



UOHSX005A185

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R95/2013/VZ-18600/2013/310/MLr

Brno 27. září 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 2. 4. 2013, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 3. 4. 2013, navrhovatele –

- obchodní společnosti **CCS Česká společnost pro platební karty s.r.o.**, IČ 27916693, se sídlem Chlumčanského 497/5, 180 00 Praha 8 – Libeň, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 4. 9. 2012 Mgr. Radkem Pokorným, advokátem, ev. č. České advokátní komory 08077, Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., se sídlem Karoliny Světlé 301/8, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S529/2012/VZ-4736/2013/521/GSt ze dne 14. března 2013 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- státního podniku **Česká pošta, s.p.**, IČ 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Dodávky PHM**“, zadávané dle ustanovení § 29 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 12. 2011 pod evidenčním číslem 103166, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 24. 12. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 248 – 404353,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na ustanovení § 90 odst. 5 citovaného zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S529/2012/VZ-4736/2013/521/GSt ze dne 14. 3. 2013

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 vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jenž je dle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹), příslušný k dohledu nad dodržováním citovaného zákona, obdržel dne 7. 9. 2012 návrh společnosti CCS Česká společnost pro platební karty s.r.o., IČ 27916693, se sídlem Chlumčanského 497/5, 180 00 Praha 8 – Libeň (dále jen „**navrhovatel**“), na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – státního podniku Česká pošta, s.p., IČ 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Dodávky PHM“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) v jednacím řízení s uveřejněním dle ustanovení § 29 zákona, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 12. 2011 pod evidenčním číslem 103166, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 24. 12. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 248 – 404353,
2. Úřad ve správním řízení zjistil, že *„předmětem veřejné zakázky je zajištění dodávek pohonných hmot pro potřeby zadavatele v rámci celé ČR ve vymezených lokalitách“*. Úřad učinil skutkové zjištění, že *„s vybraným uchazečem má být za tímto účelem uzavřena rámcová smlouva s dobou platnosti 48 měsíců s celkovou předpokládanou hodnotou zakázky po celou dobu platnosti rámcové smlouvy 1 300 000 000 Kč bez DPH“*.
3. Úřad z protokolu o dokončení posouzení kvalifikace ze dne 5. 3. 2012 zjistil, že 6 zájemců podalo žádost o účast v předmětném zadávacím řízení, a že tyto zájemce zadavatel následně vyzval k jednání před podáním nabídek. Úřad učinil dále skutkové zjištění o tom, že dva zájemci sdělili po provedeném jednání zadavateli, že se dále nehodlají zúčastnit zadávacího řízení, a skutkové zjištění o tom, že zadavatel k podání nabídky vyzval čtyři zájemce.
4. Úřad na základě protokolu o otevírání nabídek ze dne 3. 9. 2012 zjistil, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek nabídku navrhovatele a nabídku společnosti ČEPRO, a.s., IČ 60193531, se sídlem Dělnická 213/12, Holešovice, 170 00 Praha 7. Zadavatel posoudil nabídku navrhovatele tak, že nespĺnila požadavky ustanovení § 71 odst. 8 zákona, protože návrh smlouvy nebyl podepsán osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení.

Úřad učinil skutkové zjištění o tom, že zadavatel vyloučil navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení.

Požadavek zadavatele na tvorbu kupní ceny

5. Úřad zjistil z článku 2.2.2. zadávací dokumentace, že „cenotvorba“ pro všechny místa plnění bude jednotná a bude platná vždy na jeden kalendářní týden, přičemž kupní cena bude stanovena podle průměru kotací Platt`s z minulého týdne, přičemž Úřad uvedl, že Platt`s je nadnárodně působící společnost, která shromažďuje informace o vývoji trhu s energetickými výrobky.
6. Kalkulaci kupní ceny jednoho litru motorové nafty třídy B, D, F nebo automobilového benzínu BA95N vyjádřené v Kč stanovil zadavatel podle následujícího vzorce:

$$C_n = ((P_n + IP) * K_n) * (Q_n/1000) + SPD + DPH$$
 (dále jen „**výpočtový vzorec**“),
 kde „C_n“ znamená cena 1 litru motorové nafty třídy B, D, F nebo automobilový benzín BA95N; „P_n“ znamená průměr kotací Platt`s z předcházejícího týdne; „IP“ znamená dle článku 2.2.2. zadávací dokumentace „logistickou prémii“ v USD za tunu paliva bez DPH představující náklady na zpracování produktu, doplnění biosložkou, obchodní marži dodavatele a náklady na dopravu zboží z rafinerie do místa výdeje (dále jen „**logistická prémie**“); v případě převzetí čerpacích stanic zadavatele i náklady na nutnou rekonstrukci stojanů a autorizačních zařízení a další náklady vyplývající s provozováním těchto stanic; „K_n“ znamená denní směnný kurz USD/CZK stanovený Českou národní bankou; „Q_n“ znamená referenční hustota „motorové nafty/automobilového benzínu“; „SPD“ znamená hodnota spotřební daně; „DPH“ znamená sazba daně z přidané hodnoty.
7. Úřad na základě článku 4.1. zadávací dokumentace zjistil, že zadavatel zvolil jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky, s dílčími hodnotícími kritérii:
 - hodnota logistické prémie v USD za tunu motorové nafty bez DPH s váhou 82%,
 - hodnota logistické prémie v USD za tunu automobilového benzínu bez DPH s váhou 18%.
8. Úřad z článku 2.4 zadávací dokumentace zjistil, že zadavatel nepřipouští varianty nabídky. Úřad na základě článku 3. zadávací dokumentace učinil skutkové zjištění o tom, že „nabídková cena se stanoví jako hodnota logistické prémie (IP) v USD za tunu motorové nafty bez DPH a hodnota logické prémie (IP) za tunu automobilového benzínu bez DPH. Hodnota IP bude obsahovat veškeré náklady dodavatele nezbytné pro řádnou a včasnou realizaci předmětu veřejné zakázky včetně nákladů souvisejících. Hodnota IP představuje náklady na zpracování produktu, doplnění biosložkou, obchodní marži dodavatele a náklady na dopravu zboží z rafinerie do místa výdeje. V případě převzetí čerpacích stanic zadavatele představuje i náklady na nutnou rekonstrukci stojanů a autorizační zařízení a další náklady vyplývající z provozování těchto stanic“.
9. Úřad učinil na základě článku 2. přílohy č. 3 zadávací dokumentace, ve které je obsažen text rámcové smlouvy o dodávkách pohonných hmot (dále jen „**rámcová smlouva**“), skutkové zjištění o tom, že „dohodnutá kupní cena motorové nafty/automobilového benzínu je stanovena vždy pro jeden týden s platností od úterý do pondělí včetně; dodavatel výslovně

prohlašuje a ujišťuje objednatele, že logistická prémie (IP) již v sobě zahrnuje veškeré náklady dodavatele spojené s plnění dle této smlouvy“.

Požadavek na provozování čerpacích stanic zadavatele

10. Úřad na základě článku 2.2. zadávací dokumentace zjistil, že zadavatel požaduje rovněž jednotný karetní systém aplikovaný pro všechna místa plnění, která zadavatel rozdělil do kategorií A, B, C. Úřad učinil dále skutkové zjištění o tom, že v lokalitách kategorie A zadavatel požaduje čerpací stanice s nepřetržitým provozem umístěné v areálu střediska, případně v okruhu maximálně 4 km od střediska, přičemž zadavatel „*vyžaduje zajištění 100% lokalit v této kategorii (...) do těchto čerpacích stanic musí být umožněn vjezd kamionů*“.
11. Úřad dále zjistil, že zadavatel stanovil, že zajištění dodávek pohonných hmot v lokalitách A může být zajištěno jedním z následujících způsobů:
 - dodávkami nafty ze stávajících stanic na pozemcích zadavatele (za tímto účelem převezme dodavatele k provozování 1 nebo více čerpacích stanic zadavatele) a dodávkami benzínu z veřejných čerpacích stanic dodavatele, nebo
 - dodávkou pohonných hmot z veřejných čerpacích stanic dodavatele, nebo
 - kombinací výše uvedených způsobů,

a dále Úřad zjistil, že v lokalitách B a C požaduje zadavatel čerpací stanice s provozem ve všední dny od 6 do 20 hod. s tím, že v kategorii B předpokládá v obvodu dané obce zajištění pokrytí čerpání z 80% z ročního objemu v dané kategorii a v kategorii C zadavatel v obvodu dané obce předpokládá zajištění pokrytí čerpání z 60% ročního objemu v dané kategorii.

12. Úřad učinil na základě Přílohy č. 2 Protokolu o jednání konaném dne 12. 3. 2012 skutkové zjištění o tom, že zadavatel uvedl, že má k dispozici 4 vlastní čerpací stanice, které je možné převzít, provozovat a zásobovat s tím, že čerpací stanice jsou bezobslužné, a dále že „*zadavatel umožňuje řešit dodávku pohonných hmot do vlastních čerpacích stanic i cestou čerpacích zařízení instalovaných jak na naftu, tak na benzín*“.
13. Úřad z článku 9. rámcové smlouvy zjistil, že na tomto místě zadavatel stanovil podmínky a způsob užívání čerpací stanice v areálu zadavatele, a na základě článku 9. 2. rámcové smlouvy učinil skutkové zjištění o tom, že „*smluvní strany se dohodly, že dodavatel bude v rámci plnění svých povinností vyplývajících pro něj z této smlouvy čerpací stanice zadavatele užívat bezplatně*“.

Požadavek na zajištění systému karet na odběr pohonných hmot

14. Úřad na základě článku 1.3. rámcové smlouvy učinil skutkové zjištění o tom, že odběr pohonných hmot bude prováděn prostřednictvím palivových bezhotovostních karet poskytnutých dodavatelem, a na základě článku 1.8. rámcové smlouvy skutkové zjištění o tom, že kartou lze provést odběr pohonných hmot na čerpacích stanicích. Úřad dále zjistil z článku 3.1. rámcové smlouvy, že daňové doklady budou vystavovány dodavatelem vždy k poslednímu dni příslušného kalendářního měsíce a bude v nich vyúčtováno zboží převzaté objednatelem bez jakýchkoliv vad v příslušném kalendářním měsíci.

15. Úřad dále z přílohy č. 1 rámcové smlouvy zjistil, že s použitím karty lze provést odběr zboží nebo jiných druhů pohonných hmot na čerpacích stanicích, a to na základě autorizace odběru prostřednictvím PIN karty, přičemž odběr případných dalších druhů pohonných hmot na čerpacích stanicích bude objednateli (zadavateli) účtován podle aktuálních cen dodavatele (vybraného uchazeče).
16. Úřad ve správním řízení zjistil, že navrhovatel dne 20. 8. 2012 uplatnil námitky proti zadávacím podmínkám, ve kterých *„rozporoval oprávněnost požadavku zadavatele na tvorbu ceny, požadavek na provozování čerpacích stanic zadavatele a skutečnost, že zadavatel sloučil dodávku pohonných hmot a zajištění systému karet na odběr pohonných hmot“*. Zadavatel dle zjištění Úřadu námitkám navrhovatele nevyhověl rozhodnutím ze dne 29. 8. 2012, které bylo navrhovateli doručeno dne 31. 8. 2012. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách v souladu se zákonem, podal dne 7. 9. 2012 u Úřadu návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, kterým se domáhá, aby Úřad zrušil všechny úkony zadavatele, které jsou v rozporu se zákonem, případně aby zrušil celé zadávací řízení. Navrhovatel v návrhu uvádí, že je vyloučena jeho účast na plnění veřejné zakázky, a to v důsledku vymezení veřejné zakázky zadavatelem a požadavků zadavatele na její plnění.
17. Navrhovatel spatřuje porušení zákona zadavatelem v požadavku na tvorbu ceny za pohonné hmoty. Dle navrhovatele požadavek zadavatele na tvorbu této ceny vede k diskriminaci dodavatelů, kteří neprovozují vlastní čerpací stanice, a ke zvýhodnění dodavatelů s rafineriemi nebo fixními kontrakty a vlastní distribuční sítí. Navrhovatel dále uvedl, že žádný z dodavatelů není samostatně schopen zajistit obslužnost lokalit dle požadavků zadavatele.
18. Navrhovatel v návrhu dále napadá, že *„zadavatel v rámci kategorie „A“ požaduje čerpací stanice s nepřetržitým provozem umístěné v areálech středisek zadavatele nebo v max. vzdálenosti 4 km, přičemž uchazeči, kteří takto situovanými čerpacími stanicemi nedisponují, mohou využít čerpací stanice zadavatele, případně kombinací čerpacích stanic vlastních a zadavatelových“*. Dle navrhovatele takový požadavek nesouvisí s předmětem plnění veřejné zakázky, diskriminuje ty uchazeče, kteří nemají vlastní čerpací stanici v dané oblasti; zásobování pohonnými hmotami čerpacími stanicemi je možné provést pouhou dodávkou pohonných hmot, aniž by dodavatel provozoval čerpací stanici.
19. Navrhovatel spatřuje porušení ustanovení § 6 odst. 1 zákona zadavatelem v tom, že plnění veřejné zakázky kromě zajištění dodávek pohonných hmot tvoří i zajištění jednotného karetního systému na odběr pohonných hmot. Dle navrhovatele zadavatel stanovením takového předmětu plnění veřejné zakázky diskriminuje dodavatele, kteří by mohli plnit pouze jedno z těchto dvou nesouvisejících plnění. Zadavatel dle navrhovatele mohl postupovat v předmětném zadávacím řízení tak, že by rozdělil veřejnou zakázku na části ve smyslu ustanovení § 98 zákona.
20. Navrhovatel uplatnil také návrh na nařízení předběžného opatření spočívající v pozastavení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, případně spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S529/2012/VZ-18167/2012/550/MLa ze dne 2. 10. 2012 nařídil předběžné opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení.

II. Napadené rozhodnutí

21. Úřad po posouzení toho, co ve správním řízení vyšlo najevo, vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S529/2012/VZ-4736/2013/521/GSt ze dne 14. 3. 2013 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým návrh navrhovatele zamítl s odkazem na ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.

Požadavek zadavatele na tvorbu kupní ceny

22. Úřad výrok napadeného rozhodnutí založil na závěru, že postupem zadavatele při stanovení podmínek pro tvorbu kupní ceny a stanovením podmínek nabídkové ceny nedošlo k diskriminaci dodavatelů, tedy k porušení ustanovení § 6 zákona, protože „*model definovaný zadavatelem v zadávacích podmínkách přináší zadavateli výhody předvídatelnosti a kontroly kupní ceny (...) které je současně zadavatel vzhledem ke svým potřebám oprávněn požadovat*“.

23. Úřad v této souvislosti posoudil, že vymezení předmětu plnění veřejné zakázky je v kompetenci zadavatele, který je schopen nejlépe definovat svoje potřeby, a zároveň zadavatel nese odpovědnost za jeho jednoznačné, správné a úplné vymezení, které však nesmí být v rozporu se zásadou zákazu diskriminace. Úřad rovněž konstatoval, že zadavatelem zvolená konstrukce výpočtu kupní ceny je legitimní; algoritmus výpočtu kupní ceny je jednoznačný a pro všechny uchazeče shodný. Úřad usoudil, že stanovení kupní ceny prostřednictvím výpočtového vzorce je způsobem otevřeným, kdy účastníci smluvního vztahu znají jednotlivé položky, které do kupní ceny vstupují.

24. Zjištěnou konstrukci kupní ceny Úřad dále posoudil tak, že zadavatel bude na začátku každého týdne vědět, za kolik bude daný týden pohonné hmoty nakupovat, a to na všech čerpacích stanicích; uvedené je dle závěru Úřad výhodou při plánování aktivit zadavatele, nákupů pohonných hmot a sledování výdajů za nákup pohonných hmot. Stanovení kupní ceny prostřednictvím výpočtového vzorce a stanovení fixace logistické prémie po celou dobu trvání smluvního vztahu přináší zadavateli výhodu, že uchazeč nebude v průběhu trvání smluvního vztahu veřejné zakázky zvyšovat svou obchodní marži a rovněž nebude moci zvyšovat své náklady spojené s realizací předmětu plnění veřejné zakázky.

25. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí rovněž odmítl argumentaci navrhovatele, dle které požadavek na fixaci ceny pohonných hmot při současném nepřipuštění variant nabídek zadavatelem je diskriminační. Úřad se s uvedenou námitkou vypořádal tak, že „*požadavky na tvorbu kupní ceny včetně fixace logistické prémie byly, jak již Úřad konstatoval, zadavatelem v zadávacích podmínkách stanoveny legitimním způsobem, přičemž tento způsob zadavateli přináší výhody popsané v předchozích částech rozhodnutí*“.

Požadavek na provozování čerpacích stanic zadavatele

26. Úřad posoudil zjištěný skutkový stav tak, že „*provozování čerpací stanice zadavatele za účelem zajištění dodávek pohonných hmot podle zadávacích podmínek nebylo zadavatelem závazně požadováno a nebylo tedy povinným předmětem plnění veřejné zakázky, a tudíž zadavatel v případě definice této možnosti v zadávací dokumentaci nepostupoval v rozporu s § 6 zákona*“.

27. Úřad uvedl v odůvodnění napadeného rozhodnutí, že zadavatel požaduje dodávku pohonných hmot, přičemž jako prostředek k zajištění předmětu plnění uchazečům jako jednu z možností nabídl, že mohou k zajištění předmětu plnění využít čerpací stanice v areálu zadavatele, které by v případě využití této možnosti provozovali.

Požadavek na zajištění systému karet na odběr pohonných hmot

28. Úřad posoudil zjištěný stav věci tak, že postup zadavatele, kdy v rámci plnění veřejné zakázky požaduje vedle zajištění dodávek pohonných hmot i zajištění jednotného karetního systému na odběr těchto pohonných hmot za podmínek stanovených v zadávací dokumentaci, není v rozporu s ustanovením § 6 zákona a s ustanovením § 98 zákona, neboť předmětem plnění veřejné zakázky je dodávka pohonných hmot, která bude realizována s využitím nástroje sloužícího k autorizaci a evidenci jednotlivých odběrů pohonných hmot, a to prostřednictvím systému tankovacích karet.
29. Úřad konstatoval v odůvodnění napadeného rozhodnutí, že *„primárním účelem šetřené veřejné zakázky je dodávka pohonných hmot (...) na tuto dodávku jsou navázány další úkony, které je nutno dodavatelem pohonných hmot při realizaci předmětu plnění zajistit, resp. se jich spolu se zadavatelem účastnit“*.
30. Jedním z těchto navazujících úkonů je dle závěru Úřad kromě vystavování „Evidenčních objednávek“, realizace konkrétního odběru pohonných hmot, evidence realizovaných odběrů apod., také autorizace odběru pohonných hmot. V této souvislosti pak Úřad považuje za legitimní, aby si zadavatel zvolil takový zákonný systém (způsob) autorizace odběrů pohonných hmot a evidence jednotlivých odběrů, který bude nejlépe splňovat všechny nároky na něj kladené.
31. Jestliže si zadavatel zvolil jako způsob identifikace pracovníka zadavatele při odběru pohonných hmot a evidenci tohoto odběru systém palivových bezhotovostních karet, pak jiným způsobem, jak vyplývá ze zadávacích podmínek, nelze plnění (dodávky) uskutečnit, proto není možné oddělit dodávku pohonných hmot a nástroj, který slouží k uskutečnění těchto dodávek. Úřad rovněž konstatuje, že oddělení dodávky pohonných hmot od zajištění autorizace a evidence jednotlivých odběrů pohonných hmot prostřednictvím jednotného karetního systému je nemožné, protože se jedná o činnosti související, které probíhají souběžně v daném okamžiku. Dle úvahy Úřadu *„nejedná se tedy o činnosti navazující, kdy např. lze nejprve realizovat výběrové řízení na zhotovení stavby, následně na vybavení této stavby nábytkem a následně na ostrahu této budovy“*.

III. Námitky rozkladu

32. Navrhovatel doručil Úřadu faxem dne 2. 4. 2013 rozklad ze dne 2. 4. 2013 proti napadenému rozhodnutí; ze správního spisu vyplývá, že navrhovateli bylo napadené rozhodnutí doručeno dne 15. 3. 2013. Vzhledem k tomu, že konec lhůty připadl na sobotu (dne 30. 3. 2013), bylo posledním dnem lhůty pro podání rozkladu úterý dne 2. 4. 2013 jako nejbližší pracovní den; navrhovatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
33. Navrhovatel následně dne 3. 4. 2013 potvrdil rozklad jeho písemným podáním v souladu s ustanovením § 37 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).

34. Navrhovatel se uplatněným rozkladem domáhá, aby předseda Úřad napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Námítky rozkladu týkající se posouzení požadavku tvorby kupní ceny Úřadem

35. Navrhovatel uvádí, že úvahy Úřadu, vztahující se k posouzení zákonnosti požadavku zadavatele na tvorbu ceny, a úvahy, vztahující se k posouzení připuštění variant nabídek, jsou nesprávné. Navrhovatel konstatuje, že *„zadavatel vymezil předmět Veřejné zakázky tak, že fakticky požaduje plnění (dodávku pohonných hmot) konkrétním, vysoce komplikovaným a ne zcela běžným způsobem kombinujícím vzájemně oddělitelná a ekonomicky nesouvisející plnění při současném velmi specifickém požadavku na tvorbu nabídkové ceny, jehož důsledkem je faktické omezení, resp. vyloučení skutečné soutěže relevantních nabídek a diskriminační a jednoznačně účelové vymezení okruhu možných uchazečů o Veřejnou zakázku vylučující možnost zajištění ekonomicky nejvýhodnějšího plnění spočívajícího v dodávce pohonných hmot v souladu s účelem ZVZ a zásadou šetření veřejných prostředků“*.
36. Navrhovatel uvádí, že výhody konstrukce kupní ceny, posouzené Úřadem v napadeném rozhodnutí, nejsou jednoznačné a zároveň zde existují argumenty vyvracející takové výhody a dokládající diskriminační charakter požadavku zadavatele na tvorbu ceny a ekonomicky nejvýhodnější nabídku. Dle navrhovatele úvaha Úřadu o tom, že na začátku každého týdne bude vědět, za kolik bude daný týden pohonné hmoty nakupovat, je zcela irelevantní. Znalost skladby kupní ceny a logistické prémie nemůže mít dle navrhovatele žádný vliv na to, zda nebo kolik pohonných hmot bude zadavatel čerpat při plnění svých povinností (zejména při poštovní přepravě) v daný okamžik; znalost skladby kupní ceny či logistické prémie není dle navrhovatele podstatná, na rozdíl od znalosti nákladů na pořízení pohonných hmot dané aktuální potřebou zadavatele v daném čase.
37. Navrhovatel dále uvádí, že požadavek fixní ceny vede ke krátkodobému zafixování méně než 10% celkové ceny pohonných hmot, ovšem na úrovni vyšší, než by bylo možné dosáhnout volnou soutěží. Navrhovatel uvádí, že *„nevidí žádný objektivní důvod spočívající v charakteru činnosti Zadavatele, který by odůvodňoval požadavek Zadavatele na specifickou konstrukci nabídkové ceny skrze v Zadávací dokumentaci obsažený vzorec a nepřipuštění jiných transparentních, tržních a porovnatelných variant nabídkových cen...“*.
38. Navrhovatel dále uvádí, že z Protokolu o konečném výsledku hodnocení ze dne 30. 10. 2012 vyplývá, že varianta nabídky navrhovatele je porovnatelná s nabídkou předloženou společností ČEPRO, a.s., a proto měl zadavatel připustit varianty nabídek. Navrhovatel v této souvislosti poukazuje na diskriminační charakter průběhu jednání zadavatele s uchazeči tím, že dle zadavatele jedním z důvodů nepřipuštění variant nabídky byla okolnost, že nabídky obsahující odlišnou konstrukci kupní ceny nebudou vzájemně porovnatelné a nebude možné takové nabídky vyhodnotit. Z uvedeného průběhu jednání zadavatele s uchazeči navrhovatel dovozuje, že *„pokud však zadavatel byl velmi jednoduše schopen vzájemně porovnat nabídky obsahující i jiné konstrukce nabídkové ceny na Veřejnou zakázku, pak je rovněž nepochybné, že požadavek na konkrétní způsob tvorby nabídkové ceny musí být diskriminační“*.
39. Navrhovatel dále uvádí, že Úřadem uváděné případy jiných zadávacích řízení, které dokládají v napadeném rozhodnutí běžnost a rozšířenost požadavku zadavatele na tvorbu ceny, jsou nepřipadné, odlišné od posuzovaného případu. Navrhovatel vytýká Úřadu, že zákonnost požadavku zadavatele v konkrétním zadávacím řízení nelze odůvodňovat obvyklostí

nebo běžností těchto požadavků. Navrhovatel uvádí, že příklady veřejných zakázek tak, jak je uvedl Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí, mají odlišný předmět plnění od předmětné veřejné zakázky; dle navrhovatele se jedná v Úřadem uvedených příkladech o dodávky pohonných hmot do vlastních uložišť, nikoliv o zajištění karetního systému na odběr pohonných hmot převážně či výlučně na veřejných čerpacích stanicích. Navrhovatel konstatuje, že ani Úřadem uváděný příklad společnosti RoBiN Oil s.r.o. neprokazuje, že požadavek zadavatele na konstrukci nabídkové ceny je standardní či běžný, protože ze všech provozovatelů veřejných čerpacích stanic takovou konstrukci ceny deklaruje pouze výše jmenovaná společnost.

40. Navrhovatel uvádí, že požadavek „na zajišťování kotací Platt´s“ je zjevně diskriminační, protože vyžaduje dodatečné a nedůvodné náklady uchazečů, kteří *„dosud nemají přístup k těmto kotacím zaplacen a z toho důvodu by ho museli promítnout v plné do výše jimi nabízené logistické prémie“*.
41. Navrhovatel konstatuje, že Úřadem uváděný příklad společnosti RoBiN OIL s.r.o. také prokazuje, že výsledná nabídková cena společnosti ČEPRO, a.s. je podstatně vyšší než na trhu obvyklá, a proto ji nelze považovat za ekonomicky nejvýhodnější. Navrhovatel uvádí, že omezení počtu uchazečů vedlo k tomu, že *„nabídka, kterou Zadavatel obdržel, je vyšší než porovnatelné nabídky běžně nabízené jinými dodavateli“*.
42. Navrhovatel rovněž poukazuje na to, že společnost RoBiN OIL s.r.o. *„běžně nabízející produkt obdobný požadavkům Zadavatele nepodala ani žádost o účast v jednacím řízení s uveřejněním a (...) společnost OMV Česká republika s.r.o., která žádost o účast podala a zúčastnila se jednání se Zadavatelem, nakonec nabídku na Veřejnou zakázku nepodala, avšak stala se subdodavatelem ČEPRO“*. Navrhovatel v této souvislosti uvádí, že *„...tyto skutečnosti samy o sobě dle názoru Navrhovatele jednoznačně potvrzují diskriminační charakter požadavků Zadavatele, který vedl k faktickému „vytvoření“ takových zadávacích podmínek, které bez objektivně ospravedlnitelného důvodu vyloučily široké spektrum potenciálních dodavatelů“*.

Námítky rozkladu týkající se posouzení požadavku na provozování čerpacích stanic zadavatele

43. Navrhovatel v rozkladu vytýká Úřadu, že nesprávně právně posoudil „požadavek“ zadavatele na provozování čerpacích stanic zadavatele.
44. Navrhovatel uvádí, že provozování čerpacích stanic zadavatele bylo dle zadávací dokumentace podmínkou pro jejich využití k dodávkám pohonných hmot, přičemž shledává tento požadavek zadavatele diskriminačním.
45. Navrhovatel uvádí, že ze zpřístupněné části nabídky společnosti ČEPRO, a.s. vyplývá, že *„sice nebude provozovat čerpací stanice Zadavatele, nicméně je bude využívat pro zavážení PHM, přičemž tato možnost nebyla v zadávací dokumentaci umožněna a představuje podstatnou změnu zadávacích podmínek“*. Následně po výběru nejvhodnější nabídky *„bylo v rámci vzájemných jednání přistoupeno k úpravě smluvních vztahů k realizaci Veřejné zakázky v rozporu s původními požadavky zadávací dokumentace (...) Tímto jednáním Zadavatele tedy došlo k diskriminaci potenciálních dodavatelů, kteří by byli schopni nabídnout požadované pokrytí pouze s využitím těchto stanic, ale zároveň je nemohli*

provozovat“. Dle navrhovatele „zavážení vlastních čerpacích stanic Zadavatele současně představuje zcela odlišnou zakázku od předmětu Veřejné zakázky“.

Námítky týkající se posouzení požadavku na zajištění systému karet na odběr pohonných hmot Úřadem

46. Navrhovatel vytýká nesprávnost závěrů Úřadu „ohledně sloučení veřejné zakázky na dodávky PHM a zajištění systému karet na odběr PHM, když dle jeho názoru je tento model realizovatelný a v obchodní praxi i realizovaný“. Navrhovatel dále uvádí, že závěr o oprávněnosti tohoto požadavku zadavatele nemůže obstát v situaci, kdy zadavatel umožnil tzv. zavážení svých čerpacích stanic společnostmi ČEPRO, a.s. Dle navrhovatele při takovém způsobu zajištění dodávek je oddělení dodávek pohonných hmot a dodávka jednotného karetního systému obvyklé.
47. Navrhovatel vytýká nesprávnost úvahy Úřadu o tom, že dodávky pohonných hmot musí být z různých důvodů (*např. účetních, daňových, nákladových, výdajových, sledování cash flow, bezpečnostních apod.*) podrobně zaznamenávány a evidovány.
48. Navrhovatel rovněž napadá úvahu Úřadu, dle které v okamžiku odběru je nutno jednoznačně identifikovat pracovníka zadavatele, který odběr pohonných hmot provádí; přičemž Úřad považuje za legitimní, aby si zadavatel zvolil určitý druh systému autorizace odběrů pohonných hmot, a s tím spojené evidence těchto jednotlivých odběrů. Předmětné úvahy navrhovatel považuje za nesprávné.
49. Navrhovatel rovněž vytýká nesprávnost úvaze Úřadu o tom, že „pokud by zadavatel oddělil dodávku pohonných hmot od zajištění autorizace odběrů pohonných hmot a evidence jednotlivých odběrů pohonných hmot prostřednictvím jednotného karetního systému, nelze (...) následně najít účinný nástroj, kterým by zadavatel přinutil dodavatele pohonných hmot realizující dodávky spolupracovat s dodavatelem zajišťujícím autorizaci a evidenci těchto odběrů“. Navrhovatel uvádí, že „není tedy opodstatněný závěr Úřadu o nemožnosti oddělení činností dodávek pohonných hmot a zpracovacího systému v důsledku nemožnosti zajistit vzájemnou součinnost tohoto dodavatele a provozovatele karetního systému“.
50. Navrhovatel opětovně odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S43/2009/VZ-4641/2009/510/MCh ze dne 17. 4. 2009, které v daném případě považuje za příléhavé, protože v předmětném zadávacím řízení zadavatel také poptává dvě technologicky nesouvisející plnění. Navrhovatel tak brojí proti závěru Úřad o tom, že citované rozhodnutí je pro projednávanou věc irelevantní, a dále uvádí, že souvislost plnění by měla být dána objektivními technologickými okolnostmi, nikoli subjektivním názorem zadavatele.
51. Navrhovatel dále uvádí, že je možné oddělit dodávku pohonných hmot do vlastních stanic (velkoodběry) a dodávky v síti veřejných čerpacích stanic (maloodběry), přičemž se jedná o běžnou praxi. Navrhovatel v této souvislosti konstatuje, že je schopen osadit vlastní úložiště či čerpací stanice zadavatele vlastními terminály a nabídnout jednotný karetní systém, a dále, že dodávky pohonných hmot zajistí prostřednictvím subdodavatelů za ceny výrazně nižší než dle nabídky společnosti ČEPRO, a.s. Navrhovatel uvádí, že u dodávek pohonných hmot do vlastních čerpacích stanic odběratelů se může jednat až o 3 nesouvisející způsoby plnění, a to poskytnutí karetního zúčtovacího systému, dále dodání pohonných hmot do čerpacích stanic a zajištění provozu čerpacích stanic; navrhovatel

zajišťuje evidenční a zúčtovací karetní systém zajišťují veškeré funkce požadované zadavatelem, avšak čerpací stanice jsou provozovány jinými subjekty. Navrhovatel dále uvádí, že „v případě oddělení dodavatele pohonných hmot, provozovatele čerpacích stanic a provozovatele palivových čerpacích (evidenčních) karet lze (...) velmi jednoduše prostřednictvím konkrétního zadavatele (zákazníka) funkčnost a vzájemnou kooperaci dodavatele pohonných hmot a provozovatele karetního systému zajistit“.

IV. Řízení o rozkladu

52. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), předal správní spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu.
53. Úřad obdržel dne 10. 4. 2013 vyjádření zadavatele k rozkladu z téhož dne. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl, a dále setrvává na svém procesním postoji. Zadavatel konstatuje, že zadávací podmínky sledovaly výběr dodavatele, který předloží ekonomicky nejvýhodnější nabídku na dodávky pohonných hmot bez nutnosti hradit další poplatky; cílem zadávacího řízení bylo snížení celkových nákladů zadavatele na dodávky pohonných hmot. K námitkám navrhovatele napadajícím posouzení požadavku zadavatele k tvorbě ceny Úřadem zadavatel uvádí, že hodnocení nabídek na základě porovnání výše logistické prémie (přirážky) zajišťuje objektivní výběr ekonomicky nejvýhodnější nabídky, současně zaručuje zadavateli možnost kontroly nad dodržováním cenotvorby při plnění dle rámcové smlouvy. K námitkám navrhovatele napadajícím posouzení Úřadu, a to požadavku na provozování čerpacích stanic zadavatele, uvádí, že provozování čerpacích stanic není předmětem veřejné zakázky, nýbrž jedním z možných způsobů, jak poskytnout dodávky. Zadavatel uvádí, že v průběhu zadávacího řízení zadávací podmínky nezměnil. K námitce navrhovatele týkající se poskytnutí jednotného platebního systému zadavatel uvádí, že povaha provozu zadavatele a množství dopravních prostředků vyžaduje, aby současně s dodávkou pohonných hmot byl nastaven i jednotný platební systém.

Stanovisko předsedy Úřadu

54. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení s právními předpisy, správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
55. Úřad tím, že návrh navrhovatele zamítl s odkazem na ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo 2 zákona, rozhodl správně a zákonně.
56. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, na základě kterých jsem rozhodl potvrdit napadené rozhodnutí a navrhovatelem uplatněný rozklad zamítnout.

V. K námitkám rozkladu

57. Navrhovatel v rozkladu namítá, že Úřadem uváděné výhody vyplývající ze způsobu stanovení kupní ceny (např. výhoda znalosti skladby ceny, neměnnost obchodní marže, možnost plánování aktivit, nákupů a sledování výdajů v souvislosti s nákupem pohonných hmot) nejsou jednoznačné, a zároveň zde existují argumenty, které takové údajné výhody vyvracejí.
58. K námitce navrhovatele uvádím, že je nedůvodná. Posouzení výhodnosti nebo nevýhodnosti konstrukce kupní ceny je z hlediska zákona právně irelevantní. Jestliže Úřad ve správním řízení posuzuje obchodní podmínky včetně platebních z hlediska zákona, je pro něj právně relevantním pouze to, zda zadavatel stanovením obchodních podmínek v zadávací dokumentaci dodržel zákon, resp. zda tyto obchodní podmínky stanovil v souladu se zásadami postupu zadavatele ve smyslu ustanovení § 6 zákona. Úřad se tak v napadeném rozhodnutí nad rámec právně relevantního posouzení zabýval i tím, zda a jaké výhody přinese zadavateli jím stanovená konstrukce kupní ceny. Uvedené však nemá vliv na zákonnost a správnost napadeného rozhodnutí, protože napadené rozhodnutí jinak obsahuje správně a úplně zjištěný stav věci a právní posouzení právně relevantních okolností, které činí rozhodnutí zákonným a správným.
59. Navrhovatel dále vytýká, že požadavek zadavatele na konstrukci kupní ceny je diskriminační.
60. K této námitce uvádím, že je nedůvodná. Požadavek na konstrukci kupní ceny, resp. nabídkové ceny, není diskriminační, protože pouze výše logistické prémie závisí na uchazečích, a, jak vyplývá ze správných a náležitých zjištění Úřadu, je předmětem hodnocení dle dílčích hodnotících kritérií. Ostatní proměnné, vstupující do výpočtového vzorce kupní ceny (*průměr kotací Platt's, referenční hustota pohonných hmot, denní směnný kurz USD/CZK stanovený Českou národní bankou, DPH a hodnota spotřební daně*), jsou dány objektivně, tj. nezávisí na vůli žádného uchazeče (uchazečů) ani zadavatele, a proto jsou pro všechny uchazeče stejné.
61. Navrhovatel brojí rovněž proti úvaze Úřadu, dle které zadavatel bude na začátku každého týdne vědět, za kolik bude daný týden nakupovat pohonné hmoty. Navrhovatel shledává předmětnou úvahu irelevantní.
62. K námitce navrhovatele uvádím, že výše uvedený závěr Úřadu netvoří relevantní stav věci ani na něm není založeno meritum napadeného rozhodnutí. Ve správním řízení vedeném Úřadem napadl navrhovatel požadavek zadavatele na konstrukci kupní ceny, kdy tento požadavek shledává diskriminačním. V daném případě jsou z hlediska zákona právně relevantními okolnosti, z nichž vyplývá konstrukce kupní ceny stanovená zadavatelem, a posouzení toho, zda taková konstrukce je v souladu se zásadou zákazu diskriminace, zejména, zda postupem zadavatele bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku. Úvaha o tom, že „*zadavatel bude na začátku každého týdne vědět, za kolik bude daný týden pohonné hmoty nakupovat, a to na všech čerpacích stanicích*“, má sice oporu v zadávací dokumentaci (článek 2. rámcové smlouvy), ale netvoří, jak uvedeno výše, skutkový stav relevantní pro posouzení toho, zda zadavatel postupem při stanovení konstrukce kupní ceny, resp. nabídkové ceny, dodržel zásadu zákazu diskriminace. Věcné posouzení článku 2. rámcové smlouvy tak, jak je učinil Úřad, jde nad rámec okolností právně významných pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele při stanovení konstrukce kupní ceny právně nadbytečné. Uvedené však nemá vliv

na zákonnost a správnost napadeného rozhodnutí, protože napadené rozhodnutí jinak obsahuje správně a úplně zjištěný stav věci a následně právní posouzení právně relevantních okolností, které činí rozhodnutí zákonným a správným.

63. Navrhovatel dále uvádí, že znalost skladby kupní ceny a logistické prémie nemůže mít žádný vliv na to, zda a kolik pohonných hmot bude zadavatel čerpat při plnění svých povinností (zejména při poštovní přepravě) v daný okamžik; znalost skladby ceny či IP prémie není podstatná na rozdíl od znalosti nákladů na pořízení pohonných hmot dané aktuální potřebou zadavatele v daném čase.
64. K výše uvedenému tvrzení navrhovatele uvádím, že znalost skladby ceny a její jedné proměnné (logistické prémie) skutečně nemůže mít vliv na čerpání pohonných hmot zadavatelem a množství těchto čerpaných pohonných hmot. V této souvislosti uvádím, že Úřad v napadeném rozhodnutí ani takovou úvahu neuvedl. Jak vyplývá z odstavce 35. napadeného rozhodnutí, Úřad z konstatování, že „z požadavků na tvorbu kupní ceny (...) je zřejmé, že zadavatel bude na začátku každého týdne vědět, za kolik bude daný týden pohonné hmoty nakupovat“, dovozuje, že uvedené je pro zadavatele výhodou „při plánování svých aktivit, nákupů pohonných hmot a sledování výdajů v souvislosti s nákupem pohonných hmot“. Jak je patrné z těchto úvah, Úřad se znalostí samotné skladby kupní ceny a logistické prémie nespojil navrhovatelem předkládané závěry o vlivu na rozhodnutí zadavatele o tom, zda a kolik pohonných hmot bude čerpat. Vzhledem k uvedenému je námitka nesprávnosti napadeného rozhodnutí nedůvodná.
65. Jestliže následně navrhovatel namítá, že znalost logistické prémie není pro zadavatele podstatná, pak uvádím, že tato námitka je rovněž nedůvodná.
66. Znalost logistické prémie je pro zadavatele významná a důležitá v tom smyslu, že je tou jedinou proměnnou při výpočtu kupní ceny, jejíž výše závisí na vůli uchazeče, resp. uchazečů, a proto ji zadavatel učinil předmětem nabídky a také kritériem hodnocení nabídek.
67. Navrhovatel dále namítá, že požadavek fixní kupní ceny vede ke krátkodobému zafixování méně než 10% celkové ceny pohonných hmot, ovšem na úrovni vyšší, než by bylo možné dosáhnout volnou soutěží. Navrhovatel uvádí, že zde není žádného objektivního důvodu spočívajícího v charakteru činnosti zadavatele, který by odůvodňoval jeho požadavek na jím stanovenou konstrukci nabídkové ceny a zároveň nepřipuštění jiných transparentních, tržních a porovnatelných variant nabídkových cen.
68. K námitce navrhovatele uvádím, že je nedůvodná. Jak vyplývá ze správných skutkových zjištění Úřadu, zadavatel v předmětném zadávacím řízení nestanovil požadavek na fixní kupní cenu, ale pouze na jednu fixní proměnnou konstrukce kupní ceny – uchazeči nabídnutou logistickou prémie. Jestliže navrhovatel také brojí proti tomu, že zde není žádného objektivního důvodu spočívajícího v charakteru činnosti zadavatele, který by odůvodňoval požadavek na konstrukci nabídkové ceny, pak k tomu uvádím, že logistická prémie jako proměnná žádným způsobem nespojuje s charakterem činnosti zadavatele, přičemž jakákoliv její souvislost s činností zadavatele je právně irelevantní. Stejně tak s charakterem činnosti zadavatele nespojuje jiné transparentní, tržní a porovnatelné varianty nabídkových cen.

69. Navrhovatel v rozkladu uvádí, že z Protokolu o konečném výsledku hodnocení ze dne 30. 10. 2012 vyplývá, že varianta nabídky navrhovatele je porovnatelná s nabídkou předloženou společností ČEPRO, a.s., a proto měl zadavatel připustit varianty nabídek.
70. K námitce navrhovatele uvádím, že je nedůvodná. Požadavek navrhovatele na připuštění variant nabídky ve smyslu ustanovení § 70 zákona je neaplikovatelný, neboť by vedl k nemožnosti objektivně a transparentně porovnat jedinou fixní proměnnou (logistická prémie) výpočtového vzorce kupní ceny, resp. vedl by k nemožnosti objektivně a transparentně porovnat nabídky jednotlivých uchazečů.
71. Navrhovatel také v této souvislosti poukazuje na diskriminační charakter průběhu jednání zadavatele s uchazeči tím, že jedním z důvodů nepřipuštění variant nabídky byla okolnost, že nabídky obsahující odlišnou konstrukci ceny nebudou vzájemně porovnatelné a nebude možné takové nabídky vyhodnotit.
72. K tomu uvádím, že k nemožnosti objektivně a transparentně porovnat nabídky by skutečně vedlo, kdyby zadavatel připustil varianty nabídkových cen, jak vyplývá z vyjádření navrhovatele. Tento požadavek navrhovatele je zcela mimo zákon, protože ten připouští pouze varianty plnění předmětu veřejné zakázky, a nikoliv varianty cenových nabídek
73. Podmínkou možnosti variant je, že všechna řešení splní podmínky zadávací dokumentace. Pokud tedy měl zadavatel požadavek na určitou konstrukci ceny, pak jiná konstrukce ceny nemohla splnit požadavky v zadávací dokumentaci.
74. Navrhovatel dále uvádí, že Úřadem uváděné případy jiných zadávacích řízení, které dokládají v napadeném rozhodnutí běžnost a rozšířenost požadavku zadavatele na tvorbu ceny, jsou nepřipadné, odlišné od posuzovaného případu.
75. K této námitce uvádím, že způsob konstrukce tvorby kupní ceny je z hlediska zákona zcela irelevantní, pokud konstrukce splňuje zásady postupu zadavatele dle ustanovení § 6 zákona. V daném případě konstrukce tvorby kupní ceny zásady dodržuje, protože všechny proměnné vstupující do výpočtového vzorce jsou objektivní, kromě jedné, a ta je předmětem hodnocení nabídek – logistická prémie. Úřad v napadeném rozhodnutí správně a zákonně posoudil konstrukci kupní ceny jako jednoznačnou, a tedy srozumitelnou, určitou a nepřipouštějící možnost různých výkladů. Vzhledem k výše uvedenému vyčerpávajícímu posouzení zákonnosti postupu zadavatele při stanovení konstrukce kupní ceny je právně irelevantní zabývat se tím, zda je zadavatelem stanovený vzorec obvyklý či nikoliv. Jestliže Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl příklady vzorců pro výpočet ceny pohonných hmot u jiných smluvních vztahů nebo v jiných zadávacích řízeních, pak toto nemá vliv na zákonnost a správnost napadeného rozhodnutí, protože napadené rozhodnutí jinak obsahuje správně a úplně zjištěný stav věci a následně právní posouzení právně relevantních okolností, které činí rozhodnutí zákonným a správným.
76. Navrhovatel rovněž napadá, že požadavek „na zajišťování kotací Platt`s je zjevně diskriminační, protože vyžaduje dodatečné a nedůvodné náklady uchazečů, kteří dosud nemají přístup k těmto kotacím zaplacen a z toho důvodu by ho museli promítnout v plné [sic] do výše jimi nabízení logistické prémie“.
77. K námitce navrhovatele uvádím, že skutečnost, že porušení zákona zadavatelem spatřuje v diskriminaci těch uchazečů, kteří si přístup ke kotacím Platt`s dosud nezaplatili, v návrhu

neuvádí. Z námitky rozkladu je zřejmé, že navrhovatel setrvává na tom, že postup zadavatele při stanovení způsobu tvorby ceny je diskriminační, přičemž nově uvádí, že diskriminačním je právě požadavek zadavatele na zajišťování kotací Platt`s. Jak vyplývá z napadeného rozhodnutí, Úřad se při přezkoumání zákonnosti způsobu tvorby kupní ceny dospěl k závěru, že algoritmus výpočtu kupní ceny byl stanoven pro všechny uchazeče shodným způsobem, a následně posoudil, že stanovením podmínek pro tvorbu kupní ceny nedošlo k diskriminaci dodavatelů, a tedy k porušení § 6 zákona (odstavec 39 napadeného rozhodnutí). K samotné námitce navrhovatele uvádím, že je nedůvodná. Okolnost, že někteří uchazeči ještě nemají zaplacen přístup ke kotacím Platt`s a jsou tedy diskriminováni ve srovnání s uchazeči, kteří se již tento přístup zaplatili, není způsobila vést k porušení zákazu diskriminace. Naopak s uchazeči je zacházeno rovně, neboť všichni dříve nebo později si přístup ke kotacím Platt`s zaplatí, z povahy věci je možnost získat úplatně přístup ke kotacím Platt`s pro všechny uchazeče právně stejná. Rozdíl mezi oběma skupinami uchazečů spočívá pouze v tom, že někteří již mají zaplacen přístup ke kotacím a jiní nikoliv; tato okolnost, jak uvedeno výše, nevede k porušení zákazu diskriminace ve smyslu ustanovení § 6 zákona.

78. Navrhovatel v rozkladu uvádí, že Úřadem uváděný příklad společnosti RoBiN OIL s.r.o. prokazuje, že výsledná nabídková cena společnosti ČEPRO, a.s. je podstatně vyšší než na trhu obvyklá, a proto ji nelze považovat za ekonomicky nejvýhodnější.
79. K uvedenému konstatuji, že Úřad není oprávněn ani povinen přezkoumávat, zda nabídková cena vybraného uchazeče je nižší nebo vyšší, než cena v místě a čase obvyklá, resp. než cena jednoho dodavatele pohonných hmot; uvedené spadá do působnosti zcela jiných orgánů. Vzhledem k výše uvedenému je námitka navrhovatele nedůvodná; napadené rozhodnutí shledávám při posouzení postupu zadavatele spočívajícím ve stanovení konstrukce kupní ceny věcně a právně správným.
80. Navrhovatel rovněž poukazuje na to, že společnost RoBiN OIL s.r.o. *„běžně nabízející produkt obdobný požadavkům Zadavatele nepodala ani žádost o účast v jednacím řízení s uveřejněním a (...) společnost OMV Česká republika s.r.o., která žádost o účast podala a zúčastnila se jednání se Zadavatelem, nakonec nabídku na Veřejnou zakázku nepodala, avšak stala se subdodavatelem ČEPRO“*. Navrhovatel v této souvislosti uvádí, že *„...tyto skutečnosti samy o sobě dle názoru Navrhovatele jednoznačně potvrzují diskriminační charakter požadavků Zadavatele, který vedl k faktickému „vytvoření“ takových zadávacích podmínek, které bez objektivně ospravedlnitelného důvodu vyloučily široké spektrum potenciálních dodavatelů“*.
81. K uvedené námitce uvádím, že je nedůvodná. Navrhovatel již v průběhu správního řízení argumentoval tím, že nízký počet nabídek dokazuje, že zadávací podmínky nejsou ekonomicky přijatelné i pro další dodavatele pohonných hmot, přičemž Úřad se správným, přezkoumatelným způsobem s takovou námitkou vypořádal, jak ukládá ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu. Úřad usoudil, že nízký počet nabídek nic nevypovídá o tom, zda zadavatel stanovil zadávací podmínky (konstrukci kupní ceny) v rozporu se zásadou zákazu diskriminace. Uvedenou úvahu Úřadu považuji za zákonnou, přičemž navrhovatel v rozkladu věcnou nesprávnost takové úvahy, případně důvody takové nesprávnosti, neuvádí.

Námítky rozkladu týkající se posouzení požadavku na provozování čerpacích stanic zadavatele

82. Navrhovatel uvádí, že požadavek zadavatele na provozování jeho čerpacích stanic vybraným uchazečem jako podmínka dodávek pohonných hmot je diskriminační.
83. K námitce navrhovatele uvádím, že je nedůvodná. Úřad správně posoudil svá skutková zjištění učiněná na základě článku 2.2. zadávací dokumentace, a dospěl ke správnému závěru, že ze „*zadávací dokumentace nevyplývá, že by při realizaci předmětu plnění všichni uchazeči museli provozovat čerpací stanice zadavatele*“, a dále, že „*z bodu 2.2. zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel definoval tři možné způsoby zajištění dodávek pohonných hmot v lokalitách A*“. Věcnou nesprávnost předmětného závěru však navrhovatel, jak je z výše uvedeného zřejmé, nenapadá. Jak vyplývá ze správného věcného posouzení Úřadu, zadavatel nestanovil jako požadavek v zadávacích podmínkách, aby uchazeči provozovali čerpací stanice zadavatele. Zadavatel naopak stanovil v zadávací dokumentaci, aby se v lokalitách A nacházely čerpací stanice s nepřetržitým provozem umístěné v areálu střediska, případně v okruhu maximálně 4 km od střediska, a zároveň zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že zajištění dodávek pohonných hmot v lokalitách A může být zajištěno:
- dodávkami nafty ze stávajících stanic na pozemcích zadavatele (za tímto účelem převezme dodavatel k provozování 1 nebo více čerpacích stanic zadavatele) a dodávkami benzínu z veřejných čerpacích stanic dodavatele, nebo
 - dodávkou pohonných hmot z veřejných čerpacích stanic dodavatele, nebo
 - kombinací výše uvedených způsobů.

Zadavatel tedy na tomto místě zadávacích podmínek umožnil uchazečům zvolit si jeden z možných tří způsobů, kterým zajistí dodávky pohonných hmot právě v lokalitách kategorie A.

84. Úřad následně posoudil zjištěný relevantní skutkový stav tak, že „*provozování čerpací stanice zadavatele za účelem zajištění dodávek pohonných hmot podle zadávacích podmínek nebylo zadavatelem závazně požadováno a nebylo tedy povinným předmětem plnění veřejné zakázky, a tudíž zadavatel v případě definice této možnosti v zadávací dokumentaci nepostupoval v rozporu s § 6 zákona*“. K uvedenému posouzení dodávám, že požadavek zadavatele, aby uchazeči provozovali čerpací stanice v okruhu maximálně 4 km od střediska bez dalšího, by mohl být diskriminační, kdyby byl stanoven v závislosti na tom, kteří konkrétní uchazeči provozují či neprovozují ve stanoveném okruhu čerpací stanice. Navrhovatel však žádné skutkové tvrzení v tomto směru neuplatnil, a ani Úřad takové zjištění neučinil.
85. Navrhovatel dále namítá, že z nabídky společnosti ČEPRO, a.s. vyplývá, že „*sice nebude provozovat čerpací stanice Zadavatele, nicméně je bude využívat pro zavážení PHM, přičemž tato možnost nebyla v zadávací dokumentaci umožněna a představuje podstatnou změnu zadávacích podmínek*“, a napadá, že „*zavážení vlastních čerpacích stanic Zadavatele současně představuje zcela odlišnou zakázku od předmětu Veřejné zakázky*“.
86. K těmto tvrzením navrhovatele uvádím, že Úřad v prvním stupni projednával návrh navrhovatele, jímž se kvalifikovaně domáhá zrušení zadávacího řízení, přičemž návrhem brojí

proti zadávacím podmínkám. Rozhodnutí Úřadu o tomto návrhu je po podání rozkladu přezkoumáváno z hlediska zákonnosti a správnosti v odvolacím řízení (řízení o rozkladu). Nyní navrhovatelem uváděná okolnost směřuje k přezkoumání jiného úkonu zadavatele, než o kterém bylo vedeno správní řízení v prvním stupni, a proto tyto okolnosti nemohou být z povahy věci posouzeny v tomto správním řízení (v řízení o rozkladu); zároveň uvádím, že předseda Úřadu není ani oprávněn právně posuzovat a rozhodovat o úkonech zadavatele tak jako nalézací správní orgán (Úřad). Navrhovatelem uváděné okolnosti nemají vliv na zákonnost a správnost napadeného rozhodnutí Úřadu o návrhu navrhovatele, a proto námitku navrhovatele shledávám nedůvodnou.

Námítky týkající se posouzení požadavku na zajištění systému karet na odběr pohonných hmot Úřadem

87. Navrhovatel vytýká nesprávnost závěrů Úřadu „*ohledně sloučení veřejné zakázky na dodávky PHM a zajištění systému karet na odběr PHM, když dle jeho názoru je tento model realizovatelný a v obchodní praxi i realizovaný*“.
88. K námitce navrhovatele uvádím, že je nedůvodná. Jak bylo uvedeno výše, argumentace „obvyklostí“ je právně irelevantní, neboť v daném případě Úřad správně a náležitě zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a následně tento stav věci správně právně posoudil. Úřad správně právně posoudil, že dodávky pohonných hmot a zajištění autorizace včetně evidence jednotlivých odběrů pohonných prostřednictvím karetního systému jsou činnosti spolu související, které probíhají souběžně v daném okamžiku; systém palivových karet je prostředek, resp. nástroj, který umožňuje realizovat předmět plnění. Úvahy o tom, zda dodavatelé pohonných hmot obvykle současně poskytují pohonné hmoty a související karetní systémy, je z hlediska přezkoumání zákonnosti postupu zadavatele v konkrétním zadávacím řízení nadbytečné.
89. V dané věci jsou právně relevantními zjištění týkající se předmětu veřejné zakázky, přičemž předmětem veřejné zakázky se nerozumí pouze tzv. sekundární předmět závazkových vztahů (typicky věc, v daném případě pohonné hmoty), ale souhrn všech práv a povinností vznikající na základě rámcové smlouvy. Jinými slovy předmětem plnění předmětné veřejné zakázky jsou všechny podmínky, na základě kterých bude poskytována dodávka pohonných hmot. Úřad tedy správně zjistil, že „*primárním účelem šetřené veřejné zakázky je dodávka pohonných hmot, a to do 181 lokalit zadavatele na území celé České republiky. Na tuto dodávku jsou navázány další úkony, které je nutno dodavatel pohonných hmot při realizaci předmětu plnění zajistit*“. Právně relevantním dále je, zda zadavatel při stanovení obchodních podmínek postupoval v souladu se zásadami postupu zadavatele ve smyslu ustanovení § 6 zákona, což Úřad ve správním řízení posoudil, když uzavřel, že „*postup zadavatele, kdy v rámci plnění veřejné zakázky požaduje vedle zajištění dodávek pohonných hmot i zajištění jednotného karetního systému na odběr těchto pohonných hmot, za podmínek stanovených v zadávací dokumentaci, nebyl v rozporu s § 6 a § 98 zákona, neboť předmětem plnění veřejné zakázky je dodávka pohonných hmot, která bude realizována s využitím nástroje sloužícího k autorizaci a evidenci jednotlivých odběrů pohonných hmot, a to prostřednictvím systému tankovacích karet*“. Citované právní posouzení zjištěného stav věci považuji za správné, zákonné a přezkoumatelné.

90. Navrhovatel dále vytýká nesprávnost úvahy Úřadu o tom, že dodávky pohonných hmot musí být z různých důvodů (*např. účetních, daňových, nákladových, výdajových, sledování cash flow, bezpečnostních apod.*) podrobně zaznamenávány a evidovány.
91. K uvedenému uvádím, že rozhodné pro posouzení toho, zda zadavatel při vymezení předmětu veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, tj. zda např. vymezením předmětu veřejné zakázky postupoval v souladu se zásadou zákazu diskriminace, je věcné posouzení vzájemného vztahu poskytnutí dodávky pohonných hmot a zajištění jednotného karetního systému na odběr pohonných hmot. Důvody, které vedou toho či onoho zadavatele k tomu, aby v obchodních podmínkách zakotvil povinnosti dodavatele mající význam např. pro účetnictví, pro plnění povinností daňového poplatníka, pro evidenci majetku, jsou zcela jistě významné pro posouzení toho, zda zadavatel v majetkových vztazích jedná stzv. péčí řádného hospodáře. Z hlediska zákonnosti postupu zadavatele přezkoumávané Úřadem je právně relevantním pouze to, zda zadavatel dodržel povinnosti uvedené v zákoně (zákon o veřejných zakázkách), tomuto pojetí plně odpovídá správná a zákonná úvaha Úřadu o tom, že *„vymezení předmětu veřejné zakázky je v kompetenci zadavatele (...) zadavatel současně nese odpovědnost za jeho jednoznačné, správné a úplné vymezení, které avšak nesmí být v rozporu se zásadou zákazu diskriminace“* (odstavec 34 napadeného rozhodnutí).
92. Úřadem zjištěná obchodní podmínka spočívající v tom, že *„daňové doklady budou vystavovány dodavatelem vždy k poslednímu dni příslušného kalendářního měsíce a bude v nich vyúčtováno objednatel bez jakýchkoliv vad“*, může mít zcela jistě účetní a evidenční důvody, nicméně z hlediska přezkoumání postupu zadavatele dle zákona je právně relevantním, zda stanovením obchodních podmínek zadavatel dodržel ustanovení § 6 zákona. V tomto smyslu se jeví závěr o důvodech jednotlivých obchodních podmínek jako nadbytečný. V této souvislosti rovněž odkazují na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013, dle kterého není na Úřadu, *aby hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem, nejedná-li se o zjevný exces vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky*. Jestliže dle konstantní soudní judikatury není v působnosti Úřadu hodnotit vhodnost soukromoprávních podmínek, tím spíše není relevantní hodnotit jejich důvody. Takové úvahy však v konkrétním případě nemají vliv na zákonnost a správnost napadeného rozhodnutí, protože napadené rozhodnutí jinak obsahuje správně a úplně zjištěný stav věci a následně právní posouzení právně relevantních okolností, které činí rozhodnutí zákonným a správným.
93. Navrhovatel namítá, že *„není tedy opodstatněný závěr Úřadu o nemožnosti oddělení činností dodávek pohonných hmot a procesovacího systému v důsledku nemožnosti zajistit vzájemnou součinnost tohoto dodavatele a provozovatele karetního systému“*.
94. K námitce navrhovatele uvádím, že je nedůvodná. Úřad správně posoudil, že se jedná v případě dodávek pohonných hmot a zajištění systému karet na odběr pohonných hmot o činnosti související, které probíhají souběžně v daném okamžiku. Vzhledem k tomu, že vymezení předmětu veřejné zakázky je v kompetenci zadavatele, je také oprávněn stanovit, za jakých podmínek mu poskytne dodavatel předmět plnění, přičemž stanovení těchto podmínek nesmí být v rozporu se zásadou zákazu diskriminace. Úřad rovněž správně uzavřel, že *„jiným způsobem, jak vyplývá ze zadávacích podmínek, nelze předmět plnění, tj.*

dobavky pohonných hmot, uskutečnit“. Vzhledem k tomu považuji námitku navrhovatele o neopodstatněnosti závěrů Úřadu za nedůvodnou.

95. Navrhovatel rovněž napadá úvahu Úřadu, dle které v okamžiku odběru je nutno jednoznačně identifikovat pracovníka zadavatele, který odběr pohonných hmot provádí; přičemž Úřad považuje za legitimní, aby si zadavatel zvolil určitý druh systému autorizace odběrů pohonných hmot, a s tím spojené evidence těchto jednotlivých odběrů. Předmětné úvahy navrhovatel považuje za nesprávné.
96. K této námitce uvádím, že je nedůvodná. K závěru Úřadu uvádím, že je věcně správný, neboť z rámcové smlouvy (článek 4. 4 rámcové smlouvy) skutečně vyplývá, že *„každý odběr zboží bude autorizován pracovníkem objednatele prostřednictvím karty...“*. Na základě uvedeného stavu věci, který správně zjistil Úřad, lze uzavřít *„je rovněž zřejmé, že v okamžiku odběru je nutno jednoznačně identifikovat pracovníka zadavatele“*, jak věcně správně posoudil Úřad. Vzhledem k tomu, že citovaný požadavek tvoří zadávací, resp. obchodní podmínky, je uchazeč povinen je dodržet. V této souvislosti dodávám, že navrhovatel ve stanovení citovaného požadavku rámcové smlouvy porušení zákona nespátřuje.
97. Navrhovatel opětovně v rozkladu odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S43/2009/VZ-4641/2009/510/MCh ze dne 17. 4. 2009, které v daném případě považuje za příléhavé, protože v předmětném zadávacím řízení jsou poptávány dvě technologicky nesouvisející plnění. Závěr Úřadu o tom, že na daný stav věci nelze závěry citovaného rozhodnutí Úřadu aplikovat, považuje navrhovatel za nesprávný.
98. Výše uvedenou námitku navrhovatele považuji za nedůvodnou. Úřad v citovaném rozhodnutí konstatoval, že zadavatel porušil zásadu zákazu diskriminace stanovenou v ustanovení § 6 zákona tím, že požadoval zajištění svozu odpadů a současně i zajištění provozu sběrného dvora, ačkoliv tyto služby spolu technicky nesouvisí, a jejich poskytování lze zajistit samostatně různými dodavateli. V daném případě je však vzájemný vztah (souvislost) mezi poskytnutím dodávek pohonných hmot a zajištěním jednotného karetního systému vztahem cíle (poskytnutím dodávek) a volbou konkrétního prostředku vedoucímu k němu, jak správně usoudil v napadeném rozhodnutí Úřad, když konstatoval, že předmětem plnění veřejné zakázky je dobavka pohonných hmot, která bude realizována prostřednictvím systému tankovacích karet. Poskytnout řádné plnění (poskytnout dobavku pohonných hmot) lze v souladu se zadávacími podmínkami pouze prostřednictvím tankovacích karet; stále se však jedná o jeden závazek dodavatele. V případě rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S43/2009/VZ-4641/2009/510/MCh ze dne 17. 4. 2009 se jednalo o dvě plnění (o dva závazkové vztahy), a to o závazek zajistit svoz odpadů a provozovat sběrný dvůr, přičemž tato plnění, jak bylo rozhodnuto, spolu technicky nesouvisí. Vzhledem k uvedenému považuji závěr Úřadu o nepřiléhavosti navrhovatelem citovaného rozhodnutí Úřadu za správný, přezkoumatelný a zákonný.
99. K tvrzení navrhovatele, že je schopen osadit úložiště či čerpací stanice zadavatele vlastními terminály a nabídnout jednotný karetní systém, a dále, že dobavky pohonných hmot zajistí prostřednictvím subdodavatelů za ceny výrazně nižší než dle nabídky společnosti ČEPRO, a.s., a že poskytne karetní zúčtovací systém, dodá pohonné hmoty do čerpacích stanic apod., uvádím, že tato tvrzení nesplňují náležitosti námitek odvolání (rozkladu) dle ustanovení § 82 odst. 2 správního řádu.

100. Dle ustanovení § 82 odst. 2 správního řádu odvolání (rozklad) musí obsahovat údaje o tom, v čem je spatřován rozpor s právními předpisy nebo nesprávnost rozhodnutí nebo řízení, jež mu předcházelo. Tvzení o tom, že navrhovatel je schopen poskytnout konkrétní služby, není řádnou odvolací námitkou ani srozumitelné a určité vytčení konkrétní vady napadeného rozhodnutí. Dle ustanovení § 89 odst. 2 věta druhá správního řádu odvolací orgán (předseda Úřadu) přezkoumává správnost rozhodnutí jen v rozsahu námitek. V odvolání (rozkladu), ve kterém není vytýkána žádná nesprávnost napadeného rozhodnutí, ale pouze navrhovatel pojednává o svých schopnostech jako dodavatele, a aniž by bylo zřejmé, v čem účastník spatřuje vadu napadeného rozhodnutí, není čeho přezkoumat z hlediska správnosti napadeného rozhodnutí.

VI. Závěr

101. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
102. 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 tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Mgr. Radek Pokorný, advokát, Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., Karoliny Světlé 301/8, 110 00 Praha 1
2. Česká pošta, s.p., Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1

Vypraveno dne

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