



UOHSX0047TSS

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S112,138/2012/VZ-7831/2012/510/ASH

V Brně dne 26. února 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve společném správním řízení zahájeném dne 20. 2. 2012 na základě návrhu z téhož dne, a zahájeném dne 5. 3. 2012 na základě návrhu ze dne 2. 3. 2012, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – VÍTKOVICE ARÉNA, a.s., IČ 25911368, se sídlem Ruská 3077/135, 700 30 Ostrava, Zábřeh, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 14. 12. 2011 společností STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r.o., IČ 62508822, se sídlem Průběžná 48, 370 04 České Budějovice,
- navrhovatel – Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov, ve správním řízení zastoupena na základě pověření P/1636/2011 ze dne 5. 9. 2011 JUDr. Ondřejem Navrkalem, zaměstnancem navrhovatele, a
- navrhovatel – P r ů m s t a v, a.s., IČ 25105825, se sídlem Boženy Němcové 1881/5, 120 00 Praha 2 – Nové Město, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 3. 2. 2012 Ing. Liborem Chlopčíkem, zaměstnancem navrhovatele,

ve věci vymezené návrhy na přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Rekonstrukce ledové plochy a náhrada stávajících výsuvných tribun v ČEZ ARÉNĚ včetně výměny výplní na úrovni + 15 m“, zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 22. 12. 2011 pod evidenčním číslem 700000003975, následně opraveno dne 19. 1. 2012 pod evidenčním číslem 7202021003975, a jehož oznámení bylo uveřejněno v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 252-411264, následně opraveno dne 31. 1. 2012 pod evidenčním číslem 2012/S 20-032239,

rozhodl takto:

I.

Návrh společnosti Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov, ze dne 20. 2. 2012, **se** podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo odst. 2 citovaného zákona.

II.

Správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele - P r ů m s t a v, a.s., IČ 25105825, se sídlem Boženy Němcové 1881/5, 120 00 Praha 2 – Nové Město - **se** podle ustanovení § 66 odst. 1 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť výše jmenovaný navrhovatel vzal dne 21. 5. 2012 svůj návrh ze dne 2. 3. 2012 zpět.

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení

1. Společnost VÍTKOVICE ARÉNA, a.s., IČ 25911368, se sídlem Ruská 3077/135, 700 30 Ostrava, Zábřeh (dále jen „zadavatel“), uveřejnila podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 22. 12. 2011 pod evidenčním číslem 7000000003975, následně opravila dne 19. 1. 2012 pod evidenčním číslem 7202021003975, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 252-411264, následně opravila dne 31. 1. 2012 pod evidenčním číslem 2012/S 20-032239, oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Rekonstrukce ledové plochy a náhrada stávajících výsuvných tribun v ČEZ ARÉNĚ včetně výměny výplní na úrovni + 15 m“.
2. Předmětem této veřejné zakázky je dle článku 3 „Kvalifikační dokumentace - pokyny pro zpracování žádosti o účast v užším zadávacím řízení“ (dále jen „Kvalifikační dokumentace“) provedení stavby, která je definována projektovou dokumentací a podrobněji vymezena podmínkami v textové části zadávací dokumentace.
3. Z článku 3.2. Kvalifikační dokumentace, označeným jako „bližší informace o stavbě – stručný popis stavebních prací“, vyplývá, že předmětem plnění je zpracování projektové dokumentace pro realizaci stavby, rekonstrukce ledové plochy, komplexní náhrada výsuvných tribun. Dle citovaného článku Kvalifikační dokumentace komplexní náhrada tribun zahrnuje úplnou náhradu stávajících výsuvných tribun B6, B7, B8, C1, C2 a úpravu pódiových tribun D1 až D4, včetně nových sedaček, které budou shodné s již vybranými sedačkami na pevných tribunách, „s cílem zajistit kvalitní viditelnost diváků hokeje, zajištění vstupu na tyto tribuny z ochozu +/- 2,7 m“.
4. Z oznámení užšího řízení evidenční číslo 7000000003975 dne 22. 12. 2011 vyplývá, že předpokládaná hodnota předmětné veřejné zakázky činí 180 000 000 Kč bez DPH.
5. V článku 5.6. Kvalifikační dokumentace zadavatel stanovil, že technické kvalifikační předpoklady splní dodavatel, který seznamem realizovaných zakázek prokáže, že v posledních pěti letech realizoval minimálně jednu zakázku obdobného charakteru (realizace pozemních staveb) s finančním objemem stavby minimálně ve výši 200 000 000 Kč

bez DPH; minimálně čtyři další jiné zakázky obdobného charakteru (realizace pozemních staveb) s finančním objemem každé stavby minimálně ve výši 50 000 000 Kč bez DPH; další jinou zakázku, jejímž předmětem plnění byla dodávka a montáž výsuvných tribun s finančním objemem připadajícím na dodávku a montáž tribun minimálně ve výši 50 000 000 Kč bez DPH; minimálně čtyři další jiné realizované zakázky, jejichž předmětem plnění byla dodávka a montáž technologie chlazení, vzduchotechniky, měření, regulace s finančním objemem prací připadajícím na dodávku a montáž technologie chlazení, vzduchotechniky, měření, regulace u každé zakázky minimálně ve výši 15 000 000 Kč bez DPH. Dle citovaného článku je dodavatel povinen v seznamu uvést dokončené a předané stavby.

6. Zadavatel uveřejnil změnu zadávacích podmínek oznámením v informačním systému veřejných zakázek pod evidenčním číslem 7202021003975 dne 19. 1. 2012. Zadavatel změnil po uveřejnění oznámení zadávacího řízení zadávací podmínky tak, že namísto pěti zájemců splňujících kvalifikaci, jejichž výběr zadavatel měl provést náhodným výběrem dle ustanovení § 61 odst. 4 zákona, budou vyzváni k podání nabídky všichni zájemci, kteří prokáží splnění kvalifikace.
7. Zadavatel dále změnil zvolené základní hodnotící kritérium „*nejnižší nabídková cena*“ na základní hodnotící kritérium „*ekonomická výhodnost nabídky*“ ve smyslu ustanovení § 78 odst. 1 písm. b) zákona. V oznámení užšího řízení uveřejněném pod evidenčním číslem 7202021003975 dne 19. 1. 2012 uvedl jako dílčí hodnotící kritéria: výši nabídkové ceny s váhou 70%, sankci pro nesplnění termínu provedení s váhou 20%, a délku realizace díla v dnech s váhou 10%. Zadavatel prodloužil lhůtu pro podání žádostí o účast v užším řízení z 23. 1. 2012 do 2. 2. 2012. Zadavatel rovněž rozšířil předmět plnění veřejné zakázky o „*výměnu výplní otvorů na úrovni + 15 m*“. Zadavatel uveřejnil změnu zadávacích podmínek oznámením v informačním systému veřejných zakázek pod evidenčním číslem 7202021003975 dne 19. 1. 2012.
8. Zadavatel oznámil dodavatelům dodatečnou informaci číslo 1 ze dne 19. 1. 2012 k požadavkům na kvalifikaci v užším řízení ve smyslu ustanovení § 49 zákona. Zadavatel v dodatečných informacích uvedl, že nadále trvá na 50 000 000 Kč bez DPH jako minimální úrovni předmětného technického kvalifikačního předpokladu. Zadavatel se vyjádřil k obsahu žádosti dodavatele o dodatečné informace tak, že minimální úroveň předmětného technického kvalifikačního předpokladu ve výši 50 000 000 Kč bez DPH odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 56 odst. 7 písm. b) a c) zákona. Zadavatel konkrétně uvedl, že při vymezení minimální úroveň předmětného technického kvalifikačního předpokladu vycházel z hodnoty části plnění, označené v projektové dokumentaci jako „C. Provozní soubory SO 604, Výsuvné tribuny“, která činí 103 624 339 Kč. Zadavatel dále modeluje tak, že pokud by od hodnoty 103 624 339 Kč odečetl náklady na „výrobu a montáž cca 2 500 kusů sedaček“ ve výši 4 000 000 Kč, činily by náklady na „dodávku a montáž vlastních tribun“ přibližně 100 000 000 Kč. Zadavatel vyjádřil pochybnosti o odhadu dodavatele o hodnotě příslušné části veřejné zakázky, neboť nevycházel z projektové dokumentace. Zadavatel dále uvedl, že článek 3.2. Kvalifikační dokumentace o požadavku na shodu vybraných sedaček se sedačkami, které budou dodány v předmětné veřejné zakázce, pronikl do textu Kvalifikační dokumentace nedopatřením.

9. Zadavatel oznámil dodavatelům dodatečnou informaci číslo 2 ze dne 30. 1. 2012 k požadavkům na kvalifikaci v užším řízení ve smyslu ustanovení § 49 zákona. Z uvedené oznámené dodatečné informace vyplývá, že dodavatel žádal o to, aby zadavatel dodatečně uvedl, zda je možné prokázat splnění kvalifikace tím, že dodavatel předloží „*referenční stavbu, která co do rozsahu odpovídá předmětu této veřejné zakázky (tedy počet sedaček umístěných na výsuvných tribunách odpovídá počtu sedaček umístěných na výsuvných tribunách v ČEZ ARÉNĚ), avšak cena dodávky a montáže výsuvných tribun vzhledem k aktuálním cenám těchto prací a konkurenčnímu prostředí, dosahuje výrazně nižší ceny*“. Zadavatel na základě žádosti o dodatečné informace oznámil dodavatelům, že předmětný technický kvalifikační předpoklad, resp. jeho minimální úroveň, vychází „*z technické unikátnosti a technologické náročnosti projektovaných výsuvných tribun*“. Zadavatel dále mimo jiné uvedl, že náklady na výrobu, dodávku a montáž sedaček na výsuvné tribuny dosahují přibližně 10% z celkových nákladů na výrobu a montáž tribun.
10. Zadavatel obdržel čtyři žádosti o účast v užším řízení. Z protokolu o posouzení kvalifikace, jehož jedinou přílohou je „*Odborný posudek (posouzení kvalifikace)*“, vyplývá, že zadavatel dne 16. 3. 2012 posoudil kvalifikaci všech čtyř zájemců.
11. Zpracovatelé nedatovaného „*Odborného posudku (posouzení kvalifikace)*“ posoudili splnění kvalifikace zájemci, a na základě svého posouzení doporučili zadavateli vyloučit zájemce společnost Best Sport Pro Sp. z o.o., se sídlem Grunwaldzka 5, 34 – 300 Żywiec (Polská republika), a to z důvodu nesplnění kvalifikace. Zadavatel dne 16. 3. 2012 rozhodl o vyloučení uvedeného zájemce z účasti v zadávacím řízení.
12. Vyloučený zájemce prokazoval splnění kvalifikace („*další jiná realizovaná zakázka, jejímž předmětem plnění byla dodávka a montáž výsuvných tribun s finančním objemem připadajícím na dodávku a montáž tribun minimálně 50 000 000 Kč bez DPH*“) mimo jiné zakázkou „*Wroclaw – multipurpose hall*“ s cenou plnění zakázky 55 000 000 Kč bez DPH. Nevyloučení zájemci prokazovali splnění předmětné kvalifikace prostřednictvím jednoho a téhož subdodavatele, sdružením společností TON a.s., IČ 49970585, se sídlem Michaela Thoneta 148, 76 861 Bystřice pod Hostýnem, a společnosti Sedasport, s.r.o., IČ 36315788, se sídlem Staromyjavská 1031/14, 907 01 Myjava, Slovenská republika, označeným jako „*Sdružení TON SEDA*“, a to zakázkou „*BC PLACE STADIUM, 777 Pacific Blvd, Vancouver*“ s cenou plnění zakázky ve výši 129 105 000 Kč bez DPH.
13. Dne 13. 1. 2012 uzavřeli zájemce, společnost HOCHTIEF CZ a.s, IČ 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5, a „*Sdružení TON SEDA*“ smlouvu o spolupráci na veřejné zakázce. Předmětem této smlouvy je závazek smluvních stran podílet se společně na plnění předmětné veřejné zakázky. Dle čl. 2 odst. 1 citované smlouvy se dodavatel zavazuje při plnění veřejné zakázky spolupracovat se subdodavatelem v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace, dle čl. 2 odst. 2 smlouvy se subdodavatel zavazuje dodavateli poskytnout plnění v rozsahu, v jakém prokázal splnění kvalifikace. Uvedená smlouva nabývá účinnosti zadáním veřejné zakázky uvedenému zájemci.
14. Dne 16. 1. 2012 uzavřeli zájemce, společnost Metrostav a.s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, a „*Sdružení TON SEDA*“ jako budoucí zhotovitel smlouvu o uzavření budoucí smlouvy o dílo. Předmětem této smlouvy je závazek dodavatele vyzvat subdodavatele ve lhůtě 30 dnů ode dne zadání veřejné zakázky k uzavření smlouvy o dílo.

Dle článku II. citované smlouvy je předmětem provedení stavebních prací, odborného a technického know-how v rozsahu, v jakém dodavatel prostřednictvím subdodavatele prokázal splnění kvalifikace.

15. Dne 17. 1. 2012 uzavřeli zájemce, společnost VAMAZ – servis, a.s., INTOZA s.r.o. a Bytostav Poruba a.s., označené jako „Sdružení VAMAZ, INTOZA, Bytostav“, a „Sdružení TON SEDA“ smlouvu o uzavření budoucí smlouvy o dílo. Předmětem této smlouvy je závazek dodavatele vyzvat subdodavatele ve lhůtě 30 dnů ode dne zadání veřejné zakázky k uzavření smlouvy o dílo. Dle článku II. citované smlouvy je předmětem provedení stavebních prací, odborného a technického know-how v rozsahu, v jakém dodavatel prostřednictvím subdodavatele prokázal splnění kvalifikace.
16. Dle článku 3.1. zadávací dokumentace je předmětem veřejné zakázky stavba, která je technicky definována zpracovanou projektovou dokumentací, a podrobněji vymezena podmínkami v textové části zadávací dokumentace, výkazem výměr a „*eventuálně soupisem prací a dodávek*“.
17. Součástí zadávací dokumentace, jako zvláštní příloha číslo 2, označená jako „*smlouva o dílo*“ (dále jen „Smlouva o dílo“), jsou obchodní podmínky včetně platebních podmínek. Dle článku 7.1. zadávací dokumentace uchazeč v nabídce doloží doplněný návrh Smlouvy o dílo, který musí být v souladu s podmínkami veřejné zakázky, zadávací dokumentací a jím předloženou nabídkou. Z článku XIV. odst. 1 Smlouvy o dílo vyplývá, že zhotovitel (vybraný uchazeč) je v případě prodlení s dodržáním lhůty splnění díla (tj. předání kompletního díla bez vad a nedodělků) stanovené v článku IV. odst. 1 smlouvy povinen zaplatit objednateli (zadavateli) za každý den prodlení smluvní pokutu ve výši, kterou v nabídce uvede. Dle téhož článku věta druhá v případě, že zhotovitel (vybraný uchazeč) poruší svoji povinnost v článku IV. odst. 8 Smlouvy o dílo, „*tj. překročí nejzazší termín k dokončení díla*“, je povinen zaplatit objednateli smluvní pokutu ve výši 200 000 Kč za každý den prodlení se splněním této povinnosti.
18. Dle článku 8.4. zadávací dokumentace je součástí zadávací dokumentace výkaz výměr požadovaných prací, konstrukcí a dodávek v tištěné a elektronické podobě. Uchazeči jsou povinni dle zadávací dokumentace ocenit veškeré položky ve výkazu označeném jako „*C.4 Výsuvné tribuny*“.
19. Zadavatel určil lhůtu pro podání nabídek do 2. 5. 2012.
20. Dne 31. 1. 2012 byly zadavateli doručeny písemné námítky navrhovatele - Skanska a.s., IČ 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 - Chodov, zastoupeného na základě pověření P/1636/2011 ze dne 5. 9. 2011 JUDr. Ondřejem Navrkalem, zaměstnancem (dále jen „navrhovatel 1“). Citované námítky byly doručeny v zákonné lhůtě a směřují proti zadávacím podmínkám, resp. proti požadavkům zadavatele na kvalifikaci v užším řízení.
21. Navrhovatel 1 spatřuje porušení zákona ve stanovení minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu, jehož splnění dle Kvalifikační dokumentace prokáže dodavatel, který v posledních pěti letech realizoval zakázku, jejímž předmětem plnění byla dodávka a montáž výsuvných tribun minimálně ve výši 50 000 000 Kč bez DPH. Navrhovatel 1 uvedl v námítkách, že zadavatelem zvolený technický předpoklad „*nepřiměřeně, nedůvodně a neoprávněně omezuje velkou část potenciálních dodavatelů*“. Navrhovatel 1 spatřuje

porušení zákona rovněž ve stanovení dílčího hodnotící kritéria – „*sankce pro nesplnění termínu provedení díla za každý den prodlení*“. Navrhovatel 1 ve vztahu k citovanému dílčímu hodnotícímu kritériu uvádí, že zadavatel stanovil toto dílčí hodnotící kritérium tak, že nevyjadřuje vztah užitné hodnoty a ceny.

22. Navrhovatel 1 ve svých námitkách uvádí, že v důsledku zadavatelem stanovené minimální úrovně námitkami napadnutého technického kvalifikačního předpokladu navrhovatel 1 se nemůže ucházet o předmětnou veřejnou zakázku. Navrhovatel 1 se v námitkách domáhal snížení minimální hranice tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, a dále se navrhovatel domáhal změny dílčích hodnotících kritérií tak, aby jedním z nich nebylo dílčí hodnotící kritérium „*sankce pro nesplnění termínu provedení díla za každý den prodlení*“.
23. Dne 10. 2. 2012 bylo doručeno rozhodnutí zadavatele č.j. 235/12/KV ze dne 8. 2. 2012 navrhovateli 1. Zadavatel tedy odeslal rozhodnutí o námitkách v zákonné lhůtě. Zadavatel svým rozhodnutím nevyhověl námitkám navrhovatele 1. Zadavatel v odůvodnění svého rozhodnutí uvádí, že předmětný technický kvalifikační předpoklad stanovil v souladu se zákonem. Zadavatel konkrétně uvádí, že dle projektové dokumentace činí předpokládaná hodnota části předmětu plnění - „*C.4 Výsuvné tribuny*“ 103 624 339,- Kč bez DPH, a právě z této hodnoty vycházel zadavatel při vymezení minimální úrovně předmětného kvalifikačního předpokladu. K dílčímu hodnotícímu kritériu „*sankce pro nesplnění termínu provedení díla za každý den prodlení*“ zadavatel uvádí, že v době zahájení zadávacího řízení neexistovala žádná právní úprava, která by použití smluvních pokut jako hodnotícího kritéria zakazovala. Zadavatel uvedl, že jím zvolená dílčí hodnotící kritéria vyjadřují „*zadavatelův vztah užitné hodnoty a ceny díla – uchazeč musí garantovat nabízenou délku realizace díla ve vztahu ke smluvní pokutě za její nedodržení*“.
24. Dne 7. 2. 2012 byly zadavateli doručeny písemné námitky navrhovatele – P r ů m s t a v, a.s., IČ 25105825, se sídlem Boženy Němcové 1881/5, 120 00 Praha 2 – Nové Město, zastoupena na základě plné moci ze dne 3. 2. 2012 Ing. Liborem Chlopčíkem, zaměstnancem navrhovatele (dále jen „navrhovatel 2“). Citované námitky, které byly doručeny v zákonné lhůtě, směřují proti zadávacím podmínkám.
25. Navrhovatel 2 spatřuje porušení zákona v tom, že zadavatel požaduje prokázat splnění technického kvalifikačního předpokladu v článku 5.6. Kvalifikační dokumentace doložením referenční zakázky značného finančního objemu, která spočívá kromě dodávky a montáže výsuvných tribun i v dodávce a montáži „*tribun jako takových*“, které dle navrhovatele 2 nejsou předmětem veřejné zakázky. Dále navrhovatel 2 shodně jako navrhovatel 1 spatřuje porušení zákona ve vymezení minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu („*realizovaná zakázka, jejímž předmětem plnění byla dodávka a montáž výsuvných tribun s finančním objemem připadajícím na dodávku a montáž tribun minimálně ve výši 50 000 000 Kč bez DPH*“). Dle navrhovatele 2 je zřejmá „*nesouvztažnost požadavků zadavatele na kvalifikaci*“. Navrhovatel 2 má za to, že minimální úroveň předmětného technického kvalifikačního předpokladu několikanásobně převyšuje cenu obdobných prací. Navrhovatel 2 má za to, že výše uvedený postup zadavatele znemožnil řadě objektivně kvalifikovaných stavebních dodavatelů přístup do zadávacího řízení, ačkoliv by byli schopni předmětnou veřejnou zakázku úspěšně splnit. V této souvislosti navrhovatel 2 také odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně pod spisovou značkou 62 Ca 9/2007 a na rozsudek Nejvyššího

správního soudu pod spisovou značkou 1 Afs 20/2008, které se mimo jiné zabývaly otázkou skryté formy diskriminace.

26. Dne 17. 2. 2012 odeslal zadavatel své rozhodnutí o námitkách navrhovatele 2, tedy v zákonné lhůtě. Zadavatel rozhodnutím námitkám navrhovatele 2 nevyhověl. Zadavatel v odůvodnění svého rozhodnutí konkrétně uvádí, že žádnou nesouvztažnost požadavků (mezi předmětem plnění a rozsahem technických kvalifikačních předpokladů, resp. minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu) v zadávacích podmínkách nespátřuje. Zadavatel uvádí, že předmětem veřejné zakázky je také dodávka a montáž výsuvných tribun s předpokládanou hodnotou ve výši 103 624 339,- Kč, a při stanovení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů vycházel zadavatel právě z této hodnoty. Předpokládaná hodnota byla stanovena na základě zpracované projektové dokumentace. Zadavatel uvedl, že zpracovatel projektové dokumentace disponuje odbornými zkušenostmi, a že bez prostudování projektového dokumentace není možné posoudit složitost systému teleskopických tribun, tak jak dle zadavatele učinil navrhovatel 2. Dle zadavatele zpracovatel projektové dokumentace konzultoval cenu s několika výrobcí a není pouze jeho odborným názorem. Zadavatel má za to, že minimální úroveň předmětného technického kvalifikačního předpokladu odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, a uvedl, že v daném případě jde o náročnou zakázku, neobvyklou na stavebním trhu.
27. Z protokolu o otevírání nabídek vyplývá, že zadavateli byly doručeny nabídky tří uchazečů (Sdružení VAMOZ, INTOZA, Bytostav; Metrostav a.s.; HOCHTIEF CZ a.s.). Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 2. 5. 2012 vyplývá, že hodnotící komise vyhodnotila nabídku Sdružení VAMOZ, INTOZA, Bytostav jako ekonomicky nejvýhodnější.
28. Zadavatel oznámil Úřadu přípisem č.j. 713/12/KV ze dne 15. 5. 2012, že dne 14. 5. 2012 byla předmětná veřejná zakázka zadána vybranému uchazeči Sdružení VAMOZ, INTOZA, Bytostav. Zadavatel dále uvedl, že smlouva byla podepsána z důvodů nutnosti započítí stavebních prací tak, aby *„multifunkční hala ČEZ ARÉNA byla připravena od měsíce září hostit utkání extraligy ledního hokeje a jiné plánované kulturní, sportovní a společenské akce“*.

II. Průběh správního řízení

29. Vzhledem k tomu, že navrhovatel 1 a navrhovatel 2 nepovažovali rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, uplatnil navrhovatel 1 přípisem ze dne 20. 2. 2012 a navrhovatel 2 přípisem ze dne 5. 3. 2012 písemný návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgánu dohledu nad dodržováním zákona. Návrh navrhovatele 1 byl Úřadu doručen dne 20. 2. 2012, návrh navrhovatele 2 byl Úřadu doručen dne 5. 3. 2012. Návrh navrhovatele 1 byl dne 20. 2. 2012 a návrh navrhovatele 2 dne 5. 3. 2012 doručen také zadavateli. Návrhy navrhovatele 1 a navrhovatele 2 byly Úřadu a zadavateli doručeny v zákonné lhůtě.
30. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 116 zákona jsou:
- zadavatel,
 - navrhovatel 1 a

- navrhovatel 2.

III. Návrh navrhovatele 1

31. Navrhovatel 1 shodně jako v podaných námitkách uvádí, že zadavatelem vymezená minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky. Navrhovatel 1 má za to, že takto zvolená minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu neoprávněně a v rozporu s ustanovením § 6 zákona omezuje velkou část potencionálních dodavatelů, tímto postupem zadavatele jsou dle navrhovatele 1 uvedení dodavatelé diskriminováni na úkor jiných. Navrhovatel 1 rovněž uvádí, že zadavatel porušil ustanovení § 78 odst. 4 zákona, když jako dílčí hodnotící kritérium zvolil „*sankci pro nesplnění termínu provedení díla za každý den prodlení*“, které nevyjadřuje vztah užitné hodnoty a ceny.
32. Navrhovatel 1 konkrétně uvádí, že zadavatelův požadavek na „*referenční stavbu, jejíž součástí byla dodávka a montáž tribun s finančním objemem připadajícím na dodávku a montáž tribun minimálně ve výši 50 000 000 Kč bez DPH*“ nesplňuje zákonné podmínky v ustanovení § 56 odst. 7 zákona. Navrhovatel 1 uvádí, že na základě jeho „*kvalifikovaného odhadu*“ činí cena dodávky a montáže výsuvných tribun s ohledem na ceny na stavebním trhu okolo 25 000 000 Kč bez DPH. Vzhledem k uvedenému odhadu považuje navrhovatel 1 minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu ve dvojnásobném finančním objemu (50 000 000 Kč bez DPH) za nepřiměřený.
33. Navrhovatel 1 dále v návrhu uvádí, že zadavatel se v rozhodnutí o námitkách nevyjádřil k argumentům navrhovatele 1, že stavební objekt „*SO2 604 – výsuvné tribuny*“ oceněný na 103 624 339 Kč bez DPH v sobě zahrnuje i jiné plnění než dodávku a montáž výsuvných tribun. Zadavatel by měl dle navrhovatele 1 z tohoto důvodu minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu odvíjet pouze od ceny dodávky a montáže výsuvných tribun, nikoliv však od ceny celého stavebního objektu (103 624 339 Kč bez DPH), jak dle navrhovatele 1 zadavatel učinil. Navrhovatel 1 v této souvislosti označil v návrhu jako důkazy „*výkaz výměr obecně*“ a „*oceněný výkaz výměr jednotlivých uchazečů*“. Navrhovatel 1 dále uvádí, že zadavatel i navrhovatel 1 shodně předpokládají, že součástí dodávky výsuvných tribun bude i dodávka asi 2 500 kusů sedaček v celkové ceně 4 000 000 Kč. Navrhovatel má za to, že z údajů, které zadavatel uvedl v dodatečné informaci č. 2, vyplývá, že zadavatel předpokládá, že celkové náklady na výrobu a montáž tribun činí asi 40 000 000 Kč, místo 100 000 000 Kč uváděných zadavatelem v dodatečné informaci č. 1.
34. Zadavatelem zvolené hodnotící kritérium „*sankce pro nesplnění termínu provedení díla za každý den prodlení*“ (dále též „*smluvní pokuta*“) společně se stanovenou váhou kritéria 20% dle navrhovatele 1 nemá pro zadavatele „*reálnou hodnotu*“, ani nevyjadřuje vztah užitné hodnoty a ceny. Navrhovatel 1 shodně jako v námitkách odkazuje na odborný článek „*Veřejné zakázky – Smluvní pokuta jako hodnotící kritérium*“ od JUDr. T. Grulichy uveřejněný v časopise Právní fórum. Navrhovatel 1 své stanovisko o nezákonnosti napadeného dílčího hodnotící kritéria odůvodňuje tím, že smluvní pokuta nepředstavuje užitnou hodnotu ve smyslu ustanovení § 78 odst. 4 zákona, ale případný zdroj finančních prostředků zadavatele. Navrhovatel 1 uvádí, že užitnou hodnotu má pro zadavatele např. termín dokončení prací, zatímco smluvní pokuta penalizuje dodavatele. Navrhovatel 1 konstatuje, že tak jako smluvní pokuta plní svoji funkci reparační a funkci sankční, tak lze uvažovat

o reparační části a o sankční části smluvní pokuty. Navrhovatel 1 uvádí, že postupem zadavatele mu hrozí újma na jeho právech, neboť v důsledku předmětných zadávacích podmínek je navrhovateli 1 znemožněno ucházet se o tuto veřejnou zakázku.

IV. Vyjádření zadavatele k návrhu navrhovatele 1

35. Zadavatel s návrhem navrhovatele 1 nesouhlasí a považuje ho za nedůvodný. Zadavatel uvádí, že navrhovatel 1 účelově směšuje a zaměňuje „*odlišné údaje uvedené v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám č. 1 a č. 2*“. Zadavatel konkrétně vysvětluje, že když uvedl v dodatečných informacích č. 2, že náklady na výrobu, dodávku a montáž sedaček na výsuvné tribuny dosahují přibližně 10% celkových nákladů na výrobu a montáž tribun, myslel tím, že 10% znamená „*podíl vztažený k požadavku na doložení 1 realizované zakázky, jejíž součástí byla dodávka a montáž výsuvných tribun s finančním objemem připadajícím na dodávku a montáž tribun min. 50 mil. Kč bez DPH*“.
36. Zadavatel trvá na tom, že v návrhu napadená domnělá nepřiměřenost minimálního technického kvalifikačního předpokladu je zcela v souladu s ustanovením § 56 odst. 7 písm. b) a c) zákona a s ustanovením § 6 zákona, dle zadavatele tento závěr vyplývá i z dodatečných informací č. 1 ze dne 19. 1. 2012. Zadavatel v této souvislosti uvádí shodně jako v rozhodnutí o námitkách navrhovatele 1, že hodnota prací připadající na dodávku a montáž výsuvných tribun představují více než jednu polovinu předpokládané hodnoty veřejné zakázky (180 000 000 Kč bez DPH). Shodně jako v rozhodnutí o námitkách zadavatel uvádí, že se jedná o náročnou, složitou zakázku, která se běžně nerealizuje, dále zadavatel zpochybňuje odhad hodnoty části předmětu veřejné zakázky a vyjadřuje své přesvědčení o vysoké kvalitaci zpracovatele projektové dokumentace.
37. Zadavatel uvádí k části návrhu, ve které navrhovatel 1 napadá zadavatelem zvolené dílčí hodnotící kritérium „*sankce pro nesplnění termínu provedení díla za každý den prodlení*“, že uvedené citace a názory jsou v obecné rovině přínosné, ale nelze je aplikovat na každou veřejnou zakázku. Dle zadavatele při volbě uvedeného dílčího hodnotícího kritéria zohlednil své provozní podmínky, které vyžadují, aby dílo bylo dokončeno v nejkratším termínu, výše smluvní pokuty, resp. sankce pro nesplnění termínu provedení díla, má pak přímou souvislost s nabídnutým termínem realizace díla.

V. Návrh navrhovatele 2

38. Navrhovatel 2 ve svém návrhu napadá postup zadavatele, který dle navrhovatele 2 nedodržel „*zásady transparentnosti a rovné zacházení při průběhu provedení náhodného výběru losem při omezení zájemců, a tím porušení ustanovení § 6 zákona*“.
39. Navrhovatel 2 uvádí, že na základě porovnání relevantní části předmětu plnění uvedeném v článku 2.3. Kvalifikační dokumentace a technického kvalifikačního předpokladu v článku 5.6. Kvalifikační dokumentace (*další jiná realizovaná zakázka, jejímž předmětem plnění byla dodávka a montáž výsuvných tribun s finančním objemem připadajícím na dodávku a montáž tribun minimálně 50 000 000 Kč bez DPH*) je zřejmé, že zadavatel při vymezení napadeného předpokladu překročil limit ve smyslu ustanovení § 50 odst. 3 zákona. Navrhovatel 2 uvádí, že veřejná zakázka zahrnuje „*komplexní náhradu výsuvných tribun*“, přesto zadavatel požaduje „*doložit referenční zakázku značného finančního objemu zahrnující kromě výsuvných tribun i tribuny jako takové, které však nebudou v rámci*

zadávané veřejné zakázky realizovány“. Navrhovatel 2 spatřuje dále porušení zákona ve vymezení minimální úrovně výše uvedeného napadeného technického kvalifikačního předpokladu.

40. Navrhovatel 2 spatřuje újmu na svých právech v tom, že se na základě zjevně nepřiměřené minimální úrovně předmětného technického kvalifikačního předpokladu nebude moci účastnit zadávacího řízení. Navrhovatel se domáhá, aby Úřad zrušil předmětné zadávací řízení. Součástí návrhu ze dne 2. 3. 2012 je rovněž návrh na nařízení předběžného opatření dle ustanovení § 117 zákona v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

VI. Vyjádření zadavatele k návrhu navrhovatele 2

41. Zadavatel považuje minimální úroveň předmětného technického kvalifikačního předpokladu za vymezenou v souladu s ustanovení § 56 odst. 7 písm. b) a c) a s ustanovením § 6 zákona. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 12. 3. 2012 uvádí, že kvalifikovaný odhad navrhovatele 2, který vychází pouze ze znalosti místa plnění veřejné zakázky, je „nepodstatný“. Zadavatel dále uvádí, že je přesvědčen o tom, že zpracovatel projektové dokumentace je dostatečně kvalifikovanou osobou, která dokáže stanovit předpokládanou cenu předmětu plnění veřejné zakázky tak, aby odpovídala jak „navrhovanému (projektovému) řešení, tak s ohledem na danou situaci na stavebním trhu“. Zadavatel uvádí, že předpokládaná hodnota „byla konzultována s několika různými výrobci obdobných konstrukcí a není tedy pouze odborným vyjádřením názoru projektanta“. K navrhovatelem 2 napadenému postupu zadavatele, kterým zadavatel měl porušit ustanovení § 6 zákona během náhodného výběru losem při omezení zájemců, zadavatel uvádí, že dne 19. 1. 2012 oznámil v informačním systému o veřejných zakázkách změnu zadávacích podmínek, dle které budou vyzváni k podání nabídky všichni zájemci, kteří prokáží kvalifikaci, namísto těch zájemců, kteří budou vylosováni na základě náhodného výběru provedeného losem.

VII. Průběh správního řízení pod spisovou značkou S 112/2012

42. Úřad oznámil zahájení správního řízení vedeného pod spisovou značkou S 112/2012 zadavateli a navrhovatelem 1 přípisem č.j. ÚOHS-S112/2012/VZ-3892/2012/510/MLr ze dne 8. 3. 2012. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad usnesení č.j. ÚOHS-S112/2012/VZ-4233/2012/510/MLr ze dne 8. 3. 2012, v němž určil lhůtu, v níž účastníci byli oprávněni navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a vyjádřit v řízení svá stanoviska, a dále lhůtu, ve které se mohli účastníci vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Úřad dále určil navrhovateli 1 lhůtu k tomu, aby předložil pověření svého zmocněnce v originálu nebo v úředně ověřené kopii. Navrhovatel 1 tak v určené lhůtě učinil. Úřad určil zadavateli lhůtu k tomu, aby předložil plnou moc svého zmocněnce v originálu nebo úředně ověřené kopii. Zadavatel tak v Úřadem určené lhůtě učinil.
43. Úřad rovněž zadavateli určil lhůtu k tomu, aby podal Úřadu informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v předmětném zadávacím řízení. Oznámení o zahájení správního řízení a citované usnesení bylo doručeno oběma účastníkům.
44. Dne 20. 3. 2012 umožnil Úřad na základě předchozí žádosti zmocněnci navrhovatele 1 JUDr. Ondřeji Navrkalovi, zástupci navrhovatele 1, nahlédnout do správního spisu, o tomto pořídil Úřad úřední zápis č.j. ÚOHS-S112/2012/VZ-5473/2012/510/MLr ze dne 20. 3. 2012.

45. Dne 23. 3. 2012 obdržel Úřad přípis navrhovatele 1 ze dne 21. 3. 2012, kterým se navrhovatel 1 vyjadřuje k dosud pořízeným podkladům pro rozhodnutí. Navrhovatel 1 uvádí, že v listině „výkaz výměr k objektu SO2, C4 Výsuvné tribuny“ jsou uvedeny položky, které sice souvisejí s dodávkou a montáží výsuvných tribun, avšak zadavatel v Kvalifikační dokumentaci požaduje prokázat splnění kvalifikace plněním spočívající výhradně v dodávce a montáži. Pokud zadavatel při vymezení minimální úrovně předmětného technického kvalifikačního předpokladu vycházel i z cen plnění, které souvisejí s dodávkou a montáží, ale nejsou výhradně dodávkou a montáží, pak zadavatel dle navrhovatele 1 nepostupoval v souladu se zákonem, resp. jedná se o zjevně nepřiměřenou minimální úroveň předmětného technického kvalifikačního předpokladu.
46. Navrhovatel 1 ve svém vyjádření ze dne 21. 3. 2012 uvádí, že technicky způsobilý pro realizaci předmětné veřejné zakázky je jak dodavatel, který provedl rekonstrukci výsuvných tribun, tak i dodavatel, který „*tyto výsuvné tribuny dodal a namontoval do novostavby*“. Navrhovatel 1 uvádí, že projektant zadavatele byl zároveň i projektantem sportovní haly „O2 Aréna“, kterou realizoval navrhovatel 1, a dále navrhovatel 1 uvádí, že „cena dodávek výsuvných tribun“, v obdobném rozsahu jako část předmětu této veřejné zakázky, nepřekročila v případě sportovní haly „O2 Aréna“, ani v případě jiných navrhovatelem 1 realizovaných sportovních hal, částku 20 000 000 Kč. Zadavatel v této souvislosti přikládá listinu označenou jako „referenční list stavby Sazka Aréna“, vyhotovenou společností BESTSPORT akciová společnost, se sídlem K Žižkovu 4, 190 93 Praha 9. Navrhovatel 1 má za to, že účast pouze tří zájemců v užším řízení je kromě jiného důkazem toho, že předmětná minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu je zjevně nepřiměřená, dle navrhovatele 1 se zadávacích řízení s obdobným předmětem plnění účastní více než 10 dodavatelů. Navrhovatel 1 vytýká zadavateli, že dosud neuvedl, v čem konkrétně spočívá vztah užitné hodnoty a ceny ve smyslu ustanovení § 78 zákona. Dle navrhovatele 1 zadavatel popisuje pouze užitnou hodnotu jiného dílčího kritéria „délka realizace díla ve dnech“, nikoliv však dílčího kritéria „sankce pro nesplnění termínu provedení díla za každý den prodlení“.
47. Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S112/2012/VZ-5455/2012/510/MLr ze dne 22. 3. 2012 určil zadavateli lhůtu pět dnů ode dne doručení citovaného usnesení k tomu, aby se vyjádřil, na základě kterých údajů a informací, resp. jakým způsobem, zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 13 odst. 2 zákona, a dále, aby zadavatel stanovení předpokládané hodnoty prokázal. Úřad uložil výše uvedenou povinnost zadavateli k tomu, aby Úřad mohl posoudit, zda byla předpokládaná hodnota stanovena v souladu se zákonem, a zda v tomto smyslu vyznačil zadavatel minimální úroveň napadaného technického kvalifikačního předpokladu v souladu se zákonem.
48. Dne 27. 3. 2012 Úřad obdržel vyjádření zadavatele ze dne 26. 3. 2012, ve kterém zadavatel uvedl, že předpokládaná hodnota předmětné veřejné zakázky byla stanovena „*na základě rozpočtů zpracovaných zhotoviteli projektových dokumentací*“, přičemž veřejná zakázka se skládá ze dvou samostatných celků. Zadavatel uvádí, že část předmětu plnění veřejné zakázky – „výměna mobilních tribun“ – vyžaduje zcela specifické konstrukční řešení (dané požadavky na užitné vlastnosti projektových řešení), a proto dle zadavatele nebylo možné použít „standardní provedení mobilních tribun“. Zadavatel konstatuje, že v případě projektované „výměny mobilních tribun“ se nejedná o typové a běžně realizované technické

řešení (např. tribuny s kombinovaným pohybem horizontálním a vertikálním, provedení montáže tribun bez zásadních stavebních úprav), a proto při stanovení hodnoty této části plnění nemohl vycházet z obecně dostupných cen. Vzhledem k uvedenému vycházel zadavatel tedy z ceny obdobné rekonstrukce tribun. Zadavatel uvádí, že taková obdobná rekonstrukce tribun se vyskytuje v hale ve Vancouveru. Uvedenou halu zadavatel použil při stanovení ceny předmětné části plnění. Zjištěné ceny tohoto obdobného plnění zadavatel porovnal „s cenami běžných technických řešení s příslušným navýšením za atypičnost konstrukce“. Zadavatel zároveň upozorňuje, že součástí plnění jsou i „zpracování kompletní projekčně-výrobní dokumentace, ověření, prototypové zkoušky“. Zadavatel stanovení předpokládané hodnoty prokazuje listinou „Rekapitulační sestava v základní ceně“ (rekapitulace rozpočtu), listinou „Položkový rozpočet“.

49. Dne 25. 4. 2012 umožnil Úřad na základě předchozí žádosti zmocněnci navrhovatele 1 JUDr. Ondřeji Navrkalovi nahlédnout do správního spisu, o tomto pořídil Úřad úřední zápis č.j. ÚOHS-S112,138/2012/VZ-7975/2012/510/MLr ze dne 25. 4. 2012.
50. Úřad obdržel dne 26. 4. 2012 vyjádření navrhovatele 1 ze dne 25. 4. 2012. Navrhovatel 1 se vyjádřil ke stanovení předpokládané hodnoty zadavatelem odvozené od relevantní ceny haly ve Vancouveru, k odbornosti zpracovatele projektové dokumentace, k pozici společnosti SEDASPORT s.r.o. v zadávacím řízení.

VIII. Průběh správního řízení pod spisovou značkou S 138/2012

51. Úřad oznámil zahájení správního řízení vedeného pod spisovou značkou S 138/2012 účastníkům tohoto řízení (zadavateli a navrhovatel 2) č.j. ÚOHS-S138/2012/VZ-4692/2012/510/MLr ze dne 14. 3. 2012. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad usnesení č.j. ÚOHS-S138/2012/VZ-4692/2012/510/MLr ze dne 14. 3. 2012, v němž určil lhůtu, v níž účastníci byli oprávněni navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a vyjádřit v řízení svá stanoviska, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Úřad dále určil navrhovateli 2 lhůtu pro provedení úkonu - doplnění svého návrhu o doklad o složení kauce dle ustanovení § 115 odst. 1 zákona. Navrhovatel 2 tak učinil ve lhůtě. Oznámení o zahájení správního řízení a citované usnesení bylo doručeno oběma účastníkům.

IX. Průběh správního řízení pod spisovou značkou S 112,138/2012

52. Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S112,138/2012/VZ-5941/2012/510/MLr ze dne 30. 3. 2012, k zajištění účelu správních řízení vedených pod spisovými značkami S 112/2012 a S 138/2012, obě citovaná řízení spojil ve smyslu zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů do společného řízení vedeného pod spisovou značkou S 112, 138/2012. Účastníky tohoto společného řízení jsou zadavatel, navrhovatel 1 a navrhovatel 2. Citované usnesení Úřad poznamenal do správního spisu.
53. Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S112,138/2012/VZ-5952/2012/510/MLr ze dne 30. 3. 2012 určil účastníkům lhůtu, ve které byli účastníci oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení svá stanoviska, a dále lhůtu, ve které se účastníci mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
54. Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S112,138/2012/VZ-6312/2012/510/MLr ze dne 12. 4. 2012 uložil zadavateli ve výroku 1. citovaného usnesení povinnost poskytnout ve lhůtě do 19. 4. 2012

následující sdělení: výše ceny relevantní části haly ve Vancouveru (tj. cenu dodávky a montáže výsuvných – teleskopických tribun), objemu relevantních částí haly ve Vancouveru (počet tribun, šířka tribuny, výška prvního stupně, výška posledního stupně, šířka tribuny, počet sedaček), v čem je relevantní část haly ve Vancouveru stejná nebo obdobná jako relevantní část pro ČEZ ARÉNU, v čem je relevantní část haly ve Vancouveru odlišná od relevantní části pro ČEZ ARÉNU a poskytnutí výsledků získaných průzkumem trhu při odlišnosti relevantní části pro ČEZ ARÉNU od relevantní části haly ve Vancouveru. Úřad si vyžádal citované sdělení za účelem posouzení, zda zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty předmětné veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem. Úřad v citovaném usnesení určil účastníkům lhůtu do 25. 4. 2012 k tomu, aby se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Úřad požadovaná sdělení a listiny od zadavatele obdržel ve lhůtě určené výše uvedeným usnesením.

55. Dne 25. 4. 2012 umožnil Úřad na základě předchozí telefonické žádosti zmocněnci navrhovatele 1 JUDr. Ondřeji Navrkalovi nahlédnout do správního spisu, o tomto pořídil Úřad úřední zápis č.j. ÚOHS-S112,138/2012/VZ-5473/2012/510/MLr ze dne 25. 4. 2012.
56. Úřad obdržel dne 22. 5. 2012 přepis navrhovatele ze dne 21. 5. 2012, ve kterém navrhovatel vzal svůj návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 2. 3. 2012 zpět, a zároveň navrhovatel požádal Úřad, aby předmětné správní řízení bylo zastaveno.

X. Závěry Úřadu

57. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění Úřad rozhodl ve výroku I. o zamítnutí návrhu navrhovatele 1, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo odst. 2 zákona, a ve výroku II. rozhodnutí Úřad rozhodl o zastavení správního řízení, neboť navrhovatel 2 vzal svůj návrh zpět.
58. Dle ustanovení § 7 odst. 1 zákona veřejnou zakázkou je zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy.
59. Dle ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může veřejný zadavatel požadovat seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací; tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně.
60. Dle ustanovení § 56 odst. 7 zákona ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů, uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

61. Dle ustanovení § 78 odst. 4 rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky. Mohou jimi být zejména nabídková cena, kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, vliv na zaměstnanost osob se zdravotním postižením, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení.

Stanovení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů

62. Navrhovatel 1 v návrhu napadl, že zadavatel stanovil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu (*„realizovaná zakázka, jejímž předmětem plnění byla dodávka a montáž výsuvných tribun s finančním objemem připadajícím na dodávku a montáž tribun minimálně 50 000 000 Kč bez DPH“*) tak, že je zjevně nepřiměřená druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Navrhovatel 1 rozporuje (považuje za nereálnou, příliš vysokou) výši hodnoty části veřejné zakázky spočívající v komplexní náhradě výsuvných tribun B6, B7, B8, C1, C2 a úpravě pódiových tribun D1 až D4, včetně nových sedaček, která činí 103 624 339 Kč bez DPH.
63. Zadavatel ve vyjádření ze dne 26. 3. 2012 uvedl, že při stanovení ceny předmětné části veřejné zakázky zadavatel vycházel z ceny obdobného plnění, kterým byla dle zadavatele sportovní hala ve Vancouveru, resp. tribuny v této hale, a dále z cen *„běžných technických řešení s příslušným navýšením za atypičnost konstrukce“*. Zadavatel tedy při stanovení předpokládané hodnoty, resp. hodnoty předmětné části veřejné zakázky, postupoval tak, že vycházel z údajů a informací o zakázce, jejíž předmět plnění spočíval v dodávce a montáži výsuvných tribun v hodnotě 145 231 222 Kč (pro 5 500 kusů sedadel v plastovém provedení), a dále z údajů získaných na základě průzkumu trhu, při stanovení ceny té části dodávky a montáži výsuvných tribun, která je odlišná od obdobného plnění (sportovní hala ve Vancouveru).
64. Úřad posoudil (po zjištění obsahu listiny *„Rekapitulační sestava v základní ceně“* list 1 až 12, a listiny *„Položkový rozpočet a rozpočtové náklady“*, s přihlédnutím k vyjádření zadavatele ze dne 18. 4. 2012 včetně přílohy *„Čestné vyhlášení“* společnosti Sedasport, s.r.o., a listiny vyplněný výkaz výměr společnosti TON a.s.) způsob stanovení zadavatelem předpokládané hodnoty veřejné zakázky, resp. i hodnoty části plnění předmětu veřejné zakázky, spočívající v montáži a dodávce výsuvných tribun, tak, že zadavatel postupoval v souladu s ustanovení § 13 odst. 2 zákona, tedy stanovil předpokládanou hodnotu na základě údajů a informací stejného či podobného předmětu plnění, a dále na základě údajů a informací získaných průzkumem trhu v případě částí plnění, u kterých zadavatel neměl výše uvedené informace a které nelze zahrnout pod plnění stejné či podobné.
65. Úřad listinu *„referenční list stavby Sazka Aréna“*, vyhotovenou společností BESTSPORT akciová společnost, předloženou dne 21. 3. 2012 navrhovatelem 1, vzal na vědomí, aniž by z ní učinil skutková zjištění významná pro posouzení otázky zákonnosti minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu. Z listiny vyplývá mimo jiné funkční a věcný popis, celková cena uvedené stavby Sazka Aréna, kdy tyto údaje vzal Úřad jak uvedeno výše pouze na vědomí, neboť pro posouzení otázky zákonnosti stanovení minimální úrovně technického

kvalifikačního předpokladu u přezkoumávané veřejné zakázky, a zejména pro porovnání rozsahu a ceny části plnění (teleskopických tribun) předmětné části veřejné zakázky a „Sazky Arény“ byla tato listina irelevantní. Z listiny mj. vyplývá, že stavba Sazka Aréna je novostavbou, kdežto u výměny tribun u ČEZ ARÉNY se jednalo o rekonstrukci, u níž bylo nutno použít atypické řešení, jak vyplývá z vyjádření zadavatele.

66. Úřad se dále zabýval vymezením minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu spočívající ve finančním objemu ve výši 50 000 000 Kč, tj. zda uvedená minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění. Úřad při posouzení uvedené minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů vycházel ze svého závěru o tom, že způsob stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky zadavatelem je v souladu se zákonem, a dále z listiny – rozpočtu vypracovaného společností OCHI – INŽENÝRING, spol. s r.o. v části týkající se dodávky a montáže výsuvných tribun. Z této listiny Úřad zjistil, že montáž a dodávku výsuvných tribun pro ČEZ ARÉNU (jmenovitě výsuvné tribuny: C1, C2, B6, B7, B8 a rohové teleskopické tribuny R1 až R4) ocenila uvedená společnost na 84 931 889 Kč bez DPH. V této ceně nejsou zahrnuty některé položky (např. demontáže, plošina pro postižené, vozy sedadel sektorů D1 až D2), jež se objevují ve výkazu výměr pro plnění spočívající nejen v komplexní náhradě výsuvných tribun B6, B7, B8, C1, C2, ale rovněž v úpravě pódiových tribun D1 až D4.
67. Předpokládaná hodnota části plnění veřejné zakázky (komplexní náhrada výsuvných tribun B6, B7, B8, C1, C2 včetně úpravy pódiových tribun D1 až D4) činí 103 624 339,- Kč. Úřad však ve svém dalším posouzení nevzal v potaz položky, resp. jejich ocenění, které nespočívají v samotné dodávce a montáži výsuvných tribun. V této souvislosti tedy lze přisvědčit argumentu navrhovatele 1 ve vyjádření ze dne 21. 3. 2012 o tom, že např. položku opláštění plošin tribun D1 až D4, demontáže apod. „nelze zcela určitě označit za dodávku a montáž výsuvných tribun“.
68. Na základě skutečností a úvah obsažených v předchozích člancích lze tedy učinit závěr, že montáž a dodávka výsuvných tribun dosahuje hodnoty 84 931 889 Kč, a že minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu spočívající v určení finančního objemu ve výši 50 000 000 Kč, odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění.

Smluvní pokuta jako dílčí hodnotící kritérium

69. Úřad dále posuzoval navrhovatelem 1 napadené dílčí hodnotící kritérium „sankce pro nesplnění termínu provedení díla za každý den prodlení“. Navrhovatel 1 vytýká, že zadavatelem zvolené dílčí hodnotící kritérium je v rozporu s ustanovením § 78 odst. 4 zákona, neboť nevyjadřuje vztah užitné hodnoty a ceny, a dále navrhovatel 1 považuje kritérium za „nevhodně zvolené“.
70. Úřad ze smluvních podmínek (Smlouva o dílo, která tvoří Přílohu č. 2 zadávací dokumentace) a z článku 10. zadávací dokumentace zjistil, že citovanou sankcí je smluvní pokuta vyjádřená v článku XIV. odst. 1 věta první Smlouvy o dílo. Dle citovaného článku vzniká zadavateli nárok na smluvní pokutu v případě nesplnění díla ve lhůtě stanovené v článku IV. odst. 1 Smlouvy o dílo (splněním pak zadavatel rozumí „předání kompletního díla bez vad a nedodělků“), a to ve výši, nabídnuté dodavatelem, za každý den prodlení. Z citovaného článku Úřad rovněž zjistil, že zadavateli vzniká nárok na smluvní pokutu, jestliže dodavatel nedokončí dílo

do 15. 8. 2012 („nejzazší termín k dokončení díla“), a to ve výši 200 000 Kč za každý den, v němž prodlení zadavatele trvá.

71. Z ustanovení § 78 odst. 4 vyplývá, že dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky, kterým ve smyslu ustanovení § 7 odst. 1 zákona může být úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. V daném zadávacím řízení je plněním úplatné provedení stavebních prací. Smluvní pokuta či jiný zajišťovací institut slouží k zajištění smluvní povinnosti, nárok na smluvní pokutu vznikne na základě porušení zajištěné smluvní povinnosti. V daném případě je smluvní pokutou, která je dílčím hodnotícím kritériem, zajištěna smluvní povinnost dodavatele „předat kompletní dílo bez vad a nedodělků“ včas. Nárok na citovanou smluvní pokutu vzniká porušením výše uvedené smluvní povinnosti, jinými slovy nárok na smluvní pokutu vzniká v důsledku neprovedení úplných stavebních prací včas.
72. Z uvedeného vyplývá, že smluvní pokuta se vztahuje k úplatnému provedení předmětu plnění veřejné zakázky (provedení stavebních prací) tím, že zajišťuje právě povinnost provést stavební práce, které jsou předmětem veřejné zakázky, řádně a včas. Nárok na smluvní pokutu se rovněž vztahuje k nabízenému plnění.
73. Úřad spatřuje užitnou hodnotu smluvní pokuty právě v tom, že zajišťuje povinnost provést dílo řádně a včas, když její výše má právě vyjadřovat hodnotu a význam zajišťované povinnosti, dále paušalizovanou náhradu škody. Výše smluvní pokuty jako dílčí hodnotící kritérium odráží hodnotu a význam zajišťované povinnosti.
74. Zákon v ustanovení § 78 odst. 4 vyžaduje, aby dílčí hodnotící kritéria vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny. Jestliže užitná hodnota smluvní pokuty je ovlivněna v tomto případě i v případech jiných hodnotou a významem zajišťované smluvní povinnosti, pak vztah dle ustanovení § 78 odst. 4 věta druhá zákona je dán už samotným odvozením výše smluvní pokuty od hodnoty a významu zajišťované smluvní povinnosti, jinými slovy od hodnoty a významu poskytnutého plnění pevně stanoveného v nabídce jednotlivých uchazečů prostřednictvím nabídkové ceny. Hodnota a význam zajišťované povinnosti jsou v daném případě akcentovány i smluvními ujednáními (zejména článek IV. odst. 1 Smlouvy o dílo), ze kterých vyplývá dokončit dílo v nejkratším možném termínu tak, aby v souladu s vyjádřením zadavatele č.j. 713/12/KV ze dne 15. 5. 2012 byla multifunkční hala ČEZ ARÉNA připravena „hostit utkání extraligy ledního hokeje a jiné plánované kulturní, sportovní a společenské akce“.
75. Úřad vzal na vědomí odborný článek JUDr. Grulichy, aniž by na jeho základě učinil skutková a jiná zjištění významná pro předmětné správní řízení.
76. Vzhledem k tomu, že dílčí hodnotící kritérium „sankce pro nesplnění termínu provedení díla za každý den prodlení“ se vztahuje k nabízenému plnění a vzhledem k tomu, že předmětné dílčí hodnotící kritérium vyjadřuje vztah užitné hodnoty a ceny, neporušil zadavatel ustanovení § 78 odst. 4 zákona, když jako dílčí hodnotící kritérium stanovil v zadávacích podmínkách zajištění smluvní povinnosti prostřednictvím smluvní pokuty.
77. Úřad proto ve výroku I. tohoto rozhodnutí rozhodl, že návrh navrhovatele se zamítá, protože nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo odst. 2 zákona.

Zpětvzetí návrhu navrhovatelem 2

78. Dle ustanovení § 66 odst. 1 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, správní orgán řízení o žádosti usnesením zastaví, jestliže žadatel vzal svou žádost zpět; jestliže je žadatelů více, musí se zpětvzetím souhlasit všichni žadatelé; ve sporném řízení správní orgán řízení nezastaví, pokud se zpětvzetím odpůrce z vážných důvodů nesouhlasí.
79. Vzhledem k tomu, že navrhovatel vzal svůj návrh ze dne 2. 3. 2012 zpět, rozhodl Úřad ve výroku II. tohoto rozhodnutí o zastavení správního řízení vedeného ve věci návrhu navrhovatele 2.

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 7, Brno. Včas podaný rozklad proti rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. VÍTKOVICE ARÉNA, a.s., Ruská 3077/135, 700 30 Ostrava, Zábřeh
2. STAVEBNÍ PORADNA, spol. s r.o., Průběžná 48, 370 04 České Budějovice
3. JUDr. Ondřej Navrkal, Skanska a.s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov
4. Ing. Libor Chlopčík, P r ů m s t a v, a.s., Boženy Němcové 1881/5, 120 00 Praha 2 – Nové Město