



UOHSX00D5KD3

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0006/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-09170/2020/323/VVá

Brno 24. března 2020

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 7. 1. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- **Metrostav a.s.**, IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0388/2019/VZ-35343/2019/512/PHn ze dne 20. 12. 2019 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**I/44 Zábřeh – obchvat Postřelmova**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 11. 6. 2019 a uveřejněno dne 12. 6. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-019563,

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-S0388/2019/VZ-35343/2019/512/PHn ze dne 20. 12. 2019

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 25. 10. 2019 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, návrh navrhovatele – společnosti Metrostav, a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8, (dále „**navrhovatel**“ nebo „**vybraný dodavatel**“) – na zahájení správního řízení (dále jen „**návrh**“) ze dne 23. 10. 2019 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „I/44 Zábřeh – obchvat Postřelmova“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 11. 6. 2019 a uveřejněno dne 12. 6. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-019563 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

II. Napadené rozhodnutí

2. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0388/2019/VZ-35343/2019/512/PHn ze dne 20. 12. 2019 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kde výrokem I návrh vyjma části týkající se bodu 7.3.6 dokumentu „*Technické kvalitativní podmínky staveb pozemních komunikací (Kapitola 7 – Hutněné asfaltové vrstvy)*“, kde zadavatel připouští mj. využití homogenizátorů, kterými lze prodloužit dobu skladování v zásobnících a dobu dopravy asfaltové směsi na dvě hodiny, podle ustanovení § 265 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 263 zákona, a výrokem II správní řízení v části návrhu týkající se bodu 7.3.6 dokumentu „*Technické kvalitativní podmínky staveb pozemních komunikací (Kapitola 7 – Hutněné asfaltové vrstvy)*“, kde zadavatel připouští mj. využití homogenizátorů, kterými lze prodloužit dobu skladování v zásobnících a dobu dopravy asfaltové směsi na dvě hodiny, podle ustanovení § 257 písm. h) zákona zastavil, neboť této částí návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
3. V odůvodnění k výroku I napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že zadavatel při vypořádání námitek dodržel postup podle § 245 odst. 1 zákona, když se podrobně a srozumitelně

ke všem námitkám vyjádřil. Dále Úřad shledal, že z rozhodnutí o vyloučení vybraného dodavatele (navrhovatele) jednoznačně a srozumitelně vyplývá důvod pro vyloučení navrhovatele. Úřad také odmítl argumentaci navrhovatele, že by měl být vyloučen podle § 48 odst. 2 písm. a) a odst. 8 zákona. Proto dle Úřadu zadavatel nepochybil, když uplatnil právo na plnění z jistoty v souladu s § 41 odst. 8 zákona.

4. V odůvodnění k výroku II Úřad uvedl, že v případě předmětné námitky se jedná o uvedení nových skutečností v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách navrhovatele, a jakožto k takovým má k těmto skutečnostem Úřad v souladu s § 251 odst. 4 zákona přihlídnout pouze tehdy, jde-li o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli. Protože Úřad shledal, že povaha daných skutečností nenasvědčuje tomu, že by o takové nové skutečnosti šlo, nepřihlédl k nim a řízení v této části zastavil.

III. Námitky rozkladu

5. Napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 23. 12. 2019. Dne 7. 1. 2020 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
6. Navrhovatel považuje ve druhé výzvě k předložení dokladů uvedenou informaci, že je třeba při výpočtu dovozové vzdálenosti zohlednit plánované dopravní omezení na silnici I/44 v úseku Mohelnice – Libivá, kde bude realizována souvislá oprava asfaltových vrstev vozovky s plánovaným termínem zahájení v 09/2019, a klimatické podmínky v dané lokalitě stavby v tomto období, za aktualizovaný vstup a novou informaci, která nebyla zveřejněna a je tak nepředvídatelnou. Navrhovatel se domnívá, že se Úřad nedostatečným způsobem vypořádal s touto návrhovou námitkou, když ji nepodrobil žádnému přezkoumání.
7. Navrhovatel nesouhlasí se závěrem, že obě výzvy k předložení dokladů byly jednoznačné a srozumitelné a že z nich vyplývá, jaké doklady se po něm požadují. Navrhovatel je toho názoru, že se Úřad v napadeném rozhodnutí věcně nezabýval námitkami navrhovatele, v čem nejednoznačnost a nesrozumitelnost spatřuje, a omezil se pouze na konstatování, že tomu tak není. Napadené rozhodnutí je proto nepřezkoumatelné.
8. Navrhovatel tvrdí, že pokud zadavateli vznikly pochybnosti o splnění podmínek zadávací dokumentace (ohledně možnosti použití homogenizátorů), měl se na navrhovatele obrátit, ne ho vyloučit.
9. Navrhovatel má za to, že rozhodnutí o vyloučení vybraného dodavatele a rozhodnutí o námitkách není jasné, srozumitelné a konkrétní, a není z něj patrné, na základě jakých skutečností k vyloučení dospěl, protože absentuje zdůvodnění. Rozhodnutí o vyloučení je proto v rozporu s § 48 odst. 11 zákona a zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona. Závěr, že zadavatel vyloučil navrhovatele z důvodu, že nepředložil doklad o vlastnictví obalovny v souladu s TKP, není pravdivý, protože zadavatel ve své výzvě požadoval předložení výpočtu dovozové vzdálenosti a nikoliv prokázání požadavku stanoveného na dopravu asfaltových směsí. Navrhovatel dle svého názoru řádně doložil požadované dokumenty.
10. Dle navrhovatele zadavatel nesprávně právně kvalifikoval vyloučení navrhovatele a neměl tak právo na plnění ze složené jistoty. Navrhovatel totiž dokumenty podle § 122 odst. 3 zákona doložil a již nehraje roli, zda je zadavatel shledal dostatečnými. Vyloučení

navrhovatele tak mělo být posouzeno podle § 48 odst. 2 písm. a) a odst. 8 zákona a nikoliv podle § 122 odst. 7 zákona.

Závěr rozkladu

11. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

12. Zadavatel nejprve shrnuje podstatné skutkové okolnosti a dodává, že ke druhé výzvě k předložení dokladů přistoupil proto, že pojal podezření, že navrhovatelem předložená obalovna nespĺňuje podmínky stanovené zadavatelem, zejména pak doložení výpočtu dovozové vzdálenosti obalované asfaltové směsi z místa polohy obalovny na místo stavby. K tomu pak zadavatel nad rámec svých zákonných povinností vznesl dotaz, zda ve výpočtu zohlednil plánované dopravní omezení s termínem zahájení v 09/2019 a klimatické podmínky v tomto období v dané lokalitě stavby.
13. Zadavatel uvádí, že v odpovědi na tuto výzvu navrhovatel bez dalšího připustil, že jeho nabídka nespĺňuje zadávací podmínky veřejné zakázky, konkrétně že není schopen zajistit požadovanou dovozovou vzdálenost obalované asfaltové směsi. Proto byl vybraný dodavatel vyloučen dle čl. 15. 3. písm. b) zadávací dokumentace, tedy konkrétně že nepředložil doklady osvědčující vlastnictví obalovny nebo smluvní zajištění dodávek směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP do 1 hodiny, s minimálním výkonem 120t/hod.
14. Zadavatel uvádí, že dopravní omezení je objektivní okolnost stojící mimo volní sféru zadavatele a informace o něm byla a je veřejně dostupná. Navrhovatel tak byl povinen s takovou informací počítat, a to minimálně jako s hypotetickou možností. Zadavatel dodává, že se nejedná o nijak překvapivý nebo excesivní požadavek (dovozová vzdálenost obalovaných směsí do 1 hodiny), a proto byli dodavatelé obecně povinni zajistit jeho splnění, např. ponecháním dostatečné finanční rezervy na případné jiné, nákladnější řešení požadavku, pokud by se původně zamýšlené řešení ukázalo jako neaplikovatelné. Nadto zadavatel doplňuje, že navrhovatel ve svém návrhu tuto skutečnost neformuloval jako samostatnou námitku a nedovožoval žádné věcné výhrady vůči ní.
15. Zadavatel má za to, že se Úřad k návrhové části týkající se nejednoznačnosti a nesrozumitelnosti výzev vyjádřil. Zadavatel také upozorňuje na to, že navrhovatel navzdory údajné nesrozumitelnosti výzvy na ni věcně a s pochopením podstaty dotazu věcně reagoval a vyjádřil se zcela relevantně. Z toho vyplývá, že výzvám naprosto porozuměl.
16. Dále je zadavatel přesvědčen, že v rozhodnutí o vyloučení výslovně uvedl důvod vyloučení a tuto skutečnost odůvodnil.
17. K právní kvalifikaci vyloučení vybraného dodavatele zadavatel uvádí, že povinnost dle § 122 odst. 3 zákona je komplexní a nejde splnit částečně, resp. částečné splnění nemá žádné právní účinky. Pokud chybí splnění byť jen jediné podmínky zadavatele, jsou dány důvody pro vyloučení vybraného dodavatele dle § 122 odst. 7 zákona. Jiný závěr by popíral smysl a účel ustanovení § 122 odst. 3 zákona.

18. Co se týká možnosti prodloužení doby dopravy směsí při použití homogenizátorů na 2 hodiny, zadavatel má za to, že při posuzování splnění zadávacích podmínek může vycházet primárně z informací, které mu poskytne dodavatel. Proto pokud se navrhovatel domníval, že použití homogenizátorů by naplnilo požadavky zadavatele, měl tyto skutečnosti uvést. Je to dodavatel, kdo je povinen technologii nabídnout v rámci své nabídky.

IV. Řízení o rozkladu

19. 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 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

20. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího 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 vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
21. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
22. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K námitce aktualizovaných informací pro výpočet dovozní vzdálenosti

23. Navrhovatel namítá, že zadavatelem uváděné dopravní omezení na silnici I/44 v úseku Mohelnice – Libivá s plánovaným termínem zahájení v 09/2019 je aktualizovaným vstupem a novou informací, a ve své podstatě je tak nepředvídatelnou. Navrhovatel se domnívá, že se Úřad nedostatečným způsobem vypořádal s touto návrhovou námitkou, když ji nepodrobil žádnému přezkoumání.
24. Nejprve je třeba pro komplexní představu všech skutečností souvisejících se zadáváním veřejné zakázky rovněž zmínit, že z profilu zadavatele je možno zjistit, že jak zadávací řízení na veřejnou zakázku, tak zadávací řízení na zakázku zadavatele s názvem „I/44 Mohelnice – Libivá“ bylo zahájeno dne 11. 6. 2019. Lhůta pro podání nabídek u veřejné zakázky uplynula dne 18. 7. 2019 v 10:00, u zakázky „I/44 Mohelnice – Libivá“ pak 19. 7. 2019 v 10:00. Zároveň je z profilu zadavatele patrné, že i řízení na druhou zmíněnou zakázku se zúčastnil navrhovatel. Není tedy reálně možné, aby o teoretické možnosti existujícího problému (uzavírky nebo minimálně zpoždění) na trase nevěděl.
25. Co se týká termínu realizace veřejné zakázky, zadavatel jej v zadávací dokumentaci neuváděl, bylo proto nutné, aby navrhovatel počítal s možnou realizací jak v termínech s vyšší průměrnou teplotou tak v termínech s nižší průměrnou teplotou a aby tedy měl kapacity pro

řádnou realizaci zakázky připravené tak, aby splňoval všechny podmínky vyžadované zadavatelem. To platí obdobně i pro případné uzavírky či objížďky na trase.

26. Z napadeného rozhodnutí je patrné, že i když se Úřad s výše uvedenou námitkou výslovně podrobně nevypořádal, z vyznění celého rozhodnutí a kontextu vypořádání ostatních námitek však jasně vyplývá, že se k namítanému aktualizovanému vstupu postavil tak, že tento nepovažoval za námitku relevantní. Úřad totiž zohlednil zejména skutečnost, že zadavatel postupoval při odesílání výzev ze dne 24. 7. 2019 a dne 7. 8. 2019 v souladu se zadávacími podmínkami a se zákonem a že navrhovatel výslovně připustil nenaplnění zadavatelem stanoveného požadavku na dopravu asfaltových směsí.
27. Jak často judikují správní soudy, platí, že *„povinnost soudu odůvodnit své rozhodnutí není nutno pojímat tak široce, že by bylo třeba vždy vyslovit podrobnou odpověď na každý argument účastníka řízení“* (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 11. 2017, č. j. 7 As 182/2017-28). Úvahu lze analogicky aplikovat i na rozhodnutí správního orgánu.
28. Vzhledem k tomu, že se o aktualizovaný vstup pro výpočet dovozové vzdálenosti nejedná a neshledal jsem pochybení v postupu Úřadu, tuto rozkladovou námitku odmítám.
K námitce nejednoznačnosti a nesrozumitelnosti výzev k předložení dokladů
29. Navrhovatel má za to, že výzvy k předložení dokladů nebyly jednoznačné a srozumitelné, a nebylo z nich jasné, co přesně zadavatel požaduje. Úřad pak tuto návrhovou námitku nedostatečně přezkoumal, když se omezil pouze na konstatování, že tomu tak není, aniž by se námitkou zabýval věcně.
30. K namítanému nedostatečnému přezkumu Úřadem uvádím, že v bodě 87 napadeného rozhodnutí se Úřad neomezil pouze na konstatování, že obě výzvy k předložení dokladů byly dostatečně jednoznačné a srozumitelné, ale dále uvedl, že *„zadavatel v obou výzvách odkazuje na konkrétní bod zadávací dokumentace (čl. 15.3. písm. b) zadávací dokumentace), ze kterého jednoznačně vyplývá, jaké doklady od navrhovatele požaduje“*.
31. Úřad tak nerezignoval na věcný přezkum, když svoje konstatování doplnil odůvodněním, které ob stojí i při mém přezkumu. Úřad sice chybně uvedl, že i první výzva obsahovala odkaz na (konkrétní bod) čl. 15.3. písm. b) zadávací dokumentace, souhlasím však s tím, že z obou výzev k předložení dokladů je patrné, co zadavatel od navrhovatele požaduje.
32. V první, obecnější výzvě k předložení dokladů jsou vyjmenovány dokumenty, které zadavatel požaduje, a sice buď s odkazem na ustanovení zákona a zadávací dokumentace, nebo názvem konkrétního dokumentu. Nepovažuji za relevantní námitku navrhovatele, která se vztahuje i k této první výzvě, kterou zadavatel naplnil požadavky § 122 odst. 3 zákona: *„Zadavatel odešle vybranému dodavateli výzvu k předložení*
 - a) *originálů nebo ověřených kopií dokladů o jeho kvalifikaci, pokud je již nemá k dispozici, a*
 - b) *dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104.“*
33. V druhé výzvě k předložení dokladů jsou tyto obecné požadavky rozvedeny o konkrétní požadavek zadavatele na doplnění –

„Konkrétně se jedná o předložení dokladů uvedených v čl. 15.3. písm. b) zadávací dokumentace, včetně způsobu předložení v tomto článku uvedeném.

Dále Vás žádáme o doložení výpočtu dovozové vzdálenosti obalované asfaltové směsi z místa polohy obalovny na místo stavby v hodinách, zdali je splněn požadavek max. lhůty převozu obalované směsi dle TKP kapitola 7. Ve výpočtu je nutno zohlednit plánované dopravní omezení na sil. I/44 v úseku Mohelnice – Libivá, kde bude realizována souvislá oprava asfaltových vrstev vozovky s plánovaným termínem zahájení v 09/2019. Dále je třeba upozornit na klimatické podmínky v tomto období v dané lokalitě stavby.“

34. Je tedy patrné, že zadavatel požadoval předložení dokladů uvedených v čl. 15.3. písm. b) zadávací dokumentace, tedy *„originál nebo ověřenou kopii dokladu o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP, s minimálním výkonem 120 t/hod. Obalovna musí být schopna vyrobit asfaltové směsi tak, jak je uvedeno v technické specifikaci (TKP kapitola 7) pro předmětnou stavbu, přičemž tyto vyráběné asfaltové směsi musí mít před zahájením pokládky platné průkazní zkoušky“.*
35. Ve spojení s druhým odstavcem citace z druhé výzvy k předložení dokladů a čl. 7.3.6. TKP (doba dopravy asfaltové směsi při teplotě vzduchu 15 °C a nižší maximálně 1 hodina) vyplývá, že zadavatel požadoval takové doklady, u nichž bude mít jistotu, že budou tyto požadavky naplňovat, a proto navrhovateli zaslal tuto druhou výzvu.
36. O srozumitelnosti a jednoznačnosti předmětných výzev vypovídá i způsob, jakým na ně reagoval navrhovatel v Písemném objasnění k Výzvě k předložení dokladů ze dne 19. 8. 2019. Po provedeném přezkumu uvedeného objasnění musím dát za pravdu zadavateli, že navrhovatel na výzvy věcně a s pochopením podstaty dotazu věcně reagoval, když mj. uvedl, s jakým časem ve své nabídce uvažoval, s jakým termínem zahájení realizace zakázky uvažoval a zda je schopen splnit požadavky zadavatele s ohledem na klimatické podmínky či souběh s jinou investiční akcí.
37. Z výše uvedeného vyplývá nedůvodnost námitky, a proto je nutno ji odmítnout.
K námitce nejednoznačnosti důvodu vyloučení
38. Navrhovatel je toho názoru, že rozhodnutí o vyloučení vybraného dodavatele je v rozporu s § 6 odst. 1 zákona, když z něj není patrné, na základě čeho byl navrhovatel vyloučen. Jak z rozhodnutí o vyloučení vybraného dodavatele, tak z rozhodnutí o námitkách není jasný a jednoznačný důvod pro vyloučení. Navrhovatel uvádí, že *„závěr, že zadavatel vyloučil podatele z důvodu, že nepředložil doklad o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek směsí v souladu s TKP, není pravdivý, neboť zadavatel ve své výzvě požadoval předložení výpočtu dovozové vzdálenosti, a nikoliv prokázání požadavku stanoveného v TKP na dopravu asfaltových směsí“.*
39. K námitce uvádím, že zadavatel ve druhé výzvě k předložení dokladů požadoval *„doložení výpočtu dovozové vzdálenosti obalované směsi z místa polohy obalovny na místo stavby v hodinách, zdali je splněn požadavek max. lhůty převozu obalované směsi dle TKP kapitola 7“.*
40. Navrhovatel v rozkladové argumentaci vyvozuje z jednoho požadavku dva rozdílné (požadavek na dovozovou vzdálenost a požadavek dle kapitoly 7 TKP), přičemž tyto tvoří jeden celek, který zadavatel vyjádřil v zadávací dokumentaci a v TKP v kapitole 7, tedy

požadavek na obalovnu v dopravní vzdálenosti v souladu s TKP. Tento požadavek byl součástí čl. 15.3. písm. b) zadávací dokumentace.

41. Zadavatel vyvodil důvod pro vyloučení vybraného dodavatele z nedoložení dokladů podle čl. 15.3. písm. b) zadávací dokumentace, když uvedl: *„Jelikož jste nepředložili požadované doklady uvedené v čl. 15.3. písm. b) (originál nebo ověřenou kopii dokladu o vlastnictví obalovny nebo smluvní zajištění dodávek obalovaných směsí) ani neprokázali požadavek stanovený v TKP na dopravu asfaltových směsí při teplotě vzduchu pod 15 °C, zadavatel proto rozhodl o Vašem vyloučení ze zadávacího řízení.“*
42. Pokud tedy navrhovatel namítá, že rozhodnutí o vyloučení neobsahuje zdůvodnění úvah, které vedly zadavatele k vyloučení navrhovatele, pak k tomu uvádím, že zadavatel naopak v rozhodnutí o vyloučení zrekapituloval průběh, který ho vedl k závěru o vyloučení navrhovatele, stejně jako konkrétní zdůvodnění tohoto závěru.
43. Dodávám, že stejně zadavatel argumentoval v rozhodnutí o námitkách, když konkrétně uvedl: *„Jelikož tak stěžovatel nepředložil dokumenty, ze kterých by vyplývalo, že je vlastníkem obalovny, či že má smluvně zajištěny dodávky obalovaných směsí, které by splňovaly požadavky kapitoly 7 TKP na dojezdovou vzdálenost k místu realizace veřejné zakázky (...), byla naplněna dispozice § 122 odst. 7 ZZVZ a zadavatel tak přistoupil k vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení.“*
44. Námitku proto pro výše uvedené považuji za nedůvodnou a je nutno ji odmítnout.
K námitce právní kvalifikace vyloučení navrhovatele
45. Navrhovatel namítá, že jeho vyloučení nemělo být posouzeno podle § 122 odst. 7 zákona ve spojení s § 41 odst. 8 zákona, ale podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona. Zadavatel tak dle navrhovatele neměl právo na plnění ze složené jistoty.
46. Obecně k institutu jistoty uvádím, že jeho smyslem *„je mimo jiné zajistit ve prospěch zadavatele, aby účastníci dostáli svým povinnostem, které jim vyplývají z účasti v zadávacím řízení. Je nesporné, že dalším smyslem jistoty je určitá forma selekce opravdových zájemců o zadání veřejné zakázky. Mezi další důležité funkce jistoty patří funkce sankční a uhrazovací, tedy možnost zadavatele sankcionovat jejím prostřednictvím (resp. výkonem práva z poskytnuté jistoty) případnou újmu způsobenou zadavateli účastníkem při porušení jeho povinností v průběhu zadávacího řízení. Uvedený institut tak díky své zajišťovací povaze poskytuje zadavateli vyšší míru jistoty, že účastník před podpisem smlouvy na plnění veřejné zakázky dostojí svým povinnostem předložit údaje, doklady nebo vzorky odpovídající zadávacím podmínkám, resp. že uzavře se zadavatelem smlouvu“* (viz. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s.).
47. Stejně jako Úřad mám za to, že byly splněny podmínky pro vyloučení navrhovatele podle § 41 odst. 8, tedy
 - zánik účasti navrhovatele v zadávacím řízení,
 - v zadávací lhůtě,
 - v důsledku jeho vyloučení zadavatelem,

- o z důvodu, že navrhovatel na výzvu zadavatele nepředložil údaje, doklady nebo vzorky podle § 122 odst. 3 zákona,

a zároveň byl naplněn smysl institutu jistoty, jak je uveden výše.

48. Dále dodávám, že podle § 122 odst. 3 písm. b) zákona platí, že *„zadavatel odešle vybranému dodavateli výzvu k předložení dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104“*. Podle § 122 odst. 7 zákona platí, že *„zadavatel vyloučí účastníka zadávacího řízení, který nepředložil údaje, doklady nebo vzorky podle odstavce 3 nebo 5 nebo výsledek zkoušek vzorků neodpovídá zadávacím podmínkám“*.
49. Jazykovým výkladem je možno tato ustanovení interpretovat tak, že zákon požaduje, aby účastník zadávacího řízení předložil doklady, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil, a pokud nepředloží doklady, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, je podle § 122 odst. 7 zákona vyloučen. V tomto případě to byl originál nebo ověřená kopie dokladu o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP (tedy především s článkem 7.3.6 TKP).
50. Nelze souhlasit ani s tvrzením navrhovatele, že by mohl na daný případ dopadat § 48 odst. 2 a 8 zákona. Podle § 48 odst. 8 zákona zadavatel vyloučí vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení, pokud zjistí, že jsou naplněny důvody vyloučení podle odstavce 2 (...). V ustanovení § 48 odst. 2 zákona je uvedeno, že zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud předložené doklady nebyly doplněny na základě jeho žádosti. Jedná se o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které navrhovatel předkládá za účelem prokázání splnění zadavatelem požadované kvalifikace (obdobně viz navrhovatelem uváděné rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0195/2018/VZ-04833/2019/322/DJa ze dne 18. 2. 2019).
51. Podstatné však je, že zadavatel předmětný doklad nepožadoval jako doklad o kvalifikaci (což by ostatně bylo v rozporu s dosavadní judikaturou – např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 69/2012-55 ze dne 28. 3. 2013), ale jako doklad před uzavřením smlouvy. V zadávací dokumentaci zadavatel výslovně uvádí, co je kvalifikačním požadavkem, jak jej má uchazeč splnit, a že tyto doklady zadavatel požaduje předložit dle bodu 5.1.1.: *„Dodavatel prokáže splnění kvalifikace ve všech případech příslušnými doklady předloženými jako součást nabídky v prostých kopiích. Dodavatelé nemohou požadované doklady nahradit předložením čestného prohlášení dle § 86 ZZVZ, ale mohou je nahradit jednotným evropským osvědčením dle § 87 ZZVZ. Zadavatel však vždy bude před uzavřením smlouvy od vybraného dodavatele požadovat předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů prokazujících splnění kvalifikace v elektronické podobě.“* V bodě 15.3. pak pod písm. a) požaduje zadavatel originály dokladů o kvalifikaci a pod dalšími písmeny doklady před uzavřením smlouvy. Zadavatel tedy nepožadoval originál nebo ověřenou kopii dokladu o vlastnictví obalovny nebo smluvním zajištění dodávek směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP jako kvalifikační požadavek.
52. V navrhovatelem citovaném rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0195/2018/VZ-04833/2019/322/DJa ze dne 18. 2. 2019 je citován komentář k zákonu. Komentář rozlišuje situace, kdy zadavatel hodnotí splnění referencí až u vybraného dodavatele a je možné, že jím uvedenou referenci vyhodnotí jako spornou či nedostatečnou. Takové hodnocení může být v některých

případech složité. Dodavatel v dobré víře předkládá referenci, kterou považuje za dostatečnou a je při jejím hodnocení odkázán na posouzení zadavatelem. Právě v případě odmítnutí takové reference považuje autor komentáře propadnutí jistoty za příliš tvrdé a s touto úvahou se v navrhovatelem citovaném rozhodnutí předseda Úřadu ztotožnil, byť je samozřejmě třeba každý případ posuzovat individuálně. Zde se však jedná o jinou situaci, která byla popsána již v bodě 51 tohoto rozhodnutí (zadavatel nepožadoval doklad o vlastnictví obalovny jako kvalifikační), proto není možné citované rozhodnutí označit jako přiléhavé.

53. Nesouhlasím dále s argumentací navrhovatele, dle níž by bylo možno předložit zadavateli doklady nesplňující požadavky dokumentace o zadávacím řízení a vyhnout se tak riziku propadnutí jistoty. Takový výklad by byl proti smyslu institutu jistoty a zákona jako takového, a prakticky by znemožňoval, aby se zadavatel zhojil při nezákonném postupu vybraného dodavatele v obdobných případech. Cílem dodavatele je uzavřít se zadavatelem smlouvu. Proto je argumentace navrhovatele úmyslným předložením dokumentů nesplňujících požadavky zadávací dokumentace nelogická.
54. Vzhledem k tomu, že jsem neshledal vadu v postupu Úřadu vztahujícímu se k právní kvalifikaci vyloučení navrhovatele a propadnutí jistoty, odmítám i tuto námitku jako nedůvodnou.

K námitce možnosti využití homogenzátorů

55. Navrhovatel uvádí, že pokud i po písemném objasnění měl zadavatel pochybnosti o splnění podmínek dokumentace o zadávacím řízení ve vztahu k možnosti použití homogenzátorů, kdy lze dobu skladování v zásobnících a dobu dopravy asfaltové směsi prodloužit na 2 hod, měl navrhovatele vyzvat k objasnění situace, neboť v pochybnostech nelze účastníka zadávacího řízení vyloučit. Zadavatel jako odborná organizace si musí být vědom možnosti prodloužení doby dopravy a měl tak tuto možnost brát jako reálnou.
56. K této námitce uvádím, že směřuje proti výroku II napadeného rozhodnutí, kterým bylo správní řízení v části návrhu týkající mj. využití homogenzátorů zastaveno. Námitka však věcně rozporuje postup zadavatele při vyloučení navrhovatele, nikoli důvod zastavení správního řízení. Navrhovatel totiž v rozkladu neuvedl konkrétní námitky, kterými by rozporoval výrok II napadeného rozhodnutí, případně kterými by se snažil prokázat, že tato námitka byla součástí námitek k zadavateli.
57. Po přezkoumání námitek navrhovatele ze dne 30. 9. 2019 lze přisvědčit Úřadu, tedy že tato námitka nebyla součástí námitek podaných k zadavateli. Úřad proto nemohl jinak než řízení v této části podle § 257 písm. h) zákona zastavit.
58. Námitkou se tak není možné meritorně zabývat, protože nebyla součástí námitek k zadavateli a je nutno ji odmítnout.

VI. Závěr

59. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu navrhovatele.

60. 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 tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Metrostav a.s., Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8
2. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne:

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

