



UOHSX00DQHMU

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-S0246/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-26646/2020/513/IHI

Brno: 27. srpna 2020

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 19. 6. 2020 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Štřamberk, IČO 00298468, se sídlem Náměstí 9, 742 66 Štřamberk,
- navrhovatel – CENTROPROJEKT GROUP a.s., IČO 01643541, se sídlem Štefánikova 167, 760 01 Zlín,
- vybraný dodavatel – COMMODUM, spol. s r.o., IČO 46577238, se sídlem 756 27 Valašská Bystřice č.p. 225,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Oprava letního koupaliště Libotín ve Štřamberku“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 7. 4. 2020 uveřejněním výzvy k podání nabídky ze dne 6. 4. 2020 na profilu zadavatele,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Štramberk, IČO 00298468, se sídlem Náměstí 9, 742 66 Štramberk – **nedodržel** při zadávání veřejné zakázky „Oprava letního koupaliště Libotín ve Štramberku“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 7. 4. 2020 uveřejněním výzvy k podání nabídky ze dne 6. 4. 2020 na profilu zadavatele **pravidlo stanovené v § 48 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **když nevyločil vybraného dodavatele** – COMMODUM, spol. s r.o., IČO 46577238, se sídlem 756 27 Valašská Bystřice č.p. 225 – o jehož výběru rozhodl dne 14. 5. 2020, z účasti na zadávacím řízení, **přestože byly naplněny důvody vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) cit. zákona**, když údaje a doklady předložené uvedeným vybraným dodavatelem, jimiž prokazoval technickou kvalifikaci, nesplňují zadávací podmínky, a to požadavek na prokázání kritéria technické kvalifikace předložením seznamu stavebních prací včetně osvědčení objednatel stanovený v čl. 5.4.1 zadávací dokumentace, s minimální úrovní „*Minimální úroveň pro splnění kvalifikačního předpokladu je stanovena na poskytnutí realizace stavebních prací obdobného charakteru, jako je předmět plnění veřejné zakázky...*“, ve znění vysvětlení zadávací dokumentace č. 1 ze dne 20. 4. 2020, kde zadavatel uvedl: „*Zadavatel v zadávací dokumentaci jasně definoval předmět zadávacího řízení - jedná se o opravu stávající bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, včetně opravy a doplnění technologického zařízení, tzn. lze vyvodit jednoznačně, jaké jsou požadovány reference pro stavební práce obdobného charakteru.*“, **neboť realizaci referenčních zakázek** uvedených v Seznamu nejvýznamnějších staveb obdobného charakteru a v referenčních listech staveb, **nelze považovat za stavební práce spočívající v opravě bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, která by zahrnovala opravu a doplnění technologického zařízení**, přičemž tento postup zadavatele ovlivnil výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – město Štramberk, IČO 00298468, se sídlem Náměstí 9, 742 66 Štramberk – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší rozhodnutí zadavatele „o výběru nejhodnější nabídky“ ze dne 14. 5. 2020 a všechny následující úkony včetně oznámení rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele** – COMMODUM, spol. s r.o., IČO 46577238, se sídlem 756 27 Valašská Bystřice č.p. 225 – **ze dne 15. 5. 2020** učiněné při zadávání veřejné zakázky „Oprava letního koupaliště Libotín ve Štramberku“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 7. 4. 2020 uveřejněním výzvy k podání nabídky ze dne 6. 4. 2020 na profilu zadavatele.

III.

Zadavateli – město Štramberk, IČO 00298468, se sídlem Náměstí 9, 742 66 Štramberk – **se podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0246/2020/VZ ve věci návrhu navrhovatele – CENTROPROJEKT GROUP a.s., IČO 01643541, se sídlem Štefánikova 167, 760 01 Zlín – ze dne 19. 6. 2020 na zahájení správního

řízení o přezkoumání úkonů zadavatele **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** na veřejnou zakázku „Oprava letního koupaliště Libotín ve Štramberku“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 7. 4. 2020 uveřejněním výzvy k podání nabídky ze dne 6. 4. 2020 na profilu zadavatele.

IV.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se zadavateli – město Štramberk, IČO 00298468, se sídlem Náměstí 9, 742 66 Štramberk – ukládá povinnost

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

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – město Štramberk, IČO 00298468, se sídlem Náměstí 9, 742 66 Štramberk (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle § 53 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), uveřejněním výzvy k podání nabídky ze dne 6. 4. 2020 na profilu zadavatele dne 7. 4. 2020 zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Oprava letního koupaliště Libotín ve Štramberku“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmět veřejné zakázky vymezil zadavatel ve výzvě k podání nabídky a v čl. 2 zadávací dokumentace ze dne 6. 4. 2020 takto: *„Předmětem plnění této veřejné zakázky jsou stavební práce, které jsou věcně podrobně vymezeny přílohou č. 3 zadávací dokumentace „Technická specifikace“. Jedná se o opravu stávající bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, včetně opravy a doplnění technologického zařízení.“* Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla v čl. 3 zadávací dokumentace stanovena na 11.725.216,89 Kč bez DPH. Zadávací dokumentaci zadavatel uveřejnil na svém profilu, rovněž tak dokumenty obsahující vysvětlení (změnu) zadávací dokumentace č. 1 až 3.
3. Z oznámení rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 15. 5. 2020 vyplývá, že zadavatel obdržel 3 nabídky. Zadavatel vyhodnotil nabídky podle ekonomické výhodnosti tak, že první v pořadí se umístila nabídka COMMODUM, spol. s r.o., IČO 46577238, se sídlem 756 27 Valašská Bystřice č.p. 225 (dále jen „vybraný dodavatel“), jako druhá v pořadí pak nabídka CENTROPROJEKT GROUP a.s., IČO 01643541, se sídlem Štefánikova 167, 760 01 Zlín (dále jen „navrhovatel“). Oznámení rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele uveřejnil zadavatel na svém profilu dne 15. 5. 2020.
4. Dne 27. 5. 2020 zadavatel obdržel námitky z téhož dne, jimiž navrhovatel brojí proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne

10. 6. 2020 podané námitky odmítl. Rozhodnutí o námitkách bylo dodáno do datové schránky navrhovatele dne 10. 6. 2020.

5. Protože navrhovatel nesouhlasil s vypořádáním svých námitek, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh ze dne 19. 6. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 19. 6. 2020 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 sp. zn. S0246/2020/VZ o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 19. 6. 2020.

7. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou

- zadavatel,
- navrhovatel,
- vybraný dodavatel.

8. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-19042/2020/513/IHI ze dne 23. 6. 2020, který byl účastníkům správního řízení doručen téhož dne.

9. Zadavatel zaslal Úřadu své vyjádření k návrhu dne 29. 6. 2020 (podrobněji viz dále) a téhož dne Úřad obdržel část dokumentace o zadávacím řízení datovou schránkou; další část dokumentace pak obdržel poštou na CD dne 30. 6. 2020.

10. Usnesením č. j. ÚOHS-22387/2020/513/IHI ze dne 22. 7. 2020 byla zadavateli určena lhůta k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které provede v zadávacím řízení.

11. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-22782/2020/513/IHI ze dne 27. 7. 2020 stanovil účastníkům správního řízení lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

12. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-22983/2020/513/IHI ze dne 28. 7. 2020 nařídil Úřad předběžné opatření, jímž uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.

13. Na žádost navrhovatele umožnil Úřad dne 30. 7. 2020 zástupkyni navrhovatele nahlédnout do správního spisu. Následně vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-23762/2020/513/IHI ze dne 3. 8. 2020, jímž částečně této žádosti nevyhověl, a to v rozsahu částí dokumentace o zadávacím řízení, které nejsou podkladem pro vydání rozhodnutí a které tvoří přílohu správního spisu.

14. Navrhovatel zaslal Úřadu své vyjádření ze dne 3. 8. 2020 (podrobněji viz dále).

15. Dne 6. 8. 2020 Úřad zařadil do správního spisu dokument Přehled usnesení z 34. Schůze Rady města Štramberka, která se konala dne 14. 5. 2020. V tomto dokumentu je obsaženo rozhodnutí zadavatele, resp. Rady města Štramberka o „výběru nejvhodnější nabídky“ na veřejnou zakázku. Zadavatel danou listinu jako součást dokumentace o zadávacím řízení Úřadu nezaslal a Úřad její existenci zjistil až dodatečně z webových stránek zadavatele. Protože se jedná o podklad pro vydání rozhodnutí, Úřad listinu zařadil do spisu a stanovil usnesením č. j. ÚOHS-24193/2020/513/IHI ze dne 6. 8. 2020 účastníkům správního řízení

novou lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí. Vybraný dodavatel požádal o prodloužení lhůty k vyjádření o 7 dnů z důvodu čerpání dovolené. Usnesením č.j. ÚOHS-25214/2020/513/IHI Úřad žádosti vybraného dodavatele vyhověl, a lhůtu mu prodloužil. Aby byla zachována rovnost účastníků správního řízení Úřad následně usnesením č. j. ÚOHS-25752/2020/513/EŠt/IHI ze dne 19. 8. 2020 stanovil všem účastníkům správního řízení lhůtu k vyjádřením se k podkladům rozhodnutí nově. Dne 20. 8. 2020 bylo Úřadu doručeno vyjádření vybraného dodavatele (podrobněji viz dále). Zadavatel se k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

Obsah návrhu ze dne 19. 6. 2020

16. V úvodu svého návrhu navrhovatel rekapituluje dosavadní průběh zadávacího řízení. Nesouhlasí s tím, jak se zadavatel vypořádal s jeho námitkami, a proto podává návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, konkrétně rozhodnutí o výběru dodavatele, a to z důvodu nezákonného postupu zadavatele při posouzení splnění požadavků na prokázání technických kvalifikačních předpokladů vybraným dodavatelem. Navrhovatel poukazuje především na znění čl. 5.4.1. zadávací dokumentace, kde je obsažen požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, a na čl. 2.1. zadávací dokumentace a její přílohu č. 3, kde je popsán předmět veřejné zakázky.
17. Navrhovatel ze zadávací dokumentace dovozuje, že stavebními pracemi obdobného charakteru jako je předmět veřejné zakázky jsou stavební práce související s opravou či výstavbou koupališť a/nebo plaveckého bazénu a/nebo dětského brouzdaliště včetně technologických zařízení.
18. Podle navrhovatele se vybraný dodavatel prezentuje jako společnost zajišťující stavební práce v oblasti vodohospodářských staveb, inženýrských staveb a komunikací a pozemního stavitelství. Z rozhodnutí zadavatele o námitkách pak vyplynulo, že vybraný dodavatel předložil několik referencí z oblasti výstavby a realizace ČOV a smlouvu o budoucí spolupráci s poddodavatelem, jež dokládá referenci na realizaci bazénových technologií a koupaliště. Navrhovatel proto namítá, že vybraný dodavatel předložením referencí na realizaci ČOV neprokázal technickou kvalifikaci na obdobný předmět plnění, jak je zadavatelem vymezen. K rozdílu mezi koupalištěm a ČOV navrhovatel odkazuje na dvě ČSN, na klasifikaci stavebních objektů a na vyhlášku ministerstva zdravotnictví č. 238/2011 Sb. Pokud jde o poddodavatele vybraného dodavatele, pak navrhovatel na webových stránkách zjistil, že reference „Rekonstrukce koupaliště v Trutnově“ spočívala ve výměně bazénových van za nerezové, tedy nezahrnovala např. vyfóliování bazénu bazénovou folií.
19. Závěrem svého návrhu navrhovatel navrhuje, aby Úřad nařídil zrušit oznámení o výběru dodavatele a všechny související dokumenty a následně provést nové posouzení nabídek a rozhodnout o výběru dodavatele.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 29. 6. 2020

20. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že nesouhlasí s návrhem, odmítá tvrzení navrhovatele a je přesvědčen o správnosti svého postupu při výběru dodavatele.
21. Zadavatel konstatuje, že zadávacího řízení se zúčastnili jen tři účastníci a z nich byla posouzena pouze nabídka vybraného dodavatele; nabídka navrhovatele hodnocena nebyla. Pokud by zadavatel postupoval podle návrhu navrhovatele, vyloučil by nejvýhodnějšího

dodavatele a připravil by se o možnost dosáhnout co nejvýhodnější nabídkové ceny. Zadavatel má naopak za to, že svým postupem veřejné prostředky ochránil, když vybral dodavatele s ekonomicky nejvýhodnější nabídkou, který splňuje veškeré kvalifikační předpoklady.

22. Tvrzení navrhovatele, že stavebními pracemi obdobného charakteru jsou stavební práce související s opravou či výstavbou koupališť, plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště včetně technologického zařízení, považuje zadavatel za čistě účelovou formulaci. Zadavatel své vyjádření uzavírá následovně: *„Zadavatel nemůže omezit hospodářskou soutěž tím, že bude požadovat takto vymezený okruh dodavatelů k podání nabídky, protože jednoduše by tím omezil veřejnou zakázku na podání nabídky pro několik vybraných firem a to samozřejmě s ohledem na dodržení § 6 zákona není přípustné ani možné. Celé znění návrhu je jednoznačně účelově popsáno s jediným cílem zdržet zadavatele od plánované dlouhodobé investice a prokázat, že když ne Navrhovatel, tak nikdo jiný veřejnou zakázku realizovat nebude.“* Pozn. Úřadu: tuto pasáž zadavatel zdůraznil tučným písmem a podtržením.
23. Zadavatel má za to, že postupoval plně v souladu se zákonem a ochránil veřejné prostředky. Navrhuje, aby Úřad návrh zamítnul v celém rozsahu.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 3. 8. 2020

24. Navrhovatel ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí poukázal na nutnost dodržování zákazu diskriminace ve vztahu k dodavatelům a rovněž dodržování zásady přiměřenosti. Pokud se zadavatel rozhodne požadovat po dodavatelích prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, rozhodne se určitým způsobem v mezích zákona omezit okruh dodavatelů, kteří mají praktické zkušenosti s realizací obdobné zakázky. Zadavatel pak musí takto zvolený postup dodržet a nesmí jej libovolně měnit. V případě, že zadavatel mění nastavení zadávacích podmínek v době po podání nabídek, porušuje podle navrhovatele zásadu rovného zacházení.
25. Navrhovatel zdůraznil, že předmět veřejné zakázky se určuje ze všech dokumentů obsažených v zadávací dokumentaci. V šetřené zakázce je nepochybné, že předmětem plnění je *„oprava stávající bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, včetně opravy a doplnění technologického zařízení“*, což je naprosto jiný charakter stavebních prací než u ČOV.
26. Na závěr svého vyjádření navrhovatel sděluje, že trvá na svém návrhu, tedy požaduje, aby Úřad zrušil oznámení o výběru dodavatele a všechny související úkony a následně nařídil provést nové posouzení nabídek a rozhodnout o výběru dodavatele.

Vyjádření vybraného dodavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 20. 8. 2020

27. Vybraný dodavatel ve svém vyjádření podotýká, že nezastírá existenci určitých rozdílů mezi realizací ČOV a rekonstrukcí bazénu, avšak zadavatel při prokázání technické kvalifikace nepožadoval totožné referenční zakázky, ale požadoval referenční zakázky obdobné předmětu plnění veřejné zakázky. Vybraný dodavatel má za to, že zcela jistě existuje požadované obdobnost mezi zakázkami jím doloženými na realizaci ČOV a předmětem plnění veřejné zakázky v tom smyslu, že v jejich rámci probíhají obdobné stavební práce, postupy a procesy.

28. Vybraný dodavatel odmítá námitku navrhovatele ohledně referenční zakázky na rekonstrukci koupaliště v Trutnově a za liché považuje rovněž odkazy na právní předpisy a normy zmiňované navrhovatelem v návrhu, neboť tyto neřeší výstavbu příslušného zařízení, ale např. požadavky na kvalitu vody. Vodohospodářská díla jsou podle vybraného dodavatele upravena v zákoně č. 254/2001 Sb., o vodách, který se vztahuje jak na bazény a koupaliště, tak na čistírny odpadních vod.
29. Dále se vybraný dodavatel ve svém stanovisku dovolává toho, že rozdíly mezi technologickým zařízením pro ČOV a bazénovou technologií jsou minimální. U ČOV se totiž běžně používá filtrace pískovými filtry, přesné dávkování pro snížení fosforu, sloučeniny na bázi chlóru a UV záření, takže procesy čištění odpadních vod a úpravy pitných vod jsou sblížené, až stejné. Stejně tak jsou u ČOV nutností prvky měření a regulace, tudíž i v této části plnění je realizace ČOV plně srovnatelná s rozsahem prací, jež mají být předmětem veřejné zakázky. Vybraný dodavatel je proto přesvědčen, že reference na rekonstrukci a výstavbu korpusu nádrže ČOV osvědčuje schopnost opravit bazénovou vanu, což je podstatná část předmětu veřejné zakázky.
30. Vybraný dodavatel má za to, že zadavatelem obecně vymezený požadavek na referenční zakázky je legitimní a k tomu odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0122/2019/VZ-26282/2019/322/HSc ze dne 25. 9. 2019. Podle dalšího rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-04617/2020/323/MBr ze dne 10. 2. 2020 má pak zadavatel právo na to, aby koncipoval zadávací podmínky sám bez zásahů zvenčí.
31. Podle vybraného dodavatele formulace požadavků na technickou kvalifikaci za použití slova „*obdobný*“ umožňuje vícero výklad¹; realizace ČOV tedy naplňuje požadavek obdobnosti. Zadavateli svědčilo právo nastavit podmínky zadávací dokumentace obecněji, aby se zadávacího řízení mohlo zúčastnit co nejvíce dodavatelů. Pokud si vybraný dodavatel vyložil požadavek zadavatele na obdobnost tak, že musí jít o zakázky, v jejichž rámci docházelo k obdobným stavebním postupům a byla použita obdobná technologie, jedná se o výklad legitimní a nelze mu klást k tíži, že požadavek měl snad pochopit jinak a předložit jiné reference. Vybraný dodavatel proto navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl a současně zrušil předběžné opatření ze dne 28. 7. 2020.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

32. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení, stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl tak, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidlo stanovené v § 48 odst. 8 zákona, když nevyloučil vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení, přestože byly naplněny důvody vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona, když údaje a doklady předložené vybraným dodavatelem, jimiž prokazoval technickou kvalifikaci, nesplňují

¹ Vybraný dodavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu ze dne 16. 6. 2011 č. j. ÚOHS-S59/2011/VZ-7454/2011/530/SWa, podle něhož „*Jestliže zadavatel při vymezení technických kvalifikačních předpokladů použil termín umožňující různý výklad, nemůže tuto skutečnost přičítat k tíži dodavatelů a musí zvolit takový výklad zadávacích podmínek, který umožňuje účast v zadávacím řízení co nejširšímu okruhu dodavatelů.*“ a na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0213/2017/VZ-03918/2018/322/KTr z 8. 2. 2018, podle něhož stanovení technických kvalifikačních předpokladů je plně v kompetenci zadavatele a jakákoliv nejednoznačnost nemůže vést k tíži dodavatelů.

zadávací podmínky, a to požadavek na prokázání kritéria technické kvalifikace, neboť realizaci referenčních zakázek vybraným dodavatelem nelze považovat za stavební práce spočívající v opravě bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, která by zahrnovala opravu a doplnění technologického zařízení. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

33. Úřad se nejprve zabýval otázkou, pod kterou kategorií zadavatelů podle § 4 zákona spadá zadavatel v šetřeném případě.
34. Podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace.
35. Zadavatel – město Štramberk – je územním samosprávným celkem a jako takový je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona.

Relevantní ustanovení zákona

36. V § 6 zákona jsou stanoveny zásady zadávání veřejných zakázek. Podle odst. 2 tohoto ustanovení ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
37. Podle § 39 odst. 5 zákona posouzení splnění podmínek účasti nebo hodnocení kritérií podle odstavce 3 zadavatel provede na základě údajů, dokladů, vzorků nebo modelů poskytnutých účastníkem zadávacího řízení. Zadavatel může ověřovat věrohodnost poskytnutých údajů, dokladů, vzorků nebo modelů a může si je opatřovat také sám. Vzorky může zadavatel podrobovat zkouškám a vycházet z výsledků těchto zkoušek.
38. Podle § 48 odst. 1 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
39. 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.
40. Podle § 48 odst. 8 zákona 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).
41. Podle § 73 odst. 6 zákona pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit,
 - a) která kritéria ekonomické nebo technické kvalifikace požaduje a
 - b) minimální úroveň pro jejich splnění.

42. Podle § 79 odst. 1 zákona kritéria technické kvalifikace stanoví zadavatel za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Zadavatel může považovat technickou kvalifikaci za neprokázanou, pokud prokáže, že dodavatel má protichůdné zájmy, které by mohly negativně ovlivnit plnění veřejné zakázky.
43. Podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat seznam stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.
44. Podle § 83 odst. 1 zákona dodavatel může prokázat určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 požadované zadavatelem prostřednictvím jiných osob. Dodavatel je v takovém případě povinen zadavateli předložit
- a. doklady prokazující splnění profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 jinou osobou,
 - b. doklady prokazující splnění chybějící části kvalifikace prostřednictvím jiné osoby,
 - c. doklady o splnění základní způsobilosti podle § 74 jinou osobou a
 - d. písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele.
45. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrželi-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
46. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.

K výroku I. rozhodnutí – technické kvalifikační předpoklady a jejich prokázání

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

47. Výzvu k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace na veřejnou zakázku zadavatel uveřejnil na svém profilu dne 7. 4. 2020 spolu se zadávací dokumentací. Ve výzvě a v zadávací dokumentaci byly stanoveny požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů včetně technických (viz dále).
48. Zadávací dokumentace veřejné zakázky ze dne 6. 4. 2020 v čl. 2.1 obsahuje následující vymezení předmětu veřejné zakázky: „*Předmětem plnění této veřejné zakázky jsou stavební práce, které jsou věcně podrobně vymezeny přílohou č. 3 zadávací dokumentace “Technická specifikace”. Jedná se o opravu stávající bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, včetně opravy a doplnění technologického zařízení. Smluvní podmínky realizace předmětu veřejné zakázky jsou pak specifikovány v návrhu smlouvy o dílo, který tvoří přílohu č. 4 této zadávací dokumentace.*“

49. Čl. 2.3 pod titulkem „Závaznost požadavků vyzyvatele“ stanoví: *„Informace a údaje uvedené v jednotlivých částech této zadávací dokumentace a v přílohách zadávací dokumentace vymezují závazné požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky. Tyto požadavky je účastník zadávacího řízení povinen plně a bezvýhradně respektovat při zpracování své nabídky. Neakceptování požadavků zadavatele uvedených v této zadávací dokumentaci bude považováno za nesplnění zadávacích podmínek s následkem vyloučení účastníka zadávacího řízení z další účasti na zadávacím řízení.“*
50. V čl. 5 zadávací dokumentace zadavatel stanovil své požadavky na kvalifikaci. Pod bodem 5.4 jsou uvedeny Technické kvalifikační předpoklady takto: *„5.4.1 Podle § 79 odstavec 2 zákona – tento technický kvalifikační předpoklad splňuje účastník zadávacího řízení, který ve své nabídce předloží seznam stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací. Minimální úroveň pro splnění kvalifikačního předpokladu je stanovena na poskytnutí realizace stavebních prací obdobného charakteru, jako je předmět plnění veřejné zakázky, z toho:*
- alespoň 2 obdobné stavební práce v minimálním objemu každé referenční zakázky ve výši 10.000.000,- Kč bez DPH/referenční zakázka a alespoň 2 obdobné stavební práce v minimálním objemu každé referenční zakázky ve výši 6.000.000,- Kč bez DPH/referenční zakázka.“
51. Zadavatel obdržel dne 15. 4. 2020 žádost o vysvětlení zadávací dokumentace, kterou zodpověděl ve Vysvětlení zadávací dokumentace č. 1 ze dne 20. 4. 2020. Dotaz dodavatele zněl takto: *„Dobrý den, prosíme zadavatele o specifikaci pojmu referenční zakázka a o uvedení alespoň okruhu stavebních prací, které zadavatel považuje za stavební práce obdobného charakteru jako je předmět plnění veřejné zakázky. Pokud by zadavatel považoval za práce obdobného charakteru pouze opravy stávajících bazénových van plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště došlo by dle názoru dodavatele k porušení zásady přiměřenosti a značnému omezení soutěže.“* Stanovisko zadavatele k dotazu bylo následující: *„Zadavatel v zadávací dokumentaci jasně definoval předmět zadávacího řízení - jedná se o opravu stávající bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, včetně opravy a doplnění technologického zařízení, tzn. lze vyvodit jednoznačně, jaké jsou požadovány reference pro stavební práce obdobného charakteru. Zadavatel umožňuje, aby účastník zadávacího řízení realizoval veřejnou zakázku za pomoci poddodavatelů, tudíž plně postupuje se zněním § 6 zákona.“*
52. Zadávací dokumentace v čl. 2 ohledně vymezení předmětu veřejné zakázky odkazuje na Přílohu č. 3 zadávací dokumentace „Technická specifikace“. Tato příloha kromě výkresové dokumentace obsahuje mj. Souhrnnou technickou zprávu a Dokumentaci stavebního objektu. Souhrnná technická zpráva a podobně i Dokumentace stavebního objektu popisují stavební řešení takto: *„Projektová dokumentace řeší opravu stávající bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, včetně opravy a doplnění technologického zařízení. V části plaveckého bazénu s nejnižší hloubkou vody, bude zachován oddělený prostor, určený pro plavání dětí. Tento prostor tvoří společnou vodní hladinu s bazénem plaveckým. Stávající dětské brouzdaliště bude opraveno a bude řešena nová samostatná úpravna vody, osazená v blízkosti brouzdaliště. Úpravna vody bude osazena do nové*

montované stavby. Konečná povrchová úprava bazénových van bude řešena fólií. Nové filtry budou zastřešeny novou dřevostavbou.“ Dále se v popisu nového řešení plaveckého bazénu uvádí, že *„Celý bazén bude vyfóliován bazénovou fólií – na nášlapnou plochu u přelivu a schodů bude použita bazénová fólie s protiskluzovou úpravou.“* a ohledně dětského brouzdaliště *„Povrchová úprava brouzdaliště bude řešena bazénovou fólií.“*

53. Vybraný dodavatel v rámci své nabídky k technické kvalifikaci doložil Seznam nejvýznamnějších staveb obdobného charakteru a referenční listy staveb. V nabídce dále byla mj. vyplněná příloha č. 2 zadávací dokumentace – seznam poddodavatelů a dokumenty vztahující se k tomuto seznamu – Smlouva o smlouvě budoucí mezi vybraným dodavatelem a BAK stavební společnost, a.s., IČO 28402758, se sídlem Žitenická 871/1, Prosek, 190 00 Praha 9 (dále jen „poddodavatel“), a Osvědčení objednatele stavby „Sportovní a rekreační areál Maškova zahrada Turnov“.

54. V Seznamu nejvýznamnějších staveb obdobného charakteru vybraný dodavatel uvedl následující stavby a jejich popis:

Název: Dostavba sportovního areálu, objednatel město Kostelec na Hané. Popis: *„Přestavba sportovního areálu. Součástí realizace bylo vybudování čtyř tenisových kurtů (dva s antukovým povrchem, dva s umělým povrchem), malého a velkého multifunkčního hřiště (velké včetně běžeckého oválu), mobiliáře, lezecké stěny. V rámci zakázky se realizovaly zpevněné plochy v areálu, nové veřejné osvětlení (včetně osvětlení sportovních ploch), sadové úpravy.“* (dále jen „reference č. 1“)

Název: Jindřichov – kanalizace a ČOV, objednatel obec Jindřichov. Popis: *„výstavba splaškové gravitační kanalizace v délce 5,76 km a nové ČOV pro 500 EO vč. čerpací stanice. – stavba nové ČOV včetně technologie v hodnotě 16,4 mil. Kč bez DPH.“* (dále jen „reference č. 2“)

Název: Mikulovice – splašková kanalizace a ČOV, objednatel městys Mikulovice. Popis: *„výstavba splaškové gravitační kanalizace a nové ČOV pro 725 EO – stavba nové ČOV včetně technologie v hodnotě 16,2 mil. Kč bez DPH.“* (dále jen „reference č. 3“)

Název: ČOV a kanalizace Jindřichov – II. etapa, objednatel obec Jindřichov. Popis: *„Výstavba gravitační kanalizace délky 3,2 km, tlakové kanalizace délky 3,6 km a nové ČOV pro 1 300 EO. V rámci tlakové kanalizace byla postavena 1 čerpací stanice a 47 domovních čerpacích stanic. Součástí zakázky byla výstavba vodovodu v délce 0,3 km. – stavba nové ČOV včetně technologie v hodnotě 14,8 mil. Kč bez DPH.“* (dále jen: „reference č. 4“)

Název: Revitalizace veřejného prostranství ve městě Němčice nad Hanou, objednatel město Němčice nad Hanou. Popis: *„výstavba komunikace, parkovišť, chodníků, zpevněných ploch, mobiliáře, sadových úprav.“* (dále jen „reference č. 5)

Název: Revitalizace centra obce Valašská Bystřice, objednatel obec Valašská Bystřice. Popis: *„výstavba chodníků, hřbitovní zdi, parkoviště a zpevněných ploch, veřejného osvětlení a mobiliáře.“* (dále jen „reference č. 6“)

55. K Seznamu nejvýznamnějších staveb obdobného charakteru vybraný dodavatel přiložil referenční listy staveb potvrzené jednotlivými objednateli. Referenční listy obsahují téměř stejný popis prováděných stavebních prací, jako byl uveden v seznamu.

56. V seznamu osob, s jejichž pomocí účastník zadávacího řízení předpokládá realizaci veřejné zakázky (příloha č. 2 zadávací dokumentace), vybraný dodavatel uvedl svého poddodavatele, jemuž hodlá zadat část plnění veřejné zakázky ve výši 15 %, a to stavební práce. K seznamu poddodavatelů vybraný dodavatel přiložil Smlouvu o smlouvě budoucí, kterou uzavřel s poddodavatelem. Poddodavatel se ve smlouvě zavázal, že vybranému dodavateli poskytne plnění pro technickou způsobilost – referenční stavby. Součástí nabídky vybraného dodavatele pak v souvislosti se smlouvou uzavřenou s poddodavatelem bylo Osvědčení objednatele stavby s názvem „Sportovní a rekreační areál Maškova zahrada Turnov“, společnosti Městská sportovní Turnov, s.r.o. Jako zhotovitel je uveden poddodavatel společně se SYNER, s.r.o. V popisu stavebních prací je zahrnuto následující: „*Jedná se o výstavbu komplexu sportovních staveb, hlavním objektem je zimní stadion a pro letní provoz areál nerezových bazénů, vodních atrakcí a navazujících zázemí. Celý komplex je doplněn o parkoviště a komunikace, napojení inženýrskými sítěmi, zdroj vody z vrtu, atd.*“).
57. Podle Protokolu o posouzení nabídek ze dne 11. 5. 2020 zadavatel nejprve provedl hodnocení nabídek podle nejnižší nabídkové ceny a poté posoudil splnění podmínek účasti v zadávacím řízení u vybraného dodavatele. Hodnotící komise dospěla k závěru, že vybraný dodavatel splnil veškeré podmínky stanovené zákonem a zadávací dokumentací. Na základě provedeného posouzení a hodnocení nabídek doporučila hodnotící komise zadavateli uzavřít smlouvu s vybraným dodavatelem, který splnil požadavky zákonné i požadavky zadavatele a podal ekonomicky nejvýhodnější nabídku.
58. Zadavatel rozhodl o výběru dodavatele, jak vyplývá z usnesení Rady města Štamberka číslo 602/34/RM/2020 z 34. schůze konané dne 14. 5. 2020. V usnesení se uvádí, že „*Rada města rozhoduje o výběru nejvhodnější nabídky na stavební práce pro realizaci projektu „Oprava letního koupaliště Libotín ve Štamberku“, předložené uchazečem COMMODUM, spol. s r.o., se sídlem Valašská Bystřice 225, 756 27 Valašská Bystřice, IČ 46577238.*“
59. Zadavatel následně na svém profilu uveřejnil Oznámení rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 15. 5. 2020. V oznámení je identifikován vybraný dodavatel s nabídkovou cenou 9 494 750,90 Kč bez DPH, jako druhý v pořadí navrhovatel s nabídkovou cenou 9 748 295,23 Kč bez DPH. V odůvodnění výběru dodavatele zadavatel pouze konstatuje, že rozhodl o výběru z důvodu nejnižší nabídkové ceny.
60. Navrhovatel proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele podal námitky ze dne 27. 5. 2020, jimiž zpochybnil splnění požadovaných technických kvalifikačních předpokladů vybraným dodavatelem. Podle navrhovatele je vybraný dodavatel činný v oblasti vodohospodářských staveb a kanalizací, staveb občanské vybavenosti a staveb ČOV. Žádá proto, aby zadavatel vybraného dodavatele vyloučil z důvodu uvedeného v § 48 odst. 2 písm. a) zákona a provedl nový výběr.
61. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 10. 6. 2020 podané námitky odmítnul. Zadavatel k námitkám navrhovatele sdělil, že prověřil způsobilost vybraného dodavatele a neshledal rozpor s požadavky zadavatele. Podle odůvodnění rozhodnutí o námitkách vybraný dodavatel předložil několik referencí v oblasti výstavby a realizace ČOV, kde musí být použit technologicky mnohem náročnější postup než při revitalizaci bazénu. Zadavatel zdůraznil, že součástí nabídky je rovněž smlouva o budoucí spolupráci s poddodavatelem, který doložil právě realizaci revitalizace bazénových technologií a koupaliště v mnohonásobně vyšších

hodnotách, než jsou kvalifikační požadavky zadavatele. Závěrem zadavatel podotýká, že naopak řádně hospodaří s veřejnými prostředky a veřejné prostředky tímto svým postupem chrání, neboť vyloučením vybraného dodavatele by se vystavil precedentnímu porušení zákona.

Právní posouzení

62. Úřad v obecné rovině uvádí, že kvalifikací se ve smyslu § 28 odst. 1 písm. c) zákona rozumí způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku. Tento pojem tedy nezahrnuje pouze oprávnění k výkonu určité činnosti, ale např. i existenci doložitelných zkušeností či praxe dodavatele. Účelem institutu kvalifikace v zadávacím řízení je objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Adekvátně nastavené kvalifikační předpoklady jsou tedy jakýmsi „sítím“, které má zamezit účasti subjektů neschopných danou veřejnou zakázku řádně splnit. Co se týče kritérií technické kvalifikace, jejich smyslem je pak konkrétně prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě (srov. § 79 odst. 1 zákona). Pro nadlimitní režim platí, že výčet jednotlivých kritérií technické kvalifikace je v zákoně stanoven taxativním způsobem. Pokud však jde o zjednodušené podlimitní řízení (ve kterém je zadávána nyní šetřená veřejná zakázka), podle § 53 odst. 4 zákona platí, že zadavatel může použít jednotlivá pravidla pro zadávací řízení pro nadlimitní režim a může též použít i jiná kritéria kvalifikace dodavatele, než jsou uvedena v části čtvrté zákona; ustanovení § 81 až 85, § 87 a 88 se použijí obdobně.
63. Smyslem požadavku na předložení seznamu v minulosti realizovaných zakázek obdobného rozsahu a charakteru je ověřit, zda má účastník zadávacího řízení dostatečné praktické zkušenosti s plněním obdobných zakázek (a s tím související know-how), díky kterým lze usuzovat na jeho schopnost plnit poptávaný předmět veřejné zakázky, tedy že předmět zakázky bude skutečně realizován plně kvalifikovaným subjektem. Zadavatel tedy nastavuje kritéria technické kvalifikace tak, aby se o přidělení veřejné zakázky účinně ucházeli pouze ti účastníci, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení též plnit (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 3. 2011, č. j. 62 Ca15/2009-71). I když se zde uvedený závěr vztahuje k předchozí právní úpravě zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, je možné z něj vyjít i za současného znění zákona.
64. Podstata šetřeného případu spočívá v posouzení, zda zadavatel správně posoudil splnění kritérií technické kvalifikace vybraným dodavatelem na základě svých požadavků, které stanovil v zadávací dokumentaci, a v návaznosti na to, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když posoudil technickou kvalifikaci vybraného dodavatele jako splněnou. Jinak řečeno, jde o zodpovězení otázky, zda vybraný dodavatel splnil a prokázal technickou kvalifikaci na základě předložených referencí v rozsahu požadovaném zadávací dokumentací.
65. Nejprve Úřad shrne, jak zadavatel definoval svoje požadavky na technické kvalifikační předpoklady. V čl. 5.4.1 zadávací dokumentace (viz výše bod 45. odůvodnění tohoto rozhodnutí) zadavatel stanovil, že minimální úroveň pro splnění kvalifikačního předpokladu je stanovena na poskytnutí realizace **stavebních prací obdobného charakteru, jako je**

předmět veřejné zakázky, z toho alespoň 2 **obdobné stavební práce** v minimálním objemu 10 mil. Kč a alespoň 2 **obdobné stavební práce** v minimálním objemu 6 mil. Kč.

66. Předmětem plnění dle čl. 2.1 zadávací dokumentace jsou **stavební práce**, které zadavatel dále v tomto článku specifikoval tak, že **se jedná o opravu stávající bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, včetně opravy a doplnění technologického zařízení**. Nahlédnutím do přílohy č. 3 zadávací dokumentace mohli dodavatelé zjistit např. z popisu obsaženého v Souhrnné technické zprávě, že se má jednat o opravu bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, o opravu a doplnění technologického zařízení, že povrchová úprava bazénových van bude řešena fólií s dalším přesným popisem stavebního řešení, bouracích prací na bazénech, nového řešení plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, strojovny technologie atd.
67. Jak již bylo uvedeno výše, zadavatel definoval minimální požadavky na technickou kvalifikaci v čl. 5.4.1 zadávací dokumentace, přičemž zde uvádí, že se má jednat o stavební práce „*obdobného*“ charakteru, jako je předmět plnění veřejné zakázky, a dále uvádí, že z toho mají být alespoň 2 „*obdobné*“ stavební práce v minimálním objemu 10 mil. Kč bez DPH/referenční zakázka a alespoň 2 „*obdobné*“ stavební práce v minimálním objemu 6 mil. Kč bez DPH/referenční zakázka.
68. Pojem „*obdobný*“ je neurčitý, v šetřeném případě však zásadní roli pro posouzení jeho významu hraje odpověď zadavatele na dotaz dodavatele ze dne 15. 4. 2020.
69. Jeden z dodavatelů požádal zadavatele o specifikaci pojmu referenční zakázka a o uvedení alespoň okruhu stavebních prací, které zadavatel považuje za stavební práce obdobného charakteru jako je předmět veřejné zakázky. Zadavatel ve Vysvětlení zadávací dokumentace č. 1 ze dne 20. 4. 2020 na dotaz odpověděl tak, že „*v zadávací dokumentaci jasně definoval předmět zadávacího řízení – jedná se o opravu stávající bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, včetně opravy a doplnění technologického zařízení, tzn. lze vyvodit jednoznačně, jaké jsou požadovány reference pro stavební práce obdobného charakteru.*“
70. Při posouzení postupu zadavatele je nutné vzít v úvahu, že zadavatel měl možnost vysvětlit či upřesnit svůj požadavek na práce obdobného charakteru jako je předmět veřejné zakázky ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 1 ze dne 20. 4. 2020, měl tedy možnost říct konkrétně, jaké případné jiné stavební práce, než které jsou popsány ve vymezení předmětu plnění veřejné zakázky, považuje za obdobné předmětu plnění veřejné zakázky. Této možnosti však zadavatel nevyužil.
71. V daném případě není nutné odborné zkoumání, co jsou „*obdobné*“ stavební práce, neboť s ohledem na odpověď zadavatele ze dne 20. 4. 2020 není prostor pro to interpretovat tento pojem jinak, než že se má jednat o stavební práce související s opravou stávající bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, včetně oprav a doplnění technologického zařízení.
72. Vysvětlení zadavatele ze dne 20. 4. 2020 nelze vyložit jinak, než že předmět zadávacího řízení je jasně definován v zadávací dokumentaci, že tento předmět se týká opravy bazénů, a proto požaduje reference na obdobné stavební práce, tedy práce související s opravou stávající bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, včetně oprav a doplnění technologického zařízení. Zadavatel ve vysvětlení neuvedl jiné okruhy stavebních prací

(k čemuž směřoval dotaz dodavatele), které by jako referenční přípouštěl, pouze zopakoval, že se má jednat o opravu bazénů.

73. Vybraný dodavatel v Seznamu nejvýznamnějších staveb obdobného charakteru (potvrzeném čestným prohlášením) a přiložených referenčních listech stavby doložil referenci č. 1, jejímž předmětem byla dostavba sportovního areálu, vybudování tenisových kurtů a multifunkčního hřiště; referenci č. 2, jejímž předmětem byla výstavba kanalizace a ČOV; referenci č. 3, jejímž předmětem byla rovněž výstavba kanalizace a ČOV; referenci č. 4, jejímž předmětem byla taktéž kanalizace a ČOV; referenci č. 5, jejímž předmětem byla výstavba komunikace, parkovišť a chodníků; referenci č. 6, jejímž předmětem byla výstavba chodníků, parkoviště, hřbitovní zdi. Z popisu jednotlivých stavebních prací je zřejmé, že ani v jednom případě nešlo o provádění oprav plaveckých bazénů, dětských brouzdališť a související technologie. Reference vybraného dodavatele se týkaly v zásadě 3 okruhů stavebních prací: výstavby sportovních ploch (hřišť), výstavby kanalizace a ČOV a výstavby komunikací, parkovišť a chodníků. Ani jedna z referenčních staveb se netýkala plaveckých bazénů, dětských brouzdališť, včetně oprav a doplnění technologického zařízení, tedy nesplňovala požadavky stanovené zadavatelem na prokázání technické kvalifikace.
74. Součástí nabídky vybraného dodavatele byl rovněž seznam poddodavatelů, smlouva o smlouvě budoucí a osvědčení objednatele stavby „Sportovní a rekreační areál Turnov“. Z předmětného osvědčení vyplývá, že zakázku realizoval poddodavatel vybraného dodavatele spolu se SYNER, s.r.o. (každý v objemu cca 90 mil. Kč). V popisu stavebních prací objednatel uvádí, že *„Jedná se o výstavbu komplexu sportovních staveb, hlavním objektem je zimní stadion a pro letní provoz areál nerezových bazénů, vodních atrakcí a navazujících zázemí. Celý komplex je doplněn o parkoviště a komunikace, napojení inženýrskými sítěmi, zdroj vody z vrtu, atd.“*
75. Aniž by Úřad musel detailně posuzovat dokumenty týkající se poddodavatele, zda alespoň tato reference by byla dostatečná k prokázání kritérií technické kvalifikace (z osvědčení totiž není zřejmé, zda právě poddodavatel BAK stavební společnost, a.s., provedl stavební práce týkající se bazénů a jejich technologií a v jaké hodnotě, či zda provedl práce týkající se zimního stadionu), může Úřad konstatovat, že vybraný dodavatel nesplnil kritéria technické kvalifikace požadovaná zadavatelem spočívající v předložení seznamu stavebních prací, který by obsahoval celkem 4 stavební práce obdobného charakteru, jako je předmět plnění veřejné zakázky, neboť dodavatel ve své nabídce předložil doklad o realizaci pouze jedné referenční zakázky, která se v části dotýká zadavatelem stanoveného technického kvalifikačního předpokladu, a to je reference poddodavatele BAK stavební společnost, a.s. (s výhradou uvedenou výše).
76. S ohledem na učiněné závěry se Úřad neztotožňuje s tvrzeními zadavatele, která vyplývají z rozhodnutí o námitkách a z vyjádření k návrhu, a sice že pokud je výstavba ČOV technologicky náročnější než revitalizace bazénu, zadavatel musí takovou „silnější“ referenci přijmout, navíc v situaci, kdy se jedná o cenově výhodnějšího dodavatele (slovy zadavatele: *„z důvodu ochrany veřejných prostředků“*). Zadavatel popírá, že by za stavební práce obdobného charakteru jako je předmět veřejné zakázky považoval výlučně stavební práce související s opravou či výstavbou koupališť a/nebo plaveckého bazénu a/nebo brouzdaliště včetně technologického zařízení, neboť tímto vymezením by podle svého přesvědčení omezil hospodářskou soutěž, což podle § 6 zákona není přípustné. Tato tvrzení zadavatele je třeba

odmítnout, neboť zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil podmínky pro splnění kvalifikačního předpokladu tak, že se má jednat o poskytnutí realizace stavebních prací obdobného charakteru, jako je předmět veřejné zakázky. Pokud byl některý dodavatel na pochybách, z jakých oblastí stavebních prací může reference doložit, zadavatel mu ve vysvětlení zadávací dokumentace „objasnil“, že se musí jednat o stavební práce obdobné předmětu plnění veřejné zakázky, kterým je oprava stávající bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, včetně opravy a doplnění technologického zařízení. Závěr z těchto dokumentů, který si průměrně zkušený dodavatel musel udělat (a udělal si ho i Úřad) je, že má být doložen seznam 4 referencí na stavební práce týkající se oprav plaveckých bazénů, dětských brouzdališť a související technologie. Zadavatel tento svůj požadavek jasně sdělil a v dalším průběhu zadávacího řízení se jím měl řídit a měl ho respektovat. Pokud zadavatel chtěl rozšířit okruh potenciálních dodavatelů (hospodářskou soutěž), resp. připustit do zadávacího řízení dodavatele s jakýmkoli či jinými zkušenostmi v oblasti stavebních prací, měl s přihlédnutím k této skutečnosti odpovídajícím způsobem formulovat zadávací podmínky nebo zadávací dokumentaci náležitě vysvětlit. Přitom zadavatel měl možnost změnit své požadavky na kvalifikaci ve lhůtě pro podání nabídek v souladu s ustanovením § 99 odst. 1 a 2 zákona, což neučinil. Není možné stanovit zadávací podmínky v určité úrovni a následně až po obdržení nabídek z těchto standardů „slevovat“ vůči některému z dodavatelů. Takový postup zadavatele je v rozporu se zákonem. Úřadu proto nezbyvá než konstatovat, že referenční zakázky vybraného dodavatele co do svého předmětu neodpovídají požadavkům zadavatele stanoveným v zadávací dokumentaci. Pro úplnost Úřad uvádí, že ani referenci poddodavatele by nebylo možno bez dalšího (např. žádosti o objasnění podle § 46 zákona) přijmout (z důvodů uvedených výše).

77. Zadavatel, pokud by postupoval v souladu s jím stanovenými požadavky na prokázání technické kvalifikace v zadávací dokumentaci, musel při posuzování dokladů vybraného dodavatele k technické kvalifikaci dospět k závěru, že údaje a doklady jím předložené nesplňují zadávací podmínky ve smyslu § 48 odst. 2 písm. a) zákona. Navíc, jelikož šlo o vybraného dodavatele, zadavatel jej byl povinen vyloučit z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 8 zákona, neboť byly naplněny důvody pro vyloučení podle § 48 odst. 2 zákona.
78. Pokud jde o argumenty vybraného dodavatele obsažené v jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 20. 8. 2020, včetně odkazů na rozhodnutí Úřadu a na právní předpisy a normy (viz body 27. až 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že argumenty vybraného dodavatele nejsou s ohledem na výše uvedená skutková zjištění a z toho vyvozené závěry Úřadu (zejména body 71. a následující odůvodnění tohoto rozhodnutí) pro posouzení věci relevantní. Úřad se proto ani nevyjadřuje k tomu, zda jsou některé stavební práce na ČOV a bazénech i použitá technologie podobné, či nikoliv, neboť s ohledem na učiněné závěry by toto srovnávání bylo bezpředmětné. Pokud jde o odkazy na rozhodnutí Úřadu týkající se možné obecné specifikace zadávacích podmínek, je třeba říct, že tato rozhodnutí nejsou přílehlavá na právě přezkoumávaný případ.
79. Úřad proto výrokem I. tohoto rozhodnutí rozhodl tak, že zadavatel nedodržel pravidlo stanovené v § 48 odst. 8 zákona, když nevyločil vybraného dodavatele, o jehož výběru rozhodl dne 14. 5. 2020, z účasti na zadávacím řízení, přestože byly naplněny důvody vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona, když údaje a doklady předložené vybraným dodavatelem, jimiž prokazoval technickou kvalifikaci, nesplňují zadávací podmínky, a to

požadavek na prokázání kritéria technické kvalifikace předložením seznamu stavebních prací včetně osvědčení objednatele stanovený v čl. 5.4.1 zadávací dokumentace, s minimální úrovní „*Minimální úroveň pro splnění kvalifikačního předpokladu je stanovena na poskytnutí realizace stavebních prací obdobného charakteru, jako je předmět plnění veřejné zakázky...*“, ve znění vysvětlení zadávací dokumentace č. 1 ze dne 20. 4. 2020, kde zadavatel uvedl: „*Zadavatel v zadávací dokumentaci jasně definoval předmět zadávacího řízení - jedná se o opravu stávající bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, včetně opravy a doplnění technologického zařízení, tzn. lze vyvodit jednoznačně, jaké jsou požadovány reference pro stavební práce obdobného charakteru.*“, neboť realizaci referenčních zakázek uvedených v Seznamu nejvýznamnějších staveb obdobného charakteru a v referenčních listech staveb, nelze považovat za stavební práce spočívající v opravě bazénové vany plaveckého bazénu a dětského brouzdaliště, která by zahrnovala opravu a doplnění technologického zařízení, přičemž tento postup zadavatele ovlivnil výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

K výroku II. rozhodnutí – uložení nápravného opatření

80. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
81. V šetřeném případě Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nedodržel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky způsobem, který je popsán ve výroku I. tohoto rozhodnutí. Úřad uvádí, že postup zadavatele ovlivnil výběr dodavatele, neboť dodavatel COMMODUM, spol. s r.o., neměl být vybrán, ale vyloučen ze zadávacího řízení. Podmínka pro uložení nápravného opatření spočívající v existenci vlivu na výběr dodavatele je v daném případě naplněna.
82. Vzhledem k tomu, že zadavatel dosud neuzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, je naplněna i poslední podmínka pro to, aby Úřad mohl uložit nápravné opatření ve smyslu § 263 odst. 2 zákona.
83. Úřad má za to, že v daném případě není nutné rušit celé zadávací řízení. Nápravu lze zjednat tím, že podle § 263 odst. 2 zákona bude zrušen jen jednotlivý úkon zadavatele, a to rozhodnutí zadavatele o „výběru nejvhodnější nabídky“ ze dne 14. 5. 2020 a všechny následující úkony včetně oznámení rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 15. 5. 2020, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, neboť tyto dokumenty nemohou za stávající skutkové situace obstát.

K výroku III. rozhodnutí – zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení

84. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
85. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného

rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.

86. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení úkonu zadavatele, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení správního řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku IV. rozhodnutí – uložení úhrady nákladů řízení

87. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
88. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení tam uvedeného úkonu zadavatele, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
89. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2020000246.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona 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

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Město Štramberk, Náměstí 9, 742 66 Štramberk
2. CENTROPROJEKT GROUP a.s., Štefánikova 167, 760 01 Zlín
3. COMMODUM, spol. s r.o., 756 27 Valašská Bystřice č.p. 225

Vypraveno dne:

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