



UOHSX0069DXJ

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S487/2014/VZ-22008/2014/521/ZKu

Brno 17. října 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 dne 13. 6. 2014 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 587 33 Jihlava, ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 120 odst. 1 písm. b) citovaného zákona při zadávání veřejné zakázky „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,

### **rozhodl takto:**

#### **I.**

Zadavatel – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 587 33 Jihlava – se při zadávání části A veřejné zakázky „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, dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že postupoval při stanovení technických kvalifikačních předpokladů v rozporu

s ust. § 56 odst. 3 písm. f) citovaného zákona v návaznosti na ust. § 56 odst. 7 písm. c) citovaného 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 o smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živičných směsí včetně záložního zařízení, čímž zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 citovaného zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

## II.

Zadavatel – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 587 33 Jihlava – se při zadávání části B veřejné zakázky „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, dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že postupoval při stanovení technických kvalifikačních předpokladů v rozporu s ust. § 56 odst. 3 písm. f) citovaného zákona v návaznosti na ust. § 56 odst. 7 písm. c) citovaného 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 o smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živičných směsí včetně záložního zařízení, čímž zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 citovaného zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

## III.

Zadavatel – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 587 33 Jihlava – se při zadávání části C veřejné zakázky „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, dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že postupoval při stanovení technických kvalifikačních předpokladů v rozporu s ust. § 56 odst. 3 písm. f) citovaného zákona v návaznosti na ust. § 56 odst. 7 písm. c) citovaného 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 o smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živičných směsí včetně záložního zařízení, čímž zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 citovaného zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

#### IV.

Zadavatel – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 587 33 Jihlava – se při zadávání části D veřejné zakázky „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, dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že postupoval při stanovení technických kvalifikačních předpokladů v rozporu s ust. § 56 odst. 3 písm. f) citovaného zákona v návaznosti na ust. § 56 odst. 7 písm. c) citovaného 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 o smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živichých směsí včetně záložního zařízení, čímž zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 citovaného zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

#### V.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I., II., III. a IV. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 587 33 Jihlava – ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

**pokuta ve výši 150 000,- Kč (sto padesát tisíc korun českých).**

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

#### VI.

**Správní řízení** se v části vedené ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 120 odst. 1 písm. b) citovaného zákona zadavatelem – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 587 33 Jihlava – v souvislosti s možným nedodržením závazného postupu zadavatele v zadávacím řízení podle § 147 odst. 8 citovaného zákona a podle § 40 odst. 6 citovaného zákona při uveřejnění úprav zadávacích podmínek provedených dodatečnou informací č. 2 ze dne 3. 5. 2012 a s tím souvisejícím prodloužením lhůty pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Stavby – 04, komunikace“ zadávanou 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, podle § 117a písm. d) citovaného zákona **zastavuje**, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 citovaného zákona nebo § 120a citovaného zákona.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 587 33 Jihlava (dále jen „zadavatel“) – zahájil dne 26. 3. 2012 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění zadávací řízení na veřejnou zakázku „Stavby – 04, komunikace“ zadávanou v užším řízení, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 3. 2012 pod ev. č. 210796 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel byl v souladu s ust. § 151 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením zastoupen společností RTS, a.s., IČO 25533843, se sídlem Lazaretní 13, 615 00 Brno (dále jen „administrátor“).
3. Předmětem plnění veřejné zakázky byla dle bodu 3. zadávací dokumentace rekonstrukce komunikací, přičemž veřejná zakázka byla rozdělena na čtyři části. Předmětem plnění části A veřejné zakázky byla dle bodu 3.3. zadávací dokumentace rekonstrukce komunikace č. II/150 v úseku Horní Chlístov – Okrouhlice, předmětem plnění části B veřejné zakázky byla dle bodu 3.4. zadávací dokumentace rekonstrukce komunikace č. II/353 D1 v úseku obce Jamné, předmětem plnění části C veřejné zakázky byla dle bodu 3.5. zadávací dokumentace rekonstrukce komunikace č. II/602 v úseku mezi Pelhřimovem a Jihlavou a předmětem plnění části D veřejné zakázky byla dle bodu 3.6. zadávací dokumentace rekonstrukce komunikace č. II/405 v úseku mezi obcemi Zašovice a Okříšky. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena v celkové výši 461 600 000,- Kč bez DPH.
4. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž jako dílčí hodnotící kritéria stanovil v bodu 5.2. zadávací dokumentace nabídkovou cenu včetně DPH (95 %) a délku záruční doby na stavební práce (5 %).
5. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 15. 11. 2012 vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel nabídky od dvanácti uchazečů.
6. Z písemné zprávy zadavatele o průběhu zadávacího řízení ze dne 6. 3. 2013 vyplývá, že žádost o účast v zadávacím řízení pro část A veřejné zakázky podalo deset zájemců, pro část B dvanáct zájemců, pro část C deset zájemců a pro část D dvanáct zájemců. Z cit. písemné zprávy zadavatele rovněž vyplývá, že jako nejvhodnější byla pro část A veřejné zakázky vybrána nabídka uchazeče Skanska Transbeton, s.r.o., IČO 60471778, se sídlem Toužimská 664, 199 00 Praha 9 (dále jen „vybraný uchazeč pro část A veřejné zakázky“), pro část B veřejné zakázky společná nabídka uchazečů EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem Národní 10, 110 00 Praha 1 a STRABAG, a.s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5 (dále jen „vybraní uchazeči pro část B veřejné zakázky“), pro část C veřejné zakázky společná nabídka uchazečů Swietelsky stavební s.r.o., o.z. Dopravní stavby VÝCHOD, IČO 48035599, se sídlem K Silu 1143, 393 01 Pelhřimov a Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, 180 00 Praha 8 (dále jen „vybraní uchazeči pro část C veřejné zakázky“) a pro část D veřejné zakázky společná nabídka uchazečů COLAS CZ, a.s., IČO 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha 9 a Porr a.s.,

IČO 43005560, se sídlem Václavské náměstí 837/11, 110 00 Praha 1 (dále jen „vybraní uchazeči pro část D veřejné zakázky“).

7. Zadavatel uzavřel smlouvy o dílo pro jednotlivé části veřejné zakázky s vybranými uchazeči (viz bod 6. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a to dne 19. 2. 2013 pro část A veřejné zakázky za celkovou cenu 82 426 977,- Kč vč. DPH, pro část B veřejné zakázky dne 6. 3. 2013 za celkovou cenu 130 256 365,- Kč vč. DPH a pro část C veřejné zakázky dne 6. 3. 2013 za celkovou cenu 172 542 802, 25 Kč vč. DPH. Dne 6. 3. 2013 uzavřel zadavatel smlouvu o dílo s vybranými uchazeči pro část D veřejné zakázky, se kterými následně dne 26. 9. 2013 uzavřel dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo, dne 15. 10. 2013 dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo a dne 2. 1. 2014 rovněž dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo, přičemž po uzavření dodatku č. 3 činila celková cena pro část D veřejné zakázky 133 445 556, 52 Kč vč. DPH.

## II. PODNĚT

8. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) příslušný podle § 112 zákona obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele ve věci předmětné veřejné zakázky. Na základě skutečností obsažených v podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci pořízenou v souvislosti s veřejnou zakázkou a vyjádření zadavatele k podnětu.
9. Po přezkoumání obsahu podnětu a dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnost, zda zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu s ust. § 56 odst. 3 písm. f) zákona, ust. § 56 odst. 7 písm. c) a ust. § 6 zákona, když požadoval k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele předložení dokladu o vlastnictví nebo o smluvním zajištění předmětného technického zařízení pro dodávku živичných 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 ust. § 40 odst. 6 zákona ve spojení s ust. § 147 odst. 8 zákona, když v uveřejněném vyhlášení provedl úpravu a neprodloužil lhůtu pro podání nabídek a současně úpravy provedené v uveřejněném vyhlášení neuveřejnil.

## III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

10. S ohledem na shora uvedené pochybnosti oznámil Úřad zadavateli, který je jediným účastníkem správního řízení, pod č. j. ÚOHS-S487/2014/VZ-12597/2014/524/ZKu dne 13. 6. 2014 zahájení správního řízení z moci úřední, přičemž doručením oznámení o zahájení správního řízení bylo téhož dne ve smyslu ust. § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), ve spojení s ust. § 113 zákona zahájeno předmětné správní řízení. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S487/2014/VZ-12645/2014/524/ZKu z téhož dne zadavateli stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení. Dne 23. 6. 2014 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 18. 6. 2014.

### Vyjádření zadavatele

11. Zadavatel se ke správnímu řízení vyjádřil dopisem ze dne 18. 6. 2014, ve kterém uvedl, že veřejná zakázka byla členěná na části odpovídající místně odlišným stavbám (silnicím), přičemž neomezil podání žádostí o účast v zadávacím řízení, a tedy každý dodavatel mohl podat žádost o účast v zadávacím řízení na kteroukoliv část veřejné zakázky. Zadavatel však stanovil podmínku, že dodavatelé mohou podat nabídku pouze na dvě části veřejné zakázky,

a to z důvodu, aby bylo zabezpečeno, že každý dodavatel bude soustředit své úsilí na příslušnou část veřejné zakázky.

12. Zadavatel dále uvádí, že 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 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 živičných 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 živičných směsí, jejichž součet kapacit výroby směsi činí 120 t/hod.
13. Dle zadavatele obě poskytnuté dodatečné informace nijak nemění původní kvalifikační podmínky, pouze vysvětlují 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.
14. Zadavatel se rovněž vyjádřil k požadavku technického kvalifikačního předpokladu spočívajícího v předložení dokladu o vlastnictví nebo o smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živičných směsí včetně záložního zařízení. Tento požadavek vycházel, dle vyjádření zadavatele, z jeho dosavadních zkušeností, kdy „*kvalita vrchních vrstev komunikací rozhoduje, společně s kvalitním provedením podkladních vrstev o kvalitě celého díla.*“ Zadavatel dále uvádí, že zkušenosti jiných zadavatelů ho vedly ke stanovení předmětného technického kvalifikačního předpokladu, a to z důvodu, aby bylo již na počátku najisto prokázáno, že u každého dodavatele existují předpoklady dodržení základních kvalitativních technologických požadavků na pokládku živičných směsí. Při stanovení kvalifikačních podmínek vzal zadavatel rovněž v úvahu, že „*do té doby nebyl, alespoň dle tehdejších znalostí zadavatele, vůči tomuto či obdobnému požadavku vydán žádný negativní nález orgánu dohledu.*“ Zadavatel dodává, že v případě, kdy je živičná vrstva, jejíž podíl činí 9,5 – 45 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky, rozhodná pro celkovou kvalitu provedení plnění, „*je zcela legitimním právem zadavatele předem vědět, že dodavatel disponuje takovým zařízením, které umožní dodržet základní technický předpoklad pro kvalitní provedení vrchních vrstev komunikací.*“
15. Zadavatel uvádí, že se v průběhu zadávacího řízení dozvěděl o rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 74/2010-61 ze dne 21. 6. 2012, s jehož obecnými závěry odůvodnění nesouhlasí, a který se mj. zabývá otázkou skryté diskriminace v případech, kdy je po dodavatelích v rámci prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů požadováno prokázání vlastnictví nebo smluvního zajištění technického zařízení pro dodávku živičných směsí. Zadavatel k tomu dodává, že po zvážení všech možných důsledků a z důvodu nutnosti provést předmětné stavební úpravy komunikací, dospěl k závěru, že cit. soudní

rozhodnutí se vztahuje na veřejné zakázky, kde živičné vrstvy tvoří minoritní až nicotný objem prací ve vztahu k celkové finanční hodnotě veřejné zakázky, a že tedy nemůže být „aplikováno na veřejné zakázky, kde živičné vrstvy tvoří nepoměrně vyšší finanční objem a jsou kvalitativně rozhodující (viditelnou) vrstvou pozemní komunikace.“ K závěrům uvedeným v cit. rozsudku zadavatel dodává, že „[z]ávěr soudu, že předmětný požadavek omezil počet dodavatelů, kteří se mohli o veřejnou zakázku ucházet je sice správný, ale platí obecně pro jakýkoliv kvalifikační předpoklad zadavatele. Vždy se najde určitý dodavatel, který by sice mohl kapacitně i odborností veřejnou zakázku splnit, ale vymezený kvalifikační předpokladu nespĺňuje. Takže jakýkoliv kvalifikační předpoklad omezuje počet dodavatelů.“

16. Zadavatel své vyjádření uzavírá s tím, že všechny úvahy uvedené v jeho vyjádření jej vedou k závěru, že technický kvalifikační předpoklad stanovený v kvalifikační dokumentaci není v rozporu se zákonem, neboť není nepřiměřený a s předmětem veřejné zakázky bezprostředně souvisí. Zadavatel dodává, že při vymezení podmínek v zadávací i kvalifikační dokumentaci vycházel z tehdy známých a obvyklých postupů, a o správnosti postupu zadavatele dle jeho názoru svědčí i poměrně vysoký počet žádostí o účast v zadávacím řízení.

#### **Další postup Úřadu ve správním řízení**

17. Usnesením č. j. ÚOHS-S487/2014/VZ-15934/2014/521/ZKu ze dne 30. 7. 2014 Úřad stanovil zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se ve správním řízení již dále nevyjádřil.

### **III. ZÁVĚRY ÚŘADU**

18. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a vyjádření zadavatele dospěl ve výrocích I., II., III. a IV. tohoto rozhodnutí k závěru, že zadavatel se při zadávání všech částí veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval při stanovení technických kvalifikačních předpokladů v rozporu s ust. § 56 odst. 3 písm. f) zákona a s ust. § 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 o smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živichných směsí včetně záložního zařízení, čímž zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnějších nabídek, a zadavatel uzavřel smlouvy na všechny části veřejné zakázky. Ve výroku VI. tohoto rozhodnutí Úřad rozhodl o zastavení správního řízení v části vedené ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona zadavatelem 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 žádostí o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku podle ust. § 117a písm. d) zákona, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona nebo § 120a zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující skutečnosti.

***K výrokům I., II., III. a IV. tohoto rozhodnutí***

19. Úvodem Úřad konstatuje, že zadavatel stanovil technické kvalifikační předpoklady v bodu 10. kvalifikační dokumentace shodně pro všechny části veřejné zakázky. Zadavatel rovněž připustil podávání nabídek uchazeči na jednotlivé části veřejné zakázky, přičemž smlouvy na jednotlivé části veřejné zakázky byly s vybranými uchazeči uzavřeny v různých dnech, čímž došlo k naplnění skutkové podstaty správních deliktů v jiných okamžicích. S ohledem na uvedené uvádí Úřad následující závěry v odůvodnění tohoto rozhodnutí společně k výrokům I., II., III. a IV. tohoto rozhodnutí, ve kterých Úřad konstatoval spáchání týchž správních deliktů zadavatelem ve všech částech předmětné veřejné zakázky.

*Relevantní ustanovení zákona*

20. Podle ust. § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
21. Podle ust. § 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.
22. Podle ust. § 56 odst. 7 písm. c) zákona je veřejný zadavatel ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymežit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

*Shrnutí relevantních skutečností*

23. Předmět plnění veřejné zakázky zadavatel klasifikoval v bodu 3.1 zadávací dokumentace jako stavební úpravy pro komunikace pod CPV kódem 45233100-0. Veřejná zakázka byla dle bodu 1. zadávací dokumentace rozdělena na čtyři části. Předmětem plnění části A veřejné zakázky byla dle bodu 3.3. zadávací dokumentace rekonstrukce komunikace č. II/150 v úseku Horní Chlístov – Okrouhlice, předmětem plnění části B veřejné zakázky byla dle bodu 3.4. zadávací dokumentace rekonstrukce komunikace č. II/353 D1 v úseku obce Jamné, předmětem plnění části C veřejné zakázky byla dle bodu 3.5. zadávací dokumentace rekonstrukce komunikace č. II/602 v úseku mezi Pelhřimovem a Jihlavou a předmětem plnění části D veřejné zakázky byla dle bodu 3.6. zadávací dokumentace rekonstrukce komunikace č. II/405 v úseku mezi obcemi Zašovice a Okříšky. Ze zadávací dokumentace rovněž vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky byla nejen rekonstrukce silnic, ale např. i úprava vedení NN a VN, vegetační úpravy, protihluková zeď či oplocení.
24. 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 ust. § 56 zákona požaduje předložení dokladu o „*vlastnictví nebo o smluvním zajištění takového technického zařízení pro dodávku živichých směsí (včetně záložního zařízení), kterým uchazeč prokáže, že je schopen zajistit kvalitu (vlastnosti) živichých 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.“*

25. K prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodu 10.1.5. kvalifikační dokumentace zadavatel v bodu 10.2.5. kvalifikační dokumentace požadoval předložení těchto dokumentů:

*„10.2.5.1. dokladu o vlastnictví, nájmu nebo o smluvním zajištění požadovaného technického zařízení pro dodávku živičných směsí,*

*10.2.5.2. mapy trasy od obalovny do místa stavby včetně itineráře trasy, kterou bude uchazeč využívat při dopravě asfaltových směsí v průběhu realizace veřejné zakázky (uchazeči jsou povinni respektovat platná dopravní omezení či uzavírky),*

*10.2.5.3. formuláře přehled technických zařízení s uvedením následujících údajů (tento formulář je přílohou zadávací dokumentace):*

- název obce, v níž je umístěna využívaná obalovna,*
- vzdálenost místa obalovny do místa stavby, tj. počet kilometrů,*
- reálná doba potřebná pro dopravu na místo dodání živičných směsí s ohledem na typ používaného přepravního prostředku,*
- typ používaného přepravního prostředku a jeho celková hmotnost (tzn. vč. nákladu).“*

*Ke stanovení technických kvalifikačních předpokladů*

26. Ke stanovení technických kvalifikačních předpokladů Úřad v obecné rovině konstatuje, že účelem jejich stanovení je zajištění realizace veřejné zakázky dodavateli, kteří k tomu mají dostatečnou technickou způsobilost. Stanovením technických kvalifikačních předpokladů se tak zadavatelé snaží minimalizovat riziko, že dojde ke zmaření účelu zadávacího řízení, kterým je řádné splnění předmětu veřejné zakázky, v důsledku jeho plnění dodavatelem, jenž nedisponoval potřebnou technickou kapacitou. Jak vyplývá z ust. § 56 odst. 3 písm. f) zákona, zadavatel je k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce oprávněn požadovat přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici. Je tedy na úvaze zadavatele, které z technických kvalifikačních předpokladů bude po dodavatelích v kvalifikační dokumentaci požadovat, avšak musí dbát na to, aby vymezil jejich minimální úroveň v souladu s ust. § 56 odst. 7 písm. c) zákona, a to způsobem odpovídajícím druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.
27. Zadavatel v bodu 10.1.5. kvalifikační dokumentace požadoval ke splnění technického kvalifikačního předpokladu shodně pro všechny části veřejné zakázky doložení dokladu o vlastnictví nebo o smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živičných směsí včetně záložního zařízení, a to shodně pro všechny části veřejné zakázky. V bodu 10.2.5.2. a 10.2.5.3. kvalifikační dokumentace zadavatel stanovil některé další požadavky na prokázání splnění předmětného technického kvalifikačního předpokladu, a to požadavek na předložení mapy trasy od obalovny do místa stavby včetně itineráře trasy, kterou bude uchazeč využívat při dopravě živičných směsí, a předložení vyplněného formuláře, který měl obsahovat mj.

údaje o typu používaného přepravního prostředku či jeho celkovou hmotnost vč. nákladu, přičemž stejné údaje měly být vyplněny i pro záložní technické zařízení.

28. Jak uvedl Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 74/2010-61 ze dne 21. 6. 2012, „*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.*“
29. Zadavatel tedy v daném případě požadoval k prokázání kvalifikace doklady, které nevypovídají o schopnosti dodavatelů plnit předmět veřejné zakázky (mj. pokládku živičných směsí), neboť vlastnictví či schopnost smluvně si zajistit technická zařízení pro dodávku živičných směsí v době prokazování kvalifikace, nedokazuje, zda má dodavatel zkušenosti s pokládkou živičných směsí a další dovednosti potřebné pro řádnou realizaci předmětné veřejné zakázky.
30. Vzhledem k výše uvedenému a rovněž s přihlédnutím k závěrům vysloveným Krajským soudem v Brně v cit. rozsudku Úřad konstatuje, že zadavatel vymezil technický kvalifikační předpoklad v rozporu s ust. § 56 odst. 7 písm. c) zákona, neboť vymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu podle ust. § 56 odst. 3 písm. f) zákona způsobem, který neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, když pro všechny části veřejné zakázky již v době prokazování kvalifikace požadoval doklad o vlastnictví nebo o smluvním zajištění dvou technických zařízení pro dodávku živičných směsí (obaloven), a to včetně mapy trasy a itineráře trasy (a dalších podrobných údajů), kterou bude dodavatel případně využívat při dopravě živičných směsí. Úřad k tomu dále dodává, že v šetřeném případě by pro realizaci veřejné zakázky postačovalo, kdyby dodavatel, jehož nabídka by byla vybrána jako nejvhodnější, následně uzavřel smlouvu o dodávce materiálů (živičné směsi) s některým z vlastníků obaloven nacházejících se v oblasti místa plnění veřejné zakázky.
31. O skutečnosti, že zadavatel vymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu způsobem, který neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky může svědčit i to, že dodávka živičných směsí nebyla (jak vyplývá z vymezení předmětu plnění v zadávací dokumentaci) v šetřeném případě shodně pro všechny části veřejné zakázky jediným předmětem plnění, ani jeho hlavní součástí. Výše uvedené vyplývá i z vyjádření zadavatele ze dne 18. 6. 2014, kde zadavatel uvedl, že podíl dodání živičné vrstvy tvořil 9,5 – 45 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky, a to v závislosti na tom, o jakou část veřejné zakázky se jednalo.
32. Úřad dále uvádí, že v průběhu celého zadávacího řízení musí zadavatel dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace zakotvené v ust. § 6 zákona, přičemž v souladu s nimi musí postupovat rovněž při vymezování technických kvalifikačních předpokladů. K problematice zásady zákazu diskriminace se vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, kde ohledně smyslu ust. § 6 zákona mj.

uvedl, že „*smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).*“

33. Jak dále uvedl Nejvyšší správní soud v cit. rozsudku, „*[r]estriktivní výklad skryté diskriminace je dále podporován i tím, že – kromě podmínky zjevné nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky – musí být též zřejmé, že v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřeně nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.*“ Za skrytou diskriminaci lze tedy označit situaci, kdy zadavatel stanoví technické kvalifikační předpoklady na úrovni, která je nepřiměřená složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky, a znemožní tím některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, přičemž takto požadovanou úroveň lze považovat za tzv. zjevně nepřiměřenou. V šetřeném případě spočívala zjevně nepřiměřená úroveň vymezení technických kvalifikačních předpokladů v požadavku doložení dokladu o vlastnictví nebo smluvním zajištění dvou technických zařízení pro dodávku živičných směsí (obaloven) již ve lhůtě stanovené pro podání žádostí o účast a 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 jsou naopak při takto nastavených technických kvalifikačních předpokladech zvýhodněni, neboť za situace, kdy se hodlají také zúčastnit zadávacího řízení, odmítnou (mimo jiné i s ohledem na ustanovení § 69 odst. 2 zákona<sup>1</sup>) 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.
34. Ve světle uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel zjevně nepřiměřeným vymezením úrovně technického kvalifikačního předpokladu, který neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky (viz bod 30. odůvodnění tohoto rozhodnutí), porušil rovněž zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 zákona, neboť svým postupem znemožnil některým potenciálním uchazečům účastnit se zadávacího řízení. Úřad dodává, že zadavatel svým postupem v zadávacím řízení, který byl v rozporu s ust. § 56 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na ust. § 56 odst. 7 písm. c) zákona a v rozporu s ust. § 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 žádostí o účast (v níž prokazují splnění kvalifikace dle ust. § 52 odst. 2 zákona) 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. Výše uvedený názor Úřad dovozuje jednak ze skutečnosti, že by již v této situaci nemohlo dojít k omezení případné účasti vlastníka obalovny v zadávacím řízení

<sup>1</sup> Dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, nesmí být současně subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel v tomtéž zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci.

a rovněž by již nebylo uzavřením, resp. neuzavřením, takové smlouvy možné ovlivnit počet potenciálních konkurentů (viz výše bod 33. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

*K argumentaci zadavatele*

35. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 18. 6. 2014 uvádí, že se v průběhu zadávacího řízení dozvěděl o rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 74/2010-61 ze dne 21. 6. 2012, avšak se závěry uvedenými v jeho odůvodnění nesouhlasí. Ve svém vyjádření dále uvádí, že *„[d]ispozice, tedy vlastnictví či smluvní zajištění obalovny není samo o sobě zárukou kvality provedení, ale je jejím základním předpokladem. Měly-li by tímto předpokladem být reference, jak odůvodňuje soud, pak vymezení technických kvalifikačních předpokladů mimo reference je samo o sobě diskriminační, protože již reference prokázaly, že dodavatel byl schopen veřejnou zakázku realizovat. Proč tedy zákon další možnosti připouští? Pohled soudu lze snad chápat v případě, kdy jeden konkrétní stěžovatel nedokázal uzavřít smlouvu s vlastníkem obalovny, ale konstatování soudu, že s takovým dodavatelem by vlastník obalovny smlouvu uzavřel, až by zakázku vyhrál, je ryze spekulativní.“* K uvedenému uvádí Úřad následující.
36. K prokázání technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může zadavatel dle ust. § 56 odst. 3 zákona požadovat doklady uvedené v taxativním výčtu tohoto ustanovení, přičemž je oprávněn požadovat jejich prokázání jednou či všemi možnostmi uvedenými v cit. ustanovení. Nelze tedy konstatovat, že v případě, kdy zadavatel požaduje doložení seznamu tzv. referenčních staveb, jsou ostatní doklady požadované k prokázání technických kvalifikačních předpokladů diskriminační. Zadavatel může k prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadovat kterékoliv z možností uvedených v ust. § 56 odst. 3 zákona, avšak při jejich vymezení v kvalifikační dokumentaci musí vždy dbát na to, aby vyznačil jejich minimální úroveň v souladu s ust. § 56 odst. 7 písm. c) zákona, a to způsobem odpovídajícím druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky (viz bod 26. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad si je vědom, že určitá selekce uchazečů o veřejnou zakázku být provedena musí, a to z hlediska toho, zda budou případně schopni veřejnou zakázku realizovat či nikoliv. Právě adekvátně nastavená kvalifikační kritéria slouží k této selekci uchazečů o veřejnou zakázku, avšak nesmí sloužit k jejich diskriminaci.
37. K námitce zadavatele, že dispozice, tedy vlastnictví či smluvní zajištění tzv. obalovny není samo o sobě zárukou kvality provedení předmětu plnění veřejné zakázky, ale je jejím základním předpokladem, Úřad uvádí, 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), 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 předmětné veřejné zakázky (jak již Úřad uvedl v bodu 29. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Není tedy důvodu požadovat po dodavatelích prokázání dispozice obalovnou již při podání žádostí o účast, neboť, jak již Úřad uvedl výše, jsou v takové situaci zvýhodnění vlastníci obaloven, kteří se rovněž účastní zadávacího řízení, a nemají tedy zájem uzavírat smlouvu o smlouvě budoucí pro dodávku živičných směsí s jiným dodavatelem, čímž omezí počet

dodavatelů v zadávacím řízení a zvýší tak svou šanci na úspěch. 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.

*Ke spáchání správního deliktu dle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona*

38. Podle ust. § 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.

Vzhledem k tomu, že zadavatel postupoval při stanovení technických kvalifikačních předpokladů ve všech částech veřejné zakázky v rozporu s ust. § 56 odst. 3 písm. f) zákona a s ust. § 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 o smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živičných směsí včetně záložního zařízení, čímž zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnějších nabídek, a zadavatel uzavřel smlouvy na všechny části veřejné zakázky, čímž byla naplněna skutková podstata správního deliktu ve vztahu ke všem částem veřejné zakázky, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výrocích I., II., III. a IV. tohoto rozhodnutí.

#### ***K výroku VI. tohoto rozhodnutí***

*Relevantní ustanovení zákona*

39. Podle ust. § 40 odst. 6 zákona provede-li veřejný zadavatel úpravy v uveřejněném vyhlášení podle § 147 odst. 8 zákona, je povinen současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení nebo lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy.
40. Podle § 147 odst. 8 zákona může zadavatel při respektování zásad uvedených v § 6 zákona provést úpravy v uveřejněném vyhlášení; v takovém případě je povinen provedené úpravy uveřejnit podle § 147 odst. 1 až 3 zákona a oznámit provedení úpravy do 5 dnů ode dne jejího odeslání k uveřejnění všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu.

*Shrnutí relevantních skutečností*

41. Zadavatel v bodu 10.1.5. kvalifikační dokumentace stanovil, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dle ust. § 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.“*

42. K prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v bodu 10.1.5. kvalifikační dokumentace zadavatel požadoval mj. předložení dokladů stanovených v bodu 10.2.5.3. kvalifikační dokumentace, které byly vymezeny jako:

*„formuláře přehled technických zařízení s uvedením následujících údajů (tento formulář je přílohou zadávací dokumentace):*

- *název obce, v níž je umístěna využívaná obalovna,*
- *vzdálenost místa obalovny do místa stavby, tj. počet kilometrů,*
- *reálná doba potřebná pro dopravu na místo dodání živichých směsí s ohledem na typ používaného přepravního prostředku,*
- *typ používaného přepravního prostředku a jeho celková hmotnost (tzn. vč. nákladu).“*

Uvedený formulář pro prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, jež byl přílohou kvalifikační dokumentace, obsahoval mj. dvě tabulky s požadovanými údaji, a sice tabulku pro technické zařízení a tabulku pro záložní technické zařízení.

43. Zadavatel dodatečnou informací č. 2 ze dne 3. 5. 2012 ke kvalifikační dokumentaci odpověděl na dotaz dodavatele, který zněl: *„V bodě 10.1.5. kvalifikační dokumentace je uvedeno: doklad o vlastnictví nebo smluvním zajištění takového technického zařízení pro dodávku živichých směsí (včetně záložního zařízení), kterým uchazeč prokáže, že je schopen zajistit kvalitu (vlastnosti) živichých 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 prokázat, 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 vlastností asfaltové směsi i po delší dobu. Dotaz: Je možno využít záložní zařízení o nižší kapacitě výroby směsi než 120 t/hod?“*

44. Zadavatel odpověděl dodavateli na jeho otázku následovně: *„Dodavatel splní tento technický kvalifikační předpoklad prokázáním vlastnictví nebo smluvního zajištění 2 technických zařízení pro dodávku živichých směsí, tj. 1 zařízením pro dodávku živichých směsí (obalovnou) a 1 záložním zařízením pro dodávku živichých směsí (záložní obalovnou), jejichž součet kapacit výroby směsi min. 120 t/hod. Dodavatel tedy musí prokázat zajištění 2 technických zařízení pro dodávku živichých směsí (2 obaloven) se součtem výrobních kapacit směsi min. 120 t/hod.“*

*K oznámení změny v zadávacích podmínkách*

45. Jak vyplývá z ust. § 147 odst. 8 zákona zadavatel je při respektování zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace zakotvených v ust. § 6 zákona, oprávněn provádět úpravy již uveřejněného vyhlášení, které se týká příslušné veřejné zakázky. Úpravy se pak provádějí prostřednictvím tzv. opravných formulářů, které je zadavatel povinen uveřejnit dle ust. § 147 odst. 1 až odst. 3 zákona. K případným změnám v uveřejněném vyhlášení může docházet např. v návaznosti na poskytnutí dodatečných informací zadavatelem dle ust. § 49 zákona.

46. V šetřeném případě vznikla Úřadu pochybnost, zda zadavatel právě poskytnutím dodatečné informace č. 2 ze dne 3. 5. 2012 ke kvalifikační dokumentaci neprovedl změnu v zadávacích podmínkách veřejné zakázky spočívající ve změně počtu požadovaných technických zařízení pro dodávku živichných směsí, kterou by byl povinen uvést v uveřejněném oznámení o zahájení zadávacího řízení, jež byl zadavatel v předmětném zadávacím řízení povinen uveřejnit dle ust. § 146 odst. 1 písm. b) zákona jak v informačním systému o veřejných zakázkách, tak v Úředním věstníku Evropské unie. Úřad přitom z výpisu uveřejněných oznámení týkajících se předmětného zadávacího řízení v informačním systému o veřejných zakázkách dne 28. 5. 2013 zjistil, že zadavatel v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejnil dne 28. 3. 2012 oznámení o zakázce, dne 30. 3. 2012 opravný formulář týkající se oznámení o zakázce a dne 11. 3. 2013 oznámení o zadání zakázky.
47. Úkolem Úřadu tedy bylo v šetřeném případě posoudit, zda zadavatel dodatečnou informací č. 2 ze dne 3. 5. 2012 ke kvalifikační dokumentaci změnil technický kvalifikační předpoklad uvedený v bodu 10.1.5. kvalifikační dokumentace a současně uvedený v již uveřejněném oznámení o zahájení zadávacího řízení a byl v souvislosti s tím povinen prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení dle ust. § 40 odst. 6 zákona, či zda cit. dodatečnou informací pouze vysvětlil stávající technický kvalifikační předpoklad.
48. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 18. 6. 2014 k poskytnutí dodatečných informací ke kvalifikační dokumentaci uvedl, že obě poskytnuté dodatečné informace (č. 1 ze dne 19. 4. 2012 a č. 2 ze dne 3. 5. 2012) nijak nemění původní kvalifikační podmínky, pouze vysvětlují ty stávající. Vzhledem k tomu, že zadavatel nepovažoval vysvětlení technických kvalifikačních předpokladů za změnu zadávacích podmínek, nepřistoupil ke změně lhůty pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení.
49. Úřad z dokumentace o veřejné zakázce zjistil, že zadavatel v bodu 10.1.5. kvalifikační dokumentace uvedl, že ke splnění technického kvalifikačního předpokladu požaduje předložit doklad o vlastnictví či smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živichných směsí včetně záložního zařízení, přičemž k prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu požadoval mj. doložit formulář s vyplněnými údaji týkajícími se uvedeného technického zařízení. Zadavatel v bodu 10.2.5.3. kvalifikační dokumentace uvedl, že tento formulář je přílohou zadávací dokumentace. Z předmětného formuláře pro prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů vyplývá, že jeho obsahem má být přehled technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici, a obsahuje rovněž dvě tabulky s požadovanými údaji, a to zvláště pro technické zařízení a zvláště pro záložní technické zařízení.
50. S ohledem na to, že zadavatel v kvalifikační dokumentaci požadoval k prokázání technického kvalifikačního předpokladu v bodu 10.1.5. předložení dokladu o vlastnictví či smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živichných 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 živichných směsí, Úřad konstatuje, že zadavatel dodatečnou informací č. 2 ze dne 3. 5. 2012 neprovedl změnu zadávacích podmínek, kterou by byl povinen uveřejnit dle ust. § 147 odst. 8 zákona, a v návaznosti na to prodloužit lhůtu k podání žádostí o účast v zadávacím řízení dle ust. § 40 odst. 6 zákona.

*K zastavení správního řízení dle ust. § 117a písm. d) zákona*

51. Dle ust. § 117a písm. d) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 zákona nebo pro uložení sankce podle § 120 zákona nebo § 120a zákona.
52. Vzhledem k tomu, že zadavatel dodatečnou informací č. 2 ze dne 3. 5. 2012 neprovedl změnu zadávacích podmínek, kterou by byl povinen uveřejnit dle ust. § 147 odst. 8 zákona, a v návaznosti na to prodloužit lhůtu k podání žádostí o účast v zadávacím řízení dle ust. § 40 odst. 6 zákona, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku VI. tohoto rozhodnutí.

**K uložení sankce**

53. Podle ust. § 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.
54. Jak je uvedeno ve výrocích I., II., III. a IV. tohoto rozhodnutí, v šetřeném případě se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správních deliktů dle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že postupoval při stanovení technických kvalifikačních předpokladů pro všechny části veřejné zakázky v rozporu s ust. § 56 odst. 3 písm. f) zákona v návaznosti na ust. § 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 o smluvním zajištění technického zařízení pro dodávku živičných směsí včetně záložního zařízení, čímž zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnějších nabídek, a zadavatel uzavřel smlouvy na všechny části veřejné zakázky.
55. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
56. 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 na základě podnětu, který obdržel dne 15. 4. 2013. K uzavření smluv s vybranými uchazeči pro jednotlivé části veřejné zakázky, a tedy ke spáchání správních deliktů zadavatelem, došlo dne 19. 2. 2013 ve vztahu k části A veřejné zakázky, ve vztahu k části B veřejné zakázky dne 6. 3. 2013, ve vztahu k části C veřejné zakázky dne 6. 3. 2013 a ve vztahu k části D veřejné zakázky dne 6. 3. 2013, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 13. 6. 2014. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
57. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I., II., III. a IV. 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.

58. 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.
59. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správně právního 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).
60. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
61. V posuzovaném případě se zadavatel dopustil správních deliktů dle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, přičemž za spáchání každého z nich lze podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona zadavateli uložit pokutu do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
62. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou mu může být uložena pokuta, činí dle uzavřené smlouvy o dílo na část A veřejné zakázky ze dne 19. 2. 2013 celkem 82 426 977,- Kč vč. DPH, dle uzavřené smlouvy na část B veřejné zakázky ze dne 6. 3. 2012 celkem 130 256 365,- Kč vč. DPH, dle uzavřené smlouvy na část C veřejné zakázky ze dne 6. 3. 2012 celkem 172 542 802, 25 Kč vč. DPH a dle uzavřené smlouvy na část D veřejné zakázky ze dne 6. 3. 2012 ve znění dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo uzavřeného dne 2. 1. 2014 celkem 133 445 556, 52 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení pro část A veřejné zakázky částku ve výši 4 121 349,- Kč, pro část B veřejné zakázky částku ve výši 6 512 818,- Kč, pro část C veřejné zakázky částku ve výši 8 627 140,- Kč a pro část D veřejné zakázky částku ve výši 6 672 278,- Kč.

63. Úřad uzavírá, že správním deliktem, za který lze v šetřeném případě uložit přísnější sankci je správní delikt zadavatele dle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona spáchaný v části C veřejné zakázky, neboť za něj může Úřad uložit pokutu až ve výši 8 627 140,- Kč. Z toho důvodu Úřad s ohledem na použití zásady absorpce přistoupil k uložení pokuty za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku III. tohoto rozhodnutí a ke správním deliktům ve smyslu ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedených ve výrocích I., II. a IV. tohoto rozhodnutí přihlédl jako k přitěžující okolnosti.
64. Podle § 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.
65. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán).
66. Z hlediska následků vzal Úřad při stanovení výše pokuty v úvahu skutečnost, že ačkoliv zadavatel diskriminačním nastavením technických kvalifikačních kritérií omezil hospodářskou soutěž mezi dodavateli, zůstala tato alespoň z části zachována, neboť zadavatel i přes své pochybení obdržel relativně vysoký počet žádostí o účast v předmětném zadávacím řízení a následně i relativně vysoký počet nabídek uchazečů o veřejnou zakázku.
67. 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 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. Jako přitěžující okolnost dále Úřad zadavateli přičítá, že se při zadávání veřejné zakázky dopustil rovněž správních deliktů dle ust. § 120 odst. 1 písm. a) v částech A, B a D veřejné zakázky (jak již Úřad uvedl v bodu 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
68. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“, přičemž pokuty, jež mají likvidační charakter, jsou nepřipustné. Z rozpočtu zadavatele na rok 2014<sup>2</sup> Úřad naznal, že s ohledem na objem finančních zdrojů, se kterými zadavatel ročně hospodaří (pro rok 2014 se jedná o částku 7 580 415 000,- Kč), nepředstavuje pokuta ve výši 150 000,- Kč pokutu likvidační.
69. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení

---

<sup>2</sup> Dostupný na: <https://www.kr-vysocina.cz/rozpocet-kraje-vysocina-na-rok-2014/d-4055326/p1=64292>

všech argumentů Úřad konstatuje, že výše uložené pokuty dostatečně naplňuje obě funkce právní odpovědnosti.

70. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, jak je uvedeno ve výroku V. tohoto rozhodnutí.
71. 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:**

Kraj Vysočina, Žižkova 1882/57, 587 33 Jihlava

### **Vypraveno dne:**

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