



UOHSX003LYAQ

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R34/2011/VZ-8869/2011/310/JSI

V Brně dne: 14. června 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 10. 2. 2011 podaném navrhovatelem –

- společností **ALPINE Bau CZ, s. r. o.** (do 18. 11. 2010 podnikající pod obchodní firmou ALPINE stavební společnost CZ, s. r. o.), IČ 45192286, se sídlem Jiráskova 613/13, 757 43 Valašské Meziříčí, za niž ve správním řízení jedná JUDr. Tomáš Grulich, Ph.D., zaměstnanec společnosti,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S366/2010/VZ-16525/2010/520/JHI ze dne 2. 2. 2011, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Libereckého kraje**, IČ 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec, zast. Mgr. Stanislavem Eichlerem, hejtmanem, při zadávání podlimitní veřejné zakázky s názvem „**Rekonstrukce ulic Nemocniční a Pod Špičákem – Tanvald**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému uveřejněno dne 17. 8. 2010 pod evidenčním číslem 60048781,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S366/2010/VZ-16525/2010/520/JHI ze dne 2. 2. 2011,

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Liberecký kraj, IČ 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec (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 o veřejných zakázkách dne 17. 8. 2010 pod evidenčním číslem 60048781 oznámení otevřeného zadávacího řízení na podlimitní veřejnou zakázku s názvem „Rekonstrukce ulic Nemocniční a Pod Špičákem – Tanvald“. 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. Úřad obdržel dne 22. 9. 2010 návrh společnosti ALPINE Bau CZ, s. r. o., IČ 45192286, se sídlem Jiráskova 613/13, 757 43 Valašské Meziříčí (dále jen „navrhovatel“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť zadavatel nevyhověl jeho námitkám podaným proti zadávací dokumentaci, konkrétně proti požadavku zadavatele na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona (doložení vlastnictví nebo smluvního vztahu k obalovně s výkonem min. 160 t/hod v dosahu TKP) a proti stanovení dílčích hodnotících kritérií, které jsou podle navrhovatele netransparentní. Ke dni podání návrhu tedy Úřad oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele a navrhovatele.
3. V podaném návrhu navrhovatel uvedl, že zadavatel není oprávněn požadovat doložení smlouvy o dodávkách zboží či služeb jako průkazu splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona, neboť ten hovoří pouze o přehledu provozních a technických zařízení, která má dodavatel k dispozici, a nikoli o zajištění dodávek stavebních materiálů. Stanovením tohoto technického kvalifikačního předpokladu byla porušena zásada rovného zacházení, neboť zadavatel zvýhodnil vlastníka jednoho či několika málo v úvahu přicházejících zařízení. Jestliže by se provozovatel příslušné obalovny rozhodl sám podat nabídku, byl by nucen odmítnout všechny žadatele o dodávku asfaltových směsí, aby se nestal jejich subdodavatelem ve smyslu § 17 písm. i) zákona. Tím se zároveň otevírá prostor pro zneužívání dominantního postavení provozovatele obalovny v hospodářské soutěži.
4. Co se týče dílčích hodnotících kritérií, tj. kritéria „Celková nabídková cena bez DPH“ s vahou 70 % a „Plán organizace výstavby“ s vahou 30 %, v rámci něhož je zohledňována „Doba realizace“ (počet týdnů od podpisu smlouvy o dílo do realizace celé zakázky s vahou 50 %) a „Dopravní omezení“ (počet kalendářních dnů, po které nebude komunikace průjezdná s vahou 50 %), uvedl navrhovatel, že způsob, jakým zadavatel uveřejnil dílčí hodnotící kritéria, byl netransparentní, zavádějící a mohl negativně ovlivnit rozhodování řady dodavatelů o podání nabídky. Podle navrhovatele není přípustné, aby zadavatel stanovoval v rámci určitého dílčího kritéria ještě další subkritéria. Kritérium „Plán organizace výstavby“ se navíc vztahuje k výsledku realizace veřejné zakázky, nikoli k organizaci práce a plnění veřejné zakázky. Stanovení hodnotících kritérií zadavatel označuje za bezprostředně

nesouvisející s předmětem veřejné zakázky, neboť nic nevypovídají o kvalitě provedených prací.

5. Zadavatel k podanému návrhu mj. uvedl, že si je vědom toho, že není nutné, aby byl dodavatel současně vlastníkem obalovny asfaltových směsí, a proto také stanovil alternativně buď prokázání vlastnictví, nebo smluvního vztahu k obalovně, která splňuje požadované parametry. Podle zadavatele je jeho požadavek přiměřený velikosti, složitosti a technické náročnosti této veřejné zakázky a předchází situaci, kdy by v průběhu stavebních prací nebyla dodána obalovaná asfaltová směs splňující standardy pro pokládku. Zadavatel současně popřel jakékoli narušení hospodářské soutěže, neboť obdržel nabídky od 9 uchazečů a v nich bylo zmíněno celkem 12 obaloven asfaltových směsí, které splňují podmínky zadavatele uvedené v zadávací dokumentaci. Zadavatel nenese odpovědnost za to, že se navrhovateli nepodařilo předmětné obalovny zajistit. Co se týče údajně nejasně stanoveného dílčího hodnotícího kritéria „Plán organizace výstavby“, uvedl zadavatel, že není pravdou, že by v jeho rámci nehodnotil plán organizace výstavby, resp. hodnotí objektivně měřitelné ukazatele, jimiž je právě celková doba výstavby a uzavírky. Zadavatel sice souhlasí, že plán výstavby je širším pojmem než pouhé časové parametry výstavby, avšak má zato, že právě hodnocením pouze objektivně měřitelných ukazatelů zajistil zachování zásady transparentnosti.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 2. 2. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S366/2010/VZ-16525/2010/520/JHI (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 zákona zamítá, neboť v postupu zadavatele neshledal porušení zákona, a že zadavatel není povinen hradit náklady správního řízení.
7. Orgán dohledu v odůvodnění napadeného rozhodnutí poté, co odkázal na ustanovení § 6, § 56 odst. 3 písm. f), § 56 odst. 7 zákona, čl. III.2.3. „Technická způsobilost“ oznámení o veřejné zakázce a čl. 9 „Požadavky na kvalifikaci“ zadávací dokumentace, uvedl s poukazem na protokol z otevírání obálek s nabídkami, že zadavatel obdržel ve stanovené lhůtě celkem 9 nabídek, z nichž vyplývá, že každý z uchazečů doložil jednu smluvně zajištěnou obalovnu a jednu záložní obalovnu pro případ, kdy by smluvně zajištěná obalovna nebyla k dispozici. Těchto 9 uchazečů tedy mělo zajištěno dohromady 12 různých obaloven, ať už na základě vlastnického nebo smluvního vztahu. V obecné rovině potom Úřad konstatoval, že účelem stanovení technických kvalifikačních předpokladů je zajištění realizace veřejné zakázky pouze takovými dodavateli, kteří jsou k tomu dostatečně technicky způsobilí. 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 důležité 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. V šetřeném případě zadavatel v souvislosti se zadávanou veřejnou zakázkou jako kvalifikační předpoklad stanovil i požadavek na doložení „vlastnictví nebo smluvního vztahu s obalovnou asfaltových směsí“. Toto technické zařízení produkuje stavební materiály (asfaltový beton, obalované směsi), které jsou pro provedení předmětu veřejné zakázky nezbytné (viz předmět díla – rekonstrukce vozovek). 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. Při posuzování otázky případného diskriminačního charakteru zadávacích podmínek vycházel Úřad ze zjištění, že požadavek zadavatele souvisí s předmětem veřejné zakázky a je koncipován v souladu s relevantními ustanoveními zákona. Zadavatel dále v zadávacích podmínkách nevyločil možnost prokázat předmětnou část kvalifikace pomocí subdodavatele, přičemž, jak vyplývá z jednotlivých nabídek, této možnosti několik uchazečů využilo, a předmětný kvalifikační předpoklad prokázali doložením smlouvy s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí. Úřad tedy neshledal porušení zásady zakazu diskriminace, a proto návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítl tak, jak je uvedeno v bodě I. výroku.

8. Co se týče dílčího hodnotícího kritéria „Plán organizace výstavby“, s odkazem na § 6 a § 78 odst. 3 zákona uvedl orgán dohledu, že rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky. Mohou jimi být zejména nabídková cena, kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, vliv na zaměstnanost osob se zdravotním postižením, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení. Jestliže se zadavatel rozhodne pro způsob hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti nabídky, jak tomu je v šetřeném případě, měl by především dbát na vymezení základních, rozhodujících požadavků tak, aby celkový počet kritérií byl přiměřený rozsahu veřejné zakázky a umožňoval přehledné a jednoznačné hodnocení nabídek. Zadavatel je tedy povinen stanovit dílčí kritéria hodnocení v souladu s požadavkem transparentnosti tak, aby zájemci, kteří se rozhodnou pro účast v soutěži o veřejnou zakázku, byli reálně schopni předložit konkrétní nabídky a mohli si předem vytvořit o způsobu hodnocení včetně obsahu jednotlivých kritérií dostatečnou představu. U „obecného“ kritéria je z důvodu dodržení zásady transparentnosti nutné stanovit případně další subkritéria, která by jeho obsah jednoznačně specifikovala, případně popsat, co

konkrétně bude předmětem hodnocení. Zákon o veřejných zakázkách v žádném ustanovení nezakazuje rozdělení dílčího hodnotícího kritéria na další subkritéria. S tvrzením navrhovatele, že se subkritéria „Doba realizace“ a „Dopravní omezení“ nevztahují k dílčímu hodnotícímu kritériu „Plán organizace výstavby“ nemůže Úřad souhlasit. Obě výše zmíněná subkritéria se vztahují k organizaci výstavby, to znamená, jak dlouho bude uchazeč danou stavbu provádět a současně jak dlouho budou trvat nutná omezení na opravovaných dopravních komunikacích. Těmto dobám a lhůtám bude muset zadavatel přizpůsobit nejen dopravu na dotčených komunikacích, ale i na okolních komunikacích tak, aby umožnil plynulost dopravy. Pojem „Plán organizace výstavby“ je jistě obsahově širší pojem než jen „Doba realizace“ a „Dopravní omezení“, ale, jak již bylo uvedeno výše, obě subkritéria se vztahují k organizaci výstavby a k ekonomické výhodnosti nabídky (čím kratší doba plnění a čím kratší doba omezení bude, tím dříve bude moci zadavatel využít všechny dopravní komunikace a umožnit tak plynulost dopravy v Libereckém kraji). Zadavatel tedy tím, že výše uvedenými dílčími kritérii specifikoval dílčí hodnotící kritérium „Plán organizace výstavby“, nepochybil a Úřad v jeho postupu neshledal porušení zákona.

III. Námitky rozkladu

9. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad navrhovatele, který nesouhlasí se způsobem, jakým se Úřad vypořádal s jeho argumentací formulovanou v návrhu na zahájení správního řízení. Uvádí, že zadavatel tvrzeným úsilím o zajištění pokud možno hladkého procesu realizace veřejné zakázky bez případných výpadků zapříčiněných nedostupností asfaltové směsi vytváří zdání určitého rizika, které však odporuje veškerým praktickým zkušenostem, protože na trhu zjevně převažuje nabídka obalovaných asfaltových směsí nad jejich poptávkou. To ve svém vyjádření k zahájenému správnímu řízení nepřímou přiznává i zadavatel, a tím spíše není jasné, proč na zajištění dodávek tohoto stavebního materiálu klade tak velký důraz. Teprve zařazením požadavku na doložení obalovny učinili zadavatelé z této otázky potenciální problém a otevřeli tím cestu ke zneužití vlastnictví těchto zařízení v konkurenčním boji uchazečů o veřejnou zakázku. Z toho vyplývá, že zařazením zmíněného požadavku mezi kvalifikační předpoklady byla úroveň těchto předpokladů stanovena způsobem neodpovídajícím druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Ačkoli zadavatel i Úřad akcentují skutečnost, že nabídku podalo 9 uchazečů a kvalifikační předpoklad splnili celkem 12 různými obalovnami, tato skutečnost může svědčit i o existenci zakázané dohody o rozdělení trhu mezi několik soutěžitelů majících přístup k obalovnám jakožto výrobním zdrojům. Vzhledem ke složitosti prokázání takové dohody měl Úřad ve svém rozhodnutí upřednostnit řešení, které by porušování hospodářské soutěže eliminovalo, a nikoli podporovalo, tím spíše v situaci, kdy je deklarovaný důvod stanovení předmětného kvalifikačního předpokladu pouze zástupný, formální a de facto popírající tržní realitu. Úřad tak pochybil, když rezignoval na obecný rozměr dané problematiky a soustředil se jen na skutkové okolnosti konkrétního případu. Daným technickým kvalifikačním předpokladem není navíc ani dokládána technická způsobilost uchazečů ve smyslu dovednosti, výkonnosti, zkušenosti či spolehlivosti a jde pouze o otázku zajištění stavebních materiálů. Je absurdní, že navrhovatel je v moravském regionu díky dostupnosti vlastních obaloven technicky způsobilý k realizaci veřejné zakázky, a přesto je v jiném regionu k realizaci téhož druhu zakázky nezpůsobilý. Není jasné, v čem je uchazeč, kterému obalovna záměrně odmítne

dodávky (byť není pochyb o její volné kapacitě) technicky nezpůsobilejší oproti dodavateli, kterému tatáž obalovna dodávky přislíbila. Filosofie přezkoumávaného kvalifikačního požadavku tak stojí na předpokladu, že v úvahu přicházející obalovna je ochotna jednomu uchazeči dodávku zajistit, avšak jinému ne, a to je z hlediska soutěžního práva neakceptovatelné, neboť se jedná o požadavek založený na apriorním protiprávním jednání soutěžitele vlastního obalovnu. Byť je snaha zadavatele posuzovat schopnost uchazeče k realizaci veřejné zakázky legitimní, v konečném důsledku je za realizaci zakázky odpovědný pouze vybraný uchazeč a možnosti eliminovat případná výrobní rizika nejsou bezbřehé. Uvedeno *ad absurdum* by zadavatel měl např. zkoumat, zda má příslušná obalovna zajištěny dodávky asfaltu. Navrhovatel tedy nepochybně Úřadem opakovaně formulované stanovisko o roli kvalifikačních předpokladů v rámci tzv. „legitimní selekce“, ale je přesvědčen, že tento argument na daný případ nedopadá. To, že dodavatel nedisponuje požadovaným technickým vybavením (v případě přezkoumávané veřejné zakázky by se jednalo např. o finišer, živičný válec nebo silniční frézu), je nepochybně důvodem pro omezení jeho přístupu do soutěže o veřejnou zakázku, protože uvedená zařízení k realizaci nezbytně potřebuje. Totéž však neplatí o doložení určitého stavebního materiálu; pokud by měla být pod § 56 odst. 3 písm. f) zákona podřazena i dodávka stavebního materiálu, jednalo by se o nepřipustně extenzivní výklad tohoto ustanovení, neboť to hovoří pouze o přehledu provozních a technických zařízení, které má dodavatel k dispozici. S touto argumentací navrhovatele se však Úřad v napadeném rozhodnutí nijak nevypořádal, a tudíž je jeho rozhodnutí nepřezkoumatelné. Totéž navrhovatel tvrdí i o námitce, že stanovením předmětného kvalifikačního předpokladu dochází k narušení hospodářské soutěže, neboť vlastník obalovny, který by zamýšlel podat v zadávacím řízení nabídku, by byl nucen všechny žadatele o dodávky odmítnout, aby se nestal jejich subdodavatelem.

10. Co se týče dílčího kritéria „Plán organizace výstavby“, je podle navrhovatele zakázáno, aby zadavatel namísto upřesnění hodnotících kritérií stanovil v zadávací dokumentaci hodnotící kritéria zcela odlišná od těch, které uvedl v oznámení o veřejné zakázce. Při výkladu pojmu „plán organizace výstavby“ vychází navrhovatel zejména z gramatického významu a z toho, jaký význam je mu přisuzován ve stavební praxi (v rámci ní by stěžejí byl chápán jako doba realizace stavby). Napadené rozhodnutí však na bližší vysvětlení výše uvedeného pojmu zcela rezignovalo. Pokud by navrhovatel přijal vysvětlení Úřadu, že se uvedená subkritéria vztahují k organizaci výstavby, pak navrhovatel upozorňuje, že pod pojem „organizace výstavby“ se dají zařadit prakticky jakékoli údaje či parametry tak či onak související s plněním veřejné zakázky (tedy např. i dopad na životní prostředí, provozní náklady, zaměstnávání tělesně postižených osob či zabezpečení dodávek). Zadavatel tedy namísto lapidárního sdělení, že bude hodnotit dobu realizace zakázky (dodací lhůtu, lhůtu pro dokončení, atp.), užil nejasného výrazu, a proto je jeho postup netransparentní, neboť došlo ke zkreslení prvotních informací adresovaných dodavatelům, a tím mohl ovlivnit jejich následné rozhodnutí o účasti v soutěži o veřejnou zakázku, neřkuli dokonce samotné vyzvednutí zadávací dokumentace.
11. Navrhovatel v podaném rozkladu uzavírá, že Úřad měl při rozhodování přihlídnout i k jiným právním předpisům, kontrolu jejichž dodržování má ve své gesci. Jelikož se tak nestalo, poskytl Úřad paradoxně ochranu jednání narušujícímu hospodářskou soutěž, nehledě na to, že poškodil navrhovatele nerespektováním lhůt pro vydání rozhodnutí, omezil se

v odůvodnění napadeného rozhodnutí na pouhou citaci právních předpisů, aniž by se vypořádal s konkrétně formulovanými argumenty navrhovatele. Z výše uvedených důvodů navrhovatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí jako nesprávné a odporující právním předpisům zrušil a věc vrátil orgánu dohledu k novému projednání a rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

12. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S366/2010/VZ-2465/2011/520/JHI ze dne 16. 2. 2011 zadavateli lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Ve stanovené lhůtě ani po jejím uplynutí se však zadavatel k podanému rozkladu nevyjádřil.
13. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
14. 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 přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
15. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S366/2010/VZ-16525/2010/520/JHI ze dne 2. 2. 2011 rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 zákona zamítá a že zadavatel není povinen hradit náklady správního řízení, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně 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 rozkladu

16. Úvodem uvádím, že rozklad obsahuje řadu argumentů, které již byly vzneseny ve správním řízení prvního stupně a se kterými se také již Úřad dostatečným způsobem vypořádal v napadeném rozhodnutí. Přestože je částí odůvodnění napadeného rozhodnutí vytýkána nepřezkoumatelnost, nedospěl jsem k závěru, že by nebylo seznatelné, jakými úvahami byl Úřad při rozhodování veden, z jakých podkladů a důkazů vycházel a jak je vyhodnotil. Pokud jde o údajně nevypořádanou dílčí námitku, že se Úřad dopouští extenzivního výkladu ustanovení § 56 odst. 3 písm. f) zákona, které hovoří pouze o přehledu provozních a technických zařízení, a nikoli o dodávkách stavebních materiálů, pak se touto otázkou zabýval Úřad v odstavci 32. napadeného rozhodnutí. Zde dospěl ke správnému a – byť ne výslovně – ale přesto srozumitelně prezentovanému závěru, že za toto provozní a technické zařízení je nutno považovat právě onu obalovnu, která produkuje stavební materiály typu asfaltový beton nebo obalované směsi. Zadavatel tedy, pokud požadoval doložení vlastnického nebo smluvního vztahu k obalovně, správně tento požadavek podřadil pod § 56 odst. 3 písm. f) zákona a nelze rozhodně hovořit o tom, že by z jeho strany nebo ze strany

Úřadu došlo k rozšiřujícímu výkladu naposledy citovaného ustanovení. Uzavírám tedy, že pouhá skutečnost, že se Úřad nepřiklání k právnímu názoru navrhovatele, nelze za důkaz nepřezkoumatelnosti bez dalšího považovat. Co se týče další dílčí námitky nepřezkoumatelnosti, která má spočívat v tom, že se Úřad nevypořádal s tvrzeným porušením pravidel hospodářské soutěže, nebylo prokázáno jakékoli narušení hospodářské soutěže zakázanou dohodou, z níž by zejména vyplývala snaha o bojkot některého dodavatelského subjektu, o čem svědčí mj. i situace na trhu obalovaných směsí, o níž hovoří sám navrhovatel v podaném rozkladu. O této problematice bude v podrobnostech pojednáno v následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí. Konečně co se týče nedodržení lhůt pro vydání napadeného rozhodnutí, uvádím, že třicetidenní lhůty podle § 71 správního řádu pro vydání rozhodnutí ve věci samé, jsou vzhledem k absentující sankci za jejich překročení pouze lhůty pořádkové (pro úplnost dodávám, že institut opatření proti nečinnosti podle § 80 správního řádu navrhovatelem využit nebyl). Důsledky nedodržení lhůty podle § 71 správního řádu kromě toho nelze v případě meritorního rozhodnutí, které již vydáno (byť opožděně) bylo, jakkoli zhojit.

17. K problematice sporného technického kvalifikačního předpokladu v nejobecnější rovině uvádím, že podle ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu vysloveného např. v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, je nejčastější formou porušení zákazu diskriminace situace, kdy zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku (tj. diskriminace zjevná). Na druhou stranu, za formu 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 pouze někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými (tzv. diskriminace skrytá). Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným v § 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.
18. 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, přičemž o takové (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci; v absolutním měřítku i samotný požadavek na kvalifikaci je v rozporu se zásadou rovnosti. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou

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

19. 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. Jak vyplývá z vyjádření zadavatele, ten považoval za podstatné zajistit při realizaci přezkoumávané veřejné zakázky dodání obalovaných směsí způsobem, který zaručí požadovanou kvalitu pokládky. V zadávací dokumentaci jako min. úroveň technického kvalifikačního předpokladu stanovil „1 obalovnu s výkonem min. 160 t/hod v dosahu dle TKP“ a jako způsob prokázání tohoto předpokladu požadoval „doložení vlastnictví nebo smluvního vztahu“, tedy požadoval, aby uchazeči doložili buď doklad o vlastnictví obalovny, nebo smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí.
20. Stejně jako orgán dohledu jsem toho názoru, že 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 využilo hned několik uchazečů, kteří podali nabídku, a předmětný kvalifikační předpoklad prokázali doložením smlouvy s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí.
21. 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. 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 dodávce obalované asfaltové směsi s některým z vlastníků obaloven v místě realizace veřejné zakázky, potažmo i s podezřením na existenci zakázané dohody. 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. Všechny podané nabídky, jejichž součástí byla mj. smlouva o budoucí dodávce obalované asfaltové směsi, však zároveň dokazují, že se nejednalo o požadavek nesplnitelný. Je nepochybné, že se subjekty vlastníci obalovny nacházejí vůči těm subjektům, kteří ji nemají, ve výhodnějším, nezávislejších a konkurenceschopnějším 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 potenciální 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.

22. 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. Je čistě na zadavateli, jaké technické kvalifikační požadavky vůči uchazečům vznesl a na jakou vlastnost bude při realizaci veřejné zakázky klást důraz. Zákon neuvádí, zda zadavatel musí vyžadovat přehled všech prostředků a zařízení nutných pro realizaci zadávané stavby nebo jen těch, které považuje pro ověření schopnosti dodavatele veřejnou zakázku realizovat za důležité. Volba zůstává na zadavateli, který je limitován obecně ustanovením § 6 zákona, a přímo v souvislosti s požadavky na kvalifikaci pak ustanovením § 50 odst. 3 a § 56 odst. 7 zákona. Pro úplnost dodávám, že navrhovatelem není a ani nebyla zpochybněna souvislost zadavatelova požadavku na dodávku asfaltového betonu a obalovaných směsí s předmětem veřejné zakázky.
23. Dospěl-li tedy Úřad v napadeném rozhodnutí k závěru, že jsou splněny všechny podmínky ustanovení § 56 odst. 3 písm. f) a 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 obalované asfaltové směsi, v testu přiměřenosti obstál.
24. K dílčímu hodnotícímu kritériu „Plán organizace výstavby“ pak uvádím, že přestože zadavatel není povinen stanovit u dílčích hodnotících kritérií (zvolí-li jako hlavní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky) další podkritéria (subkritéria), zákon mu takový postup rozhodně nezakazuje, byť oproti předchozím právním úpravám s dílčími podkritérii výslovně nepočítá. Lze dokonce říci, že vymezení dalších upřesňujících subkritérií je naopak žádoucí tam, kde hrozí, že by se dílčí kritérium nevyznačovalo dostatečnou jasností a určitostí. Není pochyb o tom, že nejasně vymezené hodnotící kritérium vede k porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení (§ 6 zákona, ve spojení s § 78 odst. 4 zákona). Jak Úřad již mnohokrát ve své rozhodovací praxi uvedl, zadavatel je povinen stanovit taková hodnotící kritéria, aby uchazeči o veřejnou zakázku jednak byli schopni sestavit nabídku v souladu s požadavky zadavatele (a na tyto požadavky ve svých nabídkách reagovat), jednak si mohli učinit představu o tom, na které skutečnosti bude při hodnocení nabídek kladen důraz. Je-li

hodnotící kritérium formulováno vágně a umožňuje-li tak podávání různých, vzájemně neporovnatelných nabídek, stěží lze pak nabídky objektivně hodnotit. Zadavatel sám by měl mít představu o tom, co je pro něj přínosné a co nikoliv, a tuto představu uchazečům srozumitelně sdělit. Při stanovení dalších dílčích subkritérií je zadavatel omezen pouze do té míry, aby tato subkritéria svým obsahem odpovídala kritériu, které upřesňují, jinými slovy, aby nepředstavovala v podstatě další a zcela odlišná kritéria hodnocení, které by vůbec nebylo možné předvídat, kdyby uchazeč vycházel pouze z textu oznámení o veřejné zakázce uveřejněného v informačním systému.

25. Ačkoli zadavatel je přesvědčen, že v přezkoumávaném případě nastala právě ta situace, kdy dílčí subkritéria „Doba realizace“ (počet týdnů od podpisu smlouvy o dílo do realizace celé zakázky s vahou 50 %) a „Dopravní omezení“ (počet kalendářních dnů, po které nebude komunikace průjezdná s vahou 50 %) nijak nesouvisela s dílčím kritériem „Plán organizace výstavby“, jsem podobně jako orgán dohledu toho názoru, že souvislost zde dána je, neboť časový okamžik dokončení díla či doba omezení průjezdnosti komunikace nepochybně pod organizaci výstavby spadají, a tedy se nejedná o subkritéria, která by představovala dílčí hodnotící kritérium nové. Nad rámec závěrů napadeného rozhodnutí dodávám, že považuji kritérium „Plán organizace výstavby“ za poněkud hraniční z hlediska jeho jasnosti a srozumitelnosti (což jsou, jak vyplývá z výše uvedeného, jeho podstatné parametry), a to právě z důvodů, na které poukázal navrhovatel v podaném rozkladu a které naznačil i orgán dohledu v napadeném rozhodnutí, tj. že toto dílčí kritérium může být mnohoznačné a skrývat v sobě celou řadu dalších okruhů hodnocení. Tento nedostatek však byl zhojen právě volbou upřesňujících subkritérií a jejich uvedením v zadávací dokumentaci.
26. Co se týče možného rozdílu mezi počtem uchazečů, kteří se dozvěděli o vyhlášení zadávacího řízení, a počtem uchazečů, kteří si skutečně vyzvedli zadávací dokumentaci a potažmo nabídku podali, uvádím, že není ojedinělým jevem, že část uchazečů od záměru podat nabídku upustí poté, co se v podrobnostech seznámí s oznámením zadávacího řízení, nebo dokonce až poté, co si vyzvednou zadávací dokumentaci a seznámí se v podrobnostech se zadávacími podmínkami. Důvodů, proč dodavatel upustí od záměru vyzvednout si na podkladě uveřejněného oznámení i zadávací dokumentaci nebo podat nabídku, je celá řada. Nadto nelze odhlédnout od skutečnosti, že formulář „Oznámení o zakázce“ uveřejňovaný v informačním systému, nikdy nemůže vykazovat takovou míru podrobnosti jako samotná zadávací dokumentace; není k tomu zaprvé technicky a kapacitně uzpůsoben, zadruhé jeho smyslem a účelem není suplovat text zadávací dokumentace, ale podat dodavateli pouze stručnou informaci o plánovaném zadávacím řízení. Skutečnost, že některý z potenciálních dodavatelů neprojevil na podkladě zveřejněného oznámení o zakázce zájem o vyzvednutí zadávací dokumentace, stěží může postačovat pro závěr o porušení zákona netransparentním vymezením dílčích hodnotících kritérií a jejich subkritérií, které by mohlo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

VI. Závěr

27. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech

a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

28. 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. Alpine Bau CZ, s. r. o., Jiráskova 613/13, 757 43 Valašské Meziříčí
2. Liberecký kraj, U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec

Vypraveno dne:

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