



UOHSX007J6EG

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R386/2014/VZ-32067/2015/322/DRu

Brno 8. října 2015

V řízení o rozkladu ze dne 31. 10. 2014 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské téhož dne zadavatelem –

- **Kraj Vysočina**, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 587 33 Jihlava,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S487/2014/VZ-22008/2014/521/ZKu ze dne 17. 10. 2014 ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) a § 120 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Stavby – 04, komunikace**“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 3. 2012 a uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 28. 3. 2012 pod ev. č. 210796, ve znění opravy uveřejněné dne 30. 3. 2012, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 4. 2012 pod ev. č. 2012/S 70-116092,

jsem podle § 152 odst. 5 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-S487/2014/VZ-22008/2014/521/ZKu ze dne 17. 10. 2014

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení veřejné zakázky

1. Dne 26. 3. 2012 zahájil zadavatel – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 587 33 Jihlava (dále jen „zadavatel“) odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)¹ zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „Stavby – 04, komunikace“ v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 3. 2012 pod ev. č. 210796 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky byla rekonstrukce komunikací, přičemž veřejná zakázka byla rozdělena na čtyři části dle místa realizace předmětu plnění veřejné zakázky.
3. Technické kvalifikační předpoklady shodně pro všechny části veřejné zakázky zadavatel vymežil v bodu 10. kvalifikační dokumentace, přičemž v bodu 10.1.5. kvalifikační dokumentace stanovil, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 zákona požaduje předložení dokladu o „*vlastnictví nebo o smluvním zajištění takového technického zařízení pro dodávku živičných směsí (včetně záložního zařízení), kterým uchazeč prokáže, že je schopen zajistit kvalitu (vlastnosti) živičných směsí při jejich skladování, dopravě a pokládce podle TKP staveb pozemních komunikací, kapitola 7 Hutněné asfaltové vrstvy, TP a navazujících ČSN 736121 Hutněné asfaltové vrstvy a zajistit kapacitu výroby směsi min. 120 t/hod. Dodavatel musí zejména prokazovat, že disponuje takovým zařízením, aby doba skladování a dopravy směsi na místo pokládky nepřesáhla 1,5 hod, nebo takovým zařízením, které umožní skladování a dopravu asfaltové směsi i delší dobu, ale má takové parametry, které zaručí udržení vlastnosti asfaltové směsi i po delší dobu.*“
4. Zadavatel ve lhůtě pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení obdržel dvě žádosti o dodatečné informace, přičemž první z nich spočívala v dotazu, zda zadavatel připouští, aby „*dodavatel podal na jednu část VZ samostatnou žádost o účast a na další část VZ společnou žádost o účast s další osobou či osobami ve sdružení?*“ Zadavatel odpověděl, že uvedenou možnost připouští, avšak dodavatel musí při následném podání nabídky dodržet obsah podané žádosti o účast v zadávacím řízení, tzn. v případě podání žádosti o účast v zadávacím řízení na část veřejné zakázky ve sdružení, musí být tato nabídka podána

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li dále stanoveno jinak.

rovněž ve sdružení. Druhá žádost o dodatečnou informaci spočívala dle vyjádření zadavatele v dotazu, zda při prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů spočívajících v doložení dokladu o vlastnictví nebo smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živichných směsí (včetně záložního zařízení) „[j]e možno využít záložní zařízení o nižší kapacitě výroby směsi než 120 t/hod?“ Zadavatel na dotaz odpověděl, že „dodavatel splní uvedený technický kvalifikační předpoklad prokázáním vlastnictví nebo smluvního zajištění dvou technických zařízení pro dodávku živichných směsí, jejichž součet kapacit výroby směsi činí 120 t/hod“.

5. Dle zadavatele obě poskytnuté dodatečné informace nijak neměnily původní kvalifikační podmínky, pouze podávaly vysvětlení existující kvalifikační podmínky ve smyslu podaných dotazů. Zadavatel tedy nepovažoval vysvětlení kvalifikačních předpokladů za jejich změnu, tudíž nepřistoupil ke změně lhůt pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení.

II. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

6. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jenž je dle § 112 zákona příslušný k výkonu dohledu nad dodržováním zákona, obdržel podnět k prošetření postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky.
7. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal vyjádření k podnětu a dokumentaci o veřejné zakázce. Po přezkoumání předložených podkladů získal Úřad pochybnosti ohledně zákonnosti úkonů zadavatele, spočívajících zejména v tom, zda zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu s § 56 odst. 3 písm. f) zákona, § 56 odst. 7 písm. c) a § 6 zákona, když požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele předložení dokladu o vlastnictví nebo o smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živichných směsí a zda vymezil minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Úřad získal rovněž pochybnost, zda zadavatel postupoval v zadávacím řízení v souladu s § 40 odst. 6 zákona ve spojení s § 147 odst. 8 zákona, když v uveřejněném vyhlášení provedl úpravu a neprodloužil lhůtu pro podání nabídek a současně úpravy provedené v uveřejněném vyhlášení neuveřejnil.
8. Dne 13. 6. 2014 oznámil Úřad zadavateli zahájení správního řízení z moci úřední, přičemž doručením oznámení o zahájení správního řízení bylo téhož dne ve smyslu § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), ve spojení s § 113 zákona zahájeno správní řízení ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona při zadávání veřejné zakázky.

III. Napadené rozhodnutí

9. Dne 17. 10. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S487/2014/VZ-22008/2014/521/ZKu (dále jen „napadené rozhodnutí“).
10. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel při zadávání části A veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval při stanovení technických kvalifikačních předpokladů v rozporu s § 56 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 56 odst. 7 písm. c) zákona, když nevymezil minimální

úroveň technického kvalifikačního předpokladu takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť v bodu 10.1.5 kvalifikační dokumentace požadoval předložení dokladu o vlastnictví nebo smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živichých směsí včetně záložního zařízení, čímž zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

11. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel při zadávání části B veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval při stanovení technických kvalifikačních předpokladů v rozporu s § 56 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 56 odst. 7 písm. c) zákona, když nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť v bodu 10.1.5 kvalifikační dokumentace požadoval předložení dokladu o vlastnictví nebo smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živichých směsí včetně záložního zařízení, čímž zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
12. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel při zadávání části C veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval při stanovení technických kvalifikačních předpokladů v rozporu s § 56 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 56 odst. 7 písm. c) zákona, když nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť v bodu 10.1.5 kvalifikační dokumentace požadoval předložení dokladu o vlastnictví nebo smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živichých směsí včetně záložního zařízení, čímž zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
13. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel při zadávání části D veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval při stanovení technických kvalifikačních předpokladů v rozporu s § 56 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 56 odst. 7 písm. c) zákona, když nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť v bodu 10.1.5 kvalifikační dokumentace požadoval předložení dokladu o vlastnictví nebo smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živichých směsí včetně záložního zařízení, čímž zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
14. Výrokem V. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I., II., III. a IV. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 150 000 Kč.

15. Výrokem VI. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl podle §117a písm. d) zákona o zastavení správního řízení v části vedené ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v souvislosti s možným nedodržením závazného postupu zadavatele v zadávacím řízení podle § 147 odst. 8 zákona a podle § 40 odst. 6 zákona při uveřejnění úprav zadávacích podmínek provedených dodatečnou informací č. 2 ze dne 3. 5. 2012 a s tím souvisejícím prodloužením lhůty pro podání žádosti o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona nebo § 120a zákona.
16. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad dospěl k závěru, že zjevně nepřiměřená úroveň vymezení technických kvalifikačních předpokladů spočívající v požadavku doložení dokladu o vlastnictví nebo smluvním zajištění dvou technických zařízení pro dodávku živičných směsí (obaloven) již ve lhůtě stanovené pro podání žádosti o účast vedla ke skryté diskriminaci těch dodavatelů, kterým se např. nepodařilo uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí s vlastníky obaloven. Vlastníci obaloven vhodných k plnění předmětu veřejné zakázky byli naopak při takto nastavených technických kvalifikačních předpokladech zvýhodněni, neboť za situace, kdy se hodlají také účastnit zadávacího řízení, odmítnou s ostatními potenciálními dodavateli uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí pro dodávku živičných směsí, čímž rovněž sníží počet dodavatelů, kteří se mohou zadávacího řízení zúčastnit, a mají tudíž větší šanci v zadávacím řízení uspět. V situaci, kdy nabídka určitého dodavatele je vybrána jako nejvhodnější a ten si až následně (ne v době podání žádosti o účast) potřebuje zajistit dodávku živičných směsí, lze naopak předpokládat, že by vlastníci obaloven byli ochotni se na dodávce živičných směsí s takovým dodavatelem dohodnout.
17. Úřad uvedl, že skutečnost, že dodavatel disponuje v době prokazování kvalifikace obalovnou, nelze v daném případě považovat za předpoklad kvality provedení předmětu plnění, neboť neznačí nic o tom, jak takový dodavatel provede předmět plnění vymezený v zadávací dokumentaci, přičemž vlastnictví či schopnost smluvně si zajistit technická zařízení pro dodávku živičných směsí v době prokazování kvalifikace nevypovídá o skutečných dovednostech dodavatele potřebných pro řádnou realizaci veřejné zakázky.
18. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dále konstatoval, že zadavatel zjevně nepřiměřeným vymezením úrovně technického kvalifikačního předpokladu, který neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, porušil rovněž zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 zákona, neboť svým postupem znemožnil některým potenciálním uchazečům účastnit se zadávacího řízení. Úřad uvedl, že zadavatel svým postupem v zadávacím řízení, který byl v rozporu s § 56 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 56 odst. 7 písm. c) zákona a v rozporu s § 6 zákona, mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť není vyloučeno, že existovali dodavatelé, kteří by byli zadavateli schopni nabídnout výhodnější podmínky, ovšem nedisponovali požadovanými technickými zařízeními pro dodávku živičných směsí, nebo si je ve lhůtě stanovené pro podání žádosti o účast (v níž prokazují splnění kvalifikace dle § 52 odst. 2 zákona) nebyli schopni smluvně zajistit, avšak lze předpokládat, že by v případě, kdy by jejich nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, uzavřeli by smlouvu o dodávce živičné směsi s některým z vlastníků obaloven nacházejících se v oblasti místa plnění veřejné zakázky.
19. V odůvodnění výroku VI. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že vzhledem k tomu, že zadavatel v kvalifikační dokumentaci požadoval k prokázání technického kvalifikačního

předpokladu předložení dokladu o vlastnictví či smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živichých směsí včetně záložního zařízení, a s ohledem na to, že i z formuláře pro prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, na který zadavatel v kvalifikační dokumentaci odkázal, vyplývá, že zadavatel již od počátku zahájení zadávacího řízení požadoval předložení dokladu o dvou technických zařízeních pro dodávku živichých směsí, neprovedl zadavatel dodatečnou informaci č. 2 ze dne 3. 5. 2012 změnu zadávacích podmínek, kterou by byl povinen uveřejnit dle § 147 odst. 8 zákona, a v návaznosti na to povinen prodloužit lhůtu k podání žádostí o účast v zadávacím řízení dle § 40 odst. 6 zákona.

IV. Námitky rozkladu

20. Dne 17. 10. 2014 bylo doručeno napadené rozhodnutí zadavateli. Dne 31. 10. 2014 byl Úřadu doručen v zákonné lhůtě rozklad zadavatele z téhož dne (dále jen „rozklad“).
21. Zadavatel v rozkladu namítá, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí neuvedl žádnou skutečnost, kterou by bylo doloženo, že by se v rámci rozhodování zabýval posouzením druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky ve vazbě na sporný technický kvalifikační předpoklad a napadené rozhodnutí považuje za neodůvodněné. Dle názoru zadavatele měl Úřad v souladu se zásadou materiální pravdy posoudit všechny důkazy v jejich vzájemných souvislostech, posoudit hledisko realizovaných staveb, význam obalovaných směsí pro jejich řádnou realizaci, jakož i navazující technické podmínky související s prováděním liniových staveb.
22. Zadavatel rozkladem brojí proti postupu Úřadu spočívajícímu v aplikaci závěrů vyslovených Krajským soudem v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 74/2010-61 ze dne 21. 6. 2012. Dle zadavatele se tento rozsudek sice rovněž zabývá legálností požadavku na vlastnictví obalovny v rámci technických kvalifikačních požadavků, avšak tento rozsudek byl přijat v souvislosti s rozhodováním o obsahově a technologicky odlišném předmětu plnění. Dle zadavatele se měl Úřad zabývat posouzením technických hledisek veřejné zakázky a jejich průniku s technickými hledisky veřejné zakázky posuzované soudem v odkazovaném soudním řízení, technickou odlišností jednotlivých staveb, jejich rozsahem a významem obalované směsi pro řádnou realizaci předmětu plnění. Úřad se měl dle názoru zadavatele rovněž zabývat poměrem objemu obalované směsi vůči celkovému finančnímu objemu zakázky. Objem množství živiché vrstvy zastoupené v jednotlivých částech veřejné zakázky se pohyboval mezi 9,5 – 45 %. Jednalo se o výrazně odlišné množství než u zakázek posuzovaných Krajským soudem v Brně.
23. Zadavatel namítá, že k posouzení věci je třeba znalost technologických aspektů provádění liniových staveb, kterými úřední osoby nedisponují, a požaduje posouzení technického významu obalové směsi pro kvalitu stavby znaleckým posudkem.
24. Odůvodnění napadeného rozhodnutí dle názoru zadavatele neobsahuje žádné skutečnosti svědčící o diskriminačním jednání zadavatele. Zadavatel namítá, že Úřad nespécifikoval, jakou míru jednání považuje za přiměřenou vzhledem k druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění jednotlivých částí veřejné zakázky. Odůvodnění Úřadu tak dle zadavatele v této části trpí vadou nepřezkoumatelnosti, neboť z jeho obsahu není patrné jakými podklady, důkazy a úvahami byl Úřad při svém rozhodování veden.

25. Zadavatel dále namítá, že zajištění technologických postupů při realizaci staveb (včetně kvality, manipulace a doby skladování asfaltové směsi) má rozhodující vliv na kvalitu obrusných vrstev vozovky a proto jsou postupy pro její pokládku upraveny speciálním technickým předpisem, z něhož zadavatel vycházel při stanovení požadavků na prokázání technických kvalifikačních předpokladů.
26. Zadavatel namítá, že stanovení kvalifikačních předpokladů je prováděno právě za účelem vymezení předpokladu kvality provedení předmětu plnění a dispozice obalovnou je jedním z předpokladů kvality plnění, přičemž odůvodnění napadeného rozhodnutí neobsahuje žádné věcné důkazy, že by tomu bylo jinak.
27. Zadavatel k tomu dále uvádí, že zajištění kvalitativních podmínek stavby v oblasti hutněných asfaltových vrstev nelze odvodit prostřednictvím technických kvalifikačních předpokladů, např. prokázáním referenčních staveb. Prostřednictvím tohoto druhu technických kvalifikačních předpokladů prokazuje zhotovitel jistou míru know-how, nikoliv však přehled provozních a technických zařízení, která ve skutečnosti může (na rozdíl od know-how) vykazovat i klesající tendenci. Vypuštěním předmětného kvalifikačního předpokladu by zadavatel dle svého názoru rezignoval na uplatňování principů hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti při nakládání s veřejnými prostředky.
28. Zadavatel namítá, že se již v minulosti v důsledku vypuštění předmětného technického kvalifikačního předpokladů dostal do situace, kdy vybraný uchazeč nebyl schopen zajistit dodávky obalované směsi a v důsledku toho došlo ke zmaření zadávacího řízení. Tato skutečnost pak dle zadavatele svědčí o nenaplnění závěru vysloveného v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 74/2010-61, že *„vítěz zakázky s některou z vhodných obaloven smlouvou o dodávce materiálu na řádné splnění veřejné zakázky bez problémů uzavřel, aniž by ji musel mít dopředu „pojištěnu“ smlouvou o smlouvě budoucí“*. Úřad tuto argumentaci přejal dle zadavatele s odůvodněním, že po výběru nejvhodnější nabídky bude na trhu stavebních prací panovat jiná situace. Zadavatel však na základě svých zkušeností namítá, že se jedná o domněnku lichou a konkurenčně tržní vztahy jsou i po výběru nejvhodnější nabídky neměnné.
29. Úřad se dle zadavatele nevěnoval v odůvodnění napadeného rozhodnutí otázce příčinné souvislosti mezi jednáním a následkem ani naplnění pojmu ovlivnění, resp. podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel namítá, že Úřad v této souvislosti nesplnil povinnost uloženou mu § 50 odst. 3 správního řádu, dle kterého je správní orgán povinen zjistit všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu a požaduje doplnění chybějících podkladů pro rozhodování, kterými bude prokázán skutečný dopad jednání zadavatele na proces výběru nejvhodnější nabídky, resp. jeho (podstatné) ovlivnění.
30. Jako přitěžující okolnost při rozhodování posuzoval Úřad fakt, že zadavatel pokračoval v zadávacím řízení a nadále požadoval splnění předmětného kvalifikačního předpokladu i přesto, že se v jeho průběhu dozvěděl o rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 74/2010-161 ze dne 21. 6. 2012, který se mj. zabýval otázkou skryté diskriminace v rámci prokazování technických kvalifikačních předpokladů konkrétně zajištění tzv. obaloven živичných směsí. K tomu zadavatel namítá, že uvedené rozhodnutí soudu se týkalo veřejné zakázky na rekonstrukci mostu s marginálním významem obalované směsi. Zadavatel, na rozdíl od případu řešeného před Krajským soudem v Brně, poptával technicky

odlišný druh plnění jak z hlediska objemového tak technického. V době zadávání veřejné zakázky navíc nebyl orgánem dohledu vydán v obdobné věci žádný negativní nálezh, resp. všechny do té doby prověřované veřejné zakázky s obdobným předmětem plnění byly shledány v souladu se zákonem, včetně sporného technického kvalifikačního předpokladu.

31. V době realizace zadávacího řízení měl zadavatel navíc k dispozici rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-R84,85/2010/VZ-14302/2010/310/JSI, v němž Úřad „k problematice „vlastnictví obalovny“ uvedl, že v případě požadavku na doložení dokladu o vlastnictví obalovny, resp. smlouvy o jejím budoucím využívání se nejedná o diskriminaci či nerovné zacházení, neboť zadavatel připustil možnost řešit tento kvalifikační aspekt i prostřednictvím subdodávky ve smyslu ustanovení § 51 odst. 4 zákona“.

Závěr rozkladu

32. Zadavatel požaduje, aby Úřad znovu posoudil všechny důkazy a skutečnosti související s průběhem zadávacího řízení veřejné zakázky a s přihlédnutím ke všem skutečnostem uvedeným v rozkladu zadavatele, zrušil napadené rozhodnutí v celém rozsahu.

V. Řízení o rozkladu

33. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

34. 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 a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
35. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

VI. K námitkám rozkladu

36. V přezkoumávaném případě Úřad rozhodl výrokem I. až IV. napadeného rozhodnutí, že zadavatel postupoval ve všech částech A až D veřejné zakázky v rozporu s § 56 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na § 56 odst. 7 písm. c) zákona, když nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť v bodu 10.1.5 kvalifikační dokumentace požadoval předložení dokladu o vlastnictví nebo smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živičných směsí včetně záložního zařízení, čímž zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

37. Stěžejní námitkou rozkladu je tvrzení zadavatele, že jeho požadavek na doložení dokladu o vlastnictví nebo o smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živичných směsí včetně záložního zařízení k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky a byl stanoven v souladu se zákonem.
38. 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.
39. Podle § 56 odst. 7 písm. c) zákona je veřejný zadavatel 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.
40. Současně vedle § 56 zákona působí i základní zásady podle § 6 zákona a platí, že při stanovování minimální úrovně kvalifikačních předpokladů nesmí být tyto stanoveny tak, aby neopodstatněně diskriminovaly uchazeče.
41. Jak vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 80/2012-37 ze dne 26. 6. 2014, *„zadavatel může např. v technických podmínkách nebo v kvalifikačních požadavcích stanovit konkrétní požadavky, bez jejichž splnění se dodavatel nemůže o veřejnou zakázku úspěšně ucházet. Jejich stanovením tak přímo ovlivňuje okruh možných dodavatelů. Z tohoto důvodu je zapotřebí k počtu a míře takových požadavků přistupovat striktně v duchu zásad podle § 6 zákona“*.
42. Ustanovení § 6 zákona má zajišťovat cíl samotného zákona, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Smysl a cíl zákazu diskriminace tak nutně vede k takové interpretaci § 6 zákona, podle které tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům, tj. v oblasti práva veřejných zakázek k poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. K porušení zásady zákazu diskriminace může dojít také např. tehdy, pokud zadavatel stanoví zcela nepřiměřené požadavky na prokázání splnění kvalifikace, v důsledku čehož účelově a v rozporu se zákonem omezí účast určité skupiny dodavatelů. Zadavatel je oprávněn využít prostor daný zákonem a prostřednictvím stanovení úrovně technických kvalifikačních předpokladů znevýhodnit některé dodavatele. Toto je však možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi.
43. Při přezkumu napadeného rozhodnutí jsem se proto soustředil na otázku, zda se Úřad dostatečně zabýval tím, zda znevýhodnění některých dodavatelů, tj. v daném případě těch, kteří ve lhůtě stanovené pro podání žádosti o účast nedisponovali požadovanými technickými zařízeními pro dodávku živичných směsí, nebo si je nebyli schopni smluvně zajistit, mělo své opodstatnění. Zjistil jsem přitom, že se uvedenou otázkou Úřad zabýval podrobně v bodech 28-37 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

44. Při konstatování, že zadavatel požadoval k prokázání kvalifikace doklady, které nevypovídají o schopnosti dodavatelů plnit předmět veřejné zakázky, vycházel Úřad z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 74/2010-61 ze dne 21. 6. 2012, konkrétně ze závěru, že „*samotná skutečnost, že dodavatel vlastní obalovnu nebo že uzavřel s vlastníkem obalovny smlouvu o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí, zadavateli nijak nezaručuje kvalitu poskytnuté asfaltové směsi a tedy řádné splnění zakázky (...) [p]okud mají požadavky na splnění technických kvalifikačních předpokladů zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky účinně ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení po přidělení veřejné zakázky též plnit, negarantuje podle soudu pouhé vlastnictví obalovny, případně uzavření smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny, že bude zakázka řádně splněna.*“
45. Zadavatel brojí proti aplikaci závěrů tohoto rozsudku v tomto správním řízení. Připouští, že se rozsudek týká rovněž posouzení legálnosti požadavku vlastnictví obalovny v rámci technických kvalifikačních předpokladů, avšak byl přijat v souvislosti s rozhodováním o obsahově a technologicky odlišném předmětu plnění. S touto námitkou zadavatele se nemohu z následujících důvodů ztotožnit.
46. Není totiž rozhodné, zda veřejná zakázka posuzovaná soudem a veřejná zakázka posuzovaná v tomto správním řízení se týkala obsahově i technologicky naprosto totožného předmětu plnění či nikoli. Součástí obou veřejných zakázek na stavební práce byla pokládka živičných směsí. Jednotící prvek obou případů pak spočívá ve shodném vymezení požadavku na technický kvalifikační předpoklad, tj. požadavku na doložení vlastnictví obalovny, případně uzavření smlouvy o smlouvě budoucí s obalovnou na dodávku živičných směsí. V obou případech se dále jednalo o veřejné zakázky, kterých se pravidelně hodlají ucházet i sami vlastníci obaloven a mohlo hrozit, že z toho důvodu neuzavřou s jinými možnými dodavateli, kteří měli zájem se o veřejnou zakázku rovněž ucházet, smlouvu o smlouvě budoucí na technické zařízení pro dodávku živičných směsí.
47. Pokud je schopen požadavek zadavatele na vlastnictví či smluvní zajištění obaloven zapříčinit skrytou diskriminaci technického kvalifikačního předpokladu u té části plnění, která představovala marginální část (3%) plnění Krajským soudem hodnocené veřejné zakázky v rámci rozsudku č. j. 62 Af 74/2010-61 ze dne 21. 6. 2012, je takový požadavek schopen zapříčinit tutéž skrytou diskriminaci i u té části plnění, která představuje výraznou část (9,5% až 45%) předmětu plnění nyní přezkoumávané veřejné zakázky.
48. Z toho důvodu tedy není při posouzení přiměřenosti požadavku technického kvalifikačního předpokladu rozhodná technická odlišnost jednotlivých staveb, rozsah ani význam obalované směsi pro řádnou realizaci předmětu plnění, rozdílnost poměrů objemu obalované směsi vůči celkovému finančnímu objemu veřejné zakázky posuzované v tomto správním řízení a veřejné zakázky posuzované Krajským soudem v Brně a Úřad nebyl ani povinen v tomto smyslu provést porovnání obou zakázek.
49. Současně je naopak právě s ohledem na odlišnost oproti skutkovému stavu Krajským soudem přezkoumávané zakázky, tj. s ohledem na velikost části předmětu veřejné zakázky v podobě dodání, resp. pokládky živičné směsi opodstatněný závěr, že hospodářský zájem vlastníků obaloven na získání veřejné zakázky byl naopak výrazně silnější, a byl tedy i silnější jejich zájem neuzavírat v době před podáním nabídek, resp. žádostí o účast s jinými možnými

dodavateli žádné smlouvy o smlouvách budoucích, s obsahem podle bodu 10.1.5 kvalifikační dokumentace veřejné zakázky.

50. Ve věci řešené před Krajským soudem pak bylo prokázáno, že ne všem uchazečům se smlouvu s vlastníkem obalovny uzavřít podařilo, resp. všichni vlastníci obaloven smlouvu se zájemcem o veřejnou zakázku uzavřít odmítli, neboť se o veřejnou zakázku hodlali rovněž ucházet. Jak správně uvedl Úřad v bodu 33. odůvodnění napadeného rozhodnutí, mohlo uvedené nepochybně nastat i v případě veřejné zakázky posuzované v tomto správním řízení, čímž mohlo dojít ke snížení počtu dodavatelů, kteří se mohli zadávacího řízení účastnit a tudíž k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.
51. Závěr rozsudku Krajského soudu v Brně č.j. 62 Af 74/2010-61, že *„za situace, kdy se vlastníci obaloven hodlali veřejné zakázky rovněž účastnit, a z tohoto důvodu odmítli se žalobcem (a pravděpodobně i s jinými potenciálními dodavateli) uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí, je zřejmé, že se snížil počet dodavatelů, kteří mohli takto stanovenou podmínku splnit“* proto naopak v podmínkách přezkoumávané veřejné zakázky na přiléhavosti nabírá.
52. Na základě výše uvedeného uvádím, že Úřad nebyl povinen provést posouzení podrobností týkajících se technických hledisek jednotlivých částí veřejné zakázky a jejich průniku s technickými hledisky zakázek posuzovaných soudem pro učinění správného závěru, že zadavatelem stanovený požadavek na technický kvalifikační předpoklad byl vymezen nepřiměřeně a v rozporu s § 6 zákona, jelikož mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť není vyloučeno, že existovali dodavatelé, kteří by byli bývali schopni nabídnout výhodnější podmínky v případě stanovení technického kvalifikačního předpokladu v souladu se zákonem.
53. Zadavateli lze přisvědčit, že v době zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku nebylo Úřadem vydáno rozhodnutí, v němž by Úřad dospěl k závěru, že požadavek na doložení dokladu o vlastnictví, popřípadě o smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živichných směsí bylo diskriminační a v rozporu se zákonem. Je rovněž pravdou, že se Úřad v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R84,85/2010/VZ-14302/2010/310/JSI ze dne 2. 11. 2010 vyjádřil v tom smyslu, že v případě požadavku na doložení dokladu o vlastnictví obalovny, resp. smlouvy o jejím budoucím využívání *„o diskriminaci či nerovné zacházení se v této souvislosti nemůže jednat, neboť zadavatel připustil možnost řešit tento kvalifikační aspekt i prostřednictvím subdodávky ve smyslu ustanovení § 51 odst. 4 zákona“*. Jak ovšem zadavatel sám uvedl, dozvěděl se v průběhu zadávacího řízení veřejné zakázky o rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 74/2010-61 ze dne 21. 6. 2012. I přesto, že zadavatel se závěry uvedenými v tomto rozsudku nesoúhlasil, měl si být vědom, že Úřad je podle § 78 odst. 5 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů právním názorem uvedeným v rozsudku Krajského soudu v Brně vázán a že se jím bude řídit při dalším rozhodování o věci, která byla Krajským soudem Úřadu vrácena k dalšímu řízení. Zadavatel měl předpokládat, že v tomto smyslu bude Úřad s ohledem na zásadu předvídatelnosti rozhodnutí rozhodovat i v dalších obdobných případech. Zadavatel tak mohl po seznámení se s obsahem rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 74/2010-61 ze dne 21. 6. 2012 učinit takové opatření k nápravě podle § 111 odst. 6 zákona, aby dodržel zásadu zákazu diskriminace a minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu měl vymežit takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění

veřejné zakázky, což neučinil. Dospěl jsem proto k závěru, že Úřad správně aplikoval na posuzovaný případ relevantní soudní judikaturu.

54. Neobstojí ani námitka zadavatele, že odůvodnění napadeného rozhodnutí neobsahuje žádné skutečnosti svědčící o míře nepřiměřenosti jednání zadavatele. K této námitce odkazují na bod 29. napadeného rozhodnutí, kde Úřad správně uvedl, že *„požadované doklady nevypovídají o schopnosti dodavatelů plnit předmět veřejné zakázky, neboť vlastnictví či schopnost smluvně si zajistit technická zařízení pro dodávku živičných směsí v době prokazování kvalifikace nedokazuje, zda má dodavatel zkušenost s pokládkou živičných směsí a další dovednosti potřebné pro řádnou realizaci veřejné zakázky.“* Právě touto úvahou se Úřad o míře nepřiměřenosti jednání zadavatele, resp. jím stanoveného technického kvalifikačního předpokladu dle bodu 10.1.5 kvalifikační dokumentace veřejné zakázky nepochybně vyslovil. Bylo by zcela zavádějící a nesprávnou logikou hledat „míru nepřiměřenosti“ tam, kde zadavatel není sankcionován za zvolení špatné „míry přiměřenosti“ technických kvalifikačních předpokladů ve smyslu jejich přiměřenosti či nepřiměřenosti druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, nýbrž za vymezení konkrétního technického kvalifikačního předpokladu takovým diskriminačním způsobem, který se však nijak přiměřenosti jiných technických kvalifikačních předpokladů netýká, jak ostatně Úřad sám správně dovodil slovy „nevypovídají“ a „nedokazuje“ právě v bodě 23. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Není na místě hledat „míru přiměřenosti či nepřiměřenosti“ tam, kde byl zákon jednáním zadavatele dodržen a stejně tak není na místě hledat tutéž míru přiměřenosti tam, kde byl zákon jednáním zadavatele porušen. Vzhledem k tomu a s ohledem na rozsudek Krajského soudu v Brně Úřad dospěl ke správnému závěru, že minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu dle bodu 10.1.5 kvalifikační dokumentace veřejné zakázky zadavatel nevymezil takovým způsobem, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, jak stanoví zákon, čímž zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
55. Zadavatel namítá, že při formulování požadavku na technický kvalifikační předpoklad vycházel z doporučení Technických kvalitativních podmínek staveb pozemních komunikací a k tomu dále namítá, že se již v minulosti v důsledku vypuštění sporného technického kvalifikačního předpokladu dostal do situace, kdy vybraný uchazeč nebyl schopen zajistit dodávky obalované směsi a v důsledku toho došlo ke zmaření zadávacího řízení. K tomu uvádím, že tyto Technické kvalitativní podmínky nestanoví požadavek na vlastnictví či smluvní zajištění technického zařízení na dodávku živičných směsí, jak požadoval zadavatel v rámci technických kvalifikačních předpokladů, ale požadavky na způsobilost pro zajištění jakosti při výrobě asfaltové směsi a způsobilost v oblasti zkušebnictví. Námitka zadavatele, že při stanovení technických kvalifikačních předpokladů vycházel ze znění Technických kvalitativních podmínek staveb pozemních komunikací, tak není důvodná.
56. Zadavatel mohl dosáhnout zajištění dodávky obalované směsi stanovením odpovídajících smluvních podmínek a diskriminační kvalifikační předpoklady jimi nahradit. Tímto způsobem mohl zadavatel zajistit technologické postupy při realizaci staveb a požadovanou kvalitu obrusných vrstev vozovky, aniž by se přitom dopustil diskriminace uchazečů o veřejnou zakázku.

57. Zadavatel nesouhlasí s konstatováním Úřadu uvedeným v odůvodnění napadeného rozhodnutí, že „*skutečnost, že určitý dodavatel disponuje v době prokazování kvalifikace obalovnou (či dokonce dvěma, jak tomu bylo v šetřeném případě), nelze v daném případě považovat za předpoklad kvality provedení předmětu plnění, neboť neznačí nic o tom, jak takový dodavatel provede předmět plnění vymezený v zadávací dokumentaci (mj. pokládku živičných směsí)*“. Toto tvrzení je dle zadavatele v rozporu s principy prokazování kvalifikačních předpokladů.
58. S tímto názorem zadavatele jsem se neztotožnil. Úřad při svém konstatování vycházel z obdobného závěru soudu vysloveného právě v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 74/2010-61 ze dne 21. 6. 2012, že „*samotná skutečnost, že dodavatel vlastní obalovnu nebo že uzavřel s vlastníkem obalovny smlouvu o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí, zadavateli nijak nezaručuje kvalitu poskytnuté asfaltové směsi a tedy řádné splnění zakázky; snížení počtu dodavatelů prostřednictvím tohoto zadavatelova požadavku tak není namístě. Pokud mají požadavky na splnění technických kvalifikačních předpokladů zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky účinně ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení po přidělení veřejné zakázky též plnit, negarantuje podle soudu pouhé vlastnictví obalovny, případně uzavření smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny, že bude zakázka řádně splněna. Takovou garanci soud spatřuje spíše v předložení seznamu obdobných prací uskutečněných v posledních letech, který ostatně zadavatel rovněž požadoval. Právě z předloženého seznamu lze podle soudu zjistit, zda dodavatel byl schopen v obdobných dříve realizovaných zakázkách zajistit i spolupráci s obalovnou a poskytnout tak řádné a kvalitní plnění zakázky*“.
59. S ohledem na výše uvedené považuji závěr Úřadu, že požadavek zadavatele podle 10.1.5 technického kvalifikační dokumentace veřejné zakázky nelze považovat za předpoklad kvality provedení předmětu plnění, neboť neznačí nic o tom, jak dodavatel předmět plnění veřejné zakázky skutečně provede, za správný a v souladu se zákonem.
60. Úřad se dále dle námítky zadavatele v napadeném rozhodnutí nevypořádal s odůvodněním výroku týkajícího se podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, nevěnoval se otázce příčinné souvislosti mezi jednáním a následkem ani otázce naplnění pojmu (podstatného) ovlivnění.
61. V této souvislosti uvádím, že námítku zadavatele, že v napadeném rozhodnutí se Úřad nevypořádal s příčinnou souvislostí mezi jednáním zadavatele a podstatným ovlivněním výběru nejvhodnější nabídky považuji za nedůvodnou. Konkrétně odkazuji na bod 34. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad přímo uvedl, že jednání zadavatele spočívající ve zjevně nepřiměřeném vymezení úrovně technického kvalifikačního předpokladu, který neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky, mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a Úřad zde tuto potencialitu ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky s ohledem právě na nepřiměřeně vymezený technický kvalifikační předpoklad blíže rozvedl. Úřad správně odůvodnil možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky tím, že není možno vyloučit, že existovali dodavatelé, kteří by byli zadavateli schopni nabídnout výhodnější podmínky, ovšem nedisponovali požadovanými technickými zařízeními pro dodávku živičných směsí, nebo si je ve lhůtě stanovené pro podání žádostí o účast nebyli schopni smluvně zajistit, avšak lze předpokládat, že by v případě, kdy by jejich nabídka byla vybrána

jako nejvhodnější, uzavřeli smlouvu o dodávce materiálů (živičné směsi) s některým z vlastníků obaloven nacházejících se v oblasti místa plnění veřejné zakázky.

62. K námitce nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí z důvodu vágnosti důkazů svědčících o vlivu úkonů zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky a závěrů založených na hypotetických úvahách uvádím, že zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky. Postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Jak rovněž konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 „*pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou (...)* K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“ Tyto námitky zadavatele jsou tedy irelevantní, neboť podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatel svým jednáním naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu.
63. Co se týká ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky uvádím, že vymezením pojmu „podstatné ovlivnění“ výběru nejvhodnější nabídky se zabýval předseda Úřadu mj. v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R156,157/2014/VZ-15743/2014/323/PMo ze dne 25. 7. 2014, v němž byl uveden závěr že „*není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí i eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky*“.
64. Nadto ještě doplňuji, že v případě ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky dochází k naplnění materiálního znaku skutkové podstaty správního deliktu, kterým je určitý stupeň nebezpečnosti resp. škodlivosti pro společnost. Je třeba zejména zdůraznit skutečnost, že v případě pojmů společenská nebezpečnost či společenská škodlivost se jedná o neurčité právní pojmy. Z obecného výkladu těchto pojmů však lze dospět k takovému závěru, že za jednání nebezpečné či škodlivé pro společnost, je možné považovat takové jednání, které směřuje proti veřejnému zájmu společnosti, a to proti takovému zájmu, který má být právem chráněn a současně dosahuje určité intenzity. Z hlediska znění a obsahu zákona je možné za právem chráněný zájem považovat zejména efektivní vynakládání veřejných prostředků a existenci spravedlivé a otevřené soutěže o veřejné zakázky. Z toho jak je tento znak zákonem koncipován nevyplývá, že by skutečně muselo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a zároveň skutečné ovlivnění Úřad nemusí dokazovat, když právě postačí pouhá možnost takového ovlivnění.
65. Je jistě pravdivé tvrzení zadavatele, že má postupovat tak, aby bylo hospodárně, efektivně a účelně nakládáno s veřejnými zdroji. Jak však bylo uvedeno výše, mohl nezákonný postup zadavatele podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť není vyloučeno, že existovali dodavatelé, kteří by byli schopni nabídnout výhodnější podmínky v případě stanovení technického kvalifikačního předpokladu v souladu se zákonem. Právě takovéto jednání zadavatele bylo v rozporu s účelem zákona, tj. hospodárným nakládáním s veřejnými prostředky.
66. Navrhovatel k tomu rozkladem dále namítá, že v dostupné vzdálenosti existuje pro každou z dotčených staveb minimálně 20 provozoven zabývajících se výrobou a distribucí obalových

směsí, tedy větší počet než je standardem pro počet nabídek běžně podávaných uchazeči v obdobných zakázkách a je tak zřejmé, že jednání zadavatele nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Poměr počtu provozoven zabývajících se výrobou a distribucí obalových směsí a počtu uchazečů podávajících nabídku do veřejné zakázky není relevantní. Jak bylo prokázáno v řízení před Krajským soudem v Brně, nastala v minulosti při zadávání zakázky s obdobným předmětem plnění jako veřejná zakázka situace, kdy vlastníci obaloven odmítli uzavírat smlouvy o smlouvě budoucí na zajištění technického zařízení pro dodávku živičných směsí, neboť měli svůj vlastní hospodářský zájem se o veřejnou zakázku rovněž ucházet a tento postup měl vliv nebo mohl mít vliv i na výběr nejvhodnější nabídky přezkoumávané veřejné zakázky.

67. Z výše uvedeného vyplývá, že Úřad nebyl povinen prokazovat skutečné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, provádět šetření ve věci obchodní politiky potenciálních uchazečů či analýzu nabídky provozoven zabývajících se výrobou a distribucí obalových směsí, jak zadavatel navrhoval. Úřad dále dostatečně posoudil příčinnou souvislost mezi jednáním zadavatele a ovlivněním výběru nejvhodnější nabídky. Z toho důvodu mám za prokázané, že Úřad svým postupem naplnil povinnost uloženou mu § 50 odst. 3 správního řádu a zjistil i všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu.

68. S ohledem na výše uvedené jsem dospěl k závěru, že Úřad provedl věcně správné posouzení případu, které podložil právními předpisy a relevantní judikaturou.

K výroku V. napadeného rozhodnutí

69. K uložení pokuty uvádím, že vzhledem k tomu, že se zadavatel dopustil správních deliktů a uzavřel pro jednotlivé části veřejné zakázky smlouvy o dílo, již není možné negativní důsledky správních deliktů účinně zhojit jiným způsobem, který by potenciálním uchazečům umožnil se o veřejnou zakázku ucházet. Sankci za spáchání správních deliktů lze pak chápat jako právní následek porušení zákona, který pro zadavatele znamená určitou majetkovou újmu, jejímž účelem je působit na pachatele správního deliktu takovým způsobem, aby se již v budoucnosti nedopouštěl protiprávního jednání.

70. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídně k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

71. Jako přitěžující okolnost vzal Úřad v úvahu skutečnost, že zadavatel pokračoval v zadávacím řízení a dále požadoval splnění předmětného technického kvalifikačního předpokladu i přes to, že se v průběhu zadávacího řízení (nejpozději z dopisu administrátora veřejné zakázky ze dne 13. 7. 2012) dozvěděl o rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 74/2010-161 ze dne 21. 6. 2012, který se mj. zabýval otázkou skryté diskriminace v rámci prokazování technických kvalifikačních předpokladů, a to konkrétně požadavkem na předložení dokladu o vlastnictví či smluvním zajištění tzv. obaloven živičných směsí.

72. Zadavatel nesouhlasí s posouzením výše uvedené skutečnosti jako přitěžující okolnosti, neboť zadavatel na rozdíl od případu řešeného Krajským soudem v Brně ve věci č. j. 62 Af 74/2010-161 ze dne 21. 6. 2012 poptával technicky odlišný druh plnění jak z hlediska objemového tak technického. Jak jsem odůvodnil výše, Úřad s ohledem na tento rozsudek Krajského soudu v Brně postupoval správně a dospěl ke správnému

závěru, že postup zadavatele v zadávacím řízení nebyl v souladu se zákonem. Vzhledem k tomu konstatuji, že Úřad k nezohlednění vykladu provedeném Krajským soudem v Brně v rozsudku 62 Af 74/2010-61 správně přihlédl jako k přitěžující okolnosti při stanovení výše pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I., II., III. a IV. napadeného rozhodnutí.

73. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečně zhodnotil způsob spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a rovněž i okolnosti, za nichž byl tento delikt spáchán. Závěr Úřadu o nelikvidační výši stanovené pokuty považuji za správný a zákonný, protože při stanovení výše pokuty přihlédl k ekonomické situaci zadavatele. Úřad stanovil výši pokuty tak, aby byly naplněny obě její funkce, tedy funkce preventivní i funkce represivní. S ohledem na uvedené skutečnosti považuji postup Úřadu při určení výměry pokuty za správný a zákonný, neboť Úřad postupoval v souladu s § 121 odst. 2 zákona i se zásadami správního trestání.
74. K samotným majetkovým poměrům zadavatele uvádím, že ani v průběhu od vydání napadeného rozhodnutí a do rozhodnutí předsedy Úřadu se majetkové poměry zadavatele nezhoršily. Z výkazu zisků a ztrát zadavatele za rok 2014 vyplývá, že kladný hospodářský výsledek zadavatele v řádech milionů korun přetrvává i v roce 2014 a výše pokuty stanovené v napadeném rozhodnutí tak není pro zadavatele likvidační ani ve vztahu k hospodářskému výsledku dosaženému v roce 2014, s nímž zadavatel hospodaří v roce 2015, tedy v roce, v němž mu je pravomocně ukládána pokuta.

K výroku VI. napadeného rozhodnutí

75. Podle § 89 odst. 2 v návaznosti na § 152 odst. 4 správního řádu přezkoumává předseda Úřadu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, přičemž správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem.
76. V první řadě uvádím, že ačkoli zadavatel v petitu doplnění rozkladu požaduje zrušit „*napadené rozhodnutí v celém rozsahu*“ a znovu posoudit všechny důkazy a skutečnosti související s průběhem zadávacího řízení veřejné zakázky, s přihlédnutím k obsahu rozkladu považuji za nesporné, že zadavatel rozsahem námitek rozkladu brojí proti závěrům Úřadu konstatovaných ve výrocích I. až V. napadeného rozhodnutí, přičemž výrok VI. ponechává zadavatel svým rozsahem svých námitek v rozkladu nedotčen.
77. Přistoupil jsem tedy k přezkumu zákonnosti výroku VI. napadeného rozhodnutí a dospěl jsem k závěru, že správní řízení bylo v této části zahájeno v souladu s § 46 správního řádu, zadavateli, jakožto jedinému účastníkovi řízení, bylo umožněno uplatňovat práva vyplývající z § 36 odst. 1 až 3 správního řádu, napadené rozhodnutí v části vztahující se k výroku VI. napadeného rozhodnutí obsahuje všechny náležitosti vyplývající z § 68 správního řádu a je přezkoumatelné, zjištěný skutkový stav byl podřazen pod správnou zákonnou úpravu, právní posouzení věci je v souladu s právními předpisy a podklady napadeného rozhodnutí jsou rovněž součástí správního spisu vedeného ve věci.
78. Vzhledem k výše uvedenému jsem po posouzení dle § 89 odst. 2 v návaznosti na § 152 odst. 4 správního řádu neshledal, že by Úřad ve vztahu k výroku VI. napadeného rozhodnutí postupoval v rozporu se zákonem a správním řádem, resp. v rozporu s právními předpisy.

VII. Závěr

79. 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.
80. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí 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. 4 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:
Kraj Vysočina, Žižkova 1882/57, 587 33 Jihlava

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