



UOHSX006YSWQ

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.:ÚOHS-S50/2015/VZ-10211/2015/511/KVá

Brno 27. dubna 2015

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 21. 1. 2015 na návrh ze dne 19. 1. 2015, jehož účastníky jsou

- zadavatel – obec Borová Lada, IČO 00250341, se sídlem Borová Lada 38, PSČ 384 92,
- navrhovatel – SPS engineering, s.r.o., IČO 45798851, se sídlem Jana Masaryka 22, 120 00 Praha 2,

ve věci veřejné zakázky „Výstavba kanalizace a ČOV Borová Lada“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 11. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 11. 2014 pod ev. č. 401610,

rozhodl takto:

### I.

Zadavatel – obec Borová Lada, IČO 00250341, se sídlem Borová Lada 38, PSČ 384 92 – nedodržel postup uvedený v ustanovení § 44 odst. 11 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Výstavba kanalizace a ČOV Borová Lada“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 11. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 11. 2014 pod ev. č. 401610, při stanovení technických zadávacích podmínek, konkrétně v níže specifikovaných částech projektové dokumentace, uvedl

1. v příloze B. souhrnná zpráva projektové dokumentace na str. 13 v kapitole Popis technologie čištění odpadních vod v pátém odstavci: „Rozvody vzduchu jsou z oceli nerezové 1.4301 a koncové rozvodné části jsou z plastového potrubí PPR hostalen“;

2. v příloze D.1.1.21 projektové dokumentace Osazení oken, překladů, vazba zdiva v popisku u obrázku vlevo uprostřed: „*KONCOVÁ CIHLA POROTHERM 44 K*“;
3. v příloze D.1.1.21 projektové dokumentace Osazení oken, překladů, vazba zdiva vpravo v části Vazba rohů (shora zleva): „*POROTHERM 44 P+D*“, „*POROTHERM 44 K*“, „*POROTHERM 44 K ½*“, „*POROTHERM 44 R*“, „*POROTHERM 44 P+D VAZBA ROHU*“;
4. v příloze D.1.1.20 projektové dokumentace Provedení utěsnění prostupu potrubí montážní maltou v popisku u obrázku vlevo: „*stěrkovat AQUAFIN 2K, tl. 2 mm*“;
5. v příloze D.1.1.20 projektové dokumentace Provedení utěsnění prostupu potrubí montážní maltou v popisku u obrázku vpravo „*bentonitový pásek AQUAFIN CJ3*“;
6. v příloze D.1.1.28 projektové dokumentace Vjezdová brána v části Specifikace ve čtvrté odrážce: „*výplň křídel svařovaným panelem PILOFOR-classic*“;
7. v příloze D.2.2 projektové dokumentace Rozpiska materiálu třetí sloupec zleva uvádějící výrobce jednotlivých prvků, mimo jiné v posledních dvou řádcích „*ohebná chránička výrobce Kopos*“;
8. v příloze D.2.1.17 projektové dokumentace (výkres D.1.1.33) Měrná šachta s P2 v části Poznámka v první odrážce: „*přívod elektrického kabelu k sondě uložit do plastové chráničky kopoflex 50*“;
9. v příloze D.1.4.11 projektové dokumentace Ochrana před bleskem (LPS) v nákresu vpravo Provedení svodu a připojení uzemnění (shora): „*svorka zkušební Dehn 459 119*“, „*tyč zaváděcí 1500mm Dehn 104 905*“, „*3x podpěra tyče Dehn 274 116 nebo 274 260*“, „*svorka křížová do země Dehn 319 219*“, „*svorka křížová do země Dehn 319 229*“;

tedy v citovaných technických zadávacích podmínkách uvedl ochranné známky, aniž by přitom pro plnění veřejné zakázky výslovně umožnil použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

## II.

Jako opatření k nápravě podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ruší zadávací řízení na veřejnou zakázku „Výstavba kanalizace a ČOV Borová Lada“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 11. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 11. 2014 pod ev. č. 401610.

## III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 a 2 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 Borová Lada, IČO 00250341, se sídlem Borová Lada 38, PSČ 384 92 – 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.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – obec Borová Lada, IČO 00250341, se sídlem Borová Lada 38, PSČ 384 92 (dále jen „zadavatel“) – odeslal dne 7. 11. 2014 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zakázce a tím zahájil otevřené zadávací řízení za účelem zadání podlimitní veřejné zakázky na stavební práce „Výstavba kanalizace a ČOV Borová Lada“ (dále jen „zadávací řízení“ a „veřejná zakázka“). Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila 42 013 040,49 Kč.
2. Uvedené zadávací řízení navazovalo na předcházející zadávací řízení na zadání veřejné zakázky s totožným názvem, jehož oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 3. 2014 pod ev. č. 365182 (dále jen „předcházející zadávací řízení“). Toto předcházející zadávací řízení bylo zrušeno rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) vydaným ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S414/2014/VZ, které nabylo právní moci dne 16. 9. 2014.
3. Zadavatel v šetřeném zadávacím řízení vydal zadávací dokumentaci tvořenou třemi částmi: Pokyny pro zpracování nabídky, Obchodními podmínkami (návrh smlouvy o dílo) a Technickými podmínkami (projektová dokumentace, výkaz výměr). Lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 5. 1. 2015, v této lhůtě zadavatel obdržel patnáct nabídek.
4. Navrhovatel proti zadávacím podmínkám uvedeným v zadávací dokumentaci a dalším krokům zadavatele učiněným v zadávacím řízení i v souvislosti s předcházejícím zadávacím řízením brojil námitkami ze dne 29. 12. 2014 doručenými zadavateli 30. 12. 2014. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v rozporu se zněním zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), a to v níže uvedených případech:
  - zadavatel uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek informaci o zrušení předcházejícího zadávacího řízení dne 17. 10. 2014, tedy cca 1 měsíc po nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu o zrušení předcházejícího zadávacího řízení, byť dle názoru navrhovatele mu nabytí právní moci rozhodnutí o zrušení muselo být známo již dříve;
  - zadavatel ve vztahu k šetřenému zadávacímu řízení postupoval dle ustanovení § 86 odst. 2 písm. d) zákona (pozn. Úřadu – patrně se jedná o písařskou chybu, z kontextu je zřejmé, že navrhovatel hovoří o ustanovení § 86 odst. 3 písm. d) zákona) a neuveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek předběžné oznámení informací o veřejné zakázce, třebaže pro takový postup nebyly dány podmínky, neboť:
    - předcházející zadávací řízení nezrušil zadavatel, nýbrž Úřad;
    - předmět veřejné zakázky doznal oproti předcházejícímu zadávacímu řízení změn, když byla zkrácena doba plnění veřejné zakázky ze šesti na pět měsíců a dále došlo k rekonstrukci pozemní komunikace, která bude plněním veřejné zakázky dotčena, což se nutně musí promítnout postupu plnění veřejné zakázky a tedy i zadávacích podmínkách;

- zadavatel v souvislosti se změnami zadávacích podmínek přiměřeně neprodloužil lhůtu pro podání nabídek ve smyslu ustanovení § 40 odst. 3 zákona;
- zadavatel neuveřejnil na profilu zadavatele veškerou textovou část zadávací dokumentace, jak mu ukládá ustanovení § 48 zákona;
- zadávací dokumentace obsahuje řadu netransparentních, nesrozumitelných a zmatečných zadávacích podmínek;
- zadavatel v zadávací dokumentaci, konkrétně projektové dokumentaci, uvádí řadu konkrétních diskriminačních označení výrobků v rozporu s ustanovením § 44 odst. 11 zákona.

Navrhovatel s ohledem na uvedené vyzývá zadavatele, aby zadávací řízení zrušil a zahájil nové zadávací řízení, jehož zadávací podmínky nebudou obsahovat výše uvedené chyby.

5. Zadavatel o námitkách navrhovatele ze dne 29. 12. 2014 rozhodl rozhodnutím ze dne 9. 1. 2015 doručeným navrhovateli dne 13. 1. 2015, přičemž námitkám navrhovatele v plném rozsahu nevyhověl.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal přípisem ze dne 19. 1. 2015 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu, který byl zadavateli doručen dne 20. 1. 2015 a Úřadu doručen 21. 1. 2015.

## II. OBSAH NÁVRHU

7. Navrhovatel ve svém návrhu napadá postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky, který je dle mínění navrhovatele v rozporu s dikcí zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), a to v níže uvedených případech.
8. Navrhovatel nejprve rekapituluje průběh zadávání veřejné zakázky, přičemž uvádí, že veřejná zakázka byla nejprve zadávána v rámci předcházejícího zadávacího řízení. Navrhovatel poukazuje na skutečnost, že zadavatel uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek informaci o zrušení předcházejícího zadávacího řízení dne 17. 10. 2014, tedy cca 1 měsíc po nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu o zrušení předcházejícího zadávacího řízení, byť dle názoru navrhovatele mu nabytí právní moci rozhodnutí o zrušení muselo být známo již dříve. Dle navrhovatele se tak zadavatel mohl dopustit správního deliktu ve smyslu ustanovení § 120 odst. 1 písm. b) zákona.
9. Dále navrhovatel upozorňuje na to, že zadavatel ve vztahu k šetřenému zadávacímu řízení postupoval dle ustanovení § 86 odst. 2 písm. d) zákona (pozn. Úřadu – patrně se jedná o písařskou chybu, z kontextu je zřejmé, že navrhovatel hovoří o ustanovení § 86 odst. 3 písm. d) zákona) a neuveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek předběžné oznámení informací o veřejné zakázce, třebaže pro takový postup nebyly dány podmínky. Tuto domněnku navrhovatel vyvozuje z faktu, že ustanovení § 86 odst. 3 písm. d) se vztahuje na situace, kdy zadávací řízení zruší sám zadavatel, od toho je však třeba odlišovat situace, kdy zadávací řízení zruší Úřad tak, jako tomu bylo v tomto případě (navrhovatel zde cituje část předmětného rozhodnutí č.j. ÚOHS-S414/2014/VZ-14137/2014/521/HKu). Dále se navrhovatel domnívá, že zadavatel nezohlednil skutečnost, že předmět veřejné zakázky doznal oproti předcházejícímu zadávacímu řízení změn a nejedná se tedy o veřejnou zakázku

s obdobným předmětem. Tyto změny spočívaly jednak ve zkrácení doby plnění veřejné zakázky ze šesti na pět měsíců a dále v tom, že v době od zahájení předcházejícího zadávacího řízení došlo k rekonstrukci pozemní komunikace, která bude plněním veřejné zakázky dotčena, což se nutně musí promítnout postupu plnění veřejné zakázky a tedy i zadávacích podmínek. Zadavateli byly tyto skutečnosti dle mínění navrhovatele známy již v době zahájení šetřeného zadávacího řízení, do zadávací dokumentace je však promítnul až formou dodatečných změn zadávacích podmínek.

10. V souvislosti se změnami zadávacích podmínek uvedenými v předcházejícím odstavci pak navrhovatel poukazuje na to, že zadavatel současně nepřistoupil k přiměřenému prodloužení lhůty pro podání nabídek ve smyslu ustanovení § 40 odst. 3 zákona.
11. Dále navrhovatel trvá na své námitce, že zadavatel v rozporu s požadavkem ustanovení § 48 odst. 3 zákona neuveřejnil na profilu zadavatele kompletní textovou část zadávací dokumentace.
12. V bodě III návrhu navrhovatel konstatuje, že zadávací dokumentace v rozporu s ustanovením § 6 odst. 1 zákona obsahuje řadu netransparentních, nesrozumitelných a zmatečných zadávacích podmínek, přičemž zadavatel nedostal zákonným požadavkům na správnost a úplnost zadávací dokumentace, a toto své tvrzení na stranách 9 až 27 návrhu dokládá podrobným rozepsáním jednotlivých příkladů zadávacích podmínek převážně technické povahy, které dle jeho názoru nesplňují zákonné požadavky.
13. Následně navrhovatel upozorňuje na skutečnost, že zadavatel v zadávací dokumentaci, konkrétně projektové dokumentaci, uvádí řadu konkrétních diskriminačních odkazů v rozporu s ustanovením § 44 odst. 11, aniž by bylo umožněno použití alternativního řešení plnění veřejné zakázky. Konkrétně se jedná o níže uvedené části projektové dokumentace a v nich uvedená označení:

F. technická zpráva	potrubí Wavin
Příloha F52	dno PERFECT (výrobce Betonika plus)
výkaz výměr	materiál kanalizace UR II
B. souhrnná zpráva	plastové potrubí PPR Hostalen
Příloha D.1.1.21	cihla Porotherm
Příloha D.1.1.20	malta Asocret, pásek Aquafin
Příloha D.1.1.28	panely Pilofor
Příloha D.2.1	pásy Sika, tlakové hadičky Frank, bobtnavé pásy Illichamn Aquastop, nátěry Xypex, Krystol
Příloha D.2.2	chránička Kopoflex
Příloha D.1.4.11	svorky a tyč Dehn
Příloha D.2.1	plastové potrubí PPR Hostalen, čerpadlo GFRU, lapák písku LPB (Bencopo), provzdušňovač A-109 (Aseko), průtokoměr MQU (Ela), ventilátor VAN

Příloha D.1.1.31 (D.2.1.17) chránička Kopoflex

(pozn. Úřadu – jedná se patrně o překlep, příloha D.2.1.17 obsahuje výkres D.1.1.33)

14. Navrhovatel závěrem v bodě IV. návrhu shrnuje, že dle jeho názoru zadavatel postupoval v rozporu se zákonem a základními zásadami zadávacího řízení hned z několika výše popsaných důvodů, a tím podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zbavil navrhovatele možnosti získat veřejnou zakázku.
15. S ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti žádá navrhovatel Úřad, aby Úřad vydal předběžné opatření, kterým zadavateli zakáže uzavřít smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky nebo pozastaví zadávací řízení, a dále aby Úřad v souladu s ustanovením § 118 odst. 1 zákona zrušil zadávací řízení, neboť nápravy nebude možné dosáhnout jinak.

### III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 30. 1. 2015

16. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 30. 1. 2015 k návrhu navrhovatele ze dne 19. 1. 2015 uvádí, že předmětný návrh obdržel dne 20. 1. 2015. V úvodu zadavatel shrnuje, že v předmětném zadávacím řízení obdržel 15 nabídek, nelze tedy přijmout argumentaci navrhovatele o nezákonném postupu. K jednotlivým argumentům navrhovatele pak uvádí následující.
17. K otázce uveřejnění oznámení o zrušení předcházejícího zadávacího řízení ve Věstníku veřejných zakázek zadavatel uvádí, že ve smyslu ustanovení § 84 zákona oznámil rozhodnutí o zrušení všem známým uchazečům, tedy byl dodržen postup dle zákona. K samotnému uveřejnění oznámení o zrušení zadávacího řízení ve Věstníku veřejných zakázek se nijak nevyjadřuje.
18. K oprávněnosti postupu zadavatele dle ustanovení § 86 odst. 3 písm. d) před zahájením šetřeného zadávacího řízení zadavatel sděluje, že podmínky pro takový postup byly beze zbytku dány, neboť dikce zákona v tomto případě nerozlišuje mezi tím, jestli zadávací řízení zrušil sám zadavatel nebo Úřad. Pokud jde o předmět veřejné zakázky, tento zůstal totožný, neboť jej zadavatel nijak kvantitativně ani kvalitativně neupravil.
19. Ve vztahu k uveřejnění textové části zadávací dokumentace na profilu zadavatele zadavatel uvádí, že zákonodárce nijak nedefinoval přesný obsah textová část zadávací dokumentace, zadavatel proto na svém profilu zadavatele uveřejnil veškeré dokumenty, které jsou dle jeho názoru relevantní pro to, aby se potenciální zájemce mohl rozhodnout, zda má o účast v zadávacím řízení zájem. Dle svého názoru tak i v tomto ohledu zadavatel beze zbytku splnil dikci zákona.
20. Ohledně zkrácení doby plnění díla zadavatel uvádí, že po zahájení zadávacího řízení bylo zjištěno, že poskytovatel dotace stanoví kratší lhůtu plnění. V souladu s tím byla dodatečnými informacemi tato změna promítnuta do zadávacích podmínek včetně řádného odůvodnění. Ze skutečnosti, že zadavatel v rámci zadávacího řízení obdržel patnáct nabídek, zadavatel dovozuje, že všichni zájemci byli seznámeni s faktickým stavem věci a nelze takovou situaci považovat za jakkoli diskriminační. Ohledně dotčení zrekonstruované pozemní komunikace prováděním veřejné zakázky zadavatel sděluje, že mu není známa existence stavební uzávěry či jiného opatření, které by vyžadovalo změnu zadávacích podmínek.

21. Zadavatel se dále vypořádává s jednotlivými tvrzeními navrhovatele ohledně vnitřní rozpornosti a netransparentnosti zadávacích podmínek uvedenými na str. 12 až 23 návrhu. V obecné rovině zadavatel uvádí, že se jedná o účelové a obstrukční jednání a vyzdvihování formálních vad navrhovatelem, který byl jinak v průběhu celého zadávacího řízení neaktivní, nepředložil nabídku a navíc není ani subjektem podnikajícím v oblasti vodohospodářské infrastruktury. Dále se zadavatel podrobně vypořádává s jednotlivými navrhovatelem namítanými položkami.
22. Ve vztahu k údajnému diskriminačnímu označení konkrétních materiálů, výrobků a výrobců v projektové dokumentaci zadavatel odkazuje na rozhodnutí o námitkách ze dne 9. 1. 2015 a uvádí citaci z tohoto rozhodnutí, ve které odkazuje na odpověď na dotaz č. 48 v rámci poskytování dodatečných informací a dále doplňuje: „*Pokud se v ZD vyskytují názvy výrobků, tak se jedná o vymezení předpokládaného standardu, o bližší specifikaci a o typové vymezení (platí u požadovaných výrobků, u kterých není fakticky pouze jeden výrobce). Taktéž bylo uvedeno, že je možno využít výrobků stejné nebo srovnatelné kvality. U zmiňovaných výrobků rozhodně nedochází k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže. Toto bylo výslovně uvedeno i v Zadávacích podmínkách v bodě 4.5.*“ Konkrétně se pak vyjadřuje např. k označení potrubí UR11 s tím, že se jedná pouze o typové označení konstrukce, kterou vyrábí minimálně tři výrobci a nabízí ji široká síť velkoobchodů. Dále uvádí, že konkrétní označení se vyskytují pouze v projektové dokumentaci a nikoli v soupisu prací.
23. S ohledem na výše uvedené zadavatel shrnuje, že dle svého názoru postupoval v rámci zadávacího řízení v souladu se zákonem, a navrhuje tudíž, aby Úřad návrh navrhovatele na zrušení zadávacího řízení a na vydání předběžného opatření zamítl.

#### **IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

24. Úřad obdržel dne 21. 1. 2015 návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 19. 1. 2015 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 20. 1. 2015.
25. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
26. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č.j. ÚOHS-S50/2015/VZ-2292/2015/511/KVá ze dne 26. 1. 2015.
27. Dne 30. 1. 2015 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k návrhu společně s částí dokumentace o veřejné zakázce v elektronické podobě. Výzvou č.j. ÚOHS-S50/2015/VZ-3945/2015/511/KVá ze dne 10. 2. 2015 Úřad zadavatele vyzval k předložení kompletní dokumentace o veřejné zakázce v souladu se zákonem. Dne 18. 2. 2015 Úřad obdržel dokumentaci o veřejné zakázce v originální podobě.
28. Usnesením č.j. ÚOHS-S50/2015/VZ-3847/2015/511/KVá ze dne 9. 2. 2015 Úřad účastníkům řízení určil lhůtu do 16. 2. 2015, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy a vyjádřit svá stanoviska v řízení. Současně Úřad tímto přípisem stanovil zadavateli povinnost informovat Úřad o veškerých dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení po dobu trvání správního řízení, a zaslat Úřadu příslušnou dokumentaci

o veřejné zakázce, kterou v souvislosti s těmito úkony pořídí. Účastníci řízení svého práva na navrhování důkazů, jiné návrhy a vyjádření svých stanovisek v řízení nevyužili.

29. Dne 12. 2. 2015 vydal Úřad rozhodnutí č.j. ÚOHS-S50/2015/VZ-4262/2015/511/KVá, jímž zadavateli na návrh navrhovatele nařídil předběžné opatření dle ustanovení § 117 odst. 1 písm. a) zákona spočívající v zákazu uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky. Toto rozhodnutí bylo zadavateli a navrhovateli doručeno téhož dne.
30. Úřad zadavateli dne 5. 3. 2015 zaslal usnesení č.j. ÚOHS-S50/2015/VZ-5994/2015/511/KVá, jímž jej vyzval k upřesnění jím tvrzených skutečností týkajících se postupu zadavatele s ohledem na povinnosti uložené ustanovením § 44 odst. 11 zákona v rozsahu nezbytném k tomu, aby Úřad zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Zejména Úřad zadavatele vyzval k přesnému označení a citaci zadávací podmínky, kterou zadavatel dle svého vyjádření výslovně umožnil pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, a dále k odůvodnění, proč se domnívá, že uvedením konkrétních označení výrobců, materiálů a výrobků v zadávacích podmínkách nedochází k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže. Tomuto usnesení zadavatel vyhověl svým vyjádřením ze dne 11. 3. 2015.
31. Usnesením č.j. ÚOHS-S50/2015/VZ-6827/2015/511/KVá ze dne 13. 3. 2015 Úřad účastníkům řízení určil lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Účastníci řízení svého práva na vyjádření k podkladům rozhodnutí nevyužili.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 11. 3. 2015**

32. Zadavatel dne 11. 3. 2015 doručil Úřadu své vyjádření, kterým reagoval na výzvu Úřadu k upřesnění jím tvrzených skutečností obsaženou v usnesení Úřadu č.j. ÚOHS-S50/2015/VZ-5994/2015/511/KVá ze dne 5. 3. 2015. Zadavatel se nejprve obecně vyjadřuje ke splnění povinnosti uložené ustanovením § 44 odst. 11 zákona in fine, tj. zda v zadávacích podmínkách uvádějících konkrétní označení materiálů, výrobků a výrobců výslovně umožnil použití alternativního plnění. K tomuto zadavatel opakovaně odkazuje na ustanovení bodu 4.5. zadávací dokumentace a odpověď na dotaz č. 48 v rámci dodatečných informací ze dne 17. 12. 2014. Tato je dle jeho mínění třeba vnímat v kontextu s bodem 1.1 zadávací dokumentace, který pro případy neupravené zadávacími podmínkami stanoví subsidiární použití zákona. Tím je dle názoru zadavatele do posledního splněna povinnost uložená zadavateli ustanovením § 44 odst. 11 in fine zákona.
33. Zadavatel se dále vyjadřuje k jednotlivým navrhovatelem namítaným položkám, přičemž obecně znovu upozorňuje, že tyto položky byly uvedeny v projektové dokumentaci, kde byly uvedeny jako referenční návrh projektanta, zatímco v soupisu prací uvedeny nebyly.
34. Ohledně uvedení potrubí Wavin v příloze F. technická zpráva zadavatel uvádí, že se jedná o převedený text z pdf formátu instalačního materiálu pro pokládku, který byl přiložen jako referenční návrh projektanta. Zadavatel uvádí, že do textu nebylo možné zasahovat, neboť má velký význam pro řádné provedení pokládky potrubí a zároveň by takové zásahy narušily práva třetích osob. Závěrem zadavatel uvádí tři údajné výrobce daného potrubí.
35. Ohledně uvedení dna Perfect v příloze F52 zadavatel uvádí, že se jedná o speciální, nikoli však diskriminační, označení výrobku, který dle zadavatele vyrábí nejméně tři výrobci.



36. Ohledně uvedení potrubí URII zadavatel uvádí, že se jedná o typové označení konstrukce, nikoli výrobku, přičemž takovou konstrukci dodává na trhu několik výrobců. Současně přikládá ceníky dvou výrobců dodávajících potrubí v délce 5m a dále znalecký posudek soudního znalce posuzující aplikaci vybraného vodovodního a kanalizačního potrubí při uplatnění zákona, z něž ovšem není patrný vztah k šetřenému zadávacímu řízení a není v něm uvedena žádná zmínka o potrubí URII.
37. Ohledně uvedení potrubí Hostalen zadavatel uvádí, že se jedná pouze o označení druhu materiálu a referenční návrh projektanta, přičemž takové potrubí vyrábí více výrobců.
38. Ohledně uvedení cihly Porotherm v příloze D.1.1.21 zadavatel uvádí, že tento název a uvedená vzorová vazba rohu zdiva jsou chráněny výrobcem a byly uvedeny pouze jako referenční vzor, současně však zdůrazňuje, že dodržení vzoru je zásadní pro bezchybné provedení stavby. Zadavatel uvádí, že tento chráněný typ cihly vyrábí více výrobců.
39. Ohledně uvedení malty Asocret a pásku Aquafin v příloze D.1.1.20 zadavatel uvádí, že vzorové řešení je chráněno výrobcem a bylo uvedeno pouze jako referenční vzor jedné z variant řešení, přičemž tento materiál vyrábí běžně více výrobců.
40. Ohledně uvedení panelu Pilofor v příloze D.1.1.28 zadavatel uvádí, že se nejedná o obchodní název jednotlivého výrobku, nýbrž referenční popis možného technického řešení, přičemž se jedná o klasický hutní materiál používaný v celé Evropě a vyráběný více výrobci.
41. Ohledně přílohy D.2.1., ve které jsou uvedeny pásy Sika, tlakové hadičky Frank, bobtnavé pásy Illichamn Aquastop, nátěry Xypex, Krystol zadavatel poukazuje na to, že v této příloze je uvedeno, že „zhotovitel může zvolit jiné prostředky a detaily ochrany pracovních spár. V takovém případě předloží své řešení ke schválení.“ Z uvedeného zadavatel dovozuje, že navržená řešení a výrobky jsou uvedeny pouze jako referenční a zhotovitel může předložit ke schválení jiné řešení.
42. Ohledně uvedení chráničky Kopoflex v příloze D.2.2 a příloze D.2.1.17 zadavatel uvádí, že se jedná o označení jednoho z mnoha druhů srovnatelného materiálu, který vyrábí řada různých výrobců.
43. Ohledně uvedení svorky a tyče Dehn v příloze D.1.4.11 zadavatel uvádí, že se jedná o pouhé referenční označení běžného materiálu, který vyrábí řada běžných výrobců.
44. Ohledně přílohy D.2.1, ve které je uvedeno plastové potrubí PPR Hostalen, čerpadlo GFRU, lapák písku LPB (Bencopo), provzdušňovač A-109 (Aseko), průtokoměr MQU (Ela), ventilátor VAN, zadavatel uvádí, že potrubí Hostalen bylo již objasněno výše, čerpadlo GFRU je pouze upřesněním konstrukce čerpacího stroje, písmena LPB uvedená u lapáku písku jsou pouze zkratkou slov „lapák, písku, biologická ČOV“, provzdušňovač A-109 je stanoven s ohledem na provázanost na ostatní strojní vybavení stavby, písmena MQU uvedená u průtokoměru jsou pouze zkratkou slov „měření, průtok a ultrazvuk“ a písmena VAN uvedená u ventilátoru jsou pouze zkratkou slov „ventilátor, axiální a nízkotlaký“.
45. S ohledem na uvedené zadavatel setrvává na názoru, že zadávací podmínky byly zpracovány zcela v souladu se zákonem.

## V. ZÁVĚRY ÚŘADU

46. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřené veřejné zakázce, vyjádření předložených zadavatelem, a na základě vlastního zjištění rozhodl o uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

### Relevantní ustanovení právních předpisů

47. Podle ustanovení § 44 odst. 11 zákona není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky či nemá-li sektorový zadavatel na zboží či službu, která je součástí veřejné zakázky, uzavřenou rámcovou smlouvu dle tohoto zákona, nesmí zadávací podmínky, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz lze výjimečně připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 dostatečně přesný a srozumitelný. V případě stavebních prací lze takový odkaz připustit, pouze pokud nepovede k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže. Zadavatel v takových případech vždy výslovně umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

### Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce a podkladů pro rozhodnutí pořízených Úřadem z veřejných rejstříků

#### *Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce*

48. Zadávací dokumentace uvádí obsah: ČÁST 1 – Pokyny pro zpracování nabídky, Příloha č. 1 Krycí list nabídky; ČÁST 2 – Obchodní podmínky - smlouva o dílo; ČÁST 3 – Technické podmínky - Projektová dokumentace, Výkaz výměr.
49. Bod 1.1 zadávací dokumentace zní: *„Zadavatel zadává veřejnou zakázku v otevřeném podlimitním řízení, které se řídí zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále jen zákon) a souvisejícími předpisy. Náležitosti zadávacího řízení, které nejsou specificky uvedeny v těchto pokynech pro uchazeče, jsou dány ustanoveními tohoto zákona.“*
50. Bod 4.5 zadávací dokumentace zní: *„Pokud se v zadávací dokumentaci vyskytnou obchodní názvy některých výrobků nebo dodávek, případně jiná označení mající vztah ke konkrétnímu dodavateli, jedná se o vymezení předpokládaného standardu.“*
51. Dotaz č. 48 zní: *„V dokumentaci je uvedena celá řada konkrétních názvů výrobků, materiálů a technologií. Je jejich použití závazné?“*
52. Odpověď na dotaz č. 48 zní: *„Pokud se v zadávací dokumentaci vyskytnou obchodní názvy některých výrobků nebo dodávek, případně jiná označení mající vztah ke konkrétnímu dodavateli, jedná se o vymezení předpokládaného standardu.“*

53. V příloze B. souhrnná zpráva projektové dokumentace je na str. 13 v kapitole Popis technologie čištění odpadních vod v pátém odstavci uvedeno „Rozvody vzduchu jsou z oceli nerezové 1.4301 a koncové rozvodné části jsou z plastového potrubí PPR hostalen“.
54. V příloze D.1.1.21 projektové dokumentace Osazení oken, překladů, vazba zdiva je v popisku u obrázku vlevo uprostřed uvedeno „KONCOVÁ CIHLA POROTHERM 44 K“, u popisků obrázků vpravo v části Vazba rohů je pak uvedeno (shora zleva): „POROTHERM 44 P+D“, „POROTHERM 44 K“, „POROTHERM 44 K ½“, „POROTHERM 44 R“, „POROTHERM 44 P+D VAZBA ROHU“.
55. V příloze D.1.1.20 projektové dokumentace Provedení utěsnění prostupu potrubí montážní maltou je v popisku u obrázku vlevo uvedeno „stěrkovat AQUAFIN 2K, tl. 2 mm“, vpravo pak „bentonitový pásek AQUAFIN CJ3“.
56. V příloze D.1.1.28 projektové dokumentace Vjezdová brána je v části Specifikace ve čtvrté odrážce uvedeno „výplň křídel svařovaným panelem PILOFOR-classic“.
57. V příloze D.2.2 projektové dokumentace Rozpiska materiálu je uveden třetí sloupec zleva uvádějící výrobce jednotlivých prvků, mimo jiné v posledních dvou řádcích je uvedena ohebná chránička výrobce Kopos.
58. V příloze D.2.1.17 projektové dokumentace (výkres D.1.1.33) Měrná šachta s P2 je v části Poznámka v první odrážce uvedeno: „přívod elektrického kabelu k sondě uložit do plastové chráničky kopoflex 50“;
59. V příloze D.1.4.11 projektové dokumentace Ochrana před bleskem (LPS) je v nákresu vpravo Provedení svodu a připojení uzemnění uvedeno (shora): „svorka zkušební Dehn 459 119“, „tyč zaváděcí 1500mm Dehn 104 905“, „3x podpěra tyče Dehn 274 116 nebo 274 260“, „svorka křížová do země Dehn 319 219“, „svorka křížová do země Dehn 319 229“.

*Skutečnosti vyplývající z podkladů pro rozhodnutí pořízených Úřadem z veřejných rejstříků*

60. Z výpisu z rejstříku ochranných známek pořízeného pro účely správního řízení prostřednictvím internetového portálu Úřadu průmyslového vlastnictví dne 12. 3. 2015 vyplývá, že vlastníkem ochranné známky „HOSTALEN“ je od 12. 1. 2010 společnost Hoechst GmbH, Industriepark Höchst, Frankfurt am Main, 65926, Spolková republika Německo.
61. Z výpisu z rejstříku ochranných známek pořízeného pro účely správního řízení prostřednictvím internetového portálu Úřadu průmyslového vlastnictví dne 12. 3. 2015 vyplývá, že vlastníkem ochranné známky „POROTHERM“ je od 20. 4. 2000 společnost Wienerberger AG, Wienerberg City, Wienerbergstr. 11, Wien, Rakousko.
62. Z výpisu z rejstříku ochranných známek pořízeného pro účely správního řízení prostřednictvím internetového portálu Úřadu průmyslového vlastnictví dne 12. 3. 2015 vyplývá, že vlastníkem ochranné známky „Aquaфин“ je od 25. 1. 1991 společnost Schomburg GmbH&Co. KG, Wiebuschstrasse 2-6/32760 Detmold, Spolková republika Německo.
63. Z výpisu z rejstříku ochranných známek pořízeného pro účely správního řízení prostřednictvím internetového portálu Úřadu průmyslového vlastnictví dne 12. 3. 2015 vyplývá, že vlastníkem ochranné známky „PILOFOR“ je od 24. 10. 2011 společnost PILECKÝ s.r.o., Mokrovraty 177, Nový Knín, 26203, Česká republika.

64. Z výpisu z rejstříku ochranných známek pořízeného pro účely správního řízení prostřednictvím internetového portálu Úřadu průmyslového vlastnictví dne 12. 3. 2015 vyplývá, že vlastníkem ochranné známky „KOPOFLEX“ je od 23. 6. 1999 společnost KOPOS KOLÍN a.s., Havlíčkova 432, Kolín, 28094, Česká republika.
65. Z výpisu z rejstříku ochranných známek pořízeného pro účely správního řízení prostřednictvím internetového portálu Úřadu průmyslového vlastnictví dne 12. 3. 2015 vyplývá, že vlastníkem ochranné známky „DEHN“ je od 25. 1. 2006 společnost DEHN + SÖHNE GmbH + Co. KG, Hans-Dehn-Str. 1, Neumarkt/Opf., 92318, Spolková republika Německo.

#### **K souladu postupu zadavatele v rámci zadávacího řízení se zákonem**

66. Úřad na úvod shrnuje, že z návrhu navrhovatele vyplývá, že brojí proti několika úkonům zadavatele učiněným v rámci šetřeného zadávacího řízení, konkrétně nastavení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem z hlediska dodržení povinnosti stanovené ustanovením § 44 odst. 11 zákona a obecně v rozporu s povinností zadavatele nastavit zadávací podmínky jednoznačně, transparentně, srozumitelně, nerozporně a nediskriminačně, nedodržení povinnosti uveřejnění uložené ustanovením § 48 zákona ve vztahu k textové části zadávací dokumentace, nedodržení povinnosti uložené ustanovením § 40 odst. 3 zákona v souvislosti se změnou zadávacích podmínek a konečně využití postupu dle ustanovení § 86 odst. 3 písm. d) zákona, aniž by k tomu byly dány podmínky (viz bod xx7 až 15xx odůvodnění tohoto rozhodnutí).
67. Současně navrhovatel v rámci návrhu poukazuje na údajně opožděné uveřejnění oznámení o zrušení předcházejícího zadávacího řízení ve Věstníku veřejných zakázek. Úřad k tomu konstatuje, že toto tvrzení navrhovatele týkající se zrušení předcházejícího zadávacího řízení, bylo, vzhledem k tomu, že se netýká šetřeného zadávacího řízení, Úřadem zaevidováno jako samostatný podnět a jako takové bude prošetřeno.

#### *K postupu zadavatele z hlediska povinností uložených v ustanovení § 44 odst. 11 zákona*

68. Podle ustanovení § 44 odst. 11 zákona není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky či nemá-li sektorový zadavatel na zboží či službu, která je součástí veřejné zakázky, uzavřenou rámcovou smlouvu dle tohoto zákona, nesmí zadávací podmínky, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobců. Takový odkaz lze výjimečně připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 dostatečně přesný a srozumitelný. V případě stavebních prací lze takový odkaz připustit, pouze pokud nepovede k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže. Zadavatel v takových případech vždy výslovně umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.
69. Úřad předně uvádí, že smyslem ustanovení § 44 odst. 11 zákona je obecně vyvarování se použití odkazů na specifické označení zboží a služeb v zadávací dokumentaci s cílem zabránit omezení hospodářské soutěže a tím nevhodnému využití veřejných

prostředků. V souvislosti s výše uvedeným proto zadavatel musí v souladu s tímto ustanovením zákona směřovat veškeré kroky související s přípravou zadávací dokumentace, zejména pak technických podmínek, k tomu, aby se specifického označení zboží či služeb a ostatních odkazů citovaných v předmětném ustanovení zákona vyvaroval. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 4. 2011 č. j. 62 Ca 27/2009-117, v němž je konstatováno, že zadavatel je „*povinen vymezit předmět veřejné zakázky přesně, úplně a srozumitelně, nicméně za použití natolik obecného popisu a technických podmínek, aby neodkazoval na určité identifikační znaky jiných dodavatelů, pokud to pro jasnou identifikaci poptávaného plnění není nezbytně nutné.*“ V uvedeném rozsudku je dále stanoveno, že „*smyslem tohoto ustanovení (myšleno ustanovení §44 odst. 11 zákona – pozn. Úřadu) je ... zabránit tomu, aby zadávací podmínky byly skrytým nástrojem či prostředkem diskriminace dodavatelů.*“

70. Výkladem předmětného ustanovení se dále zabýval Krajský soud v Brně ve svém rozhodnutí sp. zn. 62 Af 30/2010 ze dne 4. 8. 2011, kde uvádí: „*Zakaz vyjádřený v § 44 odst. 11 zákona je pravidlem bránícím používání skrytých nástrojů a prostředků diskriminace dodavatelů. Jednou ze součástí samotného účelu ZVZ je snaha o umožnění co nejširší skutečné soutěže v boji o získání veřejné zakázky, což se promítá kodifikační zásad, jež zadávací řízení musí respektovat a jež jsou podávány v § 6 ZVZ.*“ V předmětném rozsudku je dále stanoveno, že „*zadavatel by se tak, pokud je to objektivně možné a pokud to nezpůsobuje nejednoznačnost zadávacích podmínek, měl vyvarovat odkazů na konkrétní obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení a specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu za příznačné.*“
71. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel nesmí při formulaci zadávací dokumentace, zejména technických podmínek, bezdůvodně zvýhodnit či znevýhodnit některé dodavatele, ani vytvářet překážky hospodářské soutěže. Stanovení konkrétních technických podmínek by mohlo být považováno za jednání, které brání hospodářské soutěži, neboť z ní bez zjevného důvodu vylučuje dodavatele, kteří nejsou z různých důvodů schopni dostát těmto přísnějším požadavkům, kterých však v konkrétním případě není třeba. Jedním z cílů požadavku na objektivní vymezení požadavků a charakteristik, který má svůj původ v zadávacích směrnících EU, je zajištění nediskriminačního přístupu zahraničních dodavatelů, resp. dodavatelů z jiných členských států EU k veřejným zakázkám zadávaným v České republice.
72. Ve vztahu k šetřenému zadávacímu řízení se Úřad nejprve zabýval posouzením souladu nastavení zadávacích podmínek se zákonem, konkrétně přistoupil k posouzení dodržení povinností stanovených ustanovením § 44 odst. 11 zákona. Úřad se proto nejprve zabýval otázkou, zda zadávací dokumentace obsahuje požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu. Vycházel přitom ze znění navrhovatelem namítaných částí projektové dokumentace, vyjádření zadavatele a dále vlastních rešerší provedených pro účely správního řízení v rejstříku ochranných známek prostřednictvím internetového portálu Úřadu průmyslového vlastnictví. Shledal přitom níže uvedené skutečnosti.
73. V příloze B. souhrnná zpráva projektové dokumentace je na str. 13 v kapitole Popis technologie čištění odpadních vod v pátém odstavci uvedeno: „*Rozvody vzduchu jsou z oceli*

*nerozové 1.4301 a koncové rozvodné části jsou z plastového potrubí PPR hostalen*". Zadavatel k tomu uvádí, že se jedná pouze o označení druhu materiálu a referenční návrh projektanta, přičemž takové potrubí vyrábí více výrobců. Skutečnost, že by se mělo jednat pouze o referenční návrh projektanta, však z daného dokumentu není vůbec patrná. Z výpisu z rejstříku ochranných známek pořízeného pro účely správního řízení prostřednictvím internetového portálu Úřadu průmyslového vlastnictví dne 12. 3. 2015 vyplývá, že vlastníkem ochranné známky „HOSTALEN“ je od 12. 1. 2010 společnost Hoechst GmbH, Industriepark Höchst, Frankfurt am Main, 65926, Spolková republika Německo. Není tedy pochyb o tom, že daný název daného výrobku je ochrannou známkou příznačnou pro konkrétní subjekt ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona.

74. V příloze D.1.1.21 projektové dokumentace Osazení oken, překladů, vazba zdiva je v popisku u obrázku vlevo uprostřed uvedeno: „KONCOVÁ CIHLA POROTHERM 44 K“; a dále vpravo v části Vazba rohů (shora zleva) uvedeno: „POROTHERM 44 P+D“, „POROTHERM 44 K“, „POROTHERM 44 K ½“, „POROTHERM 44 R“, „POROTHERM 44 P+D VAZBA ROHU“. Zadavatel k tomu uvádí, že tento název a uvedená vzorová vazba rohu zdiva jsou chráněny výrobcem a byly uvedeny pouze jako referenční vzor, současně však zdůrazňuje, že dodržení vzoru je zásadní pro bezchybné provedení stavby. Zadavatel uvádí, že tento chráněný typ cihly vyrábí více výrobců. Tvrzení zadavatele je tedy v tomto vnitřně rozporné, kdy současně uvádí, že se jedná pouze o referenční vzor vyráběný více výrobci (aniž by skutečnost, že se jedná o referenční vzor, byla z dokumentu jakkoli patrná), a současně, že tento vzor je chráněn jediným výrobcem a jeho dodržení je nezbytné pro bezchybné provedení stavby. Z výpisu z rejstříku ochranných známek pořízeného pro účely správního řízení prostřednictvím internetového portálu Úřadu průmyslového vlastnictví dne 12. 3. 2015 přitom vyplývá, že vlastníkem ochranné známky „POROTHERM“ je od 20. 4. 2000 společnost Wienerberger AG, Wienerberg City, Wienerbergstr. 11, Wien, Rakousko. Není tedy pochyb o tom, že daný název daného výrobku je ochrannou známkou příznačnou pro konkrétní subjekt ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona.
75. V příloze D.1.1.20 projektové dokumentace Provedení utěsnění prostupu potrubí montážní maltou je v popisku u obrázku vlevo uvedeno: „stěrkovat AQUAFIN 2K, tl. 2 mm“; a v popisku u obrázku vpravo uvedeno: „bentonitový pásek AQUAFIN CJ3“. Zadavatel k tomu uvádí, že vzorové řešení je chráněno výrobcem a bylo uvedeno pouze jako referenční vzor jedné z variant řešení, přičemž tento materiál vyrábí běžně více výrobců. Tvrzení zadavatele je zde tedy opět vnitřně rozporné jako v předcházejícím případě, přičemž z dokumentu opět není zřejmé, že by se mělo jednat o referenční návrh. Z výpisu z rejstříku ochranných známek pořízeného pro účely správního řízení prostřednictvím internetového portálu Úřadu průmyslového vlastnictví dne 12. 3. 2015 vyplývá, že vlastníkem ochranné známky „AquaFin“ je od 25. 1. 1991 společnost Schomburg GmbH&Co. KG, Wiebuschstrasse 2-6/32760 Detmold, Spolková republika Německo. Není tedy pochyb o tom, že daný název daného výrobku je ochrannou známkou příznačnou pro konkrétní subjekt ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona.
76. V příloze D.1.1.28 projektové dokumentace Vjezdová brána je v části Specifikace ve čtvrté odrážce uvedeno: „výplň křídel svařovaným panelem PILOFOR-classic“. Zadavatel k tomu uvádí, že se nejedná o obchodní název jednotlivého výrobku, nýbrž referenční popis možného technického řešení (aniž by skutečnost, že se jedná o referenční vzor,

byla z dokumentu jakkoli patrná), přičemž se jedná o klasický hutní materiál používaný v celé Evropě a vyráběný více výrobci. Takové tvrzení zadavatele je však v rozporu s jednoznačným výsledkem rešerše v rejstříku ochranných známek, kdy z výpisu z rejstříku ochranných známek pořízeného pro účely správního řízení prostřednictvím internetového portálu Úřadu průmyslového vlastnictví dne 12. 3. 2015 vyplývá, že vlastníkem ochranné známky „PILOFOR“ je od 24. 10. 2011 společnost PILECKÝ s.r.o., Mokrovraty 177, Nový Knín, 26203, Česká republika. Není tedy pochyb o tom, že daný název daného výrobku je ochrannou známkou příznačnou pro konkrétní subjekt ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona.

77. V příloze D.2.2 projektové dokumentace Rozpiska materiálu je zařazen třetí sloupec zleva uvádějící výrobce jednotlivých prvků, mimo jiné v posledních dvou řádcích je uvedena „*ohebná chránička výrobce Kopos*“; v příloze č. D.2.1.17 projektové dokumentace (výkres D.1.1.33) Měrná šachta s P2 v části Poznámka je pak v první odrážce uvedeno: „*přívod elektrického kabelu k sondě uložit do plastové chráničky kopoflex 50*“. Zadavatel k tomu uvádí, že se jedná o označení jednoho z mnoha druhů srovnatelného materiálu, který vyrábí řada různých výrobců. Takové tvrzení zadavatele je však v rozporu s jednoznačným výsledkem rešerše v rejstříku ochranných známek, kdy z výpisu z rejstříku ochranných známek pořízeného pro účely správního řízení prostřednictvím internetového portálu Úřadu průmyslového vlastnictví dne 12. 3. 2015 vyplývá, že vlastníkem ochranné známky „*KOPOFLEX*“ je od 23. 6. 1999 společnost KOPOS KOLÍN a.s., Havlíčkova 432, Kolín, 28094, Česká republika. Není tedy pochyb o tom, že daný název daného výrobku je ochrannou známkou příznačnou pro konkrétní subjekt ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona.
78. V příloze D.1.4.11 projektové dokumentace Ochrana před bleskem (LPS) je v nákresu vpravo Provedení svodu a připojení uzemnění (shora) uvedeno: „*svorka zkušební Dehn 459 119*“, „*tyč zaváděcí 1500mm Dehn 104 905*“, „*3x podpěra tyče Dehn 274 116 nebo 274 260*“, „*svorka křížová do země Dehn 319 219*“, „*svorka křížová do země Dehn 319 229*“. Zadavatel uvádí, že se jedná o pouhé referenční označení běžného materiálu (aniž by skutečnost, že se jedná o referenční vzor, byla z dokumentu jakkoli patrná), který vyrábí řada běžných výrobců. Takové tvrzení zadavatele je však v rozporu s jednoznačným výsledkem rešerše v rejstříku ochranných známek, kdy z výpisu z rejstříku ochranných známek pořízeného pro účely správního řízení prostřednictvím internetového portálu Úřadu průmyslového vlastnictví dne 12. 3. 2015 vyplývá, že vlastníkem ochranné známky „*DEHN*“ je od 25. 1. 2006 společnost DEHN + SÖHNE GmbH + Co. KG, Hans-Dehn-Str. 1, Neumarkt/Opf., 92318, Spolková republika Německo. Není tedy pochyb o tom, že daný název daného výrobku je ochrannou známkou příznačnou pro konkrétní subjekt ve smyslu ustanovení § 44 odst. 11 zákona.
79. V ostatních navrhovatelem uvedených příkladech nebylo možné na základě dostupných podkladů rozhodnutí postavit najisto, zda byly v zadávací dokumentaci uvedeny požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užitné vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, či nikoli. Současně však Úřad uvádí, že tato skutečnost nemá vliv na celkové posouzení šetřené věci, neboť z hlediska aplikace ustanovení § 44 odst. 11 zákona je rozhodující, zda vůbec došlo k uvedení ochranné známky v zadávacích podmínkách, nikoli v kolika případech se tak stalo.

80. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že výrobky, ve vztahu k nimž zadávací dokumentace uvádí konkrétní označení, vyrábí více výrobců. Úřad přitom konstatuje, že zadavatel sice ve většině případů uvádí ve svém vyjádření i názvy těchto výrobců, svá tvrzení však nijak nedokládá. Navíc i pokud by pluralita výrobců ve vztahu ke konkrétnímu výrobku existovala, nijak tím není dotčen fakt, že předmětná označení jsou ochrannými známkami a jejich uvedení v zadávací dokumentaci tak bez dalšího vyvolává povinnost zadavatele postupovat v souladu s ustanovením § 44 odst. 11 zákona.
81. Skutečnost, že tato konkrétní označení byla uvedena v projektové dokumentaci a nikoli v soupisu prací, jak argumentuje zadavatel, nemá pro posouzení věci žádný význam, neboť projektová dokumentace je zcela nepochybně součástí zadávací dokumentace jako část 3, jak vyplývá z obsahu uvedeného v zadávací dokumentaci. Navíc předmětné ustanovení § 44 odst. 11 se vztahuje na zadávací podmínky, které ve smyslu ustanovení § 17 písm. l) tvoří veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky. Není tedy pochyb, že projektová dokumentace není z aplikace ustanovení § 44 odst. 11 vyňata.
82. Za výše popsané situace pak Úřad konstatuje, že takové konkrétní uvedení názvů výrobků, které jsou ochrannými známkami, v zadávací dokumentaci je v mezích zákona možné, zadavatel je však povinen v takovém případě splnit podmínky stanovené ustanovením § 44 odst. 11, tj. zajistit, aby jejich uvedením nedošlo k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže a výslovně umožnit plnění veřejné zakázky s použitím alternativních kvalitativně a technicky obdobných materiálů a výrobků.
83. Pokud jde o posledně jmenovanou podmínku, zadavatel ve svém vyjádření odkazoval na znění ustanovení bodu 4.5 zadávací dokumentace a odpověď na dotaz č. 48 poskytnutou v rámci dodatečných informací ze dne 17. 12. 2014, kde je uvedeno, že *„pokud se v zadávací dokumentaci vyskytnou obchodní názvy některých výrobků nebo dodávek, případně jiná označení mající vztah ke konkrétnímu dodavateli, jedná se o vymezení předpokládaného standardu“*. Současně zadavatel v doplnění svého vyjádření ze dne 11. 3. 2015 odkázal na bod 1.1 zadávací dokumentace, který stanoví subsidiární použití zákona pro otázky neupravené zadávacími podmínkami s tím, že z tohoto ustanovení vyplývá, že zadavatel výslovně umožnil použití alternativních plnění pro realizaci veřejné zakázky (viz body xx22, 32 a dále 49 až 52xx odůvodnění tohoto rozhodnutí).
84. S takovou argumentací zadavatele se Úřad nemůže ztotožnit. Je samozřejmě právem zadavatele zařadit do zadávacích podmínek ustanovení zakládající subsidiární použití zákona. Zároveň však k takovému použití zákona může dojít pouze za situace, že zákon obsahuje ustanovení svým zněním nahrazující scházející úpravu v zadávací dokumentaci. Zákon však neobsahuje žádné ustanovení, které by uchazečům umožňovalo v případě, že zadávací dokumentace uvádí označení konkrétních výrobků, použít pro plnění veřejné zakázky výrobků alternativních. Zákon obsahuje pouze ustanovení § 44 odst. 11, které stanoví, jak má zadavatel v případě, že je nutné do zadávací dokumentace zařadit označení konkrétních výrobků, postupovat. Nelze tedy říci, že zadavatel splnil povinnost učinit to, co mu zákon ukládá, tím, že odkázal na ustanovení, ve kterém mu zákon učinění takového kroku ukládá. Tím spíše, že předmětné ustanovení § 44 odst. 11 in fine hovoří o tom, že zadavatel „výslovně umožní“ použití alternativních plnění. Z uvedení pojmu „výslovně“ je pak zřetelný



důraz zákonodárce na splnění této povinnosti tak, aby možnost použít alternativní, kvalitativně a technicky obdobné řešení byla uchazečům jednoznačně známa již při seznámení se s textem zadávací dokumentace, nikoli aby byla dovozována odkazem na subsidiární použití zákona. Úřad současně konstatuje, že zadavatelem použité slovní spojení „jedná se o vymezení předpokládaného standardu“ nelze za splnění předmětné povinnosti považovat, neboť zákon ukládá, aby možnost využití alternativního plnění byla v zadávacích podmínkách umožněna výslovně, tj. tak, aby tato možnost byla jednoznačně zřejmá při prostém jazykovém výkladu zadávacích podmínek. Zmínka o „předpokládaném standardu“ takovou podmínku nesplňuje, neboť nelze bez dalšího jednoznačně a s jistotou říci, že zadavatel měl tímto slovním spojením na mysli právě možnost uchazečů použít k plnění veřejné zakázky alternativní výrobky. V té souvislosti Úřad poznamenává, že není ani zcela zřejmé, jak má být interpretován výraz „referenční návrh“, popř. „referenční označení“ uváděný zadavatelem v jeho vyjádření, neboť se nejedná o zákonný termín ani zadavatel jej nijak blíže neobjasňuje; tato skutečnost však nemá na šetřený případ vliv, neboť tyto výrazy se vyskytují pouze ve vyjádření zadavatele, nikoli šetřených zadávacích podmínkách.

85. S ohledem na výše uvedené zadavatel konstatuje, že zadávací dokumentace obsahuje uvedení ochranných známek, aniž by zadavatel splnil svou povinnost uvedenou v ustanovení § 44 odst. 11 in fine zákona a výslovně umožnil, aby uchazeči pro plnění veřejné zakázky využili i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Za takové situace, již s ohledem na systematický a jazykový výklad ustanovení § 44 odst. 11 zákona není nutné zkoumat další podmínku stanovenou v ustanovení § 44 odst. 11 zákona pro případy, kdy zadávací dokumentace v případě veřejné zakázky na stavební práce obsahuje označení konkrétních výrobků, a to aby uvedením takového označení nedošlo k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže, neboť i v takových případech musí zadavatel pro plnění veřejné zakázky výslovně umožnit použití i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení.
86. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel pochybil, když v zadávací dokumentaci v části projektové dokumentace uvedl konkrétní názvy výrobků Hostalen, Poroherm, Aquafin, Pilofor, Kopoflex a Dehn, které jsou ochrannými známkami konkrétních výrobků vlastněnými konkrétními výrobci, aniž by přitom výslovně umožnil použít k plnění veřejné zakázky alternativní výrobky. Tím protizákonně zúžil okruh možností pro použití materiálu při plnění veřejné zakázky uchazeči, což mohlo mít vliv na nabídkové ceny jednotlivých uchazečů i celkově na rozhodnutí potenciálních uchazečů, zda se o získání veřejné zakázky vůbec ucházet. Nelze totiž vyloučit, že někteří z uchazečů by byli schopni předmět veřejné zakázky realizovat za použití kvalitativně a technicky obdobných výrobků či materiálů s nižší cenou, a tedy při výslovném umožnění použití těchto alternativních řešení mohli tyto uchazeči podat nabídku s celkovou nižší nabídkovou cenou, v důsledku čehož mohla být i v zadávacím řízení vybrána jako nejvhodnější jiná nabídka než nabídka vybraného uchazeče. Taktéž nelze vyloučit, že se některý z potenciálních uchazečů rozhodl zadávacího řízení vůbec nezúčastnit právě z důvodu, že není schopen obstarat předmětné konkrétní výrobky, případně je není schopen obstarat za takovou cenu, která by mu dle jeho názoru umožnila podat v zadávacím řízení konkurenceschopnou nabídku, ačkoliv by byl schopen předmět veřejné zakázky řádně splnit i za použití výrobků jiných, kvalitativně a technicky obdobných. Z výše uvedeného je zřejmé, že jednání zadavatele mohlo vést ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků.

87. Z uvedeného vyplývá, že postup zadavatele, kdy v rozporu s ustanovením § 44 odst. 11 zákona v zadávacích podmínkách uvedl ochranné známky, aniž by současně výslovně umožnil pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, mohl mít podstatný vliv na okruh potenciálních uchazečů a taktéž mohl podstatně ovlivnit nabídkové ceny uchazečů, kteří v rámci šetřeného zadávacího řízení předložili nabídku, a tedy mohl mít podstatný vliv i na výběr nejvhodnější nabídky.

*K ostatním skutečnostem uvedeným v návrhu*

88. Jelikož Úřad na základě uvedených argumentů shledal postup zadavatele při stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem, konkrétně jeho ustanovením § 44 odst. 11, a na základě toho uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení šetřeného zadávacího řízení, jak je uvedeno níže, nezabýval se již Úřad s ohledem na procesní ekonomii podrobně dalšími skutečnostmi uvedenými v návrhu týkajícími se šetřeného zadávacího řízení, neboť jejich posouzení by již nemohlo mít vliv na uložení nápravného opatření v maximálním zákonem umožněném rozsahu.

*K uložení nápravného opatření*

89. Navrhovatel ve svém návrhu požadoval, aby Úřad pro rozpor postupu zadavatele se zákonem zrušil celé zadávací řízení, neboť nedostatky šetřeného zadávacího řízení není dle jeho názoru možné odstranit jinak.
90. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh, nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
91. Při rozhodování podle § 118 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy protiprávního stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky.
92. V šetřeném případě Úřad dospěl k závěru, že zadavatel v technických zadávacích podmínkách citovaných ve výroku I. tohoto rozhodnutí uvedl ochranné známky, aniž by přitom pro plnění veřejné zakázky výslovně umožnil použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, tj. již na samém počátku zadávacího řízení v rozporu se zásadou zákazu diskriminace stanovenou v ustanovení § 6 zákona zúžil okruh potenciálních dodavatelů a neodůvodněně tak omezil hospodářskou soutěž.
93. Z uvedeného důvodu tudíž Úřad musel přistoupit ke zrušení celého zadávacího řízení, neboť toto zadávací řízení probíhalo již od samého počátku v rozporu se zákonem a zrušení dílčích kroků zadavatele by takový nedostatek nemohlo zhojit. Proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí a jako nápravné opatření zrušil zadávací řízení na zadání veřejné zakázky „Výstavba kanalizace a ČOV Borová Lada“.

*K uložení náhrady nákladů řízení*

94. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady správního řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí předpis, vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit 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.
95. Vzhledem k tomu, že ve výroku II. tohoto rozhodnutí Úřad v důsledku postupu zadavatele v rozporu se zákonem šetřené zadávací řízení zrušil, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
96. 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 2015000050.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů 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 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Rozklad nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu 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 Borová Lada, Borová Lada 38, PSČ 38492
2. SPS engineering, s.r.o., Jana Masaryka 22, 120 00 Praha 2

### Vypraveno dne

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