



UOHSX009F2W8

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0068/2017/VZ-10698/2017/541/JCh

Brno: 28. března 2017

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 16. 2. 2017 z moci úřední, jehož účastníkem je:

- zadavatel – VÍTKOVICE ARÉNA, a.s., IČO 25911368, se sídlem Ruská 3077/135, 700 30 Ostrava,

ve věci přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele – VÍTKOVICE ARÉNA, a.s., IČO 25911368, se sídlem Ruská 3077/135, 700 30 Ostrava – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Dodávka dieselagregátu pro Městský stadion Ostrava“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 2. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 3. 2016 pod ev. č. 630551, ve znění opravy ze dne 18. 4. 2016 a uveřejněno v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 3. 2016 pod ev. č. 2016/S 051-084561, ve znění opravy ze dne 23. 4. 2016,

**rozhodl** takto:

### I.

Zadavatel – VÍTKOVICE ARÉNA, a.s., IČO 25911368, se sídlem Ruská 3077/135, 700 30 Ostrava – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „Dodávka dieselagregátu pro Městský stadion Ostrava“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 2. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 3. 2016 pod ev. č. 630551, ve znění opravy ze dne 18. 4. 2016 a uveřejněno v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 3. 2016 pod ev. č. 2016/S 051-084561, ve znění opravy ze dne 23. 4. 2016, postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona

č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 6 odst. 1 citovaného zákona, když v bodu 2.3 zadávací dokumentace uvedl, že: „Vypočtený minimální potřebný výkon dieselagregátu je 750 kVA/600 kW v provozním režimu záložního napájení osvětlení, tj. při plném konstantním zatížení po celou dobu trvání sportovní akce,“ aniž by blíže specifikoval dobu trvání sportovní akce, z níž by bylo možné určit odpovídající požadované hodnoty výkonu dieselagregátu, přičemž ze zadávací dokumentace tak nelze jednoznačně dovodit, zda zadavatelem požadovaný výkon má být poskytován jako základní výkon (PRP), výrobci také označovaný jako PRIME, nebo jako nouzový záložní výkon (ESP), výrobci také označovaný jako STAND-BY, tedy výkon při omezené době provozu, a zda požadovaný výkon odpovídá 100 % nominálního výkonu nebo 70 % nominálního výkonu dle definovaného dovoleného průměrného výkonu na výstupu za 24 hodin provozu ve smyslu normy ČSN ISO 8528-1, čímž nevymezil předmět plnění veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky a jeho postup v zadávacím řízení se tak stal netransparentním, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

## II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – VÍTKOVICE ARÉNA, a.s., IČO 25911368, se sídlem Ruská 3077/135, 700 30 Ostrava – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** zadávací řízení na veřejnou zakázku „Dodávka dieselagregátu pro Městský stadion Ostrava“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 2. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 3. 2016 pod ev. č. 630551, ve znění opravy ze dne 18. 4. 2016 a uveřejněno v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 3. 2016 pod ev. č. 2016/S 051-084561, ve znění opravy ze dne 23. 4. 2016.

## III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – VÍTKOVICE ARÉNA, a.s., IČO 25911368, se sídlem Ruská 3077/135, 700 30 Ostrava – **ukládá:**

**uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).**

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – VÍTKOVICE ARÉNA, a.s., IČO 25911368, se sídlem Ruská 3077/135, 700 30 Ostrava (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zadávací řízení veřejné zakázky „Dodávka dieselagregátu pro Městský stadion Ostrava“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 2. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 3. 2016 pod ev. č. 630551, ve znění opravy ze dne 18. 4. 2016, a uveřejněno

v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 3. 2016 pod ev. č. 2016/S 051-084561, ve znění opravy ze dne 23. 4. 2016 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Předmětem veřejné zakázky, který stanovil zadavatel v bodě 2.1 zadávací dokumentace, je:
  - *„odpojení a vytažení stávajícího Diesel Generátoru Jets/50Hz TJ750DW5A před skladovací halu (SO 024) do prostorů určených zadavatelem, tj. do vzdálenosti cca 20 m od současného umístění,*
  - *„dodávka kapotovaného dieselagregátu 750 kVA dle technické specifikace uvedené v bodě 2.2., 2.3., 2.4., 2.5. a 2.6. této zadávací dokumentace...“*
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí podle bodu 2. 1 zadávací dokumentace 6 000 000 Kč bez DPH.
4. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 7. 6. 2016 vyplývá, že zadavatel obdržel v předmětném zadávacím řízení nabídky tří uchazečů.
5. Rozhodnutím ze dne 30. 11. 2016 vyloučil zadavatel uchazeče PRONIX s.r.o., IČO 48027944, se sídlem U Kněžské louky 28 č. p. 2145, 130 00 Praha 3 (dále jen „PRONIX s.r.o.“) z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

## II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Vzhledem k tomu, že Úřad získal na základě předložené dokumentace o veřejné zakázce v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0018/2017/VZ pochybnosti, zda zadavatel dodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona, když v bodu 2. 3 zadávací dokumentace uvedl, že: *„Vypočtený minimální potřebný výkon dieselagregátu je 750 kVA/600 kW v provozním režimu záložního napájení osvětlení, tj. při plném konstantním zatížení po celou dobu trvání sportovní akce,“* aniž by blíže specifikoval dobu trvání sportovní akce, z níž by bylo možné určit odpovídající požadované hodnoty výkonu dieselagregátu, neboť ze zadávací dokumentace nelze jednoznačně dovodit, zda zadavatelem požadovaný výkon je možné poskytovat v režimu PRIME nebo STAND-BY (při omezené době provozu) a zda požadovaný výkon odpovídá 100 % nominálního výkonu nebo 70 % nominálního výkonu dle definovaného dovoleného průměrného výkonu na výstupu za 24 hodin provozu ve smyslu normy ČSN ISO 8528-1, zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0068/2017/VZ.
7. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
8. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S0068/2017/VZ-06014/2017/541/JCh ze dne 15. 2. 2017, přičemž seznámil zadavatele se zjištěnými skutečnostmi.
9. Dnem 16. 2. 2017, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo podle § 113 zákona v návaznosti na § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení z moci úřední.
10. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0068/2017/VZ-06016/2017/541/JCh ze dne 15. 2. 2017 určil zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, přičemž ve stanovené lhůtě neobdržel od zadavatele žádné vyjádření.

11. Usnesením č. j. ÚOHS-S0068/2017/VZ-07444/2017/541/JCh ze dne 2. 3. 2017 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Ve stanovené lhůtě ani později se zadavatel nikterak nevyjádřil.

### III. ZÁVĚRY ÚŘADU

12. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření předloženého zadavatelem v rámci správního řízení sp. zn. S0018/2017/VZ a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když v bodu 2. 3 zadávací dokumentace uvedl, že: „*Vypočtený minimální potřebný výkon dieselagregátu je 750 kVA/600 kW v provozním režimu záložního napájení osvětlení, tj. při plném konstantním zatížení po celou dobu trvání sportovní akce,*“ aniž by blíže specifikoval dobu trvání sportovní akce, z níž by bylo možné určit odpovídající požadované hodnoty výkonu dieselagregátu, přičemž ze zadávací dokumentace tak nelze jednoznačně dovodit, zda zadavatelem požadovaný výkon má být poskytován jako základní výkon (PRP), výrobci také označovaný jako PRIME, nebo jako nouzový záložní výkon (ESP), výrobci také označovaný jako STAND-BY, tedy výkon při omezené době provozu, a zda požadovaný výkon odpovídá 100 % nominálního výkonu nebo 70 % nominálního výkonu dle definovaného dovoleného průměrného výkonu na výstupu za 24 hodin provozu ve smyslu normy ČSN ISO 8528-1, čímž nevymezil předmět plnění veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky a jeho postup v zadávacím řízení se tak stal netransparentním, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### *Posouzení právního postavení zadavatele*

13. Podle § 2 odst. 1 zákona se za zadavatele veřejné zakázky pro účely zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
14. Podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek.
15. Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud
  1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
  2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
16. Z výpisu z obchodního rejstříku vyplývá, že zadavatel je akciovou společností, přičemž jediným akcionářem je Statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 8, 729 30 Ostrava (dále jen „Statutární město Ostrava“).
17. Z článku 5 „Předmět podnikání“ stanov zadavatele vyplývá, že předmětem podnikání zadavatele je mj. pořádání kulturních, kulturně - vzdělávacích a zábavních zařízení, pořádání

kulturních produkcí, zábav, výstav, veletrhů, přehlídek, prodejních a obdobných akcí a provozování tělovýchovných a sportovních zařízení a organizování sportovní činnosti.

18. K naplnění definice veřejného zadavatele Úřad uvádí, že pojem veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je potřeba vykládat ve funkčním smyslu, tzn. že při zjišťování, zda je určitý subjekt veřejným zadavatelem, je nezbytné vycházet z účelu zřízení a povahy činností subjektu. Vzhledem k tomu, že zákon dále nespecifikuje, co se rozumí pod pojmem „uspokojování potřeb veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu“ je pro objasnění smyslu této definice potřebné vycházet mimo jiné z judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“).
19. Z relevantní judikatury SDEU je možno učinit, mimo jiné, tyto závěry:
- Status zadavatele není závislý na relativní důležitosti, kterou má činnost uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, v rámci veškeré činnosti daného subjektu (rozsudek č. j. C-360/96 ze dne 10. listopadu 1998). Jinými slovy řečeno: v případech, kdy určitý subjekt vykonává částečně činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu a současně i jinou běžnou obchodní činnost, je považován za zadavatele veřejných zakázek v plném rozsahu své činnosti (rozsudek č. j. C-44/96 ze dne 15. ledna 1998).
  - Potřeby veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu jsou chápány mimo jiné jako potřeby, které jsou uspokojovány jinak, než dostupností zboží a služeb na trhu, a (jako druhá varianta) které se stát, z důvodu obecného zájmu, rozhodl poskytovat sám, nebo nad kterými si přeje udržet rozhodující vliv (rozsudek č. j. C-360/96 ze dne 10. listopadu 1998).
20. Jako potřeby veřejného zájmu lze označit takové potřeby, na jejichž uspokojování má zájem širší okruh osob. Nejde tedy o potřeby, z nichž by měl užitek pouze konkrétní subjekt. V takovém případě by se jednalo o potřeby ryze soukromého charakteru.
21. Na základě výše uvedených skutečností, vlastních zjištění a s přihlédnutím k uvedeným rozsudkům SDEU dospěl Úřad k závěru, že v šetřeném případě je činnost zadavatele činností sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu, neboť jak vyplývá ze stanov zadavatele, je předmětem podnikání zadavatele mj. pořádání kulturních, kulturně – vzdělávacích a zábavních zařízení, pořádání kulturních produkcí, zábav, výstav, přehlídek, prodejních a obdobných akcí a provozování tělovýchovných a sportovních zařízení a organizování sportovní činnosti. V daném případě se tak nepochybně jedná o takové potřeby, na jejichž uspokojování má zájem širší okruh osob, potažmo celá společnost, nikoliv pouze jeden konkrétní subjekt.
22. Úřad se dále zabýval otázkou, zda byl zadavatel založen či zřízen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu (viz závěr v bodě 21. odůvodnění tohoto rozhodnutí), které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. V souvislosti s dovozením závěru zda poskytované služby nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, Úřad vycházel z údajů obsažených ve výroční zprávě za rok 2015. Z bodu 1. 4. „Rozpis přijatých dotací na investiční a provozní účely v tis. Kč“ doplňujících údajů k rozvaze a k výkazu zisku a ztrát, které jsou součástí uvedené výroční zprávy za rok 2015, vyplývá, že zadavatel obdržel od Statutárního města Ostravy provozní dotace ve výši přesahující 65 mil. Kč a dále investiční dotace od stejného

poskytovatele přesáhly částku 71 mil. Kč. S ohledem na skutečnost, že zadavatel v roce 2015 hospodařil se ztrátou téměř 15 mil. Kč, je zřejmé, že poskytování výše uvedených služeb je do značné míry závislé právě na podpoře Statutárního města Ostravy, coby jediného akcionáře zadavatele. Vzhledem ke struktuře financování zadavatele lze konstatovat, že zadavatel není plně vystaven ekonomickým rizikům souvisejícím s vykonávanou činností, a tudíž ani vykonávané činnosti nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.

23. Úřad se rovněž zabýval naplněním podmínky stanovené v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona. Ze stanov zadavatele (úplné znění vyhotovené představenstvem v souladu se zákonem o obchodních korporacích s ohledem na rozhodnutí valné hromady společnosti konané dne 2.2.2016) konkrétně z článku 11 vyplývá, že zadavatel si zvolil dualistický systém vnitřní struktury ve smyslu § 396 odst. 1 zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obchodních korporacích“), tj. systém vnitřní struktury společnosti, ve kterém se zřizuje představenstvo a dozorčí rada.
24. V čl. 12 bodu předmětných stanov je uvedeno, že valná hromada je nejvyšším orgánem společnosti, přičemž do její výlučné působnosti mimo jiné náleží volba a odvolání členů představenstva a členů dozorčí rady a jiných orgánů určených stanovami, jakož i rozhodnutí o rozdělení zisku nebo jiných vlastních zdrojů a úhradě ztráty. V článku 18 stanov je uvedeno, že představenstvo je statutárním orgánem, které rozhoduje o všech záležitostech společnosti, které nejsou obecně závaznými právními předpisy, stanovami společnosti nebo usnesením valné hromady vyhrazeny do působnosti valné hromady nebo dozorčí rady a dále představenstvo zabezpečuje obchodní vedení společnosti vč. řádného vedení účetnictví. Z článku 19 citovaných stanov rovněž vyplývá, že členy představenstva volí a odvolává valná hromada.
25. Na základě uvedených skutečností Úřad vyvozuje, že v šetřeném případě došlo k naplnění podmínky dle § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona, neboť zadavatel je fakticky ovládán jediným akcionářem společnosti – Statutární město Ostrava, který prostřednictvím valné hromady volí členy statutárního orgánu a rovněž dozorčího orgánu a má tak bezprostřední vliv na obchodní vedení společnosti. S přihlédnutím ke skutečnosti, že jediný akcionář zadavatele je Statutární město Ostrava, který je územně samosprávným celkem, a tedy veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) zákona, Úřad konstatuje, že zadavatel je ovládán veřejným zadavatelem (Statutární město Ostrava) a současně tento veřejný zadavatel (Statutární město Ostrava) volí více než polovinu členů ve statutárním a dozorčím orgánu zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona.
26. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel je právnickou osobou, která byla zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a je ovládán veřejným zadavatelem. Úřad konstatuje, že zadavatel naplňuje definici veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, protože se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách.

#### *Relevantní ustanovení zákona a technických norem*

27. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

28. 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 zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.
29. Podle § 44 odst. 3 písm. b) zákona musí zadávací dokumentace obsahovat alespoň technické podmínky (§ 45 zákona) nebo zvláštní technické podmínky (§ 46a zákona), je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky.
30. Podle 45 odst. 1 zákona se technickými podmínkami v případě veřejných zakázek na dodávky nebo služby rozumí vymezení charakteristik a požadavků na dodávky nebo služby stanovené objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem.
31. V bodu 13. 3. 2 technické normy ČSN ISO 8528-1 je základní výkon (PRP) definován jako: *„...maximální výkon, který je zdrojové soustrojí schopno poskytovat nepřetržitě a přitom zajišťovat proměnné elektrické zatížení, a to při provozu po neomezený počet hodin v roce, při dohodnutých provozních podmínkách, s intervaly a postupy údržby prováděnými podle předpisu výrobce... Dovolенý průměrný výkon na výstupu (Ppp) za 24 hodin provozu nesmí překročit 70 % PRP, pokud není schváleno výrobcem motoru RIC jinak.“*
32. V bodu 13. 3. 4 technické normy ČSN ISO 8528-1 definován nouzový záložní výkon (ESP) jako: *„...maximální výkon dosažitelný během proměnného sledu elektrického výkonu, při stanovených provozních podmínkách, kdy je zdrojové soustrojí schopno dodávat v případě výpadku výkonu veřejné sítě nebo při zkušebních podmínkách až do 200 h provozu za rok, přičemž intervaly a postupy údržby se provádějí podle předpisu výrobců... Dovolенý průměrný výkon na výstupu (Ppp) ... za 24 h provozu nesmí překročit 70 % ESP, pokud není schváleno výrobcem motoru RIC jinak.“*

*Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce*

33. V bodu 2. 3 zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že: *„Vypočtený minimální potřebný výkon dieselagregátu je 750 kVA/600 kW v provozním režimu záložního napájení osvětlení, tj. při plném konstantním zatížení po celou dobu trvání sportovní akce.“*
34. Z nabídky uchazeče PRONIX s.r.o. vyplývá, že základní výkon (prime) jím nabízeného dieselagregátu je 680 kVA/544 kW. Z nabídky uchazeče ALTRON,, a.s., vyplývá, že základní výkon (prime) jím nabízeného dieselagregátu je 830 kVA/664 kW. Z nabídky uchazeče Firstpower a.s., vyplývá, že základní výkon (prime) jím nabízeného dieselagregátu je 775 kVA/620 kW.
35. V protokolu o 2. jednání hodnotící komise ze dne 4. 11. 2016, ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek z téhož dne a v rozhodnutí o vyloučení uchazeče PRONIX s.r.o. ze dne 30. 11. 2016 je k nabídce uchazeče PRONIX s.r.o. shodně uvedeno: *„Výkon PRP udávají 544 kW a dle sdělení dodavatelů Teskanu k již dodanému DA, by byl využitelný průměrný denní výkon pouze 70 % a to je pouze 381 kW, což je pro zadané zátěže naprosto nedostatečné.“* Dle uvedených dokumentů dále uchazečem PRONIX s.r.o. nabídnutý dieselagregát zvládne: *„...při odvolání se na ISO 8528-1, dovolenou průměrnou denní zátěž pouze 381 kW, což je o 33 % méně, než je zadaná změřená skutečná zátěž 575 kW + navýšení na nerovnoměrnost zátěže + navýšení na pokrytí THDi.“*

*Skutečnosti zjištěné v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0018/2017/VZ*

36. Zadavatel ve svém vyjádření k obdrženému návrhu v rámci správního řízení sp. zn. S0018/2017/VZ ze dne 20. 1. 2017 uvedl, že: „Z pohledu zadavatele se jedná o samostatně provozovaný zdroj určený k převzetí zátěže při výpadku napájení, a to po dobu od počátku výpadku napájení do skončení akce. Z pohledu zadavatele jde o zdroj pracující v režimu PRIME nikoli stand-by. Doba činnosti zdroje záložního napájení není v ZD zadavatelem úmyslně uvedena.“.
37. V rámci správního řízení sp. zn. S0018/2017/VZ stanovil Úřad na základě usnesení zadavateli lhůtu k zaslání písemného vyjádření, zda vypočtený minimální výkon dieselaagregátu 750 kVA/600 kW dle bodu 2. 3. zadávací dokumentace na veřejnou zakázku v provozním režimu záložního napájení osvětlení, tj. při plném konstantním zatížení po celou dobu sportovní akce odpovídá 70 % základního výkonu dieselaagregátu dle normy ČSN ISO 8528-1, a zaslání písemného sdělení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, jakými hodnotami dovolené průměrné denní zátěže ve smyslu normy ISO 8528-1 disponují dieselaagregáty nabídnuté uchazeči ALTRON, a.s., IČO 64948251, se sídlem Novodvorská 994/138, 142 21 Praha (dále jen „ALTRON,“ a.s.“), a Firstpower a.s., IČO 28386191, se sídlem Koněvova 2660/141, 130 00 Praha 3 (dále jen „Firstpower a.s.“).
38. Ve svém vyjádření ze dne 7. 2. 2017 zadavatel jako odpověď na dotaz Úřadu (viz bod 37. odůvodnění tohoto rozhodnutí) uvedl, že: „Minimální výkon dieselaagregátu (v režimu PRP) 750 kVA/600 kW neodpovídá definici 70 % základního výkonu dieselaagregátu dle normy ČSN ISO 8528-1. Hodnota 70 % základního výkonu dieselaagregátu v režimu PRP dle normy ČSN ISO 8528-1 odpovídá požadavku normy na maximální průměrný výkon za den.“.
39. Zadavatel v citovaném vyjádření dále uvedl, že: „Hodnoty dovolené průměrné denní zátěže ve smyslu normy ČSN ISO 8528-1 pro dieselaagregáty nabídnuté uchazeči Altron, a. s., a Firstpower a. s., nebyly zadavatelem stanoveny jako rozhodující. Zadavatelem stanovený parametr byl minimální potřebný výkon dieselaagregátu 750 kVA/600 kW v provozním režimu záložního napájení.“.

*Obecně k požadavkům na zadávací dokumentaci*

40. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Odpovědnost za její zpracování leží plně na zadavateli. Tento soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek tvoří společně nejvýznamnější dokument, na jehož základě uchazeči zpracovávají své nabídky, a proto musí být zpracován s maximální pozorností dostatečně konkrétně a podrobně tak, aby dodavatelé mohli podat vzájemně porovnatelné nabídky. Zvláštní důraz je kladen právě na specifikaci předmětu veřejné zakázky, která v podaných nabídkách ovlivní také další aspekty, zejména výši nabídkové ceny. V tomto smyslu se vyjádřil rovněž Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 9 Afs 30/2010-182 ze dne 16.11.2010, když uvedl, že: „zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za její zpracování je plně odpovědný zadavatel a je povinen ho zpracovat dostatečně kvalitně a s patřičnou odborností tak, aby na jeho základě bylo možno podat odpovídající a především vzájemně porovnatelné nabídky.“. Co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky je tedy základem pro podání nabídek odpovídajícím požadavkům zadavatele a současně vzájemně srovnatelných. Požadavky zadavatele musí být proto v zadávací dokumentaci vymezeny



způsobem, který bude vnímán a chápán všemi subjekty stejně a jednoznačně, a který nesmí dávat žádný prostor pro pochybnosti či rozdílný výklad.

41. Úřad v této souvislosti cituje také z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 77/2008 ze dne 4. 11. 2010, který uvedl, že *„zadávací dokumentace musí být transparentní, dostatečně konkrétní a srozumitelná tak, aby na jejím základě mohla proběhnout všestranně korektní veřejná soutěž, v jejímž rámci bude vybrána ta nejlepší nabídka“*.
42. Ve výše citovaném rozsudku Krajský soud dále odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 86/2008-222 ze dne 25. 3. 2009, ve kterém Nejvyšší správní soud taktéž zdůraznil, že *„Nemůže tedy obstát taková zadávací dokumentace, z níž požadavky na zpracování nabídky a následně hodnotící kritéria nejsou zcela srozumitelná a jednoznačná, tj. pokud objektivně připouštějí rozdílný výklad a vzniká tak interpretační nejistota.“*
43. V neposlední řadě Úřad v souvislosti s výše uvedenou interpretační nejistotou upozorňuje na rozsudek č. j. 62 Ca 33/2007-175 ze dne 20. 3. 2008, ve kterém Krajský soud v Brně dospěl k závěru, že pokud zadávací dokumentace, resp. v ní obsažené požadavky zadavatele na zpracování nabídky, objektivně připouští rozdílný výklad, nemůže taková interpretační nejistota stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného.

#### *K výroku I. rozhodnutí*

44. Z bodu 2.1 zadávací dokumentace vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je mimo jiné dodávka kapotovaného dieselaagregátu dle technické specifikace (viz bod 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž v bodu 2. 3 zadávací dokumentace zadavatel stanovil v rámci technické specifikace předmětu plnění požadavek na výkon dieselaagregátu, a to 750 kVA/600 kW v provozním režimu záložního napájení osvětlení při plném konstantním zatížení po celou dobu trvání sportovní akce. Z uvedeného je tedy zřejmé, že zadavatel požadoval uvedenou hodnotu výkonu jím poptávaného dieselaagregátu při plném konstantním zatížení nepřetržitě po celou dobu trvání sportovní akce.
45. V souvislosti se stanovením požadavku na výkon dieselaagregátu, který dle bodu 2. 3 zadávací dokumentace činí 750 kVA/600 kW Úřad uvádí, že tento požadavek byl stanoven s ohledem na reálnou potřebu zajištění odpovídajícího výkonu nutného k provozu (zajištění napájení) UPS v objektech zadavatele. Ke způsobu stanovení požadavku zadavatele na výkon dieselaagregátu Úřad uvádí, že konkrétní hodnota výkonu byla stanovena na základě provedeného měření, které zadavatel poskytl uchazečům v rámci dodatečných informací č. 4 ze dne 16. 5. 2016, a to v rámci protokolu o měření. Z uvedeného protokolu vyplývají jednotlivé hodnoty (proud na jednotlivých fázích, proud THDi na jednotlivých fázích, celkový činný výkon vč. výkonu na jednotlivých fázích, celkový zdánlivý výkon vč. výkonu na jednotlivých fázích) technických parametrů. Ze závěrů obsažených v předmětném protokolu vyplývá, že celková zátěž UPS v režimu SmartActive činí 559 kW a v režimu On-line 575kW. Z protokolu dále vyplývá, že uvedené výsledky se mohou v závislosti na okolních podmínkách tak i se změnou technologií (předřadníků svítidel) měnit, proto je nezbytné počítat s výkonovou rezervou pro uvažovaný záložní zdroj.
46. Zadavatel v protokolu o 2. jednání hodnotící komise ze dne 4. 11. 2016, ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek z téhož dne a v rozhodnutí o vyloučení uchazeče PRONIX s.r.o. ze dne 30. 11. 2016 (dále také „citované dokumenty“) uvedl, že zadaná změřená

skutečná zátěž činí 575 kW. V této souvislosti Úřad konstatuje, že uvedená hodnota odpovídá rovněž graficky znázorněným hodnotám výkonu z protokolu o měření. Požadavek zadavatele na výkon dieselaagregátu 750 kVA/600 kW při plném konstantním zatížení, je dle vyjádření zadavatele v citovaných dokumentech navýšen o nerovnoměrnost zátěže a pokrytí THDi, a to z hodnoty 575 kW na hodnotu 600 kW, která je uvedena v bodu 2. 3. zadávací dokumentace. Zadavatelem požadovaný výkon při zohlednění všech souvisejících skutečností tak při plném konstantním zatížení činí 750 kVA/600 kW.

47. V souvislosti se stanovením hodnoty požadovaného výkonu ve výši 750kVA/600 kW Úřad dále uvádí, že pro dodávku dieselaagregátu, který je schopen odpovídajícím způsobem zajistit požadovaný výkon, je nutné rovněž stanovit požadavky na průběh tohoto výkonu v čase. Dieselaagregát je technické zařízení, které je konstruované určitým způsobem, přičemž technická konstrukce se liší v závislosti na konkrétním výrobcu a z této rozdílné technické konstrukce pak logicky vyplývají určitá technická omezení v použití tohoto zařízení. Jak již bylo nastíněno výše, požadovaný výkon dieselaagregátu je možné zajistit v některém z provozních režimů, přičemž parametry a průběh těchto režimů definuje příslušná technická norma (v daném případě technická norma ČSN ISO 8528-1). V návaznosti na příslušné vymezení provozních režimů dieselaagregátů lze konstatovat, že v určitých provozních režimech je možné provozovat dieselaagregát zajišťující konkrétní výkon po neomezeně dlouhou dobu či naopak s určitým časovým omezením, přičemž toto časové omezení může být stanoveno absolutně nebo relativně, kdy průměrný výkon zařízení za určenou časovou jednotku nesmí překročit definovanou hodnotu.
48. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že pro řádné vymezení předmětu plnění veřejné zakázky spočívající v dodávce dieselaagregátu je nutné stanovit kromě samotného požadovaného výkonu takového zařízení rovněž průběh tohoto výkonu v čase, tj. stanovit po jakou minimální dobu musí být zařízení schopno pracovat bez přerušení tak, aniž by to mělo vliv na celkovou životnost daného zařízení. V šetřeném případě se zadavatel, co se týče stanovení požadavků na průběh výkonu z časového hlediska, omezil pouze na stanovení podmínky, resp. omezení „*po celou dobu trvání sportovní akce*“.
49. V této souvislosti Úřad konstatuje, že v bodu 2. 3. ani v jiné části zadávací dokumentace však není uvedeno, jaká je předpokládaná délka trvání sportovní akce, resp. jaký maximální počet hodin za den a za rok musí být poptávaný dieselaagregát schopen poskytovat zadavatelem požadovaný výkon 750 kVA/600 kW.
50. Co se týká doby trvání sportovní akce, je z výše citovaných částí normy ČSN ISO 8528-1 zřejmé, že základní výkon (PRP) je zdrojové soustrojí schopno poskytovat nepřetržitě po neomezený počet hodin v roce, avšak dovolený průměrný výkon na výstupu nesmí za 24 hodin provozu překročit 70 % PRP, není-li výrobcem definováno jinak. Dále je z citované části normy zřejmé, že nouzový záložní výkon (ESP) je maximální výkon, který je zdrojové soustrojí schopno dodávat pouze do 200 hodin provozu za rok, přičemž dovolený průměrný výkon na výstupu taktéž nesmí za 24 hodin provozu překročit 70 % ESP, není-li výrobcem definováno jinak.
51. V návaznosti na vymezení příslušných režimů v technické normě ČSN ISO 8528-1 Úřad uvádí, že nominální výkon minimálně 750 kVA/600 kW v nouzovém záložním režimu ESP, který bývá označován výrobcu také jako „*STAND-BY*“ (toto označení je rovněž použito ze strany Úřadu

v dalším textu) by tak byl s odkazem na citovanou normu dostatečný tehdy, pokud by délka trvání sportovní akce, tedy plné konstantní zatížení na výstupu nepřekročilo 70 % nominálního výkonu v režimu STAND-BY, z čehož vyplývá časové omezení nepřetržitého provozu při plném konstantním zatížení na necelých 14 hodin (neboť v souladu s bodem 13. 3. 4 normy ČSN ISO 8528-1 by musel zbývajících více než 10 hodin být dieselagregát zatížen na maximálně 30 % nominálního výkonu, přičemž Úřad podotýká, že čas v klidovém stavu se do průměrného výkonu na výstupu dle citovaného ustanovení normy ČSN ISO 8528-1 nezapočítává) a zároveň celková předpokládaná doba provozu dieselagregátu je limitovaná 200 hodinami provozu za rok. Pokud by délka sportovních akcí, resp. doba provozu dieselagregátu byla nad 200 hodin ročně, musí zařízení dodávat požadovaný výkon v základním režimu PRP, který bývá označován výrobcem jako „PRIME“ (toto označení je rovněž použito ze strany Úřadu v dalším textu). V případě, že by průměrný denní výkon na výstupu nepřekročil 70 % nominálního výkonu v základním režimu, z čehož vyplývá časové omezení nepřetržitého provozu na necelých 14 hodin (neboť v souladu s bodem 13. 3. 2 normy ČSN ISO 8528-1 by musel zbývajících více než 10 hodin být dieselagregát zatížen na maximálně 30 % nominálního výkonu, přičemž Úřad podotýká, že čas v klidovém stavu se do průměrného výkonu na výstupu dle citovaného ustanovení normy ČSN ISO 8528-1 nezapočítává), musel by činit nominální výkon uchazečem nabídnutého dieselagregátu minimálně 750 kVA/600 kW v režimu PRIME. Pokud by délka sportovní akce nebyla omezena počtem hodin za den, resp. bylo by možné provozovat dieselagregát po neomezenou dobu, musela by zadavatelem požadovaná hodnota výkonu činit 70 % nominálního výkonu uvedeného v nabídkách uchazečů v režimu PRIME.

52. Z výše uvedeného tak jednoznačně vyplývá, že dodavatelé pro zpracování své nabídky potřebují znát nejen údaj o požadovaném minimálním výkonu dieselagregátu, ale také informaci, v jakém režimu ve smyslu citované normy má být požadovaný výkon poskytován, respektive údaj o tom, jaký maximální počet hodin v rámci nepřetržitého provozu a současně v rámci roku má být schopen předmětný dieselagregát požadovaný výkon zajišťovat.
53. Zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl pouze, že jím poptávaný dieselagregát má poskytovat výše specifikovaný výkon „*po celou dobu trvání sportovní akce*“, avšak nspecifikoval dobu trvání sportovní akce. Z bodu 2.3. zadávací dokumentace tak nelze dovodit, zda zadavatelem požadovaný výkon má být v režimu PRIME, tedy základního výkonu (PRP) ve smyslu normy ČSN ISO 8528-1, což by odpovídalo provozu po neomezený počet hodin v roce, nebo v režimu STAND-BY, tedy nouzového záložního výkonu (ESP) ve smyslu citované normy, což by odpovídalo provozu maximálně 200 hodin v roce. Zadavatel současně neuvedl maximální počet hodin nepřetržitého provozu, přičemž v žádném z uvedených režimů nesmí dovolený průměrný výkon na výstupu za 24 hodin provozu překročit 70 % nominálního výkonu. Při předpokládaném plném konstantním zatížení dieselagregátu po dobu 24 hodin za den by tak nominální hodnota výkonu dieselagregátu musela tvořit 70 % zadavatelem požadovaného výkonu 750 kVA/600 kW.
54. Úřad konstatuje, že v situaci, kdy zadavatel v zadávací dokumentaci nevymezil délku trvání sportovní akce, přičemž po celou dobu jejího trvání předpokládá plné konstantní zatížení s garantovaným výkonem 750 kVA/600 kW, jak je uvedeno v bodu 2.3 zadávací dokumentace, nelze dovodit, zda zadavatelem požadovaný výkon má být v režimu PRIME

nebo v režimu STAND-BY a zda tento výkon má odpovídat 70 % či 100 % nominálního výkonu nabízeného dieselaagregátu v příslušném režimu. Z důvodů absence výše uvedených charakteristik Úřad konstatuje, že takto koncipovanou zadávací dokumentaci nelze považovat za jednoznačnou, což je, jak bylo dovezeno v části odůvodnění zabývající se obecně požadavky na zadávací dokumentaci, překážkou pro podání vzájemně porovnatelných nabídek.

55. Nejednoznačnost zpracování zadávací dokumentace se projevila tím, že dodavatelé neměli potřebné informace o tom, jaké má mít nabízený dieselaagregát technické parametry, resp. nebylo jim poskytnuto přesné vymezení předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, v důsledku čehož jsou jejich nabídky vzájemně neporovnatelné.
56. V šetřeném případě zadavatel nevymezil technické podmínky veřejné zakázky způsobem stanoveným v § 45 odst. 1 zákona, tedy jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění, čímž nevymezují předmět plnění veřejné zakázky dostatečně konkrétně pro zpracování nabídky ve smyslu ve smyslu § 44 odst. 1 zákona a výše uvedeného rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 77/2008 ze dne 4. 11. 2010 tak, aby na jejich základě mohli uchazeči zpracovat vzájemně porovnatelné nabídky.
57. Úřad rekapituluje, přičemž uvádí, že zadavatel v zadávacích podmínkách nspecifikoval délku trvání sportovní akce, ze které by bylo následně možno dovodit, v jakém režimu má zadavatelem poptávaný dieselaagregát poskytovat minimální výkon 750 kVA/600 kW a zda tento výkon má odpovídat 70 % či 100 % nominálního výkonu nabízeného dieselaagregátu v režimu PRIME či STAND-BY, čímž se staly zadávací podmínky nejednoznačné ve smyslu § 45 odst. 1 zákona, přičemž takto nejednoznačné zadávací podmínky nevymezují předmět plnění veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, což je v rozporu s § 44 odst. 1 zákona.
58. Takto koncipovaná zadávací dokumentace nemůže zároveň dostát zásadě transparentnosti zadávacího řízení, neboť požadavek jednoznačnosti a přesnosti zadávací dokumentace plyne právě ze zásady transparentnosti. Požadavek transparentnosti je považován za nesplněný v případě, že jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným (viz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010). V daném případě byla zadávací dokumentace stanovena nejednoznačně, což představuje takový prvek, jehož přítomnost vylučuje, aby zadavatel dostál v zadávacím řízení zásadě transparentnosti, coby základní zásadě zadávacího řízení ve smyslu § 6 odst. 1 zákona.
59. Úřad konstatuje, že ze skutečnosti, že zadavatel neuvedl jednoznačně v zadávacích podmínkách maximální délku trvání sportovní akce, po kterou má dieselaagregát při plném konstantním zatížení podávat zadavatelem požadovaný minimální potřebný výkon ve smyslu bodu 2. 3 zadávací dokumentace, nelze dovodit, že doba trvání sportovní akce musí být bez dalšího předpokládána za neomezenou (což by bylo v rozporu s realitou). V šetřeném případě zadávací dokumentace, resp. v ní obsažené požadavky zadavatele na zpracování nabídky, připouští rozdílný výklad, resp. v zásadě je možná různá interpretace zadávacích podmínek v souvislosti se stanovením odpovídajícího režimu provozu dieselaagregátu, přičemž ve světle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 33/2007-175 ze dne

20. 3. 2008 (kde soud dovedil, že interpretační nejistota nemůže stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného) mohou uchazeči zadavatelem požadovaný výkon nabídnout v důsledku nejednoznačně stanovených zadávacích podmínek, v závislosti na jimi předpokládané maximální době trvání sportovní akce v režimu PRIME nebo STAND-BY, přičemž zadavatelem požadovaný minimální výkon 750 kVA/600 kW může činit 70 % nebo 100 % nominálního výkonu v režimu PRIME či STAND-BY, a to v závislosti na interpretaci nejednoznačně stanovených zadávacích podmínek jednotlivými uchazeči.
60. Úřad uvádí, že v případě, že by zadavatel akceptoval jediný možný výklad zadávací dokumentace, např. předpoklad neomezeného počtu hodin provozu, šla by interpretační nejistota v rozporu s citovaným rozsudkem k tíži uchazečů. V případě akceptace různých interpretací „délky trvání sportovní akce“ v nabídkách uchazečů by však zadavatel v konečném důsledku hodnotil naprosto neporovnatelné nabídky.
61. K nejednoznačnému nastavení předmětných zadávacích podmínek Úřad pro doplnění uvádí, že ani sám zadavatel nemá jasnou představu, zda nominální výkon nabízeného dieselaagregátu má tvořit 70 % nebo 100 % zadavatelem požadovaného výkonu 750 kVA/600 kW, resp. zda dovolený průměrný denní výkon překročí či nepřekročí 70 % nominálního výkonu dieselaagregátu v daném režimu. Zadavatel ve svém stanovisku v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0018/2017/VZ ze dne 7. 2. 2017 uvedl, že minimální výkon dieselaagregátu v režimu PRP (tedy PRIME) 750 kVA/600 kW neodpovídá definici 70 % základního výkonu dieselaagregátu, tedy maximálnímu průměrnému výkonu za den. Přesto zadavatel v protokolu o 2. jednání hodnotící komise ze dne 4. 11. 2016, ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek z téhož dne a v rozhodnutí o vyloučení uchazeče PRONIX s.r.o. ze dne 30. 11. 2016 uvažoval v nabídce jmenovaného uchazeče jako relevantní posuzovanou hodnotu využitelný průměrný denní výkon, tedy 70 % výkonu nominálního, v daném případě v režimu PRIME.
62. V této souvislosti Úřad opětovně uvádí závěr zadavatele k nabídce uchazeče PRONIX s.r.o. (viz bod 35. odůvodnění tohoto rozhodnutí), ve které konstatoval: „*Výkon PRP udávající 544 kW a dle sdělení dodavatelů Teskanu k již dodanému DA, by byl využitelný průměrný denní výkon pouze 70 % a to je pouze 381 kW, což je pro zadané zátěže naprosto nedostatečné.*“ Je tedy zřejmý rozpor mezi tvrzením zadavatele ze dne 7. 2. 2017 a následnými závěry v rámci protokolu o 2. jednání hodnotící komise ze dne 4. 11. 2016, ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek z téhož dne a v rozhodnutí o vyloučení uchazeče PRONIX s.r.o. ze dne 30. 11. 2016, neboť výše uvedená hodnota 381 kW odpovídá 70 % hodnotě výkonu ve výši 544 kW, který nabídl uchazeč PRONIX s. r. o. v rámci svojí nabídky.
63. Úřad dále uvádí, že ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 4. 11. 2016 vyplývá, že zadavatel v případě dalších dvou uchazečů, tedy uchazečů ALTRON, a.s. a Firstpower a.s., postupoval rozdílně oproti uchazeči PRONIX s. r. o. a akceptoval jejich nabídky s nominálním výkonem 664 kW resp. 620 kW v režimu PRIME, přestože jimi nabízené hodnoty výkonu v uvedeném režimu zadavateli neposkytují využitelný průměrný denní výkon, tedy 70 % výkonu nominálního, minimálně 750 kVA/600 kW. V případě aplikace stejného výpočtu u citovaných uchazečů jako v případě uchazeče PRONIX s. r.o. by činil průměrný využitelný denní výkon 465 kW, resp. 434 kW, tedy hodnoty odlišné od požadavků stanovených v bodu 2. 3. zadávací dokumentace.

64. Na základě všech výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že uvedená nejasnost v zadávacích podmínkách mohla mít vliv na zpracování jednotlivých nabídek uchazečů a následně na jejich vzájemnou porovnatelnost, neboť nelze porovnávat nabídky, ve kterých nabídli uchazeči dieselaagregát v situaci, kdy nebylo přesně vymezeno, v jakém režimu má předmět plnění veřejné zakázky zadavatelem požadovaný výkon poskytovat a zda má zadavatelem požadovaný výkon odpovídat 70 % nebo 100 % nominálního výkonu dieselaagregátu v příslušném režimu. V konečném důsledku tak mohla mít uvedená nejasnost a jí následně způsobená neporovnatelnost nabídek podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
65. V daném případě nelze rovněž vyloučit, že výše popsané nejednoznačné vymezení zadávacích podmínek bylo důvodem, pro který některý dodavatel nepodal v předmětném zadávacím řízení svou nabídku, přičemž právě jeho nabídka mohla být pro zadavatele nejvhodnější.
66. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 As 211/2015 ze dne 17. 9. 2015, ve kterém soud konstatoval: „*Jak správně uvedl krajský soud, pro závěr o odpovědnosti zadaný správní delikt není nezbytně nutné, aby v konečném důsledku skutečně došlo k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tedy například ke snížení okruhu zájemců. Zákon výslovně počítá s tím, že postačuje pouhá potencialita takového vlivu.*“ Úřad v této souvislosti podotýká, že se v šetřeném případě nejedná o spáchání správního deliktu, nicméně závěry o potencialitě vlivu porušení zákona na výběr nejvhodnější nabídky lze aplikovat analogicky i pro postup podle § 118 odst. 1 zákona.
67. Vzhledem k tomu, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když v bodu 2. 3 zadávací dokumentace uvedl, že: „*Vypočtený minimální potřebný výkon dieselaagregátu je 750 kVA/600 kW v provozním režimu záložního napájení osvětlení, tj. při plném konstantním zatížení po celou dobu trvání sportovní akce,*“ aniž by blíže specifikoval dobu trvání sportovní akce, z níž by bylo možné určit odpovídající požadované hodnoty výkonu dieselaagregátu, přičemž ze zadávací dokumentace tak nelze jednoznačně dovodit, zda zadavatelem požadovaný výkon má být poskytován jako základní výkon (PRP), výrobci také označovaný jako PRIME, nebo jako nouzový záložní výkon (ESP), výrobci také označovaný jako STAND-BY, tedy výkon při omezené době provozu, a zda požadovaný výkon odpovídá 100 % nominálního výkonu nebo 70 % nominálního výkonu dle definovaného dovoleného průměrného výkonu na výstupu za 24 hodin provozu ve smyslu normy ČSN ISO 8528-1, čímž nevymezil předmět plnění veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky a jeho postup v zadávacím řízení se tak stal netransparentním, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **IV. Uložení nápravného opatření**

68. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh, nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

69. Při rozhodování podle § 118 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy protiprávního stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. S ohledem na skutečnost, že zadavatel v šetřeném případě stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem (viz výrok I. tohoto rozhodnutí) nelze nápravu zjednat jiným způsobem, než zrušit zadávací řízení na veřejnou zakázku, neboť v případě, že již zadávací podmínky jsou nastavené v rozporu se zákonem, není možné uložit nápravné opatření spočívající ve zrušení jednotlivých úkonů zadavatele.
70. 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 veřejné zakázky, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
71. Pro úplnost Úřad uvádí, že § 84 odst. 7 zákona stanoví, že zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157 do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí; tato povinnost neplatí pouze pro jednacím řízení bez uveřejnění a řízení na základě rámcové smlouvy. Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona povinen odeslat písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 2 pracovních dnů po přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu. Podle § 84 odst. 9 zákona, pokud zruší zadávací řízení Úřad, užijí se § 84 odst. 7 a 8 zákona obdobně, přičemž lhůty počínají běžet ode dne, kdy se zadavatel dozví o nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu.

#### **Náklady řízení**

72. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. 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 vyhlášky, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
73. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím došlo ke zrušení zadávacího řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti zadavatele uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
74. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2017000068.

### **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, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad

má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 117c zákona podává v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

**Obdrží:**

VÍTKOVICE ARÉNA, a.s., Ruská 3077/135, Zábřeh, 700 30 Ostrava

**Vypraveno dne:**

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