



UOHSX00DK7L3

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0075/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-20461/2020/322/JSr

Brno: 3. července 2020

V řízení o rozkladu ze dne 14. 4. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 15. 4. 2020 obviněným –

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0072/2020/VZ, č. j. ÚOHS-09903/2020/523/GHo ze dne 31. 3. 2020 vydanému ve správním řízení ve věci možného spáchání přestupku ve smyslu § 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 obviněným Technická správa komunikací hl. m. Prahy, a.s., IČO 03447286, se sídlem Řásnovka 770/8, Staré Město, 110 00 Praha 1, 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,

jsem na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů rozhodl takto:

I.

Výroky I. a III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0072/2020/VZ, č. j. ÚOHS-09903/2020/523/GHo ze dne 31. 3. 2020 dle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona

**r u š í m**

a věc vracím Úřadu k novému projednání.

II.

Výroky II. a IV. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0072/2020/VZ, č. j. ÚOHS-09903/2020/523/GHo ze dne 31. 3. 2020 dle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona,

**p o t v r z u j i,**

a podaný rozklad v intencích těchto výroků

**z a m í t á m.**

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Postup obviněného a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 16. 1. 2019 zahájil 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**“) odesláním oznámení o zahájení řízení podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> užití 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**“).
2. Obviněný obdržel ve lhůtě pro podání žádostí o účast celkem 8 žádostí o účast, přičemž ze zprávy o hodnocení a posouzení nabídek vyplývá, že obviněný obdržel celkem 6 nabídek, jako ekonomicky nejvýhodnější byla vybrána nabídka účastníka zadávacího řízení STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Kačírková 982/4, Jinonice, 158 00 Praha 5 (dále jen

---

<sup>1</sup> Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni spáchání přestupku, tj. ke dni uzavření smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku.

„**vybraný dodavatel**“). Dne 25. 4. 2019 doručil dodavatel Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice (dále jen „**navrhovatel**“) obviněnému námitky proti zadávacím podmínkám z téhož dne (dále jen „**námítky**“). Obviněný námitky odmítl rozhodnutím o námitkách ze dne 7. 5. 2019.

3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), obdržel dne 17. 5. 2019 návrh navrhovatele na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“), přičemž navrhovatel v něm brojil mimo jiné proti zadávací podmínce spočívající v požadavku na doložení dokladu o dispozici (buď formou vlastnictví, nebo smluvním zajištěním) obalovnou asfaltových směsí o kapacitě výroby min. 120 t/hod., v dojezdové vzdálenosti maximálně 40 km od místa plnění, a to jako přílohu návrhu smlouvy. Dnem obdržení návrhu bylo zahájeno správní řízení pod sp. zn. ÚOHS-S0202/2019/VZ 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**“).
4. Dne 17. 6. 2019 uzavřel obviněný na předmět veřejné zakázky smlouvu o dílo s vybraným dodavatelem a Úřad správní řízení S0202/2019 dne 20. 6. 2019 z důvodu naplnění hypotézy uvedené v ustanovení § 257 písm. j) zákona zastavil usnesením č. j. ÚOHS-S0202/2019/VZ-17220/2019/523/GHo. Dne 12. 8. 2019 podal obviněný Úřadu informace o úkonech správního řízení, když sdělil, že dne 9. 8. 2019 uzavřel s vybraným dodavatelem dohodu o ukončení smlouvy o dílo na předmět veřejné zakázky.
5. 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 § 36 odst. 1 zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 2 zákona, neboť požadoval jako přílohu návrhu smlouvy doložení dokladu o dispozici (buď formou vlastnictví, nebo smluvním zajištěním) obalovnou asfaltových směsí o kapacitě výroby min. 120 t/hod. v dojezdové vzdálenosti maximálně 40 km od místa plnění, a dále zda obviněný neporušil pravidlo stanovené v § 246 odst. 1 písm. d) zákona, když dne 17. 6. 2019 v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, v průběhu správního řízení S0202/2019 zahájeného 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, a proto zahájil z moci úřední řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0072/2020/VZ.

## II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 31. 3. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0072/2020/VZ č. j. ÚOHS-09903/2020/523/GHo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
7. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že obviněný se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona tím, že stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu s ustanovením § 36 odst. 1 zákona a zásadou zákazu diskriminace, neboť požadoval doložení dokladu o dispozici obalovnou asfaltových směsí jako součást nabídky prostřednictvím přílohy návrhu smlouvy o dílo, přičemž stanovil požadavek na kapacitu výroby této obalovny min. 120 t/hod., ačkoliv k plnění předmětu veřejné zakázky by jistě postačovala nižší kapacita výroby obalovny, čímž vytvořil bezdůvodně překážku hospodářské soutěže, zvýhodnil některé dodavatele a zadal veřejnou zakázku.

8. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidlo stanovené v ustanovení § 246 odst. 1 písm. d) zákona, když dne 17. 6. 2019 v průběhu správního řízení S0202/2019, zahájeného dne 17. 5. 2019, aniž by vyčkal uplynutí doby, po kterou platí zákaz uzavření smlouvy, s vybraným dodavatelem smlouvu na předmět veřejné zakázky uzavřel, čímž ovlivnil výběr dodavatele.
9. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému uhradit pokutu ve výši 300.000,- Kč.
10. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému uhradit náklady řízení v paušální výši 1.000,- Kč.
11. V odůvodnění výroku I. Úřad s odkazem na dokument Ministerstva dopravy – Odbor infrastruktury s názvem „Technické kvalifikační podmínky staveb pozemních komunikací“ určil, že obalovna asfaltových směsí musí mít takovou hodinovou kapacitu výroby, aby byla umožněna nepřerušovaná plynulá pokládka, přičemž minimální skutečný výkon obalovny vyrábějící asfaltovou směs pro dálnice a rychlostní silnice musí být 120 t/hod. Z tohoto Úřad dovodil, že jelikož projektovaná šířka pro dálnice a rychlostní silnice je 5 až 6 krát větší, než pro místní obslužnou komunikaci, která je předmětem veřejné zakázky, jedná se v předmětné veřejné zakázce o požadavek neadekvátní. Dle Úřadu je možné zajistit dostatečnou produkci asfaltu i prostřednictvím dodávek asfaltových směsí z obalovny s nižším než požadovaným výkonem, a proto jsou zadávací podmínky v rozporu se zásadou diskriminace, když bezdůvodně zvýhodňují dodavatele, kteří disponují obalovnou s uvedenou kapacitou oproti dodavatelům, kteří disponují obalovnami s kapacitou menší.
12. V odůvodnění výroku II. Úřad shledal, že uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku v blokační lhůtě mu nezbylo ve správním řízení S0202/2019 nic jiného než jej zastavit, čímž došlo k úplnému zmaření přezkumu předmětného zadávacího řízení. Úřad rovněž shledal, že došlo k ovlivnění výběru dodavatele tzv. „dovnitř“ zadávacího řízení, tedy ke známému okruhu účastníků, když tito účastníci ztratili možnost se po provedeném přezkumu potenciálně ucházet o vítězství ve veřejné zakázce. Úřad zároveň konstatoval, že vzhledem k závěrům učiněným ve výroku I. by v rámci správního řízení S0202/2019 nepochybně konstatoval stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem a uložil by nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení. Úřad také určil, že skutečnost, že obviněný uzavřel s vybraným dodavatelem dohodu o ukončení smlouvy ještě před započítáním plnění a vypsání nové zadávacího řízení, v němž upravil původně napadenou podmínku, nemůže zvrátit existenci škodlivosti protiprávního jednání obviněného, ani naplnění formálních a materiálních znaků přestupku.
13. V odůvodnění výroku III. se Úřad vyjádřil o přestupku jako o ojedinělém a jednom z nejzávažnějších porušení zákona ze strany obviněného, jelikož jím byly zcela omezeny práva navrhovatele na přezkum a zákonem garantovanou ochranu, pro což by bylo na místě uložit pokutu v horní polovině maximální možné výše. Ke snížení na zhruba třetinovou výši zákonné sazby Úřad přistoupil z důvodu uzavření dohody o ukončení smlouvy o dílo mezi obviněným a vybraným dodavatelem ještě před započítáním plnění a z důvodu korekce šetřené zadávací podmínky v nově vypsáném zadávacím řízení zadavatele.

### III. Rozklad obviněného

14. Dne 15. 4. 2020 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad obviněného ze dne 14. 4. 2020. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 31. 3. 2020. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

#### Námítky rozkladu

15. Obviněný v podaném rozkladu k výroku I. namítá, že Úřad pouze formálně porovnal požadovaný výkon obalovny s předmětem a rozsahem veřejné zakázky, aniž by se zabýval dalšími souvisejícími technologickými požadavky, konkrétně především skutečností, že pro plnění předmětu veřejné zakázky je zapotřebí použití finišeru s hladící lištou širokou min. 3 metry s možností rozšíření, přičemž 95% finišerů s touto šířkou pracuje s kapacitou pokládky na úrovni 120 t/hod či vyšší, jediný pracující na úrovni 80 t/hod nemá možnost rozšíření hladící lišty a není proto vzhledem k požadavku tohoto rozšíření pro plnění veřejné zakázky použitelný. Technologický postup je dle obviněného shodný jak pro dálnici či rychlostní silnici, tak pro místní komunikaci, když dochází k použití stejných finišerů, které pouze musí u širších komunikací opakovat cyklus pokládky vícekrát. Úřad se dle obviněného rovněž nezabýval otázkou, existují-li vůbec v požadované dojezdové vzdálenosti obalovny s nižším než požadovaným výkonem, přičemž sám předložil seznam obaloven, z něhož vyplývá, že všechny obalovny v požadované vzdálenosti splňují výkon minimálně 160 t/hod.
16. Dále v rozkladu obviněný proti výrokům II. a III. rovněž namítá, že Úřad nedostatečně přihlédl ke skutečnostem, dle nichž došlo k uzavření smlouvy administrativním pochybením, nikoliv cíleným zmařením přezkumného 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). Na základě těchto skutečností měl dle obviněného Úřad shledat buďto zcela absentující, případně výrazně sníženou společenskou škodlivost přestupku a nenaplnění jeho materiální stránky, když obviněný *de facto* z vlastní vůle naplnil následek nejpřísnějšího možného nápravného opatření. Pokud však tyto uvedené skutečnosti Úřad neshledal důvodem pro vyloučení spáchání přestupku, vymezuje se obviněný proti stanovení pokuty v uvedené výši, když se v žádném případě nesnažil sabotovat původní správní řízení a učinil výše popsané kroky k zamezení škodlivého následku svého administrativního pochybení.

#### Závěr rozkladu

17. Obviněný navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil. Pro případ neúspěchu obviněný navrhuje napadené rozhodnutí změnit.

### IV. Řízení o rozkladu

18. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

### **Stanovisko předsedy Úřadu**

19. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 98 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „**přestupkový zákon**“) přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v plném rozsahu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
20. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, nerozhodl ve výrocích I. a III. správně a v souladu s právními předpisy, zatímco ve výrocích II. a IV. napadeného rozhodnutí Úřad správně a v souladu s právními předpisy rozhodl. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení výroků I. a III. napadeného rozhodnutí a potvrzení výroků II. a IV. napadeného rozhodnutí, spolu se zamítnutím rozkladu v intencích výroků II. a IV. napadeného rozhodnutí.

### **V. K námitkám rozkladu a k důvodům zrušení výroků I. a III. napadeného rozhodnutí**

21. Dle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
22. Dle § 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.
23. Dle § 246 odst. 1 písm. d) zákona nesmí zadavatel uzavřít smlouvu s dodavatelem ve lhůtě 60 dnů ode dne zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud byl návrh na zahájení řízení podán včas; zadavatel však může i v této lhůtě smlouvu uzavřít, pokud Úřad návrh zamítl nebo bylo správní řízení vedené o návrhu zastaveno a takové rozhodnutí nabylo právní moci.
24. Dle § 257 písm. j) zákona zastaví Úřad zahájené řízení usnesením, jestliže zadavatel v průběhu správního řízení uzavřel smlouvu na plnění předmětu přezkoumávané veřejné zakázky.
25. Dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
26. Dle § 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.

#### *K námitkám obviněného proti výroku I. napadeného rozhodnutí*

27. Obviněný ve čl. IV. rozkladu brojí proti výroku I. napadeného rozhodnutí dvěma způsoby. Za prvé argumentuje, že Úřad nevzal v potaz relevantní technologické aspekty, které opravňují stanovení požadavku na výkon obalovny ve výši 120 t/hod. Prvním z těchto aspektů je potřeba využití konkrétního typu finišeru (se šířkou hladící lišty min. 3 metry

a možností jejího rozšíření), který by byl pro plnění předmětu veřejné zakázky dle obviněného „zcela jistě použit“, přičemž všechny finišery s touto charakteristikou, které na trhu existují, pracují s kapacitou pokládky 120 t/hod. či vyšší. Druhým aspektem je technologický postup samotné pokládky asfaltu, jelikož dle obviněného není rozdíl mezi provedením těchto prací u dálnice či rychlostní silnice a u místní komunikace. Cyklus položení se dle jeho názoru pouze v případě potřeby pokrytí větší šířky vozovky opakuje vícekrát. Závěr Úřadu, že u užší vozovky než je dálnice, bude technologický postup jiný, pouze z důvodu této rozdílné šířky, je dle obviněného chybný.

28. Předseda Úřadu k oběma těmto aspektům uvádí následující. Obviněný v bodě 4.4.4 zadávací dokumentace stanovil požadavek na mechanizační prostředky pro plnění veřejné zakázky, které bude mít dodavatel pro její plnění k dispozici. Jedním z takto uvedených technických zařízení je stanoven „1 ks finišer pro pokládku asfaltových směsí“. Dle zjištění předsedy Úřadu obviněný nikde v zadávacích podmínkách nespécifikoval, že by se mělo jednat o určitý typ finišeru s konkrétními vlastnostmi (například s možností rozšíření lišty), tím spíše pochopitelně takový požadavek nezdůvodnil. Obviněný se odkazuje na neurčité konzultace s odborníky, dle jejichž vyjádření by byl takový finišer „zcela jistě použit“, přitom však v zadávacích podmínkách není stanovena ani konkrétní požadovaná technologie pokládky, jinými slovy konkrétní postup realizace veřejné zakázky, který by si zadavatel vymínil.
29. Předseda Úřadu v žádném případě nerozporuje obviněným citované závěry Úřadu, učiněné například v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0083/2018/VZ-12068/2018/531/VNe ze dne 23. 4. 2018, v nichž Úřad dovodil, že z důvodu objektivních odůvodněných příčin je na místě připustit prolomení zásady zákazu diskriminace, tedy že se tak může dít jedině na základě logických úvah a nikoliv bezdůvodně. Zároveň je ale na místě shledat, že argumentuje-li obviněný tím způsobem, že požadavek na výkon obalovny je dán vzhledem k potřebě použití konkrétního typu finišeru, musí být tato potřeba podložena zadávací dokumentací, nikoliv pouze tvrzením obviněného (obzvláště pak vágním vyjádřením, že by k použití určitého technického zařízení „zcela jistě došlo“). Pokud totiž nejsou v zadávací dokumentaci obsaženy požadavky obviněného (v tomto případě na využití určitého typu finišeru), není možno jimi dále zdůvodňovat potřebu výkonu obalovny.
30. Úřad v rámci přezkumu veřejné zakázky zjistil, jaký je dle dokumentů Ministerstva dopravy minimální požadavek na výkon obalovny pro dálnice a rychlostní silnice a bez dalších zjištění a prověřování uzavřel, že pokud je u nich pro pokládku asfaltu adekvátní výkon 120 t/hod., není tento výkon adekvátní pro místní komunikaci, která je projektována 5-6 krát užší. V daném správním řízení je ovšem otázkou, jestli šířka vozovky, jak uvádí obviněný v rozkladu, hraje pro realizaci veřejné zakázky vůbec nějakou roli. Obviněný totiž tvrdí, že na požadavek výkonu obalovny nemá žádný efekt počet vedle sebe nutně provedených pokládek asfaltu, protože klíčovými jsou podle něj naopak vlastnosti pokládaného (resp. položeného) materiálu, které rozhodují o tom, jestli se jedná u stavebních prací na dálnicích a rychlostních silnicích o stejné technologické postupy, jako u pozemní komunikace, jejíž vybudování je předmětem veřejné zakázky.
31. Zároveň obviněný, jak bylo naznačeno výše, nikde v zadávací dokumentaci nestanovil požadavek na určitou technologii pokládky či jiný způsob výstavby pozemní komunikace. Úřad tak na jednu stranu bez dostatečných skutkových zjištění označil požadavek obviněného na výkon obalovny za neadekvátní, na druhou stranu si však obviněný

v zadávacích podmínkách nevymínil žádný konkrétní postup pokládky nebo použití určitých konkrétních technických zařízení dodavatelem. Pro náležité posouzení požadavku na výkon obalovny je proto potřeba zjistit, má-li tento požadavek obviněného oporu v zadávacích podmínkách, a to nikoliv pouze vzhledem k šířce projektované pozemní komunikace, která je předmětem plnění veřejné zakázky, ale vzhledem ke všem požadavkům na celou realizaci veřejné zakázky, s ohledem především na technologii pokládky a užívaná technická zařízení. Pouze na základě celistvého posouzení je možno posoudit, je-li pro požadovanou činnost odůvodněný a adekvátní výkon obalovny asfaltových směsí 120 t/hod.

32. K výše uvedenému vypořádání argumentů obviněného, které míří proti posouzení věci Úřadem v napadeném rozhodnutí, je na místě doplnit, že se jedná o problematiku, která by v předmětném případě neměla být posuzována na prvním místě. Úřad v rámci přezkumu oprávněnosti požadavků obviněného posuzoval pouze otázku výkonu obalovny, předseda Úřadu je ovšem toho názoru, jak bude uvedeno níže, že je nejprve potřeba uvážit jiné aspekty zadávacích podmínek.
33. Druhým argumentem obviněného svědčícím o nesprávnosti napadeného rozhodnutí je totiž tvrzená skutečnost, že v požadované vzdálenosti 40 km (resp. i ve vzdálenosti 60 km) od místa plnění se reálně ani žádná obalovna, která by výkon alespoň 120 t/hod. neměla, nenachází, a tudíž že diskriminace požadavkem na tento výkon není vůbec možná. Toto tvrzení obviněný dokládá předložením seznamu všech obaloven nacházejících se v požadované dojezdové vzdálenosti.
34. V této otázce týkající se výroku I. napadeného rozhodnutí je tedy na místě posoudit, zdali v požadované vzdálenosti vůbec existuje obalovna, která by předmětných požadavek na výkon minimálně 120 t/hod. nesplňovala. Obviněný doručil v rozkladu vlastní seznam obaloven nacházejících se ve vzdálenosti až 60 km od místa plnění veřejné zakázky, přičemž nejnižší uvedený výkon je 160 t/hod. Jelikož se jedná o nové skutečnosti, které je dle § 97 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupy a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů obviněný oprávněn uvést až v řízení o rozkladu, a jelikož je zároveň výrok I. napadeného rozhodnutí rušen, je na místě tyto skutečnosti prověřit v rámci nového posouzení věci Úřadem. Zkoumání tohoto tvrzení zároveň není posouzením otázky vlivu na výběr nejvhodnějšího dodavatele, neboť zde byly shledány Úřadem nezákonně nastavení zadávací podmínky, u kterých dle § 268 odst. 1 písm. b) zákona není zkoumán vliv, nýbrž se jedná o posouzení možnosti diskriminačního efektu. Pokud je ovšem na místě uvažovat o vyloučení diskriminace z toho důvodu, že k ní ani nemohlo dojít, jelikož se ve stanovené vzdálenosti žádná obalovna o nižším výkonu ani nenachází, musí být náležitě prověřena i oprávněnost druhého požadavku, kterým je zmíněná vzdálenost obalovny do 40 km od místa plnění.
35. Přestože navrhovatel v námitkách i v návrhu v původním správním řízení S0202/2019 napadal i tuto zadávací podmínku týkající se vzdálenosti, Úřad se jí v napadeném rozhodnutí vůbec nezabýval, když argumentaci v napadeném rozhodnutí postavil pouze na neadekvátním požadavku výkonu obalovny. 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. Nejenže bylo tedy na místě prověřit zákonnost této zadávací podmínky, ale její oprávněnost je zároveň vstupním bodem pro posouzení, je-li možno uvažovat o obviněným navrhaném vyloučení možnosti diskriminace.

36. Předseda Úřadu k výše uvedenému pouze dodává, že letmým průzkumem seznamu obaloven na webových stránkách<sup>2</sup> zjistil, že v dojezdové vzdálenosti 60 km od místa plnění veřejné zakázky se nachází celkem patnáct obaloven (přičemž zadavatel uvedl v rozkladu seznam pouze devíti z nich), v dojezdové vzdálenosti do 1 hodiny<sup>3</sup> je zde uvedeno obaloven dokonce devatenáct.
37. V rámci nového posouzení věci Úřadem, v otázce problematiky týkající se výroku I., je tedy na místě postupovat v následující posloupnosti. Nejprve je potřeba 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 pomocí 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 dostatečné k tomu, aby jimi mohl odůvodnit požadavek na výkon obalovny ve výši 120 t/hod.

*K námitkám obviněného proti výroku II. napadeného rozhodnutí*

38. Obviněný v rozkladu proti výroku II. napadeného rozhodnutí přiznává, že administrativním nedopatřením uzavřel smlouvu v blokační lhůtě, čímž byl fakticky znemožněn přezkum zákonnosti zadávacích podmínek. Dle obviněného však zároveň došlo k vyloučení, či přinejmenším výraznému snížení společenské škodlivosti tím, že jakmile své provinění zjistil, okamžitě jej Úřadu sdělil a neprodleně zahájil kroky k ukončení smlouvy, k čemuž došlo ještě před zahájením plnění a vynaložení finančních prostředků. Jelikož obviněný sám zrušil smlouvu, dle svých slov tak *de facto* naplnil nejpřísnější možný výsledek správního řízení S0202/2019, když musel na předmět veřejné zakázky zahájit nové zadávací řízení, v němž navíc upravil napadenou zadávací podmínku.

<sup>2</sup> <https://www.betonsserver.cz/obalovny-asfalt/obalovny>

<sup>3</sup> Obviněný v rámci rozhodnutí o námitkách navrhovatele ze dne 7. 5. 2019 provedl výpočet, dle něž stanovená vzdálenost 40 km odpovídá vzhledem k místu plnění veřejné zakázky 1 hodině a 2 minutám, které jsou jako doba požadovaná pro dopravení asfaltové směsi v souladu s Technickými a kvalitativními podmínkami staveb pozemních komunikací.

39. Úřad posoudil naplnění formální stránky přestupku v bodech 55. – 62. napadeného rozhodnutí. Nejprve v bodě 55. správně uzavřel, že znak skutkové podstaty spočívající v nedodržení pravidel stanovených zákonem byl naplněn, když zadavatel prokazatelně nedodržel ustanovení § 246 odst. 1 písm. d) tím, že uzavřel smlouvu v blokační lhůtě. Rovněž znak skutkové podstaty spočívající v zadání veřejné zakázky je tím pochopitelně dán, což Úřad konstatoval v bodě 62. napadeného rozhodnutí. Otázka vlivu, kterou Úřad posuzoval v bodech 56. – 61. napadeného rozhodnutí, je v tomto případě rovněž jednoznačná. V okamžiku nedodržení blokační lhůty zadavatelem je zde vliv na veřejnou zakázku dán vždy a spočívá v nemožnosti posouzení zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem. Primárním úkolem Úřadu jakožto kontrolního orgánu postupu zadavatelů při zadávání veřejných zakázek je dohled nad dodržováním zákona včetně všech principů otevřené hospodářské soutěže. K narovnáním vztahů mezi zadavatelem a dodavatelem (resp. dodavatelem) narušených nezákonností postupů v rámci zadávacího řízení je však možno dosáhnout pouze v době do skončení konkrétního zadávacího řízení. Po uzavření smlouvy je již v pravomoci Úřadu pouze uložení pokuty nebo nařízení zákazu plnění z uzavřené smlouvy, to však jedině na návrh. Pokud tedy dojde k úplnému zmaření možnosti přezkumu a nemožnosti posouzení zákonnosti postupů provedených při výběru dodavatele, je tímto jednoznačně dán vliv na veřejnou zakázku.
40. Pokud obviněný argumentuje absentující či sníženou přítomností společenské škodlivosti svého provinění, tvrdí tím jinými slovy chybějící nebo omezené naplnění materiální stránky přestupku. V daném případě je ovšem škodlivost uzavření smlouvy v blokační lhůtě dána již nevratným zmařením přezkumu zadávacího řízení. Jak je přitom ze skutkového stavu patrné, uzavřením smlouvy je ukončeno zadávací řízení, které již pochopitelně není možno obnovit či jakkoliv změnit. Ustanovení § 246 odst. 1 zákona jednoznačně definuje zákaz uzavření smlouvy ve všech případech, kdy je zadávací řízení nějakým způsobem napadeno, aby byl zajištěn náležitý přezkum dohledového orgánu – Úřadu. Pokud dojde k uzavření smlouvy a zmaření přezkumu, není možno toto zmaření napravit vlastní činností obviněného. Přestupek byl dokonán již uzavřením smlouvy a k napravení škodlivého zásahu do zákonem chráněného zájmu nemůže dojít ani jejím smluvním ukončením, které se svým důsledkem rovná následku Úřadem zrušeného zadávacího řízení. K tomuto smluvnímu ukončení totiž došlo pouze na základě ochoty vybraného dodavatele vyhovět zadavateli, který sám prokazatelně porušil zákon. K realizaci ukončení smlouvy tak vůbec nemuselo dojít a mohlo se stát, že by ve výsledku veřejné prostředky uplynuly do soukromé sféry, aniž by byl zajištěn přezkum zákonnosti zadávacího řízení. V uzavření smlouvy a zmaření přezkumu transparentnosti postupů obviněného a jím stanovených zadávacích podmínek Úřadem v případě, kdy byl k tomu přezkumu dán návrh, tak spočívá jeden z nejškodlivějších následků, kterého se mohl obviněný v rámci zadávacího řízení dopustit.
41. Skutečnost, že obviněný dle svých vlastních vyjádření uzavřel smlouvu pouze z důvodu administrativního pochybení svého pracovníka (tedy nikoliv úmyslně, nýbrž pouze nedopatřením – opomenutím provedení dostatečné kontroly), rovněž nemůže být skutečností vylučující odpovědnost za přestupek, neboť v daném případě se užije principu objektivní odpovědnosti, která nepředpokládá (a Úřad jej ani nikde v napadeném rozhodnutí netvrdí) existenci zavinění obviněného na spáchání přestupku. Tento závěr potvrzuje rovněž komentářová literatura, dle níž *„[o]dpovědnost za spáchání správního deliktu je odpovědností objektivní, tj. zadavatel odpovídá za následek svého jednání v rámci*

*zadávacího procesu. Odpovědnost dle komentovaného ustanovení není koncipována jako odpovědnost subjektivní, tj. odpovědnost za zavinění, bez ohledu na to, zda se jedná o zavinění úmyslné nebo zavinění nedbalostní. Existence zavinění (ať již úmyslného nebo nedbalostního) tak nemá vliv na spáchání správního deliktu.*“ (Macek, I., Derková, R., Bartoň, D., Košťál, K., Marečková, E., Zatloukal, P.: Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář s judikaturou. Praha: Leges, 2017, s. 798). Rovněž skutečnost, že obviněný Úřadu uzavření smlouvy, tedy jinými slovy spáchání přestupku sám oznámil, nemá na škodlivost spáchaného činu a odpovědnost obviněného žádný vliv, nehledě na to, že obviněný měl k oznámení veškerých změn v zadávacím řízení usnesením č. j. ÚOHS-S0202/2019/VZ-14645/2019/523/GHo ze dne 27. 5. 2019 stanovenou povinnost.

42. Úřad v daném případě rozhodl ve výroku II. správně a v souladu s právními předpisy, neboť obviněný tím, že uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku v blokační lhůtě, prokazatelně porušil ustanovení § 246 odst. 1 zákona, když došlo k naprosté ztrátě kontroly na zákonnosti předmětného zadávacího řízení. Navzdory tomu, že obviněný uzavřel dohodu o ukončení smlouvy o dílo ještě před započítáním plnění z ní, nebylo pod jeho kontrolou zamezení uplynutí veřejných prostředků do soukromé sféry bez možnosti navrhovatele domoci se přezkumu postupů obviněného Úřadem.

*K námitkám obviněného proti výroku III. napadeného rozhodnutí*

43. Obviněný proti výroku III., tedy proti stanovení pokuty ve výši 300.000,- Kč v rozkladu uvedl, že vzhledem k jeho předchozím vyjádřením, dle nichž se přestupku specifikovaného ve výroku I. nedopustil, a čin dle výroku II. zcela nebo zčásti postrádá společenskou škodlivost, nesouhlasí výrazně jak s výší, tak s odůvodněním pokuty. Úřad dle obviněného nezohlednil všechny relevantní okolnosti případu, především pak ty, které obviněný uvedl k výroku II. Obviněný zároveň pro srovnání uvádí rozhodnutí Úřadu ze dne 29. 4. 2015, č. j. ÚOHS-S83/2015/VZ-10213/2015/512/MHr (dále jen „**rozhodnutí Úřadu 2015**“), které je dle jeho názoru skutkově velmi podobné předmětnému případu a Úřad v něm uložil pokutu pouze v částce 30.000,- Kč, tedy při samé spodní hranici zákonné sazby.
44. Předseda Úřadu předně uvádí, že výrok III. napadeného rozhodnutí ruší z toho důvodu, že je vázán na výrok I., který je rovněž rušen z výše uvedených důvodů. V intencích uložení pokuty za přestupek shledaný dle výroku II. napadeného rozhodnutí předseda Úřadu uvádí, že otázka existující materiální stránky přestupku byla vypořádána výše a není tedy důvodem pro zrušení výroku o stanovení výše pokuty, stejně jako se předseda Úřadu neztotožňuje s obviněným v tom smyslu, že by Úřad nedostatečně zohlednil všechny relevantní okolnosti. Zároveň je na místě doplnit, že pokuta ukládaná za výrok II. má jednoznačně preventivní charakter, když jejím účelem je především upozornit zadavatele (jak zadavatele zdejšího, tak všechny ostatní zadavatele), že spáchaný přestupek je jedním z nejzávažnějších provinění, a to i v okamžiku, kdy zadavatel smlouvu na veřejnou zakázku dohodou následně ukončil ještě před započítáním s plněním. Zadavatel by měl vyvinout větší úsilí, aby k podobným administrativním pochybením nedocházelo, protože ve zdejších případech měl pouze štěstí, že druhá strana smlouvy s jejím zrušením souhlasila.
45. Jak již bylo naznačeno, skutečnost, že obviněný uzavřel smlouvu na předmět veřejné zakázky dle svých tvrzení pouhým administrativním pochybením, nikoliv cíleným postupem, není důvodem pro vyloučení odpovědnosti za přestupek, ani důvodem pro snížení ukládané

pokuty. Jak totiž uvedl Krajský soud v Brně se v rozsudku sp. zn. 30 Af 53/2015 ze dne 26. 7. 2017: „*Forma zavinění však může mít vliv na posouzení výše pokuty. Pokud by byl v dané věci shledán úmysl porušit zákon, byla by tato skutečnost zřejmě posouzena jako okolnost přitěžující, jeho absence však nemůže znamenat okolnost polehčující (...)* Ve správním trestání, založeném na objektivní odpovědnosti za správní delikty, nemůže ani nedbalost znamenat bez dalšího polehčující okolnost. K tomu lze dále uvést, že z rozhodnutí správního orgánu I. stupně ani napadeném rozhodnutí (...) nelze seznat, že by byla forma zavinění kladena žalobci k tíži, proto ve smyslu výše uvedeném nelze takovýto postup žalovanému jakkoliv vytknout.“

46. Rovněž situaci, v níž obviněný uzavřel dohodu o ukončení smlouvy o dílo na předmět veřejné zakázky ještě před započítáním plnění a zahájil nové zadávací řízení, v němž diskutovanou zadávací podmínku upravil, vzal Úřad v napadeném rozhodnutí při stanovení výše pokuty v potaz a nelze mu stran této věci ničeho vytknout. Pokud obviněný zároveň odkazuje na rozhodnutí Úřadu 2015, upozorňuje předseda Úřadu, že se jedná o rozhodnutí, které nebylo přezkoumáváno a potvrzeno v rámci rozkladového řízení, zároveň je již staršího data a svým způsobem ojedinělé, především právě v otázce argumentace užití ke stanovení výše pokuty. Na místě je pochopitelně shledat, že správní orgány jsou v souladu se zásadou legitimního očekávání povinny dbát, aby při rozhodování shodných či obdobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly, což platí navzdory volnosti správního uvážení i pro stanovení výše pokuty. Výrok III. napadeného rozhodnutí je však v tomto případě rušen proto, že je částečně navázán na rušený výrok I., jímž byl shledán přestupek obviněného týkající se nezákonného stanovení zadávacích podmínek, který byl rovněž promítnut do výše pokuty, a Úřad má proto při opětovném posouzení případu za úkol přezkoumat rovněž výši pokuty stanovené výrokem III.
47. Předseda Úřadu závěrem doplňuje, že výrok IV. napadeného rozhodnutí stanovující náklady správního řízení v paušální výši 1.000,- Kč potvrdil proto, 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. V případě, že bude Úřadem opětovně shledáno spáchání přestupku dle výroku I. obviněným, nebude již tedy na místě nařizovat rovněž povinnost zaplacení nákladů řízení.
48. V rámci nového posouzení je úkolem Úřadu postupem dle bodu 37. tohoto rozhodnutí prověřit oprávněnost a odůvodněnost zadávacích podmínek, přednostně tedy požadavku na vzdálenost obalovny asfaltových směsí, případně dále posoudit existenci obaloven s nižším než požadovaným výkonem v dané vzdálenosti, a nakonec, pokud k tomu budou dány podmínky, rovněž prověřit požadavek na výkon obalovny vzhledem k v zadávacích podmínkách požadovaným technologickým postupům. Na základě všech těchto zjištění je nutné, aby Úřad opětovně prověřil, jestli byl spáchán přestupek dle § 268 odst. 1 písm. b) zákona a vzhledem k těmto zjištěním uložil obviněnému povinnost zaplatit pokutu v odpovídající výši.

## **VI. Závěr**

49. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení výroků I. a III. napadeného rozhodnutí, a proto výroky I. a III. napadeného rozhodnutí ruším a v jejich intencích věc vracím Úřadu k novému projednání, zároveň v rozsahu výroků II. a IV. napadené rozhodnutí potvrzuji a podaný rozklad zamítám.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží**

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

### **Vypraveno dne**

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