UOHSX00C185G

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0005/2019/VZ-09362/2019/321/TKr/ZSř Brno: 2. dubna 2019

V řízení o rozkladu ze dne 4. 1. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném zadavatelem -

- **KORID LK, spol. s r. o.**, IČO 27267351, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0463/2018/VZ-38103/2018/533/HKu ze dne 20. 12. 2018, vydanému ve správním řízení zahájeném na návrh navrhovatele -

- **EM TEST ČR spol. s r.o.**, IČO 62362771, se sídlem Jiráskova 1284, 755 01 Vsetín, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 7. 11. 2018 společností Strelička & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 29316006, se sídlem Veselá 163/12, 602 00 Brno,

při zadávání veřejné zakázky nazvané **„ODBAVOVACÍ ZAŘÍZENÍ IDOL“** v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 8. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 9. 2018 pod ev. č. Z2018-030009, ve znění oprav uveřejněných dne 8. 10. 2018 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 4. 9. 2018 pod ev. č. 2018/S 169-385772, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 195-442151,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0463/2018/VZ-38103/2018/533/HKu ze dne 20. 12. 2018

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel - KORID LK, spol. s r.o., IČO 27267351, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2 (dále jen **„zadavatel“**), zahájil dne 30. 8. 2018 zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „ODBAVOVACÍ ZAŘÍZENÍ IDOL“, zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 8. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 9. 2018 pod ev. č. Z2018-030009, ve znění oprav uveřejněných dne 8. 10. 2018 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 4. 9. 2018 pod ev. č. 2018/S 169-385772, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 195-442151 (dále jen **„veřejná zakázka“**).

2. Podle bodu II. 1. 4) „Stručný popis“ oznámení o zahájení zadávacího řízení je předmětem veřejné zakázky *„plnění spočívající v poskytování služby zajištění provozu odbavovacích zařízení určených do vozidel dopravců a předprodejních kanceláří ve veřejné linkové osobní dopravě v Libereckém kraji* (…), *dále rovněž služby přemontáže odbavovacích zařízení ze stávajícího vozidla dopravce, ve kterém bylo odbavovací zařízení instalováno do nového vozidla dopravce (zejména v případech změny dopravce nebo v případech pravidelné průběžné obnovy vozového parku dopravce) a služby rozvoje SW dodaného v rámci řešení“.* Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadavatel stanovil ve výši 49 400 000 Kč bez DPH.

3. Dne 18. 10. 2018 obdržel zadavatel námitky navrhovatele - EM TEST ČR spol. s r.o., IČO 62362771, se sídlem Jiráskova 1284, 755 01 Vsetín, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 7. 11. 2018 společností Strelička & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 29316006, se sídlem Veselá 163/12, 602 00 Brno (dále jen **„navrhovatel“**), proti zadávacím podmínkám, datované dnem 18. 10. 2018 (dále jen **„námitky“**). Zadavatel rozhodnutím o námitkách ze dne 30. 10. 2018, které navrhovatel obdržel téhož dne, podané námitky v celém rozsahu odmítl.

4. Navrhovatel s rozhodnutím o námitkách nesouhlasil a dne 9. 11. 2018 podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen **„Úřad“**), jako orgánu příslušnému podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„zákon“**)[1], k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími

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

podmínkami, návrh na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen **„návrh“**), jímž se domáhal, aby Úřad zrušil předmětné zadávací řízení podle § 263 odst. 3 zákona, a aby zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení až do pravomocného skončení předmětného správní řízení.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 20. 12. 2018 vydal Úřad na základě posouzení všech rozhodných skutečností rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0463/2018/VZ-38103/2018/533/HKu (dále jen **„napadené rozhodnutí“**).

6. Ve výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel stanovil zadávací podmínky na veřejnou zakázku v rozporu s ustanovením § 100 odst. 2 zákona a se zásadou transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když v bodu 3. 3 „Vyhrazená změna závazku dle § 100 odst. 2 zákona (změna dodavatele)“ zadávací dokumentace a v bodu 8. 5. 2 přílohy č. 7 zadávací dokumentace (závazný návrh smlouvy) jednoznačně nevymezil způsob určení nového dodavatele v případě změny dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky.

7. Výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli opatření k nápravě, spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku dle § 263 odst. 3 zákona.

8. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení správního řízení. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí pak Úřad uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

9. Výrok I. odůvodnil Úřad tím, že zadavatelem vymezené podmínky a způsob určení nového dodavatele, který zadavatel určil v bodu 3. 3 zadávací dokumentace a znova prakticky identicky v bodu 8. 5 přílohy č. 7 zadávací dokumentace následovně (dále též jen „**výhrada změny dodavatele**“): *„Zadavatel si v souladu s § 100 odst. 2 zákona vyhrazuje právo změnit dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, budou-li splněny tyto podmínky:*

   a) bude ukončen smluvní vztah s původním dodavatelem v průběhu prvních 24 kalendářních měsíců platnosti a účinnosti smlouvy na realizaci veřejné zakázky,

   b) nový dodavatel bude vybrán z okruhu účastníků, jejichž nabídky byly v zadávacím řízení veřejné zakázky hodnoceny a u nichž se s přihlédnutím k okolnostem nelze domnívat, že by nesplnily podmínky účasti v zadávacím řízení, a

   c) nový dodavatel akceptuje smluvní podmínky v rozsahu odpovídajícím smluvním podmínkám mezi zadavatelem a původním dodavatelem.“, zadavatel stanovil nejednoznačně a v rozporu se zásadou transparentnosti.

10. K těmto závěrům Úřad došel, neboť dle § 100 odst. 2 zákona si zadavatel může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, pokud jsou jednoznačně vymezeny jak podmínky pro změnu v osobě dodavatele, tak jednoznačný způsob určení nového dodavatele. Zadavatel však dle napadeného rozhodnutí „skončil na půli cesty“, když způsob určení nového dodavatele dostatečně nekonkretizoval. Navíc je dle Úřadu formulace výhrady změny dodavatele v písm. b) v rozporu se zásadou transparentnosti. Tyto závěry Úřad podložil rozsáhlým odkazováním na důvodovou zprávu zákona, judikaturu i odborné komentáře.

III. Námitky rozkladu

11. Dne 4. 1. 2019 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad zadavatele datovaný stejného dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 21. 12. 2018. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě. Zadavatel v podaném rozkladu namítá, že závěry Úřadu jsou založeny na nesprávném a neúplném věcném a právním posouzení a nejsou v souladu s právními předpisy.

12. Zadavatel v prvé řadě namítá, že výhrada změny dodavatele plně odpovídá požadavkům stanoveným § 100 odst. 2 zákona, přičemž Úřad v rámci posouzení nezohlednil všechny podmínky výhrady změny dodavatele dle zadávací dokumentace a závazného návrhu smlouvy (viz bod 9 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

13. Dle zadavatele byla výhrada změny dodavatele formulována v bodu 3. 3 zadávací dokumentace prostřednictvím tří kumulativních podmínek pod písmeny a) až c), respektive pod čísly 8. 5. 1 až 8. 5. 3 závazného návrhu smlouvy, přičemž Úřad v napadeném rozhodnutí nezkoumal tyto podmínky ve svém souhrnu, když zcela opomněl podmínku pod písmenem c). Tato třetí podmínka přitom dle zadavatele zásadním způsobem ovlivňuje okruh náhradních dodavatelů, neboť jej fakticky omezuje pouze na toho dodavatele, který bude schopný vstoupit do všech smluvních podmínek původního závazku (smlouvy na veřejnou zakázku).

14. Nad rámec výše uvedeného pak zadavatel uvádí, že návrhu navrhovatele v části týkající se rozporu zadávací dokumentace s § 100 odst. 2 zákona nepředcházely řádně a včas podané námitky. Dle zadavatele navrhovatel až v návrhu rozšířil okruh námitek o domnělý rozpor výhrady změny dodavatele s § 100 odst. 2 zákona, přičemž Úřad tuto skutečnost vůbec nezohlednil, ač měl dle § 257 písm. h) zákona návrh v této části zastavit.

15. Ve druhém okruhu námitek zadavatel tvrdí, že ustanovení § 100 odst. 2 zákona nestanovuje žádnou konkrétní povinnost, kterou by zadavatel mohl stanovením zadávacích podmínek porušit. Případné nedostatky ve formulaci výhrady změny dodavatele nejsou stanovením zadávacích podmínek v rozporu se zákonem, ale ovlivňují pouze platnost takové výhrady a možnost zadavatele v budoucnu provést změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku postupem dle § 222 odst. 10 písm. a) zákona. Zadavatel by tedy v případě chybného vymezení výhrady změny dodavatele nemohl tuto výhradu využít a až v případě jejího využití by došlo ke změně závazku v rozporu se zákonem, kterým by se Úřad mohl zabývat.

16. Ve třetím a zároveň posledním okruhu námitek rozkladu zadavatel uvádí, že výhrada změny závazku dle § 100 odst. 2 zákona nespadá pod definici zadávací podmínky dle § 28 odst. 1 písm. a) zákona. Výčet zadávacích podmínek uvedených v § 28 odst. 1 písm. a) zákona je taxativní a výhrada změny dodavatele mezi ně nespadá. Dle zadavatele by mohla mít tato výhrada nejblíže k podmínkám účasti v zadávacím řízení dle § 37 odst. 1 písm. c) zákona, nicméně v daném případě není splněna podmínka vztahu k předmětu veřejné zakázky. Zadavatel tak má za to, že z výše uvedených důvodů není *„možné dovodit naplnění hypotézy dle § 263 odst. 3 ZZVZ spočívající v rozporu zadávacích podmínek se ZZVZ.“*

Závěr rozkladu

17. Na základě výše uvedeného se zadavatel domáhá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Vyjádření navrhovatele k rozkladu

18. Dne 14. 1. 2019 bylo Úřadu doručeno vyjádření navrhovatele k předmětnému rozkladu. Navrhovatel se vyjadřuje ke všem námitkám.

19. K první námitce navrhovatel uvádí, že zadavatel vzhledem k jím stanoveným podmínkám nestanovil žádná bližší pravidla výběru konkrétního nového dodavatele, pouze vymezil množinu, ze které bude případně libovolně vybírat. Nesprávnost argumentace zadavatele navrhovatel následně předvedl na modelovém případu, kdy pokud se zadávacího řízení zúčastní víc dodavatelů, kteří by byli následně po ukončení smluvního vztahu s vybraným dodavatelem ochotni vstoupit do původních smluvních podmínek, mohl by si zadavatel vybrat kteréhokoliv z účastníků původního zadávacího řízení bez jakéhokoliv transparentního způsobu jeho určení. Podmínka výhrady změny dodavatele pod písmenem c), kterou se Úřad údajně opomenul zabývat, dle navrhovatele nemá způsobilost blíže definovat postup výběru konkrétního nového dodavatele.

20. Dále navrhovatel odmítá, že návrhu v části týkající se rozporu výhrady změny dodavatele s § 100 odst. 2 zákona nepředcházely řádné námitky. Navrhovatel uvádí, že nezákonnost zadávacích podmínek ve vztahu k výhradě změny dodavatele namítal v kapitole I. bodě F svých námitek, kde namítal jak nepřiměřenost smluvních podmínek, tak netransparentnost pravidel pro výběr nového dodavatele. Navrhovatel nakonec zmiňuje, že zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách na námitky navrhovatele směřující proti způsobu stanovení výhrady změny dodavatele zjevně reagoval.

21. Ke druhému okruhu námitek navrhovatel uvádí, že výhrada změny dodavatele je smluvní podmínkou ve smyslu ustanovení § 37 odst. 1 písm. c) zákona, a proto se jedná o podmínku účasti v zadávacím řízení a zadávací podmínku ve smyslu § 28 odst. 1 písm. a) zákona. K argumentu platnosti pak uvádí, že zákon podmínky platnosti právního jednání, kterým by mohlo dojít ke změně dodavatele, nijak neupravuje, a tak by se platnost takového jednání měla posuzovat dle občanského zákoníku. Porušení podmínek stanovených zákonem nemá za následek neplatnost dotčených právních jednání, nýbrž sankční následky stanovené v zákoně.

22. Ke třetímu a poslednímu okruhu námitek navrhovatel opět uvádí, že výhrada změny dodavatele zadávací podmínkou je. Obsahem smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky jsou totiž i smluvní podmínky upravující podmínky aplikace výhrady změny dodavatele, s čímž počítá i § 222 odst. 10 písm. a) zákona. Námitka zadavatele, že výhrada změny dodavatele se nevztahuje k předmětu veřejné zakázky, je pak dle navrhovatele neopodstatněná, neboť se k předmětu veřejné zakázky musí z logiky věci vztahovat veškeré smluvní podmínky včetně podmínek změny dodavatele. Nový dodavatel by se totiž zavázal plnit původní předmět zakázky.

23. Navrhovatel své vyjádření uzavírá tím, že výhrada změny dodavatele je smluvní podmínkou vztahující se k předmětu veřejné zakázky, a tedy podmínkou účasti v zadávacím řízení. Předseda Úřadu by tedy měl napadené rozhodnutí potvrdit a podaný rozklad zamítnout.

V. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

25. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i skutečnosti rozhodné pro posouzení včasnosti a přípustnosti rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

26. Úřad rozhodl ve všech výrocích napadeného rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

VI. K námitkám rozkladu

K přezkumu rozšíření návrhu

27. Zadavatel v rámci první námitky svého rozkladu namítá, že část návrhu týkající se rozporu výhrady změny dodavatele s § 100 odst. 2 zákona měla být Úřadem dle § 257 písm. h) zákona zastavena, neboť jí nepředcházely řádně a včas podané námitky.

28. Zadavatel v rozkladu uvádí, že navrhovatel *„původně brojil výhradně proti nastavení smluvních podmínek týkajících se práva na odstoupení od smlouvy ze strany Zadavatele. Až v návrhu na přezkum úkonů zadavatele navrhovatel tuto část argumentačně rozšířil o v návrhu poprvé namítanou údajnou absenci jednoznačného způsobu určení nového dodavatele (…)“*.

29. S uvedenou námitkou zadavatele se neztotožňuji a posouzení věci Úřadem považuji za správné, k čemuž dále sděluji následující. Předně pro vyloučení pochybností poukazuji na právní úpravu náležitostí návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky a na právní úpravu výhrady dle § 100 odst. 2 zákona.

30. Podle § 250 odst. 1 zákona lze návrh podat proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu se zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí navrhovateli újma na jeho právech, ve smyslu písm. a) označeného ustanovení jmenovitě zejména proti zadávacím podmínkám. Podle § 251 odst. 1 věty prvé zákona musí návrh vedle obecných náležitostí dle správního řádu obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá.

31. Podle § 251 odst. 4 zákona nemohou být náležitosti návrhu podle § 251 odst. 1 věty prvé zákona dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží. K novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavateli přihlédne Úřad jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl

tvrdit již vůči zadavateli; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli.

32. Podle § 100 odst. 2 zákona si zadavatel může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a způsob určení nového dodavatele jednoznačně vymezeny.

33. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.

34. Navrhovatel v části F svých námitek, nazvané „Rizika spojená s možností odstoupení Zadavatele od smlouvy ve vazbě na právo Zadavatele změnit poskytovatele“ nejdříve cituje výhradu změny dodavatele dle bodu 8. 5 přílohy č. 7 zadávací dokumentace (resp. bodu 3. 3 zadávací dokumentace) a následně popisuje podmínky, dle jeho názoru excesivní, za kterých může zadavatel odstoupit od smlouvy. V návaznosti na ně pak uvádí, že *„Přitom novým Poskytovatelem nebude dle ustanovení Návrhu smlouvy dodavatel, jehož nabídka byla další v pořadí, ale dle výše uvedeného kterýkoliv z dodavatelů, který splnil podmínky účasti v zadávacím řízení. Toto de facto ve finále umožní Zadavateli výběr jím preferovaného dodavatele, bez ohledu na výsledky zadávacího řízení.“* Následně uvádí, že má vzhledem k výše uvedenému za to, že byla porušena jak zásada transparentnosti, tak zásady přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

35. Zadavatel v bodu VIII. svého rozhodnutí o námitkách ze dne 30. 10. 2018 uvádí, že *„je přesvědčen, že výhrada změny dodavatele (…) byla provedena plně v souladu s ustanovením § 100 ZZVZ a základními zásadami dle § 6 ZZVZ.“*

36. V návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 9. 11. 2018 pak navrhovatel v bodu II. 6 uvádí, že se s tvrzením zadavatele uvedeným v rozhodnutí o námitkách ze dne 30. 10. 2018, že výhrada změny dodavatele byla stanovena v souladu s § 100 a § 6 zákona, neztotožňuje, dále podává svůj výklad § 100 odst. 2 zákona a zmiňuje, že v zadávací dokumentaci zcela absentuje jednoznačné vymezení způsobu určení nového dodavatele. Opakuje, že je v daném případě výběr nového dodavatele zcela v diskreci zadavatele bez ohledu na výsledky zadávacího řízení a následně uzavírá, že dotčená část zadávací dokumentace je tedy v rozporu jak se základními zásadami, tak s § 100 odst. 2 zákona.

37. Zadavatel tedy tvrdí, že navrhovatel ve svých námitkách brojil výhradně proti nastavení smluvních podmínek a až v návrhu na přezkum úkonů rozšířil svou argumentaci i o absenci jednoznačného způsobu určení nového dodavatele a rozpor výhrady změny dodavatele s ustanovením § 100 odst. 2 zákona.

38. Z výše uvedeného vyplývá, že navrhovatel už ve svých námitkách vytyčil problematickou část zadávací dokumentace, tedy bod 3. 3, respektive bod 8. 5 přílohy č. 7 zadávací dokumentace, načež tvrdil, že vzhledem k výhradě změny dodavatele bude moci zadavatel vybrat libovolného dodavatele bez ohledu na výsledky zadávacího řízení. To považoval za porušení základních zásad, na kterých zákon spočívá.

39. Na § 100 odst. 2 zákona poprvé odkázal až zadavatel, když ve svém rozhodnutí o námitkách ze dne 30. 10. 2018 reagoval tím, že je napadená část zadávací dokumentace nejen v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona, nýbrž právě i s § 100 odst. 2 zákona. Navrhovatel v námitkách sice formálně § 100 odst. 2 zákona neoznačil, nicméně to neznamená, že proti

němu materiálně (fakticky) nebrojil, když z obsahu jeho námitek jasně vyplývá, že zadavatelem vymezenou výhradu změny dodavatele považoval za nezákonnou. Ustanovení § 100 odst. 2 zákona stanoví podmínky, za kterých je možné vyhradit si změnu dodavatele, přičemž tyto podmínky mají zajistit, aby zadavatel v případě, že si možnost výhrady změny dodavatele v zadávací dokumentaci vymezí, nemohl postupovat pouze na základě své libovůle, nýbrž dle předem jasně a určitě stanovených pravidel. Zadavatel zjevně pochopil, proti čemu navrhovatel námitkami brojil, načež se bránil uvedením přesného ustanovení zákona, který vyhrazení změny dodavatele upravuje, a o kterém měl za to, že jím stanovené požadavky splnil.

40. Na závěr je nutno dodat, že možnost zadavatele vyhradit si v zadávací dokumentaci změnu dodavatele postupem stanoveným v § 100 odst. 2 zákona pouze v případě, jsou-li podmínky pro tuto změnu a způsob určení nového dodavatele jednoznačně vymezeny, pramení právě ze zásady transparentnosti, jejímž účelem je zabránit jakémukoliv riziku svévole či protěžování ze strany zadavatele a zároveň má učinit kroky zadavatele jednoznačné, konkrétní a přezkoumatelné. Porušení právě zásady transparentnosti ve vztahu k výhradě změny dodavatele se přitom navrhovatel již v námitkách dovolával.

41. Námitku zadavatele, že části návrhu navrhovatele týkající se výhrady změny dodavatele nepředcházely řádně a včas podané námitky proto odmítám jako nedůvodnou a konstatuji, že Úřad postupoval zcela v souladu se zákonem, když výhradu změny dodavatele přezkoumal a návrh v předmětné části nezastavil.

K námitce výhrady změny dodavatele v bodu 3. 3 zadávací dokumentace a jejím souladu s § 100 odst. 2 zákona

42. Zadavatel ve svém rozkladu Úřadu vytýká, že se u posouzení, zda výhrada změny dodavatele splňuje podmínky stanovené v ustanovení § 100 odst. 2 zákona, zabývá primárně jen jednou podmínkou, a to bodem 3. 3 písm. b) zadávací dokumentace, dle které bude nový dodavatel vybrán z okruhu účastníků, jejichž nabídky byly v zadávacím řízení hodnoceny a nelze se domnívat, a u nichž se nelze domnívat, že by nesplnili podmínky účasti (dále jen **„podmínka b“**), zatímco podmínku v bodu 3. 3 písm. c) zadávací dokumentace, dle které musí nový dodavatel akceptovat smluvní podmínky v rozsahu smluvních podmínek mezi zadavatelem a původním vybraným dodavatelem (dále jen **„podmínka c“**), při hodnocení zákonnosti předmětné výjimky naopak zcela pominul. Právě podmínka c) dle zadavatele *„fakticky omezuje okruh dodavatelů jen na toho dodavatele, který bude skutečně schopný a ochotný vstoupit do všech smluvních podmínek původního závazku (…), včetně těch cenových“*. Zadavatel má za to, že tato údajně opomenutá podmínka představuje konkrétní pravidlo výběru dodavatele, přičemž kdyby ji Úřad neopomenul v kontextu výhrady změny dodavatele posoudit, musel by dojít k závěru, že výhrada změny dodavatele je tak, jak byla vymezena v zadávací dokumentaci, plně v souladu se zákonem.

43. S uvedenou námitkou zadavatele se opět nemohu ztotožnit. Podle § 100 odst. 2 zákona si zadavatel může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a způsob určení nového dodavatele jednoznačně vymezeny. V prvé řadě se vyjádřím k námitce, že Úřad v napadeném rozhodnutí opomenul a nezohlednil podmínku c). Úřad totiž i tuto podmínku v odůvodnění napadeného rozhodnutí řádně zohlednil.

44. Úřad v napadeném rozhodnutí nevyvozuje rozpor se zákonem pouze z podmínky b), nýbrž z výhrady změny dodavatele jako celku v rozsahu všech tří uvedených podmínek. Když Úřad v bodu 78 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že zadavatel sice stanovil množinu dodavatelů, ze které bude možné potenciálně vybrat náhradního dodavatele, ale už nestanovil způsob, postup nebo pravidlo, podle něhož bude tato volba provedena, zcela zřejmě vychází z hodnocení celého bodu 3. 3 zadávací dokumentace, a to včetně dle zadavatele opomenuté podmínky c). Na tento bod, stejně jako na bod 8. 5 přílohy č. 7 zadávací dokumentace zde Úřad jako na celek přímo odkazuje. To, že Úřadu bylo dobře známo, že vymezené podmínky výhrady změny dodavatele mají být splněny kumulativně, je přitom zjevné i z bodu 72 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad přímo píše, že *„zadavatel vyhrazenou změnu závazku (…) podmiňuje kumulativním splněním podmínek uvedených pod písmeny a) - c) citovaného bodu zadávací dokumentace.“*

45. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Úřad všechny podmínky výhrady změny dodavatele hodnotil kumulativně a ve vzájemné souvislosti, na což v napadeném rozhodnutí i několikrát odkazoval. Zde akcentuji, že pouze podmínka b) výhrady změny dodavatele je způsobilá nějakým, byť nedostatečným, způsobem konkretizovat způsob výběru nového dodavatele ze strany zadavatele, neboť ukončení smlouvy na veřejnou zakázku s původním vybraným dodavatelem dle podmínky a) představuje objektivní skutečnost a podmínka c) vypovídá toliko o ochotě dodavatelů smlouvu uzavřít, aniž by tímto byl jakkoliv konkretizován výběr za takových dodavatelů.

46. Způsob výběru z účastníků zadávacího řízení ochotných smlouvu za podmínek původního závazku (po ukončení smlouvy s původním vybraným dodavatelem) uzavřít však nebyl v zadávacích podmínkách *nijak* určen, natožpak jednoznačně konkretizován.

47. Podmínku b), kterou se Úřad dle zadavatele zabývá na úkor ostatních, Úřad v bodu 78 odůvodnění napadeného rozhodnutí citoval, aby poukázal na to, že se zadavatel při vymezení výhrady změny dodavatele dopustil chyb dvou. První chyby se zadavatel dopustil v souvislosti s nevymezením jednoznačného způsobu výběru nového dodavatele, jak je po něm v § 100 odst. 2 zákona požadováno, tj. omezení okruhu dodavatelů na účastníky zadávacího řízení není jednoznačné, neboť nevypovídá o tom, který z těchto účastníků na základě jakého kritéria bude vybrán. Absence tohoto vymezení vyplývá z kumulativního zvážení všech podmínek v zadavatelem stanovené výhradě změny dodavatele jako celku. Druhé chyby se pak zadavatel dopustil při vymezení dílčí podmínky b) takovým způsobem, který není souladný se zákonným požadavkem na dodržení zásady transparentnosti, neboť ani okruh účastníků zadávacího řízení, z nichž měl být nový dodavatel vybírán, nebyl podmínkou b) dostatečně specifikován.

48. Úřad se podmínkou b) po určení, že ze zadavatelem stanovené výhrady změny dodavatele jako celku nevyplývá jednoznačný způsob určení nového dodavatele, zabýval proto, aby poukázal, že již samotná podmínka b) není v souladu se zásadou transparentnosti, a tedy že zadavatelem stanovená výhrada změny dodavatele trpí v prvé řadě absencí jednoznačného způsobu vymezení výběru nového dodavatele, a v řadě druhé netransparentním určením množiny, ze které bude zadavatel náhradní dodavatele vybírat. Jak Úřad vylíčil v bodu 78 odůvodnění napadeného rozhodnutí, zadavatel sice stanovil určitou množinu dodavatelů, ze kterých bude případného nového dodavatele vybírat, nicméně ani tato množina není stanovena dostatečně transparentně, když z formulace

podmínky b) není dáno najisto, jakým způsobem bude zadavatel posuzovat splnění podmínek účasti účastníků zadávacího řízení, případně za jakých okolností.

49. Pokud má zadavatel za to, že kdyby Úřad podmínku c) neopomenul, dospěl by k závěru, že je výhrada změny dodavatele zákonná, i zde mi nezbývá než nesouhlasit. V prvé řadě opakuji, že Úřad všechny podmínky zadavatelem stanovené výhrady náležitě zvážil, a to jak každou podmínku samostatně, tak všechny ve svém souhrnu, načež dospěl zcela správně k názoru, že zadavatelem vymezená výhrada není v souladu se zákonem. Ani všechny podmínky ve svém souhrnu, tedy včetně výslovného zvážení podmínky c), způsob určení nového dodavatele jednoznačně a transparentně nevymezují.

50. Podmínka c) totiž, stejně jako podmínka b), pouze vytyčuje množinu dodavatelů, ze kterých může zadavatel vybírat, avšak bez stanovení způsobu, jak tento výběr učiní. Tuto situaci je možné předvést na příkladu, který uvedl navrhovatel ve svém vyjádření k rozkladu. Pokud by se zadávacího řízení zúčastnili například tři dodavatelé, přičemž s vybraným dodavatelem by byl následně ukončen smluvní vztah v průběhu prvních 24 měsíců [podmínka a)], pokud by nabídky obou dodavatelů byly v zadávacím řízení na veřejnou zakázku hodnoceny a nešlo by se s přihlédnutím k okolnostem domnívat, že by nesplnily podmínky účasti v zadávacím řízení [podmínka b)] a zároveň by oba dodavatelé byli ochotni akceptovat smluvní podmínky v rozsahu smlouvy uzavřené s původním vybraným dodavatelem [podmínka c)], nastala by situace, kdy by mohl zadavatel vybrat ze dvou dodavatelů zcela dle své libovůle, neboť zadávací dokumentace nestanovuje žádný způsob, jak z těchto zbývajících účastníků některého jednoznačně a přezkoumatelně vybrat.

51. Konstatuji, že rovněž podmínka c) zjevně pouze hypoteticky zmenšuje množinu potenciálních dodavatelů, přičemž způsob určení nového dodavatele ani sama o sobě, ani v kombinaci s ostatními podmínkami výhrady změny dodavatele jednoznačně nevymezuje. Ke stejnému závěru přitom Úřad dospěl i v prvostupňovém rozhodnutí.

52. K výše uvedenému shrnuji, že se Úřad v napadeném rozhodnutí zabýval výhradou změny dodavatele jako celkem, načež správně dospěl k závěru, že byla tato výhrada stanovena v rozporu s § 100 odst. 2 zákona. S odůvodněním Úřadu uvedeným v bodech 71 až 83 odůvodnění napadeného rozhodnutí se zcela ztotožňuji a tímto na něj ve zbytku a v podrobnostech odkazuji. Námitku zadavatele, že byla výhrada změny dodavatele stanovena v souladu s ustanovením § 100 odst. 2 zákona, proto rovněž odmítám jako nedůvodnou.

K námitce, že výhrada změny dodavatele dle § 100 odst. 2 zákona není zadávací podmínkou ve smyslu § 28 odst. 1 písm. a) zákona

53. Zadavatel ve svém rozkladu dále namítá, že výhrada změny dodavatele není zadávací podmínkou, neboť výčet zadávacích podmínek dle § 28 odst. 1 písm. a) zákona je taxativní a nelze jej dále rozšiřovat, přičemž výhradu změny dodavatele dle § 100 odst. 2 zákona nelze pod žádnou část zadávacích podmínek podřadit. Dle zadavatele by výhrada mohla mít nejblíže k podmínkám účasti v zadávacím řízení dle § 37 odst. 1 písm. c) zákona, nicméně není splněna podmínka vztahu k předmětu veřejné zakázky.

54. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se zadávacími podmínkami rozumí veškeré zadavatelem stanovené podmínky průběhu v zadávacím řízení, podmínky účasti v zadávacím řízení,

pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení, pravidla pro hodnocení nabídek a další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona. Podle § 28 odst. 1 písm. b) zákona se zadávací dokumentací rozumí veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky.

55. Podle § 37 odst. 1 zákona může zadavatel stanovit v zadávacím řízení podmínky účasti jako podmínky kvalifikace, technické podmínky, obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky.

56. Podle § 100 odst. 2 zákona si zadavatel může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a způsob určení nového dodavatele jednoznačně vymezeny.

57. Podle § 222 odst. 10 písm. a) zákona je nahrazení dodavatele jiným dodavatelem možné v případě uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 2 zákona. Důvodová zpráva k zákonu uvádí k § 222 zákona následující: *„Zadavatel má dále možnost nahradit vybraného dodavatele jiným dodavatelem, pokud bude postupovat podle § 100 odst. 2 (tj. vyhradil-li si možnost změny vybraného dodavatele zadavatel v zadávacích podmínkách)“.*

58. Již z výše citovaných ustanovení zákona, jakož i důvodové zprávy k zákonu vyplývá, že výhrada změny dodavatele dle § 100 odst. 2 zákona je zadávací podmínkou, neboť je tak výslovně označena. Dále poukazuji, že již samotné zařazení ustanovení § 100 odst. 2 zákona do třetího dílu hlavy osmé části čtvrté zákona, nazvaného *„Společná ustanovení o zadávacích podmínkách pro nadlimitní režim“*, jasně deklaruje, že se výhrada změny dodavatele mezi zadávací podmínky řadí. O tom, že je výhrada změny dodavatele dle § 100 odst. 2 zákona zadávací podmínkou, svědčí ostatně i postup zadavatele, který si dotčenou výhradu musel ze zákona vyhradit v zadávací dokumentaci. Uplatnění ustanovení § 222 odst. 10 zákona pak přímo předvídá vyhrazení změny závazku dle § 100 odst. 2 zákona i ve smlouvě na veřejnou zakázku.

59. Obdobně s pojetím výhrady změny závazku dle § 100 odst. 2 zákona jako zadávací podmínky pracuje i komentářová literatura, která k ustanovení § 222 odst. 10 zákona uvádí: *„Nahrazení dodavatele je možné pouze v případě, že tato změna proběhne na základě vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 2.* (…) *Podmínkou přípustnosti takové změny je její přesné vymezení v zadávacích podmínkách, kde je nezbytné vymezit, za jakých podmínek dojde k ukončení plnění stávajícího dodavatele, za jakých podmínek bude vybrán nový dodavatel a jak dojde k jejich záměně.“* (PODEŠVA, Vilém, SOMMER, Lukáš, VOTRUBEC, Jiří, FLAŠKÁR, Martin, HARNACH, Jiří, MĚKOTA, Jan, JANOUŠEK, Martin aj. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář [Systém ASPI]. Wolters Kluwer), *„Změna dodavatele v důsledku vyhrazených změn je obdobou výhrady změn v obsahu a předmětu smlouvy dle § 100 odst. 1 a § 222 odst. 2* (…). *Předpokladem jejího uplatnění je tedy předchozí výhrada této možnosti v zadávacích podmínkách v souladu s požadavky § 100 odst. 2.“* (DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr; a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 1090). Z výše uvedených citací je zjevné, že i autoři komentářové literatury považují výhradu změny dodavatele dle § 100 odst. 2 zákona za zadávací podmínku.

60. Námitku zadavatele, že výhrada změny dodavatele dle § 100 odst. 2 zákona není zadávací podmínkou, mám tedy za zcela irelevantní. Obecně doplňuji, že v zásadě vše, co zadavatel uvede v zadávací dokumentaci, je třeba považovat za zadávací podmínky, neboť zadávací dokumentace je souhrnem zadávacích podmínek, které definují způsob zadání veřejné zakázky a ovlivňují účast dodavatelů v zadávacím řízení. Ustanovení zadávací dokumentace, které by materiálně nebylo zadávací podmínkou, tedy do zadávací dokumentace nepatří, a jeho případné uvedení by bylo způsobilé vyvolávat pochybnosti o transparentnosti takové zadávací dokumentace. Výhrada dle § 100 odst. 2 zákona je však zákonem výslovně předvídanou zadávací podmínkou, u které je zahrnutí do zadávací dokumentace jedním ze základních předpokladů jejího uplatnění.

61. Pokud jde o konkrétní klasifikaci výhrady změny závazku dle § 100 odst. 2 zákona ve smyslu ustanovení § 28 odst. 1 zákona, zde konstatuji, že takové posouzení nemám pro rozhodnutí v nyní řešené věci za rozhodné.

62. Výhrada změny závazku dle § 100 odst. 2 zákona představuje specifickou zadávací podmínku, přímo předvídanou zákonem, která má významný vliv jak na postup účastníků v průběhu zadávacího řízení (neboť může ovlivňovat jejich strategii při podávání nabídek), tak na konečný výběr dodavatele v případě, že bude tato výhrada aplikována. Uplatnění této výhrady v souladu s § 222 odst. 10 zákona předpokládá její uvedení i ve smlouvě na veřejnou zakázku. V tomto kontextu se tedy jedná i o smluvní podmínku.

63. Námitku, že výhrada dle § 100 odst. 2 zákona není zadávací podmínkou, proto mám za zcela nedůvodnou.

K námitce, že § 100 nestanovuje žádnou povinnost, kterou by zadavatel mohl stanovením zadávacích podmínek porušit, nýbrž upravuje pouze možnost zadavatele vyhradit si změnu závazku, a že případné zákonné nedostatky mohou mít vliv pouze na následnou možnost provedení změny závazku postupem dle § 222 odst. 10 písm. a) zákona

64. Zadavatel má za to, že vzhledem k tomu, že výhradu změny dodavatele dle § 100 odst. 2 zákona nepovažuje za zadávací podmínku a zároveň ke změně dodavatele na základě stanovené výhrady dle § 100 odst. 2 zákona v průběhu plnění smlouvy na veřejnou zakázku vůbec dojít nemusí, Úřad neměl rušit zadávací řízení dle § 263 odst. 3 zákona. Případné nezákonné vymezení výhrady změny dodavatele dle § 100 odst. 2 zákona by dle zadavatele mělo mít za následek pouze nemožnost jejího budoucího využití, a tedy nemožnost změny dodavatele postupem stanoveným v § 222 odst. 10 písm. a) zákona. Až v případě, že by zadavatel výhradu změny dodavatele využil, by byl porušen zákon a Úřad mohl konat.

65. Dle § 263 odst. 3 zákona stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu se zákonem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

66. Již výše jsem poukázal, že výhradu změny dodavatele je třeba považovat za zadávací podmínku. Ze zákona přitom jasně vyplývá, že v případě, že zadavatel stanoví zadávací podmínky v rozporu se zákonem, je Úřad povinen uložit nápravné opatření ve formě zrušení zadávacího řízení. V případě nezákonného stanovení zadávacích podmínek se přitom zadavatel dopouští porušení zákona už samotným jejich stanovením.

67. V daném případě nebyla podmínka výhrady změny dodavatele stanovena v souladu se zákonem. Dle jazykového výkladu ustanovení § 100 odst. 2 zákona je zadavatel oprávněn

vyhradit si změnu dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky *pouze v případě*, že budou podmínky pro tuto změnu a způsob určení nového dodavatele jednoznačně vymezeny. Zadavatel tedy formulací výhrady změny dodavatele nesplnil hypotézu předmětné právní normy, neboť příslušné podmínky dostatečně konkrétně nevymezil.

68. K zadavatelově námitce, že § 100 odst. 2 zákona nestanovuje žádnou povinnost, kterou by zadavatel mohl stanovením zadávacích podmínek porušit, uvádím, že zákon dává zadavatelům možnost stanovit si v zadávací dokumentaci výhradu změny dodavatele. Zadavatelé této možnosti využít nemusí, vyhrazení možnosti změny dodavatele je zcela na jejich uvážení. Pokud ovšem zadavatel v zadávací dokumentaci tuto výhradu stanoví, je povinen tak učinit v souladu s § 100 odst. 2 zákona a se zásadami dle § 6 zákona. Pokud Úřad shledá, že zadavatelem stanovená výhrada změny dodavatele dle § 100 odst. 2 zákona v souladu se zákonem není, zadávací řízení zruší, stejně jako tomu učinil v tomto případě.

69. Úřad má v souladu s § 248 zákona povinnost vykonávat dozor nad dodržováním pravidel stanovených zákonem, přičemž zjistí-li ve správním řízení na návrh, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem, uloží v souladu s § 263 odst. 3 zákona nápravné opatření ve formě zrušení zadávacího řízení. Úřad tedy postupoval zcela správně, když v daném případě zadávací řízení zrušil.

70. Skutečnost, že ke změně dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky na základě výhrady změny dodavatele nemusí dojít, neznamená, že zadavatel neporušil zákon. Zde je třeba akcentovat, že zadávací dokumentace představuje v zadávacím řízení nejvýznamnější dokument, podle kterého se dodavatelé rozhodují o účasti v zadávacím řízení a formulaci svých nabídek. Netransparentní vymezení výhrady změny dodavatele pak může u dodavatelů vyvolávat pochybnosti o tom, zda je smyslem takové zadávací podmínky ze strany zadavatele skutečně výběr nejvýhodnější nabídky na základě férové a transparentní soutěže či zda se zadavatel ve spojení s dalšími zadávacími podmínkami nesnaží řádný výběr dodavatele obejít. Transparentnost zadávacích podmínek a důvěra dodavatelů ve férový výběr vybraného dodavatele má tedy zásadní vliv na okruh účastníků v zadávacím řízení a zachování férové soutěže.

71. Soulad zadávacích podmínek se zásadami dle § 6 zákona přitom posuzuje Úřad k návrhu navrhovatele vždy, ať již se jedná o zadávací podmínky upravující průběh zadávacího řízení či smluvní (obchodní) podmínky, které se uplatní až v průběhu plnění veřejné zakázky po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.

72. V této souvislosti odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně, č. j. 62 Af 76/2018-226 ze dne 3. 1. 2019, kde jmenovaný soud uvedl, že „*Přezkumná pravomoc žalovaného [Úřadu], jak je vymezena v § 248 ZZVZ (žalovaný vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených ZZVZ a zadávacími podmínkami), se týká dodržování požadavků na zákonnost postupu podle ZZVZ, což - především pokud jde o dodržení zásady přiměřenosti (§ 6 odst. 1 ZZVZ) a zásady zákazu diskriminace dodavatelů (§ 6 odst. 2 ZZVZ) - může zahrnovat i přezkum těch zadávacích podmínek, jež se nakonec po uzavření smlouvy projeví coby podmínky smluvní. Přestože smluvní podmínky se obecně nacházejí mimo možnosti přezkumu ze strany žalovaného, neboť jistě není (a nemůže být) úkolem žalovaného, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávních podmínek stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci, a tím se stal*

arbitrem výlučně soukromoprávního střetu představ zadavatele i dodavatele ohledně konkrétních parametrů jejich vzájemného závazkového vztahu, v případech sporu mezi zadavatelem a dodavatelem ohledně dodržení především § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ konkrétním nastavením těch zadávacích podmínek, jež se po uzavření smlouvy projeví jako podmínky smluvní, žalovaný pravomoc k posouzení těchto podmínek má - a pro svoje rozhodování ohledně zákonnosti postupu zadavatele podle ZZVZ je posoudit musí. Excesivně nastavené zadávací podmínky, byť by se měly projevit coby podmínky smluvní ‚až' po uzavření smlouvy, tedy po skončení zadávacího řízení, mohou mít mnohdy shodně negativní vliv na účast dodavatelů v zadávacím řízení jako kupř. nepřiměřeně nastavené podmínky kvalifikace či hodnocení nabídek, neboť mohou působit stejně eliminačně, a tudíž nepřiměřeně a diskriminačně, a tedy jejich konkrétním nastavením (coby součást zadávacích podmínek) může k porušení ZZVZ dojít. Žalovaný tedy je oprávněn (a povinen) podrobit přezkumu i ‚výlučně' smluvní podmínky z toho pohledu, zda jejich nastavením nedochází k porušení ZZVZ."

73. Zde především poukazuji, že specifikum většiny smluvních podmínek spočívá v tom, že se zpravidla řídí zvláštními právními předpisy a zákon jejich znění výslovně neupravuje. Přezkum Úřadu je tak zpravidla omezen na soulad těchto podmínek se zásadami dle § 6 zákona a Úřad hodnotí jen jejich zjevnou excesivnost.

74. Výhrada změny dodavatele se však bezprostředně dotýká výběru dodavatele v zadávacím řízení a její netransparentnost atakuje samotný smysl zadávacího řízení. Na základě výhrady změny dodavatele tak, jak ji stanovil zadavatel, mohl zadavatel v případě, že by byl s původním dodavatelem ukončen smluvní vztah (přičemž podmínky upravující možnost odstoupení od smlouvy ze strany zadavatele byly nastaveny takovým způsobem, že se odstoupení od smlouvy jevilo jako vysoce pravděpodobné; i proti smluvní úpravě zadavatelovy možnosti odstoupit od smlouvy přitom navrhovatel v námitkách a návrhu brojil), vybrat prakticky kteréhokoliv ze zbývajících účastníků řízení zcela svévolně, bez určení jakéhokoliv přezkoumatelného způsobu jím učiněného výběru. Takto excesivní případ nemohl vést k jinému výsledku, než ke zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

75. Výhrada změny dodavatele dle § 100 odst. 2 je tedy způsobilá výrazně ovlivňovat zadávací řízení jak v jeho průběhu, tak po jeho ukončení, neboť na jejím základě může dojít ke změně samotného výsledku zadávacího řízení. Pokud zadavatel stanoví tuto výhradu způsobem zákonem neaprobovaným, Úřad zadavateli uloží nápravné opatření dle § 263 odst. 3 zákona, spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

76. K výše uvedenému shrnuji, zadavatel porušil ustanovení § 100 odst. 2 zákona, neboť nenaplnil hypotézu citované právní normy, a ustanovení § 6 zákona, neboť jeho netransparentní postup byl způsobilý vyvolávat pochybnosti o skutečných důvodech jeho postupu. Ani poslední část rozkladové argumentace zadavatele tedy nemohu shledat důvodnou.

77. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, který jeho vydání předcházel, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, že se zadavatel nedopustil porušení zákona. Dále Úřad uvedl

všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití. Napadené rozhodnutí je tedy zákonné a věcně správné.

VII. Závěr

78. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zohlednění námitek navrhovatele, na základě zjištění, že Úřad postupoval při rozhodnutí o zamítnutí návrhu v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí.

79. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. KORID LK, spol. s r.o., U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2
2. Strelička & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., Veselá 163/12, 602 00 Brno

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy