



UOHSX00BDE4K

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0207/2018/VZ-20874/2018/533/HKu

Brno: 16. července 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 31. 5. 2018 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha,
- navrhovatel – ROBSTAV stavby k.s., IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské Předměstí, 397 01 Písek, ve správním řízení zastoupen 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,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky – „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,

rozhodl takto:

I.

Návrh navrhovatele – ROBSTAV stavby k.s., IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské Předměstí, 397 01 Písek – ze dne 31. 5. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha – učiněných při zadávání veřejné zakázky – „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, **se v části, která směřuje proti postupu zadavatele**

při odstoupení od smlouvy o dílo č. 05PU-001328 ze dne 3. 10. 2016 uzavřené na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“, jejíž zadávací řízení bylo zahájeno dne 21. 3. 2016 a následnému zahájení zadávacího řízení na jmenovanou veřejnou zakázku – „I/19 Plíškovice – Mirovice, 4. etapa“ **podle ustanovení § 265 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona.

II.

Návrh navrhovatele – ROBSTAV stavby k.s., IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské Předměstí, 397 01 Písek – ze dne 31. 5. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha – učiněných při zadávání veřejné zakázky – „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, **se 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 ustanovení § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Uveřejněním výzvy na profilu zahájil zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha (dále jen „zadavatel“), podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 19. 4. 2018 zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice, 4. etapa“ (dále jen „veřejná zakázka“). Veřejná zakázka byla na profilu zadavatele: <https://www.tenderarena.cz/profil/zakazka/detail.jsf?id=183829> uveřejněna pod systémovým číslem P18V00138590.
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle informací uvedených na profilu zadavatele v oddílu „Základní údaje“ – „Stručný popis“: „*Odfrézování povrchu dnešní vozovky v tloušťce 50 - 150mm, provedení recyklace za studena RS CA tl.200 mm, podkladní vrstva z ACP tl. 80 mm, ložná vrstva z ACL 22 S tl. 70 mm, obrusná SMA 8S tl. 30 mm (...)*“. V dokumentu „Odůvodnění veřejné zakázky“ ze dne 19. 4. 2018 je v bodu 2. „Stručný popis předmětu veřejné zakázky“ mj. uvedeno: „*Předmětem zakázky je oprava krytu vozovky, včetně odvodnění v celkové délce 860 m. Stavba zahrnuje povrchovou úpravu vozovky silnice I/19 v úseku Plíškovice a část obce Mirovice k železničnímu přejezdu. (...) Cílem navržených úprav je oprava krytu a ložné vrstvy vozovky s předpokládanou životností min. 25 let, pro pohodlnější a bezpečnější provoz vozidel a pro zajištění funkce odvodnění. Oprava stávající vozovky spočívá ve frézování vrchních vrstev z asfaltového betonu (...). Následně bude provedeno rozfrézování povrchu (...) homogenizace rozfrézovaného materiálu v příčném profilu, reprofilace, zhutnění, provedení úpravy hydraulickým pojivem na místě. Následuje provedení recyklace za studena (...). Na takto připravenou vrstvu položit podkladní vrstvu ACP*“.

225 min. v tloušťce 80 mm, ložnou vrstvu z asfaltové směsi typu asfaltový beton (...) min. v tloušťce 70mm s modifikovaným asfaltovým pojivem (...) a na závěr položit obrusnou vrstvu z asfaltové směsi typu mastixového asfaltu (...) v tloušťce 30mm.“. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadavatel stanovil dle „Odůvodnění veřejné zakázky“ ze dne 19. 4. 2018 na 11 000 000 Kč.

3. Dne 9. 5. 2018 doručil dodavatel – ROBSTAV stavby k.s., IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské Předměstí, 397 01 Písek, ve správním řízení zastoupen 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“) – zadavateli »Námítky proti zadávací dokumentaci veřejné zakázky na stavební práce „I/19 Plíškovice-Mirovice, 4. etapa“« z téhož dne (dále jen „námítky“). Rozhodnutím o námítkách ze dne 21. 5. 2018, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne (dále jen „rozhodnutí o námítkách“), zadavatel námítky navrhovatele odmítl.
4. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námítkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 31. 5. 2018 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Součástí návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele byl i návrh na nařízení předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

5. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dne 31. 5. 2018, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.
6. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0207/2018/VZ-16336/2018/533/HKu ze dne 4. 6. 2018.
8. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0207/2018/VZ-17075/2018/533/HKu ze dne 8. 6. 2018 Úřad zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření dle § 61 odst. 1 správního řádu, jímž by měl být zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.
9. Usnesením č. j. ÚOHS-S0207/2018/VZ-17353/2018/533/HKu ze dne 14. 6. 2018 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení provede a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
10. Usnesením č. j. ÚOHS-S0207/2018/VZ-18826/2018/533/HKu ze dne 26. 6. 2018 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
11. Dne 29. 6. 2018 nahlédl do spisu zástupce zadavatele (Ing. Vladimír Kotek). Plná moc ze dne 28. 6. 2018 k nahlédnutí do spisu a protokol o nahlížení do spisu je součástí správního spisu.

Obsah návrhu

12. Navrhovatel v čl. I. „Námítky zadavateli a jejich odůvodnění“ návrhu podrobně shrnuje obsah námitek ze dne 9. 5. 2018, kde mj. uvádí, že z důvodu platnosti smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a navrhovatelem zadavatel není, podle názoru navrhovatele, oprávněn vést současné zadávací řízení na prověřovanou veřejnou zakázku. V čl. II. „Rozhodnutí zadavatele o námitkách“ navrhovatel uvádí informace týkající se doručení a obsahu rozhodnutí zadavatele o podaných námitkách. V čl. III. „Návrh na přezkoumání úkonů zadavatele“ navrhovatel uvádí, že má se zadavatelem uzavřenou platnou smlouvu o dílo, jejímž předmětem je mj. plnění, které je předmětem plnění zadávané veřejné zakázky. Dále upřesňuje důvody, na základě nichž je přesvědčen, že od předmětné smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a navrhovatelem bylo 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 č. 2 ze dne 21. 11. 2017) a rovněž další povinnosti vyplývající ze smlouvy (dokončení díla v „Době pro dokončení ve smyslu Pod – čl. 8.2 VOP/ZOP“, dodržení „Doby pro uvedení díla do provozu“, předložení aktualizovaného harmonogramu v termínu podle pokynu Správce stavby podle Pod – čl. 8.3. VOP/ZOP, udržování platnosti bankovní záruky podle Pod – čl. 4.2 VOP/ZOP), ačkoliv jejich nesplnění bylo právě důvodem zadavatele pro odstoupení od předmětné smlouvy. V čl. V. návrhu k tomu navrhovatel dodává, že předmětnou veřejnou zakázku nelze realizovat pro dosud platnou smlouvu o dílo uzavřenou s navrhovatelem.
13. Dále v čl. III. „Návrh na přezkoumání úkonů zadavatele“ návrhu navrhovatel upozorňuje na podmínku pro uzavření smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku uvedenou v čl. 15 bodu 15.3. písm. b) zadávací dokumentace, podle níž je vybraný dodavatel na písemnou výzvu povinen předložit doklad o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištěním 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.
14. Navrhovatel se domnívá, že předmětná podmínka má za cíl vyřadit uchazeče, kteří obalovnu nevlastní nebo s ní nemají uzavřenou rámcovou kupní smlouvu. Navrhovatel je toho názoru, že zadavatel přistupuje k obalovnám jako k subjektům, které nemají zájem směsi prodávat. Upozorňuje, že v dojezdové vzdálenosti je celkem 25 obaloven (pozn. Úřadu: podrobný seznam obaloven navrhovatel uvedl v čl. I. „Námítky zadavateli a jejich odůvodnění“ návrhu), a že předmětnou podmínku zadavatel vložil do zadávací dokumentace beztoho, aniž by byla její potřebnost jakkoli odůvodněná. Současně se navrhovatel domnívá, že uvedená zadávací podmínka je tzv. „ušíta“ na míru velkým stavebním firmám, které obalovny vlastní, a které nemají důvod dávat potvrzení o zasmluvnění dodávek směsí. Navrhovatel se domnívá, že uvedeným postupem zadavatel omezil okruh potenciálních dodavatelů, čímž podle jeho názoru omezil možnost dosáhnout co nejnižší ceny za realizaci veřejné zakázky.
15. V čl. IV. návrhu navrhovatel uvádí, že má za to, že zadavatel porušil svým postupem § 6 a násl. zákona tím, že nedodržel zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákaz diskriminace. Navrhovatel uvádí, že mu *„hrozí újma spočívající v tom, že se nebude moci uvedené veřejné zakázky účastnit a provést zadávanou veřejnou zakázku a dosáhnout tak na veřejné zakázce zisku, respektive snížení vzniklé škody.“*

16. Z výše uvedených důvodů se navrhovatel v čl. V. návrhu domáhá zrušení „zadávací dokumentace“ nebo „zrušení napadené zadávací podmínky“. Navrhovatel rovněž požaduje zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a to z důvodu nemožnosti její realizace pro dosud platnou smlouvu o dílo s navrhovatelem.

Vyjádření zadavatele k návrhu

17. Ve svém vyjádření k návrhu ze dne 8. 6. 2018, které bylo Úřadu doručeno dne 11. 6. 2018, zadavatel vyjadřuje přesvědčení, že vymezil zadávací podmínky veřejné zakázky v souladu se zákonem. Současně zadavatel uvádí, že byl oprávněn zahájit zadávací řízení, neboť v současné době neprobíhá žádné jiné zadávací řízení s obdobným předmětem plnění.
18. Zadavatel uvádí, že dne 3. 10. 2016 uzavřel s navrhovatelem smlouvu o dílo na základě zadávacího řízení s označením „I/19 Plíškovice – Mirovice“. Předmětem plnění smlouvy byla oprava krytu a obnova souvrství pomocí recyklace za studena. Dále zadavatel uvádí, že v průběhu plnění smlouvy od této smlouvy odstoupil a navrhovateli řádně doručil oznámení o odstoupení od smlouvy, přičemž část navrhovatelem nerealizovaného plnění dle smlouvy je nyní součástí plnění předmětné veřejné zakázky.
19. Zadavatel dodává, že od smlouvy odstoupil řádně, v souladu se smlouvou a zákonem č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Uvádí, že byl oprávněn od smlouvy odstoupit v případě opakovaného a soustavného porušování povinností navrhovatele, a že od smlouvy odstoupil zejména z toho důvodu, že plnění nebylo dokončeno a zprovozněno v době pro dokončení a v době pro uvedení do provozu. Zadavatel je toho názoru, že rozhodování o platnosti či neplatnosti předčasného ukončení smlouvy, kdy navíc o konečné platnosti či neplatnosti odstoupení může v případě sporu rozhodnout pouze příslušný soud, nemá jakýkoliv dopad na zadávací řízení veřejné zakázky. Dodává, že byl oprávněn zahájit zadávací řízení na veřejnou zakázku vzhledem k tomu, že zadávací řízení původní veřejné zakázky bylo ukončeno a potřeba zadavatele na rekonstrukci vozovky stále trvá.
20. K požadavku na doložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP s minimálním výkonem 120t/hod, zadavatel uvádí, že nepožaduje, aby dodavatelé podávající nabídku v rámci zadávacího řízení prokázali, že pro plnění předmětu veřejné zakázky budou disponovat obalovnou, nýbrž požaduje, aby vybraný dodavatel, tedy subjekt, který byl závazně vybrán k plnění předmětu veřejné zakázky, prokázal, že je schopen zajistit řádně a včas plnění požadované zadavatelem mimo jiné také tím, že zadavateli předloží doklad o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek obalovaných směsí. Zadavatel upřesňuje, že tímto klade požadavek ve vztahu k obalovně na subjekt, který by již v závěrečné fázi zadávacího řízení měl mít postaveno najisto, jakým konkrétním způsobem zajistí splnění předmětu veřejné zakázky. Zadavatel má za to, že předmětný požadavek je přiměřený předmětu veřejné zakázky, neboť s rekonstrukcí vozovky je bezesporu spojena relativně vysoká spotřeba obalovaných směsí v kvalitě, která zajistí řádné plnění požadavků zadavatele na celý předmět plnění veřejné zakázky.
21. Zadavatel považuje argumentaci navrhovatele za mylnou a vnitřně rozpornou. Uvádí, že je oprávněn před podpisem smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky od vybraného

dodavatele požadovat, aby tento již byl na plnění veřejné zakázky přiměřeně připraven. Požadavek zadavatele na doklad o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek obalovaných směsí nemůže podle názoru zadavatele vést k diskriminaci menších či středních dodavatelů, kteří jsou pro plnění veřejné zakázky kvalifikovaní, neboť i tito dodavatelé vzhledem ke své odbornosti musí vědět, jakým způsobem a jakými prostředky budou předmět veřejné zakázky plnit. Zadavatel dodává, že pokud by vybraný dodavatel před podpisem smlouvy se zadavatelem nevěděl, jakým způsobem zajistí realizaci veřejné zakázky, pak se podle názoru zadavatele nejedná o kvalifikovaného odborníka, se kterým by měl zadavatel uzavírat smlouvu a ohrozit vynakládání veřejných finančních prostředků.

22. S hledem na vše shora řečené zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítnul.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

23. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení a stanovisek předložených účastníky řízení, provedeného šetření a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení zadavatele

24. Úřad v šetřeném případě nejprve ověřil postavení zadavatele podle § 4 zákona.
25. Ustanovení § 4 zákona definuje zadavatele veřejné zakázky, přičemž z odst. 1 písm. c) citovaného ustanovení zákona vyplývá, že veřejným zadavatelem je státní příspěvková organizace.
26. Z úplného znění zřizovací listiny zadavatele ze dne 11. 3. 2016, ve znění dodatku č. 1 až 11 vyplývá, že zadavatel byl zřízen jako státní příspěvková organizace, a to Ministerstvem dopravy České republiky. Dle § 1 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů, je Ministerstvo dopravy ústřední orgán státní správy.
27. Na základě uvedených skutečností je zřejmé, že zadavatel je veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona, neboť je státní příspěvkovou organizací a je povinen postupovat při zadávání předmětné veřejné zakázky dle zákona.

K výroku I. tohoto rozhodnutí (část návrhu týkající se neplatnosti odstoupení od smlouvy a nemožnosti zahájit následné zadávací řízení)

Relevantní ustanovení zákona

28. Dle § 51 odst. 4 zákona před ukončením zadávacího řízení zadavatel může zahájit zadávací řízení na veřejnou zakázku s obdobným předmětem plnění pouze tehdy, pokud
- to vyžadují provozní potřeby zadavatele a
 - veřejná zakázka bude zadána pouze v nezbytně nutném rozsahu a na nezbytně nutnou dobu.

29. Dle § 222 odst. 1 zákona není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona.
30. Dle § 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.
31. Dle § 265 písm. c) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona.

Relevantní ustanovení dalších právních předpisů

32. Dle § 1 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), ustanovení právního řádu upravující vzájemná práva a povinnosti osob vytvářejí ve svém souhrnu soukromé právo. Uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného.
33. Dle § 12 občanského zákoníku každý, kdo se cítí ve svém právu zkrácen, může se domáhat ochrany u orgánu vykonávajícího veřejnou moc (dále jen „orgán veřejné moci“). Není-li v zákoně stanoveno něco jiného, je tímto orgánem veřejné moci soud.
34. Dle § 574 občanského zákoníku na právní jednání je třeba spíše hledět jako na platné než jako na neplatné.

Skutečnosti vyplývající z obdržení podkladů

35. Z dokumentace doložené Úřadu navrhovatelem, zadavatelem a z veřejně dostupných informací (Věstník veřejných zakázek) plyne, že dne 3. 10. 2016 uzavřel zadavatel s navrhovatelem smlouvu o dílo (č. smlouvy 05PU-001328) na realizaci veřejné zakázky, resp. stavby s názvem „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále jen „Smlouva“), a to v návaznosti na otevřené zadávací řízení, které bylo zahájeno dne 21. 3. 2016 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení a které bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 31. 3. 2016 pod ev. č. 631810.
36. Ve Smlouvě je mj. uvedeno: „Případné spory mezi stranami projedná a rozhodne příslušný obecný soud České republiky v souladu s obecně závaznými předpisy České republiky.“
37. V „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2. VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 (dále jen „Oznámení o odstoupení od Smlouvy“), které bylo podle dodejky

doručeno dodavateli (tu navrhovatel) dne 18. 1. 2018 a na adresu ČECH & TOUL, sdružení advokátů, Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice bylo předmětné Oznámení o odstoupení od Smlouvy podle dodejky doručeno dne 5. 1. 2018, je mj. uvedeno: „(...) podle Pod-čl. 15.2 Smluvních podmínek pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem ve Znění zvláštních podmínek (VOP/ZOP) s okamžitou účinností odstupujeme od části Smlouvy o dílo č. 05PU-001328 a to části týkající se dosud neprovedeného plnění, z důvodu soustavného a opakovaného porušování smluvních povinností Zhotovitelem a zejména proto, že Zhotovitel nepostupoval v souladu s opakovanými výzvami našeho Klienta k nápravě ze dne 10. 11. 2017 a ze dne 21. 11. 2017 (...). Veškeré do tohoto okamžiku vzniklé sankce a jiné našemu Klientovi vzniklé škody z důvodu porušení povinností Zhotovitelem uplatníme a budeme požadovat uhradit vůči Vaší společnosti coby Zhotoviteli.“.

Právní posouzení

38. Úřad uvádí, že navrhovatel v této části návrhu zejména **napadá postup** zadavatele **týkající se odstoupení od Smlouvy**, která byla uzavřena s navrhovatelem v návaznosti na předchozí zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „I/19 Plíškovice – Mirovice“, zadávanou a zadanou v roce 2016 (viz odstavec 35 odůvodnění tohoto rozhodnutí) dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“). Navrhovatel má za to, že smluvní vztah založený Smlouvou stále trvá, neboť odstoupení od Smlouvy ze strany zadavatele nebylo učiněno platně a tedy s ohledem na stále platnou Smlouvu zadavatel dle názoru navrhovatele **nebyl oprávněn zahájit současné zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku**.
39. Úřad konstatuje, že navrhovatel de facto tvrdí, že zadavatel neplatně odstoupil od Smlouvy na původní veřejnou zakázku a nemůže tak zahájit zadávací řízení na veřejnou zakázku za situace, pokud je na (předchozí) zadávací řízení s obdobným předmětem plnění uzavřena platná smlouva. Úřad vzhledem ke vzneseným pochybnostem navrhovatele o souladnosti postupu zadavatele se zákonem považuje za vhodné se nejprve vyjádřit k otázce, zda vůbec zákon stanovuje zákaz zahájení zadávacího řízení, čili zda některá z ustanovení zákona zapovídají zadavateli zahájit zadávací řízení; a pokud ano, tak za jakých podmínek zadavatel není oprávněn zahájit zadávací řízení.
40. Pro zde posuzovaný případ platí, jak vyplývá z doložené dokumentace, stejně tak z obsahu návrhu a vyjádření zadavatele, že dne 3. 10. 2016 zadavatel uzavřel s navrhovatelem na jmenovanou původní veřejnou zakázku Smlouvu (tzn. Smlouvu na realizaci stavby „I/19 Plíškovice – Mirovice“). Tato veřejná zakázka byla zadána postupem dle ZVZ. Následně (cca po roce plnění ze Smlouvy), z důvodu zadavatelem tvrzeného porušení smluvních podmínek ze strany navrhovatele, zadavatel oznámil navrhovatel, že od Smlouvy odstupuje. Zadavatel v tomto ohledu zastává názor, že vzhledem k úkonům, které byly učiněny, nemá v současné době smluvně zajištěno dokončení realizace stavby, která byla předmětem veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“ v původně plánovaném rozsahu, neboť, dle jeho názoru, platně odstoupil od uzavřené smlouvy. Navrhovatel v tomto ohledu, z logiky věci, zastává názor odlišný. Vzhledem k této skutečnosti, ukončení smluvního vztahu na plnění předmětu původní veřejné zakázky, zadavatel zahájil dne 19. 4. 2018 zadávací řízení na nyní prověřovanou veřejnou zakázku (veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice, 4. etapa“).

41. Smyslem posouzení ze strany Úřadu nyní tak mimo jiného je, jak vyplývá z již řečeného, zda byl zadavatel za této situace oprávněn zahájit zadávací řízení na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice, 4. etapa“.
42. Úřad uvádí, že zákon v tomto ohledu – omezení možnosti zahájení zadávacího řízení – obsahuje pouze ustanovení § 51 odst. 4 zákona. Dané ustanovení zákona stanovuje, že před ukončením zadávacího řízení zadavatel může zahájit zadávací řízení na veřejnou zakázku s obdobným předmětem plnění pouze tehdy, pokud to vyžadují provozní potřeby zadavatele a veřejná zakázka bude zadána pouze v nezbytně nutném rozsahu a na nezbytně nutnou dobu. Z citovaného ustanovení zákona explicitně vyplývá, že řeší (ne)možnost zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku s obdobným předmětem v době, kdy dosud **nebylo ukončeno zadávací řízení původní veřejné zakázky**. Zadavatel tak před ukončením zadávacího řízení může zahájit zadávací řízení na veřejnou zakázku s obdobným předmětem plnění pouze za situace, když to vyžadují jeho provozní potřeby a veřejná zakázka bude zadána pouze v nezbytně nutném rozsahu a na nezbytně nutnou dobu, přičemž tyto obě uvedené podmínky musí být splněny kumulativně. Ustanovení § 51 odst. 4 zákona tak 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. Předmětné ustanovení zákona tak dopadá např. na situace, kdy oproti předpokladům dochází k prodloužení původního zadávacího řízení a je tak zřejmé, že k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky dojde příliš pozdě a pro zadavatele je např. nezbytná kontinuita plnění, které poptává v daném zadávacím řízení. Jak je zřejmé z právě uvedeného, navrhovatelem napadaný postup zadavatele je však odlišný od situace, na kterou by dopadalo uvedené ustanovení zákona, tzn. § 51 odst. 4 zákona. Omezení, které vyplývá z ustanovení § 51 odst. 4 zákona, by se věci týkalo pouze v případě, pokud by původní zadávací řízení na veřejnou zakázku nebylo ukončeno, jak je explicitně uvedeno v § 51 odst. 4 zákona (srov. znění § 51 odst. 4 zákona „před ukončením zadávacího řízení“).
43. K výše uvedenému Úřad doplňuje, že v předchozí i současné právní úpravě zákonodárce vymezil v zásadě dva způsoby ukončení zadávacího řízení, a to okamžikem uzavření smlouvy nebo zrušením zadávacího řízení (srov. hlava VIII „Ukončení zadávacího řízení“ – § 82 ZVZ a § 84 ZVZ; srov. znění § 51 odst. 1 zákona; současně je možno poznamenat, že zákon nově zná i speciální způsob ukončení zadávacího řízení, a to ve smyslu § 40 odst. 4 zákona marným uplynutím zadávací lhůty). Z obsahu doložené dokumentace a ostatně i z obsahu návrhu však plyne, že původní zadávací řízení na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“ bylo ukončeno, neboť zadavatel uzavřel s navrhovatelem v návaznosti na výsledek tohoto původního zadávacího řízení dne 3. 10. 2016 Smlouvu. Není tedy sporu o to, zda bylo původní zadávací řízení na veřejnou zakázku ukončeno. Jak je zřejmé z výše uvedeného, původní zadávací řízení na veřejnou zakázku bylo ukončeno uzavřením Smlouvy dne 3. 10. 2016. Jestliže tedy zadávací řízení na původní veřejnou zakázku bylo ukončeno uzavřením Smlouvy (ze které bylo následně plněno), neklade zákon zadavateli překážku zahájit zadávací řízení nové a návrh tak ani nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona. Zákonodárce tedy nestanovuje žádná pravidla či povinnosti v souvislosti se zadávacím řízením na plnění, které již zadavatel v minulosti vysoutěžil. Rozhodnutí zadavatele o tom, že zahájí zadávací řízení (pokud mu zákon v zahájení nečiní překážku) je tedy věcí zadavatele vycházející pouze z jeho úvah a potřeb

a zákon v tomto směru zadavateli neklade žádné překážky. V uvedeném případě zadavateli nic nebránilo zahájit zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku, neboť předchozí zadávací řízení s obdobným předmětem plnění bylo ukončeno. Tu Úřad poznamenává, že ani není předmětem přezkumu ze strany Úřadu situace, pokud by měl zadavatel za této situace např. vysoutěženo více dodavatelů na totožné plnění (tzn., nejednalo by se o situaci, na kterou by dopadalo ustanovení § 51 odst. 4 zákona). V intencích namítaných skutečností ve spojení i s další argumentací navrhovatele (k tomuto v podrobnostech viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí) tak navrhovatel napadá postup zadavatele, který zadavatel není povinen dodržovat podle tohoto zákona. Ostatně ani sám navrhovatel v tomto ohledu nekonkretizuje, jakým způsobem by mělo dojít k porušení zákona zadavatelem.

44. V dalším se Úřad vyjádří k argumentaci navrhovatele týkající se údajné neplatnosti odstoupení od Smlouvy ze strany zadavatele. Úřad i zde, pro úplnost, doplňuje již uvedené v předchozím odstavci odůvodnění tohoto rozhodnutí, že ani ve vztahu k neplatnosti odstoupení od Smlouvy navrhovatel neuvádí, jakým způsobem by zadavatel porušil zákon. Co se týká problematiky odstoupení od smlouvy, Úřad podotýká, že ZVZ ani zákon neupravují komplexně problematiku odstoupení od smlouvy. Ve vztahu k ZVZ lze zmínit, že tato právní norma upravovala pouze situaci popsanou v ustanovení § 82 odst. 8 ZVZ, přičemž citované ustanovení dopadá na situaci, kdy dodavatel uvedl v nabídce informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohly mít vliv na výsledek zadávacího řízení. Ve vztahu k zákonu je možno podotknout, že zákon do určité míry reguluje ukončení závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku v ustanovení § 223 zákona. V dalším se však na odstoupení od smlouvy vztahují jiné právní předpisy, typicky občanský zákoník. Ostatně z ustanovení § 223 odst. 3 zákona vyplývá, že zadavatel má právo ukončit závazek ze smlouvy i na základě jiných právních předpisů. Následné spory o platnosti nebo neplatnosti odstoupení od Smlouvy ze strany zadavatele však nemají na právo zadavatele zahájit další zadávací řízení žádný vliv, zákon danou problematiku ostatně ani neřeší, nestanovuje pro takovou situaci žádná pravidla. Uvedené však nic nemění na tom, že s takovým jednáním zadavatele jsou spojeny i případné důsledky, a to zejména za situace, není-li od smlouvy odstoupeno řádně; zákon (stejně tak rozhodovací pravomoc Úřadu) však na tuto situaci nedopadá. Úřad konstatuje, že případný spor mezi stranami o platnosti nebo neplatnosti odstoupení od uzavřené Smlouvy mezi zadavatelem a navrhovatelem je soukromoprávní povahy. V tomto lze odkázat na ustanovení § 1 odst. 1 a § 12 občanského zákoníku, kdy práva a povinnosti osob jsou právem soukromým, přičemž kdo se cítí být na právech zkrácen, může se domáhat ochrany; pokud není občanským zákoníkem stanoveno jinak, je tímto orgánem soud (k tomu dále viz následující odstavec odůvodnění tohoto rozhodnutí).
45. Z výše uvedených důvodů se tedy Úřad blíže nezabýval skutečnostmi uváděnými v návrhu, jež se týkají důvodů pro odstoupení zadavatele od Smlouvy, ani neposuzoval, zda zadavatel při odstoupení od Smlouvy postupoval v souladu se stanovenými smluvními podmínkami, neboť toto Úřadu ani v rámci jeho kompetencí nepřísluší. Toto dovodil i Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013, z něhož obecně vyplývá, že otázku platnosti, neplatnosti či vymahatelnosti soukromoprávních podmínek řeší soudy, nikoliv Úřad, který by měl ve správním řízení posuzovat výhradně postup zadavatelů při zadávání veřejných zakázek. Pro úplnost Úřad upozorňuje na skutečnost, že rovněž 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.“ Úřad dodává, že odstoupení od smlouvy je jednostranné právní jednání. Obecně z ustanovení § 574 občanského zákoníku plyne, že na právní jednání je třeba spíše hledět jako na platné než jako na neplatné. Rozhodnutí o tom, zda odstoupení od Smlouvy v daném případě bylo ze strany zadavatele učiněno správně, jak již Úřad uvedl výše, není oprávněn činit Úřad, nýbrž případně příslušný soud, pakliže by se navrhovatel nezákonnosti zadavatelem učiněného úkonu dovolával.

46. Úřad k výše uvedenému dodává, že jeho kompetence při výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy jsou vymezeny v ustanovení § 248 zákona. Podle citovaného ustanovení zákona je Úřadu svěřen dozor nad dodržováním pravidel stanovených zákonem o zadávání veřejných zakázek 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, kterými jsou uzavírání rámcové dohody (§ 131 zákona a násl.), dynamický nákupní systém (§ 138 zákona a násl.) a soutěž o návrh (§ 143 zákona a násl.). Ustanovení § 248 zákona podává taxativní výčet úkolů, které Úřad při dozoru vykonává, a to:
- Podle ustanovení § 248 odst. 1 písm. a) a b) zákona Úřad rozhoduje o tom, **zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky nebo při zvláštním postupu** postupoval v souladu se zákonem, případně **zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení**, je v souladu se zákonem. Jedná se tak o standardní základní posouzení zákonnosti postupu zadavatele.
 - Podle ustanovení § 248 odst. 1 písm. c) a d) zákona Úřad **ukládá nápravná opatření a rozhoduje o návrhu na ukončení fáze inovačního partnerství** podle § 267 zákona.
 - Podle ustanovení § 248 odst. 1 písm. e) zákona Úřad **kontroluje podle zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole (kontrolní řád), soulad úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek** se zákonem.
 - Podle ustanovení § 248 odst. 2 zákona má Úřad zvláštní **pravomoc přezkoumávat rovněž veřejné zakázky malého rozsahu, pokud je zadavatel zadává některým z druhů zadávacího řízení**.
 - Podle ustanovení § 248 odst. 2 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.
47. Vzhledem k tomu, že v prověřovaném případě navrhovatel napadá úkon zadavatele spočívající v odstoupení od Smlouvy a následném zahájení zadávacího řízení na obdobný předmět plnění, je tedy zřejmé, že navrhovatel v této části návrhu směřuje proti úkonům a postupu zadavatele, které stojí mimo režim zákona o zadávání veřejných zakázek. Zákon zadavateli ve vztahu ke zde řešené problematice nestanovuje žádné povinnosti či postup, který by byl povinen dodržovat. Ostatně ani Úřad není kompetentní k tomu, aby rozhodoval o údajné neplatnosti odstoupení od Smlouvy zadavatelem, stejně tak není příslušný k tomu,

aby rozhodoval o tom, zda je např. neefektivní, aby měl zadavatel vysoutěženo více dodavatelů na obdobný předmět plnění.

48. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele dle ustanovení § 265 písm. c) zákona v části, která směřuje proti postupu zadavatele při odstoupení od Smlouvy a následnému zahájení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, neboť návrh v této části nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona. Z tohoto důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí [část návrhu týkající se stanovení zadávací podmínky v kapitole 15. „Podmínky pro uzavření Smlouvy“ v bodu 15.3. písm. b) zadávací dokumentace na předložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek obalovaných směsí]

Relevantní ustanovení zákona

49. Dle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
50. Dle § 6 odst. 2 zákona musí ve vztahu k dodavatelům zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
51. Dle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
52. Dle § 53 odst. 4 zákona, věty první může zadavatel v případě zjednodušeného podlimitního řízení použít jednotlivá pravidla pro zadávací řízení pro nadlimitní režim.
53. 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.
54. Dle § 122 odst. 3 písm. b) zákona zadavatel odešle vybranému dodavateli výzvu k předložení dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 zákona.
55. Dle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

56. V čl. 15. „Podmínky pro uzavření Smlouvy“ bodu 15.3. písm. b) zadávací dokumentace je 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-směsi-obalovny/>“.*

57. V „Příloze k formuláři pro ocenění nabídky I/19 Plíškovice – MIROVICE“, číslo a název rozpočtu 101, jsou mj. uvedeny specifikace položek požadovaných stavebních prací, z nichž Úřad příkladmo uvádí:

Všeobecné konstrukce a práce (dokumentace skutečného provedení, dopravně inženýrské opatření pro označení objízdné trasy po dobu stavby, včetně jeho údržby po celou dobu stavby a odstranění, vytýčení, zajištění a ochrana vnějších znaků podzemních vedení, zaměření skutečného provedení),

Zemní práce (odstranění podkladu vozovek a chodníků s asfaltovým pojivem, odvoz do 20 km, frézování vozovek asfaltových, odvoz části materiálu do 5 km, čištění krajnic od nánosu, čištění příkopu od nánosu, zatrubnění příkopu závažkovou zeminou, zemina do závažek, obsyp potrubí bez prohození sypaniny, obsyp potrubí kamenivem),

Základy a zvláštní zakládání (úprava podloží hydraulickým pojivem),

Vodorovné konstrukce (lože pod potrubí v otevřeném výkopu ze štěrkopísku),

Komunikace („VRST PRO OBNOVU A OPR RECYK ZA STUD CEM A ASF EM TL DO 250 MM“, zpevnění krajnic z recyklovaného materiálu, infiltrační postřik z emulze, spojovací postřik z modifik asfaltu – plocha 5350 m², asfaltový beton pro ložní vrstvy ACL – plocha 5350 m², asfaltový beton pro podkladní vrstvy – plocha 5350 m², asfaltový koberec mastixový modifikovaný – plocha 5350 m², plocha ze štěrkodrtě, asfaltový recyklát),

Potrubí (ručně vytvořená betonová horská vpust', mříž plastová s litinovým rámem, kanalizační potrubí, napojení plastového potrubí do stávající betonové roury, odstranění stávajícího žlabu, dodávka a montáž štěrbinového betonového žlabu),

Ostatní konstrukce a práce („VODOR DOPRAV ZNAČ BARVOU“, „VODOR DOPRAV ZNAČ PLASTEM STRUKTURÁLNÍ NEHLUČNÉ – DOD A POKLÁDKA“, řezání asfaltového krytu vozovek, „TĚSNĚNÍ DILATAČ SPAR ASF ZÁLIVKOU MODIF PRŮŘ DO 600MM²“, očištění asfaltových vozovek zatmelením).

Právní posouzení

58. V dané části návrhu navrhovatel brojí proti podmínce uvedené v čl. 15. „Podmínky pro uzavření Smlouvy“ v bodu 15.3. písm. b) zadávací dokumentace (viz odstavec 56 odůvodnění tohoto rozhodnutí), v níž si zadavatel vyhradil, že před podpisem smlouvy vyzve vybraného dodavatele, mj. k předložení dokladů prokazujících vlastnictví obalovny v dojezdové vzdálenosti či smluvní zajištění dodávek obalovaných směsí. Podle názoru navrhovatele je tato podmínka neodůvodněná, diskriminační, porušující zásadu transparentnosti a rovného zacházení a omezující dodavatele, kteří obalovnu nevlastní nebo nemají uzavřenou smlouvu na dodávky směsí. Navrhovatel se domnívá, že ačkoliv je předmětný požadavek podmínkou před uzavřením smlouvy, jeho nesplnění bude mít stejný efekt jako nesplnění kvalifikace (*„je zřejmé, že nesplnění této podmínky, ať je kvalifikační anebo pro uzavření smlouvy, povede k tomu, že nabídka subjektu, která by byla vybrána jako nejvhodnější [,] bude vyřazena a dotyčný subjekt vyloučen anebo v případě podmínky pro uzavření smlouvy nebude smlouva o dílo uzavřena, což bude mít v obou případech efekt stejný.“*). Navrhovatel rovněž upozorňuje na skutečnost, že v dojezdové vzdálenosti je provozováno 25 obaloven. Domnívá se, že předmětnou podmínku zadavatel vložil do zadávací dokumentace, bez toho aniž by byla její potřebnost

jakkoli odůvodněná. Navrhovatel je přesvědčen, že předmětná podmínka je tzv. „ušíta“ pro velké stavební firmy, které obalovny vlastní, a které, podle jeho názoru, nemají důvod dávat mimo těmto potvrzení o zasmluvnění dodávek asfaltových směsí.

59. S ohledem na obsah návrhu a argumentaci navrhovatele se Úřad při posuzování daného případu zabýval tím, zda je rozporovaný požadavek na prokázání vlastnictví obalovny či zasmluvnění dodávek směsí odůvodněný a dále posoudil, zda zadavatel stanovením předmětného požadavku mohl porušit zásadu zákazu diskriminace, přiměřenosti, transparentnosti a rovného zacházení, a zda mohl stanovením této podmínky ovlivnit výběr dodavatele.
60. Jak vyplývá z pravidel pro podlimitní režim, dle části třetí zákona „Podlimitní režim“, konkrétně z ustanovení § 53 odst. 4 zákona, zákon ve zjednodušeném podlimitním řízení zadavateli umožňuje, aby použil jednotlivá pravidla pro zadávací řízení pro nadlimitní režim. Zadavatel tedy může dle shora citovaného ustanovení zákona použít jednotlivá pravidla stanovená pro nadlimitní režim, případně může použít i jiná kritéria kvalifikace dodavatele, než jsou uvedena v části čtvrté zákona. Snahou zákonodárce je učinit tento druh zadávání (zjednodušené podlimitní řízení) časově i administrativně méně náročným oproti jiným druhům zadávání, avšak zadavatel může v rámci svého postupu ve smyslu ustanovení § 53 odst. 4 zákona aplikovat pravidla i z části čtvrté zákona „Nadlimitní režim“.
61. V šetřeném případě zadavatel dané možnosti využil, a ačkoliv pro zadání prověřované veřejné zakázky použil zjednodušené podlimitní řízení, v čl. 15. zadávací dokumentace si mj. vyhradil „podmínky pro uzavření smlouvy“, tzn., ve smyslu § 53 odst. 4 zákona využil možnosti stanovení pravidla, která je výslovně upraveno v případě postupu v nadlimitním režimu (kdy je zadavatel oprávněn stanovit další podmínky pro uzavření smlouvy, tato problematika je upravena v § 104 zákona). Úřad uvádí, že ustanovení § 104 zákona dává zadavateli možnost požadovat pouze po vybraném dodavateli, aby předtím, než s ním bude uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky, předložil zadavateli další dokumenty a doklady než ty, které předkládal ve své nabídce, příp. žádosti o účast. Předmětné ustanovení zákona tak vymezuje další podmínky, které musí vybraný dodavatel před uzavřením smlouvy splnit. Smyslem předmětného ustanovení zákona je zefektivnit zadávací řízení a minimalizovat zátěž účastníků zadávacího řízení tím, že některé doklady nejsou vyžadovány od všech účastníků zadávacího řízení, ale pouze od vybraného dodavatele. Pokud si tak zadavatel v zadávací dokumentaci vyhradí, má vybraný dodavatel povinnost předložit zadavateli další doklady nebo vzorky, které se vztahují k předmětu plnění veřejné zakázky či případně ke kvalifikaci dodavatele. Zadavatel může například požadovat po vybraném dodavateli předložení dokladů a vzorků, které se nevztahují pouze ke kvalifikaci, nýbrž i k předmětu plnění. Toto pravidlo specifikované v citovaném ustanovení § 104 zákona, pak může zadavatel v rámci zjednodušeného podlimitního řízení uplatnit obdobně, jak vyplývá z § 53 odst. 4 zákona. Zadavatel této možnosti využil a v rámci čl. 15. zadávací dokumentace si vyhradil požadavky, které požaduje splnit po vybraném dodavateli před uzavřením smlouvy.
62. Za účelem posouzení odůvodněnosti předmětného požadavku se Úřad zabýval nejprve jeho charakterem ve vztahu k předmětu plnění, tzn., posuzoval, zda byl předmětný požadavek stanoven s ohledem na předmět plnění. Jak vyplývá z popisu předmětu plnění v dokumentu „Odůvodnění veřejné zakázky“ (viz odstavec 2 odůvodnění tohoto rozhodnutí), prověřovaná

veřejná zakázka je zadavatelem zadávána za účelem provedení povrchové úpravy krytu vozovky v délce 860 m. Podle přílohy k formuláři pro ocenění nabídky, která obsahuje specifikaci jednotlivých položek plnění (viz odstavec 57 odůvodnění tohoto rozhodnutí) je zřejmé, že dodávka (pokládka) asfaltových směsí figuruje v podstatné části předmětu plnění veřejné zakázky. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že požadavek zadavatele na prokázání vlastnictví obalovny či zasmluvnění dodávek směsí byl stanoven s ohledem na předmět veřejné zakázky a z pohledu vztahu daného požadavku k povaze plnění se tedy předmětný požadavek jeví nepochybně jako odůvodněný. Úřad s odkazem na výše uvedené upozorňuje, že stanovení požadavků v zadávací dokumentaci by mělo být s ohledem na smysl zadávacího řízení a rovněž s přihlédnutím k zajištění záruky realizace plnění dle potřeb zadavatele. V daném případě je efektem předmětného požadavku posílení jistoty realizace plnění. To ostatně uvádí i zadavatel ve svém vyjádření.

63. Dále se Úřad zabýval povahou předmětného požadavku ve vztahu k procesu zadávacího řízení, přičemž z dokumentace o zadávacím řízení ověřil, že předmětný požadavek na prokázání vlastnictví obalovny či zasmluvnění dodávek směsí není zahrnut do prokazování kvalifikace pro plnění prověřované veřejné zakázky, neboť v čl. 4. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci“ zadávací dokumentace zadavatel kromě prokázání základní způsobilosti v bodu 4.1. zadávací dokumentace a profesní způsobilosti v bodu 4.2. zadávací dokumentace, požaduje prokázání kvalifikace osob zajišťujících odbornou způsobilost v oboru dopravní stavby (stavbyvedoucí a zástupce stavbyvedoucího) a v oboru zeměměřičská činnost (hlavní geodet) v bodu 4. 3. zadávací dokumentace a dále v bodu 4.4. zadávací dokumentace požaduje doložení seznamu realizovaných staveb spolu s osvědčením objednatelů. Lze tedy konstatovat, že na základě prověřované podmínky zadavatel neposuzuje, zda má dodavatel dostatečné odborné znalosti a zkušenosti pro realizaci předmětného plnění, či zda má zajištěno dostatečné technické vybavení nezbytné k plnění předmětu veřejné zakázky. Předmětná zadávací podmínka tak není podmínkou kvalifikační. Skutečnost, že předmětnou podmínku zadavatel zařadil až k podmínkám pro vybraného dodavatele před uzavřením smlouvy, naopak koresponduje s podmínkami vztahujícími se již k samotnému plnění, tzn., že dokladem, kterým vybraný dodavatel doloží, že má zajištěny dodávky obalovaných směsí v dojezdové vzdálenosti, dodavatel zaručí, že realizace požadovaného plnění (opravy vozovky) je z hlediska dodávek obalovaných směsí zajištěna, což odpovídá výše uvedeným závěrům ohledně odůvodněnosti předmětného požadavku s důrazem na záruku bezproblémového plnění. V uvedeném případě se tak jedná o podmínku nikoliv kvalifikační, ale o podmínku, která má přímý vztah k realizaci předmětu plnění. V tomto ohledu se tak jedná o podmínku přiměřenou. Úřad podotýká, že nehodnotí výkon obalovny ve vztahu k předmětu plnění (tedy vzájemnou přiměřenost v tomto ohledu), neboť toto navrhovatel nenamítá.
64. K názoru navrhovatele, podle něhož má nesplnění předmětné podmínky obdobný efekt jako nesplnění kvalifikace, neboť zadavatel neuzavře s příslušným vybraným dodavatelem smlouvu, Úřad uvádí následující. Úřad souhlasí s názorem navrhovatele v tom smyslu, že pokud by vybraný dodavatel na výzvu zadavatele předmětný požadavek nesplnil a nedoložil by doklad o vlastnictví obalovny či smlouvu na dodávky obalovaných směsí, zadavatel by s takovým dodavatelem smlouvu neuzavřel. V takovém případě by se však nejednalo o vyloučení dodavatele z důvodu nesplnění kvalifikace, ale z důvodu nedodržení součinnosti před uzavřením smlouvy (dle ustanovení § 53 odst. 6 zákona se ustanovení § 122

aplikuje obdobně i v rámci zjednodušeného podlimitního řízení). Úřad dodává, že takový „efekt“ (vyloučení účastníka zadávacího řízení), respektive následek by obecně mělo nesplnění jakékoliv zadávací podmínky.

65. Úřad upozorňuje, že požadavek na předložení dokladu vztahujícímu se k předmětu plnění je zcela zákonná možnost zadavatele eliminovat riziko vzniku problémů při následné realizaci plnění po uzavření smlouvy. V prověřovaném případě závisí splnění předmětného požadavku de facto čistě na vůli dodavatele, konkrétně na tom, zda má skutečný zájem získat veřejnou zakázku a zda je příslušný dodavatel (pokud není vlastníkem obalovny) ochoten a schopen zajistit si smluvně dodávky obalovaných směsí v rozsahu potřebném pro realizaci předmětné veřejné zakázky. V daném případě je totiž evidentní, že k realizaci veřejné zakázky dodavatel potřebuje dodávky obalovaných směsí, přičemž obalovaná směs je základním a podstatným materiálem pro realizaci předmětu plnění. Úřad v návaznosti na výše uvedenou argumentaci navrhovatele ohledně problematiky zasmluvnění dodávky obalovaných směsí uvádí, že v důsledku neshledává faktický rozdíl mezi přímým nákupem obalovaných směsí nebo jejich odběrem na základě uzavřené smlouvy, neboť obalované směsi vybraný dodavatel pro úspěšnou realizaci veřejné zakázky nutně potřebuje a je tedy nepochybné, že pokud vybraný dodavatel obalovnu nevlastní, bude stejně muset potřebný materiál pro realizaci veřejné zakázky odebírat od subjektů, které ho vyrábí a prodávají, neboť nemá jinou možnost. V důsledku tedy dodavatel tak jako tak musí pro realizaci veřejné zakázky obalovanou směs od obalovny získat. Jelikož je to pro realizaci veřejné zakázky materiál podstatný, zadavatel prostřednictvím této podmínky zdůraznil požadavek na připravenost případného dodavatele k plnění. Vzhledem k tomu, že cílem každého podnikatele (a tedy i obalovny na výrobu obalovaných směsí) je uspokojení poptávky zákazníků za účelem dosažení co nejvyššího zisku, což ostatně v návrhu potvrzuje i samotný navrhovatel („*obalovny jsou podnikatelé a fungují jako podnikatelé za účelem dosažení zisku*“), a v případě, že podle tvrzení navrhovatele existuje v dojezdové vzdálenosti 25 podnikatelských subjektů (Úřad toto ověřil dle internetového vyhledávače obaloven v okolí zvoleného místa na mapě, <https://www.betonserver.cz/#category=103&lat=49.5150946&lon=14.020315100000061>), které mohou dodavateli dodávat obalované směsi, Úřad nepovažuje výše uvedený argument navrhovatele týkající se neochoty subjektů vlastnicích obalovny uzavírat smluvní ujednání s ostatními dodavateli za relevantní. S ohledem na relativně vysoký počet obaloven v dané lokalitě lze očekávat i silný konkurenční tlak mezi obalovnami s orientací na prodej. Úřad dále upozorňuje, že právě možnost výběru dodávek obalovaných směsí od nejméně 25 obaloven vypovídá o značné možnosti zasmluvnění obalovaných směsí u obaloven.
66. Úřad dodává, že z věcného hlediska a z hlediska možného omezení potenciálních dodavatelů nelze nesplnění podmínky na zasmluvnění dodávek potřebného materiálu stavět na roveň nesplnění kvalifikace, neboť prokázání kvalifikace předně nezávisí na vůli a ochotě dodavatele zajistit si dodávky materiálu, který bude potřebovat k realizaci zakázky, nýbrž primárně na rozsahu zkušeností, odbornosti a technické vybavenosti příslušného dodavatele. V návaznosti na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, 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 zřejmé, že předmětným požadavkem zadavatel nemohl omezit soutěž takových dodavatelů, kteří mají skutečný zájem na realizaci předmětné veřejné zakázky. S ohledem na výše uvedené Úřad rovněž vyloučil porušení

zásady rovného zacházení či transparentnosti, neboť neshledal, že by stanovením předmětného požadavku zadavatel nepřímou zaručoval některým dodavatelům konkurenční výhodu nebo že by předmětný požadavek byl stanoven nečitelně či nejasně. Jedná se tak, vzhledem k jeho zatřídění, o legitimní požadavek zadavatele.

67. Úřad nad rámec uvedeného doplňuje, že si je vědom judikatury soudů k problematice týkající se požadavku zadavatele na dispozici obalovnou. V tomto směru lze odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 47/2011 ze dne 7. 3. 2013, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2013 ze dne 27. 6. 2013 (dále jen „1 Afs 20/2013“), podle nichž mohou být požadavky zadavatele na přehled provozních či technických zařízení v rámci kvalifikačních předpokladů za jistých podmínek diskriminační. Tyto okolnosti vyvozovaly soudy z toho, že kvalita plnění by měla být v první řadě zaručena zkušeností dodavatele s obdobným plněním (zde požadavky na referenční zakázky), nikoliv požadavkem na technické či provozní zařízení. Další okolností byla existence dostatečného počtu provozních a technických zařízení na relevantním trhu – tedy obalovny v dostatečné blízkosti od místa plnění veřejné zakázky – soudy pak předpokládaly neztíženou možnost pro uzavření smlouvy dodavatele s obalovnou až po přidělení veřejné zakázky. Další okolností byla skutečnost, že zadavatel svým požadavkem ve své podstatě diskriminoval obalovny, které se zadávacího řízení chtěly samy účastnit. Úřad upozorňuje, že uvedené rozsudky řeší problematiku možné diskriminace předmětného požadavku na dispozici obalovnou ve vztahu k posouzení technické kvalifikace účastníků zadávacího řízení a nikoliv ve vztahu k podmínkám pro uzavření smlouvy. Jedná se tedy o odlišnou situaci než je tomu ve zde posuzovaném případě, kdy zadavatel shodně s názorem soudů v rámci prokázání technické kvalifikace požadoval doložení zkušeností s realizací obdobného předmětu plnění, nikoliv dispozici s obalovnou. Daný požadavek zadavatel vztáhl až k vybranému dodavateli. Na tomto místě lze doplnit, že obdobné závěry byly obsaženy v rozsudcích Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 66/2012 ze dne 20. 12. 2012 (dále jen „1 Afs 66/2012“) a sp. zn. 1 Afs 69/2012 ze dne 28. 3. 2013 (dále jen „1 Afs 69/2012“). Vždy se však jednalo o posouzení daného požadavku na prokázání technického kvalifikačního předpokladu, slovy aktuální právní úpravy, technické kvalifikace. V souvislosti s výše uvedeným Úřad opakovaně zdůrazňuje, že podmínku na zasmluvnění dodávek materiálu potřebného k plnění veřejné zakázky nelze posuzovat stejně jako podmínku na prokázání kvalifikace uchazečů, neboť je evidentní, že v prověřovaném případě je předmětná podmínka zařazena v zadávací dokumentaci za účelem snížení možného rizika, že zakázka nebude řádně plněna dle požadavků zadavatele a nikoliv za účelem výběru dostatečně kvalifikovaného dodavatele a argumentace navrhovatele ohledně diskriminačního nastavení požadavku na dispozici obalovnou tak v nyní prověřovaném případě není na závěry předmětných rozsudků přílehlavá.
68. V souvislosti se stanovením podmínky na dispozici obalovnou u vybraného dodavatele Úřad odkazuje na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S487/2014/VZ-22008/2014/521/ZKu ze dne 17. 10. 2014, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R386/2014/VZ-32067/2015/322/DRu ze dne 8. 10. 2015. V uvedeném rozhodnutí Úřad dospěl k závěru, že požadavek na prokázání dispozice obalovnou až u vybraného dodavatele lze připustit jako neomezuující: *„Není tedy důvodu požadovat po dodavatelích prokázání dispozice obalovnou již při podání žádostí o účast, neboť, jak již Úřad uvedl výše, jsou v takové situaci zvýhodnění vlastníci obaloven, kteří se rovněž účastní zadávacího řízení, a nemají tedy zájem uzavírat*

smlouvu o smlouvě budoucí pro dodávku živičných směsí s jiným dodavatelem, čímž omezí počet dodavatelů v zadávacím řízení a zvýší tak svou šanci na úspěch. V situaci, kdy nabídka určitého dodavatele je vybrána jako nejvhodnější a ten si až následně (ne v době podání žádosti o účast) potřebuje zajistit dodávku živičných směsí, lze naopak předpokládat, že by vlastníci obaloven byli ochotni se na dodávce živičných směsí s takovým dodavatelem dohodnout.“

69. Pro úplnost Úřad odkazuje rovněž na závěry Krajského soudu v Hradci Králové v rozsudku sp. zn. 52Af 16/2016 ze dne 7. 6. 2017, v němž se jmenovaný soud rovněž vyjádřil zda požadavek na prokázání technického kvalifikačního předpokladu na dispozici obalovnou živičných směsí má diskriminační charakter, přičemž se mj. zabýval problematikou, zda lze v jím posuzovaném případě aplikovat závěry výše uvedené judikatury soudů (viz rozsudky sp. zn. 1 Afs 20/2013, 1 Afs 66/2012 a 1 Afs 69/2012), přičemž dospěl k závěru, že z uvedené judikatury bylo možné aplikovat obecné závěry týkající se pojmu „diskriminace“, avšak dále bylo podle názoru jmenovaného soudu nezbytné přihlídnout k odlišnostem vycházejících z předmětů veřejných zakázek (např. podíl obalované směsi na celkovém plnění veřejné zakázky vycházející z předmětu plnění) a k důvodům zadavatele pro stanovení předmětného požadavku, tzn. „*přistoupit k výkladu skryté diskriminace z důvodu zjevné nepřiměřenosti zmíněných kvalifikačních předpokladů se zřetelem na individuální kauzu.*“. Jmenovaný soud tak v zásadě do určité míry zpochybnil již dříve vyslovený názor. Nejen s ohledem na zde uvedené závěry jmenovaného soudu Úřad zdůrazňuje, že každý případ je nezbytné posuzovat s přihlídnutím ke konkrétním okolnostem. Vzhledem k tomu, že v prověřovaném případě zadavatel dokonce ani neposuzoval prostřednictvím požadavku na dispozici obalovnou kvalifikaci vybraného dodavatele, nýbrž pouze požadoval prokázat po vybraném dodavateli „připravenost“ realizovat veřejnou zakázku a současně byl předmětný požadavek stanoven s ohledem na předmět plnění (podstatná část předmětu plnění, kdy se v daném případě dle předmětu plnění jedná o opravu krytu vozovky), Úřad konstatuje, že předmětným požadavkem na dispozici obalovnou zadavatel neporušil zásadu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona.
70. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že stanovením požadavku v čl. 15. „Podmínky pro uzavření Smlouvy“ v bodu 15.3. písm. b) zadávací dokumentace na předložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek směsí vybraným dodavatelem zadavatel zákon v intencích skutečností namítaných navrhovatelem v návrhu zákon neporušil.

71. Úřad tak neshledal, že by se zadavatel dopustil navrhovatelem namítaného porušení zákona a proto rozhodl dle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu 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, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

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