



UOHSX00561L3

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R34/2011/VZ-13184/2013/310/JRa

Brno 15. července 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 10. 2. 2011 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže 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,

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 –

- **Liberecký kraj**, IČ 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec,

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. a) v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a s přihlédnutím k právním závěrům rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 47/2011-70 ze dne 7. 3. 2013, rozhodl takto:

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

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

k novému projednání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

## **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**“)<sup>1</sup>, 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“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**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 Úřad zahájil správní 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 asphaltových 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.

---

<sup>1</sup> Pozn.: pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona.

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. hodnotil 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. 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 zákazu diskriminace, a proto návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítl tak, jak je uvedeno v bodě I. výroku.

### III. Námitky rozkladu

8. 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 nepřímo 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.
9. Ačkoli zadavatel i Úřad akcentují skutečnost, že nabídku podalo 9 uchazečů a kvalifikační předpoklad splnili celkem 12-ti 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.

10. 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.
11. Navrhovatel tedy nezpochybňuje 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.
12. 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.

13. 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

##### **Původní rozhodnutí předsedy Úřadu**

14. Předseda Úřadu vydal dne 14. 6. 2011 rozhodnutí o rozkladu vedené pod č. j. ÚOHS-R34/2011/VZ-8869/2011/310/JSI, kterým potvrdil rozhodnutí Úřadu ze dne 2. 2. 2011 č. j. ÚOHS-S366/2010/VZ-16525/2010/520/JHI a zamítl podaný rozklad. Citované rozhodnutí nabylo právní moci dne 20. 6. 2011 (dále jen „**původní rozhodnutí o rozkladu**“). V odůvodnění rozhodnutí předseda konstatoval, že Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem tím, že zamítl návrh navrhovatele na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona. Rovněž pak Úřad postupoval v souladu se zákonem, když rozhodl, že zadavatel není povinen hradit náklady správního řízení. Své rozhodnutí pak předseda Úřadu zdůvodnil způsobem, který je popsán níže.
15. Ohledně námítky ve vztahu k výkladu ustanovení § 56 odst. 3 písm. f) zákona, které hovoří pouze o přehledu provozních a technických zařízení, a nikoli o dodávkách stavebních materiálů, předseda Úřadu poukázal na to, že se touto otázkou zabýval již Úřad, který dospěl k 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.
16. Ve vztahu k námitce nepřezkoumatelnosti, která má spočívat v tom, že se Úřad nevypořádal s tvrzeným porušením pravidel hospodářské soutěže, nebylo předsedou Úřadu 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.

17. K problematice sporného technického kvalifikačního předpokladu předseda Úřadu uvedl, že dle ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu vysloveného např. v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, je nejčastější formou porušení zákazu diskriminace situace, kdy zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku (tj. diskriminace zjevná). Na druhou stranu, za formu nepřijatelné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i skrytou diskriminaci. 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. Na základě výše uvedeného pak předseda Úřadu zjišťoval, zda se orgán dohledu, veden 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.
19. Stejně jako orgán dohledu pak předseda Úřadu naznal, 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 nevyloučil 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.
20. V obou stupních správního řízení byla vznesena námitka nadbytečnosti podmínky vlastnictví obalovny či sjednaného subdodavatského 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. Předseda Úřadu k tomu poznamenal, 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. 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.

21. Předseda Úřadu souhlasil 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. K tomuto předseda Úřadu doplnil, že navrhovatelem není a ani nebyla zpochybněna souvislost zadavatelova požadavku na dodávku asfaltového betonu a obalovaných směsí s předmětem veřejné zakázky.
22. 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, neshledal předseda Úřadu důvod, proč se od jeho závěrů odchýlit. Naopak měl za to, že zadavatelův požadavek na dispozici uchazeče s obalovnou tak, aby byla zajištěna požadovaná kvalita obalované asfaltové směsi, v testu přiměřenosti obstál.

#### **V. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně**

23. Původní rozhodnutí předsedy Úřadu napadl navrhovatel správní žalobou před Krajským soudem v Brně (dále rovněž jen „**Krajský soud**“). Po projednání věci vydal Krajský soud dne 7. 3. 2013 rozsudek č. j. 62 Af 47/2011-70, kterým shora citované původní rozhodnutí zrušil a věc vrátil předsedovi Úřadu k dalšímu řízení.
24. V odůvodnění rozsudku Krajský soud konstatoval, že jestliže zadavatel požadoval doložit, v rámci stanovení technických kvalifikačních předpokladů, vlastnictví obalovny na dodávku obalovaných směsí, případně smluvní zajištění takové obalovny, pak tím nepochybně omezil počet dodavatelů, které se mohou o veřejnou zakázku ucházet. Za situace, kdy se vlastníci obaloven hodlali veřejné zakázky rovněž účastnit, a z tohoto důvodu odmítli se žalobcem (a není vyloučeno i s jinými potenciálními dodavateli) uzavřít smlouvu, je zřejmé, že se snížil počet dodavatelů, kteří mohli takto stanovenou podmínku splnit. Na tomto závěru dle soudu nemění ani možnost využití subdodavatelů a skutečnost, že někteří z dodavatelů této možnosti využili a smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny uzavřeli. Je totiž



zřejmé, a žalobce je toho jasným důkazem, že ne všem dodavatelům se smlouvu s vlastníkem obalovny uzavřít podařilo.

25. Krajský soud rovněž dospěl k názoru, že samotné vlastnictví obalovny nebo uzavření smlouvy s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí, zadavateli nikterak nezaručuje kvalitu poskytnuté asfaltové směsi, a tedy řádné plnění zakázky. Vzhledem k tomu pak není snížení počtu dodavatelů prostřednictvím tohoto zadavatelova požadavku namístě. Pouhé vlastnictví obalovny, popřípadě uzavření smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny, negarantuje schopnost po stránce technické a materiální plnit přidělenou zakázku. Takovou garanci splňuje dle soudu spíše předložení seznamu obdobných prací uskutečněných v posledních letech, který ostatně zadavatel rovněž požadoval. Krajský soud tak v rozporu s předsedou Úřadu nepovažuje za nutné, aby dodavatelé předmětné zakázky disponovali již ve fázi prokazování splnění kvalifikace obalovnou nebo smlouvou s vlastníkem obalovny. I dodavatelé, kteří tuto podmínku v době podání nabídky nesplňovali, totiž byli podle názoru soudu způsobilí veřejnou zakázku splnit v rozsahu i kvalitě požadované zadavatelem. Krajský soud má za to, že titíž vlastníci obaloven, kteří s navrhovatelem odmítli uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí před podáním nabídek, by v případě navrhovatelova vítězství ve veřejné zakázce rádi asfaltové směsi nezbytné k plnění veřejné zakázky dodali. Požadavek vlastnit obalovnu, případně mít podepsanou smlouvu s vlastníkem obalovny, byl tedy v daném případě nepřiměřený a neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětné veřejné zakázky dle § 56 odst. 7 písm. c) zákona.
26. Krajský soud tedy závěrem konstatoval, že zadavatel při vymezení technického kvalifikačního předpokladu spočívajícího ve vlastnictví obalovny na dodávku materiálu nebo v jejím smluvním zajištění v oznámení zadávacího řízení nevymezil minimální úroveň tohoto technického kvalifikačního předpokladu tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, čímž porušil zásadu zákazu diskriminace v zadávacím řízení.

#### **VI. Řízení o kasační stížnosti před Nejvyšším správním soudem**

27. Vzhledem k tomu, že se Úřad s rozsudkem Krajského soudu neztotožnil, podal dne 19. 3. 2013 v souladu s § 102 soudního řádu správního kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu, jíž se domáhá zrušení rozsudku Krajského soudu.
28. O této kasační stížnosti nebylo Nejvyšším správním soudem dosud rozhodnuto.

#### **VII. Stanovisko předsedy Úřadu**

29. Po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem v souladu s § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek rozkladu, a v souladu se závazným právním názorem Krajského soudu, jsem dospěl k následujícímu závěru.
30. Úřad v napadeném rozhodnutí č. j. ÚOHS-S366/2010/VZ-16525/2010/520/JHI nepostupoval v souladu se zákonem, neboť nesprávně posoudil skutkový stav věci s ohledem na skutečnost, že zadavatel v daném případě porušil zásadu zákazu diskriminace v zadávacím řízení zakotvenou v § 6 zákona. Nezákonnost rozhodnutí Úřadu spatřuji tedy v tom, že Úřad

při svém rozhodování neshledal v postupu zadavatele při stanovení kvalifikačního požadavku na doložení „vlastnictví nebo smluvního vztahu s obalovnou asfaltových směsí“ porušení zásady zákazu diskriminace, přičemž předmětný požadavek zadavatele byl v daném případě nepřiměřený a neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky dle § 56 odst. 7 písm. c) zákona. Z uvedeného důvodu jsem v řízení o rozkladu přistoupil v souladu s ustanovením § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrátil jsem věc Úřadu k novému projednání. V dalším řízení je Úřad povinen se řídit právními závěry vyslovenými v tomto rozhodnutí a rovněž v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 47/2011- 70 ze dne 7. 3. 2013.

#### **VIII. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí**

31. Podle § 58 odst. 5 soudního řádu správního je Úřad jakožto správní orgán v dalším řízení vázán právním názorem, který soud vyslovil ve zrušujícím rozsudku, nebo v rozsudku vyslovujícím nicotnost. V šetřeném případě soud rozsudkem č. j. 62 Af 47/2011-70 ze dne 7. 3. 2013 zrušil původní rozhodnutí o rozkladu. V dalším řízení pak soud zavázal předsedu Úřadu jakožto žalovaného právním názorem, podle kterého je rozhodnutí předsedy Úřadu nezákonné, neboť nebylo shledáno, že zadavatel porušil zásadu zákazu diskriminace uvedenou v § 6 zákona, když tento při stanovování kvalifikačního předpokladu vznesl požadavek na vlastnictví obalovny, popřípadě nezbytnosti mít podepsanou smlouvu s vlastníkem obalovny. Tento požadavek zadavatele je pak v daném případě nepřiměřený a neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky dle § 56 odst. 7 písm. c) zákona.
32. Shora uvedený právní názor je pro další vedení správního řízení závazný a byl důvodem, pro nějž soud přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí o rozkladu. Vzhledem k tomu, že v rozporu s předmětným závazným názorem soudu jsou rovněž závěry uvedené v prvostupňovém rozhodnutí ve věci, a dále vzhledem k tomu, že tento rozpor nelze v řízení o rozkladu zhojit jinak, shledal jsem důvody pro zrušení napadeného prvostupňového rozhodnutí Úřadu, jak bylo uvedeno výše. V dalším řízení Úřad vydá rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor vyslovený v tomto rozhodnutí a v citovaném rozsudku Krajského soudu v Brně, přičemž současně posoudí, zda doposud nebyla zadavatelem uzavřena smlouva a zda tedy lze vyhovět návrhu navrhovatele.

#### **IX. Závěr**

33. Z dosavadního průběhu správního řízení a dále z rozsudku Krajského soudu vplynuly určité závěry, které jsou shrnuty v tomto rozhodnutí, a jimiž je Úřad v dalším řízení vázán. Ačkoli Úřad proti rozsudku Krajského soudu v Brně podal kasační stížnost, nemá tato v souladu s § 107 soudního řádu správního odkladný účinek. Předseda Úřadu tedy vydává toto rozhodnutí v souladu s pravomocným rozsudkem Krajského soudu v Brně. V případě, že by však Nejvyšší správní soud rozhodl tak, že je kasační stížnost Úřadu důvodná, a rozsudek Krajského soudu v Brně by byl zrušen, zruší předseda Úřadu i toto své rozhodnutí.

## **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:**

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

**Vypraveno dne:**

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