



UOHSX00DWZYI

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-S0072/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-29675/2020/523/GHo

Brno: 22. září 2020

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v řízení o přestupcích zahájeném dne 13. 2. 2020 z moci úřední, jehož účastníkem je

- obviněný – Technická správa komunikací hl. m. Prahy, a.s., IČO 03447286, se sídlem Řásnovka 770/8, Staré Město, 110 00 Praha 1,

ve věci podezření ze spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) téhož zákona při zadávání veřejné zakázky „Parašutistů, Praha 6, č. akce 999051-II“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 1. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 17. 1. 2019 pod ev. č. Z2019-001918,

**rozhodl** takto:

### I.

**Obviněný** - Technická správa komunikací hl. m. Prahy, a.s., IČO 03447286, se sídlem Řásnovka 770/8, Staré Město, 110 00 Praha 1 – **se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **tím, že stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky „Parašutistů, Praha 6, č. akce 999051-II“** zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 1. 2019 a uveřejněno ve Věstníku

veřejných zakázek dne 17. 1. 2019 pod ev. č. Z2019-001918, **v rozporu s ustanovením § 36 odst. 1 citovaného zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 2 citovaného zákona, neboť požadoval** v čl. VI. odst. 5 návrhu smlouvy o dílo, který tvoří přílohu zadávací dokumentace ze dne 16. 1. 2019, **doložení dokladu o dispozici (buď formou vlastnictví, nebo smluvním zajištěním) obalovnou asfaltových směsí jako součást nabídky prostřednictvím přílohy návrhu smlouvy o dílo, přičemž** dále v čl. 10.3 zadávací dokumentace ze dne 16. 1. 2019 stanovil požadavek, **aby z důvodu zajištění včasné dodávky asfaltových směsí s nezbytnými technologickými parametry byla obalovna s kapacitou výroby min. 120 t/hod. v dojezdové vzdálenosti maximálně 40 km od místa plnění veřejné zakázky,** přičemž uvedená maximální vzdálenost nijak přímo nevyovídá o době přepravy asfaltové směsi, přestože pro zajištění kvalitní asfaltové směsi při její pokládce je stěžejní doba, která uplyne od naložení asfaltové směsi na nákladní vůz v obalovně do doby její pokládky, tedy dojezdová doba a nikoliv dojezdová vzdálenost, čímž vytvořil bezdůvodně překážky hospodářské soutěže a zvýhodnil některé dodavatele, a zadal veřejnou zakázku, když na její předmět uzavřel dne 17. 6. 2019 smlouvu o dílo s vybraným dodavatelem – STRABAG a.s., IČO 60838744, t. č. se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5.

## II.

**Za spáchání přestupků uvedených ve výroku I. tohoto rozhodnutí a výroku II. rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0072/2020/VZ, č. j. ÚOHS-009903/2020/523/GHo ze dne 31. 3. 2020 se obviněnému – Technická správa komunikací hl. m. Prahy, a.s., IČO 03447286, se sídlem Řásnovka 770/8, Staré Město, 110 00 Praha 1 – podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ukládá**

**pokuta ve výši 300 000 Kč (tři sta tisíc korun českých).**

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

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – Technická správa komunikací hl. m. Prahy, a.s., IČO 03447286, se sídlem Řásnovka 770/8, Staré Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „**obviněný**“ nebo též „**zadavatel**“) – zahájil dne 16. 1. 2019 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení podle zákona č. 134/2016 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), užíjí řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Parašutistů, Praha 6, č. akce 999051-II“, přičemž toto oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 17. 1. 2019 pod ev. č. Z2019-001918 (dále jen „**veřejná zakázka**“ nebo „**zadávací řízení**“). Zadavateli při zadávání veřejné zakázky svědčí postavení veřejného zadavatele ve smyslu ustanovení § 4 odst. 1 písm. e) zákona, neboť z veřejně dostupných zdrojů je zřejmé, že zadavatel byl založen zejména proto, aby spravoval, udržoval a opravoval nemovitý majetek (silnice II. a III. třídy, místní a vybrané účelové komunikace) na území hlavního města Prahy, a že jeho jediným akcionářem je hlavní město Praha, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, Staré Město, 110 00 Praha 1, tj. zadavatel je ze 100 % ovládán jiným veřejným zadavatelem (územním samosprávným celkem).

2. Předmět plnění veřejné zakázky vymezil obviněný v čl. 2 zadávací dokumentace ze dne 16. 1. 2019 (dále jen „**zadávací dokumentace**“) jako „rekonstrukci komunikace včetně chodníku v rozsahu ulice Dědinská po ulici Pilotů, [a] to podle projektové dokumentace tvoří nedílnou součástí této zadávací dokumentace. Dojde k výměně všech konstrukčních vrstev a bude upravena křižovatka ulic Parašutistů – Dědinská. Vozovka je navržena s krytem z asfaltového betonu. Chodníky jsou navrženy z litého asfaltu. Chodníkové přejezdy jsou navrženy [z] betonové dlažby tl. 80 mm. Odvodnění vozovky je řešeno příčným a podélným sklonem do nových uličních vpustí. Zároveň se stavbou bude prováděna obnova veřejného osvětlení, kterou bude realizovat MHMP a bude s touto stavbou koordinována. [...]“.
3. Obviněný stanovil v čl. 10.3 zadávací dokumentace, že „*dodavatel je povinen v návrhu smlouvy vybrat odpovídající alternativu a připojit jako přílohu příslušný doklad dle dále uvedeného. Dále je dodavatel povinen jako přílohu smlouvy zpracovat plán trasy s uvedením vzdáleností k místu plnění v km, po které bude zajišťovat včasnou dodávku potřebného množství asfaltových směsí na stavenišť. [...] Dodavatel doloží splnění této obchodní podmínky přiložením přílohy k návrhu smlouvy o dílo, kterou bude buď nájemní smlouva, pojistná smlouva, potvrzení pojišťovny nebo výpis majetkové evidence, popř. jiný alternativní doklad prokazující vlastnictví obalovny v případě zvolené první alternativy v návrhu smlouvy o dílo nebo originálem nebo úředně ověřenou kopií smlouvy o budoucí spolupráci v případě zvolení druhé alternativy v návrhu smlouvy o dílo. K plánu trasy s uvedením vzdálenosti k místu plnění v km, po které bude zajišťovat včasnou dodávku potřebného množství asfaltových směsí na stavenišť, zadavatel uvádí, že pro zajištění včasné dodávky asfaltových směsí s nezbytnými technologickými parametry musí být obalovna v dojezdové vzdálenosti maximálně 40 km od místa plnění zakázky a musí mít dostatečnou kapacitu pro plnění veřejné zakázky, tj. výkon min. 120 t/h. Dodavatel doloží splnění této obchodní podmínky přiložením přílohy ke smlouvě o dílo, kterou bude výše specifikovaný plán trasy.*“.
4. V čl. VI. odst. 5 návrhu smlouvy o dílo, který tvoří přílohu zadávací dokumentace (dále jen „**návrh smlouvy o dílo**“) se uvádí, že „*zhotovitel prohlašuje, že*  
*Alternativně:*  
*Je schopen zajistit dostatečné množství asfaltových směsí nutných k realizaci veřejné zakázky v době jejího plnění, neboť je vlastníkem obalovny asfaltových směsí, což dokládá výpisem ze své majetkové evidence, popř. pojistnou smlouvou, přičemž tento doklad přikládá jako přílohu k této smlouvě.*  
*nebo:*  
*je schopen zajistit dostatečné množství asfaltových směsí nutných k realizaci veřejné zakázky v době jejího plnění, neboť má smluvně zajištěnou dodávku asfaltových směsí pro realizaci veřejné zakázky, což dokládá smlouvou o budoucí spolupráci, přičemž tuto smlouvu o budoucí spolupráci přikládá jako přílohu k této smlouvě.*“.
5. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 14. 2. 2019 vyplývá, že obviněný obdržel ve lhůtě pro podání žádostí o účast celkem 8 žádostí o účast, přičemž všichni dodavatelé prokázali kvalifikaci a byli vyzváni výzvou k podání nabídek na veřejnou zakázku ze dne 1. 4. 2019 k podání nabídky. Ze zprávy o hodnocení nabídek ze dne 30. 4. 2019 vyplývá, že obviněný obdržel celkem 6 nabídek, přičemž jako ekonomicky nejvýhodnější byla vybrána nabídka

účastníka zadávacího řízení STRABAG a.s., IČO 60838744, t. č. se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5 (dále jen „**vybraný dodavatel**“ nebo také „**STRABAG a.s.**“).

6. Dne 25. 4. 2019 doručil dodavatel Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice (dále jen „**stěžovatel**“ nebo též „**navrhovatel**“) obviněnému námitky proti zadávacím podmínkám z téhož dne (dále jen „**námítky**“). Obviněný námítky odmítl rozhodnutím o námitkách ze dne 7. 5. 2019 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“), které odeslal stěžovateli téhož dne.
7. Z důvodu existence pochybností o tom, zda obviněný postupoval při zadávání předmětné veřejné zakázky v souladu se zákonem, zahájil Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) správní řízení z moci úřední ve věci podezření ze spáchání přestupků, k čemuž se vyjadřuje níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí.

## II. RELEVANTNÍ SKUTEČNOSTI PŘEDCHÁZEJÍCÍ ZAHÁJENÍ SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ O PŘESTUPCÍCH

8. Úřad obdržel dne 17. 5. 2019 návrh navrhovatele na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele směřující proti zadávacím podmínkám (dále jen „**návrh**“), přičemž navrhovatel v návrhu brojil mimo jiné proti zadávací podmínce spočívající v požadavku na doložení dokladu o dispozici (buď formou vlastnictví, nebo smluvním zajištěním) obalovnou asfaltových směsí v dojezdové vzdálenosti maximálně 40 km od místa plnění veřejné zakázky s kapacitou výroby min. 120 t/hod. Dnem obdržení návrhu bylo zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. S0202/2019 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, přičemž zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0202/2019/VZ-14041/2019/523/GHo ze dne 20. 5. 2019 (dále jen „**správní řízení S0202/2019/VZ**“).
9. Dne 17. 6. 2019 uzavřel obviněný smlouvu o dílo s vybraným dodavatelem (dále jen „**smlouva o dílo**“). Z čl. II. odst. 1 smlouvy o dílo plyne, že předmětem smlouvy je plnění předmětu veřejné zakázky.
10. Úřad uvádí, že uzavřením smlouvy s vybraným dodavatelem byla naplněna hypotéza uvedená v ust. § 257 písm. j) zákona [„*zadavatel v průběhu správního řízení uzavřel smlouvu na plnění předmětu přezkoumávané veřejné zakázky*“] a Úřadu nezbylo nic jiného, než zahájené správní řízení S0202/2019/VZ zastavit. Dne 20. 6. 2019 proto Úřad vydal usnesení č. j. ÚOHS-S0202/2019/VZ-17220/2019/523/GHo, kterým zastavil správní řízení S0202/2019/VZ.
11. Úřad získal pochybnosti o tom, zda obviněný postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem, konkrétně zda obviněný nestanovil zadávací podmínky šetřené veřejné zakázky v rozporu s ust. § 36 odst. 1 zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 odst. 2 zákona, neboť požadoval doložení dokladu o dispozici (buď formou vlastnictví, nebo smluvním zajištěním) obalovnou asfaltových směsí o kapacitě výroby min. 120 t/hod., a dále zda obviněný neporušil pravidlo stanovené v ust. § 246 odst. 1 písm. d) zákona, když dne 17. 6. 2019 v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, v průběhu správního řízení vedeného pod sp. zn. S0202/2019/VZ zahájeného dne 17. 5. 2019, aniž by vyčkal uplynutí doby, po kterou platí zákaz uzavření smlouvy podle ust. § 246 odst. 1 písm. d) zákona, uzavřel smlouvu s vybraným dodavatelem.

12. Z výše uvedených důvodů Úřad zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0072/2020/VZ ve věci možného spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) a b) zákona.

### III. ŘÍZENÍ O PŘESTUPCÍCH PŘED ORGÁNEM PRVNÍHO STUPNĚ

13. Účastníkem správního řízení podle § 256 zákona je obviněný.
14. Zahájení správního řízení oznámil Úřad obviněnému dopisem č. j. ÚOHS-04992/2020/523/GHo ze dne 13. 2. 2020. Oznámení o zahájení správního řízení bylo obviněnému doručeno téhož dne, čímž bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o přestupcích**“) zahájeno řízení z moci úřední ve věci podezření ze spáchání přestupků obviněným.
15. Usnesením č. j. ÚOHS-04998/2020/523/GHo ze dne 13. 2. 2020 Úřad stanovil obviněnému lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení. Dne 20. 2. 2020 bylo Úřadu doručeno vyjádření obviněného z téhož dne.
16. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-07521/2020/523/GHo ze dne 6. 3. 2020 stanovil obviněnému lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Obviněný se ve lhůtě určené tímto usnesením ani později k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

#### Vyjádření obviněného ze dne 20. 2. 2020

17. Dne 20. 2. 2020 doručil obviněný Úřadu vyjádření z téhož dne, v němž předně shrnuje průběh zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku a dále se vyjadřuje k pochybnostem týkajícím se spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) a b) zákona uvedeným Úřadem v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 13. 2. 2020.
18. K pochybnosti, zda se obviněný nedopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona obviněný uvádí, že k uzavření smlouvy o dílo došlo z důvodu administrativního pochybení. Obviněný si byl okamžitě vědom, že porušil zákaz uzavření smlouvy dle § 246 odst. 1 písm. d) zákona a že spáchal přestupek dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, pročež přijal opatření k nápravě spočívající v uzavření dohody o ukončení smlouvy o dílo ze dne 9. 8. 2019 (dále jen „**dohoda o ukončení smlouvy o dílo**“) aniž by došlo k započetí plnění smlouvy o dílo. V této souvislosti obviněný uvádí, že si je vědom skutečnosti, že institut opatření k nápravě dle § 49 zákona se váže toliko na průběh zadávacího řízení a obviněný jej přijal až po ukončení předmětného zadávacího řízení, nicméně dle názoru obviněného se uvedené nápravné opatření vztahuje k uzavření smlouvy o dílo, tj. právnímu jednání, které dle obviněného do zadávacího řízení spadá.
19. Obviněný dále uvádí, že následně zahájil nové zadávací řízení (na předmět plnění šetřené veřejné zakázky) na veřejnou zakázku „Parašutistů, Praha 6, č. akce 999051-III“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 17. 9. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 9. 2019 pod ev. č. Z2019-032512 (dále jen „**nové zadávací řízení**“ nebo „**nová veřejná zakázka**“), kde v zadávacích podmínkách upravil zadávací podmínku, jež byla předmětem námitek stěžovatele, čímž se snažil napravit své pochybení. Obviněný uvádí, že v novém zadávacím řízení zní zadávací podmínka následovně: „*Vybraný dodavatel je povinen po dobu předmětu plnění veřejné zakázky: vlastnit obalovnu nebo mít smluvně*

*zajištěné dodávky směsi v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP. Obalovna (vlastnictví obalovny nebo smluvně zajištěné dodávky směsi – dále jen obalovna) musí být schopna vyrobit asfaltové směsi tak, jak je uvedeno v kompletní dokumentaci pro danou stavbu, a ty musí mít platně průkazní zkoušky. To znamená, že musí být uvedeny na <http://www.pjpk.cz/asfaltove-smesi-obalovky/>. Zadavatel bude po vybraném dodavatel[i] před podpisem smlouvy požadovat s doložením obalovny i doložení dokumentace z navrhované trasy (plán trasy s detailním rozpisem časů a průměrné rychlosti vozidla přepravujícího požadovanou asfaltovou směs), aby mohl zadavatel prověřit reálnost dojezdové vzdálenosti a kvalitu dovážené směsi, v souladu s relevantními technickými normami TKP 7. Zadavatel si vyhrazuje právo každou z doložených obaloven uvedených vybraným dodavatelem prověřit oddělením laboratoře zadavatele.“.*

20. Obviněný rovněž vyjadřuje svůj názor, že nedošlo k ovlivnění výběru dodavatele, neboť v důsledku uzavření dohody o ukončení smlouvy o dílo došlo fakticky ke zrušení zadávacího řízení a obviněný k zajištění předmětu veřejné zakázky zahájil nové zadávací řízení včetně úpravy namítané zadávací podmínky. Obviněný v této věci doplňuje, že zahájil nové zadávací řízení s totožným předmětem plnění jako je u šetřené veřejné zakázky a zadávací podmínky upravil a stěžovatel se tak mohl zúčastnit tohoto zadávacího řízení. Obviněný má tedy za to, že nemohlo dojít k porušení ani ohrožení právem chráněného zájmu společnosti spočívající v narušení hospodářské soutěže a v této souvislosti cituje z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 104/2008-45 ze dne 14. 12. 2009: *„stejně jako dosud u trestných činů, tak i pro trestnost jednání vykazujícího formální znaky přestupku je třeba, aby došlo také k naplnění jeho materiální stránky. Lze tedy obecně vycházet z toho, že jednání, jehož formální znaky jsou označeny zákonem za přestupek, naplňuje v běžně se vyskytujících případech materiální znak přestupku, neboť porušuje či ohrožuje určitý zájem společnosti. Z tohoto závěru však nelze dovodit, že by k naplnění materiálního znaku skutkové podstaty přestupku došlo vždy, když je naplněn formální znak přestupku zaviněným jednáním fyzické osoby. Pokud se k okolnostem jednání, jež naplní formální znaky skutkové podstaty přestupku, přidruží takové další významné okolnosti, které vylučují, aby takovým jednáním byl porušen nebo ohrožen právem chráněný zájem společnosti, nedojde k naplnění materiálního znaku přestupku a takové jednání potom nemůže být označeno za přestupek.“.*
21. Obviněný uzavírá, že správní řízení vedené pod sp. zn. S0072/2020/VZ o přestupcích je neúčelné, neboť obviněný zahájil nové zadávací řízení, jehož se mohl účastnit mimo jiné stěžovatel, a nebyla tedy omezena hospodářská soutěž.
22. K pochybnosti, zda se obviněný nedopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona, obviněný uvádí, že proti této zadávací podmínce směřovaly taktéž námitky stěžovatele, přičemž stěžovatel v námitkách a následně v návrhu argumentuje, že lze zajistit dodávku prostřednictvím dodávek směsi z několika obaloven asfaltových směsí s nižším výkonem než je 120 t/hod. vyrábějících směsi totožného typu. Obviněný uvádí, že k veškerým skutečnostem, které jej vedly ke stanovení šetřené zadávací podmínky stanovené v čl. 10.3 zadávací dokumentace, se již podrobně a srozumitelně vyjádřil v rozhodnutí o námitkách, na něž v této souvislosti odkazuje. Obviněný je přesvědčen o objektivní důvodnosti šetřené zadávací podmínky, nicméně v zájmu zachování hospodářské soutěže a v zájmu napravení vlastního postupu přistoupil k zásadní úpravě této zadávací podmínky v novém zadávacím řízení.

23. Na závěr svého vyjádření obviněný uvádí, že v šetřeném případě v plném rozsahu eliminoval a napravil jakýkoliv škodlivý následek svého jednání, když na základě vlastní iniciativy uzavřel dohodu o ukončení smlouvy o dílo ještě předtím, než bylo započato plnění smlouvy o dílo a dále zahájil zadávací řízení na novou veřejnou zakázku s totožným předmětem plnění jako šetřená veřejná zakázka, přičemž zadávací podmínky na novou veřejnou zakázku byly nastaveny s přihlédnutím k tvrzením stěžovatele.

#### *Shrnutí obsahu rozhodnutí o námitkách*

24. Vzhledem ke skutečnosti, že obviněný odkazuje ve svém vyjádření ze dne 20. 2. 2020 na rozhodnutí o námitkách, shrnuje Úřad dále relevantní argumentaci obviněného obsaženou v rozhodnutí o námitkách.
25. Obviněný uvádí, že kapacita obalovny o výkonu 120 t/hod. je dnes již běžným standardem a uvedený parametr tak nelze považovat za diskriminační. Obviněný jej odůvodňuje s odkazem na technologické aspekty, např. dostatečnou produkci asfaltu v daném čase, aby mohl být asfaltový povrch položen v odpovídající vrstvě „bez přerušení“, a nedocházelo tak k poklesu teplot a možnému nespojení vrstev vozovky. Nekvalitní provedení stavební prací pak pro obviněného znamená vést reklamační řízení, v jehož rámci by muselo dojít k odfrézování a opětovnému položení nové asfaltové směsi.

#### **Rozhodnutí Úřadu ze dne 31. 3. 2020**

26. Rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0072/2020/VZ, č. j. ÚOHS-09903/2020/523/GHo ze dne 31. 3. 2020 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“ nebo „**původní rozhodnutí**“) rozhodl Úřad následovně:

a) ve výroku I. původního rozhodnutí Úřad rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona tím, že stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu s ust. § 36 odst. 1 zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ust. § 6 odst. 2 zákona, neboť požadoval v čl. VI. odst. 5 návrhu smlouvy o dílo, který tvoří přílohu zadávací dokumentace ze dne 16. 1. 2019, doložení dokladu o dispozici (buď formou vlastnictví, nebo smluvním zajištěním) obalovnou asfaltových směsí jako součást nabídky prostřednictvím přílohy návrhu smlouvy o dílo, přičemž dále v čl. 10.3 zadávací dokumentace ze dne 16. 1. 2019 stanovil požadavek na kapacitu výroby této obalovny min. 120 t/hod., ačkoliv k plnění předmětu veřejné zakázky by zcela jistě postačovala nižší kapacita výroby obalovny, čímž vytvořil bezdůvodně překážky hospodářské soutěže a zvýhodnil některé dodavatele, a zadal veřejnou zakázku, když na její předmět uzavřel dne 17. 6. 2019 smlouvu o dílo s vybraným dodavatelem.

b) ve výroku II. původního rozhodnutí Úřad rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidlo stanovené v ust. § 246 odst. 1 písm. d) zákona, když dne 17. 6. 2019 v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku, v průběhu správního řízení vedeného pod sp. zn. S0202/2019/VZ zahájeného na návrh dne 17. 5. 2019, aniž by vyčkal uplynutí doby, po kterou platí zákaz uzavření smlouvy podle § 246 odst. 1 písm. d) zákona, uzavřel smlouvu s vybraným dodavatelem, čímž ovlivnil výběr dodavatele.

c) ve výroku III. původního rozhodnutí Úřad rozhodl podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona o uložení pokuty obviněnému ve výši 300 000,- Kč za spáchání přestupků uvedených ve výrocích I. a II. původního rozhodnutí,

d) výrokem IV. původního rozhodnutí Úřad uložil obviněnému povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč.

### Řízení o rozkladu

27. Proti původnímu rozhodnutí podal obviněný dne 15. 4. 2020 rozklad ze dne 14. 4. 2020, kterým obviněný k výroku I. původního rozhodnutí namítá, že Úřad pouze formálně porovnal požadovaný výkon obalovny s předmětem a rozsahem veřejné zakázky, aniž by se zabýval dalšími souvisejícími technologickými požadavky, a dále, že se Úřad nezabýval otázkou, existují-li vůbec v požadované dojezdové vzdálenosti obalovny s nižším než požadovaným výkonem. K výrokům II. a III. původního rozhodnutí obviněný namítá, že Úřad nedostatečně přihlédl ke skutečnostem, že došlo k uzavření smlouvy administrativním pochybením, nikoliv s cílem zmařit přezkumné řízení, že obviněný z vlastní iniciativy uzavřel dohodu o ukončení smlouvy o dílo ještě před započítáním plnění smlouvy a že v novém zadávacím řízení obviněný upravil napadenou zadávací podmínku (ačkoliv nesouhlasí s tvrzením, že byla v původním zadávacím řízení stanovena protiprávně).

### Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 3. 7. 2020

28. O rozkladu obviněného proti původnímu rozhodnutí předseda Úřadu rozhodl rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-R0075/2020/VZ, č. j. ÚOHS-20461/2020/322/JSr ze dne 3. 7. 2020 (dále jen „**druhostupňové rozhodnutí**“), kterým potvrdil výroky II. a IV. původního rozhodnutí a výroky I. a III. původního rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
29. V souvislosti se zrušením výroku I. napadeného rozhodnutí předseda Úřadu nejprve uvádí, že přestože navrhovatel v námitkách i v návrhu v původním správním řízení S0202/2019/VZ napadal i zadávací podmínku týkající se vzdálenosti obalovny do 40 km od místa plnění, Úřad se jí v napadeném rozhodnutí vůbec nezabýval, když argumentaci v napadeném rozhodnutí postavil pouze na neadekvátním požadavku výkonu obalovny. Předseda Úřadu k tomu doplňuje, že *„přitom je zde stěžejní už skutečnost, zdali nebyl diskriminační sám o sobě požadavek na dojezdovou vzdálenost. Navrhovatel v původním řízení logicky argumentoval, že jednak je na místě stanovit dojezd (jak bývá obvyklé) za pomoci času – tedy v hodinách či minutách, nikoliv vzdáleností (tím je eliminována potřeba uvážení různých průjezdových rychlostí na různých typech pozemních komunikací), a zároveň, že obviněný vůbec nevzal v potaz užití moderních technologií udržení asfaltové směsi ve správné teplotě, např. za pomoci použití homogenizátoru, čímž by byla adekvátní větší vzdálenost od místa plnění, resp. větší časová dotace pro dopravení asfaltu z obalovny.“*
30. Předseda Úřadu uvádí, že Úřad v novém posouzení věci nejprve prověří *„oprávněnost požadavku na zajištění obalovny asfaltových směsí ve vzdálenosti 40 km od místa plnění, a to nejprve z toho hlediska, je-li na místě stanovit tento požadav[ek] za pomoci vzdálenosti a nikoliv doby dojezdu, jak je u veřejných zakázek obvyklé. Pouze pokud by bylo shledáno, že je na místě a v souladu se zákonem stanovit okruh obaloven dojezdovou vzdáleností, je na místě posouzení, zda byla tato vzdálenost obviněným dostatečně odůvodněna, jinými slovy není-li na místě připustit z důvodů navrhovatelem zmiňovaných moderních technologií*



*vzdálenost větší. Pokud byl i požadavek na vzdálenost obalovny 40 km adekvátní, je následně jako další bod nutno zjistit reálnou možnost diskriminace požadavkem na obalovnu o jmenovaném výkonu, tedy existují-li ve vzdálenosti 40 km vůbec nějaké obalovny, které by předmětný požadavek nesplňovaly. A teprve v okamžiku zjištění, že takové obalovny v adekvátním okruhu od místa plnění skutečně existují, přichází v úvahu posouzení technologických postupů provedení pokládky, konkrétně jestli obviněným stanovené požadavky v zadávacích podmínkách byly dostatečné k tomu, aby jimi mohl odůvodnit požadavek na výkon obalovny ve výši 120 t/hod.“.*

31. V souvislosti se zrušením výroku III. napadeného rozhodnutí předseda Úřadu uvádí, že výrok III. napadeného rozhodnutí ruší z toho důvodu, že je vázán na výrok I. napadeného rozhodnutí, který je rovněž zrušen, a uložil Úřadu přezkoumat při opětovném posouzení případu rovněž výši pokuty stanovené výrokem III. napadeného rozhodnutí.
32. Předseda Úřadu dále v druhostupňovém rozhodnutí uvádí, že výrok IV. napadeného rozhodnutí, kterým bylo obviněnému uloženo uhradit náklady správního řízení v paušální výši 1 000,- Kč, potvrdil z důvodu, že se jedná o výrok závislý na posouzení spáchání přestupků obviněného, přičemž pro uložení povinnosti uhradit náklady řízení postačí, že byl předsedou Úřadu potvrzen výrok II. napadeného rozhodnutí. Předseda Úřadu k tomu dodává, že v případě, že bude Úřadem opětovně shledáno spáchání přestupku podle výroku I. napadeného rozhodnutí obviněným, nebude již tedy na místě nařizovat rovněž povinnost zaplacení nákladů řízení.

#### **IV. NOVÉ PROJEDNÁNÍ VĚCI PŘED SPRÁVNÍM ORGÁNEM PRVNÍHO STUPNĚ**

33. Úřad oznámil obviněnému pokračování správního řízení přípisem č. j. ÚOHS-21534/2020/523/GHo ze dne 15. 7. 2020.
34. Usnesením č. j. ÚOHS-21559/2020/523/GHo ze dne 16. 7. 2020 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž mohl navrhopat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení.
35. Dne 23. 7. 2020 obdržel Úřad vyjádření obviněného ze dne 22. 7. 2020.

#### **Vyjádření obviněného ze dne 22. 7. 2020**

36. Obviněný se nejprve vyjadřuje k požadavkům stanoveným zadávacími podmínkami, konkrétně k max. vzdálenosti obalovny 40 km od místa plnění veřejné zakázky a uvádí, že cílem tohoto požadavku je garantovat potřebnou teplotu obalované směsi pro ucelenou, nepřerušovanou pokládku asfaltového povrchu.
37. Obviněný v této věci uvádí, že cestovní rychlost v městském intravilánu v hlavním městě Praha se běžně vyskytuje v hodnotách 25 až 45 km/h. Při uvažování průměrné cestovní rychlosti 35 km/h vozidlo za 1 hodinu ujede 35 km. Mimo městský intravilán lze dle obviněného předpokládat, že vozidlo nad 12 tun jede průměrnou cestovní rychlostí cca 55 km/h. Obviněný dále uvádí, že „pokud tedy budeme počítat vzdálenost po Praze cca 30 km, mimo město cca 10 km a průměrné rychlosti ve městě 35 km/h, mimo město 55 km/h, čas potřebný pro ujetí vzdálenosti vozidla nad 6 tun ve městě vychází na cca 51 minut a mimo město na 11 minut. Při sečtení těchto údajů dojdeme k hodnotě 1 hodiny a 2 minuty. Tento údaj odpovídá technickým požadavkům zakotveným v TKP 7 – Hutněné asfaltové vrstvy, které stanovují obecně doby přepravy asfaltové směsi, a které platí i pro ŘSD ČR. V těchto podmínkách je stanovena doba přepravy asfaltové směsi při teplotách do 15 °C na 1 hodinu a

*nad 15 °C na 1,5 hodiny. Zadavatel stanovil maximální dojezdovou dobu tak, aby vyhovovala pro teploty do 15 °C, které mohou běžně nastat v podstatné části roku, navíc tímto způsobem řídil riziko možnosti uvíznutí automobilu v dopravní zácpě, což je jev, který se v pražském provozu vyskytuje častěji než kdekoliv jinde v České republice.“*

38. Obviněný se dále ohrazuje vůči údajům o potenciálních dalších možných obalovnách a dojezdových časech uváděných navrhovatelem v návrhu. Obviněný uvádí, že pokud jde o čas jízdy, tak podotýká, že není možné vycházet z časů potřebných pro osobní automobil, ale je třeba respektovat specifika specializované nákladní dopravy, přičemž obviněný uvádí, že „[č]asy uváděné navrhovatelem v [n]ávrhu proto [o]bviněný ilustrativně doplňuje o vypočítanou průměrnou rychlost, kterou by podle údajů [n]avrhovatele měl jet nákladní automobil plný horké obalované směsi

Dodavatel	Vzdálenost	Dojezd uváděný [n]avrhovatelem	Průměrná rychlost
STŘEDOČESKO OBALOVNY, a.s. provozovna Voznice Chouzavá	41 km	27 min	91 km/h.
EKOSTAVBY Louny s.r.o. - obalovna	48 km	36 min	80 km/h.
Obalovna Louny s.r.o.	51 km	38 min	80 km/h.
Skanska Asfalt s.r.o. – obalovny Poříčany	56 km	45 min	75 km/h.
Froněk spol. s r.o.-Obalovna Brant	57 km	43 min	80 km/h.
Obalovna Příbram, s.r.o. - Bytíz	65 km	40 min	97 km/h.
Požadavek [z]adavatele:	40 km	62 min	39 km/h.

Obviněný k tomu doplňuje, že „na základě výše uvedených údajů je třeba argumentaci [n]avrhovatele odmítnout jako účelovou a úmyslně zavádějící. Představa o pohybu automobilu plného horké obalované směsi výše uvedenými průměrnými rychlostmi je přímo děsivá!“

39. Obviněný se rovněž vyjadřuje k bodu 35. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí, v němž se dle obviněného předseda Úřadu „zabývá otázkou možného využití moderních technologií, které by udržely asfaltovou směs ve správné teplotě po delší dobu, např. pomocí homogenizátorů“ a cituje v této věci z odborného vyjádření své laboratoře. K bodům 28. a 29. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí, v nichž se dle obviněného předseda Úřadu zabýval „vztahem požadavku na výkon obalovny a určitého typu finišeru“ obviněný uvádí, že technologické požadavky vyplývají z projektové dokumentace a „pokud by zadavatel v daném případě požadoval určitý typ finišeru, dopouštěl by se neodůvodněné diskriminace“ a dále obviněný cituje z vyjádření své laboratoře.
40. Obviněný dále uvádí, že „odmítá nařčení, že by zadávací podmínky byly „šity na míru“ určitému dodavateli či okruhu uchazečů. Rovněž odmítá, že by účelově preferoval nějakou z obaloven či jejich skupinu.“ a doplňuje, že má za to, že podmínka doložení dispozice obalovnou nebyla diskriminační, ani jinak omezující, protože obalovny ve vymezeném okruhu dle zkušeností obviněného mají kapacity přesahující základní požadavky zadávacích podmínek a zásobují stavby z blízkého okolí pro všechny investory v lokalitě.
41. Obviněný se rovněž ohrazuje proti tvrzením předsedy Úřadu uvedeným v bodech 38. a následujících odůvodnění druhostupňového rozhodnutí, v nichž předseda Úřadu

v podrobnostech uvádí důvody, pro které přistoupil k potvrzení výroku II. napadeného rozhodnutí.

42. Závěrem obviněný namítá, že výši pokuty nepovažuje za adekvátní a je toho názoru, že „není důvod v přezkoumávaném případě vytvářet exemplární případ stanovením neúměrně vysoké pokuty z důvodu prevence něčeho, co vůbec není hodno následování samo o sobě. [...] Opatření na straně [o]bviněného již byla učiněna, preventivní charakter na straně [o]bviněného byl beze zbytku naplněn.“.

#### Další průběh správního řízení

43. Úřad v návaznosti na závazný právní názor vyslovený v druhostupňovém rozhodnutí seznámil obviněného s novými skutečnostmi vztahujícími se k předmětu vedeného správního řízení, a to přípisem č. j. ÚOHS-24514/2020/523/GHo ze dne 7. 8. 2020.
44. Usnesením č. j. ÚOHS-24629/2020/523/GHo ze dne 10. 8. 2020 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení. Obviněný se ve lhůtě určené tímto usnesením nevyjádřil.
45. Úřad požádal přípisem č. j. ÚOHS-24430/2020/523/GHo, ÚOHS-24440/2020/523/GHo, ÚOHS-24446/2020/523/GHo a ÚOHS-24463/2020/523/GHo ze dne 7. 8. 2020 subjekty - České vysoké učení technické v Praze, Fakulta stavební, IČO 68407700, se sídlem Thákurova 7, 166 29 Praha 6 (dále jen „ČVUT“), Vysoké učení technické v Brně, Fakulta stavební, IČO 00216305, se sídlem Veveří 331/95, 602 00 Brno (dále jen „VUT“), Univerzita Pardubice, Dopravní fakulta Jana Pernera, IČO 00216275, se sídlem Studentská 95, 532 10 Pardubice (dále jen „UP“) a Vysoká škola báňská – Technická univerzita Ostrava, Hornicko-geologická fakulta, IČO 61989100, se sídlem 17. Listopadu 2172/15, 708 00 Ostrava – Poruba (dále jen „VŠB“) – o zodpovězení následujících dotazů:

1) Uveďte, na základě svých odborných znalostí a zkušeností, jaká pravidla (resp. jaké pokyny) musí být dodrženy při přepravě asfaltové směsi z obalovny do místa pokládky, aby nedošlo k jejímu znehodnocení (např. z hlediska přepravní vzdálenosti, času jízdy, příp. také možnosti použití homogenizátoru).

2) Uveďte, na základě svých odborných znalostí a zkušeností, v návaznosti na Vaši odpověď na otázku č. 1, zda je pro zachování asfaltové směsi v bezvadném stavu důležitá doba, která uplyne od naložení asfaltové směsi v obalovně na nákladní vůz do okamžiku její pokládky.

46. Úřad obdržel od 3 z celkem 4 oslovených subjektů následující vyjádření k jednotlivým dotazům

#### Vysoké učení technické v Brně

1	<p><i>Ve své podstatě se jedná o to, aby nebyla asfaltová směs na obalovně zahřáta na příliš vysokou teplotu a zároveň aby nebyla tato směs pokládána na stavbě při příliš nízké teplotě. Pokud by byla směs vyrobena při příliš vysoké teplotě, mohlo by dojít k teplotní degradaci asfaltového pojiva. Asfaltové pojivo, jakožto organický materiál, nahřátím na příliš vysokou teplotu ztrácí své původní vlastnosti. Přehřátí asfaltové směsi by se pak mohlo projevit výskytem nepravidelných trhlin velmi brzo po položení asfaltové směsi. Proto je v normě ČSN 73 6121 uvedena tabulka č. 5, která uvádí maximální teploty, které nemají být překročeny na žádném místě obalovny. Tyto teploty závisí na druhu asfaltového pojiva a druhu vyráběné směsi. [...]</i></p> <p><i>Pokud je asfaltová směs pokládána při příliš nízké teplotě, nemůže dojít k jejímu dokonalému zhutnění. Do nezhutněné směsi se může dostat voda, která naruší spojení mezi asfaltem a kamenivem, čímž se</i></p>
---	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p><i>může životnost pokládané vrstvy výrazně snížit. Proto je v normě ČSN 73 6121 uvedena tabulka 6 týkající se nejnižší přípustné teploty směsi při jejím rozprostírání. Teplota se měří v místě rozdělovacího šneku finišeru. [...]</i></p> <p><i>Dále platí, že vozidla pro přepravu asfaltových směsí musí mít těsnou, hladkou a čistou kovovou korbu, která se tence postříká mýdlovým roztokem, rostlinným olejem (pop. emulzí) nebo vápenným roztokem a to za účelem zabránění nalepování směsi na korbu. [...]</i></p> <p><i>Pro realizaci asfaltových vrstev na dálnicích, místních rychlostních komunikacích a silnicích I. třídy nebo při pokládce asfaltové vrstvy s tloušťkou ≤30 mm se doporučuje využívat pro přepravu asfaltové směsi nákladní vozidla s tepelně izolovanými korbami (termo-korbami). [...]</i></p>
2	<p><i>S ohledem na existenci tepelně izolovaných korb nelze jednoznačně předepsat přepravní vzdálenost nebo čas od namíchání do rozprostření asfaltové směsi. Přepravní vzdálenost nebo čas od namíchání se u neizolovaných a izolovaných korb může výrazně lišit.</i></p>

### České vysoké učení technické v Praze

1	<p><i>Doprava asfaltové směsi je jedním z důležitých aspektů, které ovlivňují kvalitu realizace asfaltových hutněných úprav resp. litých asfaltů. Během dopravy asfaltových směsí dochází k jejich postupnému ochlazení, segr[eg]aci a teplotnímu stárnutí.</i></p> <p><i>Resortní předpisy Ministerstva dopravy uvádějí v TKP Kapitola 7 Hutněné asfaltové vrstvy v odstavci 7.3.6 Skladování a doprava směsi následující: „Dobu skladování v zásobnících a dobu dopravy asfaltové směsi je nutné omezit, aby nedošlo k jejímu znehodnocení. Dopravu je třeba řídit tak, aby byl zajištěn plynulý postup pokládky, a musí být vedena nejkratší cestou. Její doba nesmí překročit při teplotě vzduchu 15 °C a nižší 1 hod., v ostatních případech 1,5 hod. Při použití homogemizátorů lze t[y]to doby prodloužit na 2 hod. Doba skladování v silech smí být max. 2 hod., přičemž ale celková doba od výroby do pokládky nesmí překročit 3,5 hod.“</i></p> <p><i>V publikaci Pokládka hutněných asfaltových směsí (Doc. Ing. Václav Hanzík, Csc. a kolektiv) se v kapitole 3.2 Ochrana proti ochlazení uvádí, že „Podle povětrnostních podmínek lze u běžných nákladních vozidel s kapacitou větší než 10 t uvažovat v krajních případech o dopravní vzdálenosti až 50 km. U speciálně izolovaných vozidel, která jsou pro přepravu směsí vyráběných za horka nejvhodnější, může být dopravní vzdálenost ještě větší. Vzdálenosti odpovídající době jízdy delší než 2 hodiny však dnes nelze doporučit. Příliš dlouhé dopravní vzdálenosti nelze doporučovat ani z hlediska hutnění směsi na vozidle. Přibližně lze u nákladních vozidel počítat s průměrným ochlazením směsi 10 °C za hodinu, u speciálně izolovaných přepravníků asi 5 °C za hodinu.“</i></p> <p><i>V normě ČSN 73 6121 Stavba vozovek – Hutněné asfaltové vrstvy – Provádění a kontrola shody je v Tabulce 5 uvedena mezní teplota pro výrobu asfaltové směsi pro standardní silniční pojivo gradace 50/70 hodnotou 140 °C až 180 °C. Ve shodné normě je v tabulce 6 uvedena nejnižší teplota pro rozprostírání asfaltové směsi pro pojivo 50/70 a tloušťku vrstvy 40 mm, což je standardně realizovaná varianta, 150 °C. K poklesu teploty o 30 °C tak dojde během procesu naložení směsi na korbu nákladního vozidla ze zásobníku asfaltové směsi na obalovně, její přepravy a následnému vysypání do násypky finišeru a přesunu asfaltové směsi k rozhrnovacímu šneku finišeru, kde se teplota asfaltové směsi měří. V případě předpokladu, že při manipulaci s asfaltovou směsí dojde k ochlazení o 15 °C, pak na dopravu zbývá 15 °C, což je 1,5 hod. jízdy. Tyto teoretické údaje jsou v souladu s požadavky TKP 7. Na základě výše uvedených údajů lze konstatovat, že požadavek zadavatele tj. TSK uvedený v zadávací dokumentaci, kdy je na zhotoviteli požadováno, aby obalovna byla v dojezdové vzdálenosti 40 km, není přehnaný a odpovídá reálné situaci a požadavkům definovaným v TKP Kapitola 7. Pro stavby realizované v intravilánu je rozhodující čas přepravy asfaltové směsi, který je ovlivněn jak dojezdovou vzdáleností, tak charakterem dopravy resp. kongescemi na dopravní trase. V Praze lze předpokládat maximální průměrnou rychlost dopravy 40 km/h. To znamená, že vzdálenost 40 km bude ujeta za 1 hodinu. Tento údaj je tedy v souladu s běžným požadavkem uváděným v TKP Kapitola 7.[...]</i></p>
2	<p><i>[...] Pro zajištění kvalitní pokládky, tzn. kvalitní realizace stavebního díla ve smyslu pokládky asfaltové směsi, je čas přepravy asfaltové směsi jedním z rozhodujících faktorů, a to zejména v závislosti na klimatických podmínkách při realizaci stavby.</i></p>

**Vysoká škola báňská**

1	<p>- <i>Předpisy Ministerstva dopravy uvádějí v TKP kapitola 7 Hutněné asfaltové vrstvy v odstavci 7.3.6 Skladování a doprava směsi: „Dobu skladování v zásobnících a dobu dopravy asfaltové směsi je nutné omezit, aby nedošlo k jejímu znehodnocení. Dopravu je třeba řídit tak, aby byl zajištěn plynulý postup pokládky, a musí být vedena nejkratší cestou. Její doba nesmí překročit při teplotě vzduchu 15 °C a nižší 1 hod., v ostatních případech 1,5 hod. Při použití homogenizátorů lze t[y]to doby prodloužit na 2 hod. Doba skladování v sílech smí být max. 2 hod., přičemž ale celková doba od výroby do pokládky nesmí překročit 3,5 hod.“.</i></p> <p>- <i>Norma ČSN 73 6121 Stavby vozovek – Hutněné asfaltové vrstvy – Provádění a kontrola shody dle Tabulky 5 uvedena mezní teplota pro výrobu asfaltové směsi pro standardní silniční pojivo gradace 50/70 hodnotou 140 °C až 180 °C. V téže normě jsou v tabulce 6 uvedeny nejnižší teploty pro rozprostírání asfaltových směsí (pro pojivo 50/70 a tloušťku vrstvy 40 mm, je nejnižší přípustná teplota 150 °C). K poklesu teploty o 30 °C dochází během procesu naložení směsi v obalovně, její přepravě a vysypání do násypky finišeru a přesunu asfaltové směsi k rozhrnovacímu šneku finišeru, zde je měřena teplota asfaltové směsi. To znamená, že při manipulaci s asfaltovou směsí dojde k ochlazení o 15 °C a na dopravu zbývá 15 °C, což je 1,5 hod. jízdy. Tyto teoretické údaje odpovídají požadavkům TKP 7.</i></p> <p>- <i>Odborná publikace „Pokládka hutněných asfaltových směsí: Václav Hanzík a kolektiv, 2015, ISBN 978-80-903925-6-4.“ Kapitola 3.2. Ochrana proti ochlazení, citují: „ Podle povětrnostních podmínek lze u běžných nákladních vozidel s kapacitou větších než 10 t uvažovat v krajních případech o dopravní vzdálenosti až 50 km. U speciálně izolovaných vozidel, která jsou pro přepravu směsí vyráběných za horka nejvhodnější, může být dopravní vzdálenost ještě větší. Vzdálenosti odpovídající době jízdy delší než 2 hodiny však dnes nelze doporučit. Příliš dlouhé dopravní vzdálenosti nelze doporučovat ani z hlediska hutnění směsi na vozidle. Přibližně lze u nákladních vozidel počítat s průměrným ochlazením směsi 10 °C za hodinu, u speciálně izolovaných přepravníků asi 5 °C za hodinu.“. [...]</i></p>
2	<p><i>Doprava asfaltové směsi je jedním z důležitých aspektů, které výrazně ovlivňují kvalitu a životnost asfaltových směsí.</i></p>

47. Dne 11. 8. 2020 obdržel Úřad od UP odpověď na žádost ze dne 7. 8. 2020, v níž se uvádí, že UP není schopna z důvodu čerpání dovolené kompetentních odborných pracovníků fakulty vypracovat stanovisko na uvedenou žádost.
48. Usnesením č. j. ÚOHS-28074/2020/523/GHo ze dne 9. 9. 2020 určil Úřad obviněnému lhůtu, ve které se mohl podle § 261 odst. 3 zákona vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Obviněný se ve lhůtě určené tímto usnesením ani později k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

**IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

49. Úřad – vázán právními názory předsedy Úřadu učiněnými v druhostupňovém rozhodnutí – přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření obviněného, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že obviněný při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, a proto rozhodl o uložení pokuty. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

**K výroku I. tohoto rozhodnutí***Relevantní ustanovení zákona*

50. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
51. Podle § 37 odst. 1 zákona může zadavatel stanovit podmínky účasti v zadávacím řízení jako

a) podmínky kvalifikace,

b) technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku,

c) obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo

d) zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.

52. Podle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

53. Podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že stanoví zadávací podmínky v rozporu se zákonem a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.

*Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení*

54. V bodu 3.2 „místo plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace se uvádí, že „[m]ístem plnění veřejné zakázky je Praha 6, ul. Parašutistů.“

55. Kromě právě uvedené skutečnosti Úřad v této souvislosti odkazuje i na body 2. - 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

*Právní posouzení*

56. Úřad předně v obecné rovině uvádí, že zadávacími podmínkami ve smyslu § 28 odst. 1 písm. a) zákona jsou míněny veškeré podmínky stanovené zadavatelem týkající se průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku, účasti v zadávacím řízení a také další podmínky pro uzavření smlouvy. Za součást podmínek účasti v zadávacím řízení je třeba považovat podmínky kvalifikace, technické podmínky, obchodní nebo jiné smluvní podmínky a zvláštní podmínky. Řádné stanovení zadávacích podmínek je jednou ze základních povinností zadavatele v zadávacím řízení a má výrazný dopad na jeho další průběh, neboť potenciální dodavatelé se na jejich základě rozhodují, zda se vůbec budou zadávacího řízení účastnit.

57. Během celého zadávacího procesu je zadavatel povinen dodržovat zásady zadávání veřejných zakázek stanovené v § 6 zákona. Podle odstavce 2 tohoto ustanovení zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákaz diskriminace. Diskriminací se rozumí jiný, rozdílný přístup k jedné skupině než k jiné skupině či celku. V oblasti veřejných zakázek se diskriminací míní zejména bezdůvodně ztížená možnost či přímo nemožnost účasti v zadávacím řízení pro jednoho nebo více dodavatelů. Podstatou řádné aplikace této zásady tedy je, aby žádný z dodavatelů nebyl postupem zadavatele bezdůvodně zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům. Zásadu zákazu diskriminace je zadavatel povinen dodržovat v průběhu celého zadávacího řízení, a to již v době přípravy zadávacích podmínek. Zadávací podmínky tedy musí být nastaveny tak, aby vůči všem potenciálním dodavatelům působily rovně a nediskriminačně (§ 6 odst. 2 zákona), přičemž z těchto základních zásad vyplývá, že zadávací podmínky nesmí určitému

okruhu dodavatelů či přímo jednomu dodavateli bezdůvodně dávat jakoukoli konkurenční výhodu.

58. K významu základních zásad uvedených v § 6 zákona, zejména pak k zásadě zákazu diskriminace se vyjádřil rovněž Nejvyšší správní soud např. v rozsudku sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, kde konstatoval, že „[p]ojem ‚diskriminace‘ podle § 6 zákona (...) v prvé řadě implikuje rozdílný, jiný přístup k jednotlivci než k celku, tedy odlišné zacházení s jednotlivcem ve srovnání s ostatními členy srovnávané skupiny.“ V tomto rozsudku se dále uvádí, že „(...) toto ustanovení totiž v prvé řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (...) smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).“ Citovaný rozsudek se sice vztahuje k postupu zadavatele dle již neúčinné právní úpravy (zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů), ale uvedené zásady a principy postupu v zadávacím řízení zůstaly zachovány i ve stávajícím zákoně o zadávání veřejných zakázek. Za skrytou formu diskriminace je tedy ve smyslu cit. závěrů soudu třeba považovat postup zadavatele, který nastavením zadávacích podmínek znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, ačkoliv by předmět veřejné zakázky mohli úspěšně realizovat.
59. V šetřeném případě obviněný stanovil v návrhu smlouvy o dílo požadavek, aby dodavatelé předložili dokument prokazující dispozici (buď formou vlastnictví, nebo smluvním zajištěním) obalovnou asfaltových směsí, přičemž v zadávací dokumentaci dále stanovil požadavek, aby z důvodu zajištění včasné dodávky asfaltových směsí s nezbytnými technologickými parametry byla obalovna v dojezdové vzdálenosti maximálně 40 km od místa plnění veřejné zakázky s kapacitou výroby min. 120 t/hod. Požadavek na dispozici obalovnou asfaltových směsí s dojezdovou vzdáleností maximálně 40 km od místa plnění veřejné zakázky s min. výkonem 120 t/hod. byl tedy obviněným stanoven jako podmínka účasti v zadávacím řízení, která měla být splněna předložením doplněného návrhu smlouvy o dílo a jeho příloh jako součást nabídky podané každým dodavatelem.
60. Předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí uložil Úřadu povinnost při novém posouzení věci nejprve prověřit oprávněnost požadavku na zajištění obalovny asfaltových směsí ve vzdálenosti 40 km od místa plnění, a to nejprve z toho hlediska, je-li na místě stanovit tento požadavkem za pomoci vzdálenosti a nikoliv doby dojezdu. Ve smyslu právě uvedeného a s ohledem na povinnost obviněného stanovit zadávací podmínky tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo nezaručovaly konkurenční výhodu, se Úřad zabýval posouzením, zda požadavek na dispozici obalovnou asfaltových směsí v dojezdové vzdálenosti maximálně 40 km od místa plnění veřejné zakázky byl nastaven v souladu se zákonem, jinak řečeno, zda požadavek nebyl stanoven diskriminačně, a to tou měrou, že to reálně vyvolává důsledky v podobě omezení hospodářské soutěže o veřejnou zakázku.

61. V souvislosti s požadavkem na dojezdovou vzdálenost obalovny asfaltových směsí Úřad odkazuje na dokument Ministerstva dopravy – Odbor infrastruktury s názvem „Technické kvalifikační podmínky staveb pozemních komunikací“ z dubna 2008, jehož součástí je kapitola 7 „Hutněné asfaltové vrstvy“ obsahující požadavky na materiály, technologické postupy, výrobu a zkoušky při provádění hutněných asfaltových vrstev při výstavbě, opravách a údržbě pozemních komunikací (dále jen „TKP č. 7“). V bodu 7.3.6 „skladování a doprava směsí“ TKP č. 7 se uvádí, že dobu skladování v zásobnících a dobu dopravy asfaltové směsi je nutné omezit, aby nedošlo k jejímu znehodnocení. Dopravu je třeba řídit tak, aby byl zajištěn plynulý postup pokládky, a musí být vedena nejkratší cestou. Její doba nesmí překročit při teplotě vzduchu 15 °C a nižší 1 hod., v ostatních případech 1,5 hod. Při použití homogenizátorů lze tyto doby prodloužit na 2 hod. Doba skladování v silcích smí být max. 2 hod., přičemž ale celková doba od výroby do pokládky nesmí překročit 3,5 hod.
62. Za účelem posouzení otázky, zda požadavek na dispozici obalovnou asfaltových směsí v dojezdové vzdálenosti maximálně 40 km od místa plnění veřejné zakázky nebyl stanoven diskriminačně, provedl Úřad průzkum mezi relevantními subjekty, tj. veřejnými vysokými školami, které požádal o zodpovězení dotazů týkajících se pravidel, které musí být dodrženy při přepravě asfaltových směsí z obalovny do místa pokládky, aby nedošlo k jejímu znehodnocení (blíže viz body 45. a 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
63. Na základě sdělení oslovených subjektů lze v obecné rovině konstatovat, že pro zajištění kvalitní asfaltové směsi při její pokládce je důležité, aby nebyla asfaltová směs pokládána na stavbě při příliš nízké teplotě. VUT ve svém vyjádření k tomu uvádí, že „[p]okud je asfaltová směs pokládána při příliš nízké teplotě, nemůže dojít k jejímu dokonalému zhutnění. Do nezhutněné směsi se může dostat voda, která naruší spojení mezi asfaltem a kamenivem, čímž se může životnost pokládané vrstvy výrazně snížit.“. VUT dále v této souvislosti odkazuje na normu ČSN 73 6121 s názvem „Stavba vozovek - Hutněné asfaltové vrstvy - Provádění a kontrola shody“ (dále jen „norma ČSN“), jejíž součástí je mj. tabulka obsahující nejnížší přípustné teploty asfaltových směsí při jejím rozprostírání. Na normu ČSN vč. tabulky s nejnížšími přípustnými teplotami upozorňuje ve vyjádření rovněž ČVUT i VŠB.
64. Dále je z vyjádření oslovených subjektů zřejmé, že teplota asfaltové směsi během doby, která uplyne od naložení asfaltové směsi v obalovně na korbu nákladního vozidla do její pokládky, klesá, neboť jak uvádí ČVUT „[b]ěhem dopravy asfaltových směsí dochází k jejich postupnému ochlazování, segr[e]gaci a teplotnímu stárnutí.“. ČVUT rovněž odkazuje opětovně na normu ČSN a uvádí, že „[k] poklesu teploty o 30 °C tak dojde během procesu naložení směsi na korbu nákladního vozidla ze zásobníku asfaltové směsi na obalovně, její přepravy a následnému vysypání do násypky finišeru a přesunu asfaltové směsi k rozhrnovacímu šneku finišeru, kde se teplota asfaltové směsi měří. V případě předpokladu, že při manipulaci s asfaltovou směsí dojde k ochlazení o 15 °C, pak na dopravu zbývá 15 °C, což je 1,5 hod. jízdy. [...]“, přičemž obdobně se vyjádřila i VŠB.
65. Úřad dále uvádí, že ve vztahu k době přepravy asfaltové směsi ČVUT a VŠB cituje z bodu 7.3.6 „skladování a doprava směsí“ TKP č. 7 a uvádí stejné skutečnosti jako Úřad v bodě 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí, přičemž ČVUT je rovněž toho názoru, že „[p]ro zajištění kvalitní pokládky, tzn. kvalitní realizace stavebního díla ve smyslu pokládky asfaltové směsi, je čas přepravy asfaltové směsi jedním z rozhodujících faktorů [...]“.



66. Na základě uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že pro zajištění kvalitní asfaltové směsi při její pokládce je rozhodující doba přepravy asfaltové směsi z obalovny na místo její pokládky, tedy dojezdová doba vyjádřená za pomoci času, a sice v hodinách či minutách.
67. Na tomto místě považuje Úřad za důležité připomenout, že zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci požadavek na doložení dispozice obalovnou asfaltových směsí v dojezdové vzdálenosti maximálně 40 km od místa plnění veřejné zakázky. Zadavatel tedy stanovil požadavek na dispozici obalovnou asfaltových směsí pomocí vzdálenosti a nikoliv pomocí času.
68. Místem plnění veřejné zakázky je dle zadávací dokumentace ulice Parašutistů. Úřad z veřejně dostupných informací na internetu<sup>1</sup> zjistil, že ulice Parašutistů se nachází na samém okraji západní části hlavního města Prahy. Ve vztahu k době přepravy asfaltové směsi z obalovny na místo plnění veřejné zakázky Úřad uvádí, že tato doba může být ovlivněna různými průjezdovými rychlostmi na různých typech komunikací<sup>2</sup> či hustotou provozu, přičemž je již notoriem, že hustota provozu v hlavním městě Praha je často velmi vysoká, tedy že se tvoří kolony vozidel a provoz není plynulý. S ohledem na právě uvedené lze tedy předpokládat, že pokud bude nákladní vůz přepravovat asfaltovou směs z obalovny ležící zejména východně od místa plnění veřejné zakázky a pojedje přes hlavní město Prahu, urazí vzdálenost 40 km za delší časový úsek, nežli nákladní vůz, který bude přepravovat asfaltovou směs z obalovny ležící západně od místa plnění, tedy po trase mimo hlavní město Prahu. Úřad rovněž nepřehlédl, že ČVUT ve svém vyjádření závěrem shrnulo, že „[...] požadavek zadavatele [...], aby obalovna byla v dojezdové vzdálenosti 40 km, není přehnaný a odpovídá reálné situaci a požadavkům definovaným v TKP Kapitola 7. Pro stavby realizované v intravilánu je rozhodující čas přepravy asfaltové směsi, který je ovlivněn jak dojezdovou vzdáleností, tak charakterem dopravy resp. kongescemi na dopravní trase. V Praze lze předpokládat maximální průměrnou rychlost dopravy 40 km/h. To znamená, že vzdálenost 40 km bude ujeta za 1 hodinu.“ a uvádí k tomu následující. Z uvedeného tvrzení ČVUT vyplývá, že ČVUT při svých úvahách vycházelo z předpokladu, že asfaltová směs bude přepravována na místo plnění předmětné veřejné zakázky průjezdem přes intravilán hlavního města Prahy. Vzhledem k tomu, že místo plnění šetřené veřejné zakázky se nachází na samém okraji západní části hlavního města Prahy, může být pro přepravu asfaltové směsi zvolena trasa mimo intravilán hlavního města Prahy (za předpokladu, že asfaltová směs bude přepravována z obalovny ležící zejména západně od místa plnění veřejné zakázky) a vzdálenost 40 km může být tedy v tomto případě s ohledem na skutečnosti, které ovlivňují dobu přepravy (tj. různé průjezdové rychlosti na různých typech komunikací či hustota provozu) ujeta nákladním vozem za jiný časový úsek (kratší), než za 1 hodinu. Jinými slovy řečeno, je-li pro zadavatele vyhovující dodávka asfaltové směsi z obalovny vzdálené 40 km, kdy značná část příjezdové trasy bude procházet dopravně velmi exponovaným intravilánem hlavního města Prahy, musí být pro něj (právě proto, že rozhodující je doba, po kterou je asfaltová směs přepravována) stejně tak dobře vyhovující dodávka asfaltové směsi

<sup>1</sup> Pozn. Úřadu – dostupných např. zde:

<https://mapy.cz/zakladni?x=14.3023666&y=50.0914520&z=18&source=stre&id=119468>

<sup>2</sup> Pozn. Úřadu – Dle § 18 zákona č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích a o změnách některých zákonů (zákon o silničním provozu), ve znění pozdějších předpisů, smí jet řidič motorového vozidla o hmotnosti nad 3 500 kg v obci rychlostí nejvýše 50 km.h<sup>-1</sup> a jde-li o dálnici nebo silnici pro motorová vozidla, nejvýše 80 km.h<sup>-1</sup>.

z obalovny vzdálenější, pokud je dojezdová doba od ní v porovnání s dojezdovou dobou od obalovny vzdálené 40 km totožná nebo kratší. Za situace, kdy se místo plnění veřejné zakázky nachází na západním okraji hlavního města Prahy, je možno konstatovat, že k němu lze jistě dojet za stejný čas z větší vzdálenosti, pokud bude výchozím bodem místo ležící západně od Prahy a bude možné se při přepravě asfaltové směsi vyhnout intravilánu hlavního města Prahy. Úřad tedy v této věci uvádí, že citované tvrzení ČVUT nic nemění na závěrech učiněných Úřadem výše.

69. S ohledem na uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že v šetřeném případě je požadavek na doložení dispozice obalovnou asfaltových směsí v dojezdové vzdálenosti maximálně 40 km od místa plnění veřejné zakázky v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 2 zákona, neboť zvýhodňuje dodavatele, kteří splňují uvedený požadavek zadavatele, neboť disponují obalovnou asfaltových směsí v požadované dojezdové vzdálenosti, oproti dodavatelům, kteří jej nesplňují, nicméně pokud by zadavatel stanovil požadavek na doložení dispozice obalovnou asfaltových směsí pomocí dojezdové doby (tedy času), tak by takto stanovený požadavek na doložení dispozice obalovnou asfaltových směsí mohli splnit. V této souvislosti Úřad uvádí, že obviněný ve vyjádření ze dne 22. 7. 2020 uvádí v tabulce obalovny s údaji o dojezdové vzdálenosti a dojezdovém čase, na které upozorňoval navrhovatel v návrhu, přičemž obviněný u těchto obaloven napadá dojezdový čas uváděný navrhovatelem. Z citované tabulky vyplývá, že ve vzdálenosti „těsně za hranicí“ 40 km, existují obalovny, které nemohou být pro předmět plnění veřejné zakázky využity, neboť nesplňují dojezdovou vzdálenost stanovenou obviněným. K dojezdové vzdálenosti 40 km obviněný ve vyjádření dále uvádí, že odpovídá 1 hodině a 2 minutám, přičemž při výpočtu této doby vychází z předpokladu, že nákladní vůz ujede přes hlavní město Prahu vzdálenost cca 30 km (průměrnou rychlostí 35 km/h) a mimo něj vzdálenost cca 10 km (průměrnou rychlostí 55 km/h). Úřad uvádí, že z právě uvedeného plyne, že pokud pojedou nákladní vůz celou vzdálenost 40 km mimo hlavní město Prahu, lze předpokládat, že pojedou průměrnou rychlostí 55 km/h. S ohledem na uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že pokud by obviněný stanovil svůj požadavek na dispozici obalovnou asfaltových směsí pomocí dojezdové doby, je za situace, kdy místo plnění veřejné zakázky je umístěno na západním okraji hlavního města Prahy zřejmé, že dojezdovou dobu by jistě splnily i obalovny vzdálenější (zejména ty ležící západně od místa plnění veřejné zakázky, u nichž se lze při přepravě asfaltové směsi zcela vyhnout hlavnímu městu Praze) a mohly by být v právě posuzovaném případě dodavatelům využity. Jako příklad z citované tabulky (jejíž obsah obviněný s výjimkou navrhovatelem vypočtených dojezdových časů nezpochybňuje) lze uvést např. obalovny v Lounech.
70. Úřad dále konstatuje, že zadavatel stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu se zásadou zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 2 zákona a v rozporu s ustanovením § 36 odst. 1 zákona, neboť tím, že stanovil požadavek na dispozici obalovnou asfaltových směsí v dojezdové vzdálenosti maximálně 40 km od místa plnění veřejné zakázky s kapacitou výroby min. 120 t/hod., vytvořil bezdůvodné překážky hospodářské soutěže a zvýhodnil některé dodavatele, konkrétně ty dodavatele, kteří v příslušné dojezdové vzdálenosti disponují obalovnou asfaltových směsí.
71. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona tím, že stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu s ustanovením § 36 odst. 1 citovaného zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou

v ustanovení § 6 odst. 2 citovaného zákona, neboť požadoval v čl. VI. odst. 5 návrhu smlouvy o dílo, který tvoří přílohu zadávací dokumentace, doložení dokladu o dispozici (buď formou vlastnictví, nebo smluvním zajištěním) obalovnou asfaltových směsí jako součást nabídky prostřednictvím přílohy návrhu smlouvy o dílo, přičemž dále v čl. 10.3 zadávací dokumentace stanovil požadavek, aby z důvodu zajištění včasné dodávky asfaltových směsí s nezbytnými technologickými parametry byla obalovna s kapacitou výroby min. 120 t/hod. v dojezdové vzdálenosti maximálně 40 km od místa plnění veřejné zakázky, přičemž uvedená maximální vzdálenost nijak přímo nevyovídá o době přepravy asfaltové směsi, přestože pro zajištění kvalitní asfaltové směsi při její pokládce je stěžejní doba, která uplyne od naložení asfaltové směsi na nákladní vůz v obalovně do doby její pokládky, tedy dojezdová doba a nikoliv dojezdová vzdálenost, čímž vytvořil bezdůvodně překážky hospodářské soutěže a zvýhodnil některé dodavatele, a zadal veřejnou zakázku, když na její předmět uzavřel dne 17. 6. 2019 smlouvu o dílo s vybraným dodavatelem.

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

72. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) a b) zákona.
73. Podle § 270 odst. 5 zákona činí promlčecí doba 5 let.
74. Podle § 31 odst. 1 zákona o 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.
75. V návaznosti na výše uvedené Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupků uvedených ve výroku I. tohoto rozhodnutí a II. původního rozhodnutí došlo dne 17. 6. 2019, kdy obviněný uzavřel smlouvu o dílo s vybraným dodavatelem.
76. Z výše uvedených údajů tedy vyplývá, že promlčecí doba dle § 270 odst. 5 zákona ve vztahu k projednávaným přestupkům neuplynula a odpovědnost obviněného za přestupky nezanikla.
77. 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.
78. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona za přestupek podle § 268 odst. 1 zákona, nepoužije-li se postup podle § 268 odst. 3 zákona, lze uložit pokutu do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) až c) zákona.
79. Úřad uvádí, že za přestupky uvedené ve výroku I. tohoto rozhodnutí a II. původního rozhodnutí lze obviněnému uložit správní trest pokuty ve stejné výši [stejná horní hranice pokut dle § 268 odst. 2 písm. a) zákona], a je tedy nutné uložit dle § 41 odst. 1 zákona o přestupcích pokutu podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejzávažnější. Úřad uložil pokutu za přestupek uvedený ve výroku II. původního rozhodnutí, který posoudil jako

nejzávažnější, a to s ohledem na skutečnost, že obviněný svým nezákonným postupem znemožnil Úřadu věcný přezkum úkonů obviněného při zadávání šetřené veřejné zakázky a vydání meritorního rozhodnutí v rámci správního řízení S0202/2019/VZ. K přestupku uvedenému ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad přihlédne jako k přitěžující okolnosti.

80. Podle uzavřené smlouvy o dílo cena veřejné zakázky činí částku ve výši 9 554 907,14 Kč vč. DPH. Z výše uvedeného vyplývá, že za spáchání přestupku dle výroku II. původního rozhodnutí činí horní hranice pokuty částku ve výši 955 490,714 Kč, po zaokrouhlení 955 491,- Kč.
81. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.
82. Podle § 38 zákona o přestupcích povaha a závažnost přestupku je 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 cit. ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
83. Pokud jde o výklad neurčitého právního pojmu „závažnost přestupku“, Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti (tedy závažnosti) je dán také 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).
84. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku Úřad konstatuje, že v šetřeném případě nedošlo k zákonem předvídanému postupu dle § 246 odst. 1 písm. d) zákona, neboť obviněný uzavřel dne 17. 6. 2019 s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky před uplynutím 60 dnů ode dne 17. 5. 2019, kdy bylo zahájeno správní řízení S0202/2019/VZ, čímž znemožnil Úřadu přezkum úkonů obviněného při zadávání šetřené veřejné zakázky a vydání meritorního rozhodnutí. Pokud by obviněný postupoval v souladu s § 246 odst. 1 písm. d) zákona, mohl by Úřad přezkoumat skutečnosti uváděné navrhovatelem v návrhu [mj. též tvrzenou nezákonnost zadávací podmínky spočívající v požadavku na doložení dokladu o dispozici (buď formou vlastnictví, nebo smluvním zajištěním) obalovnou asfaltových směsí v dojezdové vzdálenosti maximálně 40 km od místa plnění veřejné zakázky s kapacitou výroby min. 120 t/hod.] a vydat v rámci vedeného správního řízení S0202/2019/VZ meritorní rozhodnutí. S ohledem na závěry učiněné Úřadem ve výroku I. tohoto rozhodnutí, by Úřad ve vydaném rozhodnutí nepochybně konstatoval, že obviněný stanovil zadávací podmínky šetřené veřejné zakázky v rozporu s ustanovením § 36 odst. 1 zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 2 zákona, a uložil by podle ustanovení § 263 odst. 3 zákona nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení. Pro úplnost Úřad dodává, že z hlediska intenzity zásahu do právem chráněného zájmu (pravomoc Úřadu vykonávat dozor nad zadáváním veřejných zakázek) se jedná o jedno z nejzávažnějších porušení zákona ze strany

obviněného, neboť v daném případě obviněný svým jednáním zcela omezil práva navrhovatele, neboť v důsledku hrubého porušení (*de facto* ignorace) zákona a jeho pravidel obviněným se navrhovateli nedostalo zákonem garantované ochrany. Obviněný dále svým jednáním znemožnil Úřadu přezkum úkonů obviněného při zadávání šetřené veřejné zakázky a vydání meritorního rozhodnutí, které mohlo směřovat k nápravě nezákonného postupu obviněného. Z uvedeného je zřejmé, že se v šetřeném případě jedná o závažné porušení zákona.

85. Úřad dále při zvažování výše pokuty přihlédl k následkům spáchání přestupku. Následek spáchání přestupku pak spočívá v tom, že smlouva byla uzavřena s vybraným dodavatelem za okolností, které v důsledku nezákonného postupu obviněného omezily navrhovatele na jeho právech, znemožnily Úřadu přezkoumat skutečnosti uváděné navrhovatelem v návrhu a vydat v šetřené věci meritorní rozhodnutí. V případě dodržení pravidla stanoveného v § 246 odst. 1 písm. d) zákona ze strany obviněného by Úřad s ohledem na závěry učiněné ve výroku I. tohoto rozhodnutí v rámci správního řízení S0202/2019/VZ vydal rozhodnutí, kterým by zrušil zadávací řízení na šetřenou veřejnou zakázku a vybraný dodavatel by nebyl vybrán k uzavření smlouvy. Vzhledem k tomu, že porušení zákona obviněným bylo nutno kvalifikovat jako závažné, neboť obviněný naprosto nepřijatelným způsobem omezil právo navrhovatele na jeho zákonem garantovanou ochranu a Úřadu v podstatě znemožnil vydat meritorní rozhodnutí (jedná se v podstatě o jednání na úrovni úplné ignorace zákona a jím stanovených pravidel), bylo by na místě uložení pokuty minimálně v horní polovině její maximální možné výše.
86. Uložení sankce v cca 1/3 zákonné sazby pak Úřadu umožnila skutečnost, že obviněný uzavřel dne 9. 8. 2019 dohodu o ukončení smlouvy o dílo, resp. že šetřenou zadávací podmínku v novém zadávacím řízení již korigoval. Dle názoru Úřadu již další snížení výše pokuty není možné, neboť jednou z funkcí trestu je i generální prevence, tzn., že trest má výchovně působit nejen (byť primárně) na zadavatele samotného (tj. potrestat ho za protiprávní jednání a předcházet opakovanému porušování zákona z jeho strany), ale i na ostatní zadavatele, přičemž je třeba dát (i volbou adekvátní výše trestu) jednoznačně najevo, že trestané jednání obviněného je v oblasti veřejného zadávání absolutně neakceptovatelné.
87. Ve vztahu ke kritériu uvedenému v § 37 písm. c) zákona o přestupcích, podle kterého Úřad při určení druhu trestu a jeho výměry přihlédne k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem, Úřad uvádí následující. Porušení zákona obviněným bylo nutno kvalifikovat jako závažné, neboť zadavatel naprosto nepřijatelným způsobem potlačil právo navrhovatele na přezkum úkonů obviněného ze strany Úřadu a následné vydání meritorního rozhodnutí. Úřadu je rovněž z jeho dozorové činnosti nad zadáváním veřejných zakázek známo, že takové jednání zadavatelů je zcela ojedinělé.
88. Při určování výše pokuty Úřad ve prospěch obviněného zohlednil jako významnou polehčující okolnost fakt, že obviněný zahájil nové zadávací řízení, v němž korigoval šetřenou zadávací podmínku a dále, že uzavřel dne 9. 8. 2019 s vybraným dodavatelem dohodu o ukončení smlouvy o dílo. Dle čl. III. uvedené dohody byla tato uzavřena ještě před započítáním plnění dle smlouvy o dílo.

89. Co se týká dalších okolností, za kterých byl přestupek uvedený ve výroku II. původního rozhodnutí spáchán, Úřad shledal ve smyslu § 40 písm. b) zákona o přestupcích jako přitěžující okolnost spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
90. Úřad neopomněl, že předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí (blíže viz bod 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí) uložil Úřadu přezkoumat při opětovném posouzení případu rovněž výši pokuty stanovenou ve výroku III. původního rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že Úřad při novém posouzení případu dospěl ve výroku I. tohoto rozhodnutí ke stejnému závěru jako ve výroku I. původního rozhodnutí, a sice že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona, uložil Úřad obviněnému ve výroku II. tohoto rozhodnutí pokutu ve stejné výši jako v původním rozhodnutí.
91. Úřad se dále zabýval skutečností, zda přestupek, za který je obviněnému nyní ukládán trest, není v souběhu s dalším přestupkem (správním deliktem) obviněného. Tento postup Úřadu vychází z konstantní rozhodovací praxe správních soudů, kdy je možné odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2009, č. j. 1 As 28/2009 – 62, popřípadě rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 9. 2016 č. j. 6 As 245/2015 – 33. V prvně uvedeném rozsudku Nejvyšší správní soud konstatoval, že *„soud dovodil, že při trestání správních deliktů týměž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat tento trestněprávní institut vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva ve správním trestání všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. K této zásadě se již Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve svém rozsudku ze dne 16. 4. 2008, č. j. 1 As 27/2008 - 67, dle něhož „použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázkou vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.“*. Soud dále pokračuje tak, že *„[t]restněprávní doktrína uvádí, že souběh „je dán tehdy, jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich vyhlášen soudem prvního stupně odsuzující rozsudek za podmínky, že tento rozsudek později nabyl právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, str. 26).“*. Současně je v citovaném rozsudku uvedeno, že pro potrestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale je nezbytné použití absorpční zásady, pakliže zde existují sbíhající se správní delikty (nyní přestupky).
92. S ohledem na výše uvedené Úřad zhodnotil, zda je v daném případě na místě zohlednit i jiné sbíhající přestupky, za které již obviněnému byla uložena pokuta podle zákona. Jak již bylo uvedeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, ke spáchání přestupku uvedeného ve výroku II. původního rozhodnutí došlo dne 17. 6. 2019. Úřad ověřil, že v právě projednávaném případě není přestupek obviněného v souběhu s žádným dalším přestupkem.
93. Při posuzování výše uložené pokuty Úřad dále vycházel z premisy, že pokuta (jak již bylo naznačeno výše) uložená obviněnému za zjištěné porušení zákona má obecně plnit dvě základní funkce, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem – a funkci preventivní, která směřuje k předcházení jeho porušování, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem

pociťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v obviněného materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro obviněného likvidačním. Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Podle názoru Úřadu je výše uložené pokuty vzhledem k okolnostem případu, kdy obviněný svým jednáním de facto ignoroval zákon a jím stanovená pravidla, čímž omezil navrhovatele na jeho právech (navrhovateli se nedostalo zákonem garantované ochrany) a znemožnil Úřadu přezkum skutečností uváděných navrhovatelem v návrhu a vydání meritorního rozhodnutí přiměřená a naplňuje dostatečně obě funkce právní odpovědnosti.

94. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta – ať už uložená v jakékoli výši – může jevit jako krajně „nespravedlivá“, a to konkrétně v situaci, kdy by zcela „zmařila“ ekonomickou podstatu pachatele přestupku. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z obsahu (poslední uveřejněné) výroční zprávy obviněného za rok 2018 umístěné na internetových stránkách <https://or.justice.cz/ias/ui/vypis-sl-firma?subjektId=875858> vyplývá, že obviněný hospodařil v roce 2018 s majetkem v řádu stovek milionů korun. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze s ohledem na výši finančních prostředků, jimiž obviněný v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.
95. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele přestupku, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře obviněného, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.
96. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační, neboť Úřad uložil obviněnému pokutu ve výši cca 1/3 zákonné sazby.
97. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
98. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.
99. Úřad uvádí, že již neuložil obviněnému povinnost nahradit náklady řízení podle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích v návaznosti na § 79 odst. 5 správního řádu paušální částkou ve výši 1 000,- Kč, neboť předseda Úřadu potvrdil v druhostupňovém rozhodnutí výrok IV. napadeného rozhodnutí stanovující náklady správního řízení v paušální výši 1 000,- Kč, a to

s odůvodněním, že se jedná o výrok závislý na posouzení spáchání přestupků obviněného, přičemž pro uložení povinnosti uhradit náklady řízení, postačí, že byl předsedou Úřadu potvrzen výrok II. napadeného rozhodnutí (blíže viz bod 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### **Obdrží:**

Technická správa komunikací hl. m. Prahy, a.s., Řásnovka 770/8, Staré Město, 110 00 Praha 1

### **Vypraveno dne:**

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