



UOHSX004FXYA

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R147/2012/VZ-15387/2012/310/ASc

Brno 20. srpna 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 11. 5. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže 15. 5. 2012) podaném zadavatelem –

- **Správou silnic Olomouckého kraje, příspěvkovou organizací, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 753/120, 772 11 Olomouc,**

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 5. 2012, č. j. ÚOHS-S68/2012/VZ-4297/2012/520/MVy, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Rekonstrukce mostu ev. č. 449-040 Unčovice**“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení podle § 38 citovaného zákona na základě výzvy ze dne 24. 3. 2010, na kterou byla dne 31. 5. 2010 uzavřena smlouva o dílo,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 5. 2012, č.j. ÚOHS-S68/2012/VZ-4297/2012/520/MVy,

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, IČ 70960399, se sídlem Lipenská 753/120, 772 11 Olomouc, (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil dne 24. 3. 2010 výzvu k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení podle § 38 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ na veřejnou zakázku s názvem „Rekonstrukce mostu ev. č. 449-040 Unčovice“ (dále jen „**zakázka**“), na niž byla dne 31. 5. 2010 uzavřena smlouva o dílo.
2. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) si na základě podnětu Regionální rady regionu soudržnosti Střední Morava k prošetření zadávacího řízení vyžádal od zadavatele příslušnou dokumentaci veřejné zakázky. Na jejím základě dospěl k závěru, že existuje důvodné podezření, že ze strany zadavatele došlo k porušení § 56 odst. 3 písm. a) ve spojení s § 6 zákona, a tedy ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Ke dni 23. 2. 2012 proto zahájil z moci úřední správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 113 zákona, jehož je zadavatel jediným účastníkem.
3. Zadavatel k zahájenému správnímu řízení uvedl, že trvá na vhodnosti jím stanovených technických kvalifikačních předpokladů, tj. na zákonnosti požadavku, aby uchazeč doložil seznam stavebních prací obdobného charakteru – mostní stavby v celkovém objemu 115 mil. Kč bez DPH provedených za posledních 5 let, z nichž min. 4 mostní stavby odebral přímý odběratel z oblasti komunální nebo veřejné správy, a min. 1 most odebral subjekt z jakékoli jiné oblasti než z komunální nebo veřejné správy (v podrobnostech viz bod 10.6 zadávací dokumentace). Zadavatel argumentoval náročností investiční akce a záměrem spolupráce jen s takovým uchazečem, který je schopen vyhovět různým typům požadavků či nároků na zhotovitele. V souladu s § 38 odst. 2 zákona a s platnou metodikou regionálních operačních programů byla uveřejněna výzva na výše uvedenou veřejnou zakázku na portálu poskytovatele dotace i na veřejně přístupné vývěsce zadavatele.

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.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 2. 5. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S68/2012/VZ-4297/2012/520/MVy (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož prvním výrokem rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) zákona v návaznosti na § 6 zákona, neboť v zadávací dokumentaci stanovený technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona na výstavbu min. 4 mostů v posledních 5 letech, kde přímým odběratelem je oblast komunální nebo veřejné správy, a výstavbu min. 1 mostu v posledních 5 letech, kde přímým odběratelem je jakákoli jiná oblast než komunální nebo veřejné správy, nevymezuje úroveň kvalifikačního předpokladu tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění zakázky, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 31. 5. 2010 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. uložil Úřad zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona výrokem II. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 150 000,- Kč, splatnou do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad, s odkazem na § 6, § 56 odst. 3 písm. a), § 56 odst. 7 písm. c) a § 62 odst. 1 zákona, uvedl, že zadavatel může vymezit minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů pouze takovým způsobem, aby byla přiměřená a odpovídala druhu, rozsahu a složitosti konkrétního předmětu veřejné zakázky. Nelze stanovit požadavky, které s prokázáním technické způsobilosti dodavatele nesouvisí, nejsou přiměřené, a které mohou být určitým způsobem diskriminační. Požadavek zadavatele by pak mohl vést ke znemožnění účasti těm dodavatelům, kteří jej sice nesplňují, ale přesto jsou schopni veřejnou zakázku splnit. Ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona hovoří o minimální úrovni technických kvalifikačních předpokladů velmi obecně, a proto je třeba každý případ posuzovat jednotlivě v jeho konkrétních souvislostech. Za rozhodnou Úřad označil např. souvislost s předmětem veřejné zakázky, zejména s jejím charakterem, výší předpokládané hodnoty a délkou závazku. Zadavatelem zvolený technický kvalifikační předpoklad by měl mít za cíl snížit pravděpodobnost, že by k realizaci díla byl vybrán subjekt, který by nebyl schopen požadovaný předmět splnit ve stanoveném termínu, kvalitě a ceně. Úřad se proto v tomto případě zaměřil na posouzení, zda stanovení požadavku na objednatele „veřejné“ a „soukromé“ bylo při vymezení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů v rámci předmětné veřejné zakázky opodstatněné.
6. Úřad dospěl k závěru, že nebylo nutné, aby veřejnou zakázku realizoval jedině subjekt, který v posledních 5 letech provedl výstavbu mostů, jejichž přímým odběratelem je oblast komunální nebo veřejné správy, a zároveň mostu, jehož objednatelem byl subjekt z jakékoli jiné oblasti než komunální nebo veřejné správy. Podle názoru Úřadu není z hlediska náročnosti rozdíl mezi výstavbou mostu pro soukromý a veřejný subjekt. Zadavatel předjímá neschopnost uchazečů běžně realizujících výstavbu mostů pouze pro veřejné nebo pouze pro soukromé subjekty. Rozlišení zadavatelů na „soukromé“ a „veřejné“ navíc označil za neopodstatněné a diskriminační a uvedl, že tímto způsobem mohlo dojít k omezení okruhu uchazečů, kteří by jinak byli schopni danou veřejnou zakázku realizovat, neboť nelze vyloučit, že by požadavkům zadavatele co do druhu, rozsahu, složitosti a kvality předmětu

plnění veřejné zakázky nevyhověla nabídka jiná, která by v rámci posouzení a hodnocení nabídek plně obstála. Zadavatel dále argumentoval vágním pojmem „rozdílnost požadavků“, které mají být kladeny na dodavatele v průběhu předmětné veřejné zakázky, avšak Úřad k této námitce poznamenal, že tyto „rozdílné požadavky“ nejsou v podmínkách zadání nijak konkretizovány. Své rozhodnutí dále Úřad opřel o rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 7. 2009, č. j. 9 Afs 87/2008-81, který se týkal nepřipustné formy skryté diskriminace v zadávacím řízení. Úřad dospěl k závěru, že požadavek zadavatele byl nepřiměřený předmětu plnění veřejné zakázky a tato nepřiměřenost vedla k bezdůvodnému omezení možnosti potenciálních dodavatelů zúčastnit se zadávacího řízení.

7. Co se týče uložené sankce, poté, co Úřad ověřil splnění podmínek pro její uložení, a poté, co odkázal na ustanovení ve věci relevantních právních předpisů, tj. na § 120 odst. 1 písm. a), § 120 odst. 2 písm. a) a § 121 odst. 2 a 3 zákona, uvedl, že maximální možná výše pokuty, kterou bylo možno zadavateli za spáchaný správní delikt uložit, činí s ohledem na cenu přezkoumávané veřejné zakázky částku 1 166 978,- Kč. Je tedy zřejmé, že pokuta byla uložena na samé spodní hranici zákonné sazby, aby tak plnila v první řadě funkci preventivní. Při stanovení výše pokuty dále Úřad zohlednil to, že nepřiměřeně stanovený technický kvalifikační předpoklad mohl způsobit nižší zájem o veřejnou zakázku, a to právě z důvodu nemožnosti splnění daného kvalifikačního předpokladu u těch dodavatelů, kteří by jinak byli schopni podmínky pro provedení díla zajistit. Nelze proto vyloučit, že v případě postupu, který by byl v souladu se zákonem, by zadavatel obdržel více nabídek, z nichž některá mohla být ekonomicky výhodnější než nabídka vybraného uchazeče. Úřad dále přihlédl ke skutečnosti, že poměr dodavatelů realizujících výstavbu mostů pro soukromé subjekty je v porovnání s dodavateli realizujícími výstavbu mostů pro subjekty veřejné poměrně malý, což zmírňuje negativní následky porušení zákona. Je tedy pravděpodobné, že na relevantním trhu se pohybuje relativně více dodavatelů, kteří realizují výstavby mostů převážně pro veřejné zadavatele. S ohledem na nález Ústavního soudu č. 405/2002 Sb. Úřad přihlédl také k ekonomické situaci zadavatele, a jelikož zjistil, že hospodaří v souhrnu své hlavní a vedlejší činnosti s kladným hospodářským výsledkem, nedospěl k závěru, že by uložená pokuta na něj měla likvidační dopad. Ačkoli tedy Úřad preferoval preventivní funkci uložené pokuty, nemohl zcela minimalizovat výši sankčního postihu, neboť uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla pociťována jako újma.

III. Námitky rozkladu

8. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad včasný rozklad zadavatele. Ten v první řadě nesouhlasí s tím, že se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Zadavatel uvádí, že na trhu výstavby a rekonstrukce mostů a silnic je většina solidních stavebních firem, které jím stanovené technické kvalifikační předpoklady splňují. Zadavatel tvrdí, že nezná firmu, která by pracovala pouze pro oblast „veřejnou“, či firmu, která by naopak pracovala výhradně pro oblast „soukromou“. Toto tvrzení podporuje i praxe Ředitelství silnic a dálnic ČR Praha, která tyto požadavky běžně uplatňuje, i praktická zkušenost zadavatele s dosud zadanými veřejnými zakázkami. Zadavatel připomíná, že se jednalo o rekonstrukci mostu nad rychlostní komunikací dálničního typu, při níž platí přísná

pravidla. Požadavek zadavatele souvisel se skutečností, že dodavatel bude nucen jednat jak s veřejným sektorem, tak se soukromými osobami a podnikateli, aby akci úspěšně zvládl. Kromě toho se jedná o akci financovanou z Regionálního operačního programu a z finančních prostředků Olomouckého kraje. Zadavatel nesouhlasí s bodem 28. napadeného rozhodnutí, podle něhož je účelem kvalifikačních kritérií zabezpečit účast všech možných dodavatelů. Tuto možnost zadavatel nemá, neboť nabízí pouhou možnost účasti; je na libovůli dodavatele, zda této možnosti využije. Zadavatel závěrem připouští, že mohl omezit okruh potenciálních dodavatelů, avšak je přesvědčen, že toto omezení nebylo bezdůvodné a že jeho postup nemohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Důvodem pochybení zadavatele nebyla snaha diskriminovat některé dodavatele, ale dlouhodobě nejasný výklad zákona. Zadavatel v této souvislosti poukazuje na četná a vzájemně rozporná stanoviska v různých komentářích k zákonu, stejně jako na nezávažnost stanovisek samotného Úřadu.

Závěr rozkladu

9. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

10. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

11. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru:
12. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 2. 5. 2012, č. j. ÚOHS-S68/2012/VZ-4297/2012/520/MVy, rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) zákona v návaznosti na § 6 zákona, neboť v zadávací dokumentaci stanovený technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona na výstavbu min. 4 mostů v posledních 5 letech, kde přímým odběratelem je oblast komunální nebo veřejné správy, a výstavbu min. 1 mostu v posledních 5 letech, kde přímým odběratelem je jakákoli jiná oblast než komunální nebo veřejné správy, nevymezuje úroveň kvalifikačního předpokladu tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění zakázky, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 31. 5. 2010 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku, za což mu podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložil pokutu ve výši 150 000,- Kč, splatnou do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil.

V. K námitkám rozkladu

13. Z předloženého spisu je zřejmé, že ve správním řízení stál orgán dohledu před otázkou, zda požadavek zadavatele stanovený v bodu 10.6 zadávací dokumentace, k jehož naplnění měli uchazeči předložit „seznam stavebních prací obdobného charakteru – mostní stavby v celkovém objemu min. 115 mil. Kč bez DPH provedených dodavatelem za posledních 5 let, a to nejméně 5 zakázek vč. osvědčení objednatele v originále nebo ověřené kopii o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací: a) min. 4 mostní stavby, kde přímým odběratelem je oblast komunální nebo veřejné správy (...); b) min. 1 most, kde přímým odběratelem je jakákoliv jiná oblast než komunální nebo veřejné správy“, je v souladu s ustanovením § 56 odst. 7 písm. c) zákona, tj. zda zadavatel minimální úroveň příslušného kvalifikačního předpokladu vymezil tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
14. K tomu nejprve uvádím, že ustanovení § 6 zákona určuje, že zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Toto ustanovení směřuje k cíli samotného zákona, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Smysl a cíl zákazu diskriminace tak nutně vede k takové interpretaci § 6 zákona, podle které tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům, tj. v oblasti práva veřejných zakázek k poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (blíže viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, publikovaný pod č. 1771/2009 Sb. NSS, či rozsudek ze dne 7. 12. 2011, č. j. 9 Afs 37/2011-82). K porušení zásady zákazu diskriminace může dojít také např. tehdy, pokud zadavatel stanoví zcela nepřiměřené požadavky na prokázání splnění kvalifikace, v důsledku čehož účelově a v rozporu se zákonem omezí účast určité skupiny dodavatelů. Zadavatel je oprávněn využít prostor daný zákonem a prostřednictvím stanovení úrovně ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů znevýhodnit některé dodavatele. Toto je však možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi.
15. Při přezkumu napadeného rozhodnutí jsem se proto soustředil na otázku, zda se orgán dohledu dostatečně zabýval tím, zda znevýhodnění některých dodavatelů, tj. v daném případě těch, kteří nedisponují zkušeností s prováděním mostních staveb současně jak pro odběratele z oblasti komunální nebo veřejné správy, tak pro odběratele z jakékoliv jiné oblasti, mělo své opodstatnění. Zjistil jsem přitom, že se uvedenou otázkou Úřad zabýval podrobně v bodech 25 až 28 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zde Úřad konstatoval, že výstavba mostu pro soukromý subjekt je s ohledem na rozsah a složitost předmětu plnění srovnatelná (stejně náročná) jako výstavba mostu pro veřejného zadavatele, a proto není žádného důvodu, proč rozlišovat dvě různé kategorie dodavatelů. Zadavatel sice tvrdil, nicméně neprokázal, že si uvedené dělení potenciálních dodavatelů vyžadovala specifická

náročnost této investiční akce, neboť rozdílnost požadavků, které mají být kladeny na dodavatele v průběhu plnění předmětné veřejné zakázky nebyly zadavatelem ani v nejmenším konkretizovány v zadávací dokumentaci. Zadavatel tak bezdůvodně předpokládal, že dodavatelé, kteří realizovali výstavbu mostů pouze pro subjekty z oblasti komunální a veřejné správy nebo naopak jen pro subjekty z jakékoli jiné oblasti než komunální a veřejné správy, nejsou schopni provést kvalitní výstavbu mostu, která byla předmětem přezkoumávané veřejné zakázky.

16. Plně se tedy ztotožňuji s názorem orgánu dohledu, že zadavatel technickým kvalifikačním předpokladem stanoveným v bodu 10.6 zadávací dokumentace činil neopodstatněný rozdíl mezi soukromými a veřejnými objednateli (resp. zadavateli), a tím diskriminoval ty dodavatele, kteří v posledních pěti letech stavěli mosty pouze pro soukromé objednatele nebo pouze pro veřejné objednatele. Nebylo prokázáno, že by šetřenou veřejnou zakázku nemohl úspěšně realizovat obchodní subjekt, který v posledních pěti letech stavěl mosty pouze pro „soukromé“ objednatele, stejně jako subjekt, který v posledních pěti letech realizoval výstavbu mostů pouze pro objednatele „veřejné“.
17. Zadavatel v podaném rozkladu s Úřadem přijatými závěry polemizoval jen do té míry, když uvedl, že průzkum veřejných zakázek, které v minulosti zadal, ukázal, že minimálně dvacet významných dodavatelů by bylo schopno uvedené kvalifikační předpoklady splnit. Tato skutečnost nijak postup zadavatele neospravedlňuje a nevylučuje, že pokud by zadavatel (i v minulosti) stanovil technické kvalifikační předpoklady (resp. jejich minimální úroveň) v souladu se zákonem, mohlo se soutěže o veřejnou zakázku účastnit ještě více potenciálních dodavatelů, z nichž by někteří mohli podat výhodnější nabídku, než jakou zadavatel v tomto zadávacím řízení vybral jako nejvhodnější. Za situace, kdy zadavatel stanovil nedůvodné technické kvalifikační předpoklady pro potenciální uchazeče, mohli být někteří uchazeči od účasti odrazeni, byť by fakticky byli schopni předmět plnění realizovat v požadovaném čase, rozsahu a kvalitě.
18. Rozlišení odběratelů, pro které dodavatelé mostní stavby realizovali, na „soukromé“ a „veřejné“ nemá opodstatnění i proto, že dodavatelé v rámci plnění veřejné zakázky přicházejí do styku nejen s „veřejným subjektem“ (tedy zadavatelem), ale vždy i se subjekty soukromými (např. se subdodavateli, jejichž služeb využívají nebo jejichž výrobky odebírají). V naposledy uvedeném případě se vždy jedná o vztahy soukromoprávní a tyto vztahy nijak nesouvisí s technickým kvalifikačním předpokladem, který zadavatel stanovil podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona.
19. Konečně co se týče bodu 28 odůvodnění napadeného rozhodnutí, v němž Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 7. 2009, č. j. 9 Afs 87/2008-81, a s nímž se zadavatel neztotožňuje, neboť podle svých slov není schopen „zabezpečit účast všech možných dodavatelů“, uvádím, že zcela zjevně došlo ze strany zadavatele k nepochopení textu citovaného rozsudku a k vytržení části odůvodnění napadeného rozhodnutí z jeho celkového kontextu. Zadavatel v podaném rozkladu uvádí, že podle odůvodnění napadeného rozhodnutí měl „zabezpečit účast všech možných dodavatelů“. Nejprve uvádím, že právě z použití slova „možných“ logicky plyne, že by se mělo jednat pouze o takové

dodavatele, kteří jsou bez obtíží schopni realizovat předmět plnění v požadovaném čase, rozsahu a kvalitě. Zadruhé, v citovaném rozsudku Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že: „Účelem stanovení kvalifikačních požadavků je zejména zajištění takového dodavatele předmětu plnění, který bude poskytovat veškeré záruky řádně, včas a kvalitně realizovat požadovaná plnění, přičemž stanovením kritérií může zadavatel podstatně ovlivnit i potencionální okruh možných dodavatelů. Zadavatel je při formulaci zadávacích kritérií v návaznosti na ustanovení § 25 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách povinen dodržovat zásady nediskriminace a transparentnosti. Musí tedy umožnit rovný přístup všem potencionálním uchazečům a nemůže bezdůvodně omezovat jejich okruh.“ Tento závěr pak Úřad parafrázoval, když v bodu 28 uvedl, že: „Stanovení kvalifikačních kritérií, včetně jejich minimální úrovně, však rozhodně nemůže vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatele účastnit se zadávacího řízení, či k jakémukoliv zvýhodnění některého z potenciálních dodavatelů. Naopak, jejich účelem je zabezpečit účast všech možných dodavatelů, kteří jsou zakázku způsobilí splnit.“. Úřad tedy zjevně dospívá v duchu rozsudku Nejvyššího správního soudu k závěru, že cílem nediskriminačního stanovení kvalifikačních předpokladů je zajištění co nejširšího okruhu dodavatelů, kteří jsou schopni popřít předmět plnění realizovat v požadovaném čase, rozsahu a kvalitě, nikoli k závěru, že účast v soutěži o veřejnou zakázku musí být zajištěna absolutně každému dodavateli, tj. i tomu, který objektivně není řádně realizace schopen, nebo dokonce tomu, který o účast v soutěži z různých důvodů vůbec nemá zájem.

20. V přezkoumávaném případě však na straně zadavatele, jak bylo výše vysvětleno, neexistuje oprávněná potřeba vybrat jakožto potenciálního dodavatele subjekt, který má určité specifické vlastnosti či zkušenosti spočívající v daném konkrétním případě v realizaci mostních staveb zároveň jak pro „veřejné“, tak pro „soukromé“ odběratele. Pokud by byla oprávněnost a důvodnost technického kvalifikačního předpokladu uvedeného v bodu 10.6 zadávací dokumentace prokázána (což nebyla), bylo by jistě na místě konstatovat, že cílem kvalifikačních předpokladů není uměle nivelizovat faktickou různorodost uchazečů (tedy zabezpečit účast všech dodavatelů bez rozdílu). O této faktické nerovnosti účastníků na trhu se hovoří v judikatuře Nejvyššího správního soudu; při její existenci z logiky věci nemohou mít zadavatelem požadované kvalifikační předpoklady na všechny potencionální uchazeče stejné dopady (pro srovnání viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, v němž tento soud připustil limity konceptu skryté diskriminace). Uvedený rozsudek však na přezkoumávaný případ nedopadá, neboť důvodnost technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodu 10.6 zadávací dokumentace prokázána nebyla.
21. Nelze současně přehlédnout, že sám zadavatel v rozkladu připouští, že svým postupem porušil zákon, byť se tak stalo neúmyslně a nikoli s cílem diskriminovat některé uchazeče a zúžit jejich okruh. Uvádí-li v rozkladu dále zadavatel, že nezná ze své praxe firmy, které by pracovaly pouze pro komunální nebo veřejnou správu či naopak výhradně pro oblast „jinou“, připomínám, že i sám Úřad před vydáním napadeného rozhodnutí zjistil, že poměr dodavatelů realizujících výstavby mostů pouze nebo převážně soukromým zadavatelům je v porovnání s dodavateli realizujícími výstavbu mostů výhradně veřejným zadavatelům

poměrně malý. Tuto skutečnost vzal potom v úvahu jako polehčující okolnost při stanovení výše pokuty.

22. Co se týče uložené pokuty, setrval jsem na závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a nejsou tedy dány podmínky pro snížení pokuty nebo upuštění od ní. Při stanovení výše pokuty plně odkazuji na odůvodnění napadeného rozhodnutí, z něžž je patrné, že Úřad zohlednil všechny relevantní skutečnosti (viz § 121 odst. 2 zákona), zejména charakter a následky porušení zákona, situaci na relevantním trhu, na němž převažují dodavatelé, kteří realizují mostní stavby současně jak pro „veřejné“, tak „soukromé“ objednatele, a taktéž finanční poměry zadavatele.

VI. Závěr

23. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
24. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí měnit nebo zrušit, rozhodl jsem 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:

- Správa silnic Olomouckého kraje, příspěvková organizace, Lipenská 753/120, 772 11 Olomouc,

Vypraveno dne:

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