



UOHSX00CTH15

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0360/2019/VZ-31363/2019/513/IHI

Brno: 18. listopadu 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 27. 9. 2019 na návrh z 26. 9. 2019, jehož účastníky jsou

- zadavatel – obec Přeskače, IČO 00636959, se sídlem Přeskače 45, 671 40 Přeskače,
- navrhovatel – KAVYL, spol. s r.o., IČO 49975358, se sídlem Mohelno 563, 675 75 Mohelno,
- vybraný dodavatel – STROMMY COMPANY s.r.o., IČO 01919652, se sídlem Andělská Hora 143, 793 31 Andělská Hora,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Založení lokálního biocentra v k.ú. Přeskače“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 19. 6. 2019 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 18. 6. 2019 na profilu zadavatele <https://nen.nipez.cz/profil/obecpreskace>,

rozhodl takto:

I.

Správní řízení v části návrhu navrhovatele – KAVYL, spol. s r.o., IČO 49975358, se sídlem Mohelno 563, 675 75 Mohelno – ze dne 26. 9. 2019 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – obec Přeskače, IČO 00636959, se sídlem Přeskače 45, 671 40 Přeskače – při zadávání veřejné zakázky „Založení lokálního biocentra v k.ú. Přeskače“ ve zjednodušeném podlimitním

řízení zahájeném dne 19. 6. 2019 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 18. 6. 2019 na profilu zadavatele <https://nen.nipez.cz/profil/obecpreskace>, týkající se akceptace nově předložené referenční zakázky v rozhodnutí zadavatele – obec Přeskače, IČO 00636959, se sídlem Přeskače 45, 671 40 Přeskače – o námitkách jmenovaného navrhovatele ze dne 18. 9. 2019, čímž podle uvedeného navrhovatele došlo k nepřipustné změně nabídky vybraného dodavatele – STROMMY COMPANY s.r.o., IČO 01919652, se sídlem Andělská Hora 143, 793 31 Andělská Hora – v době, kdy již bylo posuzování podmínek účasti (technické kvalifikace) v zadávacím řízení ukončeno, **se podle § 257 písm. h) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť této části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.

II.

Návrh navrhovatele – KAVYL, spol. s r.o., IČO 49975358, se sídlem Mohelno 563, 675 75 Mohelno – ze dne 26. 9. 2019 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – obec Přeskače, IČO 00636959, se sídlem Přeskače 45, 671 40 Přeskače – při zadávání veřejné zakázky „Založení lokálního biocentra v k.ú. Přeskače“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 19. 6. 2019 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 18. 6. 2019 na profilu zadavatele <https://nen.nipez.cz/profil/obecpreskace>, v části týkající se přezkoumání rozhodnutí o výběru dodavatele **se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – obec Přeskače, IČO 00636959, se sídlem Přeskače 45, 671 40 Přeskače (dále jen „zadavatel“) – zahájil dne 19. 6. 2019 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 18. 6. 2019 na profilu zadavatele <https://nen.nipez.cz/profil/obecpreskace> zjednodušené podlimitní řízení na veřejnou zakázku „Založení lokálního biocentra v k.ú. Přeskače“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Podle preambule výzvy k podání nabídky ze dne 18. 6. 2019 je tato výzva podkladem pro podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení podle § 53 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), na veřejnou zakázku na služby. Podle dalších bodů výzvy je předmětem veřejné zakázky vytvoření nového lokálního biocentra, jehož součástmi jsou: pokusné plochy, izolační lem keřů, les, alej, sad, louka s galerií dřevin, založení travnatých ploch a následná péče o výsadbu v délce 3 let. Podle klasifikace předmětu veřejné zakázky se jedná o zemědělské, lesnické a zahradnické služby (CPV 77000000-0) a zahradnické služby (CPV 77000000-3). Předpokládaná cena veřejné zakázky činí 4 625 467 Kč bez DPH. Nabídky mají být hodnoceny podle jejich ekonomické výhodnosti, tj. podle nejnižší nabídkové ceny bez DPH. Výzva v závěru obsahuje odkaz na zadávací dokumentaci, která byla publikována rovněž na profilu zadavatele.
3. Zadavatel uveřejnil dne 21. 8. 2019 na svém profilu dokument „Oznámení rozhodnutí o výběru dodavatele“ ze dne 20. 8. 2019. Proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele

podal námitky ze dne 4. 9. 2019 další účastník zadávacího řízení – KAVYL, spol. s r.o., IČO 49975358, se sídlem Mohelno 563, 675 75 Mohelno (dále jen „navrhovatel“). Námitky byly zadavateli doručeny 5. 9. 2019.

4. Zadavatel rozhodnutím ze dne 18. 9. 2019 podané námitky odmítl. Rozhodnutí o odmítnutí námitek bylo navrhovateli doručeno téhož dne.
5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval postup zadavatele při výběru dodavatele za zákonný, podal návrh ze dne 26. 9. 2019 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Úřad obdržel návrh na zahájení správního řízení dne 27. 9. 2019 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 27. 9. 2019.
7. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný dodavatel – STROMMY COMPANY s.r.o., IČO 01919652, se sídlem Andělská Hora 143, 793 31 Andělská Hora (dále jen „vybraný dodavatel“).

Obsah návrhu ze dne 26. 9. 2019

8. Návrh směřuje proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 20. 8. 2019. Konkrétně navrhovatel v návrhu uvádí, že z oznámení rozhodnutí o výběru dodavatele zjistil, že zadavatel vybral k realizaci veřejné zakázky na základě provedeného posouzení a hodnocení nabídek vybraného dodavatele. Navrhovatel má však za to, že postup zadavatele při výběru dodavatele byl nesprávný, neboť nabídka vybraného dodavatele nesplňuje zadávací podmínky. Navrhovatel dle svého vyjádření tímto postupem zadavatele utrpěl újmu, neboť se umístil v pořadí hodnocení nabídek na druhém místě.
9. Navrhovatel tvrdí, že vybraný dodavatel nesplňuje podmínky technické kvalifikace tak, jak byly stanoveny v zadávací dokumentaci a jeho nabídka měla být ze zadávacího řízení vyloučena. Zadavatel v článku 15 zadávací dokumentace stanovil podmínky k prokázání technické kvalifikace. Podle názoru navrhovatele však referenční služba „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ provedená vybraným dodavatelem nesplňuje zadavatelem stanovenou úroveň, neboť finanční objem služeb zakládání, regenerace a revitalizace urbanizované zeleně realizovaný na této zakázce nebyl v objemu alespoň 2,5 mil. Kč bez DPH. To vyplývá z veřejně dostupné smlouvy o dílo uzavřené mezi obcí Čejkovice a vybraným dodavatelem na realizaci uvedené zakázky a z položkového rozpočtu. Zakázka „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ podle rekapitulace rozpočtu zahrnovala i „stavební práce“ v částce 1 156 820,56 Kč a výdaje na „následnou pěstební péči“ ve výši 735 980,95 Kč, tj. uznatelným referenčním plněním je pouze výdaj na „zeleň“ ve výši 1 877 504,51 Kč. Následná pěstební péče pak nesplňuje požadavek na dokončenou službu, neboť tato péče bude dokončena v listopadu 2021. Předmětná referenční služba tak nesplňuje podmínky technické kvalifikace

a postup zadavatele, který nabídku vybraného dodavatele posoudil jako splňující stanovené zadávací podmínky, je nesprávný.

10. Navrhovatel podotýká, že z rozhodnutí o námitkách vyplývá, že zadavatel si opatřil informace o uznatelnosti předmětné referenční služby až po rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky. Podle navrhovatele z dokladů jím opatřených (smlouva o dílo a položkový rozpočet) vyplývá, že skutečný finanční podíl stavebních prací a následné péče činí z celkové ceny díla ve výši 3 770 306,02 Kč bez DPH částku cca 1,9 mil. Kč bez DPH.
11. Navrhovatel má za to, že zadavatel účelovým způsobem vykládá zadávací podmínky tak, že ve skutečnosti nepožadoval prokázat v rámci referenční služby poskytnuté plnění spočívající v „zakládání, regeneraci a revitalizaci urbanizované zeleně“ v objemu 2,5 mil. Kč bez DPH, ale že tento druh plnění měl být součástí poskytované služby v blíže nestanoveném (jakémkoli) rozsahu.
12. Další referenční zakázka doložená vybraným dodavatelem byla podle navrhovatele předložena z jeho vlastní iniciativy (nikoli na základě výzvy zadavatele), čímž došlo k nepřipustné změně nabídky v dokladech prokazujících technickou kvalifikaci, a to v době, kdy již byl proces posuzování podmínek účasti v zadávacím řízení ukončen. Připuštění nových (jiných) referenčních zakázek k prokázání technické kvalifikace podle navrhovatele nepřijatelným způsobem zvýhodňuje vybraného dodavatele a vymyká se zcela z procesu posouzení podmínek účasti vybraného dodavatele. Zadavatel se tak dopustil porušení podmínek rovné hospodářské soutěže a nezákonného nebo netransparentního posouzení a hodnocení nabídek.
13. Závěrem navrhovatel požádal Úřad, aby zrušil rozhodnutí o výběru dodavatele a uložil zadavateli opětovně posoudit obsah nabídky vybraného dodavatele. Navrhovatel má rovněž za to, že vybraného dodavatele je nutno z důvodu nesplnění zadávacích podmínek ze zadávacího řízení vyloučit.

Další postup ve správním řízení

14. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S0360/2019/VZ-26834/2019/513/IHI ze dne 1. 10. 2019, který byl účastníkům správního řízení doručen téhož dne.
15. Dokumentaci o zadávacím řízení od zadavatele obdržel Úřad elektronicky dne 7. 10. 2019, rovněž tak i vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 7. 10. 2019 (podrobněji viz dále).
16. Usnesením č. j. ÚOHS-S0360/2019/VZ-27914/2019/513/IHI ze dne 14. 10. 2019 byla zadavateli určena lhůta k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které provede v zadávacím řízení.
17. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0360/2019/VZ-28744/2019/513/IHI ze dne 21. 10. 2019 stanovil účastníkům správního řízení lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí. Zadavatel ani navrhovatel se k podkladům rozhodnutí nevyjádřili. Stanovisko vybraného dodavatele Úřad obdržel dne 25. 10. 2019 (blíže viz dále).
18. Dne 29. 10. 2019 umožnil Úřad nahlížení do správního spisu zástupci zadavatele a zástupkyni navrhovatele. Následně Úřad vydal dvě usnesení, jimiž částečně nevyhověl žádosti zadavatele a navrhovatele o nahlédnutí do správního spisu sp. zn. S0360/2019/VZ, a to

v rozsahu částí dokumentace o zadávacím řízení, které nejsou podkladem pro vydání rozhodnutí a které tvoří přílohu tohoto spisu.

19. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0360/2019/VZ-30271/2019/513/IHI ze dne 6. 11. 2019 nařídil z moci úřední předběžné opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 7. 10. 2019

20. Zadavatel se ve svém vyjádření k návrhu nejprve zabývá rozporovanou referenční zakázkou vybraného dodavatele na akci „Veřejná zeleň Čejkovice“. Zadavatel označuje tuto zakázku jako dokončenou s tím, že následná péče není do hodnoty reference zahrnuta. Tuto referenční zakázku si zadavatel ověřil u objednatele díla a ten uvedl, že mimo zahradnické činnosti byl proveden pouze altán a vyvýšené záhony v částce 386 679 Kč bez DPH, což je necelých 13,5 % z celkového finančního objemu. Zadavatel proto trvá na svém postoji, že referenční zakázky vybraného dodavatele odpovídají požadavkům zadávací dokumentace, neboť byly požadovány 2 dokončené obdobné zakázky (dokončené služby), jejichž předmětem nebo součástí bylo zakládání, regenerace a revitalizace urbanizované zeleně, a kde finanční objem těchto služeb dosáhl u každé z nich alespoň 2,5 mil. Kč bez DPH. Z toho dle zadavatele vyplývá, že nestanovil jako referenční plnění s výhradně zahradnickými službami ve 100 % zakázky, ale požadoval „obdobné služby“, které obsahovaly zahradnické služby, což u předložené referenční zakázky je splněno, jelikož tyto činnosti převažují v rámci celkové hodnoty.
21. Zadavatel dále uvádí, že po podané námitce se rozhodl využít práva podle § 46 zákona a požádat vybraného dodavatele o objasnění předložených údajů a dokladů v napadené referenční zakázce. Vybraný dodavatel doručil toto vysvětlení dne 6. 9. 2019 a současně využil svého práva podle § 46 odst. 2 zákona a doplnil předchozí dvě referenční zakázky ještě o další referenci pro město Říčany. Zadavatel tedy vyzval vybraného dodavatele podle § 46 zákona a ten na základě výzvy doplnil svoji nabídku o nezpochybnitelnou referenci. Pokud podle zadavatele lze ekonomicky nejvýhodnější nabídku zákonným způsobem doplnit, měl by to zadavatel jednající jako řádný hospodář využít; proto takto zadavatel (obec) postupoval. Zadavatel znovu opakuje, že vybraný dodavatel s nejnižší nabídkovou cenou a celkem třemi prokázanými referenčními zakázkami zadávací podmínky (kvalifikaci) splňuje, tedy výběrem tohoto dodavatele nedošlo k porušení zákona.
22. V závěru vyjádření zadavatel velmi obecně a nekonkrétně podotýká, že navrhovatel v návrhu rozšiřuje své námitky a uvádí je až dodatečně v návrhu, a proto k těmto novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách nelze přihlížet.

Vyjádření vybraného dodavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 25. 10. 2019

23. Vybraný dodavatel ve svém stanovisku sděluje, že zadávací dokumentace veřejné zakázky neurčila další požadavky na referenční zakázky. Zpochybněná zakázka „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ se skládá především z výsadby zeleně a rozhodně se nejedná o stavební zakázku. Součástí zakázky byly drobné zahradní stavby jako altán a cihlové trvalkové záhony. Tato referenční zakázka splňuje podle vybraného dodavatele všechny parametry stanovené v zadávací dokumentaci. Následná péče ještě probíhá, avšak částka za ni nebyla v nabídce

započítána. V objasnění předložené referenční zakázky z 6. 9. 2019 byla doložena další zakázka splňující kritéria zadávací dokumentace; ta však nebyla uvedena jako náhrada za rozporovanou zakázku, ale „*pro vyloučení veškerých pochybností*“.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

24. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů pro rozhodnutí, zejména relevantních částí dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl podle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí části návrhu týkající se přezkoumání rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele (neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření) a v části návrhu týkající se akceptace nově předložené referenční zakázky v rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 18. 9. 2019 správní řízení zastavil podle § 257 písm. h) zákona (neboť této části návrhu nepřecházely řádně a včas podané námitky). Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

25. Podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace.
26. Podle čl. 99 ústavního zákona č. 1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky.
27. Podle § 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obcích“), je obec základním územním samosprávným společenstvím občanů; tvoří územní celek, který je vymezen hranicí území obce.
28. Podle Administrativního registru ekonomických subjektů (ARES) je zadavatel obcí podle § 1 zákona o obcích.
29. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel jakožto obec ve smyslu § 1 zákona o obcích je veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

30. Na úvod Úřad podotýká, že je povinen mj. zkoumat, zda návrhu předcházely námitky a zda tyto námitky byly podány řádně a včas.

Relevantní ustanovení zákona

31. Podle § 241 odst. 2 písm. a) zákona námitky podle odstavce 1 se podávají písemně a lze je podat proti všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek.
32. Podle § 242 odst. 1 zákona mj. platí, že námitky musí být doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem.
33. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.

Zjištění vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

34. Navrhovatel podal dne 31. 7. 2019 nabídku do zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Dne 21. 8. 2019 zadavatel uveřejnil na svém profilu dokument Oznámení rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 20. 8. 2019, jehož přílohou byla Zpráva o hodnocení nabídek ze dne 6. 8. 2019. V Oznámení rozhodnutí o výběru dodavatele se uvádí, že nejnižší nabídkovou cenu obsahovala nabídka vybraného dodavatele. Zároveň Oznámení rozhodnutí o výběru dodavatele zahrnuje mj. výčet dokladů, na jejichž základě zadavatel posuzoval splnění technické kvalifikace vybraného dodavatele se závěrem, že doklady odpovídají požadavkům zákona i požadavkům zadavatele definovaným v zadávacích podmínkách.
35. Navrhovatel proti rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 20. 8. 2019 podal námitky ze dne 4. 9. 2019, které zadavatel obdržel dne 5. 9. 2019. V námitkách navrhovatel zpochybnil splnění podmínek technické kvalifikace ze strany vybraného dodavatele, tudíž tato nabídka měla být podle jeho názoru ze zadávacího řízení vyloučena, popř. měl být tento dodavatel vyzván k objasnění údajů z nabídky. Navrhovatel dále v námitkách rozebírá kritéria pro prokázání technické kvalifikace podle čl. 15 zadávací dokumentace v souvislosti s referencí na službu „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ a dospívá k závěru, že tato referenční služba nesplňuje zadavatelem stanovenou úroveň.
36. Navrhovatel v závěru námitek poukazuje na skutečnost, že zadavatel vybral k realizaci veřejné zakázky dodavatele, který nesplňuje stanovené zadávací podmínky, čímž narušil podmínky rovné hospodářské soutěže. Zadavatele žádá, aby zrušil rozhodnutí o výběru dodavatele a opětovně posoudil nabídku vybraného dodavatele.
37. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 18. 9. 2019 námitky navrhovatele odmítnul. V odůvodnění svého rozhodnutí poukazuje na to, že vyzval vybraného dodavatele k objasnění předložené reference. Ten kromě vysvětlení referenční zakázky realizované v obci Čejkovice pro vyloučení pochybností o své technické způsobilosti doložil v rámci vysvětlení (na základě výzvy zadavatele podle § 46 zákona) ještě další referenční zakázku realizovanou pro město Říčany. Zadavatel konstatuje, že i tuto referenci důkladně prověřil a dospěl k závěru, že splňuje požadovanou technickou kvalifikaci v celém rozsahu.
38. Protože zadavatel námitkám navrhovatele nevyhověl, navrhovatel podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 26. 9. 2019 k Úřadu. Obsah jeho návrhu je shrnut v předchozím textu odůvodnění. Součástí návrhu je i poměrně široká argumentace napadající dodatečné předložení další referenční zakázky vybraným dodavatelem, již tento dodavatel podle názoru navrhovatele „z vlastní iniciativy“ (aniž by zadavatel k doložení další referenční zakázky vybraného dodavatele sám vyzval) mění obsah své nabídky v dokladech prokazujících technickou kvalifikaci v době, kdy bylo její posuzování dokončeno. Z toho důvodu má navrhovatel za to, že připuštění doložení nových referenčních zakázek k prokázání technické kvalifikace nepřijatelným způsobem vybraného dodavatele zvýhodňuje, narušuje rovnost účastníků zadávacího řízení a vymyká se z procesu posouzení podmínek účasti vybraného dodavatele.

Právní posouzení

39. Z § 242 odst. 1 zákona vyplývá, že námitky musí být doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem.

V projednávaném případě návrh navrhovatele směřuje jednak proti samotnému rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele (viz dále výrok II.) a v návrhu je rovněž napadána skutečnost vyplývající z rozhodnutí o námitkách, že zadavatel přijal a posoudil novou (další) referenční zakázku k prokázání technické kvalifikace, kterou předložil vybraný dodavatel v době, kdy již bylo posuzování podmínek účasti v zadávacím řízení ukončeno.

40. Pokud jde o další referenční zakázku vybraného dodavatele, navrhovatel se o nově doložené referenci (týkající se zakázky města Říčany), kterou zaslal vybraný dodavatel zadavateli spolu s vysvětlením své nabídky ze dne 6. 9. 2019, dozvěděl z rozhodnutí zadavatele o námitkách proti rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 18. 9. 2019. Toto rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno téhož dne datovou schránkou. Konkrétně se k této věci v rozhodnutí o námitkách uvádí, že zadavatel vyzval vybraného dodavatele dne 5. 9. 2019 k objasnění referenční zakázky realizované v obci Čejkovice, že tento dodavatel podal vysvětlení dne 6. 9. 2019 a že: *„Dále pro vyloučení veškerých pochybností o technické způsobilosti, dodavatel doložil v rámci vysvětlení ještě další referenční zakázku realizovanou pro Město Říčany, která rovněž splňuje zadávací podmínky v celém rozsahu, což zadavatel důkladně prozkoumal, prověřil a konstatuje, že i tato reference splňuje požadovanou technickou kvalifikaci v celém rozsahu... Vybraný dodavatel doložil i další referenční zakázku. Další referenční zakázka je plně vyhovující požadavkům zadavatele.“*
41. Ode dne 18. 9. 2019 tedy měl navrhovatel od zadavatele k dispozici informaci, že v zadávacím řízení zadavatel vyzval dne 5. 9. 2019 vybraného dodavatele k objasnění předložené reference (tj. reference „Veřejná zeleň v Čejkovicích“), že toto vysvětlení vybraný dodavatel podal dne 6. 9. 2019 a že navíc v rámci objasnění doložil ještě další referenční zakázku realizovanou pro město Říčany. Ohledně nové reference se navrhovatel z rozhodnutí o námitkách dozvěděl, že zadavatel tuto novou referenci důkladně prověřil a dospěl k závěru, že i ona splňuje požadovanou technickou kvalifikaci v celém rozsahu.
42. Z dokumentace o zadávacím řízení nevyplývá, že by proti akceptaci nové referenční služby navrhovatel podal námitky.
43. Pokud navrhovatel nesouhlasil s postupem zadavatele popsáním v rozhodnutí o námitkách (tj. připuštění a posuzování nové reference vybraného dodavatele v době po ukončení posuzování nabídek), mohl podle § 242 odst. 1 zákona podat námitky do 15 dnů ode dne, kdy se o tomto domnělém porušení zákona zadavatelem dozvěděl. Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno do datové schránky dne 18. 9. 2019 a 15 denní lhůta pro podání námitek tak skončila dne 3. 10. 2019. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že navrhovatel v této lhůtě a ani později proti tomuto postupu zadavatele námitky nepodal. Poprvé až v návrhu k Úřadu ze dne 26. 9. 2019 navrhovatel napadl postup zadavatele, jímž zadavatel připustil v rámci objasnění referenční zakázky „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ předložení nové reference od vybraného dodavatele (na zakázku pro objednatele město Říčany), kdy podle argumentace navrhovatele v návrhu se jedná *„o nepřípustnou změnu nabídky“* vybraného dodavatele v dokladech prokazujících technickou kvalifikaci v době, kdy již byl proces posuzování podmínek účasti v zadávacím řízení ukončen.
44. Navrhovatel podal námitky proti samotnému rozhodnutí o výběru dodavatele (ze dne 4. 9. 2019), avšak námitky proti akceptaci nově předložené referenční zakázky vybraného dodavatele v době po ukončení posuzování podmínek účasti v zadávacím řízení, o které se

dozvěděl z rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 18. 9. 2019, nepodal vůbec a proti tomuto domnělému porušení zákona brojil až v návrhu.

45. Navrhovatel v návrhu napadá změnu nabídky vybraného dodavatele, když namítá: *»Jednak je zřejmé, že zadavatel vybraného dodavatele k doložení další referenční zakázky sám nevyzval, vybraný dodavatel tak „z vlastní iniciativy“ mění obsah své nabídky, a to v době, kdy bylo její posuzování dokončeno. Jedná se, podle mínění navrhovatele, o nepřipustnou změnu nabídky, odporující pravidlům rovné hospodářské soutěže účastníků řízení, kdy dodavatel dodatečně, z vlastní iniciativy, mění obsah své nabídky v dokladech prokazujících technickou kvalifikaci, a to v době, kdy již byl proces posuzování podmínek účasti v zadávacím řízení ukončen. Nejedná se současně o akceptovatelné doplnění nabídky z hlediska např. chyby v psaní, opravy rozpočtu nemění nabídkovou cenu, popř. změnu harmonogramu plnění, ale dodatečnou změnu údajů, kterými měl dodavatel ve stanovené lhůtě k podání nabídky prokázat splnění kvalifikace. Připuštění dodatečného dokládání nových (jiných) referenčních zakázek k prokázání technické kvalifikace, jež nebyly v nabídce uvedeny a které přitom z hlediska zadávacích podmínek byly klíčovým (jediným) technickým kritériem pro účast v zadávacím řízení pro všechny dodavatele, nepřijatelným způsobem vybraného dodavatele zvyhodňuje a narušuje rovnost účastníků zadávacího řízení. Tato forma „doplnění“ chybějící referenční služby je navíc zcela vymknuta z procesu posouzení podmínek účasti vybraného dodavatele.«*
46. Jak Úřad uvádí výše, o akceptování nové reference vybraného dodavatele se navrhovatel dozvěděl 18. 9. 2019, avšak námitky proti uvedenému postupu zadavatele v zákonné 15 denní lhůtě (tedy nejpozději do 3. 10. 2019) zadavateli nedoručil. Proti tomuto domnělému porušení zákona se navrhovatel námitkami nebránil vůbec a argumentuje jím poprvé až v návrhu.
47. Úřad konstatuje, že každý dodavatel má právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele, avšak až poté, co se u něj dotčený dodavatel bránil námitkami podle zákona (k tomuto závěru srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2008, č. j. 5 As 50/2006-137)¹.
48. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
49. Vzhledem ke skutečnosti, že navrhovatel nevyužil v části návrhu týkající se akceptace nové referenční služby zadavatelem primární způsob obrany před nezákonným postupem zadavatele, tedy podání námitek v zákonem dané lhůtě, nezbyvá Úřadu než v souladu s § 257 písm. h) zákona správní řízení v této části návrhu zastavit, neboť předmětné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
50. Z důvodu procesní ekonomie Úřad rozhodl o zastavení řízení o části návrhu (výrok I.) rozhodnutím a nikoli usnesením, jak předpokládá § 257 zákona, a to rovněž s přihlédnutím k závěrům předsedy Úřadu, ke kterým dospěl v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0204/2018/VZ-04701/2019/321/ZSř ze dne 15. února 2019: „... Za třetí lze zmínit situaci, kdy navrhovatel uvede v návrhu rozsáhlou argumentaci týkající se výhrad, které v námitkách neuplatnil, pak

¹ Pozn. Úřadu: uváděný rozsudek se týká předchozího zákona o veřejných zakázkách č. 137/2006 Sb., avšak jeho závěry jsou platné i za účinnosti zákona č. 134/2016 Sb.

o této části návrhu Úřad rozhodne podle § 257 písm. h) zákona samostatným výrokem. V této situaci zákon sice předpokládá formu usnesení, ale tato forma není nezbytně nutná, pakliže Úřad o zbytku návrhu rozhoduje rozhodnutím. Tudíž Úřad může podle § 257 písm. h) zákona přímo rozhodnout v samostatném výroku rozhodnutí, v jehož dalších výrocích pojedná zároveň i o dalších částech návrhu. Rozhodnutí je totiž vyšší forma než usnesení, tudíž v rámci něj může Úřad pojednat o všech skutečnostech, i o těch, u kterých, pokud by se rozhodovalo pouze o nich, by postačovala forma usnesení. Takový závěr potvrzuje např. usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 1662/2004 ze dne 2. 5. 2005, z něhož vyplývá: „O zrušení rozsudku soudu prvního stupně a o vrácení věci k dalšímu řízení odvolací soud rozhoduje - jak vyplývá z ustanovení § 223 o.s.ř. - formou usnesení. Povahu usnesení neztrácí toto rozhodnutí ani v případě, je-li přičleněno k jinému rozhodnutí odvolacího soudu, pro něž je ustanovením § 223 o.s.ř. stanovena forma rozsudku.“ Z toho důvodu Úřad rozhodoval o zastavení řízení o části návrhu rozhodnutím.

51. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

52. Ustanovení § 39 odst. 2 zákona stanoví, že v průběhu zadávacího řízení zadavatel vybírá z účastníků zadávacího řízení vybraného dodavatele na základě a) posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, b) snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení, pokud je tímto zákonem pro zvolený druh zadávacího řízení připuštěno a zadavatel si je vyhradil, c) hodnocení nabídek.
53. Podle § 39 odst. 5 zákona (věty první) posouzení splnění podmínek účasti nebo hodnocení kritérií podle odstavce 3 zadavatel provede na základě údajů, dokladů, vzorků nebo modelů poskytnutých účastníkem zadávacího řízení.
54. Podle § 46 odst. 1 zákona zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.
55. Podle § 46 odst. 2 zákona po uplynutí lhůty pro podání nabídek nemůže být nabídka měněna, nestanoví-li tento zákon jinak; nabídka však může být doplněna na základě žádosti podle odstavce 1 o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení. V takovém případě se doplnění údajů týkajících se prokázání splnění podmínek účasti za změnu nabídky nepovažují, přičemž skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek účasti mohou nastat i po uplynutí lhůty pro podání nabídek.
56. Podle § 48 odst. 2 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení a) nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil, b) nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46, nebo c) neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení.

57. Ustanovení § 48 odst. 8 zákona stanoví, že vybraného dodavatele zadavatel vyloučí z účasti v zadávacím řízení, pokud zjistí, že jsou naplněny důvody vyloučení podle odstavce 2 nebo může prokázat naplnění důvodů podle odstavce 5 písm. a) až c).
58. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Zjištění vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

59. Skutková zjištění jsou částečně shrnuta v části K výroku I. tohoto rozhodnutí pod body 34. až 38. odůvodnění. Z dokumentace o zadávacím řízení dále vyplynuly následující skutečnosti.
60. Pod bodem 15. zadávací dokumentace zadavatel stanovil následující požadavky na technickou kvalifikaci dodavatele: *„Zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požaduje předložit v souladu s § 79 zákona. Seznam významných služeb srovnatelného charakteru, poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením tohoto zadávacího řízení:*
- *osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací*
 - *minimální úroveň pro splnění tohoto kritéria technické kvalifikace je stanovena na nejméně 2 dokončené obdobné zakázky (dokončené služby), jejichž předmětem nebo součástí bylo **zakládání, regenerace a revitalizace urbanizované zeleně**, a kde finanční objem těchto služeb dosáhl u každé z nich alespoň **2,5 mil. Kč bez DPH.**“*
61. Vybraný dodavatel předložil ve své nabídce vyplněný formulář pro prokázání splnění technické kvalifikace, kde uvedl jako 1. referenční zakázku „Vybrané skladebné části ÚSES I.“, jejímž objednatelem bylo město Hustopeče, a jako 2. referenční zakázku „Veřejná zeleň v Čejkovicích“, jejímž objednatelem byla obec Čejkovice. K vyplněnému formuláři přiložil i dva referenční listy potvrzené těmito objednateli. Zadavatel posoudil splnění podmínek účasti vybraného dodavatele v protokolu ze dne 16. 8. 2019 a ohledně technické kvalifikace konstatoval, že obě referenční zakázky splňují vymezené parametry, tedy že vybraný dodavatel předložil doklady o kvalifikaci v souladu s požadavky zadavatele i zákona. Následně zadavatel uveřejnil na svém profilu Oznámení rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 20. 8. 2019, které obsahuje totéž posouzení splnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem.
62. Na základě námitek ze dne 4. 9. 2019 podaných navrhovatelem zadavatel vyzval vybraného dodavatele k objasnění referenční zakázky „Veřejná zeleň v Čejkovicích“. Zadavatel ve výzvě z 5. 9. 2019 citoval námitku vznesenou navrhovatelem týkající se prokázání technické kvalifikace a požádal vybraného dodavatele (s odkazem na § 46 odst. 1 zákona) o vyjasnění zpochybněné referenční zakázky, tj. o uvedení skutečných nákladů na požadovaný předmět plnění, příp. doložení dalších dokladů prokazujících splnění technické kvalifikace u této referenční zakázky. Lhůta pro předložení dokladů byla stanovena na 3 pracovní dny.
63. Vybraný dodavatel odeslal zadavateli požadované objasnění dne 6. 9. 2019. Sděluje v něm, že podaná referenční zakázka „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ splňuje svým finančním objemem a povahou technickou kvalifikaci dle zadávací dokumentace. Dále vysvětlil: *„Jedná se o urbanizovanou zeleň, jejíž součástí byly výsadby dřevin, keřů a květin. Dále se zakládaly trávníky, prováděly mlatové cesty a drobné zahradní stavby. Jelikož šlo o doprovodné prvky parkové výsadby (např. vyvýšené květinové záhony), předpokládáme, že je lze započítat*

do předmětu prokazované referenční zakázky. Následná péče opravdu probíhá od listopadu 2018, nicméně nebyla v hodnotě referenční zakázky započítána. Domníváme se tedy, že touto zakázkou byly splněny technické kvalifikační předpoklady. ... Pro vyloučení veškerých pochybností o technické způsobilosti naší firmy dokládáme další referenční zakázku, jež rovněž splňuje technické kvalifikační předpoklady.“ Vybraný dodavatel k dopisu přiložil referenční list na akci „Výsadba krajinné zeleně Říčany II“ potvrzený objednatelem, městem Říčany.

64. Rovněž zadavatel sám si referenci „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ ověřoval, a to u objednatele, obce Čejkovice. Jeho dotaz ze dne 6. 9. 2019 směřoval ke zjištění, jaká byla skutečnost provedených prací v poměru ceny díla mezi službami dodávky zeleně a stavebních prací. Starosta obce Čejkovice zadavateli v e-mailové zprávě z 9. 9. 2019 sdělil, že „z celkového finančního objemu 2 877 640,07 Kč bez DPH tvořil objem zahradní stavby altánu a vyvýšených záhonů částku 386 679 Kč bez DPH, což v přepočtu představuje necelých 13,5 % celkového finančního objemu.“
65. Následně zadavatel rozhodl o odmítnutí námitek navrhovatele. V odůvodnění rozhodnutí o námitkách citoval z objasnění zaslání vybraným dodavatelem ze dne 6. 9. 2019 i z vyjádření objednatele referenční zakázky „Veřejná zeleň v Čejkovicích“, obce Čejkovice, z 9. 9. 2019. Zadavatel vysvětlil, že referenční zakázky vybraného dodavatele odpovídají požadavkům zadávací dokumentace (čl. 15), neboť striktně nestanovil jako referenční plnění výhradně zahradnické služby v objemu 100 % zakázky, ale požadoval „obdobné služby“, které obsahovaly zahradnické služby, což je u předložené referenční zakázky podle zadavatele splněno, jelikož tyto práce a činnosti převažují v rámci celkové hodnoty.
66. Samotný referenční list na akci „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ potvrzený obcí Čejkovice obsahuje údaje o termínu realizace „leden 2018 až listopad 2018“, hodnotě zakázky „2 877 640,07 Kč bez DPH (bez následné péče)“ a o předmětu díla, jímž je: „Zeleň v intravilánu obce, Výsadba vzrostlých stromů, výsadba keřů, trvalek. Založení trávníků. Mlatové cesty, mobiliář, herní prvky. Stavba altánu a vyvýšených záhonů. Kácení nevhodných dřevin a ošetření (zdravotní řezy) u ponechaných dřevin.“ V referenčním listě je dále uvedeno, že „Zvlášť je kalkulována tříletá následná péče u všech výsadeb.“
67. Smlouva o dílo uzavřená mezi obcí Čejkovice jako objednatelem a vybraným dodavatelem jako zhotovitelem dne 14. 11. 2017 na zhotovení díla „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ stanovuje v čl. 3.2. termín dokončení a předání díla nejpozději do 30. 11. 2018. Čl. 5 této smlouvy obsahuje následující platební podmínky: „Cena za kompletní dílo s výjimkou ceny za provádění následné péče v rámci poskytnuté záruky bude uhrazena na základě faktury vystavené nejpozději do 15 dnů od řádného dodání kompletního díla.“ (čl. 5.2.1.) a „Cena za provádění následné péče v rámci poskytnuté záruky bude hrazena na základě faktury vystavené nejpozději do 31. 12. příslušného kalendářního roku, v němž bude prováděna následná péče v rámci poskytnuté záruky.“ (čl. 5.2.2.). Pokud jde o záruku za jakost díla, ta je v čl. 12.1.2. smlouvy stanovena v délce 5 let s výjimkou záruky za rostlinný materiál, která se stanoví v délce 3 let od okamžiku předání a převzetí díla objednatelem. Ohledně provádění následné péče stanovuje čl. 12.3.1. smlouvy, že v průběhu záruční doby na rostlinný materiál je zhotovitel povinen provádět následnou péči o vysazený rostlinný materiál.

68. K veřejné zakázce „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ je na profilu obce Čejkovice mj. uveřejněna zadávací dokumentace, projektová dokumentace a vyjádření stavebního úřadu v Hodoníně. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že šlo o veřejnou zakázku na služby a jejím předmětem byla obnova veřejné zeleně na 4 zastavěných územích obce; podle CPV kódu 77000000-0 šlo o zemědělské, lesnické, zahradnické služby a služby v oblasti akvakultury a včelařství. V projektové dokumentaci na revitalizaci ploch sídelní zeleně v Čejkovicích (průvodní a souhrnná technická zpráva z 10/2015) je stanoven mj. počet stromů k ošetření, počet stromů a keřů k odstranění, počty stromů a keřů k výsadbě, plocha pro založení trávníků a záhonů. Jako stavebně technické prvky mají být podle tohoto dokumentu provedeny cesty, obruby, herní prvek (věž se skluzavkou), lavice se stolem a venkovní lavičky. Ve vyjádření stavebního úřadu v Hodoníně ze dne 10. 10. 2016 k žádosti obce Čejkovice o stanovisko k projektu „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ byl tento objednatel díla informován, že předložený záměr nepodléhá vydání územního rozhodnutí, stavebního povolení ani jiného opatření podle stavebního zákona.

Právní posouzení

69. Navrhovatel v posuzované části návrhu namítá, že „*vybraný dodavatel nesplňuje podmínky technické kvalifikace tak, jak byly stanoveny zadávací dokumentací a jeho nabídka měla být ze zadávacího řízení vyloučena ...*“ Konkrétně referenční služba „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ dle navrhovatele nesplňuje stanovenou úroveň, neboť finanční objem zakládání, regenerace a revitalizace urbanizované zeleně nebyl v objemu alespoň 2,5 mil. Kč bez DPH. K tomuto závěru navrhovatel dospěl na základě veřejně dostupné smlouvy o dílo uzavřené mezi obcí Čejkovice a vybraným dodavatelem a položkového rozpočtu tohoto díla. Navrhovatel má za to, že vybraný dodavatel v rámci předmětné služby realizoval rovněž stavební práce v hodnotě 1 156 820,56 Kč. Zakázka dále nesplňuje podle navrhovatele podmínku dokončenosti, neboť následná péče je stále poskytována.
70. Zadavatel jak ve vyjádření k návrhu, tak v rozhodnutí o námitkách trvá na tom, že reference na službu „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ splňuje jeho požadavky stanovené v zadávací dokumentaci. Vybraný dodavatel v rámci objasnění předložené referenční zakázky rovněž tvrdí, že daná zakázka splňuje svým objemem a povahou technickou kvalifikaci; následná péče pak do její hodnoty nebyla započítávána. Toto stanovisko vybraný dodavatel zopakoval i ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 25. 10. 2019, v němž navíc uvedl, že zadávací dokumentace neurčila další požadavky na referenční zakázky. Předmětná referenční zakázka se podle jejího zhotovitele (vybraného dodavatele) skládala především z výsadbý zeleně; o stavební zakázku se nejednalo (její součástí byly pouze drobné stavby jako je altán a trvalkové záhony).
71. V této části odůvodnění se Úřad zabýval částí návrhu, ve které navrhovatel rozporuje, že reference „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ nesplňuje požadavky zadavatele stanovené k prokázání technické kvalifikace v čl. 15 zadávací dokumentace a uvádí, že zadavatel tak měl vybraného dodavatele vyloučit z účasti v zadávacím řízení v souladu s § 48 odst. 8 zákona (z důvodu nesplnění zadávacích podmínek podle § 48 odst. 2 zákona).
72. V čl. 15. zadávací dokumentace zadavatel požadoval předložit:
„Seznam významných služeb srovnatelného charakteru, poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením tohoto zadávacího řízení:

- *osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejméně dvou z těchto prací*
 - *minimální úroveň pro splnění tohoto kritéria technické kvalifikace je stanovena na nejméně 2 dokončené obdobné zakázky (dokončené služby), jejichž předmětem nebo součástí bylo **zakládání, regenerace a revitalizace urbanizované zeleně**, a kde finanční objem těchto služeb dosáhl u každé z nich alespoň **2,5 mil. Kč bez DPH**.*
73. Úřad nejprve přistoupil k jazykovému výkladu výše citovaného článku 15. zadávací dokumentace a z něj dovodil následující požadavky zadavatele na referenční zakázky (které musí být splněny ve svém souhrnu):
1. významná služba musí být srovnatelného charakteru (se zadávanou zakázkou),
 2. významná služba musela být poskytnuta v době posledních 3 let před zahájením zadávacího řízení,
 3. musí být doloženy dvě obdobné zakázky,
 4. musí jít o dokončené zakázky (služby),
 5. předmětem nebo součástí těchto zakázek muselo být zakládání, regenerace a revitalizace urbanizované zeleně,
 6. finanční objem každé z dokončených služeb musel činit min. 2,5 mil. Kč bez DPH.
74. Úřad na základě uvedeného výčtu kritérií ověřoval, zda vybraným dodavatelem doložená referenční zakázka „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ splnila požadavky zadavatele. Pokud jde o první podmínku, že významná služba musí být srovnatelného charakteru, Úřad uvádí, že předmětem zadávané veřejné zakázky jsou zemědělské, lesnické, zahradnické služby (CPV kód 77000000) a předmětem referenční zakázky byly zemědělské, lesnické, zahradnické služby a služby v oblasti akvakultury a včelařství (CPV kód 77000000). S ohledem na uvedené lze tedy referenční službu považovat za službu srovnatelného charakteru (včetně shodného CPV kódu).
75. Pokud jde o druhou podmínku týkající se doby poskytnutí referenční služby, Úřad konstatuje, že podle referenčního listu na akci „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ byla tato zakázka realizována od ledna 2018 do listopadu 2018, vyhovuje tedy podmínce, aby byla poskytnuta za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku, což bylo v r. 2019.
76. Třetí podmínka, aby byly doloženy nejméně dvě obdobné zakázky, je taktéž splněna, neboť kromě referenčního listu na zakázku „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ doložil vybraný dodavatel i referenci na akci „Vybrané skladebné části ÚSES I“. Objednatelem zakázky „Vybrané skladebné části ÚSES I“ bylo město Hustopeče; jejím předmětem byla výsadba stromů, keřů, trávničky, oplocenky; finanční objem zakázky činil 2 819 372,62 Kč bez DPH a termín realizace byl leden až květen 2019.
77. Další (čtvrté) kritérium týkající se dokončenosti zakázky, Úřad posoudil tak, že zakázka „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ byla dokončena v listopadu 2018, což osvědčuje údaj v referenčním listě (potvrzený objednatelem, obcí Čejkovice), a nasvědčuje tomu i čl. 3.2. smlouvy o dílo, kde jako termín dokončení a předání díla je uvedeno „*nejpozději do 30. 11. 2018*“. Ze smlouvy o dílo dále vyplývá, že záruka na rostlinný materiál se stanoví v délce 3 let a že v průběhu záruční doby na rostlinný materiál je zhotovitel povinen provádět následnou

péči (čl. 12 smlouvy o dílo). Cena za provádění následné péče v rámci poskytnuté záruky bude hrazena na základě faktury vystavené nejpozději do 31. 12. příslušného kalendářního roku, v němž bude prováděna následná péče v rámci poskytnuté záruky (čl. 5 smlouvy o dílo). Z uvedeného je zřejmé, že poskytnutí služby „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ (zahrnující zeleň v intravilánu obce, výsadbu vzrostlých stromů, keřů a trvalek, založení trávníků, mlatové cesty, mobiliář, herní prvky, stavbu altánu a vyvýšených záhonů, kácení a ošetření dřevin) bylo plně dokončeno již v roce 2018 a cena služby byla v témže roce uhrazena. V současnosti (3 roky od dokončení) probíhá v rámci poskytnuté záruky následná péče o vysázený rostlinný materiál, jež je účtována samostatně za každý rok. Úřad proto nemůže přisvědčit námitce navrhovatele, že by z důvodu probíhající následné péče o rostliny byla služba spočívající ve výsadbě stromů, založení trávníků, kácení a ošetření dřevin a provedení drobných staveb dosud neukončená. Úřad se neztotožnil ani s tvrzením navrhovatele, že do ceny díla byla zahrnuta i následná péče. Z pravidel fakturace vyplývajících z čl. 5 smlouvy o dílo Úřad ověřil, že cena za dílo s výjimkou ceny za provádění následné péče v rámci záruky bude uhrazena po dodání kompletního díla (tj. ke konci roku 2018), avšak cena za provádění následné péče bude hrazena na základě faktury vystavené nejpozději do 31. 12. každého roku, v němž bude prováděna následná péče v rámci tříleté záruky (tj. za roky 2019, 2020 a 2021). Faktura za záruční péči o rostlinný materiál minimálně za roky 2020 a 2021 ještě nemohla být (v roce 2019) vystavena, proto ani referenční list cenu za následnou péči nemohl obsahovat.

78. Jádrem sporu je především páté a šesté kritérium, a sice že předmětem nebo součástí referenční zakázky musí být zakládání, regenerace a revitalizace urbanizované zeleně ve finančním objemu alespoň 2,5 mil. Kč bez DPH. Stěžejní námitkou navrhovatele v této části návrhu je, že finanční objem služeb zakládání, regenerace a revitalizace urbanizované zeleně u zakázky „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ nebyl v hodnotě alespoň 2,5 mil. Kč bez DPH, neboť na této zakázce byly částečně realizovány stavební práce (dle navrhovatele v hodnotě 1 156 820,56 Kč). Otázkou tedy je, zda zadavatelem definované kritérium (čl. 15) umožňovalo, aby součástí služeb byly případně i stavební práce či zda se požadovaná hodnota referenční zakázky měla týkat výhradně zahradnických služeb. Úřad proto provedl jazykový výklad daného ustanovení.
79. Čl. 15 zadávací dokumentace, který definuje technické kritérium týkající se seznamu významných služeb, má dvě odrážky, přičemž druhou odrážku je třeba chápat jako samostatnou větu resp. souvětí, obsahující z hlediska větného rozboru jednu větu hlavní a dvě věty vedlejší. První věta hlavní „*minimální úroveň pro splnění tohoto kritéria technické kvalifikace je stanovena na nejméně 2 dokončené obdobné zakázky (dokončené služby)*“ definuje minimální úroveň technického kritéria jako nejméně 2 dokončené obdobné zakázky/dokončené služby (zadavatel v závorce konkretizuje, že se jedná o dokončené služby), přičemž na uvedenou hlavní větu navazuje věta vedlejší, která definuje, že předmětem těchto služeb, nebo jejich „součástí“ má být zakládání, regenerace a revitalizace urbanizované zeleně. Druhá věta vedlejší pak stanoví finanční objem těchto služeb. S ohledem na uvedené nemůže Úřad jazykovým výkladem dovodit nic jiného, než že dvě dokončené obdobné zakázky resp. dokončené služby mají být ve finančním objemu každé z nich alespoň 2,5 mil. Kč bez DPH a současně **jejich předmětem nebo součástí** jsou definované zahradnické služby. Pokud jde o případ, kdy definované zahradnické služby jsou součástí dokončené zakázky/služby, zadávací dokumentace (zadávací podmínky) nedává

odpověď na to, v jakém poměru má být hodnota celkové dokončené služby a zadavatelem definovaných služeb týkajících se „zakládání, regenerace a revitalizace urbanizované zeleně“. Logicky tedy může být hodnota služeb „zakládání, regenerace a revitalizace urbanizované zeleně“ nižší než 2,5 mil. Kč. Lze se jen domnívat, zda to zadavatel zamýšlel, či nikoliv. Na základě uvedených skutečností však Úřadu nezbyvá než konstatovat, že dodavatelé by dostáli požadavku zadavatele i tehdy, když by např. hodnota definovaných zahradnických služeb dosáhla pouze 1 Kč a celková dokončená služba dosáhla 2,5 mil. Kč bez DPH.

80. Požadovat po vybraném dodavateli to, co by si podle obsahu návrhu v šetřeném zadávacím řízení představoval navrhovatel, nelze, neboť po dodavatelích nelze požadovat něco, co zadávací podmínky nestanoví.
81. Kromě jazykového výkladu celého čl. 15 zadávací dokumentace považuje Úřad za potřebné se zabývat i obsahem zde použitého pojmu „urbanizovaná zezeň“, který rovněž může být vodítkem pro pochopení smyslu celého ustanovení. V obecném chápání je „urbanizovaná zezeň“ městskou a veřejnou zelení v parcích, na veřejných prostranstvích, na rekreačních, sportovních a oddychových plochách, a to včetně drobných parkových staveb.
82. Zadavatel v čl. 15 zadávací dokumentace požadoval služby, jejichž předmětem nebo součástí bylo zakládání, regenerace a revitalizace urbanizované zeleně. Hlavním předmětem díla „Veřejná zezeň v Čejkovicích“ podle zadávací a projektové dokumentace byly zahradnické služby spočívající v obnově veřejné zeleně v obci, tedy služby revitalizace urbanizované zeleně. Podle Úřadu odpovídá předmět díla definici pojmu „urbanizovaná zezeň“, tudíž tuto zakázku lze označit jako zakázku, jejímž předmětem nebo součástí bylo zakládání, regenerace a revitalizace urbanizované zeleně. Podpůrně Úřad poukazuje na vyjádření stavebního úřadu v Hodoníně k předloženému projektu „Veřejná zezeň v Čejkovicích“, podle něhož tento záměr nepodléhá vydání územního rozhodnutí či stavebního povolení. I z toho lze usuzovat, že nešlo o stavební práce, ale pouze o realizaci zezeň doplňujících drobných prvků, které nevyžadovaly stavební povolení.
83. Finanční objem služeb měl podle parametru stanoveného zadavatelem dosáhnout min. 2,5 mil. Kč bez DPH. Služba „Veřejná zezeň v Čejkovicích“ této hodnoty dosáhla, neboť podle opakovaného (a shodného) vyjádření objednatele činila 2 877 640,07 Kč bez DPH, a to včetně drobných staveb v částce 386 679 Kč bez DPH. Zadavatel nikde nestanovil, že hodnota 2,5 mil. Kč má být dosažena „čistě“ službami spočívajícími ve výsadbě dřevin, květin a založení travnatých ploch, ale použil pojem „urbanizovaná zezeň“, čímž dal najevo, že lze doložit i referenční zakázky na zahradnické služby, jejichž součástí mohlo být zhotovení drobných staveb nutných ke splnění hlavního předmětu zakázky, a současně souhrnná hodnota zakázky na služby jako celku by byla vyšší než 2,5 mil. Kč.
84. Úřad na základě jazykového výkladu celého čl. 15 zadávací dokumentace a interpretace zde obsaženého samotného pojmu „urbanizovaná zezeň“ může konstatovat, že hodnota referenční zakázky „Veřejná zezeň v Čejkovicích“ splňuje požadavek zadavatele na finanční objem služeb revitalizace urbanizované zeleně v minimální hodnotě 2,5 mil. Kč bez DPH. Není podstatné, že součástí této zakázky byly i drobné stavby. Zadavatel formuloval svůj požadavek tak, že předmětem nebo součástí referenční zakázky mají být činnosti týkající se urbanizované zeleně, avšak žádné omezení či limit pro případné stavební práce obsažené v požadovaných službách nestanovil.

85. Úřad ze shora uváděných důvodů nemůže přisvědčit výkladu čl. 15 zadávací dokumentace uplatňovaným navrhovatelem, a sice že výdaje na stavební práce není možno uznat za referenční plnění stanovené jako „zakládání, regenerace a revitalizace urbanizované zeleně“. Interpretace daného ustanovení ze strany navrhovatele neodpovídá jazykovému výkladu čl. 15 zadávací dokumentace; navrhovatel z ní vyvozuje něco (že referenční zakázka nemůže zahrnovat realizaci drobných parkových staveb), co v ní obsaženo není. Jak Úřad vysvětlil již výše, hodnotu min. 2,5 mil. Kč musela mít každá ze 2 dokončených služeb jako celek. Pak i konstatování navrhovatele v návrhu, že zadavatel ve skutečnosti nepožadoval prokázat v rámci referenční služby poskytnuté plnění spočívající v „zakládání, regeneraci a revitalizaci urbanizované zeleně“ v objemu 2,5 mil. Kč bez DPH, ale že tento druh plnění měl být součástí poskytované služby v blíže nestanoveném (jakémkoli) rozsahu, Úřad shledává jako pravdivé, neboť odpovídá formulaci použité zadavatelem v zadávací dokumentaci.
86. Závěr Úřadu potvrzuje i zadavatel, neboť dle svého vyjádření striktně nestanovil, že referenčního plnění musí být dosaženo výhradně zahradnickými službami v celém objemu 2,5 mil. Kč, avšak požadoval „obdobné služby“, které obsahovaly jako součást zahradnické služby. Rozporovaná zakázka navíc podle zadavatele neobsahuje klasické stavební práce dle stavebního zákona, což Úřad ověřil ze stanoviska stavebního úřadu Hodonín.
87. Rovněž vybraný dodavatel ve svém objasnění předmětné referenční zakázky zdůraznil, že se jednalo o urbanizovanou zeleň a že realizované drobné zahradní stavby byly doprovodnými prvky parkové výsadby. Navíc připomněl, že zadávací dokumentace neurčila další požadavky na referenční zakázku, což Úřad potvrdil taktéž.
88. Jak Úřadu dovodil výše, nelze z předmětu díla „urbanizovaná zeleň“ vyčleňovat drobné stavební objekty úzce související s užíváním ploch veřejné zeleně v obcích a městech. I napadená reference „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ byla veřejnou zakázkou na služby, přesto určité stavební práce zahrnovala.
89. Z reference potvrzené obcí Čejkovice, resp. doplňujícího vyjádření starosty této obce ze dne 9. 9. 2019, vyplynulo, že daná reference splňuje požadavky zadavatele na technickou kvalifikaci stanovené v čl. 15 zadávací dokumentace. Provádět jakékoli další ověřování či dokazování ohledně hodnoty zakázky či jejího obsahu od objednatele, který stejnou skutečnost již dvakrát potvrdil, by bylo nadbytečné. Úřad proto může konstatovat, že navrhovatelem zpochybněná referenční zakázka celkově (tj. svým předmětem, dobou provádění, dokončeností i finančním objemem) naplnila požadavky čl. 15 zadávací dokumentace.
90. Úřad uzavírá, že za situace, kdy další reference předložená vybraným dodavatelem, tj. reference „Vybrané skladebné části ÚSES I.“, nebyla v návrhu navrhovatelem zpochybněna, předložil tento dodavatel dvě požadované reference, kterými prokázal splnění kritérií technické kvalifikace. Proto nenastal důvod k případnému vyloučení vybraného dodavatele ani ke zrušení rozhodnutí o výběru dodavatele, jak žádal navrhovatel.
91. Úřad shrnuje, že v rozsahu části návrhu navrhovatele ze dne 26. 9. 2019 týkající se rozhodnutí o výběru dodavatele neshledal v postupu zadavatele rozpor se zákonem.
92. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

93. Současně Úřad doplňuje, že neshledal důvody pro uložení nápravného opatření ve smyslu § 263 odst. 3 zákona, neboť návrh neshleduje proti stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem, a vzhledem k předmětu řízení vymezenému návrhem nemůže být dán důvod ani pro uložení zákazu plnění smlouvy dle § 264 odst. 1 zákona.
94. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad uzavírá, že ve vztahu k části návrhu týkající se přezkoumání rozhodnutí o výběru dodavatele nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, a proto Úřad návrh v této části podle § 265 písm. a) zákona zamítl, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

Nové skutečnosti obsažené v návrhu

95. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 7. 10. 2019 obecně podotýká, že navrhovatel v návrhu rozšiřuje své námitky a uvádí je až dodatečně v návrhu, a proto k těmto novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách nelze přihlížet.
96. Přestože jde o nekonkrétní konstatování, Úřad provedl srovnání argumentů obsažených v návrhu a námitkách.
97. Nad rámec námitek navrhovatel až v návrhu napadá skutečnost, že zadavatel akceptoval novou referenční službu doloženou vybraným dodavatelem v době, kdy již bylo posuzování podmínek účasti (technické kvalifikace) v zadávacím řízení ukončeno. Tato argumentace navrhovatele uplatněná v návrhu je vypořádána pod bodem I. výroku rozhodnutí a v jeho odůvodnění. Argumentaci týkající se rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky z důvodu pochybností o splnění kritérií technické kvalifikace u referenční zakázky „Veřejná zeleň v Čejkovicích“ vyjádřil navrhovatel shodně jak v námitkách, tak v návrhu. Jiné nové skutečnosti, které by navrhovatel uplatnil až v návrhu, Úřad neidentifikoval.
98. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocih tohoto rozhodnutí.

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. Rozklad proti výroku I. nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Včas podaný rozklad proti výroku II. má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza
JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Obec Přeskače, Přeskače 45, 671 40 Přeskače
2. KAVYL, spol. s r.o., Mohelno 563, 675 75 Mohelno
3. STROMMY COMPANY s.r.o., Andělská Hora 143, 793 31 Andělská Hora

Vypraveno dne

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