



UOHSX005ZBKT

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S170/2014/VZ-11146/2014/524/MKd

Brno 26. května 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 30. 3. 2014, jehož účastníkem je

- zadavatel – obec Butoves, IČO 00578282, se sídlem Butoves 47, 506 01 Butoves, ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách zadavatelem – obec Butoves, IČO 00578282, se sídlem Butoves 47, 506 01 Butoves – při zadávání veřejné zakázky „Kanalizace a ČOV - Butoves“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 5. 4. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 8. 4. 2013, pod ev. č. 346212, ve znění opravy uveřejněné dne 18. 4. 2013,

### rozhodl takto:

#### I.

Zadavatel – obec Butoves, IČO 00578282, se sídlem Butoves 47, 506 01 Butoves – se při zadávání veřejné zakázky „Kanalizace a ČOV - Butoves“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 5. 4. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 8. 4. 2013, pod ev. č. 346212, ve znění opravy uveřejněné dne 18. 4. 2013, dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že v rozporu s ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) citovaného zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 citovaného zákona stanovil v rámci kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) citovaného zákona minimální rozsah stavebních prací u jednotlivých položek v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem tak, že požadoval každou referenční zakázku (v počtu celkem 10)

v hodnotě minimálně 16 000 000 Kč, což je přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž fakticky zákonem přípustný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky překročil, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 25. 10. 2013 se Stavoka Kosice, a.s., IČO 25275119, se sídlem Kosice 116, 503 51 Chlumec nad Cidlinou, smlouvu na veřejnou zakázku.

## II.

Zadavatel – obec Butoves, IČO 00578282, se sídlem Butoves 47, 506 01 Butoves – se při zadávání veřejné zakázky „Kanalizace a ČOV - Butoves“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 5. 4. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 8. 4. 2013, pod ev. č. 346212, ve znění opravy uveřejněné dne 18. 4. 2013, dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při posuzování technických kvalifikačních předpokladů v rozporu se zásadou rovného zacházení zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 citovaného zákona po dvou zájemcích požadoval písemné objasnění předložených informací či dokladů podle ustanovení § 59 odst. 4 citovaného zákona a ostatní zájemce, kteří nespĺnili kvalifikaci v obdobném rozsahu, bez možnosti písemného objasnění vyloučil z další účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 25. 10. 2013 se Stavoka Kosice, a.s., IČO 25275119, se sídlem Kosice 116, 503 51 Chlumec nad Cidlinou, smlouvu na veřejnou zakázku.

## III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí se zadavateli – obec Butoves, IČO 00578282, se sídlem Butoves 47, 506 01 Butoves – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

**pokuta ve výši 50 000,- Kč (padesát tisíc korun českých).**

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ A POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – obec Butoves, IČO 00578282, se sídlem Butoves 47, 506 01 Butoves (dále jen „zadavatel“) odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), do Věstníku veřejných zakázek dne 5. 4. 2013 oznámení o zakázce „Kanalizace a ČOV - Butoves“, zadávané v užším řízení, které bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 8. 4. 2013, pod ev. č. 346212, ve znění opravy uveřejněné dne 18. 4. 2013 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V zadávacím řízení se zadavatel při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením nechal zastoupit společností Profesionálové, a.s., IČO 28806123, se sídlem Masarykovo náměstí 391/13, 500 02 Hradec Králové.

3. Ve věci výše uvedené veřejné zakázky obdržel Úřad podnět, jehož obsahem byla žádost o přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky, a proto si Úřad od zadavatele vyžádal vyjádření a dokumentaci o předmětné veřejné zakázce.
4. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle oznámení o zakázce „*výstavba oddílné gravitační splaškové kanalizace a výstavba mechanicko-biologické čistírny odpadních vod pro 300 E.O.*“ Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla zadavatelem stanovena na 32 000 000 Kč bez DPH.
5. Po přezkoumání obsahu dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel postupoval při zadávání šetřené veřejné zakázky v souladu s ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) zákona, když požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů minimální rozsah stavebních prací u jednotlivých položek v seznamu stavebních prací ve výši dosahující minimálně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, a dále v souladu s ustanovením § 6 odst. 1 zákona, když při posuzování technických kvalifikačních předpokladů po dvou zájemcích požadoval písemné objasnění podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona a ostatní zájemce v obdobné situaci bez možnosti písemného objasnění vyloučil z další účasti v zadávacím řízení. Z těchto důvodů zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.

## II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-6340/2014/524/MKd ze dne 26. 3. 2014. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-6345/2014/524/MKd z téhož dne stanovil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které byl oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko. Usnesením č. j. ÚOHS-S170/2014/VZ-7979/2014/524/MKd ze dne 14. 4. 2014 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k vyjádření k podkladům rozhodnutí. K posledně uvedenému usnesení se zadavatel nevyjádřil.

### Stanovisko zadavatele

8. Dne 10. 4. 2014 bylo Úřadu doručeno podání zadavatele z téhož dne, jímž vyjádřil v řízení své stanovisko. Zadavatel vyjádřil primárně ve svém stanovisku přesvědčení, že vymezil úroveň kvalifikačních předpokladů zcela v souladu s požadavky zákona a následně postupoval v rámci zadávacího procesu v rámci zákonných možností tak, aby zcela vyhověl požadavkům zákona a zároveň aby jakkoliv nenarušil principy transparentnosti, zákazu diskriminace či rovného zacházení.
9. K vymezení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů zadavatel připomněl právo zadavatele vyžadovat po potenciálních dodavatelích předložení seznamu stavebních prací za účelem prověření jejich zkušeností a odbornosti v rozsahu předmětu veřejné zakázky, a to prostřednictvím doložení jejich předešlých zkušeností s realizací obdobných zakázek v období posledních 5 let.
10. Zadavatel vyjádřil své přesvědčení, že jím požadovaný rozsah technické kvalifikace spočívající v doložení seznamu stavebních prací byl zcela v souladu s druhem, složitostí a charakteristikou zadávané veřejné zakázky.

11. Zadavatel v této souvislosti uvedl, že má za to, že s ohledem na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 32 000 000 Kč bez DPH odpovídá jeho požadavek v rámci prokázání kvalifikace, aby každá jednotlivá doložená referenční zakázka dosahovala hodnoty 16 000 000 Kč bez DPH, zcela 50 % hranici stanovené zákonem. Zadavatel zdůraznil, že tedy nepožadoval více než 50 % hodnoty veřejné zakázky u každé jednotlivé požadované referenční zakázky, čímž dostál dle svého přesvědčení zákonné dikci.
12. Mimo to zadavatel ve svém vyjádření doplnil, že v rámci zadávané veřejné zakázky i prokazování kvalifikace požadoval realizaci stavebních prací spočívajících ve výstavbě ČOV a kanalizace, a tedy šlo o naprostou shodu předmětu požadovaných referenčních zakázek s předmětem zadávané veřejné zakázky. Zadavatel dále doplnil, že při stanovení požadovaného počtu referenčních zakázek vycházel z předpokládané lhůty nezbytné pro splnění předmětu veřejné zakázky (cca 5 – 6 měsíců) a dospěl k názoru, že obdobných či stejných zakázek mohl potenciální dodavatel v posledních 5 letech zhotovit minimálně 10. S ohledem na uvedené tak zadavatel považoval právě 10 referenčních zakázek za 5 let za zcela odpovídající reálným a objektivním stavebním, technologickým a ekonomickým faktorům zadávané veřejné zakázky. Adekvátnost tohoto postupu zadavatel dovodil dle svého vyjádření i z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R61/2011/VZ-11559/2011/310/JSI ze dne 27. 7. 2011.
13. Pro úplnost zadavatel uvedl, že požadavky na technickou kvalifikaci řádně odůvodnil v odůvodnění veřejné zakázky ze dne 4. 4. 2013.
14. K postupu při posuzování technických kvalifikačních předpokladů zadavatel ve svém vyjádření shrnul svůj postup při posuzování splnění technického kvalifikačního předpokladu Plán postupu výstavby. Uvedl, že po posouzení kvalifikace považoval splnění tohoto kvalifikačního předpokladu za zcela řádné a úplné u tří zájemců.
15. Dále zadavatel uvedl, že v případě tří dalších zájemců posoudil splnění uvedeného kvalifikačního předpokladu jako zcela neúplné či zcela chybějící, a to u dále uvedených zájemců. Zájemce Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov (dále jen „zájemce Skanska a.s.“) nedoložil Plán postupu výstavby vůbec, a tedy zadavatel nemohl dle svého vyjádření požadovat jeho písemné objasnění dle ustanovení § 59 odst. 4 zákona, neboť žádný doklad nebyl předložen a zájemce Skanska a.s. by tedy ani nemohl nic vysvětlovat či doplňovat. S ohledem na uvedené zadavatel vyloučil zájemce Skanska a.s. pro nesplnění kvalifikace z další účasti v zadávacím řízení. Zájemci „Sdružení Butoves“ – VCES a.s., IČO 26746573, se sídlem Na Harfě 337/3, 190 05 Praha 9, a GEOSAN GROUP a.s., IČO 25671464, se sídlem U Nemocnice 430, 280 02 Kolín III (dále jen „zájemce Sdružení Butoves“), a „Sdružení pro Butoves“ – KVIS Pardubice a.s., IČO 46506934, se sídlem Rosice 151, 533 53 Pardubice, a SYNER VHS Vysočina, a.s., IČO 25183052, se sídlem Na Hranici 14, 586 01 Jihlava (dále jen „zájemce Sdružení pro Butoves“) shodně nedoložili Plán postupu výstavby odpovídající požadavku zadavatele – oba zájemci předložili pouze prostý přehled konkrétních provozních a technických zařízení, což nelze dle zadavatele v žádném případě považovat za Plán postupu výstavby, a to ani jako splněný z části. Zadavatel tak nemohl dle svého vyjádření požadovat písemné objasnění dle ustanovení § 59 odst. 4 zákona, neboť u doloženého výčtu mechanizace by podle jeho názoru oba zájemci nemohli nic vysvětlovat či doplňovat. S ohledem na uvedené zadavatel vyloučil

zájemce Sdružení Butoves a zájemce Sdružení pro Butoves pro nesplnění kvalifikace z další účasti v zadávacím řízení.

16. Zadavatel dále uvedl, že v rámci dvou dalších žádostí o účast posoudil splnění uvedeného kvalifikačního předpokladu jako ne zcela úplné, avšak pouze v rozsahu nejasností či nesrovnalostí obsahu doložených dokumentů, kdy bylo možné požadovat doplnění či vysvětlení ve smyslu ustanovení § 59 odst. 4 zákona, a to u zájemců VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o., IČO 46976469, se sídlem Masarykova 1197, 698 01 Veselí nad Moravou (dále jen „zájemce VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o.“), a Stavoka Kosice, a.s., IČO 25275119, se sídlem Kosice 116, 503 51 Chlumec nad Cidlinou (dále jen „zájemce Stavoka Kosice, a.s.“). Plán postupu výstavby předložený zájemcem VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o., neobsahoval dle zadavatele část požadovaných informací, a proto byl vyzván k jeho doplnění a vysvětlení. Ve stanovené lhůtě tento zájemce požadované vysvětlení a doplnění Plánu postupu výstavby neposkytl a zadavatel jej vyloučil z další účasti v zadávacím řízení. Plán postupu výstavby předložený zájemcem Stavoka Kosice a.s. neobsahoval dle zadavatele část požadovaných informací, a proto byl vyzván k jeho doplnění a vysvětlení. Ve stanovené lhůtě zájemce Stavoka Kosice a.s. požadované vysvětlení a doplnění předložil a dle zadavatele tak požadovaný technický kvalifikační předpoklad splnil.
17. Zadavatel dále odkázal na protokol o posouzení kvalifikace a na související dokumenty, tj. žádosti o vysvětlení a rozhodnutí o vyloučení zmíněných zájemců, které dle jeho názoru zcela zřejmě objasňují postup zadavatele.
18. Zadavatel závěrem dodal, že u zájemců Skanska a.s., Sdružení Butoves, Sdružení pro Butoves a VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o., došlo k absenci požadovaného Plánu postupu výstavby v plném rozsahu a zadavatel tak měl dle svého přesvědčení právo žádosti těchto zájemců posoudit jako neúplné a nenaplnující požadavky zadávacích, resp. kvalifikačních podmínek. Zadavatel připomněl, že není jeho zákonnou povinností suplovat neschopnost či nezodpovědnost zájemců v rámci předkládání žádostí o účast, když má za to, že uvedení zájemci neměli vůli naplnit požadavky zadavatele stanovené dle jeho přesvědčení na základě zcela jasných, pečlivých a srozumitelných pokynů.
19. K otázce zásad stanovených v § 6 zákona zadavatel uvedl, že ti ze zájemců, kteří vůbec nenaplnili požadované kvalifikační předpoklady, byli vyloučeni ihned po posouzení kvalifikace, a ti, kteří splnili částečně a bylo nezbytné vysvětlit či doplnit některá tvrzení v doložené kvalifikaci, dostali řádnou možnost taková vysvětlení či doplnění zadavateli doložit. Zadavatel tak trvá na tom, že postupoval zcela transparentně, nediskriminačně a rovně vůči naprosto všem zájemcům a použil naprosto totožné měřítko při posouzení všech žádostí o účast.
20. Zadavatel také doplnil, že žádný z vyloučených zájemců nevyužil práva na podání námitek.

### III. ZÁVĚRY ÚŘADU

21. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

**K výroku I. tohoto rozhodnutí**

22. Podle ustanovení § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
23. Podle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může veřejný zadavatel požadovat seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací; tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně.
24. Podle ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymežit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. U kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona nesmí požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
25. V článku 5.7 písm. a) kvalifikační dokumentace zadavatel uvedl, že požaduje prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů zájemce v rozsahu ustanovení § 56 zákona, kdy technické kvalifikační předpoklady splňuje dodavatel, který předloží referenční list, kde bude uveden seznam významných stavebních prací s plněním spočívajícím v realizaci stavby kanalizace a ČOV z pozice generálního dodavatele. Pro splnění tohoto kvalifikačního předpokladu zadavatel vyžadoval, aby zájemce předložil referenční list obsahující min. následující požadavky: min. 10 referencí o realizaci stavebních prací spočívajících ve výstavbě ČOV a kanalizace (pozn. referenční zakázka musí povinně obsahovat výstavbu ČOV i kanalizace zároveň), a to z pozice generálního dodavatele realizovaných dodavatelem v posledních 5 letech v celkové hodnotě rozpočtových stavebních nákladů, jichž se realizace referenční zakázky týká, min. ve výši 16 mil. Kč bez DPH za každou referenční zakázku. Jako přílohu referenčního listu požadoval zadavatel předložení osvědčení objednatelů.
26. Jak vyplývá z článku 3.2 kvalifikační dokumentace, zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu uvedené veřejné zakázky ve výši 32 000 000 Kč bez DPH.
27. Úřad ve vztahu k uvedenému zkoumal, zda zadavatel stanovil v rámci technických kvalifikačních předpokladů požadovaný minimální rozsah stavebních prací u jednotlivých položek v seznamu stavebních prací v souladu s ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) zákona, konkrétně ve výši nepřekračující 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
28. Úřad předně uvádí, že obecně je účelem požadavků na prokázání kvalifikace objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu takových subjektů, které poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Požadavek na splnění minimálních kvalifikačních předpokladů tak má zajistit, že se soutěže o přidělení veřejné zakázky zúčastní pouze takoví dodavatelé, kteří jsou skutečně schopni po stránce technické a materiální zakázku případně také plnit.

29. Při definování požadavků na rozsah a způsob prokázání kvalifikace je zadavatel povinen postupovat v rámci limitů stanovených v zákoně za současného respektování zásad nediskriminace, transparentnosti a rovného zacházení stanovených v § 6 odst. 1 zákona, musí tedy vymezit své požadavky na kvalifikační předpoklady tak, aby bezdůvodně neomezil možnost dodavatelů zúčastnit se zadávacího řízení a naopak umožnil rovné příležitosti všem dodavatelům, kteří jsou objektivně schopni předmětnou zakázku plnit. Zadavatel musí mít na zřeteli, že stanovením příliš přísných kritérií prokázání způsobilosti dodavatele plnit veřejnou zakázku může výrazným způsobem ovlivnit okruh dodavatelů, mezi jejichž nabídkami bude v závěrečné fázi zadávacího řízení vybírat, přičemž nesmí tak činit v žádném případě bezdůvodně.
30. Zadavatel je tedy zcela jistě oprávněn využít prostor daný mu zákonem a prostřednictvím stanovení úrovně kvalifikačních předpokladů de facto znemožnit účast některých dodavatelů v zadávacím řízení, avšak pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi, a pouze v nezbytně nutném rozsahu. V této souvislosti je třeba vzít v potaz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č.j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, který konstatoval, že: *„zákaz diskriminace uvedený v § 6 ZVZ zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Za skrytou formu nepřijatelné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Někteří z dodavatelů totiž mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Tím se znemožňuje dosažení cíle zákona o veřejných zakázkách, tedy zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.“*
31. Zásada nediskriminace se při vymezení požadavků zadavatele na prokázání technických kvalifikačních předpokladů dodavatelů promítá do § 56 odst. 5 písm. c) zákona, podle kterého je zadavatel ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům povinen vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
32. Klíčovým problémem posouzení případné skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou definicí, nýbrž je nutno jí vykládat vždy se zřetelem na individuální případ, neboť ji nelze ani předem a obecně stanovit matematickým vzorcem. Zákon v tomto ohledu dává zadavatelům jistou volnost, aby mohli reagovat na velké množství situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat.
33. Jak již bylo zmíněno, ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona přiznává zadavateli právo vyžadovat po potenciálních dodavatelích veřejné zakázky splnění technického kvalifikačního předpokladu spočívajícího v předložení seznamu stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let. Právní úprava ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona tedy vkládá do rukou zadavatelů možnost prověřit si zkušenosti a odbornost případných dodavatelů

v rozsahu předmětu veřejné zakázky, a to prostřednictvím doložení jejich předešlých zkušeností s realizací obdobných zakázek v období posledních 5 let.

34. Zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, účinným od 1. 4. 2012, byla omezena v rámci ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona možnost zadavatele požadovat prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona tak, že rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem, tedy u každé jednotlivé reference, nesmí překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
35. V případě referenčních zakázek tedy má zadavatel obecný matematický návod, jak stanovit finanční hodnotu požadovaných jednotlivých významných stavebních prací. Ze znění § 56 odst. 3 písm. c) zákona tak vyplývá, že zadavatel může požadovat reference maximálně ve výši 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky na jednu referenci. Citované omezení lze chápat jako projev snahy zákonodárce omezit právě skryté diskriminování uchazečů stanovením nepřiměřených požadavků na kvalifikaci. Lze totiž předpokládat, že u stavebních prací nemusí mít finanční objem provedené stavební práce natolik vypovídací hodnotu, aby bylo možné jednoznačně dovodit, že by dodavatel se zkušenostmi se stavbami např. v hodnotě 50 mil. Kč nebyl způsobilý stejně kvalitně realizovat stavby v hodnotě 100 mil. Kč.
36. Úřad se nezabýval posouzením toho, zda zadavatel dodržel zákon z hlediska vymezení svých požadavků na předmět dokládanych významných stavebních prací ani na celkové množství požadovaných referenčních zakázek, neboť toto není předmětem vedeného správního řízení. Úřad tak přistoupil k posouzení, zda zadavatel dostal své povinnosti stanovit hodnotu požadovaných jednotlivých referenčních zakázek v souladu s ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) zákona, když stanovil požadavek na referenční zakázky minimálně ve výši 16 000 000 Kč bez DPH za každou referenční zakázku při předpokládané hodnotě veřejné zakázky 32 000 000 Kč bez DPH.
37. Ze znění uvedeného požadavku stanoveného v kvalifikační dokumentaci se zprvu může jevit finanční hodnota požadovaných jednotlivých významných stavebních prací jako odpovídající znění ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona, neboť 16 000 000 Kč bez DPH představuje přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Jestliže však zadavatel doplnil svůj požadavek na hodnotu jednotlivých referenčních zakázek o příslovce „minimálně“, fakticky tím překročil zákonem povolený limit. Při matematickém pohledu je totiž zřejmé, že dodavatel, který chce obstát ve splnění kvalifikace z hlediska požadovaných jednotlivých referenčních zakázek minimálně ve výši 16 000 000 Kč bez DPH, musí předložit seznam významných staveb, jejichž hodnota byla přesně 16 000 000 Kč bez DPH nebo více než 16 000 000 Kč bez DPH. Je nepochybné, že požadavek na hodnotu předkládané reference ve výši více než 16 000 000 Kč bez DPH hranici 50 % stanovenou ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) zákona překračuje.
38. Teoreticky je možné uvažovat o tom, že ponecháním možnosti prokázat splnění tohoto kvalifikačního předpokladu dodavatele předložením referenční zakázky v hodnotě přesně 16 000 000 Kč bez DPH by zadavatel mohl naplnit dikci zákona, neboť takový požadavek hranici 50 % stanovenou ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) zákona pouze dosahuje, avšak nepřekračuje. Z praktického, resp. faktického pohledu se však jeví jako značně nepravděpodobné, či téměř nemožné, že by dodavatelé realizovali v minulosti požadovaných



10 odpovídajících významných stavebních prací za cenu právě 16 000 000 Kč bez DPH a že by tak tímto způsobem mohli požadavek zadavatele splnit.

39. V této souvislosti Úřad zdůrazňuje, že je nezbytné nejen učinit zadost psanému právu, ale zároveň je třeba vzít do úvahy i účel a smysl zákona, přičemž zákonodárce považoval obecně za kvalifikovaného takového dodavatele, který má zkušenosti s realizací zakázek finančně polovičního rozsahu ve vztahu k předmětu zadávané veřejné zakázky na stavební práce. Na výklad, který použil při aplikaci ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona zadavatel, totiž, že nepožadoval více než 50 % hodnoty veřejné zakázky u každé jednotlivé požadované referenční zakázky, čímž dostal dle svého přesvědčení zákonné dikci, je třeba dle závěru Úřadu pohlížet jako na sice formálně vyhovující znění zákona, ale v konečném důsledku rozporný s účelem tohoto ustanovení. Lze tak hovořit o obcházení zákona. Připuštění výkladu použitého zadavatelem by fakticky vedlo k tomu, že ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona by postrádalo svůj význam, neboť zadavatelům by stačilo požadovat hodnotu referenčních zakázek formálně ve výši poloviny předpokládané hodnoty veřejné zakázky, avšak přidáním slova „minimálně“ by jejich požadavek umožnil účast dodavatelů pouze se zkušenostmi vyššími než je polovina předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Analogicky se závěry učiněnými ve výše citovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu Úřad naznal, že takové nastavení úrovně technické způsobilosti dodavatelů naplňuje znaky skryté diskriminace.
40. S ohledem na uvedené dospěl Úřad k závěru, že dodavatel, který měl zájem účastnit se předmětného zadávacího řízení a chtěl prokázat splnění technické kvalifikačního předpokladu spočívajícího v realizaci referenčních zakázek na stavební práce minimálně ve výši 16 000 000 Kč bez DPH za každou referenční zakázku, neměl jinou možnost než doložit seznam jím realizovaných významných stavebních prací v hodnotě vyšší než 16 000 000 Kč bez DPH za každou takovou zakázku, aby splnil požadavek zadavatele a nevystavil se riziku vyloučení ze zadávacího řízení.
41. Úřad tedy k vymezení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů uzavírá, že má za nepochybné, že zadavatel postupoval v rozporu s ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když stanovil v rámci kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona minimální rozsah stavebních prací u jednotlivých položek v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem tak, že požadoval každou referenční zakázku (v počtu celkem 10) v hodnotě minimálně 16 000 000 Kč, což je přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž fakticky zákonem přípustný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky překročil, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel v šetřeném případě postupoval v souladu se zákonem, mohl by obdržet nabídky od dalších dodavatelů, které by byly pro zadavatele výhodnější, přičemž již uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

#### **K výroku II. tohoto rozhodnutí**

42. Podle ustanovení § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

43. Podle ustanovení § 59 odst. 1 zákona posoudí veřejný zadavatel prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu s tímto zákonem.
44. Podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona může veřejný zadavatel požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem. Skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace musejí nastat ve lhůtě podle § 52 zákona.
45. Z článku 5.7 písm. d) kvalifikační dokumentace vyplývá, že zadavatel požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů zájemce doložení přehledu nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici. Pro splnění tohoto předpokladu požadoval zadavatel předložení Plánu postupu výstavby, jenž byli zájemci povinni vypracovat podle závazných bodů uvedených v příloze č. 8 kvalifikační dokumentace, a to ve stanoveném rozsahu minimálně 10 a maximálně 20 stran textu, přičemž předložený dokument měl obsahovat maximálně 50 řádků na stranu a maximálně 60 znaků včetně mezer na řádek, tj. rozsah textu popisujícího Plán postupu výstavby musel obsahovat minimálně 30 000 znaků včetně mezer a maximálně 60 000 znaků včetně mezer.
46. V příloze č. 8 kvalifikační dokumentace „Závazné body PPV“ zadavatel uvedl, že Plán postupu výstavby je pro něj důležitou a podstatnou součástí budoucí výstavby a řeší koncepci realizace předmětné stavby, přičemž stanovil jeho povinné závazné body:
- I. *Technická zpráva*
    - a) *titulní list*
      - *označení investora (zadavatele)*
      - *označení dalších účastníků výstavby (projektant, dodavatel)*
      - *název a místo výstavby*
      - *rozpočtové náklady*
      - *projektovaná kapacita a termín výstavby, uvedení do provozu*
    - b) *všeobecná část*
      - *výchozí podklady*
      - *charakteristika staveniště*
      - *přehled finančních nákladů*
      - *dodavatelský systém*
      - *popis stavby a její členění*
      - *popis objektů z hlediska konstrukčního, materiálového a technologického*
      - *popis organizace výstavby jako celku*
      - *popis organizace výstavby pro každý objekt*
      - *podmínky připravenosti stavby*
      - *popis pasportizace nemovitostí*
      - *popis dopravních opatření a objízdných tras*
    - c) *technická zpráva k plánu výstavby*
      - *podmínky a zdůvodnění vzájemné návaznosti výstavby objektů*
      - *termíny pro stavební připravenost objektů*
      - *rozdělení nákladů do jednotlivých fází výstavby*
      - *výpis o hlavních objemech prací*

- d) *technická zpráva ke koncepci zařízení staveniště*
- *vymezení obvodu staveniště*
  - *eventuální úpravy staveniště, přeložky sítí*
  - *příjezdové cesty na staveniště*
  - *přístupová cesta na staveniště a doprava pracovníků*
  - *možnost a místo připojení na stávající zdroj vody, elektrickou síť, kanalizaci, plyn*
  - *určení chybějící zeminy a její dovoz, případně určení skládek pro přebytečnou*
  - *ochranná pásma*
  - *určení trvalých objektů stavby, které lze vybudovat v předstihu*
  - *určení dočasných objektů*
  - *přehled strojů nasazených během výstavby*
  - *popis uskladnění strojů a zařízení*
  - *protipožární a bezpečnostní opatření*
  - *likvidace staveniště a rekultivace ploch*

II. *Časový plán výstavby*

a) *obsah časového plánu výstavby*

- *lhůta výstavby, termín zahájení a dokončení stavby, termíny dokončení jednotlivých etap nebo rozhodujících objektů, zařízení a provozních souborů*
- *komentář k časovému plánu výstavby*
- *podmínky uvedení stavby do zkušebního provozu, požadavky na komplexní vyzkoušení a kolaudaci stavby*
- *určení stavebních objektů a zařízení, popř. jejich částí, které je nutno předběžně uvést do provozu nebo užívání*
- *časový postup likvidace zařízení staveniště (stanovení termínů, stanovení podmínek pro likvidaci zařízení staveniště, způsob úpravy ploch po likvidaci zařízení staveniště*

b) *forma časového plánu výstavby*

- *harmonogram (řádkový)*
- *výstup síťové analýzy, tzn. síťový graf.*

47. Z dokumentace o veřejné zakázce zjistil Úřad následující skutečnosti. Z protokolu o otevírání žádostí o účast ze dne 22. 4. 2013 vyplývá, že ve lhůtě pro podání žádostí o účast obdržel zadavatel 8 žádostí o účast.
48. Žádostí ze dne 24. 4. 2013 požádal zadavatel prostřednictvím hodnotící komise zájemce Stavoka Kosice, a.s., o vysvětlení a doplnění předloženého Plánu postupu výstavby o podmínky připravenosti stavby, termíny pro stavební připravenost objektů, popis pasportizace nemovitostí, popis dopravních opatření a objízdných tras, příjezdové cesty na staveniště a přístupovou cestu na staveniště a dopravu pracovníků, výstup síťové analýzy, tzn. síťový graf, a to ve lhůtě 3 pracovních dnů od doručení žádosti o vysvětlení. Na základě této žádosti zadavatele zájemce Stavoka Kosice, a.s., dopisem ze dne 26. 4. 2013 Plán postupu výstavby doplnil.
49. Zadavatel dále žádostí ze dne 24. 4. 2013 požádal prostřednictvím hodnotící komise zájemce VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o., o vysvětlení a doplnění předloženého Plánu postupu výstavby o popis organizace výstavby jako celku, popis organizace výstavby pro každý objekt, popis pasportizace nemovitostí, harmonogram (řádkový) a výstup síťové

analýzy, tzn. síťový graf, a to ve lhůtě do 3 pracovních dnů od doručení žádosti o vysvětlení. V odpovědi na uvedenou žádost o vysvětlení datované 29. 4. 2013 zájemce VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o., uvedl, že svou žádost o účast zpracoval jen podle kvalifikační dokumentace a nepožádal o poskytnutí projektové dokumentace za úplatu, neboť předpokládal zpracování ceny a časového postupu výstavby včetně výstupu síťové analýzy až v rámci zpracování nabídky. Dodal, že jím předložený Plán postupu výstavby považuje v rámci prokazování kvalifikace za dostatečný a vyčerpávající. Zadavatel v odpovědi ze dne 10. 5. 2013 uvedl, že každý zájemce měl možnost si zažádat o projektovou dokumentaci na základě úhrady nákladů za její poskytnutí stanovené v souladu se zákonem. Zadavatel dále zdůraznil, že přesný rozsah požadovaných informací a dokladů stanovil v příloze č. 8 kvalifikační dokumentace. Dne 10. 5. 2013 rozhodl zadavatel o vyloučení zájemce VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o., z další účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění kvalifikačních předpokladů, neboť zájemce nedoložil Plán postupu výstavby v požadovaném rozsahu a tento ani na základě žádosti zadavatele o vysvětlení ve stanovené lhůtě nedoplnil.

50. Dne 22. 5. 2013 rozhodl zadavatel o vyloučení zájemce Skanska a.s. z další účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění kvalifikačních předpokladů, neboť tento zájemce nepředložil vůbec Plán postupu výstavby.
51. Téhož dne rozhodl zadavatel o vyloučení zájemce Sdružení pro Butoves z další účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění kvalifikačních předpokladů, neboť tento zájemce nedoložil Plán postupu výstavby v požadovaném rozsahu, když předložil pouze jednostránkový stručný přehled konkrétních provozních a technických zařízení rozčleněných na speciální mechanizaci, osobní automobily, přívěsy a vleky, ostatní zařízení a ostatní mechanizaci a připojil čestné prohlášení o dostatečnosti uvedených provozních a technických zařízení k provedení zakázky a jejich způsobilosti k práci. Zadavatel však tento výčet mechanizace nepovažoval za Plán postupu výstavby dle požadovaných bodů.
52. Téhož dne dále zadavatel rozhodl o vyloučení zájemce Sdružení Butoves z další účasti v zadávacím řízení z důvodu nesplnění kvalifikačních předpokladů, neboť tento zájemce nedoložil Plán postupu výstavby v požadovaném rozsahu, když předložil prostý přehled konkrétních provozních a technických zařízení rozčleněných na auta referentská, auta užitková, jeřáby, VZV, stroje na výrobu betonu, vibrační stroje a nářadí, kompresory, dmychadla, topidla, vysoušeče, kovoobráběcí stroje, dřevoobráběcí stroje, svářečky, rozvaděče, elektrické stroje a nářadí, měřící techniku stavební, lešení, bednění, pažení, rypadla kolová, rypadla pásová, traktorbagry, smykem řízený nakladač, dozery, traktory, příslušenství, kontejnery, automobily sklápěcí, automobily valníkové, automobily speciální, tahače návěsů, návěsy hliníkové a přívěsy. Zadavatel však tento výčet mechanizace nepovažoval za Plán postupu výstavby dle požadovaných bodů.
53. Úřad ve vztahu k uvedenému zkoumal, zda zadavatel postupoval při posuzování technických kvalifikačních předpokladů v souladu s ustanovením § 6 odst. 1 zákona.
54. K výše uvedenému Úřad obecně uvádí, že ustanovení § 59 odst. 4 zákona umožňuje objasnit či doplnit doklady týkající se prokazování kvalifikace a odstranit tak vady po stránce věcné či formální, pokud se zadavatel rozhodne toto ustanovení aplikovat a takovou možnost dodavatelům poskytnout. Toto ustanovení tak dává zadavateli možnost vyjasnění

kvalifikačních dispozic dodavatelů, a to zejména v situacích, kdy jimi předložené doklady nepodávají jednoznačnou a úplnou informaci o splnění požadované kvalifikace. Jedná se však o možnost, nikoliv povinnost zadavatele, a je tedy plně v jeho kompetenci rozhodnout, zda dodavatele požádá o objasnění a doplnění kvalifikace nebo zda dodavatele bez dalšího objasňování a doplňování vyloučí.

55. Pokud se zadavatel rozhodne v rámci posuzování splnění kvalifikace postupovat podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona a požádat dodavatele o písemné objasnění předložených informací či dokladů nebo předložení dalších dodatečných informací či dokladů, je povinen postupovat v souladu se základními zásadami zadávacího řízení, z nichž v této souvislosti vystupuje do popředí především zásada rovného zacházení. Zadavatel tedy musí zachovat stejný přístup při aplikaci mimo jiné tohoto ustanovení ke všem dodavatelům. Jako výjimku z tohoto pravidla by bylo možné akceptovat situaci, kdy dodavatel kvalifikaci neprokázal vůbec a nemělo by smysl jej k doplnění vyzývat, neboť by zadavatel prokazatelně věděl, že dodavatel kvalifikaci nespĺňuje, např. by byl v insolvenční a tato skutečnost by byla zřejmá z veřejně dostupných zdrojů.
56. V tomto kontextu Úřad konstatuje, že nelze považovat za přípustný takový postup zadavatele, kdy ve vztahu k jednomu z dodavatelů ustanovení o možnosti doplnit kvalifikaci využije a jiného dodavatele v obdobné situaci bez možnosti doplnění či vysvětlení dokladů o kvalifikaci bez dalšího vyloučí z další účasti v zadávacím řízení.
57. V daném případě zadavatel posuzoval splnění kvalifikace u osmi zájemců o účast, přičemž u dvou zájemců (Stavoka Kosice, a.s., a VHS plus, Vodohospodářské stavby, s.r.o.) přistoupil k vyžádání objasnění a doplnění technického kvalifikačního předpokladu Plán postupu výstavby s odůvodněním, že tito zájemci Plán postupu výstavby předložili sice ne zcela úplný, avšak v rozsahu umožňujícím požadovat doplnění či vysvětlení ve smyslu ustanovení § 59 odst. 4 zákona. Současně však zadavatel vyloučil z další účasti v zadávacím řízení jednoho zájemce (Skanska a.s.) bez možnosti doplnění dokladů k prokázání kvalifikace dle ustanovení § 59 odst. 4 zákona s odůvodněním, že tento zájemce nedoložil Plán postupu výstavby vůbec a tedy by ani nemohl nic vysvětlit či doplnit. V případě dvou zájemců (Sdružení pro Butoves a Sdružení Butoves) pak zadavatel přistoupil k vyloučení z další účasti v zadávacím řízení bez možnosti doplnění dokladů k prokázání kvalifikace dle ustanovení § 59 odst. 4 zákona s odůvodněním, že tito zájemci shodně nedoložili Plán postupu výstavby odpovídající požadavku zadavatele, když předložili pouze výčet mechanizace, což zadavatel nepovažoval za Plán postupu výstavby ani jako splněný z části a zájemci by tak nemohli dle jeho názoru nic vysvětlovat ani doplňovat.
58. Z uvedeného dle závěru Úřadu jasně vyplývá, že zadavatel postupoval při posuzování kvalifikace odlišně ve vztahu k jednotlivým zájemcům, když některé vyzval k doplnění a objasnění kvalifikace a jiné bez této možnosti rovnou vyloučil z další účasti v zadávacím řízení. Neobstojí argument zadavatele o tom, že někteří zájemci předložili Plán postupu výstavby v částečné podobě ještě umožňující doplnění a objasnění a jiní zájemci sice také v částečné podobě, avšak již neumožňující doplnění a objasnění. Aplikace či neaplikace ustanovení § 59 odst. 4 zákona ze strany zadavatele musí dopadat na všechny dotčené dodavatele stejně. Pokud zadavatel u jednoho dodavatele, jehož doklady prokazující kvalifikaci vykazují vady, které lze zhojit postupem podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona, této možnosti využije a požádá tohoto dodavatele o vysvětlení či objasnění dokladů, musí

stejným způsobem postupovat i ve vztahu ke všem ostatním dodavatelům v obdobném postavení bez rozdílu. Stejně tak, pokud u jednoho dodavatele tohoto institutu nevyužije, nemůže jej aplikovat ani ve vztahu k ostatním dodavatelům.

59. V této souvislosti Úřad považuje za podstatné zdůraznit, že obdobným postavením dodavatele se rozumí obecně stav, kdy dodavatel požadovaný kvalifikační předpoklad neprokázal způsobem požadovaným zadavatelem. V tomto smyslu není rozhodující, v jaké míře ani z jakého důvodu dodavatel splnění kvalifikačního předpokladu neprokázal. Zadavatel tak není oprávněn vzájemně porovnávat a posuzovat míru neprokázání splnění kvalifikace ze strany dodavatelů a na základě takového porovnání činit u jednotlivých dodavatelů závěry o možnosti či nemožnosti požadovat objasnění či doplnění kvalifikace. Ustanovení § 59 odst. 4 zákona dokonce ani, na rozdíl od právní úpravy uvedeného ustanovení účinného do 31. 12. 2009, nevyklučuje možnost dožádat si objasnění či vysvětlení kvalifikace v případech, kdy splnění příslušné části kvalifikace nebylo dodavatelem prokázáno vůbec.
60. Na základě shora uvedeného Úřad uzavírá, že rozhodne-li se zadavatel pro aplikaci ustanovení § 59 odst. 4 zákona, nemá v zájmu dodržení zásady rovného zacházení zakotvené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona jinou možnost, než uplatnit tento institut vůči všem dodavatelům bez ohledu na míru jejich prokázání kvalifikace s výjimkou situace, kdy je zadavateli zcela zřejmé, že dodavatel požadovanou kvalifikaci nespĺňuje, a kdy je toto zcela objektivně prokazatelné.
61. V daném případě není zřejmé, na základě čeho zadavatel dospěl k závěru, že zájemce Skanska a.s., který Plán postupu výstavby nedoložil vůbec, a obdobně že zájemci Sdružení pro Butoves a Sdružení Butoves, kteří předložili v rámci Plánu postupu výstavby pouze výčet mechanizace, nejsou schopni tento kvalifikační předpoklad dodatečně doplnit. Mimo to, ze zadavatelova odůvodnění není jasné, proč zadavatel nepovažoval výčet mechanizace předložený zájemci Sdružení pro Butoves a Sdružení Butoves za Plán postupu výstavby, a to ani z části, když z přílohy č. 8 kvalifikační dokumentace, části I., bodu d) vyplývá, že jedním ze závazných bodů Plánu postupu výstavby měl být právě přehled strojů nasazených během výstavby.
62. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval v rozporu se zásadou rovného zacházení zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když při posuzování technických kvalifikačních předpokladů po dvou zájemcích požadoval písemné objasnění předložených informací či dokladů podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona a ostatní zájemce, kteří nespĺnili kvalifikaci v obdobném rozsahu, bez možnosti písemného objasnění vyloučil z další účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel v šetřeném případě postupoval v souladu se zákonem, mohl by obdržet od vyloučených zájemců nabídky, které by mohly obsahovat pro zadavatele výhodnější podmínky, přičemž již uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

#### **IV. K ULOŽENÍ SANKCE**

63. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím

podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

64. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí. Ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad uvedl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona stanovil v rámci kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona minimální rozsah stavebních prací u jednotlivých položek v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem tak, že požadoval každou referenční zakázku (v počtu celkem 10) v hodnotě minimálně 16 000 000 Kč, což je přesně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž fakticky zákonem přípustný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky překročil, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 25. 10. 2013 se Stavoka Kosice, a.s., IČO 25275119, se sídlem Kosice 116, 503 51 Chlumeck nad Cidlinou, smlouvu na veřejnou zakázku.
65. Výrokem II. tohoto rozhodnutí konstatoval Úřad, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při posuzování technických kvalifikačních předpokladů v rozporu se zásadou rovného zacházení zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona po dvou zájemcích požadoval písemné objasnění předložených informací či dokladů podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona a ostatní zájemce, kteří nesplnili kvalifikaci v obdobném rozsahu, bez možnosti písemného objasnění vyloučil z další účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 25. 10. 2013 se Stavoka Kosice, a.s., IČO 25275119, se sídlem Kosice 116, 503 51 Chlumeck nad Cidlinou, smlouvu na veřejnou zakázku.
66. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
67. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezažal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
68. 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 správních deliktů dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 6. 12. 2013. Ke spáchání správních deliktů došlo dne 25. 10. 2013, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 30. 3. 2014. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
69. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minore – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti několikrát dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně

uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

70. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl „varován“ odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu.
71. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, a proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký správní delikt je v šetřeném případě možné považovat za závažnější, tj. za který z nich je možno uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
72. Podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) zákona.
73. V posuzovaném případě se zadavatel dopustil spáchání dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž za spáchání každého z nich lze podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 10 % ceny zakázky. V daném případě cena veřejné zakázky činila 32 304 580 Kč včetně DPH. Od této hodnoty je nutno odečíst částku méněprací sjednaných dodatkem č. 1 ve výši 3 473 076,30 Kč včetně DPH. Výsledná hodnota ceny veřejné zakázky, z níž je počítána horní hranice možné pokuty, činí částku 28 831 503,70 Kč včetně DPH, přičemž horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) činí po zaokrouhlení částku ve výši 2 883 150 Kč. Úřad k výpočtu horní hranice možné pokuty dodává, že vzal v úvahu zmenšení rozsahu stavebních prací (méněpráce) a horní hranici možné pokuty počítal z částky, která byla zadavatelem skutečně vynaložena. Úřad uvádí, že oba správní delikty jsou z pohledu zákona stejně trestné, neboť u obou je stanovena stejná výše možné pokuty. V daném případě je však nutné, s ohledem na použití zásady absorpce, uložit pokutu pouze za jeden ze spáchaných správních deliktů a ke druhému přihlídnout v rámci přitěžujících okolností. Úřad přistoupil k uložení pokuty za spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí a ke správnímu deliktu ve smyslu ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedenému ve výroku II. tohoto rozhodnutí přihlédl jako k přitěžující okolnosti.



74. Podle ustanovení § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
75. Úřad při stanovení výše pokuty vzal v první řadě v úvahu závažnost správního deliktu, za který ukládá sankci, tedy především skutečnost, že zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky nedodržel základní zásadu zadávacího řízení zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, a to zásadu zákazu diskriminace, neboť diskriminačně stanovil technické kvalifikační předpoklady.
76. Z hlediska následků vzal Úřad při stanovení výše pokuty v úvahu tu skutečnost, že nelze vyloučit, že diskriminační stanovení technických kvalifikačních předpokladů mohlo odradit případné další zájemce od podání žádosti o účast a tedy omezit okruh potenciálních dodavatelů a mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Došlo tak k ohrožení samotného cíle a účelu 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. Právě diskriminační stanovení požadavků na technické kvalifikační předpoklady zabránilo vytvoření zmíněných příznivých podmínek pro zajištění hospodářské soutěže.
77. Při posouzení okolností, za nichž byl správní delikt spáchán, neshledal Úřad žádnou polehčující okolnost, nýbrž vzal v úvahu jako přitěžující okolnost to, že zadavatel spáchal dva správní delikty. Zadavatel pochybil již na počátku zadávacího řízení, a to při tvorbě zadávacích podmínek, neboť stanovil diskriminační požadavky na technickou kvalifikaci, i v jeho průběhu, když při provádění posouzení kvalifikace přistupoval k některým zájemcům nerovně. Tyto postupy zadavatele přitom mohly mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Rovněž však byla vzata v úvahu skutečnost, že zadavatel zcela neeliminovat soutěžní prostředí, ale pouze jej omezil. S ohledem na výše uvedené Úřad stanovil pokutu v její dolní hranici.
78. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento postup zcela vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků. V posuzovaném případě se tedy nejednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější.
79. Při stanovení výše pokuty Úřad rovněž přihlédl k ekonomické situaci zadavatele, neboť Úřad je v rámci určení výše pokuty povinen vždy přihlédnout k individuálním okolnostem daného případu tak, aby dostal své povinnosti řádné a odůvodněné aplikace správního uvážení. V určitém případě se totiž pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Při stanovení výše pokuty vzal tedy Úřad v úvahu i finanční možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje.
80. Z rozpočtu pro rok 2014 dostupného na webových stránkách (<http://www.obcecr.cz/butoves>) zadavatele vyplývá, že zadavatel ve sledovaném období plánuje hospodařit s příjmy ve výši 3 065 423 Kč. Úřad k této skutečnosti konstatuje,

že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

81. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
82. 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 předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je v souladu se zákonem. Výše uložené pokuty je vzhledem k okolnostem případu přiměřená a naplňuje dostatečně obě funkce právní odpovědnosti.
83. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěným správním deliktům zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
84. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO 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, 604 55 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

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### **Obdrží:**

obec Butoves, Butoves 47, 506 01 Butoves

### **Vypraveno dne:**

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