



UOHSX003NBEX

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S170/2011/VZ-10258/2011/510/MOn

V Brně dne: 28.7.2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 13.5.2011 z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) cit. zákona, jehož účastníky jsou

- zadavatel – obec Dolany, IČ 002 55 424, se sídlem Dolany 125, 339 01 Klatovy, zastoupená Ing. Václavem Zemanem, starostou,
- vybraný uchazeč – obchodní společnost Silnice Klatovy a. s., IČ 453 57 307, se sídlem Vídeňská 190, 339 01 Klatovy, za níž jedná Ing. Ladislav Koláčný, předseda představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v podlimitní veřejné zakázce „Šumavská cyklotrasa č. 38 jako součást cyklotrasy Praha - Mnichov, úsek Svrčovec-Dolany-Malechov a informační a odpočinkové zázemí v obci Svrčovec“ zadané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 21.4.2010 pěti zájemcům o veřejnou zakázku, **rozhodl takto**

I.

Zadavatel obec Dolany se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že

I. 1. nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) téhož zákona, když ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům ve výzvě k podání nabídek nevymezil minimální úroveň těchto

kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. f) citovaného zákona o veřejných zakázkách tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a došlo k uzavření smlouvy.

I.2. nedodržel zásadu rovného zacházení stanovenou v § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách tím, že znevýhodnil ty dodavatele, kteří nevlastní technické vybavení (1 ks finišeru, 3 ks silničních válců a 3 ks sklápěčů s minimální nosností 10 t), požadované zadavatelem k prokázání splnění technické kvalifikace, neboť dodavatelům neumožnil doložit jiný způsob dispozice s tímto technickým vybavením, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a došlo k uzavření smlouvy.

## II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě I. se zadavateli obci Dolany podle § 120 odst. 2 písm. a) cit. zákona o veřejných zakázkách **ukládá pokuta ve výši 150 000,-- Kč** (sto padesát tisíc korun českých). Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "Úřad" a "zákon"), obdržel podnět od Ministerstva pro místní rozvoj České republiky k prošetření postupu obce Dolany, IČ 002 55 424, se sídlem Dolany 125, 339 01 Klatovy, zastoupené Ing. Václavem Zemanem, starostou (dále jen „zadavatel“), při zadávání veřejné zakázky „Šumavská cyklotrasa č. 38 jako součást cyklotrasy Praha - Mnichov, úsek Svrčovec-Dolany-Malechkov a informační a odpočinkové zázemí v obci Svrčovec“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy ze dne 21.4.2010 pěti zájemcům o veřejnou zakázku.
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci o uvedené veřejné zakázce. Po přezkoumání předložených podkladů Úřad získal pochybnosti o zákonnosti úkonů zadavatele, spočívající zejména v tom, zda požadavky na prokázání technické kvalifikace odpovídají druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, a proto zahájil správní řízení z moci úřední.
3. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou
  - o zadavatel – obec Dolany,
  - o vybraný uchazeč – obchodní společnost Silnice Klatovy a. s., IČ 453 57 307, se sídlem Vídeňská 190, 339 01 Klatovy, za niž jedná Ing. Ladislav Koláčný, předseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“).
4. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S170/2011/VZ-7705/2011/510/MOn ze dne 13.5.2011. Usnesením č. j. ÚOHS-S170/2011/VZ-7747/2011/510/MOn ze dne 13.5.2011 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůty, ve kterých byli

oprávněni navrhopat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit své stanovisko v řízení, resp. vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí.

5. Dne 13.5.2011, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvnímu účastníku řízení, bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.
6. Zadavatel se ve správním řízení vyjádřil dopisem ze dne 18.5.2011, ve kterém mj. uvádí, že ve výzvě k podání nabídek a v zadávací dokumentaci je uvedeno, že uchazeč je povinen disponovat minimálním množstvím stavebních strojů a zároveň je zde uvedeno, že uchazeč doloží vlastnictví stavebních strojů a je uvedena forma, jakou má být vlastnictví doloženo. V zadávací dokumentaci je uvedeno, jakou část veřejné zakázky je oprávněn uchazeč zadat svým subdodavatelům. Zadavatel v zadávacích podmínkách nestanovil, že nějaká část veřejné zakázky nesmí být plněna pomocí subdodavatele.
7. Podle vyjádření zadavatele bylo součástí požadavku na dispozici se stavebními stroji také prokázání vlastnického vztahu a to jak ke strojům vlastním, tak i ke strojům případných subdodavatelů. Z výzvy k podání nabídek i ze zadávací dokumentace jednoznačně nevyplývá, že uchazeč musí požadované strojní vybavení vlastnit, ale že jím musí disponovat. Zadavatel požadoval doložení vlastnických vztahů a to jak ke strojnímu vybavení dodavatele i subdodavatelů. Uvedený požadavek je podle zadavatele plně v souladu s ust. § 44 odst. 6 a § 51 odst. 4 zákona.
8. Požadavek na disponování s minimálním množstvím stavebních strojů – 1 ks finišer, 3 ks silničních válců, 3 ks sklápěčů s min. nosností 10 t, 1 ks obalovny asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP, o max. stáří 10 let a minimálním výkonu 160 t/hod. a 1 ks záložní obalovny asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP, o max. stáří 15 let a minimálním výkonu 80 t/hod. – zadavatel považuje s ohledem na předmět veřejné zakázky za nutný.
9. Zadavatel uvádí, že není nutné, aby dodavatel byl vlastníkem nástrojů, pomůcek či zařízení, které jsou pro plnění veřejné zakázky nezbytné a v této souvislosti zadavatel umožnil, aby uchazeči mohli využít subdodavatelského plnění.
10. Zadavatel je přesvědčen, že postupoval v souladu se zákonem.
11. Vybraný uchazeč se ve správním řízení vyjádřil dopisem zn. ZAK/089/2011 ze dne 23.5.2011, ve kterém uvádí, že zadavatelem požadované strojní vybavení je standardním vybavením stavebních firem zabývajících se realizací pokládky asfaltových směsí.
12. V dojezdové vzdálenosti dle ČSN a TKP od místa stavby se dle vybraného uchazeče na území ČR nachází cca 10 obaloven splňujících minimální požadavky zadavatele, jejichž majiteli je cca 14 společností. Podle vybraného uchazeče není možné opomenout ani přítomnost obaloven na území SRN ani existenci tzv. mobilních obaloven. Vybraný uchazeč dále uvádí, že uchazeči podle § 51 odst. 4 zákona požadovanou technickou kvalifikaci rovněž mohli prokázat pomocí subdodavatelů.

13. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, nabídek uchazečů, vyjádření předložených zadavatelem a vybraným uchazečem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky a dopustil se správního deliktu. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

#### **Relevantní ustanovení zákona**

14. Zadavatel je povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace (viz § 6 zákona).
15. Podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce požadovat přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici.
16. Ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona stanoví, že veřejný zadavatel je ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

#### **Zjištění vyplývající z dokumentace**

17. Zadavatel ve výzvě k podání nabídek v části 5. „Požadavky na prokázání kvalifikace“ v bodě 5.4 „Technické kvalifikační předpoklady dle § 56“ mj. výslovně stanovil: „Technické kvalifikační předpoklady dle 56 odst. 3 písm. f) splňuje uchazeč, který předloží přehled technického a provozního zařízení, které bude mít při plnění veřejné zakázky k dispozici. Uchazeč je povinen disponovat minimálním množstvím stavebních strojů: 1 ks finišer, 3 ks silničních válců, 3 ks sklápěčů s min. nosností 10 t, 1 (jednou) obalovnou asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP, o max. stáří 10 let a s minimálním výkonem 160 t/hod. a 1 (jednou) záložní obalovnou asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP, o max. stáří 15 let a s minimálním výkonem 80 t/hod. Uchazeč doloží vlastnictví stavebních strojů výpisem z evidence majetku podepsaným osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče. Uchazeč předloží doklad o vlastnictví obalovny (v prosté kopii) nebo smlouvu o smlouvě budoucí s obalovnou a záložní obalovnou na zajištění odběru asfaltových směsí pro tuto stavbu (v úředně ověřené kopii)“.
18. Ve výzvě k podání nabídek v části 15 „ostatní podmínky zadavatele“ zadavatel mj. stanovil: „Zadavatel omezuje míru subdodávek na 15 %. Objem prací zadávaných subdodavatelsky nesmí tuto hranici překročit, přičemž pokládku živičných směsí provede uchazeč vlastními kapacitami, k čemuž se ve své nabídce zaváže formou čestného prohlášení, které musí být podepsáno osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče“.

## **Závěry Úřadu k požadavkům zadavatele na prokázání technické kvalifikace – obalovny asfaltových směsí**

19. Zákon v ustanovení § 56 odst. 3 písm. f) zadavateli v souvislosti s prokazováním splnění technických kvalifikačních předpokladů pro veřejné zakázky na stavební práce umožňuje požadovat doložení přehledu nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici. Zadavatel současně musí v této souvislosti ve smyslu § 56 odst. 7 zákona stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů, uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a vymezit jejich minimální úroveň tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.
20. V šetřeném případě zadavatel k prokázání kvalifikace požadavek vycházející z ustanovení § 56 odst. 3 písm. f) zákona použil. Jak je v těchto souvislostech ze zadávacích podmínek zřejmé, zadavatel stanovil ve smyslu § 56 odst. 7 písm. a) a b) zákona rozsah požadovaných informací a dokladů i způsob prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu (v případě obalovny asfaltových směsí uchazeč předloží doklad o vlastnictví obalovny «v prosté kopii» nebo smlouvu o smlouvě budoucí s obalovnou a záložní obalovnou na zajištění odběru asfaltových směsí pro tuto stavbu «v úředně ověřené kopii»).
21. Zadavatel vymezil ve smyslu § 56 odst. 7 písm. c) zákona i minimální úroveň tohoto kvalifikačního předpokladu, a to tak, že v případě obalovny asfaltových směsí zadavatel stanovil dispozici alespoň k 1 ks obalovny s max. stáří 10 let a minimálním výkonu 160 t/hod. a k 1 ks obalovny s max. stářím 15 let a minimálním výkonu 80 t/hod.
22. Předmětem posouzení Úřadu v šetřeném případě bylo, zda zadavatel tuto minimální úroveň vymezil takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu zadávané veřejné zakázky a nevytvářela tak neodůvodněnou překážku pro podání nabídky uchazečem, který by byl jinak schopen svoji způsobilost pro plnění předmětu veřejné zakázky prokázat (§ 6 zákona).
23. V této souvislosti Úřad cituje z rozsudku Nejvyššího správního soudu č.j. 9 Afs 87/2008-81 ze dne 9.7.2009, podle kterého musí zadavatel vždy pečlivě zvážit, jaké minimální kvalifikační požadavky jsou pro provedení veřejné zakázky nezbytné, přičemž se musí vyvarovat těch požadavků, které s předmětem veřejné zakázky nesouvisí věcně či bezprostředně. Stanovením kvalifikačních kritérií zadavatel může omezit výběr potenciálních dodavatelů, to je však možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi, navíc tyto požadavky musí být vždy přiměřené ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. Stanovení kvalifikačních kritérií, včetně jejich minimální úrovně, však rozhodně nemůže vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení, či k jakémukoliv zvýhodnění některého z potenciálních dodavatelů. Naopak, jejich účelem je zabezpečit účast všech možných dodavatelů, kteří jsou zakázku způsobilí splnit. Nastavení kvalifikačních předpokladů, které nemají vazbu na předmět a rozsah zadávané veřejné zakázky, a znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, lze považovat za skrytou formu nepřípustné diskriminace v zadávacím řízení.

24. Z předložených podkladů Úřad zjistil, že v šetřeném případě je předmětem veřejné zakázky vybudování 3,8 km cyklostezky, přičemž předpokládaná hodnota veřejné zakázky nepřesahuje 20 mil. Kč bez DPH
25. Úřad z technického předpisu Ministerstva dopravy České republiky označeného „Technické kvalitativní podmínky staveb pozemních komunikací“ (dále jen „TKP“), na které zadavatel v zadávacích podmínkách odkazuje, zjistil, že TKP v kapitole 7 „Hutněné asfaltové povrchy“ v bodě 7.3.2.1 „Obalovna asfaltových směsí“ mj. stanoví: „Obalovna asfaltových směsí musí mít takovou hodinovou kapacitu výroby, aby byla umožněna nepřerušovaná, plynulá pokládka. Minimální skutečný výkon obalovny vyrábějící asfaltovou směs pro dálnice a rychlostní komunikace musí být 120 t/hod. Podle dohody s objednatelem lze v odůvodněných případech využít i druhé obalovny s nižším výkonem vyrábějící směsi podle stejné zkoušky typu“.
26. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel v zadávacích podmínkách požadoval u veřejné zakázky na výstavbu cyklostezky ještě vyšší hodinovou kapacitu obalovny asfaltových směsí než je minimální výkon obalovny udávaný pro výstavbu dálnic a rychlostních komunikací.
27. Zadavatelem požadovaný výkon obalovny ve výši 160 t/hod je vzhledem k předmětu veřejné zakázky, kterým je vybudování cyklostezky, neadekvátní (požadovaný výkon obalovny 160 t/hod by bylo možno považovat za nepřiměřený i v případě budování silnic II. a III. tříd).
28. Požadavkem na druhou (záložní) obalovnu o minimálním výkonu 80 t/hod zadavatel jen posiluje nepřiměřenost požadavku na hodinový výkon obalovny asfaltových směsí ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.
29. Z výše uvedeného lze učinit závěr, že požadavek na dispozici se dvěma obalovnami asfaltových směsí s výše uvedenými požadovanými minimálními parametry, neodpovídá reálné potřebě na technické vybavení dodavatele pro plnění předmětu veřejné zakázky.
30. Co se týče požadovaného minimálního výkonu obalovny ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, kterým je vybudování cca 3,8 km cyklostezky o šířce 3 m), lze s vysokou mírou pravděpodobnosti předpokládat, že by byl dostačující i podstatně nižší hodinový výkon obalovny než stanovený výkon 160 t/hod, který by s dostatečnou rezervou dokázal zajistit plynulou dodávku asfaltové směsi na budovanou cyklostezku.
31. Po posouzení minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu týkajícího se požadavku zadavatele na dispozici s obalovnami asfaltových směsí v případě budování 3,8 km cyklostezky, ve vztahu k minimálnímu výkonu obalovny vyrábějící asfaltovou směs pro dálnice a rychlostní komunikace stanovenou v TKP, Úřad konstatuje, že zadavatelem stanovená minimální úroveň kladená na dispozici se 2ks obaloven asfaltových směsí s výkony 160t/hod a 80t/hod, je nepřiměřená, což vedlo k bezdůvodnému omezení možnosti potenciálních dodavatelů účastnit se zadávacího řízení (viz citovaný rozsudek NSS č.j. 9 Afs 87/2008-81) a nedůvodnému omezení okruhu možných dodavatelů. Není totiž vyloučeno, že

pokud by zadavatel stanovil požadavek na uvedenou technickou kvalifikaci, tak aby odpovídal druhu a rozsahu předmětné veřejné zakázky s ohledem na reálnou potřebu na technické vybavení dodavatele (hodinový výkon obalovny asfaltových směsí), mohl obdržet větší počet konkurenčních nabídek, včetně nabídky obsahující ekonomicky výhodnější nabídku, než je nabídka vybraného uchazeče.

32. Zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) zákona, když nevymezil minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

### **Závěry Úřadu k požadavkům zadavatele na prokázání technické kvalifikace – stavební stroje**

33. Úřad v obecné rovině konstatuje, že v zákonem vymezených případech je předpokladem účasti dodavatele v zadávacím řízení prokázání splnění kvalifikace. Kvalifikací se přitom rozumí způsobilost dodavatele realizovat veřejnou zakázku. Požadavky na prokázání splnění kvalifikace (kvalifikační požadavky) je veřejný zadavatel povinen podle druhu zadávacího řízení stanovit vždy v oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo ve výzvě o zahájení zadávacího řízení (viz § 50 odst. 2 zákona). Podrobná specifikace těchto požadavků pak může být uvedena v kvalifikační či zadávací dokumentaci.
34. Zadavatel ve smyslu § 56 odst. 7 písm. a) a b) zákona stanovil rozsah požadovaných informací a dokladů i způsob prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu, kdy výslovně uvedl: „uchazeč v případě stavebních strojů doloží vlastnictví těchto strojů výpisem z evidence majetku podepsaným osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče“.
35. Zadavatel vymezil ve smyslu § 56 odst. 7 písm. c) zákona i minimální úroveň tohoto kvalifikačního předpokladu, a to tak, že stanovil požadavek na dispozici minimálně s 1 ks finišeru, 3 ks silničních válců a 3 ks sklápěčů s min. nosností 10 t.
36. Z výše uvedeného tedy plyne, že zadavatel po uchazečích v rámci prokázání technické kvalifikace požadoval doložení dokladu o vlastnictví požadovaných strojů, aniž by připustil jiný způsob dispozice s těmito stroji (např. pronájem, zapůjčení, atd.).
37. Ačkoliv zadavatel na jedné straně ve svém vyjádření ze dne 18.5.2011 mj. výslovně uvádí: „Souhlasíme, že není nutné, aby dodavatele byl vlastníkem nástrojů, pomůcek či zařízení, které jsou pro plnění veřejné zakázky nezbytné, na druhé straně jiný způsob dispozice s požadovaným technickým vybavením (1 ks finišeru, 3 ks silničních válců a 3 ks sklápěčů s min. nosností 10 t) než je vlastnictví technického vybavení dodavatelem, nepřipustil.“
38. V této souvislosti nelze akceptovat tvrzení zadavatele, že by umožnil prokázání vlastnického vztahu k požadovanému technickému vybavení i případnými subdodavateli dodavatele.

39. Pokud Úřad odhlédne od skutečnosti, že zadavatel možnost subdodavatelského plnění v daném případě velmi výrazně omezil (zadavatel připustil možnost subdodavatelského plnění pouze do 15 % celkového objemu prací) a stanovil neadekvátní požadavek na dispozici minimálně se dvěma obalovnými asfaltových směsí (což bezesporu pro některé dodavatele znamená nutnost rovněž využít subdodavatelské plnění), nelze zaměňovat institut subdodavatelského plnění s druhy dispozice dodavatele s požadovaným technickým vybavením.
40. Pokud by totiž zadavatel v zadávacích podmínkách požadoval „dispozici“ a nikoliv „vlastnictví“ požadovaného technického vybavení, dodavatel by technickou kvalifikaci v případě, že sám část požadovaného technického vybavení nevlastní, mohl prokázat v plném rozsahu sám, a to např. tím že doloží doklad o pronájmu nebo zapůjčení takového vybavení. Dodavatel by tedy nemusel „hledat“ svého subdodavatele, kterým bude prokazovat patřičnou část technické kvalifikace a uzavírat s ním smlouvu, z níž bude vyplývat závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace (§ 51 odst. 4 zákona).
41. V neposlední řadě je rovněž třeba poukázat na skutečnost, že v takovém případě by dodavatel mohl zadavatelem značně omezený podíl subdodavatelského plnění využít např. na uzavření smlouvy se subdodavatelem, který bude disponovat požadovanou obalovnou asfaltových směsí, aniž by tento podíl ještě zvyšoval (je totiž dosti pravděpodobné, že zadavatelem vymezený podíl subdodavatelského plnění by obě části plnění ani neobsáhl).
42. Požadavek na „vlastnictví“ požadovaného technického vybavení by však byl diskriminační i v případě, kdy by zadavatel možnost subdodavatelského plnění žádným způsobem neomezil, neboť na kvalitu vlastního plnění předmětu veřejné zakázky nemá a nemůže mít vliv skutečnost, jestli bude použito technické vybavení subdodavatele nebo odpovídající vybavení, které si zadavatel sám zapůjčí nebo pronajme (a to např. nikoliv jen z důvodu plnění uvedené veřejné zakázky).
43. Zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že požadoval vlastnictví technického vybavení (1 ks finišeru, 3 ks silničních válců a 3 ks sklápěčů s min. nosností 10 t), aniž by připustil jiný způsob dispozice s tímto vybavením, čímž znevýhodnil ty uchazeče, kteří toto vybavení nevlastní zadavatel. Zadavatel tímto svým postupem nedodržel zásadu rovného zacházení stanovenou v § 6 zákona. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť není vyloučeno, že pokud by zadavatel připustil i jinou dispozici s technickým vybavením, než jeho vlastnictví, mohl obdržet větší počet nabídek (včetně ekonomicky výhodnější nabídky), než tomu bylo v šetřeném případě.



## K uložení sankce

44. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona.
45. V šetřeném případě se zadavatel správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 7 písm. c) zákona, když ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům ve výzvě k podání nabídek nevymezil minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, což v daném případě mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V daném případě rovněž zadavatel nedodržel zásadu rovného zacházení stanovenou v § 6 zákona tím, že dodavatelům v rámci prokazování kvalifikace neumožnil jiný způsob dispozice s technickým zařízením (1 ks finišeru, 3 ks silničních válců a 3 ks sklápěčů s minimální nosností 10 t), než jeho vlastnictví, čímž znevýhodnil ty dodavatele, kteří toto technické vybavení nevlastní, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel tak naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
46. Vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele Úřad uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.
47. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezařadil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
48. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 17.12.2010. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 30.6.2010. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
49. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí dle smlouvy na výstavbu cyklostezky Šumavská cyklotrasa č. 38, úsek Svrčovec-Dolany-Malechkov a informační a odpočinkové zázemí v obci Svrčovec, uzavřené dne 30.6.2010 celkem 22 117 227,11 Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 1 105 861,- Kč.
50. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídnou k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

51. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu zejména tu skutečnost, že zadavatel ve výzvě k podání nabídek ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům nevymezil minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
52. Úřad při ukládání pokuty rovněž zohlednil tu skutečnost, že postup, kdy zadavatel nezákonně omezí okruh potenciálních dodavatelů, resp. poruší zásadu stejného zacházení s uchazeči o veřejnou zakázku, je velmi závažné porušení zákona, neboť zadavatelé tímto postupem v rozporu se zákonem omezují, resp. vylučují spravedlivou soutěž mezi uchazeči.
53. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně "nespravedlivá". V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla "zničena" majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z hlediska výše pokuty vzal Úřad v úvahu také ekonomické poměry zadavatele, jehož plánovaný roční rozpočtový příjem v roce 2011 činí 29 622 730,-- Kč a plánované rozpočtové výdaje v roce 2011 činí 29 482 404,-- Kč (viz návrh rozpočtu uveřejněný na internetových stránkách zadavatele), zadavatel tedy v roce 2011 plánuje hospodařit s přebytkem (plánovaný přebytek hospodaření v roce 2011 činí 140 326,--Kč a je tak jen mírně nižší než výše uložené pokuty) a uložená pokuta tak neohrozí jeho hospodaření.
54. V této souvislosti Úřad poznamenává, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je v souladu se zákonem. Poněvadž Úřad při ukládání sankce kladl důraz především na preventivní funkci uložené pokuty, nikoliv na funkci represivní, pokutu uložil v dolní třetině její možné výše.
55. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavateli uložil pokutu, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí.
56. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – identifikační číslo zadavatele.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký  
místopředseda

### **Obdrží:**

1. Obec Dolany, Dolany 125, 339 01 Klatovy
2. Silnice Klatovy a. s., Vídeňská 190, 339 01 Klatovy

### **Vypraveno dne:**

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