

Vážení,
LSM Česká republika s. r. o.
Ing. Emil Ptáček, generální ředitel
Sazečská 8
108 25 Praha 10

Rozhodnutí o námitkách k veřejné zakázce

Název veřejné zakázky	„Nákladní technika na údržbu komunikací Kraje Vysočina“
Název zadavatele:	Krajská správa a údržba silnic Vysočiny, příspěvková organizace
Sídlo:	Kosovská 1122/16, Jihlava, PSČ: 586 01
IČ:	00090450
Zastoupený:	Ing. Janem Míkou, MBA, ředitelem KSÚS Vysočiny

Dne 1. března 2017 obdržel zadavatel námitky proti zadávacím podmínkám v zadávacím řízení pro předmětnou veřejnou zakázku „Nákladní technika na údržbu komunikací Kraje Vysočina“

Námitky podal uchazeč **LSM Česká republika s. r. o.**; IČ: 064574156, se sídlem Sazečská 8, 108 25 Praha 10 (dále jen „stěžovatel“) v zákonem stanoveném termínu a v souladu s § 110 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále jen „zákon“).

V souladu s § 111 odst. 1 zákona

zadavatel v zákonné lhůtě rozhodl, že námitkám stěžovatele

nevyhovuje

O d ů v o d n ě n í

Stěžovatel ve svých námitkách uvádí mj.:

I. Námitka proti požadavkům na prokázání referenčních zakázek:

Stěžovatel je však přesvědčen, že zadavatel vymezil technické kvalifikační předpoklady nesprávně a v rozporu s příslušnými ustanoveními ZVZ, neboť je stanovil takovým způsobem, že z účasti v zadávacím řízení vylučují i takové dodavatele, kteří jsou objektivně schopni předmětnou veřejnou zakázku realizovat.

Za diskriminační kvalifikační předpoklad je nutné jednoznačně považovat Technický kvalifikační předpoklad dle čl. 1.5.1 přílohy č. 4 ZD, kterým zadavatel stanoví, že dodavatelé musí předložit:

1.5.1 dle § 56 odst. 1 písm. a) zákona seznam významných zakázek obdobného charakteru realizovaných dodavatelem v posledních třech letech přede dnem podání nabídky (dodavatel zakázku zahájil a ukončil nebo zakázku zahájil před požadovanou lhůtou a ukončil a provedl v požadovaném rozsahu ve stanovené lhůtě), přičemž součástí každé veřejné zakázky v oblasti dodávek vozidel pro silniční údržbu musí být **nosič komunálních výměnných nástaveb 4x4 nebo 6x6 se sypací nástavbou (chemická nebo inertní nebo kombinovaná) a radlicí**. Součástí alespoň jedné z pěti požadovaných veřejných zakázek v oblasti dodávek vozidel pro silniční údržbu musí být i dodávka jednostranné, popřípadě oboustranné zametací nástavby. Dále součástí alespoň dvou z pěti veřejných zakázek v oblasti dodávek vozidel pro silniční údržbu musí být i dodávka třístranné sklápěcí korby.

Musí se jednat o

- minimálně 5 veřejných zakázek v oblasti dodávek vozidel pro silniční údržbu, jejichž celkový finanční objem činil minimálně 45 000 000,- Kč bez DPH, když
- finanční objem I. veřejné zakázky činil minimálně 15 000 000,- Kč bez DPH,
- finanční objem II. a III. veřejné zakázky činil u každé minimálně 10 000 000,- Kč bez DPH a
- finanční objem IV. a V. veřejné zakázky činil u každé minimálně 5 000 000,- Kč bez DPH.

Požadavek zadavatele přitom spojuje v rámci jedné „referenční“ zakázky více druhů dodaného plnění, čímž znemožňuje účast v zadávacím řízení osobám, které realizovaly všechna požadovaná referenční plnění, avšak ne v rámci jediné referenční zakázky. V daném případě působí požadavek zadavatele diskriminačně, neboť zadavatelem požadovaná referenční zakázka obsahuje mimo standardních dodávek nákladních automobilů zároveň dodávku sněhových radlic, které jsou samostatným příslušenstvím vozidel a jsou zadavateli běžně dodávány samostatně, tj. nejsou součástí většiny zakázek na dodávku vozidel realizovaných potenciálními dodavateli veřejné zakázky.

V rámci prokázání splnění kvalifikačních předpokladů přitom dodavatelé musí prokázat způsobilost k plnění veřejné zakázky, přičemž tato způsobilost je dle platné právní úpravy dána v takovém případě, kdy dodavatel prokáže schopnost realizovat všechny části zadavatelem požadovaného plnění. Zadavatel zvolenou konstrukcí kvalifikačního předpokladu však takové prokázání kvalifikace znemožňuje osobám, které nerealizovaly vybrané činnosti požadované zadavatelem v rámci jediné referenční zakázky, byť tato skutečnost nemá žádný vliv na objektivní schopnost dodavatelů poskytnout zadavatelem požadované plnění. Pokud tedy v rámci předmětné reference zadavatel požaduje prokázat realizaci např. dodávky nákladního vozidla a zároveň dodávky sněhové radlice, vylučuje z účasti na veřejné zakázce všechny dodavatele, kteří realizovali jak dodávky nákladních vozidel tak i zároveň dodávky sněhových radlic, avšak v rámci samostatných referenčních zakázek.

Tato diskriminace dodavatelů, kteří nerealizovali všechny popsané v rámci jediné referenční zakázky, není dle přesvědčení stěžovatele ospravedlnitelná a je v rozporu s ustanovením § 50 odst. 3 a 4 ZVZ.

V této souvislosti stěžovatel poukazuje mj. na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, který se zabýval právě otázkami diskriminace. Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku uvedl mimo jiné, že „smyslem kvalifikačních předpokladů¹, kterým je **zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky**. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci.“, přičemž za podstatné považuje zdejší především navazující část odůvodnění, ve které Nejvyšší správní soud uvedl, že „[k]rajský soud tedy správně vyslovil v napadeném rozsudku právní názor, podle něhož za **skrytou formu nepřípustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, 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

¹ Předmětné rozhodnutí se zabývá kvalifikací, nicméně závěry ohledně možné diskriminace mají obecnou platnost

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.

V daném případě je ona „nepřiměřenost“ jednoznačně dána tím, že technické kvalifikační předpoklady splní pouze osoba, která realizovala požadované dodávky na jediné referenční zakázce, zatímco osoby, které takové práce realizovaly v rámci více zakázek (v požadovaném rozsahu a tedy prokázaly, že jsou realizace obdobných dodávek schopny), budou ze zadávacího řízení vyloučeny.

Stěžovatel je přesvědčen, že k tomu, aby zadavatel zamezil diskriminaci dodavatelů, kteří jsou objektivně schopni veřejnou zakázku plnit, měl by umožnit splnění kvalifikačního předpokladu dle čl. 1.5.1 přílohy č. 4 ZD i těm dodavatelům, kteří realizovali *dodávku nákladních automobilů i dodávku sněhových radlic* v požadovaném rozsahu v rámci samostatných veřejných zakázek.

K námitce proti požadavkům na prokázání referenčních zakázek

Zadavatel požaduje doložení referencí na kompletní dodávky vozidel včetně nástaveb a radlic v rámci jedné dodávky z důvodu ověření schopnosti dodavatele splnit dodávku tak, aby byly splněny všechny požadavky na vzájemnou funkčnost celého kompletu i legislativní požadavky - zejména garanci, aby nebylo překročeno max. povolené zatížení na jednotlivé nápravy. Pokud by zadavatel připustil předložení referencí na samostatné dodávky (např. radlice samostatně), nemohl by ověřit schopnost dodavatele splnit dodávku jako komplexní a funkční celek odpovídající technickým i legislativním požadavkům.

Citované rozhodnutí NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152 je k dané námitce na prokázání kvalifikačních předpokladů zcela irelevantní a nesouvisí s ní. Zadavatel důrazně upozorňuje, že dle svého schváleného finančního plánu pořizuje nákladní techniku na údržbu komunikací jako celek, tudíž požaduje referenční zakázky odpovídající předmětu plnění veřejné zakázky. Pro zadavatele je nepřijatelné řešení formou „dělení zakázky“ být v úrovni kvalifikačních předpokladů, je to v rozporu i s pravidlem 3E.

Zadavatel zároveň upozorňuje na možnost využití prokázání kvalifikace pomocí subdodavatele dle §51 odst. 4 zák. č. 137/2006 Sb. či podání společné nabídky dle §51 odst. 5 zák. č. 137/2006 Sb.

Závěr k námitce číslo I - zadavatel nemůže z výše uvedených důvodů akceptovat námitku č. 1 a tuto část námitek zamítá jako nedůvodnou.

II. Námitka proti požadavkům na předložení vzorků

Zadavatel dále v čl. 1.5.3 přílohy č. 4 ZD požaduje, aby dodavatelé předvedli jeden úplný funkční vzorek nabízeného vozidla (1 vzorek nosiče komunálních výměnných nástaveb 4x4 se sypací nástavbou – inertní nebo kombinovaná a sněhovou radlicí ve tvaru křídla – ocelová radlice s ocelovým břitem nebo ocelová radlice s ocelovým břitem s vulkolanovou podložkou a druhým podklápeným vulkolanovým břitem).

Funkční vzorek nabízeného vozidla **musí jednoznačně odpovídat požadavkům zadavatele na technickou specifikaci vozidla a obdobně i všem následně dodávaným vozidlům ze strany vybraného dodavatele.**

Vzorek musí být nový nebo ne starší 12 měsíců od data výroby, přičemž datum výroby platí jak pro nosič, tak i pro sypací nastavbu a sněhovou radlici.

Předmětný požadavek, který je vázán výhradně na technologickou konfiguraci zadavatelem požadovaného plnění znemožňuje účast ve veřejné zakázce osobám, které se běžně zabývají výrobou obdobných automobilů, avšak v době lhůty pro podání nabídek do veřejné zakázky nedisponují vozidlem zadavatelem přesně požadované technické konfigurace (byť jsou jej schopni vyrobit). Vzhledem k tomu, že standardní dodací lhůty pro obdobné typy vozidel činí cca 4 až 6 měsíců, není splnění zadavatelem stanoveného požadavku možné pro žádného dodavatele, který nedisponuje vozidlem s konkrétní, zadavatelem požadovanou konfigurací již před zahájením zadávacího řízení.

K námitce proti požadavkům na předložení vzorků

Zadavatel zvolil vzorek s takovou technologickou konfigurací, která odpovídá předmětu veřejné zakázky a kde předpokládá největší riziko pochybení ze strany uchazečů. Zadavatel naopak umožnil předložení vzorku buď zcela nového, nebo stárí maximálně 12 měsíců, což dokládá snahu naopak rozšířit účast ve veřejné zakázce dalším dodavatelům. Zadavatel zásadně nesouhlasí s tvrzením stěžovatele, že standardní dodací lhůty pro nosiče výměnných nástaveb v provedení 4x4 a 6x6 činí cca 4 až 6 měsíců. Dle informací zadavatele jsou dodací doby od objednání cca 3 měsíce a právě proto zadavatel stanovil lhůtu pro podání nabídky přiměřenou náročnosti přípravy vzorku, který se skládá z nosiče, výměnné sypací nastavby a radlice. Tyto informace jsme schopni doložit Úřadu pro hospodářskou soutěž od autorizovaných dodavatelů nosičů výměnných nástaveb v provedení 4x4 a 6x6 a to hned v případě několika evropských značek!

Závěr – námitky část II:

Z výše uvedeného je zřejmé, že námitky stěžovatele jsou zcela neopodstatněné, neodpovídají skutečnosti a zadavatel proto této části námitek pro jejich nedůvodnost nevyhovuje.

III. Námitka proti neurčitosti technických podmínek plnění

Stěžovatel je dále přesvědčen, že zadavatel nesprávně stanovil rovněž některé zadávací podmínky veřejné zakázky, neboť požadavky uvedené zadavatelem v zadávací dokumentaci jsou definovány v rozporu se ZVZ, když je jejich popis natolik neurčitý, že neposkytuje dodavatelům dostatečná vodítka k určení požadovaného obsahu jejich nabídek. Uvedený postup zadavatele je dále v rozporu se zásadou transparentnosti uvedenou v § 6 ZVZ.

Technické požadavky na 18t dvouosé nosiče (4x4) a 26t tříosé nosiče (6x6) nejsou jako celek zpracovány v podrobnostech stanovených právními předpisy, neboť zadavatel neposkytl v rámci zadávacích podmínek veřejné zakázky dodavatelům v souladu s vyhláškou s ustanovením § 44 odst. 1 ZVZ zadávací podmínky v dostatečné míře podrobnosti.

Pro oba výše uvedené technické celky zadavatel mj. požaduje, aby *nosič byl vybaven nezávislým vývodem o výkonu (krouticím momentu) min. 600 Nm v pracovních otáčkách motoru (v rozsahu cca 1000 – 2000 min.⁻¹) pro montáž komunální hydrauliky*. Zadavatel přitom daný technický požadavek specifikuje naprosto neurčitým způsobem, když není naprosto zřejmé, zda např. horní hranice zadavatelem vymezeného intervalu popsáného slovem “cca” může být dodavatelí splněna při otáčkách motoru 900 nebo např. 800 min.⁻¹. Takto neurčité stanovení zadávacích podmínek zaprvé v rozporu

s ustanovením § 44 ZVZ znemožňuje dodavatelům řádně připravit a nacenit své nabídky, neboť nevědí, jakou regulaci dávkování bude zadavatel ještě akceptovat a jakou nikoliv. Za druhé daná konstrukce zadávacích podmínek dává zadavateli možnost stanovit si konkrétní, přesné hodnoty daného parametru, které bude v rámci nabídek akceptovat až v průběhu posuzování nabídek, což je postup, který je naprosto netransparentní.

Stěžovatel je tedy přesvědčen, že zadavatel v rozporu se svými povinnostmi uvedenými v příslušných ustanoveních ZVZ nezajistil transparentní průběh zadávacího řízení a způsobil, že může dojít k účelovému stanovení přesné hodnoty výše uvedeného technického požadavku až v průběhu posuzování nabídek tak, aby byla nabídka určitého dodavatele zvýhodněna.

V této souvislosti stěžovatel odkazuje na platnou rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a příslušných soudů, která stanoví, že netransparentním je řízení, které obsahuje *takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele*². K tomu, aby bylo možné označit zadávací řízení za netransparentní tak není nutné, aby stěžovatel prokázal, že k manipulaci se stanovením přesné hodnoty technického požadavku či skutečně došlo, ale postačuje pouhá skutečnost, že zadavatel mohl při posuzování nabídek postupovat takovým způsobem, že výše uvedený závadný stav mohl s vysokou pravděpodobností nastat.

Blíže tuto konstrukci rozvíjí rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, ze kterého vyplývá, že **„Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.“** Z tohoto závěru soudu přitom jasně vyplývá, že stěžovatel či později Úřad pro ochranu hospodářské soutěže nemá povinnost přímo prokázat konkrétní porušení (v tomto případě manipulaci s přesnou hodnotou technického požadavku), musí však řádně odůvodnit, které úvahy jej vedly k pochybnosti o transparentnosti postupu zadavatele.

Pro doplnění výše uvedeného stěžovatel dále uvádí, že netransparentnost je dle rozsudku Nejvyššího správního soudu ČR sp. zn. 7 Afs 31/2012 ze dne 20. 6. 2012, způsobena již samotným postupem zadavatele v konstrukci zadávacích podmínek, a to nezávisle na důkazní nouzi stěžovatele. Nejvyšší soud v této souvislosti konkrétně uvádí, že **„Porušení zásady transparentnosti postupu zadavatele podle § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, nezpůsobuje pouhá možnost naplnění tvrzené, avšak neprokázané domněnky manipulace, ke které mohlo dojít při losování. Netransparentnost losování způsobují primárně skutkové okolnosti vzbuzující odůvodněnou pochybnost o férovosti jeho průběhu. Úvaha o proveditelnosti možné manipulace slouží pouze k potvrzení či vyvrácení toho, zda zjištěná netransparentnost mohla či nemohla mít, byť jen teoreticky, vliv na výsledek losování. K porušení zásady transparentnosti proto může dojít i v případě, že k žádné manipulaci ve skutečnosti nedošlo.“**³

K uvedené problematice se přitom v minulosti vyjadřoval i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „úřad“), který např. v rozhodnutí R180,187/2014/VZ-34132/2015/321/IPs konstatoval, *Pokud nelze vyloučit manipulaci s informacemi obsaženými v nabídce, nelze vyloučit ani to, že by v případě, kdy by byl postup zadavatele v souladu se zákonem, bylo pořadí nabídek jiné, a tím i jiný vybraný uchazeč.* I podle úřadu tedy k porušení zásady transparentnosti dochází ve všech případech, kdy **nelze vyloučit**, že zadavatel postupoval netransparentně, což v předmětném případě nade vší pochybnost skutečně nelze.

K námitce proti neurčitosti technických podmínek plnění

Tuto formulaci zadavatel použil z důvodu všeobecně známého požadavku výrobců všech nosičů výměnných nástaveb (nákladních automobilů) na odběr výkonu „v oblasti maximálního točivého momentu motoru“, což je u převážné většiny motorů právě v oblasti otáček nad 1000

² Např. rozsudek krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 25/2010

³ Předmětný rozsudek se týká transparentnosti losování, nicméně zvýrazněný závěr NSS má obecnou platnost.

min.-1. Pokud však dodavatel nabídne takové vozidlo, které splní požadovaný parametr již při otáčkách motoru 800 min.⁻¹ či 900 min.⁻¹ je nepochybné, že tento parametr bude splněn i při zadavatelem uvedených vyšších otáčkách (viz běžně dostupné výkonové a momentové křivky motorů). Pokud by měl nabízený motor omezeny pracovní otáčky např. na 1800 min.⁻¹ a požadovaný výkon je možno odebírat až do těchto maximálních otáček, je tento požadovaný parametr splněn. Zadavatel upozorňuje, že záměrně nepoužil formulaci „v celém rozsahu otáček motoru“ – čímž by právě mohl některé dodavatele diskriminovat, protože ne všichni výrobci nosičů výměnných nástaveb mají motorizaci s rozsahem již od 800 min.⁻¹.

Stěžovatel absolutně nepochopil terminus technicus „vývodem o výkonu (kroutícím momentu) min. 600 Nm v pracovních otáčkách motoru (v rozsahu cca 1000 – 2000 min.⁻¹)“. V rozsahu cca 1000 – 2000 min.⁻¹ znamená přibližně, z důvodu různorodosti průběhu momentové křivky motorů. Zadavatel skutečně neomezuje uchazeče v tom, pokud nabídne nosič výměnných nástaveb s motorizací, která splňuje požadovaný kroutící moment již od 800 min.⁻¹. Nejedná se o žádnou diskriminaci a ani nekonkrétnost. Zadavatel dále konstatuje, že je opravdu nešťastné, když stěžovatel argumentuje rozhodnutím NSS, které se týkalo transparentnosti losování, což s touto námitkou nemá nic společného.

Informace o charakteristikách momentových křivek se dají bez problémů ověřit u jednotlivých prodejců nosičů výměnných nástaveb v provedení 4x4 a 6x6, kteří mají výhradní zastoupení v České republice a zadavatel je schopen tyto informace doložit Úřadu pro hospodářskou soutěž v případě několika evropských značek!

Závěr – námitky část III:

Z výše uvedeného je zřejmé, že námitky stěžovatele jsou zcela neopodstatněné, neodpovídají skutečnosti a zadavatel proto této části námitek pro jejich nedůvodnost n e v y h o v u j e.

IV. Námitka proti diskriminačnímu vymezení technických podmínek plnění

Stěžovatel dále uvádí, že některé další technické parametry zadavatelem poptávaného plnění jsou stanoveny takovým způsobem, že bez zjevného důvodu omezují účast některých dodavatelů v rámci zadávacího řízení.

Jedná se o následující technické podmínky:

Technická specifikace a závazné technické podmínky nastavby sypače pro posyp chemickým materiálem na dvouosý nosič 18t (4x4)

1. Výstup z modulu GPS bude vyhodnocován stávajícím softwarem Webdispečink;
2. Pro bezproblémové propojení nastavby s telematickými jednotkami, které používá zadavatel, je třeba splnit následující podmínky:
 - datové rozhraní nastavby má fyzickou vrstvu RS 232.

Technická specifikace a závazné technické podmínky nastavby sypače pro posyp inertními materiály s možností výdeje teplé obalované směsi na dvouosý nosič 18t (4x4)

1. Vyhřívání meziprostoru korby nezávislým teplovzdušným topením (o výkonu min. 7kW);

2. Vynášení materiálu dvěma šneky
3. Nástavba bude vybavena dvěma rozmetadly takto zadní rozmetadlo vzadu a přední rozmetadlo umístěno mezi 1. a 2. nápravou
4. Zadní demontovatelné uzavírací zařízení na asfaltovou směs ACO 8, ACO 11 (čelistová výpust') výkon vynášecích šneků při použití asfaltobetonové směsi je min. 0,6 m³/min
5. Pro bezproblémové propojení nástavby s telematickými jednotkami, které používá zadavatel, je třeba splnit následující podmínky:

- datové rozhraní nástavby má fyzickou vrstvu RS 232.

Technická specifikace a závazné technické podmínky nástavby sypače s dělenou korbou pro posyp chemickým a inertním materiálem na dvouosý nosič 18t (4x4)

1. Dvojitý plášť korby s vyhříváním nezávislým teplovzdušným topením (o výkonu min. 7 kW);
2. Vynášení materiálu dvěma šneky
3. Nástavba bude vybavena dvěma rozmetadly takto zadní rozmetadlo vzadu a přední rozmetadlo umístěno mezi 1. a 2. nápravou
4. Zadní demontovatelné uzavírací zařízení na asfaltovou směs ACO 8, ACO 11 (čelistová výpust') výkon vynášecích šneků při použití asfaltobetonové směsi je min. 0,6 m³/min
5. Pro bezproblémové propojení nástavby s telematickými jednotkami, které používá zadavatel, je třeba splnit následující podmínky:

- datové rozhraní nástavby má fyzickou vrstvu RS 232.

Technická specifikace a závazné technické podmínky zametací nástavby na dvouosý nosič 18t (4x4):

1. Zásobník nečistot z nerezové oceli, DIN 1.4301 nebo nerezová chromová ocel, DIN 1.4003, popřípadě jejich kombinace.
2. Dále pak jednotlivé rozměry akčních členů např.:
 - taliřový kartáč min. 650 mm
 - Zvýšení šířky zametání hydraulickým vysouváním do pravé strany min. o 650 mm

K vynášení materiálu dvěma šneky, nástavba bude vybavena dvěma rozmetadly takto zadní rozmetadlo vzadu a přední rozmetadlo umístěno mezi 1. a 2. nápravou, případně s kombinací pro vynášení asfaltobetonové směsi toto požadované provedení nástavby vyrábí pouze společnost KOBIT s.r.o., tímto zadavatel sjednává výhodu pro prodejce výše uvedených nástaveb společnosti KOBIT a dále pak vytváří prostor pro případné sjednání kartelové dohody se společností Kobit s.r.o.. Tím, že se tyto speciální nástavby nakupují s další technikou jako jsou chemické sypače, radlice, a podvozky dochází k diskriminaci uchazečů, kteří s výše uvedenou společností neobchodují, resp. s nimiž tato společnost ani obchodovat nechce.

Zadavatel požaduje, aby Výstupy z modulu GPS byl vyhodnocován stávajícím softwarem Webdispečink, avšak v rámci zadávacích podmínek veřejné zakázky neuvádí žádné technické parametry tohoto SW, nedefinuje požadovanou datovou strukturu výstupů zajišťující kompatibilitu s předmětným SW ani nepodává dodavatelům žádnou jinou informaci stran toho, jakým způsobem může být uvedený požadavek zadavatele zajištěn. Formulaci tohoto požadavku zadavatel zajistil, že veřejné zakázky se mohou účastnit pouze výrobci, kteří již daný SW využívají, nebo výrobci, kterým vlastník autorských práv k danému SW poskytne součinnost.

K RS 232 zadavatel pro výše uvedené celky požaduje, aby byly osazeny datovým rozhraním nástavby s fyzickou vrstvou RS 232, přičemž neumožňuje nahrazení této technologie žádanou jinou, obdobnou a technicky srovnatelnou variantou. Tato skutečnost, je z pohledu stěžovatele jednoznačným porušením zásady zákazu diskriminace, neboť umožňuje účast ve veřejné zakázce jen výrobcům využívajícím výše uvedené rozhraní, a zabraňuje v podání nabídek dodavatelům, kteří používají novější a efektivnější technologie. Uvedený požadavek je o to absurdnější, že v rámci všech ostatních souvisejících technických požadavků na

výše uvedené technické celky zadavatel výslovně uvádí, že akceptuje **rozhraní RS 232 nebo jiné technické řešení**. Požadavek na výhradní použití fyzické vrstvy RS 232 přitom v rámci těchto dalších požadavků zadavatele efektivně eliminuje možnost dodavatelů využít jiné technické řešení a směřuje, tedy ke zvýhodnění výrobců, kteří rozhraní RS 232 využívají, a to aniž by nebylo (jak sám zadavatel uvádí v ZD) z objektivních důvodů možné využít jiné řešení.

K nezávislému topení. Požadavek zadavatele na vyhřívání meziprostoru korby nezávislým teplovzdušným topením o výkonu min. 7 kw je zjevně diskriminační, **když tento požadavek nemá ve svém konkrétním znění žádný praktický význam, neboť cílem zadavatele je zajistit dostatečné vyhřívání meziprostoru korby, nikoliv učinit tak konkrétním typem topení.** Stanovení konkrétního požadavku na teplovzdušné topení o výkonu 7 kW, tak působí zejména jako diskriminační parametr omezující počet dodavatelů, kteří mohou podat nabídku do zadávacího řízení.

K SW Webdspečink. Zadavatel požaduje, aby Výstupy z modulu GPS byl vyhodnocován stávajícím softwarem Webdispečink, avšak v rámci zadávacích podmínek veřejné zakázky neuvádí žádné technické parametry tohoto SW, nedefinuje požadovanou datovou strukturu výstupů zajišťující kompatibilitu s předmětným SW ani nepodává dodavatelům žádnou jinou informaci stran toho, jakým způsobem může být uvedený požadavek zadavatele zajištěn. Formulací tohoto požadavku zadavatel zajistil, že veřejné zakázky se mohou bez dalšího účastnit pouze výrobci, kteří již daný SW využívají, nebo výrobci, kterým vlastník autorských práv k danému SW poskytne součinnost.

Zadávací podmínky veřejné zakázky jsou tedy v tomto bodě v rozporu s ust. § 44 odst. 1 ZVZ neúplné a neumožňují dodavatelům, kteří nespolupracují s výrobcem SW Webdispečink zpracovat nabídky, když zadávací podmínky neobsahují specifikaci tohoto SW, přičemž však zároveň výslovně uvádějí, že stěžovatelem navržené řešení musí být s tímto SW kompatibilní. V této souvislosti stěžovatel, upozorňuje zejména na skutečnost, že bez sdělení parametrů SW není možné navrhnout řádně technologii, která bude moci s tímto SW komunikovat. Stěžovatel je přesvědčen, že výše uvedený postup zadavatele je v závažném rozporu s ust. § 44 ZVZ, neboť dle ust. § 44 odst. 1 *je zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.* Zadávací podmínky tedy musí být dle ZVZ uvedeny v zadávací dokumentaci veřejné zakázky, přičemž zadavatel není oprávněn přenést odpovědnost za stanovení zadávacích podmínek, resp. za úplnost zadávací dokumentace na dodavatele. **V předmětném zadávacím řízení však zadavatel v rozporu s platným právem zadávací podmínky neuvedl v rámci zadávací dokumentace, ale odpovědnost za jejich získání přenesl na jednotlivé uchazeče, když de facto dodavatelé nemají jinou možnost, nežli kontaktovat výrobce daného SW s nadějí, že jim předmětné informace poskytnou.**

K požadavku na nerezovou ocel, DIN 1.4301 nebo nerezovou chromovou ocel, DIN 1.4003 stěžovatel uvádí, že se jedná o obdobně diskriminační požadavek, jako v případě nezávislého topení meziprostoru korby, neboť pro praktické užití vozidla není rozhodující materiál zásobníku nečistost, ale jeho fyzikální vlastnosti, které determinují jeho životnost, hmotnost, odolnost proti korozi aj. Svým požadavkem přitom zadavatel omezuje výrobce na použití konkrétní technologie zásobníku a neumožňuje využití jiných moderních materiálů (např. na kompozitní bázi), které mají vlastnosti srovnatelné, nebo dokonce lepší, nežli materiály výslovně uvedené zadavatelem. Tento postup je opětovně v rozporu se zásadou zákazu diskriminace uvedenou v § 6 ZVZ.

Obecně lze tedy konstatovat, že skutečnost, že je zadavatel vždy povinen stanovit zadávací podmínky takovým způsobem, aby bylo dodavatelům umožněno o využití pro plnění veřejné zakázky i technická řešení srovnatelná s výrobky uvedenými v zadávacích podmínkách veřejné zakázky konstatuje např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 4. 2011 č. j. 62 Ca 27/2009-117, v němž je uvedeno, že *zadavatel je povinen vymezit předmět veřejné zakázky přesně, úplně a srozumitelně, nicméně za použití natolik obecného popisu a technických podmínek, aby neodkazoval na určité identifikační znaky jiných dodavatelů, pokud to pro jasnou identifikaci poptávaného plnění není nezbytně nutné.* V uvedeném rozsudku je dále uvedeno, že *účelem výše citovaného je zabránit tomu, aby zadávací podmínky byly skrytým nástrojem či prostředkem diskriminace dodavatelů. Účelem zákona je totiž především vytvoření podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.*

Na toto vymezení ze strany Krajského soudu následně reaguje i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, když např. v rámci rozhodnutí S0099/2014/VZ-14335/2016/522/JKr uvádí, že: *Úřad v této věci konstatuje, že není zadavatelům upírána možnost stanovit technické podmínky dle vlastních potřeb. Technická specifikace však nesmí být diskriminační a musí vždy umožnit dodavatelům poskytnout technicky a kvalitativně obdobná řešení. Jinými slovy, zákon o veřejných zakázkách zejména prostřednictvím základních zásad zadávacího řízení zapovídá postup zadavatele při stanovení technických podmínek veřejné*

zakázky, který určitému okruhu dodavatelů, případně jednomu konkrétnímu zaručují přímo nebo nepřímo konkurenční výhodu, resp. vytvářejí nedůvodné překážky hospodářské soutěže pro jiné v úvahu přicházející dodavatele.

K námitce proti diskriminačnímu vymezení technických podmínek plnění

K dílčí námitce vynášení materiálu dvěma šneky zadavatel uvádí následující:

Zadavatel tento parametr požaduje z důvodu podpory trakce pneumatik vozidel provádějících zimní údržbu v náročných klimatických podmínkách a reliéfu Kraje Vysočina a tím maximální zajištění bezpečnosti posádek vozidel i dalších účastníků silničního provozu.

Stěžovatel uvádí nepravdivé informace v tom smyslu, že se jedná výhradně o jediného výrobce, společnost KOBIT, spol. s r.o.. Dalším výrobcem, který vyrábí a dodává nástavby se dvěma šneky, předním rozmetadlem umístěným mezi 1. a 2. nápravou a zadním rozmetadlem, případně s kombinací pro vynášení asfaltobetonové směsi je společnost S A P spol. s r.o. Zadavatel má k dispozici dostatečné množství důkazů i o dalších společnostech, které dodávají výše zmíněné nástavby, aby je doložil Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Současně zadavatel konstatuje, že nerozumí tvrzení stěžovatele o neochotě obchodování ze strany společnosti KOBIT, spol. s r.o. Proč tedy jednatelek stěžovatele, paní Pospíšilová (dle veřejných zdrojů informací) neosloví jednatele Ing. Pospíšila, právě zmíněné společnosti S A P spol. s r.o. (dle veřejných zdrojů informací), aby společně řešili obchodování výše zmíněných nástaveb s vynášením dvěma šneky.

Z těchto důvodů není zadavatelem tento bod shledáván za diskriminující.

K dílčí námitce RS 232 zadavatel uvádí následující:

Datové rozhraní RS 232 je průmyslový standard, na který v současné době existuje mnoho převodníků různých fyzických vrstev. V tomto případě se musí stěžovatel spojit s některým z výrobců výměnných nástaveb působících na trhu v České republice, kteří toto datové rozhraní standardně ve svých výměnných nástavbách používají. Stěžovatel nepochopil podstatu věci, že v rámci přípravy nabídky neřeší žádnou subdodávku datového rozhraní RS 232, protože je součástí výměnných nástaveb a pokud zadavatel připouští jiné technické řešení, např. sběrnici CAN, tek se opět týká technologického zařízení, které je součástí nástavby. Přenos dat pomocí převodníků fyzických vrstev je řešeno v rámci funkčního celku výměnné sypací nástavby a stěžovatel do tohoto zařízení nemůže a nemá ani oprávnění zasahovat. Požadavek na připojení snímačů teploty vozovky a vzduchu je definován jako možnost, tzn., že nebude součástí dodávky. Absurdní na celé této námitce je to, že stěžovatel by chtěl zasahovat do autorských práv třetích osob, které řeší přenos dat sofistikovaným způsobem, přičemž samotný přenos dat není předmětem veřejné zakázky.

Zadavatel má k dispozici dostatečné množství důkazů o společnostech, které dodávají výše zmíněné nástavby s datovým rozhraním RS 232, aby je doložil Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. I tato námitka stěžovatele je pro zadavatele neakceptovatelná.

K dílčí námitce nezávislého topení zadavatel uvádí následující:

Toto řešení zadavatel požaduje z důvodu eliminace namrzání inertních posypových materiálů na stěny korby při nízkých teplotách a tím bezproblémový provoz nástavby při zimní údržbě. Vyhřívání nástavby nezávislým naftovým topením zadavatel definuje z důvodu jeho bezproblémového použití i během jízdy vozidla a zejména faktu, že nijak neomezuje provoz vozidla i během jeho stání. Ostatní typy vyhřívání mají jistá všeobecně známá omezení – např. že je nelze používat v plném rozsahu během jízdy (plynové hořáky) či jsou závislé na vnějším

zdroji během stání (elektrické vytápění). Požadovaný minimální výkon 7 kW je zadavateli dlouhodobě ověřen v praxi jako minimální funkční.

Zadavatel zásadně nesouhlasí s tvrzením stěžovatele, že tento parametr je zjevně diskriminační a opět odkazuje na již zmíněného výrobce a dodavatele společnosti SA P spol. s r.o., který působí na trhu v České republice a dodává zmíněné nástavby s vybavením nezávislým topením o minimálním výkonu 7 kW.

Zadavatel má k dispozici dostatečné množství důkazů o společnostech, které dodávají výše zmíněné nástavby s nezávislým topením o minimálním výkonu 7 kW, aby je doložil Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

K dílčí námitce SW Webdispečink zadavatel uvádí následující:

K SW Webdispečink zadavatel požaduje, aby výstupy z modulu GPS byly vyhodnocovány stávajícím softwarem Webdispečink, což je z ekonomického pohledu zcela logické a v souladu s pravidlem 3E, jelikož má zadavatel v provozu přibližně 350 jednotek GPS. Zadavatel žádné technické parametry tohoto SW nedefinuje, protože je nezná. Pro běžnou uživatelskou činnost tohoto SW nejsou tyto parametry nutné.

Webdispečink je registrovaná ochranná známka, která patří společnosti Princip a.s. Jednoduchým zadáním v každém internetovém prohlížeči je možnost získání kontaktní osoby. V této souvislosti stěžovatel nepotřebuje navrhnout žádnou jinou technologii, která bude s tímto SW kompatibilní, Webdispečink má vlastní zařízení, které je standardně možné objednat pro danou organizaci.

Stěžovatel nepochopil informace ze zadávací dokumentace, kde je jasně definováno, že zadavatel dodá jednotku GPS, tzn., že ji hradí a prodávající provede pouze její montáž. Do SW řešení Webdispečinku nikdo nezasahuje. Vzhledem k tomu, že může prodávající provést při dodání vozidla pouze montáž jednotky GPS, je tato námitka opět zcela irelevantní.

K dílčí námitce na nerezovou ocel DIN 1.4301 nebo nerezovou chromovou ocel DIN 1.4003 zadavatel uvádí následující:

Zadavatel sděluje, že požadované řešení zásobníku nečistot zametacích nástaveb nabízí většina výrobců, které jsou běžně dostupné na trhu v České republice.

Zadavatel se při svém průzkumu trhu na předváděcích akcích ani na odborných výstavách nesešel u zametacích nástaveb na vozidlech kategorie N3 s řešením zásobníku na nečistoty z kompozitních materiálů a požaduje proto řešení běžně používané, které má z vlastní praxe v provozu prověřené a osvědčené.

Zadavatel má k dispozici dostatečné množství důkazů o společnostech, které dodávají výše zmíněné zametací nástavby se zásobníkem nečistot v provedení nerez či chromová nerez jako standardní výrobní řadu, aby je doložil Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Zadavatel zásadně nesouhlasí se stěžovatelem, že se jedná i v tomto případě o diskriminační technický prvek a opět konstatuje, že tato námitka je neakceptovatelná.

Závěr – námitky část IV:

Z výše uvedeného je zřejmé, že námitky stěžovatele jsou zcela neopodstatněné, neodpovídají skutečnosti a zadavatel proto této části námitek pro jejich nedůvodnost nevyhovuje.

Závěrem zadavatel konstatuje, že námitky stěžovatele v celém rozsahu odmítá, zadávací dokumentaci nehodlá upravovat a jednání stěžovatele formou námitek považuje za obstrukční!

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže jako orgánu dohledu (dále jen „Úřad“) návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ve smyslu § 114 zákona.

Návrh musí být doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl.

V Jihlavě, dne 8. března 2017

Krajská správa a údržba
silnic Vysočiny
příspěvková organizace
Kosovská 1122/16, 586 01 Jihlava
IČO: 00090450, tel.: 567 117 111

Ing. Jan Míka, MBA, ředitel



...
...
...

Priloha

...
...
...
...
...

...
...
...
...
...

V Bratislave, dňa 8. júna 2017

...
...
...