



UOHSX0092NIS

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0604/2016/VZ-46845/2016/553/MBu

Brno: 23. listopadu 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 29. 9. 2016 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel — Město Kroměříž, IČO 002 87 351, se sídlem Velké náměstí 115/1, 767 01 Kroměříž,

ve věci možného porušení zásady zákazu diskriminace podle § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, v návaznosti na § 98 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Zateplení objektu ‘B’ a ‘D’ MÚ Kroměříž na p. č. 587/3, 587/1 a Rekonstrukce plynové kotelny objektu Husovo náměstí Objekt ‘B’ - OPAKOVÁNÍ“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném na základě výzvy k podání nabídky ze dne 18. 7. 2016, jež byla téhož dne uveřejněna na profilu zadavatele, ve znění oprav uveřejněných na profilu zadavatele dne 19. 7. 2016,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel — Město Kroměříž, IČO 002 87 351, se sídlem Velké náměstí 115/1, 767 01 Kroměříž, při zadávání veřejné zakázky „Zateplení objektu ‘B’ a ‘D’ MÚ Kroměříž na p. č. 587/3, 587/1 a Rekonstrukce plynové kotelny objektu Husovo náměstí Objekt ‘B’ - OPAKOVÁNÍ“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném na základě výzvy k podání nabídky ze dne 18. 7. 2016, jež byla téhož dne uveřejněna na profilu zadavatele, ve znění oprav uveřejněných na profilu zadavatele dne 19. 7. 2016, porušil zásadu zákazu diskriminace

stanovenou v § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, v návaznosti na § 98 odst. 1 citovaného zákona, tím, že nerozdělil předmět veřejné zakázky „Zateplení objektu ‘B’ a ‘D’ MÚ Kroměříž na p. č. 587/3, 587/1 a Rekonstrukce plynové kotelny objektu Husovo náměstí Objekt ‘B’ - OPAKOVÁNÍ“ na části, a to na část spočívající v kompletním zateplení budovy a výměny výplni otvorů Městského úřadu v Kroměříži a na část spočívající v rekonstrukci plynové kotelny Městského úřadu v Kroměříži, ačkoliv povaha předmětu plnění veřejné zakázky rozdělení na části připouštěla a zároveň rozdělení veřejné zakázky na části nebránilo ustanovení § 13 odst. 3 citovaného zákona, přičemž zadavatel mohl tímto postupem podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Město Kroměříž, IČO 002 87 351, se sídlem Velké náměstí 115/1, 767 01 Kroměříž - uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, **ruší** zadávací řízení na veřejnou zakázku „Zateplení objektu ‘B’ a ‘D’ MÚ Kroměříž na p. č. 587/3, 587/1 a Rekonstrukce plynové kotelny objektu Husovo náměstí Objekt ‘B’ - OPAKOVÁNÍ“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném na základě výzvy k podání nabídky ze dne 18. 7. 2016, jež byla téhož dne uveřejněna na profilu zadavatele, ve znění oprav uveřejněných na profilu zadavatele dne 19. 7. 2016.

III.

Podle ustanovení § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, v návaznosti na ustanovení § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Město Kroměříž, IČO 002 87 351, se sídlem Velké náměstí 115/1, 767 01 Kroměříž – **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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), příslušný k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh a k projednání správních deliktů podle tohoto zákona, včetně ukládání sankce za jejich spáchání, obdržel dne 5. 9. 2016 podnět týkající se postupu zadavatele — Město Kroměříž, IČO 002 87 351, se sídlem Velké náměstí 115/1, 767 01 Kroměříž (dále jen „zadavatel“) — při zadávání veřejné zakázky „Zateplení objektu ‘B’ a ‘D’ MÚ Kroměříž na p. č. 587/3, 587/1 a Rekonstrukce plynové kotelny objektu Husovo náměstí Objekt ‘B’ - OPAKOVÁNÍ“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném na základě výzvy k podání nabídky

ze dne 18. 7. 2016, jež byla téhož dne uveřejněna na profilu zadavatele, ve znění oprav uveřejněných na profilu zadavatele dne 19. 7. 2016 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. V obdržéném podnětu byl napadán postup zadavatele v uvedeném zadávacím řízení spočívající v nezákonném vymezení předmětu veřejné zakázky, když zadavatel zahrnul do předmětu veřejné zakázky jak zateplení předmětného objektu a výměnu výplní otvorů, tak rekonstrukci plynové kotelny, ačkoliv tato plnění měla být poptávána samostatně. Tímto postupem (nerozdělením veřejné zakázky na části) mělo dojít k omezení hospodářské soutěže tím, že zadavatel fakticky vyloučil z účasti v zadávacím řízení okruh způsobilých dodavatelů. Pisatel podnětu dovodil, že uvedeným postupem mohlo dojít k porušení § 6 odst. 1 zákona.
3. Na základě skutečností uvedených v podnětu si Úřad vyžádal dopisem č. j. ÚOHS-P1498/2016/VZ-37028/2016/553/MBu ze dne 6. 9. 2016 od zadavatele dokumentaci o předmětné veřejné zakázce a vyjádření zadavatele k obsahu podnětu, přičemž z obdržené dokumentace a vyjádření zadavatele zjistil následující skutečnosti.
4. Zadavatel zahájil zadávací řízení k veřejné zakázce na základě výzvy k podání nabídky ze dne 18. 7. 2016, jež byla téhož dne uveřejněna na profilu zadavatele¹, ve znění oprav uveřejněných na profilu zadavatele dne 19. 7. 2016 (dále jen „výzva“).
5. Z bodu b) výzvy a rovněž z čl. 2 „Zadávací dokumentace pro veřejnou zakázku na stavební práce“, jež zadavatel uveřejnil na svém profilu dne 18. 7. 2016 (dále jen „zadávací dokumentace“), vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je kompletní zateplení budovy Městského úřadu v Kroměříži, které zahrnuje zateplení fasády a výměnu výplní otvorů a rekonstrukce plynové kotelny objektu Husovo náměstí Objekt „B“.
6. V čl. 2 zadávací dokumentace zadavatel specifikoval předmět veřejné zakázky následovně:

„Zateplení fasády:

Stávající obvodové zdivo bude zatepleno v rozsahu 1.PP – 4.NP. Navrhované opatření představuje zateplení vnějšího obvodového pláště certifikovaným kontaktním zateplovacím systémem. Obvodové zdivo je doporučeno zateplit tepelným izolantem fasádními polystyrenovými deskami šedými tloušťky 140mm se součinitelem tepelné vodivosti $\lambda=0,032$ W/m.K.

S ohledem na požární výšku objektu bude zateplení fasády děleno vodorovnými požárními pásy z minerální vaty š. 500mm tl. 140mm se součinitelem tepelné vodivosti $\lambda=0,040$ W/m.K.

Dále je navrženo zateplení soklu izolačními deskami pro sokl v tl. 140mm, $\lambda=0,034$ W/m.K – v uliční části na celou výšku stávajícího soklu, ve dvorní části do výšky minimálně 300mm nad terén.

Výměna výplní otvorů:

Návrh opatření počítá s výměnou původních oken a vchodových dveří za nová. Nové výplně otvorů budou s plastovým rámem s termoizolačním prosklením (trojsklo) se součinitelem prostupu tepla $UW=0,8$ W/m²K u oken a se součinitelem prostupu tepla $UW=1,2$ W/m²K u dveří. V případě malých oken, kde by nemohl být splněn tento součinitel $UW=0,8$ W/m²K, je

¹ https://ezak.mesto-kromeriz.cz/document_download_1392.html

uvažováno s instalací nových oken s izolačním dvojsklem s celkovým součinitelem prostupu tepla oken $UW=1,2 \text{ W/m}^2\text{K}$.

Nové výplně otvorů budou v bílém provedení, okna 1. PP v uliční části v šedém provedení. V souvislosti s výměnou oken budou upraveny vnitřní parapety.

Rekonstrukce plynové kotelny

V současné době je objekt vytápěn z vlastního zdroje tepla se čtyřmi atmosférickými kotli o součtovém výkonu 176,25 kW (3x VIADRUS G 25 – 43,75 kW, 1x VIADRUS G 27 – 45,0 kW). Teplá voda v objektu je připravována lokálně v místech spotřeby el. ohříváči.

Jako nový zdroj tepla je navržena kotelna, která bude osazena sestavou tří plynových kondenzačních kotlů o plynule regulovatelném jednotkovém výkonu od 12,3 do 44,1 kW. Maximální součtový výkon kotelny bude 132,3 kW a maximální součtový příkon kotelny bude 136,4 kW, při daném tepelném spádu 80/60°C. Předpokládaný výkon zdroje je navržen na stav po realizaci tepelně technických opatření.“

7. Zadavatel současně vymezil v čl. 2. 1. zadávací dokumentace předmět veřejné zakázky prostřednictvím CPV kódů následujícím způsobem:

„Klasifikace předmětu veřejné zakázky:

45000000-7 Stavební práce

45443000-4 Práce na fasádách

45321000-3 Tepelné izolace

45421100-5 Instalace a montáž dveří a oken a souvisejících výrobků

39715210-2 Zařízení pro ústřední vytápění“.

8. Z čl. 4 zadávací dokumentace vyplývá, že předmětná veřejná zakázka není rozdělena na části podle § 98 zákona.
9. Z čl. 6. 7. 1. zadávací dokumentace vyplývá, že ze seznamu subdodavatelů, kterým má uchazeč v úmyslu zadat části plnění veřejné zakázky musí být zřejmý jejich podíl na zakázce, včetně přesné specifikace prací, které budou subdodavatelé provádět. Za účelem přesné specifikace prací prováděných subdodavatelem předloží uchazeč subdodavatelský rozpočet pro každého subdodavatele.
10. V čl. 9. 7. zadávací dokumentace zadavatel vyhradil části veřejné zakázky, které nesmí být plněny subdodavatelem následovně:

„9.7.1. Zateplení objektu „B“ a „D“ MÚ Kroměříž na p.č. 587/3, 587/1“

9.7.1.1. Stavební díl 62 Úpravy povrchů vnějších

9.7.2. „Rekonstrukce plynové kotelny objektu Husovo nám. objekt „B“

9.7.2.1. Stavební díl 730 Ústřední vytápění

9.7.2.2. Stavební díl 731 Kotelny

9.7.2.3. Stavební díl 732 Strojovny

9.7.2.4. Stavební díl 733 Rozvod potrubí

9.7.2.5. Stavební díl 734 Armatura.“

11. Dle bodu i) výzvy činí předpokládaná hodnota veřejné zakázky 8 757 000 Kč bez DPH.
12. Z bodu e) výzvy vyplývá, že zadavatel stanovil lhůtu pro podání nabídek do 4. 8. 2016 do 10 hodin, přičemž na základě dodatečných informací č. 1 uveřejněných na profilu zadavatele dne 27. 7. 2016 byla tato lhůta prodloužena do 8. 8. 2016.
13. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 8. 8. 2016 vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 5 nabídek od uchazečů:
 - sdružení „OMLUX-VAE THERM“, sestávající z vedoucího účastníka sdružení OMLUX, spol. s.r.o., IČO 619 44 840, se sídlem Pod Vysílačem 422/1, 725 28 Ostrava Lhotka, a účastníka sdružení VAE THERM, spol. s. r. o., IČO 619 73 815, se sídlem Kulturní 1785, 756 61 Rožnov pod Radhoštěm
 - INSTOP, spol. s.r.o., IČO 469 94 955, se sídlem Obchodní 16, 763 21 Slavičín (dále jen „vybraný uchazeč“),
 - sdružení „Společnost pro Zateplení objektu „B“ a „D“ MÚ Kroměříž“, sestávající z vedoucího účastníka sdružení ISS stavtrade s.r.o., IČO 293 03 192, se sídlem Březinova 745/7a, 616 00 Brno, a účastníka sdružení VTP PELKA, s. r. o., IČO 269 08 743, se sídlem Velkomoravská 1164, 686 03 Staré Město (dále jen „Sdružení pro Zateplení objektu „B“ a „D“ MÚ Kroměříž“),
 - sdružení „MAMUT - THERM & NAVRÁTIL GROUP“, sestávajícího z vedoucího účastníka sdružení MAMUT-THERM s.r.o., IČO 268 85 263, se sídlem Slaměnickova 302/23, 614 00 Brno, a účastníka sdružení NAVRÁTIL GROUP s. r. o., IČO 255 24 852, se sídlem Selská 41/86, 614 00 Brno,
 - sdružení „Společnost pro Rekonstrukci objektů B a D MÚ Kroměříž“, sestávajícího z vedoucího účastníka sdružení STAVBY VANTO, s.r.o., IČO 282 69 314, se sídlem Panská 25, 686 04 Kunovice, a účastníka sdružení UCHYTIL s. r. o., IČO 607 34 078, se sídlem K terminálu 7, 619 00 Brno (dále jen „Sdružení pro Rekonstrukci objektů B a D MÚ Kroměříž“).
14. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel z předmětného zadávacího řízení vyloučil tři uchazeče, a to v případě uchazeče Sdružení pro Rekonstrukci objektů B a D MÚ Kroměříž, jakož i v případě uchazeče „Sdružení pro Zateplení objektu „B“ a „D“ MÚ Kroměříž“, z toho důvodu, že nabídka neobsahovala subdodavatelské rozpočty, jak bylo požadováno v čl. 6. 7. 1. zadávací dokumentace a tyto dokumenty nebyly uchazečem doloženy ani ve lhůtě do tří dnů od písemné výzvy k předložení.
15. Dne 22. 8. 2016 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče. Smlouva s vybraným uchazečem dosud nebyla uzavřena.
16. Na základě výše uvedených skutečností získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel neporušil zásadu zákazu diskriminace stanovenou § 6 odst. 1 zákona v návaznosti na § 98 odst. 1 zákona tím, že nerozdělil předmět veřejné zakázky na části, a to na část spočívající v kompletním zateplení budovy a výměny výplní otvorů Městského úřadu v Kroměříži a na část spočívající v rekonstrukci plynové kotelny Městského úřadu v Kroměříži, ačkoliv povaha předmětu plnění veřejné zakázky rozdělení na části připouštěla a zároveň rozdělení veřejné zakázky na části nebránilo ustanovení § 13 odst. 3 zákona, přičemž zadavatel mohl tímto postupem omezit okruh uchazečů, čímž mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky,

a dosud nedošlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Z tohoto důvodu Úřad zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0634/2016/VZ.

I. Řízení před správním orgánem

17. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
18. Zahájení správního řízení ve věci možného porušení postupu podle § 6 odst. 1 zákona v návaznosti na § 98 odst. 1 zákona oznámil Úřad zadavateli dopisem ze dne 29. 9. 2016 č. j. ÚOHS-S0634/2016/VZ-39858/2016/553/MBu, kterým Úřad seznámil zadavatele se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí. Současně Úřad usnesením z téhož dne, č. j. ÚOHS-S0634/2016/VZ-39878/2016/553/MBu, stanovil účastníkovi řízení lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
19. Správní řízení bylo zahájeno podle § 113 zákona dne 29. 9. 2016, tj. dnem, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli.
20. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0634/2016/VZ-39870/2016/553/MBu ze dne 29. 9. 2016 nařídil Úřad předběžné opatření podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona, kterým byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení.
21. Ke zjištěním Úřadu uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení a obsahu správního spisu zaslal zadavatel prostřednictvím datové schránky vyjádření ze dne 7. 10. 2016, jež bylo Úřadu doručeno téhož dne.

II. Vyjádření zadavatele ze dne 7. 10. 2016

22. Zadavatel úvodem svého vyjádření uvádí, že mu nebyl znám jiný způsob, jak koncipovat předmět veřejné zakázky, který by byl v souladu s platnou legislativou, kdy by bylo nutno zohlednit, že k financování veřejné zakázky mají být použity veřejné prostředky samotného zadavatele a současně z dotačního programu, přičemž zadavatel byl veden snahou respektovat podmínky dotačního programu, dle kterých není samostatná výměna plynových kotlů považována za uznatelný výdaj projektu, pročež mohl tedy do uznatelných výdajů zařadit pouze ty náklady, které jsou spojeny se zefektivněním otopné soustavy, tedy náklady na její modernizaci a vyregulování. Zadavatel tedy postupoval dle svého mínění s péčí řádného hospodáře a využil možnost získat maximální možnou dotaci propojením části zateplení a vyregulování otopné soustavy a modernizace otopné soustavy do jednoho celku tak, aby splňovaly podmínku uznatelnosti výdajů.
23. Zadavatel dále uvedl, že předmět plnění vzhledem k úzkému propojení jednotlivých částí plnění je nutno soutěžit a realizovat společně tak, aby výsledné dílo bylo zpracováno jednak v potřebné kvalitě, aby následně dobře plnilo svou funkci a během provozu kotelny byl za případné vady a poruchy zodpovědný jeden subjekt.
24. Zadavatel je přesvědčen, že kdyby připustil v částech vyhrazených v čl. 9. 7 zadávací dokumentace subdodavatelské plnění, stouploby významně riziko ohrožení samotné realizace a provozu celého souvisejícího systému, neboť výkon kotelny jako celku je nastaven na parametry zateplené budovy.

25. Zadavatel dále uvádí, že vyloučeny ze subdodavatelského plnění zůstaly pouze nezbytné celky, zatímco u dalších částí (výplně otvorů, regulace otopné soustavy) zadavatel uchazečům o zakázku žádá omezení týkající se subdodávek neklade.
26. Zadavatel rovněž uvádí, že mu není znám jiný přístup, který by umožnil realizaci řešené veřejné zakázky, aniž by došlo k významnému vzestupu rizika zásadních potíží při realizaci a následném provozu celku složeného z kotelny a zateplení, a na to navazující rizika nenaplnění indikátorů vyžadovaných dotačním programem a ohrožení ztrátou dotace po realizaci, případně v období udržitelnosti projektu.
27. Zadavatel dále ve vyjádření uvádí, že pokud by Úřad svým rozhodnutím stanovil, že zadavatel postupoval diskriminačně, pokud nerozdělil veřejnou zakázku na části, jednalo by se o nebezpečný precedens, neboť nikdy není definovaná hranice, kdy zadavatel musí zakázku rozdělit. Odvolávat se pouze na § 6 odst. 1 zákona je dle názoru zadavatele nedostatečné.
28. Závěrem svého vyjádření zadavatel uvádí, že vnímá danou situaci jako velmi naléhavou, kdy již v současné době dochází k významnému zdržení v realizaci akce, která je ovlivňována řadou faktorů, z nichž je potřebné zdůraznit již zcela nevyhovující technický stav oken v budově a fakt, že na akci byla získána podpora z dotačního programu ve výši 40% celkových uznatelných výdajů projektu. Zadavatel rovněž připomíná, že se blíží období roku, kdy nepříznivé klimatické podmínky mohou zkomplikovat či přímo znemožnit realizaci veřejné zakázky, s čímž je spojeno vážné ohrožení ztráty příslibené dotace vzhledem k nedodržení harmonogramu prací a dále škody na majetku zadavatele.
29. Zadavatel přílohou svého vyjádření předložil právní stanovisko Doc. JUDr. Ing. Radka Jurčíka, Ph.D.
30. Docent Jurčík v úvodu svého stanoviska uvádí, že s odkazem na evropskou judikaturu, a to především na rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 5. 10. 2000 C-16/98 Komise vs. Francie, je třeba chápat termín dílo ve světle jeho technické či ekonomické funkce, tedy tak, že nemůže být rozděleno, pokud je taková technická či ekonomická funkce daného díla shodná, stejné povahy či směřuje ke stejnému výsledku, přičemž konkrétní posouzení záleží na jednotlivém případě a není možné vytvořit zcela jednoznačná univerzálně platná pravidla.
31. Docent Jurčík v návaznosti na právě uvedené dále ve svém stanovisku shrnuje, že jednotlivé faktické části plnění předmětu veřejné zakázky mají jednu funkci, a to zajištění řádného provozu a vytápění sídla zadavatele, dílo má tedy jednotící funkční charakter. Dílo je tedy dle stanoviska dáno stejným funkčním pojetím a předmět plnění veřejné zakázky tvoří jeden funkční celek, přičemž docent Jurčík dále shrnuje, že pokud na první pohled věcně nesouvisející předmět veřejné zakázky tvoří jednu funkci či jeden díl, jde o jednu veřejnou zakázku. Dále rozvádí, že zadavatel by se měl zamyslet vždy nad funkčním kritériem, tj. k čemu slouží předmět veřejné zakázky a dojde-li k tomu, že stejnému cíli, pak jde o jednu veřejnou zakázku.
32. Dle předmětného stanoviska postup Úřadu je rovněž v rozporu s rozhodovací praxí Úřadu, např. v rozhodnutí ze dne 7. 3. 2012, č. j. ÚOHS-R244/2011/VZ-3705/2012/310PMo, kde bylo uvedeno, že zadavatel měl v rámci Znojemského historického vinobraní brát jako jednu veřejnou zakázku všechny dílčí činnosti jako prodej lístku, propagace, zajištění organizace, občerstvení, zajištění a prodej reklamy, přičemž uvedené měl dle názoru Úřadu zajistit jeden

generální dodavatel v rámci jedné veřejné zakázky bez toho, aniž by bylo konstatováno, že zadavatel má tuto spolu věcně odlišná plnění povinnost rozdělit na části.

33. Nadto uvádí, že nabídku podalo 5 dodavatelů, z nichž žádný nebyl vyloučen z důvodu nastavení podmínek zadání.
34. Závěrem docent Jurčík zdůrazňuje, že i kdyby v šetřeném případě připustil možné pochybení zadavatele, nemělo by takové pochybení vliv na výběr nejvhodnější nabídky, což je nezbytný znak správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona a dodává, že Úřad je povinen ohledně splnění znaku správního deliktu spojené s tím, že zadavatel svým postupem mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, svůj závěr opřít o dostatečný skutkový podklad, což dle něj plyne z rozhodovací praxe správních soudů, např. z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 Af 55/2012 ze dne 2. 6. 2014, rozsudku téhož soudu sp. zn. 62 Af 75/2013 ze dne 9. 10. 2014 či rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 212/2014 ze dne 3. 9. 2015.

III. Závěry správního orgánu

35. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání výše specifikované veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, za což mu bylo uloženo nápravné opatření uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K právnímu postavení zadavatele

36. Úřad nejprve ověřil postavení zadavatele podle § 2 zákona.
37. Podle § 2 odst. 1 zákona za zadavatele veřejné zakázky se pro účely tohoto zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
38. Podle § 2 odst. 2 veřejným zadavatelem je:
- a) Česká republika,
 - b) státní příspěvková organizace,
 - c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
 - d) jiná právnická osoba, pokud
 1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
39. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel je v postavení obce, jedná se o územní samosprávný celek ve smyslu čl. 99 zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky.
40. Zadavatel tak naplňuje znaky veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona, protože se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách a zadavatel byl tedy povinen při zadávání

předmětné veřejné zakázky postupovat podle ustanovení zákona platných pro veřejné zadavatele.

Relevantní ustanovení zákona

41. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
42. Zadavatel podle § 13 odst. 3 zákona nesmí rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v tomto zákoně.
43. Podle § 13 odst. 4 zákona, je-li veřejná zakázka rozdělena na části, je pro stanovení předpokládané hodnoty rozhodující součet předpokládaných hodnot všech částí veřejné zakázky.
44. Podle § 98 odst. 1 zákona může zadavatel rozdělit veřejnou zakázku na části, připouští-li to povaha předmětu veřejné zakázky.
45. V případě, že zadavatel rozděлил veřejnou zakázku na části, podle § 98 odst. 2 zákona uvede tuto skutečnost v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení a vymezí předmět jednotlivých částí veřejné zakázky a další požadavky související s rozdělením veřejné zakázky na části.
46. Pokud zadavatel rozděлил veřejnou zakázku na části, uvede podle § 98 odst. 3 zákona v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zda je dodavatel oprávněn podat nabídku na všechny či některé části veřejné zakázky nebo jen na jednu část veřejné zakázky.
47. 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.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

48. Úřad v obecné rovině k otázce vymezení předmětu veřejné zakázky nejprve uvádí, že byť je to výlučně zadavatel, který vymezuje předmět plnění veřejné zakázky (tedy charakter toho, co v rámci zadávacího řízení vlastně poptává), neboť pouze on sám zná nejlépe své vlastní potřeby, jež by měl co nejpřesněji a věcně definovat, nemůže k tomuto úkonu přistupovat zcela libovolně. I zde je totiž vázán zásadami uvedenými v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, zejména zásadou zákazu diskriminace.
49. Jak vyplývá z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, zákaz diskriminace stanovený v § 6 zákona přitom zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné (přímé), tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté (nepřímé), pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům souvisejícím s poškozováním hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.
50. Porušení zákazu diskriminace se přitom zadavatel může při vymezení předmětu veřejné zakázky dopustit i tím, že vymezí předmět veřejné zakázky příliš široce, v důsledku čehož se o veřejnou zakázku mohli ucházet jen někteří dodavatelé, resp. dojde k zúžení okruhu potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, což lze dovodit např. z rozsudku Krajského soudu

v Brně sp. zn. 62 Af 7/2010 ze dne 2. 3. 2010. Důležitá je tedy skutečnost, že v důsledku široce vymezeného předmětu veřejné zakázky mohlo nabídku podat méně dodavatelů, než kdyby byla jednotlivá plnění poptávána samostatně (např. rozdělením veřejné zakázky na části), což může způsobit porušení zásady zákazu diskriminace.

51. Při posuzování toho, zda vymezením předmětu veřejné zakázky nedošlo k porušení zásady zákazu diskriminace, je třeba na prvním místě určit, zda předmět veřejné zakázky není natolik odlišný, že jej měl zadavatel poptávat jako samostatné plnění, tedy jinými slovy řečeno, že měl zadat více veřejných zakázek, popřípadě měl veřejnou zakázku rozdělit na části podle § 98 zákona (viz níže).
52. Pro určení toho, co je v konkrétním případě jedinou veřejnou zakázkou, je zapotřebí vycházet z obecného pravidla, racionálně a logicky zdůvodnitelného, podle něhož jde-li o plnění, jež má být ve prospěch zadavatele podle předmětu veřejné zakázky uskutečňováno, svým charakterem totožné či obdobné, pak jde o plnění stejného nebo srovnatelného druhu, a tedy jde o plnění, které je jedinou veřejnou zakázkou. V této souvislosti lze využít i závěr Nejvyššího správního soudu uvedený v rozsudku sp. zn. 2 Afs 198/2006 ze dne 27. 6. 2007, ve kterém je uvedeno, že se má jednat o „ ... plnění spolu úzce souvisejících zejména z hledisek místních, urbanistických, funkčních, časových nebo technologických...“.
53. Ačkoli zákon neukládá zadavateli v § 98 zákona povinnost rozdělit předmět veřejné zakázky na části, když je stanovena pouze možnost takového rozdělení, je zadavatel povinen postupovat v souladu s ustanovením § 6 odst. 1 zákona, který zakotvuje základní zásady, na kterých je zadávací řízení postaveno. I zde je třeba poukázat na rozsudky Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62 Af 7/2010 ze dne 2. 3. 2010 a na něj navazující rozsudek Nejvyššího soudu ve věci sp. zn. 2 Afs 59/2010 ze dne 18. 1. 2011, kde bylo judikováno, že v případě, že zadavatel zadává dvě nesourodá plnění v rámci jedné veřejné zakázky a nerozdělí veřejnou zakázku na části dle § 98 zákona, mohl by postupovat v rozporu s ustanovením § 6 zákona a omezit tak okruh potenciálních dodavatelů. Dané rozhodnutí dále uvádí, že i kdyby bylo plnění důvodně zadáváno jako jediná veřejná zakázka, avšak připouštěla-li by povaha předmětu veřejné zakázky rozdělení na části, bylo by na místě, aby zadavatel institutu rozdělení veřejné zakázky na části využil, a to bez ohledu na to, že zákon jeho využití výslovně neukládá. V opačném případě by totiž zadavatel omezil hospodářskou soutěž a porušil tak ustanovení § 6 zákona. Zadavatel tedy musí využít všechny možnosti, které mu zákon (buď jako možnost, nikoli povinnost) dává, k tomu, aby se v zadávacím řízení diskriminace (resp. omezování konkurenčního prostředí) nedopouštěl.
54. Výše uvedené potvrdil Krajský soud v Brně i ve svém rozsudku ve věci sp. zn. 62 Af 57/2011 když uvedl, že: *„Jestliže zadavatel, byť podle svého vlastního rozhodnutí, poptává plnění, které není plněním, jež je nutno z technických a ekonomických důvodů poptávat společně, jako plnění jediné (společné), přitom podmínkám vycházejícím z takto nastavené poptávky, jež se projevuje v samotném vymezení předmětu veřejné zakázky, může vyhovět pouze velmi omezený počet dodavatelů, zatímco při oddělené zadavatelově poptávce po takto dle úvahy zadavatele spojeném plnění by se o zakázky v jednotlivých oblastech plnění mohl ucházet vyšší počet dodavatelů, přitom obě plnění jsou plněními, jež se jinak poskytují samostatně, pak takový postup lze kvalifikovat jako diskriminační, odporující zásadám podávaným v § 6 zákona.“* Úřad dále uvádí, že pro posouzení, zda vymezením předmětu veřejné zakázky nedošlo k porušení zásady zákazu diskriminace, je nezbytné určit, zda zadavatel měl povinnost

rozdělit veřejnou zakázku na části, resp., zda povaha předmětu veřejné zakázky připouštěla, aby byla na části rozdělena. Krajský soud v Brně uvedl, že: „K tomu, aby bylo možno dospět k závěru, zda zadavatel byl povinen v daném případě veřejnou zakázku rozdělit či nikoliv, je tedy třeba posoudit, zda povaha předmětu veřejné zakázky rozdělení připouštěla. Rozdělení veřejné zakázky na části přichází v úvahu obecně tehdy, pokud plnění v rámci jednotlivých částí budou plněními svým charakterem odlišnými. Naopak rozdělení veřejné zakázky na části vhodné nebude zejména tehdy, pokud bude předmět zakázky tvořen plněními navzájem se neodlišujícími nebo plněními, která na sebe úzce navazují. K rozdělení veřejné zakázky na části lze přistoupit zásadně tehdy, pokud je důvod předpokládat, že za plnění po částech bude zadavatel platit v součtu nižší cenu. Tak tomu zpravidla může být právě v situaci, kdy rozdělení veřejné zakázky na části může přinést více nabídek a tedy i větší soutěž konkurujících si dodavatelů a z toho vyplývající nižší nabídkovou cenu.“.

55. Úřad tedy k části vyjádření zadavatele, v němž se uvádí, že z § 98 zákona nevyplývá povinnost rozdělit veřejnou zakázku na části, ale toto rozhodnutí je ponecháno vždy na úvaze zadavatele a že by se jednalo o nebezpečný precedens, pokud by Úřad došel k závěru, že zadavatel postupoval diskriminačně, když předmětnou veřejnou zakázku nerozdělil na části (viz bod 27. odůvodnění tohoto rozhodnutí), odkazuje na výše uvedené, neboť ač zákon jasně nestanoví povinnost zadavatele veřejnou zakázku rozdělit, zadavatel musí vždy jednat v souladu se zásadami uvedenými v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, v tomto případě s již zmíněnou zásadou zakazu diskriminace.
56. Z obsahu zadávacích podmínek vyplývá, že předmět veřejné zakázky byl koncipován tak, že v sobě zahrnuje stavební práce spočívající v kompletním zateplení budovy Městského úřadu v Kroměříži, včetně zateplení fasády a výměny oken a dveří budovy, a dále v rekonstrukci plynové kotelny zahrnující dodávku 3 plynových kotlů, přičemž zadavatel nepřipustil dílčí plnění zakázky ve smyslu § 98 odst. 1 zákona. Uchazeči tak mohli podávat pouze nabídky na celé plnění veřejné zakázky, tedy jak ve vztahu k zateplení objektu, tak i k rekonstrukci plynové kotelny. Z obsahu zadávací dokumentace přitom vyplývá, že zadavatel některé díly týkající se jak části plnění na zateplení objektu, tak části plnění na rekonstrukci plynové kotelny, vyloučil z možného subdodavatelského plnění.
57. Úřad dále uvádí, že ačkoli v šetřeném případě část plnění spočívající v zateplení objektu a výměně vyplní otvorů a část spočívající v rekonstrukci plynové kotelny vykazují jisté známky věcné souvislosti, resp. souvislosti z hlediska účelu, k němuž obě části směřují, tj. tepelná úspora a zajištění kvalitního vytápění objektu Městského úřadu Kroměříž, je zcela zjevné, že se nejedná o části natolik stejnorodé a úzce propojené, aby mohly být zadány jako jediná veřejná zakázka nerozdělená na části ve smyslu § 98 zákona. Tato skutečnost je patrná nejen z klasifikace předmětu veřejné zakázky prostřednictvím CPV kódů uvedených v čl. 2. 1. zadávací dokumentace, ale zejména pak z podrobné specifikace předmětu plnění uvedené v čl. 2. 2. zadávací dokumentace, resp. z povahy předmětných částí veřejné zakázky, kdy jedna část spočívala v zateplení obvodového pláště objektu městského úřadu a výměně oken a dveří a druhá část v rekonstrukci kotelny spočívající ve výměně sestavy stávajících 4 kotlů za sestavu 3 nových plynových kondenzačních kotlů. V případě rekonstrukce kotelny šlo tedy o rekonstrukci, resp. dodávku samostatného technologického celku bez jakékoli technologické provázanosti se zbývajících částí veřejné zakázky, která zahrnovala zateplení budovy úřadu a výměnu oken a dveří. Ostatně technologickou provázanost nijak nedokládá ani sám zadavatel,

který neoddělitelnost předmětných částí plnění veřejné zakázky spatřuje pouze ve velmi obecně formulovaném účelu spočívajícím v zajištění tepelné úspory a kvalitního vytápění objektu městského úřadu. Z pohledu Úřadu je přitom evidentní, že dílčím účelem části plnění veřejné zakázky na zateplení a výměnu výplní otvorů je právě zajištění tepelné úspory objektu a v případě rekonstrukce kotelny je tím pak zajištění kvalitního vytápění předmětného objektu.

58. Úřad v tomto smyslu nerozporuje názor docenta Jurčíka, že předmět plnění veřejné zakázky má určitý jednotící funkční charakter a směřuje k jednomu funkčnímu celku (viz bod 30. a 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Vzájemná provázanost částí plnění však dle Úřadu nedosahuje takové intenzity, aby odůvodňovala šetřený postup zadavatele, neboť se jedná o dvě specifická a oddělitelná plnění. Skutečnost, že zateplení objektu a rekonstrukce kotelny směřují ke stejnému cíli, nedokládá, že by byly část předmětu týkající se zateplení objektu a část předmětu veřejné zakázky související s rekonstrukcí kotelny natolik provázané, že by nebylo možné, aby zadavatel rozdělil předmětnou veřejnou zakázku na části podle § 98 zákona, a umožnil tak uvedeným postupem v jednotlivých oblastech plnění účast vyššího počtu dodavatelů.
59. Ačkoliv zadavatel argumentuje vzájemnou propojeností předmětných částí plnění veřejné zakázky, resp. jejich neoddělitelností a odlišnou povahou, praktickou neprovázanost předmětných částí plnění šetřené veřejné zakázky dokládá i způsob, jakým zadavatel vymezil požadavky k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 písm. a), b) a d) zákona, když v čl. 6. 4. zadávací dokumentace po uchazečích požadoval zvlášť doklady o oprávnění k „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, živnostenské oprávnění či licence k „vodoinstalatérství, topenářství“ a živnostenské oprávnění k „montáži, opravám, revizím a zkouškám plynových zařízení a plnění nádob plyny“. Stejně tak zadavatel požadoval i „osvědčení k montáži a opravám plynového zařízení kotelen - domovní plynovod“, „oprávnění k montáži spotřebičů nad 50 KW“ a samostatně autorizaci odpovědné osoby v oboru „pozemní stavby“ a oboru „technika prostředí staveb, specializace vytápění a vzduchotechnika“. Z právě uvedeného je patrné, že realizace předmětných částí plnění spadá pod specializované obory, k jejichž provádění je potřeba zvláštních oprávnění a osvědčení, především pak ve vztahu k části plnění týkající se rekonstrukce kotelny, ve vztahu k němuž zadavatel v rámci požadavků na profesní kvalifikaci požadoval doložit celou řadou výše uvedených dokladů. Tvzení zadavatele o stejnorodosti předmětných částí plnění a jejich vzájemné neoddělitelnosti vyvrací i způsob, jakým zadavatel vymezil požadavky k prokázání technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 1 zákona, když v čl. 6. 6. zadávací dokumentace po uchazečích požadoval předložení osvědčení o realizaci 2 referenčních zakázek, jejichž předmětem byla rekonstrukce plynové kotelny, a předložení osvědčení o realizaci 3 referenčních zakázek, jejichž předmětem bylo zateplení objektu a výměna výplní otvorů. Obdobně jako v případě podmínek k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů požadoval zadavatel samostatně předložení dokladů prokazujících technickou kvalifikaci vztahující se k části zateplení objektu a výplně otvorů a samostatně k části plnění týkající se rekonstrukce plynové kotelny.
60. Přestože Úřad nerozporuje samotný postup zadavatele spočívající ve vymezení zákazu subdodavatelského plnění k nezbytným celkům předmětu veřejné zakázky, tak s ohledem na skutečnost, že zadavatel vyloučil ze subdodavatelského plnění některé díly týkající se jak

části plnění na zateplení objektu, tak i části plnění na rekonstrukci plynové kotelny, je zjevné, že potenciální uchazeči o veřejnou zakázku, kteří byli schopni realizovat pouze některou z předmětných částí plnění veřejné zakázky, nemohli podávat nabídky, bez toho aniž by je podali ve sdružení dodavatelů.

61. O diskriminačním postupu zadavatele při příliš širokém vymezení předmětu veřejné zakázky a současně o faktickém negativním vlivu zadavatele na soutěžní prostředí z důvodu spojení dvou spolu nesouvisejících plnění svědčí i skutečnost, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel pouze jedinou nabídku uchazeče, který nebyl ve sdružení. Ačkoliv tedy zadavatel obdržel celkem 5 nabídek, 4 z výše uvedených nabídek byly podány účastníky ve sdružení, kdy např. z nabídky uchazeče Sdružení pro Rekonstrukci objektů B a D MÚ Kroměříž, konkrétně z přiložené smlouvy o sdružení, jednoznačně vyplývá, že jednotliví členové tohoto uchazeče koncipovali nabídku tak, že si veřejnou zakázku rozdělili na tzv. stavební část, jež zahrnovala zateplení objektu, a tzv. technologickou část, která zahrnovala kompletní zajištění rekonstrukce plynové kotelny, přičemž každý z těchto dodavatelů měl realizovat samostatně jednu z těchto částí.
62. Úřad dále uvádí, že ačkoli dodavatelé mohli v tomto konkrétním případě uzavřít sdružení s jiným dodavatelem, který dodává plnění v oblasti, ve které nedodává první dodavatel, ani tato skutečnost nemůže ospravedlnit zadavatelův postup spočívající v nastavení zadávacích podmínek veřejné zakázky (stanovení předmětu plnění), který bude diskriminovat ostatní dodavatele schopné splnit určitou neoddělenou, avšak zcela jistě oddělitelnou, část plnění. Takové vymezení předmětu veřejné zakázky je třeba posuzovat objektivně, tedy zda taková situace fakticky nastala bez ohledu na to, že potencionální dodavatel neudělal něco, co dle zákona udělat mohl (sdružit se s jiným dodavatelem, plnit nabídku subdodavatsky). Jak podání společné nabídky, tak podání nabídky, v níž bude počítáno se subdodávkou, nemůže soutěžní prostředí zajišťovat způsobem srovnatelným, jako podání nabídek, které budou mezi sebou ve skutečnosti soutěžit. Úřad v této souvislosti odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62 Af 7/2010 ze, dne 2. 3. 2010 a na něj navazující rozsudek Nejvyššího soudu ve věci sp. zn. 2 Afs 59/2010 ze dne 18. 1. 2011, kde bylo judikováno, že je-li předmět veřejné zakázky vymezen příliš široce (lze-li plnění v něm zahrnuté dodávat samostatně a děje-li se tak v praxi), a v důsledku toho podává nabídku méně dodavatelů než v situaci, kdy by byla plnění poptávána samostatně, vede to k diskriminaci těch dodavatelů, kteří byli schopni podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna, bez ohledu na jejich možnost zajistit si subdodávky nebo podávat společnou nabídku; tím se totiž diskriminační účinek s vlivem na efektivní soutěžní prostředí, v němž se dodavatelé o veřejnou zakázku mají nacházet, nikterak neeliminuje.
63. Úřad tak na základě shora uvedeného konstatuje, že zadavatel nesprávně vymezil předmět veřejné zakázky, když poptával zateplení objektu a rekonstrukci plynové kotelny v rámci jednoho zadávacího řízení bez rozdělení veřejné zakázky na části. Na základě shora uvedeného je zřejmé, že zadávání části na zateplení objektu a části na rekonstrukci plynové kotelny odděleně je nikoliv pouze možné, ale navíc rovněž vhodné, a to zejména s ohledem na zaměření dodavatelů, kteří se zaměřují buď pouze na zateplení objektu, nebo pouze na činnosti související s rekonstrukcí plynových kotelen. Zadavatel tak omezil okruh potenciálních dodavatelů ve vztahu k oběma částem plnění veřejné zakázky.

64. Z výše uvedeného je patrné, že zadavatel mohl obdržet více nabídek na jednotlivé části plnění, pokud by předmětnou veřejnou zakázku rozdělil na části podle § 98 zákona, protože je zjevné, že důsledkem postupu zadavatele bylo omezení soutěžního prostředí, které mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
65. K argumentu zadavatele, že v šetřeném případě jednal s péčí řádného hospodáře (viz bod 22. odůvodnění tohoto rozhodnutí), neboť předmětnou veřejnou zakázku zadával tak, aby na její realizaci mohl čerpat co největší objem financí z dotačního programu, Úřad uvádí, že zadavatel je při zadávání veřejných zakázek povinen postupovat v souladu se zákonem. Případné porušení zákona nelze ospravedlňovat tím, že jednal hospodárně z důvodu zahrnutí výdajů spojených s rekonstrukcí plynové kotelny pod uznatelné náklady dotačního projektu v rámci zbylé části plnění veřejné zakázky, neboť nejenže by takové pojetí mohlo vést k obcházení zákona, nelze ale také vyloučit, že pokud by zadavatel zadával předmětnou veřejnou zakázku na části, obdržel by výrazně větší množství nabídek a výsledná cena by v důsledku vzniklého konkurenčního prostředí mohla být nižší, než cena nabídky vybraného uchazeče. Pokud tedy zadavatel nerozdělil předmět veřejné zakázky na části ve smyslu § 98 zákona, ačkoli v daném případě byl tento postup namístě, neboť by mohl obdržet pro jednotlivé části více nabídek a tedy i vhodnější (levnější) nabídku, je nutno postup zadavatele naopak označit jako v rozporu se zásadou zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli, a tím i v rozporu se zásadou zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, které vycházejí ze smyslu zákona. Pokud by tedy zadavatel rozdělil předmět veřejné zakázky na části, není vyloučeno, že by zadavatel dosáhl finanční úspory. Je přitom bezpředmětné, zda veřejné prostředky na realizaci veřejné zakázky měly pocházet z rozpočtu zadavatele nebo z jiných veřejných zdrojů (např. z dotací poskytnutých ze státního rozpočtu nebo z fondů EU).
66. Správným a relevantním záměrem zadavatele v každém zadávacím řízení by měla být snaha o získání co největšího počtu nabídek, z nichž bude zákonným způsobem schopen vybrat právě tu nejvýhodnější. Zadavatel v šetřeném případě (ačkoliv pro to neměl relevantní důvod) postupoval právě naopak, když stanovil zadávací podmínky tak, že potencionální dodavatele mohl od účasti v zadávacím řízení odradit či jim účast přímo znemožnil. Zadavatel tak postupoval právě proti smyslu stanovených pravidel zákona, přičemž o jeho negativním vlivu na soutěžní prostředí není s ohledem na vše výše uvedené, zejména pak na bod 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí, pochyb.
67. K argumentu zadavatele, že předmětné plnění je nutno soutěžit a realizovat společně tak, aby výsledné dílo bylo zpracováno jednak v potřebné kvalitě, jednak aby následně dobře plnilo svou funkci a během provozu kotelny byl za případné vady a poruchy zodpovědný jeden subjekt a rovněž k argumentu, že kdyby připustil v částech vyhrazených v čl. 9. 7 zadávací dokumentace subdodavatelské plnění, stoupl by významně riziko ohrožení samotné realizace a provozu celého souvisejícího systému, neboť výkon kotelny jako celku je nastaven na parametry zateplené budovy (viz bod 23. a 24. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že se jedná toliko o obecnou konstataci ze strany zadavatele. Ze zadávacích podmínek, jakož ani z vyjádření poskytnutých zadavatelem nijak nevyplývá, že by předmětné části plnění na zateplení stavebního objektu rekonstrukci plynové kotelny byly natolik provázané, že by nebylo možné, aby zadavatel rozdělil předmětnou veřejnou zakázku na části podle § 98 zákona. V podstatě jediným věcným argumentem svědčícím o určité míře provázanosti

předmětných částí veřejné zakázky je obecné tvrzení zadavatele, že obě části plnění slouží k zajištění řádného provozu a vytápění sídla zadavatele, a to, že k realizaci obou částí došlo v rámci jednoho stavebního objektu. Ani tato skutečnost však není důvodem pro to, aby zadavatel způsobem, jakým vymezil předmět šetřené veřejné zakázky, omezil soutěžní prostředí. Zadavatelem požadované míry kvality je možné dosáhnout především řádným nastavením zadávacích podmínek, zejména pak dostatečným vymezením předmětu plnění a jeho technických parametrů. Zadavateli přitom nic nebránilo, aby si i veškeré požadavky na záruky a úpravu případného reklamačního řízení za současného dodržení § 6 odst. 1 zákona vymezil v rámci zadávacích, resp. obchodních podmínek jednotlivých částí veřejné zakázky rozdělené podle § 98 zákona, neboť snížení administrativní náročnosti v podobě jednání s jedním generálním dodavatelem při vymáhání odpovědnosti za vady v žádném případě není důvodem k omezení účasti potenciálních dodavatelů na zadávacím řízení.

68. Úřad rovněž nespatřuje skutečnost, že výkon kotelny jako celku je dle zadavatele nastaven na parametry zateplené budovy, jako důvod k tomu, aby obě části předmětné veřejné zakázky musel plnit jeden subjekt. Ani potenciální potřeba zadavatele zajistit kompatibilitu jím poptávaných plnění nebrání postupu podle § 98 zákona, neboť ji lze zajistit vhodným nastavením technických podmínek ve smyslu § 45 a § 46 zákona nebo kupříkladu stanovením odpovídajících obchodních podmínek týkajících se předmětu plnění veřejné zakázky.
69. Pokud jde o vyjádření obsažené v bodě 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí, Úřad k tomuto uvádí, že mu není známo rozhodnutí Úřadu, které by bylo v rozporu se závěry uvedenými v tomto rozhodnutí. Pokud jde o zadavatelem uvedené rozhodnutí v rámci přiloženého stanoviska docenta Jurčíka, Úřad k tomuto uvádí, že v tomto případě nebyl předmětem správního řízení postup zadavatele související s vymezením předmětu veřejné zakázky, a tedy ani postup související se zadáváním veřejné zakázky zahrnující nesourodá plnění, popřípadě dělení ve smyslu § 13 odst. 3 zákona, ale postup zadavatele související s nedostatečně vymezeným dílčím hodnotícím kritériem a s posouzením splnění kvalifikace vybraným uchazečem, a v souvislosti s tím možné spáchání správního deliktu dle § 120a odst. 1 písm. a) zákona ze strany vybraného uchazeče. Předmětné rozhodnutí přitom vůbec neobsahovalo závěr Úřadu, podle něhož měl zadavatel v souladu se zákonem zadávat akci zahrnující všechny dílčí činnosti jako prodej lístku, propagace, zajištění organizace, občerstvení, zajištění a prodej reklamy v souvislosti s konáním Znojemskeho historického vinobraní jako jednu veřejnou zakázku s tím, že měl tyto činnosti zajistit jeden generální dodavatel v rámci jedné veřejné zakázky.
70. K argumentaci uvedené pod bodem 34. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad uvádí, že citovaného rozsudky se týkají posouzení vlivu v souvislosti s možným spácháním správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, avšak jelikož v daném případě doposud nedošlo k uzavření smlouvy, není předmětem Úřadem vedeného správního řízení šetření toho, zda se zadavatel dopustil správního deliktu, či nikoliv, nýbrž posouzení, zda jsou v daném případě splněny podmínky pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona. Pokud by však s ohledem na skutkovou podstatu jak správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tak i podmínky pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona, kdy je nutné, aby postup zadavatele, který byl v rozporu se zákonem, podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, chtěl zadavatel obdobně závěry příslušných soudních rozhodnutí vztáhnout i na výklad ustanovení § 118 odst. 1 zákona, Úřad uvádí, že z formulace § 118 odst.

1 zákona (stejně jako z § 120 odst. 1 písm. a) zákona) jednoznačně vyplývá, že k tomu, aby Úřad uložil nápravné opatření, není nutné, aby k vlivu na výběr nejhodnější nabídky na veřejnou zakázku v důsledku postupu zadavatele prokazatelně došlo, za účelem splnění podmínek pro uložení nápravného opatření dle citovaného ustanovení zákona postačí pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Krajský soud v Brně ostatně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že „pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a) zákona] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 zákona) musí být prokázáno, že zadavatel porušil zákon, přitom k porušení zákona ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení zákon (závažnější, „nebezpečnější“ porušení zákon) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení zákon již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení zákona buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky“. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu... již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách“. K obdobným závěrům došel i Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 – 28, či rozsudku ze dne 28. 6. 2016, č. j. 4 As 61/2016 – 34. S ohledem na výše uvedené, zejména pak skutečnosti uvedené v bodech 60. – 64. odůvodnění tohoto rozhodnutí, má přitom Úřad za to, že závěr Úřadu o možném vlivu v případě postupu zadavatele na výběr nejhodnější nabídky byl v daném případě náležitým způsobem podložen.

71. K vyjádření zadavatele uvedenému v bodě 28. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad doplňuje, že ani zdržení celé realizace předmětu veřejné zakázky nemůže obhájit nezákonný postup zadavatele, nadto za situace, kdy právě zadavatelovo porušení zákona, které současně omezuje okruh možných dodavatelů, a tímto potenciálně podstatně ovlivňuje výběr nejhodnější nabídky, může v konečném důsledku po uzavření smlouvy způsobit právě ztrátu přislíbené dotace.
72. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že zadavatel nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona v návaznosti na § 98 odst. 1 zákona, když nerozdělil veřejnou zakázku na části, konkrétně na část spočívající v zateplení objektu a výměny výplní otvorů a na část spočívající v rekonstrukci plynové kotelny, ačkoliv povaha předmětu plnění veřejné zakázky rozdělení na části připouštěla, čímž omezil okruh možných dodavatelů a mohl tak podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Z uvedeného důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí – uložení nápravného opatření

73. 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 nejhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

74. Úřad je při rozhodování podle § 118 povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy 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. V daném případě Úřad konstatuje, že vzhledem k tomu, že se zadavatel dopustil pochybení již při stanovení zadávacích podmínek, a vzhledem k tomu, že lhůta pro podání nabídek uplynula dne 8. 8. 2016, nelze nápravu sjednat jiným způsobem, než zrušením předmětného zadávacího řízení.
75. Vzhledem k tomu, že v případě zadávacího řízení na veřejnou zakázku zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento nezákonný postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, rozhodl Úřad o zrušení zadávacího řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
76. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 84 odst. 7 zákona zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157 zákona do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí.
77. Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona povinen odeslat písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 2 pracovních dnů po přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu.
78. Podle § 84 odst. 9 zákona pokud zruší zadávací řízení Úřad, užijí se ustanovení § 84 odst. 7 a 8 zákona obdobně. Lhůty počínají běžet ode dne nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu.

K výroku III. tohoto rozhodnutí - uložení úhrady nákladů řízení

79. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis.
80. Prováděcí právní 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.
81. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím zrušil předmětná zadávací řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
82. 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 2016000634.

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 a další podání

účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Město Kroměříž, Velkém náměstí 115/1, 767 01 Kroměříž

Vypraveno dne

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