



UOHSX0058UCZ

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S369/2013/VZ-18223/2013/511/KČe

Brno 23. září 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 12.6.2013 na návrh ze dne 11.6.2013 ve věci veřejné zakázky „I/37 Kuks - Trutnov - neopravené úseky silnice - OŽK“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 4.4.2013 a uveřejněno dne 16.4.2013 pod ev. č. 345279, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 56, 145 05 Praha 4,
- navrhovatel – ALPINE Bau CZ s.r.o., IČO 45192286, se sídlem Jiráskova 613/13, 757 43 Valašské Meziříčí,

rozhodl takto:

### I.

Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 56, 145 05 Praha 4 – tím, že v rámci požadavků na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v kvalifikační dokumentaci pod bodem 3.7.3 Minimální požadavky zadavatele na nástroje, pomůcky, provozní a technická zařízení, která bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici, stanovil, že „zájemce je povinen disponovat minimálně 1 kusem obalovny asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP..., přičemž musí doložit, že je vlastníkem nebo má smluvně zajištěno užívání tohoto zařízení“ **nedodržel** postup stanovený v § 56 odst. 5 písm. c) citovaného zákona, neboť nevymezil minimální

úroveň technického kvalifikačního předpokladu takovým způsobem, aby odpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, a zároveň postup stanovený v § 50 odst. 4 citovaného zákona, neboť tím stanovil kvalifikační předpoklad, který vedl k podstatnému omezení hospodářské soutěže, ačkoliv vzhledem k potřebám zadavatele bylo možné tento kvalifikační předpoklad nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek; zadavatel tím současně **nedodržel** také zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 citovaného zákona, neboť některým dodavatelům tím znemožnil ucházet se o veřejnou zakázku, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

## II.

Jako opatření k nápravě podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže **ruší zadávací řízení** na veřejnou zakázku „I/37 Kuks - Trutnov - neopravené úseky silnice - OŽK“.

## III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 a 2 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČO 65993390, Na Pankráci 56, 145 05 Praha 4 – **ukládá uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč** (třicet tisíc korun českých). Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvkové organizace, IČO 65993390, Na Pankráci 56, 145 05 Praha 4 (dále jen „zadavatel“), zadává veřejnou zakázku „I/37 Kuks - Trutnov - neopravené úseky silnice - OŽK“ formou užšího řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 4.4.2013 a uveřejněno dne 16.4.2013 pod ev. č. 345279. Zadavatel předmět veřejné zakázky specifikoval jako zhotovení stavby s tím, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 92,00 mil. Kč. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel stanovil nejnižší nabídkovou cenu.
2. Zadavatel v kvalifikační dokumentaci pro užší řízení v rámci požadavků na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů stanovil (bod 3.7.3 kvalifikační dokumentace) mj. požadavek dle § 56 odst. 3) písm. f) zákona a to, že k „zajištění dostatečného technického vybavení pro realizaci stavby je zájemce povinen disponovat 1 kusem obalovny asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP“.
3. Zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem 7 žádostí o účast v užším řízení. Jak vyplývá z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 6.5.2013, komise pro posouzení kvalifikace jmenovaná zadavatelem u dvou zájemců konstatovala splnění kvalifikace. U zbývajících zájemců se komise ve čtyřech případech rozhodla tyto zájemce ve smyslu ustanovení § 59 odst. 4 zákona vyzvat k písemnému objasnění předložených informací a dokladů. Dokumentace o veřejné zakázce předaná Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obsahuje pouze jednotlivé výzvy k písemnému objasnění předložených informací

a dokladů, týkajících se prokazování splnění kvalifikace, a odpovědi jednotlivých zájemců. Neobsahuje však již doklady, ze kterých by vyplývalo, jakým způsobem komise posouzení kvalifikace zájemců ukončila.

4. V případě zájemce ALPINE Bau CZ s.r.o., IČO 45192286, Jiráskova 613/13, 757 43 Valašské Meziříčí, (dále jen „navrhovatel“), komise v protokolu uvedla, že „navrhovatel nedoložil v souladu s čl. 3.7.3 bodu 4 části A kvalifikační dokumentace výpis z majetkové evidence dodavatele nebo příslušnou smluvní dokumentaci pro 1 ks obalovny asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP“, aniž by navrhovatele vyzvala k písemnému objasnění či doplnění předložených informací a dokladů týkajících se prokazování splnění kvalifikace tak, jak to učinila u výše zmíněných čtyř zájemců.
5. Zadavatel rozhodnutím ze dne 17.5.2013 navrhovatele vyloučil z účasti v zadávacím řízení s tím, že jako důvod uvedl, že „navrhovatel nesplnil kvalifikaci v požadovaném rozsahu, neboť nedoložil v souladu s čl. 3.7.3 bodu 4 části A kvalifikační dokumentace výpis z majetkové evidence dodavatele nebo příslušnou smluvní dokumentaci pro 1 ks obalovny asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP. Navrhovatel nesplnil kvalifikaci dle § 56 odst. 3 písm. f) zákona“. Rozhodnutí zadavatele navrhovatel obdržel dne 21.5.2013. Navrhovatel dopisem ze dne 22.5.2013, doručeným zadavateli dne 29.5.2013, podal proti svému vyloučení námitky, kterým zadavatel rozhodnutím ze dne 4.6.2013, doručeným navrhovateli dne 6.6.2013, nevyhověl.

## **II. Průběh správního řízení**

6. Navrhovatel dopisem ze dne 11.6.2013 podal u Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a na účet Úřadu složil kauci ve výši 100 000 Kč. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 12.6.2013 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, vedené Úřadem pod sp.zn. ÚOHS-S369/2012/VZ. Zadavatel návrh navrhovatele obdržel téhož dne.
7. Účastníky správního řízení jsou podle § 116 zákona:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.

### **Obsah návrhu navrhovatele ze dne 11.6.2012**

8. Navrhovatel uvedl, že zadavatel jako konkrétní důvod vyloučení navrhovatele uvedl nedoložení „výpisu z majetkové evidence dodavatele nebo příslušné smluvní dokumentace pro 1 kus obalovny asfaltových směsí....“ Tento požadavek zadavatele považuje navrhovatel za odporující zásadám zakotveným v § 6 odst. 1 zákona, jakož i ustanovení § 50 odst. 4 zákona. Dotčený požadavek zadavatele na splnění technických kvalifikačních předpokladů je projevem tzv. skryté diskriminace. Z tohoto důvodu předložil navrhovatel v žádosti pouze čestné prohlášení, týkající se jeho způsobilosti k řádnému provedení zakázky. Navrhovatel podotýká, že otázka dispozice obalovnou, coby průkazu splnění technických kvalifikačních předpokladů, byla opakovaně posuzována Krajským soudem v Brně (naposledy rozhodnutí č. j. 62Af 47/2011-70) a takový požadavek byl shledán nezákonným. Na judikaturu soudu navázal rovněž Úřad a to např. v rozhodnutí č.j. ÚOHS- S556/2012/VZ-1504/2013/514/ZČa, v němž je konstatována nepřipustnost prokazování splnění technických kvalifikačních

předpokladů u veřejných zakázek na stavební práce prostřednictvím obaloven asfaltových směsí. Závěry obsažené v citované judikatuře jsou formulovány v zásadě obecně, bez vazby na okolnosti konkrétního případu. V této souvislosti proto neobstojí argumentace zadavatele, která spočívá v akcentování specifik dané veřejné zakázky, konkrétně ve zdůrazňování důležitosti zajištění dodávek asfaltové směsi pro plnění zakázky. Podle názoru navrhovatele zadavatel vytrhl z kontextu citovaného rozhodnutí pouze několik slov, která účelově interpretoval, aniž by vzal na vědomí zcela zásadní a prakticky bez omezení zobecnitelné závěry, k nimž správní soud dospěl.

9. Navrhovatel zdůrazňuje zejména závěry soudu, který uvádí, že požadavek vlastnit obalovnu, případně mít smlouvu s vlastníkem obalovny, byl v daném případě nepřiměřený a neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky. Jestliže tedy zadavatel již v oznámení zadávacího řízení omezil dodavatele tím, že musí již v okamžiku, kdy se o veřejnou zakázku začnou ucházet, disponovat obalovnou nebo smlouvou s vlastníkem obalovny, a uváží-li se, že vlastníci obaloven byli k dodavatelům, kteří s nimi museli vstoupit do smluvního vztahu, ve vztahu konkurenčním, je důvodu tento požadavek vnímat coby nástroj omezující počet možných dodavatelů, což je projevem skryté diskriminace. Nepochybně existovali dodavatelé, kteří obalovnou nedisponovali, a nepodařilo se jim uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny, a přesto byli schopni zakázku řádně splnit. V důsledku tohoto diskriminačního požadavku se však o veřejnou zakázku ucházet nemohli, event. byli pro nesplnění tohoto požadavku vyloučeni.
10. Podle navrhovatele je stanovení předmětného technického kvalifikačního předpokladu rovněž v rozporu s § 50 odst. 4 zákona, podle kterého zadavatel není oprávněn stanovit takové kvalifikační předpoklady, které by vedly k podstatnému omezení hospodářské soutěže, a současně by je bylo možné nahradit stanovením smluvních podmínek. V daném případě je evidentní, že požadavek na dispozici obalovnou vede k podstatnému omezení hospodářské soutěže (navrhovatel je příkladem, neboť v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP mu žádná z obaloven nepříslíbila budoucí dodávky asfaltové směsi), přičemž požadavky na kvalitu a způsob dodávek asfaltových směsí bylo možné nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek. Již z tohoto důvodu předmětný požadavek zásadním způsobem zatěžuje zadávací řízení prvkem skryté diskriminace, kdy je významným způsobem omezen okruh v úvahu přicházejících dodavatelů. Navrhovatel proto žádá, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v užším řízení a dále zrušil celé zadávací řízení. Současně navrhuje, aby Úřad vydal ve smyslu § 117 odst. 1 zákona předběžné opatření, kterým předmětné užší řízení pozastaví.

#### ***Vyjádření zadavatele ze dne 19.6.2013 k návrhu navrhovatele***

11. Zadavatel uvedl, že předmětem zakázky je obnova živičného krytu silnice 1/37 v souhrnné délce 8,6 kilometru. Celá stavba je rozčleněna do čtyř úseků, z čehož průtah obcí Kocbeře bude realizován včetně nového odvodnění a u zbylých úseků se jedná o obnovu živičného krytu. Vzhledem k tomu, že bez obalovaných směsí by nebylo možno živičný kryt obnovit, je zřejmé, že dodávka obalovaných směsí tvoří fundamentální část stavby. Podíl prací spojených se zajištěním obalovaných směsí a jejich ukládáním dosahuje na celkovém finančním objemu zakázky přibližně 49 %. Úspěšná realizace zakázky je tedy závislá na schopnosti zajistit plynulou a nepřetržitou dodávku obalovaných směsí v době a množství stanoveném projektem. Toho lze dosáhnout tehdy, jestliže bude vybraný uchazeč

disponovat obalovnou s výrobní kapacitou schopnou uspokojit technické nároky zakázky, neboť nelze připustit, aby uchazeč až v okamžiku získání zakázky začal zjišťovat, zda vůbec bude schopen materiál ve stanoveném čase dodat. Provozovatelé obaloven asfaltových směsí v dostupné vzdálenosti od místa stavby by totiž mohli odmítnout dodávku obalované směsi, např. z důvodu vázání výrobních kapacit příslušných obaloven pro jiné stavby.

12. Zadavatel rovněž odmítá tvrzení, že předmětný technický kvalifikační předpoklad je v rozporu s ustanovením § 50 odst. 4 zákona. Případné omezení hospodářské soutěže o zakázku přímo vyplývá z charakteru zakázky a s ním spojené nutnosti dodat značné množství asfaltových směsí, které lze z technických důvodů dovážet pouze z určité maximální vzdálenosti. Pokud navrhovatel obalovnu v dostupné vzdálenosti neprovozuje a ani není schopen prokázat, že ji bude mít k dispozici, nezbyvá než konstatovat, že objektivně nesplňuje předpoklady pro řádné splnění zakázky. Úkolem zadavatele však není odstraňovat rozdíly v konkurenceschopnosti jednotlivých dodavatelů, nýbrž vybrat dodavatele dávajícího záruku, že bude schopen zakázku realizovat. Nemůže obstát ani tvrzení, že by kvalifikační předpoklad bylo možné nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek, neboť dodávka asfaltových směsí tvoří fundamentální část zakázky.
13. Zadavatel v této souvislosti cituje z rozsudku Nejvyššího správního soudu sp.zn. 1 Afs 69/2012 ze dne 28.3.2013, kde soud uvádí, že „požadavek na doložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smlouvy o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí by tak mohl být odůvodněn jen na základě objektivních okolností veřejné zakázky, resp. legitimními ekonomickými zájmy zadavatele (např. velmi obtížnou opatřitelností materiálu nebo jeho dominantní rolí v rámci zakázky). V posuzované věci se však jednalo o zcela běžný stavební materiál, který je dostupný u velkého množství dodavatelů, nacházejících se přímo v oblasti. Navíc se v případě tohoto materiálu jednalo o zanedbatelný objem v poměru k objemu celkovému. Nebyl tak dán žádný objektivní důvod na odlišný přístup právě v případě obalovaných směsí a tento požadavek byl tedy nepřiměřený“. Z citovaného rozsudku podle zadavatele vyplývá, že požadavek na doložení dispozice obalovnou je přípustný, jestliže jej odůvodňují objektivní okolnosti veřejné zakázky nebo legitimní ekonomické zájmy zadavatele, přičemž o takovou situaci se jedná rovněž v situaci, kdy obalované směsi hrají dominantní roli v rámci zakázky, resp. kdy jejich objem představuje významnou část celkového objemu veřejné zakázky.
14. Co se týče rozhodnutí správních soudů a Úřadu uváděných navrhovatelem, jedná se o rozhodnutí, která jsou v podmínkách zakázky neaplikovatelná. Správní soudy i Úřad sice v jednotlivých případech posoudily požadavek na prokázání vlastnictví nebo smluvního zajištění obalovny jako nezákonný, nicméně se jednalo o případy, kdy množství obalovaných směsí potřebné pro realizaci zakázky bylo marginální a nepředstavovalo fundamentální část plnění. Účelem kvalifikačních předpokladů je legitimní selekce uchazečů, kteří nemají předpoklady pro řádné splnění zakázky, přičemž takovou selekci nelze považovat za skrytou diskriminaci. Opačný závěr by v důsledku vylučoval použití jakýchkoliv kvalifikačních předpokladů. Zadavatel doplňuje, že požadavek na doložení dispozice obalovnou nebylo možno nahradit požadavkem na předložení seznamu referenčních stavebních prací ve smyslu § 56 odst. 3 písm. a) zákona. Skutečnost, že zájemce úspěšně realizoval stavbu zahrnující dodávky obalovaných směsí s ohledem na specifika zakázky a nutnost dodání velkého množství obalovaných směsí zadavateli neposkytuje garanci, že zájemce bude

schopen obstarat množství obalovaných směsí potřebné pro realizaci zakázky. Nezbyvá než konstatovat, že zadavatelem sledovaného účelu (tj. prokázání splnění předpokladu, že vybraný uchazeč bude schopen dodat potřebné množství obalovaných směsí) nebylo možno dosáhnout prostřednictvím jiného technického kvalifikačního předpokladu než dle § 56 odst. 3 písm. f) zákona. S ohledem na to byl požadavek na doložení dispozice obalovnou asfaltových směsí stanoven v souladu se zákonem, a tedy i vyloučení navrhovatele z důvodu neprokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu bylo oprávněné. Zadavatel proto navrhuje, aby Úřad nenařizoval předběžné opatření a aby návrh navrhovatele zamítl ve smyslu § 118 odst. 5 zákona.

15. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č.j. ÚOHS-S369/2013/VZ-11381/2013/511/KČe ze dne 24.6.2012. Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S369/2013/VZ-11382/2013/511/KČe z téhož dne účastníkům řízení stanovil lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení svoje stanovisko, resp. se vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Úřad z moci úřední rozhodnutím č.j. ÚOHS-S369/2012/VZ-12042/2013/510/KČe ze dne 26.6.2013 zadavateli nařídil předběžné opatření, spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení. Uvedeným rozhodnutím Úřad současně zamítl návrh navrhovatele na pozastavení zadávacího řízení.
16. Zadavatel na žádost Úřadu dopisem ze dne 2.7.2013 doplnil dokumentaci o projektovou dokumentaci ve stupni PDPS na CD k předmětné veřejné zakázce. Ta je složena ze dvou částí, a to: „1/37 KUKS - TRUTNOV, Oprava živičného krytu“ a „SILNICE 1/37 REKONSTRUKCE VOZOVKY A DEŠŤOVÁ KANALIZACE V OBCI KOCBEŘE“. Zadavatel v dopise sdělil, že k tomuto dni nebyly provedeny žádné další kroky v zadávacím řízení, které je ve fázi před 2. jednáním komise pro posouzení kvalifikace zájemců. Přílohou sdělení zadavatele byl stručný technický popis předmětu veřejné zakázky.

#### **Vyjádření navrhovatele ze dne 15.7.2013**

17. Navrhovatel uvedl, že nikdy nezpochybňoval důležitost dodávek asfaltové směsi pro řádné splnění zakázky. Důležitost jakéhokoli stavebního materiálu pro řádnou realizaci zakázky na stavební práce však není způsobilá cokoli změnit na tom, že technický kvalifikační předpoklad, spočívající v doložení vlastnictví obalovny, se ocitá v rozporu se zákonem, zejména z důvodu kolize s § 6 a § 50 odst. 4 zákona. Ostatně i v zadavatelem citovaném rozhodnutí sp.zn. 1 Afs 69/2012 Nejvyšší správní soud uvádí, že: „nelze přisvědčit ani argumentům stěžovatele, že bez zajištění dodávek produkovaných obalovnou se splnění veřejné zakázky neobejde, a je tedy zapotřebí přihlížet k technickým požadavkům při výstavbě, opravách a údržbě pozemních komunikací apod. Tyto argumenty se týkají všech ostatních stavebních materiálů ve stejné, v některých případech i vyšší míře... Vlastnictví obalovny ani smlouva o smlouvě budoucí na dodávky těchto směsí tak žádný přímý vliv na kvalitu směsí nemají“. Navrhovatel pak upozorňuje, že citované rozhodnutí nemohlo reflektovat změny právní úpravy zadávání veřejných zakázek uskutečněné zákonem č. 55/2012 Sb., v jejichž důsledku došlo k doplnění ustanovení § 50 odst. 4 zákona. Dále není zřejmé, z čeho vychází tvrzení zadavatele, že „nelze předpokládat, že by navrhovatel v případě získání zakázky byl schopen si obalovnu ve vymezeném čase opatřit, pokud by zadavatel příslušný požadavek v rámci kvalifikace nestanovil“. Pakliže zadavatel jako důvod pro odmítnutí navrhovatele ze strany provozovatele obalovny uvádí „konkurenční důvody“, pak právě pro takový způsob deformace trhu vytváří sám prostor formulací zadávacích

podmínek, které k zneužívání tržního postavení provozovatelů obaloven vybízejí. Rovněž je nelogická představa, že by obalovna, která konkurenčnímu uchazeči přislíbí dodávky asfaltové směsi, jinému uchazeči (navrhovateli) plnění pro tutéž zakázku odmítla z důvodu „vázání výrobních kapacit pro jiné stavby“. Nejvyšší správní soud k totožnému problému ve věci sp.zn. 1 Afs 69/2012 uvádí, že „jako prozíravý nelze brát postup zadavatele ani ve vztahu k eliminaci rizika, že by po uzavření smlouvy zakázka nemohla být realizována z důvodu nenavázání spolupráce se subdodavatelem, kdy dodavatel nebude disponovat nezbytnými technickými či provozními zařízeními. Ačkoliv je pravdou, že nedostatečná integrace mezi smluvními partnery v oblasti stavebnictví (např. s vlastníky obaloven) může způsobovat komplikace, jedná se primárně o obchodní riziko dodavatele.“

18. Navrhovatel dále cituje jinou část rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp.zn. 1 Afs 69/2012, a sice že „je nutné zopakovat, že předmětem zakázky byla dodávka stavby, nikoliv stavebního materiálu. Předmětem činnosti stavebních společností není primárně výroba stavebních materiálů. Pokud bylo tedy po stavebních společnostech požadováno, aby byly vlastníky i výrobního zařízení, navíc jen jedné konkrétní stavební směsi, bylo dopředu zřejmé, že toto mohou splnit jen některé stavební společnosti. Soud obecně souhlasí se stěžovatelem, že nelze nalézt dva subjekty, jejichž pozice pro úspěšnou účast na každé veřejné zakázce by byla shodná, nelze však klást takové podmínky, které nedůvodně omezí okruh dodavatelů již ve fázi podávání nabídek.“ Pokud tedy zadavatel uvádí, že požadavek na doložení dispozice obalovnou nebylo možno nahradit požadavkem na předložení seznamu stavebních prací dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, ocitá se opět v rozporu se závěry poukazovaného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, podle kterého „mnohem vhodnějším důkazem o schopnosti dodavatel provést danou stavbu, zajistit i spolupráci s obalovnou a poskytnout tak řádné plnění zakázky, spatřuje spíše v předložení seznamu obdobných prací uskutečněných v posledních letech.“

### **III. Závěry Úřadu**

19. Úřad na základě § 112 a násl. zákona přezkoumal postup zadavatele a po zhodnocení předložených podkladů, zejména dokumentace, vyjádření účastníků řízení a vlastních zjištění konstatuje, že zadavatel v zadávacím řízení nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený zákonem. K tomu Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### ***Relevantní ustanovení zákona***

20. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
21. Podle § 50 odst. 3 zákona je veřejný zadavatel povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.
22. Podle § 50 odst. 4 zákona není veřejný zadavatel oprávněn stanovit takové kvalifikační předpoklady, které by vedly k podstatnému omezení hospodářské soutěže, a současně by kvalifikační předpoklady bylo vzhledem k potřebám zadavatele možné nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek.
23. Podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může veřejný zadavatel požadovat

přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici.

24. Podle § 56 odst. 5 písm. c) věty první zákona je ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

#### **Zjištění Úřadu z dokumentace o veřejné zakázce**

25. Zadavatel předmět veřejné zakázky specifikoval jako zhotovení stavby „I/37 Kuks - Trutnov - neopravené úseky silnice - OŽK“ s tím, že se jedná se o obnovu živičného krytu v souhrnné délce 8,6 km. Stavba bude členěna do čtyř úseků, z čehož průtah obcí Kocbeře bude realizován včetně nového odvodnění (dešťová kanalizace). U zbylých úseků se jedná o obnovu živičného krytu, spočívající v provedení sanací neúnosných konstrukčních vrstev, ložné vrstvy a obrusného krytu. Dále bude provedena úprava krajnic a revize systému odvodnění komunikace a jeho pročištění a obnova dopravního značení. Součástí akce je oprava mostu ev.č. 37-004 přes Kocbeřský potok v intravilánu obce Choustníkovo Hradiště. Provede se odbourání mostního svršku, demontáž nosné konstrukce a následně výstavba konstrukce nové. Na mostě se provede celoplošná izolace z modifikovaného asfaltu, nové železobetonové monolitické římsy. Bude osazeno ocelové zábradlí a svodidlo (vzato z popisu a zdůvodnění zakázky doložené v dokumentaci o veřejné zakázce).
26. Na žádost Úřadu zadavatel předložil projektovou dokumentaci předmětné stavby ve stupni PDPS (projektová dokumentace pro stavební povolení) na CD. Tato dokumentace je složena ze dvou částí, a to: „I/37 KUKS - TRUTNOV, Oprava živičného krytu“ a „SILNICE I/37 REKONSTRUKCE VOZOVKY A DEŠŤOVÁ KANALIZACE V OBCI KOCBEŘE“. Součástí této dokumentace jsou rovněž soupisy stavebních prací a rozpočet (pozn.: nejedná se však de facto o zadávací dokumentaci ve smyslu ustanovení § 28 odst. 4 písm. a) zákona, neboť zadávací řízení je ve fázi posuzování prokázání splnění kvalifikace). Úřad v projektové dokumentaci v části Rozpočet zjistil, že z celkových rozpočtových nákladů stavby ve výši 92,222 mil. Kč bez DPH tvoří náklady na dodávky obalovaných směsí, tedy stavebního materiálu produkovaného obalovnou, cca 46 % – vyjádřeno ve finančním objemu stavebních prací a dodávek.
27. Zadavatel v kvalifikační dokumentaci pro užití řízení v rámci požadavků na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů pod bodem 3.7.3 Minimální požadavky zadavatele na nástroje, pomůcky, provozní a technická zařízení, která bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici, stanovil, že k zajištění dostatečného technického vybavení pro realizaci stavby je mj. „zájemce povinen disponovat minimálním množstvím jiných zařízení o následující typové specifikaci a parametrech – 1 kus obalovny asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP“.
28. Jako způsob prokázání tohoto kvalifikačního předpokladu zadavatel požadoval doložit:
1. čestné prohlášení o technickém vybavení na formuláři 3.4 kvalifikační dokumentace,
  2. výpis z majetkové evidence dodavatele nebo alternativně příslušnou smluvní dokumentaci (kopii smlouvy), přičemž z předložených dokumentů musí nepochybně vyplývat, že



dodavatel je vlastníkem nebo má smluvně zajištěno užívání zařízení o požadovaném počtu, typologii a parametrech s možností využití pro stavbu, jež je předmětem zakázky,

3. plán dojezdových tras – předpoklad odpovídající vzdálenosti/dostupnosti stacionární/záložní obalovny musí zájemce doložit přiloženým plánem tras, s uvedením vzdáleností k místu plnění v km, po kterých bude zajišťovat včasnou dodávku potřebného množství asfaltových směsí na staveniště tak, aby tyto splňovaly nezbytné technické parametry.

29. Navrhovatel v žádosti o účast v užším řízení doložil čestné prohlášení o technickém vybavení (formulář 3.4), kde v položce „obalovna asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP“ ve sloupci „značka/výrobce/typ“ uvádí pouze odkaz – „viz čestné prohlášení“. V jeho žádosti je v této souvislosti dále doloženo samostatné čestné prohlášení, ve kterém navrhovatel prohlašuje, že je „plně způsobilý k provedení veřejné zakázky I/37 Kuks - Trutnov - neopravené úseky silnice - OŽK. Toto prohlášení se vztahuje rovněž na zajištění dodávek a pokládky asfaltových směsí v množství a kvalitě odpovídajícím předmětu plnění veřejné zakázky“. Vzhledem k tomu, že zadavatel v rámci prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů požadoval rovněž doložení přehledu realizovaných staveb, kdy jako minimální úroveň stanovil doložit praxi dodavatele spočívající v realizaci aspoň 5 staveb o finančním objemu větším než 45 mil. Kč bez DPH dokončených v průběhu posledních 5 let a dále nejvýznamnějších dopravních staveb, kterými se rozumí úspěšná realizace minimálně 3 staveb rekonstrukcí dvoupruhových komunikací minimální kategorie S11,5, každé v délce minimálně 3 km a o finančním objemu každé stavby větším než 30 mil. Kč bez DPH, navrhovatel v žádosti o účast v užším řízení v tomto smyslu v žádosti o účast doložil 10 staveb uvedených kategorií. Jak je z protokolu o posouzení kvalifikace zájemců ze dne 6.5.2013 zřejmé, komise pro posouzení kvalifikace tuto část prokázání kvalifikace navrhovatele akceptovala.
30. Úřad dále formou přehledné tabulky uvádí, jakým způsobem prokázali splnění kvalifikačního předpokladu na „dispozici obalovnou“ ostatní zájemci:

zájemce	umístění obalovny,	kapacita obalovny v t/hod	dojezdová vzdálenost na stavbu v km
EUROVIA CS a.s.	Hradec Králové – Plačice	240	45
SWIETESKY stavební s.r.o.	Libodřice	160	neuvedena
Skanska a.s.	Semtín	160	52
COLAS CZ, a.s.	Bašnice u Hořic	160	34
M-SILNICE a.s.	Klášteřská Lhota	160	27
STRABAG a.s.	Červený Kostelec	160	23

### **Posouzení případu**

31. K uvedeným zjištěním Úřad konstatuje, že účelem stanovení technických kvalifikačních předpokladů je zajištění realizace veřejné zakázky dodavateli, kteří k tomu mají dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno riziko, že dojde ke zmaření účelu zadávacího

řízení, kterým je řádná realizace veřejné zakázky. Stanovení konkrétních požadavků je sice závislé na úvaze zadavatele, ten je však současně 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, resp. odst. 4 téhož ustanovení zákona, podle kterého není oprávněn stanovit takové kvalifikační předpoklady, které by vedly k podstatnému omezení hospodářské soutěže, a současně by je bylo možné nahradit stanovením smluvních podmínek. Kvalifikační požadavky pak musí být specifikovány v souladu s ustanovením § 56 odst. 5 zákona, podle kterého zadavatel musí ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům vymezit jejich minimální úroveň tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky. V souvislosti s úkony učiněnými v zadávacím řízení je zadavatel podle § 6 zákona též povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. K zajištění žádoucí konkurence mezi dodavateli pak slouží zejména zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Všechny tyto zásady se musí aplikovat i v oblasti týkající se kvalifikace uchazečů. Zákaz diskriminace přitom obsahuje jak zákaz diskriminace „zjevné“ tak i zákaz diskriminace „skryté“, pokud tato vede k obdobným důsledkům (viz též rozsudek Nejvyššího správního soudu sp.zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5.6.2008).

32. V šetřeném případě zadavatel k prokázání splnění kvalifikace stanovil požadavek vycházející z ustanovení § 56 odst. 3 písm. f) zákona. Jak je ze zadávacích podmínek zřejmé, zadavatel stanovil rozsah požadovaných informací a dokladů i způsob prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu. Zadavatel vymezil ve smyslu § 56 odst. 5 písm. c) zákona i minimální úroveň tohoto kvalifikačního předpokladu – „zájemce je povinen disponovat minimálně 1 kusem obalovny asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP..., přičemž musí doložit, že je vlastníkem nebo má smluvně zajištěno užívání tohoto zařízení“. Předmětem posouzení Úřadu pak bylo, zda zadavatel vymezil minimální úroveň předmětného kvalifikačního předpokladu přiměřeně druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky a nevytvářel tak neodůvodněnou překážku pro podání nabídky uchazečem, který by byl jinak schopen svoji způsobilost pro plnění veřejné zakázky prokázat.
33. Úřad konstatuje, že k uvedené problematice se vyjadřuje Krajský soud v Brně (dále jen „Krajský soud“) v rozsudku č.j. 62 Af 47/2011 ze dne 7.3.2013, kterým tento soud zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. ÚOHS-R34/2011/VZ-8869/2011/310/JSI ze dne 14.6.2011, ve kterém předseda Úřadu uvedl, že v požadavku na doložení „vlastnictví nebo smluvního vztahu s obalovnou asfaltových směsí“ nespátřuje porušení zásady zákazu diskriminace a podle jeho názoru je předmětný požadavek současně i v souladu s § 50 odst. 3, resp. § 56 odst. 3 písm. f) zákona, neboť s předmětem veřejné zakázky bezprostředně souvisí, není nepřiměřený a požadavek na doložení přehledu technických zařízení, které bude mít dodavatel k dispozici, je zahrnut mezi požadavky na kvalifikaci uvedenými v zákoně. Citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně je podle Úřadu plně aplikovatelný i na v tomto správním řízení řešený případ. Úřad tak neshledal žádný důvod, pro který by se měl od právního názoru vysloveného soudem odchýlit, jak také uvádí dále v odůvodnění toho rozhodnutí.
34. V odůvodnění citovaného rozsudku, ve kterém se soud vyjadřuje k možnosti stanovení technického kvalifikačního předpokladu – požadavku na doložení dispozice obalovnou – soud uvádí, že „pokud zadavatel požadoval doložit vlastnictví obalovny na dodávku obalovaných směsí, případně smluvní zajištění takové obalovny, pak tím nepochybně omezil počet

dodavatelů, kteří se mohou o veřejnou zakázku ucházet“. Dále soud uvádí, že „...samotná skutečnost, že dodavatel vlastní obalovnu nebo že uzavřel s vlastníkem obalovny smlouvu o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí, zadavateli nijak nezaručuje kvalitu poskytnuté asfaltové směsi, a tedy řádné splnění zakázky; vzhledem k tomu není snížení počtu dodavatelů prostřednictvím tohoto zadavatelova požadavku namístě.“

35. Krajský soud se v rozsudku č.j. 62 Af 47/2011 vyjadřuje i ve smyslu argumentace použité zadavatelem v jeho vyjádření ze dne 19.6.2013 k návrhu navrhovatele, kdy zadavatel uvádí, že úspěšná realizace zakázky vybraným uchazečem je zcela závislá na schopnosti zajistit nepřetržitou dodávku obalovaných směsí, čehož lze dosáhnout jen tehdy, jestliže bude vybraný uchazeč po dobu realizace disponovat obalovnou s výrobní kapacitou, schopnou uspokojit technické nároky zakázky, nelze připustit, aby až v okamžiku získání zakázky začal zjišťovat, zda vůbec bude schopen materiál dodat, provozovatelé obaloven by totiž mohli dodávku obalované směsi, např. z důvodu vázání výrobních kapacit, odmítnout. Krajský soud v předmětném rozsudku v tomto smyslu uvádí, že „nepovažuje za nutné, aby dodavatelé 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 zakázku splnit v rozsahu i kvalitě požadované zadavatelem. Existovalo-li devět obaloven, které z hlediska své vzdálenosti od místa plnění zakázky byly pro dodávání asfaltové směsi vyhovující, je zřejmé, že by vítěz zadávacího řízení s některou z nich smlouvu o dodávce materiálu bez problémů uzavřel, aniž by ji musel mít dopředu smluvně pojištěnu. Soud má za to, že titíž vlastníci obaloven, kteří se žalobcem odmítli uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí před podáním nabídek, by v případě žalobcova vítězství rádi žalobci asfaltové směsi nezbytné k plnění zakázky dodali. Požadavek vlastnit obalovnu, případně mít podepsanou smlouvu s vlastníkem obalovny byl tedy v daném případě nepřiměřený a neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky (§ 56 odst. 7 písm. c) zákona).“
36. Úřad v této souvislosti připomíná dvě skutečnosti, týkající se šetřeného případu. Zadavatel sice požadoval doložení dispozice 1 ks obalovny, v rámci vymezení minimální úrovně kvalifikačního předpokladu však neuvedl minimálně požadovanou výrobní kapacitu tohoto zařízení. Požadavek zadavatele tedy mohla naplnit jakákoliv obalovna v dopravní vzdálenosti – v souladu s ČSN a TKP – od stavby. A dále, jak vyplývá ze zjištění uvedeného pod bodem 30. odůvodnění tohoto rozhodnutí, v dojezdové vzdálenosti na stavbu se prokazatelně vyskytuje minimálně 6 těchto zařízení, a to s kapacitou rezervovanou pro případnou dodávku obalovaných směsí na předmětnou stavbu, přičemž tento počet nemusí být konečný. V šetřeném případě je tedy zřejmé, že každý z dodavatelů by v případě úspěchu v zadávacím řízení s některou ze vhodných obaloven smlouvu o dodávce materiálů na řádné splnění veřejné zakázky bez problémů uzavřel, aniž by některou z obaloven musel mít zajištěnou předem.
37. Krajský soud v rozsudku č.j. 62 Af 47/2011 dále uvádí, že „pokud mají požadavky na splnění technických kvalifikačních předpokladů zajistit, aby se o přidělení zakázky účinně ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení též plnit, negarantuje podle soudu pouhé vlastnictví obalovny, případně uzavření smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny, že bude zakázka řádně splněna. Takovou garanci soud spatřuje spíše v předložení

seznamu obdobných prací uskutečněných v posledních letech, který ostatně zadavatel rovněž požadoval. Právě z předloženého seznamu lze zjistit, zda dodavatel byl schopen v obdobných realizovaných zakázkách zajistit i spolupráci s obalovnou a poskytnout tak řádné a kvalitní plnění zakázky.“ Závěrem pak soud uvádí: „Jestliže tedy zadavatel již v oznámení zadávacího řízení omezil dodavatele tím, že tito musí již v okamžiku, kdy se o zakázku začnou ucházet podáním nabídky, disponovat obalovnou nebo smlouvou s vlastníkem obalovny, a uváží-li se, že samotní vlastníci obaloven byli k těm dodavatelům, kteří s nimi museli vstoupit do smluvního vztahu, ve vztahu konkurenčním, je důvod tento požadavek vnímat coby nástroj omezující počet možných dodavatelů, což je projevem skryté diskriminace. Nepochybně existovali dodavatelé, kteří obalovnou nedisponovali, a nepodařilo se jim uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny, a přesto byli schopni zakázku řádně splnit. V důsledku tohoto diskriminačního požadavku se však o veřejnou zakázku ucházet nemohli, event. byli vyloučeni pro nesplnění tohoto požadavku.“

38. Na základě výše uvedeného, s přihlédnutím k závěrům vyloveným Krajským soudem v citovaném rozsudku, Úřad konstatuje, že zadavatel v případě veřejné zakázky „I/37 Kuks - Trutnov - neopravené úseky silnice - OŽK“ nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 5 písm. c) zákona, neboť vymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona způsobem, který neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, když stanovil, že „zájemce je povinen disponovat minimálně 1 kusem obalovny asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP“, což měl doložit „výpisem z majetkové evidence dodavatele nebo alternativně příslušnou smluvní dokumentací...“, neboť existovalo minimálně šest obaloven, z hlediska své vzdálenosti od místa plnění zakázky vyhovujících pro dodávání asfaltové směsi. V takovém případě je zřejmé, že by vybraný uchazeč s některou z nich smlouvu o dodávce materiálu uzavřel, aniž by ji musel mít předem smluvně pojištěnu, a předmětný kvalifikační předpoklad tedy nebyl přiměřený druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.
39. Úřad dále cituje z odůvodnění rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „Krajský soud“) č.j. 62 Af 47/2011 ze dne 7.3.2013, kde soud uvádí, že „za skrytou formu nepřípustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů, jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 zákona, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.“ Soud dále uvádí, že „zásada zákazu diskriminace (spočívající v umožnění hospodářské soutěže) se použije i v oblasti posuzování kvalifikace uchazečů. Smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 zákona k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí)“.

40. Ve světle závěrů uvedených v citovaném rozsudku Krajského soudu, Úřad v souvislosti s šetřeným případem konstatuje kumulativní splnění podmínek, za kterých lze postup zadavatele kvalifikovat jako diskriminační, odporující zásadám uvedeným v § 6 zákona. Úřad toto spatřuje v nepřiměřenosti, resp. neodůvodněnosti požadavku na „dispozici obalovnou“, jak je konstatováno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, a dále ve skutečnosti, že bez aplikace tohoto požadavku by veřejnou zakázku byli schopni splnit i další dodavatelé. Jako argument pro toto tvrzení Úřad uvádí příklad navrhovatele, který schopnost splnit předmět veřejné zakázky prokazuje a dokládá ve své žádosti o účast v zadávacím řízení referenčními stavbami obdobného charakteru. Pokud je tedy Úřadem konstatováno, že požadavek na doložení dispozice obalovnou již v průběhu zadávacího řízení je nutno považovat za diskriminační, pak tento požadavek zadavatele, použitý v rámci vymezení kvalifikačních předpokladů a stanovený v rozporu se zákonem, rovněž omezuje hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku, neboť nepochybně existovali dodavatelé, kteří obalovnou nedisponovali a nepodařilo se jim uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny (viz příklad navrhovatele), a přesto by byli schopni veřejnou zakázku řádně a v rozsahu požadovaném splnit.
41. Vzhledem k potřebám zadavatele pak bylo možné tento kvalifikační předpoklad nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek, např. vtělením či odkazem na příslušnou část předpisu Ministerstva dopravy ČR, označeného jako „Technické kvalitatívni podmínky staveb pozemních komunikací“ (TKP), do zadávacích podmínek veřejné zakázky (k tomu také dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí).
42. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel ustanovení § 50 odst. 4 zákona tím, že stanovením požadavku, že „zájemce je povinen disponovat minimálně 1 kusem obalovny asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP..., přičemž musí doložit, že je vlastníkem nebo má smluvně zajištěno užívání tohoto zařízení“ stanovil technický kvalifikační předpoklad, který vedl k podstatnému omezení hospodářské soutěže, ačkoliv vzhledem k potřebám zadavatele jej bylo možné nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek. Zadavatel tím současně nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, neboť některým dodavatelům znemožnil ucházet se o veřejnou zakázku.
43. Postup zadavatele uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí přitom mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel zadával veřejnou zakázku v souladu se zákonem tak, aby umožnil větší konkurenci a vzájemnou soutěž dodavatelů, není vyloučeno, že by mohl následně dosáhnout výhodnější nabídky.

#### ***K argumentaci zadavatele***

44. K argumentům zadavatele uvedeným v jeho vyjádření ze dne 15.7.2013, které nezohlednil výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, uvádí Úřad následující skutečnosti.
45. Zadavatel ve svém vyjádření argumentuje rozsudkem Nejvyššího správního soudu v Brně (dále jen „Nejvyšší správní soud“) č.j. 1 Afs 69/2012 ze dne 28.3.2013, ve kterém byla předmětem posouzení postupu zadavatele skutečnost, zda požadavek zadavatele na doložení „dispozice“ obalovnou asfaltových směsí v rámci prokázání technických kvalifikačních předpokladů byl přiměřený předmětu veřejné zakázky a zda jeho uplatnění nemělo diskriminační následky. Úřad konstatuje, že soud v předmětném rozsudku mj.

uvádí, že „předmětem zakázky byla dodávka stavebních prací. Přesto byl v oznámení stanoven jako jeden ze dvou požadavků na prokázání technické způsobilosti velmi podrobný požadavek na dodání konkrétního stavebního materiálu (obalovaných směsí). Ačkoliv je logické, že stavební práce lze stěží provádět bez potřebného materiálu, je běžné, že stavební společnosti řeší jeho dodávky samostatně v rámci podnikatelské činnosti. Provádění staveb a výroba stavebních materiálů jsou sice blízké, ale samostatné průmyslové obory.“ A dále: „Požadavek na vlastnictví výrobního zařízení na stavební materiál či takto akcentovaná míra zajištění jednoho konkrétního materiálu je tak minimálně nadstandardní. Požadavek na doložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smlouvy o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí by tak mohl být odůvodněn jen na základě objektivních okolností veřejné zakázky, resp. legitimními ekonomickými zájmy zadavatele (např. **velmi obtížnou opatřitelností materiálu nebo jeho dominantní rolí v rámci dané zakázky**).“ A dále: „Nelze přisvědčit argumentům stěžovatele, že bez zajištění dodávek produkovaných obalovnou se splnění předmětu veřejné zakázky neobejde, a je tedy zapotřebí přihlížet k technickým požadavkům při výstavbě, opravách a údržbě pozemních komunikací apod. Tyto argumenty se týkají všech ostatních stavebních materiálů ve stejné, v některých případech i vyšší míře. Důvodná není ani námitka, že za účelem dodržení kvality dodávky obalových směsí je nutné znát konkrétního dodavatele. Vzhledem k vysokému stupni technické normalizace je možné kvalitu jednotlivých výrobků od různých dodavatelů požadovat právě na základě dodržování technických norem a důslednou kontrolou na staveništi. Vlastnictví obalovny ani smlouva o smlouvě budoucí tak žádný přímý vliv na kvalitu směsí nemají. Jako prozíravý nelze brát postup zadavatele ani ve vztahu k eliminaci rizika, že by po uzavření smlouvy zakázka nemohla být realizována z důvodu nenavázání spolupráce se subdodavatelem, kdy pak dodavatel nebude disponovat nezbytnými technickými či provozními zařízeními. Ačkoliv je pravdou, že nedostatečná integrace mezi smluvními partnery v oblasti stavebnictví může způsobovat komplikace, jedná se primárně o obchodní riziko dodavatele.“

46. K argumentaci zadavatele odkazy na citovaný rozsudek Úřad uvádí, že nezpochybňuje skutečnost, že dodávka obalovaných směsí tvoří (materiálově i finančně) jednu z podstatných částí stavby. Tuto skutečnost si Úřad ověřil z dokumentace vyžádané od zadavatele (viz bod 26. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V této souvislosti však nelze akceptovat, že by se jednalo o „materiál s velmi obtížnou opatřitelností“, neboť v šetřeném případě je v dojezdové vzdálenosti pro dodávky směsí k dispozici minimálně šest vhodných obaloven, což dokládá zjištění Úřadu z obsahu žádostí o účast podaných v předmětném užším řízení pod bodem 30. odůvodnění rozhodnutí.
47. Co se týče případné „dominantní role tohoto materiálu v rámci zakázky“, nepovažuje Úřad ani tento aspekt v šetřeném případě za objektivní okolnost, která by odůvodňovala doložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smlouvy o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí, a to z důvodu, že za „dominantní“ v rámci předmětu šetřené veřejné zakázky považuje Úřad provedení komplexu všech stavebních prací a dodávek na zhotovení díla, tj. provedení sanací neúnosných konstrukčních vrstev, ložné vrstvy a obrusného krytu, dále provedení úpravy krajnic a revize systému odvodnění komunikace a jeho pročištění, obnovu dopravního značení a rekonstrukci mostu přes Kocbeřský potok, který tvoří předmět veřejné zakázky (viz popis a odůvodnění veřejné zakázky). Obalované směsi, pouze jako jeden z dalších materiálů potřebných pro realizaci předmětné stavby, tvoří pouze jednu z mnoha položek soupisu prací a dodávek (byť objemově ne nepodstatnou), nutných pro realizaci

veřejné zakázky, kdy každá z těchto položek, a to ve vzájemné souvislosti a vazbě, představuje část, nutnou pro provedení celého předmětu díla v požadovaném rozsahu a kvalitě. Bez dodržení všech technických a technologických předpisů a norem při zabudovávání těchto materiálů do stavby tak nemůže mít žádná materiálová položka stavby sama o sobě dominantní vliv z pohledu celku jako předmětu veřejné zakázky. O takovou situaci by se podle názoru Úřadu jednalo jen v takovém případě, kdy by předmětem veřejné zakázky byla pouze dodávka konkrétního materiálu, např. na sklad, a kdy by další položky dodávky představovaly pouze marginální část, např. náklady na dopravu na místo uložení, náklady na uskladnění apod.

48. V této souvislosti Úřad také opětovně zdůrazňuje skutečnost, že zadavatel v souvislosti s předmětným požadavkem na dispozici obalovnou ani nestanovil minimální požadovanou kapacitu obalovny. O způsobilosti zájemce pro plnění veřejné zakázky by tedy rozhodoval pouze fakt svědčící o dispozici tímto zařízením, bez ohledu na to, zda bude pro předmět veřejné zakázky, např. z důvodů dostatečné kapacity a tedy plynulosti dodávky (k tomu také viz následující odstavec), využitelné nebo ne. Předmětný požadavek na technickou způsobilost zájemce tak má i z tohoto pohledu pouze formální charakter, bezprostředně nesouvisející s předmětem veřejné zakázky a bezdůvodně omezující okruh potencionálních dodavatelů schopných předmět veřejné zakázky splnit.
49. Úřad nepochybně ani skutečnost, že realizace zakázky je odvislá na plynulé a nepřetržité dodávce obalovaných směsí. Technologii dodávky a pokládky směsi upravují příslušné technické předpisy a normy. K tomu viz např. Technické kvalitativní podmínky staveb pozemních komunikací Ministerstva dopravy ČR, kapitola 7 Hutněné asfaltové vrstvy, část 7.3.6 Skladování a doprava směsi, resp. část 7.3.7 Rozprostírání, kde se mj. uvádí „...rychlost finišeru (který rozprostírá asfaltovou směs) musí být přizpůsobena množství přísunu asfaltové směsi, aby zastávky byly co nejkratší, nejlépe žádné. Zhotovitel prokáže výpočtem, že kapacita obalovny i dopravy umožňuje plynulou pokládku...“
50. V této souvislosti proto neobstojí ani argument zadavatele, že „pokud dodavatel sám obalovnu v dostupné vzdálenosti neprovozuje a ani není schopen prokázat, že ji bude mít k dispozici, nezbyvá než konstatovat, že objektivně nesplňuje předpoklady pro řádné splnění zakázky“. Jak vyplývá z citovaného technického předpisu TKP, zhotovitel musí teprve výpočtem doložit, že konkrétní kapacita obalovny i způsob dopravy umožňuje plynulou pokládku. Doklad o dispozici obalovnou tedy sám o sobě řádné splnění zakázky nezaručí. Citovaný výňatek z Technických kvalitativních podmínek staveb pozemních komunikací pak podle názoru Úřadu dokládá také skutečnost, že předmětný kvalifikační předpoklad bylo možné nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek, vtělením či odkazem na příslušnou část předpisu (TKP) do zadávacích podmínek veřejné zakázky. Uvedené pak Úřad uzavírá s tím, že skutečnost, že zájemce úspěšně realizoval stavby zahrnující dodávky obalovaných směsí, pak poskytuje větší garanci, že bude schopen obstarat množství obalovaných směsí potřebné pro realizaci předmětné zakázky

#### **Uložení nápravného opatření**

51. Podle § 118 odst. 1 zákona, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit

výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

52. Postupem zadavatele uvedeným ve výroku I. tohoto rozhodnutí došlo k omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení. V případě, kdy by zadavatel zadávací podmínky vymezil v souladu se zákonem, nelze vyloučit, že by nabídky podal širší okruh uchazečů. Z uvedených důvodů postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
53. Vycházejí z výše uvedených skutečností a závěrů Úřad konstatuje, že zadavatel v zadávacím řízení nedodržel postup stanovený zákonem již při stanovení zadávacích podmínek; konkrétně se jedná o stanovení požadavku na prokázání splnění technické kvalifikace specifikovaného výše v odůvodnění, přičemž tato skutečnost mohla podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Tuto situaci není možné, vzhledem k tomu, že žádosti o účast již byly podány, napravit jiným způsobem, než uložením nápravného opatření ve smyslu § 118 odst. 1 zákona, spočívajícím ve zrušení zadávacího řízení „I/37 Kuks - Trutnov - neopravené úseky silnice - OŽK“, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

### NÁKLADY ŘÍZENÍ

54. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis.
55. Podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, činí 30 000 Kč.
56. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím bylo zadání veřejné zakázky zrušeno, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč uvedené ve výroku III. tohoto rozhodnutí, a to na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2013000369.

### POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně



**Obdrží:**

1. Ředitelstvím silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, Na Pankráci 56, 145 05 Praha 4
2. ALPINE Bau CZ s.r.o., Jiráskova 613/13, 757 43 Valašské Meziříčí

**Vypraveno dne:**

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