



UOHSX00E6ZM3

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0381/2020/VZ

Brno 04.12.2020

Číslo jednací: ÚOHS-39216/2020/500/JBě

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 248 č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 25. 9. 2020 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 - Nusle,
- navrhovatel – RPproreal s.r.o., IČO 29160758, se sídlem Pila 97, 344 01 Trhanov,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „I/27 Horní Lukavice - Přeštice“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 17. 8. 2020 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele,

### rozhodl takto:

**Návrh** navrhovatele – RPproreal s.r.o., IČO 29160758, se sídlem Pila 97, 344 01 Trhanov – ze dne 25. 9. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56,140 00 Praha - Nusle – učiněných při zadávání veřejné zakázky „I/27 Horní Lukavice - Přeštice“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 17. 8. 2020 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele, **se podle § 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. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha - Nusle (dále jen „zadavatel“) – zahájil zjednodušené podlimitní řízení na veřejnou „I/27 Horní Lukavice - Přeštice“ dne 17. 8. 2020 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem plnění veřejné je dle popisu uvedeného na profilu zadavatele oprava živičného krytu vozovky, stržení drnů, dosypání krajnic, oprava hospodářských sjezdů, zešíkmení jejich čel a vyčištění silničních příkopů včetně opravy poškozeného propustku s odvodněním.
3. Dle bodu 2.2. zadávací dokumentace činí předpokládaná hodnota veřejné zakázky 30 730 984 Kč bez DPH.
4. Dne 2. 9. 2020 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele – RPPoreal s.r.o., IČO 29160758, se sídlem Pila 97, 344 01 Trhanov (dále jen „navrhovatel“) – z téhož dne směřující proti zadávacím podmínkám (dále jen „námitky“). Zadavatel námitky rozhodnutím ze dne 16. 9. 2020 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“) odmítl. Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno téhož dne.
5. Navrhovatel podal dne 25. 9. 2020 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), příslušný k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178, a pro zvláštní postupy podle části šesté, návrh z téhož dne na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání předmětné veřejné zakázky (dále jen „návrh“). Téhož dne byl Úřadu doručen další přípis navrhovatele označený jako „Návrh na přezkoumání úkonů zadavatele“, který je obsahově totožný s návrhem. Součástí uvedeného přípisu byla však oproti návrhu příloha, jejímž obsahem mělo být odborné vyjádření. Předmětná příloha je však nečitelná. Zadavateli byl stejnopis návrhu i přípis označeného jako „Návrh na přezkoumání úkonů zadavatele“, včetně nečitelné přílohy, doručen téhož dne jako Úřadu, tj. dne 25. 9. 2020.

### II. OBSAH NÁVRHU

6. Navrhovatel uvádí, že zadavatel požaduje v bodě 4.4.3. (i) zadávací dokumentace praxi dodavatele spočívající v poskytnutí 3 stavebních prací, jejichž předmětem byla oprava nebo rekonstrukce minimálně dvoupruhové pozemní komunikace s pokládkou asfaltových vrstev vozovky při použití asfaltové směsi SMA (asfaltový koberec mastixový), každá v délce minimálně 700 m. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel současně požaduje, aby se na provedení veřejné zakázky podílela osoba stavbyvedoucího, která ovšem nemusí mít zkušenost s pokládkou asfaltu směsi SMA, ale ani s opravou nebo rekonstrukcí minimálně dvoupruhové pozemní komunikace s pokládkou asfaltových vrstev, kdy tuto podmínku bude splňovat i osoba, která např. zajišťovala jako stavby vedoucí provedení silničního tunelu, má uchazeč za to, že podmínka uvedená v bodě 4.4.3. (i) zadávací dokumentace má pouze omezit počet uchazečů o veřejnou zakázku, neboť v bodě 4.3. a) zadávací dokumentace

absentuje podmínka, aby měl stavbyvedoucí zkušenost s provedením nejméně dvoupruhové komunikace s pokládkou směsi SMA. Navrhovatel doplnil: „[j]aký smysl má tedy podmínka zkušenosti zadavatele s pokládkou SMA, když tuto zkušenost nemusí mít stavbyvedoucí“.

7. Dále navrhovatel sděluje, že disponuje stavbyvedoucím, který splňuje nejen podmínky uvedené v bodě 4.3. a) zadávací dokumentace, ale i ty uvedené v bodě 4.4.3. (i) zadávací dokumentace. Navrhovatel proto namítá, že „tato podmínka je diskriminační, netransparentní, porušuje zásadu přiměřenosti, zásadu rovného zacházení, je neadekvátní zadávané Veřejné zakázce a že je nastavena v rozporu s ust. § 6 zák. č. 134/2016 Sb., a má za cíl pouze nedovoleně snížit okruh možných uchazečů a tím v zásadě navýšit cenu Veřejné zakázky“.
8. Navrhovatel uvádí, že má zkušenost s pokládkami asfaltových směsí v požadovaném rozsahu, ačkoliv ne směsí SMA. Navrhovatel má však za to, „že pokládka směsi SMA a jiné asfaltové směsi (např. ACO) je velmi podobná a není důvod k tomu, aby bude-li postupováno dle TKP za situace, kdy disponujeme stavbyvedoucím, který tyto zkušenosti má, musel zadavatel vyžadovat zkušenosti s pokládkou směsi SMA“.
9. Dále navrhovatel namítá, že „tato podmínka by měla smysl (pokud by nebyla diskriminační), pokud by byla uvedena také v ust. 4.3. a) zadávací dokumentace. Tam ovšem není a nastavením zadávacích podmínek není zajištěno, že Veřejnou zakázku bude realizovat stavbyvedoucí se zkušeností s pokládkou SMA. Jsou to totiž zejména pracovníci, kteří vykonávají požadované práce a na jejich zkušenosti zejména záleží. Na skutečnosti, že zadavatel nepožaduje zkušenost s pokládkou SMA konkrétních vedoucích pracovníků (dokonce zadavatel nepožaduje ani zkušenost s realizací silnice, ale silniční stavby – silnice je definována v zákoně o pozemních komunikacích, silniční dopravní stavba nikoliv).“.
10. Navrhovatel je toho názoru, že zadavatel svým postupem porušil § 6, § 36 a § 79 zákona.
11. Podle navrhovatele se zadavatel vůbec nevypořádal s jeho námitkami a omezil se toliko na odůvodnění, že „má legitimní ekonomický zájem na hospodárnosti a účelnosti vynaložené investice, protože jenom dostatečně zkušený a personálně vybavený dodavatel zaručuje zadavateli, že obdrží plnění odpovídající zadávací dokumentací“. Navrhovatel sděluje, že uvedené nerozporuje, avšak „jeho námitky směřovaly směrem do protichůdnosti zadávací dokumentace, když na straně jedné zadavatel sice požaduje, aby se na realizaci zakázky podílela osoba stavbyvedoucího, která bude mít praxi s jednou zprovozněnou nebo dokončenou silniční dopravní stavbou o finančním objemu nejméně 13 mil Kč bez DPH, kde působil v pozici stavbyvedoucího, a na straně druhé požaduje na dodavateli splnění předpokladů spočívajících v poskytnutí 3 stavebních prací, jejichž předmětem byla oprava nebo rekonstrukce minimálně dvoupruhové pozemní komunikace s pokládkou asfaltových vrstev vozovky při použití asfaltové směsi SMA (asfaltový koberec mastixový), každá v délce minimálně 700 m“. Navrhovatel „spatřuje v zadávací dokumentaci nedokončenost myšlenky zadavatele a tedy diskriminaci uchazečů, kdy zadavatel požaduje předpoklady osoby stavbyvedoucího, tj. osoby, která se bude na veřejné zakázce osobně podílet, tj. aktuální předpoklady, a dále pak předpoklady na uchazeče, které jsou vždy prezentovány osobními vlastnostmi všech (tedy i těch minulých) zaměstnanců uchazeče, kteří však již nemusí být s uchazečem v zaměstnaneckém či jiném oboru. Jinými slovy – předpoklady kladené na uchazeče jsou sice vyžadovány, ale ve skutečnosti nemusí být uchazečem vůbec

*garantovány osobou stavbyvedoucího. Jsou to totiž zejména pracovníci, kteří vykonávají požadované práce, a na jejich zkušenosti zejména záleží. Tomu odpovídá mj. i text rozhodnutí o námitkách, kdy sám zadavatel uvádí, že směs SMA je specifickou směsí a dodavatel jí musí bezpodmínečně rozumět – právě proto měl zadavatel takovou podmínku vázat na osobu stavbyvedoucího, tj. garanta aktuálních předpokladů, nikoliv na osobu uchazeče“.*

12. Navrhovatel požaduje, aby bylo zadávací řízení zrušeno, nebo aby byla zrušena napadená zadávací podmínka.

### **III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

13. Řízení o přezkoumání úkonů zadavatele bylo zahájeno podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) dne 25. 9. 2020, kdy Úřad obdržel od navrhovatele návrh z téhož dne.
14. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
15. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-30389/2020/513/EPi ze dne 30. 9. 2020.
16. Dne 5. 10. 2020 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k návrhu z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele k návrhu“).
17. Dokumentace o zadávacím řízení byla Úřadu doručena ve dnech 2. 10. 2020 a 5. 10. 2020 prostřednictvím datové schránky a dne 2. 10. 2020 též na nosiči CD.
18. Usnesením č. j. ÚOHS-33717/2020/513/EPi ze dne 23. 10. 2020 byla navrhovateli stanovena lhůta k provedení úkonu – sdělení, zda považuje informace uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách a ve vyjádření k návrhu týkající se rozdílů v pokládce směsí typu SMA a ACO za pravdivé – a to do sedmi dnů ode dne doručení tohoto usnesení. Předmětné usnesení bylo navrhovateli doručeno téhož dne. Požadované sdělení navrhovatele ze dne 30. 10. 2020 bylo Úřadu doručeno téhož dne.
19. Usnesením č. j. ÚOHS-35116/2020/513/EPi ze dne 3. 11. 2020 byla zadavateli stanovena lhůta k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném správním řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořázané v souvislosti s provedenými úkony – a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu. Předmětné usnesení bylo zadavateli doručeno téhož dne.
20. Usnesením č. j. ÚOHS-35300/2020/513/EPi ze dne 5. 11. 2020 byla zadavateli stanovena lhůta k provedení úkonu – podání informace Úřadu, zda považuje sdělení navrhovatele ze dne 30. 10. 2020 doručené Úřadu na základě usnesení č. j. ÚOHS-33717/2020/513/EPi ze dne 23. 10. 2020 za pravdivé a současně o sdělení, zda existují další rozdíly v pokládce směsí typu SMA a ACO, než ty vyplývající z dokumentu Ministerstva dopravy ČR – Technické kvalitativní podmínky staveb pozemních komunikací, Kapitola 7, hutněné asfaltové vrstvy (dále jen „TKP 7“). Předmětné usnesení bylo zadavatele doručeno dne 5. 11. 2020. Zadavatel na uvedené reagoval přípisem ze dne 10. 11. 2020, který byl Úřadu doručen téhož dne.

21. Usnesením č. j. ÚOHS-36458/2020/513/EPi ze dne 13. 11. 2020 byla účastníkům stanovena lhůta, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Navrhovateli bylo citované usnesení doručeno téhož dne a zadavateli dne 14. 11. 2020.
22. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-36585/2020/513/EPi ze dne 16. 11. 2020 o předběžném opatření nařídil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu na šetřenou veřejnou zakázku.
23. Zadavatel ani navrhovatel se k podkladům rozhodnutí ve stanovené lhůtě, ani později v průběhu řízení, nevyjádřili.

*Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 5. 10. 2020*

24. Zadavatel je přesvědčen, že při stanovení zadávacích podmínek postupoval v souladu s § 79 odst. 1 zákona i zásadami zadávání veřejných zakázek ve smyslu § 6 zákona. Současně zadavatel odmítá, že by se nevypořádal s námitkami navrhovatele, neboť v rozhodnutí o námitkách se vyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem namítaným navrhovatelem. Zadavatel odkazuje na své rozhodnutí o námitkách.
25. K osobě stavbyvedoucího zadavatel nad rámec rozhodnutí o námitkách odkazuje na zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „stavební zákon“), a na Národní soustavu povolání (dostupnou z: <https://nsp.cz/>), z nichž vyplývá, že stavbyvedoucí není osobou, která by se měla osobně podílet na provádění prací. Zadavatel je přesvědčen, že stanovil požadavky na osobu stavbyvedoucího správně, přiměřeně a nediskriminačně, neboť nastavení kritérií odpovídá velikosti a náročnosti veřejné zakázky.
26. Zadavatel spatřuje nelogičnost úvahy navrhovatele, který na jedné straně tvrdí, že zkušenost dodavatele s pokládkou směsi SMA důvodná není, ale na druhé straně připouští, že znalost této technologie je u dodavatele minimálně v osobě stavbyvedoucího potřebná. Podle zadavatele, je-li požadavek „na praxi dodavatele s pokládkou směsí SMA (tj. zkušenost s realizací stavebních prací, které jsou předmětem veřejné zakázky) v intencích ZZVZ, pak je dle názoru Zadavatele celá část argumentace Navrhovatele týkající se stavbyvedoucího irelevantní (nemůže být považováno za porušení ZZVZ, pokud byl požadavek na stavbyvedoucího stanoven Zadavatelem mírněji, než bylo teoreticky možné)“.
27. Zadavatel sdělil, že požadavek na zkušenost dodavatele s pokládkou asfaltové směsi SMA stanovil právě s ohledem na její specifickou, přičemž doplnil, že významná část dálnic a silnic I. třídy je pokryta právě asfaltovou směsí SMA. Ke specifické směsi SMA pak zadavatel uvedl následující:

*»Obrusná vrstva z asfaltového koberce mastixového (modifikovaného) má vyšší obsah pojiva o cca o 1 – 1,5 % pojiva v asfaltové směsi, než je tomu u obrusné vrstvy ACO (asfaltový beton pro obrusnou vrstvu). Směs SMA se i z těchto důvodů chová jinak při hutnění. U asfaltové směsi SMA musí být hutnění provedeno stejně jako samotné hutnění obrusné vrstvy tak, aby nedocházelo k tzv. „vypocování asfaltu“ na povrch obrusné vrstvy, což způsobuje ztrátu makrotextury SMA a tedy i vysoké riziko zhoršených protismykových vlastností, tedy přímé ohrožení bezpečnosti provozu. Proměnné parametry součinitele podélného tření (Fp) a makrotextury (MPD, MTD) dle ČSN 73 6177 je pro zajištění bezpečného provozu zásadní. I pro tyto účely dochází u obrusné vrstvy SMA dochází k podrcení předobaleným kamenivem, což je další významná technologická část v procesu pokládky a při samotném zpracování a hutnění*

*této obrusné vrstvy a musí být provedena odborně způsobilým a zkušeným dodavatelem ve správný okamžik, aby byla obrusná vrstva ze SMA realizována funkčně s dlouhodobě vyhovujícími proměnnými parametry. Tato technologická část vyžaduje také odpovídající stavební techniku. U pokládky obrusné vrstvy z ACO se podrcení předobaleným kamenivem neprovádí. Zároveň je vhodné poznamenat, že modifikovaná obrusná vrstva SMA je výrazně lepivá a není možné ji funkčně zpracovat jinak než finišerem, a to pro veškeré zadávané plochy pro pokládku«.*

28. Zadavatel doplnil, že nastavením technické kvalifikace chtěl objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby se zadávacího řízení zúčastnili pouze dostatečně kvalifikovaní dodavatelé, kteří budou schopni zajistit pokládku asfaltové směsi, tedy vykonávat činnost náročnou, vysoce odbornou a specifickou. Zadavatel sdělil, že stanovené požadavky primárně souvisí s nejdůležitější a nejpodstatnější částí plnění veřejné zakázky. Dále zadavatel uvádí, že nemá informace o předmětech plnění veřejných zakázek jiných zadavatelů, avšak i kdyby byl jediným, kdo pokládá vrstvy vozovky asfaltovou směsí SMA, lze dovodit, že požadavky zadavatele v žádném případě nepřesahují náročnost vlastního plnění veřejné zakázky.
29. K navrhovatelem tvrzené protichůdnosti a nedokončenosti zadavatelovy myšlenky týkající se požadavku na zkušenost s pokládkou SMA zadavatel odkazuje na ustanovení § 83 odst. 1 zákona, z něhož vyplývá možnost dodavatele prokázat určitou část profesní způsobilosti, technické či ekonomické kvalifikace prostřednictvím jiných osob, a na rozsudek Soudního dvora Evropské unie č. j. C-324/14 ze dne 7. 4. 2016. Možnost splnit část kvalifikace poddodavatelem připustil i zadavatel v čl. 5.4. zadávací dokumentace. Zadavatel uvádí, že pokud by se ztotožnil s myšlenkou navrhovatele, že „záleží výhradně na kvalifikaci takových osob podílejících se na realizaci předmětu Veřejné zakázky, které jsou zároveň v pracovníprávním či obdobném poměru k dodavateli, zcela by tím popřel právo dodavatelů vyplývající jim z ustanovení § 83 odst. 1 ZZVZ“.
30. Zadavatel dále uvádí, že mu byl dne 25. 9. 2020 doručen stejnopis návrhu a téhož dne stejnopis doplněného návrhu. Zadavatel považuje doplněný návrh za nepřípustné doplnění návrhu ve smyslu § 251 odst. 4 zákona. Pro úplnost zadavatel dodává, že „Odborné vyjádření autorizované osoby“, které tvořilo přílohu doplněného návrhu, nebylo zadavateli zpřístupněno, a proto se k němu vyjádřit ani nemůže. Zadavatel se domnívá, že zohledněním tohoto přípisu tak mohou být poškozena procesní práva zadavatele ve smyslu § 7 správního řádu, a to odnětím možnosti se před vydáním rozhodnutí vyjádřit k jeho podkladům.
31. Závěrem zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh podle § 265 písm. a) zákona v plném rozsahu zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro vydání nápravného opatření.

*Vyjádření navrhovatele ze dne 30. 10. 2020*

32. Navrhovatel na základě usnesení č. j. ÚOHS-33717/2020/513/EPI ze dne 23. 10. 2020, kterým ho Úřad požádal o sdělení, zda považuje konkrétní informace týkající se rozdílnosti směsi typu SMA a ACO uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách a ve vyjádření k návrhu (k tomu blíže bod 27. odůvodnění tohoto rozhodnutí) za pravdivá, v opačném případě o odůvodnění takového názoru, sdělil následující:

*»Na výrobu a pokládku obrusné vrstvy z ACO a SMA je potřeba stejná obalovna asfaltových směsí, stejné mechanismy pro pokládku (finišery a válce) a stejní pracovníci se stejným oprávněním (tzn. strojní průkazy). Tato tvrzení dokladuje perfektně TKP kapitola 7 HUTNĚNÉ ASFALTOVÉ VRSTVY (viz příloha tohoto vyjádření). Tyto technické kvalitativní podmínky staveb pozemních komunikací vytvořilo Ministerstvo dopravy pro dálnice a silnice I. třídy (komunikace, které spravuje zadavatel), které je naprosto stejné pro obě obrusné vrstvy (SMA i ACO) a v celé kapitole je velmi málo zvláštností mezi SMA a ACO. Kdyby pokládka SMA byla tak specifická oproti pokládce ACO, pak by přece byly jednotlivé odstavce TKP rozdělené zvlášť pro ACO a SMA. ...*

*Když podrobně začneme číst TKP 7, nenacházíme rozdíl v systému jakosti pro obě směsi (v parametrech na kamenivo, asfalt). Při výrobě je jediný rozdíl uvedený v odstavci 7.3.5 Výroba asfaltových směsí, kde je zmínka, že do SMA se přidávají vláknité přísady a prodlužuje se doba míchání o 5 až 15 sekund kvůli rovnoměrnému rozmísení složek a přísad. Po přidání asfaltu se prodlužuje doba míchání o dalších 5 až 10 s. Daný požadavek řeší zkouška typu, ale týká se toliko výroby.*

*V odstavci 7.3.8 Hutnění je pro SMA předepsané hutnění s vibrací jen na začátku hutnění a maximálně 3 pojezdy s vibrací. Tato všeobecně známá zásada je navíc zkontrolovaná na začátku stavby hutněním pokusem, který přesně stanoví na dané stavbě a s ohledem na pokládací (finišer) a hutnicí (válce) techniku a počet pojezdů s vibrací a bez vibrace. Tento hutnicí pokus je zase standardní v KZP (kontrolně zkušebním plánu), jak pro stavbu s obrusnou vrstvou z SMA, tak i pro obrusnou vrstvu z ACO. ...*

*Na základě prostudování z TKP č. 7 není žádný speciální rozdíl v požadavcích na obrusnou vrstvu z SMA a ACO. Pokud firma dokáže pokládat obrusnou vrstvu ACO v souladu dle TKP č. 7 (resp. ČSN), pak dokáže ve stejném souladu pokládat i SMA, pokud má technické a personální obsazení. ...*

*Pokud se zamyslíme nad technickým vybavením pro pokládku asfaltových vrstev z SMA a ACO, tak není rozdíl ohledně strojního vybavení. Opět se předpokládá jednotný finišer pro obě obrusné vrstvy a stejné válce (předpoklad 2x 9t a 1x min. 12t a jeden záložní 9t) pro obě obrusné vrstvy.*

*Jediný rozdíl je u válce s podrcovačem, když na některých stavbách je požadavek „zdrsnit“ obrusnou vrstvu kamenivem frakce nejlépe 2/5 (u ACO se nepoužívá). Toto SMA s podrcením, ale ani zadavatel nepožaduje.«*

33. Na podporu svého sdělení navrhovatel přiložil vyjádření **[JMÉNO PŘÍJMENÍ]**, autorizovaného technika pro dopravní stavby, specializace nekolejová doprava ze dne 29. 10. 2020, dle něhož správné provedení obrusné vrstvy z ACO potvrzuje schopnost správného provedení obrusné vrstvy z SMA, a které obsahuje totožnou argumentaci jako vyjádření navrhovatele (uvedené v bodě 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Přílohou vyjádření je též TKP 7.

*Vyjádření zadavatele ze dne 10. 11. 2020*

34. Na základě usnesení č. j. ÚOHS-35300/2020/513/EPI ze dne 5. 11. 2020, kterým Úřad zadavatele požádal o vyjádření, zda považuje výše uvedená tvrzení navrhovatele (bod 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí) za pravdivá a současně o sdělení, zda existují další rozdílnosti

v pokládce směsi typu SMA a ACO, než ty uvedené v TKP 7, zadavatel Úřadu sdělil, že považuje předmětná tvrzení navrhovatele za nepravdivá, jelikož existují podstatné rozdíly mezi pokládkou ACO a SMA, k čemuž sdělil následující.

35. Zadavatel předně uvedl, že není pravda, že nepožaduje SMA s podrcením, odkazuje na položkový rozpočet a vzorový příčný řez. Dále zadavatel sdělil, že obrusná vrstva SMA s kamenivem má zajišťovat bezpečnost provozu (lepší protiskluzové vlastnosti), přičemž k zajištění protiskluzových vlastností je nezbytné, aby byly práce vykonány odborně, způsobilým a zkušeným dodavatelem, neboť musí být dodržen konkrétní postup – před hlavním hutnicím procesem musí dojít k podrcení, aby SMA dobře absorboval podrcení; předhutnění musí probíhat přímo za finišerem. Je zde riziko, že nedojde k včasnému zhutnění asfaltové směsi, protože je nutné se vracet pro předobalené kamenivo. Zadavatel uvádí, že aby zhotovitelé (zhotovitelé s menší odborností, zkušenostmi a kapacitami) tomuto riziku předešli, provádí podrcení až ve finální fázi hutnění. V této fázi je však obrusná vrstva vychladlá a nedojde k dostatečné absorpci podrcení, tím není posyp dostatečně ukotven a zůstává ležet na povrchu, což způsobuje prokluzování pneumatik, volné kamenivo může dále poškozovat čelní skla vozidel, či znečišťovat odvodňovací prvky.
36. V příloze vyjádření zadavatel Úřadu zaslal část soupisu prací a vzorový příčný řez.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

37. Úřad přezkoumal na základě § 248 zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména pak relevantních částí dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření zadavatele a na základě vlastních zjištění, dospěl k závěru, že nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření, a proto návrh podle § 265 písm. a) zákona zamítl. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

##### *K postavení zadavatele*

38. Úřad v úvodu posoudil postavení zadavatele podle § 4 zákona. Podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona je veřejným zadavatelem státní příspěvková organizace.
39. Ze zřizovací listiny zadavatele ze dne 21. 2. 2020, ve znění dodatku č. 14 (dostupná z oficiálních webových stránek zadavatele: <https://www.rsd.cz/wps/portal/>), vyplývá, že zadavatel je státní příspěvkovou organizací, jejímž zřizovatelem je Ministerstvo dopravy – České republiky. S ohledem na uvedené má Úřad za prokázané, že zadavatel je veřejným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 4 odst. 1 písm. c) zákona.

##### **K výroku tohoto rozhodnutí**

##### *K části návrhu týkající se nevypořádání námitek*

##### *Relevantní ustanovení zákona*

40. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhová, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.



41. Dle ustanovení § 263 odst. 5 zákona je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách; v takovém případě platí, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Tyto nové námitky nemůže zadavatel odmítnout jako opožděné.

*Zjištění vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení*

42. Navrhovatel v námitkách mj. uvedl, že „[v]zhledem k tomu, že zadavatel požaduje, aby se na provedení Veřejné zakázky za uchazeče podílela osoba stavbyvedoucího, která ovšem nemusí mít žádnou zkušenost s pokládkou asfaltu směsi SMA, ale ani s opravou nebo rekonstrukcí minimálně dvoupruhové pozemní komunikace s pokládkou asfaltových vrstev vozovky, kdy tuto podmínku bude splňovat i osoba, která např. zajišťovala jako stavbyvedoucí provedení silničního tunelu, má uchazeč za to, že podmínka uvedená v bodě 4.4.3. (i) zadávací dokumentace je v zadávací dokumentaci pouze z toho důvodu, aby zadavatel omezil počet uchazečů o Veřejnou zakázku, neboť v zadávací dokumentaci Veřejné zakázky v bodě 4.3. a) absentuje podmínka, aby měl stavbyvedoucí zkušenost s provedením nejméně dvoupruhové komunikace s pokládkou směsi SMA. Jaký smysl má tedy podmínka zkušenosti zadavatele s pokládkou SMA, když tuto zkušenost nemusí mít stavbyvedoucí“.
43. K uvedenému zadavatel v rozhodnutí o námitkách sdělil, že „se do jisté míry shoduje se Stěžovatelem v tom, že nad rámec již stanovené kvalifikace mohl požadavky na stavbyvedoucího i zpřísnit. Nicméně v daném případě je Zadavatel považoval a i nadále považuje za dostatečné – kvalifikace stavbyvedoucího Zadavatelí zajistí plnění osobou schopnou vést stavbu odpovídajícího druhu a rozsahu, přičemž jejím účelem není nahrazení zkušenosti Stěžovatele (či jeho obchodního závodu jako celku) s realizací takové veřejné zakázky. Každopádně mírnější nastavení konkrétního kvalifikačního předpokladu nemůže být v tomto smyslu interpretováno jako porušení ZZVZ“.

*Právní posouzení*

44. Navrhovatel v návrhu uvedl, že se zadavatel s jeho námitkami „vůbec nevypořádal a omezil se toliko na odůvodnění, že má legitimní ekonomický zájem na hospodárnosti a účelnosti vynaložené investice, protože jenom dostatečně zkušený a personálně vybavený dodavatel zaručuje zadavateli, že obdrží plnění odpovídající zadávací dokumentaci. Toto uchazeč ani nijak nerozporuje a jeho námitky směřovaly směrem do protichůdnosti zadávací dokumentace, když na straně jedné zadavatel sice požaduje, aby se na realizaci zakázky podílela osoba stavbyvedoucího, která bude mít praxi s jednou zprovozněnou nebo dokončenou silniční dopravní stavbou o finančním objemu nejméně 13 mil. Kč bez DPH, kde působil v pozici stavbyvedoucího, a na druhé straně požaduje na dodavateli splnění předpokladů spočívajících v poskytnutí 3 stavebních prací, jejichž předmětem byla oprava nebo rekonstrukce minimálně dvoupruhové pozemní komunikace s pokládkou asfaltových vrstev vozovky při použití asfaltové směsi SMA (asfaltový koberec mastixový) každá v délce minimálně 700 m“.
45. Z výše uvedeného a z obsahu námitek je zřejmé, že navrhovatel tuto „protichůdnost“ spatřuje ve skutečnosti, že podmínka uvedená v bodě 4.4.3. (i) zadávací dokumentace, tj. kritérium technické kvalifikace týkající se osoby stavbyvedoucího [podle § 79 odst. 2 písm. d)

zákona], absentuje požadavek na zkušenost s pokládkou směsi SMA, který je však naopak kritériem technické kvalifikace u osoby dodavatele [dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona].

46. Zadavatel k namítanému v rozhodnutí o námitkách sdělil, že kritéria technické kvalifikace stanovená pro osobu stavbyvedoucího považuje za dostatečná a schopná zadavateli zajistit dodavatele s dostatečně kvalifikovaným stavbyvedoucím. Současně uvedl, že účelem technické kvalifikace stavbyvedoucího není nahrazení kvalifikace dodavatele. Zadavatel doplnil, že mohl požadavky na osobu stavbyvedoucího zpřísnit, ale považuje je pro účely zakázky za dostatečné a současně je toho názoru, že mírnější nastavení konkrétního kvalifikačního předpokladu nemůže být v tomto smyslu interpretováno jako porušení zákona. Z uvedeného, resp. ze srovnání konkrétní námitky a části rozhodnutí o námitkách (srov. bod 42. a bod 43. odůvodnění tohoto rozhodnutí) je zřejmé, že zadavatel se s námitkou „protichůdnosti“ zadávací dokumentace vypořádal.
47. Úřad má s ohledem na výše uvedené skutečnosti za prokázané, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách v souladu s § 245 odst. 1 zákona podrobně a srozumitelně vyjádřil k navrhovatelem tvrzené „protichůdnosti“ zadávací dokumentace, a proto neshledal důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 5 zákona.

#### *K části návrhu týkající se kritérií technické kvalifikace*

##### *Relevantní ustanovení právních předpisů*

48. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
49. Dle ustanovení § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
50. Podle § 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.
51. Dle ustanovení § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
52. Podle § 37 odst. 1 písm. a) zákona může zadavatel stanovit podmínky účasti jako podmínky kvalifikace.
53. Dle ustanovení § 52 písm. a) zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky v podlimitním režimu použít zjednodušené podlimitní řízení s výjimkou veřejné zakázky na stavební práce, jejíž předpokládaná hodnota přesáhne 50 000 000 Kč.
54. Podle § 53 odst. 4 zákona zadavatel může použít jednotlivá pravidla pro zadávací řízení pro nadlimitní režim. Zadavatel může použít i jiná kritéria kvalifikace dodavatele, než jsou uvedena v části čtvrté; ustanovení § 81 až 85, § 87 a 88 se použijí obdobně. Doklady o kvalifikaci předkládají dodavatelé v nabídkách v kopiích a mohou je nahradit čestným prohlášením nebo jednotným evropským osvědčením pro veřejné zakázky podle § 87. Zadavatel si může v průběhu zadávacího řízení vyžádat předložení originálů nebo úředně

ověřených kopií dokladů o kvalifikaci. Doklady prokazující základní způsobilost podle § 74 a profesní způsobilost podle § 77 odst. 1 musí prokazovat splnění požadovaného kritéria způsobilosti nejpozději v době 3 měsíců přede dnem podání nabídky. Zadavatel není oprávněn provést snížení počtu účastníků zadávacího řízení podle § 111 nebo snížení počtu předběžných nabídek podle § 112. Pro technické podmínky veřejné zakázky na stavební práce se § 92 použije obdobně.

55. Podle § 79 odst. 1 stanoví zadavatele kritéria technické kvalifikace za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Zadavatel může považovat technickou kvalifikaci za neprokázanou, pokud prokáže, že dodavatel má protichůdné zájmy, které by mohly negativně ovlivnit plnění veřejné zakázky.
56. Dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat seznam stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.
57. Podle § 79 odst. 2 písm. c) zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat seznam techniků nebo technických útvarů, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména těch, které zajišťují kontrolu kvality nebo budou provádět stavební práce, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli.
58. Dle § 79 odst. 2 písm. d) zákona k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci vztahující se k požadovaným dodávkám, službám nebo stavebním pracem, a to jak ve vztahu k fyzickým osobám, které mohou dodávky, služby nebo stavební práce poskytovat, tak ve vztahu k jejich vedoucím pracovníkům.
59. Podle ustanovení § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
60. Podle § 153 odst. 1 stavebního zákona je stavbyvedoucí povinen řídit provádění stavby v souladu s rozhodnutím nebo jiným opatřením stavebního úřadu a s ověřenou projektovou dokumentací, zajistit dodržování povinností k ochraně života, zdraví, životního prostředí a bezpečnosti práce vyplývajících ze zvláštních právních předpisů, zajistit řádné uspořádání staveniště a provoz na něm a dodržení obecných požadavků na výstavbu (§ 169), popřípadě jiných technických předpisů a technických norem. V případě existence staveb technické infrastruktury v místě stavby je povinen zajistit vytýčení tras technické infrastruktury v místě jejich střetu se stavbou.

#### *Zjištění vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení*

61. V zadávací dokumentaci v čl. 4.3. Technická kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. d) ZZVZ pod písm. a) zadavatel stanovil, že osoba zajišťující odbornou způsobilost v oboru dopravní stavby – stavbyvedoucí musí splňovat následující:

„ (i) *minimálně 5 let v pozici stavbyvedoucího inženýrských staveb,*

- (ii) *praxe s minimálně jednou dokončenou nebo zprovozněnou silniční dopravní stavbou ve finančním objemu minimálně 13 mil. Kč bez DPH, kde působil v pozici stavbyvedoucího,*
- (iii) *existence pracovního nebo obdobného poměru u dodavatele, příp. poddodavatele, nebo, je-li fyzickou osobou podnikající, smluvního vztahu s dodavatelem,*
- (iv) *autorizace jako autorizovaný inženýr nebo technik dle zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů, pro obor dopravní stavby, nebo jiný obdobný doklad vydaný v jiné zemi než v ČR, který je v souladu se zákonem č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace, ve znění pozdějších předpisů, a který v této jiné zemi opravňuje jeho držitele v uvedeném oboru k vedení realizace stavby.“*

62. Zadavatel v čl. 4.4.1. zadávací dokumentace [část Technická kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ] uvedl, že dodavatel je povinen splnit prokázání minimálních požadavků zadavatele na realizaci stavebních prací poskytnutých dodavatelem za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, přičemž dále v čl. 4.4.3 (i) je stanoveno, že zadavatel požaduje praxi dodavatele spočívající v poskytnutí „3 stavebních prací, jejichž předmětem byla oprava nebo rekonstrukce minimálně dvoupruhové pozemní komunikace s pokládkou asfaltových vrstev vozovky při použití asfaltové směsi SMA (asfaltový koberec mastixový), každá v délce minimálně 700 m“.
63. V soupisu prací, který je přílohu zadávací dokumentace, je pod poř. č. 47 požadována položka „ASFALTOVÝ KOBEREK MASTIXOVÝ MODIFIK SMA 11+, 11s TL. 40MM, SMA 11S PMB“.
64. Pod poř. č. 51 je v soupisu prací požadována položka „POSYP KAMENIVEM OBALOVANÝM 2KG/M2“ s technickou specifikací dodání obalovaného kameniva předepsané kvality a zrnitosti, posyp předepsaným množstvím.
65. Součástí projektové dokumentace jsou vzorové příčné řezy, příkladmo. „Vzorový příčný řez v km 0,33127 – 0,460 a 0,700 – 1,650 (technologie 1)“, „Vzorový příčný řez v km 0,460 – 0,700 (technologie 2)“ nebo „Vzorový příčný řez v km 1,650 – 2,093 (technologie 3)“ (dále jen „vzorové příčné řezy“), v nichž je uvedena konstrukce vozovky, jejíž součástí jsou mj. zdrsňující posyp předobalenou drtí a obrusná vrstva SMA.
66. Z dotazu navrhovatele na vysvětlení, změnu nebo doplnění zadávací dokumentace ze dne 25. 8. 2020 vyplývá, že navrhovatel požádal zadavatele o sdělení týkající se požadavku na zkušenost dodavatele s pokládkou asfaltových vrstev mastixových, a to „zda vzhledem k tomu, že jiné Správy ŘSD tento požadavek nemají, i když se má v rámci jimi zadávaných zakázek (např. D2 Oprava AB vozovky km 48,7 – 53,3 vpravo a km 50,3 – 48,7 vlevo) pokládat asfaltová vrstva mastixová, lze nahradit tuto podmínku osvědčením o realizaci referenčních staveb s pokládkou jiné asfaltové vrstvy a pokud nelze, tak z jakého důvodu, případně z jakého důvodu tento požadavek nemají ostatní Správy ŘSD?“.
67. S ohledem na výše uvedený dotaz navrhovatele zadavatel v dokumentu Vysvětlení, změna nebo doplnění zadávací dokumentace č. 1 ze dne 27. 8. 2020 sdělil, že doložení referenčních staveb, jejichž součástí byla pokládka vrstvy SMA, nelze nahradit referencemi s pokládkou jiné asfaltové vrstvy. „Důvodem je odlišný způsob hutnění vrstvy SMA a úprava jejího povrchu

*podrcením. Zadavatel nechce riskovat, že nezkušený zhotovitel neprovede dílo v požadované kvalitě a případné opravy prodlouží dobu uzavírky na silnicích I. třídy s vysokou intenzitou dopravy.*“ Dále zadavatel doplnil, že vzhledem k odlišnostem jednotlivých zakázek a místních podmínek nelze předpokládat, že budou požadavky jednotlivých Správ ŘSD na reference stejné. Mimo to však zadavatel odkázal na Správu České Budějovice a některé její zakázky.

68. V TKP 7 bodě 7.3.5 výroba asfaltové směsi, je mj. uvedeno, že „[v]případě dávkování samotných vláknitých přísad do asfaltových směsí typu SMA nebo PA je doba suchého míchání prodloužena o 5 – 15 sec. pro dosažení rovnoměrného rozdělení všech složek kameniva a stabilizujících přísad. Po přidání asfaltu se míchací čas také prodlouží o 5 – 10 sec. proti běžně používaným časům“. Dále je v bodě 7.3.8 Hutnění TKP 7 stanoveno, že pro hutnění směsi SMA se mají používat válce se zapnutou vibrací jen na začátku hutnění, s omezením počtu pojezdů s vibrací (max. 3x).
69. V učebním materiálu VUT FAST (Vysoké učení technické, Fakulta stavební; pozn. Úřadu) – Praktické aplikace v pozemních komunikacích, modul 6, asfaltové směsi, Ing. Petr Hýzl, PhD., Brno 2006 (dále jen „učební materiál VUT FAST“) je bod bodem 3.2.1 Asfaltový koberec mastixový (SMA) uvedeno mj. následující:

*„Asfaltový koberec mastixový je určen pro obrusné vrstvy vysoce zatížených silničních a dálničních úseků a křižovatek. Čára zrnitosti je přerušovaná, nosnou kostru směsi tvoří nejhrubší a částečně druhá nejhrubší frakce kameniva, zbývající kamenivo je výplňové společně s asfaltovým pojivem a kamennou moučkou vytváří asfaltovou maltu – mastix, která vzájemně tmelí zrna nosné kostry. ... Protože kostra celé směsi je postavena na vzájemném dotyku velkých zrn, je zapotřebí, aby bylo použito vysoce kvalitní kamenivo (zejména je nutná nízká otlukovost kameniva).*

*Obsah asfaltu je ve srovnání s asfaltovým betonem vyšší (6 -8 %), používají se zejména modifikované asfalty. Aby nedocházelo ke stékání asfaltového pojiva, používají se stabilizační přísady – celulózová vlákna TECHNOCEL, TOPCEL.“*

#### *Právní posouzení*

70. Úřad nejdříve podotýká, že zadávacími podmínkami podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona jsou veškeré podmínky stanovené zadavatelem týkající se průběhu zadávacího řízení a účasti v zadávacím řízení. V rámci zadávacích podmínek je zadavatel především povinen popsat podmínky účasti v zadávacím řízení veřejné zakázky včetně podmínek kvalifikace. Jednou ze stěžejních povinností zadavatele tedy je vymezit podmínky účasti v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, tedy přesně a s potřebnou určitostí. Podle zákona i soudní a rozhodovací praxe Úřadu je také jednoznačně stanovena odpovědnost zadavatele za správnost a úplnost zadávacích podmínek.
71. Úřad v obecné rovině uvádí, že účelem a smyslem stanovení kritérií technické kvalifikace je zajistit, aby veřejnou zakázku mohl získat a následně plnit pouze takový dodavatel, který disponuje dostatečnými znalostmi, zkušenostmi, schopnostmi, odborností a rovněž personálními a materiálními zdroji pro plnění veřejné zakázky v zadavatelem požadované kvalitě, rozsahu a časovém horizontu [viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 87/2008 ze dne 9. 7. 2009, byť dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále

jen „ZVZ“), avšak aplikovatelné dle zákona, neboť účel a cíl kritérií technické kvalifikace zůstal nezměněn].

72. Právě s ohledem na výše uvedený cíl institutu kritérií technické kvalifikace, je třeba posuzovat požadavky zadavatele, které k prokázání kvalifikace stanovil. Úřad v této souvislosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, v němž je konstatováno (byť v souvislosti s ZVZ, avšak dle názoru Úřadu jsou právní závěry z něj plynoucí aplikovatelné i na současnou právní úpravu), že není „*dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou*“. Byť se závěry rozsudku týkají veřejné zakázky zadávané podle ZVZ, lze je plně vztáhnout i na nyní projednávaný případ, neboť smysl a účel stanovení kvalifikačních předpokladů, resp. kritérií kvalifikace zůstal nezměněn. Z uvedeného je zřejmé, že jakýmkoliv stanovením kritérií kvalifikace dojde k určitému omezení hospodářské soutěže a pomyslné „diskriminaci“ některého na trhu působícího dodavatele, nicméně bez toho, by zadavatel nebyl schopen vyselektovat dodavatele, kteří nemají dostatečné zkušenosti, znalosti a schopnosti k tomu, aby došlo k naplnění hlavního cíle zadávání, tedy ke splnění veřejné zakázky v požadovaném rozsahu, kvalitě, časovém horizontu a bez zbytečného vynakládání veřejných prostředků.
73. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval ve zjednodušeném podlimitním řízení, byl oprávněn k prokázání technické kvalifikace stanovit kritéria podle § 79 a násl. zákona, ale současně s ohledem na ustanovení § 53 odst. 4 zákona, také jiná kritéria kvalifikace dodavatele než uvedená v části čtvrté zákona.
74. Z ustanovení zadávací dokumentace je zřejmé, že zadavatel mj. stanovil kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona (k tomu bod 62. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a podle § 79 odst. 2 písm. d) zákona (viz bod 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
75. V souladu s § 79 odst. 2 písm. a) zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat předložení seznamu stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení. Smyslem uvedených kritérií technické kvalifikace je prokázat, že dodavatel již úspěšně realizoval opravu nebo rekonstrukci obdobné pozemní komunikace, v obdobném rozsahu a obdobným způsobem, jako je předmět šetřené veřejné zakázky. Obdobně smyslem kritérií technické kvalifikace osoby na pozici stavbyvedoucího je prokázání dostatečného vzdělání a odborné kvalifikace vedoucího pracovníka, který má dohlížet na realizaci stavby. Možnost požadovat k prokázání kritérií technické kvalifikace osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikace vztahující se k požadovaným stavebním pracem výslovně uvádí § 79 odst. 2 písm. d) zákona.
76. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel mohl požadovat, jak kritéria technické kvalifikace týkající se zkušeností dodavatele, tak osoby stavbyvedoucího. Je třeba zdůraznit, že v souladu s § 36 odst. 3 zákona zadavatel nejen odpovídá za správnost a úplnost zadávacích podmínek, ale současně je to právě a jen zadavatel, který rozhoduje, jaká kritéria technické kvalifikace bude v souladu se zákonem požadovat. Není tedy na navrhovateli, aby posuzoval,

zda by určitý prvek kritéria technické kvalifikace bylo vhodnější požadovat po dodavateli, nebo po osobě podílející se na plnění veřejné zakázky (osoba stavbyvedoucího). Úřad se proto nemůže ztotožnit s tvrzením navrhovatele, že požadavek na zkušenost dodavatele s pokládkou směsi SMA má pouze omezit počet uchazečů o veřejnou zakázku, neboť obdobná podmínka není zahrnuta do kritérií technické kvalifikace týkajících se osoby stavbyvedoucího. To, že zadavatel zvolil pro osobu stavbyvedoucího „mírnější“ požadavky než na osobu dodavatele, naopak znamená, že se zadávacího řízení může účastnit i dodavatel, který nedisponuje osobou stavbyvedoucího, jenž má zkušenosti s pokládkou typu směsi SMA, může tedy naopak vést k rozšíření okruhu potencionální uchazečů o veřejnou zakázku. Uvedené, rovněž vylučuje domněnku navrhovatele, že se jedná o požadavek v rozporu se zásadami dle § 6 zákona, neboť skutečnost, že zadavatel některou část kritérií technické kvalifikace nepožaduje, nemůže omezit žádného z dodavatelů, hospodářskou soutěž, ani být diskriminačním, netransparentním, porušujícím zásady rovného zacházení ani být neadekvátní k předmětu plnění, už jen ze své samé podstaty. Pokud nějakou podmínku účasti (k jejímuž stanovení není povinen) zadavatel nepožaduje, nemůže to směrem k uchazečům negativním způsobem ovlivnit zadávací řízení.

77. Z obsahu návrhu spíše vyplývá, že navrhovatel nepovažuje za diskriminační samotný požadavek na zkušenost s pokládkou směsi typu SMA, ale to, že ho musí prokázat dodavatel, a nikoliv osoba stavbyvedoucího. Jak ale uvedl Úřad již výše, není na navrhovateli ani jakémkoliv jiném dodavateli, aby posuzoval, jaký způsob prokázání kritérií technické kvalifikace je nejlepší, a není povinností zadavatele kritéria technické kvalifikace upravovat dle požadavků a preferencí dodavatelů. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá pouze zadavatel.
78. Úřad se rovněž nemůže ztotožnit s navrhovatelem tvrzenou protichůdností zadávací dokumentace, neboť požadavky na osobu stavbyvedoucího dle § 79 odst. 2 písm. d) zákona a osobu dodavatele dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona nemusí být zcela shodné, jelikož pokud by tomu tak bylo, jevílo by se jedno nebo druhé ustanovení zákona jako nadbytečné. Skutečnost, že u dodavatele je požadována zkušenost s pokládkou směsi typu SMA, aniž by současně byla vyžadována od osoby stavbyvedoucího, ničeho nespovídá o protichůdnosti zadávací dokumentace.
79. Navrhovatel v návrhu mj. uvedl, že *„spatřuje v zadávací dokumentaci nedokončenost myšlenky zadavatele a tedy diskriminaci uchazečů, kdy zadavatel požaduje předpoklady osoby stavbyvedoucího, tj. osoby, která se bude na veřejné zakázce osobně podílet, tj. aktuální předpoklady, a dále pak předpoklady na uchazeče, které jsou vždy prezentovány osobními vlastnostmi všech (tedy i těch minulých) zaměstnanců uchazeče, kteří však již nemusí být s uchazečem v zaměstnaneckém či jiném oboru. Jinými slovy – předpoklady kladené na uchazeče jsou sice vyžadovány, ale ve skutečnosti nemusí být uchazečem vůbec garantovány osobou stavbyvedoucího. Jsou to totiž zejména pracovníci, kteří vykonávají požadované práce, a na jejich zkušenosti zejména záleží. Tomu odpovídá mj. i text rozhodnutí o námitkách, kdy sám zadavatel uvádí, že směs SMA je specifickou směsí a dodavatel jí musí bezpodmínečně rozumět – právě proto měl zadavatel takovou podmínku vázat na osobu stavbyvedoucího, tj. garanta aktuálních předpokladů, nikoliv na osobu uchazeče“*. K tomu Úřad uvádí následující.

80. Úřad se ztotožňuje s názorem navrhovatele, že jsou to zejména konkrétní pracovníci, kteří vykonávají požadované práce. Rovněž Úřad nezpochybňuje tezi navrhovatele, že osoba stavbyvedoucího se má na plnění veřejné zakázky osobně podílet, stejně jako nezpochybňuje, že na referenčních zakázkách dodavatele, resp. uchazeče o veřejnou zakázku, se mohli podílet i osoby, které u něho již nepracují, nicméně uvedené ničeho nesignalují o navrhovatelem tvrzené diskriminaci. Je třeba zdůraznit, že zákon upravuje jak možnost požadovat prokázání kritérií technické kvalifikace u dodavatele, tak u konkrétních osob, které se mají na plnění veřejné zakázky podílet (k tomu srov. § 79 zákona). Nad výše uvedené Úřad podotýká, že zadavatel postupoval ve zjednodušeném podlimitním řízení a mohl požadovat i další kritéria kvalifikace než výslovně uvedená v části čtvrté zákona. Pokud navrhovatel citovanou částí návrhu chtěl sdělit, že nositeli zkušeností jsou pouze konkrétní pracovníci, Úřad se s uvedeným nemůže ztotožnit, neboť by došlo prakticky k popření celého institutu kvalifikace dodavatele jako právnické osoby. Ad absurdum by v takovém případě odchod bytí jednoho zaměstnance mohl pro dodavatele znamenat ztrátu veškeré odborné způsobilosti, a takový výklad je zcela neudržitelný.
81. Úřad rovněž nezpochybňuje, že předpoklady kladené na uchazeče (zkušenost s pokládkou směsi SMA) v čl. 4.4.3 (i) zadávací dokumentace nejsou garantovány osobou stavbyvedoucího, neboť zadavatel toto kritérium technické kvalifikace požaduje prokázat pouze u osoby dodavatele, nikoliv stavbyvedoucího. Naopak se Úřad neztotožňuje s domněnkou navrhovatele, že z důvodu zadavatelem uváděné specifičnosti směsi SMA a nutnosti jí bezpodmínečně rozumět, měl zadavatel tuto podmínku navázat na osobu stavbyvedoucího. K uvedenému Úřad předně konstatuje, že tímto vyjádřením navrhovatel popírá jinde v návrhu tvrzenou obdobnost směsi SMA a ACO, k níž se Úřad vyjádří níže. Dále Úřad odkazuje na již výše uvedené, tj. že je na zadavateli, zda bude v rámci zákonem stanovených podmínek požadovat prokázání kvalifikace u dodavatele nebo u konkrétní osoby, která se bude podílet na plnění veřejné zakázky. V neposlední řadě je třeba přisvědčit vyjádření zadavatele, že osoba stavbyvedoucího není osobou, která by obvykle skutečně fyzicky vykonávala stavební práce. Úkolem stavbyvedoucího je řízení a koordinace stavby (k tomu blíže např. § 153 odst. 1 stavebního zákona).
82. Mezi navrhovatelem a zadavatelem je především sporu o oprávněnosti požadavku zadavatele na zkušenost dodavatele s pokládkou asfaltové směsi typu SMA.
83. Úřad v této souvislosti v první řadě ověřil, zda je pokládka směsi SMA součástí předmětu plnění veřejné zakázky. Ze zadávací dokumentace (soutěžní podmínky, vzorové příčné řezy) jednoznačně vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky bude mj. pokládka asfaltové směsi typu SMA. Je tedy zřejmé, že požadavek zadavatele na zkušenost s pokládkou směsi SMA má přímou souvislost s předmětem plnění veřejné zakázky, a v tomto směru je tedy požadavkem oprávněným.
84. Navrhovatel má však za to, že pokládka směsi SMA a ACO je velmi podobná a není důvod k tomu, aby, bude-li postupováno podle TKP a za situace, kdy má navrhovatel stavbyvedoucího, který zkušenost s pokládkou SMA má, musel zadavatel vyžadovat zkušenosti dodavatele s pokládkou SMA. K tomu Úřad uvádí následující.



85. Úřad předně konstatuje, že sám navrhovatel uvádí, že pokládka typu SMA a ACO je podobná, nikoliv totožná. Současně nelze dovozovat nespécifičnost pokládky asfaltových směsí na základě formálního zařazení do odstavce TKP (zvláště, či dohromady), jak činí navrhovatel.
86. V průběhu řízení bylo zjištěno, že mezi směsí typu SMA a ACO jsou rozdíly ve výrobě (delší doba míchání), ve složení [vyšší obsah pojiva, asfaltu, stabilizační (vláknité) přísady], což vyplývá z výše uvedených vyjádření zadavatele, TKP 7, učebního materiálu VUT FAST a uvedené nepopírá ani navrhovatel (k tomu srov. body 27., 32., 68. a 69. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dle vyjádření zadavatele se tyto rozdíly projevují rovněž při hutnění, a proto musí být hutnicí pokus i hutnění precizováno, aby nedocházelo k tzv. „vypocování asfaltu“ na povrch obrusné vrstvy, což vede ke zhoršení protismykových vlastností, a tedy i ohrožení bezpečnosti provozu.
87. Zadavatel dále sdělil, že další významnou technologickou částí v procesu pokládky, zpracování a hutnění u obrusné vrstvy SMA je podrcení předobaleným kamenivem, přičemž u pokládky obrusné vrstvy z ACO se podrcení předobaleným kamenivem neprovádí. Uvedené potvrzuje rovněž navrhovatel, avšak současně uvádí, že zadavatel SMA s podrcením nepožaduje (viz bod 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z vyjádření zadavatele však naopak vyplývá, že směs SMA s podrcením požaduje, přičemž odkázal na položku č. 51 v soupisu prací, dle které je požadován posyp kamenivem obalovaným a rovněž na vzorový příčný řez. Úřad uvádí, že z předložené přílohy vyjádření zadavatele ze dne 10. 11. 2020, stejně jako z doručené dokumentace o zadávacím řízení, mj. ze soupisu prací a vzorových příčných řezů, vyplývá, že zadavatel požaduje asfaltovou vrstvu SMA s podrcením předobaleným kamenivem. Vzhledem ke skutečnosti, že se jak zadavatel, tak navrhovatel shodují, že proces podrcení se u směsi ACO (na rozdíl od směsi SMA) neprovádí, je zřejmé, že postup pokládky není v tomto případě podobný do té míry, že by zadavatel nebyl oprávněn požadovat prokázání zkušenosti dodavatele s pokládkou směsi typu SMA, u níž je naopak podrcení předobaleným kamenivem vyžadováno.
88. Nad výše uvedené zadavatel doplnil, že obrusná vrstva SMA s kamenivem má zajišťovat bezpečnost provozu díky lepším protiskuzovým vlastnostem, přičemž k zachování těchto vlastností je nutné, aby byl dodržen konkrétní postup, kdy před hlavním hutnicím procesem musí dojít k podrcení, aby směs SMA dobře absorbovala podrcení, předhutnění musí probíhat přímo za finišerem. Současně zadavatel upozornil, že je nutné se vracet pro předobalené kamenivo, a proto je zde riziko, že nedojde k včasnému zhutnění, čemuž nezkušené dodavatelé předcházejí tím, že provádí podrcení až ve finální fázi hutnění. V této fázi hutnění je však již obrusná vrstva vychladlá a nedojde k dostatečné absorpci podrcení.
89. Úřad dále podotýká, že rozdíl v procesu hutnění vyplývá i z TKP 7, dle kterých se pro hutnění směsi SMA mají používat válce se zapnutou vibrací jen na začátku hutnění, s omezením počtu pojezdů s vibrací. Tuto skutečnost ve svém vyjádření potvrzuje i navrhovatel, přestože uvádí, že se jedná o všeobecně známou zásadu, která je zkontrolována na začátku stavby hutnicím pokusem. Úřad však sděluje, že nelze po zadavateli spravedlivě požadovat, aby spoléhal pouze na dodržování a znalost zásad dodavatelů, ale musí mu být dána možnost stanovit kritéria technické kvalifikace tak, aby pro plnění veřejné zakázky získal dodavatele, který má takové zkušenosti, jež by měly zajistit realizaci prací v požadované kvalitě.

90. Vzhledem k výše uvedeným zjištěním lze dle Úřadu konstatovat, že mezi pokládkou směsi typu SMA a ACO jsou rozdíly, přičemž zadavatel byl oprávněn stanovením kritérií technické kvalifikace požadovat prokázání zkušenosti dodavatele s pokládkou asfaltové směsi SMA, aby ověřil odborné schopnosti a zkušenosti dodavatele potřebné k plnění veřejné zakázky v požadované kvalitě. Úřad má s ohledem na vše výše uvedené rovněž za prokázané, že požadavek zadavatele na zkušenost dodavatele s pokládkou směsi typu SMA není v rozporu se zásadami podle § 6 a odpovídá předmětu plnění veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že výše uvedená zjištění potvrzují důvodnost požadavku zadavatele na zkušenost s pokládkou směsi SMA, nemůže Úřad přisvědčit ani tvrzení navrhovatele, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu s § 36 zákona (zřejmě myšleno § 36 odst. 1 zákona; pozn. Úřadu), současně není zřejmé, jakým způsobem by předmětný požadavek zadavatele mohl zaručovat konkurenční výhodu a navrhovatel to také neuvádí.
91. Pro úplnost Úřad k vyjádření zadavatele týkajícího se nedovoleného doplnění návrhu uvádí, že oba přípisy navrhovatele byly obsahově totožné. S výjimkou skutečnosti, že v závěru později doručeného přípisu označeného rovněž jako „Návrh na přezkoumání úkonů zadavatele“ navrhovatel uvedl, že přílohou je odborné vyjádření autorizované osoby. K tomuto podání byla přiložena mj. „příloha\_č\_1\_odborné\_vyj\_C3\_A1d\_C5\_99en\_C3\_AD\_20autorizovan\_C3\_A9\_20\_osoby\_2Epdf.pdf“ (dále jen „příloha“), která je však tvořena prázdnou stránkou, na níž je pouze velice nezřetelně rozpoznatelná část razítka navrhovatele. K uvedenému tedy Úřad nijak nepřihlížel, přičemž tuto přílohu, jež zjevně měla obsahovat navrhovatelem deklarované vyjádření autorizované osoby, obdržel stejně jako zadavatel v nečitelné podobě.
92. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti má Úřad za prokázané, že zadavatel při stanovení kritérií technické kvalifikace, konkrétně požadavku na zkušenost dodavatele s pokládkou asfaltové směsi typu SMA, nepostupoval v rozporu se zákonem, a tudíž neshledal důvody pro uložení nápravného opatření a návrh zamítl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

#### *Shrnutí*

93. Podle ustanovení § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
94. Současně Úřad doplňuje, že neshledal důvody pro uložení nápravného opatření ve smyslu § 263 odst. 2 zákona, neboť návrh nesměřuje proti nedodržení pravidel stanovených pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté zákona, ale proti stanovení zadávacích podmínek, a vzhledem k předmětu řízení vymezenému návrhem nemůže být dán důvod ani pro uložení zákazu plnění smlouvy dle § 264 odst. 1 zákona.
95. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že neshledal důvody pro uložení nápravného opatření podle zákona, a proto návrh podle § 265 písm. a) zákona zamítl tak, jak je uvedeno ve výroku 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, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. 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 - Nusle
2. RPproreal s.r.o., Pila 97, 344 01 Trhanov

### Vypraveno dne

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