



UOHSX004VIDC

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S660/2012/VZ-15424/2013/521/SWa

Brno 15. srpna 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 29. 11. 2012, jehož účastníky jsou

- zadavatel – obec Štěpánov, IČO 00299511, se sídlem Horní 444/7, 783 13 Štěpánov,
- vybraný uchazeč – sdružení Štěpánov – společnosti
  - MODOS spol. s r. o., IČO 00576832, se sídlem Masarykova 885/34, 772 00 Olomouc,
  - COLAS CZ, a. s., IČO 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha 9,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Dostavba kanalizace a vodovodu v obci Štěpánov a dešťová kanalizace Moravská Huzová - dokončení“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 7. 2012 pod evid. č. 224110, ve znění oprav uveřejněných dne 9. 8. 2012,

**rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – obec Štěpánov, IČO 00299511, se sídlem Horní 444/7, 783 13 Štěpánov – nedodržel postup stanovený v ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když v rámci technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) citovaného zákona požadoval předložit

osvědčení objednatelů o řádném plnění 5 referenčních stavebních prací – kanalizace a vodovod obdobného rozsahu a kapacity, a v rámci technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. c) citovaného zákona požadoval prokázat, že hlavní stavbyvedoucí má zkušenosti s prováděním staveb tlakových kanalizací o minimálním objemu 130 ks domovních čerpacích šachet na jedné stavbě, když předmětem veřejné zakázky je zhotovení 149 ks čerpacích šachet, čímž v rozporu s § 56 odst. 5 písm. c) citovaného zákona překročil požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, v důsledku čehož porušil zásadu zákazu diskriminace, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

## II.

Jako opatření k nápravě postupu uvedeného ve výroku I. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** předmětné zadávací řízení.

## III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – obec Štěpánov, IČO 00299511, se sídlem Horní 444/7, 783 13 Štěpánov – **ukládá**:

**uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).**

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – obec Štěpánov, IČO 00299511, se sídlem Horní 444/7, 783 13 Štěpánov (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon“)<sup>1</sup> ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 7. 2012 pod evid. č. 224110, ve znění oprav uveřejněných dne 9. 8. 2012, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Dostavba kanalizace a vodovodu v obci Štěpánov a dešťová kanalizace Moravská Huzová - dokončení“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Proti zadávacím podmínkám podala společnost SWIETELSKY stavební s. r. o. odštěpný závod Dopravní stavby MORAVA, IČO 48035599, se sídlem Jahodová ulice 60, 620 00 Brno, (dále

<sup>1</sup> Pozn.: Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávání veřejné zakázky.

jen „SWIETELSKY stavební s. r. o.“) námitky, kterým zadavatel nevyhověl, a vzhledem k tomu, že společnost SWIETELSKY stavební s. r. o. nepovažovala rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podala dopisem ze dne 26. 7. 2012 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Úřad obdržel návrh dne 30. 7. 2012 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele sp. zn. S457/2012/VZ. Vyjádření zadavatele k návrhu a dokumentaci o veřejné zakázce obdržel Úřad dne 7. 8. 2012. Usnesením č. j. ÚOHS-S457/2012/VZ-19375/2012/521/SWa ze dne 29. 11. 2012 Úřad správní řízení sp. zn. S457/2012/VZ zastavil, neboť společnost SWIETELSKY stavební s. r. o. vzala svůj návrh zpět.

3. Dne 3. 8. 2012 obdržel Úřad podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky evidovaný pod sp. zn. P808/2012/VZ.
4. Na základě obdrženého podnětu sp. zn. P808/2012/VZ a v rámci správního řízení sp. zn. S457/2012/VZ zahájeného na návrh Úřad přezkoumal dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětným zadávacím řízením.
5. Úřad po přezkoumání dokumentace o veřejné zakázce získal podezření, že zadavatel porušil § 6 odst. 1 a § 56 odst. 5 písm. c) zákona tím, že
  - v rámci technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona požadoval předložit osvědčení objednatelů o řádném plnění 5 referenčních stavebních prací – kanalizace a vodovod obdobného rozsahu a kapacity – a
  - v rámci technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. c) zákona požadoval prokázat, že hlavní stavbyvedoucí má zkušenosti s prováděním staveb tlakových kanalizací o minimálním objemu 130 ks domovních čerpacích šachet na jedné stavbě, když předmětem veřejné zakázky je zhotovení 149 ks čerpacích šachet,čímž mohlo dojít k obejití § 56 odst. 5 písm. c) zákona, podle kterého nesmí u kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
6. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední.

## II. SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ

7. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - vybraný uchazeč – sdružení Štěpánov – společnosti
    - MODOS spol. s r. o., IČO 00576832, se sídlem Masarykova 885/34, 772 00 Olomouc,

- COLAS CZ, a. s., IČO 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha 9.

8. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S660/2012/VZ-22496/2012/521/SWa ze dne 29. 11. 2012.
9. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S660/2012/VZ-22520/2012/521/SWa ze dne 29. 11. 2012 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Uvedeným usnesením Úřad stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonů – předložení projektové dokumentace a podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení.
10. Úřad z moci úřední rozhodnutím č. j. ÚOHS-S660/2012/VZ-22590/2012/521/SWa ze dne 29. 11. 2012 o předběžném opatření uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

### III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE

11. Vyjádření zadavatele ze dne 13. 12. 2012 obdržel Úřad téhož dne. Zadavatel k požadavku na referenční zakázky „obdobného rozsahu a kapacity“ uvádí, že použitý výraz se netýká finančního objemu reference, neboť ta je definována minimem 30 mil. Kč (tj. méně než 50 % předpokládané hodnoty). Obdobnost rozsahu a kapacity podle zadavatele směřuje věcně k charakteru plnění u referenční stavby a odkazuje na obecnou charakteristiku předmětu plnění. Zadavatel vycházel z toho, že stavby vodovodu či kanalizace mohou mít velmi různorodý charakter a kapacitu podle toho, v jakých podmínkách jsou prováděny (horský terén, hustě osídlené lokality, průmyslové či obchodní areály apod.). Takové různé stavby, byť např. o stejném finančním objemu, jsou z věcného hlediska principiálně odlišné. Zadavatel, veden snahou neomezovat přístup dodavatelů k veřejné zakázce, nestanovil úroveň předpokladu tak, že by se mělo jednat o stavby charakterově ve stejných podmínkách jako je předmět plnění, tedy v obci o určité hustotě osídlení atd., nýbrž zcela obecně pouze uvedl, že se má jednat o stavby svým charakterem a kapacitou „obdobné“, aby záběr do úvahy přicházejících staveb byl co nejširší. Zadavatel prohlašuje, že byl připraven a zamýšlel uznat víceméně všechny referenční stavby splňující podmínku objemu 30 mil. Kč, která spolu s předmětem – vodovod či kanalizace – definuje požadavky na reference. O tom podle zadavatele svědčí průběh zadávacího řízení, kdy žádný z uchazečů nebyl vyloučen pro nesplnění předmětného požadavku a otázka zmíněné formulace nebyla ani předmětem žádostí o dodatečné informace.
12. Zadavatel uvádí, že předmětný kvalifikační předpoklad byl stanoven zcela přiměřeně povaze zadávaného plnění, včetně hranice 30 mil. Kč. V rámci dodatečných informací zadavatel upřesnil, že reference mohou být prokázány jak referenční stavbou pouze vodovodu, tak pouze kanalizace, tedy i jednotlivě. Věcný charakter referenčních staveb zadavatel dále neomezoval podrobnější charakteristikou (gravitační, tlaková, počet a typ přípojek, zda obsahují ČOV či nikoliv atd.), aby umožnil co nejširší účast dodavatelů a požadovanou úroveň předpokladu referencí stanovil uvedením minimální částky v Kč a předmětově jako stavba

kanalizace či vodovodu. Zadavatel dále uvádí, že jeho požadavky na referenční stavby nejsou ani v rozporu se základními zásadami a zadavatel se nemohl dopustit zjevné ani skryté diskriminace či nerovného zacházení s dodavateli. Pokud zadavatel uvedl jako věcný rozsah a kapacitu referenčních staveb pouze obecným slovem „obdobné“, nemůže tento jeho postup být netransparentní, neboť pro přijetí či nepřijetí reference byla rozhodná stanovená úroveň předpokladu, tedy zda se jedná o stavbu kanalizace či vodovodu a její finanční objem min. 30 mil. Kč, jak bylo uvedeno v zadávací dokumentaci. Naopak požadovat po zadavateli, aby z důvodu transparentnosti precizně vymezil věcné (technické) požadavky na podobu referenčních staveb by bylo kontraproduktivní a ve svém důsledku naopak porušující zásadu transparentnosti, neboť zadavatel nemůže znát charakteristiku veškerých do úvahy přicházejících staveb prokazující dostatečně zkušenost dodavatele se stavbami kanalizací a vodovodů. Další podrobnou věcnou specifikací předmětu plnění u referencí by se tak zadavatel nezbytně dostal do situace, kdy by nebyl schopen vymezit všechny případné eventuality referenčních zakázek a eliminoval by dodavatele se zkušeností se stavbami kanalizací či vodovodu např. v odlišných podmínkách.

13. Zadavatel se domnívá, že hlavní stavbyvedoucí je osobou, u níž je podle § 56 odst. 3 písm. c) zákona zadavatel oprávněn požadovat informace a stanovit požadavky na jeho vzdělání a odbornou kvalifikaci, neboť se jedná o osobu odpovědnou za vedení realizace příslušných stavebních prací. Zákon dále nspecifikuje, co je obsahem pojmu „odborná kvalifikace“. Zákon, jakož i příslušné předpisy Evropské unie (zde směrnice 2004/12/ES), které zákon zapracovává a které jsou zásadním výkladovým vodítkem, umožňují zadavateli, aby v rámci pravidel stanovených zákonem a při dodržení základních zásad, měl svobodnou volbu při určení způsobu výběru dodavatele pro plnění veřejné zakázky, jsou-li kvalifikační kritéria uvedena v zadávacích podmínkách, souvisí s předmětem zakázky a jsou v souladu se základními zásadami. Princip (omezené) svobody volby zadavatele je nutné zohlednit rovněž v tomto případě a je tak podle názoru zadavatele zcela legitimní, přiměřené povaze plnění a v souladu se základními zásadami, aby v rámci odborné kvalifikace stavbyvedoucího zadavatel požadoval prokázání jeho zkušenosti s realizací obdobných staveb, jak to učinil v předmětném zadávacím řízení.
14. Z pohledu nastavení úrovně předpokladu dle § 56 odst. 5 písm. c) zákona a základních zásad zadavatel konstatuje, že je pro něj klíčová zkušenost osoby řídící stavbu, která v intencích zadávaného plnění (149 ks šachet) má zkušenost se stavbou s alespoň 130 ks domovních čerpacích šachet, neboť úspěšnost realizace díla je do značné míry závislá na schopnosti hlavního stavbyvedoucího řídit postup výstavby, vyjednávat s vlastníky dotčených nemovitostí, atd. Výstavba kanalizace či vodovodu v obci je stavbou dotýkající se a ovlivňující přímo větší počet připojovaných nemovitostí s různými vlastníky, s nimiž je zcela nezbytné postup prací koordinovat a vyjednávat. Jako jediné adekvátní opatření, jak zajistit, aby vybraný uchazeč disponoval na stavbě hlavním stavbyvedoucím s takovými potřebnými zkušenostmi ze stavby tlakové kanalizace s adekvátním počtem domovních šachet, je stanovení předmětného kvalifikačního předpokladu. Stanovení úrovně předpokladu, tj. počet 130 domovních šachet, je zcela odpovídající a proporcionální rozsahu zadávané veřejné zakázky, kde předmětem plnění bude 149 šachet a je odpovídající, aby se jednalo o zkušenosti s realizací domovních šachet, kde je takovýto specifický složitý postup výstavby,

než pokud by šlo o šachty např. u komerčního či jiného objektu s jediným vlastníkem (investorem). Předpoklad byl proto podle názoru zadavatele stanoven zcela přiměřeně druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

15. Zadavatel dále podtrhuje, že předpoklad se z principu týká (fyzické) osoby stavbyvedoucího, nikoliv dodavatele jako celku a rovněž zákon tyto dva odlišné předpoklady rozlišuje jako písm. a) a c) § 56 odst. 3. Neexistuje žádný vztah mezi zkušeností dodavatele s realizací zakázek obdobného charakteru (reference) a zkušeností osoby stavbyvedoucího, který může být doložen zkušeností nabytou např. jako zaměstnanec jiné firmy, než je dodavatel podávající nabídku. Zadavateli jde o to, že dodavatel má zajistit vedení stavby pomocí hlavního stavbyvedoucího s příslušnou zkušeností, bez ohledu na to, zda tato zkušenost byla touto osobou nabyta v rámci pracovněprávního nebo jiného vztahu s dodavatelem nebo zda se jedná o subdodavatele. Podle názoru zadavatele požadavek na zkušenost stavbyvedoucího v daném případě nemohl vést k porušení základních zásad, zejména zákazu diskriminace, neboť se nejedná o duplicitní či další referenci dodavatele. Není ani možné § 56 odst. 3 písm. c) a § 56 odst. 5 písm. c) zákona v tomto případě vykládat tak, že by měl zadavatel povinnost zkušenost osoby stavbyvedoucího omezovat na stavby s finančním objemem 50 % předpokládané hodnoty, jako je tomu u stavebních referenčních zakázek dodavatele. Zadavatel však upozorňuje, že reálně předpokládaná hodnota realizace 130 domovních šachet (zkušenost stavbyvedoucího) činí sama o sobě 30 mil. Kč, což je mimo jiné méně než 50 % předpokládané hodnoty zadávané zakázky. Předmětný předpoklad je z výše uvedených důvodů v souladu se základními zásadami a je stanoven v souladu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona přiměřeně povaze plnění.
16. S ohledem na dosud uvedené zadavatel trvá na tom, že se porušení zákona nedopustil a neexistují tak důvody pro uložení nápravného opatření a žádá, aby Úřad správní řízení zastavil.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

17. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření předloženého zadavatelem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
18. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
19. Podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce 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.

20. Podle § 56 odst. 3 písm. c) zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce požadovat osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci dodavatele nebo vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení a osob odpovědných za vedení realizace příslušných stavebních prací.
21. Podle § 56 odst. 5 zákona je veřejný zadavatel ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení
- a) stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů,
  - b) uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a
  - c) vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. U kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona nesmí požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
22. Úřad uvádí, že účelem požadavků na kvalifikaci je objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Požadavek na splnění minimálních technických kvalifikačních předpokladů má zajistit, že se soutěže o přidělení veřejné zakázky zúčastní pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku po jejím přidělení též plnit. Zadavatel může vymezením kvalifikačních předpokladů, zejména stanovením příliš přísných kritérií prokázání způsobilosti dodavatele, výrazným způsobem ovlivnit okruh dodavatelů, mezi jejichž nabídkami bude v závěrečné fázi zadávacího řízení vybírat. Z uvedeného důvodu je zadavatel při stanovení kvalifikačních předpokladů vždy povinen respektovat zásady nediskriminace, transparentnosti a rovného zacházení ve smyslu § 6 odst. 1 zákona. Stanovení kvalifikačních předpokladů tedy nemůže vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení. Zadavatel musí naopak umožnit rovné příležitosti všem dodavatelům, kteří jsou objektivně schopni předmětnou zakázku plnit.
23. K významu § 6 odst. 1 zákona (dříve § 6 zákona) se ve svém rozhodnutí č. j. 1 Afs 20/2008 - 152 ze dne 5. 6. 2008 vyjádřil i Nejvyšší správní soud, který konstatoval, že (začátek citace) „*Toto ustanovení totiž v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. ... smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem*

*zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).“ (konec citace)*

24. Nejvyšší správní soud dále v citovaném rozhodnutí uvedl, že (začátek citace) „... za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.“ (konec citace)
25. Z výše uvedeného vyplývá, že stanovení kvalifikačních předpokladů nemůže vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení či jakémukoliv zvýhodnění některého z dodavatelů. Účelem kvalifikace je zabezpečit účast všech potenciálních dodavatelů, kteří jsou způsobilí předmětnou veřejnou zakázku plnit. Zásada nediskriminace se pak při vymezení požadavků zadavatele na prokázání technických kvalifikačních předpokladů promítá do § 56 odst. 5 písm. c) zákona, podle kterého je zadavatel ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům povinen vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
26. Zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, byla nově omezena možnost zadavatele požadovat prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, a to tak, že rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem nesmí překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky (§ 56 odst. 5 písm. c) poslední věta zákona). Citovaná podmínka je právě projevem snahy zákonodárce omezit skryté diskriminování uchazečů stanovením nepřiměřených požadavků na kvalifikaci. Podle názoru Úřadu tato změna vychází rovněž z předpokladu, že u stavebních prací nemá finanční objem veřejné zakázky natolik vypovídající hodnotu, aby nebylo možné dovozovat, že dodavatel, který má zkušenosti se stavbami např. v hodnotě 50 mil. Kč, by nebyl způsobilý stejně kvalitně realizovat stavby v hodnotě 100 mil. Kč.
27. Zadavatel v bodu 1.1 zadávací dokumentace vymezil předmět veřejné zakázky následovně:  
(začátek citace) „*Jedná se realizaci dostavby tlakové kanalizace a vodovodu ve zbytku obce Štěpánov tj. částí Moravská Huzová a Stádlo vč. napojení na kanalizaci v místní části Benátky a jejich propojení na ČOV ve Štěpánově a dokončení dešťové kanalizace v Moravské Huzové.*  
*Jedná se o výstavbu:*
1. *Tlakové kanalizace o rozsahu:  
7188 m tlakové kanalizace  
Z toho 3049 m výtlačků  
149 ks čerpacích šachet*



2. *Vodovodu o rozsahu:  
4412 m vodovodních řadů  
311 m vodovodních odboček*
3. *Dešťová kanalizace  
240 m dešťových stok“ (konec citace)*

28. Zadavatel dále v bodu 1.1 zadávací dokumentace uvedl, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena na 70 779 000 Kč bez DPH.

#### **K požadavku zadavatele na seznam stavebních prací podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona**

29. V bodu 9.3.1 zadávací dokumentace zadavatel stanovil požadavky k prokázání technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona následovně:

*(začátek citace) „Dodavatel předloží seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let, přílohou tohoto seznamu musí být osvědčení objednatelů o řádném plnění 5 referenčních stavebních prací – kanalizace a vodovod obdobného rozsahu a kapacity – tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto práce provedeny řádně a odborně. ...*

*... Dodavatel splňuje technický kvalifikační předpoklad, pokud v posledních 5 letech realizoval, tj. ukončil a předal objednateli:*

*– 5 staveb kanalizace a vodovodu obdobného rozsahu a kapacity každá v hodnotě min. 30 mil. Kč“ (konec citace)*

30. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel požadoval jednotlivé reference v hodnotě (30 mil. Kč), představující 42,4 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky (předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla v bodu 1.1 zadávací dokumentace stanovena na 70 779 000 Kč bez DPH). Je tedy zřejmé, že zadavatel při číselném vyjádření požadované minimální úrovně referenčních zakázek respektoval podmínku stanovenou v poslední větě § 56 odst. 5 písm. c) zákona. Současně však zadavatel stanovil, že předložené referenční zakázky musí být „obdobného rozsahu a kapacity“. K tomuto dovětku, jež zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, Úřad uvádí následující.

31. Úřadu je toho názoru, že referenční zakázky obdobného rozsahu a kapacity jako v případě předmětné veřejné zakázky mohou mít pouze stavby s obdobnou, a nikoliv poloviční předpokládanou hodnotou. Je nutno vycházet z logiky věci, kdy obecně lze mít za to, že různé dodávky, služby či stavební práce obdobného rozsahu a kapacity dosahují rovněž obdobné ceny za poskytnutí daného plnění. V případě veřejné zakázky na stavební práce, jejíž předpokládaná hodnota činí 70 mil. Kč, je tedy zřejmé, že stavební práce obdobného rozsahu a kapacity budou mít rovněž hodnotu přibližně 70 mil. Kč.

32. V šetřeném případě tedy zadavatel nedodržel podmínku stanovenou v § 56 odst. 5 písm. c) zákona, podle níž u kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona nesmí požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací

provedených dodavatelem překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Důvodem je ta skutečnost, že při předpokládané hodnotě ve výši 70 779 000 Kč bez DPH zadavatel požadoval předložení referenčních zakázek obdobného rozsahu a kapacity.

33. Úřad nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že výraz „obdobný rozsah a kapacita“ směřuje k věcnému charakteru plnění, neboť podle názoru Úřadu pojmy rozsah a kapacita jednoznačně určují kvantitativní, a nikoliv kvalitativní vlastnosti požadovaných referenčních zakázek. Co se týče tvrzení zadavatele, podle něhož vycházel z toho, že stavby vodovodu a kanalizace mohou mít velmi různorodý charakter, Úřad uvádí, že zadavatel nespécifikoval, v čem je daná veřejná zakázka odlišná od jiných plnění obdobného rozsahu a kapacity a současně Úřad dodává, že stěžít lze očekávat, že by daná plnění obdobného rozsahu a kapacity mohla mít s ohledem na různorodý charakter natolik odlišnou finanční hodnotu, že by mohla dosahovat pouze poloviny šetřené veřejné zakázky. K argumentu zadavatele, že formulace předmětného předpokladu nečinila dodavatelům potíže, neboť nebyla předmětem dotazů a nikdo z uchazečů nebyl pro jeho nesplnění vyloučen, Úřad uvádí, že nejednoznačné a diskriminační vymezení požadavku na reference mohlo v šetřeném případě omezit okruh uchazečů o veřejnou zakázku, což dokládá minimálně skutečnost, že společnost SWIETELSKY stavební s. r. o. podala proti způsobu stanovení požadavků zadavatele na referenční zakázky námitky, následně návrh k Úřadu a nepodala nabídku. Úřad dále podotýká, že zadavatel v rozhodnutí o nevyhovění námitkám společnosti SWIETELSKY stavební s. r. o. pouze uvedl, že pojmem „rozsah a kapacita“ se rozumí obdobný rozsah a kapacita, a nikoliv stejný rozsah a kapacita. Zadavatel tedy stěžovateli před uplynutím lhůty pro podání nabídek nesdělil svůj záměr akceptovat všechny referenční stavby splňující podmínku objemu 30 mil. Kč a předmětu – vodovod či kanalizace, jak uvádí ve svém vyjádření.
34. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že citovaná formulace požadavků na prokázání technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona jde nad rámec omezení stanoveného v § 56 odst. 5 písm. c) poslední věť zákona pro rozsah stavebních prací. Ačkoliv zadavatel stanovil, že minimální úroveň pro splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona je 30 mil. Kč, tedy méně než 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, trval na tom, že referenční stavební práce musí být obdobného rozsahu a kapacity. Uvedeným postupem zadavatele došlo k obejití zákazu stanoveného v § 56 odst. 5 písm. c) zákona požadovat prokázání zkušeností dodavatele se zakázkami překračujícími 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

#### **K požadavku zadavatele na odbornou kvalifikaci dodavatele podle § 56 odst. 3 písm. c) zákona**

35. V bodu 9.3.6 zadávací dokumentace zadavatel vymezil požadavky na prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. c) zákona takto:

(začátek citace) „*Hlavní stavbyvedoucí VŠ stavebního zaměření nebo SŠ stavebního zaměření v oboru vodohospodářských děl s autorizací vodohospodářské stavby*

*Životopis, ze kterého bude patrné, že hlavní stavbyvedoucí má zkušenosti s prováděním staveb tlakových kanalizací o minimálním objemu 130 ks domovních čerpacích šachet*

*na jedné stavbě o celkovém finančním objemu 30 mil. Kč. Uchazeč předloží osvědčení objednatele, že daná osoba stavbu řídila na řídicí pozici (stavbyvedoucí, manažer projektu apod.).“ (konec citace)*

36. Úřad uvádí, že předmětem veřejné zakázky je tlaková kanalizace o rozsahu 149 ks čerpacích šachet, a tudíž požadovaný počet 130 ks domovních čerpacích šachet činí 87,3 % z počtu čerpacích šachet realizovaných v předmětné zakázce. Zadavatel tedy k prokázání kvalifikace požadoval doložit zkušenosti hlavního stavbyvedoucího s rozsahově téměř totožnou zakázkou.
37. Podle § 56 odst. 3 písm. c) zákona může zadavatel k prokázání technické způsobilosti dodavatele požadovat předložení osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci dodavatele nebo vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení a osob odpovědných za vedení realizace příslušných stavebních prací. Zákon nestanoví, co se rozumí pojmem „odborná kvalifikace“, může jít o autorizaci v určitém oboru či doklad o délce praxe a není rovněž vyloučeno, aby zadavatel požadoval prokázat zkušenosti vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob odpovědných za vedení realizace příslušných stavebních prací. Zadavatel je však povinen při stanovení požadavků na odbornou kvalifikaci dodavatele respektovat § 6 odst. 1 zákona.
38. Úřad uvádí, že pokud zákonodárce v § 56 odst. 5 písm. c) zákona omezil rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací na 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, bylo by proti smyslu citovaného ustanovení a rovněž v rozporu s § 6 odst. 1 zákona, kdyby zadavatel mohl požadovat prokázání zkušeností dodavatele (či vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob odpovědných za vedení realizace příslušných stavebních prací) se stavbami rozsahem přesahujícími 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky v rámci jiných kvalifikačních předpokladů. Takový postup zadavatele by znamenal obcházení zákazu stanoveného v § 56 odst. 5 písm. c) zákona, tj. požadovat prokázání zkušeností dodavatele se zakázkami překračujícími 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, a nebyl by naplněn hlavní účel citovaného ustanovení, kterým je omezení diskriminace dodavatelů stanovováním nepřiměřených požadavků na kvalifikaci.
39. Úřad dále podotýká, že v posuzovaném případě vzal rovněž v úvahu, že zadavatel požadoval prokázat zkušenosti stavbyvedoucí s provedením požadovaného počtu domovních čerpacích šachet „na jedné stavbě“. Úřad obecně připouští argumentaci zadavatele, že schopnost hlavního stavbyvedoucího řídit a koordinovat složitý postup výstavby, může být ověřena doložením zkušeností se stavbou většího počtu čerpacích šachet v rámci realizace jedné veřejné zakázky. V šetřeném případě však tento požadavek spolu s vysoce nastavenou minimální úrovní dotčeného technického kvalifikačního předpokladu vyústil v porušení § 56 odst. 5 písm. c) zákona, neboť došlo k překročení 50% limitu pro prokazování zkušeností dodavatele s realizací obdobných veřejných zakázek.
40. K námitce zadavatele, že kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 3 písm. c) zákona se týká (fyzické) osoby stavbyvedoucího, nikoliv dodavatele jako celku, Úřad uvádí, že nelze oddělovat způsobilost dodavatele, vedoucích zaměstnanců dodavatele a osob odpovědných

za vedení realizace příslušných stavebních prací. Pokud zákon limituje rozsah prokazování zkušeností dodavatele s obdobnými zakázkami, pak z logiky věci nelze připustit, aby se toto omezení nevztahovalo rovněž na prokazování zkušeností vedoucích zaměstnanců dodavatele a osob odpovědných za vedení realizace příslušných stavebních prací, přestože to zákon explicitně nestanoví. Úřad zdůrazňuje, že primárně má být zkušenost dodavatele s obdobnými zakázkami prokazována v rámci kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona předložením seznamu významných stavebních prací, proto nelze akceptovat, pokud zadavatel stanoví nad rámec tohoto kvalifikačního předpokladu ještě požadavek na prokázání zkušeností vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob odpovědných za vedení realizace příslušných stavebních prací způsobem nerespektujícím omezení stanovené v § 56 odst. 5 písm. c) zákona. Pokud zákon stanoví, že zkušenost dodavatele s realizací stavebních prací v ceně 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky je k prokázání jeho technické způsobilosti k realizaci veřejné zakázky dostačující, neměl by zadavatel požadovat po zaměstnancích dodavatele prokázání kvalifikace vyšší, než zákon umožňuje požadovat po dodavateli samotném.

41. K argumentu zadavatele, že požadavek na prokázání odborné kvalifikace hlavního stavbyvedoucího mohli dodavatelé splnit pomocí subdodavatele, Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 37/2011 - 92, ve kterém Nejvyšší správní soud konstatoval, že (začátek citace) „*na dodavatelích nelze spravedlivě požadovat, aby plnili požadavek, který je v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, natož aby tak činili formou subdodavatelskou, která jim zpravidla zvyšuje náklady a snižuje zisk.*“ (konec citace). Z citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu tedy vyplývá, že pokud zadavatel stanovil kvalifikační předpoklad v rozporu se zákonem, např. diskriminačně, nelze jeho pochybení zhojit odkazem na možnost dodavatelů prokazovat kvalifikaci pomocí subdodavatele.
42. K námitce zadavatele, že předpokládaná hodnota realizace 130 domovních šachet činí 30 mil. Kč a nepřesahuje tak 50 % předpokládané hodnoty zadávané zakázky, Úřad uvádí, že obecně z předpokládané hodnoty veřejné zakázky nelze vyčleňovat hodnotu určité části plnění, neboť předmět veřejné zakázky tvoří celek vzájemně propojených a souvisejících stavebních prací potřebných k naplnění cíle, kterého se má realizací veřejné zakázky dosáhnout. Realizace 130 domovních čerpacích šachet tak odpovídá zakázce, jejíž součástí je pravděpodobně i kanalizace a vodovod a celková hodnota takové zakázky zřejmě přesahuje 50 % předpokládané hodnoty šetřené veřejné zakázky. Úřad dále podotýká, že v případě, kdy je zakázka složena z více samostatných celků, které mohou být realizovány i odděleně (jako v tomto případě kanalizace a vodovod), by se padesátiprocentní omezení vyplývající z § 56 odst. 5 písm. c) zákona z logiky věci mělo vztahovat na každý takový celek samostatně. Opačný výklad by mohl mít opět za následek obcházení § 56 odst. 5 písm. c) zákona.

## Závěr

43. Analogicky se závěry učiněnými ve výše citovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu, má Úřad za to, že v šetřeném případě došlo k porušení zásady zákazu diskriminace, neboť stanovení požadavku na seznam stavebních prací a na zkušenosti hlavního stavbyvedoucího vedlo k nepřipustnému zúžení okruhu potencialních uchazečů, kteří by byli schopní

předmět veřejné zakázky plnit. Způsob nastavení požadavků zadavatele na technickou kvalifikaci tak naplňuje znaky skryté diskriminace, za kterou je považován postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením nepřiměřené úrovně technické způsobilosti ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky. Současně je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Možné omezení možnosti dodavatelů účastnit se veřejné zakázky podle názoru Úřadu indikuje skutečnost, že proti způsobu nastavení technických kvalifikačních předpokladů podali 4 dodavatelé námítky, přičemž 3 z nich nepodali nabídku.

44. Úřad uzavírá, že v důsledku stanovení požadavku na seznam významných stavebních prací a odbornou kvalifikaci hlavního stavbyvedoucího tak, jak ho v daném případě stanovil zadavatel, mohlo nabídku podat méně dodavatelů než v situaci, kdy by tato podmínka stanovena nebyla a zadavatel se tak dopustil skryté diskriminace. Diskriminováni jsou zde ti dodavatelé, kteří ačkoliv již mají zkušenosti s realizací stavebních prací o rozsahu 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, jak stanoví § 56 odst. 5 písm. c) zákona, nedisponují doklady k prokázání technické způsobilosti v rozsahu požadovaném zadavatelem, nicméně by byli schopni veřejnou zakázku realizovat. Postupem zadavatele při stanovení požadavků na kvalifikaci došlo k narušení konkurenčního prostředí mezi dodavateli, neboť není vyloučeno, že v případě, pokud by zadavatel předmětné požadavky stanovil zákonným způsobem, obdržel by nabídky více uchazečů. Postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit počet podaných nabídek, a tím i výběr nejvhodnější nabídky.
45. Na základě výše uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že zadavatel porušil postup stanovený v ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když v rámci technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona požadoval předložit osvědčení objednatelů o řádném plnění 5 referenčních stavebních prací – kanalizace a vodovod obdobného rozsahu a kapacity, a v rámci technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. c) zákona požadoval prokázat, že hlavní stavbyvedoucí má zkušenosti s prováděním staveb tlakových kanalizací o minimálním objemu 130 ks domovních čerpacích šachet na jedné stavbě, když předmětem veřejné zakázky je zhotovení 149 ks čerpacích šachet, čímž v rozporu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona překročil požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, v důsledku čehož porušil zásadu zákazu diskriminace, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

## **V. ULOŽENÍ NÁPRAVNÉHO OPATŘENÍ**

46. Zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona při stanovení požadavků na technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona a § 56 odst. 3 písm. c) zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Nedodržení zákonem stanoveného postupu

ze strany zadavatele mohlo ovlivnit počet obdržených nabídek, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, podali by nabídky i další uchazeči.

47. Úřad je při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu. Vzhledem k tomu, že zadavatel závažně pochybil již při stanovení požadavků k prokázání kvalifikačních předpokladů v zadávací dokumentaci, musel Úřad zadávací řízení zrušit, neboť jiným způsobem nelze nápravy dosáhnout.
48. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 84 odst. 7 zákona zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157 zákona do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí (v daném případě po nabytí právní moci tohoto rozhodnutí). Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona povinen odeslat písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 2 pracovních dnů po přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu.

## **VI. NÁKLADY ŘÍZENÍ**

49. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, je zadavatel povinen uhradit náklady řízení o přezkoumání úkonů zadavatele paušální částkou v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000 Kč.
50. Vzhledem k tomu, že zadávací řízení bylo tímto rozhodnutím zrušeno, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
51. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2012000660.

## 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, tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad 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. Obec Štěpánov, Horní 444/7, 783 13 Štěpánov
2. MODOS spol. s r. o., Masarykova 885/34, 772 00
3. COLAS CZ, a. s., Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha 9

### Vypraveno dne

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