



UOHSX00CYGVD

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Č. j.:ÚOHS-S0440/2019/VZ-33780/2019/513/JHa/EPi

Brno: 6. prosince 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve věci spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. d) citovaného zákona obviněným:

- městská část Praha 8, IČO 00063797, se sídlem Zenklova 1/35, 180 00 Praha 8 - Libeň, v souvislosti s veřejnou zakázkou „Výstavba sportovního hřiště ZŠ B. Hrabala, Praha 8“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 6. 9. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 6. 9. 2018 na profilu zadavatele <https://ezak.praha8.cz/contract display 221.html>, vydává podle ust. § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, tento

příkaz:

I.

Obviněný – městská část Praha 8, IČO 00063797, se sídlem Zenklova 1/35, 180 00 Praha 8 - Libeň – se při zadávání veřejné zakázky „Výstavba sportovního hřiště ZŠ B. Hrabala, Praha 8“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 6. 9. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek ze dne 6. 9. 2018 na profilu zadavatele <https://ezak.praha8.cz/contract display 221.html>, **dopustil přestupku** podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **tím, že postupoval při vyřizování námitek** ze dne 25. 9. 2018 podaných stěžovatelem – VYSSPA Sports Technology s.r.o., IČO 27967638, se sídlem Skladová 2438/6, 326 00 Plzeň – Východní předměstí – **v rozporu s § 245 odst. 1 citovaného zákona**, když se podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným ve výše

uvedených námitkách, neboť se v odůvodnění rozhodnutí ze dne 4. 10. 2018 o námitkách stěžovatele, jež byly zadavateli doručeny dne 26. 9. 2018,

podrobně a srozumitelně nevyjádřil k námitce stěžovatele, týkající se

- údajného stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, nezákonným přenesením odpovědnosti za správnost a úplnost zadávacích podmínek na účastníky zadávacího řízení,

a rovněž se **vůbec nevyjádřil k námitce stěžovatele, týkající se**

- stanovení údajně nepřiměřeně krátké doby pro podání nabídek, jež je v rozporu s ustanovením § 36 odst. 5 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, jakož i v rozporu se zásadou přiměřenosti,
- stanovení údajně neúplných a nesprávných zadávacích podmínek v rozporu s ustanovením § 36 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ze kterých není zřejmé, k jakému časovému rozmezí se vztahují referenční zakázky, jejichž doložení zadavatel po uchazečích zadávacího řízení požaduje v rámci prokazování technické kvalifikace, když podle stěžovatele: *„K prokázání technické kvalifikace zadavatel požaduje předložit dle § 79 odst. 2 písm. a) seznam minimálně 5 stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, ze kterého musí vyplývat, že účastník v posledních pěti letech před zahájením i tohoto zadávacího řízení realizoval minimálně tři zakázky (dále jako „referenční stavby“) spočívající ve výstavbě sportovního hřiště každá v hodnotě min. 4 mi. Kč bez DPH“*,
- požadavku zadavatele na prokázání technické kvalifikace účastníků zadávacího řízení, která má údajně představovat skrytou ekonomickou kvalifikaci uchazečů zadávacího řízení v zakázaném rozsahu, jakož i tvrzení stěžovatele, že: *„Dodavatel, který prováděl rekonstrukce sportovních hřišť, jejichž cena byla nižší než minimální hodnota 4.000.000,- Kč nemůže splnit kvalifikaci pouze z důvodu, že je schopen zakázku realizovat za nižší ceny. Požadavek na min. finanční objem 4.000.000,- Kč je tak nepřiměřený a bezdůvodně zvýhodňuje ty dodavatele, kteří realizují rekonstrukce sportovních hřišť za vyšší ceny, resp. za nepřiměřeně vysoké ceny“*.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu se obviněnému – městská část Praha 8, IČO 00063797, se sídlem Zenklova 1/35, 180 00 Praha 8 - Libeň – podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů –

ukládá pokuta ve výši 20 000,- Kč (dvacet tisíc korun českých).

Pokuta je splatná **do jednoho měsíce** od nabytí právní moci tohoto příkazu.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – městská část Praha 8, IČO 00063797, se sídlem Zenklova 1/35, 180 00 Praha 8 - Libeň – (dále jen „obviněný“) zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 6. 9. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek z téhož dne na profilu zadavatele <https://ezak.praha8.cz/contractdisplay221.html>, zadávání veřejné zakázky „Výstavba sportovního hřiště ZŠ B. Hrabala, Praha 8“ ve zjednodušeném podlimitním řízení (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Dne 26. 9. 2018 zadavatel obdržel námitky stěžovatele – VYSSPA Sports Technology s.r.o., IČO 27967638, se sídlem Skladová 2438/6, 326 00 Plzeň – Východní předměstí (dále jen „stěžovatel“) – ze dne 25. 9. 2018, které směřují proti zadávacím podmínkám. Obviněný na námitky reagoval odmítavým rozhodnutím o námitkách ze dne 4. 10. 2018, které stěžovatel obdržel téhož dne. Stěžovatel svoje námitky směřoval vůči vícero pochybením obviněného:
 - a. Obviněný neoprávněně přenáší odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na účastníky zadávacího řízení.
 - b. Obviněný stanovil nepřiměřenou lhůtu pro podání nabídek.
 - c. Projektová dokumentace jednoznačně nevymezuje předmět veřejné zakázky.
 - d. Požadavek obviněného na prokázání technické kvalifikace je v rozporu se zákonem.
3. Protože stěžovatel mimo jiné nesouhlasil s vypořádáním svých námitek a má za to, že obviněný postupoval při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1 zákona, podal návrh ze dne 11. 10. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů obviněného.

II. SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ VEDENÉ POD SP. ZN. S0416/2018/VZ

4. Dnem 12. 10. 2018, kdy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel návrh, 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 vedené pod sp. zn. S0416/2018/VZ.
5. Oznámení o zahájení správního řízení vedeného pod sp. zn. S0416/2018/VZ Úřad účastníkům správního řízení zaslal přípisem č. j. ÚOHS-S0416/2018/VZ-29886/2018/513/JLÍ ze dne 15. 10. 2018, který byl obviněnému doručen dne 15. 10. 2018.
6. Dne 22. 10. 2018 Úřad obdržel od obviněného vyjádření k návrhu z téhož dne. Obviněný oponuje, že v souvislosti s namítaným přenesením odpovědnosti obviněného na účastníky zadávacího řízení stěžovatel nepředložil žádné konkrétní argumenty, pouze odkazoval na jednotlivá ustanovení návrhu smlouvy o dílo. Obviněný se tedy v rozhodnutí o námitkách nemohl k předmětným tvrzením stěžovatele vyjadřovat konkrétněji.
7. Dále obviněný dodává, že obdržel šest nabídek (včetně nabídky navrhovatele), čemuž nepředcházely žádné žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace, což jej vede k závěru, že zadávací podmínky byly připraveny a formulovány v dostatečné míře podrobností, aby mohly být podány vzájemně srovnatelné nabídky.
8. Obviněný je přesvědčen, že zadávací podmínky vymezil v dostatečné míře podrobností, když vycházel i z předpokladu určité odborné úrovně dodavatelů. Z toho důvodu má za to, že

zadávací podmínky obsahovaly projektovou dokumentaci a soupis stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr přesně v takovém rozsahu, jak je potřeba podle ustanovení § 92 zákona. Podle obviněného měl stěžovatel pouze popsat případy s domnělým nesouladem mezi soupisem prací a projektovou dokumentací. Obviněný v rozhodnutí o námitkách tyto případy jednotlivě vysvětlil. Nad rámec uvedeného obviněný konstatuje, že žádný jiný dodavatel takové vysvětlení nežádal.

9. Podle obviněného jsou námitky stěžovatele, jakož i následný návrh na zahájení správního řízení, „ryze účelové a informace v nich uváděné jsou neúplné a především nepravdivé.“
10. Dne 5. 12. 2018 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0416/2018/VZ-36249/2018/513/JHa z téhož dne, kterým obviněnému nařídil z moci úřední podle § 61 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.
11. Dne 10. 12. 2018 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0416/2018/VZ-36620/2018/513/JHa z téhož dne, kterým podle § 263 odst. 5 zákona zrušil rozhodnutí obviněného o námitkách ze dne 4. 10. 2018 z důvodu nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů. Citované rozhodnutí Úřadu nabylo právní moci dne 28. 12. 2018.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

12. Úřad konstatuje, že byly dostatečně zjištěny skutkové okolnosti pro vydání příkazu, kdy podle § 150 odst. 1 správního řádu lze povinnost v řízení z moci úřední a ve sporném řízení uložit formou písemného příkazu, přičemž příkaz může správní orgán vydat, považuje-li skutkové zjištění za dostatečné; vydání příkazu může být prvním úkonem v řízení. V tomto případě je vydání příkazu prvním úkonem ve správním řízení.
13. Podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), správní orgán může o přestupku rozhodnout příkazem. Příkazem lze uložit správní trest napomenutí, pokuty, zákazu činnosti, nebo propadnutí věci nebo náhradní hodnoty.

K výroku I.

Relevantní ustanovení zákona

14. Podle § 241 odst. 1 zákona námitky může podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma.
15. Podle § 241 odst. 2 písm. a) zákona se námitky podle § 241 odst. 1 zákona 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.
16. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhová, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.

17. Podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4 zákona.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

18. Navrhovatel podal námítky proti zadávacím podmínkám ze dne 25. 9. 2018, jež byly obviněnému doručeny dne 26. 9. 2018. Obviněný na námítky reagoval rozhodnutím o námitkách ze dne 4. 10. 2018, které stěžovatel obdržel téhož dne.

Námítky stěžovatele ze dne 25. 9. 2018

19. *Stěžovatel se ve svých námitkách úvodem ohrazuje proti tomu, že obviněný stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem tím, že přenesl odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na účastníky zadávacího řízení, čímž porušil ustanovení § 36 odst. 3 zákona. Dále stěžovatel konstatuje, že závazný návrh smlouvy o dílo obsahuje podmínky a povinnosti v rozporu se zákonem, následuje citace vybraných částí smlouvy o dílo, kterou stěžovatel označuje též zkratkou „SoD“:*

- Čl. II. odst. 3 SoD: *»zhotovitel se touto smlouvou zavazuje provést řádně a včas pro objednatele dílo dle projektové dokumentace pro provedení stavby a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr (zpracované společností ABCD Studio, s.r.o., se sídlem Paříkova 910/11a, 190 00 Praha 9, IČO: 22794107), která tvoří nedílnou součást této smlouvy jako její příloha č. 1 této smlouvy (dále také jako „PD“).«*
- Čl. II. odst. 4 SoD: *„zhotovitel se zavazuje dílo provést v souladu s výše zmíněnou dokumentací, dle příslušných norem ČSN a právních předpisů platných v době provádění díla.*
- Čl. II. odst. 8 SoD: *„zhotovitel prohlašuje, že se podrobně seznámil s předmětem a rozsahem díla, jakož i související dokumentací, zejména dokumentací v příloze č. 1 této smlouvy, a na základě uvedeného výslovně prohlašuje, že neshledává překážky bránící provedení díla způsobem a v rozsahu vymezeném touto smlouvou. Ukáže-li se prohlášení zhotovitele jako nepravdivé, nemá nárok na cenu za část díla provedenou zhotovitelem do doby zjištění takové překážky.“*
- Čl. III. odst. 2 SoD.: *„Nedílnou přílohou č. 2 této smlouvy je podrobná kalkulace ceny obsahující ocenění jednotlivých dílčích prací dle přílohy č. 1 této smlouvy.“*
- Čl. III. odst. 4 SoD: *„Sjednaná cena díla a položkový rozpočet jsou konečné, nejvýše přípustné a úplné ve smyslu ustanovení § 2621 občanského zákoníku.“*
- Čl. XX odst. 11 SoD: *„Příloha č. 1 – Projektová dokumentace pro provedení stavby a soupisů stavebních prací, dodávek a služeb s výkazy výměr (zpracovaná společností ABCD Studio, s.r.o.) – doloženo samostatně mimo smlouvu“.*

20. K uvedenému výčtu daných ustanovení smlouvy o dílo stěžovatel prohlašuje, že smlouva o dílo obsahuje zadávací podmínky. Tím, že dodavatel předloží nabídku se závazným návrhem smlouvy o dílo, přebírá odpovědnost za úplnost a správnost zadávacích podmínek, zejména všech dokumentů charakterizujících dílo a místa plnění a nenáleží mu při plnění smlouvy vůči těmto dokladům a místu plnění žádné námítky, nemá ani nárok na úhradu ceny díla provedenou do doby zjištění vad dokumentace. Z důvodu vad projektové dokumentace

a soupisu prací nemůže stěžovatel nabídku bez úpravy zadávacích podmínek podat, neboť by nesl odpovědnost za jejich úplnost a správnost.

21. Stěžovatel dále cituje ustanovení § 92 zákona, jakož i § 2 odst. 2 a § 3 vyhlášky č. 169/2016 Sb. o stanovení rozsahu dokumentace veřejné zakázky na stavební práce a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr (dále jen „vyhláška“), přičemž opakovaně zdůrazňuje, že obviněný nesmí na dodavatele přenášet odpovědnost za úplnost a s, právnost zadávací dokumentace, jakož i odpovědnost za nesoulad mezi projektovou dokumentací a soupisem prací v tom smyslu, že by vybraný dodavatel musel například chybějící položky v soupise prací provést na své náklady. K uvedenému stěžovatel doplňuje, že za popis všech stavebních prací, dodávek a služeb, které jsou předmětem veřejné zakázky, odpovídá obviněný.
22. Stěžovatel v námitkách tvrdí, že v krátké době pro podání nabídek zjistil vadu projektové dokumentace a rozpor mezi projektovou dokumentací a soupisem prací, přičemž se obává, že takových rozporů bude více, avšak neměl dostatek času podrobně posoudit zadávací dokumentaci v celém rozsahu.
23. Podle stěžovatele jsou účastníci zadávacího řízení nuceni posuzovat celou projektovou dokumentaci a další zadávací podmínky; k podání řádné nabídky nepostačí jen ocenění soupisu prací, jak předpokládá zákon.
24. Stěžovatel se domnívá, že přenesením odpovědnosti za úplnost a správnost zadávacích podmínek došlo k porušení zásady rovnosti, neboť účastník řízení, který předpokládá úplnost a správnost soupisu prací nabídne nižší nabídkovou cenu než účastník, který zpracuje nabídkovou cenu s ohledem na veškeré zadávací podmínky stanovené obviněným. V důsledku toho nemohou být nabídkové ceny porovnatelné.
25. Druhá námitka stěžovatele směřovala proti délce lhůty pro podání nabídek. Vzhledem k tomu, že obviněný měl přenést odpovědnost za úplnost a správnost zadávacích podmínek na účastníky zadávacího řízení, stěžovatel má za to, že lhůta pro podání nabídek je v rozporu s ustanovením § 36 odst. 5 zákona a v rozporu se zásadou přiměřenosti. Stěžovatel upozorňuje i na tu skutečnost, že obviněný umožnil prohlídku místa plnění, což má podle stěžovatele představovat druhý důvod, proč by měl obviněný určit lhůtu pro podání nabídky delší, než stanovených 13 pracovních dní.
26. Stěžovatel v námitkách dále uvedl, že obviněný porušil zákon, když stanovil zadávací podmínky v rozporu s ustanovením § 92 zákona a § 2 a § 3 vyhlášky. Projektová dokumentace, jakož i soupis prací jsou podle stěžovatele vadné.
27. Stěžovatel tvrdí, že projektová dokumentace jednoznačně nevymezuje předmět veřejné zakázky a soupis prací neobsahuje podrobný popis všech předpokládaných stavebních prací, dodávek nebo služeb, které jsou předmětem veřejné zakázky na stavební práce. Na podporu tohoto tvrzení stěžovatel následně uvádí domnělé vady projektové dokumentace a soupisu prací, které zjistil.
28. Stěžovatel především napadá projektovou dokumentaci, která se týká rozběhové dráhy u skoku dalekého. Na str. 4 technické zprávy projektové dokumentace má být sportovní povrch definován jako povrch z dvouvrstvého barevného granulátu EPDM (tartan). Podle stěžovatele je tento povrch vhodný pro atletické dráhy, běžecké ovály a pod, proto se

pro ně také používá, zároveň však zdůrazňuje, že v technické zprávě není uvedena barva povrchu. Stěžovatel dále odkazuje na str. 16 technické zprávy, kde je tento povrch podrobně popisován z hlediska vlastností jednotlivých vrstev, které jej tvoří. Z podrobnějšího popisu však stěžovatel vyvozuje, že se jedná o dvouvrstvý polyuretanový povrch, který se používá pod herní prvky, nepoužívá se však pro rozběhové dráhy.

29. Dále stěžovatel namítá, že ve výkresu „*Půdorys SO.03b SKOK DALEKÝ*“ je uvedeno: „*barevný granulát EPDM barva: šedá/modrá*“. Podle stěžovatele z takového popisu nelze určit, jaký druh sportovního povrchu měl obviněný na mysli, když určil jen šedo/modrou barvu. V legendě výkresu „*SITUACE ZASTAVOVACÍ*“ obviněný uvádí: „*barevný EPDM granulát červená (rozběhová dráha)*“. Stěžovatel opět uvádí, že z tohoto popisu nelze určit, jaký druh sportovního povrchu měl obviněný na mysli, je zde však určená červená barva. Soupis prací objektu „*03b Skok daleký*“ obsahuje položku sportovního povrchu č. 19 s následujícím popisem: „*Povrch Smartsoft EPDM 35 mm s polyuretanovým pojivem v dané barvě*“. Podle stěžovatele se jedná o litý povrch, který se používá zejména jako dopadová plocha pod herní prvky a není vhodný pro rozběhovou dráhu, neboť takový povrch není odolný tretrám. Barva specifikována není, je zde pouze uvedeno: „*v dané barvě*“.
30. Výše popsáné stěžovatel interpretuje tak, že obviněný uvádí pro objekt rozběhové dráhy dvě různé barvy – barva červená a šedo/modrá, jakož dva různé druhy povrchu – dvouvrstvý sportovní povrch (tartan) a pryžový povrch pro dětská hřiště. V soupisu prací obviněný použil nevhodný typ povrchu pro rozběhové dráhy – Smartsoft EPDM 35 mm. Podle stěžovatele není zadávací dokumentace jednotná v tom, v jaké barvě má být povrch proveden.
31. Stěžovatel ve svých námitkách dále vysvětluje důležitost barevného rozlišení, neboť cena sportovního povrchu se může lišit i podle barevnosti EPDM granulátu, když červená barva je výrazně levnější než barva šedo/modrá. Významný cenový rozdíl je však i mezi dvouvrstvým sportovním povrchem a povrchem Smartsoft EPDM. Rozdílná je i technologie provedení, neboť u povrchu Smartsoft EPDM se pokládka provádí ve dvou krocích s jednou technologickou přestávkou, zatímco u dvouvrstvého sportovního povrchu jsou to čtyři kroky s příslušnými technologickými přestávkami. Pokud stěžovatel nemá postaveno najisto, jaký povrch obviněný požaduje a v jaké barevnosti, nemůže ani učinit kalkulaci a to stejné bude platit i ve vztahu k časovému harmonogramu, neboť vzhledem k rozdílné technologii pokládky povrchu není podle stěžovatele možné řádně připravit závazný podrobný harmonogram prací před podpisem smlouvy o dílo, pokud není jasné, jaký povrch bude prováděn.
32. Stěžovatel spatřuje v námitkách jako zásadní rozpor se zákonem i požadavek obviněného na prokázání technické kvalifikace podle článku 6.4.1 Zadávací dokumentace. Obviněný po účastnících zadávacího řízení požaduje předložení seznamu minimálně 5 stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, ze kterého musí vyplývat, že účastník v posledních pěti letech před zahájením „*i tohoto zadávacího řízení*“ realizoval minimálně tři zakázky spočívající ve výstavbě sportovního hřiště každá v hodnotě min. 4 mil. Kč bez DPH. Stěžovatel považuje tento požadavek za nepřiměřený, diskriminační, bezdůvodně zaručující konkurenční výhodu některým dodavatelům a omezující hospodářskou soutěž. S ohledem na požadovanou minimální hodnotu referenčních zakázek má stěžovatel za to, že jsou bezdůvodně zvýhodňováni ti dodavatelé, kteří realizují rekonstrukce sportovních hřišť za vyšší ceny, resp. za nepřiměřeně vysoké ceny.

Podle stěžovatele je minimální finanční limit ve skutečnosti skrytým požadavkem obviněného na ekonomickou kvalifikaci v zakázaném rozsahu.

33. Nad rámec uvedeného se stěžovatel rovněž zabýval i formulací, že se má jednat o zakázky, které účastníci realizovali v posledních pěti letech „před zahájením i tohoto zadávacího řízení“. Podle stěžovatele není zřejmé, která další zadávací řízení jsou pro stanovení doby posledních pěti let před zahájením zadávacího řízení relevantní, není rovněž zřejmé, od kdy běží předmětná doba pěti let. Stěžovatel v tomto postupu obviněného spatřuje porušení § 36 odst. 3 zákona, když zadávací podmínky nejsou stanoveny v podrobnostech nezbytných pro účast v zadávacím řízení.
34. Stěžovatel svoje námitky uzavírá s tím, že jsou zde zásadní důvody pro zrušení zadávacího řízení, neboť zadávací dokumentace a požadavky obviněného na kvalifikaci jsou nezákonné, stěžovatel zároveň připojuje demonstrativní výčet ustanovení zákona a vyhlášky, které měl obvinění svým postupem porušit – „ §§ 6, 36, 53, 54, 78, 92, 97“.
35. Obviněný na námitky stěžovatele ze dne 25. 9. 2018 reagoval rozhodnutím ze dne 4. 10. 2018.

Rozhodnutí obviněného o námitkách stěžovatele ze dne 4. 10. 2018

36. Na výše uvedené obviněný ve svém rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 10. 2018 reagoval, že přestože podle stěžovatele nebylo možné z důvodu vadné zadávací dokumentace podat řádnou nabídku, stěžovatel takto učinil a nabídku podal. Dále obviněný konstatuje, že nepřenesl odpovědnost za úplnost a správnost zadávacích podmínek na dodavatele, zadávací podmínky byly stanoveny v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů. V průběhu zadávacího řízení obviněný neobdržel žádné žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace. Celkem bylo podáno 6 nabídek.
37. Obviněný v rozhodnutí o námitkách dále uvedl, že není možné, aby se dodavatel, vzhledem k jeho odbornosti, zcela zřekl své zodpovědnosti. Pokud by se při realizaci díla vyskytly objektivní okolnosti, na jejichž základě by bylo třeba změnit závazek ze smlouvy, obviněný by postupoval v souladu s ustanovením § 222 zákona.
38. Obviněný ve svém rozhodnutí o námitkách reaguje na námitku stěžovatele, že Technická zpráva neuvádí barvu sportovního povrchu, následujícím sdělením. Barevnost povrchu je dle obviněného uvedena ve výkresové části projektové dokumentace, proto není duplicitně popisována i v textové části. K reakci stěžovatele, že obviněný chce použít stejný typ povrchu pro rozběhovou dráhu i plochu pod fitness stanice, přičemž žádaný typ povrchu se pro rozběhové dráhy nepoužívá, neboť není odolný běžecké obuvi (tretrám), obviněný uvádí, že se nejedná o sportovní rozběhový povrch pro sportoviště, ale jedná se o víceúčelový pohybový povrch pro výuku tělesné výchovy dětí základní školy. Povrch není určen pro pohyb osob ve sportovních tretrách. Obviněný ani nesouhlasí s tvrzením stěžovatele, že z popisu, jenž obsahuje výkres „Půdorys SO.03b SKOK DALEKÝ“, nelze určit, jaký druh sportovního povrchu měl obviněný na mysli, je určena šedo/modrá barva. Obviněný k tomuto uvádí, že ve výkrese č. „D.1.1.3 Půdorys SO.03b Skok daleký“ je v místě rozběžiště přesně uvedeno: „P1.1 – barevný granulát EPDM“, což odkazuje na přílohu dokumentace „D.1.1.25 Tabulka skladeb“, kde je popsán totožný materiál.

39. Vedle shora popsaného stěžovatel v námitkách upozorňuje na legendu výkresu „*SITUACE ZASTAVOVACÍ*“, z jejíhož popisu údajně nelze určit, jaký druh sportovního povrchu měl obviněný na mysli, přičemž je určena červená barva. Na to obviněný v rozhodnutí o námitkách reaguje tak, že výkres č. 4 „*Situace zastavovací*“ ve své barevnosti přesně specifikuje barevnosti plošných povrchů v kresbě i legendě povrchů. Podle obviněného tedy zastavovací situace definuje barevné řešení, ale nedefinuje již přesné skladby konstrukcí (EPDM), které jsou uvedeny v jiných přílohách dokumentace („*D.1.1.3 Půdorys SO.03b*“ a „*D.1.1.25 Tabulka skladeb*“).
40. K tvrzení stěžovatele, že povrch Smartsoft EPDM 35 mm s polyuretanovým pojivem není vhodný pro rozběhovou dráhu, neboť není odolný běžecské obuvi, obviněný opakovaně vysvětluje, že předmětem plnění veřejné zakázky není rozběhový povrch pro sportoviště, ale víceúčelový povrch pro výuku tělesné výchovy dětí základní školy.
41. K závěrům stěžovatele, že projektová dokumentace není jednotná v tom, v jaké barvě má být povrch proveden, obviněný v rozhodnutí o námitkách opětovně popisuje, která část dokumentace řeší barevnost a která skladbu použitých materiálů (viz bod 39. odůvodnění tohoto příkazu).
42. K námitkám týkajícím se technické kvalifikace obviněný ve svém rozhodnutí o námitkách uvádí, že musí parametry zadávacího řízení nastavit tak, aby byly přiměřené charakteru a předmětu veřejné zakázky. Obviněný, s ohledem na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, stanovil jednotlivé reference v hodnotě nižší než 40 % z hodnoty veřejné zakázky.
43. Závěrem obviněný shrnul, že námitky stěžovatele považuje za nedůvodné.

Právní posouzení

44. Úřad nejprve obecně uvádí, že námitky jsou procesní institut, který představuje primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň toto své rozhodnutí odůvodnit, a to v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby rozhodnutí zadavatele bylo zpětně přezkoumatelné. Zadavatel je podle § 245 odst. 1 zákona povinen přezkoumat obdržené námitky v plném rozsahu ve lhůtě do 15 dnů od jejich doručení. V této lhůtě je zadavatel povinen odeslat stěžovateli písemné rozhodnutí obsahující způsob vyřízení námitek, kdy zadavatel rozhodne buď o vyhovění námitkám či o jejich odmítnutí, přičemž je povinen své rozhodnutí podrobně a srozumitelně odůvodnit. Podstatné je, aby byly námitky vyřízeny některým ze shora uvedených způsobů, aby bylo rozhodnutí zadavatele rovněž řádně odůvodněno a aby zadavatel v takovém odůvodnění reagoval na veškeré skutečnosti uvedené stěžovatelem v námitkách.
45. Přímo ze zákonného ustanovení tedy plyne, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno považovat i obecné konstatování, že se namítaného a konkrétně stěžovatelem popsaného pochybení nedopustil a námitky z toho důvodu neshledává relevantní. Za takové situace není vůbec naplňován smysl institutu námitek, kdy stěžovatel uvádí jasné argumenty (zde není Úřadem hodnoceno,

zda důvodné či nikoli), ale zadavatel na tyto konkrétní argumenty nereaguje vůbec či jen povšechně. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele, a to v tom smyslu, že musí (konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem) odůvodnit, proč argumentaci stěžovatele pokládá za nesouvisející, resp. lichou.

46. V šetřeném případě, po posouzení, zda obviněný řádně rozhodl o námitkách stěžovatele stran namítaného přenášení odpovědnosti za správnost a úplnost zadávací dokumentace na účastníky zadávacího řízení, Úřad dospěl k závěru, že s touto námitkou se obviněný ve svém rozhodnutí podrobně a srozumitelně nevypořádal. Obviněný ve své reakci pouze konstatoval: *„Zadavatel nastavenými zadávacími podmínkami nepřenesl odpovědnost za úplnost a správnost zadávacích podmínek na dodavatele. Není možné, aby se dodavatel, jako odborná osoba, zcela zřekl své zodpovědnosti. V případě, že by se při realizaci díla vyskytly objektivní okolnosti, na jejichž základě by bylo třeba změnit závazek ze smlouvy, zadavatel by postupoval v souladu s ust. § 222 ZZVZ.“*
47. Když stěžovatel citovaná ustanovení návrhu smlouvy o dílo (viz bod 19. odůvodnění tohoto příkazu) vykládal tak, že účastník zadávacího řízení podpisem smlouvy současně souhlasí s tím, že zadávací dokumentace je bezvadná a pokud by se v budoucnu ukázal opak a nemohl by při realizaci předmětu plnění veřejné zakázky pokračovat, obviněný by mu neuhradil již odvedenou práci, což stěžovatel považuje za protiprávní, obviněný pouze konstatoval, že tomu tak není, aniž by podrobně vysvětlil, jaký je podle něj pravý význam takového smluvního ustanovení či proč je výše uvedený výklad zadávacích podmínek provedený stěžovatelem nesprávný nebo nelogický. Ustanovení § 245 odst. 1 ukládá zadavateli, resp. obviněnému, vyjádřit se podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem, jež stěžovatel ve svých námitkách uvedl, k čemuž v šetřeném případě nedošlo a s tím souvisí i ta skutečnost, že obviněný požadavkům § 245 odst. 1 zákona nedostál.
48. Co se týče námítka stěžovatele směřující proti nepřiměřenosti lhůty pro podání nabídek, Úřadu nezbývá než konstatovat, že se obviněný k této námitce v rozhodnutí o námitkách vůbec nevyjádřil, a nepostupoval tedy v souladu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona.
49. Ohledně námitek stěžovatele vůči požadavkům obviněného na prokázání technické kvalifikace, Úřad musí uvést, že obviněný se s těmito námitkami vůbec nevypořádal, když pouze uvedl, že musí být přiměřené, načež doplnil, kolik procent z celkové hodnoty veřejné zakázky dosahují. Podle Úřadu zde zcela absentuje vysvětlení obviněného, z jakého důvodu se rozhodl vyžadovat zrovna uvedený počet referenčních zakázek a co jej vedlo ke stanovení jejich minimální hodnoty právě v takové výši, kterou uvedl. Nad rámec uvedeného má Úřad za to, že obviněný ve svém rozhodnutí o námitkách vůbec nereagoval na domněnku stěžovatele, že takto nastavené požadavky na prokázání technické kvalifikace jsou ve skutečnosti skrytým požadavkem obviněného na ekonomickou kvalifikaci v zakázaném rozsahu. Vysloví-li stěžovatel ve svých námitkách takové podezření, obviněný na ně musí konkrétně reagovat. V souvislosti s touto námitkou obviněný rovněž vůbec nereflekoval na tvrzení stěžovatele, že dodavatel, jenž provádí rekonstrukci sportovních hřišť v ceně nižší než 4 000 000,- Kč, nemůže splnit dotčenou kvalifikaci obviněného jenom z toho důvodu, že je schopen realizovat zakázku za nižší cenu. Požadavek obviněného na minimální finanční objem ve výši 4 000 000,- Kč tak stěžovatel považuje za nepřiměřený a bezdůvodně zvýhodňující ty dodavatele, kteří rekonstruují sportovní hřiště za vyšší ceny, resp.,

podle stěžovatele, za nepřiměřeně vysoké ceny. I v této části svého rozhodnutí o námitkách postupoval obviněný v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona.

50. Stejně tak se obviněný ve svém rozhodnutí vůbec nezabýval námitkou stěžovatele, že není zřejmé, v jaké době mělo dojít k realizaci požadovaných referenčních zakázek, když obviněný použil formulaci, že se má jednat o zakázky, které účastníci realizovali v posledních pěti letech „před zahájením i tohoto zadávacího řízení“, čímž obviněný nejednal v souladu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona.
51. Jak stanoví § 268 odst. 1 písm. d) zákona, zadavatel se dopustí přestupku tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4.
52. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se obviněný při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že postupoval při vyřizování námitek stěžovatele ze dne 25. 9. 2018 v rozporu s § 245 odst. 1 zákona, když se v rozhodnutí o námitkách ze dne 4. 10. 2018 podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Vzhledem k uvedenému Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu.

K výroku II. – uložení pokuty

53. Úřad posoudil postup obviněného ve všech vzájemných souvislostech a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona a rovněž skutkovou podstatu přestupku podle ustanovení § 268 odst. 1 písm. e) zákona.
54. Odpovědnost za přestupek zaniká mj. uplynutím promlčecí doby, která podle § 270 odst. 5 zákona činí 5 let.
55. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
56. V návaznosti na výše uvedené Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že se obviněný v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, došlo dne 12. 10. 2018, tedy dne následujícího po marném uplynutí lhůty pro odeslání rozhodnutí o námitkách podaných stěžovatelem. Řízení o přestupku je zahájeno doručením tohoto příkazu. Z uvedeného vyplývá, že promlčecí doba ve vztahu k projednávanému přestupku neuplynula.
57. Podle ustanovení § 268 odst. 2 písm. b) zákona se za přestupek podle odstavce 1, nepoužije-li se postup podle odstavce 3, uloží pokuta do 20 000 000 Kč, jde-li o přestupek podle odstavce 1 písm. d) zákona.
58. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlídnou zejména k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.
59. Podle § 38 zákona o přestupcích povaha a závažnost přestupku je dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem

a rozsahem následku přestupku a okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti citovaného ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).

60. Pokud jde o význam neurčitého právního pojmu „závažnost přestupku“, Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnost) je dán také konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
61. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku Úřad konstatuje, že pro zadavatele ze zákona jednoznačně vyplývá povinnost přezkoumat a vyřídit veškeré námitky proti jeho postupu v zadávacím řízení. Tuto povinnost obviněný v případě šetřené veřejné zakázky nesplnil, když část námitek stěžovatele nevyřídil vůbec a část námitek stěžovatele sice vyřídil, ale své rozhodnutí o odmítnutí námitek nezdůvodnil podrobně a srozumitelně tak, aby stěžovateli byl jednoznačně zřejmý důvod odmítnutí. Následkem protiprávního jednání obviněného bylo, že se stěžovatel nedozvěděl podstatné informace o postoji obviněného vůči jím namítaným skutečnostem obsaženým v podaných námitkách. Zcela oprávněné očekávání stěžovatele, že na veškeré jeho námitky bude ze strany obviněného náležitě a včas reagováno, tak v daném případě nebylo naplněno. Výše zmíněným jednáním obviněného tak nebyl naplněn základní účel námitek, tedy především odůvodnění postoje zadavatele k nim a sdělení skutečnosti, proč námitky odmítá. Přitom úkon zadavatele spočívající ve vyřízení veškerých námitek, resp. poskytnutí věcného stanoviska zadavatelem stěžovateli, nelze nikterak zhojit či nahradit. K intenzitě následků Úřad uvádí, že postup obviněného při vyřízení námitek mohl mít bezprostřední dopad na podaný návrh stěžovatele, kdy stěžovatel nemohl konkrétněji rozvinout svou argumentaci v návaznosti na případnou reakci obviněného. Z uvedeného důvodu Úřad konstatuje, že v daném případě je nutné následky jednání obviněného posoudit jako středně intenzivní.
62. Jako přitěžující okolnost při určování výše pokuty Úřad zohlednil skutečnost, že se obviněný nikterak nevyjádřil ke třem námitkám stěžovatele, resp. ke třem skutečnostem, jež stěžovatel ve svých námitkách uvedl, jež se týkaly stanovení nepřiměřeně krátké doby pro podání nabídek, neurčitě stanoveného časového rozmezí plnění referenčních zakázek a údajného požadavku obviněného na skrytou ekonomickou kvalifikaci uchazečů zadávacího řízení v zakázaném rozsahu. Jak již bylo výše uvedeno (viz bod 45. odůvodnění tohoto příkazu), obviněný má povinnost vyjádřit se ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách, a to i v případě, že by takové skutečnosti považoval za nesouvisející či liché. V šetřeném případě však obviněný dotčené skutečnosti ve svém rozhodnutí o námitkách zcela opomenul vypořádat.
63. Na druhou stranu, jako polehčující okolnost při určování výše pokuty, Úřad zohlednil skutečnost, že pochybení obviněného se týkalo jen části námitek stěžovatele obsažených v podaných námitkách ze dne 25. 9. 2018. Stěžovatel ve svých námitkách uvedl celou řadu skutečností, přičemž obviněný se k většině z nich ve svém rozhodnutí o námitkách vyjádřil.

64. Dále Úřad zohlednil jako polehčující okolnost ve prospěch obviněného tu skutečnost, že pochybení obviněného při přezkoumání námitek stěžovatele nevedlo v konečném důsledku z pohledu stěžovatele k „fatálním“ následkům, neboť Úřad rozhodnutí obviněného ze dne 4. 10. 2018 o námitkách stěžovatele rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0416/2018/VZ-36620/2018/513/JHa ze dne 10. 12. 2018 podle § 263 odst. 5 zákona zrušil. V šetřeném případě byly tedy následky pochybení obviněného částečně minimalizovány s tím, že věcný obsah námitek stěžovatele byl obviněný povinen opětovně přezkoumat. Tato polehčující okolnost však nemůže hrát zcela zásadní roli, neboť opětovného přezkoumání svých námitek se stěžovatel musel domoci podáním návrhu u Úřadu (viz bod 3. odůvodnění tohoto příkazu), který podával, ač v něm nemohl reagovat na myšlenky obviněného k některým jeho výtkám obsaženým v námitkách, poněvadž v rozhodnutí o námitkách absentovaly.
65. Při určení výše pokuty Úřad přihlédl k majetkovým poměrům obviněného, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Podle usnesení zastupitelstva obviněného č. Usn ZMC 003/2019 ze dne 13. 3. 2019 byl schválen rozpočet obviněného na rok 2019 s objemem příjmů ve výši 975 193 000,- Kč a s objemem výdajů ve výši 990 193 000,- Kč, přičemž schodek ve výši 15 000 000,- má být uhrazen z rezerv vytvořených v minulých letech. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že vyměřenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu obviněného (a v tomto smyslu nespravedlivou).
66. Pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit mimo jiné dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou pokutu vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Úřad uložil pokutu ve výši 20 000,- Kč, která naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
67. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto příkazu.
68. Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto příkazu lze podle § 150 odst. 3 správního řádu podat odpor ve lhůtě 8 dnů ode dne jeho oznámení, a to u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Lhůta pro podání odporu běží ode dne následujícího po dni doručení tohoto příkazu. Podáním odporu se příkaz ruší a řízení ve věci

pokračuje. Lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

městská část Praha 8, Zenklova 1/35, 180 00 Praha 8 - Libeň

Vypraveno dne

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