



UOHSX00EBUED

USNESENÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0485/2020/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-01440/2021/513/JLÍ

Brno 20.01.2021

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 13. 11. 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 – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 - Modřany,

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,

vydává toto usnesení:

I.

Správní řízení zahájené na návrh navrhovatele – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 - Modřany – ze dne 13. 11. 2020 ve věci 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 § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb.**, správní řád, ve znění pozdějších předpisů, **v části návrhu** týkající se vyloučení citovaného navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť žádost navrhovatele se stala zjevně bezpředmětnou.

II.

Správní řízení zahájené na návrh navrhovatele – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 - Modřany – ze dne 13. 11. 2020 ve věci 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 § 257 písm. h) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **v části návrhu** týkající se stanovení kritérií technické kvalifikace dle článku 4.4.3. zadávací dokumentace a výhrady jmenovaného zadavatele podle § 105 odst. 2 citovaného zákona dle článku 18.7. zadávací dokumentace **zastavuje**, neboť jí nepředcházely řádně a včas podané námitky.

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 veřejné zakázky 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. Rozhodnutím ze dne 5. 10. 2020 zadavatel rozhodl o vyloučení účastníka zadávacího řízení (dále jen „rozhodnutí o vyloučení“) – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 - Modřany (dále jen „navrhovatel“).
5. Dne 20. 10. 2020 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele z téhož dne směřující proti jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení (dále jen „námitky“). Zadavatel námitky rozhodnutím ze dne 4. 11. 2020 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“) odmítl. Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno téhož dne.
6. Navrhovatel podal dne 13. 11. 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“). Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen téhož dne jako Úřadu, tj. dne 13. 11. 2020.

II. OBSAH NÁVRHU

7. Navrhovatel uvádí, že pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, nebyly naplněny zákonné důvody, neboť zadavatel neprokázal pluralitu závažných a dlouhodobých pochybení a rovněž svůj postup dostatečně neodůvodnil. Navrhovatel k uvedenému sdělil, že i kdyby se tvrzených pochybení dopustil, svou způsobilost obnovil, k čemuž uvádí zakázky, které realizoval po údajných pochybeních. Navrhovatel rovněž zpochybnil zákonnost rozhodnutí o námitkách v části týkající se jeho vyloučení ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
8. Dále v návrhu navrhovatel obsáhle uvádí, proč dle jeho názoru nenastaly zákonné důvody pro jeho vyloučení v souvislosti s plněním Smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 uzavřené na základě zadávacího řízení na zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále jen „Smlouva I“), dle jeho názoru nebyla zejména splněna časová podmínka. Navrhovatel mj. sdělil, proč nepovažuje neodstranění vad za závažné nebo dlouhodobé pochybení. Podle navrhovatele nebylo ze strany zadavatele prokázáno, že by navrhovatel řádně obdržel uplatnění vad díla, přičemž výzvy k nápravě nebyly ze strany zadavatele učiněny v souladu se smlouvou. Navrhovatel je toho názoru, že učinil vše pro řádné dořešení problému. Navrhovatel rozporuje tvrzení zadavatele o nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky, k čemuž žádá, aby Úřad zajistil znalecký posudek. Podle navrhovatele záměna směsi SMA 11 za SMA 8 nepředstavuje škodu a navíc tuto chybu zapříčinila obalovna.
9. K pochybení při plnění Smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 uzavřené na základě zadávacího řízení na zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále jen „Smlouva II“) navrhovatel rovněž rozsáhle uvádí, proč se podle jeho názoru nejedná o důvod pro vyloučení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Navrhovatel považuje odstoupení od předmětné smlouvy také za neplatné, k čemuž uvádí popis procesu odstoupení.
10. Navrhovatel sděluje, že pro zadavatele řádně plnil jiné zakázky, což mělo být dle jeho názoru zohledněno. Navrhovatel se také domnívá, že není možné vyloučit účastníka zadávacího řízení za pochybení, které vzniklo ze smluvních vztahů uzavřených podle předchozí právní úpravy. Uvedené považuje navrhovatel za nepřipustnou retroaktivitu. Navrhovatel upozorňuje, že dosud neexistuje pravomocné rozhodnutí soudu o tom, že by zadavateli či jinému „zadavateli“ vznikla v důsledku jednání navrhovatele škoda nebo že by bylo zadavatelem uplatněné právo na smluvní pokutu oprávněné. Navrhovatel dále uvádí, že obnovil svou způsobilost a popisuje přijatá opatření k zefektivnění jeho činnosti.
11. V návrhu navrhovatel dále uvádí, že až na základě rozhodnutí o vyloučení zjistil, že zadávací podmínky týkající se předložení referenčních zakázek jsou nezákonné, když zadavatel nepřipouští prokázání kvalifikace zakázkami s pokládkou asfaltových vrstev vozovky při použití jiné asfaltové směsi než SMA, v čemž navrhovatel spatřuje porušení zásady přiměřenosti, zákazu diskriminace a transparentnosti, § 36 odst. 1 zákona (zaručení konkurenční výhody některým dodavatelům), § 83 a § 84 zákona. Navrhovatel se domnívá, že aby zadavatel ještě více omezil hospodářskou soutěž a zvýhodnil některé dodavatele, stanovil v čl. 18.7. zadávací dokumentace výhradu podle § 105 odst. 2 zákona, čímž fakticky vyloučil možnost prokázání této části technické kvalifikace prostřednictvím poddodavatele či

jiné osoby, což je dle navrhovatele v rozporu s § 83 a 84 zákona. Navrhovatel se domnívá, že nezákonný a nedůvodný je i požadavek na minimální délku a minimální počet pruhů komunikace k prokázání kritéria technické kvalifikace podle čl. 4.4.3. zadávací dokumentace.

12. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí o námitkách a rozhodnutí o vyloučení.

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 13. 11. 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-36964/2020/513/JLÍ ze dne 19. 11. 2020.

16. Dne 20. 11. 2020 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k návrhu z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele k návrhu“). Dokumentace o zadávacím řízení byla Úřadu doručena již dříve v rámci správního řízení sp. zn. S0381/2020/VZ, jež bylo vedeno ve věci téže veřejné zakázky.

17. Rozhodnutím o předběžném opatření č. j. ÚOHS-41400/2020/510/MKo ze dne 21. 12. 2020 byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.

18. Usnesením č. j. ÚOHS-00103/2021/513/EPi ze dne 4. 1. 2021 byla účastníkům stanovena lhůta, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavateli bylo citované usnesení doručeno téhož dne a navrhovateli dne 6. 1. 2021.

19. Dne 7. 1. 2021 byl Úřadu doručen přípis navrhovatele, jehož obsahem byla žádost o prodloužení lhůty pro vyjádření k podkladům rozhodnutí a současně žádost o zaslání správního spisu. Přípisem č. j. ÚOHS-00818/2021/513/EPi ze dne 8. 1. 2021 byly navrhovateli sděleny informace o způsobu nahlížení do spisu v době stavu nouze vyhlášeného na území České republiky v souvislosti s onemocněním COVID-19 způsobeným novým koronavirem SARS-CoV-2.

20. Dne 11. 1. 2021 byla Úřadu doručena žádost navrhovatele o poskytnutí spisového materiálu do datové schránky navrhovatele se žádostí o prodloužení lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

21. Dopisem č. j. ÚOHS-01102/2021/513/JLÍ ze dne 12. 1. 2021 Úřad zaslal spisový materiál do datové schránky navrhovatele.

22. Usnesením č. j. ÚOHS-01161/2021/513/JLÍ ze dne 12. 1. 2021 Úřad nově stanovil lhůtu, v níž se účastníci řízení mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, a to na 10 dnů od doručení usnesení č. j. ÚOHS-00103/2021/513/EPi ze dne 4. 1. 2021.

23. Zadavatel ani navrhovatel se k podkladům rozhodnutí ve stanovené lhůtě, ani později v průběhu řízení, nevyjádřili.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 20. 11. 2020

24. Zadavatel se domnívá, že části návrhu směřující proti zadávacím podmínkám nepředcházely řádně a včas podané námitky, a proto by mělo být správní řízení v této části podle § 257 písm. h) zákona zastaveno. Nad výše uvedené však zadavatel uvádí, důvody proč, předmětná kritéria technické kvalifikace stanovil, stejně jako proč si vyhradil, že část plnění nelze realizovat prostřednictvím poddodavatele. Zadavatel ve svém vyjádření konkrétně zdůvodnil, proč nepovažuje zkušenost s pokládkou směsi typu ACO za rovnocennou s pokládkou asfaltové směsi SMA, proč požadoval zkušenost s opravou nebo rekonstrukcí dvoupruhové pozemní komunikace i proč není výhrada podle § 105 odst. 2 zákona v rozporu se zákonem a § 83 a 84 zákona.
25. K části návrhu týkající se neprokázání technické kvalifikace, resp. vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, zadavatel sděluje, že navrhovatel byl vyloučen pro nezpůsobilost podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona a současně podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona, neboť doklady předložené navrhovatelem nespĺňovaly zadávací podmínky. Zadavatel uvádí, že v kontextu obsahu návrhu se lze domnívat, že navrhovatel nenapadá své vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona, a tudíž je z tohoto důvodu účinně ze zadávacího řízení vyloučen (jeho účastenství zaniklo), čímž není osobou aktivně legitimovanou k podání návrhu.
26. Podle zadavatele pokud by Úřad vyhodnotil, že navrhovatel napadá návrhem i vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona, lze s ohledem na obsah návrhu konstatovat, že navrhovatel brojí pouze proti neuznání referenčních zakázek „Modernizace komunikací II. třídy (P10) B: část B: Silnice II/147“ a „Modernizace komunikací II. třídy (P10) E II: část B: Silnice II/137“, při jejichž realizaci však nebyla použita asfaltová směs SMA. Dále se zadavatel podrobněji vyjádřil k důvodům, proč jednotlivé referenční zakázky uváděné navrhovatel v nabídce nespĺňují stanovená kritéria technické kvalifikace.
27. Zadavatel se dále rozsáhle vyjádřil k důvodům vyloučení navrhovatele pro jeho nezpůsobilost podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a to jak v souvislosti se Smlouvou I, tak Smlouvou II. Zadavatel podrobně popsal pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I – zhotovení obrusné vrstvy z asfaltového koberce SMA 11 namísto požadovaného SMA 8, v nedostatečné tloušťce, nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky – včetně postupu při identifikaci vad (zahrnující i laboratorní zkoušky), k jakým vedly následkům a proč považuje lhůtu tří let (ve které muselo dojít dle zákona k pochybení) za zachovanou. Zadavatel rovněž sdělil, že odmítá navrhovatelem tvrzenou nemožnost odstranění vad a nepřiměřenost postupu zadavatele při uplatnění práv z vadného plnění. Zadavatel je přesvědčen, že prokázal naplnění nezpůsobilosti navrhovatele ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona v souvislosti se Smlouvou I. Při plnění Smlouvy II podle zadavatele navrhovatel postupoval zcela v rozporu s termíny realizace stanovenými zadavatelem, přičemž v návaznosti na tuto skutečnost zadavatel odstoupil od plnění Smlouvy II, přičemž v souladu s dohodnutými podmínkami požadoval po navrhovateli zaplacení smluvní pokuty z důvodu prodlení. Zadavatel je přesvědčen, že předmětem šetřeného zadávacího řízení není rozhodování o platnosti, či neplatnosti předčasného ukončení dřívějšího smluvního vztahu, kterou rozporuje v námitkách navrhovatel, neboť tato otázka přísluší pouze soudu. Dle zadavatele bylo však odstoupení od Smlouvy II bezvadné po formální i materiální stránce, přičemž tento

proces odstoupení zadavatel dále podrobně popsal. Zadavatel uvádí, že prokázal naplnění nezpůsobilosti navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona i ve vztahu k Smlouvě II. Dále se zadavatel obsáhle vyjádřil k navrhovatelem tvrzené chybné aplikaci podmínky plurality dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, „nepřípustné retroaktivitě“ a obnově způsobilosti navrhovatele.

28. Zadavatel uzavírá, že se nedopustil porušení zákona, a navrhuje, aby Úřad ve vztahu k části návrhu týkajícího se zadávací dokumentace zastavil správní řízení podle § 257 písm. h) zákona, a ve vztahu ke zbylým částem návrhu rozhodl podle § 265 písm. a) zákona, tedy návrh zamítl, případně správní řízení zastavil z důvodu bezpředmětnosti, neboť navrhovatel nepodal návrh proti svému vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

K aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu

29. K tvrzení zadavatele, že navrhovatel nebyl aktivně legitimován k podání návrhu z důvodu, že byl vyloučen podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona, neboť navrhovatel nepodal návrh proti svému vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona Úřad uvádí následující. Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 4. 11. 2020. Návrh navrhovatele byl Úřadu i zadavateli doručen dne 13. 11. 2020. Posledním dnem pro doručení návrhu Úřadu i zadavateli bylo pondělí 16. 11. 2020, a to vzhledem k tomu, že desátý den od doručení rozhodnutí o námitkách připadl na sobotu 14. 11. 2020. V době doručení návrhu Úřadu i zadavateli dne 13. 11. 2020 tedy navrhovateli ještě neuplynula lhůta pro podání návrhu proti vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona, a tudíž navrhovatel byl v době podání svého návrhu účastníkem zadávacího řízení a byl aktivně legitimován k podání návrhu.

K výroku I. tohoto usnesení

Relevantní ustanovení zákona

30. Dle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávacími podmínkami
1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
 2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
 3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
 4. pravidla hodnocení nabídek,
 5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104.
31. Podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil.
32. Dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky,

nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.

33. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrželi-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
34. Podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu řízení o žádosti správní orgán usnesením zastaví, jestliže se žádost stala zjevně bezpředmětnou.

Zjištění vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

35. Zadavatel v čl. 4.4.1. zadávací dokumentace [část Technická kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona] 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 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“. Jako způsob prokázání zadavatel stanovil, že uchazeči o veřejnou zakázku předloží „Seznam poskytnutých stavebních prací (formulář 2.2.2.) a osvědčení objednatelů. Ze Seznamu poskytnutých stavebních prací a osvědčení objednatelů musí vyplývat splnění veškerých požadavků zadavatele.“
36. Součástí nabídky navrhovatele je formulář 2.2.2. Seznam poskytnutých stavebních prací (dále jen „Seznam poskytnutých prací“), v nichž navrhovatel k prokázání kvalifikace dle čl. 4.4 zadávací dokumentace uvedl následující referenční zakázky se stručným popisem
- „I/13 hr. kraje směr Klášterec nad Ohří, oprava komunikace“ – „rekonstrukce komunikace, plocha SMA 6358 m², při pr. š. kom. 7,5m je délka 848m“,
 - „I/16 Ješín – Velvary, oprava povrchu“ – „rekonstrukce komunikace v celkové délce 2,4 km, délka SMA úseku 830 m“,
 - „I/23 Řípec – hr. okr. Jihočeský kraj“ – „rekonstrukce komunikace v celkové délce 1487 m, délka SMA úseku 1487 m“,
 - „Modernizace komunikací II. třídy (P10) B: část B: Silnice II/147“ – „modernizace komunikace v délce 7.650 m vč. recyklace za studena“,
 - „Modernizace komunikací II. třídy (P10) E II: část B: Silnice II/137“ – „modernizace komunikace v celk. délce 6.537 m vč. recyklace za studena“.
37. Navrhovatel k výše uvedeným referenčním zakázkám předložil ve své nabídce níže uvedené doklady:
- Smlouvu o dílo ze dne 27. 12. 2016 a Potvrzení o převzetí ze dne 24. 7. 2017 (dále jen „Potvrzení o převzetí“ k „I/13 hr. kraje směr Klášterec nad Ohří, oprava komunikace“,
 - „Souhrn smluvních dohod“ ze dne 29. 6. 2016 a nedatované Potvrzení o převzetí k „I/16 Ješín – Velvary, oprava povrchu“,

- Smlouvu I a Potvrzení o převzetí ze dne 19. 12. 2016 k „I/23 Řípec – hr. okr. Jihočeský kraj“,
 - Referenční list k „Modernizace komunikací II. třídy (P10) B: část B: Silnice II/147,
 - Referenční list k „Modernizace komunikací II. třídy (P10) E II: část B: Silnice II/137“.
38. V Potvrzení o převzetí k referenční zakázce „I/13 hr. kraje směr Klášterec nad Ohří, oprava komunikace“ je mj. uvedeno, že záruka byla prodloužena o 12 měsíců, a to z důvodu „[p]orušení zákonných a smluvních povinností v řádném dokončení Díla v souladu se Smlouvou“.
39. Str. 70 nabídky tvoří Čestné prohlášení navrhovatele (dále jen „Čestné prohlášení“), v němž je mj. uvedeno, že zadávací dokumentace obsahuje v čl. 4.4.3. požadavek na prokázání technické kvalifikace, která spočívá v doložení seznamu realizovaných staveb a osvědčení objednatelů, jejichž předmětem byla oprava nebo rekonstrukce minimálně dvoupruhové komunikace při použití asfaltové směsi SMA, každá v délce minimálně 700 m, k čemuž navrhovatel doplnil následující:
- „Vzhledem k tomu, že účelem technické kvalifikace je prokázání kvalifikace uchazeče v tom smyslu, že je schopen technicky dílo provést, uvádíme, že technika pokládky asfaltových vrstev ze směsi SMA je stejná, jako pokládka asfaltových vrstev o jiném složení, a tedy je zřejmé, že zadavatel tímto technickým požadavkem požaduje prokázat, že má uchazeč zkušenosti s pokládkou asfaltových vrstev stejnou technikou, jako směs SMA uvádíme, že naše společnost realizovala stavby, nikoliv ovšem ze směsi SMA, ale také se jednalo o stavby, na kterých došlo k rekonstrukci komunikace a pokládky obrusu o délce nejméně 700 m na dvoupruhové silnici, a to:*
- *II/191 Vrčeň – Dožice*
 - *II/233 Břasy – Radnice*
 - *III/1903 Domažlice – Tlumačov – Mrákov*
 - *Modernizace komunikací II. třídy (P10) B: část B: Silnice II/147*
 - *Modernizace komunikací II. třídy (P10) E II. část: Silnice II/137“.*
40. V dokumentu Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení ze dne 5. 10. 2020 (dále jen „rozhodnutí o vyloučení“) zadavatel mj. uvedl, že vyloučil navrhovatele dle § 48 odst. 5 zákona, neboť *„došlo ze strany Účastníka k závažným pochybením při plnění dřívějších smluvních vztahů se Zadavatelem, přičemž tato pochybení současně vedla k předčasnému ukončení jejich vzájemných smluvních vztahů odstoupením ze strany Zadavatele, k uplatnění smluvních sankcí a vymáhání nákladů na odstranění vad z plnění poskytnutého Účastníkem“.* Zadavatel dále sdělil, že těchto závažných pochybení se navrhovatel dopustil při plnění Smlouvy I a Smlouvy II. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení dále podrobně popsal pochybení, kterých se měl navrhovatel dopustit při plnění závazků vyplývajících z předmětných smluv, stejně jako postup při jejich řešení. Přílohou rozhodnutí o vyloučení zadavatel učinil rovněž dokumenty zaznamenávající tento postup (rozhodnutí o vyloučení včetně příloh je součástí správního spisu vedeného ve věci šetřené veřejné zakázky, v podrobnostech odkazuje Úřad na předmětné dokumenty; pozn. Úřadu).

41. Zadavatel rozhodnutí o vyloučení dále uvedl, že vylučuje navrhovatele rovněž dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona, „*neboť Účastník předložil pouze jednu (místo tří) referenční zakázku splňující požadavky dle čl. 4.4.3. zadávací dokumentace, a proto je Zadavatel oprávněn na základě ustanovení § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ Účastníka vyloučit*“. K čemuž zadavatel konstatoval následující. Navrhovatel předložil ve své nabídce celkem 5 referenčních zakázek, kterými prokazoval příslušnou část kritérií technické kvalifikace. U referenčních zakázek „Modernizace komunikací II. třídy (P10) B: část B: Silnice II/147“ a „Modernizace komunikací II. třídy (P10) E II: část B: Silnice II/137“ nebyla při pokládce vozovky použita asfaltová směs SMA, čímž nebyl splněn jeden z požadavků uvedených v čl. 4.4.3. zadávací dokumentace. Tuto skutečnost dle zadavatele potvrzuje sám navrhovatel, když v nabídce výslovně uvedl: „*naše společnost realizovala stavby, nikoli ovšem ze směsi SMA*“. Zadavatel dále v rozhodnutí o vyloučení mj. sdělil, že ke zbývajícím třem referenčním zakázkám navrhovatel nedoložil osvědčení objednatele, nicméně jejich objednatelem byl zadavatel. Zadavatel doplnil, že referenční zakázka „I/13 hr. kraje směr Klášterec nad Ohří, oprava silnice“, stejně jako referenční zakázka „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ nebyly provedeny řádně, a proto nemohlo být vydáno osvědčení objednatele o řádném plnění prací. Naopak dle zadavatele byla provedena řádně referenční zakázka „I/16 Ješín – Velvary, oprava povrchu“, která je tak jediná způsobilá k prokázání požadované kvalifikace.

Právní posouzení

42. Úřad uvádí, že z rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že zadavatel vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení ze dvou důvodů, jednak podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona z důvodu nesplnění kritérií technické kvalifikace dle čl. 4.4.3. zadávací dokumentace, a dále pak s ohledem na ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro nezpůsobilost, neboť podle zadavatele se navrhovatel dopustil v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení závažných pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem (Smlouva I a Smlouva II), která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.
43. K důvodům vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona zadavatel zejména sdělil, že u referenčních zakázek pouze jedna, z navrhovatelem v nabídce uváděných referenčních zakázek, splňuje požadavek zadavatele dle čl. 4.4.3. zadávací dokumentace, a to „I/16 Ješín – Velvary, oprava povrchu“.
44. Z rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že u referenčních zakázek „Modernizace komunikací II. třídy (P10) B: část B: Silnice II/147“ a „Modernizace komunikací II. třídy (P10) E II: část B: Silnice II/137“ nebyla podle zadavatele při pokládce vozovky použita asfaltová směs SMA, čímž nebyl splněn jeden z požadavků uvedených v čl. 4.4.3. zadávací dokumentace. Splnění tohoto požadavku v tomto bodě výše uvedenými referenčními zakázkami týkajícího se zkušenosti s pokládkou směsi SMA nevyplývá ani ze Seznamu poskytnutých prací, neboť navrhovatel informaci o skutečnosti, že by v rámci těchto dvou referenčních zakázek byla realizována pokládka asfaltové směsi typu SMA neuvedl, a ani nevyplývá z žádných dalších dokumentů předložených v nabídce. Naopak součástí nabídky je Čestné prohlášení, v němž sám navrhovatel deklaruje, že součástí realizace referenčních zakázek „Modernizace komunikací II. třídy (P10) B: část B: Silnice II/147“ a „Modernizace komunikací II. třídy (P10) E

II: část B: Silnice II/137“ nebyla pokládka směsi SMA (k tomu blíže viz bod 35. odůvodnění tohoto usnesení).

45. Dále zadavatel uvedl, že referenční zakázky „I/13 hr. kraje směr Klášterec nad Ohří, oprava komunikace“ a „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (navrhovatelem označená nepřesně jako „I/23 Řípec – hr. okr. Jihočeský kraj“ nebyly provedeny řádně (zadavatel byl jejich objednatelem).
46. Úřad rekapituluje, že zadavatel vyloučil navrhovatele podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona z důvodu nesplnění kritérií technické kvalifikace dle čl. 4.4.3. zadávací dokumentace, a dále pak s ohledem na ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro nezpůsobilost, neboť podle zadavatele se navrhovatel dopustil v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení závažných pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem. Současně Úřad uvádí, že navrhovatel svým návrhem (resp. jeho částí) brojil pouze proti svému vyloučení ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, tudíž i kdyby byla tato část návrhu shledána jako důvodná, Úřad by nikdy nemohl uložit nápravné opatření ve smyslu § 263 odst. 2 zákona, neboť podmínkou pro jeho aplikaci je, že pravidlo pro zadání veřejné zakázky, které zadavatel nedodržel, by ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr dodavatele. Právě proto, že byl navrhovatel vyloučen i z jiného důvodu, než proti kterému podává návrh, případné nedodržení pravidla, kterého by se mohl zadavatel teoreticky dopustit při svém rozhodování o vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, by jakékoliv případně ukládané nápravné opatření tedy nemělo žádný dopad na postavení navrhovatele v zadávacím řízení, tedy na skutečnost, že již byl ze zadávacího řízení vyloučen podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona.
47. Navrhovatel proti vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona nebrojí v rámci svého návrhu ze dne 13. 11. 2020, který směřuje proti vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a který byl Úřadu doručen téhož dne. Navrhovatel proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona nepodal ani žádný jiný návrh, přičemž lhůta pro podání takového návrhu marně uplynula dne 16. 11. 2020. Protože navrhovatel nebrojil proti svému vyloučení dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona v rámci návrhu ze dne 13. 11. 2020 a ve lhůtě pro podání návrhu Úřad od navrhovatele neobdržel ani žádný další návrh proti vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona, Úřadu tedy nezbyvá, než konstatovat, že žádost navrhovatele se stala v důsledku marného uplynutí lhůty pro podání návrhu proti vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona zjevně bezpředmětnou. Uplynutím lhůty pro podání návrhu proti vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona dne 16. 11. 2020 tak došlo k situaci, kdy navrhovatel byl ze zadávacího řízení vyloučen z jiného důvodu než podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, proti kterému směřuje jeho návrh. Za této situace, tj. po tak zásadní změně okolností, vedení řízení o přezkoumání úkonu zadavatele při uplatnění zásady uvedené v § 6 odst. 2 správního řádu již nemá žádný smysl, a to ani pro navrhovatele, neboť by jen vedlo ke vzniku zbytečných nákladů.
48. Pouze pro úplnost nad rámec výše uvedeného posouzení Úřad doplňuje, že si je vědom skutečnosti, že navrhovatel v části návrhu směřující proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona rovněž uváděl, že rozhodnutí o námitkách je dle jeho názoru nepřezkoumatelné, nicméně s ohledem na výše konstatovanou bezpředmětnost části návrhu týkající se vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona se jeví podrobné posouzení postupu

zadavatele při vyřizování této části námitek jako neúčelné a pro posouzení případu v rámci tohoto správního řízení nadbytečné. Úřad má však za to, že z porovnání obsahu námitek a rozhodnutí o námitkách, vyplývá, že se zadavatel jasně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem namítaným navrhovatelem. Nelze totiž zaměňovat reálné nevypořádání námitek, jak vyžaduje zákon podle § 245 odst. 1, se skutečností, že zadavatel námitkám navrhovatele nevyhověl a odmítl je (k podrobnému vypořádání námitek, resp. Rozhodnutí o námitkách, Úřad odkazuje na obsah těchto dokumentů, jež tvoří podklady tohoto usnesení a jsou zařazeny ve správním spise).

49. Podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu řízení o žádosti správní orgán usnesením zastaví, jestliže se žádost stala zjevně bezpředmětnou.
50. S ohledem na výše uvedené skutečnosti rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto usnesení.

K výroku II. tohoto usnesení

Relevantní ustanovení zákona

51. Podle § 242 odst. 1 zákona není-li dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrhu považuje po výběru návrhu za ukončenou.
52. Dle ustanovení § 242 odst. 4 zákona pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty; v případě jednacích řízení s uveřejněním musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek.
53. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254.

Zjištění vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

54. Zadavatel v čl. 4.4.1. zadávací dokumentace [část Technická kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona] 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“.
55. V čl. 18.7. zadávací dokumentace zadavatel stanovil následující:
„Dodavatel je oprávněn zajišťovat plnění předmětu veřejné zakázky prostřednictvím poddodavatele/ů, avšak zadavatel v souladu s § 105 odst. 2 ZZVZ požaduje, aby dodavatel (případně společně dodavatelé, kteří podali nabídku v rámci společné účasti) realizoval minimálně následující významné činnosti při plnění veřejné zakázky vlastními kapacitami, tj. nikoliv prostřednictvím poddodavatelů: pokládka asfaltových vrstev vozovky s příslušným

strojním vybavením – 1 kus finišeru pro pokládku asfaltových vrstev vozovky, který umožní pokládku vozovky na jeden pracovní záběr v šířce min. 4,2 m, 4 kusy vibračních válců, které má dodavatel ve vlastnictví či má smluvně zajištěno jejich užívání.

Výše uvedenému je nutno přizpůsobit prokazování kvalifikace dle čl. 4.4.3 bod (i) této zadávací dokumentace.“.

56. Z dokumentu Vysvětlení, změna nebo doplnění zadávací dokumentace č. 1 ze dne 27. 8. 2020 (dále jen „Vysvětlení ZD č. 1“) vyplývá, že byl zadavatel požádán 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?*“. Zadavatel k předemtnému dotazu ve Vysvětlení ZD č. 1 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.
57. Dle bodu 3. výzvy pro podání nabídek uveřejněné na profilu zadavatele dne 17. 8. 2020 (dále jen „Výzva“) byla lhůta pro podání nabídek stanovena do dne 3. 9. 2020.
58. Námitky navrhovatele byly zadavateli doručeny dne 20. 10. 2020 (k tomu blíže bod 5. odůvodnění tohoto usnesení).

Právní posouzení

59. Z obsahu návrhu, stejně jako z námitek navrhovatele je zcela zřejmé, že navrhovatel napadá zadávací podmínky, resp. zadávací dokumentaci, a to jednak kritérium technické kvalifikace stanovené v čl. 4.4.3. zadávací dokumentace, tedy požadavek zadavatele na předložení tří referenčních zakázek, jejichž předmětem byla oprava nebo rekonstrukce minimálně dvoupruhové pozemní komunikace s pokládkou asfaltových vrstev vozovky při použití směsi SMA, každá v minimální délce 700 m, dále pak výhradu zadavatele uvedenou v čl. 18.7. zadávací dokumentace, tj. požadavek, aby stanovenou významnou část zakázky realizoval přímo dodavatel, nikoliv poddodavatel, což je dle navrhovatele v rozporu s § 83 a 84 zákona.
60. Ustanovení § 242 odst. 4 zákona pak jednoznačně stanoví lhůtu, ve které je navrhovatel, resp. stěžovatel, povinen doručit zadavateli své námitky týkající se zadávacích podmínek v případě, že je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, což v nyní šetřené věci nastalo. Lhůta pro podání nabídek byla zadavatelem stanovena do dne 3. 9. 2020 do 09:00 hodin, což byl tedy současně poslední termín, kdy byl navrhovatel oprávněn podat námitky týkající se zadávací dokumentace. Na této skutečnosti nemění ničeho ani tvrzení navrhovatele, že se o „nezákonnosti“ zadávacích podmínek dozvěděl až z Rozhodnutí o vyloučení, k čemuž Úřad uvádí následující.

61. Tvrzené „zjištění“ nezákonnosti zadávacích podmínek nelze dovozovat z prosté skutečnosti, že byl navrhovatel ze zadávacího řízení pro jejich nesplnění vyloučen. Je třeba zdůraznit, že navrhovatelem napadané zadávací podmínky byly jasně stanoveny v zadávací dokumentaci (viz body 54. a 55. odůvodnění tohoto usnesení), která byla potenciálním dodavatelům k dispozici od jejího uveřejnění na profilu zadavatele, přičemž na nutnost prokázat zkušenost s pokládkou asfaltové směsi typu SMA byli dodavatelé navíc zadavatelem upozorněni rovněž ve Vysvětlení ZD č. 1 (k tomu bod 56. odůvodnění tohoto usnesení). Je tedy zcela zřejmé, že pro podání námitek se v tomto případě uplatní lhůta stanovená v § 242 odst. 4 zákona, nikoliv lhůta obecná dle § 242 odst. 1 zákona, jak se domnívá navrhovatel. Pokud měl navrhovatel pochybnosti o zákonnosti zadávacích podmínek, mohl proti nim podat ve lhůtě pro podání nabídek námitky, tj. do 3. 9. 2020 do 09:00 hodin. Námitky navrhovatele byly zadavateli doručeny až dne 20. 10. 2020, tj. více než měsíc po zákonem stanovené lhůtě. S ohledem na uvedené má Úřad za prokázané, že námitky navrhovatele směřující proti zadávací dokumentaci byly podány opožděně, tudíž může konstatovat, že předmětné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, jak vyžaduje zákon, čímž současně nastala skutečnost předvídaná zákonem v § 257 písm. h) pro zastavení správního řízení v předmětné části návrhu.
62. Pouze nad výše uvedené Úřad doplňuje, že nelze přisvědčit tvrzení navrhovatele, že se o domnělém porušení zákona dozvěděl až dne 5. 10. 2020 z Rozhodnutí o vyloučení. Pokud by tomu tak skutečně bylo, znamenalo by to, že se navrhovatel neseznámil s obsahem zadávací dokumentace, což však nemůže být přičítáno k tíži zadavateli. Z ustanovení zákona sice vyplývá odpovědnost zadavatele za správnost a úplnost zadávacích podmínek, nicméně je pak pouze na dodavatelích, zda a jak se se zadávacími podmínkami seznámí.
63. Pro úplnost Úřad uvádí, že část podání navrhovatele ze dne 13. 11. 2020, byla zaevidována jako podnět.
64. Úřad s ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti konstatuje, že části návrhu týkající se stanovení kritérií technické kvalifikace dle čl. 4.4.3. zadávací dokumentace a výhrady podle § 105 odst. 2 zákona dle čl. 18.7. zadávací dokumentace, nepředcházely řádně a včas podané námitky, proto rozhodl tak jak je uvedeno ve výroku II. tohoto usnesení.

POUČENÍ

Proti tomuto usnesení lze do 15 dní ode dne 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, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu 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. ROBSTAV k.s., Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 - Modřany

Vypraveno dne

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