



UOHSX001RM5J

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č.j.: ÚOHS-S82/2010/VZ-7645/2010/510/KČe

V Brně dne: 21. června 2010

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 11.3.2010 na návrh, jehož účastníky jsou:

- zadavatel kraj Vysočina, IČ 70890749, se sídlem Žižkova 57, 587 33 Jihlava, zastoupený MUDr. Jiřím Běhounkem, hejtmanem,
- navrhovatel FIRESTA-Fišer, rekonstrukce, stavby a.s., IČ 25317628, se sídlem Mlýnská 68, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Vladimír Fišer, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 4.6.2010 JUDr. Zdeňkem Daňhelem, advokátem, se sídlem Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno,
- vybraný uchazeč COLAS CZ, a.s., IČ 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha, za niž jedná Ing. Jaroslav Jarábek, MBA, předseda představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele v podlimitní veřejné zakázce na stavební práce zadávané pod názvem „II/602 hr. kraje - Pelhřimov, 5. stavba“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v ISVZ uveřejněno dne 29.1.2010 pod ev.č. VZ 60041251, rozhodl takto:

I.

Návrh navrhovatele FIRESTA-Fišer, rekonstrukce, stavby a.s., Brno, ze dne 10.3.2010 na přezkoumání úkonů zadavatele kraje Vysočina učiněných ve veřejné zakázce „II/602 hr. kraje - Pelhřimov, 5. stavba“ se podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zamítá

II.

Podle § 119 odst. 2 citovaného zákona o veřejných zakázkách a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, zadavateli kraji Vysočina nevzniká v tomto správním řízení povinnost nahradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

## ODŮVODNĚNÍ

1. Kraj Vysočina, IČ 70890749, se sídlem Žižkova 57, 587 33 Jihlava, zastoupený MUDr. Jiřím Běhounkem, hejmanem (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v ISVZ dne 29.1.2010 pod ev.č. 60041251 oznámení o podlimitní veřejné zakázce „II/602 hr. kraje - Pelhřimov, 5. stavba“ zadávané v otevřeném řízení. Zadavatel jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky stanovil nejnižší nabídkovou cenu. 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 živичných směsí (dále také jen ‚doklad o dispozici 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 homogénizátorů lze tyto doby prodloužit na 2 hod.“
2. Jak vyplývá z dokumentace o veřejné zakázce (dále jen „dokumentace“), zadávací dokumentaci si od zadavatele převzalo celkem 24 dodavatelských subjektů. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 23.2.2010 je zřejmé, že zadavatel ve lhůtě stanovené pro podání nabídek, tj. do 22.2.2010, obdržel celkem devět nabídek.
3. Uchazeč FIRESTA-Fišer, rekonstrukce, stavby a.s., IČ 25317628, se sídlem Mlýnská 68, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Vladimír Fišer, předseda představenstva (dále jen „navrhovatel“), podal dopisem ze dne 18.2.2010, který zadavatel obdržel dne 19.2.2010, proti zadávacím podmínkám, a to konkrétně proti citovanému požadavku na prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3) písm. f) zákona, u zadavatele námitky. Zadavatel o námitkách podaných navrhovatelem rozhodl dne 1.3.2010 s tím, že jim nevyhověl. Navrhovatel rozhodnutí zadavatele o námitkách obdržel dne 2.3.2010.
4. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 2.3.2010, komise pro posouzení a hodnocení nabídek ustanovená zadavatelem po posouzení nabídek (s přihlédnutím k rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele) u dvou z podaných nabídek, včetně nabídky navrhovatele, konstatovala nesplnění kvalifikace v požadovaném rozsahu. Zadavatel uchazeče, kteří tyto nabídky podali, rozhodnutími ze dne 8.3.2010 vyloučil z účasti v zadávacím řízení. Navrhovatel oznámení rozhodnutí zadavatele o vyloučení obdržel dne 10.3.2010. Jak zadavatel v tomto rozhodnutí uvedl, důvodem vyloučení navrhovatele bylo „nesplnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm.

- f) zákona tím, že v nabídce uchazeče nebyl doložen doklad o vlastnictví obalovny, popřípadě smlouva o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí.“
5. Jak dále vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, hodnotící komise stanovila pořadí zbývajících sedmi nabídek podle výše nabídkových cen s tím, že jako nabídku s nejnižší nabídkovou cenou vyhodnotila nabídku uchazeče 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“). Zadavatel hodnocení komise akceptoval a dne 10.3.2010 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky zadavatel odeslal dopisem ze dne 12.3.2010 všem dotčeným uchazečům.
  6. Navrhovatel, návazně na rozhodnutí zadavatele ze dne 1.3.2010 o jeho námitkách proti zadávacím podmínkám, podal dopisem ze dne 10.3.2010 u Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a na účet Úřadu složil kauci ve výši 449 103,00 Kč. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 11.3.2010 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, vedené pod sp.zn. ÚOHS-S82/2010/VZ. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.
  7. Navrhovatel v návrhu ze dne 10.3.2010 uvedl, že podle jeho názoru byly zadávací podmínky veřejné zakázky stanoveny v rozporu se zásadami zadávacího řízení podle § 6 zákona. Jedná se konkrétně o požadavek zadavatele na splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3) písm. f) zákona tím, že uchazeč do nabídky doloží doklad o dispozici obalovnou, včetně plánu trasy pro včasnou dodávku asphaltových směsí z obalovny na stavenišť. Navrhovatel podal proti této kvalifikační podmínce dne 19.2.2010 u zadavatele námitky, kterým zadavatel nevyhověl. Rozhodnutím zadavatele ze dne 8.3.2010 pak byl z účasti v zadávacím řízení vyloučen, neboť v nabídce nedoložil požadovaný doklad o dispozici obalovnou v souvislosti s dodávkou obalovaných směsí pro zadávanou stavbu. Jak vyplývá z rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele, předmětný kvalifikační požadavek vychází z možnosti ověření způsobu transportu obalovaných směsí tak, aby nedošlo k jejímu znehodnocení, dále z požadavku na kvalitu prováděného díla dle TKP (technických kvalitativních podmínek) staveb pozemních komunikací a dále je dán požadavkem na zajištění včasné dodávky asphaltových směsí na stavenišť, která je pro zadavatele zásadním ukazatelem a zárukou kvalitně provedeného díla. Podle názoru navrhovatele jsou však tyto důvody smyšlené, neboť z žádného ustanovení zadávací dokumentace nevyplývá povinnost uchazeče dodávat obalované směsi z obalovny, kterou vlastní, případně má zajištěnu smluvní dodávku. Samotné formální splnění tohoto ustanovení podle názoru navrhovatele negarantuje, že dodávka asphaltových směsí bude mít požadované kvalitativní parametry dle příslušných TKP, resp. při transportu na stavbu nedojde k jejímu znehodnocení. Sám zadavatel již v předepsaném návrhu smlouvy umožňuje, aby dodavatel o vlastní vůli změnil kteréhokoliv subdodavatele (viz bod 7.9 návrhu smlouvy), čímž má předmětný požadavek pouze funkci eliminační. Zadavatel žádným relevantním způsobem neprokázal, že existuje příčinná souvislost mezi dispozicí obalovnou a kvalitou dodávaných asphaltových směsí. Jediným způsobem jak kvalitu dodávky dle platných TKP zajistit je výkon technického dozoru investora. Navrhovatel poukazuje také na skutečnost, že množství obalovaných směsí nutných pro plnění zakázky vyprodukuje průměrná obalovna za cca 4 hodiny. Z podmínek

zadávací dokumentace vyplývá, že účastnit se soutěže může pouze uchazeč, který je vlastníkem obalovny nebo má tuto dodávku zajištěnu smluvně. Podle názoru navrhovatele jsou tak podmínky soutěže „šity na míru“ vlastníkům obaloven a eliminují jiné soutěžitele. Takové zadání vytváří podmínky k dohodě vlastníků obaloven, kteří tak rozhodují o tom, kdo a za jakou cenu se soutěže zúčastní. Dodávka obalovaných směsí představuje zanedbatelnou část předmětu veřejné zakázky a není proto jasné proč zadavatel nevznesl obdobný požadavek i na další druhy stavebních materiálů a dodávek. Navrhovatel již v podané námitce zadavatele informoval, že není vlastníkem obalovny, a že neúspěšně poptával vlastníky těchto zařízení, přicházejících v úvahu s ohledem na jejich umístění vůči zadávané stavbě. Pokud se však jedná o jiná plnění, vlastníci obaloven se navrhovateli s dodávkou přímo podbízejí. Podle názoru navrhovatele je zřejmé, že mezi odmítnutím poskytnutí plnění pro navrhovatele ze strany vlastníků obaloven a existencí veřejné zakázky je příčinná souvislost, resp. podezření, že se vlastníci obaloven dohodli na účasti na veřejné zakázce a tímto způsobem eliminovali účast dalších uchazečů. S ohledem na uvedené skutečnosti se navrhovatel domáhá toho, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 1.3.2010 o námitkách navrhovatele, zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 8.3.2010 o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a zrušil zadání veřejné zakázky. Navrhovatel v této souvislosti dále navrhuje, aby Úřad předběžným opatřením zadavateli nařídil pozastavit zadávací řízení a současně mu zakázal uzavřít smlouvu.

8. Vyjádření zadavatele ze dne 17.3.2010 k návrhu obdržel Úřad spolu s dokumentací dne 18.3.2010. Zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že požadavek na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3) písm. f) zákona tím, že uchazeč do nabídky doloží doklad o vlastnictví obalovny nebo smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí, vychází z možnosti ověření doby transportu směsi na staveniště tak, aby nedošlo k jejímu znehodnocení. 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. Jak vyplývá z nabídek, nejsou všichni hodnocení uchazeči vlastníky obaloven, neboť tři uchazeči ze sedmi hodnocených předmětný technický předpoklad prokázali subdodavatelskou smlouvou. Podle zjištění zadavatele existují další vlastníci obaloven ve vzdálenostech ve vzdálenostech relevantních technickým požadavkům stanoveným v zadávací dokumentaci, kteří se nezúčastnili veřejné zakázky. 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.

Navrhovatel byl z důvodu neprokázání kvalifikace v uvedeném smyslu ze zadávacího řízení vyloučen. Proti svému vyloučení také nepodal námitky.

9. Zadavatel svoje stanovisko doplnil dopisem ze dne 22.3.2010, ve kterém formou přiložené tabulky „upřesňuje souvislost mezi vlastníky obaloven a uchazeči o veřejnou zakázku.“ Tabulka obsahuje seznam podle zadavatele v úvahu připadajících obaloven, sestavený s o hledem na jejich vzdálenosti od zadávané stavby a dojezdové časy při různých průměrných rychlostech.
10. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem ze dne 29.3.2010. Současně jim usnesením z téhož dne stanovil lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhopvat důkazy a vyjádřit se v řízení. Účastníky tohoto správního řízení jsou podle § 116 zákona:
  - zadavatel,
  - navrhovatel,
  - vybraný uchazeč.
11. Navrhovatel se ve správním řízení vyjádřil dále dopisem ze dne 6.4.2010, ve kterém v reakci na vyjádření zadavatele k návrhu uvedl, že nepodal námitky proti svému vyloučení, neboť podání takové námitky vzhledem k obsahu námitek podaných řádně a včas dne 19.2.2010 považuje za nadbytečné. K tvrzení zadavatele, že požadavek na doložení dispozicí obalovnou vychází z možnosti ověření způsobu transportu směsi a tím i kvality díla namítá, že se tak nestane tím, že uchazeč doloží doklad o dispozici. Jediným způsobem jak kvalitu díla zajistit je výkon technického dozoru při realizaci díla. Navrhovatel namítá, že se zadavatel ve svém vyjádření k návrhu nevypořádal s jeho argumentací spočívající v tom, že z žádného ustanovení zadávací dokumentace nevyplývá povinnost uchazeče, který formálně požadavek na dispozici obalovnou splní, dodávat obalované směsi z této obalovny. Zadavatel rovněž fakticky neproověřil možné dopravní cesty v souvislosti s transportem na stavenišť. Zadavatel v zadávací dokumentaci také připouští, aby úspěšný uchazeč mohl o vlastní vůli změnit kteréhokoliv subdodavatele a zadavateli tuto skutečnost pouze oznámit (viz ustanovení 7.9 návrhu smlouvy o dílo). Navrhovatel proto před vydáním rozhodnutí jako důkazy navrhuje následující: výpisy z Obchodního rejstříku všech společností uvedených v tomto podání, sbírku listin Obchodního rejstříku, týkající se týchž společností, dokumentaci o předmětné veřejné zakázce a dokumentaci o veřejné zakázce „III/03810 Hesov – most ev. č. 03810-006, 007, 008“, zadávané zadavatelem. Navrhovatel nesouhlasí s názorem zadavatele, že navázání obchodního vztahu s vlastníkem obalovny je pouze otázkou obchodního vztahu. Jak uvedl v návrhu, poptává-li u předmětných vlastníků obaloven dodávky směsí mimo zadávanou veřejnou zakázku, nemá s tímto problémy. Z uvedeného proto vyvozuje, že mezi odmítnutím ze strany vlastníků obaloven a existencí veřejné zakázky je příčinná souvislost, resp. podezření, že se vlastníci obaloven dohodli na účasti na veřejné zakázce a eliminaci dalších uchazečům. S odkazem na vyjádření zadavatele ze dne 22.3.2010, resp. zde uváděný seznam v úvahu připadajících obaloven, navrhovatel uvádí, že se jedná o společnosti M-SILNICE a.s., Skanska a.s., STRABAG a.s., EUROVIA CS, a.s., SWIETELSKY stavební s.r.o., a COLAS CZ, a.s. (dále jen „M-SILNICE, Skanska, STRABAG, EUROVIA, SWIETELSKY a COLAS“), které v seznamu uvedené obalovny vlastní nebo ovládají pomocí obchodního podílu nebo ovládající osoby (navrhovatel ve stanovisku dále v tomto smyslu podrobně specifikuje dispozice jednotlivými

obalovnými). Navrhovatel dále uvádí, že jak vyplývá z vyjádření zadavatele, zadávací dokumentaci si vyzvedlo 27 dodavatelů, nabídku podalo pouze 9 uchazečů, z nichž dva byli vyloučeni z namítaného důvodu. Ze zbývajících 7 uchazečů celkem 6 vlastní nebo ovládá 20 z celkového počtu 23 obaloven. Uchazeč Skanska je ovládající osobou ve společnosti Jihomoravská obalovna s.r.o., která je vlastníkem obalovny. Druhou ovládající osobou ve společnosti Jihomoravská obalovna s.r.o., je další uchazeč o veřejnou zakázku M-SILNICE. Uchazeč M-SILNICE spolupracuje při své podnikatelské činnosti i s jinými uchazeči o veřejnou zakázku jako jsou STRABAG, SWIETELSKY a COLAS. Uchazeč M-SILNICE je společně s uchazeči EUROVIA, Skanska a SWIETELSKY ovládající osobou i u dalších obaloven. Obdobně v případě uchazeče STRABAG společně s uchazeči EUROVIA, Skanska a SWIETELSKY, v případě uchazeče EUROVIA společně s uchazeči M-SILNICE a STRABAG a v případě uchazeče SWIETELSKY společně s uchazeči M-SILNICE a STRABAG u dalších obaloven (což lze ověřit ze Sbírký listin obchodního rejstříku). Naznačené majetkové propojení jednotlivých uchazečů o veřejnou zakázku tak podle názoru navrhovatele zavádá důvod k obavám, že mohou po vzájemné dohodě určovat, kdo se veřejné zakázky může zúčastnit, a dohodnout se, který z nich bude v konkrétním případě úspěšným, což eliminuje hospodářskou soutěž. To lze spatřovat i v tom, že cena díla nabídnutá navrhovatelem je podstatně nižší než cena vybraného uchazeče. U další veřejné zakázky zadávané zadavatelem „III/03810 Hesov – most ev. č. 03810-006, 007, 008“, byl úspěšný jiný než vybraný uchazeč a nabídková cena u dalších hodnocených uchazečů není ceně vybraného uchazeče konkurenceschopná.

12. Navrhovatel na výzvu Úřadu dopisem ze dne 7.4.2010 doručeným ve stanovené lhůtě doplnil náležitosti návrhu o doklad o opětovném složení jistoty a doklad o doručení námitek zadavateli.
13. Zadavatel dopisy ze dne 13.4.2010, resp. ze dne 15.4.2010, Úřadu oznámil uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, odesláním oznámení o výsledku zadávacího řízení k uveřejnění do ISVZ a oznámení informace o uzavření smlouvy uchazečům, se kterými bylo možné uzavřít smlouvu.
14. Úřad rozhodnutím č.j. ÚOHS-S82/2010/VZ-4730/2010/510/KČe ze dne 22.4.2010 zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření, kterým by měl být zadavateli nařízen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení resp. nařízeno zadávací řízení pozastavit.
15. Úřad se interním sdělením ze dne 26.4.2010 obrátil na sekci hospodářské soutěže Úřadu (pozn. a to jak ve věci této veřejné zakázky tak i v souvislosti s veřejnou zakázkou „III/03810 Hesov – most ev. č. 03810-006, 007, 008“,) s žádostí o prošetření navrhovatelem vysloveného podezření, že se „uchazeči o některou z uvedených veřejných zakázek ‚vlastníci obalovny, dohodli na společném postupu při účasti na výběrovém řízení k těmto veřejným zakázkám a eliminovali tak účast dalších potencionálních uchazečů nevlastnících obalovny.“
16. Navrhovatel dopisem ze dne 6.5.2010 podal u Úřadu rozklad proti rozhodnutí, kterým Úřadu zamítnul jeho návrh na vydání předběžného opatření.

17. Úřad v reakci na svoji žádost obdržel sdělení sekce hospodářské soutěže Úřadu ze dne 26.5.2010, ve kterém tato konstatovala, že předběžným šetřením nebyly shledány indicie o uzavření konkrétní zakázané dohody mezi uchazeči o tyto jednotlivé veřejné zakázky a s vysokou pravděpodobností tak nelze navrhovateli popsané jednání těchto uchazečů považovat za porušení zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů. Ve svém stanovisku ze dne 26.5.2010 sekce hospodářské soutěže Úřadu mj. dále uvedla, cit. že „nic nenasvědčuje tomu, že by se uchazeči o některou ze zmíněných veřejných zakázek vlastníci obalovnu dohodli na společném postupu při účasti na výběrovém řízení k těmto veřejným zakázkám a eliminovali tak účast uchazečů nevlastnících obalovnu, neboť existují i uchazeči o předmětné veřejné zakázky nevlastnící obalovnu, kteří nebyli zadavatelem vyloučení z výběrového řízení, tudíž museli doložit smlouvu s vlastníkem obalovny. Není proto též jasné, kteří uchazeči o veřejnou zakázku se mezi sebou měli dohodnout. Nadto by dohoda mezi uchazeči o veřejné zakázky vlastníci obalovnu nebyla realizovatelná bez účasti zadavatele na dohodě, neboť bez uvedené technické podmínky v zadávací dokumentaci by tato dohoda postrádala smysl. Pokud jde o vlastnictví obalovny subjekty poskytujícími stavební práce, je třeba uvést, že z hlediska konkurenčního je vlastnictví obalovny výhodné a nelze tedy bez dalšího konstatovat, že subjekty vlastníci obalovnu 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. Tomu podmínky popisovaného případu nenasvědčují. Lze tak uzavřít, že po prošetření poskytnutých informací porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže uzavřením konkrétní zakázané dohody mezi některými z výše uvedených subjektů nespovídá žádná indicie,“ konec citace.
18. Úřad usnesením ze dne 28.5.2010 seznámil účastníky řízení s předmětným stanoviskem sekce hospodářské soutěže Úřadu s tím, že jim současně adekvátně prodloužil lhůtu pro vyjádření se k podkladům pro rozhodnutí.
19. Navrhovatel FIRESTA se v této souvislosti vyjádřil dopisem ze dne 4.6.2010 ve kterém uvedl, že nesouhlasí se závěry uvedenými ve sdělení sekce hospodářské soutěže Úřadu ze dne 26.5.2010 s tím, že se jedná pouze o předběžné šetření, které nemá podle navrhovatele žádný obsah ani institucionální dopad a lze tak pouze usuzovat, že příslušný odbor kartelů Úřadu vůbec nezahájil a tedy neprovedl řádná zjištění a nemohl tak učinit kvalifikovaný závěr, zda někteří z uchazečů o veřejnou zakázku porušili zákon, zákon o ochraně hospodářské soutěže nebo jiný obecně závazný právní předpis. Již ze samotné kvalifikační podmínky na dispozici obalovnu musí být zřejmé, že se nejedná o technickou podmínku, ale o podmínkou která je postavena na vlastnickém základě, neboť zadávací dokumentace vylučuje dodávku obalované směsi od jiné osoby, než je vlastník obalovny. O ryze technickou podmínku by se jednalo pouze tehdy, pokud by bylo v zadávacích podmínkách uloženo, že dodávka směsi může být realizována pouze z obalovny, která je v dojezdové vzdálenosti stavby, případně, že dodávka směsi musí splňovat při její pokládce konkrétní parametry. Odbor kartelů Úřadu nevzal podle názoru navrhovatele vůbec v úvahu skutečnost, že vlastníci obaloven v dojezdové vzdálenosti, kteří se neúčastní předmětné soutěže, odmítli iracionálně

proti smyslu své existence uzavřít v případě této veřejné zakázky smlouvu na dodávku obalovaných směsí s navrhovatelem, ačkoliv v ostatních případech problém s uzavřením smlouvy s těmito vlastníky není. Dále odbor kartelů Úřadu podle názoru navrhovatele nevzal v úvahu skutečnosti, že uchazeči M-SILNICE, STRABAG, EUROVIA, SWIETELSKY, COLAS a Skanska, v rámci majetkových propojení ve vztahu k vlastnictví v úvahu připadajících obaloven (navrhovatel v textu podrobně rozvádí související skutečnosti, vyplývající z výpisů z obchodních rejstříků subjektů, vlastnicích relevantní obalovny) zavádají důvod k podezření, že uvedení uchazeči o veřejnou zakázku mohou po vzájemné dohodě určovat, kdo se, vzhledem k předmětnému požadavku zadavatele na technické vybavení, může veřejné zakázky zúčastnit a kdo nikoliv a dohodnout se tak, který z uchazečů bude v zadávacím řízení úspěšným, což eliminuje skutečnou hospodářskou soutěž. O uvedeném svědčí podle názoru navrhovatele i skutečnost, že jeho nabídková cena je výrazně nižší než cena nabídnutá vybraným uchazečem. Fakt, že v případě veřejné zakázky „II/602 hr. kraje - Pelhřimov, 5. stavba“, zadávané zadavatelem, byl úspěšný jiný než vybraný uchazeč, svědčí podle názoru navrhovatele pak o tom, že dochází v této souvislosti k dělbě trhu a ostatní uchazeči zřejmě soutěží proto, aby plnili funkci tzv. „křoví“ pro vybraného uchazeče. Ke konstatování odboru kartelů Úřadu, že navrhovatelem naznačovaná dohoda uchazečů by nebyla možná bez účasti zadavatele na takovéto dohodě, neboť by postrádala smysl, navrhovatel uvádí, že s tímto se nelze než ztotožnit, neboť lze stěží vyloučit, že na zpracovatele zadávacích podmínek veřejné zakázky, případně na samotného zadavatele nebyl vznášen ze strany vlastníků obaloven „požadavek“ o zapracování uvedené technické podmínky, neboť ta svědčí výlučně ve prospěch úzkého okruhu soutěžitelů o veřejnou zakázku, vlastnicích obalovnu v dojezdové vzdálenosti od místa realizace díla. Ke konstatování odboru kartelů Úřadu, že vlastnictví obalovny je z hlediska konkurenčního výhodné, navrhovatel uvádí, že se lze s tímto ztotožnit za předpokladu, že nebudou existovat „omezující technické podmínky“, neboť jinak by nebylo možné využívat výběru dodávek mezi jednotlivými obalovnami. S ohledem na ve vyjádření uvedené skutečnosti, jakož i skutečnosti vyplývající z dalších podání navrhovatele ve správním řízení, navrhovatelem předložených návrhů na provedení důkazů a obsahu spisů jednotlivých řízení, navrhovatel rozhodně nesouhlasí se závěrem odboru kartelů Úřadu, že nedošlo k porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže uzavřením konkrétní zakázané dohody.

20. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. zákona postup zadavatele a po zhodnocení předložených podkladů, zejména dokumentace, vyjádření účastníků řízení a vlastních zjištění konstatuje, že v souvislosti s postupem zadavatele v zadávacím řízení nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### **Relevantní ustanovení zákona**

21. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
22. Podle § 50 odst. 2 a 3 zákona požadavky na prokázání splnění kvalifikace stanoví veřejný zadavatel v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace těchto



požadavků může být uvedena v kvalifikační či zadávací dokumentaci. Veřejný zadavatel je povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

23. Podle § 51 odst. 1 a 4 zákona je veřejný zadavatel povinen požadovat prokázání splnění kvalifikace dodavatele, nestanoví-li zákon jinak. Pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.
24. Podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce požadovat přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici.
25. Podle § 56 odst. 7 zákona ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení
- stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů,
  - uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a
  - vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

### **Zjištění Úřadu vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce a závěry Úřadu**

26. Zadavatel v oznámení o zakázce jako stručný popis zakázky uvedl, že se jedná o rekonstrukci 2 mostů a nahrazení 2 stávajících mostních objektů novými. Jedná se o kompletní realizaci stavby, včetně ostatních prací a činností (např. vydání potřebných rozhodnutí, péče o označení objízdných tras, realizační dokumentace stavby, dokumentace skutečného provedení stavby, vytyčení stávajících inženýrských sítí..). Předmět veřejné zakázky zadavatel v oznámení klasifikoval ve společném slovníku pro veřejné zakázky (CPV) s tím, že jako hlavní předmět veřejné zakázky uvedl 45233100-0, tj. stavební úpravy pro komunikace.
27. V zadávací dokumentaci uvedenou specifikaci zadavatel upřesnil s tím, že předmětem plnění je kompletní realizace stavby „II/602 hr. kraje - Pelhřimov, 5. stavba“. Jedná se o rekonstrukci dvou mostů (ev.č. 602-029 a 602-030) a dále o nahrazení dvou stávajících mostních objektů novými (ev.č. 602-031 a 602-037). Rozsah prací je specifikován projektovou dokumentací, zpracovanou pro každý most samostatně. Z této dokumentace vyplývá následující.
28. V rámci rekonstrukce mostu ev.č. 602-029 bude mj. odstraněna stávající konstrukce vozovky v celé délce 80 m upravovaného úseku. Na mostě bude provedena nová komunikace

v šířkovém uspořádání odpovídajícímu přilehlým silničním úsekům. Z projektové dokumentace je zřejmé, že součástí navržené konstrukce nové vozovky jsou rovněž asfaltové betony a obalované kamenivo ve skladbě dle projektu (viz příslušná technická zpráva, resp. vzorový příčný řez). Výkaz výměr, jako součást zadávací dokumentace, obsahuje v v souvislosti s touto částí stavby, a to v souladu s navrženou skladbou konstrukce vozovky, rovněž položky: asfaltový beton TŘ. I, modifikovaný, tl. 50 mm..., a to v rozsahu jednotlivých vrstev v množství 670 m<sup>2</sup>, resp 723 m<sup>2</sup>, obalované kamenivo TŘ. I, tl. do 100 mm..., v množství 670 m<sup>2</sup>.

29. V rámci rekonstrukce mostu ev.č. 602-030 bude mj. odstraněna stávající konstrukce vozovky v celé délce 85 m upravovaného úseku (tj. 8 m za konci obou křídel mostu) a provedena nová komunikace ve stávajícím šířkovém i výškovém uspořádání. Z projektové dokumentace je dále zřejmé, že součástí navržené konstrukce nové vozovky jsou rovněž asfaltové betony ve skladbě dle projektu (viz příslušná technická zpráva, resp. vzorový příčný řez). Výkaz výměr, jako součást zadávací dokumentace, obsahuje v v souvislosti s touto částí stavby, a to v souladu s navrženou skladbou konstrukce vozovky, rovněž položky: asfaltový beton TŘ. I, tl. 40 mm..., a to v rozsahu jednotlivých vrstev v množství 538 m<sup>2</sup>.
30. V rámci rekonstrukce mostu ev.č. 602-031 bude mj. odstraněna stávající konstrukce vozovky v celé délce 80 m upravovaného úseku, na novém mostě bude provedena nová komunikace v šířkovém uspořádání odpovídajícím přilehlým silničním úseku. Z projektové dokumentace je dále zřejmé, že součástí navržené konstrukce nové vozovky jsou rovněž asfaltové betony a obalované kamenivo ve skladbě dle projektu (viz příslušná technická zpráva, resp. vzorový příčný řez). Výkaz výměr, jako součást zadávací dokumentace, obsahuje v souvislosti s touto částí stavby, a to v souladu s navrženou skladbou konstrukce vozovky, rovněž položky: asfaltový beton TŘ. I, modifikovaný, tl. 50 mm..., a to v rozsahu jednotlivých vrstev v množství 663 m<sup>2</sup>, resp. 703 m<sup>2</sup>, obalované kamenivo TŘ. I, tl. do 100 mm..., v množství 663 m<sup>2</sup>.
31. V rámci rekonstrukce mostu ev.č. 602-037 bude mj. odstraněna stávající konstrukce vozovky v celé délce 100 m upravovaného úseku a provedena nová komunikace kvůli navýšení nivelety v důsledku změny skladby vozovky. Z projektové dokumentace je dále zřejmé, že součástí navržené konstrukce nové vozovky jsou rovněž asfaltové betony ve skladbě dle projektu (viz příslušná technická zpráva, resp. vzorový příčný řez). Výkaz výměr, jako součást zadávací dokumentace, obsahuje v v souvislosti s touto částí stavby, a to v souladu s navrženou skladbou konstrukce vozovky, rovněž položky: asfaltový beton TŘ. I, tl. 50 mm..., a to v rozsahu 997 m<sup>2</sup>, asfaltový beton TŘ. I, tl. 40 mm..., a to v rozsahu 997 m<sup>2</sup>.
32. Zadavatel v oznámení o zakázce v rámci požadavků na prokázání technické způsobilosti dodavatele stanovil požadavek „dle § 56 odst. 3) písm. f) zákona - přehled zařízení - obalovny živičných směsí“. Jako minimální úroveň kvalifikačního předpokladu požadoval „doklad o vlastnictví obalovny nebo smlouva o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí, včetně podrobného plánu trasy pro včasnou dodávku asfaltových směsí z obalovny na stavenišť. 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. Dále viz ZD“ (dále opět jen „dispozicí obalovnou“).

33. V zadávací dokumentaci pod bodem b) 10 Technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona zadavatel předmětný kvalifikační požadavek upřesnil s tím, že uchazeč je 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. Dobu skladování v zásobnících a dobu dopravy asfaltové směsi je nutné omezit, aby nedošlo k jejímu znehodnocení. Dopravu je třeba řídit tak, aby byl zajištěn plynulý postup pokládky a musí být vedena nejkratší cestou. Její doba 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 max. 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. Zároveň musí uchazeč jednoznačně prokázat zajištění dostatečného množství asfaltové směsi – výrobní kapacita musí být nejméně 120 t směsi za hodinu.
34. Jak vyplývá z nabídky navrhovatele, ten požadovaný doklad o dispozici obalovnou nedoložil. Jeho nabídka obsahuje pouze čestné prohlášení, že „v případě výhry na předmětné akci si navrhovatel smluvně zajistí subdodavatele na dodávku živičných směsí, v souladu s podmínkami TKP PK, kap. 7.“
35. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 23.2.2010 je zřejmé, že zadavatel ve lhůtě stanovené pro podání nabídek obdržel celkem devět nabídek. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 2.3.2010, 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 rozhodnutími ze dne 8.3.2010 z účasti v zadávacím řízení vyloučil.
36. Jak vyplývá z obsahu zbývajících hodnocených nabídek, čtyři z uchazečů disponují vlastní obalovnou, zbývajících tři uchazeči doložili v této souvislosti smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny. Vybraný uchazeč k zajištění dodávky obalovaných směsí využije vlastní obalovnu.
37. K výše uvedeným zjištěním Úřad nejprve v obecné rovině konstatuje, 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 v této souvislosti 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. U veřejných zakázek na stavební

práce je nutno i ustanovení § 56 odst. 3 zákona, ve kterém jsou stanoveny technické kvalifikační předpoklady. Kvalifikační požadavky zadavatele pak musí být specifikovány formou uvedenou v odst. 7 téhož ustanovení zákona, podle kterého zadavatel musí ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů, způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a současně vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, tak aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.

38. V souvislosti s úkony učiněnými v zadávacím řízení je zadavatel obecně podle § 6 zákona povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. K zajištění žádoucí konkurence mezi dodavateli v této souvislosti pak slouží zejména zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Všechny uvedené zásady se proto musí aplikovat i v oblasti, týkající se 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 v této souvislosti 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 tedy je i vyřazení těch uchazečů, kteří k plnění veřejné zakázky způsobilí (kvalifikovaní) nejsou, přičemž o takovéto „legitimní selekci“ nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci.
39. V šetřeném případě zadavatel v souvislosti se zadávanou veřejnou zakázkou jako kvalifikační předpoklad stanovil i požadavek na doložení dispozicí obalovnou. Toto technické zařízení produkuje stavební materiály (asfaltový beton, obalované směsi), které jsou pro provedení předmětu veřejné zakázky nezbytné (viz projektová dokumentace, resp. výkaz výměr). Předmětný požadavek tedy není v rozporu s ustanoveními § 50 odst. 3, resp. § 56 odst. 3 písm. f) zákona, neboť s předmětem veřejné zakázky bezprostředně souvisí, není nepřiměřený (postačuje jedna obalovna) a požadavek na doložení přehledu technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici je zahrnut mezi požadavky na kvalifikaci uvedenými v zákoně, které může zadavatel v souvislosti s veřejnými zakázkami na stavební práce použít. Zadavatel v zadávacích podmínkách současně předmětný kvalifikační požadavek vymezil i způsobem stanoveným v § 56 odst. 7 zákona (viz zjištění Úřadu uvedená výše).
40. Při posuzování otázky případné možné „skryté“ diskriminace zadávacích podmínek, spatřovaných oběma navrhovateli v souvislosti se stanovením požadavku na prokázání splnění technické kvalifikace dodavatele doložením dokladu o dispozici obalovnou, Úřad vycházel z následujících zjištěných skutečností:
- jak je uvedeno výše, 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 v zadávacích podmínkách nevyloučil možnost prokázat předmětnou část kvalifikace pomocí subdodavatele, přičemž jak vyplývá z dokumentace této možnosti využili

3 z uchazečů, jejichž nabídky byly zadavatelem hodnoceny, a předmětný kvalifikační předpoklad prokázali doložením smlouvy s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí,

- zadavatel v rámci správního řízení doložil seznam, jemu známých a v úvahu vzhledem k předmětu veřejné zakázky přicházejících obaloven, zadavatel tedy neměl při koncipování předmětného požadavku relevantní důvod – a to vzhledem k dostatečnému počtu těchto zařízení – očekávat, že bude v této souvislosti předmětný požadavek pro potencionální uchazeče znamenat jakýkoliv problém,
- Úřad v rámci sekce ochrany hospodářské soutěže posoudil rovněž oprávněnost argumentace navrhovatelů, zda stanovením předmětného kvalifikačního požadavku nemohlo dojít k „ohrožení hospodářské soutěže“, a to s negativním výsledkem (z vyjádření sekce ochrany hospodářské soutěže Úřadu ze dne 26.5.2010 Úřad cituje výše v odůvodnění).

41. Vycházejí z posouzení těchto skutečností v souvislostech šetřeného případu Úřad konstatuje, že v postupu zadavatele při stanovení kvalifikačního požadavku na doložení dispozice obalovnou nespátřuje porušení zásady zákazu diskriminace, tak jak v této souvislosti vyvozují oba navrhovatelé ve svých návrzích. Na základě výše uvedeného Úřad dále konstatuje, že nezjistil v souvislosti s postupem zadavatele důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona a proto návrh navrhovatele ze dne 10.3.2010 podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítl, tak jak je uvedeno v bodě I. výroku rozhodnutí.

**K argumentům navrhovatele, uplatněným v rámci jeho návrhu a v jeho vyjádřeních ve správním řízení,, ke kterým se nevyjádřil výše v odůvodnění Úřad doplňuje následující.**

42. Navrhovatel v rámci správního řízení navrhl na podporu svých tvrzení jako důkazy výpisy z Obchodního rejstříku všech společností uvedených ve vyjádření navrhovatele ze dne 6.4.2010, sbírku listin Obchodního rejstříku, týkající se těchto společností, dokumentaci o předmětné veřejné zakázce a dokumentaci o veřejné zakázce „II/602 hr. kraje - Pelhřimov, 5. stavba“, zadávané zadavatelem.

43. Podle § 52 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), jsou účastníci povinni označit důkazy na podporu svých tvrzení. Správní orgán není návrhy účastníků vázán, vždy však provede důkazy, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci. Návazně podle § 50 odst. 4 správního řádu pokud zákon nestanoví, že některý podklad je pro správní orgán závazný, hodnotí správní orgán podklady, zejména důkazy, podle své úvahy; přitom pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci. Vycházejí z citovaných ustanovení správního řádu Úřad k jednotlivým návrhům na provedení důkazů konstatuje následující.

44. K dokumentaci o veřejné zakázce, kterou navrhovatel navrhuje jako důkaz, Úřad uvádí, že podle § 155 odst. 1 zákona se dokumentací o veřejné zakázce rozumí souhrn všech dokumentů v listinné či elektronické podobě, jejichž pořízení v průběhu zadávacího řízení, popřípadě po jeho ukončení, vyžaduje zákon, včetně úplného znění originálů nabídek všech dodavatelů a uzavřených smluv. Podle § 114 odst. 6 zákona je zadavatel povinen zaslat Úřadu

své vyjádření k obdržnému návrhu do 7 dnů od jeho doručení spolu s příslušnou dokumentací veřejné zakázky. Jak je uvedeno již výše, Úřad vyjádření zadavatele k návrhu obdržel spolu s dokumentací o veřejné zakázce dne 18.3.2010. Dokumentace o veřejné zakázce pořízená zadavatelem byla tedy ve smyslu ustanovení § 50 správního řádu jedním z podkladů pro vydání tohoto rozhodnutí.

45. 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 samostatně Úřadem 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.
46. Ve věci výpisů z Obchodního rejstříku všech společností uvedených ve vyjádření navrhovatele ze dne 6.4.2010, resp. sbírek listin Obchodního rejstříku, týkající se týchž společností, na jejichž základě navrhovatel vyvozuje podezření, že „jednotliví uchazeči o veřejnou zakázku (konkrétně M-SILNICE, Skanska, STRABAG, EUROVIA, SWIETELSKY a COLAS) mohou na základě majetkového propojení u jednotlivých obaloven po vzájemné dohodě určovat, kdo se může veřejné zakázky zúčastnit a dohodnout se, který z nich bude v konkrétním případě úspěšný, což eliminuje hospodářskou soutěž“, Úřad uvádí, že se v této věci obrátil s žádostí o prošetření na sekci hospodářské soutěže Úřadu (pozn. a to jak ve věci této veřejné zakázky tak i veřejné zakázky „III/03810 Hesov – most ev. č. 03810-006, 007, 008“ ). Ta konstatovala, že předběžným šetřením nebyly shledány indicie o uzavření konkrétní zakázané dohody mezi uchazeči o tyto jednotlivé veřejné zakázky a s vysokou pravděpodobností tak nelze navrhovateli popsané jednání těchto uchazečů považovat za porušení zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů. Sekce hospodářské soutěže ve svém stanovisku ze dne 26.5.2010 v této souvislosti mj. uvedla, cit. že „nic nenasvědčuje tomu, že by se uchazeči o některou ze zmíněných veřejných zakázek, vlastníci obalovnu, dohodli na společném postupu při účasti na výběrovém řízení k těmto veřejným zakázkám a eliminovali tak účast uchazečů nevlastnících obalovnu, neboť existují i uchazeči o předmětné veřejné zakázky nevlastnící obalovnu, kteří nebyli zadavatelem vyloučeni z výběrového řízení, tudíž museli doložit smlouvu s vlastníkem obalovny. Není proto též jasné, kteří uchazeči o veřejnou zakázku se mezi sebou měli dohodnout. Nadto by dohoda mezi uchazeči o veřejné zakázky vlastníci obalovnu nebyla realizovatelná bez účasti zadavatele na dohodě, neboť bez uvedené technické podmínky v zadávací dokumentaci by tato dohoda postrádala smysl. Pokud jde o vlastnictví obalovny subjekty poskytujícími stavební práce je třeba uvést, že z hlediska konkurenčního je vlastnictví obalovny výhodné a nelze tedy bez dalšího konstatovat, že subjekty vlastníci obalovnu 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. Tomu podmínky popisovaného případu nenasvědčují. Lze tak uzavřít, že po prošetření poskytnutých informací porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže uzavřením konkrétní zakázané dohody mezi některými z výše uvedených subjektů nenesvědčí žádná indicie“, konec citace. Úřad uvedený závěr sekce hospodářské soutěže zohlednil při

posuzování podezření na možnou skrytou diskriminaci v souvislosti s předmětným kvalifikačním požadavkem, tak jak Úřad také uvedl již výše v odůvodnění.

47. K argumentaci navrhovatele, že zadavatel fakticky neprověřil možné dopravní cesty v souvislosti s transportem obalovaných směsí na stavenišť Úřad uvádí, že podle zadávacích podmínek měli uchazeči v souvislosti s doložením dispozice s obalovnou předložit rovněž „podrobný plán trasy pro včasnou dodávku asfaltových směsí z obalovny na stavenišť 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). Jak vyplývá z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 2.3.2010, hodnotící komise do protokolu konstatovala, že kromě vyřazených nabídek ostatní hodnocené nabídky splnily kvalifikační předpoklady v plném rozsahu. Úřad konstatuje, že vycházejí z údajů uvedených v nabídkách uchazečů, týkajících se transportu obalovaných směsí, bylo možné jejich dodávku z obalovny na stavenišť, fakticky ověřit. Skutečnost, že zadávací podmínky, včetně kvalifikace, hodnocení uchazeči v nabídkách splnili, pak hodnotící komise konstatovala v uvedeném protokolu.
48. 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 konstatuje, že předmětný kvalifikační požadavek, má slovy zadavatele „garantovat potřebnou kvalitu pokládky směsí“. Jedná se tedy nepochybně o podstatnou náležitost, vyplývající ze zadávacích podmínek. Využití jiného zařízení než toho, na jehož základě vybraný uchazeč prokazoval předmětnou způsobilost pro plnění veřejné zakázky, 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 nepřijatelná.
49. Součástí rozhodnutí Úřadu podle § 119 zákona je též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Podle § 1 vyhlášky 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, je zadavatel povinen uhradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele paušální částkou v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele. Protože Úřad správní řízení zastavil, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí, nevznikla zadavateli povinnost náklady řízení hradit.

## POUČENÍ

Proti tomuto usnesení je možno podat do 15 dnů od jeho doručení rozklad k předsedovi Úřadu, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad nemá odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem

stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Kamil Rudolecký  
místopředseda

otisk úředního razítka

**Obdrží:**

Kraj Vysočina, Žižkova 57, 587 33 Jihlava

JUDr. Zdeněk Daňhel, advokát, Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno

COLAS CZ, a.s., Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha

**Na vědomí:**

FIRESTA-Fišer, rekonstrukce, stavby a.s., Mlýnská 68, 602 00 Brno

**Vypraveno dne:**

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