



UOHSX0036WVM

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R84,85/2010/VZ-14302/2010/310/JSI

V Brně dne: 2. listopadu 2010

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

- společností **SDS EXMOST, spol. s r. o.**, IČ 49454501, se sídlem Údolní 413/66, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Pavel Jankůj, jednatel,

a 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-S79,S87/2010/VZ-7082/2010/510/KČe ze dne 21. 6. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Kraje Vysočina**, IČ 0890749, se sídlem Žižkova 57, 587 33 Jihlava, za něhož jedná MUDr. Jiří Běhounek, hejtman, učiněných ve veřejné zakázce s názvem „**III/03810 Hesov – most ev. č. 03810-006, 007, 008**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 1. 2. 2010 pod evidenčním číslem 60041270, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **Skanska, a. s.**, IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha, za niž jedná Ing. Dan Ťok a Ing. Patrik Choleva, předseda a místopředseda 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-S79,S87/2010/VZ-7082/2010/510/KČe ze dne 21. 6. 2010

potvrzuji

a podané rozklady

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 1. 2. 2010 pod evidenčním číslem 60041270 oznámení otevřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „III/03810 Hesov – most ev. č. 03810-006, 007, 008“. 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 zadávacích podmínkách v rámci požadavků na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů stanovil mj. požadavek, že „dle § 56 odst. 3) písm. f) zákona je dodavatel povinen do nabídky doložit 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 možno i prakticky ověřit (dále také jen ‚doklad o dispozici obalovnou‘). Dobu skladování v zásobníku a dobu dopravy asfaltových směsí je nutné omezit, aby nedošlo k jejímu znehodnocení.“ Jako minimální úroveň citovaného kvalifikačního předpokladu zadavatel stanovil, že: „Dopravu je třeba řídit tak, aby byl zajištěn plynulý postup pokládky a musí být vedena nejkratší cestou. Doba přepravy 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. Doba skladování v silech smí být maximálně 2 hod., přičemž ale celková doba od výroby do pokládky nesmí překročit 3,5 hod. Během přepravy a čekání musí být asfaltová směs vždy zakryta. Přeprava přes čerstvě položenou směs není povolena. Dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu a zákonem požadovaným nebo dovoleným způsobem, bude zadavatelem z účasti v zadávacím řízení vyloučen.“

3. Úřad obdržel návrh společnosti FIRESTA – Fišer, rekonstrukce, stavby, a. s., IČ 25317628, se sídlem Mlýnská 68, 602 00 Brno, (dále jen „navrhovatel FIRESTA“), neboť jeho námítkám proti zadávacím podmínkám ze dne 18. 2. 2010 [konkrétně proti požadavku na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona] zadavatel rozhodnutím ze dne 1. 3. 2010 nevyhověl. Navrhovatel FIRESTA 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“ vlastníkům 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 FIRESTA a vybraného uchazeče – společnost Skanska, a. s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha (dále jen „vybraný uchazeč“). Úřad obdržel návrh navrhovatele FIRESTA dne 11. 3. 2010 a tímto dnem bylo tedy zahájeno správní řízení sp. zn. ÚOHS-S79/2010/VZ.
4. Úřad obdržel také návrh společnosti SDS EXMOST, spol. s r. o., IČ 49454501, se sídlem Údolní 413/66, 602 00 Brno (dále jen „navrhovatel SDS EXMOST“), neboť zadavatel rozhodnutím ze dne 8. 3. 2010 nevyhověl jeho námítkám podaným dne 25. 2. 2010 proti zadávacím podmínkám, resp. proti výše citovanému požadavku na prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů (v podrobnostech viz předchozí odstavec). Navrhovatel SDS EXMOST sice nezpochybnil právo zadavatele vyžadovat splnění těchto podmínek, na druhé straně je však nemůže akceptovat za situace, kdy v relevantním okruhu od místa plnění jsou veškeré obalovny ve vlastnictví potenciálních dodavatelů. V tomto směru odkázal na odůvodnění rozsudku Evropského soudního dvora (dále „ESD“) č. C-360/89 ze dne 3. 7. 1992, podle kterého „(...) čl. 59 Smlouvy o založení ES zakazuje nejenom zjevnou diskriminaci odůvodněnou státní příslušností, ale všechny skryté formy diskriminace, které aplikací jiných kritérií rozlišování vedou ke stejnému výsledku.“ Navrhovatel je přesvědčen, že se zadavatel formulací předmětného kvalifikačního předpokladu dopustil skryté formy diskriminace a umožnil podání nabídek pouze dodavatelům v regionu obalovny. Úřad tedy ke dni 19. 3. 2010 oznámil zahájení druhého správního řízení sp. zn. ÚOHS-S82/2010/VZ o přezkoumání úkonů zadavatele, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele SDS EXMOST a vybraného uchazeče.
5. Zadavatel k zahájení obou správních řízení prakticky shodně 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 živičných 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.

6. K zajištění účelu správních řízení sp. zn. ÚOHS-S79/2010/VZ a sp. zn. ÚOHS-S82/2010/VZ Úřad usnesením obě správní řízení spojil, neboť se týkají téže veřejné zakázky.

II. Napadené rozhodnutí

7. Dne 21. 6. 2010 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S79,S87/2010/VZ-7082/2010/510/KČe (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že se oba návrhy ve smyslu § 118 odst. 4 zákona zamítají.
8. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad 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 27 dodavatelských subjektů a že z protokolu o otevírání obálek s nabídkami je zřejmé, že zadavatel ve lhůtě stanovené pro podání nabídek obdržel celkem deset nabídek. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, hodnotící komise u dvou z podaných nabídek, včetně nabídky navrhovatele FIRESTA, 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 FIRESTA vyplývá, že doložil pouze čestné prohlášení, že „v případě výhry na předmětné akci si smluvně zajistí subdodavatele na dodávku živičných směsí, v souladu s podmínkami TKP PK, kap. 7.“. Navrhovatel EXMOST pak v předmětném zadávacím řízení nabídku nepodal vůbec. Z obsahu zbývajících hodnocených nabídek Úřad zjistil, že pět uchazečů disponuje vlastní obalovnou, zbývajících tři uchazeči doložili v této souvislosti smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny (každý s jiným subjektem). Vybraný uchazeč přitom k zajištění dodávky obalovaných směsí využije vlastní obalovnu.
9. 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 v souladu s ust.

§ 6 zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu 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 potenciální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by jednak nebyl ani reálně možný, a jednak by byl 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.

10. Při posuzování otázky případné „skryté“ diskriminace zadávacích podmínek, spatřované oběma navrhovateli 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 potenciální uchazeče představovat problém;
 - d. Úřad v rámci Sekce hospodářské soutěže posoudil rovněž oprávněnost argumentace navrhovatelů, 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 nevlastníků obalovny, neboť existují i uchazeči o předmětné veřejné zakázky nevlastníci obalovny, 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 vlastníky 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 ve smyslu zákona o ochraně hospodářské soutěže. Principem dohod typu „bid rigging“ je schopnost stran dohody – uchazečů o veřejnou zakázku – určit vítěze dané soutěže.

11. 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 oba návrhy zamítl.
12. V další části odůvodnění se Úřad vyjádřil k dalším dílčím námitkám podaných návrhů. Co se týče návrhů 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 „II/602 hr. kraje – Pelhřimov, 5. stavba“ je jedním z podkladů pro vydání rozhodnutí ve správním řízení, zahájeném na návrh navrhovatele FIRESTA v souvislosti s touto veřejnou zakázkou a vedeném Úřadem samostatně pod sp. zn. ÚOHS-S82/2010/VZ, ve kterém bude o návrhu navrhovatele FIRESTA samostatně rozhodnuto, a to i s přihlédnutím k případným možným souvislostem obou případů. K argumentaci navrhovatele FIRESTA, 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 FIRESTA, 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 rozkladů

Rozklad navrhovatele SDS EXMOST

13. Proti napadenému rozhodnutí orgánu dohledu byl Úřadu doručen rozklad navrhovatele SDS EXMOST. Ten v jeho úvodu odkazuje na § 6 a § 56 odst. 7 zákona a na směrnici Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále též jen „zadávací směrnice“), v nichž jsou upraveny základní principy právní úpravy zadávání veřejných zakázek, tj. zásada transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Všechny právní úpravy podle slov navrhovatele SDS EXMOST ukládají veřejnému zadavateli v případě požadavku na

prokázání splnění konkrétního kvalifikačního předpokladu určitá omezení spočívající v povinnosti veřejného zadavatele přizpůsobit svůj požadavek druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, jinými slovy, požadavek zadavatele musí být přiměřený. Svou argumentaci podporuje i odkazy na legislativu Slovenské republiky a rozhodovací praxi Úradu pre verejné obstarávanie, konkrétně na rozhodnutí ve věci města Humenné (číslo rozhodnutí 1128-174-700/2009), které se zabývalo přezkoumáním prakticky totožného kvalifikačního požadavku, s tím, že všechny orgány dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v EU by měly shodnou problematiku rozhodovat shodně. V citovaném případě města Humenné požadoval zadavatel doklady o zabezpečení dodávky rozhodujících stavebních materiálů, konkrétně ocelových profilů, betonových a živičných (asfaltových) směsí. Úrad pre verejné obstarávanie konstatoval, že není důvod, aby se zájemce před smluvní realizací veřejné zakázky zavazoval k odběru materiálů, když může uvedené materiály zabezpečit výhodněji až při samotné realizaci, dále uvedl, že tyto podmínky účasti by měly opodstatnění pouze v případě, že by uchazeč měl dokladovat zabezpečení dodávky stavebního materiálu od konkrétního dodavatele, přičemž asfaltové povrchy tvoří jen 4,5 % předpokládaných rozpočtových nákladů, a konečně nelze vyloučit existenci kartelových dohod. Navrhovatel v této souvislosti dodává, že i v přezkoumávaném případě představuje pokládka asfaltových směsí jen asi 5 % celkového předmětu veřejné zakázky, a tudíž neobstojí ani argumentace, že bez předložení dokladu o dispozici obalovnou nelze vyhodnotit a posoudit uchazečovu garanci potřebné kvality.

14. Navrhovatel SDS EXMOST vyjadřuje dále v podaném rozkladu názor, že Úřad se z věcného hlediska nezabýval důsledně a vyčerpávajícím způsobem s vysloveným podezřením na naplnění „skryté diskriminace“ ze strany zadavatele, a to při zohlednění prokazatelně existujících majetkových propojení uchazečů M-SILNICE, STRABAG, EUROVIA, SWIETELSKY, COLAS a Skanska, jak uvedl rovněž navrhovatel FIRESTA. Neobstojí ani odkaz na závěry šetření sekce hospodářské soutěže, neboť ta používá ve svém sdělení alibistické formulace. V této souvislosti se navrhovatel SDS EXMOST dotazuje, zda bude prováděno nad rámec „předběžného šetření“ ještě nějaké šetření další a jaká konkrétní míra „vysoké pravděpodobnosti“ toho, že nedošlo k uzavření zakázané dohody mezi uchazeči, je třeba. Při objasňování této otázky by měla příslušná sekce důsledně vycházet z ustanovení čl. 81 odst. 1 Smlouvy o založení Evropských společenství [pozn.: čl. 102 písm. c) Smlouvy o fungování EU]. Navrhovatel SDS EXMOST dodává, že kartelová dohoda nemusí nutně mít písemnou podobu, a je bytostně přesvědčen, že v důsledku postupu zadavatele došlo k narušení hospodářské soutěže i přesto, že zadavatel obdržel 10 nabídek. Dále vzhledem k tomu, že by zadavatel měl formulovat zadávací podmínky vždy tak, aby nenarušil hospodářskou soutěž, měl by Úřad při rozhodování postupovat dle právní zásady „*lex superior derogat inferiori*“ a aplikovat ustanovení čl. 81 Smlouvy o založení ES namísto § 56 odst. 3 písm. f) zákona.
15. V další části podaného rozkladu rozvádí navrhovatel SDS EXMOST svůj názor, že prokázání kvality dodávek živičných směsí by zadavatel dosáhl i v případě, že by požadavek na doložení dokladu o dispozici obalovnou stanovil až pro vybraného uchazeče jako součást jeho povinnosti poskytnout zadavateli řádnou součinnost potřebnou k uzavření smlouvy. Pokud by vybraný uchazeč kontrahoval dodávku obalovaných směsí až po výběru nejvhodnější nabídky, mohl by vybírat z více dodavatelů a dosáhnout snížení nákladů. Navrhovatel SDS

EXMOST opakuje, že zadavatel stanoví pro uchazeče nepřiměřeně přísné podmínky pro doložení zajištění dodávek obalových směsí, jež tvoří cca 5 % rozsahu veřejné zakázky a které fakticky eliminují účast řady případných uchazečů o veřejnou zakázku (z 27 uchazečů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, podalo nabídku jen 10). Pro ilustraci navrhovatel SDS EXMOST uvádí, že dodávky na celou veřejnou zakázku je obalovna schopna dodat během cca 4 hodin. Zadání veřejné zakázky tak není vedeno snahou o prokázání dostatečné technické způsobilosti uchazečů a namísto toho nedůvodně omezuje veřejnou soutěž a diskriminuje mnohé uchazeče. V této souvislosti navrhovatel SDS EXMOST doplňuje, že zadavatel k dodávkám betonových směsí, na jejichž pokládku jdou kladeny stejné nebo dokonce ještě vyšší technické nároky, žádné požadavky nestanoví, což je buď výsledkem neznalosti technických podmínek, nebo výsledkem podlehnutí lobby majitelů obaloven. Navrhovatel SDS EXMOST je přesvědčen, že kvalitu pokládky lze zajistit odborným technickým dozorem při realizaci stavby.

16. Hovoří-li dále orgán dohledu o „legitimní selekci“ dodavatelů, která není skrytou diskriminací, pak se jedná o vadný výklad zákona. Oba navrhovatele rozhodně za nezpůsobilé k realizaci veřejné zakázky považovat nelze, aniž doložili nebo nedoložili požadované doklady o zajištění dodávek obalovaných směsí, neboť obě tyto společnosti obdobné zakázky standardně realizují. Jakkoli tedy navrhovatel SDS EXMOST v zásadě souhlasí, že nelze předpokládat, že by požadavky zadavatele mohly mít zcela totožné dopady na všechny uchazeče, nelze akceptovat takové zadání, které obsahuje zcela neopodstatněný až šikanózní požadavek na prokázání dispozice s obalovnami již ve fázi podání nabídek a které vede k tomu, že nabídku je schopno podat jen omezené množství uchazečů, a to zpravidla těch, kteří vlastní či spoluvlastní v dané lokalitě obalovnu, což fakticky vede k tomu, že vybraná nejvhodnější nabídka je jen nejvhodnější z omezeného počtu podaných nabídek, ačkoli zadavatel mohl dosáhnout levnější nejvhodnější nabídky. K ilustraci poukazuje navrhovatel SDS EXMOST na rozdíl mezi jeho nabídkou a nabídkou vybraného uchazeče.
17. Taktéž argumentaci orgánu dohledu odkazem na § 50 odst. 3 a § 56 odst. 3 písm. f) zákona nepovažuje navrhovatel SDS EXMOST za dostatečnou (a tudíž přezkoumatelnou), neboť Úřad se nikde nezabývá otázkou přiměřenosti zadavatelova požadavku z hlediska rozsahu dodávek obalovaných směsí (tvoří pouhých 5 % celkového rozsahu díla). Navrhovatel SDS EXMOST tak stále trvá na porušení § 6 a § 56 odst. 7 zákona, přičemž zdůrazňuje, že naposledy jmenované ustanovení nelze vykládat samostatně, ale jedině v kontextu s ostatními ustanoveními (zejména s § 6 zákona). Tuto souvztažnost však Úřad zcela opominul. Dále se Úřad ani nezabýval tím, kolik z oněch 17 uchazečů upustilo od podání nabídky z důvodu předemtné podmínky zadavatele, přičemž minimálně navrhovatele SDS EXMOST je nutné do této skupiny začlenit, neboť nabídku nepodal právě proto, že nebyl schopen doložit subdodavatelskou smlouvu s žádnou obalovnou. Argument orgánu dohledu, že zadavatel připustil prokázání kvalifikačního požadavku subdodavately, tak neobstojí a neprokazuje, že je zadavatelův požadavek v souladu se zákonem. V této souvislosti navrhovatel SDS EXMOST uvádí, že na uzavření smlouvy s obalovnou není právní nárok a také v případě navrhovatele SDS EXMOST byly jeho žádosti o uzavření smlouvy buď ignorovány, nebo odmítnuty s odůvodněním, že vlastník obalovny hodlá nabídku podat sám (vlastníky většiny obaloven je 5 ze zájemců, kteří podávali nabídky). Zadavatel evidentně ani před vyhlášením

veřejné zakázky nezjišťoval vlastnickou strukturu obaloven, a tedy nevzal v úvahu všechny skutečnosti a podklady; navrhovatel SDS EXMOST trvá na tom, že předmětný požadavek byl spíše výsledkem lobbyistických tlaků než nedbalosti. Použití argumentu, že zadavatel neměl tušení, že by tento požadavek mohl uchazečům činit problémy, v odůvodnění rozhodnutí, je alarmující a svědčí o neobjektivním přístupu orgánu dohledu k celé věci. Pokud by rozhodnutí zůstalo v platnosti, hrozí navrhovateli značná škoda v podobě ušlého zisku z veřejné zakázky, z jejíž realizace byl neoprávněně vyloučen.

18. Úřad také zcela odhlédl od bodu 7.9. návrhu smlouvy, která umožňuje, aby dodavatel kdykoli změnil jakéhokoli svého dodavatele, tj. i dodavatele obalovaných směsí. Tato podmínka opět pouze podtrhuje neoprávněnost a nedůvodnost zadavatelova požadavku. Z výše uvedených důvodů navrhovatel SDS EXMOST žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí jako nesprávné zrušil a podle § 118 odst. 1 zákona zrušil i přezkoumávané zadávací řízení.

Rozklad navrhovatele FIRESTA

19. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad také rozklad navrhovatele FIRESTA. K zjištěným skutečnostem a závěrům tento v první řadě namítá, že hlavním předmětem veřejné zakázky nejsou stavební úpravy, ale demolice tří stávajících mostů, výstavba tří nových mostů a jednoho provizorního mostu. Podmínky zadávací dokumentace podle § 56 zákona nemají se splněním technických kvalifikačních předpokladů nic společného. S odkazem na citaci § 50 odst. 1 písm. d) zákona navrhovatel FIRESTA 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 FIRESTA zadavateli seznam dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, nemusel již dokladovat splnění technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 3 písm. f) zákona. I proto 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 FIRESTA odkazuje na str. 041 až 045 své nabídky, kde dokládá provedení 130 děl, jež odpovídají svým druhem a rozsahem plnění předmětu veřejné zakázky, dále na strany 041 až 045, kde dokládá referenční listy o rozsahu, druhu a kvalitě jím provedených děl, a konečně na str. 046 až 052 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.
20. Úřad tak dle názoru navrhovatele FIRESTA obhájí 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 FIRESTA je na trhu přebytek výrobních kapacit výrobců asfaltového betonu a obalované směsi ve vztahu k poptávaným odběřům, a tedy není důvod pro jakékoli zásahy do dodavatelstvo

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.

21. 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.
22. Co se týče podezření z porušení hospodářské soutěže, navrhovatel FIRESTA se neztotožňuje se závěry Úřadu. Podle jeho mínění Úřad neprovedl navrhované důkazy a z důkazů, které jsou součástí spisu, učinil nesprávný závěr. Stejně jako navrhovatel SDS EXMOST odkazuje i navrhovatel FIRESTA na rozhodnutí slovenského Úřadu pre verejné obstarávanie ve věci města Humenné 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 FIRESTA navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladech

23. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S79,S87/2010/VZ-10175/2010/510/KČe ze dne 12. 7. 2010 ostatním účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu.
24. K oběma rozkladům se vyjádřil zadavatel a odkázal na svá dřívější podání s tím, že výklad zákona ponechává na rozkladové komisi, k rozkladu navrhovatele FIRESTA se dále vyjádřil navrhovatel SDS EXMOST s tím, že se s argumentací rozkladu navrhovatele FIRESTA ztotožňuje a považuje ji v mnoha směrech za obdobnou.
25. 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.
26. 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.

27. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S79,S87/2010/VZ-7082/2010/510/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 další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladů

28. Úvodem uvádím, že oba podané rozklady obsahují 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 částí 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. Samotný fakt, že se Úřad nepřiklání k právnímu názoru navrhovatelů, nelze za důkaz nepřezkoumatelnosti bez dalšího považovat. 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.
29. K výkladu pojmu „skrytá diskriminace“ uvádím, že dle ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu vysloveného např. v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, je nejčastější formou porušení zákazu diskriminace situace, kdy zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku (tj. diskriminace zjevná). Na druhou stranu, za formu nepřípustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými (tzv. diskriminace skrytá). Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat postup zadavatele 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.
30. 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 potencionální 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,

příčemž 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.

31. 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.
32. 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. Doba skladování v silech smí být maximálně 2 hodiny, přičemž ale celková doba od výroby do pokládky nesmí překročit 3,5 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.
33. 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 a jejich 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.

34. 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 FIRESTA 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).
35. Na druhé straně 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 vlastní obalovnu nacházejí vůči těm subjektům, které ji nevlastní, 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.
36. 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 aprobované 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 poptávaného předmětu plnění bude klást důraz.
37. 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 (přezkoumávaném případě se jednalo např. také o neschopnost uchazeče dodat předmět plnění v požadovaném termínu).

38. K otázce srovnávání nabídkových cen, na základě kterého navrhovatel SDS EXMOST vyvozuje spornost podmínky zadavatele na doložení dokladu o dispozici obalovnou, uvádím, že tento argument je zavádějící, neboť takto nelze pojímat vazbu mezi kvalifikačními a hodnotícími kritérii. Kvalifikační kritéria vypovídají o schopnosti osoby uchazeče vůbec předmět veřejné zakázky realizovat, hodnotící kritéria pak o vlastní výhodnosti nabídky.
39. 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 vznese 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.
40. 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 zadavatelův požadavek na dispozici uchazeče s obalovnou tak, aby byla zajištěna požadovaná kvalita asfaltového betonu a obalované směsi, je přiměřený předmětu veřejné zakázky.
41. K námitce navrhovatele FIRESTA, že se orgán dohledu nezabýval jeho argumentací ustanovením části 7.9. návrhu smlouvy o dílo, podle kterého mají uchazeči možnost o své vůli změnit jakéhokoliv subdodavatele, tedy i dodavatele obalovaných směsí, uvádím, že se Úřad k případné možnosti změny subdodavatele vyjádřil pod bodem 53. odůvodnění napadeného rozhodnutí, ve kterém výslovně uvedl, že požadavek zadavatele na dispozici obalovnou, má – jak zadavatel uvádí – „garantovat potřebnou kvalitu pokládky směsí“, což je požadavek, který limituje volnost uchazečů ke změně subdodavatele. Odběr obalovaných směsí přímo z obalovny tedy nepochybně představuje 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. Tato

změna by mohla podstatným způsobem ovlivnit postavení dodavatelů, kteří podali nabídky, a tudíž by byla s ohledem na zásady stanovené v § 6 zákona nepřípustná.

42. 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 FIRESTA, 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.
43. Z podaného rozkladu není zcela zřejmé, z čeho navrhovatel FIRESTA 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 FIRESTA 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 FIRESTA, 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, tedy nelze přijmout.
44. 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.
45. K výhradám, které se týkají závěrů šetření sekce hospodářské soutěže, odkazují 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).

46. 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 rozkladech.
47. 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. SDS EXMOST, spol. s r. o., Údolní 413/66, 602 00 Brno
3. JUDr. Zdeněk Daňhel, advokát, Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno
4. Skanska, a. s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha

Vypraveno dne:

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