



UOHSX006LTW8

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R126/2014/VZ-2369/2015/321/OHo

Brno 26. ledna 2015

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 14. 4. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 15. 4. 2014, který podal zadavatel –

- **město Klášterec nad Ohří**, IČO 00261939, se sídlem nám. Dr. E. Beneše 85, 431 51 Klášterec nad Ohří, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 22. 7. 2013 Mgr. Bc. Milanem Konečným, IČO 88144534, se sídlem K Holotovci 1191, 735 11 Orlová – Město,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S744,745/2013/VZ-7003/2014/511/KČe ze dne 1. 4. 2014, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejných zakázek

- **„Realizace energetických úspor v objektu ZŠ Petléřská v Klášterci nad Ohří a Realizace energetických úspor v objektu MÚSS v Klášterci nad Ohří“** zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 30. 4. 2013 a uveřejněno dne 3. 5. 2013 pod ev. č. 352823 a oznámení o zadání zakázky uveřejněno dne 30. 7. 2013 pod ev. č. 361906 a
- **„Realizace úspor energie objektu ZŠ Krátká v Klášterci nad Ohří“** zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 30. 4. 2013 a uveřejněno dne 3. 5. 2013 pod ev. č. 352824 a oznámení o zadání zakázky uveřejněno dne 30. 7. 2013 pod ev. č. 361308,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ust. § 90 odst. 5 téhož zákona a na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S744,745/2013/VZ-7003/2014/511/KČe ze dne 1. 4. 2014

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – město Klášterec nad Ohří, IČO 00261939, se sídlem nám. Dr. E. Beneše 85, 431 51 Klášterec nad Ohří (dále jen „**zadavatel**“), zadal v užším řízení, jehož oznámení bylo v souladu se zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 30. 4. 2013 a uveřejněno dne 3. 5. 2013 pod ev. č. 352823 a oznámení o zadání zakázky uveřejněno dne 30. 7. 2013, veřejnou zakázku s názvem „Realizace energetických úspor v objektu ZŠ Petléřská v Klášterci nad Ohří a Realizace energetických úspor v objektu MÚSS v Klášterci nad Ohří“ (dále jen „**veřejná zakázka pro ZŠ Petléřská a MÚSS**“). Její předpokládanou hodnotu zadavatel stanovil na 34 587 000 Kč.
2. U veřejné zakázky pro ZŠ Petléřská a MÚSS zadavatel vymezil minimální úroveň kvalifikačního předpokladu odpovídajícího druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění zakázky dle § 56 odst. 5 písm. c) zákona následovně:

„Dodavatel splňuje technický kvalifikační předpoklad, pokud v posledních pěti letech provedl:

- *Minimálně tři stavební zakázky srovnatelného charakteru, jejichž předmětem plnění byla realizace úspor energií v podobě revitalizace (rekonstrukce) budov občanské vybavenosti dle definice uvedené v ustanovení § 6 vyhlášky č. 398/2009 Sb. (vyjma staveb, které nemají obdobnou povahu – např. sportoviště) nebo stavby obdobné, přičemž součástí referenční zakázky muselo být rovněž zateplení obálky předmětné budovy kontaktním zateplovacím systémem, zateplení střechy a výměna výplní otvorů (včetně osvědčení či referenční listiny, ze kterých musí vyplývat obdobný charakter zakázky), a to v minimální hodnotě 17 mil. Kč bez DPH za každou zakázku.*
- *Dále dvě stavební zakázky, jejichž předmětem plnění byla realizace úspor energií v podobě revitalizace (rekonstrukce) budov školských zařízení za provozu tohoto*

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

zařízení, přičemž součástí referenční zakázky muselo být rovněž zateplení obálky předmětné budovy kontaktním zateplovacím systémem, zateplení střechy a výměna výplní otvorů (včetně osvědčení či referenční listiny, ze kterých musí vyplývat obdobný charakter zakázky), a to v minimální hodnotě 13,5 mil. Kč bez DPH za každou zakázku.

- Dále jednu stavební zakázku, jejíž předmětem plnění byla realizace úspor energií v podobě revitalizace (rekonstrukce) budovy zdravotnického zařízení či zařízení se stálou pečovatelskou službou probíhající za provozu tohoto zařízení, přičemž součástí referenční zakázky muselo být rovněž zateplení obálky předmětné budovy kontaktním zateplovacím systémem, zateplení střechy a výměna výplní otvorů (včetně osvědčení či referenční listiny, ze kterých musí vyplývat obdobný charakter zakázky), a to v minimální hodnotě 3,3 mil. Kč bez DPH za každou zakázku.
- U všech referenčních zakázek z celkového počtu 6 referenčních zakázek musí uchazeč doložit, že byl na zateplení budovy použit certifikovaný zateplovací systém ETICS v kvalitativní třídě A dle technických pravidel TP CZB 05-2007 Kritéria pro kvalitativní třídy vnějších tepelně izolačních kontaktních systémů (ETICS) nebo ETA. Uvedené požadavky musí vyplývat z doložených referenčních listin a specifikací referencí uvedených v jejich seznamu.“

3. Zadavatel uzavřel dne 26. 7. 2013 s vybraným uchazečem – společností NEPRO stavební a.s., IČO 27342093, se sídlem Útočiště 632, 431 51 Klášterec nad Ohří (dále jen „**vybraný uchazeč**“) smlouvy o dílo na veřejnou zakázku pro ZŠ Petléřská a MÚSS ve znění dodatků ze dne 11. 10. 2013, 26. 11. 2013 a 3. 12. 2013.
4. Zadavatel rovněž zadal v užším řízení, jehož oznámení bylo v souladu se zákonem odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 30. 4. 2013 a uveřejněno dne 3. 5. 2013 pod ev. č. 352824 a oznámení o zadání zakázky uveřejněno dne 30. 7. 2013, veřejnou zakázku s názvem „Realizace úspor energie objektu ZŠ Krátká v Klášterci nad Ohří“ (dále jen „**veřejná zakázka pro ZŠ Krátká**“). Předpokládaná hodnota této zakázky byla stanovena na 31 412 000 Kč.
5. U veřejné zakázky pro ZŠ Krátká zadavatel vymezil minimální úroveň kvalifikačního předpokladu odpovídajícího druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění zakázky dle § 56 odst. 5 písm. c) zákona následovně:

„Dodavatel splňuje technický kvalifikační předpoklad, pokud v posledních pěti letech provedl:

- Minimálně šest stavebních zakázek srovnatelného charakteru, jejichž předmětem plnění byla realizace úspor energií v podobě revitalizace (rekonstrukce) budov občanské vybavenosti, dle definice uvedené v ustanovení § 6 vyhlášky č. 398/2009 Sb. (vyjma staveb, které nemají obdobnou povahu - např. sportoviště) nebo stavby obdobné, přičemž součástí referenční zakázky muselo být rovněž zateplení obálky předmětné budovy kontaktním zateplovacím systémem, zateplení střechy a výměna výplní otvorů (včetně osvědčení či referenční listiny, ze kterých musí vyplývat obdobný charakter zakázky), a to v minimální hodnotě 15,5 mil. Kč bez DPH za každou zakázku.

- *Z celkového počtu 6 referenčních zakázek musí být minimálně dvě referenční stavební zakázky, jejichž předmětem plnění byla realizace úspor energií v podobě revitalizace (rekonstrukce) budov školských zařízení za provozu tohoto zařízení, přičemž součástí referenční zakázky muselo být rovněž zateplení obálky předmětné budovy kontaktním zateplovacím systémem, zateplení střechy a výměna výplní otvorů (včetně osvědčení či referenční listiny, ze kterých musí vyplývat obdobný charakter zakázky), a to v minimální hodnotě 15,5 mil. Kč bez DPH za každou zakázku.*
- *U všech referenčních zakázek z celkového počtu 6 referenčních zakázek musí uchazeč doložit, že byl na zateplení budovy použit certifikovaný zateplovací systém ETICS v kvalitativní třídě A dle technických pravidel TP CZB 05-2007 Kritéria pro kvalitativní třídy vnějších tepelně izolačních kontaktních systémů (ETICS) nebo ETA. Uvedené požadavky musí vyplývat z doložených referenčních listin a specifikací referencí uvedených v jejich seznamu.“*

6. Zadavatel uzavřel dne 26. 7. 2013 s vybraným uchazečem smlouvu o dílo na veřejnou zakázku pro ZŠ Krátká ve znění dodatků ze dne 11. 10. 2013, 29. 10. 2013 a 13. 12. 2013.
7. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek obdržel dne 2. 7. 2013 podnět, týkající se postupu zadavatele při zadání veřejných zakázek ZŠ Petléřská a MÚSS a ŽS Krátká. Úřad pro obě veřejné zakázky zahájil správní řízení, která dne 19. 12. 2013 spojil.

II. Napadené rozhodnutí

8. Dne 1. 4. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S744,745/2013/VZ-7003/2014/511/KČe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v němž ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky pro ZŠ Petléřská a MÚSS dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 5 písm. c) zákona ve spojení s nedodržením zásady zákazu diskriminace stanovené v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když úroveň technických kvalifikačních předpokladů nestanovil odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť požadoval prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) téhož zákona pouze ve vztahu k budovám občanské vybavenosti (budovy školských zařízení a budovy zdravotnického zařízení či zařízení se stálou pečovatelskou službou), přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 26. 7. 2013 smlouvu na uvedenou veřejnou zakázku.
9. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky pro ZŠ Krátká dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 5 písm. c) zákona ve spojení s nedodržením zásady zákazu diskriminace stanovené v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když úroveň technických kvalifikačních předpokladů nestanovil odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, neboť požadoval prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) téhož zákona pouze ve vztahu k budovám občanské vybavenosti (budovy školských zařízení), přičemž uvedený postup zadavatele mohl

podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 26. 7. 2013 smlouvy na uvedenou veřejnou zakázku.

10. Výrokem III. napadeného rozhodnutí byla zadavateli za spáchání výše uvedených správních deliktů uložena povinnost zaplatit pokutu ve výši 250 000 Kč.
11. Úřad se v napadeném rozhodnutí nejdříve zabýval veřejnou zakázkou pro ZŠ Petléřská a MÚSS, přičemž uvedl, že je mu z předchozích šetření veřejných zakázek známo, že neexistují objektivní rozdíly mezi technologickými postupy a materiály používanými při stavebních pracích spočívajících v revitalizaci či rekonstrukci budov za účelem snížení jejich energetické náročnosti. Dle Úřadu není tudíž rozhodující, zda se jedná o budovy občanské, obytné či jiné, když technické specifikace ETICS nerozlišují způsob užívání budov, ale pouze druh podkladu. Zadavatel dle Úřadu požadavek na doložení referenčních zakázek ve vztahu pouze k budovám občanské vybavenosti s ohledem na požadavky technické specifikace ETICS v tomto směru neodůvodňuje.
12. Úřad dále konstatoval, že oba objekty předmětné veřejné zakázky představují odlišné stavebně-konstrukční systémy a zadavatel ani z tohoto pohledu svůj požadavek na referenční stavby, spočívající v revitalizaci budov občanské vybavenosti, neodůvodnil. Úřad dále uvedl, že nezjistil, že by jakákoli jiná specifika veřejné zakázky odůvodňovala zadavatelův požadavek na referenční stavby spočívající na revitalizaci budov občanské vybavenosti, a proto nevidí důvod, proč by zadavatel nemohl akceptovat zkušenosti dodavatele získané i na jiných budovách.
13. K argumentaci z vyjádření zadavatele ze dne 2. 1. 2014 Úřad uvedl, že i pokud by zadavatel stavbami obdobnými rozuměl např. obytné budovy, zájemce stále musel kumulativně prokázat zkušenosti s realizací úspor energií školských zařízení, resp. zařízení s pečovatelskou službou, kde zadavatel dodatek „nebo stavby obdobné“ neuvedl, a proto tuto argumentaci zadavatele nelze akceptovat. Argumentaci zadavatele, že byly zadávací podmínky schváleny poskytovatelem dotací, Úřad shledal irelevantní.
14. K veřejné zakázce pro ZŠ Petléřská a MÚSS tak Úřad uzavřel, že zadavatel nestanovil úroveň technických kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky a tím pádem diskriminoval dodavatele, kteří by jinak k plnění veřejné zakázky byly schopní, ale získali zkušenosti s realizací stavebních prací spojených s revitalizací jiných budov než pouze budov občanské vybavenosti.
15. K veřejné zakázce pro ZŠ Krátká Úřad argumentoval obdobně, když nespátřil odůvodněnost zadavatelova požadavku na referenční stavby ani ve stavebně – technologickém hledisku, ani v jiných zvláštních specifikách veřejné zakázky.
16. K uložené pokutě Úřad pro obě veřejné zakázky uvedl, že zadavatelem stanovený technický kvalifikační předpoklad nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacího řízení zúčastnit, jelikož nelze vyloučit, že by zadavatel obdržel i nabídky jiných uchazečů, kdyby zákon dodržel.
17. Úřad posoudil možnost zániku odpovědnosti zadavatele za správní delikty a vzhledem k souběhu správních deliktů aplikoval zásadu absorpce. Přísněji postižitelným byl správní delikt při realizaci veřejné zakázky pro ZŠ Petléřská a MÚSS s horní hranicí možné pokuty ve výši 3 667 679, 10 Kč.

18. K otázce závažnosti, resp. k okolnostem spáchání správního deliktu Úřad uvedl, že stanovení technického kvalifikačního předpokladu nad rámec informací a dokladů bezprostředně souvisejících s předmětem veřejné zakázky mohlo vést k omezení či znemožnění účasti na veřejné zakázce pro dodavatele, jež měli zkušenost s revitalizací jiných budov, než budov občanské vybavenosti. Vzhledem k porušení zásady zákazu diskriminace a k zúžení okruhu možných dodavatelů Úřad posoudil okolnosti a následky spáchání správního deliktu jako závažné.
19. Jako přitěžující okolnost Úřad posoudil skutečnost, že došlo ke spáchání ještě druhého správního deliktu, naopak jako polehčující okolnost Úřad zohlednil fakt, že byla nejhodnější nabídka vybrána ze sedmi nabídek v rámci soutěže o veřejnou zakázku.
20. U výše uložené pokuty Úřad uvedl, že ač se může jevit relativně nízká, naplňuje preventivní funkci správního trestání a zároveň nemá pro zadavatele likvidační účinky.

III. Námitky rozkladu

21. Dne 15. 4. 2014 obdržel Úřad rozklad zadavatele ze dne 14. 4. 2014. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 2. 4. 2014. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
22. V úvodu rozkladu zadavatel uvádí, že má za to, že žádným způsobem zákon neporušil a postupoval plně v jeho intencích, stejně tak jako v intencích metodických pokynů a jeho prioritou bylo vybrat dodavatele, u něhož lze předpokládat, že bude schopen předmětnou veřejnou zakázku realizovat.
23. Na následujících 5 stranách rozkladu zadavatel opakuje znění kvalifikačních předpokladů a jediné jeho skutkové tvrzení je, že dodržel limity dané zákonem (pravděpodobně se jedná o limit rozsahu požadované referenční zakázky ve vztahu k předpokládané ceně předmětné veřejné zakázky).
24. K veřejné zakázce na ZŠ Petléřská a MÚSS následně zadavatel uvádí, že umožňoval doložení referencí nejen referenčními zakázkami na budovy občanské vybavenosti dle definice § 6 vyhlášky č. 398/2009 Sb., (vyjma staveb, které nemají obdobnou povahu – např. sportoviště), ale rovněž referenčními zakázkami na všechny obdobné stavby. Zadavatel dále uvádí, že i hodnotící komise při posuzování kvalifikace doporučila zadavateli akceptovat všechny obdobné stavby, včetně bytových komplexů, panelových domů, administrativních budov, aj.
25. Zadavatel je přesvědčen, že ze znění kvalifikační dokumentace je jednoznačné, že neomezil referenční zakázky pouze na budovy občanské vybavenosti, jak uvádí Úřad, což dosvědčuje skutečnost, že nebyly uchazeči podány žádné dodatečné dotazy.
26. Se závěrem Úřadu, že výše uvedenému názoru by bylo možno přisvědčit za předpokladu, že by zadavatel dále nepožadoval také referenční zakázky pouze na budovy školských zařízení (resp. budovy zdravotnického zařízení či zařízení se stálou pečovatelskou službou), se zadavatel neztotožňuje. Zadavatel je přesvědčen, že u těchto požadavků na konkrétní typologii výstavby specifické povahy, není možné umožnit obdobnou povahu a rozšířit množinu uznatelných referencí a tyto požadavky plně odpovídají předmětu zakázky.

27. Zadavatel uvádí, že Úřad přehlédl v kvalifikační dokumentaci spojení požadavku na školské (zdravotnické) zařízení s požadavkem na realizaci referenční zakázky za provozu příslušného zařízení. Zadavatel se domnívá, že se jedná o zásadní kvalifikační předpoklad pro specifikace organizace práce na stavbě za provozu zařízení, s nimiž by měl mít uchazeč zkušenosti.
28. Zadavatel se ohrazuje proti tvrzení, že požadoval v rámci kvalifikační dokumentace referenční zakázky vztažené pouze na budovy občanské vybavenosti, když přímo v kvalifikační dokumentaci je uvedena i možnost jiných obdobných staveb. Minimální kvalifikační předpoklady tak byly stanoveny ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky a přitom dostatečně široce.
29. Argumentace zadavatele k veřejné zakázce pro ZŠ Krátká je v úvodu analogická té předchozí, navíc ale zadavatel dodává, že způsob provádění prací za provozu zařízení je značně specifický, což dokazuje znalecký posudek uvedený v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S389/2012/VZ-18267/2013/511/KČe ze dne 24. 9. 2013 a obdobně se Úřad vyjádřil i při šetření podnětu č. j. ÚOHS-P414/2011/VZ-17302/2011/520/JHI ze dne 11. 8. 2011, a na základě uvedeného zadavatel dovozuje, že zcela legitimně akcentoval požadavek na zkušenost uchazečů s realizací stavebních prací ve zvláštním režimu. Dále v rozkladu zadavatel odkazuje také na rozhodnutí č. j. ÚOHS-R178/2013/VZ-24753/2013/310/BV1 ze dne 18. 12. 2013
30. Specifičnost jednotlivých typů budov pak dle zadavatele reflektuje rovněž zákonodárce, když klade zvýšené požadavky stavby občanské vybavenosti a rovněž zvýšenými požadavky na hygienické zajištění provozu školských zařízení. Zadavateli tak není zřejmá argumentace Úřadu založená na popisu technické specifikace ETICS.
31. Zadavatel se dále vyjadřuje ke správnému deliktu, který dle Úřadu spáchal. Nejprve přitom uvádí, že jeho jednání nemělo potenciál ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a výše pokuty je tudíž nepřiměřená, vzhledem k tomu, že Úřad definuje pokutu jako sankci za protiprávní jednání, ke kterému nikdy ze strany zadavatele nedošlo.
32. Zadavatel rovněž nesouhlasí s odůvodněním přiměřenosti uložené sankce, jelikož Úřad vycházel z údajů o schváleném rozpočtu na rok 2014, jenž vyjadřuje pouze předpokládané hospodaření zadavatele, které může být odlišné od reálného stavu. O nepřiměřenosti sankce dle zadavatele svědčí rovněž to, že zadávací dokumentace byla zkontrolována poskytovatelem dotace, že Úřad nenařídil předběžné opatření po obdržení podnětu, a že žádný uchazeč nepodal námitky a ani jinak nezpochybnil postup zadavatele.
33. Závěrem zadavatel konstatuje, že jeho postup byl plně v souladu se zákonem, jelikož dodržel stanovené limity pro referenční stavby a odůvodnil své požadavky vzhledem k jejich vztahu k předmětu veřejné zakázky. Zadavatel je přesvědčen, že podmínky definoval dostatečně široce a tedy nijak neomezil hospodářskou soutěž. Zadavatel považuje napadené rozhodnutí za nezákonné, jelikož Úřad nesprávně zjistil skutkové okolnosti případu.

Závěr rozkladu

34. Zadavatel navrhuje napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit. Alternativně zadavatel žádá, aby byla přiměřeně snížena pokuta uložená výrokiem III. napadeného rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

35. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 téhož zákona postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

36. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jejich správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
37. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S744,745/2013/VZ-7003/2014/511/KČe ze dne 1. 4. 2014, rozhodl tak, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

38. Ač je rozklad zadavatele co do svého rozsahu značně objemný, stěžejními námitkami zůstává, že požadavek zadavatele na zkušenost dodavatele s revitalizací budov občanské vybavenosti za provozu příslušného zařízení byl v souladu se zákonem a rovněž že požadavek na určitý počet referenčních zakázek nebyl diskriminační, jelikož obsahoval slovní spojení „*nebo stavby obdobné,*“ na jehož základě zadavatel jako referenční zakázky akceptoval rovněž potvrzení o provedení stavebních prací, spočívajících v revitalizaci (zateplení) panelových nebo rodinných domů. Naopak námitky, že zadavatel požadoval referenční stavby o rozsahu souladném s limitem 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky dle věty druhé § 56 odst. 5 písm. c) zákona jsou pro přezkum napadeného rozhodnutí bezpředmětné, jelikož Úřad nikde v napadeném rozhodnutí k opačnému závěru nedospěl a porušení zákona zadavatelem spočívalo toliko v nedodržení požadavku věty první výše uvedeného ustanovení.
39. Vzhledem ke skutečnosti, že pochybení zadavatele bylo v případě obou veřejných zakázek takřka totožné, rozhodl jsem se odůvodnění tohoto rozhodnutí pojmout komplexně a nepoužít rámec napadeného rozhodnutí a rozkladu, kdy se značná část argumentace pro jednotlivé veřejné zakázky vzájemně kopíruje. Rozdíl mezi předmětnými veřejnými zakázkami je zjevný, když v jedné je poptávána revitalizace budovy školy a ústavu sociálních služeb a v druhé se poptává revitalizace školní budovy, avšak nikterak markantní. Splnění technického kvalifikačního předpokladu pak bylo v obou případech požadováno prostřednictvím doložení šesti referenčních stavebních zakázek, z nichž v jednom případě tři a v druhém dvě byly vymezeny požadavkem konkrétnějším než referenční zakázky zbylé.
40. Považuji za vhodné nejprve se vyjádřit k námitce zadavatele, že rozsah požadovaného technického kvalifikačního požadavku zahrnoval rovněž referenční stavby obdobné, za něž zadavatel považoval i bytové komplexy, panelové domy a administrativní budovy, a tudíž potenciální uchazeči nemohli být diskriminováni. K této námitce uvádím, že se k její době Úřad vyjadřoval v odstavcích 40 a 59 napadeného rozhodnutí. K rozvedení argumentace

Úřadu pak uvádím, že pakliže by byl požadavek zadavatele skutečně koncipován tak, jak je to prezentováno v jeho vyjádření, které reflektoval Úřad v napadeném rozhodnutí nebo tak, jak zadavatel uvádí v rozkladu, není zřejmé, z jakého podkladu k takovému závěru mohli dospět rovněž případní uchazeči o veřejnou zakázku.

41. Ze zadávací dokumentace ani technické dokumentace totiž nelze zjistit, jaké stavby zadavatel považuje za obdobné stavbě občanské vybavenosti. Tou je dle definice § 6 vyhlášky č. 398/2009 Sb., o obecných technických požadavcích zabezpečujících bezbariérové užívání staveb, stavba pro veřejnou správu, soudy, státní zastupitelství, policii, obviněné a odsouzené, stavba pro sdělovací prostředky, stavba pro obchod a služby, stavba pro ochranu obyvatelstva, stavba pro sport, školy, předškolní a školská zařízení, stavba pro kulturu a duchovní osvětu, stavba pro zdravotnictví a sociální služby, budova pro veřejnou dopravu a stavba ubytovacího zařízení pro cestovní ruch s celoročním i sezónním provozem pro více než 20 osob. Úřad se přitom v napadeném rozhodnutí příkladmo vyjadřoval k povaze obytných budov, ve smyslu budov obdobných k budovám občanské vybavenosti, a shledal, že je nelze označit jako budovy občanské vybavenosti, a tudíž je není možné označit ani za stavby obdobné. S tímto posouzením možnosti aplikovatelnosti dodatku technického kvalifikačního kritéria se plně ztotožňuji a dodávám, že jsem po přezkoumání zadávací a technické dokumentace nenalezl žádnou pasáž, která by zadavatelovo chápání předmětného technického kvalifikačního předpokladu obhajovala nebo odůvodňovala a ani zadavatel neuvedl, z jakých podkladů je možné k jím prezentovanému závěru dospět. Skutečnost, že hodnotící komise zadavateli doporučila akceptovat i reference o rekonstrukci bytových domů, panelových domů a administrativních budov nic nemění na faktu, že dodavatelé neměli jakoukoli informaci, že bude tento požadavek uvedeným způsobem vykládán. Skutečnost, že žádný uchazeč nepožádal o dodatečné informace, nijak závěry Úřadu nemůže zpochybnit.
42. K výše uvedenému dále dodávám, že poznámka k předmětnému technickému kvalifikačnímu předpokladu v technické dokumentaci obou veřejných zakázek zněla: *„Zadavatel stanovuje požadavek, že u zakázek složených z více oddělitelných částí předmětu realizace se požadovaná hodnota na referenční zakázku musí vztahovat výhradně k rekonstrukci nebo revitalizaci stavby občanské vybavenosti dle definice uvedené v ustanovení § 6 vyhlášky č. 398/2009 Sb. (nebo stavby obdobné), nelze uznat referenční zakázky, kde hodnota rekonstrukce či revitalizace stavby občanské vybavenosti tvoří pouze část hodnoty referenčního projektu a tato hodnota nedosahuje 15.500.000,- Kč (resp. 17.000.000,- Kč u druhé veřejné zakázky) bez DPH. Stejná podmínka platí pro další typy referenčních zakázek.“* Z uvedeného je zřejmé (i přes obsah závorky v citované pasáži), že smyslem zadavatelova požadavku bylo skutečně obdržet reference spočívající v realizaci rekonstrukcí staveb občanské vybavenosti a zadavatelem dovolávaný dodatek „nebo stavby obdobné“ by se na základě výše citovaného nedal využít v okamžiku, kdy *„(...)hodnota rekonstrukce či revitalizace stavby občanské vybavenosti tvoří pouze část hodnoty referenčního projektu (...)“*
43. Pro posouzení správnosti dalších úvah Úřadu v napadeném rozhodnutí, ve smyslu námitek rozkladu, pak považuji za klíčové odstavce 31, 32 a 33 (analogicky pro druhou zakázku odstavce 52, 53 a 54) napadeného rozhodnutí. Z nich vyplývá, že požadavek na referenční zakázky, jejichž okruh je dále zúžen oproti obecné množině všech představitelných staveb,

které by byli jinak uchazeči oprávněni předkládat, je možné skutečně omezit kupříkladu pouze na stavby občanské vybavenosti. Toto omezení však musí odpovídat požadavku § 56 odst. 5 písm. c) věty první zákona. V tomto případě požadavky zákona naplněny nebyly, neboť minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů je zadavatel povinen vymezit tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž tyto nároky je nutno splnit kumulativně. Technický kvalifikační požadavek tak může být v rozporu s uvedeným ustanovením, již z toho důvodu, že je stanoven disproporčně vůči složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

44. Úřad pak ve výše uvedeném smyslu v napadeném rozhodnutí hodnotil, zda existují různá specifika plnění veřejné zakázky, která by odůvodňovala stanovení technického kvalifikačního požadavku v podobě vyžadované zadavatelem. Jedním takovým specifikem mohl být právě požadavek na technickou specifikaci podle systému ETICS. Zadavatel v rozkladu uvedl, že cíl této argumentace Úřadu mu není zřejmý, k čemuž uvádím, že Úřad tímto posouzením sledoval přezkoumání důvodu, jímž by mohl být technický kvalifikační požadavek odůvodněn, a dále opakuji, co bylo konstatováno Úřadem v napadeném rozhodnutí. Z předchozích šetření zakázek s obdobným předmětem je Úřadu známo, že z hlediska způsobu využití budov obecně neexistují žádné objektivní rozdíly mezi technologickými postupy a materiály používanými při revitalizaci či rekonstrukci budov za účelem snížení jejich energetické náročnosti, a proto tedy ani požadavek na systém ETICS, čili hledisko vyžadované technologie, nemohl mít vliv na oprávněnost omezujícího technického kvalifikačního předpokladu.
45. Z argumentace zadavatele (předložené v průběhu správního řízení) a z protokolu o posuzování kvalifikace zájemců o účast pak skutečně vyplývá, že rozdíl mezi stavbou občanské vybavenosti a například panelovým domem při posuzování referenčních staveb zadavatel (resp. hodnotící komise) nečinil. Posouzení Úřadu v napadeném rozhodnutí tak není nikterak nesprávné, když Úřad konstatuje, že nenalezl žádnou specifickou podmínku či odlišnost od běžných podmínek, která by odůvodňovala požadavek na prokázání kvalifikace prostřednictvím referenčních zakázek na stavby občanské vybavenosti.
46. Ke specifičnosti předmětu plnění veřejné zakázky pak dodávám, že dva ze tří objektů, určených k rekonstrukci, byly budovy základních škol. V technické dokumentaci obou veřejných zakázek bylo v části 4 (resp. 3) – Doba a místo plnění zakázky, uvedeno, že *„Zadavatel stanovil dílčí termín 31. 8. 2013, do tohoto dne budou osazeny všechny výplně otvorů budovy základní školy včetně jejich vnitřního zapravení, dle projektové dokumentace.“* Z uvedeného je patrné, že z předmětu veřejných zakázek, spočívajícího v zateplení obvodových konstrukcí objektů, výměně výplní otvorů a zateplení střech, zadavatel vyžadoval dokončit celou jednu část již v průběhu letních prázdnin, kdy se frekvence pohybu osob ve škole limitně blíží nule. Pokud by tedy realizace dalších částí veřejné zakázky byla natolik složitá resp. odlišná od prací na budovách jinak využívaných oproti budovám občanské vybavenosti, musel by zadavatel doložit, na základě jakých skutečností tomu tak je. Pouhá skutečnost, že se jedná o školní budovu nebo o budovu sociálních služeb totiž stanovení technického kvalifikačního předpokladu v předmětné podobě neodůvodňuje, jak ostatně vyplývá z odůvodnění napadeného rozhodnutí, především z odstavců 29, 32, 33 a 34, resp. 50, 53, 54 a 55.

47. Argumentaci zadavatele jinými požadavky zákonodárce pak nelze ve vztahu k předmětným veřejným zakázkám řádně přezkoumat, jelikož zadavatel v zadávací dokumentaci ani jinde ve svých vyjádřeních neuvádí, jaký vliv by práce na zateplení obvodových konstrukcí a střech měly ve vztahu k uvedeným vyhláškám mít. Vyhláška č. 410/2005 Sb., o hygienických požadavcích na prostory a provoz zařízení a provozoven pro výchovu a vzdělávání dětí a mladistvých, ve znění pozdějších předpisů, podle § 1 odst. 1 stanoví hygienické požadavky na prostorové podmínky, vybavení, provoz, osvětlení, vytápění, mikroklimatické podmínky, zásobování vodou a úklid mateřských škol, základních a středních škol, konzervatoří, vyšších odborných škol, základních uměleckých škol a jazykových škol s právem státní jazykové zkoušky a školských zařízení zařazených do rejstříku škol a školských zařízení. Provozní podmínky uvedené v § 21 této vyhlášky pak pouze stanovují časové rozložení výuky a denní dobu pobytu ve venkovních prostorách pro děti předškolního věku. § 22 výše uvedené vyhlášky se pak zabývá úklidem, a to podlah a povrchů, vynášením odpadků, umýváním umyvadel, pisoárových muší a záchodů, dezinfikováním umýváren a záchodů, mytím oken, svítidel a světelných zdrojů, celkovým úklidem, malováním a údržbou větrání nebo klimatizace. Předmětem úpravy vyhlášky č. 398/2009 Sb., o obecných technických požadavcích zabezpečujících bezbariérové užívání staveb, jsou pak podle § 1 odst. 1 této vyhlášky obecné technické požadavky na stavby a jejich části tak, aby bylo zabezpečeno jejich užívání osobami s pohybovým, zrakovým, sluchovým a mentálním postižením, osobami pokročilého věku, těhotnými ženami, osobami doprovázejícími dítě v kočárku nebo dítě do tří let. Požadavky na stavby občanské vybavenosti se pak zabývá § 6 a násl. této vyhlášky, konkrétně se tyto požadavky vztahují k přístupu do staveb, hygienickému vybavení, prostorám pro shromažďování a k informacím pro orientaci. Jak ze všeho výše uvedeného tedy vyplývá, zadavatelem uváděné vyhlášky se nijak nezabývají otázkou, nakolik je obecně rekonstrukce obvodových zdí a střechy u staveb občanské vybavenosti specifická oproti budovám jiným. Proto tato argumentace nemůže stanovení nezákonného požadavku zadavatelem obhájit.
48. Zadavatel dále s odkazem na předchozí rozhodnutí Úřadu namítá, že požadavek na realizaci referenční stavby za jejího provozu je legitimní a v souladu se zákonem. S touto tezí se v obecné rovině ztotožňuji a ostatně porušení zákona nebylo napadeným rozhodnutím shledáno v této části technického kvalifikačního předpokladu, avšak připomínám, že soulad technických kvalifikačních předpokladů se zákonem je vždy nutno hodnotit v závislosti na subjektivních specifikách jednotlivé zakázky a nelze tak obecně říct, že každou rekonstrukci školní budovy musí provádět pouze dodavatel, jenž již podobnou zakázku za provozu rekonstruovaného objektu právě občanské vybavenosti úspěšně splnil. Z rozhodnutí Úřadu, v rozkladu citovaného zadavatelem, ze dne 23. 9. 2013 č. j. ÚOHS-S389/2012/VZ-18267/2013/511/KČe a v něm obsaženého znaleckého posudku ostatně vyplývá, že ač organizace výstavby a požadavky na bezpečnost bývají často složitější u staveb, které nemají charakter staveb s trvalým bydlením, musí být v zadávacích podmínkách specifikován provoz, resp. požadavky, které budou kladeny na provádění akce za plného nebo redukováného provozu tak, aby bylo již v zadávací dokumentaci zřejmé, čím je stavba specifická a čím je odůvodněn specifický kvalifikační požadavek. Rovněž další zadavatelem citované rozhodnutí č. j. ÚOHS-R178/2013/VZ-24753/2013/310/BVÍ ze dne 18. 12. 2013 nelze automaticky připodobnit k projednávané věci pro nutnost posouzení konkrétních specifik veřejné zakázky, jimiž mají být technické kvalifikační předpoklady odůvodněné.

49. Zadavatel dále poukazuje na šetření podnětu č. j. ÚOHS-P414/2011/VZ-17302/2011/520/JHI, avšak toto šetření není správním řízením ve smyslu § 9 správního řádu, a tudíž jeho výsledkem nemohla být úprava práv a povinností, která by mohla odůvodňovat legitimní očekávání v rozhodování Úřadu ze strany zadavatele.
50. Z výše uvedeného vyplývá, že vždy záleží na konkrétních okolnostech každé stavby, čili na tom, zda a jak se rekonstrukce standardního provozu budovy dotkne. Účelem technických kvalifikačních požadavků pak není omezit hospodářskou soutěž tak, aby se o veřejnou zakázku mohlo ucházet jen malé množství dodavatelů s portfoliem činnosti dalece přesahujícím náročnost veřejné zakázky, ale zajistit zadavateli, že se o ni bude ucházet jen dodavatel, který má prokazatelně dostatečnou technickou způsobilost fakticky realizovat veřejnou zakázku, jak vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 3/2009-8 ze dne 10. 3. 2011. Podstatou limitů na hodnotu referenční zakázky pak je, že u dodavatele, jenž dokončil obdobnou zakázku, i když třeba menšího rozsahu než je zakázka zadávaná, je realistické předpokládat, že zvládne i zakázku náročnější. Jinými slovy, technické kvalifikační předpoklady mají stanovit skutečně minimální kritéria, která jsou nezbytná k odůvodnění předpokladu, že bude veřejná zakázka úspěšně realizována, při maximálním zachování volné hospodářské soutěže. Se závěrem vyplývajícím z napadeného rozhodnutí, že byl postupem zadavatele tento princip, vyjadřující účel zákona, porušen, se tak plně ztotožňuji.
51. K námitkám zadavatele ohledně spáchání správního deliktu uvádím, že Úřad pokutu nedefinuje způsobem, který uvádí zadavatel v rozkladu, ale ukládá ji za naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jakožto sankci určenou podle druhého odstavce stejného ustanovení. Příslušná skutková podstata je přitom naplněna, když postup zadavatele v rozporu se zákonem podstatně ovlivnil nebo také mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Neshledávám tak žádné pochybení ze strany Úřadu, když v odst. 63 napadeného rozhodnutí uvedl, že postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jelikož byl nedůvodně omezen okruh dodavatelů, kteří se mohli zadávacího řízení zúčastnit, čímž byla narušena hospodářská soutěž. V následném odstavci napadeného rozhodnutí je pak aplikace zákona dále vysvětlena.
52. K výši uložené sankce uvádím, že byla Úřadem správně aplikována zásada absorpce při souběhu správních deliktů, neboť Úřad uložil pokutu pouze za spáchání správního deliktu přísněji trestného a ke druhému přistupoval jako k přitěžující okolnosti. Dále byla Úřadem přezkoumána všechna kritéria, která zákon vyžaduje zohlednit v rámci posuzování závažnosti správního deliktu. Úřad tudíž zkoumal způsob spáchání správního deliktu, související s okolnostmi porušení zákona, kterými bylo stanovení technického kvalifikačního předpokladu, jehož minimální úroveň neodpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky. Následkem postupu zadavatele v rozporu se zákonem pak mohl být omezen okruh možných dodavatelů, kteří by se o veřejnou zakázku mohli ucházet v případě kvalifikačních požadavků stanovených v rozsahu adekvátním k předmětu veřejné zakázky. Tento závěr je dokládán zhodnocením přitěžujících a polehčujících okolností, jehož výsledkem je sankce nedosahující 10 % horní hranice možné pokuty. Meze správního uvážení daného zákonem Úřadu pro stanovení výše pokuty tak překročeny nebyly a rovněž pokutu v nominální hodnotě 250 000 Kč nepovažuji za nijak vybočující z dlouhodobé praxe trestání správních deliktů v oblasti veřejných zakázek.

53. Žádnou skutečnost, kterou zadavatel předkládá v poslední části námitek o pokutě, pak nespátřuji jako důvodnou pro konstatování nepřiměřenosti výše uložené pokuty. Skutečnosti, že byla zadávací dokumentace schválena poskytovatelem dotace a že nebylo vydáno předběžné opatření, nepovažuji za dostatečné pro další snížení pokuty uložené u spodní hranice její možné výše a stejně tak neshledávám dostatek důvodů pro možnost konstatování likvidačního potenciálu uložené sankce. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 20. 4. 2010 č. j. 1 As 9/2008-133 uvedl, že *„správní orgán vychází při zjišťování osobních a majetkových poměrů z údajů doložených samotným účastníkem řízení, případně z těch, které vyplynuly z dosavadního průběhu správního řízení či které si opatří samostatně bez součinnosti s účastníkem řízení. Nelze-li takto získat přesné informace o stavu majetku účastníka řízení a o jeho příjmech, je správní orgán oprávněn stanovit je v nezbytném rozsahu odhadem.“* V souladu s výše uvedeným závěrem soudu Úřad při zkoumání možnosti likvidačního efektu pokuty vycházel z údajů o schváleném rozpočtu zadavatele pro rok 2014 přístupném na webových stránkách zadavatele. Závěr Úřadu, že uložená pokuta nemá likvidační potenciál, založený na výše uvedených údajích tak považuji za dostatečně odůvodněný, podložený a v souladu s výše uvedeným rozsudkem.
54. K závěrečnému konstatování zadavatele o nesprávnosti skutkových zjištění v napadeném rozhodnutí uvádím, že Úřad vycházel ze všech podkladů založených ve správním spisu, především pak ze zadávací dokumentace a z vyjádření zadavatele. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl všechna zjištění, jež jsou pro předmětný případ relevantní s odkazem na dokumenty, z nichž tato zjištění získal a své závěry založil na komplexním posouzení jednotlivých dokumentů a jejich vzájemné souvislosti. Rovněž rozsah dokazování v předmětném případě považuji za dostačující pro zjištění skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Skutková zjištění o okolnostech případu, která Úřad z podkladů rozhodnutí učinil, po jejich přezkoumání shledávám správnými, a proto je námitka zadavatele v této otázce nedůvodná. Námitky o finančních limitech technického kvalifikačního požadavku, o jeho odůvodnění a o omezení hospodářské soutěže pak byly vypořádány výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí.

Závěr

55. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
56. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Mgr. Bc. Milan Konečný, K Holotovci 1191, 735 11 Orlová – Město

Na vědomí:

Město Klášterec nad Ohří, nám. Dr. E. Beneše 85, 431 51 Klášterec nad Ohří

Vypraveno dne:

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