



UOHSX003MQWV

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S100/2011/VZ-9703/2011/530/RNi

V Brně dne: 13. září 2011

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 15.3.2011 na základě návrhu ze dne 12.3.2011, jehož účastníky jsou

- zadavatel – LATOP spol. s r.o., IČ: 45022747, se sídlem Višňová 130, 391 37 Chotoviny – Červené Záhoří, jejímž jménem jedná Jindřich Lachout, jednatel společnosti,
- navrhovatel – Schiestl spol. s r.o., IČ: 41691741, se sídlem K Zámecké oboře 334, 252 41 Dolní Břežany, za niž jedná Marie Konětopská, jednatelka, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 11.3.2011 JUDr. Markétou Surgovou, advokátkou, se sídlem Široká 36/5, 110 00 Praha 1 – Josefov,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele v nadlimitní veřejné zakázce „Vybudování nového zdroje pro sušárnu dřevěných pilin pletárny Latop“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 14.12.2010, s opravou uveřejněnou tamtéž dne 14.1.2011 pod ev. č. 60053958 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16.12.2010 pod evidenčním číslem 2010/S 244-372864,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – LATOP spol. s r.o., IČ: 45022747, se sídlem Višňová 130, 391 37 Chotoviny – nedodržel postup stanovený

- v ustanovení § 45 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 6 citovaného zákona, neboť stanovil technické podmínky tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu a vytvářely

neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy,

- v ustanovení § 44 odst. 9 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, neboť projektová dokumentace, jež je součástí zadávací dokumentace, obsahovala požadavky a odkazy na konkrétní typy výrobků, aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

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

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se výše uvedenému zadavateli – LATOP spol. s r.o., IČ: 45022747, se sídlem Višňová 130, 391 37 Chotoviny – **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. Zadavatel – LATOP spol. s r.o., IČ: 45022747, se sídlem Višňová 130, 391 37 Chotoviny – Červené Záhoří, jejímž jménem jedná Jindřich Lachout, jednatel společnosti (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14.12.2010, s opravou uveřejněnou tamtéž dne 14.1.2011 pod ev. č. 60053958 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16.12.2010 pod evidenčním číslem 2010/S 244-372864 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Vybudování nového zdroje pro sušárnu dřevěných pilin pletárny Latop“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky v oznámení o zakázce pod bodem IV.2.1) uvedl ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž jako dílčí hodnotící kritéria stanovil:
 - a. Nabídková cena – váha 80%,
 - b. Finanční garance po dobu záruky – váha 10%,
 - c. Smluvní sankce za nedodržení termínu dokončení předmětu plnění – váha 10%.
3. Z protokolu o otevírání nabídek ze dne 22.2.2011 je zřejmé, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel 1 nabídku, kterou komise pro otevírání obálek shledala jako úplnou ve smyslu § 71 odst. 8 zákona.

4. Dne 25.2.2011 byla zadavateli doručena námitka proti zadávacím podmínkám společnosti – Schiestl spol. s r.o., IČ: 41691741, se sídlem K Zámecké oboře 334, 252 41 Dolní Břežany, za niž jedná Marie Konětopská, jednatelka, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 11.3.2011 JUDr. Markétou Surgovou, advokátkou, se sídlem Široká 36/5, 110 00 Praha 1 – Josefov (dále jen „navrhovatel“), ze dne 25.2.2011.
5. Z rozhodnutí o námitkách ze dne 3.3.2011 vyplývá, že zadavatel podaným námitkám navrhovatele nevyhověl. Navrhovateli bylo rozhodnutí o námitkách doručeno dne 7.3.2011.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel s rozhodnutím zadavatele nesouhlasil, podal dopisem ze dne 12.3.2011 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 15.3.2011 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. ÚOHS-S100/2011/VZ.

Obsah návrhu

7. Návrh navrhovatele je podáván proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky. Navrhovatel spatřuje porušení zákona v úzce vymezeném předmětu veřejné zakázky, v přísných kvalifikačních předpokladech a v nedodržení lhůty v zadávacím řízení. Dle navrhovatele zadavatel svým postupem vyloučil zásady uvedené v § 6 zákona, v důsledku čehož navrhovateli vznikla újma spočívající v nemožnosti další účasti v zadávacím řízení.
8. K vymezenému předmětu veřejné zakázky navrhovatel uvádí, že je v mnoha ohledech formulován natolik úzce, že jej může splnit pouze jediný výrobce. Stejným způsobem je stanoven požadavek na položkový rozpočet, kterým zadavatel přímo předepisuje jednotlivé položky, bez možnosti se odchýlit, přičemž takové zadání není objektivně odůvodněné.
9. Navrhovatel uvádí, že podle § 44 odst. 3 písm. b) zákona musí zadávací dokumentace obsahovat technické podmínky, kterými se podle § 45 odst. 2 zákona v případě veřejných zakázek na stavební práce rozumí souhrn všech technických popisů, které vymezují požadované technické charakteristiky a požadavky na stavební práce, a současně dodávky a služby související s těmito stavebními pracemi, jejichž prostřednictvím je předmět veřejné zakázky na stavební práce popsán jednoznačně a objektivně způsobem vyjadřujícím účel použití zamýšlený zadavatelem. Navrhovatel dále odkazuje na znění § 45 odst. 3 zákona a § 46 zákona, k nimž uvádí, že zadavatel mohl technické podmínky stanovit požadavky na výkon (účinnost, emisní limity, poměr výroby tepla a elektrické energie) nebo na funkci (palivo, posuvný rošt). Dle názoru navrhovatele zadavatel pravidla stanovení technických podmínek frapantně porušil.
10. Navrhovatel dále uvádí, že podstatnými částmi dodávky jsou biomasový kotel s termoolejovým výměníkem, ORC modul, termoolejové hospodářství a odlučovač znečišťujících látek. Dle navrhovatele jsou jedinými významnými výrobci ORC modulů výrobce Adoratec ze skupiny Maxxtec a výrobce Turboden. Popis veřejné zakázky uvedený v části II.1.5) oznámení o zakázce obsahuje, stejně jako zadávací dokumentace, v rozporu se shora citovanými ustanoveními zákona velmi podrobnou specifikaci zařízení včetně detailů, kterými se liší výrobky jednotlivých výrobců a které jsou z hlediska oprávněných požadavků zadavatele zcela podružné. Dle navrhovatele se jedná o následující požadavky:

- a) Šroubovaná konstrukce pohyblivé podlahy – Navrhovatel uvádí, že vedle spojení šrouby je v praxi využíváno též spojení svarem. Z hlediska objednatele není rozdíl v tomto ohledu významný. Šroubování má dle navrhovatele význam pouze pro úsporu dopravních nákladů, je ovšem pracnější. Způsob spojení je tedy významný z hlediska dodavatele. Dle navrhovatele je konstrukce typická pro výrobce Mawera.
 - b) Plochý posuvný rošt – Navrhovatel uvádí, že posuvný rošt může být plochý nebo šikmý. Rozdíl není ve funkci, ale je dán výrobcí. Plochý posuvný rošt je typický pro výrobce Mawera. V této souvislosti navrhovatel upozorňuje, že zadavatel striktně trval na požadavku plochého posuvného roštu, použití šikmého roštu bylo důvodem vyloučení ze soutěže, přičemž je ve znění smlouvy o dílo, jejíž návrh je součástí zadávací dokumentace, uveden jako součást předmětu díla šikmý posuvný rošt.
 - c) Řešení obrátivé komory a směr proudění spalin – Zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl, že na spalovací komoru bude navazovat obrátivá komora, kde proud spalin změni svůj směr tak, že spalovací zařízení opouštějí ve svislém směru, a to shora dolů. Navrhovatel konstatuje, že kotel s takovou konstrukcí odpovídá kotli Mawera. Z uvedeného dle navrhovatele vyplývá, že některé z požadavků uvedených v zadávací dokumentaci zasahují až do úrovně vnitřní konstrukce kotlů, které nejsou z hlediska celkové funkčnosti kotle podstatné.
 - d) Řešení termoolejového výměníku je dle navrhovatele typické pro výrobce Maxxtec.
 - e) Požadavek na čištění výměníku pevných dýz – Navrhovatel uvádí, že vzhledem k tomu, že se tento požadavek týká pouze výměníku a nikoliv též přechodové komory nebo ekonomizérů, odpovídá patentovému řešení jediného výrobce, a to Maxxtec.
 - f) Přepínání posuvu podlahy tlakovým spínačem – Navrhovatel uvádí jako jiný možný způsob přepínání koncovým spínačem. Pro řádnou funkci zařízení není tento rozdíl významný, přesto ani v tomto ohledu nepřipustil zadavatel možnost jiného řešení.
11. Navrhovatel dále poznamenává, že funkční schéma modulu ORC, jež bylo součástí zadávací dokumentace, se zcela přesně shoduje se zapojením výrobce Adoratec a to včetně zadavatelem striktně požadovaného ohříváče vzduchu.
12. Navrhovatel rovněž uvádí, že zadavatel na výše uvedených požadavcích trval i v rámci dodatečných informací ze dne 7.2.2011, přičemž z odpovědí zadavatele je zřejmé, že uplatnění jiných řešení než uvedených v zadávací dokumentaci zadavatel vědomě odmítl a pokusil se je mylně charakterizovat jako nepřijatelná variantní řešení, čímž ovšem pravou podstatu svého jednání nemůže zastít. Zadavatel zcela opominul a fakticky popřel ustanovení § 44 odst. 9 zákona. Dle navrhovatele výše uvedeným požadavkům odpovídají výrobky konkrétních výrobců, a to kotel Mawera (člen skupiny Viessmann), termoolejový výměník a patentově chráněný způsob čištění společnosti Maxxtec, způsob zapojení ORC a modul Adoratec. Naproti tomu výrobce Turboden a jeho technická řešení, která jsou k naplnění požadovaného účelu technicky srovnatelná, jsou zcela vyloučena z účasti na veřejné zakázce, přestože se jedná s ohledem na 180 zakázek výrobce Turboden ve srovnání s 22 realizacemi Adoratec za řešení prokazatelně ověřenější.
13. Zadávací dokumentace dle navrhovatele obsahovala příliš podrobný popis předmětu plnění až do úrovně konstrukce jednotlivých dodávaných částí, čímž omezila možnou konkurenci,

když bránila obdobnému zcela zaměnitelnému technickému řešení. Nad rámec navrhovatel doplňuje, že zadávací dokumentace svým příliš podrobným popisem vyloučila i takové dodavatele jako je navrhovatel, který má v rámci České republiky největší zkušenosti se stavbou biomasových kotlů a ORC systémem, když realizoval 2 ze 3 v České republice dosud realizovaných takových staveb.

14. Navrhovatel dále uvádí, že vedle samotného vymezení předmětné veřejné zakázky jsou v tomto případě podstatné též požadavky zadavatele na položkový rozpočet. Na straně 9 výzvy k podání nabídky je pod bodem H uvedeno, že k nabídce bude přiložen zcela vyplněný položkový rozpočet, který je součástí zadávací dokumentace. Uchazeč je dále povinen dodržet strukturu a členění na jednotlivé části, ocenit bez výjimek veškeré položky a dodržet obsahovou náplň jak v definované kvalitě, tak i v množství. Ocenění jakékoliv položky cenou 0,00,- Kč bude zadavatelem považováno jako nesoulad s požadavkem zadavatele a hodnotící komise vyřadí nabídku z dalšího posuzování. Na dotaz navrhovatele odpověděl zadavatel konstatováním, že uvedené požadavky je potřeba dodržet a jakoukoliv možnost uplatnění jiných řešení tedy zcela vyloučil.
15. Dle navrhovatele jde položkový rozpočet do takových detailů, že popisuje pouze jediné technické řešení z několika možných, která jsou kvalitativně a technicky obdobná (např. termoolejový ohřev vzduchu versus ohřev vzduchu kouřovými plyny). Navrhovatel poznamenává, že v položce č. 10 výkazu výměr pro objekt PS02 Strojovna je zadavatelem stanovena vzdálenost 600 km, pokud jde o dopravu ORC modulu z výrobního závodu. Přitom společnost Adoratec je vzdálena 550 km, zatímco Turboden je vzdálen 800 km. Podobně je v položce 56 výkazu výměr pro objekt PS01 Kotelna stanoven požadavek na systém automatického očišťování výhřevných ploch pomocí pohyblivých trysek umístěných na žáruvzdorných hadicích, přičemž tento systém je patentovým řešením výrobce Maxxtec.
16. Navrhovatel rovněž uvádí, že z dodatečných informací ze dne 7.2.2011 a z rozhodnutí o námitkách ze dne 3.3.2011 je zřejmé, že zadavatel se pokouší přenést odpovědnost za vymezení předmětu veřejné zakázky na projektanta, u kterého si zadal vypracování projektové dokumentace veřejné zakázky. Navrhovatel má za to, že vymezení předmětu veřejné zakázky, resp. stanovení technických podmínek, je ve vztahu k dodržení zákonných požadavků výlučnou odpovědností zadavatele, který se jí nemůže zprostit poukazem na skutečnost, že projekt vypracoval odborný subjekt.
17. Navrhovatel je přesvědčen, že popisem předmětu plnění veřejné zakázky v oznámení o zakázce a stanovením detailních požadavků v zadávací dokumentaci a následným výslovným popřením možnosti použití i jiných, kvalitativně a technicky podobných řešení, než které uvedl zadavatel, porušil zadavatel ustanovení §§ 44 a 46 zákona a zásadu rovného zacházení uvedenou v § 6 zákona.
18. K ekonomickému kvalifikačnímu předpokladu ve smyslu § 55 odst. 1 písm. c) zákona navrhovatel uvádí, že jej zadavatel stanovil ve výši, která není ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky přiměřená. Zároveň požadoval doložení splnění technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 zákona, a to seznam stavebních prací, přičemž požadoval 15 osvědčení na stavby energetiky případně technologie ORC, z toho 1 osvědčení o min. velikosti 150 mil. Kč bez DPH, 1 osvědčení o min. velikosti 100 mil. Kč bez DPH, 3 osvědčení o min. velikosti 50 mil. Kč bez DPH a 10 na stavby v oboru pozemního stavitelství, energetiky a technologie ORC.

Navrhovatel dále uvádí, že předpokládanou hodnotu veřejné zakázky uvedl zadavatel v oznámení ve výši 149.500.000,- Kč, resp. 165.062.047,- Kč. Požadavek na celkový obrat dodavatele zjištěný podle zvláštních předpisů za poslední 3 účetní období stanovil zadavatel ve výši 950 mil. Kč v každém roce. Požadovaný obrat tak téměř šestinásobně přesahuje předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Předmětná veřejná zakázka má být splněna v době od 15.3.2011 do 15.3.2012, tedy během jednoho roku, je ovšem reálné, že doba plnění bude kratší. Splatnost faktur činí 60 dní a první fakturace je umožněna již po provedení 30% objemu prací. Pouze 10% je vázáno na předání a převzetí díla.

19. V rámci odůvodnění rozhodnutí o námitce zadavatel argumentoval tím, že si nemůže dovolit, aby dodavatelem byl uchazeč, který se v průběhu plnění veřejné zakázky dostane do ekonomických problémů, např. nebude schopen přefinancovat dodávku technologie. K tomu navrhovatel podotýká, že taková argumentace je pochybná, neboť výše obratu nijak nesouvisí s tím, jak má dodavatel zajištěno financování zakázky. Platební neschopnost může nastat stejně tak u dodavatelů s menším obratem jako u dodavatelů s obratem větším. Zadavatelem stanovená výše obratu tedy není z hlediska jeho jistot natolik významná, aby ospravedlnila vyloučení širokého okruhu potenciálních dodavatelů ze zadávacího řízení stanovením takto přísného kritéria.
20. Dle navrhovatele je nutné považovat za nepřiměřeně přísný také požadavek na seznam realizovaných stavebních prací, a to z následujících důvodů. V první řadě se navrhovateli jeví jako neodůvodněný požadavek na realizaci zakázky v hodnotě 150 mil. Kč, která se rovná předpokládané hodnotě veřejné zakázky. Stanovením takto vysokého limitu zadavatel vylučuje z účasti dodavatele, kteří dosud neměli příležitost takovou zakázku realizovat a uzavírá tak zadávací řízení jen pro velké dodavatele. Přitom je dle navrhovatele nutné mít na paměti, že Organic Rankine Cycle (organický Rankinův cyklus) stále patří mezi netradiční tepelné oběhy a toto odvětví se stále dynamicky vyvíjí. Výrobce ORC modulů Adoratec na svých webových stránkách uvádí pouhých 22 referencí. Odhaduje se, že v celé Evropě bylo dosud realizováno přibližně 200 zakázek tohoto druhu, tedy nepoměrně méně, než v jiných stavebních odvětvích. Je proto zřejmé, že požadavek minimálně 10 realizací, které kumulují obory pozemního stavitelství, energetiky a technologie ORC spolu s požadavkem na realizaci jedné stavby energetiky, případně technologie ORC o minimální velikosti 150 mil. Kč, velmi výrazně omezují okruh potenciálních dodavatelů, ačkoliv pro takto přísné kvalifikační předpoklady není důvod. Pro srovnání lze uvést, že v oblasti pozemních staveb je obvykle požadováno prokázání realizace tří, výjimečně pěti staveb s hodnotou obvykle do dvou třetin až tří čtvrtin předmětné zakázky, v závislosti na absolutní výši předpokládané hodnoty zakázky.
21. Navrhovatel v souvislosti s výše uvedeným poukazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 5. června 2008, sp. zn. 1 Afs 20/2008, ve kterém bylo vysloveno, že za skrytou formu nepřiměřené diskriminace je třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku mohou splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.

22. Navrhovatel má za to, že stanovení ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu obratu a technického kvalifikačního předpokladu seznamem stavebních prací, jak je stanovil zadavatel, je právě takovou skrytou diskriminací. Taková kombinace kvalifikačních předpokladů předem bezdůvodně vylučuje ze soutěže jiné dodavatele, kteří mají zájem o realizaci předmětné veřejné zakázky, a tedy porušuje zákaz diskriminace upravený v § 6 zákona.
23. K nedodržení lhůt v zadávacím řízení navrhovatel uvádí, že podle § 40 odst. 6 zákona platí, že pokud provede zadavatel úpravy v uveřejněném vyhlášení podle § 147 odst. 8 zákona, je současně povinen přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení nebo lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy.
24. Navrhovatel dále uvádí, že oznámení o zakázce zveřejnil zadavatel dne 14.12.2010 a stanovil v něm lhůtu pro podání nabídek do 15.2.2011. O jeden měsíc později, dne 14.1.2011, zveřejnil zadavatel podstatné změny v oznámení o zakázce ze dne 14.12.2010, a to zvýšení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a úpravu popisu veřejné zakázky. Zároveň prodloužil lhůtu pro podání nabídek do 22.2.2011. Navrhovatel poznamenává, že řádné i opravné oznámení o zakázce obsahovalo nejasný požadavek na doložení technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 zákona, a to seznamem stavebních prací prostřednictvím 10 osvědčení na stavby v oboru pozemního stavitelství, energetiky a technologie ORC.
25. Dne 7.2.2011 zaslal zástupce zadavatele navrhovateli dodatečné informace, ve kterých se v odpovědi č. 2 vyjádřil k otázce, zda referenční stavba musí splňovat všechny 3 charakteristiky současně. Na to navrhovatel uvádí, že teprve tímto sdělením zadavatel odstranil pochybnosti o tom, že je vyžadováno 10 referencí, které vyhovují požadavku všech tří oborů. V tak krátké lhůtě však dle navrhovatele nebylo možno reference doložit, resp. vyhledat partnery, kteří by je splňovaly.
26. Dle navrhovatele zadavatel uvedeným postupem znevýhodnil dodavatele, kteří sami nesplňují uvedený kvalifikační předpoklad a pokud měli zájem zakázku realizovat, museli si zajistit účast ve sdružení s dodavatelem, který je splňoval. Tím zadavatel porušil ustanovení § 39 a § 40 zákona a současně zákaz diskriminace upravený § 6 zákona.
27. Závěrem navrhovatel požaduje, aby Úřad po provedení přezkumu napadaných úkonů zadavatele vydal rozhodnutí, v němž by uvedl, že zadavatel nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený v ustanoveních § 6, § 39, § 40, § 44 až § 46 zákona tím, že předmět veřejné zakázky vymezil tak, že mu vyhovují pouze výrobky konkrétních dodavatelů, stanovil nepřiměřeně přísné kvalifikační předpoklady a nedodržel zadávací lhůty, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jako opatření k nápravě navrhovatel Úřadu navrhuje zrušit předmětné zadávací řízení.
28. Navrhovatel současně navrhl, aby Úřad vydal ve smyslu § 117 odst. 1 zákona předběžné opatření, jímž by zadavateli zakázal uzavřít smlouvu v zadávacím řízení až do okamžiku nabytí právní moci rozhodnutí v tomto správním řízení.

Vyjádření zadavatele k návrhu

29. Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 25.3.2011 a dokumentaci o zadání veřejné zakázky obdržel Úřad dne 29.3.2011. K tvrzení navrhovatele o úzce vymezeném předmětu veřejné zakázky zadavatel uvádí, že na základě skutečností uvedených v návrhu požádal zpracovatele

projektu o jeho odborné stanovisko, jež je součástí vyjádření ze dne 25.3.2011, k jednotlivým skutečnostem. Zadavatel dodává, že při seznamování se s technologickými možnostmi spalování biomasy a využití ORC systému dospěl k názoru, že potenciálních dodavatelů v České republice a zejména v Evropské unii je celá řada, což potvrzuje i navrhovatel, kdy uvádí, že došlo k faktickému vyloučení části potenciálních dodavatelů ze zadávacího řízení, aniž se tohoto řízení sám zúčastnil podáním nabídky. Pokud pak zákon dovoluje zadavateli stanovit kritéria, předpokládá zadavatel, že stanovením kritérií neporuší zákon.

30. K tvrzení vztahujícímu se k vymezení ekonomického a technického kvalifikačního předpokladu zadavatel konstatuje, že vzhledem k očekávané hodnotě díla má v úmyslu vybrat ekonomicky silného a technicky zdatného dodavatele. Zadavatel se tedy domnívá, že jeho požadavek je oprávněný. Zadavatel uvádí, že rozhodnutí o přezkoumání námítky bylo navrhovateli zasláno dne 3.3.2011 a bylo převzato navrhovatelem 7.3.2011. Námítka, že požadavky na reference nebyly zcela jasné a musely být dodatečně vysvětlovány, není dle zadavatele zcela relevantní, neboť z pěti uchazečů o veřejnou zakázku se k tomuto tématu dotazoval zejména navrhovatel a částečně jeden z dalších uchazečů. Dodatečnými informacemi byly předmětné kvalifikační požadavky dostatečně a včas objasněny s cílem najít dodavatele, který má s dodávkou navržené technologie ověřené zkušenosti.
31. K nedodržení lhůt v zadávacím řízení zadavatel uvádí, že toto tvrzení jednoznačně odmítá, neboť první zveřejnění v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14.12.2010 pod evidenčním číslem 60053958 a dne 14.1.2011 byla ve stejném médiu a pod stejným číslem uveřejněna pouze změna. V úředním věstníku Evropské unie bylo oznámení o zakázce zveřejněno pod značkou 361383 ve vydání 50/2010 dne 15.12.2010. Nové zveřejnění bylo provedeno ve stejném médiu pod značkou 361708 ve vydání 51/2010 dne 22.12.2010. Zadavatel konstatuje, že vzhledem k tomu, že zadávací lhůta končila dne 22.2.2011 byl zákon dodržen.
32. Součástí vyjádření zadavatele ze dne 25.3.2011 bylo vyjádření zpracovatele projektu Ing. Zdeňka Kaimy, jednatele společnosti K.M.P. control, spol. s r.o., IČ: 60708646, se sídlem kpt. Jaroše 639, 674 01 Třebíč (dále jen „zpracovatel projektu“), ze dne 28.3.2011, v němž se zpracovatel projektu vyjádřil k jednotlivým námitkám uvedeným v návrhu (viz odstavec 10 v tomto rozhodnutí). Zpracovatel projektu rovněž uvedl, že zadání projektu bylo provedeno na základě návrhů projektanta, který měl zkušenosti z podobných prohlídek provozů ORC v Německu, Itálii a i v České republice, a požadavků investora a jeho technického týmu na provoz, spolehlivost a ekonomiku celého zdroje. Z uvedeného dle zpracovatele projektu plynuly požadavky na projektanta vedoucí k spolehlivému a ekonomickému provozu ORC systému a jeho periférií již v projekční části. Při všech návrzích projektant hledal taková technická řešení, která zajistí minimalizaci rizika odstávek ORC a tím co nejekonomičtější a provozně nejvýhodnější provoz všech zařízení.

Řízení u Úřadu

33. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
- zadavatel a
 - navrhovatel.

34. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S100/2011/VZ-4559/2011/530/RNi ze dne 29.3.2011. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S100/2011/VZ-4561/2011/530/RNi ze dne 29.3.2011 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Uvedeným usnesením Úřad rovněž stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonů – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení.
35. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S100/2011/VZ-5087/2011/530/RNi ze dne 1.4.2011 vydal na návrh navrhovatele předběžné opatření, jímž byl zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

Vyjádření účastníků správního řízení

36. Dne 8.4.2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 7.4.2011, v němž zadavatel uvádí, že předmětnou veřejnou zakázku řeší prostřednictvím odborných firem v oboru projektové a inženýrské činnosti, se kterými má uzavřeny smluvní vztahy. Zadavatel není technicky a právně tak zdatný, aby mohl posoudit, jaký je potřebný projektový rozsah zadávací dokumentace, který specifikuje předmět plnění díla a limity, které stanovují potenciální dodavatele předmětu plnění. Z pohledu dodržení zákona byla rovněž zasmulována odborná inženýrská společnost, která odborně řídí celý průběh zadávacího řízení. Zadavatel konstatuje, že k celé této záležitosti již vydal několik rozhodnutí, které jsou součástí zaslané dokumentace v originále na Úřad dne 25.3.2011, za kterými si stojí a vyjádření v těchto rozhodnutích považuje za relevantní.
37. Ke stanovení ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu zadavatel uvádí, že výše minimálního obrátu uchazeče byla stanovena po poradě s projektantem stavby a finančními ústavy, se kterými zadavatel projednává financování svého podílu investice ve výši 50% celkových nákladů. Cena stanovená v kontrolním rozpočtu této veřejné zakázky není cenou celkových nákladů, jedná se jen o část v rozsahu cca 85% celkové předpokládané investice. Má-li se tato realizace uskutečnit, musí zadavatel respektovat i požadavky příslušných finančních ústavů, které budou tento projekt financovat. V tomto zadávacím řízení, které řeší dotovanou část investice v rámci OPPI prostřednictvím implementační agentury CzechInvest, byly stanoveny předpokládané náklady předmětu plnění 165.062.047,- Kč bez DPH. Banky po poradě s projektantem požadují termín realizace max. 12 měsíců. Platební podmínky, které jsou pro budoucího dodavatele závazné, např. fakturace po 30% objemu plnění či 60 dnů splatnost faktur.
38. Zadavatel dále uvádí, že z pohledu projektanta o dodávce specifické technologie a z údajů o realizaci stavební připravenosti vyšel požadavek projektanta na velikost dodavatelské firmy, která bude schopna veřejnou zakázku financovat a technicky zabezpečit. Zadavatel konstatuje, že předmět plnění veřejné zakázky je tak specifický a technologicky náročný, že může být přirovnán k výstavbě malého bloku elektrárny. Dle navrhovatele se jedná o specifickou dodávku se specifickou zakázkovou technologií, jejíž výroba trvá minimálně 5 měsíců, přičemž zahraniční dodavatelé požadují vždy minimálně 60% zálohovost na výrobu komponentů. Zadavatel a projektant má propočítáno, že uchazeči musí disponovat min. 100 mil. Kč, které budou schopni vložit během realizace do tohoto projektu, což budou požadovat před realizací díla doložit i finanční ústavy.

39. Průměrná ziskovost dodavatelských firem podle údajů Českého statistického úřadu se pohybuje mezi 8 až 12%, z čehož dle zadavatele vyplývá, že obrat příslušných potenciálních dodavatelů se pohybuje ve výši 800 až 1.200 mil. Kč ročně. Stanovená hodnota velikosti dodavatele s obratem 950 mil. Kč ročně je z pohledu zadavatele nediskriminační, oprávněná a podložená požadavky financujících finančních institucí. Zadavatel si nemůže dovolit, aby se dodavatelem stal uchazeč, který se v průběhu plnění veřejné zakázky dostane do ekonomických problémů a následně svojí nezodpovědností dostane do těchto problémů i zadavatele, který tak nesplní podmínky poskytovatele dotace. Zadavatel ve výzvě pro podání nabídky ani v zadávací dokumentaci nemá povinnost rozepisovat uchazečům důvody, proč stanovil určité specifické limity na velikost dodavatele, uvedl pouze požadovaný obrat za poslední 3 roční období.
40. Zadavatel rovněž konstatuje, že navrhovatel byl na splnění této podmínky připraven a nedělala mu žádný problém, neboť jeho záměrem bylo podat nabídku ve sdružení s firmou Metrostav Praha, a.s., s jejímž zástupcem se účastnil prohlídky staveniště, aniž si vyžádal zadávací dokumentaci takto složitěho předmětu plnění. Navrhovatel byl plně seznámen s problematikou a požadoval na zadavateli odpovědi na dodatečné informace. Zadavatel ho při tomto jednání odkázal na písemnou formu, kterou následně předložila společnost Metrostav Praha, a.s.
41. Ke stanovení technických podmínek předmětné veřejné zakázky zadavatel uvádí, že stanovení technických podmínek předmětné veřejné zakázky bylo uvedeno v projektové dokumentaci, jež byla součástí zadávací dokumentace. Zadávací dokumentace obsahovala také stanovení technických podmínek a specifikací, tedy seznam norem a předpisů platných k datu vypsání zadávacího řízení. Zadavatel dále odkazuje na vyjádření zpracovatele projektu ze dne 28.3.2011 a dodává, že se s ním plně ztotožňuje.
42. Dne 11.4.2011 obdržel Úřad od navrhovatele žádost o nahlédnutí do správního spisu z téhož dne. Dne 12.4.2011 bylo zástupci navrhovatele na základě předložené plné moci ze dne 19.1.2011 umožněno nahlédnout do spisu správního řízení.
43. Dne 14.4.2011 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele ze dne 12.4.2011, v němž navrhovatel konstatuje, že dne 12.4.2011 se v rámci nahlížení do spisu seznámil s podklady pro rozhodnutí. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 22.2.2011 dle navrhovatele vyplývá, že po uveřejnění oznámení o předmětné veřejné zakázce bylo vydáno 5 kusů paré zadávací dokumentace. V konečném důsledku však byla podána pouze jediná nabídka představovaná sdružením za účasti výrobců Maxxtec a Mawera. Ostatní uchazeči nebyli objektivně schopni bezdůvodně a protiprávně zužující kritéria splnit. Tato informace dle navrhovatele přímo dokazuje a potvrzuje již dříve vyjádřené podezření, že veřejná zakázka byla zadána tak, aby jí mohla vyhovět jediná dodávaná technologie, ačkoliv existuje obdobné konkurenční řešení. Již před otevřením obálek navrhovatel dokázal přesně specifikovat, které jediné možné výrobky jsou neoprávněně preferovány a kterým je zakázka připravena „na míru“ a naopak, že navrhovatel jako dodavatel zařízení Turboden, stejně jako jiní potenciální uchazeči, je ze zadávacího řízení bezdůvodně vylučován. V tomto směru odkazuje navrhovatel na článek III návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ze dne 12.3.2011.
44. Ohledně kvalifikačního předpokladu obratu ve výši 950 mil. Kč za poslední tři účetní období v každém roce má navrhovatel za to, že zadavatel nedoložil žádné přesvědčivé zdůvodnění

pro takto stanovený požadavek a stále považuje tento kvalifikační předpoklad za bezdůvodně zužující.

45. Vzhledem k uvedenému navrhovatel nadále trvá na svém přesvědčení, že došlo k porušení zákona zadavatelem ve skutečnostech uvedených v návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ze dne 12.3.2011. Navrhovatel proto žádá, aby Úřad po provedení přezkumu napadených úkonů zadavatele vydal rozhodnutí, jak je navrhováno ve výše citovaném návrhu navrhovatele.
46. Dne 16.8.2011 obdržel Úřad od zadavatele žádost o nahlédnutí do správního spisu z téhož dne. Dne 16.8.2011 bylo zadavateli umožněno nahlédnout do spisu správního řízení.
47. Dne 16.8.2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel reaguje na vyjádření navrhovatele ze dne 12.4.2011. K tvrzení navrhovatele, že ostatní uchazeči nebyli objektivně schopni bezdůvodně a protiprávně kritéria splnit, zadavatel uvádí, že dle jeho informací se ostatní účastníci výběrového řízení nezúčastnili z důvodu nesplnění některých kvalifikačních podmínek. Především z důvodů, že tyto firmy jsou zaměřeny na stavební činnost, proto pro malý objem stavebních prací a velkých subdodávek technologie nespĺnily kvalifikační předpoklad procentuální výše subdodávek, který je dán pro veřejnou zakázku. V případě dalších právních forem společností účastnících se veřejné zakázky, jako například sdružení, by musela stavební firma držet veškeré garance za celý technologický celek, což je z hlediska garancí velmi náročné. Jejich ekonomický přínos by byl vzhledem k velikosti veřejné zakázky neúměrně malý, tudíž nerentabilní.
48. K tvrzení navrhovatele, že zadávací dokumentace obsahuje projekt, kde je navržena jediná technologie, kterou zadavatel akceptuje, ačkoliv existuje konkurenční řešení, zadavatel opětovně uvádí, že celou veřejnou zakázku řeší prostřednictvím odborných firem. Z hlediska zvolené technologie a parametrů je to generální projektant – firma K.M.P. control, spol. s r.o. Třebíč. Zadavatel není technicky zdatný, aby mohl posoudit, jaké jsou parametrické rozdíly v technologii. Zadavatel požadoval provozně účinné zařízení, které bude minimalizovat provozní náklady a bude zaručovat maximální provozní parametry. Zadavatel již v minulosti požádal generálního projektanta o vyjádření a toto vyjádření opětovně přikládá.
49. Zadavatel dále uvádí, že z návrhu navrhovatele dedukuje snahu této společnosti využít Úřad k tomu, aby vydal bezprecedentní výrok, který v konečné podobě bude mít za následek, že zadavatelé si nebudou moci stanovit požadovanou kvalitu veřejné zakázky zadanou technickými parametry, ale budou se muset spokojit s náhražkami, které jim dodavatelé budou vnucovat pod jejich ujištěním, že je vše dle původního zadání veřejné zakázky. Zadavatel potvrzuje, že vymezil předmět plnění „úzce“, jasně v zadávací dokumentaci specifikoval technické parametry technologie, požaduje budoucí provoz rentabilní a ekonomicky stabilní. To je dle zadavatele to, co Úřad považuje za správné a každému zadavateli to doporučuje, tedy jasně specifikovat předmět plnění v zadávací dokumentaci a všem uchazečům dát stejné podmínky. Jasnou specifikaci požadují i financující ústavy, které nad celou touto akcí budou přebírat záštitu, investici dosahující 200 mil. Kč lustrují, hodnotí a v neposlední řadě ji budou financovat. Zadavatel konstatuje, že v okamžiku rozhodnutí se pro realizaci takovéto investice, nemůže tušit, že na trhu je „někdo“, kdo o sobě tvrdí, že „něco“ vyrábí se stejnými technickými parametry, napíše dopis, v němž žádá o vyjádření zadavatele o alternativě své dodávky, aniž by doložil, jaké technické parametry tato

alternativa má, doložil doklady a ujištění pro finanční ústavy, které tuto akci budou financovat.

50. Závěrem zadavatel konstatuje, že z pohledu dodržení zákona byla rovněž zasmulvněna odborná inženýrská společnost, která odborně řídí celý průběh zadávacího řízení. Zadavatel uvádí, že k celé této záležitosti vydal již několik rozhodnutí, které jsou součástí zaslané dokumentace výběrového řízení v originále na Úřad dne 25.3.2011, za kterými si stojí a vyjádření v těchto rozhodnutích považuje za relevantní.
51. V rámci citovaného vyjádření ze dne 16.8.2011 zadavatel rovněž žádá Úřad, aby požádal generálního projektanta o stanovisko k problematice stanovení technických podmínek veřejné zakázky, případně nezávislou projektovou firmu.

Závěry Úřadu

52. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu s § 45 odst. 3 zákona, když stanovil technické podmínky tak, že určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu a vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže a s § 44 odst. 9 zákona, když stanovil technické podmínky tak, že obsahovaly odkazy a požadavky na specifické označení zboží a tento postup vedl ke zvýhodnění určitého dodavatele a výrobku. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
53. Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
54. Podle § 44 odst. 3 písm. b) zákona musí zadávací dokumentace obsahovat alespoň technické podmínky (§ 45), je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky.
55. Podle § 44 odst. 4 písm. a) zákona musí zadávací dokumentace veřejných zakázek na stavební práce obsahovat kromě náležitostí uvedených v odstavci 3 příslušnou dokumentaci podle zvláštního právního předpisu nebo jinou technickou dokumentaci zpracovanou do podrobností, které specifikují předmět veřejné zakázky v rozsahu nezbytném pro zpracování nabídky.
56. Podle § 44 odst. 9 zákona není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky na 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. Zadavatel v takovém případě umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.
57. Podle § 45 odst. 2 zákona se technickými podmínkami v případě veřejné zakázky na stavební práce rozumí souhrn všech technických popisů, které vymezují požadované technické

charakteristiky a požadavky na stavební práce, a současně dodávky a služby související s těmito stavebními pracemi, jejichž prostřednictvím je předmět veřejné zakázky na stavební práce popsán jednoznačně a objektivně způsobem vyjadřujícím účel použití zamýšlený zadavatelem.

58. Podle § 45 odst. 3 zákona technické podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Odůvodňuje-li to předmět veřejné zakázky, zohlední zadavatel při stanovení technických podmínek požadavky přístupnosti osob se zdravotním postižením nebo dostupnosti pro všechny uživatele.
59. Podle § 45 odst. 4 zákona zadavatel formuluje technické podmínky jedním ze způsobů uvedených v § 46 odst. 1, 2, 4 a 5.

K porušení § 45 odst. 3 zákona – stanovení technických podmínek

60. V zadávací dokumentaci v části A. Předmět plnění veřejné zakázky je mimo jiné uvedeno, že vlastní termoolejový kotel je připevněn na obratovou komoru a podepřen ocelovou konstrukcí, která jeho hmotnost přenesou na podlahu kotelny. Bude vybaven automatickým systémem čištění konvekčních ploch za plného provozu a po celé ploše od horního až po spodní závit. Čištění pomocí pevných dýz je nepřípustné.
61. V technické zprávě PS01 Kotelna, jež byla součástí projektové dokumentace, v části 3.2.1 Termoolejový kotel je mimo jiné uvedeno, že termoolejový kotel speciálně koncipovaný pro připojené zařízení na výrobu elektrické energie, který je vybaven konvekčními topnými plochami, obsahuje automatické očišťování a má dva termoolejové ekonomizéry, které výrazně snižují výstupní teplotu spalin ve srovnání s běžnými termoolejovými kotli a tím přispívají k většímu využití elektrické energie. Automatické očišťování teplosměnné plochy pracuje během provozu kotle. Čištění se provádí pomocí žárovzdorné hadice, která čistí trubky kotle po jejich celé ploše od horního až po spodní závit. Čištění pomocí pevně instalovaných trysek, které stále ofukují identická místa na trubkách, je nepřípustné. Automatické očišťování teplovýměnných ploch je napojeno na zdroj stlačeného vzduchu, který je součástí dodávky technologie. Příslušenství stlačeného vzduchu bude umístěno v technologické místnosti na výškové úrovni 4,4 m.
62. Z dokumentu Seznam dokumentace pro stavební povolení a výběrové řízení, který byl součástí zadávací dokumentace a který podepisovali zájemci o zadávací dokumentaci při jejím převzetí, vyplývá, že součástí zadávací dokumentace, kterou zájemci o ni obdrželi, byl také kompaktní datový disk, který obsahoval kompletní zadávací dokumentaci. Dne 29.3.2011 obdržel Úřad od zadavatele zadávací dokumentaci k předmětné veřejné zakázce, jejíž součástí byl rovněž kompaktní datový disk. Ve složce F.3_PS01 Kotelna, která je podsložkou složky PD ORC, se nachází dokument PS01-VYKAZ_VYM-v20_7_2010, jehož obsahem je výkaz výměr objektu PS01 Kotelna, a v němž zadavatel pod položkou č. 56 požaduje dodání systému automatického očišťování výhřevných ploch Airmaxx IV. Naproti tomu ve složce Výkazy výměr ORC, která je taktéž na kompaktním datovém disku, v dokumentu označeném PS01-VYKAZ_VYM-v25_8_2010, jehož obsahem je rovněž výkaz výměr objektu PS01 Kotelna, požaduje zadavatel pod položkou č. 56 dodání systému automatického očišťování výhřevných ploch pomocí pohyblivých trysek umístěných na žárovzdorných hadicích.

63. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 22.2.2011 Úřad zjistil, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel pouze jedinou nabídku, a to nabídku sdružení níže uvedených účastníků (dále jen „sdružení“):
- TENERGO Brno, a.s., IČ: 26219417, se sídlem Křenová 65, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Petr Horák, předseda představenstva, a Ing. Vladimír Buchan, člen představenstva,
 - Maxxtec AG, IČ: HRB 341827, se sídlem Breite Seite 1, 748 89 Sinsheim, Německo, za niž jedná Dipl. Ing. Hans Sanzenbacher, člen představenstva,
 - Viessmann, spol. s r.o., IČ: 48948365, se sídlem Chrášťany 189, 252 19 Rudná u Prahy, za niž jedná Miroslav Janda, jednatel,
 - EKOL, spol. s r.o., IČ: 41600983, se sídlem Křenová 65, 602 00 Brno, za niž jedná prof. Ing. Stanislav Veselý, CSc., jednatel.
64. Na internetových stránkách www.maxxtec.net společnosti Maxxtec AG, Breite Seite 1, 74889 Sinsheim (dále jen „společnost Maxxtec AG“), jež byla jedním z účastníků sdružení, je jako jeden z dodávaných produktů uveden Airmaxx 4. Z propagačních materiálů k tomuto výrobku vyplývá, že se jedná o systém plně automatického čištění výhřevných ploch u dvoutahových a třítahových spalinových kotlů, přičemž čištění probíhá za nepřetržitého provozu kotle. Čištění topných ploch probíhá prostřednictvím pohybujících se žáruvzdorných trysek, a to pomocí stlačeného vzduchu. Umístění čistících trysek a čistící cyklus je programováno přímo na místě na servisním panelu. Produkt Airmaxx 4 je patentem výše uvedené společnosti, účastníka sdružení, jež podalo nabídku.
65. K tvrzení navrhovatele vztahujícímu se k požadavku systému automatického očištění teplosměnné plochy kotle zpracovatel projektu ve svém vyjádření ze dne 28.3.2011 uvedl, že požadavek na takový způsob řešení vznikl na základě návrhu projektanta po konzultaci s investorem a jeho týmem techniků, mezi nimiž došlo ke všeobecné shodě, že tento způsob čištění výměníku je jednoznačně a technicky zdůvodnitelně nejlepší a pro materiál výměníků bezpečný. Zásadní nevýhodou někde používaných pevně instalovaných dýz je dle něj ten, že ofukují tlakem neustále maximální intenzitou jedno místo na termoolejovém kotli (výměníku). Spaliny obsahují prachové částice, které při ofuku působí abrazívně, čímž po určité době dochází k oslabení materiálu trubek ve výměníku a případnému proděravění, což znamená významné poškození zařízení a jeho odstávku a vyvolané náklady na opravu a provozní ztráty. Investiční rozdíl mezi jednotlivými řešeními nebude významný, rozdíl v technické úrovni zásadní. Návrh projektanta preferuje moderní technické a bezpečné řešení zajišťující provozní spolehlivost. Při projektem zadaným způsobem čištění dochází k rovnoměrnému čištění celé teplovýměnné plochy a ne k zátěži jednoho místa. Zpracovatel projektu konstatoval, že nezná patentová práva k tomuto technickému řešení a uvedl, že pokud k němu nějaká patentová omezení existují, pak má každý možnost si u držitele patentu zabezpečit smluvně jeho práva a využívat je. Pokud je nějaké patentové řešení nejvýhodnější, nevidí zpracovatel projektu důvod, proč by měl navrhovat řešení z jeho pohledu méně výhodná.
66. V zadávací dokumentaci zadavatel uvedl, že bude-li zadávací dokumentace obsahovat jakékoli požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení výrobků a služeb, které platí pro určitého podnikatele nebo jeho organizační složku

za příznačné, patenty či vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu je možno použít i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení.

67. V části zadávací dokumentace Oceněný výkaz výměr zadavatel mimo jiné požadoval, aby nabídka obsahovala zcela vyplněný položkový výkaz výměr, který byl součástí zadávací dokumentace jak v tištěné, tak i v elektronické podobě. Uchazeč je dle pokynů zadavatele povinen při oceňování výkazu výměr dodržet jeho strukturu a členění na jednotlivé části, ocenit bez výjimek veškeré položky a dodržet obsahovou náplň jak v definované kvalitě, tak i množství. Ocenění jakékoli položky cenou 0,00 Kč bude zadavatelem považováno jako nesoulad s požadavkem zadavatele a hodnotící komise vyřadí nabídku z dalšího posuzování. Jednotkové ceny uvedené ve výkazech výměr jsou cenami pevnými po celou dobu realizace předmětu veřejné zakázky. Zadavatel dále uvedl, že za soulad mezi dodavatelem oceněnými výkazy výměr a neoceněnými výkazy výměr předloženými zadavatelem (jak v množství, tak v definované kvalitě) je odpovědný dodavatel. V případě jakéhokoliv nesouladu může hodnotící komise vyžadovat vyjasnění nabídky ve smyslu ustanovení § 76 odst. 3 zákona. Pokud bude existovat nesoulad mezi výše definovanými výkazy výměr, jako příklad zadavatel uvádí chybějící položky, přebývající položky, nesprávné množství měrných jednotek, atd., a bude mít podstatný vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nabídku vyřadí z dalšího posuzování.
68. Jak již bylo výše uvedeno, ustanovení § 45 odst. 3 zákona stanoví, že technické podmínky nesmí být stanoveny takovým způsobem, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže.
69. Úřad v této věci konstatuje, že při posuzování stanovených technických podmínek z hlediska dodržení požadavků § 45 odst. 3 zákona, není rozhodující jejich přílišná podrobnost či detailnost vymezených požadavků. Rozhodující skutečností je, zda určitým způsobem stanovené technické podmínky jsou definovány diskriminačním způsobem, tj. zda zaručují určitým dodavatelům konkurenční výhodu nebo neodůvodněně brání hospodářské soutěži. Naplnění této charakteristiky však musí být vždy posuzováno z hlediska povahy konkrétního výrobku. Identická technická podmínka může znamenat u určitého druhu výrobku diskriminační způsob jejich stanovení, u jiného tomu tak být nemusí.
70. V šetřeném případě požadoval zadavatel specifický způsob automatického očišťování teplosměnné plochy kotle, přičemž požadavek na výše uvedený produkt byl zadavatelem stanoven natolik úzce, že jej mohl splnit pouze jediný výrobce, a to společnost Maxxtec AG, která si tento produkt patentovala. Tuto skutečnost potvrzují jak propagační materiály společnosti Maxxtec AG, tak i výkaz výměr zadavatele, který Úřad obdržel dne 29.3.2011 na kompaktním datovém disku „Zadávací dokumentace ORC, PD, VV, Přílohy“ spolu se zadávací dokumentací k předmětné veřejné zakázce (viz bod 62 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Ve výkazu výměr PS01-VYKAZ_VYM-v20_7_2010, který je součástí složky F.3_PS01 Kotelna, která je podsložkou složky PD ORC, zadavatel v rámci položky č. 56 uvedl přímý odkaz na produkt Airmaxx 4, přičemž z dokumentu „Seznam dokumentace pro stavební povolení a výběrové řízení“ vyplývá, že nedílnou součástí kompaktního datového disku, který obdrželi zájemci o zadávací dokumentaci, byla rovněž složka PS 01. Kotelna, tedy citovaný výkaz výměr, který obsahoval odkaz na konkrétního výrobce, a to společnost Maxxtec AG.

71. Úřad dále poznamenává, že z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 22.2.2011 je zřejmé, že zadavatel obdržel v zákonné lhůtě pro podání pouze jednu nabídku, a to od sdružení, jehož účastníkem byla rovněž společnost Maxxtec AG, která je dodavatelem předmětného produktu. V důsledku toho bylo ostatním potenciálním uchazečům znemožněno se zadávacího řízení účastnit, neboť žádný z těchto potenciálních uchazečů nemohl vzhledem k § 69 odst. 2 zákona zajistit tento produkt v rámci subdodávky.
72. V souvislosti s uvedeným 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 uvedeno, že účelem výše citovaného je zabránit tomu, aby zadávací podmínky byly skrytým nástrojem či prostředkem diskriminace dodavatelů. Jedním z účelů veřejných zakázek je totiž i snaha o umožnění co nejširší konkurence v soutěži o získání veřejné zakázky.
73. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel je při formulaci technických podmínek povinen dodržovat zásady nediskriminace. Vymezením technických podmínek nesmí bezdůvodně zvýhodnit či znevýhodnit některé dodavatele. Pokud by technické podmínky byly stanoveny bezdůvodně přísně, mohlo by jít o jednání, které brání hospodářské soutěži. Stanovení bezdůvodně přísných technických podmínek by mohlo být považováno za jednání, které brání hospodářské soutěži, a to jak ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce, tak obecně, neboť z této soutěže 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 směrnicích EU, je zajištění nediskriminačního přístupu zahraničních dodavatelů, resp. dodavatelů z jiných členských států EU k veřejným zakázkám zadávaným v České republice.
74. Úřad v této věci konstatuje, že výše uvedené neznamena, že je zadavatelům upírána možnost stanovit technické podmínky dle vlastních potřeb. Technická specifikace však nesmí být diskriminační a musí vždy umožnit dodavatelům poskytnout technicky a kvalitativně obdobná řešení. V předmětné veřejné zakázce specifikace požadavků zadavatele na systém automatického čištění teplosměnných ploch kotle byla stanovena příliš úzce. Nadto technologie popsaná zadavatelem v zadávací dokumentaci byla patentována výrobcem daného systému. Jedinou možností potenciálních uchazečů tedy bylo nabídnout zadavateli obdobné technické a kvalitativní řešení. I tato možnost však byla ze strany zadavatele znemožněna, neboť, jak je uvedeno v odstavci 61 odůvodnění tohoto rozhodnutí, dodavatelům nebylo umožněno provádět změny ve výkazu výměr, tedy uvedení hodnoty 0,00 Kč ve výkazu výměr, případně přidání položky s jím nabízeným produktem, a zadavatel považoval nabídnutí obdobného technického a kvalitativního řešení za nepřipustné variantní řešení.
75. To potvrzují dodatečné informace ze dne 7.2.2011, v rámci nichž společnost Metrostav a.s., IČ: 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8 (dále jen „společnost Metrostav a.s.“) vznesla dotaz týkající se specifikování předmětu, který je dle názoru společnosti Metrostav a.s. specifikován a popsán způsobem a který jednoznačně preferuje konkrétního

výrobce. Pro vyloučení pochybností požádala o jednoznačné určení, že vzhledem k závaznému rozhodnutí zadavatele (viz odstavec 60 odůvodnění tohoto rozhodnutí) nebude důvod k vyloučení nabídky, pokud nebude přesně dodržen popis jí uvedených předmětů dodávky, společnost Metrostav a.s. v dotazu uvedla shodný výčet položek jako navrhovatel (viz odstavec 10 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Na to zadavatel odmítl tvrzení společnosti Metrostav a.s, neboť pro výzvu byly použity podklady, které vypracoval autorizovaný projektant a zadavateli není známo, který z výrobců by měl být preferován. Rovněž popis technických parametrů jednotlivých komponentů je dle zadavatele záležitostí autorizovaného projektanta a tento nesmí přímo označit konkrétní výrobek či technologický celek. Zadavatel předpokládá, že se tak nestalo. Položky vytipované společností Metrostav a.s. s dotazem na variantní řešení považuje zadavatel za pokus o zpochybnění zadávacího řízení, neboť ve výzvě je variantní řešení zapovězeno, což dle zadavatele znamená, že se jedná o striktní požadavky.

76. Další dotaz společnosti Metrostav a.s. taktéž v rámci dodatečných informací ze dne 7.2.2011 směřoval na vyplnění výkazu výměr, konkrétně uvedla s odkazem na konstatování zadavatele v části zadávací dokumentace Oceněný výkaz výměr (viz odstavec 61 odůvodnění tohoto rozhodnutí) následující. Přiložený položkový rozpočet a projektová dokumentace jsou provedeny pro instalaci konkrétních typů výrobků, konkrétních výrobců. Detailní položkový rozpočet, kvalitativní vlastnosti a uvedené množství jednotlivých položek vyžaduje použití konkrétních výrobků a neumožňuje použití i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení, i když je toto zařízení dostupné. Společnost Metrostav a.s. se tedy dotázala, zda bude upravený položkový rozpočet považován jako nesoulad s požadavkem zadavatele a hodnotící komise vyřadí nabídku z dalšího posuzování. Dále vznesla dotaz, jak řešit situaci, kdy místo použití termoolejového ohřevu vzduchu, dle společnosti Metrostav a.s. opět používáno pouze jedním výrobcem, použije z hlediska výroby elektrické energie účinnější ohřev vzduchu kouřovými plyny. Závěrem požádala zadavatele o jednoznačné určení posuzování vyplnění položkových rozpočtů. Na uvedené zadavatel konstatoval, že pokud je požadováno dodržení struktury a členění výkazu výměr na jednotlivé části tak nezbyvá nic jiného, než aby byla dodržena. To se týká i požadavku na ocenění veškerých položek a dodržení obsahové struktury. Položkový rozpočet a projektová dokumentace byla a je záležitostí autorizovaného projektanta a je na jeho zodpovědnosti, jak se se zadáním investora vypořádal. Upravený položkový rozpočet tedy bude považován za nesoulad s požadavkem zadavatele. Dle zadavatele není úkolem výběrového řízení hledání technických řešení, neboť tato činnost byla úkolem projektanta.
77. Úřad dále poznamenává, že z výše citovaného je zřejmé, že v případě, že potenciální dodavatel nesplňoval zadavatelem striktně stanovené požadavky v zadávací dokumentaci, jeho účast v zadávacím řízení nebyla možná, neboť mu bylo zabráněno v nabídnutí obdobného technického a kvalitativního řešení, což platí zejména o dalších technických podmínkách, jež jsou zmíněna v návrhu. Zadavatel tak svým jednáním porušil zásadu rovného zacházení a nediskriminace, přičemž tyto zásady jsou jedním ze základních principů, které musí zadavatel aplikovat v procesu zadávání veřejných zakázek. Zásada rovného zacházení přitom vyjadřuje takový postup zadavatele, kdy je zajištěn stejný, neznevýhodňující přístup zadavatele ke všem uchazečům nebo zájemcům, tj. zajištění stejných příležitostí pro všechny zájemce či uchazeče.

78. Úřad upozorňuje také na skutečnost, že zadavatel ve výkazu výměr PS01 Kotelna u položky č. 53 Doprava zařízení spalování biomasy z výrobního závodu (nadrozměrný náklad) uvedl hodnotu 480 km, ve výkazu výměr PS02 Strojovna u položky č. 14 Doprava ORC modulu z výrobního závodu (nadrozměrný náklad) uvedl hodnotu 600 km. Tyto hodnoty však byly zadavatelem pevně stanoveny, aniž by bylo zadavateli známo, odkud bude dodavatel uvedené produkty dovážet. S odkazem na uvedené Úřad poznamenává, že výrobní závody uchazečů, jež podaly nabídku v rámci sdružení, zejména pak uchazeče Viessmann, spol. s r.o., IČ: 48948365, se sídlem Chrášťany 189, 252 19 Rudná u Prahy, a uchazeče Maxxtec AG, IČ: HRB 341827, se sídlem Breite Seite 1, 748 89 Sinsheim, Německo, se svou vzdáleností od hodnoty km uvedených zadavatelem liší téměř zanedbatelně.
79. Úřad rovněž poznamenává, že dle znění ustanovení § 44 odst. 1 zákona za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
80. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval v rozporu s § 45 odst. 3 zákona, neboť stanovil technické podmínky tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu a vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
81. Úřad v této věci uvádí, že vzhledem k tomu, že stanovení byť pouze jedné technické podmínky v zadávací dokumentaci v rozporu s § 45 odst. 3 zákona představuje pochybení zadavatele, jehož nápravu lze sjednat pouze zrušením zadávacího řízení, nepovažuje Úřad za potřebné s ohledem na výše konstatované porušení § 45 odst. 3 zákona při stanovení technických podmínek, vyjadřovat se k dalším v návrhu napadeným technickým podmínkám.

K porušení § 44 odst. 9 v návaznosti na § 6 zákona – odkaz na výrobek konkrétního výrobce

82. Zadavatel v zadávací dokumentaci v části 5. Zadávací řízení uvedl, že varianty nabídky nejsou přípustné. Zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl, že je možno použít i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení.
83. Úřad ze zadávací dokumentace dále zjistil, že součástí výkazu výměr specifikujícího předmět veřejné zakázky, jsou i položky obsahující odkazy na obchodní firmy, názvy a specifická označení zboží, resp. ochranné známky. Jedná se konkrétně o položky uvedené dále formou tabulky, a to podle jednotlivých stavebních objektů výkazů výměr.

číslo položky	popis	množství
SO 01 - 1.3 VZDT		
	REZERVA: Plastové potrubí kondenzátu Js 2" Hostalen	10 bm
SO 01 - Kogenerační zdroj na biomasu		
38	Zdivo nosné vnitřní POROTHERM P+D tl 300 mm pevnosti P 15 na MVC	81,24 m ²
39	Zdivo nosné vnitřní POROTHERM P+D tl 300 mm pevnosti P 10 na MC	159,14 m ²
52	Montáž dílců obvodových stěn nosných i výplňových nekompletizovaných hmotnosti do 3 t- SPIROLL	153 ks
53	Panel stěnový z předpjatého betonu SPIROLL PPD ../166S rozm. 1000x1190x160 mm- informativní cena	1159,06 m ²
54	Příčky POROTHERM P+D tl 140 mm pevnosti P 10 na MVC 5	98,375 m ²
62	Montáž stropních panelů z betonu předpjatého typu Spiroll hmotnosti do 1,5 t v budovy do 18 m	15 ks
63	Panel stropní předpjatý SPIROLL tl. 200 mm	89,88 m
114	Lak asfaltový PENETRAL ALP- 20 kg	0,281 t
116	Zábrana parotěsná PK-BAR SPECIÁL role 1,5 x 50 m	1187,45 m ²
120	Fólie hydroizolační střešní FATRAFOL 810 tl 1,2 mm š 1300 mm šedá	1241,425 m ²
123	Deska minerální střešní izolační ORSIK 600x1200 mm tl.140 mm	955,74 m ²
176	Krytina podlahová homogenní Elektrostatik tl 2,0 mm 608 x 608 mm	10,08 m ²

84. V projektové dokumentaci v části F.1.1 Technická zpráva – zdravotně technické dokumentace v části Vodovod je mimo jiné uvedeno, že teplá užitková voda se bude připravovat také v prostoru výměňkové stanice v akumulčním zásobníku TUV Viessmann Vitocell V-100, kde se napojí rovněž cirkulační potrubí. V části Kanalizace je tamtéž mimo jiné uvedeno, že odpadní voda ze sběrného místa odpadních vod v místnosti 1.01 kotelna bude svedena potrubím DN 70 do přečerpávacího boxu SOV Sanivite Silence. Vpust v místnosti výměníku bude z PP odolávajícímu 80° C a zároveň potrubí vedoucí od této vpusti a pokračující směrem k jímce na vyvážení bude z potrubí Awadukt Rauvia odolávající vysokým teplotám.
85. V projektové dokumentaci v části B. Souhrnná technická zpráva projektu Kogenerační zdroj na biomasu v bodě 12.5 Údaje o spotřebě je součástí tabulka, která obsahuje níže uvedený obsah.

Zařízení	Instalovaný výkon (kW)	Soudobost	Soudobý výkon (kW)
Kotel Mawera	120	1	120

86. Jak vyplývá z ustanovení § 44 odst. 9 zákona, pokud to není odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace obsahovat odkazy nebo specifická označení (dále jen „odkaz“ nebo „název“), pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz nebo název lze připustit pouze výjimečně v případě, že by vymezení předmětů veřejné zakázky provedené technickým popisem nebylo dostatečně přesné a srozumitelné. V takovém případě zadavatel musí pro plnění veřejné zakázky umožnit použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Uvedené ustanovení zákona je transpozicí čl. 23 odst. 8 směrnice č. 2004/18/ES Evropského parlamentu a Rady o

koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, podle kterého technické specifikace nesmějí – pokud nejsou odůvodněny předmětem zakázky – odkazovat na určitou výrobu nebo zdroj nebo konkrétní postup nebo zvýhodnění nebo vyloučení určitých podniků nebo určitých výrobků. Takový odkaz je výjimečně povolen, pokud není možný dostatečně přesný a srozumitelný popis předmětu zakázky podle odst. 3 a 4 téhož článku směrnice; takový odkaz musí být doprovázen slovy „nebo stejného druhu“.

87. Z textů obou právních norem vyplývá, že zadávací dokumentace, resp. její součásti a položky vymezující předmět veřejné zakázky:
- a) je-li to odůvodněno jejich předmětem, mohou obsahovat odkaz nebo název, zadavatel však v takovém případě musí s ohledem na § 45 odst. 3 zákona připustit technicky a kvalitativně obdobné řešení, pokud je to možné. Pokud to možné není, zadavateli taková povinnost nevzniká,
 - b) výjimečně, pokud zadavatel není schopen specifikovat pomocí technických podmínek ve smyslu §§ 45 a 46 zákona, mohou obsahovat odkaz nebo název, zadavatel v takovém případě musí u těchto položek vždy připustit obdobná řešení,
 - c) v ostatních případech zadavatel musí k jejich specifikaci použít technické podmínky ve smyslu §§ 45 a 46 zákona, odkaz nebo název v takovém případě použít nemůže, protože by to vedlo nebo mohlo vést ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých podniků nebo výrobků, a to ani v případě, pokud by zadavatel připustil použití „obdobných řešení“, neboť to je podle zákona vázáno na situaci popsanou pod bodem b).
88. Vycházejí ze zásady transparentnosti zadávacího řízení uvedené v § 6 zákona, resp. s ohledem na možnost případného přezkumu úkonů zadavatele, Úřad konstatuje, že specifikaci předmětu veřejné zakázky postupy uvedenými pod body a) a b) musí být zadavatel také schopen (nejlépe v dokumentaci o veřejné zakázce) odůvodnit a doložit.
89. V šetřeném případě, zadávací dokumentace, resp. výkazy výměr, obsahuje jednotlivé položky, které jsou specifikovány názvy nebo odkazy na konkrétní výrobky a materiály, tak jak je uvedeno výše. Úřad k této skutečnosti konstatuje, že zadavatel důvod k použití těchto forem specifikací nikde v zadávací dokumentaci ani posléze v rámci správního řízení neuvedl. Naproti tomu v zadávací dokumentaci uvedl, že bude-li zadávací dokumentace obsahovat jakékoli požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení výrobků a služeb, které platí pro určitého podnikatele za příznačné, je možno použít i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení. Z uvedeného vyplývá absence důvodů pro použití právě a jen dodávek a materiálů označených zde odkazy a názvy.
90. Nejedná se ani o případ, kdy by zadavatel nebyl schopen jednotlivé položky uvedené ve výkazu výměr popsat pomocí technických podmínek ve smyslu §§ 45 a 46 zákona. Úřad uvádí, že např. vnitřní nosné zdivo či příčky lze popsat požadovanými technickými vlastnostmi, tj. materiálem, rozměry, pevnostními, tepelně či akusticky izolačními vlastnostmi, natolik jednoznačně, že nebyl důvod specifikovat je v zadávací dokumentaci názvem POROTHERM. Obdobně by bylo možné postupovat i u zbývajících položek označených odkazy a názvy.
91. V důsledku takto stanovených technických podmínek v projektové dokumentaci zadavatel zaručil výhodu určitému výrobcí předmětů. Úřad upozorňuje zejména uvedení odkazu na

kotel Mawera a akumulčního zásobníku TUV Viessmann Vitocell V-100, neboť výrobci těchto produktů podali v rámci sdružení jako jediní nabídku.

92. Pro úplnost Úřad opětovně upozorňuje, že možnost nabídnutí obdobného kvalitativního a technického řešení bylo zadavatelem znemožněno, neboť, jak uvedl v dodatečných informacích ze dne 7.2.2011, nabídka obdobného technického či kvalitativního řešení byla zadavatelem považována za variantní, tedy nepřípustné řešení.
93. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 9 zákona, když specifikaci podstatné části předmětu veřejné zakázky použil v zadávací dokumentaci odkazy na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, přičemž postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

K dalším namítaným skutečnostem

Ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady dle § 50 odst. 1 písm. c)

94. Podle § 50 odst. 1 písm. c) zákona splní kvalifikaci dodavatel, který prokáže splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 zákona.
95. Podle § 50 odst. 2 zákona požadavky na prokázání splnění kvalifikace stanoví veřejný zadavatel v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace těchto požadavků může být uvedena v kvalifikační či zadávací dokumentaci.
96. Podle § 55 odst. 1 písm. c) zákona k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele může veřejný zadavatel požadovat předložení údaje o celkovém obratu dodavatele zjištěný podle zvláštních právních předpisů, popřípadě obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky, a to nejvýše za poslední 3 účetní období; jestliže dodavatel vznikl později nebo prokazatelně zahájil činnost vztahující se k předmětu veřejné zakázky později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu za všechna účetní období od svého vzniku nebo od zahájení příslušné činnosti.
97. Podle § 55 odst. 3 zákona je veřejný zadavatel ve vztahu k ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení
 - a) stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů,
 - b) uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a
 - c) vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.
98. V oznámení o zakázce zadavatel v bodu III.2.2) Ekonomická a finanční způsobilost, stejně jako v zadávací dokumentaci, mimo jiné stanovil, že dodavatel doloží údaj o jeho celkovém obratu zjištěný podle zvláštních právních předpisů za poslední 3 účetní období (2007, 2008 a 2009), a to prostřednictvím vyplnění tabulky formuláře, který je součástí zadávací dokumentace, a formou účetní uzávěrky včetně zpráv auditora, přičemž zadavatel požaduje minimální obrat dodavatele ve výši 950 mil. Kč v každém roce.
99. Úřad k tomuto požadavku zadavatele konstatuje, že smyslem prokazování finančních a ekonomických předpokladů je potvrzení schopnosti uchazeče plnit finanční závazky. Je

zřejmé, že řádnou realizaci veřejné zakázky může zajistit pouze způsobilý dodavatel, který zadavateli prokáže svou ekonomickou stabilitu. O své způsobilosti plnit veřejnou zakázku musí dodavatel zadavatele přesvědčit prokázáním kvalifikace tak, aby zadavatel získal jistotu, že plnění bude poskytnuto skutečně způsobilým dodavatelem.

100. Zadavatel podle předmětu veřejné zakázky volí jednotlivá kvalifikační kritéria, kterými vymezuje úroveň způsobilosti dodavatele splnit předmět veřejné zakázky. Z citovaných ustanovení zákona jednoznačně vyplývá, že požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů musí mít přímou souvislost s předmětem veřejné zakázky a musí vyjadřovat objektivně odůvodnitelné požadavky na způsobilost uchazečů k jejímu plnění.
101. Je zřejmé, že pokud by dodavatel dosahoval obratu menšího než je předpokládaná cena veřejné zakázky, pak lze tvrdit, že takový dodavatel by musel použít veškeré své prostředky k plnění jedné veřejné zakázky, čímž by se dostal do ekonomické závislosti na jednom zdroji příjmů a plnění veřejné zakázky by tak mohlo být ohroženo. Na druhé straně požadavek zadavatele na roční obrat uchazeče, který předpokládanou hodnotu veřejné zakázky přesahuje mnohonásobně, obecně nelze označit za přiměřený, jelikož míra rizika spojeného s neplněním veřejné zakázky, s ohledem na její předmět a rozsah, by v takovém případě byla ve zjevném nepoměru s požadavkem zadavatele na úroveň ekonomické stability dodavatele.
102. Z hlediska posouzení oprávněnosti stanovení minimálního obratu ve vztahu k realizaci veřejné zakázky je rozhodná souvislost požadovaného obratu s předmětem šetřené veřejné zakázky, zejména s jejím charakterem. V šetřeném případě bylo předmětem plnění veřejné zakázky vybudování průmyslové novostavby výrobním zařízením spalujícím biomasu za účelem kombinované výroby tepla a elektrické energie technologií ORC. Zadavatel požadoval doložení minimálního obratu během let 2007, 2008 a 2009 ve výši 950 mil. Kč v každém roce uvedeného období. Předpokládaná cena veřejné zakázky činí 165.062.047,- Kč bez DPH, což znamená, že celkový obrat je 5,75 x vyšší než je předpokládaná hodnota veřejné zakázky.
103. Vzhledem k tomu, že Úřad z předložené dokumentace zjistil, že již postupy zadavatele uvedené v bodu I. výroku mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, na základě čehož zadání veřejné zakázky podle § 118 odst. 1 zákona zrušil, dále již nezkoumal případný vliv zadavatelem stanovené výše minimálního požadovaného obratu na možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neboť jakýkoliv závěr týkající se uvedené problematiky nemohl ovlivnit skutečnost, že ve výroku rozhodnutí bude konstatováno zrušení zadání předmětné veřejné zakázky.

Technické kvalifikační předpoklady dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona

104. Podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona splní kvalifikaci dodavatel, který prokáže splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56.
105. Podle § 56 odst. 3 písm. a) k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může veřejný zadavatel požadovat seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatele o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací; tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně.

106. Podle § 56 odst. 7 zákona je veřejný zadavatel ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení
- a) stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů,
 - b) uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a
 - c) vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
107. V oznámení o zakázce zadavatel v bodu III.2.3) Technická způsobilost, stejně jako v zadávací dokumentaci, mimo jiné stanovil, že dodavatel dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona doloží čestné prohlášení, v němž bude uveden soupis 15 osvědčení o řádném plnění prací obdobného charakteru v oboru pozemního stavitelství, energetiky a technologie ORC, přičemž
- 1 osvědčení bude na stavbu energetiky případně technologie ORC o minimální velikosti 150 mil. Kč bez DPH
 - 1 osvědčení bude na stavbu energetiky případně technologie ORC o minimální hodnotě 100 mil. Kč bez DPH
 - 3 osvědčení na stavbu energetiky případně technologie ORC o minimální hodnotě 50 mil. Kč bez DPH
 - 10 osvědčení na stavby v oboru pozemního stavitelství, energetiky a technologie ORC.
108. Taktéž otázku zadavatelem vymezené podoby prokázání technického kvalifikačního předpokladu Úřad dále nezkoumal, neboť zadávací řízení bylo nutno zrušit z důvodů specifikovaných ve výroku I. rozhodnutí.

K neprovedení některých důkazů navržených zadavatelem

109. Podle § 52 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, jsou účastníci správního řízení povinni označit důkazy na podporu svých tvrzení. Správní orgán není návrhy účastníků vázán, vždy však provede důkazy, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci.
110. Správní úřad při své rozhodovací činnosti postupuje v součinnosti s účastníky řízení. Opatřování důkazů přísluší správnímu úřadu, přičemž není vázán návrhy účastníků řízení na provedení důkazů, zejména neprovede důkazy, které jsou nadbytečné, neúčelné, prokazují již známé skutečnosti, ekonomicky nepřiměřeně náročné předmětu řízení apod. Z důkazů navržených účastníky je správní úřad povinen provést ty, které jsou potřebné ke zjištění skutečného stavu věci, přičemž posouzení, které z navržených důkazů provede, je věcí jeho správního uvážení.
111. Úřad v šetřeném případě zjistil skutkový stav věci a vzhledem k tomu, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem, jak je uvedeno výše, a že toto porušení zákona je zřejmé z dokumentace předložené zadavatelem Úřadu, nebylo přistoupeno k provedení důkazu vyžádáním si stanoviska ke stanovení technických podmínek v rámci veřejné zakázky od generálního projektanta či nezávislé projektové firmy.

Ke změně v zadávací dokumentaci

112. Podle § 147 odst. 8 zákona zadavatel může při respektování zásad uvedených v § 6 provést úpravy v uveřejněném vyhlášení; v takovém případě je povinen provedené úpravy uveřejnit

podle odstavců 1 až 3 a oznámit provedení úpravy do 5 dnů ode dne jejího odeslání k uveřejnění všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu.

113. Podle § 40 odst. 6 zákona provede-li veřejný zadavatel úpravy v uveřejněném vyhlášení § 147 odst. 8 zákona, je povinen současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení nebo lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy.
114. V oznámení o zakázce uveřejněného dne 14.12.2010 je v bodě II.2.1) Celkové množství nebo rozsah uvedeno, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 149.500.000,- Kč bez DPH. Lhůta pro doručení žádostí je zde uvedena do 15.2.2011, lhůta pro doručení nabídek do 15.2.2011 a termín pro otevírání obálek s nabídkami dne 15.2.2011.
115. V oznámení o zakázce uveřejněného dne 14.1.2011 je v bodě II.2.1) Celkové množství nebo rozsah uvedeno, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 165.062.047,- Kč bez DPH. Lhůta pro doručení žádostí je zde uvedena do 22.2.2011, lhůta pro doručení nabídek do 22.2.2011 a termín pro otevírání obálek s nabídkami dne 22.2.2011.
116. Součástí souboru zadávací dokumentace doručené zadavatelem Úřadu, nebyly dodatečné informace, jimiž by zadavatel oznámil změnu v zadávací dokumentaci známým zájemcům o ni, přičemž ze zadávací dokumentace vyplývá, že před zveřejněním změny v zadávací dokumentaci byla zadávací dokumentace předána 2 zájemcům.
117. K uvedeným skutečnostem Úřad konstatuje, že vzhledem k tomu, že zadávací řízení bude z důvodů uvedených ve výroku I. tohoto rozhodnutí zrušeno, se dopadem neoznámení změny v zadávací dokumentaci známým zájemcům či uchazečům dále nezabýval.
118. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
119. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě 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.
120. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen "náklady řízení"). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. 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 (dále jen "vyhláška"), stanoví v § 1 odst. 1, že je paušální částkou 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.
121. Vzhledem k tomu, že ve výroku II. tohoto rozhodnutí Úřad zrušil zadávací řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí. 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 19-24825621/0710, variabilní symbol 2011000100.

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 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

otisk úředního razítka

Obdrží:

1. LATOP spol. s r.o., Višňová 130, 391 37 Chotoviny – Červené Záhoří
2. JUDr. Markéta Surgová, advokát, Široká 36/5, 110 00 Praha 1 – Josefov

Vypraveno dne:

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