



UOHSX00BTRWD

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Č. j.: ÚOHS-S0059/2019/VZ-04595/2019/522/KČe

Brno: 14. února 2019

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

- Správa a údržba silnic Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČO 00080837, se sídlem Ruská 260, 417 03 Dubí 3,

v souvislosti s užším řízením zahájeném za účelem uzavření „Rámcové dohody na zhotovitele souvislých oprav živičných povrchů silnic v majetku Ústeckého kraje“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 6. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 7. 2018 pod ev. č. Z2018-021426, ve znění opravy uveřejněné dne 20. 7. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 7. 2018 pod zn. 2018/S 135-307236, ve znění opravy uveřejněné dne 20. 7. 2018 pod zn. 2018/S 138-314459

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

příkaz:

I.

Obviněný – Správa a údržba silnic Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČO 00080837, se sídlem Ruská 260, 417 03 Dubí 3 – se v souvislosti s užším řízením zahájeným za účelem uzavření „Rámcové dohody na zhotovitele souvislých oprav živičných povrchů silnic v majetku Ústeckého kraje“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 6. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 7. 2018 pod ev. č. Z2018-021426, ve znění opravy uveřejněné dne

20. 7. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 7. 2018 pod zn. 2018/S 135-307236, ve znění opravy uveřejněné dne 20. 7. 2018 pod zn. 2018/S 138-314459 – **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** ze dne 31. 7. 2018 **podaných stěžovatelem SUMEREN servis s.r.o.**, IČO 27342301, se sídlem Skladová 2438/6, 326 00 Plzeň, které směřovaly proti stanovení zadávacích podmínek, **postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 téhož zákona, neboť se v odůvodnění rozhodnutí ze dne 13. 8. 2018** o námitkách jmenovaného stěžovatele, kterým jeho námitky podle § 245 odst. 2 citovaného zákona odmítl, **podrobně nevyjádřil k námitkám** stěžovatele ohledně

- platnosti a účinnosti technických norem ČSN EN 13108-1 a ČSN EN 13108-5,
- porušení zásady zákazu diskriminace odkazem na technické normy ČSN EN 13108-1 a ČSN EN 13108-5 ve „Výzvě k podání žádosti o účast a kvalifikační dokumentaci“ ze dne 27. 6. 2018,
- vágně a neurčitě stanoveného požadavku na prohlášení vlastností a na zkoušky typů asfaltových směsí
- nepřiměřenosti technického kvalifikačního požadavku na průměrný roční počet zaměstnanců za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení ve výši min. 100 zaměstnanců.

II.

Obviněný – Správa a údržba silnic Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČO 00080837, se sídlem Ruská 260, 417 03 Dubí 3 – se v souvislosti s užitím řízením zahájeným za účelem uzavření „Rámcové dohody na zhotovitele souvislých oprav živičných povrchů silnic v majetku Ústeckého kraje“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 6. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 7. 2018 pod ev. č. Z2018-021426, ve znění opravy uveřejněné dne 20. 7. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 7. 2018 pod zn. 2018/S 135-307236, ve znění opravy uveřejněné dne 20. 7. 2018 pod zn. 2018/S 138-314459 – **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** ze dne 17. 8. 2018 **podaných stěžovatelem ROBSTAV stavby k.s.**, IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské Předměstí, 397 01 Písek, které směřovaly proti stanovení zadávacích podmínek, **postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 téhož zákona, neboť se v odůvodnění rozhodnutí ze dne 3. 9. 2018** o námitkách jmenovaného stěžovatele, kterým jeho námitky podle § 245 odst. 2 citovaného zákona odmítl, **podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem namítaným stěžovatelem v námitkách**, a to konkrétně

- k argumentaci, že požadavky na prokázání technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. c), d) a j) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, stanovené v čl. 3.6. „Výzvy k podání žádosti o účast a kvalifikační dokumentaci“ ze dne 27. 6. 2018, kde zadavatel slovy stěžovatele požaduje „5 osob obsluhy finišeru, 10 osob obsluhy silničního válce a 40 řidičů nákladních vozidel, 5 finišerů, 10 silničních válců a 40 nákladních vozidel“, je ve vztahu k rozsahu rámcové dohody nepřiměřený,
- k tvrzené disproporci mezi požadovaným počtem finišerů a počtem osob k jejich obsluze.

III.

Za spáchání přestupků uvedených ve výroku I. a II. tohoto příkazu **se obviněnému – Správa a údržba silnic Ústeckého kraje, příspěvková organizace**, IČO 00080837, se sídlem Ruská 260, 417 03 Dubí 3 4 – podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

pokuta ve výši 20 000 Kč (dvacet tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – Správa a údržba silnic Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČO 00080837, se sídlem Ruská 260, 417 03 Dubí 3 (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – zahájil dne 27. 6. 2018 ve smyslu § 58 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 užší řízení za účelem uzavření „Rámcové dohody na zhotovitele souvislých oprav živičných povrchů silnic v majetku Ústeckého kraje“ (dále jen „zadávací řízení“ a „rámcová dohoda“). Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 2. 7. 2018 pod ev. č. Z2018-021426, ve znění opravy uveřejněné dne 20. 7. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 7. 2018 pod zn. 2018/S135-307236, ve znění opravy uveřejněné dne 20. 7. 2018 pod zn. 2018/S138-314459.
2. Jak je uvedeno v zadávacích podmínkách, účelem zadávacího řízení je uzavření rámcové dohody s dodavateli zajišťujícími souvislé opravy živičných povrchů silnic v majetku Ústeckého kraje. Rámcová dohoda bude uzavřena na dobu 48 měsíců maximálně se sedmi účastníky. Zadavatel stanovil, že ekonomickou výhodnost nabídek bude hodnotit podle nejnižší nabídkové ceny. Jednotlivé veřejné zakázky na základě rámcové dohody budou zadávány postupem s obnovením soutěže. Jako předpokládanou hodnotu rámcové dohody zadavatel uvedl částku 1 800 mil. Kč.
3. Zadávací podmínky zadavatel uveřejnil dne 2. 7. 2018 na profilu zadavatele <https://www.vhodne-uverejneni.cz/zakazka/ramcova-dohoda-na-zhotovitele-souvislych-oprav-zivicnych-povrchu-silnic-v-majetku-usteckeho-kraje-3>. Jejich součástí jsou „Výzva k podání žádosti o účast a kvalifikační dokumentace“ ze dne 27. 6. 2018 (dále jen „výzva“) a „Zadávací dokumentace“ z téhož dne (dále jen „zadávací dokumentace“). Lhůtu pro podání žádostí o účast zadavatel stanovil do 20. 8. 2018.
4. Společnost SUMEREN servis s.r.o., IČO 27342301, se sídlem Skladová 2438/6, 326 00 Plzeň (dále jen „stěžovatel SUMEREN“), podala dne 1. 8. 2018 námitky ze dne 31. 7. 2018 proti zadávacím podmínkám. Zadavatel námitky rozhodnutím ze dne 13. 8. 2018 (dále jen „rozhodnutí o námitkách stěžovatele SUMEREN“), které stěžovatel SUMEREN obdržel téhož dne, odmítl.
5. Společnost ROBSTAV stavby k.s., IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské Předměstí, 397 01 Písek (dále jen „stěžovatel ROBSTAV“), podala dne 19. 8. 2018 námitky ze

dne 17. 8. 2018 proti zadávacím podmínkám. Zadavatel námitky rozhodnutím ze dne 3. 9. 2018 (dále jen „rozhodnutí o námitkách stěžovatele ROBSTAV“), které stěžovatel ROBSTAV obdržel dne 11. 9. 2018, odmítl.

II. POSTUP ÚŘADU

6. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 22. 8. 2018 návrh stěžovatele SUMEREN ze dne 21. 8. 2018 na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v šetřeném zadávacím řízení. Dne 22. 8. 2018, kdy Úřad návrh obdržel, bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „správní řád“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené Úřadem pod sp. zn. S0335/2018/VZ.
7. V rámci správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. S0335/2018/VZ obdržel Úřad od zadavatele dne 3. 9. 2018 dokumentaci o zadávacím řízení. Dne 27. 9. 2018 zadavatel doplnil dokumentaci o zadávacím řízení.
8. Úřad ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0335/2018/VZ rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0335/2018/VZ-29812/2018/522/RCh ze dne 12. 10. 2018 s odkazem na ustanovení § 263 odst. 5 zákona zrušil rozhodnutí o námitkách stěžovatele SUMEREN. Předmětné rozhodnutí Úřadu nabylo právní moci dne 31. 10. 2018.
9. Dne 20. 9. 2018 obdržel Úřad návrh stěžovatele ROBSTAV ze dne 18. 9. 2018 na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v šetřeném zadávacím řízení, a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené Úřadem pod sp. zn. S0378/2018/VZ.
10. Úřad ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0378/2018/VZ rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0378/2018/VZ-33182/2018/522/KČe ze dne 13. 11. 2018 s odkazem na ustanovení § 263 odst. 5 zákona zrušil rozhodnutí o námitkách stěžovatele ROBSTAV. Předmětné rozhodnutí Úřadu nabylo právní moci dne 30. 11. 2018.
11. Úřad již na tomto místě předesílá, že předmětem správních řízení sp. zn. S0335/2018/VZ a sp. zn. S0378/2018/VZ nebylo rozhodování o tom, zda se zadavatel v zadávacím řízení nedopustil přestupků ve smyslu § 268 odst. 1 písm. d) zákona. Z uvedeného důvodu má Úřad za to, že správní řízení zahájené vydáním tohoto příkazu z moci úřední není zatíženo překážkou rei administratae, z čehož plyne, že ze strany Úřadu nedochází ani k porušení zásady ne bis in idem. Úřad 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 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 obviněný (srov. § 256 zákona).

12. Pro úplnost lze 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 jím uložená nápravná 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 delikt ní odpovědnosti zadavatele (či snad popření toho, že k delikt nímu jednání vůbec došlo), pokud je toto delikt ní jednání zároveň důvodem pro ono nápravné opatření.“

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

13. Podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), může správní orgán o přestupku rozhodnout příkazem. Příkazem lze uložit správní trest napomenutí, pokuty, zákazu činnosti, nebo propadnutí věci nebo náhradní hodnoty.
14. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě 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.

Relevantní ustanovení zákona

15. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
16. 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 hrozí nebo vznikla újma.
17. Podle § 241 odst. 2 písm. a) zákona se námitky podle § 241 odst. 1 zákona 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.
18. 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.

19. Podle § 263 odst. 5 zákona je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách; v takovém případě platí, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Tyto nové námitky nemůže zadavatel odmítnout jako opožděné.
20. 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.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

21. Z doložené dokumentace o zadávacím řízení je zřejmé, že součástí zadávacích podmínek jsou mj. výzva a zadávací dokumentace.
22. Ve výzvě je v čl. 3.6 „Technická kvalifikace“ v části nadepsané „Dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona“ uvedeno, že *„[d]odavatel předloží seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení a osvědčení objednatelů o řádném plnění těchto stavebních prací. (...) Dodavatel splňuje toto kritérium, pokud předloží seznam:*

a) minimálně 10 stavebních prací, jejichž předmětem byla stavba nebo celoplošná oprava silnice minimálně III. třídy z hutněných obrusných vrstev s plochou v minimálním rozsahu 20.000 m² za každou z nich,

b) minimálně 3 stavební práce, jejichž předmětem byla stavba nebo celoplošná oprava silnice minimálně III. třídy z hutněných obrusných vrstev, s plochou obrusné hluk snižující vrstvy v souhrnném rozsahu minimálně 20.000 m²[,]

c) minimálně 10 stavebních prací, jejichž předmětem byla stavba nebo celoplošná oprava silnice minimálně III. třídy z hutněných obrusných vrstev v intravilánu v souhrnném rozsahu minimálně 120.000 m²[,]

d) stavební práce, jejichž předmětem byla stavba nebo celoplošná oprava silnice minimálně III. třídy z hutněných obrusných vrstev v souhrnném rozsahu minimálně 840.000 m²,

e) stavební práce, jejímž předmětem byla recyklace podkladních vrstev za studena na místě s přidaným asfaltovým pojivem a cementem na silnici minimálně III. třídy v souhrnném rozsahu minimálně 4.000 m³.

Dodavatelé jsou oprávněni použít konkrétní referenční zakázku pro prokázání technické kvalifikace dle bodů a) až e) opakovaně, pokud splňuje současně požadavky zadavatele specifikované ve více bodech. Zadavatel výslovně upozorňuje, že (...) pro strojní pokládku hutněných asfaltových směsí nesmí dodavatel využívat poddodavatelů, z osvědčení o stavebních pracích, jimiž bude dodavatel prokazovat kvalifikaci, [musí vyplývat] skutečnost, že strojní pokládka hutněných asfaltových směsí byla prováděna přímo dodavatelem (...).“

23. Ve výzvě je v čl. 3.6 v části nadepsané „Dle § 79 odst. 2 písm. c) a d) zákona“ uvedeno, že „[d]odavatel předloží osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci následujících osob odpovědných za realizace příslušných stavebních prací v tomto rozsahu“, a to mj.:

„a) Dodavatel uvede minimálně 2 osoby, odpovědné za vedení příslušných prací tj. osob stavbyvedoucích, kteří musí splňovat minimálně kvalifikaci v následujícím rozsahu:

- autorizace autorizovaný inženýr/technik v oboru ‚dopravní stavby‘ (...),
- VŠ nebo SŠ vzdělání stavebního směru,
- praxe v oboru minimálně 10 let a
- v pozici stavbyvedoucího stavby řídil v posledních 5 letech minimálně 3 stavby charakteru stejného nebo obdobného s předmětem této veřejné zakázky (...), a to v rozsahu minimálně 5.000 m² u každé z nich, přičemž jejich součástí byla pokládka hutněných obrusných vrstev.

⋮

c) Dodavatel uvede 5 osob, pracovníků - obsluha finišeru, s příslušným oprávněním pro obsluhu finišeru pro pokládku hutněných asphaltových vrstev[.]

d) Dodavatel uvede 10 osob, pracovníků - obsluha silničního válce, s příslušným oprávněním pro obsluhu silničního válce pro hutnění asphaltových vrstev[.]

⋮

f) Dodavatel uvede alespoň 40 osob - řidičů nákladních vozidel s nosností nad 15 tun, s příslušným oprávněním pro řízení nákladních vozidel.

⋮

Zadavatel výslovně upozorňuje, že (...) pro osoby stavbyvedoucích a odborného personálu (obsluha finišerů a válců) nesmí dodavatel využívat poddodavatelů (...).“

24. Ve výzvě je v čl. 3.6 v části nadepsané „Dle § 79 odst. 2 písm. i) zákona“ uvedeno, že „[d]odavatel formou čestného prohlášení doloží průměrný roční počet zaměstnanců za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení, přičemž kvalifikaci prokáže dodavatel s minimálním průměrným ročním počtem 100 zaměstnanců.“

25. Ve výzvě je v čl. 3.6 v části nadepsané „Dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona“ dále uvedeno, že „[d]odavatel doloží přehled nástrojů a pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici.

a) Dodavatel splňuje technický kvalifikační předpoklad, pokud doloží, že při plnění veřejné zakázky bude mít k dispozici nástroje a pomůcky, provozní a technická zařízení v následujícím minimálním rozsahu: 5 finišerů pro pokládku hutněných asphaltových směsí s minimální pracovní šíří 2,5 m, 10 silničních válců o minimální hmotnosti 8 t, 2 silniční frézy s minimální pracovní šíří 1 m, 40 nákladních automobilů o minimální nosnosti 15 t, 1 homogenizér/plnicí vůz (v případě potřeby podle dojezdové vzdálenosti obalovny). (...)

Zadavatel výslovně upozorňuje, že (...) pro strojní pokládku hutněných asphaltových vrstev nesmí dodavatel využívat poddodavatelů, je nezbytné, aby vlastnictví či jiná dispozice

5 finišery (...), 10 silničními válci (...), případně 1 homogenizér (...) byla prokazována přímo dodavatelem, resp. jedním z dodavatelů, kteří podají společnou nabídku.

b) Dodavatel splňuje technický kvalifikační předpoklad, pokud doloží, že disponuje nebo má smluvně zajištěnou obalovnu či obalovny živičných směsí, a to na celou dobu platnosti Rámcové dohody. Odběr asphaltových směsí z takové obalovny musí zaručovat dodržení kvality těchto směsí stanovené příslušnými TKP 7 (...).

Dodavatel pro možnost ověření splnění požadavků na dojezdovou vzdálenost v souladu s TKP doloží následující dokumenty:

- Výpočet dojezdové vzdálenosti od sídla obalovny/obaloven do každého místa Ústeckého kraje. Za účelem dodržení kvality pokládáných asphaltových směsí uvede účastník sídlo obalovny/-en, které bude pro plnění veřejné zakázky využívat (...).
- ⋮
- Prokázání vhodnosti asphaltových směsí doložením:
 - Prohlášení o vlastnostech asphaltových směsí,
 - Zkoušky typu od jednotlivých asphaltových směsí,
 - Doklad o způsobilosti pro zajištění jakosti při výrobě asphaltových směsí a při provádění hutněných asphaltových vrstev podle MP SJ - PK č.j. 20840/01-120, část II/4, ve znění pozdějších změn, a příslušnými certifikáty systému řízení výroby od výrobce asphaltových směsí dle ustanovení ČSN EN 13108-1,5, (...) včetně závazku udržování platnosti po celou dobu trvání rámcové dohody.“

Obecně k požadavkům kladeným na rozhodnutí o námitkách

26. 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 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.
27. 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 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.

28. Podá-li tedy stěžovatel zadavateli námitky, musí se jimi zadavatel zabývat s veškerou pečlivostí. Je tomu tak 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 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 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, aniž by znal argumentaci, na jejímž základě zadavatel pokládá jeho tvrzení za nesprávná či irelevantní.
29. 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 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 zadavatele. Důležitost institutu námitek a jejich vyřízení tedy vyplývá i z úmyslu zákonodárce sankcionovat zadavatele v případě, že na námitky nebude reagovat způsobem stanoveným zákonem [k tomu viz § 268 odst. 1 písm. d) zákona].
30. Se zřetelem na shora uvedené Úřad přikročil k posouzení toho, zda jednotlivá rozhodnutí zadavatele o námitkách obou stěžovatelů ob stojí v testu zákonnosti ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, tedy, zda se v nich zadavatel vyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem v nich uvedených, resp. zda nejsou tato rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelná.

K výroku I. příkazu – vyřizování námitek stěžovatele SUMEREN

31. Úřad v prvé řadě konstatuje, že zadavatel část námitek stěžovatele SUMEREN vyřídil v souladu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona (k tomu viz rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0335/2018/VZ-29812/2018/522/RCh ze dne 12. 10. 2018). Úřad se proto dále zabývá jen aspekty vztahujícími se k obsahu námitek stěžovatele SUMEREN, při jejichž vyřízení zadavatel postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona.

Námitky stěžovatele SUMEREN

32. První námitka stěžovatele SUMEREN směřuje proti požadavku na doložení dispozice či smluvního zajištění obalovny nebo obaloven v dostatečné dojezdové vzdálenosti pro každé místo v Ústeckém kraji. Stěžovatel tento požadavek uplatněný ve fázi podávání žádostí o účast považuje za diskriminační.
33. Za diskriminační považuje rovněž požadavek na prokázání vhodnosti asfaltových směsí prohlášením o vlastnostech asfaltových směsí a zkouškami typu jednotlivých asfaltových směsí. Tento požadavek je dle stěžovatele navíc stanoven neurčitě, neboť zadavatel nespécifikuje, jaké konkrétní vlastnosti asfaltových směsí mají být prohlasovány a jaké konkrétní zkoušky mají být provedeny. Stejně tak hodnotí požadavek na předložení dokladu

o způsobilosti pro zajištění jakosti při výrobě asfaltových směsí a při provádění hutněných asfaltových vrstev podle MP SJ – PK č. j. 20840/01-120, část II/4, a to certifikáty systému řízení výroby od výrobce asfaltových směsí dle ustanovení ČSN EN 13108-1 a ČSN EN 13108-5. V této souvislosti namítá, že tato norma není aktuálně platná a účinná. Dle stěžovatele se zadavatel odkazem na českou technickou normu dopouští diskriminace vůči zahraničním subjektům, disponujícím obalovkami na území jiného státu.

34. Další námitka stěžovatele SUMEREN se týká činností, na které se vztahuje výhrada zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona, které není možné plnit prostřednictvím poddodavatelů. Dle stěžovatele je okruh činností stanoven příliš široce a není odůvodněný předmětem zakázky. Stěžovatel SUMEREN se dále vymezuje vůči vymezení minimální úrovně technické kvalifikace, konkrétně referenčních zakázek, osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci odpovědných osob, přehledu průměrného ročního počtu zaměstnanců a přehledu provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel k dispozici, jako nepřiměřené vzhledem k předmětu rámcové dohody.
35. Stěžovatel se zejména vymezuje proti počtu a rozsahu požadovaných referenčních zakázek a také proti vymezení těchto referenčních zakázek v bodech 3.6 písm. d) a písm. e) výzvy, kdy dle něj není jasné, zda se má jednat pouze o jednu či více referenčních zakázek. Dále hodnotí jako nepřiměřenou požadovanou délku praxe stavbyvedoucího, požadavek na počet řidičů nákladních vozidel i na počet osob pro obsluhu silničního válce. Stejnou nepřiměřenost spatřuje v požadovaném průměrném počtu 100 zaměstnanců za poslední 3 roky (za přiměřený považuje počet 60 zaměstnanců), resp. že požadavek na 100 zaměstnanců nedůvodně zvýhodňuje největší stavební společnosti. Stěžovatele dále namítá, že zadavatel měl z „důvodů soutěže“ předmět rámcové dohody rozdělit na pět samostatných částí a zadavatelem stanovenou předpokládanou hodnotu rámcové dohody považuje za nadhodnocenou.

Rozhodnutí o námitkách stěžovatele SUMEREN

36. V prvním části odůvodnění rozhodnutí se zadavatel vyjadřuje k námitce týkající se doložení dispozice obalovkami. Zadavatel požadavek považuje za legitimní a opodstatněný, neboť má zajistit, že dodavatel bude používat materiály v kvalitě, kterou zadavatel očekává, a bude je mít kdykoliv k dispozici. Zadavatel doplňuje, že bude často zadávat několik veřejných zakázek paralelně, a dodavatelé tak mohou provádět stavební práce na několika místech současně. Požadavek je odůvodněn dominantní rolí tohoto aspektu v rámci realizace následných zakázek, kdy je dodávka v požadovaném množství a kvalitě je pro realizaci stavebních prací stěžejní. K připomínce navrhovatele na doložení požadovaných certifikátů zadavatel uvádí, že jím požadované dokumenty a doklady jsou standardními dokumenty, bez kterých není možné obalované směsi vyrábět a distribuovat, v souladu s platnou legislativou.
37. K námitce týkající se okruhu činností, které není možné plnit prostřednictvím poddodavatelů, zadavatel uvádí, že tuto výhradu použil pouze na významné činnosti v rámci realizace následných zakázek. K tvrzení stěžovatele, že důsledkem tohoto požadavku je nemožnost prokázání jakékoliv kvalifikace či realizace jakékoliv činnosti prostřednictvím poddodavatelů, zadavatel uvádí, že dodavatelé, kteří nesplňují některé podmínky kvalifikace, mohou podat společnou nabídku s jinými dodavateli, resp. v rámci realizace zakázek je mnoho dalších činností, pro které je možné poddodavatele využít.

38. K námitce týkající se nepřiměřených požadavků na vymezení minimální úrovně technické kvalifikace zadavatel uvádí, že tyto požadavky vymezil za účelem získání jistoty, že dodavatelé, kteří budou stavební práce provádět, disponují dostatečným množstvím zaměstnanců a techniky, aby dokázali objem prací zvládnout. K požadavku na doložení průměrného ročního počtu zaměstnanců zadavatel uvádí, že je neopominutelný v době, kdy se firmy potýkají s nedostatkem zaměstnanců. Větší množství požadované techniky zadavatel zdůvodňuje nutností zajistit, že dodavatelé budou schopni plnit více zakázek současně. Počet požadovaných referenčních zakázek dle zadavatele odpovídá rozsahu rámcové dohody a navíc je dodavatelům umožněno využít jednu referenční zakázku k prokázání kvalifikace dle více požadovaných aspektů.
39. Požadovanou délku praxe stavbyvedoucích zadavatel považuje za přiměřenou, neboť se jedná o klíčové osoby při realizace stavebních prací, přičemž požaduje desetiletou praxi v oboru, nikoliv pouze v pozici stavbyvedoucího, a nepožaduje pro tyto osoby vysokoškolské vzdělání. Počty dalších osob zadavatel zdůvodňuje tím, aby dodavatelé byli schopni plnit více zakázek současně, tedy aby mohli sestavit minimálně pět pokládkových čt a všechny tyto čety měly dostatečně zajištěno zásobování materiálem.
40. K námitce rozdělení předmětu rámcové dohody na pět samostatných částí, resp. údajnému nadhodnocení předpokládané hodnoty, zadavatel uvádí, že předpokládaná hodnota rámcové dohody vychází z plánů a předpokladů objemů prostředků, které budou v nejbližších letech na opravy silnic vynakládány. Praxe s rozdělením veřejné zakázky na části se dle zadavatele ukázala jako nepraktická z kapacitních důvodů na straně dodavatelů, resp. z důvodu nemožnosti spojit některé stavební práce spadající do několika částí, ačkoliv by je bylo vhodné realizovat současně.

K postupu zadavatele při vyřizování námitek stěžovatele SUMEREN

41. Úřad konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě část námitek stěžovatele SUMEREN vypořádal pouze v obecné rovině a k některým namítaným skutečnostem se nevyjádřil vůbec. Zadavatel zcela pominul námitku stěžovatele SUMEREN, že zadavatel ve výzvě vůbec nespecifikuje, jaké konkrétní vlastnosti asfaltových směsí mají být prohlašovány a jaké konkrétní zkoušky jednotlivých asfaltových směsí mají být provedeny a jakým způsobem mají být doloženy. Zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o námitkách stěžovatele SUMEREN uvádí, že doklady, které požaduje, jsou naprosto standardní a běžné dokumenty, bez kterých není možné obalované směsi vyrábět a distribuovat, a jsou zcela v souladu s platnou legislativou. Tento argument však nelze hodnotit jako podrobné vyjádření se k námitkám stěžovatele, který svou námitkou odkazuje na konkrétní část zadávacích podmínek a vyjadřuje jednoznačné pochybnosti ohledně podrobnosti jejich vymezení, tedy poukazuje na možnost porušení ustanovení § 36 odst. 3 zákona. Podstatou námitky není, že požadované dokumenty nejsou standardními či běžnými, nýbrž že ze zadávacích podmínek není vůbec zřejmé, jaké dokumenty zadavatel vlastně požaduje. K tomu se však zadavatel v rozhodnutí o námitkách nijak nevyjadřuje.
42. Dále se zadavatel nijak nevyjádřil k námitce stěžovatele SUMEREN, že technické normy ČSN EN 13108-1, resp. ČSN EN 13108-5, na které v souvislosti příslušnými certifikáty systému řízení výroby asfaltových směsí odkazuje ve výzvě zadavatel, nejsou aktuálně platné a účinné, a že se odkazem na české technické normy zadavatel dopouští diskriminace vůči

zahraničním subjektům disponujícím obalovkami, které jsou sice v dojezdové vzdálenosti, ovšem na území cizího státu. Za určitou reakci na tyto námitky lze sice považovat zadavatelovo vyjádření v odůvodnění rozhodnutí o námitkách stěžovatele SUMEREN, že požadované doklady jsou standardními a běžnými dokumenty, bez kterých není možné vyrábět a distribuovat obalované směsi v souladu s platnou legislativou, nicméně takové vyjádření nelze hodnotit jako dostatečně podrobné. Stěžovatel SUMEREN se v námitkách ohrazuje proti konkrétní technickým předpisům (normám), přičemž vyjadřuje jasně míněné pochybnosti ohledně jejich platnosti a účinnosti a porušení zásady zákazu diskriminace. Reakcí zadavatele by tak mělo být ověření skutečnosti, zda jsou technické normy, na které odkazuje, účinné a platné, případně odkázat na zdroj, ze kterého vycházel a účinnost a platnost norem dovodil. V případě zjištění neplatnosti se pak měl zadavatel vypořádat s tím, jaké dopady může mít tato skutečnost na další průběh zadávacího řízení. V odůvodnění rozhodnutí o námitkách absentuje rovněž reakce na námitku, že se odkazem na tuzemské technické normy zadavatel dopustil diskriminace vůči zahraničním dodavatelům. Pouhá proklamace, že uvedené dokumenty jsou standardními a běžnými dokumenty v souladu s platnou legislativou, bez jakéhokoliv zdůvodnění, nemůže být brána jako podrobná a srozumitelná vyjádření zadavatele ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem SUMEREN v námitkách.

43. Další část námitek stěžovatele SUMEREN směřovala proti nepřiměřenosti požadavků zadavatele na vymezení minimální úrovně technické kvalifikace. Přesto, že se zadavatel vyjádřil poměrně detailně a srozumitelně téměř ke všem námitkám v této jejich části, nelze jeho argumentaci v odůvodnění rozhodnutí o námitkách stěžovatele SUMEREN shledat jako kompletní. Důvodem je reakce zadavatele na námitku stěžovatele týkající se prokázání průměrného počtu zaměstnanců za poslední 3 roky v minimální výši 100 zaměstnanců. Stěžovatel SUMEREN v této souvislosti konkrétně uvedl, že za adekvátní by považoval požadavek na 60 zaměstnanců, resp. že požadavek na 100 zaměstnanců nedůvodně zvýhodňuje největší stavební společnosti. K této námitce zadavatel pouze uvedl, že se jeho požadavek jeví jako opodstatněný v době, kdy se firmy potýkají s nedostatkem zaměstnanců. Zadavatel sice vysvětlil, proč tento požadavek do kritérií technické kvalifikace zahrnul, ovšem nijak se nevyjádřil ke stanovené minimální úrovni, kterou je nutno prokázat, přičemž námitka stěžovatele SUMEREN směřovala právě proti tomuto aspektu požadavku. Pokud zadavatel definoval určitou minimální úroveň kvalifikace požadavkem na 100 zaměstnanců, je to opět právě jen zadavatel, kdo musí uvést konkrétní úvahu, která jej k této hodnotě vedla, resp. uvést, proč není z jeho pohledu dostatečných pouze 60 zaměstnanců. Úřad proto shledal odůvodnění rozhodnutí o námitkách stěžovatele SUMEREN týkající se požadavku na prokázání průměrného ročního počtu zaměstnanců za poslední 3 roky za nedostatečně podrobné. Je nepochybné, že míra konkrétnosti či obecnosti dílčích argumentů v námitkách do jisté míry předurčuje rozsah a podrobnost rozhodnutí o nich. V šetřeném případě však zadavatel od stěžovatele SUMEREN obdržel v rámci námitek konkrétní tvrzení, avšak argumentace zadavatele k nim je buď proklamativní povahy, nebo nereflektuje podstatu předmětných námitek.
44. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel (obviněný) dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že při vyřizování námitek stěžovatele SUMEREN, které směřovaly proti stanovení zadávacích podmínek, postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona, neboť se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách

stěžovatele SUMEREN, kterým jeho námitky podle § 245 odst. 2 zákona odmítl, podrobně nevyjádřil k námitkám stěžovatele SUMEREN ohledně

- platnosti a účinnosti technických norem ČSN EN 13108-1 a ČSN EN 13108-5,
- porušení zásady zákazu diskriminace odkazem na technické normy ČSN EN 13108-1 a ČSN EN 13108-5 ve výzvě,
- vágně a neurčitě stanoveného požadavku na prohlášení vlastností a na zkoušky typů asfaltových směsí
- nepřiměřenosti technického kvalifikačního požadavku na průměrný roční počet zaměstnanců za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení ve výši min. 100 zaměstnanců.

Vzhledem k výše uvedenému Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu.

45. Úřad 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 nejhodnější nabídky. Proto tuto skutečnost není potřeba ze strany Úřadu dále zkoumat.

K výroku II. příkazu k vyřizování námitek stěžovatele ROBSTAV

46. Úřad v první řadě konstatuje, že zadavatel část námitek stěžovatele ROBSTAV vyřídil v souladu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona (konkrétně se jednalo o dílčí námitky uvedené dále v bodech č. 1 až č. 4 námitek – k tomu viz rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0378/2018/VZ-33182/2018/522/KČe ze dne 13. 11. 2018). Úřad se proto dále zabývá jen aspekty vztahujícími se k obsahu námitek stěžovatele ROBSTAV, při jejichž vyřízení zadavatel postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona.

Námitky stěžovatele ROBSTAV

47. Námitky stěžovatele ROBSTAV obsahují celkem pět dílčích námitek (pět bodů), ve kterých stěžovatel namítá:
1. že podmínka prokázání doby dojezdu z obalovny uchazečů do každého místa Ústeckého kraje je diskriminační,
 2. že položkový rozpočet je zavádějící, neurčitý a nelze podle něho stanovit nabídkovou cenu,
 3. nepřiměřenost požadované ekonomické kvalifikace,
 4. nepřiměřenost požadované technické kvalifikace, co se týče referenčních zakázek požadovaných zadavatelem v čl. 3.6 výzvy k podání žádosti o účast,
 5. nepřiměřenost požadované technické kvalifikace, co se týče osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci osob, které se budou podílet na plnění veřejných zakázek, resp. přehledu provozních nebo technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění k dispozici, přičemž k jednotlivým bodům stěžovatel v námitkách dále doplňuje svoji argumentaci.
48. Ve vztahu k bodu č. 5 námitek stěžovatel ROBSTAV uvádí, že zadavatel v rámci prokázání kritérií technické kvalifikace požaduje doložení odborné kvalifikace u 5 osob obsluhy finišeru, 10 osob obsluhy silničního válce a 40 osob řidičů nákladních vozidel. Dále požaduje doložit dispozici s 5 finišery, 10 silničními válci a 40 nákladními vozidly. Dle stěžovatele je tento požadavek zadavatele nepřiměřený a neodpovídá rozsahu „zakázky“, přičemž doplňuje, že

na 5 finišerů nepostačuje jako obsluha 5 osob, neboť takový počet osob dle jeho názoru obslouží nejvýše jeden finišer.

49. Stěžovatel ROBSTAV v námitkách dále uvádí „propoččet“, vycházející z předpokládané hodnoty plnění v rámci rámcové dohody. Vzhledem k tomu, že zadavatel hodlá vybrat 7 dodavatelů a ročně po dobu 4 let realizovat cca 1 135 000 m² komunikace, vychází dle stěžovatele ROBSTAV na každého dodavatele ročně položit 162 143 m², za 4 roky potom 648 571 m². Na základě toho uzavírá, že vzhledem k průměru objemu prací připadajícího při počtu účastníků rámcové dohody na jednoho dodavatele je požadavek na 40 řidičů a 40 nákladních vozidel a 10 osob jako obsluha válců a 10 silničních válců nepřiměřený.

Rozhodnutí o námitkách stěžovatele ROBSTAV

50. Zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o námitkách stěžovatele ROBSTAV ve vztahu k bodu č. 5 námitek označenému „Podmínka dispozice stroji a pracovníky, je diskriminační“ poukázal na skutečnost, že předmětem zadávacího řízení je uzavření rámcové dohody na dobu 4 let na opravy silnic na území celého Ústeckého kraje, přičemž požadované práce lze realizovat pouze po omezenou část roku. Zadavatel v této souvislosti v obecné rovině argumentuje, že potřebuje mít jistotu, že dodavatelé, kteří mají práce provádět, disponují dostatečným množstvím zaměstnanců a techniky, resp. tím, že větší množství potřebné techniky je nutné zejména k možnosti zajištění více staveb ve stejném období, které nelze vyloučit, neboť nelze předjímat, jaký objem práce bude ten který dodavatel skutečně vykonávat.
51. K „propočtu“ stěžovatele ROBSTAV zadavatel uvádí, že v případě, kdy má být uzavřena rámcová dohoda, nelze jednotlivé počty strojů a pracovníků vztahovat k rozsahům uváděných v m² a následně dělit počtem účastníků. Zadavatel k tomuto argumentu dále uvádí, že při vymezení počtu pracovníků definoval svoje potřeby s ohledem na předmět své činnosti, přičemž podle jeho názoru uplatnil zdrženlivější přístup a zvolil počet zaměstnanců a strojů v „bezpečné“ výši pod předpokládaný roční objem prací a ne na úrovni souhrnu plnění za celé 4 roky platnosti rámcové dohody.

K postupu zadavatele při vyřizování námitek stěžovatele ROBSTAV

52. Úřad konstatuje, že zadavatel námitky stěžovatele ROBSTAV částečně vypořádal. K některým namítaným skutečnostem se však nevyjádřil vůbec, případně své protiargumenty formuloval pouze obecně s tím, že argumentaci stěžovatele odmítá, aniž by bylo jasné, o jaké konkrétní důvody svoje konstatování opírá.
53. Stěžovatel ROBSTAV v námitkách uvedl, že považuje některé požadavky, kterými zadavatel vymezil minimální úroveň pro prokázání kritérií technické kvalifikace, za nepřiměřené předmětu rámcové dohody a neodpovídající jejímu rozsahu. Konkrétně napadá skutečnost, že zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požaduje doložit, že dodavatel má k dispozici minimálně 5 finišerů, 10 silničních válců a 40 nákladních vozidel a adekvátně tomu i pracovníky s příslušným oprávněním pro obsluhu, resp. s řidičským oprávněním, a to minimálně v počtu 5 osob obsluhy finišeru, 10 osob obsluhy silničního válce a 40 řidičů vozidel. Stěžovatel ROBSTAV v této souvislosti uvádí výpočet podílu ročního objemu pokládky asfaltové směsi, který připadá na jednoho dodavatele při maximálním počtu účastníků rámcové dohody, a na základě velikosti tohoto podílu vyvozuje údajnou nepřiměřenost požadavků zadavatele na minimální úroveň strojního vybavení, resp. na počty

osob k jejich obsluze. Stěžovatel ROBSTAV také namítá, že na požadovaných 5 finišerů nepostačuje jako obsluha 5 osob, neboť tento počet obslouží nejvýše jeden finišer. Stěžovatel ROBSTAV požadovanou minimální úroveň pro prokázání kvalifikace tedy zpochybňuje ve vztahu k předpokládanému objemu ploch pokládky asfaltové směsi, připadající na jednoho účastníka rámcové dohody za jeden rok. Na základě tohoto kalkulu pak založil svoji námitku vůči stanovené minimální úrovni pro splnění kritérií technické kvalifikace, co se týče strojního vybavení a obsluhy.

54. Zadavatel se však v odůvodnění rozhodnutí o námitkách stěžovatele ROBSTAV k této argumentaci stěžovatele vyjadřuje jen v obecné rovině, když pouze poukazuje na specifickou rámcové dohody, dobu jejího trvání a sezónní charakter prací. Dále opět jen obecně argumentuje potřebou jistoty, že dodavatelé, kteří mají práce provádět, budou schopni plnit více stavebních prací (dílcích veřejných zakázek) současně, tedy že disponují dostatečným množstvím zaměstnanců a techniky. Zadavatel sice konstatuje, že v případě zadávacího řízení na uzavření rámcové dohody nelze počty strojů a pracovníků vztahovat k podílům prací připadajících v průměru na jednoho účastníka rámcové dohody, nicméně již nijak nerozvádí důvody, které jej k nastavení těchto požadavků vedly, nebo jakou technicky či jinak podloženou úvahou dospěl k požadavkům, které v rámci technické kvalifikace stanovil, aby tak stěžovateli věcně oponoval a stanovenou minimální úroveň zdůvodnil. Argumentace, že „*při vymezení počtu pracovníků nejednal bezdůvodně a excesivně, protože definoval svoje potřeby s ohledem na předmět své činnosti*“ a že uplatnil zdrženlivější přístup a zvolil počet zaměstnanců a strojů v bezpečné výši pod předpokládaný roční objem prací, nemá žádnou vypovídací hodnotu a je v uvedeném smyslu nesrozumitelná.
55. Úřad odůvodnění rozhodnutí o námitkách k této dílčí námitce stěžovatele ROBSTAV posoudil jako nedostatečné, jelikož zadavatel neuvádí žádné konkrétní argumenty, pro které nelze námitku stěžovatele poukazující na požadovanou minimální úroveň technického vybavení, resp. obsluhy, ve spojení s objemy pokládky asfaltové směsi připadajících na jednoho účastníka rámcové dohody, akceptovat. Odůvodnění rozhodnutí o námitkách proto nelze považovat za podrobné vyjádření se ke konkrétní námitce stěžovatele, jak stanovuje zákon v § 245 odst. 1. Zadavatel se pak v rozhodnutí o námitkách stěžovatele ROBSTAV vůbec nevypořádal s námitkou stěžovatele poukazující na tvrzenou disproporci mezi požadovaným počtem finišerů a počtem osob k jejich obsluze.
56. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel předmětnou část námitek stěžovatele ROBSTAV částečně vypořádal, avšak neučinil tak v zákonem vymezených podrobnostech, když v odůvodnění rozhodnutí o námitkách věcně a v konečném důsledku ani srozumitelně nereaguje na všechny konkrétní skutečnosti v námitkách uvedené, neboť nelze např. dovodit, co může mít společného předmět činnosti zadavatele s vymezením požadavků na minimální úroveň technického a personálního vybavení v rámci prokazování technické kvalifikace dodavatele, resp. s tím spojeným argumentem o „*bezpečné výši pod předpokládaný roční objem prací*“, použitým zadavatelem v rozhodnutí o námitkách ve stejné souvislosti. Nadto nelze odhlédnout od toho, že zadavatel nejenže část námitek vypořádal ve velmi obecné rovině, ale k některým namítaným skutečnostem se nevyjadřuje vůbec. Účelu institutu námitek – aby se stěžovatele dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jeho námitky – tak nebylo v šetřeném případě dosaženo.

57. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel (obviněný) dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že při vyřizování námitek stěžovatele ROBSTAV, které směřovaly proti stanovení zadávacích podmínek, postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona, neboť se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách stěžovatele ROBSTAV, kterým jeho námitky podle § 245 odst. 2 zákona odmítl, podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, a to konkrétně
- k argumentaci, že požadavky na prokázání technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. c), d) a j) zákona stanovený v čl. 3.6. výzvy, kde zadavatel slovy stěžovatele požaduje „5 osob obsluhy finišeru, 10 osob obsluhy silničního válce a 40 řidičů nákladních vozidel, 5 finišerů, 10 silničních válců a 40 nákladních vozidel“, je ve vztahu k rozsahu rámcové dohody nepřiměřený,
 - k tvrzené disproporci mezi požadovaným počtem finišerů a počtem osob k jejich obsluze.

Vzhledem k výše uvedenému Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto příkazu.

K výroku III. příkazu – k uložení pokuty

58. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu dvou přestupků podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.
59. 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.
60. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích počíná promlčecí doba 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.
61. V návaznosti na to Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupků došlo
- dne 13. 8. 2018 odesláním rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele SUMEREN, ve kterém se zadavatel (obviněný) podrobně nevyjádřil k některým námitkám stěžovatele SUMEREN a
 - dne 3. 9. 2018 odesláním rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele ROBSTAV, ve kterém se zadavatel (obviněný) podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem ROBSTAV v námitkách,
- čímž v obou případech postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona. Řízení o přestupku je pak zahájeno doručením tohoto příkazu. Z uvedených údajů je zřejmé, že promlčecí doba ve vztahu k oběma projednávaným přestupkům neuplynula.
62. K uložení pokuty za spáchání přestupků uvedených ve výroci I. a II. tohoto příkazu Úřad uvádí, že soudy již dříve dopěly k závěru, že i při stanovení výše sankce za (tehdejší) správní delikty je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu sbíhajících se skutků a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minore – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku sp. zn. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku sp. zn. 5 Afs 9/2008-

328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání přestupků (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 (tehdejší) 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 sp. zn. 1 As 27/2008 ze dne 16. 4. 2008 a sp. zn. 8 As 17/2007 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za přestupky se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

63. Judikatura v této věci pak byla zákonodárcem reflektována při tvorbě zákona o přestupcích, kdy v § 41 odst. 1 zákona o přestupcích jsou výše uvedené závěry přímo zakotveny i pro správní trestání, neboť podle § 41 odst. 1 zákona o přestupcích se za dva nebo více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení uloží správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejpřísněji trestný. Jsou-li horní hranice sazeb pokut stejné, uloží se správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejzávažnější, jak již ostatně bylo uvedeno výše v odůvodnění tohoto příkazu.
64. V souladu s ustanovením § 41 odst. 1 zákona o přestupcích se proto Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký přestupek je v šetřeném případě přísněji trestný, tj. za který z nich je možno uložit přísnější (vyšší) pokutu.
65. Úřad shledal, že nedodržením postupu stanoveného v § 245 odst. 1 zákona obviněný spáchal dva typově shodné přestupky podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. d) zákona, za něž lze v souladu s ustanovením § 268 odst. 2 písm. b) zákona uložit pokutu do 20 mil. Kč. Úřad konstatuje, že oba uvedené přestupky jsou z pohledu zákona stejně trestné, neboť u obou je stanovena stejná výše horní hranice možné pokuty. V daném případě je však nutné, s ohledem na použití zásady absorpce, uložit pokutu pouze za jeden ze spáchaných přestupků a k dalšímu pouze přihlídnout v rámci přitěžujících okolností.
66. Úřad proto přistoupil k uložení pokuty za spáchání přestupku podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. d) zákona uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu. K přestupku uvedenému ve výroku II. tohoto příkazu Úřad přihlédl jako k přitěžující okolnosti.
67. 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.
68. 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).

69. 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).
70. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku Úřad konstatuje, že pro zadavatele ze zákona jednoznačně vyplývá povinnost přezkoumat a vyřídit veškeré námitky dodavatele proti jeho postupu v zadávacím řízení. Tuto povinnost zadavatel v případě vyřizování námitek stěžovatele SUMEREN zákonem předvídaným způsobem nesplnil, neboť rozhodnutí o námitkách sice stěžovateli SUMEREN odeslal včas, ale v odůvodnění rozhodnutí o námitkách se řádně nevypořádal s veškerou argumentací stěžovatele SUMEREN, kterou tento ve svých námitkách uvedl k jednotlivým aspektům zadávacích podmínek.
71. 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 nejenže část námitek stěžovatele SUMEREN vypořádal pouze v obecné rovině (námitky týkající se stanovení minimální úrovně k prokázání kritéria technické kvalifikace týkající se požadavku na přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců za poslední 3 roky, resp. požadavků na prohlášení vlastností a na zkoušky typů asfaltových směsí), ale k některým namítaným skutečnostem se nevyjádřil vůbec (k platnosti technických norem ČSN EN 13108-1 a ČSN EN 13108-5 a k porušení zásady zákazu diskriminace odkazem na české technické normy).
72. Následkem porušení zákonné povinnosti tedy bylo, že stěžovatel SUMEREN neměl jinou možnost než podat návrh bez znalosti konkrétní argumentace zadavatele. Jednáním obviněného tak nebyl naplněn základní účel námitek, tedy odůvodnění postoje zadavatele k námitkám stěžovatele. Jednáním obviněného tak nebyl naplněn základní účel námitek, tedy odůvodnění postoje zadavatele k námitkám stěžovatele, tj. podrobné a srozumitelné vysvětlení skutečností, proč námitky stěžovatele odmítá. Následkem nevyřízení části námitek stěžovatele SUREMEN tak v šetřeném případě nastal uvedený „informační deficit“ na straně stěžovatele a přestupek zadavatele tak měl přímý dopad do řádného průběhu zadávacího řízení, přičemž to byl právě stěžovatel SUMEREN, kdo musel přezkoumání úkonu zadavatele před Úřadem iniciovat, resp. byl v této souvislosti povinen složit nemalou finanční částku jako kauci. Ve vztahu k následkům přestupku tak nelze konstatovat, že se jednalo o přestupek nízké závažnosti.
73. 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, když ve svém rozhodnutí o námitkách stěžovatele SUMEREN prezentoval úvahy, kterými se při jejich vyřizování řídil, přesto však při stanovení výše sankce Úřad zvažoval, v jaké míře a šíři došlo při vyřizování námitek stěžovatele k nezákonnému postupu ze strany obviněného. Jako polehčující okolnost ve prospěch zadavatele tedy Úřad zohlednil fakt, že se pochybení obviněného týkalo pouze

části námitek stěžovatele SUMEREN. Úřad ve prospěch obviněného vzal v úvahu rovněž i tu skutečnost, že stěžovatel SUMEREN by návrh na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu podal, i pokud by obviněný předmětné části námitek stěžovatele SUMEREN vyřídil v souladu se zákonem, neboť nadále nesouhlasil s argumentací obviněného ve stěžovatelem zpochybňovaných aspektech zadávacích podmínek, které zadavatel v rozhodnutí o námitkách řádně vypořádal.

74. Jako přitěžující okolnost vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že se zadavatel rovněž dopustil dalšího typově shodného přestupku, a to při vyřizování námitek stěžovatele ROBSTAV, který zadavateli podal rovněž námitky proti zadávacím podmínkám.
75. Úřad s ohledem na výše uvedené uzavírá, že okolnosti a jejich následky, při kterých došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů – tedy přestupek spáchaný zadavatelem (obviněným) – klasifikoval v šetřeném případě jako spíše závažný, nicméně s přihlédnutím k dalším aspektům případu uvedeným výše a zohledněným Úřadem jako polehčující okolnosti, uložil Úřad pokutu s důrazem na její preventivní funkci spíše při spodní hranici zákonné sazby.
76. Při určení výše pokuty Úřad přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z pravidla, že není přípustné uložit takovou pokutu, která by měla likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. Z údajů o hospodaření zadavatele uvedených v návrhu rozpočtu na rok 2018 (viz <http://susuk.cz/docs/rozpocet.pdf>) vyplývá, že objem finančních prostředků, se kterými zadavatel hospodaří, se pohybuje v řádu stovek milionů korun. S ohledem na tuto skutečnost má Úřad za to, že pokutu uloženou ve výši 20 000 Kč nelze považovat nejen za likvidační, ale ani za jeho ekonomickou podstatu nepřiměřeně zasahující (a v tomto smyslu nespravedlivou).
77. 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.
78. Závěrem Úřad k výši uložené pokuty tedy konstatuje, že dle názoru Úřadu naplňuje dostatečně obě zmíněné funkce. S ohledem na výše uvedené Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši uvedené ve výroku III. tohoto příkazu.
79. 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:

Správa a údržba silnic Ústeckého kraje, Ruská 260, 417 03 Dubí 3

Vypraveno dne:

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