



UOHSX00BTRUN

USNESENÍ

Č. j.: ÚOHS-35462/2018/513/JHa

Brno: 10. prosince 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 248 č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 12. 10. 2018 návrh ze dne 11. 10. 2018, jehož účastníky jsou

- zadavatel – městská část Praha 8, IČO 00063797, se sídlem Zenklova 1/35, 180 00 Praha 8 - Libeň,
- navrhovatel – VYSSPA Sports Technology s.r.o., IČO 27967638, se sídlem Skladová 2438/6, 326 00 Plzeň – Východní předměstí,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Výstavba sportovního hřiště ZŠ B. Hrabala, Praha 8“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 6. 9. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 6. 9. 2018 na profilu zadavatele <https://ezak.praha8.cz/contract display 221.html>,

vydává toto

usnesení:

Správním řízení se v části návrhu navrhovatele – VYSSPA Sports Technology s.r.o., IČO 27967638, se sídlem Skladová 2438/6, 326 00 Plzeň – Východní předměstí – ze dne 11. 10. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – městská část Praha 8, IČO 00063797, se sídlem Zenklova 1/35, 180 00 Praha 8 – Libeň – ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Výstavba sportovního hřiště ZŠ B. Hrabala, Praha 8“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 6. 9. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 6. 9. 2018 na profilu zadavatele <https://ezak.praha8.cz/contract display 221.html>, **týkající se nepřezkoumatelného rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení**, podle § 257 písm. h) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť této části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námítky.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – městská část Praha 8, IČO 00063797, se sídlem Zenklova 1/35, 180 00 Praha 8 - Libeň (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 6. 9. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek z téhož dne na profilu zadavatele <https://ezak.praha8.cz/contract display 221.html>, zadávání veřejné zakázky „Výstavba sportovního hřiště ZŠ B. Hrabala, Praha 8“ ve zjednodušeném podlimitním řízení (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Podle výzvy k podání nabídek se jedná o podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce, u níž byla stanovena předpokládaná hodnota ve výši 11 045 850,- Kč bez DPH.
3. Dne 26. 9. 2018 zadavatel obdržel námítky navrhovatele – VYSSPA Sports Technology s.r.o., IČO 27967638, se sídlem Skladová 2438/6, 326 00 Plzeň (dále jen „navrhovatel“) – ze dne 25. 9. 2018, ve kterých navrhovatel namítá vady projektové dokumentace a soupisu prací, nepřiměřenou lhůtu pro podání námitek, nezákonné přenesení odpovědnosti za úplnost a správnost zadávacích podmínek na případného vybraného dodavatele, nepřiměřený neurčitě stanovený technický kvalifikační předpoklad, v důsledku čehož žádá zrušení předmětného zadávacího řízení.
4. Rozhodnutím ze dne 4. 10. 2018, které navrhovatel obdržel téhož dne, zadavatel shora označené námítky navrhovatele odmítl.
5. Dne 4. 10. 2018 zadavatel na svém profilu <https://ezak.praha8.cz/contract display 221.html> uveřejnil „Oznámení o vyloučení dodavatele“ z téhož dne. V tomto oznámení zadavatel konstatuje, že komise při kontrole nabídek zjistila, že navrhovatel ve své nabídce neprokázal složení požadované jistoty, navíc se měl v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení na šetřenou veřejnou zakázku dopustit závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu s jiným veřejným zadavatelem, jenž vedl k předčasnému ukončení smluvního vztahu. Z uvedených důvodů doporučila hodnotící komise zadavateli vyloučení navrhovatele podle ustanovení § 48 odst. 3 a odst. 5 písm. d) zákona.
6. Protože navrhovatel mimo jiné nesouhlasil s vypořádáním svých námitek a má za to, že zadavatel postupoval při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1 zákona, podal návrh ze dne 11. 10. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

II. OBSAH NÁVRHU

7. V úvodu návrhu navrhovatel sděluje, že závěr zadavatele plynoucí z jeho rozhodnutí o námítkách ze dne 4. 10. 2018 je nezákonný, nezákonné a nepřezkoumatelné je rovněž odůvodnění dotčeného rozhodnutí.
8. Podle navrhovatele jsou zadávací podmínky diskriminační, zadávací dokumentace je v části projektové dokumentace a soupisu prací vadná, v rozporu se zákonem a vyhláškou č. 169/2016 Sb., o stanovení rozsahu dokumentace veřejné zakázky na stavební práce a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr (dále jen „vyhláška“). Navrhovatel připojuje demonstrativní výčet ustanovení zákona, která byla podle něj

zadavatelem porušena – „§ 6, § 36, § 53, § 54, § 78, § 92, § 97“ – jakož i výčet porušených zásad a principů, zejména: „zásada přiměřenosti, rovného zacházení, zákazu diskriminace, zásada transparentnosti a efektivního vynakládání veřejných prostředků, zásada zamezení zvýhodnění určitých subjektů, zásada zákazu zvýhodnění prostřednictvím technické kvalifikace“.

9. Podle navrhovatele měl zadavatel stanovit zadávací podmínky v rozporu se zákonem a přenést odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na účastníky zadávacího řízení, přičemž navrhovatel odkazuje na konkrétní ustanovení závazného návrhu smlouvy o dílo, jež tvoří přílohu zadávací dokumentace.
10. Především se jedná o ustanovení čl. II odst. 3 smlouvy, které obsahuje následující: „zhotovitel prohlašuje, že se podrobně seznámil s předmětem a rozsahem díla, jakož i související dokumentací, zejména dokumentací v příloze č. 1 této smlouvy, a na základě uvedeného výslovně prohlašuje, že neshledává překážky bránící provedení díla způsobem a v rozsahu vymezeném touto smlouvou. Ukáže-li se prohlášení zhotovitele jako nepravdivé, nemá nárok na cenu za část díla provedenou zhotovitelem do doby zjištění takové překážky“.
11. Zmiňovanou přílohu č. 1 smlouvy o dílo tvoří podle čl. XX odst. 11 smlouvy o dílo projektová dokumentace pro provedení stavby a soupisů stavebních prací, dodávek a služeb s výkazy výměr.
12. Podle navrhovatele obsahuje závazný návrh smlouvy o dílo zadávací podmínky. Dodavatel tím, že předloží nabídku obsahující závazný návrh smlouvy o dílo, zároveň přebírá odpovědnost za úplnost a správnost zadávacích podmínek. Zadavatel dodává, že z důvodu vad projektové dokumentace a soupisu prací nemohl podat úplnou nabídku, neboť by nesl odpovědnost za jejich úplnost a správnost.
13. Výše popsané namítané přenesení odpovědnosti za úplnost a správnost zadávacích podmínek zadavatelem na účastníky zadávacího řízení má podle navrhovatele vliv na přiměřenost lhůty pro podání nabídek. Zadavatelem stanovená lhůta pro podání nabídek je podle navrhovatele v rozporu s ustanovením § 36 odst. 5 zákona a se zásadou přiměřenosti. Navrhovatel se domnívá, umožnil-li zadavatel prohlídku místa plnění, byl také povinen stanovit lhůtu pro podání nabídek delší, než 13 pracovních dní.
14. Navrhovatel dále upřesňuje, že se zadavatel nikterak nevypořádal s podrobnými důvody, které vedou navrhovatele k závěru, že zadavatel neoprávněně přenesl na dodavatele odpovědnost za úplnost a správnost zadávacích podmínek. Podle navrhovatele si zadavatel obsah námítky řádně nepřečetl, neboť ve svém rozhodnutí odkázal na ustanovení § 222 zákona, což je podle navrhovatele zcela irelevantní a nemůže zhojit přenesení odpovědnosti za úplnost a správnost zadávacích podmínek.
15. Ve svém návrhu navrhovatel zdůrazňuje, že se zadavatel nikterak nevypořádal s námitkou nepřiměřenosti délky lhůty pro podání nabídek, což má činit rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele nepřezkoumatelným.
16. Navrhovatel dále pokračuje tvrzením, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu s ustanovením § 92 zákona a v rozporu s vyhláškou, neboť projektová dokumentace zpracovaná společností – ABCD Studio, s.r.o., IČO 22794107, se sídlem Paříkova 910/11a,

190 00 Praha 9 – jednoznačně nevymezuje předmět veřejné zakázky, jeho hmotové, materiálové, stavebně-technické, technologické, dispoziční a provozní vlastnosti, vzhled a jakost. Podle navrhovatele soupis prací neobsahuje podrobný popis všech předpokládaných stavebních prací, dodávek nebo služeb, které jsou předmětem veřejné zakázky na stavební práce.

17. Uvedené tvrzení navrhovatel ve svém návrhu konkretizuje s odkazem na část plnění předmětu veřejné zakázky, kterou představuje realizace rozběhové dráhy a doskočiště pro skok daleký. Podle navrhovatele nelze ze zadávací dokumentace určit, jaký povrch a v jaké barevnosti zadavatel požaduje, když jsou podle něj jiné informace uvedené v technické zprávě, jiné vyplývají z výkresu „*Půdorys SO.03b SKOK DALEKÝ*“ jakož i z legendy výkresu „*SITUACE ZASTAVOVACÍ*“ a ze „*Soupisu prací projektu 03b Skok daleký*“. Navrhovatel tvrdí, že zadavatel ve výše uvedených dokumentech zmiňuje pro objekt rozběhové dráhy dvě různé barvy – červenou a modro/šedou, rovněž dva různé druhy povrchu – dvouvrstvý sportovní povrch (tartan) a pryžový povrch pro dětská hřiště. Tato diverzita vzbuzuje nejasnosti ohledně ceny, neboť červená barva je výrazně levnější, ale i ohledně technologie provedení. Navrhovatel tedy nemohl ve své nabídce řádně ocenit sportovní povrch pro rozběhovou dráhu, protože nebylo možné určit, jaký povrch zadavatel požaduje a v jaké barevnosti.
18. Podle navrhovatele zadavatel na tuto jeho námitku reagoval ve svém rozhodnutí způsobem, který jej činí nesprávným a nepřezkoumatelným.
19. Navrhovatel opakovaně uvádí, že zadavatel požaduje po vybraném dodavateli předložení podrobného časového harmonogramu před podpisem smlouvy. V případě, kdy není jednoznačně určen povrch rozběhové dráhy, jak bylo výše popsáno, nelze vypracovat podrobný časový harmonogram. Také toto své konstatování navrhovatel označuje za námitku, se kterou se zadavatel nikterak nevypořádal, což činí jeho rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelným.
20. Další námitka navrhovatele popsaná v jeho návrhu směřuje proti požadavku zadavatele na prokázání technické kvalifikace podle článku 6.4.1 zadávací dokumentace, který navrhovatel považuje za zcela nepřiměřený, diskriminační, bezdůvodně zaručující konkurenční výhodu některým dodavatelům a omezující hospodářskou soutěž. Zadavatel tímto požaduje předložit seznam stavebních prací poskytnutých za posledních pět let před zahájením zadávacího řízení, ze kterého musí vyplývat, že účastník v *»posledních pěti letech před zahájením i tohoto zadávacího řízení realizoval minimálně tři zakázky (dále jako „referenční stavby“) spočívající ve výstavbě sportovního hřiště, každá v hodnotě min. 4 mil. Kč bez DPH.«*
21. Podle navrhovatele tak zadavatel stanovil skrytý požadavek na ekonomickou kvalifikaci v zakázaném rozsahu, vůči čemuž navrhovatel rovněž vznesl námitku, kterou měl zadavatel vypořádat způsobem, jenž jeho rozhodnutí o dotčené námitce činí nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů. Podle navrhovatele se zadavatel vůbec nevypořádal s námitkou, že se jedná o skrytý požadavek na ekonomickou kvalifikaci v zakázaném rozsahu.
22. Stran zmiňované technické kvalifikace navrhovatel doplňuje, že je pro něj matoucí požadavek zadavatele, aby účastník zadávacího řízení v posledních pěti letech před zahájením *„i tohoto zadávacího řízení“* realizoval minimálně tři zakázky. Navrhovateli není zřejmé, která další zadávací řízení jsou pro stanovení doby posledních pěti let před

zahájením zadávacího řízení relevantní, resp. není zřejmé, od kdy uvedená doba pěti let běží. S touto námitkou se však podle navrhovatele zadavatel vůbec nevypořádal.

23. Navrhovatel ve svém návrhu dále napadá své neoprávněné vyloučení, o němž byl zadavatelem zpraven dne 5. 10. 2018. Zadavatel vyloučil navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Toto rozhodnutí je však podle navrhovatele nepřezkoumatelné, neboť z něj není zřejmé, jakého závažného nebo dlouhodobého pochybení se měl navrhovatel dopustit a u jakého zadavatele. Zmíněné vyloučení představuje podle navrhovatele novou skutečnost, kterou navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli v námitkách, jelikož k ní došlo až po podání námitek.
24. Závěrem svého návrhu navrhovatel opakovaně uvádí demonstrativní výčet ustanovení zákona, která zadavatel svým postupem porušil: „§ 6, § 48, § 53, § 54, § 78, § 92, § 97, § 245“. Dále opakovaně uvádí demonstrativní výčet zásad, jež měly být zadavatelem taktéž porušeny: „*zásada přiměřenosti, rovnosti, zákazu diskriminace, transparentnosti, podpory rozvoje konkurenčního prostředí, zabezpečení hospodárnosti a efektivního vynakládání veřejných prostředků, zamezení zvýhodnění určitých subjektů, zákazu zvýhodnění prostřednictvím technických požadavků*“.
25. Zadávací řízení tak bylo podle navrhovatele stiženo zásadními vadami, které lze odstranit zrušením zadávacího řízení. Navrhovatel dodává, že mu vznikla a stále hrozí újma na jeho právech, jakož i újma majetková. Výše popsaný chybný postup zadavatele vedl k tomu, že navrhovatel nemohl podat řádnou a úplnou nabídku, což mu dále znemožňuje účastnit se zadávacího řízení, zvítězit, realizovat veřejnou zakázku a tím nabýt zisk a případné reference pro další zadávací řízení.
26. Závěrem navrhovatel shrnuje, že má právo na přezkoumatelnost důvodů pro zamítnutí námitek, rozhodnutí zadavatele o námitkách je však zcela nepřezkoumatelné a není tak známo, jaké důvody vedly zadavatele k zamítnutí námitek navrhovatele. Tento nezákonný postup zadavatele může podstatně ovlivnit výběr „*nejvhodnější nabídky*“.
27. Navrhovatel Úřadu navrhuje, aby zrušil zadávací řízení, případně zrušil rozhodnutí zadavatele o námitkách.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

28. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeno dne 12. 10. 2018, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu navrhovatele rovněž dne 12. 10. 2018.
29. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
30. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0416/2018/VZ-29886/2018/513/JLÍ ze dne 15. 10. 2018.

31. Dne 22. 10. 2018 Úřad obdržel od zadavatele vyjádření k návrhu z téhož dne. Zadavatel oponuje, že v souvislosti s namítaným přenesením odpovědnosti zadavatele na účastníky zadávacího řízení navrhovatel nepředložil žádné konkrétní argumenty, pouze odkazoval na jednotlivá ustanovení návrhu smlouvy o dílo. Zadavatel se tedy v rozhodnutí o námitkách nemohl k předmětným tvrzením navrhovatele vyjadřovat konkrétněji. Zadavatel doplňuje, že zadávací podmínky nelze vykládat k tíži dodavatele, proto by případné nejasnosti vykládal ve prospěch dodavatele, a to bez ohledu na jednotlivá ustanovení návrhu smlouvy. Pokud by se vyskytly okolnosti, které zadavatel nepředvídal, či se objevily nedostatky v projektové dokumentaci, zadavatel by postupoval v souladu s ustanovením § 222 zákona, což bylo uvedeno v rozhodnutí o námitkách.
32. Podle zadavatele předmětná ustanovení návrhu smlouvy o dílu řeší pouze případy, kdy jednotkové ceny jednotlivých položek v soupisu prací, uvedené dodavatelem v nabídce, obsahují veškeré náklady dodavatele na tyto položky, a proto jsou ceny konečné a nejvýše přípustné.
33. Dále zadavatel dodává, že obdržel šest nabídek (včetně nabídky navrhovatele), čemuž nepředcházely žádné žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace, což jej vede k závěru, že zadávací podmínky byly připraveny a formulovány v dostatečné míře podrobností, aby mohly být podány vzájemně srovnatelné nabídky.
34. Zadavatel je přesvědčen, že zadávací podmínky vymezil v dostatečné míře podrobností, když vycházel i z předpokladu určité odborné úrovně dodavatelů. Z toho důvodu má za to, že zadávací podmínky obsahovaly projektovou dokumentaci a soupis stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr přesně v takovém rozsahu, jak je potřeba podle ustanovení § 92 zákona. Podle zadavatele měl navrhovatel pouze popsat případy s domnělým nesouladem mezi soupisem prací a projektovou dokumentací. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách tyto případy jednotlivě vysvětlil. Nad rámec uvedeného zadavatel konstatuje, že žádný jiný dodavatel takové vysvětlení nežádal.
35. Zadavatel dále ve svém vyjádření reaguje na tvrzení navrhovatele, že z projektové dokumentace nešla zjistit barva a druh povrchu u rozběhové dráhy pro skok daleký. Podle zadavatele je barevnost povrchu uvedena ve výkresové části projektové dokumentace, proto není popisována duplicitně v textové části. Jedná se o víceúčelový pohybový povrch pro výuku tělesné výchovy dětí základní školy. Ve výkrese č. „D.1.1.3 Půdorys SO.03b Skok daleký“ je v místě rozběžiště přesně uvedeno: „P1.1 – barevný granulát EPDM“, což odkazuje na přílohu dokumentace „D.1.1.25 Tabulka skladeb“, kde je popsán totožný materiál.
36. K uvedenému zadavatel dodává, že barevnost je specifikována ve výkrese č. „C.4 Situace zastavovací“, který přesně specifikuje barevnost plošných povrchů v kresbě i legendě povrchů. Zastavovací situace definuje barevné řešení, nedefinuje přesné skladby konstrukcí (EPDM). Přesné technické skladby (složení, nikoli barevnost) použitých materiálů jsou podle zadavatele uvedeny v jiných přílohách dokumentace („D.1.1.3 Půdorys SO.03b“ a „D.1.1.25 Tabulka skladeb“).
37. Zadavatel rovněž uvádí tu skutečnost, že jeho příspěvková organizace – Servisní středisko pro správu svěřeného majetku Městské části Praha 8, příspěvková organizace, IČO 00639524, se sídlem U synagogy 236/2, 180 00 Praha 8 – Libeň (dále jen „Servisní

středisko“) zahájila dne 6. 12. 2017 zadávání totožné podlimitní veřejné zakázky se stejným předmětem plnění, totožnou projektovou dokumentací a soupisem prací, přičemž jako nejvýhodnější byla vybrána nabídka právě navrhovatele, se kterým Servisní středisko dne 2. 7. 2018 uzavřelo smlouvu o dílo. Od této smlouvy však muselo Servisní středisko odstoupit z důvodu jejího podstatného porušení, jelikož nebyla předložena smlouva o pojištění odpovědnosti proti škodě a nepředložena bankovní záruka k zajištění závazků v souladu s touto smlouvou.

38. Zadavatel se poté rozhodl zahájit zadávací řízení sám, přičemž technické podklady – projektová dokumentace a soupis prací – jakož i obchodní podmínky, zůstaly neměněny. Z tohoto důvodu se zadavatel pozastavuje nad faktem, že navrhovatel v původním zadávacím řízení nevznášel žádné připomínky a uzavřel se Servisním střediskem za stejných obchodních podmínek i technických podkladů smlouvu. Z takového postupu navrhovatele zadavatel vyvozuje účelovost, neboť navrhovatel musel znát podstatné podklady lépe, než ostatní účastníci návrhem dotčeného zadávacího řízení, stěží tedy může tvrdit, že neměl dostatek času, aby se seznámil se zadávací dokumentací.
39. Zadavatel se rovněž domnívá, že námitky byly navrhovatelem podány úmyslně těsně před koncem lhůty pro podání nabídek, aby zadavatel nemohl již reagovat na případnou úpravu zadávacích podmínek, což je v rozporu se smyslem a účelem institutu námitek, jak jej upravuje zákon.
40. Ohledně navrhovatelem namítané nepřiměřenosti lhůty pro podání nabídek zadavatel konstatuje, že byla stanovena v souladu s ustanovením § 54 a § 36 odst. 5 zákona. Zadavatel veřejnou zakázku vyhlásil ve zjednodušeném podlimitním řízení, což je skutečnost, na kterou se zadavatel také odvolává, když tvrdí, že lhůta byla stanovena přiměřeně. Rovněž zadavatel zdůrazňuje, že kromě navrhovatele, stihlo ve stanovené lhůtě odevzdat nabídky dalších pět dodavatelů.
41. V závěrečné části svého vyjádření se zadavatel dále zabývá napadaným požadavkem na prokázání technické kvalifikace, který navrhovatel označil za nepřiměřený a diskriminační. Zadavatel požadoval předložení seznamu minimálně pěti stavebních prací poskytnutých dodavatelem za posledních pět let před zahájením zadávacího řízení, ze kterého musí vyplývat, že účastník zadávacího řízení v posledních pěti letech před zahájením tohoto zadávacího řízení realizoval minimálně tři zakázky spočívající ve výstavbě sportovního hřiště, každá v hodnotě minimálně 4 mil. Kč bez DPH. Podle zadavatele je tento požadavek zcela v souladu s ustanovením § 79 odst. 2 zákona, zadavatel usuzuje, že, na rozdíl od dřívější právní úpravy, podle nyní účinné, je oprávněn k nastavení limitu referenčních zakázek až do výše předpokládané hodnoty celé veřejné zakázky, avšak v tomto konkrétním případě zadavatel zvolil limit pro referenční zakázky ve výši 40 % předpokládané hodnoty, což považuje za přiměřený požadavek.
42. Navrhovatel rovněž namítal, že mu není známa doba pěti let pro referenční zakázky, jelikož v zadávací dokumentaci byla uvedena formulace: „*v posledních pěti letech před zahájením i tohoto zadávacího řízení*“. Podle zadavatele se jedná o evidentní překlep v zadávací dokumentaci. Stanovení lhůty pro dobu referenčních zakázek jednoznačně vyplývá z ustanovení § 79 odst. 2 písm. a) zákona, proto zadavatel nerozumí, jaké nejasnosti tento

překlep u navrhovatele mohl vyvolat a zároveň připouští, že celý návrh považuje za účelový až šikanózní.

43. Ohledně neoprávněného vyloučení navrhovatele zadavatel doplňuje, přestože považuje za nadbytečné se k vyloučení vyjadřovat, když námitky a návrh navrhovatele směřují proti zadávací dokumentaci, proti zadávacím podmínkám a proti nezákonnému postupu zadavatele, tedy nikoli proti vyloučení navrhovatele, že tento byl vyloučen především z důvodu nesložení požadované jistoty v souladu s ustanovením § 48 odst. 3 zákona. Co se týče vyloučení z důvodu podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona navrhovateli musí být zcela jasné, co bylo jeho příčinou, neboť jsou to pochybení, která vedla Servisní středisko k odstoupení od smlouvy, jak již bylo popsáno výše (viz bod 34. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
44. Zadavatel rovněž Úřad upozornil, že navrhovatel řádně nesložil kauci za podání návrhu v souladu s ustanovením § 255 zákona, jelikož návrh směřuje proti zadávací dokumentaci a zadávacím podmínkám, a proto není možné stanovit celkovou nabídkovou cenu. Nabídková cena, již navrhovatel ve své neúplné nabídce uvedl, dosahovala výše 4 000 000 Kč bez DPH, což odpovídá cca 36 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Z uvedených důvodů se zadavatel domnívá, že se navrhovatel pokusil obejít ustanovení § 255 zákona a vyhnout se uhrazení kauce ve výši 100 000 Kč, proto také žádá, aby Úřad správní řízení zastavil podle ustanovení § 257 písm. c) zákona. Neučiní-li takto Úřad, zadavatel žádá, aby byl návrh navrhovatele podle ustanovení § 265 písm. a) zákona zamítnut.
45. Usnesením č. j. ÚOHS-S0416/2018/VZ-31268/2018/513/JHa ze dne 26. 10. 2018 Úřad určil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení ve smyslu § 216 odst. 1 zákona, pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
46. Usnesením č. j. ÚOHS-S0416/2018/VZ-31277/2018/513/JHa ze dne 26. 10. 2018 Úřad určil navrhovateli lhůtu, aby Úřadu předložil doklad o doručení stejnopisu návrhu ze dne 11. 10. 2018 zadavateli.
47. V reakci na výše uvedené obdržel Úřad dne 26. 10. 2018 datovou zprávu, v jejíž příloze navrhovatel zaslal doručenkou datové zprávy dokládající, že návrh byl zadavateli doručen dne 12. 10. 2018.
48. Usnesením č. j.: ÚOHS-S0416/2018/VZ-32844/2018/513/JHa ze dne 9. 11. 2018 Úřad stanovil účastníkům správního řízení lhůtu 7 dnů, během které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
49. Dne 13. 11. 2018 Úřad obdržel od navrhovatele datovou zprávu, jejímž prostřednictvím Úřad žádal, aby mohl nahlédnout do příslušného správního spisu vedeného pod sp. zn. S0416/2018/VZ a pořídit si z něj kopie. Následující den se do budovy Úřadu navrhovatel dostavil, aby takto učinil.
50. Dne 16. 11. 2018 Úřad od navrhovatele obdržel repliku k vyjádření zadavatele ze dne 15. 11. 2018. Podle navrhovatele se zadavatel k jeho námitce týkající se přenesení odpovědnosti za správnost zadávací dokumentace na dodavatele měl a mohl vyjádřit, neboť

navrhovatel označil jednotlivá ustanovení závazného návrhu smlouvy o dílo, jakož i dotčená ustanovení zákona, se kterými jsou zadávací podmínky v rozporu. Pouhé tvrzení zadavatele, že odpovědnost nepřenesl, zapříčinilo nepřezkoumatelnost rozhodnutí o námitkách. Zadavatel nově tvrdí, že zadávací podmínky nemohou být k tíži dodavatele, případné nejasnosti by tedy byly vykládány v jeho prospěch. Takové tvrzení navrhovatel označuje za absurdní, když uzavřením smlouvy zadávací řízení končí a smluvní vztah je dále vázán smlouvou.

51. Zadavatel dále tvrdí, že jednotlivá ustanovení smlouvy řeší pouze případy, kdy jednotkové ceny položek v soupise prací obsahují veškeré náklady na tyto položky, a proto jsou to ceny konečné a nejvýše přípustné. Také v tomto případě však podle navrhovatele jde o nově tvrzenou skutečnost, kterou v rozhodnutí o námitkách zadavatel neuvedl.
52. Podle navrhovatele nebyl důvod žádat o vysvětlení zadávací dokumentace, když je zřejmé, že odporuje zákonu, navíc dodavatelé nemají povinnost přezkoumávat projektovou dokumentaci. Dodavatelé neočekávali nezákonné přenesení odpovědnosti za úplnost a správnost zadávacích podmínek zadavatelem, což navrhovatel považuje za důvod, proč nikdo kromě něj zadavateli nekladl ani žádost o objasnění ani námitky. Skutečnost, že žádný z dodavatelů nežádal vysvětlení zadávací dokumentace, svědčí o jejich neodbornosti a naopak vysoké profesionalitě a odbornosti samotného navrhovatele, který vady zadávací dokumentace zjistil. Dále navrhovatel v celém rozsahu odkazuje na skutečnosti, jež uvedl v návrhu.
53. V předmětné replice se navrhovatel ohrazuje proti tvrzení zadavatele, že stanovená lhůta pro podání nabídek byla přiměřená. Podle navrhovatele totiž zadavatel v rozhodnutí o námitkách žádné takové vyjádření neučinil, což zapříčinilo nepřezkoumatelnost rozhodnutí o námitkách pro nedostatek důvodu.
54. Navrhovatel se rovněž vyjadřuje k tvrzení zadavatele, že totožná veřejná zakázka již byla zadávána jeho příspěvkovou organizací, přičemž navrhovatel se zadávacího řízení účastnil, dokonce jej vyhrál, proto stěžlí může argumentovat, že nemohl vypracovat řádnou nabídku z důvodu krátké lhůty pro podání. Navrhovatel oponuje, že díky předchozímu zadávacímu řízení měl možnost namítnout nezákonnost zadávací dokumentace alespoň ke konci lhůty pro podání nabídek. Tvrzení zadavatele, že navrhovatel podal námitky těsně před koncem lhůty pro podání nabídek, navrhovatel označuje za absurdní. V případě, že by zadavatel stanovil lhůtu pro podání nabídek přiměřenou, stihl by navrhovatel zadavatele na objevené vady zadávací dokumentace upozornit.
55. V další části své repliky navrhovatel reaguje na zadavatelův popis průběhu zadávacího řízení realizovaného Servisním střediskem, které s navrhovatelem uzavřelo smlouvu, od níž následně odstoupilo. Podle navrhovatele rovněž Servisní středisko realizovalo zadávací řízení nezákonně, když znemožnilo určení termínů pro realizaci díla, na které bylo vázáno doložení dokladů navrhovatelem – pojištění po dobu realizace a bankovní záruka po dobu realizace. Navrhovatel dokonce uvádí, že mu bylo Servisním střediskem od počátku naznačováno, že není „chtěným“ dodavatelem, odstoupení od uzavřené smlouvy tak navrhovatel považuje za účelové a neplatné.

56. Navrhovatel sumarizuje, že zadavatel nepřípustně doplňuje odůvodnění rozhodnutí o námitkách, ve kterém se nevypořádal s námitkou navrhovatele, že zadávací dokumentace obsahuje skrytý požadavek na ekonomickou kvalifikaci v zakázaném rozsahu. Zadavatel rovněž nijak nezdůvodnil, proč není kvalifikovaný dodavatel, který je schopen realizovat rekonstrukci sportovních hřišť levněji a je schopen doložit reference o jejich řádném plnění.
57. Také co se týče rozporované doby, ve které mělo dojít k plnění požadovaných referenčních zakázek, navrhovatel namítá, že zadavatel ve svém vyjádření nově rozšiřuje důvody pro odmítnutí námitek, když vysvětluje, že slovní spojení „i tohoto zadávacího řízení“ vzniklo administrativní chybou. Podle navrhovatele se o administrativní chybu nejednalo.
58. Závěrem navrhovatel popisuje svoje vyloučení ze zadávacího řízení, jakožto novou skutečnost, jíž nemohl uplatnit v námitkách. Přestože zadavatel tvrdí, že navrhovatele vyloučil především z důvodu nesložení požadované jistoty, podle navrhovatele toto tvrzení ze samotného rozhodnutí o vyloučení nevyplývá. V rozhodnutí o vyloučení mělo být dále uvedeno, že se navrhovatel dopustil v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu s jiným veřejným zadavatelem. Vyloučení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona je podle navrhovatele nedůvodné, nezákonné a nepřezkoumatelné, neboť z rozhodnutí není zřejmé, jakého závažného nebo dlouhodobého pochybení se měl navrhovatel dopustit a u jakého zadavatele. Navrhovatel nesouhlasí ani s tvrzením zadavatele, že řádně nesložil kauci.
59. Usnesením č. j.: ÚOHS-S0416/2018/VZ-35494/2018/513/JHa ze dne 29. 11. 2018 Úřad opět stanovil účastníkům správního řízení lhůtu 7 dnů, během které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí, jelikož po vydání výše uvedeného usnesení č. j. ÚOHS-S0416/2018/VZ-32844/2018/513/JHa ze dne 9. 11. 2018 došlo k doplnění správního spisu sp. zn. S0416/2018/VZ o podklad rozhodnutí – „Oznámení o vyloučení dodavatele“ ze dne 4. 10. 2018.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

60. Úřad přezkoumal na základě § 248 zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména pak relevantní části dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření zadavatele a na základě vlastních zjištění, správní řízení týkající se části návrhu směřující proti nepřezkoumatelnému rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení podle § 257 písm. h) zákona zastavil.
61. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

62. Podle § 242 odst. 2 zákona námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.
63. Ustanovení § 251 odst. 4 zákona stanoví, že náležitosti návrhu nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží. K novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavateli přihlédne Úřad

jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli.

64. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.

Zjištění vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

65. Z výzvy k podání nabídek ze dne 6. 9. 2018 (bod 15.) vyplývá, že si zadavatel mimo jiné vyhrazuje právo oznámit vyloučení účastníka zadávacího řízení nebo oznámit výběr dodavatele uveřejněním na profilu zadavatele – <https://ezak.praha8.cz/contract display 221.html>.
66. Na uvedeném profilu zadavatele bylo dne 4. 10. 2018 uveřejněno „Oznámení o vyloučení dodavatele“ z téhož dne, ve kterém zadavatel mimo jiné uvádí, že při kontrole podaných nabídek komise zjistila, že navrhovatel ve své nabídce neprokázal složení požadované jistoty. Navíc se měl navrhovatel v posledních třech letech od zahájení šetřeného zadávacího řízení dopustit závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu s jiným veřejným zadavatelem, který měl vést k předčasnému ukončení smluvního vztahu. Z tohoto důvodu doporučila hodnotící komise zadavateli rozhodnout o vyloučení navrhovatele.

Právní posouzení

67. Z ustanovení § 242 odst. 2 zákona vyplývá lhůta, ve které je stěžovatel oprávněn podat námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli.
68. Navrhovatel ve svém návrhu mimo jiné namítá své neoprávněné vyloučení. Zadavatel vyloučil navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Toto rozhodnutí je však podle navrhovatele nepřezkoumatelné, neboť z něj není zřejmé, jakého závažného nebo dlouhodobého pochybení se měl navrhovatel dopustit a u jakého zadavatele. Zmíněné vyloučení představuje podle navrhovatele novou skutečnost, kterou navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli v námitkách, jelikož k ní došlo až po podání námitek.
69. Úřad uvádí, že námitky jsou procesním institutem, který představuje primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Zadavatel je v souladu ustanovením § 245 odst. 1 zákona povinen se jasně a srozumitelně vyjádřit ke všem skutečnostem v námitkách uvedeným. Účel institutu námitek je, aby se stěžovatel, resp. případný navrhovatel dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jím vznesené připomínky a argumenty, přičemž uvedené může mít zásadní vliv na rozhodnutí stěžovatele, zda dále brojí proti postupu zadavatele podáním návrhu u Úřadu či nikoliv. Tak, jako by bylo nespravedlivé, aby zadavatel až v průběhu správního řízení představil komplexní argumentaci týkající se námitek stěžovatele (kterou přitom musí znát od samého počátku, resp. od okamžiku, kdy se pro určitý postup rozhodl), stejně i nelze přisvědčit tvrzením navrhovatele, která mohl zadavateli namítat již prostřednictvím námitek.
70. K vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení sice došlo až po podání jeho námitek ze dne 25. 9. 2018 směřujícím proti zadávacím podmínkám, avšak Úřad zdůrazňuje, že samotné

vyločení je dalším úkonem zadavatele učiněným v průběhu zadávacího řízení, proti kterému lze rovněž podat námitky. Vzhledem k tomu, že si zadavatel vyhradil právo oznámit vyloučení účastníka zadávacího řízení na svém profilu (viz bod 65. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad má za to, že se navrhovatel o tomto dalším úkonu zadavatele dozvěděl již v den uveřejnění, tedy 4. 10. 2018, neboť podle § 53 odst. 5 zákona se oznámení považují za doručená všem účastníkům řízení okamžikem jejich uveřejnění. Podle Úřadu na tuto situaci dopadá ustanovení § 242 odst. 2 zákona, podle kterého musí být námitky proti úkonům oznamovaným zadavatelem v dokumentech, které je zadavatel povinen podle zákona uveřejnit, zadavateli doručeny do 15 dnů od jejich uveřejnění.

71. Navrhovatel možnosti podání námitek proti rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení nevyužil, namísto toho své vyloučení napadal v návrhu s tvrzením, že se jedná o novou skutečnost podle § 251 odst. 5 zákona. S tímto postupem se však Úřad nemůže ztotožnit.
72. Úřad dále doplňuje, že každý dodavatel má právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele, avšak až poté, co se u něj dotčený uchazeč bránil námitkami podle zákona (k tomuto závěru srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2008, č. j. 5 As 50/2006-137, byť se citovaný rozsudek týkal předchozí právní úpravy, tj. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jsou závěry v něm vyjádřené plně aplikovatelné i na současnou právní úpravu, neboť účel institutu námitek a rozhodnutí o námitkách zůstal nezměněn).
73. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nevyužil v části návrhu týkající se tvrzené nepřezkoumatelnosti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení primární způsob ochrany před tvrzeným nezákonným postupem zadavatele, tedy podání námitek, nezbývá Úřadu než v souladu s výše uvedeným ustanovením § 257 písm. h) zákona správní řízení v části návrhu týkající se tvrzené nepřezkoumatelnosti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, zastavit, neboť předmětné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
74. S ohledem na výše uvedené rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto usnesení.

POUČENÍ

Proti tomuto usnesení 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. Rozklad nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. městská část Praha 8, se sídlem Zenklova 1/35, 180 00 Praha 8 - Libeň
2. VYSSPA Sports Technology s.r.o., se sídlem Skladová 2438/6, 326 00 Plzeň – Východní předměstí

Vypraveno dne

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