



UOHSX0061N8Y

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R28/2014/VZ-12222/2014/310/PMo

V Brně dne: 11. června 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 3. 2. 2014, doručeného Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 5. 2. 2014, podaném zadavatelem –

- **Ředitelstvím silnic a dálnic ČR**, IČ 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S546/2013/VZ-1399/2014/511/MGr ze dne 21. 1. 2014 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele,

učiněných v části 19 „Oblast č. 1 – Karlovarská“, části 20 „Oblast č. 2 – Karlovarská“ a části 21 „Oblast č. 3 - Karlovarská“ veřejné zakázky „**Nákup kamenné soli (NaCl) na posyp komunikací pro ZÚ 2013/14**“, zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 6. 2013 a ve Věstníku veřejných zakázek bylo uveřejněno dne 10. 7. 2013 pod evidenčním číslem veřejné zakázky 356006 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 7. 2013 pod evidenčním číslem 2013/S 133-229834,

jehož dalším účastníkem správního řízení je navrhovatel –

společnost **Údržba silnic Karlovarského kraje, a.s.**, IČ 26402068, se sídlem Na Vlečce 177, 360 01 Otovice, ve správním řízení zastoupená JUDr. Veronikou Vlkovou, advokátkou, se sídlem T. G. Masaryka 53, 360 01 Karlovy Vary,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21. 1. 2014, č. j. ÚOHS-S546/2013/VZ-1399/2014/511/MGr,

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČ 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4 (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, ve Věstníku veřejných zakázek (dále jen „**VVZ**“) dne 10. 7. 2013 pod evidenčním číslem 356006 a v Úředním věstníku Evropské unie (dále jen „**Věstník EU**“) dne 11. 7. 2013 pod evidenčním číslem 2013/S 133-229834 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Nákup kamenné soli (NaCl) na posyp komunikací pro ZÚ 2013/14“ rozdělené na 23 částí, z nichž s ohledem na předmět správního řízení je relevantní část 19 „Oblast č. 1 – Karlovarská“, část 20 „Oblast č. 2 – Karlovarská“ a část 21 „Oblast č. 3 - Karlovarská“ (dále jen „**veřejná zakázka**“). Předmět je vymezen v oznámení o zakázce jako „*Nákup chemického rozmrazovacího prostředku k zajištění zmírňování závad vznikajících povětrnostními vlivy a podmínkami za zimních situací ve sjízdnosti dálnic a silnic I. třídy v souladu s vyhláškou č. 104/1997 Sb. kterou se provádí zákon o pozemních komunikacích. Vlastnosti posypové soli v souladu s vyhláškou č. 104/1997 Sb. a TP 116. Zakázka rozdělena na 23 částí (18 SSÚD/RS - údržba dálnic a 5 oblastí údržby silnic I. třídy). Lze podat nabídku na libovolný počet částí zakázky. Nejvýhodnější nabídka pro každou část bude stanovena v elektronické aukci. Zakázka zajistí posypový materiál nezbytný k zajištění zimní údržby na dálnicích a silnicích I.*

¹ Pozn.: pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

třídy ve správě ŘSD na zimní období 2013/14. Předpokládaný termín plnění je srpen 2013 až březen 2014.“ Zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 144 304 000 Kč bez DPH, z toho pro část 19 ve výši 4 597 000 Kč bez DPH, pro část 20 ve výši 5 316 000 Kč bez DPH a pro část 21 ve výši 10 719 000 Kč bez DPH s tím, že jako základní hodnotící kritérium zvolil nejnižší nabídkovou cenu.

2. Dne 15. 8. 2013 podal navrhovatel – společnost Údržba silnic Karlovarského kraje, a.s., IČ 26402068, se sídlem Na Vlečce 177, 360 01 Otovice, ve správním řízení zastoupená JUDr. Veronikou Vlkovou, advokátkou, se sídlem T. G. Masaryka 53, 360 01 Karlovy Vary (dále jen „**navrhovatel**“), námitky proti zadávacím podmínkám, ve kterých uvedl, že zadavatel stanovil technické kvalifikační předpoklady (dále jen „**TKP**“) diskriminačně a nepřiměřeně vůči některým částem zakázky. Zadavatel námitkám navrhovatele rozhodnutím ze dne 26. 8. 2013 nevyhověl. Dne 23. 8. 2013 podal navrhovatel druhé námitky proti zadávacím podmínkám. Druhým námitkám navrhovatele zadavatel rozhodnutím ze dne 2. 9. 2013 nevyhověl. Jelikož navrhovatel nepovažoval vyřízení námitek zadavatelem za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 6. 9. 2013 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgánu dohledu nad dodržováním zákona.
3. Úřad obdržel návrh dne 6. 9. 2013, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. V návrhu navrhovatel uvedl, že zadavatel při stanovení zadávacích podmínek postupoval v rozporu s § 6 zákona, a to zejména se zásadou rovného zacházení, zákazem diskriminace, a to včetně skryté diskriminace, a zásadou hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků a zajištění rovné hospodářské soutěže, přičemž odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008 (dále jen „**NSS**“) a Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012. Požadavek zadavatele na prokázání TKP spočívající v prokázání minimálně tří realizovaných zakázek týkajících se dodávek posypové soli s cenou min. 4 000 000 Kč bez DPH za každou z uvedených zakázek označil za diskriminační a nepřiměřený. Zadavatel požadoval splnění tohoto kvalifikačního předpokladu i v oblastech, kde předpokládaná hodnota veřejné zakázky nedosahuje ani 4 000 000 Kč. Dle navrhovatele je tento předpoklad stanoven diskriminačním způsobem, neboť nastavené podmínky mohli splnit s ohledem na specifickou komoditu pouze velcí dodavatelé, tudíž byla výrazně limitována možnost menších dodavatelů přihlásit se samostatně do jednotlivých oblastí. Dále uvedl, že zadávací podmínky jsou zmatečné z důvodu nemožnosti jejich splnění, zejména z důvodu reálné objektivní nemožnosti splnění podmínek pro zajištění dodávky soli ve vztahu ke lhůtám stanoveným zadavatelem s tím, že zadávací podmínky nezajišťují doložení dostatku skladovacích prostor, a to prokazatelným způsobem, který by byl kontrolovatelný. Navrhovatel označil za diskriminační zadávací podmínku na doložení umístění skladů na území ČR nebo 300 km od místa plnění, což dle něj může zvýhodňovat sklady na území ČR, neboť jsou oblasti, kde mohou být sklady na území ČR ve vzdálenosti větší než 300 km od místa plnění. Dle navrhovatele tedy zadavatel stanovil odlišné podmínky pro sklady na území ČR a pro sklady na území jiných evropských států, aniž by takové odlišení podmínek bylo jakkoliv odůvodněno. Dle navrhovatele jsou diskriminační i požadavky zadavatele na skladbu dodávané posypové soli, které jsou nad rámec obecně

závazných právních předpisů, a může je s ohledem na přírodní charakter daného posypového materiálu splnit pouze materiál z předem známého zdroje.

4. Zadavatel ve vyjádření k návrhu ze dne 13. 9. 2013 uvedl, že finanční objem každé referenční zakázky stanovil s ohledem na specifickou předmětu plnění a průběhu plnění zakázky, kdy je pro něj důležité, aby uchazeč prokázal, že má zkušenosti s realizací dodávek alespoň na stanovené úrovni, neboť zajištění přepravy je logisticky náročné, a to zejména v zimním období, přičemž zajištění dodávek soli, resp. jejich jednotlivých částí, je klíčové z pohledu sjízdnosti páteřní dopravní sítě ČR v průběhu zimního období. Dle zadávací dokumentace je dodavatel povinen být schopný dodat v zimním období ve lhůtě do 14 dnů posypovou sůl odpovídající finančnímu objemu cca 2 mil. Kč. Dodavatelé příslušný kvalifikační předpoklad mohli prokazovat prostřednictvím takových dodávek, jejichž celkový finanční objem i za více roků dohromady dosáhl požadované minimální výše. K počtu požadovaných referencí zadavatel uvedl, že s ohledem na specifický charakter předmětu veřejné zakázky je nezbytné dostatečné prokázání schopnosti uchazeče prosadit se na trhu a kontinuálně plnit své závazky spolehlivým způsobem. Účelem stanovení TKP dle něj není umožnit účast v zadávacím řízení jakémukoliv regionálnímu dodavateli bez ohledu na to, zda má předpoklady zakázku realizovat či nikoliv. Ke srovnání TKP v předmětné veřejné zakázce s jinou veřejnou zakázkou zadavatel uvedl, že odlišný postup jiných zadavatelů při stanovení TKP v zadávacích řízeních jiných veřejných zakázek je nutné odmítnout jako irelevantní, neboť minimální úroveň TKP musí odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. K otázce provázanosti předmětu zakázky se zakázkou na údržbu silnic zadavatel uvedl, že předmětem zakázky je výhradně dodávka kamenné soli, nikoliv zajištění sjízdnosti silnic ve vybraných oblastech ČR. Proto zadavatel námitku navrhovatele odmítl jako bezpředmětnou. K otázce požadavku na doložení umístění skladů zadavatel uvedl, že touto zadávací podmínkou chtěl zajistit včasnost dodávky posypové soli v případě nepředvídaných klimatických podmínek, což je možné pouze v případě naskladnění části dodávek v přiměřené vzdálenosti od místa plnění. Tímto požadavkem dle svého tvrzení neomezil okruh potenciálních uchazečů, neboť jej nestanovil jako kvalifikační předpoklad, který by museli uchazeči splňovat již v době podání nabídek.
5. Úřad oznámil zahájení správního řízení účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S546/2013/VZ-18518/2013/511/MGr ze dne 26. 9. 2013. Usnesením č. j. ÚOHS-S546/2013/VZ-18525/2013/511/MGr ze dne 26. 9. 2013 jim Úřad stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhnout důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a dále zadavateli stanovil lhůtu k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v zadávacím řízení v průběhu správního řízení, lhůtu k doložení uveřejnění předběžného oznámení dle § 86 ve spojení s § 146 odst. 1 písm. b) zákona ve Věstníku EU a lhůtu k označení příslušných důkazů. Jelikož po předběžném posouzení návrhu a dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, uložil zadavateli dne 2. 10. 2013 předběžné opatření spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvu v předmětných částech zadávacího řízení. Dopisem č. j. ÚOHS-S546/2013/VZ-22196/2013/511/MGr ze dne 14. 11. 2013 Úřad rozšířil z moci úřední předmět správního řízení, který byl původně vymezen obsahem návrhu. Úřad tedy rovněž posuzoval, zda zadavatel uveřejnil oznámení předběžných informací v souladu se zákonem.

II. Napadené rozhodnutí

6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 21. ledna 2014 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S546/2013/VZ-1399/2014/511/MGr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že zadavatel nedodržel postup dle § 86 odst. 1 zákona ve spojení s § 146 odst. 1 písm. b) zákona tím, že zahájil zadávací řízení na část 19 „Oblast č. 1 – Karlovarská“, část 20 „Oblast č. 2 – Karlovarská“ a část 21 „Oblast č. 3 - Karlovarská“ veřejné zakázky, aniž by uveřejnil předběžné oznámení ve Věstníku EU, v důsledku čehož porušil rovněž § 6 odst. 1 zákona, když diskriminoval potenciální uchazeče o veřejnou zakázku získávající informace o zadávacích řízeních z Věstníku EU oproti potenciálním uchazečům o veřejnou zakázku získávajícím informace o zadávacích řízeních z VVZ, což mohlo ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, a tento postup tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnějších nabídek, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ve výroku II. Úřad v rámci nápravného opatření dle § 118 odst. 1 zákona zrušil zadávací řízení na část 19, část 20 a část 21 veřejné zakázky. Ve výroku III. Úřad dle § 119 odst. 2 zákona a dle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „**vyhláška**“), zadavateli uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
7. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel v Objednávce k uveřejnění informací ve VVZ ze dne 24. 5. 2013 objednal zveřejnění Oznámení předběžných informací jak ve VVZ, tak ve Věstníku EU, přičemž v obou případech rovněž označil, že se jedná o povinné uveřejnění. Ve VVZ bylo Oznámení předběžných informací uveřejněno dne 4. 6. 2013 pod ev. č. formuláře 7301010056006. K uveřejnění Oznámení předběžných informací ve Věstníku EU nedošlo, a to až do chvíle, než byl zadavatel Úřadem vyzván ke sdělení evidenčního čísla, pod kterým bylo uveřejněno předběžné oznámení dle § 86 zákona ve spojení s § 146 odst. 1 písm. b) zákona ve Věstníku EU, a data uveřejnění předmětného oznámení. Zadavatel po vyzvání Úřadu zjistil, že k uveřejnění nedošlo a celou věc reklamoval u provozovatele VVZ s tím, že oznámení předběžných informací bylo dodatečně ve Věstníku EU uveřejněno dne 24. 10. 2013 pod ev. č. 2013/S 207-358206. Dle Úřadu tak zadavatel nedostal své zákonné povinnosti uveřejnit předběžné oznámení ve Věstníku EU, přičemž neuveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU, resp. uveřejnění předběžného oznámení pouze ve VVZ, tak mělo za následek diskriminaci potenciálních uchazečů, kteří čerpají informace o zadávacích řízeních právě z Věstníku EU oproti potenciálním uchazečům o zakázku čerpající informace o zadávacích řízeních z VVZ.
8. Dále Úřad k dodatečnému uveřejnění Oznámení předběžných informací ve Věstníku EU uvedl, že tato skutečnost nemohla napravit vzniklou situaci, neboť k možnému omezení okruhu uchazečů o veřejnou zakázku již došlo nezveřejněním předběžného oznámení v zákonné lhůtě před uveřejněním oznámení o zahájení zadávacího řízení a dodatečné uveřejnění předběžného oznámení, a to až po uplynutí lhůty pro podání nabídek, nemůže být považováno za nápravu porušení zákona zadavatelem. Jelikož zadavatel nedodržel zákonný postup a tento nezákonný postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o zrušení části 19, 20 a 21 zadávacího řízení, jak je uvedeno ve výroku II. napadeného rozhodnutí.

III. Námitky rozkladu

9. Dne 3. 2. 2014 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 5. 2. 2014, tedy v zákonem stanovené lhůtě.
10. Zadavatel v první řadě namítá, že Úřad posuzoval neuveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU zcela mechanicky a pouze na základě nenalezení oznámení předběžných informací ve Věstníku EU. Napadené rozhodnutí je dle něj založeno na pouhé domněnce, že neuveřejnění mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a Úřad se ani nepokusil učinit odpovídající skutkové a právní závěry potřebné pro právní posouzení věci.
11. Dále Úřad ze znění § 86 odst. 1 a § 146 odst. 1 písm. b) zákona dovozuje povinnost zadavatele publikovat úmysl zahájit zadávací řízení formou předběžného oznámení jednak ve VVZ, a za splnění stanovených předpokladů také ve Věstníku EU. Na rozdíl od profilu zadavatele není v případě VVZ a Věstníku EU schopen požadované informace fakticky publikovat/uveřejnit, neboť vlastní vyvěšení informací provádí a zajišťuje dle § 146 odst. 5 zákona provozovatel subsystému VVZ, kterému zadavatel doručuje vyhlášení k uveřejnění. Zadavatel tedy za použití výkladu zákona *e ratione legis* dovozuje úmysl zákonodárce, že pro splnění povinnosti zadavatele uveřejnění vyhlášení postačuje doručení vyhlášení na místo určení. Dle zadavatele lze tento závěr vyvodit za použití systematického výkladu také z prováděcí vyhlášky č. 133/2012 Sb., o uveřejňování vyhlášení pro účely zákona o veřejných zakázkách a náležitostech profilu zadavatele (dále jen „**vyhláška o uveřejňování vyhlášení**“), a to z § 2 této vyhlášky. Zadavatel v této souvislosti poukazuje na § 147 zákona, resp. na odst. 3 tohoto ustanovení, z něhož dle něj vyplývá povinnost pro provozovatele VVZ, a nikoliv pro zadavatele, zajistit publikaci vyhlášení jeho odesláním Úřadu pro publikace. Z výše uvedeného dovozuje, že povinnost zadavatele zveřejnit vyhlášení dle § 146 odst. 1 písm. b) zákona je splněna doručením vyhlášení s vyznačením žádosti zadavatele o zveřejnění ve Věstníku EU poskytovateli VVZ.
12. Následně zadavatel odkazuje na § 146 odst. 4 zákona, z něhož vyplývá povinnost zadavatele prokázat pouze datum odeslání vyhlášení k uveřejnění, nikoliv samotnou publikaci či datum publikace. Uvádí, že se jeho povinnost prokázat datum odeslání vztahuje výhradně k odeslání vyhlášení do VVZ (tuto skutečnost usuzuje z užití slova „*popřípadě*“). Zadavatel tedy dovozuje, že v případě postupu dle § 147 odst. 1 písm. b) zákona datum odeslání do Věstníku EU neprokazuje. Prokazovat by tak musel pouze v případě postupu dle § 147 odst. 1 písm. a) zákona.
13. Dále zadavatel uvádí, že Úřad nepostupoval správně, když po něm požadoval doložení uveřejnění předběžného oznámení dle § 86 ve spojení s § 146 odst. 1 písm. b) zákona ve Věstníku EU, neboť tím ukládal zadavateli povinnost nad rámec zákona, čímž Úřad mimo jiné porušil ústavně zaručenou zásadu, že státním institucím se zakazuje vše, co jim není zákonem výslovně dovoleno nebo co jim není výslovně přikázáno. Dle zadavatele tak Úřad učinil nesprávný právní závěr, neboť povinnost uveřejnění předběžného oznámení neporušil a nemůže mu být ani spravedlivě dáváno k tíži, že provozovatel VVZ v rozporu s § 147 odst. 3 zákona nezajistil odeslání formuláře předběžného oznámení Úřadu pro publikace, když zadavatel nemohl takové pochybení provozovatele zásadním způsobem ovlivnit.

14. Následně zadavatel zpochybňuje závěr Úřadu učiněný v otázce diskriminace, neboť Úřad tento závěr založil pouze na formálním znaku diskriminace spočívající v neuveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU. Jedná se tedy o nepodloženou domněnku, která postrádá oporu ve zjištěném skutkovém stavu, neboť nemůže platit, že porušení zásady diskriminace nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat vytýkané zvýhodnění uchazeče alespoň v objektivně spravedlivé míře. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí nevyplývá skutečná diskriminace potenciálních uchazečů, případně alespoň jejich reálná existence.
15. Dále zadavatel uvádí, že na základě nezájmu potenciálních uchazečů nelze vyloučit, že uchazeči, kteří by měli být neuveřejněním předběžného oznámení ve Věstníku EU znevýhodňováni, ve skutečnosti neexistují, a proto nemohou být logicky diskriminováni. Zadavatel namítá, že se v napadeném rozhodnutí přeceňuje dopad neuveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU.
16. V závěru rozkladu zadavatel připouští, že nedošlo k publikaci předběžného oznámení předmětných částí veřejné zakázky ve Věstníku EU, ale všichni potenciální uchazeči se o ní mohli dovědět v okamžiku zveřejnění a mohli tak zahájit kroky nezbytné k podání nabídky v okamžiku uveřejnění oznámení o zakázce. Proto nezveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU dle zadavatele nemohlo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky s tím, že zadávací řízení probíhalo při zajištění řádně fungujícího soutěžního prostředí a při dodržení principů rovného zacházení, zákazu diskriminace a zásady transparentního nakládání s veřejnými prostředky, a není tak dán zákonný důvod pro jeho zrušení.

Závěr rozkladu

17. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

18. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu předal spis orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

19. Po projednání rozkladu zadavatele a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu zadavatele a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
20. Úřad tím, že ve výrocích I. až III. svého rozhodnutí č. j. ÚOHS-S546/2013/VZ-1399/2014/511/MGr ze dne 21. 1. 2014 rozhodl tak, jak rozhodl, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

21. V souvislosti s tvrzením zadavatele, dle něhož Úřad posoudil neuveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU mechanicky a pouze na základě nenalezení oznámení předběžných informací ve Věstníku EU, s tím, že se Úřad nepokusil učinit odpovídající skutkové a právní závěry potřebné pro právní posouzení věci, je třeba uvést následující. Z dokazování provedeného prvostupňovým orgánem a z vyjádření zadavatele jednoznačně vyplývá, že zadavatel porušil postup stanovený zákonem, když v rozporu s § 86 odst. 1 ve spojení s § 146 odst. 1 písm. b) zákona neuveřejnil předběžné oznámení o předmětné veřejné zakázce ve Věstníku EU. Jak jsem si ověřil, zadavatel v Objednávce k uveřejnění informací ve Věstníku EU ze dne 24. 5. 2013 objednal zveřejnění Oznámení předběžných informací týkajících se veřejné zakázky, a to jak ve VVZ, tak ve Věstníku EU, s tím, že se jednalo o povinné uveřejnění. Jak vyplývá z odůvodnění napadeného rozhodnutí, po nenalezení předběžného oznámení ve Věstníku EU byl zadavatel opakovaně vyzván, aby uveřejnění předmětného oznámení prokázal, což neučinil. Zadavatel až po výzvě Úřadu zjistil, že k uveřejnění nedošlo s tím, že Oznámení předběžných informací bylo ve Věstníku EU uveřejněno až dodatečně, a to dne 24. 10. 2013, což nelze jakkoliv zpochybnit. Nelze se ztotožnit s tvrzením zadavatele, že se Úřad zabýval dopady neuveřejnění předběžného oznámení pouze mechanicky. Prvostupňový orgán se v odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečným a přezkoumatelným způsobem zabýval tím, jaké mohlo mít neuveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU důsledky ve vztahu k potenciálním uchazečům, čerpajícím informace právě z Věstníku EU. V jednotlivých bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad rovněž poukázal na to, že v případě včasného zveřejnění předběžného oznámení se uchazeči např. mohli dohodnout s výrobcí kamenné soli na eventuálním zvýšení dodávek a podobně.
22. Pokud se jedná o námitku zadavatele, v rámci které uvádí, že povinnost zadavatele zveřejnit vyhlášení dle § 146 odst. 1 písm. b) zákona je splněna již doručením vyhlášení s vyznačením žádosti zadavatele o zveřejnění ve Věstníku EU poskytovateli VVZ, jelikož z § 147 odst. 3 zákona vyplývá povinnost zajistit publikaci vyhlášení jeho odesláním Úřadu pro publikace, a to pro provozovatele VVZ, nikoliv pro zadavatele, je třeba uvést následující. S výše uvedeným výkladem zákona, učiněným zadavatelem v rozkladu, a týkajícím se uveřejnění předběžného oznámení, se nelze ztotožnit. Za zákonný průběh zadávacího řízení ve smyslu relevantních ustanovení zákona odpovídá zadavatel. Nadto v ustanovení § 86 odst. 1 zákona je zakotveno, že zadavatel uveřejní nadlimitní a podlimitní veřejné zakázky formou předběžného oznámení, přičemž je zde rovněž zakotvena odpovědnost zadavatele za faktické uveřejnění. V ustanovení § 147 zákona je pak upraven samotný proces zveřejňování. Tento proces na objektivní odpovědnosti zadavatele za uveřejnění předběžného oznámení nemůže nic změnit. Ztotožnit se nelze ani se zadavatelovou interpretací ustanovení § 146 odst. 4 zákona, dle které v případě postupu podle § 147 odst. 1 písm. b) zákona zadavatel datum odeslání do Věstníku EU neprokazuje, což zadavatel dovozuje ze slova „případně“. Zákonodárce v tomto kontextu dovětkem „popřípadě Úředním věstníku“ rozlišuje případy, kdy je zveřejnění ve Věstníku EU požadováno, od případů, kdy požadováno není. To, zda zadavatel postupuje podle ustanovení § 147 odst. 1 písm. a) zákona nebo podle § 147 odst. 1 písm. b) zákona, nemá v tomto kontextu sebemenší relevanci. Nadto ve smyslu ustanovení § 146 odst. 4 zákona provozovatel VVZ poskytuje

zadavateli potvrzení o datu uveřejnění vyhlášení ve VVZ. Je tedy zřejmé, že pokud provozovatel VVZ odeslal vyhlášení na základě žádosti zadavatele k uveřejnění ve Věstníku EU, potvrzení obsahuje rovněž datum odeslání vyhlášení Úřadu pro úřední tisky, přičemž v dokumentaci o veřejné zakázce je obsaženo potvrzení provozovatele VVZ o uveřejnění oznámení předběžných informací ve VVZ. Datum odeslání vyhlášení, tzn. oznámení předběžných informací, Úřadu pro úřední tisky však v něm v tomto případě absentuje. Právě tato skutečnost mohla zadavateli indikovat, že v této souvislosti došlo ve vztahu k uveřejnění předběžných informací o dané veřejné zakázce ve Věstníku EU k pochybení, přičemž toto pochybení mohlo být zadavatelem v příslušné lhůtě zcela napraveno. Na základě výše uvedeného proto neobstojí tvrzení zadavatele, že je jeho povinností prokazovat pouze postup zadavatele na základě ustanovení § 147 odst. 1 písm. a) zákona, a nikoliv postup, který zadavatel učiní ve smyslu ustanovení § 147 odst. 1 písm. b) zákona.

23. Ve vztahu k tvrzení zadavatele, dle něhož Úřad nepostupoval správně, když po něm požadoval doložení uveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU podle § 86 zákona ve spojení s § 146 odst. 1 písm. b) zákona, čímž měl zadavateli uložit povinnost jdoucí nad rámec zákona, je třeba uvést následující. Úřad svým postupem neporušil ústavní zásadu pro postup správních orgánů, dle které „*vše je zakázáno, co není výslovně dovoleno*“. Jak již bylo výše uvedeno, zadavatel totiž odpovídá za uveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU, protože musí být schopen příslušné uveřejnění prokázat. Zadavatel v daném případě neprokázal ani datum samotného odeslání předběžného oznámení do Věstníku EU, byť je tato povinnost pro něj zakotvena v příslušném, výše uvedeném, ustanovení zákona. Úřad tedy v daném případě postupoval zcela správně a v souladu se zákonem, přičemž neobstojí ani související konstatování zadavatele obsažené v rozkladu, že nemohl zásadním způsobem ovlivnit pochybení provozovatele VVZ, když tento v rozporu s § 147 odst. 3 zákona nezajistil odeslání formuláře předběžného oznámení Úřadu pro publikace, což dle zadavatele nemůže být dáváno k jeho tíži. Zadavatel za zveřejnění předběžného oznámení odpovídá a nemůže se této povinnosti jakkoliv zprostit. Ustanovení § 146 odst. 4 zákona se totiž analogicky uplatní i na povinnost zadavatele prokázat datum odeslání vyhlášení k uveřejnění ve Věstníku EU. Z výše uvedeného jednoznačně vyplývá, že zadavatel byl schopen ověřit si a zkontrolovat, zda předběžné oznámení bylo ve Věstníku EU zveřejněno. Zadavatel se nemůže zprostit svých zákonných povinností, přičemž jeho postup nelze zhojit uveřejněním předběžného oznámení ve Věstníku EU až poté, kdy byl Úřadem vyzván k prokázání splnění uveřejnění. Předmětný postup zadavatele nemůže jít k tíži uchazečům či potenciálním uchazečům o veřejnou zakázku, a to již s ohledem na postavení zadavatele vyplývající ze zákona. V obecné rovině je třeba uvést, že v situaci, kdy dojde k pochybení na straně společnosti, která provozuje subsystém VVZ, má zadavatel možnost domáhat se náhrady škody vůči uvedené společnosti podle relevantních ustanovení příslušných právních předpisů.
24. Pokud se jedná o námitku zadavatele, v rámci které podotýká, že všichni potenciální uchazeči se mohli dozvědět o této veřejné zakázce v okamžiku jejího uveřejnění a mohli tak zahájit kroky nezbytné k podání nabídky v okamžiku uveřejnění oznámení o zakázce s tím, že nezveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU nemohlo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, přičemž zadávací řízení probíhalo při zajištění řádně fungujícího

soutěžního prostředí a při dodržení principů rovného zacházení, zákazu diskriminace a zásady transparentního nakládání s veřejnými prostředky, protože dle zadavatele nenastal zákonný důvod pro jeho zrušení, je třeba uvést následující. Jak již bylo výše uvedeno, se zřetelem na daný předmět plnění této veřejné zakázky má institut předběžného oznámení značný dopad na okruh potenciálních uchazečů tak, aby mohli v dané situaci včas zareagovat. Podstatou tohoto institutu je totiž právě včasné uvědomí potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku o tom, že se zadavatel chystá zadat veřejnou zakázku na určitý předmět plnění, protože jednotliví uchazeči mají více času na přípravu své účasti v tom kterém zadávacím řízení. Ve vztahu k námitce zadavatele zpochybňující vliv nezveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU na výběr nejvhodnější nabídky, je třeba poukázat na znění ustanovení § 118 odst. 1 zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: *„Nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele“*. Na základě výše uvedeného je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale stačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Je vhodné doplnit, že za situace, kdy potenciální uchazeči byli seznámeni se skutečností, že zadavatel uveřejnil ve Věstníku EU oznámení předběžných informací, až po uplynutí lhůty pro podání nabídek, nelze předpokládat, že by pozdní oznámení zadavatele vyvolalo z jejich strany adekvátní zájem.

25. S ohledem na výše uvedené nemůže obstát ani související námitka zadavatele, v rámci níž poukazuje na závěr Úřadu týkající se diskriminace potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku s tím, že Úřad tento závěr založil pouze na formálním znaku diskriminace spočívající v neuveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU, přičemž z odůvodnění napadeného rozhodnutí nevyplývá skutečná diskriminace potenciálních uchazečů, či alespoň jejich reálná existence, je třeba uvést následující. V daném případě v důsledku postupu zadavatele neměli zejména zahraniční uchazeči dostatečný prostor dostatečně a včas reagovat na požadavky zadavatele, stanovené v zadávací dokumentaci, a tím pádem i na požadavky potřebné pro podání samotné nabídky. Úřad proto učinil správný závěr, že zadavatel postupoval v rozporu s ustanovením § 6 odst. 1 a odst. 2 zákona, neboť v případě uveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU mohl zadavatel obdržet nabídky i od dalších uchazečů, což by pro zadavatele mohlo znamenat výhodnější podmínky, než jaké vyplynuly z podaných nabídek, čímž zadavatel mohl podstatně ovlivnit i stanovení úspěšnosti nabídek, jak vyplývá z dosavadní rozhodovací praxe Úřadu.
26. V tomto kontextu se nelze ztotožnit ani s následným dílčím konstatováním zadavatele, že se zřetelem na nezájem potenciálních uchazečů nelze vyloučit, že uchazeči, kteří by měli být nezveřejněním předběžného oznámení ve Věstníku EU znevýhodněni, ve skutečnosti neexistují, a proto nemohou být ani diskriminováni. Zadavatel v důsledku svého postupu dalším uchazečům neumožnil včas reagovat na veřejnou zakázku. Nebyl tak naplněn účel zákonného institutu předběžného oznámení, což mohlo mít podstatný vliv na počet dalších potenciálních uchazečů. Konstatování zadavatele, že se všichni potenciální uchazeči mohli

přihlásit k účasti v zadávacím řízení a postup zadavatele tak nemohl mít podstatný vliv na výběr nejuvhodnější nabídky, nemůže obstát, neboť existuje řada uchazečů, a to i z Evropské unie, kteří získávají informace o veřejných zakázkách výlučně z Věstníku EU. Úřad v napadeném rozhodnutí učinil správný a přezkoumatelný závěr, jsoucí v souladu se zákonem, že nezveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU mělo za následek diskriminaci potenciálních uchazečů, kteří čerpají informace o zadávacích řízeních právě z Věstníku EU oproti potenciálním uchazečům o zakázku čerpajícím informace o zadávacích řízeních z VVZ. Neobstojí tak ani tvrzení zadavatele, dle něhož zadávací řízení splňovalo všechny zákonné náležitosti, a že bylo zajištěno řádné fungující soutěžní prostředí, při dodržení principů rovného zacházení, zásady transparentního nakládání s veřejnými prostředky a při dodržení zákazu diskriminace.

27. K výše uvedenému je nezbytné doplnit, že v závěrečné části rozkladu samotný zadavatel připouští, že nedošlo k publikaci předběžného oznámení předmětných částí veřejné zakázky ve Věstníku EU. Nastalou situaci, způsobenou nezákonným postupem zadavatele, nemohlo napravit ani dodatečné zveřejnění Oznámení předběžných informací ve Věstníku EU, jelikož k možnému omezení okruhu uchazečů o veřejnou zakázku již došlo nezveřejněním předběžného oznámení v zákonné lhůtě, a to již v době před uveřejněním oznámení o zahájení zadávacího řízení. Dodatečné zveřejnění předběžného oznámení, a to až po lhůtě pro podání nabídek, tak v žádném případě nelze považovat za nápravu porušení zákona zadavatelem. Ve vztahu k dílčímu tvrzení zadavatele, že se v napadeném rozhodnutí přeceňuje dopad nezveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU, je pak třeba uvést, že úmyslem zákonodárce bylo zavést institut předběžného oznámení do praxe, přičemž význam tohoto institutu jednoznačně vyplývá z příslušných bodů odůvodnění tohoto, i napadeného, rozhodnutí. Úřadu nepřísluší posuzovat, jak velký význam či dopad má uveřejnění předběžného oznámení. Jeho úkolem je v tomto případě pouze kontrola dodržení postupu podle zákona s tím, že se zde neuplatní správní uvážení.
28. Nad rámec argumentace obsažené v rozkladu zadavatele doplňuji, že Úřad v daném případě postupoval zcela správně a v souladu se zákonem, když se v odůvodnění napadeného rozhodnutí nevyjádřil ke skutečnostem, jež uvedl navrhovatel v návrhu. S ohledem na závěry Úřadu týkající se nezákonnosti předmětného postupu zadavatele již při uveřejnění předběžného oznámení ve Věstníku EU, které vedly Úřad ke zrušení částí 19, 20 a 21 zadávacího řízení, bylo zcela nadbytečné posuzovat pochybení zadavatele uvedená navrhovatelem v návrhu – viz rozsudek Vrchního soudu v Olomouci, č. j. 2 A2/99 – 20 ze dne 24. 6. 1999.
29. Se zřetelem na všechny skutečnosti, obsažené v odůvodnění tohoto, i napadeného, rozhodnutí je zcela evidentní, že Úřad učinil odpovídající skutkové a právní závěry potřebné pro právní posouzení věci, pročež tak nemůže obstát tvrzení zadavatele, uvedené v úvodní části rozkladu.

VI. Závěr

30. 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 jeho vzájemných souvislostech

a hodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

31. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4
2. JUDr. Veronika Vlková, advokátka, T. G. Masaryka 53, 360 01 Karlovy Vary

Vypraveno dne:

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