



UOHSX0051E20

PŘESEDNA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R84,85/2010/VZ-10208/2013/310/LPa

Brno 3. června 2013

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,

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, 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, 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,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, při respektování závazného právního názoru Krajského soudu v Brně, vysloveného v rozhodnutí č. j. 62 Af 1/2011 – 83 ze dne 19. 7. 2012 a Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 69/2011 – 55 ze dne 28. 3. 2013, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S79,S87/2010/VZ-17082/2010/510/KČe ze dne 21. 6. 2010

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a 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**“)¹ veřejnou zakázku s názvem „III/03810 Hesov – most ev. č. 03810-006, 007, 008“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávanou formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému veřejných zakázek uveřejněno dne 1. 2. 2010 pod evidenčním číslem 60041270.
2. Zadavatel v zadávacích podmínkách v rámci požadavků na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů stanovil mj. požadavek, aby v souladu s ustanovením § 56 odst. 3 písm. f) zákona uchazeči do své nabídky doložili 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**“). Dále také zadavatel v rámci omezení doby skladování v zásobníku a doby dopravy asfaltových směsí jako prevenci proti jejímu znehodnocení 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

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

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. Dodavatele, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu a zákonem požadovaným nebo dovoleným způsobem, zadavatel předem určil z účasti v zadávacím řízení za vyloučeného.

3. Uchazeč FIRESTA - Fišer, rekonstrukce, stavby a. s., IČ 25317628, se sídlem Mlýnská 68, 602 00 Brno, (dále v této části odůvodnění jen „**navrhovatel FIRESTA**“), který podal proti zadávacím podmínkám, a to konkrétně proti citovanému požadavku na prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3) písm. f) zákona o předložení dokladu o dispozici obalovnou, u zadavatele námitky, o kterých zadavatel rozhodnutím ze dne 1. 3. 2010 rozhodl tak, že jim nevyhověl, byl rozhodnutím zadavatele ze dne 8. 3. 2010 pro nesplnění této kvalifikační podmínky z další účasti na zadávacím řízení vyloučen, když předmětný doklad o dispozici obalovnou ve své nabídce nepředložil.
4. Rozhodnutí zadavatele o námitkách nepovažoval navrhovatel FIRESTA za učiněné v souladu se zákonem, a proto podal dne 11. 3. 2010 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh na přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad tedy ke dni 11. 3. 2010 zahájil správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. ÚOHS-S79/2010/VZ, 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**“).
5. Uchazeč SDS EXMOST, spol. s.r.o., IČ 49454501, se sídlem Údolní 413/66, 602 00 Brno (dále v této části odůvodnění jen „**navrhovatel SDS EXMOST**“), který podal proti zadávacím podmínkám, a to konkrétně taktéž proti požadavku na prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3) písm. f) zákona o předložení dokladu o dispozici obalovnou, u zadavatele námitky, o kterých zadavatel rozhodnutím ze dne 8. 3. 2010 rozhodl tak, že jim nevyhověl, taktéž podal dne 18. 3. 2013 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, který byl Úřadu doručen dne 19. 3. 2013. Úřad pak stejný den zahájil správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. ÚOHS-S87/2010/VZ, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele SDS EXMOST a vybraného uchazeče.
6. K zajištění účelu výše uvedených správních řízení vydal Úřad usnesení ze dne 28. 4. 2010, kterým správní řízení zahájené na návrh navrhovatele FIRESTA dne 11. 3. 2010, vedené pod sp. zn. ÚOHS-S79/ 2010/VZ, a správní řízení zahájené na návrh navrhovatele SDS EXMOST dne 19. 3. 2010, vedené pod sp. zn. ÚOHS-S87/2010/VZ, spojil, neboť se týkaly stejné veřejné zakázky. Úřad současně usnesením z téhož dne účastníkům řízení nově stanovil lhůty pro navrhování důkazů a pro vyjádření stanoviska ve spojeném správním řízení i lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

II. **Napadené rozhodnutí**

7. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a dne 21. 6. 2010 vydal 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, neboť v postupu zadavatele v zadávacím řízení nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.

8. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad poté, co shrnul obsah některých ustanovení zákona, vztahujících se k dané problematice 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, ze kterých u dvou, včetně nabídky navrhovatele FIRESTA, hodnotící komise konstatovala nesplnění požadavku na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona, když se jim nepodařilo doložit požadovaný doklad 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.
9. Úřad upozornil na obecnou povinnost dodržovat v zadávacím řízení zásady vyjádřené v ustanovení § 6 zákona, přičemž výslovně uvedl zákaz diskriminace jak „zjevné“ tak i „skryté“. Ke skryté formě diskriminace ovšem dodal, že samotná podstata jejího zákazu neumožňuje pouhou mechanickou aplikaci, když není dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potenciální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by jednak podle názoru Úřadu 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.
10. Úřad se dále podrobněji zabýval otázkou „skryté“ diskriminace v souvislosti s kvalifikačním předpokladem doložení dokladu o dispozici obalovnou, kdy vzal v úvahu následující jím zjištěné skutečnosti:
 - 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 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;
 - 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;

- 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.

11. Po zvážení výše uvedených okolností a souvislostí případu dospěl Úřad k závěru, že postup zadavatele při stanovení kvalifikačního požadavku na doložení dispozice s obalovnou nevykazoval znaky porušení zásady zákazu diskriminace a tedy porušení zákona. Proto oba návrhy navrhovatelů zamítl.

III. Námitky rozkladů

Rozklad navrhovatele SDS EXMOST

12. Úřad obdržel od navrhovatele SDS EXMOST proti napadenému rozhodnutí rozklad, ve kterém v prvé řadě odkázal 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, upravující základní principy právní úpravy zadávání veřejných zakázek – zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Výslovně pak navrhovatel SDS EXMOST vyzdvihl požadavek ukládaný zadavateli, aby v případě zadání určitého konkrétního kvalifikačního předpokladu byla splněna jistá omezení spočívající v povinnosti zadavatele přizpůsobit svůj požadavek druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, čili aby byl kvalifikační požadavek zadavatele přiměřený. Dále pak odkázal na legislativu Slovenské republiky a to konkrétně na rozhodnutí v obdobné věci, týkající se města Humenné, vydané Úřadem pre verejné obstarávanie pod číslem rozhodnutí 1128-74-700/2009, kde zadavatel požadoval doklady o zabezpečení dodávky rozhodujících stavebních materiálů, konkrétně ocelových profilů, betonových a živichých (asfaltových) směsí. Úřad 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 pak 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 také, že nelze vyloučit existenci kartelových dohod. K tomuto navrhovatel SDS EXMOST podotknul, že i v přezkoumávaném případě představuje pokládka asfaltových směsí jen asi 5 % celkového předmětu veřejné zakázky. Co se týče argumentace Úřadu uvedené v napadeném rozhodnutí ohledně § 50 odst. 3 a § 56 odst. 3 písm. f) zákona, navrhovatel SDS EXMOST tuto v souvislosti s výše uvedeným označil za nedostatečnou a tudíž nepřezkoumatelnou, neboť se Úřad v žádné části odůvodnění napadeného rozhodnutí otázkou přiměřenosti zadavatelova požadavku z hlediska rozsahu dodávek obalových směsí nezabýval.
13. Navrhovatel SDS EXMOST dále namítl, že se Úřad nedostatečně vypořádal s otázkou „skryté“ diskriminace, přičemž zdůraznil podle jeho názoru prokazatelně existující majetkové propojení některých uchazečů o veřejnou zakázku. Zkritizoval také v napadeném rozhodnutí zmiňované šetření Sekce hospodářské soutěže Úřadu.

14. V dalších pasážích rozkladu navrhovatel SDS EXMOST namítl, že prokázání kvality dodávek živičných směsí by zadavatel dosáhl i v případě, že by požadoval doložení dokladu o dispozici obalovnou až po vybraném uchazeči. Pokud by vybraný uchazeč měl možnost zajistit dodávku obalovaných směsí až poté, co jeho nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, není vyloučeno, že by mohl vybírat z konkurence více dodavatelů a dosáhnout tak snížení nákladů. Navrhovatel SDS EXMOST vyjádřil k tomuto své přesvědčení, že uvedeným postupem zadavatel nedocílil prokázání dostatečné technické způsobilosti uchazečů, nýbrž nastavení nepřiměřeně přísných podmínek pro doložení zajištění dodávek obalových směsí, jež tvoří pouhých cca 5 % rozsahu veřejné zakázky, neoprávněně diskriminačně eliminoval účast řady případných uchazečů o veřejnou zakázku (z 27 uchazečů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, podalo nabídku jen 10). Zmíněný objem plnění je přitom obalovna schopna zpracovat během cca 4 hodin.
15. V neposlední řadě se podle navrhovatele SDS EXMOST Úřad nezabýval otázkou, kolik ze 17 uchazečů, kteří po vyzvednutí zadávací dokumentace nepodali svou nabídku, tak učinili z důvodu, že nebyli schopni splnit zadavatelovu podmínku dispozice s obalovnou. Minimálně navrhovatel SDS EXMOST se mezi tyto počítá, když nabídku nepodal právě proto, že nebyl schopen doložit subdodavatelskou smlouvu s žádnou obalovnou. Ostatně k možnosti poskytnuté zadavatelem splnit tento kvalifikační požadavek smlouvou se subdodavatelem navrhovatel SDS EXMOST uvedl, že veškeré takovéto jeho snahy o uzavření smlouvy byly buď ze strany obaloven ignorovány, nebo odmítnuty s odůvodněním, že vlastník obalovny hodlá nabídku podat sám.

Závěr rozkladu navrhovatele SDS EXMOST

16. Navrhovatel SDS EXMOST v závěru svého rozkladu navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí jako nesprávné zrušil a podle § 118 odst. 1 zákona zrušil i přezkoumávané zadávací řízení.

Rozklad navrhovatele FIRESTA

17. Úřad obdržel proti napadenému rozhodnutí rozklad taktéž od navrhovatele FIRESTA. Tento předně namítl, že hlavním předmětem veřejné zakázky nejsou stavební úpravy, ale demolice tří stávajících mostů a následná výstavba tří mostů nových a jednoho provizorního. Podmínky zadávací dokumentace podle § 56 zákona nemají se splněním technických kvalifikačních předpokladů podle navrhovatele FIRESTA nic společného. Je sice právem zadavatele vymezit požadavky na splnění kvalifikace, zadavatel je však povinen se v tomto omezit pouze na informace a doklady, které jsou bezprostředně spojené s předmětem veřejné zakázky. Nastínil přitom názor, že doklady uvedené pod písm. f) ustanovení § 56 odst. 3 zákona, jsou pouze alternativou k dokladům podle písmen a) až e) téhož ustanovení. V šetřeném případě pak podle něj došlo k diskriminaci těch uchazečů, kteří prokázali svou způsobilost k plnění předmětu veřejné zakázky splněním kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) až e) zákona a byli nuceni dokladovat splnění technických kvalifikačních předpokladů i dle § 56 odst. 3 písm. f) zákona. Navrhovatel FIRESTA v tomto odkázal na dvou písemnou nabídku, kde doložil provedení 130 děl, jež odpovídají svým druhem a rozsahem plnění předmětu veřejné zakázky, k čemuž doložil i referenční listy a dále certifikáty a průkazy způsobilosti k provádění stavebního díla. Navrhovatel FIRESTA na základě výše uvedeného

vyvodil závěr, že Úřad nezákonně obhajuje požadavek zadavatele na dispozici uchazečů obalovnou, aniž by pro to svědčily jakékoliv zákonné, technické či kvalitativní důvody.

18. Navrhovatel vyslovil dále názor, že se na trhu pohybuje přebytek výrobců asfaltového betonu a obalovaných směsí a není tedy důvod k obavám, že by kterýkoliv uchazeč o veřejnou zakázku nebyl schopen požadované množství tohoto materiálu dodat. Pozastavil se nicméně nad skutečností, že Úřad nezahrnul vůbec do svých úvah skutečnost, že zadavatel stejným způsobem nepodmínil dodávku betonu, betonářských výztuží, bednění a skruží, když jsou na plnění těchto komponentů, s ohledem na jejich rozhodující vliv na celkovou kvalitu díla, vyžadovány přísné technické a kvalitativní podmínky. Navrhovatel FIRESTA zhodnotil podmínku dispozice obalovnou jako podmínku založenou na vlastnickém základu, která vylučuje možnost dodávky kvalitní obalové asfaltové směsi od jiného dodavatele než vlastníka obalovny. O ryze technickou podmínku by se při tom jednalo v případě, že by dodávka měla být uskutečněna z obalovny, která je v dojezdové vzdálenosti, případně materiál musel splňovat při pokládce konkrétní parametry.
19. V bodu porušení hospodářské soutěže navrhovatel FIRESTA popřel závěry Úřadu a shodně s navrhovatelem SDS EXMOST odkázal na závěry Úřadu pre veřejné obstarovanie ve věci města Humenné. Podle jeho názoru pak Úřad neprovedl nevržené důkazy a z důkazů, které tvoří součást spisu, vyvodil nesprávné závěry.

Závěr rozkladu navrhovatele FIRESTA

20. Navrhovatel FIRESTA v závěru svého rozkladu navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladech

21. K oběma rozkladům se na základě výzvy Úřadu uvedené v usnesení č. j. ÚOHS-S79,S87/2010/VZ-10175/2010/510/KČe ze dne 12. 7. 2010 vyjádřil zadavatel, přičemž v první řadě odkázal na svá dřívější podání s tím, že výklad zákona ponechává na rozkladové komisi. K rozkladu navrhovatele FIRESTA se pak vyjádřil navrhovatel SDS EXMOST v tom smyslu, že se s argumentací rozkladu navrhovatele FIRESTA v mnohém ztotožňuje.

Rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladech

22. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-S79,S87/2010/VZ-7082/2010/510/KČe ze dne 21. 6. 2010 napadené rozhodnutí Úřadu potvrdil a podané rozklady zamítl. K jednotlivým rozkladovým námitkám předseda Úřadu uvedl následující.

K námitkám rozkladů

23. Předseda Úřadu se předně vyjádřil k výkladu pojmu „skrytá diskriminace“, když odkázal na judikaturu Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“), který v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008 vyslovil názor, že za formu nepřipustné (skryté) diskriminace považuje i 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, přičemž je zjevné, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů, jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilí. V témže rozsudku pak ale NSS varuje před mechanickou aplikací výše uvedeného názoru a dodává, že není možné požadovat po zadavatelích, aby jimi zadané kvalifikační požadavky měly na všechny potencionální uchazeče stejný dopad. Takovýto předpoklad by byl v rozporu se smyslem kvalifikačních podmínek, kterým je zajistit právě jen účast těch uchazečů, kteří jsou k plnění veřejné zakázky způsobilí. Klíčem k odhalení skryté diskriminace je tedy zjevná nepřiměřenost kvalifikačních předpokladů, která musí být nutně posuzována individuálně ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce.

24. Při respektování výše uvedeného názoru NSS vzal předseda Úřadu ve vztahu k otázce přiměřenosti technických kvalifikačních předpokladů v úvahu vyjádření zadavatele, který uvedl, že z důvodu negativních zkušeností 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. Z tohoto důvodu koncipoval požadavek na doložení dokladu o vlastnictví obalovny. Předseda Úřadu v tomto pak přihlédl též ke skutečnosti, že zadavatel nevyloučil ani 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 o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí.
25. K námitce obou navrhovatelů o nadbytečnosti podmínky dispozice s obalovnou již ve fázi zadávacích podmínek předseda Úřadu připustil, že uzavření smlouvy o smlouvě budoucí již ve fázi zadání veřejné zakázky zřejmě nebylo zcela nezbytné a že úspěšnému uzavření mohla v některých případech bránit skutečnost, že vlastník obalovny byl sám účastníkem zadávacího řízení a jako takový nebyl ochoten (nemohl) uzavřít smlouvu s případným konkurentem. Tři uchazeči, kteří tento kvalifikační předpoklad splnili právě uzavřením smlouvy o smlouvě budoucí, jsou však důkazem toho, že tento požadavek nebyl nespelnitelný. Je nepochybné, že se subjekty vlastníci obalovnu nacházejí vůči těm subjektům, které ji nevlastní, ve výhodnějším a konkurenceschopnějším postavení. Právě na tuto situaci ovšem dopadá zmíněná judikatura NSS obhajující závěr, že nelze po zadavateli požadovat, aby jím nastavené kvalifikační předpoklady dopadaly na všechny potencionální uchazeče naprosto stejně.
26. Předseda Úřadu k dalším rozkladovým námitkám uvedl, že je možno sice souhlasit s navrhovatelem v tom smyslu, že vlastnictví určitého zařízení samo o sobě kvalitu dodávky nezaručí, na druhou stranu však zdůraznil zákonné právo zadavatele si v rámci prokazování kvalifikace takto učinit přehled o zařízeních, které bude dodavatel k plnění předmětu veřejné zakázky používat. Podobně pak vyvrátil námitku, že asfaltový beton a obalové směsi tvoří jen 5% předmětné veřejné zakázky či že zadavatel nevznesl obdobný požadavek na kvalifikaci jako u těchto materiálů i u dodávky a pokládky betonu, konstatováním, že je pouze na zadavateli, na jakou vlastnost poptávaného předmětu plnění bude klást při realizaci veřejné zakázky důraz, pokud splní požadavky stanovené zákonem zejména v ustanoveních § 6, § 50 odst. 3 a § 56 odst. 7 zákona.

27. K výše uvedenému předseda Úřadu shrnul, že pokud Úřad dospěl 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, nenalezl předseda Úřadu důvod, proč se od jeho závěrů odchýlit. Naopak se ztotožnil s názorem Úřadu, že zadavatelův požadavek na dispozici uchazeče s obalovnou je přiměřený předmětu veřejné zakázky.
28. Předseda Úřadu dále odmítl tvrzení navrhovatele FIRESTA, že ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) až e) a § 56 odst. 3 písm. f) zákona jsou k sobě ve vztahu alternativním, když zhodnotil, že ustanovení § 56 odst. 3 zákona obsahuje taxativní výčet dokladů, které je zadavatel oprávněn po uchazečích k prokázání kvalifikace požadovat, přičemž může požadovat jak jen některé z nich, tak i všechny. Názor navrhovatele FIRESTA, 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, předseda Úřadu neakceptoval.
29. K odkazu navrhovatelů na judikaturu Slovenské republiky pak předseda Úřadu sdělil, že tato není ani nemůže být pro rozhodování Úřadu směrodatná a dodal, že při posuzování postupu zadavatele podle zákona je třeba vycházet výhradně z ustanovení národní zákonné normy, s přihlédnutím k zadávacím směrnicím a to ve všech souvislostech šetřeného případu.
30. Předseda Úřadu nesouhlasil ani s výhradami ohledně závěrů, které učinila Sekce ochrany hospodářské soutěže Úřadu, přičemž připomněl, že Úřad zahajuje, v souladu s platnou právní úpravou obsaženou v zákoně, správní řízení z moci úřední teprve v okamžiku, kdy existenci porušení hospodářské soutěže nasvědčuje dostatek indicií. Vzhledem k tomu, že Sekce ochrany hospodářské soutěže Úřadu v přezkoumávaném případě žádné takovéto indicie neobjevila, nebyl tudíž shledán důvod pro zahájení správního řízení a pro podrobnější šetření.

V. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

31. Navrhovatel FIRESTA (v soudním řízení též „žalobce“) podal proti rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 2. 11. 2010 č. j. ÚOHS-R84,85/2010/VZ-14302/2010/310/JSI (dále též „žalobou napadené rozhodnutí“) ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „krajský soud“) žalobu, kterou se domáhal zrušení jak žalobou napadeného rozhodnutí tak i předcházejícího rozhodnutí I. stupně. Toto soudní řízení bylo u krajského soudu vedeno pod sp. zn. 62 Af 1/2011.
32. Dne 19. 7. 2012 vydal Krajský soud v Brně rozsudek č. j. 62 Af 1/2011–83, kterým rozhodl o zrušení žalobou napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (v soudním řízení též „žalovaný“) k dalšímu řízení.
33. Krajský soud ve svém rozsudku nejprve po objasnění podstaty věci stručně shrnul procesní stanoviska účastníků soudního řízení, poté přezkoumal žalobou napadené rozhodnutí v mezích žalobních bodů a shledal, že žaloba je důvodná. Vzhledem k tomu, že žalobce

předně namítl nepřezkoumatelnost žalobou napadeného rozhodnutí, krajský soud se zabýval posouzením této otázky. Krajský soud přitom poukázal na rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 26. 2. 1993 č. j. 6 A 48/92-23, dle něhož z odůvodnění rozhodnutí musí být seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka za liché, mylné nebo vyvrácené, které skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí, proč považuje skutečnosti předložené účastníkem za nerozhodné, nesprávné nebo jinými provedenými důkazy vyvrácené, podle které právní normy rozhodl a jakými úvahami se přitom řídil při hodnocení důkazů. Dále krajský soud rovněž citoval i rozsudek NSS č. j. 3 As 51/2007-84 ze dne 23. 7. 2008, ve kterém NSS uvedl, že nevypořádá-li se správní orgán v rozhodnutí o opravném prostředku se všemi námitkami, které v něm byly uplatněny, způsobuje to nepřezkoumatelnost rozhodnutí. Krajský soud v této souvislosti uvedl, že předseda žalovaného se vypořádání námitek obou rozkladů účastníků správního řízení věnoval téměř na pěti stranách textu. Výslovně se pak vypořádal s otázkou nadbytečnosti podmínky vlastnictví obalovny, s námitkou, že vlastnictví obalovny ještě nezaručuje kvalitu dodávaného plnění a také s tvrzením, že zadavatel nepoužil obdobný požadavek také ve vztahu k dodávce betonu. Předseda žalovaného se pak zabýval i dalšími námitkami. Krajský soud k tomuto shrnul, že i když lze souhlasit s tím, že se předseda žalovaného mohl některými námitkami zabývat podrobněji, tento fakt sám o sobě nezpůsobuje nepřezkoumatelnost jeho rozhodnutí, kterou krajský soud neshledal.

34. Podobně neshledal krajský soud ani důvodnou námitku, že se žalovaný nevypořádal s jeho důkazními návrhy, když krajský soud konstatoval, že žalobce v žalobě neuvedl, o jaké důkazní návrhy se mělo jednat a nedal tak soudu možnost tuto neurčitou námitku věcně posoudit.
35. Žalobní námitce směřující proti spojení správních řízení o jeho návrhu a návrhu společnosti SDS EXMONT krajský soud taktéž nepřisvědčil, přičemž zhodnotil, že žalovaný postupoval v souladu s ustanovením § 140 správního řádu, neboť řízení o obou návrzích spolu věcně souvisela a krajský soud nenalezl žádné překážky pro jejich spojení.
36. Dále se krajský soud zabýval námitkou, že žalobce v prvním ani ve druhém stupni správního řízení nebyl vyzván k seznámení se s podklady pro rozhodnutí, když upozornil na usnesení ze dne 29. 3. 2010, kterým byla účastníkům řízení poskytnuta lhůta, ve které byli v souladu s ustanovením § 36 odst. 1 správního řádu oprávněni navrhnout důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko. Dále jim pak byla stanovena lhůta k vyjádření k podkladům rozhodnutí ve smyslu ustanovení § 36 odst. 3 správního řádu. Práva podat vyjádření pak žalovaný také využil. Z uvedeného krajský soud vyvodil, že co se týče správního řízení v prvním stupni, byl žalobce na možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí v souladu se správním řádem řádně upozorněn. Pokud pak jde o právní řízení ve druhém stupni, v něm již žalobce takto upozorněn nebyl, krajský soud však ze správního spisu zjistil, že v této fázi řízení nedošlo k doplnění dokazování a při rozhodování o rozkladu žalovaný vycházel z podkladů umístěných do spisu již v průběhu řízení v prvním stupni. S odkazem na rozsudek NSS č. j. 7 As 40/2003-61 ze dne 15. 12. 2004 tedy konstatoval, že i přes to, že žalobce nebyl v řízení o rozkladu vyzván k seznámení se s podklady pro rozhodnutí o rozkladu, neměla tato skutečnost žádný vliv na zákonnost rozhodnutí.

37. Ani poslední procesní námitku žalobce, že mu nebyla dána možnost namítnout podjatost členů rozkladové komise, když mu nebylo sděleno její složení, neshledal krajský soud důvodnou, přičemž konstatoval, že nepovažuje členy rozkladové komise za oprávněné úřední osoby, jejichž jména by musela být uvedena ve spise ve smyslu ustanovení § 15 odst. 4 správního řádu. Navíc krajský soud konstatoval, že žalobce žalovaného o sdělení jmen členů rozkladové komise nepožádal, jak předpokládá výše uvedené ustanovení správního řádu.
38. Krajský soud se dále v odůvodnění svého rozhodnutí zabýval hmotněprávními námitkami žalobce, zejména pak žalobcem namítaného nezákonného výkladu § 56 odst. 3 zákona, který provedl žalovaný a dále pak tvrzeními žalobce, že zadavatel nebyl oprávněn požadovat k prokázání kvalifikace doklad o vlastnictví obalovny nebo smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí, v kterémžto postupu zadavatele spatřuje žalobce porušení § 6 zákona. Z odůvodnění obou rozhodnutí žalovaného naopak vyplynulo, že tento v postupu zadavatele neshledal žádné porušení zákona, ba ani porušení zásady zákazu diskriminace.
39. Ve svém odůvodnění krajský soud poté, co v rámci posouzení těchto námitek připomněl relevantní ustanovení zákona, zejména pak ustanovení § 6 zákona, týkající se základních zásad, kterými je veřejný zadavatel povinen se řídit a pak také ustanovení zákona vymezující pravidla pro prokazování kvalifikačních předpokladů uchazečů o veřejnou zakázku, uvedl některé teoretické závěry, ze kterých při hodnocení tohoto žalobního bodu vycházel, zejména pak závěry o samotném účelu stanovení technických kvalifikačních předpokladů a závěry vyplývající z jeho dřívějších rozhodnutí i rozhodnutí NSS ohledně rozsahu zásady zákazu diskriminace. V tomto smyslu zhodnotil, že zákaz diskriminace zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud vede k obdobným právem zakázaným důsledkům. Za skrytou formu diskriminace pak označil i takový postup, kdy zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky a přitom je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů, jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilí. Krajský soud v kontextu svých úvah učinil závěr, že došlo ke kumulativnímu splnění uvedených dvou podmínek a že nastavením kvalifikačního požadavku prokázání dispozice obalovnou zadavatel nepochybně omezil počet dodavatelů, kteří se o veřejnou zakázku mohli ucházet a to zejména za situace, kdy se samotní vlastníci obaloven o veřejnou zakázku sami ucházeli a z tohoto důvodu odmítli s žalobcem a pravděpodobně i s dalšími potencionálními uchazeči smlouvu o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí uzavřít a tím zvýšili svoji šanci ve veřejné zakázce zvítězit. Na tomto závěru, že postupem zadavatele došlo k omezení počtu dodavatelů, kteří se mohli o veřejnou zakázku ucházet nemění nic ani fakt, že některým z dodavatelů se podařilo smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny uzavřít, když je zjevné, že k tomuto nedošlo u všech potencionálních zájemců.
40. Krajský soud dále učinil závěr, že prokázání dispozice obalovnou jako technický kvalifikační požadavek způsobilý zajistit, aby se o realizaci veřejné zakázky účinně ucházeli pouze

dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto také řádně splnit, sám o sobě nijak kvalitu dodávané asfaltové směsi a tedy řádné splnění zakázky nezaručuje. Krajský soud v této souvislosti nabízí spíše variantu předložení seznamu obdobných prací uskutečněných v posledních letech, ze kterého lze zjistit schopnosti dodavatele při realizaci dřívějších zakázek.

41. Krajský soud rovněž zaujal rozdílné stanovisko od závěru žalovaného, když uzavřel, že nebylo nutné, aby dodavatelé veřejné zakázky disponovali již ve fázi prokazování splnění kvalifikace obalovnou, poněvadž i ti dodavatelé, kteří tuto podmínku v době podání nabídky nesplňovali, byli dle názoru krajského soudu způsobilí veřejnou zakázku řádně splnit s tím, že krajský soud neshledal žádnou překážku v uzavření smlouvy vítězného uchazeče na dodávku obalovaných směsí s obalovnou dodatečně až po skončení zadávacího řízení. Požadavek na dispozici obalovnou shledal krajský soud tedy tak, jak byl zadán nepřiměřeným a neodpovídajícím druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky a coby nástroj omezující počet možných dodavatelů tedy nesl prvky nezákonné skryté diskriminace.
42. V závěru tedy krajský soud uvedl, že vzhledem k tomu, že zadavatel při vymezení technického kvalifikačního předpokladu spočívajícího ve vlastnictví obalovny nebo v uzavření smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku materiálu v oznámení zadávacího řízení nevymezil minimální úroveň tohoto technického kvalifikačního předpokladu tak, aby odpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, čímž porušil zásadu zákazu diskriminace v zadávacím řízení, shledal žalobu důvodnou, a proto napadené rozhodnutí pro nezákonnost zrušil a vyslovil, že se věc vrací žalovanému k dalšímu řízení. V něm je žalovaný vázán právním názorem krajského soudu, vysloveným v tomto rozhodnutí. Co se týče rozhodnutí žalovaného vydané v prvním stupni správního řízení, ponechal nezbytnost jeho zrušení na předsedovi žalovaného.

VI. Kasační stížnost

43. Proti rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 1/2011-83 ze dne 19. 7. 2012 (dále jen „**napadený rozsudek**“), kterým bylo zrušeno žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R84,85/2010/VZ-14302/2010/310-JSI ze dne 2. 11. 2010, podal předseda žalovaného (dále též „**stěžovatel**“) dne 2. 8. 2012 kasační stížnost, kterou odůvodnil ustanovením § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**s. ř. s.**“), neboť nabyl přesvědčení, že napadený rozsudek je stížen nezákonností spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení.

VII. Řízení před Nejvyšším správním soudem

44. Rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 69/2012 – 55 ze dne 28. 3. 2013 byla kasační stížnost stěžovatele zamítnuta. V odůvodnění rozsudku NSS nejprve stručně shrnul průběh správního řízení a posléze i základní argumenty uvedené v kasační stížnosti. Po konstatování přípustnosti a včasnosti kasační stížnosti nejprve potvrdil absenci vad řízení před soudem, ke kterým by musel přihlídnout z úřední povinnosti. Poté co posoudil námitky uvedené v kasační stížnosti, došel k závěru, že kasační stížnost je nedůvodná.

45. Námitku stěžovatele, že napadený rozsudek je nepřezkoumatelný NSS odmítl s konstatováním, že odůvodnění napadeného rozsudku krajského soudu plně odpovídá ustálené judikatuře NSS k otázce přezkoumatelnosti soudního rozhodnutí. K otázce zákonnosti závěrů krajského soudu NSS předně uvedl, že se plně ztotožnil s krajským soudem při interpretaci základních zásad vyplývajících z ustanovení § 6 zákona. Kromě těchto zásad ovšem zákon obsahuje řadu ustanovení, která zadavateli dávají velkou míru volnosti např. i v oblasti požadavků k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů, které musejí být jednak přípustné a i samotný důvod jejich vyžadování musí být v souladu se základními zásadami. Stanovení minimální úrovně předpokladu musí navíc odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky a také s ním musí důvodně souviset.
46. NSS v zásadě vyslovil souhlas se stěžovatelem, že požadavek na doložení dokladu o vlastnictví jedné blíže nespécifikované obalovny, případně spolupráce s blíže nespécifikovanou obalovnou lze podřadit pod ustanovení § 56 odst. 3 písm. f) zákona, dále pak, že se jedná o požadavek související s předmětem veřejné zakázky, přičemž NSS nepopřel ani zadavatelovu povinnost požadovat po dodavatelích prokázání kvalifikace. NSS se však také ztotožnil s názorem krajského soudu, že uvedený požadavek není v posuzovaném případě přiměřený a jeho uplatnění mělo diskriminační následky. Na základě tohoto vyvodil závěr, že se jedná o požadavek, který je v rozporu se základními zásadami uvedením v § 6 zákona a neodpovídá druhu, rozsahu a předmětu veřejné zakázky.
47. NSS dále konstatoval, že ačkoliv předmětem veřejné zakázky byla dodávka stavebních prací, jedním z kvalifikačních požadavků bylo dodání konkrétního stavebního materiálu. I když je logicky zdůvodnitelné, že stavební práce jednoduše nelze provádět bez odpovídajícího materiálu, stavební společnosti si běžně dodávky těchto stavebních materiálů zajišťují samy v rámci své podnikatelské činnosti. NSS tedy požadavek na zajištění jednoho konkrétního materiálu v rámci stavebních prací zhodnotil jako minimálně nestandardní za situace, kdy se jedná o malé množství stavebního materiálu, který je zcela běžný a dostupný u velkého množství dodavatelů přímo v dané oblasti.
48. NSS nepřipustil ani argumentaci stěžovatele, když uvedl, že vlastnictví obalovny ani smlouva o smlouvě budoucí nemá žádný přímý vliv na kvalitu dodávaného materiálu a není proto nutné znát konkrétního dodavatele obalovaných směsí, když kvalitu materiálu lze od dodavatelů požadovat na základě technických norem pomocí důsledné kontroly kvality přímo na staveništi. Stejně tak je povinností dodavatele zajistit i přesun stavebních hmot na staveniště v souladu s technickými požadavky a proto NSS nepovažuje požadavek, aby zadavatel znal konkrétní obalovnu pro účely vymezení podrobného plánu trasy z obalovny na staveniště za nutný. K tomuto pak NSS ještě zdůraznil, že není důvod na obalované směsi pohlížet jinak než na ostatní stavební materiály, u kterých lze použít argumenty obdobné a zadavatel jim stejnou důležitost nepřisoudil.
49. Riziko, na které poukázal v kasační stížnosti stěžovatel, že bez nastavení tohoto kvalifikačního předpokladu, by po uzavření smlouvy veřejná zakázka nemohla být realizována z důvodu nenavázání spolupráce se subdodavatelem, NSS přisuzuje primárně dodavatelům, přičemž vzhledem k malému objemu dodávky na obalované směsi podle NSS nebyl důvod

k její akcentaci. Naopak se NSS ztotožnil s krajským soudem, že vhodným nástrojem k prokázání kvalifikačních předpokladů na realizaci takovéto stavby je spíše poskytnutí seznamu obdobných prací, které konkrétní dodavatel v posledních letech realizoval.

50. K závěru svého rozhodnutí NSS zopakoval, že předmětem veřejné zakázky byla dodávka stavby a nikoliv stavebního materiálu, kdy stavební společnosti nejsou primárně producenty stavebních materiálů. Pokud tedy po nich bylo požadováno, aby byly vlastníky i specifického stavebního zařízení, bylo dopředu zřejmé, že parametry takového požadavku mohou naplnit pouze někteří z nich. NSS uvedl, že se plně ztotožnil s názorem krajského soudu a uzavřel, že tím, že se veřejné zakázky účastnili i vlastníci obaloven, bylo určité skupině dodavatelů na základě obchodního uvážení v rámci konkurenčního boje umožněno vyřadit jiné zájemce.

VIII. Stanovisko předsedy Úřadu

51. Po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek rozkladů a s přihlédnutím k právním závěrům krajského soudu a NSS jsem dospěl k následujícímu závěru.
52. Úřad v napadeném rozhodnutí č. j. ÚOHS-S79,S87/2010/VZ-7082/2010/510/KČe ze dne 21. 6. 2010 nepostupoval v souladu se zákonem, pokud tímto rozhodnutím rozhodl o zamítnutí návrhů navrhovatelů na přezkoumání úkonů zadavatele. V průběhu správního řízení totiž správní orgán prvního stupně nesprávně posoudil některé stěžejní skutečnosti, které budou specifikovány níže. Z uvedených důvodů jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a věc jsem vrátil Úřadu k novému projednání. V dalším řízení se Úřad bude řídit právními závěry učiněnými v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 1/2011 - 83 ze dne 19. 7. 2012, právními závěry vyslovenými v rozsudku NSS č. j. 1 Afs 69/2012 - 55 ze dne 28. 3. 2013 a tímto rozhodnutím.

K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

53. V šetřeném případě je pro posouzení zákonnosti napadeného rozhodnutí Úřadu stěžejní zejména otázka technického kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 56 odst. 3 písm. f) zákona, na základě kterého zadavatel stanovil uchazečům o veřejnou zakázku povinnost již ve fázi podávání nabídek doložit doklad o vlastnictví obalovny, nebo smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí, ve vztahu k základním zásadám vyplývajícím z ustanovení § 6 zákona, zejména pak ve vztahu k zásadě zákazu diskriminace. Na diskriminační povahu tohoto kvalifikačního požadavku žalobce poukázal od počátku zadávacího řízení, již v návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, později v rozkladu i v samotné žalobě.
54. Stanovením kvalifikačních požadavků se zadavatel obecně snaží eliminovat masu možných dodavatelů tak, aby byla zajištěna realizace veřejné zakázky takovými dodavateli, kteří k tomuto mají po stránce technické či ekonomické nejlepší předpoklady a způsobilost a kteří jsou v případě úspěchu v zadávacím řízení schopni veřejnou zakázku též splnit. Tyto kvalifikační požadavky ovšem nesmějí být nastaveny tak, aby neoprávněně, zakázaným

způsobem omezily počet těchto dodavatelů, kteří mohou veřejnou zakázku realizovat. Podle názoru krajského soudu, který byl v plné míře podpořen rovněž NSS, stanovením požadavku na doložení vlastnictví obalovny či smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny za situace, kdy uchazečům, kteří vlastníky obalovny nebyli, ke splnění tohoto požadavku de facto bránili samotní vlastníci obaloven, kteří se o veřejnou zakázku taktéž ucházeli a odmítli s některými uchazeči smlouvu o smlouvě budoucí uzavřít a tím tyto uchazeče ze soutěže eliminovali, došlo ke zvýhodnění jedné skupiny dodavatelů nad jinou a tuto skutečnost je tedy nutno považovat za projev skryté diskriminace. Soudy taktéž vyslovily názor, že nepřiměřený byl požadavek vlastnit obalovnu nebo mít uzavřenu smlouvu o smlouvě budoucí již z důvodu fáze zadávacího řízení, ve které jeho splnění zadavatel považoval, když podle názoru krajského soudu vzhledem k množství a druhu požadovaného materiálu, který je na trhu běžně dostupný, není důvod pochybovat o tom, že by si jej vítězný uchazeč mohl opatřit bez větších těžkostí dodatečně později. Za situace pak, kdy je zcela zjevné, že i dodavatelé, kteří v době podání nabídky požadavek na dispozici obalovnou nesplňovali a nemohli se tak zadávacího řízení zúčastnit nebo byli vyloučeni jako žalobce, byli jinak zcela způsobilí veřejnou zakázku řádně splnit, nezbyvá než takovýto kvalifikační předpoklad vyhodnotit jako diskriminační a nezákonně vymezený tak, že neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.

55. Vzhledem k tomu, že žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu bylo zrušeno již rozsudkem krajského soudu a v rozporu s právními závěry učiněnými soudy je rovněž napadené rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S79,S87/2010/VZ-7082/2010/510/KČe ze dne 21. 6. 2010, přičemž tento rozpor nelze v řízení o rozkladu odstranit jinak, shledal jsem důvody pro zrušení napadeného prvostupňového rozhodnutí Úřadu, jak je uvedeno výše. Po zrušení napadeného rozhodnutí bude tedy Úřad ve správním řízení pokračovat a v tomto řízení vydá rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor Krajského soudu v Brně, NSS i závěry učiněné v tomto rozhodnutí. Úřad nechť v souladu s výše uvedenými závěry soudů v novém správním řízení znovu posoudí návrhy žalobce učiněné ve správním řízení, zejména ve vztahu k tomu, že způsobem, jakým byl vymezen technický kvalifikační požadavek na vlastnictví obalovny nebo smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny, došlo k porušení zásady zákazu diskriminace a učiní k tomu patřičné závěry.

IX. Závěr

56. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí Úřadu jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Kraj Vysočina, Žižkova 57, 587 33 Jihlava
2. 2. SDS EXMOST, spol. s r. o., Údolní 413/66, 602 00 Brno
3. 3. JUDr. Zdeněk Daňhel, advokát, Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno
1. 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