí taktéž na dodávku a pokládku betonu, jež podle slov navrhovatelů podléhá minimálně stejně přísným pravidlům, mi nezbyvá než znovu poukázat na to, že je čistě na zadavateli, jaké technické kvalifikační požadavky vůči uchazečům vznesl a na jakou vlastnost bude při realizaci veřejné zakázky klást důraz. Zákon neuvádí, zda zadavatel musí vyžadovat přehled všech prostředků a zařízení nutných pro realizaci zadávané stavby nebo jen těch, které považuje pro ověření schopnosti dodavatele veřejnou zakázku realizovat za důležité. Volba zůstává na zadavateli, který je limitován obecně ustanovením § 6 zákona, a přímo v souvislosti s požadavky na kvalifikaci pak ustanovením § 50 odst. 3 a § 56 odst. 7 zákona. Je však otázkou, zda by navrhovatelé neměli shodné výhrady a námitky i vůči požadavkům na dodávku betonu, kdyby skutečně byly ze strany zadavatele učiněny součástí kvalifikačních předpokladů.
33. Dospěl-li tedy Úřad v napadeném rozhodnutí k závěru, že jsou splněny všechny podmínky ustanovení § 56 odst. 7 zákona, zejména že v zadávacích podmínkách došlo k vymezení minimální úrovně kvalifikačních předpokladů přiměřeně podle druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, neshledávám důvod, proč se od jeho závěrů odchýlit. Jsem naopak stejně jako orgán dohledu přesvědčen, že požadavek zadavatele na dispozici uchazeče s obalovnou tak, aby byla zajištěna požadovaná kvalita asfaltového betonu a obalované směsi, je přiměřený.
34. K otázce doručování pak konstatuji, že jak vyplývá z předložené dokumentace, zadavatel o vyloučení navrhovatele rozhodl dne 8. 3. 2010 s tím, že s touto skutečností byl navrhovatel seznámen dopisem pověřené osoby ze dne 9. 3. 2010, a to včetně uvedení důvodů jeho vyloučení, a to shodně s obsahem rozhodnutí zadavatele. Předmětné oznámení o jeho vyloučení navrhovatel podle dodejky obdržel dne 10. 3. 2010. Navrhovatel tedy nebyl krácen o své právo podat v této souvislosti proti svému vyloučení námitky, tak jak vyvozuje ve svém rozkladu, neboť předmětnou skutečnost mu zadavatel prostřednictvím pověřené osoby ve smyslu ustanovení § 60 odst. 2 zákona písemně oznámil. Námitku, že neobdržel oznámení o výběru nejvhodnější nabídky, navrhovatel uplatnil až v rámci podaného rozkladu.
35. Stran alternativního vztahu § 56 odst. 3 písm. a) až e) a § 56 odst. 3 písm. f) zákona konstatuji, že zadavatel v rámci prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může požadovat doložení dokladů uvedených taxativně v § 56 odst. 3 písm. a) až f) zákona. Tato jednotlivá kvalifikační kritéria však nejsou vzájemně alternativní, jak v rozkladu vyvozuje navrhovatel, a nelze tedy akceptovat jeho názor, že pokud uchazeč prokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona, prokázal tím současně i splnění technického kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 56 odst. 3 písm. f) zákona.

36. Z podaného rozkladu není zcela zřejmé, z čeho navrhovatel alternativní vztah citovaných liter § 56 odst. 3 zákona odvozuje; lze předpokládat, že tak činí na základě spojky „nebo“ na konci § 56 odst. 3 písm. e) zákona. Uvedená spojka „nebo“ sice alternativní vztah naznačuje, nicméně nikoli v tom smyslu, jak ho navrhovatel chápe. Podstatou ustanovení § 56 odst. 3 je výčet dokladů, které může zadavatel po uchazečích požadovat ke splnění technických kvalifikačních předpokladů, přičemž zadavatel může požadovat jak všechny skupiny dokladů, tak jen některé z nich. Výklad podaný navrhovatelem, podle něhož je splnění požadavku uvedeného v § 56 odst. 3 písm. f) zákona vyloučeno současně uplatněným požadavkem zadavatele na předložení (některých či všech) dokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) až e) zákona, nelze přijmout.
37. K odkazu navrhovatelů na rozhodnutí Úradu pre verejné obstarávanie Slovenskej republiky, číslo rozhodnutí 1128-174-7000/2009 ze dne 4.1.2010, který podle jejich názoru rozhodoval v téměř identické věci, uvádím, že příslušné předpisy Evropských společenství jsou implementovány do národních zákonných norem jako základní standard. Při posuzování postupu zadavatele podle zákona je však třeba vycházet výhradně z ustanovení národní zákonné normy, s přihlédnutím k zadávacím směrnícím, to ve všech souvislostech šetřeného případu. Rozhodovací praxe Úradu pre verejné obstarávanie tedy není a ani nemůže být pro rozhodování Úřadu směrodatná. Pro úplnost dodávám, že argumentace rozhodovací praxí Úradu pre verejné obstarávanie se poprvé objevuje teprve v podaném rozkladu, a tudíž se s ní orgán dohledu nemohl vypořádat v odůvodnění napadeného rozhodnutí.
38. K výhradám, které se týkají závěrů šetření sekce hospodářské soutěže, odkazuji nejprve na ustanovení § 21 odst. 3 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, podle něhož je návrh na zahájení řízení směřující proti soutěžitelům, kteří jsou účastníky dohod narušujících hospodářskou soutěž (...), podnětem k šetření, o jehož přijetí, odmítnutí či postoupení jinému orgánu Úřad písemně vyrozumívá navrhovatele bez vydání rozhodnutí. Úřad (resp. jeho sekce ochrany hospodářské soutěže) proto zahajuje správní řízení z moci úřední a teprve v okamžiku, kdy existenci porušení hospodářské soutěže nasvědčuje dostatek indicií. V přezkoumávaném případě žádná taková indicie nevyšla najevo, a tudíž nebyl shledán důvod pro zahájení správního řízení a pro podrobnější šetření. Z uvedeného závěru potom orgán dohledu vycházel v napadeném rozhodnutí. Použití slovního spojení „s vysokou pravděpodobností“, jež se stalo terčem kritiky navrhovatelů, nijak nezeslabuje hodnověrnost a pečlivost provedeného „předběžného“ šetření (tj. šetření před zahájením správního řízení, jehož účelem je zjistit, zda je vůbec na místě takové správní řízení zahajovat).

VI. Závěr

39. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

40. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

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

Vypraveno dne:

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