



UOHSX00401K7

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R222/2012/VZ-1558/2012/310/BVÍ

Brno 24. ledna 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 14. 8. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 15. 8. 2012) jenž podal navrhovatel –

- společnost **STAVOPLAST KL spol. s r.o.**, IČ 40740056, se sídlem Stachy 266, 384 73 Stachy,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S176/2012/VZ-7592/2012/530/PPo ze dne 31. 7. 2012, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Povodí Vltavy, státní podnik**, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8, 150 24 Praha 5,

učiněných v rámci otevřeného zadávacího řízení pro veřejnou zakázku na dodávky s názvem „**Nákup 2 kusů kráčivých rypadel**“, jejíž oznámení bylo v informačním systému veřejných zakázek uveřejněno dne 22. 12. 2011 pod evidenčním číslem 7000000003929 a v Dodatku k Úřednímu věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 252-411490, jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S176/2012/VZ-7592/2012/530/PPo ze dne 31. 7. 2012

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 23. 3. 2012 návrh navrhovatele – STAVOPLAST KL spol. s r.o., IČ 40740056, se sídlem Stachy 266, 384 73 Stachy (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele - Povodí Vltavy, státní podnik, IČ 70889953, se sídlem Holečkova 8, 150 24 Praha 5 (dále jen „**zadavatel**“), učiněných v rámci otevřeného zadávacího řízení pro veřejnou zakázku na dodávky s názvem „Nákup 2 kusů kráčivých rypadel“, jejíž oznámení bylo v informačním systému veřejných zakázek uveřejněno dne 22. 12. 2011 pod evidenčním číslem 7000000003929 a v Dodatku k Úřednímu věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 252-411490 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadávací řízení pro veřejnou zakázku bylo zahájeno dne 19. 12. 2011, kdy zadavatel v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona odeslal oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění v informačním systému veřejných zakázek.
3. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel dvě nabídky. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20. 2. 2012 vyplývá, že hodnotící komise doporučila zadavateli vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění technických požadavků zadavatele kladených na jeden z poptávaných strojů. Dne 20. 2. 2012 zadavatel v souladu s doporučením hodnotící komise rozhodl o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, přičemž toto rozhodnutí odůvodnil skutečností, že navrhovatel ve své nabídce předložil technickou specifikaci kráčivého rypadla nabízeného pro Závod Horní Vltava, z níž vyplývá, že vylamovací síla tohoto stoje činí 66 kN. Zadavatel však v zadávacích podmínkách stanovil minimální hodnotu tohoto technického parametru ve výši 80 kN.

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.

4. Navrhovatel proti shora uvedenému rozhodnutí zadavatele podal námitky ze dne 7. 3. 2012, v nichž uvedl, že vyloučením jeho osoby z účasti v zadávacím řízení mělo dojít k porušení zásad zadávání veřejných zakázek zakotvených v § 6 zákona, neboť požadavek na vylamovací sílu kráčivého rypadla pro závod Horní Vltava ve výši alespoň 80 kN je neopodstatněný a diskriminační, a na trhu má být dostupný pouze jeden stroj, který takový požadavek zadavatele splňuje. Navrhovatel se domníval, že pouze pro nesplnění tohoto neopodstatněného požadavku zadavatele neměl být vyloučen, pokud všechny ostatní zadávací podmínky splnil.
5. Podaným námitkám zadavatel nevyhověl, a ve svém rozhodnutí ze dne 12. 3. 2012 uvedl, že zadávací podmínky včetně namítané výše vylamovací síly u stroje poptávaného pro Závod Horní Vltava odrážejí objektivní potřeby a technické podmínky zadavatele, přičemž není pravdou, že by je splňoval jediný stroj na trhu. Dále zadavatel v odůvodnění svého rozhodnutí o námitkách uvedl, že ani v případě, že by nabídka navrhovatele byla předmětem hodnocení, nebyla by vybrána jako nejvhodnější, neboť základním hodnotícím kritériem pro hodnocení nabídek podaných do zadávacího řízení pro veřejnou zakázku byla nejnižší nabídková cena, a navrhovatel ve své nabídce uvedl nabídkovou cenu vyšší, než jaká byla nabízena v druhé podané nabídce.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, doručil Úřadu dne 23. 3. 2012 písemný návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“). Z obsahu návrhu vyplývá, že směřuje proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení pro veřejnou zakázku, neboť důvodem pro toto vyloučení byla skutečnost, že navrhovatel v nabídce neprokázal splnění požadavku zadavatele na výši vylamovací síly kráčivého rypadla poptávaného zadavatelem pro Závod Horní Vltava, což je dle navrhovatele požadavek neopodstatněný a diskriminační, a pouze z důvodu jeho nesplnění neměl být navrhovatel z účasti v zadávacím řízení vyloučen. V rámci návrhu navrhovatel Úřad žádal o vydání předběžného opatření spočívajícího v uložení zákazu uzavřít smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky, a/nebo pozastavení zadávacího řízení pro veřejnou zakázku do doby pravomocného rozhodnutí Úřadu o návrhu. Obsah návrhu je podrobně popsán v napadeném rozhodnutí č. j. ÚOHS-S176/2012/VZ-7592/2012/530/PPo ze dne 31. 7. 2012.
7. Na základě shora uvedeného návrhu bylo Úřadem zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, jehož zahájení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem ze dne 4. 4. 2012 č. j. ÚOHS-S176/2012/VZ-5809/2012/530/PPo.
8. Úřad rozhodl o návrhu navrhovatele na vydání předběžného opatření tak, že rozhodnutím č. j. ÚOHS-S176/2012/VZ-7475/2012/530/PPo ze dne 20. 4. 2012 nařídil předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. O návrhu navrhovatele na uložení povinnosti pozastavit zadávací řízení pro veřejnou zakázku Úřad rozhodl tak, že jej zamítl, neboť takové opatření neshledal jako účelné.

II. Napadené rozhodnutí

9. Dne 31. 7. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S176/2012/VZ-7592/2012/530/PPo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl tak, že návrh navrhovatele směřující proti jeho vyloučení ze zadávacího řízení pro veřejnou zakázku se v souladu s § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona. Dále Úřad ve výroku č. II napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že se návrh navrhovatele směřující proti požadavku zadavatele na „vylamovací sílu“ v souladu s § 118 odst. 5 písm. c) zákona zamítá, neboť navrhovatel není oprávněnou osobou k jeho podání, protože v téže věci nepodal zadavateli námítky v souladu s § 110 odst. 3 a 7 zákona.
10. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí popsal veškeré relevantní skutečnosti, které se k návrhu vztahovaly. Pokud jde o navrhovatelem namítané nezákonné vyloučení z účasti v zadávacím řízení pro veřejnou zakázku, neshledal Úřad v souvislosti s postupy zadavatele rozpor se zákonem, neboť předmět veřejné zakázky byl dle Úřadu vymezen přehledným a jednoznačným způsobem a v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Technické požadavky na kráčivé rypadlo poptávané pro Závod Horní Vltava dle Úřadu odpovídají skutečným požadavkům zadavatele, které zadavatel v řízení před Úřadem objektivním způsobem prokázal. Zadavatel tedy stanovením předmětné technické podmínky, jakož i ostatními technickými podmínkami definovanými v zadávací dokumentaci pro veřejnou zakázku, relevantní dodavatele nediskriminoval, neboť vycházel ze svých objektivně stanovených potřeb.
11. Úřad shrnul, že předmět veřejné zakázky tvoří dodávka dvou kusů kráčivých rypadel, což je poměrně specifické plnění poptávané úzkým okruhem uživatelů takových strojů, s čímž souvisí také menší počet relevantních dodavatelů plnění tohoto druhu. Tyto stroje jsou specifické také z hlediska toho, že jejich určité technické parametry lze do značné míry přizpůsobit konkrétním požadavkům cílových odběratelů.
12. Pokud navrhovatel v návrhu argumentoval odkazem na dřívější rozhodnutí Úřadu č. j. S104/2007-11284/2007/540-Der ze dne 14. 6. 2007 (dále jen „**dřívější rozhodnutí Úřadu**“), které se také týkalo způsobu vymezení požadavků zadavatele na předmět plnění určité veřejné zakázky, Úřad v této souvislosti v napadeném rozhodnutí konstatoval, že dřívější rozhodnutí Úřadu s nyní projednávaným případem navrhovatele nesouvisí, neboť pochybení zadavatele dotčené veřejné zakázky spočívalo v jeho jednání po skončení lhůty pro podání nabídek, kdy tento zadavatel připustil i plnění vykazující technické specifikace mimo předem stanovený rozsah.
13. V této souvislosti Úřad dále uvedl, že tvrzení navrhovatele vykazují určité znaky účelovosti a názorové nejednoty, pokud na jednu stranu zadavateli vyčítá nastavení technických požadavků určitým způsobem, a na straně druhé, ve správním řízení, které předcházelo vydání shora uvedeného dřívějšího rozhodnutí Úřadu, argumentoval ve prospěch zadavatele, neboť v tomto zadávacím řízení byl navrhovatel v pozici vítězného uchazeče, a ve svých vyjádřeních mimo jiné uvedl, že: „...*považuje za pochopitelné, že každý zadavatel stanovuje podmínky zadání tak, aby vyhovovaly jeho ekonomickým, technickým, provozním a servisním*

podmínkám a požadavkům. Z uvedeného důvodu odmítá vybraný uchazeč argumentaci navrhovatele, že není možné modifikovat některé technické parametry (např. výkon motoru)“.

14. Dále Úřad v rámci správního řízení předcházejícího vydání napadeného rozhodnutí provedl vlastní „průzkum trhu“ relevantních dodavatelů, na něž se obrátil s dotazem, zda by byli schopni poskytnout plnění odpovídající požadavkům zadavatele včetně technické podmínky stanovící pro kráčivé rypadlo poptávané pro Závod Horní Vltava hodnotu vylamovací síly ve výši alespoň 80 kN. Z odpovědí, které Úřad získal, vyplynulo, že dva ze čtyř oslovených relevantních dodavatelů by byli schopni požadované plnění dodat.
15. Úřad uzavřel, že není oprávněn posuzovat, zda zadavatel skutečně potřebuje plnění s definovanými technickými podmínkami, neboť úkol Úřadu spočívá v posouzení, zda tyto technické podmínky plnění jsou, či nejsou, nastaveny příliš přísným a diskriminačním způsobem.
16. Svůj závěr výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil skutečností, že navrhovatel brojí a považuje za diskriminační požadavek zadavatele vymezený v rámci zadávacích podmínek. Pokud byl tento požadavek stanoven v zadávací dokumentaci pro veřejnou zakázku, měl navrhovatel možnost seznámit se s ním již od okamžiku převzetí této zadávací dokumentace. Pokud se navrhovatel domníval, že určité požadavky zadavatele neodpovídaly zákonu, měl v souladu s § 110 odst. 3 a 7 zákona možnost podat v zákonné lhůtě námitky proti zadávacím podmínkám. Tato zákonná lhůta skončila dle zjištění Úřadu dne 15. 2. 2012, námitky však navrhovatel podal až 7. 3. 2012.
17. Na základě shora uvedeného tedy Úřad uzavřel, že pokud navrhovatel nepodal proti předmětné zadávací podmínce námitky, nesplnil zákonnou podmínku podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, a není tedy osobou oprávněnou takový návrh podat.

III. Námitky rozkladu

18. Proti napadenému rozhodnutí podal navrhovatel rozklad, který byl Úřadu doručen v zákonné lhůtě dne 15. 8. 2012. Rozkladem navrhovatel napadá výrok I. napadeného rozhodnutí, tedy závěr Úřadu o zamítnutí návrhu navrhovatele směřujícího proti jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení pro veřejnou zakázku v souladu s § 118 odst. 5 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona. Navrhovatel se domnívá, že napadené rozhodnutí je v této části nesprávné a nemá oporu v provedeném dokazování.
19. Nesprávnost dotčeného výroku napadeného rozhodnutí shledává navrhovatel ve skutečnosti, že jej Úřad vyslovil na základě závěru, že zadavatel řádně odůvodnil nastavení zadávacích podmínek včetně předmětného technického parametru vylamovací síly stroje poptávaného pro Závod Horní Vltava. Pokud Úřadu pro závěr o správnosti postupů zadavatele stačilo pouze tvrzení zadavatele, že hodnota vylamovací síly u dotčeného kráčivého rypadla je opodstatněná z hlediska prostředí, v němž bude tento stroj pracovat,

má být takový závěr Úřadu nesprávný, a to i z hlediska skutečnosti, že dle navrhovatele nemá být podpořen žádným objektivním důkazem.

20. Dle navrhovatele je z odůvodnění napadeného rozhodnutí možné vyvozovat, že v případě koryt vodních toků s kamenitým podložím, kde dochází k ukládání sedimentů o veliké hmotnosti, a případně též vzniká potřeba odstraňování kmenů stromů větších průměrů, by bylo možné používat pouze kráčivá rypadla o vylamovací síle 80 kN a vyšší. Navrhovatel je však přesvědčen, že z veškerých předložených důkazů nikterak nevyplývá, že požadavek na vylamovací sílu právě v hodnotě 80 kN je opodstatněný, a že nabídka navrhovatele, byť s nižší vylamovací silou kráčivého rypadla nabízeného pro Závod Horní Vltava, by nesplňovala požadavky stanovené zadavatelem.
21. Z rozkladu dále vyplývá, že navrhovatel považuje závěr Úřadu o tom, že vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení pro veřejnou zakázku nebylo učiněno v rozporu se zákonem, za nesprávný, neboť postrádá oporu ve správním spise a dle navrhovatele je „*minimálně předčasný*“.
22. Úřad se měl dle navrhovatele dopustit pochybení i v souvislosti s vypořádáním argumentace navrhovatele pomocí dřívějšího rozhodnutí Úřadu. Pokud Úřad tvrdí, že závěry tohoto dřívějšího rozhodnutí Úřadu není možné na případ veřejné zakázky aplikovat, pak není podle navrhovatele oprávněn zároveň hodnotit předchozí procesní stanoviska navrhovatele v tomto dřívějším řízení. Konstatování Úřadu o protichůdnosti současné a předchozí argumentace navrhovatele tedy nemůže mít žádnou relevanci, neboť je nepřípustné, aby Úřad posuzoval dvě navzájem nesouvisející argumentace uplatňované navrhovatelem v různých správních řízeních, v nichž má navrhovatel různé postavení.

Závěr rozkladu

23. Závěrem rozkladu navrhovatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení a novému rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

24. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Vyjádření zadavatele

25. Zadavatel se k rozkladu navrhovatele vyjádřil dne 20. 8. 2012 a uvedl, že navrhovatel svá konstatování o nesprávnosti závěrů Úřadu nepodložil. Zadavatel dále upozorňuje na skutečnost, že navrhovatel stanovení technických podmínek plnění nerozporoval, ačkoli musel vědět, že v případě nedodržení parametru týkajícího se vylamovací síly u stroje požadovaného pro Závod Horní Vltava, bude zadavatel nucen vyloučit jej z účasti v zadávacím řízení. Dotčenou zadávací podmínku navrhovatel napadl až po svém vyloučení.

26. Dále zadavatel uvedl, že jeho zdůvodnění požadavku na vyšší vylamovací síly stroje pro Závod Horní Vltava je možné podložit materiály dokazujícími nezbytnost daného požadavku.
27. Pokud navrhovatel v souvislosti s dřívějším rozhodnutím Úřadu argumentoval odlišně, než v případě veřejné zakázky, je toto dle zadavatele dáno jeho odlišným postavením v tomto a v dřívějším řízení.

Doplnění rozkladu

28. Dne 3. 10. 2012 obdržel Úřad ze strany navrhovatele doplnění jeho rozkladu podaného proti napadenému rozhodnutí (dále jen „**doplnění rozkladu**“).
29. Doplnění rozkladu se týká „průzkumu trhu“, který provedl Úřad v rámci správního řízení předcházejícího vydání napadeného rozhodnutí, jehož obsahem bylo zjišťování, zda by oslovení relevantní dodavatelé byli schopni dodat předmět plnění veřejné zakázky s ohledem na navrhovatelem vytýkaný požadavek zadavatele na vyšší vylamovací síly kráčivého rypadla v hodnotě alespoň 80 kN.
30. Navrhovatel v doplnění rozkladu vyjadřuje svůj názor, že Úřad obdržel jednoznačnou odpověď o tom, že by dodavatel byl schopen požadovaný stroj dodat, pouze od jediného osloveného subjektu, společnosti DONAU TRADING, s.r.o., IČ 26028522, se sídlem Čechova 52, 370 01 České Budějovice (dále jen „**DONAU TRADING, s.r.o.**“). Dle navrhovatele však vyjádření tohoto dodavatele není možné akceptovat jako podklad rozhodnutí, neboť DONAU TRADING, s.r.o. je „*přímo spojena se společností BAGR RENT s.r.o.*“. Druhý jmenovaný dodavatel, společnost BAGR RENT, s.r.o., IČ 28094352, se sídlem Čechova 727/52, 370 01 České Budějovice (dále jen „**BAGR RENT, s.r.o.**“), je přitom vedle navrhovatele druhým uchazečem v zadávacím řízení pro veřejnou zakázku. Z tohoto důvodu navrhovatel odmítá vyjádření DONAU TRADING, s.r.o. jakožto akceptovatelný důkaz v řízení.
31. Dále navrhovatel namítá, že BAGR RENT, s.r.o. nabídl zadavateli v rámci poptávaného plnění pro Závod Horní Vltava kráčivé rypadlo značky EUROMACH, přičemž výhradním dovozcem a prodejcem nových strojů této značky v České republice je právě DONAU TRADING, s.r.o.
32. Na základě shora vymezených argumentů je navrhovatel přesvědčen, že závěr Úřadu o tom, že žádný uchazeč nemohl být postupy zadavatele diskriminován, nemůže obstát, neboť v podstatě žádný z Úřadem oslovených relevantních dodavatelů není schopen požadavky zadavatele splnit.

Stanovisko předsedy Úřadu

33. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem přezkoumal podle § 89 odst. 2 správního řádu 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.

34. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí. V odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou dále uvedeny bližší důvody, které mne vedly k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

35. Pokud navrhovatel v rozkladu v souvislosti s výrokem I. napadeného rozhodnutí uvádí, že rozhodnutí je v této části nesprávné a nemá oporu v provedeném dokazování, nemohu se s takovým názorem navrhovatele ztotožnit. I ve světle rozkladových námitek jsem přesvědčen o správnosti dotčeného výroku napadeného rozhodnutí, neboť tento výrok je důsledkem pečlivého zjišťování stavu věci tak, aby o něm nevznikaly jakékoli důvodné pochybnosti, z čehož je patrné, že Úřad vydal napadené rozhodnutí plně v souladu se zásadou materiální pravdy, která je zakotvena v § 3 správního řádu. Z napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad postupoval při hodnocení důkazů a argumentů navrhovatele i zadavatele důsledně dle § 50 odst. 4 správního řádu, přičemž všechna vyjádření navrhovatele i zadavatele byla v rámci předcházejícího správního řízení zvážena.
36. Z rozkladových námitek je zřejmé, že navrhovatel nepovažuje odůvodnění nezbytnosti technické podmínky týkající se vylamovací síly stroje poptávaného zadavatelem pro Závod Horní Vltava, za řádné, resp. dostatečné, pro závěr Úřadu ohledně souladu postupů zadavatele se zákonem. K tomuto uvádím následující.
37. Předmět veřejné zakázky tvoří dodávka dvou kusů nových kráčivých rypadel, jedno určené pro Závod Dolní Vltava – Slapy a druhé pro Závod Horní Vltava – Jindřichův Hradec. Zadavatel pro každý z těchto strojů stanovil zvláštní technické podmínky, přičemž technická specifikace stroje poptávaného zadavatelem pro Závod Dolní Vltava uváděla, mimo jiné, požadavek na vylamovací sílu v hodnotě alespoň 55 kN, u stroje určeného pro Závod Horní Vltava zadavatel tento požadavek stanovil v minimální výši 80 kN.
38. Vzhledem k tomu, že navrhovatel ve svém návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele namítal diskriminační charakter a neopodstatněnost shora uvedeného požadavku týkajícího se vylamovací síly stroje poptávaného pro závod Horní Vltava, vyžádal si Úřad od zadavatele písemné zdůvodnění nastavení této zadávací podmínky. Zadavatel zdůvodnění poskytl v rámci přípisu ze dne 14. 6. 2012, v němž uvedl, že rozdílné nastavení minimální hodnoty vylamovací síly pro oba poptávané stroje spočívá v rozdílných podmínkách daných územní působností Závodu Dolní Vltava a Závodu Horní Vltava. Kráčivé rypadlo určené pro Závod Horní Vltava bude dle zadavatele pracovat „v korytech vodních toků tvořených často hrubozrnnými štěrky, valouny a balvany, kde zvláště při zvýšených průtocích (zejména v oblasti Šumavy a Novohradských hor) dochází k transportu a následnému ukládání materiálu o průměru až několik decimetrů a velké hmotnosti“. Dále zadavatel uvedl, že se může jednat i o práci s rostlou skálou. Zadavatel považuje za určující značné zalesnění povodí dotčených toků, kdy je po povodních nutné odstraňovat zátarasy kmenů a další dřevní hmoty větších průměrů za použití kleští, k čemuž je větší vylamovací síla dle zadavatele nutná. Zadavatel v současné době provozuje na Závodu Horní Vltava dvě rypadla s vylamovací silou právě 60 kN, a je prakticky ověřeno, že „mnohdy je tato síla

limitem pro použití stroje“. Závod Horní Vltava disponuje univerzálními doplňky k poptávaným strojům (např. bourací kladivo, kleště, atd.), pro jejichž práci je větší vylamovací síla v daných podmínkách nezbytná.

39. Ačkoli navrhovatel považuje shora uvedené vyjádření zadavatele za nedostatečný důkaz objektivní nezbytnosti požadavku zadavatele, jsem opačného názoru, neboť se jedná o objektivní skutečnosti existující v místě, kde bude dotčené kráčivé rypadlo pracovat. Je nepochybné, že tyto okolnosti existují nezávisle na vůli zadavatele. Pokud je účelem existence zadavatele zajišťování výkonu vodního hospodářství v celém hydrologickém povodí řeky Vltavy, je zřejmé, že se v rámci své činnosti musí vypořádávat s různorodými přírodními podmínkami, které mohou být na horním toku řeky Vltavy, vzhledem k náročnému terénu a riziku výskytu záplav, složitější. Tyto okolnosti zcela jasně vyplývají z vyjádření zadavatele, jehož obsahem bylo odůvodnění nezbytnosti nastavení zadávacích podmínek s ohledem na minimální hodnotu vylamovací síly u stroje pro Závod Horní Vltava. Jsem tedy přesvědčen, že právě toto vyjádření zadavatele je oním objektivním důkazem, který navrhovatel v řízení postrádá.
40. K námitce navrhovatele, dle níž z podkladů napadeného rozhodnutí nevyplývá, že požadavek na vylamovací sílu jednoho ze strojů právě v hodnotě 80 kN je opodstatněný, uvádím, že zadavatel v této souvislosti výslovně prohlásil, že jeho dosavadní zkušenosti tento požadavek odůvodňují. Pokud zadavatel uvedl, že stroje o vylamovací síle 60 kN, které v současné době na Závodě Horní Vltava pracují, jsou často limitovány právě nedostatečnou vylamovací silou, přičemž zadavatel hodlá stroj o vylamovací síle alespoň 80 kN využít pro práci s příslušenstvím, které vyšší vylamovací sílu nezbytně vyžaduje, domnívám se, že tímto vyjádřením zadavatele je postaveno na jisto, že daný požadavek zadavatele je opodstatněný.
41. V návrhu na zahájení správního řízení ze dne 22. 3. 2012 navrhovatel uvedl, že rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení je v rozporu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek, které jsou zakotveny v § 6 zákona, neboť *„požadavek na vylamovací sílu v hodnotě min. 80 kN stanovený pro kráčivé rypadlo pro Závod Horní Vltava považuje navrhovatel za neopodstatněný a diskriminační“.*
42. Pokud se navrhovatel domnívá, že technické požadavky zadavatele jsou diskriminačního charakteru, neshledávám pro takové tvrzení oporu ve skutkovém stavu. Vzhledem k tomu, že zadavatel poskytl Úřadu odůvodnění nutnosti nastavení dotčeného technického požadavku týkajícího se vylamovací síly stroje poptávaného pro Závod Horní Vltava, které je postaveno na objektivních skutečnostech (přírodní podmínky místa, kde bude stroj zadavatelem využíván), nemůže se v dotčeném případě jednat o diskriminaci zjevnou ani skrytou, jak ji rozlišuje Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008. V daném případě se zadavatel nemohl dopustit zjevné diskriminace uchazečů, neboť vymezením dotčeného technického požadavku neaplikoval *„rozdílný, jiný přístup k jednotlivci než k celku“*, jak zjevnou diskriminaci definuje Nejvyšší správní soud ve shora uvedeném rozsudku.

43. Postupy zadavatele neznamení ani skrytou diskriminaci, kterou Nejvyšší správní soud definoval jako postup zadavatele „*kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými*“. Ačkoli se Nejvyšší správní soud vyjádřil k otázce skryté diskriminace ve vztahu k minimální úrovni kvalifikačních předpokladů, jsem přesvědčen, že tyto závěry se obdobně použijí i v souvislosti s ostatními požadavky zadavatele vymezenými v rámci zadávacích podmínek. Požadavky zadavatele není možné považovat za „*zjevně nepřiměřené*“ vzhledem k předmětu plnění veřejné zakázky, pokud jsou tyto odůvodněny existencí objektivních okolností, které zadavatel nemůže vlastními silami ovlivnit. Tyto objektivní okolnosti spočívají právě v přírodních podmínkách místa, kde zadavatel hodlá popotávané kráčivé rypadlo užívat (Závod Horní Vltava) a dále dosavadními zkušenostmi zadavatele (nedostatečná vylamovací síla strojů, které zadavatel na daném místě v minulosti používal).
44. V souladu s názorem Úřadu vysloveným v napadeném rozhodnutí zdůrazňuji, že Úřad, resp. jeho předseda, není oprávněn posuzovat, zda zadavatel požadované plnění skutečně potřebuje. Úkolem Úřadu je dohled nad dodržováním zákona při zadávání veřejných zakázek, v tomto konkrétním případě nad postupy zadavatele v souvislosti s vyloučením navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Pokud navrhovatel v rámci návrhu smlouvy, který tvořil přílohu jeho nabídky podané do zadávacího řízení pro veřejnou zakázku, uvedl, že kráčivé rypadlo, které nabízí pro Závod Horní Vltava, disponuje vylamovací silou ve výši 66 kN, přičemž zadavatel požadoval tuto hodnotu ve výši alespoň 80 kN, jedná se v souladu s § 76 odst. 1 zákona o důvod pro vyřazení takové nabídky ze zadávacího řízení. V souladu s § 76 odst. 6 zákona platí, že zadavatel je povinen uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, bezodkladně vyloučit z účasti v zadávacím řízení. Z tohoto pohledu tedy zadavatel postupoval v souladu se zákonem, pokud navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení pro veřejnou zakázku vyloučil. Pokud navrhovatel v této souvislosti v rozkladu uvádí, že se má jednat o „*minimálně předčasný*“ závěr Úřadu, neshledal jsem z rozkladu ani ze skutkového stavu, z jakého důvodu by měla být dána předčasnost takového rozhodnutí.
45. Se shora uvedeným souvisí i další rozkladová námitka, v níž navrhovatel tvrdí, že z provedených důkazů nevyplývá, že stroj nabízený navrhovatelem, „*byť s nižší vylamovací silou, by nesplňoval předmětný požadavek zadavatele*“. Znovu na tomto místě opakuji, že Úřad, potažmo jeho předseda, nejsou vybaveni zákonným zmocněním pro posouzení otázky, jaké plnění zadavatelé pro svou činnost potřebují. Úřad může pouze konstatovat, zda v procesu zadání konkrétní veřejné zakázky byly či nebyly dodrženy zákonné postupy.
46. Jsem přesvědčen, že ze závěrů napadeného rozhodnutí automaticky nevyplývá, že „*v případě koryt vodních toků s kamenitým podložím, kde dochází k ukládání sedimentů o veliké hmotnosti a případné potřebě odstraňování kmenů větších průměrů, by bylo možné používat*

pouze kráčivá rypadla o vylamovací síle 80 kN a vyšší“, jak v rozkladu namítá navrhovatel. Napadené rozhodnutí Úřadu se týká konkrétní veřejné zakázky konkrétního zadavatele, který předmět veřejné zakázky specifikoval s ohledem na unikátní přírodní podmínky oblasti, v níž bude předmětné kráčivé rypadlo pracovat.

47. Ačkoli je Úřad i jeho předseda při svém rozhodování vázán zásadou ochrany legitimního očekávání, která správnímu orgánu stanoví povinnost dbát toho, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly důvodné rozdíly, není možné dopad této základní zásady činnosti správních orgánů zaměňovat s mechanickým přístupem k řešení jednotlivých případů. Nelze tedy přijmout závěr navrhovatele citovaný v předchozím bodě tohoto rozhodnutí. Zadavatelé veřejných zakázek jsou oprávněni vymezit požadavky na předmět veřejné zakázky s ohledem na svoje skutečné potřeby, přičemž v nyní posuzovaném případě zadavatel z důvodu existence nepříznivým přírodních podmínek a svých předchozích zkušeností s obdobným plněním stanovil zadávací podmínky tak, že kráčivé rypadlo poptávané pro Závod Horní Vltava musí disponovat vylamovací silou ve výši alespoň 80 kN. V případě druhého poptávaného stroje, který bude pracovat v jiném terénu, zadavatel takto vysokou vylamovací sílu nepožadoval. Je tedy zcela zřejmé, že zadavatel specifikoval předmět veřejné zakázky s ohledem na své skutečné potřeby. Takto jsou povinni postupovat všichni zadavatelé, přičemž není možné a priori konstatovat, že „*v případě koryt vodních toků s kamenitým podložím, kde dochází k ukládání sedimentů o veliké hmotnosti a případné potřebě odstraňování kmenů větších průměrů*“ bude vylamovací síla kráčivých rypadel ve výši 80 kN a vyšší vždy přípustná, neboť podmínky definující požadavky zadavatelů obdobného plnění se budou v případě rozdílných míst plnění lišit.
48. Nelze tedy uzavřít, že všichni zadavatelé s obdobnými potřebami jako je zadavatel veřejné zakázky, budou oprávněni vymezit zadávací podmínky způsobem obdobným, jak je tomu v tomto konkrétním případě, neboť závěry Úřadu, příp. jeho předsedy, není možné bez dalšího aplikovat na obdobné případy, aniž by byl zjišťován stav věci, tedy zda je zadavatel schopen nastavení specifických technických podmínek předmětu plnění dané veřejné zakázky objektivně odůvodnit, jak je tomu v tomto případě. Aplikace shora uvedené zásady v řízení před Úřadem, resp. jeho předsedou, tedy neznamená zavedení precedenčního systému do správního řízení, nicméně dává účastníkům takového řízení jistotu, že Úřad či jeho předseda v jejich konkrétním případě rozhodne předvídatelným způsobem s tím, že rozhodnutí musí opatřit racionálním a precizním odůvodněním, které obstojí zejména z hlediska základních zásad činnosti správních orgánů zakotvených ve správním řádu, a tedy i z hlediska jeho dosavadní rozhodovací praxe.
49. K námitce navrhovatele, že Úřad nebyl v napadeném řízení oprávněn vzájemně posuzovat procesní stanoviska navrhovatele uvedená v tomto správním řízení a v řízení, ve kterém vystupoval v pozici vítězného uchazeče, pokud Úřad současně konstatoval, že dřívější rozhodnutí Úřadu s šetřeným případem věcně nesouvisí, uvádím následující.
50. Dřívější rozhodnutí Úřadu bylo vydáno v souvislosti s veřejnou zakázkou s názvem „Dodávka 4 ks nových kráčivých rypadel“ zadavatele Povodí Moravy. Na základě tohoto dřívějšího

rozhodnutí Úřadu rozhodl Úřad o zrušení zadávacího řízení pro tuto veřejnou zakázku, neboť zadavatel Povodí Moravy nevymezil předmět této veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídek, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Důvodem pro tento výrok Úřadu byla skutečnost, že zadavatel Povodí Moravy v průběhu správního řízení uvedl, že by připustil i plnění vykazující technické specifikace mimo rozsah vymezený v zadávacích podmínkách, což Úřad posoudil jako rozpor oproti předem definované zadávací dokumentaci, a uzavřel, že zadavatel Povodí Moravy „vymezením technických specifikací v zadávací dokumentaci uvedl potenciální a faktické uchazeče v omyl“. Zadavatel Povodí Moravy také dostatečně nezdůvodnil, že právě takové vymezení požadovaného plnění je pro realizaci veřejné zakázky nezbytně nutné.

51. Ze shora uvedeného tedy vyplývá, že skutkový stav a následné závěry Úřadu byly v případě zadavatele Povodí Moravy zcela odlišné, než v nyní šetřeném případě, proto se plně ztotožňuji s Úřadem, pokud v napadeném rozhodnutí uvedl, že *„dané rozhodnutí s šetřeným případem věcně nesouvisí“*.
52. Úřad v napadeném rozhodnutí zmínil i protichůdnost argumentace navrhovatele v souvislosti s postupy zadavatele, které byly předmětem přezkumu v rámci vydání napadeného rozhodnutí oproti stanoviskům navrhovatele v rámci správního řízení týkajícího se postupů zadavatele Povodí Moravy, s tím, že tvrzení navrhovatele vykazují znaky účelovosti a názorové nejednoty, pokud se v dřívějším správním řízení, v němž měl postavení vítězného uchazeče, vyjadřoval ve prospěch zadavatele a nyní, když je v pozici vyloučeného uchazeče, uvádí skutečnosti v zadavatelův neprospěch. Z napadeného rozhodnutí však vyplývá, že se jedná o podpůrnou argumentaci odůvodnění napadeného rozhodnutí, resp. nejedná se o tvrzení, které by bylo pro výroky napadeného rozhodnutí stěžejní. Z tohoto důvodu jsem neshledal důvod pro změnu napadeného rozhodnutí v této souvislosti.
53. Na podporu svých argumentů navrhovatel v doplnění rozkladu doručeném Úřadu dne 3. 10. 2012 uvedl, že v rámci „průzkumu trhu“, který Úřad pro účely zjištění, kolik relevantních dodavatelů by bylo schopno dodat zadavatelem poptávaný stroj pro Závod Horní Vltava, Úřad neprokázal, že sporný požadavek na vylamovací sílu u tohoto stroje v hodnotě alespoň 80 kN není diskriminační, neboť *„v podstatě žádný z Úřadem oslovených dodavatelů by nebyl schopen splnit požadavky zadavatele“*.
54. Se shora uvedenou námitkou navrhovatele nesouhlasím, neboť z tohoto „průzkumu trhu“ vyplynulo, že požadovaný stroj by byli schopni zadavateli dodat dva dodavatelé, společnost DONAU TRADING, s.r.o. a společnost BC STAVO, s.r.o. IČ 62621661, se sídlem Plzeňská 61/3, 322 00 Plzeň. Dále stroj splňující požadavky zadavatele nabídl i dodavatel BAGR RENT, s.r.o., který byl hodnotící komisí zadavateli doporučen jakožto vítězný uchazeč o veřejnou zakázku. Pokud navrhovatel argumentuje tím, že kladné vyjádření dodavatele DONAU TRADING, s.r.o. nelze brát ve správním řízení jako podklad rozhodnutí, neboť tato společnost má být přímo spojena s dodavatelem BAGR RENT, s.r.o., s tímto názorem navrhovatele nesouhlasím. Obě tyto obchodní společnosti vystupují pod samostatným identifikačním číslem, z pohledu zákona se tedy jedná o samostatné dodavatele. Zadavatel také nikterak neomezil plnění veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele, není tedy ani možné konstatovat,

že požadované plnění by byly zadavateli schopny poskytnout pouze tři subjekty, neboť např. relevantní dodavatelé, kteří jsou schopni kráčivé rypadlo poptávané pro Závod Horní Vltava dodat, mohli v zadávacím řízení vystupovat jako subdodavatelé více uchazečů. V neposlední řadě není možné této rozkladové námitce navrhovatele přisvědčit i z toho důvodu, že veřejná zakázka byla relevantní nikoli pouze pro dodavatele působící na českém trhu, nicméně vzhledem k uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení pro veřejnou zakázku v Dodatku k Úřednímu věstníku Evropské unie, se zadávacího řízení mohli účastnit i relevantní dodavatelé z celé Evropské unie.

VI. Závěr

55. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval 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.
56. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Povodí Vltavy, státní podnik, Holečkova 8, 150 24 Praha 5
2. STAVOPLAST KL spol. s r.o., Stachy 266, 384 74 Stachy

Vypraveno dne

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