



UOHSX00CPZHV

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0159/2019/VZ-30589/2019/321/ZSř

Brno 11. listopadu 2019

V řízení o rozkladu ze dne 11. 9. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném obviněným -

- **Statutární město Ostrava, městský obvod Ostrava-Jih**, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0270/2019/VZ-24287/2019/533/AMe ze dne 2. 9. 2019, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 15. 7. 2019 z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, jehož se měl výše označený obviněný dopustit nezákonným posouzením splnění podmínek účasti při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Vývoz, vyčištění, návoz čistého písku a urovnání do roviny ve vybraných pískovištích, svěřených do správy městského obvodu Ostrava-Jih v roce 2019-2020**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném dne 14. 3. 2019 uveřejněním výzvy k podání nabídek s názvem „Výzva k podání nabídek, vč. zadávacích podmínek“ na profilu zadavatele (https://zakazky.ovajih.cz/contract_display_1395.html), na jejíž plnění uzavřel označený obviněný s vybraným dodavatelem dne 13. 6. 2019 smlouvu s názvem „Rámcová smlouva o dílo č. S/0442/2019/ODK“,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0270/2019/VZ-24287/2019/533/AMe ze dne 2. 9. 2019

r u š í m

a správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0270/2019/VZ ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, jehož se měl obviněný - Statutární město Ostrava, městský obvod Ostrava-Jih, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava, dopustit nezákonným posouzením splnění podmínek účasti při zadávání veřejné zakázky s názvem „Vývoz, vyčištění, návoz čistého písku a urovnání do roviny ve vybraných pískovištích, svěřených do správy městského obvodu Ostrava-Jih v roce 2019-2020“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, jehož „Výzva k podání nabídek, vč. zadávacích podmínek“ byla uveřejněna na profilu zadavatele (https://zakazky.ovajih.cz/contract_display_1395.html) dne 14. 3. 2019, a dne 13. 6. 2019 byla na plnění označené veřejné zakázky uzavřena smlouva,

z a s t a v u j i,

neboť dle § 257 písm. f) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 nebo pro uložení sankce podle § 268 nebo § 269 téhož zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Obviněný - Statutární město Ostrava, městský obvod Ostrava-Jih, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava (dále jen „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“), zahájil dne 14. 3. 2019 uveřejněním „Výzvy k podání nabídek, vč. zadávacích podmínek“ (dále jen „**výzva**“ nebo „**výzva k podání nabídek**“) na profilu zadavatele (https://zakazky.ovajih.cz/contract_display_1395.html) zjednodušené podlimitní řízení podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) ¹, za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Vývoz, vyčištění, návoz čistého písku a urovnání do roviny ve vybraných pískovištích, svěřených do správy městského obvodu Ostrava-Jih v roce 2019-2020“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dle výzvy k podání nabídek mělo být předmětem veřejné zakázky v předpokládané hodnotě 3 200 000 Kč bez DPH (čl. I. bod 1.1 výzvy) uzavření rámcové smlouvy o dílo, přičemž dílo mělo spočívat v dále definovaném vývozu starého písku z pískoviště, vyčištění a návozu čistého písku ve vybraných pískovištích na území městského obvodu Ostrava-Jih a všechny související práce pro roky 2019 - 2020 (čl. I. bod 2 výzvy).

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 53 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

3. V čl. I. bod 5 písm. d) výzvy k podání nabídek zadavatel požadoval splnění podmínek technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona v rozsahu seznamu minimálně dvou významných služeb (výměna písku) poskytnutých za poslední tři roky před podáním nabídky vztahujících se k předmětu veřejné zakázky včetně originálu nebo ověřené kopie minimálně dvou osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací s limitem nad 300 000 Kč bez DPH ročně (dále též jen „**referenční podmínka**“). Ke způsobu prokázání referenční podmínky zadavatel doplnil, že v nabídce dodavatelé prokazují její splnění čestným prohlášením, z jehož obsahu bude zřejmé, že dodavatel veškerá kritéria technické kvalifikace splňuje, a doklady musí prokazovat splnění referenční podmínky nejpozději v době 3 měsíců před podáním nabídky.
4. Ze zprávy o hodnocení nabídek ze dne 4. 4. 2019 vyplývá, že zadavatel obdržel v zadávacím řízení celkem dvě nabídky, z nichž jako nejvýhodnější (v obou dílčích kritériích) vyhodnotil nabídku dodavatele - VYKRUT zahradní služby a.s., IČO 03921921, se sídlem Pavlova 3048/40, 700 30 Ostrava (dále jen „**vybraný dodavatel**“). Přípisem ze dne 11. 4. 2019 vyzval zadavatel vybraného dodavatele k předložení údajů, informací a dokladů podle § 122 odst. 3 a 5 zákona, tj. včetně předložení osvědčení prokazujících splnění referenční podmínky (dále též jen „**osvědčení**“). V návaznosti na předložení požadovaných dokladů a osvědčení zadavatel uzavřel dne 13. 6. 2019 s vybraným dodavatelem na plnění veřejné zakázky „Rámcovou smlouvu o dílo č. S/0442/2019/ODK“ (dále též jen „**smlouva**“).
5. Dne 30. 5. 2019 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami, podnět k zahájení správního řízení z téhož dne (dále jen „**podnět**“), podaný druhým účastníkem zadávacího řízení - TOMDA EU s.r.o., IČO 28615948, se sídlem Havlíčkovo náměstí 781/10, 708 00 Ostrava - Poruba jako vedoucím členem společnosti a PETRON servis, s.r.o., IČO 26860309, se sídlem Martinovská 3304/48d, 723 00 Ostrava (dále jen „**stěžovatel**“). Před podáním podnětu podal stěžovatel námitky ze dne 16. 5. 2016 ve smyslu § 241 zákona (dále jen „**námitky**“), směřující proti oznámení zadavatele o výběru dodavatele, jimiž stěžovatel namítal, že vybraný dodavatel nesplnil referenční podmínku. O námitkách rozhodl zadavatel dne 24. 5. 2019 tak, že je odmítl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“).
6. V návaznosti na obdržení podnětu, posouzení obsahu vyžádané dokumentace o zadávacím řízení, jakož i vyjádření zadavatele vydal Úřad dne 15. 7. 2019 příkaz č. j. ÚOHS-S0270/2019/VZ-19287/2019/533/AMe (dále jen „**příkaz**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že se zadavatel dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, neboť při posouzení splnění podmínek účasti vybraným dodavatelem nepostupoval v souladu se zákonem, a ve výroku II. uložil zadavateli za spáchání zjištěného přestupku pokutu ve výši 40 000 Kč.
7. Doručením příkazu zadavateli dne 15. 7. 2019 bylo podle § 46 odst. 1 ve spojení s § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 78 odst. 2 ve spojení s § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o přestupcích**“), ve smyslu § 249 zákona zahájeno správní řízení o přestupku z moci úřední, vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0270/2019/VZ. Proti příkazu podal zadavatel včasný odpor ze dne 18. 7. 2019, načež byl příkaz zrušen a Úřad ve správním řízení pokračoval.

II. Napadené rozhodnutí

8. Dne 2. 9. 2019 vydal Úřad na základě posouzení všech rozhodných skutečností rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0270/2019/VZ-24287/2019/533/AMe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
9. Ve výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se obviněný při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky dle ustanovení § 39 odst. 4 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, neboť při posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení nepostupoval transparentně, když ve vztahu k vybranému dodavateli posoudil podmínky účasti v zadávacím řízení jako splněné, aniž by odstranil pochybnosti související s prokázáním referenční podmínky dle čl. I. bodu 5 písm. d) výzvy k podání nabídek, a to konkrétně v případě významné služby poskytnuté v rámci referenční zakázky „Výměna písku v pískovištích v Praze pro Sadovnický a zahradnický servis s.r.o.“ (dále též jen „**reference Praha**“), jejímž prostřednictvím vybraný dodavatel prokazoval referenční podmínku podle ustanovení § 79 odst. 2 písm. b) zákona, jelikož u této služby nebylo najisto postaveno, zda je skutečně způsobilá k prokázání referenční podmínky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr dodavatele a obviněný uzavřel na plnění veřejné zakázky s vybraným dodavatelem smlouvu.
10. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli za zjištěný přestupek pokutu podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona ve výši 40 000 Kč a výrokem III. napadeného rozhodnutí povinnost k úhradě nákladů správního řízení ve výši 1 000 Kč.
11. Výrok I. napadeného rozhodnutí odůvodnil Úřad zejména tím, že obviněný nemohl mít pouze na základě informací obdržенých od vybraného dodavatele a společnosti - Sadovnický a zahradnický servis s.r.o., IČO 27404862, Ruzyňská 209/8, 161 00 Praha 6 (dále jen „**výstavce reference Praha**“ nebo „**objednatel**“), postaveno najisto, že se v daném případě skutečně jednalo o jedinou zakázku v celkovém finančním objemu nad 300 000 Kč bez DPH a zda byla tato referenční zakázka realizována v deklarovaném období, načež byl v souladu se zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona povinen uvedenou pochybnost rozptýlit, k čemuž měl dle zákona řadu právních nástrojů. Úřad proto shledal, že zadavatel uvedeným jednáním nedodržel pravidla pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, a proto konstatoval, že zadavatel naplnil skutkovou podstatu přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona.
12. Výrok II. napadeného rozhodnutí o uložení pokuty odůvodnil Úřad tím, že se jedná o přestupek typově závažný, s možným dopadem na výsledek zadávacího řízení, neboť v zadávacím řízení nebylo postaveno najisto, zda vybraný dodavatel splnil a prokázal kvalifikační podmínku. Úřad se zabýval dalšími zákonnými hledisky pro uložení pokuty, načež neshledal žádné přitěžující ani polehčující okolnosti a po vyloučení likvidačního účinku sankce a zohlednění funkcí správního trestání uložil zadavateli pokutu při spodní hranici zákonné sazby.

III. Námitky rozkladu

13. Dne 11. 9. 2019 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 2. 9. 2019. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

14. V rozkladu obviněný namítá, že se Úřad v napadeném rozhodnutí dostatečně nezabýval obsahem podkladů pro vydání rozhodnutí, jmenovitě dokumentací o zadávacím řízení, stanoviskem zadavatele ve správním řízení ze dne 24. 7. 2019 a odporem proti příkazu.
15. Obviněný konkrétně uvádí, že k ověřování reference Praha přistoupil pouze za účelem zákonného (a nadstandardního) vypořádání námitek stěžovatele, nikoliv z důvodu, že by měl sám pochybnosti o řádnosti tohoto osvědčení a jeho relevanci ve vztahu k prokázání referenční podmínky. Obviněný nesouhlasí s názorem Úřadu vyjádřeným v bodě 79 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že námitky stěžovatele relevantním způsobem zpochybnily referenci Praha, v zájmu objektivity však kontaktoval výstavce reference Praha, aby vyvrátil pochybnost vznesenou stěžovatelem, zda se nejedná o „falešnou referenci“.
16. K relevanci obsahu námitek stěžovatele obviněný sděluje, že se dle jeho názoru jedná o zmatečné a nepodložené domněnky, které mohl odmítnout, aniž by je ověřoval.
17. Konkrétně obviněný uvádí, že stěžovatelem tvrzené pochybnosti nikterak nevyvrací relevanci reference Praha, neboť zmiňované klimatické podmínky poskytování referenčních služeb nevyklučují, čas (březen 2019) a místo plnění (Praha) zakázky osvědčované referencí Praha jsou obecně relevantní a informace o počtu či výčtu konečných příjemců služeb, které vybraný dodavatel poskytoval výstavci reference Praha, nejsou rozhodné pro přípustnost reference Praha pro prokázání technické kvalifikace vybraného dodavatele v souladu se zadávacími podmínkami, jakkoliv se na ně obviněný objednatel dotazoval.
18. Obviněný je proto přesvědčen, že jak při posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, tak při vypořádání námitek stěžovatele postupoval v souladu se zákonem.

Závěr rozkladu

19. Zadavatel ve svém rozkladu výslovně neuvádí, čeho se jeho prostřednictvím domáhá.

IV. Řízení o rozkladu

20. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 98 odst. 1 zákona o přestupcích přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona nezákonným postupem při posouzení splnění podmínek účasti vybraným dodavatelem, za což byla obviněnému uložena pokuta a povinnost k úhradě nákladů řízení, nerozhodl správně a v souladu s právními předpisy.

23. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0270/2019/VZ.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení

K zákonnosti postupu zadavatele při posouzení splnění podmínek účasti

K petitu rozkladu

24. Úvodem této části rozhodnutí poukazuji, že obviněný v rozkladu výslovně neuvádí, v jakém rozsahu napadené rozhodnutí napadá ani čeho se domáhá.
25. Podle § 152 odst. 5 správního řádu platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání, nevylučuje-li to povaha věci. Podle § 82 odst. 2 správního řádu věty první musí mít odvolání náležitosti uvedené v § 37 odst. 2 správního řádu a musí obsahovat údaje o tom, proti kterému rozhodnutí směřuje, v jakém rozsahu ho napadá a v čem je spatřován rozpor s právními předpisy nebo nesprávnost rozhodnutí nebo řízení, které mu předcházelo. Ustanovení § 37 odst. 2 správního řádu mimo jiné stanoví, že z podání musí být patrné, co se navrhuje.
26. Ustanovení § 82 odst. 2 správního řádu věta druhá dále stanoví, že není-li v odvolání uvedeno, v jakém rozsahu odvolatel rozhodnutí napadá, platí, že se domáhá zrušení celého rozhodnutí.
27. S odkazem na citovanou právní úpravu konstatuji, že jsem vycházel v tomto řízení o rozkladu z předpokladu, že obviněný napadá napadené rozhodnutí v celém rozsahu, tj. v rozsahu všech jeho výroků, a domáhá se jeho zrušení. V tomto rozsahu jsem také napadené rozhodnutí s přihlédnutím k § 98 odst. 1 zákona o přestupcích přezkoumal.
28. Rozsah přezkumu je současně omezen rozsahem předmětu tohoto správního řízení, proto pro vyloučení pochybností akcentuji, že předmětem tohoto rozhodnutí není posouzení zákonnosti postupu zadavatele v rozsahu, o němž nebylo rozhodnuto ve výrocích napadeného rozhodnutí. Případný další přezkum zákonnosti postupu zadavatele v zadávacím řízení na veřejnou zakázku v tomto přesahujícím rozsahu tedy není ze strany Úřadu vyloučen.

K posouzení podmínek účasti

29. Dále považuji za účelné ve stručnosti připomenout rozhodné okolnosti v nyní projednávané věci a jejich význam pro posouzení zákonnosti napadeného rozhodnutí.
30. Jak již bylo uvedeno výše, Úřad dospěl v napadeném rozhodnutí v zásadě k závěru, že zadavatel nepostupoval při posuzování podmínek účasti vybraného dodavatele podle § 39 odst. 4 zákona v souladu se zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona, neboť v rozsahu posouzení splnění podmínek technické kvalifikace neměl postaveno najisto, zda jedno z osvědčení předkládaných vybraným dodavatelem za účelem prokázání referenční podmínky - reference Praha - splňuje zadavatelem stanovené podmínky. Klíčová pochybnost o řádnosti (a přípustnosti) reference Praha byla dle názoru Úřadu vznesena obsahem námitek stěžovatele a vyjádřeními objednatele, které byly vzhledem k okolnostem nedostatečné.

31. Obviněný jako zadavatel zadával veřejnou zakázku ve zjednodušeném podlimitním řízení, a proto byl při stanovení podmínek kvalifikace oprávněn ve smyslu § 53 odst. 4 zákona použít i jiná kritéria kvalifikace, než jsou uvedena v části čtvrté zákona. Při posuzování obsahu referenční podmínky je tedy třeba vycházet především z její formulace v zadávacích podmínkách.
32. V bodě 5. písm. d) výzvy zadavatel stanovil referenční podmínku, jejímž prostřednictvím po dodavatelích požadoval předložení „seznamu min. 2 významných služeb (výměna písku) poskytnutých za poslední 3 roky před podáním nabídky vztahujících se k předmětu této veřejné zakázky včetně originálu nebo ověřené kopie min. 2 osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací s limitem nad 300 tis. Kč bez DPH ročně u každé z nich; dle § 79 odst. 2 písm. b) zákona“. Referenční podmínka měla být prokázána v nabídce předložením čestného prohlášení a prostřednictvím příslušných osvědčení.
33. Klíčovou otázkou zůstává, zda mohl mít zadavatel u reference Praha předložené vybraným dodavatelem postaveno najisto, že je tato reference způsobilá splnit požadavek na jedno z osvědčení dle referenční podmínky. K tomu sděluji následující.
34. Předně jsem se zabýval tím, zda mohl mít zadavatel při posuzování splnění podmínek účasti vybraným dodavatelem, tj. ještě před podáním námitek, důvodnou pochybnost o pravosti reference Praha a její způsobilosti plnit referenční podmínku.
35. Zde zejména poukazuji, že reference Praha ze dne 17. 5. 2019 obsahuje mimo jiné jednoznačné údaje o objednateli zakázky, tj. o výstavci reference Praha, o poskytnutí řádného a včasného plnění spočívajícího v celkové výměně písku při údržbě dětských hřišť a víceúčelových a ostatních sportovišť, o názvu -jedné- zakázky „Výměna písku v pískovištích v Praze“ a předmětu jejího plnění, o finanční výši plnění 326 000 Kč bez DPH s místem realizace Praha a termínem plnění březen 2019, a dále kontaktní osobu, razítko a podpis výstavce. Na základě posouzení znění referenční podmínky a obsahu reference Praha sděluji, že předmětné osvědčení zjevně dokládá veškeré údaje požadované zadavatelem v referenční podmínce v rámci předkládaných osvědčení. Všechny údaje jsou současně uvedeny určitě a jednoznačně, aniž by připouštěly jiný výklad, který by nebyl kompatibilní s požadavky referenční podmínky.
36. V tomto směru tedy považuji tvrzení zadavatele v rozkladu o tom, že neměl pochybnost o přípustnosti reference Praha pro účely prokázání referenční podmínky, za legitimní. Dále poukazuji, že není povinností zadavatele přistupovat ke každému předkládanému osvědčení v zadávacím řízení *a priori* jako k nepravdivému a jeho pravost důkladně prověřovat. V uvedené souvislosti doplňuji, že předkládání nepravdivých osvědčení má své právní důsledky, včetně možnosti zadavatele ukončit závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 223 odst. 2 písm. b) zákona či případné trestněprávní odpovědnosti. Dodavatel tedy odpovídá za předkládání pravdivých osvědčení ve shodě se skutečným stavem a je povinen nést i případné nepříznivé právní následky za nesplnění příslušné právní povinnosti.
37. Konstatuji proto, že jsem dospěl k závěru, že ve fázi posuzování splnění podmínek účasti nebyla dána existence důvodné pochybnosti o přípustnosti reference Praha a zadavatel nepochybil, nevyzýval-li vybraného dodavatele ani objednatele k objasnění tohoto osvědčení.

38. Uvedené stanovisko ostatně připouští i Úřad, který v bodě 62 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl následující: *„Úřad konstatuje, že v případě, že zadavatel nemá žádné relevantní indicie zpochybňující správnost předloženého seznamu významných služeb (např. konkrétní referenci), resp. věrohodnost informací z něho vyplývajících, nelze zadavateli nic vytknout, pokud na základě takového seznamu významných služeb konstatuje prokázání kvalifikace, potažmo splnění podmínek účasti v zadávacím řízení. Ze zákona tak nevyplývá povinnost zadavatele objasňovat účastníkem zadávacího řízení předložený seznam významných služeb v každé situaci, tj. i když nemá o splnění kvalifikačního kritéria žádné pochybnosti.“*
39. V citovaném bodě odůvodnění napadeného rozhodnutí však Úřad dále doplňuje, že jiná situace nastane, když je osvědčení předložené vybraným dodavatelem relevantním způsobem zpochybněno, například obdrží-li zadavatel kvalifikované námitky. V takovém případě je zadavatel dle názoru Úřadu povinen kvalifikovanou pochybnost vyvrátit.
40. S označeným názorem Úřadu lze v obecné rovině souhlasit. Zde především poukazují, že z hlediska dodržení zásady transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona je v zadávacím řízení neudržitelné, aby zadavatel indicie o nepravdivosti předkládaných osvědčení, má-li takové, zcela ignoroval a shodu předkládaných dokladů se skutečným stavem neproověřil.
41. Dále jsem se proto zabýval tím, zda námitky stěžovatele v nyní projednávané věci skutečně vznesly důvodnou pochybnost o pravdivosti reference Praha a zda zadavatel příslušnou pochybnost dostatečným způsobem rozptýlil.
42. Stěžovatel v námitkách konkrétně uvedl, že má za to, že reference Praha nesplňuje referenční podmínku v rozsahu požadovaného finančního limitu minimálně 300 000 Kč (dále jen „**finanční limit**“), a to s odkazem na parametry jiné veřejné zakázky s názvem „Péče o dětská hřiště, víceúčelová a ostatní sportoviště, Praha 6 - Řepy“ (dále jen „**VZ Praha 6**“), kterou měl dle veřejně dostupných informací výstavce reference Praha plnit pro jiného zadavatele jako vybraný dodavatel. Stěžovatel dále poukázal, že název zakázky dle reference Praha neodpovídá žádné uzavřené smlouvě v registru smluv, že reference Praha obsahuje neurčité a zmatečné údaje a že v průběhu března 2019 jako termínu plnění byly nepříznivé klimatické podmínky pro poskytnutí příslušných služeb. Stěžovatel proto vyjádřil stanovisko, že zadavatel referenci Praha dostatečně neproověřoval, jakkoliv k tomu měl dostupné právní nástroje.
43. Zadavatel se s obsahem námitek vypořádal již v rozhodnutí o námitkách, v nichž vysvětlil, že referenci Praha považuje za dostatečně určitou a průkaznou, že odkaz na VZ Praha 6 není rozhodný, neboť výstavce reference Praha zadavateli sdělil, že prováděl výměnu písku pro více objednatelů z veřejného i soukromého sektoru, že plnění referenční zakázky v rámci jednoho měsíce má za přiměřené a klimatické podmínky v březnu 2019 za přijatelné. Zadavatel stěžovateli současně sdělil, že pravost reference Praha ověřil u jejího výstavce, který její správnost potvrdil a uzavřel, že má pochybnosti o přípustnosti reference Praha za rozptýlené.
44. Úřad shledal uvedené vypořádání nedostatečným, což v bodě 66 odůvodnění napadeného rozhodnutí shrnul tak, že *„obviněný nemohl mít pouze na základě informací obdržených od vybraného dodavatele a výstavce referenčního listu postaveno najisto, že se v daném*

případě skutečně jednalo o jedinou zakázku v celkovém finančním objemu nad 300 000 Kč bez DPH a zda byla tato referenční zakázka realizována v deklarováném období.“

45. Úřad zejména poukázal, že se zadavatel na základě druhé žádosti o objasnění ze dne 20. 5. 2019 dotazoval výstavce reference Praha též na skutečného objednatele či příjemce předmětných služeb - výměny písku v pískovištích v Praze, případně žádal o předložení objednávky či smlouvy s tímto objednatelem, přičemž výstavce reference Praha uvedené žádosti nevyhověl s vyjádřením, že poskytuje služby pro více objednatelů ze soukromého i veřejného sektoru, jejichž výčet považuje za své obchodní tajemství.
46. Úřad dále v bodech 64 - 65 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že informace o konečných příjemcích referenčního plnění považuje za podstatné a že skutečnost, že výstavce reference Praha tyto údaje neposkytl, jen prohlubuje pochybnost o tom, zda se v daném případě skutečně jednalo o jedinou zakázku v požadovaném finančním limitu, který bylo nutno pro účely splnění referenční podmínky bezpodmínečně dodržet.
47. S uvedeným posouzením věci Úřadem nesouhlasím, k čemuž uvádím, že výčet konečných příjemců poskytovaných služeb nemám pro posouzení nyní řešené věci za rozhodný. Současně v napadeném rozhodnutí absentuje k uvedenému stanovisku konkrétní zdůvodnění.
48. V uvedené souvislosti akcentuji, že jak referenční podmínka, tak ustanovení § 79 odst. 2 písm. b) zákona hovoří o seznamu významných služeb poskytnutých *objednateli*, tedy nikoliv nutně zadavateli a poskytnuté služby se nemusí nutně týkat veřejné zakázky. Konečným *objednatel*em služeb dle reference Praha je tedy výstavce této reference jako obchodní společnost, bez ohledu na skutečnost, zda je konečným příjemcem takových služeb či je využívá pro poskytování služeb svým smluvním partnerům. Takový obchodní model je zcela legitimní, neboť vybraný dodavatel odpovídal za řádné splnění zakázky přímo objednateli, nikoliv případným konečným příjemcům realizovaných prací, kteří mohou mít s výstavcem reference Praha vlastní závazkový vztah.
49. Současně jsem ze správního spisu neseznal jiné okolnosti, které by mohly svědčit pro Úřadem konstruovanou pochybnost, že reference Praha nedokládá jedinou zakázku pro objednatele, nýbrž více dílčích plnění nedosahujících požadovaného finančního limitu. Skutečnost, že obviněný v žádosti o objasnění reference Praha adresované objednateli požadoval více informací, než které byly nezbytně nutné k ověření pravosti a relevance vybraným dodavatelem předloženého osvědčení pak hodnotím jako relevantní snahu o nadstandardní vypořádání námitek stěžovatele, nikoliv jako okolnost, která by měla v tomto konkrétním případě za následek porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení ve smyslu § 6 odst. 1 zákona.
50. Neposkytnutí informací o tom, kterým konkrétním příjemcům objednatel své služby poskytuje, tak v nyní řešené věci nemá za následek neprůkaznost reference Praha ani její zpochybnění, neboť vybraný dodavatel v zadávacím řízení prokazoval poskytnutí služeb přímo objednateli jako výstavci reference Praha, nikoliv konečným příjemcům realizovaných služeb (například majitelům parků či pískovišť).
51. Nad rámec posouzení věci doplňuji, že služby poskytované vybraným dodavatelem objednateli mohou být součástí komplexních služeb poskytovaných objednatelem dalším

osobám a jako takové nemusí být vždy jasně oddělitelné a vymezitelné jako samostatná plnění. V dané souvislosti poukazují, že předmětem plnění veřejné zakázky byly služby spočívající ve výměně písku v pískovištích, které z povahy věci předpokládají větší množství dílčích realizačních plnění poskytnutých objednateli v určitém období. Zadavatel v rámci referenční podmínky požadoval splnění stanoveného finančního limitu za poskytnutí referenčních služeb za období jednoho roku, vybraný dodavatel referencí Praha naplnil požadovaný finanční limit za období jednoho kalendářního měsíce, což zcela v souladu s účelem stanovení podmínek kvalifikace dostatečně svědčí pro jeho kapacitní schopnosti předmět veřejné zakázky řádně plnit. Případné zmapování všech klientů výstavce reference Praha tedy nemám za účelné ani z hlediska posouzení zákonnosti postupu zadavatele ani pro případné hodnocení faktické kvalifikace vybraného dodavatele.

52. Dále jsem se zabýval tím, zda z obsahu námitek či ze správního spisu nevyplývají jiné okolnosti, které by mohly svědčit pro pochybnosti o přípustnosti reference Praha, načež konstatuji, že jsem takové okolnosti nezjistil. Zde především poukazují, že námítka stěžovatele byly obecné, subjektivně formulované a nepředkládaly konkrétní skutečnosti, které by zakládaly důvodnou pochybnost o přípustnosti reference Praha. Skutečnost, zda nebyla vybraným dodavatelem předložena nepravdivá (falešná) reference pak zadavatel ověřil přímo u objednatele. Vypořádání zadavatele v rozhodnutí o námitkách tedy hodnotím jako dostatečné a postup zadavatele při posouzení splnění podmínek účasti vybraným dodavatelem jako zákonný.
53. Postup zadavatele při posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele mám tedy za dostatečný a transparentní a posouzení věci Úřadem za nesprávné a nepodložené, neboť zadavatel nepostupoval v rozporu se zákonem.
54. K výše uvedenému proto shrnuji, že jsem dospěl k závěru, že výrok I. napadeného rozhodnutí spočívá na nesprávném právním posouzení věci, neboť zadavatel se vytýkaného porušení zákona nedopustil. Nezákonné jsou rovněž výroky II. a III. napadeného rozhodnutí, neboť jsou na výroku I. napadeného rozhodnutí, jakožto výroku o vině, závislé.

K nezákonnosti napadeného rozhodnutí

55. Podle § 152 odst. 5 správního řádu platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání, nevylučuje-li to povaha věci.
56. Podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu, nestanoví-li zvláštní zákon jinak, lze v řízení o rozkladu rozhodnutí, které vydal ústřední správní úřad v prvním stupni, zrušit nebo změnit, pokud se tím plně vyhová rozkladu a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků.
57. Podle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu platí, že pokud odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a řízení zastaví.
58. Podle § 257 písm. f) Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona nebo pro uložení sankce podle § 268 nebo § 269 zákona.
59. Vzhledem k výše uvedenému jsem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí spočívá na nesprávném právním posouzení věci, neboť zadavatel při posouzení podmínek účasti

vybraného dodavatele postupoval přiměřeně a v souladu se zásadou transparentnosti a s ustanovením § 39 odst. 4 zákona. Tím není naplněn první znak skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, tj. že zadavatel nedodrží pravidla stanovená zákonem pro zadání veřejné zakázky. Z toho důvodu jsem se nezabýval tím, zda Úřad posoudil správně naplnění ostatních znaků skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, neboť takové posouzení je pro vydání tohoto rozhodnutí již nadbytečné.

60. Napadené rozhodnutí je proto z důvodu nesprávného právního posouzení věci nezákonné, a to v intenzitě odůvodňující jeho zrušení, neboť jsem dospěl k závěru, že se obviněný zjištěného přestupku nedopustil. Za daných okolností nejsou dány ani podmínky pro uložení sankce podle § 268 zákona. Jsou tak splněny předpoklady pro zrušení napadeného rozhodnutí v souladu s § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu ve spojení s § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu a současně pro zastavení správního řízení ve smyslu § 257 písm. f) zákona, neboť další vedení správního řízení by již postrádalo svého smyslu.

VI. Závěr

61. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad v napadeném rozhodnutí nepostupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení o přestupku, a to z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí.
62. Vzhledem k výše uvedenému, kdy jsem shledal důvody, pro které je nutno napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Statutární město Ostrava, městský obvod Ostrava-Jih, Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava

Vypraveno dne:

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