



UOHSX00C0CLT

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0198/2018/VZ-05544/2019/321/OMa

Brno 28. února 2019

V řízení o rozkladu ze dne 28. 11. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské dne 30. 11. 2018 zadavatelem –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0347/2018/VZ-33289/2018/511/THI ze dne 13. 11. 2018, vydanému ve správním řízení, jež bylo zahájeno na návrh navrhovatele –
- **Dopravní stavby PROJEKCE s.r.o.**, IČO 25518101, se sídlem Železniční 547/4A, 772 00 Olomouc,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při uzavírání rámcové dohody „**Rámcová dohoda na výkon stavebního dozoru pro zakázky menšího a středního rozsahu staveb pozemních komunikací**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 17. 4. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 4. 2018 pod ev. č. zakázky Z2018-012100, ve znění oprav uveřejněných dne 25. 5. 2018, 8. 6. 2018, 11. 6. 2018, 21. 6. 2018 a 23. 7. 2018 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 4. 2018 pod zn. 2018/S 076-169559, ve znění oprav uveřejněných dne 25. 5. 2018, 8. 6. 2018, 9. 6. 2018, 21. 6. 2018 a 25. 7. 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-S0347/2018/VZ-33289/2018/511/THI ze dne 13. 11. 2018

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. 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 dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 30. 8. 2018 návrh ve smyslu § 250 zákona podaný navrhovatelem – Dopravní stavby PROJEKCE s.r.o., IČO 25518101, se sídlem Železniční 547/4A, 772 00 Olomouc (dále jen „**navrhovatel**“) – 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 4 (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při uzavírání rámcové dohody „Rámcová dohoda na výkon stavebního dozoru pro zakázky menšího a středního rozsahu staveb pozemních komunikací“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 17. 4. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 4. 2018 pod ev. č. zakázky Z2018-012100, ve znění oprav uveřejněných dne 25. 5. 2018, 8. 6. 2018, 11. 6. 2018, 21. 6. 2018 a 23. 7. 2018 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 4. 2018 pod zn. 2018/S 076-169559, ve znění oprav uveřejněných dne 25. 5. 2018, 8. 6. 2018, 9. 6. 2018, 21. 6. 2018 a 25. 7. 2018 (dále jen „**veřejná zakázka**“ a zadávací řízení na veřejnou zakázku dále jen „**zadávací řízení 2**“).
2. V návrhu navrhovatel brojil proti zadávacím podmínkám zadávacího řízení, které jsou dle navrhovatele netransparentní, nepřiměřené a diskriminační, vytvářejí překážky hospodářské soutěže a zadavatel tak znemožnil navrhovateli podat řádnou a konkurenceschopnou nabídku a účastnit se zadávacího řízení. Navrhovatel zároveň v návrhu namítal, že zadávací řízení na veřejnou zakázku bylo zahájeno, aniž by došlo k ukončení zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Rámcová smlouva na TDI (2017)“ zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 10. 2016 pod ev. č. zakázky 637611 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 7. 10. 2016 pod zn. 2016/S 194-350218 (dále jen „**původní veřejná zakázka**“

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 56 odst. 1 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

a zadávací řízení na původní veřejnou zakázku dále jen „**zadávací řízení 1**“), přičemž původní veřejná zakázka má dle navrhovatele obdobný předmět plnění jako veřejná zakázka.

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 13. 11. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0347/2018/VZ-33289/2018/511/THI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým výrokem I. rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel pravidlo stanovené v § 51 odst. 4 zákona, neboť zahájil zadávací řízení 2 na veřejnou zakázku před ukončením zadávacího řízení 1 na původní veřejnou zakázku, a tato původní veřejná zakázka má obdobný předmět plnění, přičemž postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
4. Výrokem II. napadeného rozhodnutí pak Úřad uložil zadavateli dle § 263 odst. 2 zákona nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení 2 na veřejnou zakázku. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli dle § 263 odst. 8 zákona zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí pak Úřad dle § 266 odst. 1 zákona uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
5. Výrok I. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tím, že vymezení předmětu zadávacích řízení 1 a 2 je obdobné – zadavatelem uváděné odlišnosti Úřad považuje rovněž v podstatné části za shodné, přičemž ze zákona vyplývá, že stačí obdobný předmět plnění a nemusí se jednat o zcela shodný předmět. Úřad dále k výroku I napadeného rozhodnutí dodal, že zadavatel zadávací řízení 2 zahájil před ukončením zadávacího řízení 1 a dále že byl ovlivněn výběr dodavatele z toho důvodu, že zadávací řízení ani nemělo proběhnout, tím pádem neměl být ani žádný dodavatel vybrán.
6. Výrok II. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tak, že Úřad je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy nezákonného stavu. A vzhledem k tomu, že se zadavatel dopustil svého pochybení již samotným zahájením zadávacího řízení 2, když toto zadávací řízení zahájil, aniž k tomu byl podle zákona oprávněn, pak Úřad považuje toto zadávací řízení za nezákonné od samotného počátku a jako jediné možné opatření k nápravě určil zrušení zadávacího řízení 2.
7. Výrok III. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tak, že vzhledem k tomu, že Úřad napadeným rozhodnutím ve výroku II. uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení 2, musel dle § 263 odst. 8 zákona uložit zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení 2.
8. Výrok IV. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tím, že vzhledem k tomu, že Úřad tímto napadeným rozhodnutím ve výroku II. uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení 2, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení dle § 266 odst. 1 zákona.

III. Rozklad zadavatele

9. Dne 30. 11. 2018 doručil zadavatel Úřadu rozklad ze dne 28. 11. 2018 proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 15. 11. 2018. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

10. Zadavatel nejprve v rozkladu blíže rozebírá ustanovení § 51 odst. 4 zákona, přičemž dochází k závěru, že veřejnou zakázkou s obdobným předmětem je nutno rozumět takovou veřejnou zakázkou, která by nahrazovala plnění v původním zadávacím řízení. K tomu zadavatel dodává, že Úřad neposoudil, zda předmět veřejné zakázky nahrazuje předmět původní veřejné zakázky – tedy zda by byl zmařen účel zadávacího řízení 1. Postup Úřadu při posouzení této problematiky považuje zadavatel za zcela formalistický a odtržený od smyslu a účelu daného ustanovení zákona.
11. Zadavatel dále uvádí, že již ve svém vyjádření k návrhu uváděl skutečnosti, ze kterých jednoznačně vyplývá, že budou realizovány oba dva předměty dle obou veřejných zakázek, Úřad však toto dle zadavatele nijak nereflektoval a ani nerozporoval – z toho důvodu je dle zadavatele napadené rozhodnutí v této části zcela nepřezkoumatelné.
12. Zadavatel dále uvádí, že obě veřejné zakázky se odlišují rozdílným očekávaným finančním objemem a s tím souvisejícími odlišnými zadávacími podmínkami. Obě rámcové smlouvy tedy míří na realizační smlouvy o různé hodnotě, a zadavatel dodává, že převážně i různého typu, a uzavřením veřejné zakázky nedojde ke zmaření účelu smlouvy na původní veřejnou zakázkou – nejedná se tak o zakázkou s obdobným předmětem plnění ve smyslu § 51 odst. 4 zákona.
13. Zadavatel rovněž uvádí, že v původní veřejné zakázce stanovil nedostatečně vysokou předpokládanou hodnotu, což ho vedlo k zahájení zadávacího řízení 2 na veřejnou zakázkou, která má vyšší předpokládanou hodnotu.
14. Zadavatel se také v rozkladu vyjadřuje k tomu, že nebyl povinen výslovně v zadávací dokumentaci uvádět, že a jakým způsobem budou veřejné zakázky následně rozděleny, ale povinným obsahem rámcové dohody dle zákona jsou pouze cenové podmínky – nebyl tedy povinen výslovně v zadávací dokumentaci definovat odlišnost předmětu plnění zadávacího řízení 2 od jiného zadávacího řízení, a zadavatel je přesvědčen, že je povinen vhodně prokázat zákonnost svého postupu například až v řízení před Úřadem, nikoliv již přímo v zadávací dokumentaci. Úřad tak dle zadavatele rovněž nedostatečně zjistil skutkový stav věci, což vedlo k nesprávnému posouzení věci a napadené rozhodnutí je v tomto smyslu nepřezkoumatelné.
15. Zadavatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, dle kterého kvalifikační požadavky nevymezují předmět plnění, neboť kvalifikační předpoklady musí zadavatel určit vždy přiměřeně ve vztahu k předmětu veřejné zakázky – a jsou tak zjevně nedílnou součástí vymezení předmětu plnění.
16. Zadavatel se následně vyjadřuje ke specifické povaze veřejné zakázky na uzavření rámcové smlouvy. Dochází k závěru, že veřejná zakázka na uzavření rámcové dohody je speciální veřejná zakázka, jelikož na jejím základě nedochází k žádnému plnění, nevymezuje žádný předmět plnění, ale vymezuje pouze rámcové podmínky, na základě kterých poté budou jednotlivé předměty plnění specifikovány v rámci dílčích veřejných zakázek, a není tedy možné dospět k závěru, že dvě rámcové dohody mají stejný předmět plnění. Dále zadavatel zmiňuje méně rigidní přístup k výkladu § 51 odst. 4 zákona v rámci rámcových smluv a vymezení pojmu „obdobný předmět plnění“ oproti standardním smlouvám o dílo, neboť

realizace jedné rámcové smlouvy nevyklučuje realizaci jiné rámcové smlouvy, stejně jako existence rámcové smlouvy sama o sobě nezakládá povinnost zadavatele dle ní cokoli poptávat.

17. K této problematice zadavatel uvádí analogii, dle které oprava dálnice D1 a oprava dálnice D2 nebudou považovány za obdobné plnění, a to i za předpokladu, že na obou dálnicích budou prováděny totožné práce – zadávací řízení na tyto dvě stavební zakázky tak mohou být realizovány současně, dle zadavatele obdobně jako v projednávané věci.
18. Zadavatel tak shrnuje, že napadené rozhodnutí je založené na neúplném zjištění skutkového stavu, na nesprávném právním posouzení věci, je formalistické a zcela proti smyslu a účelu ustanovení § 51 odst. 4 zákona a současně je i částečně nepřezkoumatelné.

Závěr rozkladu

19. Zadavatel v rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

20. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. 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 dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a zákonně. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou podrobně rozvedeny důvody, na základě kterých jsem napadené rozhodnutí potvrdil a zadavatelem podaný rozklad zamítl.

V. K námitkám rozkladu

Výklad § 51 odst. 4 zákona relevantní pro daný případ

23. Klíčovým pro posouzení daného případu je výklad § 51 odst. 4 zákona. Dle tohoto ustanovení může zadavatel zahájit zadávací řízení na veřejnou zakázku s obdobným předmětem plnění pouze tehdy, pokud to vyžadují jeho provozní potřeby a veřejná zakázka bude zadána pouze v nezbytně nutném rozsahu na nezbytně nutnou dobu. Systematicky je pak nutné dané ustanovení zařadit do části druhé zákona – základní ustanovení o zadávacích řízeních. Z uvedeného vyplývá, že dané ustanovení se použije pro všechny druhy a typy zadávacích řízení, pokud ty konkrétně nestanoví jinak.
24. Předmětem veřejné zakázky je uzavření rámcové dohody. Rámcovou dohodu je systematicky možné zařadit do části šesté zákona – zvláštní postupy. Konkrétně rámcová dohoda je pak

upravena v §§ 131-137 zákona. Z daných ustanovení, jež podrobněji rozebírají specifika a principy fungování rámcových dohod v oblasti veřejných zakázek, nevyplývá, že by bylo ustanovení § 51 odst. 4 zákona pro rámcové dohody jakkoliv dotčeno.

25. Na základě uvedeného je tak nutné konstatovat, že § 51 odst. 4 zákona se pro rámcové dohody použije, neboť se jedná o obecné ustanovení zákona aplikované na všechny typy zadávacích řízení, a úprava rámcové dohody v zákoně aplikaci tohoto ustanovení na rámcové dohody nevyklučuje a ani nijak jinak neupravuje. Účel a důsledky daného ustanovení jsou tak obdobné jak pro běžné veřejné zakázky, tak pro rámcové dohody.
26. Po posouzení systematiky ustanovení § 51 odst. 4 zákona v návaznosti na právě projednávaný případ je nutné toto ustanovení podrobněji rozebrat. Ustanovení § 51 odst. 4 zákona stanovuje podmínky, které umožní zadavateli zahájit zadávací řízení na obdobný předmět veřejné zakázky, jako má již zahájené a neukončené jiné zadávací řízení. Dané ustanovení má primárně dvě funkce – preventivní a ochrannou. Preventivní funkce, dle které toto ustanovení de facto zakazuje, aby zadavatel zahajoval zadávací řízení na předmět veřejné zakázky, než dokončí zadávací řízení s obdobným předmětem, chrání potenciální dodavatele před zneužitím takového postupu (zadavatel by tímto způsobem de facto učinil zadávání veřejných zakázek netransparentním a byla by narušena hospodářská soutěž). Obdobně se k této funkci vyjadřuje i komentářová literatura, ve které je například uvedeno, že *„[t]oto zákonné ustanovení představuje ochranu dodavatelů proti tomu, aby souběžně u jednoho zadavatele probíhalo více zadávacích řízení se shodným předmětem plnění (tedy ochranu před možným zneužitím a/nebo proti účelovému souběhu více zadávacích řízení s obdobným předmětem).“* (DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ; a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 319). Výjimky v daném ustanovení uvedené však vyvolávají ochrannou funkci § 51 odst. 4 zákona. Chrání zadavatele před tím, aby nestandardní situace jakkoliv ovlivnily jeho běžné fungování – pro to však musí být splněny podmínky uvedené v daném ustanovení, konkrétně tedy, že to *„vyžadují provozní potřeby“* a veřejná zakázka musí být zadána *„pouze v nezbytně nutném rozsahu na nezbytně nutnou dobu“*. Rovněž tato funkce daného ustanovení je blíže charakterizována v komentářové literatuře, ve které je například uvedeno, že *„[k]omentované ustanovení umožňuje zadavateli pomocí realizace nového zadávacího řízení na veřejnou zakázku s obdobným předmětem, ale pouze v nezbytném rozsahu, překlenout období, po které původní zadávací řízení dosud nebude dokončeno. Tento postup se uplatní typicky tehdy, pokud původní zadávací řízení bylo zahájeno relativně včas, ale oproti předpokladům dochází k jeho průtahům, v jejichž důsledku pravděpodobně dojde k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky příliš pozdě (například až po skončení původní smlouvy na plnění, jehož kontinuální poskytování je pro zadavatele nezbytné).“* (PODEŠVA, V; a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, str. 214).
27. Dané ustanovení tedy stanovuje, kdy je postup zadavatele v souladu se zákonem (kdy může zahájit zadávací řízení s obdobným předmětem plnění, jako má již probíhající zadávací řízení) – funkce ochranná, a je z něj rovněž možné vyvodit, jaký postup zadavatele je v rozporu se zákonem (tedy pokud zahájí zadávací řízení s obdobným předmětem zakázky, jako má již probíhající zadávací řízení, a nejsou splněny podmínky uvedené v § 51 odst. 4 zákona) –

funkce preventivní. V rámci aplikace tohoto ustanovení na rámcové dohody je pak nutné dospět k závěru, že se na rámcové dohody aplikují i funkce tohoto ustanovení.

28. Na základě uvedeného je tedy možné konstatovat, že při posuzování postupu zadavatele je nutné brát ohled i na funkce ustanovení § 51 odst. 4 zákona (především pak funkci preventivní) i při uzavírání rámcové dohody. Z toho pak vyplývá, že při posuzování shodného předmětu plnění, jak je uvedeno v § 51 odst. 4 zákona, je nutné u rámcových dohod brát v úvahu právě tyto rámcové dohody jako celky, a nikoliv pouze následně na ně navazující realizační smlouvy a jejich jednotlivá plnění.

Aplikace uvedeného na daný případ

29. Zadavatel především v rozkladu namítá, že ačkoliv je předmět veřejné zakázky obdobný, nenahradí plnění veřejné zakázky plnění původní veřejné zakázky, neboť se jedná o plnění na základě rámcových smluv, a každá z daných rámcových smluv dle zadavatele směřuje na realizační smlouvy jiného rozsahu a druhu. Dle zadavatele se tedy na základě původní veřejné zakázky budou plnit jiné realizační smlouvy, než na základě veřejné zakázky.
30. Pro posouzení toho, zda v daném případě došlo k porušení § 51 odst. 4 zákona, je nutné porovnat především předmět veřejné zakázky a původní veřejné zakázky. To však již správně učinil Úřad především v bodech 115 – 155 odůvodnění napadeného rozhodnutí, a dospěl k závěru, že předměty veřejné zakázky a původní veřejné zakázky jsou obdobné. Proti tomu ostatně nic nenamítá ani zadavatel, který totožnost předmětu veřejných zakázek ospravedlňuje především tím, že se jedná o rámcové smlouvy, a proto nedojde k situaci, ve které by plnění veřejné zakázky nahradilo plnění původní veřejné zakázky, a že prostřednictvím daných zakázek budou realizovány různé dílčí realizační smlouvy.
31. Na základě zjištění Úřadu, při porovnání oznámení o zahájení zadávacích řízení 1 a 2 uveřejněných ve Věstníku veřejných zakázek, ze zadávací a kvalifikační dokumentace k zadávacímu řízení 2 a ze zadávací dokumentace zadávacího řízení 1, z příloh a vzorů rámcových smluv obou veřejných zakázek a nakonec i z hodnot dílčích veřejných zakázek, které budou zadávány na základě rámcových dohod, je nutné dospět k závěru, že předměty veřejné zakázky a původní veřejné zakázky jsou obdobné, z velké části pak zcela totožné.
32. Jelikož jsou předměty zadávacích řízení obdobné, je nutné, jak správně v rozkladu uvádí zadavatel, posoudit judikaturou stanovený závěr, zda by plnění veřejné zakázky nahradilo plnění původní veřejné zakázky. Tento závěr však není možné posuzovat s odkazem na jednotlivé realizační smlouvy rámcových dohod, ale na samotné rámcové dohody (k tomu viz body 23-28 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
33. Rámcové dohody je nutné v tomto ohledu posuzovat zdánlivě přísněji než běžné veřejné zakázky, nikoliv volněji, jak předpokládá zadavatel, a to zejména z toho důvodu, že u rámcových dohod bývá předmět plnění neurčitý a méně specifikovaný co se týče jeho konkrétních podrobností, než je tomu u veřejných zakázek, u kterých je předem jasně definován rozsah plnění, a tím pádem je u nich snadnější porovnat, zda mají obdobný předmět plnění – z toho důvodu je nutné rámcové dohody posuzovat zdánlivě přísněji než ostatní veřejné zakázky. Tato přísnost také vyplývá z preventivního účelu ustanovení § 51 odst. 4 zákona – má chránit dodavatele, aby nedošlo ke zneužití zákona zadavatelem, což by bezprostředně hrozilo, pokud by nastal souběh zadávacích řízení s obdobným

předmětem plnění. A za obdobný předmět plnění je možné u rámcových dohod chápat takový předmět plnění, dle kterého by bylo možné plnit na základě obou rámcových dohod obdobnou realizační smlouvu. Již za takové situace by hrozilo, obdobně jako u běžné veřejné zakázky, zneužití zákona zadavatelem. I sám zadavatel uvádí, že jelikož se jedná o rámcové dohody, není dopředu jisté, zda na jejich základě bude realizovat plnění vůbec nějaké dílčí veřejné zakázky – tím spíše je však nutné zabránit tomu, aby souběžně běžela dvě zadávací řízení, na základě kterých by mohl zadavatel uzavřít realizační smlouvu se stejným plněním, neboť by stálo pouze na vůli zadavatele, zda se původní veřejná zakázka stane obsoletní, a všechna plnění bude realizovat pouze prostřednictvím nové rámcové dohody – za takových okolností je možnost zneužití zákona zadavatelem naprosto zřejmá a bezprostředně hrozí narušení hospodářské soutěže, potažmo ochrany dodavatelů.

34. Pokud bychom přejali tezi zadavatele, dle které by měly být rámcové dohody s ohledem na ustanovení § 51 odst. 4 zákona posuzovány volněji (tedy že by ustanovení § 51 odst. 4 zákona porušovaly pouze takové rámcové dohody, na základě nichž by reálně došlo k tomu, že nová rámcová dohoda nahradí předmět plnění původní rámcové dohody), stalo by se ustanovení § 51 odst. 4 zákona pro rámcové dohody de facto zbytečné. Jelikož by ad absurdum zadavatel mohl vždy konstatovat, že na základě rámcové dohody nemusí plnit žádnou realizační smlouvu, pak by vždy mohl rovněž konstatovat, že novější rámcová dohoda nenahrazuje předmět plnění původní rámcové dohody, neboť na základě jedné z nich nemohl z nepředvídatelných důvodů plnit. A protože by na základě takového přístupu nikdy nebylo možné aplikovat ustanovení § 51 odst. 4 zákona na rámcové dohody (fakticky), pak je zřejmé, že takový přístup je v rozporu se smyslem a účelem zákona, neboť z jeho systematiky jednoznačně vyplývá, že uvedené ustanovení se má aplikovat rovněž na rámcové dohody (viz body 23-25 odůvodnění tohoto rozhodnutí), a proto je nutné dané ustanovení při posuzování rámcových dohod vykládat extenzivně.
35. Pokud tedy uvedené závěry aplikujeme na daný případ, je možné jednoznačně konstatovat, že předmět plnění veřejné zakázky nahrazuje předmět plnění původní veřejné zakázky, neboť vzhledem k totožnosti jejich předmětů (viz bod 31 odůvodnění tohoto rozhodnutí) mohou na jejich základě být zadávány dílčí realizační smlouvy, jejichž plnění se budou nahrazovat. Může tedy dojít k situaci, kdy předmět plnění na základě původní veřejné zakázky bude nahrazen plněním veřejné zakázky – tedy situaci, kterou reflektuje § 51 odst. 4 zákona, jenž zapovídá souběh takovýchto řízení. Tvzení, která dle zadavatele obě zadávací řízení odlišují, nebyla ani řádně doložena a vysvětlena, jak bude odůvodněno dále.
36. Je tedy možné uzavřít, že předmět plnění původní veřejné zakázky a veřejné zakázky je obdobný ve smyslu § 51 odst. 4 zákona. Pokud je naplněna tato podmínka, pak dle daného ustanovení platí, že zadavatel nesmí takové zadávací řízení na veřejnou zakázku zahájit.
37. Výjimku, dle které zadavatel může takto postupovat, pokud to vyžadují provozní potřeby zadavatele a veřejná zakázka bude zadána pouze v nezbytně nutném rozsahu a na nezbytně nutnou dobu (obě tyto podmínky musí platit kumulativně), není možné aplikovat na právě projednávaný případ. Zadavatel ani neprokazoval podmínky výjimky dle § 51 odst. 4 zákona, neboť předpokládal, že tento na daný případ nebude vůbec aplikován a uvedené skutečnosti se tedy vůbec nedovolával. Z informací, které má Úřad, rovněž nic nenasvědčuje tomu, že by byly splněny podmínky výjimky dle § 51 odst. 4 zákona. Zadavatel sice uvádí, že si až následně uvědomil, že předpokládaná hodnota původní veřejné zakázky

je nedostačující pro plnění všech jeho potřeb, a aby nedošlo k jejímu překročení, musel zahájit nové zadávací řízení s obdobným předmětem plnění. Uvedené tvrzení však spíše nasvědčuje tomu, že zadavatel nesprávně stanovil rozsah veřejné zakázky, ale tím pádem rovněž vyvrací tvrzení zadavatele, že od počátku zamýšlel zadat tyto dvě veřejné zakázky na odlišná plnění, tedy odlišit okruhy budoucích zakázek. Ve spojení se závěry zadavatele ohledně odlišnosti požadovaných veřejných zakázek zadavatel předem ani nyní neosvětlil a nedoložil, co (mimo jím tvrzeného nedostatečného finančního limitu) brání realizaci původní veřejné zakázky (první rámcové dohody) a teprve v případě jejího blížícího se „vyčerpání“ zahájení zadávacího řízení na novou rámcovou dohodu. Nadto tvrzení o přesném rozdělení jednotlivých realizačních veřejných zakázek včetně jejich hodnot doložil zadavatel až v řízení o rozkladu – takovéto vymezení však ani z jedné z veřejných zakázek nevyplývá (k tomu podrobněji viz dále). Z doloženého dokumentu navíc nevyplývá, že zadavatel bezpochyby překročí předpokládanou hodnotu, kterou si stanovil pro původní veřejnou zakázku a ani kdy by tak případně mělo nastat. Z uvedeného dokumentu rovněž nevyplývá, s odkazem na posouzení celkových předpokládaných nákladů akce (předpokládané hodnoty stavebních nákladů), přímé rozdělení mezi obě veřejné zakázky, když původní veřejná zakázka předpokládá celkovou hodnotu stavebních nákladů do 1,8 mld. Kč bez DPH (veřejná zakázka do 2 mld. Kč bez DPH), a ze zadavatelem poskytnutého seznamu předpokládaných rámcových smluv vyplývá, že nejvyšší předpokládané náklady akce v něm uvedené činí cca 1,4 mld. Kč. Ani z uvedeného tedy není nikterak prokázáno, že by zadavatel nemohl plnit podle původní veřejné zakázky rovněž realizační veřejné zakázky, jež uvádí, že budou realizovány prostřednictvím veřejné zakázky. To vše je navíc za situace, kdy ani nejsou splněny další podmínky této výjimky (na nezbytnou dobu v nezbytném rozsahu), k čemuž lze například uvést, že by musely být zadávací podmínky veřejné zakázky nastaveny tak, aby bylo pouze překlenuto období, po němž běží zadávací řízení 1 – viz bod 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Takto však zadávací podmínky veřejné zakázky nastaveny nejsou a uvedená výjimka se na daný případ neaplikuje. Zároveň platí, že výjimku uvedenou v daném ustanovení je nutné aplikovat restriktivně – přičemž zadavatel při zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku neuváděl žádné důvody pro aplikaci § 51 odst. 4 zákona, byť by je v té době již musel mít postaveny na jisto.

38. K dané části odůvodnění tohoto rozhodnutí je tedy možné uzavřít, že je nutné § 51 odst. 4 zákona aplikovat na rámcové dohody v plném rozsahu, ovšem samozřejmě pouze v rámci posouzení situací, na něž § 51 odst. 4 zákona dopadá. V daném případě jednoznačně došlo k tomu, že předmět plnění veřejné zakázky mohl nahrazovat předmět plnění podle původní veřejné zakázky, přičemž nebyly naplněny podmínky, které by odůvodňovaly zahájení takového zadávacího řízení, a zadavatel tedy zahájil zadávací řízení 2 v rozporu se zákonem.

K ostatním námitkám zadavatele

39. Zadavatel v rozkladu dále k části, ve které se zabýval podrobným výkladem termínu „obdobný předmět plnění“, namítá, že jednoznačně uváděl skutečnosti, dle kterých budou realizovány oba dva předměty plnění a to jak na základě veřejné zakázky, tak rovněž na základě původní veřejné zakázky, a že Úřad tyto skutečnosti nijak nereflekoval a nerozporoval.
40. K této námitce zadavatele je nutné zopakovat, že při výkladu § 51 odst. 4 zákona pro rámcové smlouvy je nutné pojem „obdobný předmět plnění“ vykládat extenzivně, a tedy

nestačí, aby zadavatel doložil, že podle obou rámcových smluv bude plnit různé dílčí veřejné zakázky, ale musí být doloženo, že podle veřejné zakázky ani nemůže dojít k plnění, které by nahrazovalo plnění původní veřejné zakázky. K tomu blíže viz body 33-34 odůvodnění tohoto rozhodnutí.

41. Obecně vzato je možné souhlasit s argumentací zadavatele, že není nezbytné, aby již z obsahu rámcové dohody a zadávacího řízení vedoucího k jejímu uzavření vyplývalo rozdělení realizačních smluv dle finančního objemu či věcného charakteru staveb – nejedná se o povinný obsah rámcové dohody. Avšak v případě, že zadavatel zahajuje zadávací řízení, podle něž může poskytovat obdobné plnění jako u běžícího zadávacího řízení dříve zahájeného, měl by i v případě rámcových dohod dopředu odlišit již v zadávacích podmínkách, jaké realizační smlouvy budou předmětem plnění, aby bylo z uvedeného zřejmé, proč takováto plnění nenahrazují plnění podle dřívější veřejné zakázky. Tak dostojí povinnosti, že budou dodrženy zásady zadávacího řízení, bude vyloučena možná libovůle zadavatele, budou ochráněni dodavatelé, mimo jiné tím, že budou dopředu vědět, jaké plnění bude zadavatel požadovat, a bude umožněn přezkum takového postupu zadavatele.
42. Z uvedeného a rovněž z argumentace představené v bodech 33-34 odůvodnění tohoto rozhodnutí tedy vyplývá, že Úřad ani tyto skutečnosti nemusel reflektovat či rozporovat, protože nejsou pro posouzení daného případu relevantní. Úřad zároveň uvedené ani nemohl rozporovat, neboť dodavatel neposkytl relevantní důkazy, které by jednoznačně potvrdily, že podle jednotlivých zakázek nemohou být plněna stejná plnění, a neměl tedy postaveno na jisto, zda k takové skutečnosti dojde či nikoliv – danou skutečnost by za takové situace mohl posoudit až zpětně, v okamžiku realizace rámcové dohody.
43. Zadavatel dále namítá, že se obě veřejné zakázky liší svými zadávacími podmínkami, a na jejich základě budou zadávány odlišné veřejné zakázky. Rovněž uvádí, že na jejich základě budou realizovány různé typy veřejných zakázek (pro původní veřejnou zakázku převážně stavební zakázky na opravy a údržbu, pro veřejnou zakázku převážně stavební zakázky na investiční akce). I sám zadavatel však uvádí, že dané typy stavebních zakázek budou využívány v rámci jednotlivých veřejných zakázek „převážně“. A jelikož pro daný případ platí, že podle veřejné zakázky a rovněž podle původní veřejné zakázky mohou být realizovány obdobné dílčí veřejné zakázky, je nutné konstatovat, že ani tato argumentace zadavatele není aplikovatelná na daný případ. Rovněž je nutné odkázat na body 40-42 odůvodnění tohoto rozhodnutí.
44. Zadavatel také namítá to, že pro každou veřejnou zakázku byly jinak nastaveny kvalifikační předpoklady, v důsledku čehož se podstatně odlišoval okruh potenciálních dodavatelů daných veřejných zakázek. Zároveň zadavatel nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že kvalifikační předpoklady nevymezují předmět plnění, neboť kvalifikační předpoklady mají být vždy přiměřené k předmětu veřejné zakázky – a jsou nedílnou součástí vymezení předmětu veřejné zakázky.
45. Nejprve je nutné souhlasit se zadavatelem v tom, že kvalifikační předpoklady musí být vždy přiměřené k předmětu veřejné zakázky. Zároveň je však nutné zdůraznit, jak uvádí i sám zadavatel, že mají primárně vliv na okruh dodavatelů, kteří se o dané veřejné zakázky uchází. Přísněji nastavené kvalifikační předpoklady tedy obecně vzato mohou znamenat jiný okruh dodavatelů ucházejících se o veřejnou zakázku, tato skutečnost však nemusí mít žádný

dopad na plnění, které je prostřednictvím veřejné zakázky poskytováno. Primárním pro vymezení předmětu plnění je právě jeho vymezení, kvalifikační předpoklady mohou danou skutečnost maximálně dokreslit.

46. Je rovněž podstatné rozlišovat při takovémto posuzování to, zda jsou kvalifikační předpoklady nastaveny obsahově výrazně odlišně, či jsou rozdíly mezi kvalifikačními předpoklady založeny pouze na různé míře přísnosti v rámci totožného obsahu kvalifikačních předpokladů. Při první situaci mohou takto různé kvalifikační předpoklady lépe indikovat rozdílnost předmětu veřejné zakázky, zatímco u druhé situace by musel být rozdíl míry v rámci obsahově totožných kvalifikačních předpokladů znatelně většího rozsahu, aby mohl ukazovat obdobnou rozdílnost předmětu veřejné zakázky. Přísněji nastavené kvalifikační předpoklady nevylučují možnost realizovat plnění všech dílčích veřejných zakázek pouze na základě jedné z rámcových smluv.
47. V daném případě byly kvalifikační předpoklady veřejné zakázky nastaveny přísněji než kvalifikační předpoklady původní veřejné zakázky. Především je nutné zmínit prokazatelnou praxi osob podílejících se na plnění veřejné zakázky. Například dle bodu 4.3. Technické kvalifikace dle ust. § 79 odst. 2 písm. d) zákona veřejné zakázky má být u osoby vykonávající činnost asistenta správce stavby nebo správce stavby prokazatelnou praxí při realizaci minimálně dvou zakázek spočívající ve výkonu funkce vedoucího oddělení nebo správce stavby nebo zástupce/asistenta správce stavby na stavbě min. dvoupruhové pozemní komunikace realizované podle smluvních podmínek FIDIC ve finančním objemu celkových stavebních nákladů této stavby minimálně 750 000 000 Kč, zatímco pro obdobné ustanovení kvalifikačních předpokladů původní veřejné zakázky se jedná o alespoň jednu stavbu s finančním objemem minimálně 250 000 000 Kč. Tyto rozdíly byly mezi oběma veřejnými zakázkami, co se týče kvalifikačních předpokladů, nejmarkantnější.
48. V daném případě však není možné dospět k závěru, že takovéto nastavení kvalifikačních předpokladů způsobuje, že by plnění na základě veřejné zakázky nikdy nenahrazovalo a ani nemohlo nahradit plnění podle původní veřejné zakázky (a to i z důvodu, že se jednalo pouze o rozdíly v míře přísnosti obsahově totožných kvalifikačních předpokladů) – ostatně, v předcházejících částech odůvodnění tohoto rozhodnutí bylo odůvodněno, že zadavatel může zadávat totožná plnění jak podle původní veřejné zakázky, tak podle veřejné zakázky, a to i za situace, kdy se částečně liší jejich kvalifikační předpoklady. V kontextu uvedených kvalifikačních předpokladů je dále nutné zmínit, že z oznámení o zadávacím řízení 1 vyplývá, že „stavební dozor“ se bude týkat staveb pozemních komunikací do výše předpokládané hodnoty stavebních nákladů 1,8 mld. Kč bez DPH, zatímco z vysvětlení zadávací dokumentace č. 63 k zadávacímu řízení 2 vyplývá, že „stavební dozor“ se bude týkat staveb se stavebními náklady do 2 mld. Kč bez DPH. V kontextu velikosti nákladů těchto staveb (a skutečnosti, že rozdíl předpokládaných stavebních nákladů původní veřejné zakázky a předpokládaných stavebních nákladů veřejné zakázky je zanedbatelný), je nutné konstatovat, že tyto rozdíly mezi zmíněnými kvalifikačními předpoklady jednotlivých veřejných zakázek nejsou nikterak relevantní pro posouzení § 51 odst. 4 zákona v daném případě, a to navíc za situace, kdy je předmět veřejných zakázek vymezen obdobně ve smyslu skutečností uvedených v předcházejících částech odůvodnění tohoto rozhodnutí.
49. Zadavatel nakonec uvádí ve svém rozkladu dle něj analogickou situaci, dle které by například oprava dálnice D1 a oprava dálnice D2 nebyly považovány za obdobné plnění ve smyslu

§ 51 odst. 4 zákona, a to i za předpokladu, že na obou dálnicích budou prováděny totožné práce. Zadavatel dospívá k závěru, že zadávací řízení na obě tyto stavební zakázky mohou být realizovány současně. To je dle zadavatele analogické k tomu, že na základě rámcové dohody uzavřené ve veřejné zakázce budou prováděny jiné stavby než na základě rámcové dohody uzavřené v původní veřejné zakázce.

50. Primárně není možné danou analogii zadavatele akceptovat, neboť oprava dálnice D1 a oprava dálnice D2 budou skutečně dvě různé na sobě nezávislé veřejné zakázky, jejichž předmětem bude právě oprava dálnice D1, potažmo oprava dálnice D2, ale tento předmět je zjevně vymezen pro obě veřejné zakázky odlišně a je vždy poměrně různorodý. Na základě jedné veřejné zakázky by nemohlo dojít k plnění druhé veřejné zakázky a naopak, a to i protože opravy jednotlivých dálnic mají svá specifika (například předchozí stav, podloží, prostředí apod.), zatímco výkon stavebního dozoru se v rámci jednotlivých zakázek do takové míry neliší. Není tedy možné danou situaci považovat za analogickou k situaci, dle které může pomocí obou veřejných zakázek docházet k obdobnému plnění.
51. Lze tak uzavřít, že zadavatel porušil ustanovení § 51 odst. 4 zákona, když zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku za situace, kdy nebylo ukončeno zadávací na původní veřejnou zakázku, přičemž obě veřejné zakázky mají obdobný předmět plnění a na daný případ se nevztahuje výjimka z tohoto pravidla uvedená v daném ustanovení.
52. Ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným, přičemž zároveň konstatuji, že napadené rozhodnutí je přezkoumatelné. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že zadavatel postupoval v zadávacím řízení v rozporu se zákonem, přičemž zjištěný skutkový stav Úřad přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní předpisy (a v nich obsažené právní normy), které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.

VI. Závěr

53. 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.
54. 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 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.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4,
2. Dopravní stavby PROJEKCE s.r.o., Železniční 547/4A, 772 00 Olomouc

Vypraveno dne:

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