



UOHSX00AS43P

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# PŘÍKAZ

Č. j.: ÚOHS-S0023/2018/VZ-01890/2018/522/KČe

Brno: 19. ledna 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve věci spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) téhož zákona obviněným

- Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4

v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „D 35 Rekonstrukce vozovky km 292,8 - 294,9 vpravo a vlevo“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19. 5. 2017 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 22. 5. 2017 pod ev. č. Z2017-013388, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 6. 2017,

vydává podle ustanovení § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, tento **příkaz**:

### I.

**Obviněný** – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – **se** v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „D 35 Rekonstrukce vozovky km 292,8 - 294,9 vpravo a vlevo“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19. 5. 2017 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 22. 5. 2017 pod ev. č. Z2017-013388, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 6. 2017, **dopustil přestupku** podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při vyřizování námitek podaných stěžovatelem STRABAG a. s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, dopisem ze dne 4. 8. 2017, které směřovaly proti rozhodnutí obviněného (zadavatele) ze dne 25. 7. 2017 o „výběru dodavatele“,

postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 téhož zákona, neboť v rozhodnutí ze dne 11. 8. 2017 o námitkách stěžovatele, kterým námitky podle § 245 odst. 2 citovaného zákona odmítl, se v odůvodnění rozhodnutí podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, a to:

- k námitce, že nabídka vybraného dodavatele obsahuje zjevně nepřiměřenou dobu pro uvedení do provozu v délce 10 týdnů, přičemž stěžovatel v této souvislosti argumentuje dobou uvedení do provozu v nabídkách jiných účastníků zadávacího řízení v rozmezí 20 až 22 týdnů, která dle jeho názoru objektivně dokumentuje reálný časový průběh rekonstrukce úseku dálnice D35,
- k námitce označené jako „Technické zdůvodnění doby výstavby“, ve které stěžovatel uvádí konkrétní důvody, které podle jeho názoru vyvrací reálnost doby pro uvedení do provozu ve lhůtě uvedené vybraným dodavatelem,
- k závěrům vyplývajícím z rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 75/2009 ze dne 6. 11. 2009, resp. z rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S55/2013/VZ/23598/2013/513/ZKy ze dne 3. 12. 2013,
- k námitce, že vybraný dodavatel požádal o uzavírku, resp. omezení provozu, pro první dvě etapy rekonstrukce vozovky v délce 7 týdnů, čímž by na realizaci zbývajících etap rekonstrukce vozovky měl pouze 3 týdny, přičemž tuto lhůtu nelze považovat za reálnou, a zadavatel tím, že tento aspekt nabídky vybraného dodavatele akceptuje, vyvolává důvodné pochybnosti, zda nepostupuje v rozporu se zásadou rovného zacházení.

## II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu se obviněnému – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ukládá pokuta **ve výši 80 000 Kč** (osmdesát tisíc korun českých).

Pokuta je splatná **do jednoho měsíce** od nabytí právní moci tohoto příkazu.

## ODŮVODNĚNÍ

1. Obviněný – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – zahájil dne 19. 5. 2017 ve smyslu § 56 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „D 35 Rekonstrukce vozovky km 292,8 - 294,9 vpravo a vlevo“; oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 22. 5. 2017 pod ev. č. Z2017-013388, ve znění opravy uveřejněné dne 19. 6. 2017 (dále jen „veřejná zakázka“). Zadavatel zadávací dokumentaci uveřejnil dne 22. 5. 2017 na profilu zadavatele <https://www.tenderarena.cz/profil/zakazka/detail.jsf?id=90552>.
2. Jak je uvedeno v zadávací dokumentaci, stavební práce na rekonstrukci vozovky jsou rozděleny do tří etap: Etapa I. – práce ve středním dělicím pásu před zahájením vlastní rekonstrukce vozovky, Etapa II. – rekonstrukce levého jízdního pásu, Etapa III. – rekonstrukce

pravého jízdního pásu. Zadavatel stanovil, že ekonomickou výhodnost nabídky bude hodnotit na základě kritérií: „nabídková cena stavby v Kč bez DPH“ s váhou 70 % a „doba pro uvedení do provozu v týdnech“ s váhou 30 %.

3. Jak vyplývá ze „Zprávy o hodnocení nabídek“ ze dne 26. 6. 2017, zadavatel obdržel sedm nabídek, přičemž jako ekonomicky nejvýhodnější vyhodnotil nabídku společnosti EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem Národní 138/10, 110 00 Praha 1 (dále jen „vybraný dodavatel“). Zadavatel dne 25. 7. 2017 rozhodl v uvedeném smyslu o výběru dodavatele a tuto skutečnost oznámil dopisem ze dne 26. 7. 2017 účastníkům zadávacího řízení. Účastník zadávacího řízení STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5 (dále jen „stěžovatel“), jehož nabídka skončila v hodnocení v pořadí druhá, obdržel oznámení zadavatele dne 27. 7. 2017. Stěžovatel dopisem ze dne 4. 8. 2017 podal proti rozhodnutí zadavatele o „výběru nejvhodnější nabídky“ námitky, které zadavatel rozhodnutím ze dne 11. 8. 2017 podle § 245 odst. 2 zákona odmítl. Rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatel obdržel dne 14. 8. 2017.
4. Stěžovatel následně podal dne 24. 8. 2017 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0341/2017/VZ rozhodnutím č.j.: ÚOHS-S0341/2017/VZ-29995/2017/522/KČe ze dne 16. 10. 2017 s odkazem na § 263 odst. 5 zákona zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 11. 8. 2017 o námitkách stěžovatele. Předmětné rozhodnutí Úřadu nabylo právní moci dne 1. 11. 2017.
5. Úřad již na tomto místě uvádí, že předmětem správního řízení sp. zn. S0341/2017/VZ nebylo rozhodování o tom, zda se zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dopustil přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. d) zákona či nikoliv. Z uvedeného důvodu má Úřad za to, že správní řízení zahájené vydáním tohoto příkazu z moci úřední není zatíženo překážkou res administrata, z čehož plyne, že ze strany Úřadu nedochází ani k porušení zásady ne bis in idem. Úřad v této souvislosti dodává, že charakter správního řízení vedeného na návrh nelze srovnávat se správním řízením zahájeným z moci úřední, jehož výsledkem je konstatování přestupku a uložení sankce. Jak vyplývá z konstantní judikatury správních soudů (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 58/2011 ze dne 1. 2. 2013), řízení o návrhu na zahájení správního řízení má povahu kontradiktorního řízení, jehož podstata tkví v posouzení protichůdných zájmů účastníků správního řízení. Předmětem návrhového řízení tedy není posouzení otázky, zda jednání zadavatele naplňuje znaky skutkové podstaty přestupku. S ohledem na posledně uvedené tedy není překážkou, je-li tato otázka řešena samostatně v jiném správním řízení, jehož výsledkem je právě konstatování spáchání přestupku a uložení sankce, přičemž účastníkem tohoto správního řízení je pouze zadavatel, jako osoba podezřelá ze spáchání přestupku (srov. § 256 zákona).
6. Pro úplnost lze v této souvislosti rovněž dodat, že v tomto smyslu nedochází ani k popření zásady zákazu dvojího trestání za totéž jednání, resp. za tentýž skutek. Úřad má za to, že jim uložené nápravné opatření svou povahou nelze považovat za trest (sankci) ve smyslu správního trestání. Uvedené vyplývá již ze samotného smyslu nápravného opatření, jehož účelem není zadavatele „potrestat“ ale naopak pouze napravit vzniklý nezákonný stav. Samotné nápravné opatření tak nemá represivní charakter, který je výrazem správního trestání a jehož účelem je postih protiprávního jednání. V této souvislosti lze podpůrně odkázat na závěry vyplývající z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 29 Af 1/2015 ze dne

17. 1. 2017, kde soud mimo jiné uvedl, že „[l]ze rovněž souhlasit s žalovaným (pozn. s Úřadem), že jím ukládaná nápravná opatření nejsou projevem správního trestání, a tedy není možné nazírat na souvztažnost výroků žalovaného o porušení zákona zadavatelem a výroku žalovaného o uložení nápravného opatření stejným pohledem jako v případě souvztažnosti výroku žalovaného o spáchání správního deliktu zadavatele a o uložení pokuty zadavateli za takové porušení zákona. [...] Nelze z ničeho dovodit, že by uložení nápravného opatření mělo mít za následek zánik deliktní odpovědnosti zadavatele (či snad popření toho, že k deliktnímu jednání vůbec došlo), pokud je toto deliktní jednání zároveň důvodem pro ono nápravné opatření.“

## **I. Závěry Úřadu**

7. Podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), správní orgán může o přestupku rozhodnout příkazem. Příkazem lze uložit správní trest napomenutí, pokuty, zákazu činnosti, nebo propadnutí věci nebo náhradní hodnoty.
8. Úřad konstatuje, že byly dostatečně zjištěny skutkové okolnosti pro vydání tohoto příkazu, kdy podle § 150 odst. 1 správního řádu příkaz může správní orgán vydat, považuje-li skutkové zjištění za dostatečné; vydání příkazu může být prvním úkonem v řízení.

## **II. K výroku I. příkazu**

### ***Relevantní ustanovení zákona***

9. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona hrozí nebo vznikla újma.
10. Podle § 241 odst. 2 písm. a) zákona se námitky podle odstavce 1 se podávají písemně a lze je podat proti všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté zákona, včetně stanovení zadávacích podmínek.
11. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.

### ***Zjištění z dokumentace***

12. Zadavatel dne 25. 7. 2017 rozhodl o výběru vybraného dodavatele. Uvedené rozhodnutí oznámil účastníkům zadávacího řízení dopisem ze dne 26. 7. 2017. Stěžovatel oznámení zadavatele obdržel dne 27. 7. 2017.

### ***Námitky stěžovatele***

13. Stěžovatel dopisem ze dne 4. 8. 2017, dodaným do datové schránky zadavatele dne 7. 8. 2017, podal proti rozhodnutí zadavatele o „výběru dodavatele“ námitky (dále jen „námitky“). V námitkách stěžovatel uvádí, že nabídka vybraného dodavatele obsahuje zjevně nepřiměřenou dobu realizace veřejné zakázky a vybraný dodavatel měl být z tohoto důvodu

ze zadávacího řízení vyloučen. Stěžovatel konkrétně dovozuje, že nabídka vybraného dodavatele obsahuje zjevně nepřiměřenou dobu realizace veřejné zakázky v délce 10 týdnů, a to zejména ve vztahu k podmínkám a k charakteru předmětu veřejné zakázky, jakož i s přihlédnutím k údajům v nabídkách ostatních účastníků zadávacího řízení, které dokumentují reálnou situaci ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, kdy tito navrhují dobu výstavby v rozmezí 20 až 22 týdnů.

14. V další části námitek označené jako – Technické zdůvodnění doby výstavby – stěžovatel podrobně rozebírá a uvádí technické důvody, které podle jeho názoru vyvrací reálnost plnění předmětu veřejné zakázky ve lhůtě uvedené vybraným dodavatelem, a to následující formou (zestručněno):

*Etapa I. – práce ve středovém dělicím pruhu (dále jen „SDP“) - jedná se o následující práce: převod dopravy - postavení uzavírky rychlého jízdního pruhu (dle zadání systém 2+1) - 1 den; vytrhání a výměna 1 357 m oboustranných středových svodidel, vč. propojů a vyrovnání svodidel - 6 dní (2 čety); odstranění dřevin - 1 den; 2 x 100 m osazení lehce demontovatelných svodidel - 1 den; odstranění + montáž 96 m betonových svodidel - 1 den; přeložka optických kabelů o délce 647 m - 2 dny; výměna drenáže, vč. napojení, v délce 643 m, vč. výměny přílehlé aktivní zóny a příslušných vozovkových vrstev - 10 dní; zhotovení nového přejezdu SDP o délce 120 m, vč. ochrany stávajících kabelů - 14 dní; postavení a zprovoznění kamerového dohledového systému - 2 dny; terénní úpravy - 3 dny.*

*Jedná se o úsek délky 2 100 m, s tím, že staveniště je prostorově omezeno danou uzavírkou. Dle zkušeností z obdobných staveb pouze výměna svodidel v takto dlouhém úseku trvá min. 14 dní s tím, že je nutné prodloužit pracovní směny a mít více stavebních čet pro beranění svodidel. Zde je nutné započítat i další práce pro provedení díla. Jedná se o výměnu drenáží a aktivní zóny v úseku délky 647 m a s tím související přeložku optických kabelů v SDP..., které zaberou min. 7 pracovních dní, kdy následná úprava SDP a beranění svodidel, je možná až po dokončení zemních a souvisejících prací.*

*Pro převedení dopravy následujících etap je nutné vybudování přejezdu SDP, kdy je nutno ochránit stávající kabelové vedení chráničkami, provést rezervní chráničku a přeložku NN. S ohledem na požadavky zadavatele a dodržení technologických pravidel i při nepřetržitě stavební výrobě 24 hod/den není možno tyto práce provést rychleji než za 14 dní v nepřetržitém provozu. Jednotlivé dílčí práce lze částečně provádět i v souběhu, nicméně to, že je staveniště omezeno uzavírkou pouze rychlých jízdních pruhů, značně omezuje nasazení více stavebních čet najednou. Dle zkušeností navrhovatele se kritická cesta doby výstavby nachází v místě kompletní výměny vozovkových vrstev, tj. v místech, kde je nutno měnit drenáž pro odvodnění pláně.*

15. Stěžovatel v námítkách dále uvádí výčet dalších dílčích stavebních prací v první etapě rekonstrukce a potřebný počet dní k jejich realizaci stanovený metodou kritické cesty s tím, že při zohlednění nepřetržitého provozu stavby a zkušeností stěžovatele na obdobných stavbách, práce na této etapě nelze dle jeho názoru provést rychleji než za 17 dní.
16. Co se týče Etapy II., tj. rekonstrukce levého jízdního pásu, stěžovatel v námítkách konstatuje, že pro jednoduchost uvádí pouze práce na kritické cestě, přičemž celkový rozsah prací je větší. Stěžovatel stejným způsobem jako v případě Etapy I. podrobně rozepisuje v námítkách jednotlivé dílčí práce a uvádí jejich časovou náročnost. Z uvedených časů na kritických

cestách je dle stěžovatele doba nutná pro realizaci prací v roce 2017 (tj. Etapa I. a II.) celkem 74,5 dní, tj. téměř 11 týdnů. Stěžovatel dále uvádí, že Etapa III. se má realizovat na jaře roku 2018 a je nutno počítat se stejným postupem jako při rekonstrukci levého jízdniho pásu, tedy s dobou realizace min. 8 týdnů. Celková doba výstavby je tak dle navrhovatele min. 19 týdnů a to za ideálních klimatických podmínek a vyloučení nepříznivých technologických vlivů.

17. Stěžovatel dále argumentuje rozhodnutím Úřadu č.j. S55/2013/VZ/23598/2013/513/Zky ze dne 3. 12. 2013, ve kterém Úřad mj. uvádí, že úkolem hodnotící komise je, aby posoudila reálnost nabízených hodnot a vyloučila situaci, kdy uchazeč v nabídce uvede údaje, jejichž dodržení není reálné, čehož dosáhne jedině tím, že využije institutu vysvětlení nabídek, resp. že zadavatel v daném případě nevzal v potaz, že lhůta realizace veřejné zakázky u vybraného uchazeče se výrazně odchyluje od lhůt nabízených ostatními uchazeči (které dokumentují reálnou situaci na trhu). Stěžovatel odkazuje rovněž na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 75/2009 ze dne 6. 11. 2009, ve kterém soud mj. uvádí, že smyslem možnosti vyloučit zjevně nepřiměřenou nabídku je chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč uvede v nabídce údaje, jejichž dodržení není reálné, což by během realizace vedlo ke změně těchto údajů hodnocených v rámci hodnotících kritérií. Jedná se zejména o stanovení zjevně nepřiměřených nákladů, dodací lhůty nebo lhůty pro dokončení, jejichž dodržení není v praxi uskutečnitelné. Uvedené závěry jsou dle názoru stěžovatele aplikovatelné i na postup zadavatele v šetřeném případě.
18. Stěžovatel dále uvádí, že nereálnost lhůty realizace připouští i vybraný dodavatel, neboť žádá o uzavírku pro Etapy I. a II. na 7 týdnů, kdy by na realizaci Etapy III. měl pouze 3 týdny, přičemž tuto lhůtu nelze dle stěžovatele považovat za reálnou. Zadavatel tento požadavek již akceptoval, což vyvolává pochybnost, zda postupoval v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona.

#### **Rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele**

19. Zadavatel v rozhodnutí ze dne 11. 8. 2017 o námitkách stěžovatele (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), které stěžovatel obdržel dne 14. 8. 2017, uvedl, že *„komise ustavená zadavatelem za účelem posouzení a hodnocení nabídek provedla řádné posouzení reálnosti nabízené hodnoty dílčího kritéria ,Doba pro uvedení do provozu v týdnech' v délce 10 týdnů u vybraného dodavatele, a to i na základě doloženého harmonogramu prací v nabídce vybraného dodavatele. Vzhledem k tomu, že se jedná o opravu krytu s následnou pokládkou asfaltových hutněných vrstev (nikoli cementobetonových, které vyžadují technologicky a časově náročnější postupy), a vybraný dodavatel dodal v nabídce předpokládaný harmonogram prací, vyhodnotila hodnotící komise, že se jedná o reálný termín. Komise neshledala dobu uvedení do provozu uvedenou vybraným dodavatelem jako nereálnou nebo nepřiměřenou, a proto ani nepřistoupila k využití institutu objasnění nebo doplnění údajů ve smyslu § 46 zákona. Zadavatel uvádí, že členové komise jsou odborníci provádějící dozorování a kontroly obdobných staveb a jsou schopni reálnost provedení prací posoudit“.*
20. Zadavatel dále uvedl, že *„za příznivých klimatických podmínek lze výrazně uspořit dobu realizace při pokládce asfaltové hutněné vrstvy oproti pokládce cementobetonového krytu. Zároveň lze lépe kombinovat a slučovat jednotlivé stavební práce na stavbě. Při perfektní organizaci práce a plynulé návaznosti jednotlivých stavebních prací s vhodnou kombinací souběhů dílčích činností lze dosáhnout nejen úspory času realizace, ale i zvýšené kvality díla –*

*kontinuální pokládka asfaltové hutněné vrstvy bez pracovních spár, čistota povrchu jednotlivých vrstev před pokládkou následných vrstev..., rychlejší a plynulé zpracovávání asfaltových směsí, zajištění homogenity povrchu, atd. V rámci realizace je na zhotoviteli, jakou třídu štěpitelnosti u spojovacích postříků zvolí. Za příznivých klimatických podmínek tak může opakovaně zkrátit technologickou přestávku na stavbě. Ostatní stavební práce mohou běžet plynule a často v souběhu. Volbou a kombinací některých technologií lze zefektivnit průběh stavebních prací. Stěžovatel dále uvádí, že sám zadavatel si uvědomil realnost termínu a rozhodl se případným problémům u dalších zakázek předejít tím, že na obdobném probíhajícím zadávacím řízení již změnil hodnotící kritérium délky realizace tak, že stanovil minimální délku trvání výstavby na 10 týdnů. Jedná se o zakázku „D35 Rekonstrukce vozovky km 280,9 - 282,9 vlevo a vpravo“, která obsahuje práce obdobného rozsahu ve stejné délce. Sám stěžovatel u této zakázky proti stanovení nepřekročitelného termínu 10 týdnů nepodal námitku, naopak v podané nabídce uvedl dobu uvedení do provozu v délce 10 týdnů, což přijde zadavateli jako rozpor mezi tím, co uvádí v námitce o neproveditelnosti prací, když se jedná o opravu stejnou technologií v obdobném rozsahu. Stěžovatel dále uvádí, že doba výstavby ostatních účastníků je v délce 20 – 22 týdnů, což není pravdou, např. účastník zadávacího řízení M-Silnice a.s. podal nabídku s dobou uvedení do provozu 16 týdnů. Zadavatel dále upozorňuje, že je si vědom, že vybraný dodavatel je plně vázán svojí nabídkou s termínem doby uvedení do provozu v délce 10 týdnů a v případě nedodržení této podmínky mu bude vystavena sankce za nedodržení termínu uvedení do provozu podle Smluvních podmínek ve výši 139 tis. Kč za každý započatý den prodlení s dokončením prací v rozsahu nezbytném pro uvedení díla do provozu. S ohledem na výše uvedené zadavatel uzavírá, že námitky stěžovatele proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvýhodnější nabídky považuje za nedůvodné a proto námitky stěžovatele odmítá“.*

21. Úřad v obecné rovině uvádí, že námitky jako procesní institut představují primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň své rozhodnutí odůvodnit v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby bylo zpětně přezkoumatelné. Úřad v této souvislosti odkazuje na ustálenou judikaturu (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010 – 159), dle které požadavek transparentnosti „není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“ Tato povinnost zadavatele je pak v § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem na to, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedeným.
22. Přímo ze zákonného ustanovení tedy plyne, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno např. považovat obecné konstatování, že se namítaného pochybení zadavatel nedopustil, a námitky proto neshledává relevantní. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele,

a to v tom smyslu, že musí (konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem) odůvodnit, proč argumentaci stěžovatele pokládá za nesouvisející, resp. lichou.

23. Podá-li tedy stěžovatel zadavateli námitky, musí se jimi zadavatel zabývat s veškerou pečlivostí. Je tomu tak především proto, že prostřednictvím rozhodnutí o námitkách zadavatel stěžovatele seznamuje se svým pohledem na stěžovatelem vznesené argumenty, což může mít zásadní význam pro rozhodnutí stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zejména též o tom, zda bude proti postupu zadavatele brojit návrhem u Úřadu. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou skutečnosti uvedené v rozhodnutí o námitkách významným podkladem pro náležitou formulaci a odůvodnění takového návrhu. V situaci, kdy zadavatel svůj postup zpochybňovaný námitkami konkrétně nezduvodňuje, je stěžovatel, chce-li hájit své právo na transparentní postup zadavatele, de facto nucen podávat návrh k Úřadu toliko na základě svých domněnek, tj. aniž by znal argumentaci, na jejímž základě zadavatel pokládá jeho tvrzení za nesprávná či irelevantní.
24. Lze tedy uzavřít, že účelem institutu námitek je, aby se stěžovatel primárně dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jím vznesené připomínky k jeho postupu v zadávacím řízení. Právě způsob, jakým mají být podané námitky ze strany zadavatele vyřízeny, je z pohledu dodržení zákona zásadní, přičemž tento závěr je zřejmý i ze skutečnosti, že nedodržení postupu zadavatele při vyřizování námitek je v zákoně kvalifikováno jako přestupek ze strany zadavatele. Důležitost institutu námitek a jejich vyřízení tedy vyplývá i z úmyslu zákonodávce sankcionovat zadavatele v případě, že na námitky nebude reagovat způsobem stanoveným zákonem [k tomu srov. ustanovení § 268 odst. 1 písm. d) zákona].
25. V šetřeném případě je z výše uvedených zjištění zřejmé (srov. body 3 a 4 odůvodnění tohoto příkazu), že námitky byly podány s ohledem na lhůtu stanovenou v § 242 odst. 2 zákona včas. Úřad současně dodává, že námitky byly podány oprávněnou osobou a obsahovaly rovněž zákonem předepsané náležitosti. S ohledem na tyto skutečnosti měl zadavatel povinnost námitky postupem podle § 245 odst. 1 a násl. zákona náležitě vyřídit, o čemž měl písemnou formou v zákonem stanovené lhůtě informovat stěžovatele. V šetřeném případě je nutné zdůraznit, že pro splnění povinnosti zadavatele stanovené v § 245 odst. 1 zákona bylo ze strany zadavatele nutné o námitkách rozhodnout tak, aby byl věcně vyčerpán a vyargumentován celý obsah námitek. Právě způsob, jakým mají být podané námitky ze strany zadavatele vyřízeny, tj. zda byly vyřízeny v plném rozsahu, je z pohledu dodržení zákona zásadní.
26. Úřad přistoupil k posouzení toho, zda rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele ob stojí v testu zákonnosti ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, tedy, zda se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem v námitkách. Úřad v uvedeném smyslu porovnal námitky s rozhodnutím o námitkách a dále shrnuje jednotlivé konkrétní aspekty námitek (díličí námitky označené dále pro přehlednost jako body I. až IV.), přičemž je porovnává s obsahem rozhodnutí o námitkách.

#### **Ad I.**

27. Stěžovatel namítá, že nabídka vybraného dodavatele obsahuje zjevně nepřiměřenou dobu pro uvedení do provozu v délce 10 týdnů, přičemž argumentuje lhůtou v nabídkách ostatních účastníků zadávacího řízení, která dle jeho názoru objektivně dokumentuje reálný časový průběh rekonstrukce předmětného úseku dálnice. Jak vyplývá z rozhodnutí o námitkách,



zadavatel k argumentaci stěžovatele pouze uvedl, že toto není pravda, neboť např. účastník zadávacího řízení M-Silnice a.s. podal nabídku se lhůtou 16 týdnů. Dále uvedl, že vybraný dodavatel je vázán termínem doby uvedení do provozu a v případě jeho nedodržení mu bude vystavena sankce dle Smluvních podmínek za každý započatý den prodlení.

28. Podle názoru Úřadu zadavatel v rozhodnutí o námitkách zcela pominul podstatu argumentace stěžovatele, která spočívá ve srovnání z jeho pohledu „extrému“ v podobě 10týdenní doby pro uvedení do provozu v nabídce vybraného dodavatele se lhůtami nabídnutými dalšími účastníky zadávacího řízení (v zadávacím řízení bylo podáno celkem sedm nabídek), které dle stěžovatele svým průměrem dokládají reálnou dobu plnění z pohledu běžného stavebního dodavatele. Z argumentace zadavatele nevyplývá žádná souvislost mezi dobou pro uvedení do provozu u vybraného dodavatele a touto lhůtou v nabídkách ostatních účastníků zadávacího řízení, když v rozhodnutí o námitkách nevysvětlil, proč tento evidentní rozdíl nepovažuje ve smyslu argumentace stěžovatele za relevantní. Zadavatel nevysvětlil ani souvislost v poukazu na dobu realizace u účastníka M- Silnice, a. s., v délce 16 týdnů – ve vztahu k reálnosti doby plnění vybraného dodavatele – 10 týdnů, když i z tohoto srovnání lze identifikovat výrazný rozdíl mezi oběma údaji. Pakliže je tento exces jednoznačně identifikovatelný a stěžovatel v námitkách právě na tuto skutečnost poukazuje, je na zadavateli, aby podrobně odůvodnil, proč tato skutečnost nemá vliv na průběh zadávacího řízení, resp. proč ji nelze považovat za relevantní.
29. Rovněž argumentace zadavatele smluvní pokutou je ve vztahu k posouzení aspektu „reálnosti“ doby plnění bezpředmětná. Smluvní pokuta jako institut utvrzení závazku představuje až následek určitého jednání, resp. nesplnění povinnosti, v souvislostech případu právě nesplnění termínu realizace. Stěžovatel v této souvislosti naopak správně poukazuje zejména na jiný důsledek tohoto jednání, a to možnou deformaci samotného hodnocení nabídek, pakliže zadavatel následně přistoupí na posunutí termínu. Prostým odkazem na smluvní pokutu tedy zadavatel nijak nevyvrací argumentaci stěžovatele ohledně reálnosti doby plnění.
30. Úřad konstatuje, že odůvodnění rozhodnutí o námitkách k této dílčí námitce posoudil jako nedostatečné, jelikož zadavatel v odůvodnění neuvádí žádné konkrétní argumenty, pro které nelze přijmout námitku stěžovatele poukazující na nereálnost doby plnění v nabídce vybraného dodavatele ve vztahu k době plnění, kterou nabízí ostatní účastníci zadávacího řízení. V odůvodnění rozhodnutí o námitkách se tak zadavatel podrobně nevyjádřil ke konkrétní námitce stěžovatele tak, jak předpokládá ust. § 245 odst. 1 zákona.

#### **Ad II.**

31. Stěžovatel v části námitek, označené jako „Technické zdůvodnění doby výstavby“, namítá nereálnost doby pro uvedení do provozu ve lhůtě uvedené vybraným dodavatelem, přičemž argumentuje podrobným výčtem stavebních prací a činností, včetně jejich výměr, které doplňuje o lhůty, které jsou dle jeho názoru minimálně potřebné k realizaci těchto položek. V této souvislosti lze uvést např. konkrétní poukaz v rámci Etapy I. – vytrhání a výměna 1 357 m oboustranných středových svodidel, vč. propojů a vyrovnání - 6 dní; výměna drenáže, vč. napojení, v délce 643 m, vč. výměny přilehlé aktivní zóny a příslušných vozovkových vrstev - 10 dní; zhotovení nového přejezdu SDP o délce 120 m, vč. ochrany stávajících kabelů - 14 dní (resp. související komentář ...pro převedení dopravy následujících

etap je nutné vybudování přejezdu SDP, kdy je nutno ochránit stávající kabelové vedení chráničkami, provést rezervní chráničku a přeložku NN. S ohledem na požadavky zadavatele a dodržení technologických pravidel i při nepřetržité stavební výrobě 24 hod/den není možno tyto práce provést rychleji než za 14 dní...). Obdobně stěžovatel věcně argumentuje i v rámci Etapy II., resp. Etapy III. V této souvislosti v rámci Etapy II., resp. Etapy III. např. stěžovatel sděluje – vybourání a odvoz CB krytu - 4 225 m<sup>3</sup> - 5 dní; vybourání a odvoz vrstvy SC - 2 485 m<sup>3</sup> - 3 dny; vybourání a odvoz vrstvy ŠD - 2 400 m<sup>3</sup> - 2 dny; odkop aktivní zóny + zaměření - 6 553 m<sup>3</sup> - 3 dny, atd.

32. Stěžovatel návazně, s odkazem na jím použitou metodu kritické cesty, sumarizací těchto lhůt stanovuje celkovou minimální dobu nutnou pro uvedení stavby do provozu. Uvedené pak doplňuje věcným komentářem k technologickému postupu realizace dílčích etap rekonstrukce. Celková doba realizace tak dle stěžovatele činí minimálně 19 týdnů, při vyloučení nepříznivých technologických vlivů.
33. Zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o námitkách ke konkrétní argumentaci stěžovatele vedené v technické rovině pouze uvádí, že:
- se jedná o opravu krytu s následnou pokládkou asfaltových hutněných vrstev (nikoli cementobetonových, které vyžadují technologicky a časově náročnější postupy), za příznivých klimatických podmínek lze výrazně uspořit dobu realizace při pokládce asfaltové hutněné vrstvy oproti pokládce cementobetonového krytu, zároveň lze lépe kombinovat a slučovat jednotlivé stavební práce na stavbě,
  - při perfektní organizaci práce a plynulé návaznosti jednotlivých stavebních prací s vhodnou kombinací souběhů jednotlivých dílčích činností lze dosáhnout nejen úspory času realizace, ale i zvýšené kvality díla – kontinuální pokládka asfaltové hutněné vrstvy bez pracovních spár, čistota povrchu jednotlivých vrstev před pokládkou následných vrstev, rychlejší a plynulé zpracovávání asfaltových směsí, zajištění homogenity povrchu, atd.
  - je na zhotoviteli jakou třídu štěpitelnosti u spojovacích postřiků zvolí, za příznivých klimatických podmínek tak může opakovaně zkrátit technologickou přestávku na stavbě,
  - ostatní stavební práce mohou běžet plynule a často v souběhu, resp. volbou a kombinací některých technologií lze zefektivnit průběh některých stavebních prací.
34. Z odůvodnění rozhodnutí o námitkách je zřejmé, že zadavatel k argumentaci stěžovatele, která je vedena v úrovni konkrétních položek stavebních prací doplněné o časové limity jejich realizace, zmiňuje v odůvodnění rozhodnutí o námitkách konkrétně pouze provádění spojovacích postřiků a pokládku asfaltových hutněných vrstev v konstrukci vozovky. Ostatní činnosti a stavební práce rozebírané v této části námitek vůbec nekommentuje, resp. žádným způsobem nerozporuje stěžovatelem prezentované časové aspekty realizace stanovené metodou kritické cesty. Zadavatel se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách uchyluje pouze k obecným formulacím typu, že *...tyto práce mohou běžet plynule a často v souběhu, resp. volbou a kombinací některých technologií lze zefektivnit průběh některých stavebních prací.*

35. Argumentace stěžovatele v této části námitek zohledňuje dle názoru Úřadu podstatné činnosti a stavební práce v průběhu rekonstrukce v časových a technologických návaznostech stavby, čímž stěžovatel logickým způsobem odůvodňuje pochybnosti o reálnosti doby pro uvedení stavby do provozu v případě nabídky vybraného dodavatele. Zadavatel se však v odůvodnění rozhodnutí o námitkách vyjádřil pouze k části z nich (pokládka asfaltových hutněných vrstev, spojovací postřiky), přičemž argumentaci navrhovatele týkající se ostatních stavebních prací a činností, resp. jejich časovou náročností, v odůvodnění rozhodnutí o námitkách vůbec nevypořádal. Úřad zdůrazňuje, že tuto část považuje v kontextu námitek a ve vztahu k posouzení přiměřenosti doby pro uvedení stavby do provozu v nabídce vybraného dodavatele za zcela zásadní a současně konkrétně a věcně doloženou.
36. Úřad konstatuje, že odůvodnění rozhodnutí o námitkách k této dílčí námitce stěžovatele posoudil jako nedostatečné, jelikož zadavatel v odůvodnění neuvádí žádné konkrétní argumenty, pro které nelze přijmout námitku stěžovatele poukazující na konkrétní nezbytné činnosti a lhůty, na podkladě kterých rozporuje reálnost délky doby uvedení do provozu, kterou uvádí vybraný dodavatel. Odůvodnění rozhodnutí o námitkách tak ani v této části nelze považovat za podrobné vyjádření se ke konkrétní námitce stěžovatele tak, jak předpokládá ust. § 245 odst. 1 zákona.

#### **Ad III.**

37. Stěžovatel v další části námitek cituje závěry z rozsudku Nejvyššího správního soudu sp.zn.5 Afs 75/2009 ze dne 6. 11. 2009, resp. z rozhodnutí Úřadu č.j. S55/2013/VZ/23598/2013/513/ZKy ze dne 3. 12. 2013, které používá jako argumenty k tomu, jak měl podle jeho názoru zadavatel postupovat v případě posouzení reálnosti nabízených hodnot, pokud je evidentní, že se lhůta realizace veřejné zakázky u vybraného dodavatele výrazně odchyluje od lhůt nabízených ostatními účastníky zadávacího řízení.
38. Jak vyplývá z odůvodnění rozhodnutí o námitkách, zadavatel se k argumentaci stěžovatele v této části námitek vůbec nevyjádřil, ačkoliv stěžovatel uvedl konkrétní a srozumitelnou argumentaci spočívající v uvedeném tvrzení. Úřad konstatuje, že tato dílčí námitka nebyla zadavatelem v rozhodnutí o námitkách vůbec vypořádána, když tuto námitku zadavatel prakticky ignoroval. Lze konstatovat, že i kdyby zadavatel považoval některou namítanou skutečnost za irelevantní, v konkrétním případě tedy odkaz na rozhodnutí potažmo rozsudek soudu za nepřipadný, je na zadavateli, aby se touto skutečností zabýval a uvedl konkrétní argumenty na podporu svého postoje (blíže viz dále odůvodnění tohoto příkazu). Úřad má za to, že ani v této části tedy zadavatel nenaplnit předpoklad podrobného vyjádření se ke konkrétní námitce stěžovatele tak, jak předpokládá ust. § 245 odst. 1 zákona.

#### **Ad IV.**

39. Stěžovatel v další části svých námitek argumentuje tím, že vybraný dodavatel požádal o uzavírku (omezení provozu) pro Etapy I. a II. v délce 7 týdnů, čímž by na realizaci Etapy III. zbývaly v jeho případě pouze 3 týdny, přičemž tím, že zadavatel tento nereálný požadavek akceptoval, vytváří pochybnosti, zda nepostupuje v rozporu se zásadou rovného zacházení.
40. Jak vyplývá z odůvodnění rozhodnutí o námitkách, ačkoliv stěžovatel uvedl konkrétní a srozumitelnou argumentaci, spočívající v tvrzení, že Etapu III. nelze realizovat ve lhůtě

předpokládané vybraným dodavatelem, zadavatel se v rozhodnutí o námitkách k této argumentaci navrhovatel opět vůbec nevyjádřil. Zadavatel se v rozhodnutí o námitkách nevyjádřil jednoznačným a podrobným způsobem ani k námitce stěžovatele poukazující na skutečnost, že zadavatel přípuštěním nereálné délky realizace Etapy III. postupuje v rozporu se zásadou rovného zacházení. Jak vyplývá z odůvodnění rozhodnutí o námitkách, zadavatel v této souvislosti pouze uvedl, že komise ustavená pro posouzení a hodnocení nabídek provedla řádné posouzení reálnosti nabízené hodnoty kritéria „doba pro uvedení do provozu“ u vybraného dodavatele. Tato konstatování zadavatele nelze považovat za podrobné vypořádání navrhovatelem uváděných skutečností.

41. Úřad k postupu při vyřizování námitek podle § 245 odst. 1 zákona dodává, že zadavatel se musí nejen vypořádat se všemi námitkami uplatněnými stěžovatelem, ale rozhodnutí o námitkách musí též řádně tj. podrobně odůvodnit, a to ve vztahu ke každé v námitkách uvedené skutečnosti. Rozhodnutí o námitkách musí být odůvodněno přezkoumatelným způsobem, musí být srozumitelné a opřené o relevantní důvody. I kdyby zadavatel považoval některou namítanou skutečnost za irelevantní či se zadávacím řízením nesouvisející, je třeba se i s takovou námitkou vypořádat a zaujmout k ní stanovisko, i kdyby mělo být takové, že námitka se zadávacím řízením nesouvisí, že k namítanému jednání vůbec nedošlo, apod. Nedostatečné odůvodnění rozhodnutí o námitkách způsobuje jeho nepřezkoumatelnost.
42. Úřad uzavírá, že argumentace zadavatele v odůvodnění rozhodnutí o námitkách nereaguje na všechny konkrétní námitky vznesené stěžovatelem v námitkách. Účelu institutu námitek, tj. aby se stěžovatel dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jím vznesené připomínky k jeho postupu v zadávacím řízení, tedy v šetřeném případě nebylo dosaženo. Úřad konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky z důvodů uvedených výše pod body I. až IV. odůvodnění tohoto příkazu nedodržel postup pro vyřizování námitek stanovený v § 245 odst. 1 zákona tím, že se v odůvodnění rozhodnutí ze dne 11. 8. 2017 o námitkách navrhovatele podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným navrhovatelem v námitkách.
43. Podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4 zákona.
44. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že při vyřizování námitek podaných stěžovatelem dopisem ze dne 4. 8. 2017, které směřovaly proti rozhodnutí zadavatele ze dne 25. 7. 2017 o „výběru dodavatele“, postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona, neboť v rozhodnutí ze dne 11. 8. 2017 o námitkách stěžovatele, kterým námitky stěžovatele podle § 245 odst. 2 zákona odmítl, se v odůvodnění rozhodnutí podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, a to:
  - k námitce, že nabídka vybraného dodavatele obsahuje zjevně nepřiměřenou dobu pro uvedení do provozu v délce 10 týdnů, přičemž stěžovatel v této souvislosti argumentuje dobou uvedení do provozu v nabídkách jiných účastníků zadávacího řízení v rozmezí 20 až 22 týdnů, která dle jeho názoru objektivně dokumentuje reálný časový průběh rekonstrukce úseku dálnice D35,

- k námitce označené jako „Technické zdůvodnění doby výstavby“, ve které stěžovatel uvádí konkrétní důvody, které podle jeho názoru vyvrací reálnost doby pro uvedení do provozu ve lhůtě uvedené vybraným dodavatelem,
  - k závěrům vyplývajícím z rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 75/2009 ze dne 6. 11. 2009, resp. z rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S55/2013/VZ/23598/2013/513/ZKy ze dne 3. 12. 2013,
  - k námitce, že vybraný dodavatel požádal o uzavírku, resp. omezení provozu, pro první dvě etapy rekonstrukce vozovky v délce 7 týdnů, čímž by na realizaci zbývajících etap rekonstrukce vozovky měl pouze 3 týdny, přičemž tuto lhůtu nelze považovat za reálnou, a zadavatel tím, že tento aspekt nabídky vybraného dodavatele akceptuje, vyvolává důvodné pochybnosti, zda nepostupuje v rozporu se zásadou rovného zacházení.
45. Úřad závěrem pro úplnost konstatuje, že znakem skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona není [na rozdíl od skutkové podstaty dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona] alespoň potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Proto tuto skutečnost není potřeba ze strany Úřadu dále zkoumat.

### **III. K výroku II. – uložení pokuty**

46. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.
47. Podle § 270 odst. 5 zákona činí promlčecí doba 5 let, přičemž podle odst. 6 písm. a) téhož ustanovení zákona se promlčecí doba přerušuje oznámením o zahájení řízení o přestupku.
48. Podle § 31 odst. 1 zákona přestupcích, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
49. V návaznosti na uvedené Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupku došlo dne 11. 8. 2017 odesláním rozhodnutí o námitkách, ve kterém se zadavatel (obviněný) podrobně, popř. vůbec nevyjádřil ke skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, čímž postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona. Pro úplnost Úřad uvádí, že jiné rozhodnutí o námitkách, které by povinností stanoveným v § 245 odst. 1 zákona dostalo, zadavatel stěžovateli neodeslal. Řízení o přestupku je pak zahájeno doručením tohoto příkazu. Z uvedených údajů je zřejmé, že promlčecí doba ve vztahu k projednávanému přestupku neuplynula.
50. Podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona lze za přestupek podle odst. 1, nepoužije-li se postup podle odst. 3, uložit pokutu do 20 mil. Kč, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.
51. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlídnou zejména k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.

52. Podle § 38 zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku a okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti citovaného ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
53. Pokud jde o význam pojmu „závažnost přestupku“, Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku tedy není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
54. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku Úřad konstatuje, že pro zadavatele ze zákona jednoznačně vyplývá povinnost přezkoumat a vyřídit veškeré námitky proti jeho postupu v zadávacím řízení. Tuto povinnost zadavatel v šetřeném případě zákonem předvídaným způsobem nesplnil, neboť námitky sice včas „vyřídil“, ale neuvedl podrobnou resp. k některým uváděným skutečnostem žádnou formulaci důvodů, pro které nepovažuje jednotlivé dílčí námitky za akceptovatelné a pro které tyto námitky stěžovatele odmítl.
55. Pochybení v podobě nepřezkoumání námitek stěžovatele, kterého se zadavatel dopustil, nelze přitom hodnotit – vzhledem k účelu, jehož má být institutem námitek dosaženo – jako marginální. Zadavatel se v daném případě k dílčím námitkám stěžovatele v rámci své argumentace v odůvodnění rozhodnutí o námitkách vyjádřil buď nedostatečně (viz dílčí námitky označené výše jako body I. a II. odůvodnění tohoto příkazu) nebo je zcela ignoroval (viz výše body III. a IV. odůvodnění tohoto příkazu). Následkem protiprávního jednání tak bylo, že se stěžovatel nedozvěděl ke skutečnostem obsaženým v námitkách buď žádný relevantní argument ze strany zadavatele, nebo mu bylo ze strany zadavatele prezentováno vyjádření, které, jak bylo prokázáno výše, nelze považovat za vyjádření podrobné.
56. Následkem porušení zákonné povinnosti tedy bylo, že stěžovatel neměl jinou možnost než podat návrh bez znalosti konkrétní argumentace zadavatele. Tuto skutečnost dle Úřadu nejlépe demonstruje zejména to, že obviněný se v rozhodnutí o námitkách stěžovatele nevyjádřil podrobně ke stěžejní námitce poukazující na nereálnost doby pro uvedení do provozu ve lhůtě uvedené vybraným dodavatelem, konkrétně k argumentaci koncipované na základě metody „kritické cesty“ a vedené ve věcné a logické úrovni (viz body 31. a 32. odůvodnění tohoto příkazu). Jednáním obviněného tak nebyl naplněn základní účel námitek, tedy odůvodnění postoje zadavatele k námitkám stěžovatele. Následkem nevyřízení předmětné části námitek tak byl v šetřeném případě výše uvedený „informační deficit“ na straně stěžovatele zásadní a přestupek zadavatele tak má přímý dopad na řádný průběh zadávacího řízení, přičemž to byl právě stěžovatel, kdo musel přezkoumání úkonu zadavatele před Úřadem iniciovat, resp. byl v této souvislosti povinen složit nemalou finanční částku jako kauci. Z uvedeného důvodu se proto nemůže v žádném případě jednat pouze o přestupek nízké závažnosti. Pro úplnost Úřad dodává, že z hlediska intenzity zásahu do právem chráněného zájmu se nejedná ani o nejzávažnější porušení zákona ze strany

obviněného. V daném případě nelze dovodit, že by obviněný zcela rezignoval na posouzení všech námitek, resp. nelze dovodit, že by obviněný námitky jako celek zcela ignoroval.

57. Byť jednání zadavatele tedy nelze s ohledem na výše uvedené bagatelizovat, Úřad však současně nemůže v rámci stanovení trestu (výše sankce) pominout zohlednění i dalších aspektů případu, které by bylo možné případně vyhodnotit jako polehčující okolnosti ve vztahu k postupu zadavatele, což nepochybně vede k dosažení spravedlivého účelu trestu.
58. Úřad v uvedeném smyslu proto jako polehčující okolnost ve prospěch obviněného zohlednil tu skutečnost, že pochybení zadavatele při přezkoumání námitek stěžovatele nevedlo v konečném důsledku z pohledu stěžovatele k „fatálním“ následkům, neboť Úřad rozhodnutím zadavatele ze dne 11. 8. 2017 o námitkách stěžovatele rozhodnutím č.j.: ÚOHS-S0341/2017/VZ-29995/2017/522/KČe ze dne 16. 10. 2017 podle § 263 odst. 5 zákona zrušil (viz bod 4. odůvodnění tohoto příkazu). V šetřeném případě byly tedy následky pochybení zadavatele částečně minimalizovány s tím, že věcný obsah námitek stěžovatele byl zadavatel povinen opětovně přezkoumat. Tato polehčující okolnost však nemůže hrát zcela zásadní roli, neboť opětovného přezkoumání svých námitek se stěžovatel musel domoci podáním návrhu u Úřadu (k tomu srov. bod 56 odůvodnění tohoto příkazu).
59. Úřad s ohledem na výše uvedené uzavírá, že – vzhledem k intenzitě skutkových okolností a následků, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů – přestupek spáchaný zadavatelem v šetřeném případě klasifikoval sice jako spíše závažný, ale s přihlédnutím k dalším aspektům případu uvedených výše, a zde zejména k minimalizaci „fatálních“ následků spáchání přestupku pro stěžovatele v souvislosti s předmětným rozhodnutím Úřadu, zadavateli uložil pokutu spíše při spodní hranici zákonné sazby.
60. Při určení výše pokuty Úřad přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. Vzhledem k tomu, že z obsahu výroční zprávy zadavatele za rok 2016 umístěné na jeho internetových stránkách <https://www.rsd.cz> vyplývá, že zadavatel v uvedeném roce disponoval aktivem ve výši cca 4 412 mil. Kč, nelze vyměřenou výši pokuty považovat za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu zadavatele, a tedy v tomto smyslu nespravedlivou.
61. V souvislosti s uvedeným Úřad doplňuje, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení pravidel stanovených 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.
62. Závěrem tedy Úřad k výši uložené pokuty konstatuje, že dle názoru Úřadu naplňuje dostatečně obě zmíněné funkce. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto příkazu.
63. Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu 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 příkazu lze podle § 150 odst. 3 správního řádu podat odpor ve lhůtě 8 dnů ode dne jeho oznámení, a to u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Lhůta pro podání odporu běží ode dne následujícího po dni doručení tohoto příkazu. Podáním odporu se příkaz ruší a řízení pokračuje. Lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu. Zpětvzetí odporu není přípustné. Příkaz, proti němuž nebyl podán odpor, se stává pravomocným a vykonatelným rozhodnutím.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### **Obdrží:**

Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4

### **Vypraveno dne:**

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