



UOHSX00FNOLF

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0183/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-00912/2022/162

Brno 4. 2. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 23. 11. 2021, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **město Litvínov**, IČO 00266027, se sídlem náměstí Míru 11, 436 01 Litvínov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0080/2021/VZ, č. j. ÚOHS-37715/2021/500/Alv ze dne 9. 11. 2021 vydanému ve správním řízení zahájeném na návrh navrhovatele –

- **Gardenline s.r.o.**, IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, Předměstí, 412 01 Litoměřice, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 25. 2. 2021 Mgr. Martinem Horákem, advokátem v advokátní kanceláři STRÁNSKÝ & PARTNEŘI, se sídlem Jandova 208/8, 190 00 Praha 9, ev. č. ČAK 13970,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Výstavba nové plavecké haly v Litvínově**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 12. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 12. 2020 pod ev. č. Z2020-045517, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 23. 12. 2020 pod ev. č. 2020/S 250-623160,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád ve spojení s § 90 odst. 5 a § 152 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0080/2021/VZ, č. j. ÚOHS-37715/2021/500/Alv ze dne 9. 11. 2021

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – město Litvínov, IČO 00266027, se sídlem náměstí Míru 11, 436 01 Litvínov (dále jen „**zadavatel**“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ zahájil podle tohoto zákona otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Výstavba nové plavecké haly v Litvínově“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 12. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 12. 2020 pod ev. č. Z2020-045517, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 23. 12. 2020 pod ev. č. 2020/S 250-623160 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. V bodě 10.5.1 zadávací dokumentace zadavatel požadoval k prokázání technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona předložit:

„Seznam obdobných stavebních prací poskytnutých a dokončených za posledních 7 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací, přičemž jedna realizovaná zakázka může prokazovat splnění více níže uvedených požadavků“.

Zadavatel nastavil minimální úroveň daného kritéria pod písm. a) a b) cit. ustanovení zadávací dokumentace následovně:

„a) minimálně 2 stavby (tj. výstavba, přístavba nebo rekonstrukce) budovy krytých plaveckých areálů nebo krytých aquaparků ve finančním objemu každé stavby min. 100 mil. Kč bez DPH, které byly určeny pro veřejný provoz o alespoň 2 bazénech u každé stavby, celkové vodní ploše bazénů min. 350 m² u každé stavby a vodním objemem min. 500 m³ a jejichž plnění spočívalo ve výstavbě nebo rekonstrukci:

- alespoň jednoho železobetonového tělesa plaveckého bazénu o délce min. 25 m s povrchovou úpravou keramický obklad, realizaci nové vzduchotechniky, bazénové technologie, vytápění, elektroinstalace včetně měření a regulace, sociálního zázemí a skříňkových šaten

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího postupu, v daném případě ve smyslu § 56 zákona.

b) minimálně 1 stavba budovy krytého plaveckého areálu nebo krytého aquaparku, wellness centra či veřejného vnitřního sportovního zařízení, jejíž součástí byl platební odbavovací systém (zahrnující pokladní pracoviště pro bezhotovostní platby, informační dotykové terminály, docházkový systém pro zaměstnance, zámkový systém pro šatní skříňky, elektronické zámky na čipové hodinky příp. čipy atp.)“ (dále jen „platební odbavovací systém“ nebo „odbavovací systém“).

3. Vzhledem k tomu, že navrhovatel – Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, Předměstí, 412 01 Litoměřice, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 25. 2. 2021 Mgr. Martinem Horákem, advokátem v advokátní kanceláři STRÁNSKÝ & PARTNEŘI, se sídlem Jandova 208/8, 190 00 Praha 9, ev. č. 13970 (dále jen „navrhovatel“) – považoval stanovené zadávací podmínky veřejné zakázky za rozporné se zákonem, podal dne 7. 2. 2021 námitky, kterými se domáhal změny zadávací dokumentace, nebo zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky. Zadavatel rozhodnutím ze dne 18. 2. 2021 podané námitky navrhovatele odmítl s tím, že se nedopustil porušení zákona.
4. Navrhovatel s obsahem rozhodnutí o námitkách nesouhlasil a dne 1. 3. 2021 tak podal k Úřadu návrh na přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“).
5. Rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0080/2021/VZ, č.j. ÚOHS-15494/2021/500/Alv ze dne 10. 5. 2021 (dále jen „rozhodnutí I. stupně“) rozhodl Úřad o návrhu navrhovatele následovně:
 - a) ve výroku I Úřad rozhodl, že zadavatel stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu s § 89 odst. 5 a 6 zákona, když zvýhodnil určitý výrobek nebo dodavatele, kteří tento výrobek dodávají tím, že v příloze zadávací dokumentace stanovil technické podmínky prostřednictvím přímých odkazů na konkrétní výrobek, aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky a aniž by stanovení technických podmínek podle § 89 odst. 1 zákona nemohlo být jinak dostatečně přesné nebo srozumitelné;
 - b) ve výroku II Úřad rozhodl, že zadavatel stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu s § 36 odst. 1 zákona ve spojení s § 73 odst. 6 písm. b) zákona a zásadou přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když v rámci požadavků na technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona požadoval v bodě 10.5.1 písm. b) zadávací dokumentace, zkušenost s realizací „*minimálně 1 stavby budovy krytého plaveckého areálu nebo krytého aquaparku, wellness centra či veřejného vnitřního sportovního zařízení, jejíž součástí byl platební odbavovací systém (zahrnující pokladní pracoviště pro bezhotovostní platby, informační dotykové terminály, docházkový systém pro zaměstnance, zámkový systém pro šatní skříňky, elektronické zámky na čipové hodinky příp. čipy atp.)“*, čímž vytvořil bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže, a mohl tak omezit okruh potenciálních dodavatelů, neboť stanovil požadavky k prokázání technické kvalifikace nepřiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky, čímž se zároveň dopustil porušení zásady zákazu diskriminace uvedené v § 6 odst. 2 zákona;
 - c) ve výroku III Úřad uložil podle § 263 odst. 3 zákona opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výrocích I a II rozhodnutí I. stupně spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku;

- d) ve výroku IV Úřad zakázal zadavateli podle § 263 odst. 8 zákona až do pravomocného skončení správního řízení uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku;
- e) výrokem V Úřad uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
6. Proti rozhodnutí I. stupně podal zadavatel dne 20. 5. 2021 rozklad ze dne 19. 5. 2021, v jehož rámci brojil proti tomuto rozhodnutí v celém rozsahu. K výroku I rozhodnutí I. stupně zadavatel uvedl, že se v případě odkazu na výrobek „Unikátní filtrační médium – Activated filter media“ nejedná o konkrétní název výrobku, přičemž současně rozporoval průzkum trhu provedený Úřadem vlastním předloženým průzkumem, v jehož rámci oslovil 9 relevantních subjektů. K výroku II rozhodnutí I. stupně zadavatel v rozkladu uvedl, že nesouhlasí se závěry Úřadu o podobnosti průmyslového areálu a prostředí veřejného vnitřního koupaliště, neboť požadavky na prostředí průmyslového areálu jsou odlišné, a to jak v oblasti funkcionalit systému, tak potřeby jeho odolnosti vůči chemickým látkám, specificky se vyskytujícími v oblasti bazénů.
7. O rozkladu zadavatele proti rozhodnutí I. stupně předseda Úřadu rozhodl rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-R0090/2021/VZ, č. j. ÚOHS-22828/2021/162/PJe ze dne 9. 7. 2021 (dále jen „**původní rozhodnutí o rozkladu**“), kterým rozhodnutí I. stupně zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
8. V souvislosti se zrušením výroku I rozhodnutí I. stupně předseda Úřad uvedl, že *„ve světle zadavatelových rozkladových námitek závěry Úřadu o tom, že se jedná o odkaz na konkrétní výrobek jediného výrobce, neobstojí. Zadavatel prokázal, že lze jím užitý pojem vnímat více způsoby, přičemž v rámci vysvětlení zadávací dokumentace jednoznačně sdělil, jaký význam má tento pojem v konkrétních zadávacích podmínkách a jak s ním tedy mají potenciální dodavatelé pracovat při vytváření svých nabídek.“*
9. V souvislosti se zrušením výroku II rozhodnutí I. stupně předseda Úřadu uvedl, že Úřad posuzoval zákonnost zadávacích podmínek technické kvalifikace nesprávně, neboť se vůbec nevěnoval základní námitce navrhovatele, týkající se celkového charakteru bodem 10.5.1 písm. b) zadávací dokumentace požadované referenční zakázky. Dle předsedy Úřadu navrhovatel jinými slovy tvrdil, že výstavba plaveckého areálu je určitý typ stavební činnosti, přičemž současné vybudování a instalace popsaného odbavovacího systému je *de facto* plněním, které bude vždy poskytováno poddodavatelem stavitele plaveckého areálu. Předseda Úřadu v této věci dále uvádí, že pokud by byla tato skutečnost pravdou, bylo by jistě namístě označit požadavky technické kvalifikace za nepřípustně diskriminační z toho důvodu, že uměle spojují referenční zakázku na odbavovací systém s výstavbou jedné ze jmenovaných staveb sportovního vyžití.
10. Předseda Úřadu k tomu v odůvodnění původního rozhodnutí o rozkladu doplnil, že *„je potřeba nejprve posoudit, zda skutečně sporné kvalifikační kritérium citelně omezuje okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku. Úřad tedy bude muset směřovat svoji činnost ke zjištění, jaký je okruh dodavatelů odbavovacích systémů, zda se tento okruh nějak liší od okruhu dodavatelů realizujících výstavbu plaveckých a jiných sportovních areálů, a také zda a případně jak často je zbudování odbavovacích systémů řešeno poddodavately či zda a případně jak často jsou obě plnění dodávána současně. Na základě takové úvahy lze dospět k závěru, do jaké míry dodavatelé disponují referencemi na komplexní plnění spočívající ve vybudování sportovního areálu a zároveň dodání odbavovacího systému. Jen na základě*

toho lze zjistit, zda předmětné kvalifikační kritérium klade překážky hospodářské soutěži o veřejnou zakázku.“

11. V původním rozhodnutí o rozkladu předseda Úřadu rovněž uvedl, že až v okamžiku, kdy bude mít Úřad zjištěno, že kvalifikační kritérium spočívající v požadavku na předložení reference znějící na vybudování sportovního areálu včetně odbavovacího systému omezuje okruh potenciálních uchazečů, přichází na řadu přezkum toho, jestli je kvalifikační kritérium přiměřené předmětu veřejné zakázky a zda je odůvodněné. V rámci toho je dle předsedy Úřadu namístě zabývat se i otázkou, „*zda okruh sportovních areálů zadavatel nedefinoval příliš úzce. Aby však i v této věci mohl Úřad dospět k relevantním závěrům, musel by nejdříve náležitě uvážit, k čemu má systém konkrétně sloužit a zda proto bylo namístě, aby se jednalo právě o odbavovací systémy pouze z oblasti krytých plaveckých bazénů nebo krytých aquaparků, wellness centra či veřejného vnitřního sportovního zařízení. V rámci toho by se pak Úřad měl zabývat jedním z klíčových argumentů zadavatele, a to argumentem specifického prostředí veřejných bazénů, který minimálně ve vztahu k veřejnému vnitřnímu sportovnímu zařízení budí pochybnosti, neboť na první pohled není zjevné, v čem by měla u takto obecně vymezeného sportoviště specifická vnitřního prostředí spočívat.“*

II. Napadené rozhodnutí

12. Dne 9. 11. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0080/2021/VZ, č. j. ÚOHS-37715/2021/500/Alv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I rozhodl o tom, že zadavatel stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu s § 36 odst. 1 zákona, ve spojení s § 73 odst. 6 písm. b) zákona a zásadou přiměřenosti zakotvenou v jeho § 6 odst. 1, když v rámci požadavků na technickou kvalifikaci požadoval v bodě 10.5.1 písm. b) zadávací dokumentace zkušenost s realizací „*minimálně 1 stavby budovy krytého plaveckého areálu nebo krytého aquaparku, wellness centra či veřejného vnitřního sportovního zařízení, jejíž součástí byl platební odbavovací systém (zahrnující pokladní pracoviště pro bezhotovostní platby, informační dotykové terminály, docházkový systém pro zaměstnance, zámkový systém pro šatní skříňky, elektronické zámky na čipové hodinky příp. čipy atp.)“*, čímž vytvořil bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže, a mohl tak omezit okruh potenciálních dodavatelů, neboť stanovil požadavky k prokázání technické kvalifikace nepřiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky, čímž se zároveň dopustil porušení zásady zákazu diskriminace uvedené v § 6 odst. 2 zákona.
13. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku. Výrokem III současně uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu na předmět veřejné zakázky, výrokem IV pak také povinnost zadavatele uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
14. V rámci nového projednání případu Úřad oslovil okruh relevantních dodavatelů, a také zadavatelů, kteří mohli potenciálně zadávat veřejnou zakázku s obdobným předmětem plnění. Položené otázky a na ně poskytnuté odpovědi jsou uvedeny v bodech 75 – 78 napadeného rozhodnutí.
15. V odůvodnění napadeného rozhodnutí (bod 105) Úřad uvedl, že pro vyřešení věci je zásadní „*posouzení otázky týkající se stanoveného způsobu prokazování kvalifikovanosti dodavatele a jeho zkušeností s instalací odbavovacího systému. V tomto ohledu Úřad dále konstatuje,*

že ani samotný požadavek zadavatele, aby vybraný dodavatel doložil předchozí zkušenost s instalací platebního odbavovacího systému, považuje obecně za oprávněný. Jedná se o poměrně specifický typ technologické dodávky kladoucí specifické nároky na dodavatele i ze stavebního hlediska. Nicméně v souvislosti se zde posuzovaným způsobem nastavení požadavků na technickou kvalifikaci nelze přehlížet způsob a kumulaci požadavků, které zadavatel stanovil (viz znění bodu 10.5.1 písm. b) zadávací dokumentace), kdy v tomto ohledu pak Úřad již nezákonnost předmětného požadavku shledává, neboť jej není schopen konzistentně zdůvodnit ani sám zadavatel.“

16. Z vyjádření dotazovaných subjektů lze dle Úřadu dovodit (viz bod 107 napadeného rozhodnutí), že *„postup, kdy jsou obě plnění poptávána současně (v rámci jedné veřejné zakázky), není mezi veřejnými zadavateli ojedinělý, přičemž objektivním důvodem k tomuto postupu je dle vyjádření veřejných zadavatelů např. skutečnost, že samostatná realizace platebního odbavovacího systému by byla nevhodná, a to jak z hlediska realizace tras jeho rozvodů, tak i z hlediska záruk za dílo. Postup zadavatele při vymezení předmětu veřejné zakázky, který je určující z hlediska možnosti stanovení konkrétních požadavků na kvalifikaci dodavatelů, tak nelze s ohledem na uvedená zjištění považovat za nestandardní.“*
17. Úřad se rovněž soustředil na zjištění, do jaké míry může požadavek na reference odpovídající vymezení v předmětu veřejné zakázky ovlivnit možnost účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení. Z provedeného šetření přitom zjistil, že 7 z 8 dodavatelů, kteří poskytli Úřadu své stanovisko, by realizovali platební odbavovací systém prostřednictvím poddodavatele. Na základě těchto skutečností Úřad dospěl ke zjištění, že dodavatelé zaměřující se na výstavby obdobné předmětu plnění veřejné zakázky nejsou automaticky dodavateli dílčí části plnění – odbavovacího systému, neboť takřka vždy využívají k plnění této části dodavatelů z jiného segmentu trhu.
18. Ze zjištěných skutečností Úřadu vyplynulo, že někteří oslovení dodavatelé by nebyli schopni prokázat splnění šetřeného kritéria technické kvalifikace, přičemž další by byli schopni jej prokázat jedině prostřednictvím jiné osoby. Úřad tudíž seznal (viz bod 112 napadeného rozhodnutí), že *„postup, kdy zadavatel pro účely prokázání splnění technické kvalifikace stanoví požadavek na referenci, v rámci níž byla realizována stavba budovy krytého plaveckého areálu nebo krytého aquaparku, wellness centra či veřejného vnitřního sportovního zařízení, jejíž součástí byl platební odbavovací systém, přispívá k omezení hospodářské soutěže, neboť pro splnění takového kvalifikačního požadavku musí velká část dodavatelů využít zkušeností jiných dodavatelů, resp. musí se pro podání nabídky dohodnout s dalším subjektem na jeho „spoluúčasti“ v zadávacím řízení, což ztěžuje, případně i znemožňuje účast určité skupiny dodavatelů v takovém zadávacím řízení.“*
19. S východiskem v judikatuře Nejvyššího správního soudu Úřad uvedl, že po dodavatelích nelze spravedlivě požadovat, aby plnili požadavek rozporný se zákonem, a to ani formou poddodavatelskou, neboť omezení okruhu dodavatelů je možné pouze za současného odůvodnění konkrétními okolnostmi přiměřenými druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. Úřad současně nepřijal zadavatelovo odůvodnění specifickým chemickým prostředím bazénů, to však nikoliv proto, že by prostředí bazénů a wellness neobsahovalo pro odbavovací systém potenciálně agresivní chemikálie, nýbrž proto, že zadavatel sám umožnil jako referenční stavbu vnitřní sportoviště (obecný pojem), přičemž minimálně v některých typech těchto zařízení k výskytu popisovaných chemikálií nedochází. Rovněž argument odlišnosti

odbavovacích systému v zadávací podmínce jmenovaných zařízeních Úřad nepřijal, neboť nelze zjednodušeně konstatovat, že se systém s požadovanými funkcionalitami vyskytuje pouze v těchto typech zařízení, přičemž zadavatel svá tvrzení ani neopírá o žádné ověřitelné skutečnosti.

III. Rozklad zadavatele

20. Dne 23. 11. 2021 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 9. 11. 2021. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

21. Zadavatel v podaném rozkladu tvrdí, že se Úřad zcela nedostatečně vypořádal s posouzením zadávacích podmínek a jeho následnými vysvětleními a tvrzeními. Úřad podle zadavatele rovněž nezjišťoval všechny rozhodné skutečnosti svědčící v jeho prospěch, a také se dostatečně nevypořádal s původním rozhodnutím o rozkladu, kterým byl při novém projednání vázán. Nedostatky při zajištění důkazů a celkového zjištění skutkového stavu zadavatel v rozkladu doplňuje citacemi z nálezů Ústavního soudu a odkazy na obecná ustanovení zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „**správní řád**“).
22. Napříč celým rozkladem zadavatel opakuje, že jím nastavená kritéria technické kvalifikace jsou dle jeho názoru v souladu se zákonem a přiměřená vzhledem k předmětu veřejné zakázky. Diskutovaný platební odbavovací systém je součástí tohoto předmětu, a proto byl požadavek na ověření schopnosti jej v rámci jmenovaných staveb zbudovat dle zadavatele oprávněný. Stejně tak je podle zadavatele jeho právem požadovat pouze zadavatele kvalitního, který má s předmětem plnění veřejné zakázky předchozí zkušenosti.
23. Zadavatel se v rozkladu vyjadřuje také k otázce plnění prostřednictvím poddodavatele, kterou dle svých slov v zadávací dokumentaci jednoznačně umožnil a předpokládal, k čemuž rovněž dokládá v příloze seznam subdodavatelů obdobné zakázky „Rekonstrukce městského plaveckého bazénu Rakovník – stavební úpravy a přístavba – opakované zadání“.
24. Ve druhé části rozkladu zadavatel opakuje svá předchozí vyjádření i v tom smyslu, že požadavek technické kvalifikace je odůvodněn specifickým chemickým prostředím v oblasti bazénů a wellness, k čemuž již dříve předkládal jím získané odborné vyjádření. Nově pak poukazuje také na aspekt jednotlivých funkcionalit systému, které jsou v provozech krytých plaveckých bazénů a veřejných sportovišť rovněž specifické, což má dokládat další příloha rozkladu – stanovisko vypracované Asociací pracovníků v regeneraci.
25. Zadavatel v závěru rozkladu rozporuje zjištění Úřadu stran obvyklých podmínek jiných zadavatelů u obdobného předmětu plnění, neboť tvrdí, že jsou jeho závěry v rozporu s obsahem jednotlivých vyjádření. V poslední řadě zadavatel vyzdvihuje též zásadu *in dubio pro reo* a presumpci nevinu, které podle něj nebyly navzdory zákonnému zakotvení Úřadem v daném případě dodrženy.

Závěr rozkladu

26. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil všechny výroky napadeného rozhodnutí, neboť Úřad dostatečně neprokázal, že jsou zadávací podmínky v rozporu se zákonem.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

28. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech byl přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i jeho správnost, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
29. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které byl rozklad zadavatele zamítnut a napadené rozhodnutí potvrzeno.

V. K námitkám rozkladu*K námitce nedostatečných skutkových zjištění*

30. Zadavatel v podaném rozkladu tvrdí, že Úřad nezajistil všechny potřebné důkazy pro zjištění skutkového stavu věci, obzvláště ty svědčící v zadavatelův prospěch, přitom se rovněž nedostatečně vypořádal s posouzením zadávacích podmínek a následnými vysvětleními a tvrzeními zadavatele.
31. V první řadě je k tomu potřeba uvést, že se jedná o námitku velice obecnou, odkazující na povinnost Úřadu dostatečně zjistit skutkový stav pro to, aby mohl vydat odpovídající zákonné rozhodnutí. Zadavatel touto cestou *de facto* vyjadřuje svůj názor, že kdyby Úřad provedl další důkazy, a tím získal další skutková zjištění, bylo by o věci rozhodnuto jinak, z pohledu zadavatele správně.
32. Nelze než souhlasit s tvrzením zadavatele, neboť stejné závěry vycházejí z dlouhodobé praxe správních soudů, že Úřad je povinen provést takové důkazy, které jsou potřebné pro náležité zjištění skutkového stavu. To současně znamená, že pokud má správní orgán za to, že byl skutkový stav dostatečně zjištěn, není jeho povinností na základě tohoto odůvodnění provést důkazy další. Toto odmítnutí dalšího dokazování však musí být tímto správním orgánem náležitým způsobem odůvodněno.²
33. Současně ovšem nelze dát zadavateli za pravdu v závěrech, které na základě tohoto obecného východiska činí, neboť pouze zcela nekonkrétně tvrdí, že Úřad nezjistil skutkový stav dostatečně. Ten však kromě znalosti podmínek samotného zadávacího řízení provedl rozsáhlé dotazování za účelem zjištění situace na relevantním trhu, a to jak v řadách dodavatelů, tak i zadavatelů. Jak bylo v napadeném rozhodnutí uvedeno a jak o tom bude pojednáno i dále v tomto rozhodnutí, Úřadem získané podklady odpovídají dostatečným způsobem na otázky relevantní v daném případě. Proto nebylo namístě pokračovat v obstarávání dalších důkazů, jelikož skutkový stav byl dostatečně zjištěn. Jak bylo uvedeno shora, zadavatel nesouhlasí

² Blíže viz zadavatelem citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 29/2009-48 ze dne 13. 11. 2009.

se závěry, ke kterým Úřad na základě skutkových zjištění dospěl, to však neznamená, že nebylo zajištěno dostatečné množství důkazů a naplněna zásada materiální pravdy. Zadavatel neuvádí další důkazy, které by mohly zvrátit závěry Úřadu, respektive pokud důkazy uvádí (přílohy rozkladu), nejedná se o důkazy pro danou věc relevantní. K tomu více dále v tomto rozhodnutí.

K námitce odůvodnění podmínky technické kvalifikace

34. Ve stěžejní druhé části rozkladu zadavatel opakuje, že je jeho právem požadovat pouze kvalitního zadavatele s předchozími zkušenostmi s předmětem plnění. Pokud nastavená kritéria technické kvalifikace odpovídají předmětu plnění (resp. se s ním shodují), jsou podle něj oprávněná. Zadavatel současně tvrdí, že výslovně umožnil účast poddodavatelů, tento postup dle svých slov navíc předpokládal, neboť se tak v daném odvětví běžně děje. Konkrétní kvalifikační požadavek na stavbu budovy krytého bazénu či wellness včetně odbavovacího systému opětovně zdůvodňuje specifickým chemickým prostředím v těchto komplexech, nově pak doplňuje zdůvodnění specifickými funkcionalitami, které mají právě areály vnitřních sportovišť.
35. Na prvním místě je třeba říci, že Úřad ani jeho předseda jednoznačně nebrání zadavateli poptávat dodavatele zkušeného, který bude splňovat parametry stanovené zadavatelem na základě zákona. Zadavatelé mají právo do jisté míry a odpovídajícím způsobem omezit hospodářskou soutěž právě tím, že stanoví podmínky technické kvalifikace tak, že zakázku bude moci plnit pouze dodavatel zkušený, u kterého tak existuje nižší riziko vadného plnění.
36. Jak bylo v rozhodovací praxi Úřadu i jeho předsedy již mnohokrát opakováno, sama skutečnost, že požadavek kvalifikace přesně odpovídá požadavku na předmět plnění, ještě neznamená, že se jedná o požadavek zákonný. Zadavatel má právo požadovat pouze takovou zkušenost, která je pro realizaci zadávané veřejné zakázky určitým způsobem důležitá. Totiž, požaduje-li zadavatel prokázání zkušenosti, která při plnění zadávané zakázky nehraje důležitou roli, jeho požadavek vlastně není odůvodněný. Pokud zadavatel mezi kvalifikačními kritérii stanoví nedůvodné, tedy nadbytečné, požadavky, dostává se zpravidla do rozporu se zásadou přiměřenosti. Kritéria kvalifikace totiž omezují hospodářskou soutěž napříč všemi druhy zadávacích podmínek nejvíce.
37. V předmětném zadávacím řízení požadoval zadavatel prokázání technické kvalifikace realizací mj. minimálně 1 stavby „*budovy krytého plaveckého areálu nebo krytého aquaparku, wellness centra či veřejného vnitřního sportovního zařízení, jejíž součástí byl platební odbavovací systém (zahrnující pokladní pracoviště pro bezhotovostní platby, informační dotykové terminály, docházkový systém pro zaměstnance, zámkový systém pro šatní skříňky, elektronické zámkové na čipové hodinky příp. čipy atp.)*“.
38. Úřad v rámci prvního posouzení věci upřel svou pozornost k tomu, proč má být referenční odbavovací systém součástí pouze jmenovaných budov. Z prvotního dokazování Úřadu nevyplýval žádný podstatný důvod, proč by se nemohlo jednat i o budovy jiného typu (jako jednu zmínil také průmyslový areál), přičemž z těchto důvodů shledal nezákonnost této zadávací podmínky a rozpor se zásadou přiměřenosti.
39. V rámci původního rozkladu k této problematice zadavatel uváděl, že požadavek stanovil z důvodu specifického chemického prostředí bazénů a wellness, k čemuž rovněž přiložil „Odborné stanovisko pro město Litvínov“ ze dne 14. 5. 2021. V rámci původního rozhodnutí

rozkladu pak předseda Úřadu dospěl k závěru, že Úřad v rámci správního řízení do té doby zkoumal pouze otázku přiměřenosti typu budov, opomněl se však zabývat otázkou předcházející, tedy jestli je vůbec důvodné, aby byla stanovena podmínka reference celé budovy včetně platebního odbavovacího systému.³ K přezkoumání této věci v první řadě a ke zjištění typické úlohy poddodavatelů v rámci zakázek tohoto typu byl Úřad původním rozhodnutím o rozkladu zavázán, přičemž až na základě těchto dodatečných zjištění měl případně posoudit, zda nestanovil zadavatel nepřiměřeně typ budov, ve kterých byl referenční odbavovací systém realizován.⁴

40. Úřad proto v rámci nového posouzení oslovil poměrně široké spektrum dodavatelů i zadavatelů, aby dostatečnou znalost o relevantním trhu získal. Na základě nového dokazování tak byly zjištěny následující skutečnosti
- Celkem 6 ze 8 oslovených zadavatelů poptávalo obdobné plnění včetně platebního odbavovacího systému. Současná poptávka stavby a daného systému tedy není ojedinělá, z odpovědí zadavatelů se přitom podává, že samostatná instalace pouze odbavovacího systému by nebyla vhodná s ohledem na realizaci tras rozvodů a záruk za dílo.
 - Z 11 oslovených dodavatelů by bylo 6 schopno splnit přezkoumávaný požadavek na technickou kvalifikaci, přičemž 3 z nich vlastními referenčními stavbami a zbylí 3 prostřednictvím poddodavatele, případně jiné koncernové společnosti (podrobně bod 109 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Úřad současně doplnil, že na základě jeho zjištění existují minimálně dva další dodavatelé, kteří by splnění technické kvalifikace nebyli schopni prokázat.
 - Zároveň 7 z 8 dodavatelů odpovědělo, že by v rámci plnění zakázky zbudování platebního odbavovacího systému nerealizovali vlastními silami, nýbrž by využili poddodavatele (bod 110 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
41. Z odpovědí zadavatelů i dodavatelů tedy bylo v první řadě zjištěno, že platební odbavovací systém je při výstavbě nové budovy typický a vhodně realizován současně se samotnou stavbou, neboť je v ideálním případě na místě zakomponovat přinejmenším elektrické rozvody v době, kdy se jedná o stavbu pouze hrubou a nedokončenou. Požadavek na předmět plnění, kterým je budova plaveckého areálu, včetně bazénových těles i platebního odbavovacího systému, je tedy běžný a Úřad i jeho předseda jej shledávají souladným se zákonem.⁵
42. Úřad pro své další závěry vyšel především z poznatků uvedených ve druhé odrážce bodu 40 tohoto rozhodnutí, neboť uvedl, že stanovený požadavek tedy přispívá k omezení hospodářské soutěže, jelikož existují dodavatelé, pro které se jedná o překážku při podání nabídky (a to navzdory tomu, že mají zkušenost s realizací obdobných staveb). Takovou překážku přitom není způsobilá odstranit ani skutečnost, že dodavatelé mohou pro tuto část plnění využít poddodavatele, jelikož v takovém případě závisí podání nabídky na domluvě s jiným subjektem, čímž je i zde bez dalšího ztížena účast určité skupině dodavatelů. Přitom Úřad správně odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 37/2011 ze dne 7. 12. 2011, v němž kasační soud přisvědčil názoru krajského soudu, že „na dodavatelích nelze

³ Viz bod 39 původního rozhodnutí o rozkladu.

⁴ Viz body 40-41 původního rozhodnutí o rozkladu.

⁵ Opačný závěr nebyl správním orgánem vyřčen ani dříve, neboť předmětem sporu bylo vždy nastavení technické kvalifikace.

spravedlivě požadovat, aby plnili požadavek, který je v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, natož aby tak činili formou subdodavatelkou, která jim zpravidla zvyšuje náklady a snižuje zisk.“

43. Ačkoliv tedy zadavatel v rozkladu tvrdí, že Úřad nesprávně uvádí, jaký počet oslovených dodavatelů by byl schopen splnit kvalifikační požadavek zadavatele (sami či prostřednictvím poddodavatele), přičemž výslovně poukazuje na dodavatele VW WACHAL a.s. (který sice sdělil, že by tuto zadávací podmínku sám nesplnil, ale zadavatel současně umožnil prokazování části kvalifikace prostřednictvím poddodavatelů), nejedná se v daném případě vzhledem ke shora uvedenému o důvodnou námitku. Ať již je schopna plnit daný požadavek vlastními zakázkami polovina dodavatelů a prostřednictvím poddodavatelů druhá polovina oslovených, či případně o jednoho více, přičemž současně existuje minimálně jeden (navrhovatel), případně dva zjištění dodavatelé, kteří by zakázku zřejmě nebyli schopni plnit ani za pomoci poddodavatelů, jedná se stále o stejné ztížení účasti určité skupiny těchto dodavatelů. Bez ohledu na to, zda by dodavatel VW WACHAL a.s. byl schopen si zajistit poddodavatele, přispívá stanovený požadavek k omezení hospodářské soutěže.
44. Po tomto posouzení tak Úřadu znovu vyvstala jím již jednou posuzovaná otázka, zda byla zadavatelem oprávněnost předmětného kritéria z hlediska typu budov referenčních staveb dostatečně odůvodněna. Toto odůvodnění se týkalo specifického prostředí veřejných bazénů a dále složitosti platebních odbavovacích systémů. V zadavatelem předloženém stanovisku ze dne 14. 5 2021 je uvedeno, že prostředí bazénů vykazuje vysokou vlhkost s výskytem chemických látek, přičemž se toto stanovisko dále soustřeďuje na rozdíl oproti průmyslovým areálům, jejichž výstavba by tak neodpovídala zadavatelem požadované zkušenosti.
45. Úřad v napadeném rozhodnutí dále nerozporoval, že u prostředí bazénů a wellness existuje oproti jiným provozům zadavatelem popisovaný rozdíl spočívající ve vlhkosti a chemickém složení. Nicméně toto zdůvodnění Úřad nepovažoval za dostatečné, a protože jej zadavatel v rozkladu ani nijak dále nerozvedl, je i v tomto rozhodnutí namíste s Úřadem zcela souhlasit. Pokud totiž zadavatel vyžaduje referenční zakázku v prostředí „*krytého plaveckého areálu nebo krytého aquaparku, wellness centra či veřejného vnitřního sportovního zařízení*“ a odůvodňuje to výše již několikrát zmíněnou vlhkostí a chemickou specifičností, pak toto jeho zdůvodnění napadá hned na dvě strany.
46. V první řadě nelze shledat, že se ve všech veřejných vnitřních sportovištích vyskytuje zadavatelem popisovaná specifita prostředí. Na rozdíl od bazénů v jiných vnitřních halách vzhledem k jiné povaze využití nedochází k žádnému, nebo nedochází přinejmenším ke stejnému výskytu vlhkosti a chemických látek.⁶ Zadavatel tedy svým argumentem zdůvodňuje pouze jednu část kvalifikačního kritéria, která podmiňuje přípustnost reference tím, že se musí jednat o stavbu krytého plaveckého areálu nebo krytého aquaparku či wellness centra. Takové zdůvodnění však nemůže obstát v okamžiku, kdy zadavatel naopak rozšířil okruh přípustných referencí o ty, jež obsahují stavbu jakéhokoliv vnitřního sportoviště. U takto obecně vymezeného druhu stavby již (bez další specifikace) neplatí, že by se vyznačovala specifickým, tj. vlhkým a chemicky agresivním, vnitřním prostředím.

⁶ Viz bod 116 a násl. napadeného rozhodnutí.

47. Na druhém místě je pak nutno uvážit, zda by bylo skutečně důvodné, aby se s ohledem na vlhkost a chemickou povahu vnitřního prostředí referenční zakázky týkaly pouze vnitřních provozů (krytých bazénů, krytých aquaparků, wellness center apod.), a nikoliv už obdobných venkovních zařízení, jako jsou venkovní prostory aquaparků, plaveckých bazénů a obecně sportovišť. V takovém případě nelze ani namítnout, že zbudování platebního odbavovacího systému v uzavřené budově a v otevřeném areálu je rozdílné, neboť zadavatelem zmiňované vlastnosti systému budou z povahy věci v obou případech řešeny stejným způsobem („*pokladní pracoviště pro bezhotovostní platby, informační dotykové terminály, docházkový systém pro zaměstnance, zámkový systém pro šatní skříňky, elektronické zámky na čipové hodinky příp. čipy*“). Naopak lze u venkovních areálů předpokládat ještě větší náročnost na odolnost proti vnějším vlivům, jelikož kromě v bazénovém prostředí běžné vlhkosti a chemikálií působí ve venkovním prostředí také vlivy počasí.
48. Odůvodnění specifickým prostředím tedy Úřad správně posoudil a shledal, že není pro zadavatelem nastavené parametry technické kvalifikace dostatečné. Zároveň je totiž nutné doplnit, že specifika chemického prostředí bazénů a obdobných areálů, na které zadavatel poukazuje, se ve své podstatě vztahují toliko ke kvalitě nabízeného plnění (odbavovacího systému), nikoliv ke zkušenosti konkrétního dodavatele s instalací.
49. Z popsaných důvodů následně posuzoval i druhou linii argumentace zadavatele, ve které se (v rozkladu částečně inovativním způsobem) pokoušel ospravedlnit svůj požadavek speciálními technickými vlastnostmi odbavovacího systému. V prostředí předmětného provozu, tedy u veřejných bazénů, wellness a vnitřních sportovišť jsou podle něj k dispozici funkce, které jsou v případě této veřejné zakázky rovněž požadovány, jenž se nevyskytují u jiných typů provozů. Zadavatel si dle svých slov chtěl být jist, že bude mít budoucí vybraný dodavatel zkušenost se zprovozněním vyjmenovaných funkcí systému, a proto požadoval v rámci předmětného kvalifikačního kritéria jen dodávku odbavovacího systému jako součásti budovy krytého bazénu, wellness a vnitřních sportovišť.
50. Předseda Úřad zcela souhlasí se závěry Úřadu uvedenými v bodě 120 napadeného rozhodnutí, a sice že nelze jednoznačně a bez dalšího přijmout konstatování zadavatele, že platební odbavovací systém s požadovanými funkcemi bude realizován jedině v těch typech budov, které byly stanoveny jako referenční v zadávací dokumentaci. Zadavatel k učinění tohoto závěru nepředložil žádné důkazy, naopak je proto na místě zcela důvodně předpokládat, že by jmenované funkce zvládaly přinejmenším rovněž venkovní areály obdobného zaměření, případně též další provozu. Zadavatel sice doložil jako přílohu č. 2 rozkladu stanovisko Asociace právníků v regeneraci, ta se však věnuje striktně rozlišení funkčnosti systému v prostředí průmyslových areálů a sportovních zařízení. Možnost využití odbavovacího systému z průmyslových komplexů však zmínil Úřad, a to pouze jako jeden z možných příkladů, již v rozhodnutí I. stupně, současná argumentace uvedená v napadeném rozhodnutí se jich již vůbec netýká.
51. V rozhodovací praxi Úřadu bylo již opakovaně konstatováno, že pokud chce zadavatel ověřit schopnosti a zkušenosti dodavatelů s určitým typem plnění, nemůže svévolně vybrat jen určitý typ dodávek, služeb, nebo stavebních prací, u kterých byl právě tento typ plnění přítomen, a současně přitom z možnosti reference zcela bezdůvodně vyloučit takové předchozí zakázky, jejichž součástí konkrétní plnění rovněž bylo, ale neodpovídají zadavatelskému výběru. Jinými slovy tak nejde požadovat ověření obecné zkušenosti prostřednictvím konkrétního plnění,

pokud tento postup nemá jednoznačnou argumentační oporu. Zadavatel proto nepřipustně omezil požadavek kvalifikace na určitý typ budov, ačkoliv současně není vyloučeno, že v úvahu přicházejí rovněž další, při jejichž výstavbě byl platební odbavovací systém zbudován, a to takový, který splňuje zadavatelem pojmenované funkce („*pokladní pracoviště pro bezhotovostní platby, informační dotykové terminály, docházkový systém pro zaměstnance, zámkový systém pro šatní skříňky, elektronické zámky na čipové hodinky příp. čipy*“). Nejedná se zde přitom o rozdíl mezi průmyslovými komplexy a budovami občanské vybavenosti, zadavatel totiž bez udání dostatečných důvodů vyloučil z možnosti reference např. venkovní sportoviště nebo zábavní parky.

52. V poslední řadě k této námitce zadavatel tvrdil, že podmínka technické kvalifikace může být splněna pomocí poddodavatele. Očekávatelnost tohoto postupu přitom doložil přílohou č. 1 rozkladu, tedy seznamem 11 poddodavatelů u obdobné veřejné zakázky (viz bod 23 tohoto rozhodnutí). V této věci je na místě toliko odkázat na závěry napadeného rozhodnutí (shrnuté především v bodě 19 tohoto rozhodnutí), dle kterých nelze po dodavatelích spravedlivě požadovat, aby plnili požadavek rozporný se zákonem, a to ani formou poddodavatelskou. Podrobnější komentář k situaci týkající se prokazování předmětné reference prostřednictvím poddodavatele je uveden v samotném závěru tohoto rozhodnutí.

K ostatním námitkám zadavatele

53. Zadavatel v rozkladu tvrdí, že předmětný požadavek kvalifikace byl přítomen rovněž u jiných zakázek Úřadem oslovených dodavatelů, jejichž vyjádření cituje. Toto tvrzení se však nezakládá na pravdě. Z odpovědí zadavatelů vyplývá, a to i přímo z těch citovaných zadavatelem na straně 21 rozkladu, že požadavek na platební odbavovací systém byl u jiných zadavatelů součástí předmětu plnění, nikoliv však podmínek kvalifikace. Pouze město Znojmo uvedlo, že požadovalo jako součást referenčních staveb obdobného charakteru realizaci systému elektrokomunikací. Z těchto informací tedy není možné dospět bez dalšího k závěru, že je požadavek zadavatele odůvodněný, a proto oprávněný.
54. V poslední části rozkladu také zadavatel uvádí, že ve správním řízení o přestupku musí stejně jako v trestním řízení platit presumpce nevinny a zásada *in dubio pro reo*. K tomu je na místě pouze poznamenat, že se v daném případě nejedná o řízení o přestupku, nýbrž o návrhové řízení, kterým je posuzována zákonnost zadávacího řízení a nejvyšší „sankcí“ tak může být zrušení zadávacího řízení, nikoliv pokuta. V návrhovém řízení je Úřad, jak již bylo popsáno výše, pochopitelně stále povinen náležitě zjistit skutkový stav věci tak, aby o ní mohl rozhodnout, pokud však nemá pochybnosti o svých skutkových zjištěních a zadavatel nepřináší do správního řízení žádné další relevantní důkazy, které by měly pro posouzení věci jakoukoliv váhu, je požadavku na náležité zjištění skutkového stavu učiněno zadost.

VI. Závěr

55. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a se správním řádem, bylo namísto potvrdit napadené rozhodnutí a podaný rozklad zamítnout.
56. Zadavatel svým požadavkem technické kvalifikace v bodě 10.5.1 zadávací dokumentace porušil zákon, neboť stanovil podmínky veřejné zakázky vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu plnění nepřiměřeně a tak, že pro některé dodavatele bezdůvodně vytvořil překážku hospodářské soutěže. Ačkoliv Úřad ani jeho předseda v obecnosti nebrání zadavateli

v možnosti ověřit zkušenosti a schopnosti dodavatelů prostřednictvím kvalifikačních parametrů, zadavatel je při formulaci také těchto zadávacích podmínek vázán zákonem, a zejména zásadami dle jeho § 6. Zadavatel v tomto případě nastavení podmínek, které významným způsobem omezují soutěž o šetřenou veřejnou zakázku, neodůvodnil dostatečně, a proto nezbylo než uzavřít, že zadavatel pádné důvody pro takto přísnou formulaci předmětného kritéria technické kvalifikace nemá.

Obiter dictum

57. Ze strany předsedy Úřadu je na místě se ve věci tohoto případu dodatečně vyjádřit ke zjištěním učiněným v rámci dokazování a k průběhu správního řízení.
58. Předseda Úřadu v rámci původního rozhodnutí o rozkladu seznal, že Úřadu nebyly pro rozhodnutí ve věci dostatečně známy konkrétní informace týkající se zejména reálné povahy plnění a případných poddodavatelských vztahů týkajících se vybudování platebního odbavovacího systému. Alfou a omegou posouzení případu totiž předseda Úřadu shledával to, zda bylo vůbec na místě požadovat jako referenční zakázku stavbu některé z vyjmenovaných budov včetně odbavovacího systému. Vystávalo zde totiž podezření, zda není předmětu veřejné zakázky spíše adekvátní požadovat plnění spočívající jen ve vybudování tohoto systému bez současné výstavby celé budovy.⁷
59. V rámci dotazování zadavatelů i dodavatelů bylo zjištěno, že plnění stavby a odbavovacího systému je typicky důvodně poptáváno jako jediný celek, část plnění spočívající právě v odbavovacím systému je však takřka vždy a za všech okolností dodávána poddodavatelem hlavního dodavatele, tedy firmou specializovanou na konkrétní typy elektrických rozvodů a zařízení. Pokud v takovém případě zadavatel stanoví technickou kvalifikaci tak, že je jeho cílem ověřit schopnosti a zkušenosti týkající se zbudování systému v určitém prostředí, ve skutečnosti tím ověřuje schopnosti poddodavatele hlavního dodavatele, přičemž o zakázku spočívající ve výstavbě plaveckého areálu se hlásí tento hlavní dodavatel.
60. Předseda Úřadu v původním rozhodnutí o rozkladu pověřil Úřad zjištěním situace týkající se poddodavatelských vztahů především z toho důvodu, že měl za to, že v případě, kdy by se jednalo u odbavovacích systémů o relativně samostatné plnění poskytované jinou skupinou dodavatelů, vystupujících u zakázek na plavecké areály vždy v postavení poddodavatele, byl by kvalifikační požadavek na referenční stavbu budovy včetně odbavovacího systému nezákonný, protože schopnost vybudovat tento systém reálně neověřuje. Referencí na zbudování konkrétního areálu totiž disponuje hlavní dodavatel, který však dle zjištění dotazování nemá instalaci odbavovacího systému na starost. Zadavatel sice umožnil v rámci zadávacích podmínek prokazování technické kvalifikace prostřednictvím poddodavatele, jenže to pouze v té míře, ve které se na konkrétním plnění daný poddodavatel podílel. Takové nastavení sice dává smysl, jenomže v případě tohoto požadavku technické kvalifikace dotváří jeho nezákonnost.
61. Jelikož zní požadavek reference na celou stavbu včetně odbavovacího systému, nemůže ji poddodavatel skutečně realizující tyto systémy dodat, neboť je oprávněn prokazovat pouze

⁷ Požadavek zkušenosti se stavbou budovy plaveckého areálu včetně bazénových těles byl předmětem prvního technického kvalifikačního kritéria a nebyl navrhovatelem ani napadán. V rámci celého případu jde pouze o druhý požadavek technické kvalifikace, který zněl na stavbu budovy včetně instalace platebního odbavovacího systému.

tu část, na níž se podílel (dodávku odbavovacího systému, ale nikoliv již část stavební). Poddodavatelem hlavního dodavatele u předmětné zakázky by tak reálně mohl být pouze jiný „hlavní“ dodavatel, neboť ten disponuje referencí na celý předmět plnění. Jak již však bylo popsáno výše, nebyl to on, kdo ověřované plnění (dodávku odbavovacího systému) skutečně realizoval, a podmínka technické kvalifikace by proto nebyla nastavena tak, aby byla způsobilá ověřit zkušenost, kterou jejím prostřednictvím zadavatel ověřit chce.

62. Současně by tím nastoupila situace, kdy, ačkoliv zadavatel využití poddodavatele i k prokázání kvalifikace umožnil, budou technickou kvalifikaci stále splňovat pouze ti dodavatelé, kteří celý komplex včetně odbavovacího systému (ten prostřednictvím poddodavatele) již dříve realizovali. Skládání reference způsobem, který uvádí zadavatel v rozkladu i ve svých dřívějších vyjádřeních, tak není možný.
63. Přestože předseda Úřadu spatřoval zásadní problematiku tohoto případu ve zde (v závěru rozhodnutí o rozkladu) uvedených skutečnostech, bylo na místě potvrdit napadené rozhodnutí. Úřad totiž rozhodl rovněž správně, pokud nejprve zjistil, že je předmětnými požadavky zadavatele hospodářská soutěž o veřejnou zakázku omezoována, neboť existují dodavatelé, kteří je nesplňují, a zároveň nastavení těchto podmínek co do typu budov, ve kterých měl být platební odbavovací systém zbudován, není zadavatelem dostatečným způsobem odůvodněno.
64. Přestože svým posouzením v napadeném rozhodnutí Úřad dle názoru jeho předsedy reagoval až na druhotný problém zadávacích podmínek, jednalo se o závěry správné.
65. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti tak považuje předseda Úřadu za vhodné, aby bylo na tomto místě napadené rozhodnutí potvrzeno, a tím tedy zrušeno zadávací řízení na veřejnou zakázku. Zadavateli současně není nijak upíráno právo stanovit zákonné požadavky technické kvalifikace, kterými náležitým a odpovídajícím způsobem ověří schopnosti a zkušenosti dodavatelů, případně též i jejich poddodavatelů. Není tedy s ohledem na předmět plnění problematickým požadavek zadavatele na ověření schopností dodavatele s dodávkou odbavovacích systémů, problematickým je však způsob, jakým tento požadavek nastavil ve vztahu k možnostem jeho prokazování. Pro případ nového zadávání této veřejné zakázky by tedy měl zvážit, zda propojovat požadavek na referenci s odbavovacím zařízením nejen obecně se stavbou budovy, ale se stavbou určitého typu budovy, pokud nebude schopen tento požadavek důsledně odůvodnit speciální povahou realizované zakázky. V rámci nového zadávacího řízení by měl zadavatel vycházet ze závěrů Úřadu i jeho předsedy a tyto adekvátním způsobem reflektovat v novém nastavení zadávacích podmínek.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. město Litvínov, náměstí Míru 11, 436 01 Litvínov
2. Mgr. Martin Horák, advokát, Jandova 208/8, 190 00 Praha 9

Vypraveno dne

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