



UOHSX00BKDVH

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0134/2018/VZ-30527/2018/322/DJa

Brno 19. října 2018

V řízení o rozkladu ze dne 31. 7. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **ROBSTAV stavby k.s.**, IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské Předměstí, 397 01 Písek, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 9. 5. 2018 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. č. ČAK 12749, členem sdružení Čech & Toul, sdružení advokátů, se sídlem Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j.ÚOHS-S0207/2018/VZ-20874/2018/533/HKu ze dne 16. 7. 2018 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha, učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**I/19 Plíškovice – Mirovice, 4. etapa**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídek, uveřejněné na profilu zadavatele dne 19. 4. 2018,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0207/2018/VZ-20874/2018/533/HKu ze dne 16. 7. 2018

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 31. 5. 2018 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel návrh navrhovatele – ROBSTAV stavby k.s., IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské Předměstí, 397 01 Písek, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 9. 5. 2018 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. č. ČAK 12749, členem sdružení Čech & Toul, sdružení advokátů, se sídlem Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice (dále jen „**navrhovatel**“), z téhož dne na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „I/19 Plíškovice – Mirovice, 4. etapa“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném na základě výzvy k podání nabídek, uveřejněné na profilu zadavatele dne 19. 4. 2018 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Navrhovatel v návrhu brojí proti postupu zadavatele, který (dle navrhovatele) zahájil zadávací řízení na stejný předmět plnění veřejné zakázky, na jejíž plnění byla dne 3. 10. 2016 platně uzavřena smlouva o dílo (č. smlouvy 05PU-001328) na realizaci veřejné zakázky, resp. stavby s názvem „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále jen „**Smlouva**“) mezi zadavatelem a navrhovatelem. Navrhovatel v návrhu upřesňuje důvody, na základě nichž je přesvědčen, že od Smlouvy bylo ze strany zadavatele odstoupeno neplatně. Především je navrhovatel toho názoru, že splnil všechny požadavky zadavatele uvedené ve výzvách k nápravě („*Výzva správce stavby k nápravě ze dne 10. 11. 2017*“ a „*Výzva Správce stavby k nápravě ze dne 21. 11. 2017*“), a rovněž další povinnosti vyplývající ze Smlouvy, ačkoliv jejich nesplnění bylo právě důvodem pro odstoupení od Smlouvy ze strany zadavatele. Navrhovatel setrvává na svém názoru, že Úřadem posuzovanou veřejnou zakázku nelze realizovat pro dosud platnou Smlouvu uzavřenou s navrhovatelem.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení výběrového řízení na veřejnou zakázku, v daném případě ve smyslu ustanovení § 53 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

3. Dále v návrhu navrhovatel upozorňuje na podmínku pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku uvedenou v čl. 15 bodu 15.3. písm. b) zadávací dokumentace, podle níž je vybraný dodavatel na písemnou výzvu povinen před uzavřením smlouvy předložit doklad o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek obalovaných směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP, s minimálním výkonem 120 t/hod. Navrhovatel je toho názoru, že nesplnění této podmínky povede k tomu, že smlouva o dílo nebude s vybraným dodavatelem uzavřena, což bude mít podle jeho názoru stejný efekt jako v případě, že by předmětný požadavek byl kvalifikačním kritériem. Navrhovatel se domnívá, že předmětná podmínka má za cíl vyřadit uchazeče, kteří obalovnu nevlastní nebo s ní nemají uzavřenou rámcovou kupní smlouvu. Zároveň se navrhovatel domnívá, že uvedená zadávací podmínka je tzv. „ušita“ na míru velkým stavebním firmám, které obalovny vlastní, a které nemají důvod dávat potvrzení o zasmluvnění dodávek směsí. Uvedeným postupem tak zadavatel omezil okruh potenciálních dodavatelů, čímž podle názoru navrhovatele omezil možnost dosáhnout co nejnižší ceny za realizaci veřejné zakázky.
4. Navrhovatel se návrhem domáhá „zrušení zadávací dokumentace“ nebo „zrušení napadené zadávací podmínky“. Navrhovatel rovněž navrhuje, aby Úřad zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku, a to z důvodu nemožnosti její realizace pro dosud platnou Smlouvu uzavřenou mezi zadavatelem a navrhovatelem. Zároveň navrhuje, aby Úřad vydal předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 16. 7. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0207/2018/VZ-20874/2018/533/HKu (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
6. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že návrh navrhovatele v části, která směřuje proti postupu zadavatele při odstoupení od Smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (jejíž zadávací řízení bylo zahájeno dne 21. 3. 2016), a následnému zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, podle ustanovení § 265 písm. c) zákona zamítl, neboť návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle zákona.
7. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že návrh navrhovatele v části, která směřuje proti stanovené zadávací podmínce v čl. 15. „Podmínky pro uzavření Smlouvy“ v bodu 15.3. písm. b) zadávací dokumentace týkající se předložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek směsí, podle § 265 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
8. K výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad v odůvodnění uvedl, že pokud bylo původní zadávací řízení na veřejnou zakázku ukončeno uzavřením Smlouvy, zákon zadavateli neklade překážku zahájit nové zadávací řízení. Návrh tak ani nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle zákona. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí podotkl, že zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZVZ**“) ani zákon neupravují komplexně problematiku odstoupení od smlouvy. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí podotkl, že zákon do určité míry reguluje ukončení závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku v § 223 zákona. V dalším se však na odstoupení od smlouvy vztahují jiné právní předpisy, typicky zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**OZ**“). Ostatně z § 223 odst. 3 zákona vyplývá,

že zadavatel má právo ukončit závazek ze smlouvy i na základě jiných právních předpisů. Následné spory o platnosti či neplatnosti odstoupení od Smlouvy ze strany zadavatele však dle Úřadu nemají žádný vliv na právo zadavatele zahájit další zadávací řízení na shodný předmět plnění. Zákon nestanovuje pro takovou situaci žádná pravidla.

9. K výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad v odůvodnění konstatoval, že požadavek na prokázání vlastnictví obalovny či zasmluvnění dodávek směsí není zahrnut do prokazování kvalifikace všemi dodavateli podávajícími nabídku, ale je do zadávací dokumentace zařazen až jako podmínka pro uzavření smlouvy, jejíž prokazování požaduje až po vybraném uchazeči. Úřad dále konstatoval, že pokud by se tedy vybraný dodavatel rozhodl nedodržet požadavek zadavatele a nezajistil by si dodávky obalovaných směsí smluvně, byla by to pouze volba vybraného dodavatele a nikoliv důsledek „údajně“ diskriminačního požadavku. Je tedy dle Úřadu zřejmé, že předmětným požadavkem zadavatel nemohl omezit soutěž takových dodavatelů, kteří mají skutečný zájem na realizaci posuzované veřejné zakázky.

III. Námitky rozkladu

10. Dne 31. 7. 2018 podal navrhovatel Úřadu rozklad proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 16. 7. 2018. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
11. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel není oprávněn zahájit zadávací řízení na stejný předmět plnění veřejné zakázky, na jejíž plnění má uzavřenou a stále platnou Smlouvu. Dle názoru navrhovatele, tímto postupem by zadavatel porušil zásady v § 6 zákona. Dle navrhovatele by takový postup vedl k tomu, že by zadavatel mohl provést několik zadávacích řízení na jeden předmět veřejné zakázky, a následně postupně uzavřít smlouvu na předmět plnění s několika dodavateli, což je z pohledu zákona nežádoucí. Navrhovatel má za to, že by si zadavatel měl nejprve vyřešit jednoznačně ukončení Smlouvy na původní plnění a následně zahájit zadávací řízení na stejný předmět plnění.
12. Druhá námitka navrhovatele brojí proti oprávněnosti požadavku zadavatele na doložení vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek obalovaných směsí. Navrhovatel si je vědom, že se v daném případě jedná o podmínku pro uzavření smlouvy. Je však toho názoru, že tato podmínka má stejný následek, jako kdyby se jednalo o kvalifikační podmínku požadovanou po všech uchazečích, tedy v případě jejího nesplnění bude uchazeč vyloučen. Dále má navrhovatel za to, že Úřad pomíjí to, že se zadavatel nijak v zadávací dokumentaci nevypořádal s tím, z jakého důvodu tuto podmínku zadávací dokumentace obsahuje. Dle navrhovatele není žádný důvod, aby zadavatel takový požadavek stanovil.

Závěr rozkladu

13. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil k dalšímu řízení.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

14. Dne 7. 8. 2018 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k podanému rozkladu navrhovatele, v němž uvedl, že napadené rozhodnutí včetně jeho podrobného odůvodnění, bylo podle jeho názoru postaveno na řádném zhodnocení skutkového stavu a následně na správném právním posouzení.

15. Zadavatel uvádí, že od Smlouvy odstoupil oprávněně. Zadavatel je přesvědčen, že rozhodování o platnosti či neplatnosti předčasného ukončení smlouvy nemá jakýkoliv dopad na zadávací řízení posuzované veřejné zakázky. K tomu dodává, že pokud nebyla Smlouva řádně plněna, je část nerealizovaného plnění dle Smlouvy součástí plnění nové (prověřované) veřejné zakázky, což je podle názoru zadavatele v souladu se zákonem.
16. Dále zadavatel uvádí, že požadavek na předložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek obalovaných směsí vybraným dodavatelem je důvodný a přiměřený, protože úzce souvisí s řádným plněním předmětu veřejné zakázky.

IV. Řízení o rozkladu

17. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 a podle § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

18. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
19. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy.
20. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a k zamítnutí rozkladu navrhovatele.

V. K námitkám rozkladu

21. Dříve než dojde k vypořádání námitek rozkladu navrhovatele, je vhodné uvést, že rozklad nepřináší žádnou novou právní argumentaci, na základě níž by bylo možné dospět k odlišnému posouzení věci samé.

K okruhu námitek navrhovatele ohledně oprávněnosti zadavatele zahájit zadávací řízení na obdobný předmět plnění jako plnění původní veřejné zakázky

22. Úřad je jako orgán státní správy oprávněn provádět dozor nad zadáváním veřejných zakázek pouze v tom rozsahu, v jakém je mu přiznáván zákonem. Jeho kompetence při výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy jsou vymezeny v ustanovení § 248 zákona.
23. Podle § 248 odst. 1 zákona Úřad vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, při kterém

- a) rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky nebo při zvláštním postupu postupoval v souladu s tímto zákonem,
 - b) rozhoduje o tom, zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je v souladu s tímto zákonem,
 - c) ukládá nápravná opatření,
 - d) rozhoduje o návrhu podle § 267 zákona,
 - e) kontroluje podle kontrolního řádu soulad úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek s tímto zákonem.
24. Podle § 248 odst. 2 zákona má Úřad zvláštní pravomoc přezkoumávat rovněž veřejné zakázky malého rozsahu, pokud je zadavatel zadává některým z druhů zadávacího řízení podle zákona.
25. Podle § 248 odst. 3 zákona má Úřad taktéž v rámci prováděného dozoru nad zadáváním veřejných zakázek pravomoc projednávat přestupky podle tohoto zákona a ukládat sankce, v tomto případě pokuty, za jejich spáchání. Úřad tak činí v samostatně zahájeném správním řízení o přestupku, které není možno zahájit na návrh účastníka správního řízení, ale pouze z moci úřední Úřadu.
26. Vzhledem k výše uvedenému vymezení pravomocí Úřadu, je evidentní, že dle zákona, jak již ostatně konstatoval Úřad v bodě 44. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad nemá kompetenci autoritativně rozhodovat o otázce platnosti či neplatnosti smlouvy. Úřad ve správním řízení posuzuje výhradně postup zadavatelů při zadávání veřejných zakázek. Na tomto místě lze obecně uvést, že zadávání veřejných zakázek je civilní kontraktační proces modifikovaný zvláštními předpisy závaznými pro zadavatele a další subjekty. Uzavření smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem je pak občanskoprávním odpovědnostním vztahem. Tedy vztah dodavatele a zadavatele je obecně chápán jako vztah soukromoprávního charakteru (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu „dále jen „**NSS**“) ze dne 20. 5. 2014, č. j. 2 Afs 23/2013-43). Případné spory ze závazkových vztahů podle OZ řeší příslušný soud.
27. Rovněž z judikatury soudů obecně vyplývá, že otázky ohledně platnosti, neplatnosti či vymahatelnosti soukromoprávních podmínek v závazkových vztazích řeší příslušné soudy, nikoli Úřad (viz rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013). K tomu lze uvést např. i rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 17/2009-114 ze dne 3. 9. 2010, v němž soud uvedl, že: *„Není to žalovaný, kdo by měl v okamžiku posuzování splnění podmínek řízení o návrhu na přezkum úkonů zadavatele podle § 113 odst. 1 ZVZ posuzovat platnost smlouvy na veřejnou zakázku (byť by se jednalo o neplatnost absolutní)“*. Ačkoli se výše citovaný rozsudek týká zadávacího řízení zadávaného podle ZVZ, lze ho aplikovat i na šetřený případ, neboť Úřad i za současné právní úpravy zadávání veřejných zakázek nedisponuje pravomocí řešit soukromoprávní spory.
28. Úkolem Úřadu je výhradně vykonávat dozor nad dodržováním zákona o zadávání veřejných zakázek. K dodržení či porušení pravidel stanovených jinými právními předpisy není oprávněn se autoritativně vyjadřovat. Úřad tedy nemá pravomoc rozhodnout o tom, zda v posuzovaném případě zadavatel platně či neplatně odstoupil od Smlouvy, když úprava odstoupení od smlouvy je zakotvena v OZ. Ostatně i v samotné Smlouvě je uvedeno,

že „Případné spory mezi stranami projedná a rozhodne příslušný obecný soud České republiky v souladu s obecně závaznými předpisy České republiky.“

29. Z pohledu přezkumu úkonů zadavatele v režimu zákona je nadto irelevantní, zda zadavatel dostal povinností vyplývajícím z jiných právních předpisů, či nikoli, resp. zda odstoupil od Smlouvy platně. Ať už totiž bylo od Smlouvy zadavatelem odstoupeno platně či nikoli, je pro posuzování zákonnosti postupu zadavatele v zadávacím řízení Úřadu důležitý okamžik ukončení zadávacího řízení. K ukončení zadávacího řízení dle zákona dochází buď zadáním veřejné zakázky, tj. okamžikem uzavření smlouvy na plnění, uzavření rámcové dohody či zavedením dynamického nákupního systému, nebo okamžikem zrušení zadávacího řízení. V daném případě bylo zadávací řízení na původní veřejnou zakázku ukončeno uzavřením Smlouvy mezi navrhovatelem a zadavatelem. Úřad nahlíží na uzavření Smlouvy jako na faktické konání zadavatele a nikoli formálně-právní optikou předpisů občanského práva.
30. Zákon rovněž nedává Úřadu pravomoc řešit takovou situaci, když má zadavatel vysoutěženo několik dodavatelů na obdobný předmět plnění. Zákonodárce nestanovuje žádná omezení v souvislosti se zahájením zadávacího řízení na plnění, které již zadavatel v minulosti vysoutěžil. I v tomto případě by se jednalo o soukromoprávní spor mezi zadavatelem a uchazeči o veřejnou zakázku, které by řešily příslušné soudy. Zákon pouze stanovuje pravidla pro zahájení dalšího zadávacího řízení na veřejnou zakázku s obdobným předmětem plnění před ukončením zadávacího řízení, a to konkrétně v § 51 odst. 4 zákona. Předmětné ustanovení § 51 odst. 4 zákona zadavateli umožňuje pomocí realizace nového zadávacího řízení na veřejnou zakázku s obdobným předmětem plnění, ale pouze v nezbytném rozsahu, překlenout období, po které původní zadávací řízení nebude dokončeno a dává zadavateli možnost zajistit v nutných případech jeho provozní potřeby. Lze tedy uzavřít, že omezení vyplývající z § 51 odst. 4 zákona by se týkalo pouze takové situace, kdy by původní zadávací řízení na veřejnou zakázku nebylo ukončeno, což však není případ právě řešené věci, když jak bylo konstatováno výše, bylo zadávací řízení na původní veřejnou zakázku skončeno uzavřením Smlouvy s navrhovatelem. Vzhledem k výše uvedenému je zřejmé, že navrhovatel tak napadá postup zadavatele, který však není zákonem zakázán, tudíž Úřad není oprávněn takovou situaci přezkoumávat.
31. Ani námitka ohledně porušení zásad v § 6 zákona není důvodná, neboť z rozkladu navrhovatele není zřejmé, jakým způsobem mělo dojít k porušení těchto zásad. Ostatně námitka porušení zásad směřuje k již ukončenému zadávacímu řízení.

K okruhu námitek navrhovatele ohledně oprávněnosti požadavku zadavatele na doložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek obalovaných směsí

32. Dle § 104 písm. a) zákona může zadavatel v zadávací dokumentaci požadovat od vybraného dodavatele jako další podmínky pro uzavření smlouvy předložení dokladů nebo vzorků vztahujících se k předmětu plnění veřejné zakázky nebo kvalifikaci dodavatele.
33. Z výše citovaného ustanovení vyplývá, že zadavatel si může v zadávací dokumentaci sjednat ještě další podmínky pro uzavření smlouvy, jejichž prokázání bude požadovat až od vybraného dodavatele. Zákon tímto ustanovením kodifikuje používanou praxi, která se postupně vyvinula za účinnosti ZVZ, kdy zadavatel v rámci součinnosti před uzavřením smlouvy požadoval po vybraném dodavateli předložení určitých dokumentů, jejichž

vyžadování od všech uchazečů v zadávacím řízení by bylo nepřiměřeně zatěžující a zbytečné. Smyslem tohoto ustanovení je zefektivnit zadávací řízení.

34. Zadavatel si v posuzovaném případě takové podmínky stanovil, a to konkrétně v čl. 15. „Podmínky pro uzavření Smlouvy“ v bodu 15.3. písm. b) zadávací dokumentace, kde je mimo jiné uvedeno: *„Vybraný dodavatel je povinen zadavateli dále na písemnou výzvu předložit: (...) doklad o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP, s minimálním výkonem 120 t/hod. Obalovna musí být schopna vyrobit asfaltové směsi tak, jak je uvedeno v kompletní dokumentaci pro danou stavbu, a ty musí mít platné průkazní zkoušky. To znamená, že musí být uvedeny na <http://www.pjpk.cz/asfaltové-smesi-obalovny/>.“* Na tomto místě lze uvést, že zadavatel v předmětném článku neuvedl, jakou formu musí mít případně předkládaný doklad o smluvním zajištění dodávek směsí. Nemusí se primárně jednat pouze o smlouvu, vybraný dodavatel by před podpisem smlouvy splnil tento požadavek i předložením např. příslibu (dle § 2884 – 2886 OZ) vlastníka obalovny umístěné v dojezdové vzdálenosti od místa realizace veřejné zakázky, že mu bude v čase realizace plnění veřejné zakázky poskytovat dodávky obalovaných směsí.
35. Úřad se zabýval přiměřeností požadavku na prokázání vlastnictví obalovny či zasmluvnění dodávek směsí v bodě 62. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad správně uvedl, že se jedná o podmínku, která má přímý vztah k předmětu plnění, neboť bez dodávky asfaltových směsí nelze realizovat předmět veřejné zakázky. Pokládka obalovaných směsí tvoří významnou část předmětu plnění veřejné zakázky, neboť s rekonstrukcí vozovky je bezesporu spojena vysoká spotřeba těchto směsí v kvalitě, která zajistí řádné splnění požadavku zadavatele na celý předmět plnění veřejné zakázky. Pro plnění předmětu veřejné zakázky, jímž je oprava krytu vozovky, včetně odvodnění v celkové délce 860 m, je dále důležité, aby si vybraný dodavatel (pokud obalovny nevlastní) zajistil obalovny v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP. Doba dopravy směsí z obalovny na staveniště má přitom vliv na kvalitu asfaltových směsí, jde tedy o materiál so specifickými vlastnostmi. Úřad zjistil, že v dojezdové vzdálenosti od dotčené stavby je možnost výběru dodávek obalovaných směsí od nejméně 25 podnikatelských subjektů, které mohou dodávat obalované směsi, což zaručuje jak konkurenční schopnost mezi obalovnami, tak i možnost značného výběru ze strany vítězného dodavatele.
36. Tvrzení navrhovatele, že zadavatel se nijak v zadávací dokumentaci nelypořádal s tím, z jakého důvodu tuto podmínku stanovil v zadávací dokumentaci, není důvodné. Zadavatel při vytváření zadávací dokumentace sleduje své potřeby a v důsledku efektivního plnění předmětu veřejné zakázky ze strany vybraného dodavatele si zadavatel může v zadávací dokumentaci stanovit takové požadavky, aby co nejlépe zajišťovaly řádné splnění předmětu veřejné zakázky. V každém případě je však zadavatel povinen v zadávacím řízení dodržet zásady podle § 6 zákona, tj. zásady transparentnosti a přiměřenosti a ve vztahu k dodavatelům musí dodržovat zásadu rovného zacházení a zákaz diskriminace. Zadavatel není povinen každou zadávací podmínku odůvodňovat v zadávací dokumentaci, avšak při tvorbě zadávacích podmínek musí pamatovat na to, aby byl své požadavky schopen v případě podání námitek odůvodnit, (a to i před Úřadem v případně vedeném správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele), čemuž zadavatel v tomto případě dostál. Ostatně zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o námitkách ze dne 21. 5. 2018 (dále jen „**rozhodnutí**“

o námitkách“) uvedl, z jakého důvodu požaduje doklad o vlastnictví obaloven nebo smluvním zajištění dodávek. Zadavatel svou argumentací v rozhodnutí o námitkách prokázal důvodnost a přiměřenost požadavku, neboť ten úzce souvisí s řádným plněním předmětu veřejné zakázky. Zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o námitkách uvedl, že *„požaduje, aby vybraný dodavatel, který byl závazně vybrán k plnění předmětu veřejné zakázky, prokázal, že je schopen zajistit řádně a včas plnění požadovaní zadavatelem mimo jiné také tím, že zadavateli předloží doklad o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek obalovaných směsí.“* Účelem předmětné podmínky zařazené v zadávací dokumentaci je totiž eliminovat riziko vzniku problémů při následné realizaci plnění po uzavření smlouvy.

37. Na základě výše uvedených skutečností je zřejmé, že námitka navrhovatele ohledně oprávněnosti požadavku zadavatele na předložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek obalovaných směsí, není důvodná. Pokud jde o tvrzení navrhovatele, že nesplnění předmětného požadavku zadavatele má stejný následek, jako nesplnění kvalifikace, Úřad se v napadeném rozhodnutí s tímto tvrzením dostatečně a správně vypořádal v bodě 64. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
38. Problematikou ohledně požadavku zadavatele doložit doklad o vlastnictví obalovny na dodávku obalovaných směsí, případně doklad o smluvním zajištění obalovny, se zabýval NSS rozsudku č. j. 1 Afs 20/2013 ze dne 27. 6. 2013 (za účinnosti ZVZ), podle něhož předmětný požadavek stanovený v rámci kvalifikačních předpokladů představoval skrytou formu nepřipustné diskriminace. Za skrytou diskriminaci lze označit situaci, kdy zadavatel stanoví technické kvalifikační předpoklady na úrovni, která je nepřiměřená složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky, a znemožní tím některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, přičemž takto požadovanou úroveň lze považovat za tzv. zjevně nepřiměřenou. NSS dovodil, že dodavatelé, kteří nevlastnili obalovnu, měli stíženou možnost navázat smluvní spolupráci s obalovnou, neboť vlastníci obaloven se rovněž hodlali účastnit zadávacího řízení veřejné zakázky. Naopak vlastníci obaloven měli větší šanci zvítězit v zadávacím řízení, neboť již při podání nabídky disponovali obalovnami. Je zřejmé, že v případě řešeném NSS zadavatel diskriminačním nastavením požadavku na kvalifikaci, znemožnil účast těch dodavatelů, kteří obalovnou nedisponovali, a přesto by byli schopni veřejnou zakázku řádně a v požadovaném rozsahu plnit. Tímto postupem zadavatel omezil konkurenční prostředí mezi dodavateli.
39. V posuzovaném případě však došlo k jiné situaci. První rozdíl spočívá v tom, že zadavatel požadoval předložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek obalovaných směsí až od vítězného dodavatele, (nikoli od všech uchazečů) v rámci součinnosti před uzavřením smlouvy ve smyslu § 104 písm. a) zákona. Předmětný požadavek tak nemohl působit vůči ostatním uchazečům diskriminačně, neboť potenciální dodavatelé, kteří byli schopni předmět veřejné zakázky plnit a měli o veřejnou zakázku zájem, mohli podat nabídku, i když obalovny nevlastnili. Zadavatel takto nastavenými podmínkami zadávací dokumentace nezvýhodňuje v zadávacím řízení uchazeče, kteří obalovny vlastní. Zadavatel tím, že v nyní projednávaném případě požadoval předmětný požadavek až od vybraného uchazeče, eliminoval neochotu vlastníků obaloven uzavírat dopředu smlouvy na zajištění spolupráce s dodavateli ve fázi zadávacího řízení, kdy nebylo zřejmé, který dodavatel zvítězí. V situaci, kdy je již známy vybraný dodavatel, nemá tento požadavek stejné účinky jako v případě řešeném NSS.

40. Velký počet obaloven v blízké vzdálenosti od místa plnění veřejné zakázky zaručuje pro vítězného dodavatele, který obalovnu nevlastní, větší volnost při výběru nejvíc mu vyhovující obalovny, se kterou naváže spolupráci při realizaci veřejné zakázky. Zároveň vlastníci obaloven nebudou motivováni odepřít vybranému dodavateli uzavření smlouvy na dodávky obalovaných směsí, jelikož v případě, kdy smlouva měla být předložena již v nabídce, při velkém zájmu stavebních společností o zakázku byl zřejmý převis poptávky (ze strany stavebních společností) nad možnostmi či ochotou obaloven. Nyní však s obalovnou jedná již vybraný dodavatel.
41. S ohledem na specifikované odlišnosti právě posuzovaného případu není možné aplikovat závěry NSS, ale je třeba konstatovat zákonnost požadavku zadavatele. Postupem zadavatele nedošlo k nepřiměřenému omezení hospodářské soutěže.
42. S ohledem na výše uvedené jsem přesvědčen o zákonnosti a věcné správnosti napadeného rozhodnutí. Závěry Úřadu obsažené v napadeném rozhodnutí jsou opřeny o právní normy a judikaturu, jsou dostatečně odůvodněny a jsou vnitřně logicky uspořádané. Úřad proto rozhodl správně a v souladu se zákonem, když rozhodl tak, jak je výše uvedeno.

VI. Závěr

43. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
44. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona nelze dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha
2. Mgr. Filip Toul, advokát, Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice

Vypraveno dne

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