



UOHSX00EYO11

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0090/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-22828/2021/162/PJe

Brno 09.07.2021

V řízení o rozkladu ze dne 19. 5. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 20. 5. 2021 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-15494/2021/500/Alv ze dne 10. 5. 2021 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci návrhu 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, ev. č. ČAK 13970, se sídlem Jandova 208/8, 190 00 Praha 9,

na přezkoumání úkonů výše uvedeného zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Výstavba nové plavecké haly v Litvínově**“, zadávané 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, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 11. 1. 2021, 18. 1. 2021, 25. 1. 2021 a 28. 1. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 23. 12. 2020 pod ev. č. 2020/S 250-623160, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 12. 1. 2021 pod ev. č. 2021/S 007-010667, 18. 1. 2021 pod ev. č. 2021/S 011-021463, 25. 1. 2021 pod ev. č. 2021/S 016-035550, a 29. 1. 2021 pod ev. č. 2021/S 020-043964,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) 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-15494/2021/500/AIv ze dne 10. 5. 2021

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 18. 12. 2020 zahájil 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 podle zákona otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Výstavba nové plavecké haly Litvínov“, 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, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 11. 1. 2021, 18. 1. 2021, 25. 1. 2021 a 28. 1. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 23. 12. 2020 pod ev. č. 2020/S 250-623160, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 12. 1. 2021 pod ev. č. 2021/S 007-010667, 18. 1. 2021 pod ev. č. 2021/S 011-021463, 25. 1. 2021 pod ev. č. 2021/S 016-035550, a 29. 1. 2021 pod ev. č. 2021/S 020-043964 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmět plnění veřejné zakázky vymezil zadavatel v bodě 3.1 zadávací dokumentace následovně:

„Předmětem veřejné zakázky je Nová plavecká hala Litvínov, v ul. Podkrušnohorská 100, 436 01, Litvínov – Horní Litvínov. Umístění stavby krytého bazénu je navrženo do místa současné provozní budovy šaten a ubytoven letního koupaliště, na které stavba provozně navazuje. Navrhované řešení zpřístupňuje území i pro motorizovanou veřejnost umístěním parkoviště ke krytému bazénu do areálu. Novostavba nové plavecké haly bude sloužit pro sportovní vyžití plaveckého oddílu i pro rekreaci občanům města a spádové oblasti. Areál

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

by měl v sobě soustředit všechny moderní aktivity vodního světa a sloužit pro široké spektrum návštěvníků od nejmenších po ty nejstarší. Měl by sloužit pro relaxaci i regeneraci sil a při možnosti pohybových aktivit ve spojení s vodním živlem se stát podkladem zdravého stylu života.“

3. 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 (dále jen „reference na stavbu bazénu“)

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.)“.

4. V bodě 4.3 zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že „[p]okud jsou v zadávacích podmínkách, zejména pak v Projektové dokumentaci obsaženy požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, příp. jednotlivá obchodní jména, jsou uvedeny pouze pro upřesnění a přiblížení technických parametrů a zadavatel umožňuje použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.“
5. V čl. 17 písm. c) zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že „pokud jsou v technické specifikaci obsaženy přímé či nepřímé odkazy na určité dodavatele nebo výrobky, nebo patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, jsou uvedeny pouze pro upřesnění a přiblížení technických parametrů a zadavatel umožňuje použití i kvalitativně a technicky rovnocenného řešení“.
6. V příloze č. 8 zadávací dokumentace „Technická specifikace výrobků“ stanovil zadavatel technické podmínky, kde mj. uvedl požadavek na „Unikátní filtrační médium – Activated filter

media (AFM) – frakce 0,5 – 1,0 mm a frakce 1,0 – 2,0 mm“,² včetně způsobu, jakým má být naplnění tohoto požadavku prokázáno:

- *„Technický list. Z technického listu musí být zřejmé technické parametry, graf účinnosti filtrační schopnosti prokazující požadovanou filtrační schopnost, popis materiálu, složení - nejméně 95% zelené a hnědé sklo, fotodokumentace materiálu*
- *Prohlášení o shodě, bezpečnostní list, certifikát nezávislé zkušebny prokazující filtrační schopnost aktivovaného média 95% pro zachycení částí větší než 5 um*
- *Certifikát výrobce udělený dodavateli filtrační náplně prokazující, že dodavatel je autorizovaným prodejcem a má potřebná školení pro aplikaci technologie filtrační náplně Activated filter media (AFM) na veřejných bazénech“*

7. Ve vysvětlení ZD č. 74, které je součástí souboru vysvětlení zadávacích podmínek veřejné zakázky s názvem „Vysvětlení č. 06“ uveřejněného zadavatelem dne 20. 1. 2021, sdělil zadavatel následující: *„Zadavatel uvádí, že požadavkem na dodání výrobku „Unikátní filtrační médium – Activated filter media (AFM) - frakce 0,5 - 1,0 mm a frakce 1,0 - 2,0 mm“ nedošlo ke zvýhodnění určitého dodavatele, resp. výrobku v rozporu s § 89 odst. 5 zákona, neboť se nejedná o konkrétní název výrobku. Označení AFM – neboli Activated filter media je v bazénovém oboru běžná terminologie, kterou bývají označovány skelná filtrační média, aniž by tím byl zamýšlen konkrétní výrobce nebo výrobek. V tomto kontextu uvedené označení používají projektanti i dodavatelé a takto ji použil i projektant předmětné veřejné zakázky. Podle § 45 odst. 2 až 4 zákona se v případě veřejné zakázky na stavební práce technickými podmínkami rozumí souhrn všech technických popisů, které vymezují požadované technické charakteristiky a požadavky na stavební práce, a současně dodávky a služby související s těmito stavebními pracemi, jejichž prostřednictvím je předmět veřejné zakázky popsán jednoznačně a objektivně způsobem, vyjadřujícím účel použití zamýšlený zadavatelem. Zadavatel v příloze č. 8 požaduje vydání certifikátu výrobce o shodě instalace technologie unikátního filtračního média „Activated filter media“ s technologickým postupem výrobce pro dosažení předepsané filtrační schopnosti v souladu s platnou evropskou legislativou. Dodáním tohoto certifikátu nevznikají účastníkovi ZŘ žádné nestandardní finanční náklady.“*
8. Dne 7. 2. 2021 podal 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**“) – námitky proti stanovení zadávacích podmínek, které byly doručeny zadavateli téhož dne, a kterými se navrhovatel domáhal změny zadávacích podmínek, nebo zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Zadavatel rozhodnutím ze dne 18. 2. 2021, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“), námitky navrhovatele odmítl.
9. Vzhledem k tomu, že navrhovatel považoval uvedené rozhodnutí zadavatele za učiněné v rozporu se zákonem, podal dne 1. 3. 2021 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále

² V zadávací dokumentaci veřejné zakázky (resp. její příloze č. 8) je použit výraz „Activated filter media“, přičemž slovo „activated“ je zjevně nesprávně napsáno a uvedené spojení ve skutečnosti v anglickém jazyce zní „Activated filter media“. Sám zadavatel, navrhovatel i oslovené subjekty o něm v tomto anglickém tvaru slova hovoří, a proto není pochyb, že se jedná o jediné označení (významově totožné s tvarem „Activated“).

jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“), který byl doručen Úřadu téhož dne.

10. V podaném návrhu navrhovatel napadal zadávací podmínky, a to konkrétně stanovení požadavků na ekonomickou a technickou kvalifikaci, technické podmínky veřejné zakázky a nezveřejnění části zadávací dokumentace na profilu zadavatele. Navrhovatel dále v podaném návrhu namítal nepřiměřenost, netransparentnost a diskriminační účinky požadavků zadavatele, neboť zadavatel dle navrhovatele „nepřiměřeně a diskriminačně eliminuje uchazeče prostřednictvím předložení reference na specifické stavební řešení bazénů včetně specifického stavebního materiálu/technologie“. (Podrobně k návrhovým námitkám navrhovatele viz body 15. – 28. napadeného rozhodnutí a dále v textu odůvodnění tohoto rozhodnutí.) V poslední řadě navrhovatel také uvedl, že se zadavatel s jeho námitkami nevypořádal řádně, což způsobilo vydání nikoliv věcného a přezkoumatelného rozhodnutí o námitkách.

II. Napadené rozhodnutí

11. Dne 10. 5. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0080/2021/VZ, č. j. ÚOHS-15494/2021/500/Alv (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým ve výroku I. shledal rozpor zadávacích podmínek veřejné zakázky s § 89 odst. 5 a 6 zákona, dále ve výroku II. shledal rozpor zadávacích podmínek s § 36 odst. 1 zákona, ve spojení s jeho § 73 odst. 6 písm. b) a zásadou přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 téhož zákona, pro což stanovil ve výroku III. opatření k nápravě – zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku. Ve výroku IV. Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku a ve výroku V. mu stanovil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30.000,- Kč.
12. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí nejprve shrnul zadávací podmínky, obsah návrhu a dosavadní průběh zadávacího a správního řízení. V bodech 65. – 82. napadeného rozhodnutí pak na základě jím provedeného dotazování relevantních subjektů dospěl k závěru, že zadavatel v technické specifikaci veřejné zakázky neoprávněně užil odkazu na konkrétní výrobek „Unikátní filtrační médium – Actived filter media (AFM)“ výrobce Dryden Aqua Limited, neboť k tomu nebyly naplněny zákonné předpoklady dle § 89 odst. 5 a 6 zákona (výrok I.). Užití konkrétního odkazu na konkrétní výrobek nebylo dle Úřadu odůvodněno předmětem veřejné zakázky, resp. bylo možné technické parametry stanovit dostatečně přesně i srozumitelně bez jmenovaného odkazu.
13. Ve druhé části odůvodnění napadeného rozhodnutí (body 89. – 103.) se Úřad zabýval požadavkem technické kvalifikace, v němž zadavatel vyžadoval (mimo jiné): a) minimálně 2 stavby budovy krytého plaveckého areálu nebo aquaparku (podrobná specifikace požadavku viz bod 6. napadeného rozhodnutí); b) minimálně 1 stavbu budovy krytého plaveckého areálu nebo 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.). Zde Úřad shledal, že samotný požadavek na zkušenost se stavbou zahrnující odbavovací systém (se jmenovanými funkcionalitami) je obecně oprávněný, zadavatel však dostatečně nezdůvodnil, proč musí tato reference pocházet ze stavby pouze vymezeného okruhu (typu) staveb, když by se mohla stejně dobře týkat např. prostředí průmyslového areálu (výrok II.).

14. Úřad v bodě 104. napadeného rozhodnutí rovněž poznamenal, že se z důvodu dodržení zásady procesní ekonomie nezabýval dalšími částmi návrhu, neboť pro uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení postačí jediné porušení zákona.

III. Rozklad zadavatele

15. Dne 20. 5. 2021 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad zadavatele ze dne 19. 5. 2021. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 10. 5. 2021. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

16. Zadavatel v podaném rozkladu namítá nedostatečné vypořádání s posouzením zadávacích podmínek a následnými vysvětleními a tvrzeními zadavatele. Úřadem provedené důkazy nejsou dle zadavatele relevantní pro posouzení dané věci, přičemž Úřad dostatečně nezjistil všechny rozhodné skutečnosti svědčící v zadavatelův prospěch.
17. Zadavatel v rozkladu k výroku I. napadeného rozhodnutí opětovně uvádí, že se v případě odkazu na „Unikátní filtrační médium – Activated filter media“ nejedná o konkrétní název výrobku, což sdělil již ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 74 a v doplnění vyjádření k veřejné zakázce dne 4. 5. 2021. Zadavatel rozporuje relevanci dotazování provedeného Úřadem, přičemž dokládá vlastní průzkum, v jehož rámci oslovil 9 relevantních subjektů, ze kterých mu všichni do jednoho sdělili, že předmětný odkaz je podle nich na místě vnímat jako obecný název technologie (jednotlivé odpovědi těchto relevantních subjektů jsou součástí i samotného textu rozkladu).
18. K výroku II. napadeného rozhodnutí zadavatel v rozkladu uvádí, 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. Zadavatel k rozkladu přikládá stanovisko jím oslovené odborné společnosti, kterým má být potvrzeno, že pro průmyslové areály a kryté plavecké bazény platí jiná bezpečnostní pravidla.
19. Okrajově se zadavatel v rozkladu vyjadřuje i k dalším námítkám přítomným v návrhu, které Úřad vzhledem k zásadě procesní ekonomie v napadeném rozhodnutí neřešil. Závěrem rozkladu pak zadavatel sděluje, že má za to, že dostatečně prokázal soulad zadávacích podmínek veřejné zakázky se zákonem, a proto navrhuje zrušení všech výroků napadeného rozhodnutí.

Závěr rozkladu

20. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil výroky I. – V. napadeného rozhodnutí, tedy aby jej zrušil v celém rozsahu.

IV. Řízení o rozkladu

21. 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.

22. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-17122/2021/533/JMa ze dne 24. 5. 2021 stanovil navrhovateli lhůtu k podání vyjádření k rozkladu. Navrhovatel doručil dne 31. 5. 2021 své vyjádření z téhož dne, ve kterém se ztotožnil s názorem a závěry napadeného rozhodnutí. Zároveň se navrhovatel u argumentů zadavatele proti výroku I. pozastavil nad tím, že všechny zadavatelem oslovené subjekty reagovaly ve velice krátké době a předložily podivuhodně formulačně obdobné odpovědi. Ani jejich sdělení však podle navrhovatele nemohou zpochybnit skutečnost, že výrobku AFM svědčí ochranná známka a vzhledem k požadavku zadavatele na doložení certifikátu shody tohoto výrobku se jedná o nezákonnou zadávací podmínku.
23. Ohledně výroku II. navrhovatel ve svém vyjádření pouze uvedl, že zadavatel přichází v rozkladu s inovativní argumentací, kterou nevyužil při vypořádání námitek navrhovatele, a ta proto musí být považována za irelevantní a nepřijatelnou.

Stanovisko předsedy Úřadu

24. 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 přezkoumal předseda Úřadu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
25. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl v rozporu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které bylo přistoupeno ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

K výroku I.

26. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí shledal technické podmínky zadavatele nezákonnými, neboť požadavkem na využití produktu označeného jako „Unikátní filtrační médium – Activated filter media (AFM) – frakce 0,5 – 1,0 mm a frakce 1,0 – 2,0 mm“ v zadávacích podmínkách veřejné zakázky dle jeho názoru využil odkazu na konkrétní výrobek, ačkoliv pro to nebyly splněny podmínky dle § 89 odst. 5 a 6 zákona. Tento závěr vystavěl Úřad na základě odpovědí 3 relevantních subjektů (především dodavatelů soukromých bazénů a související bazénové či zahradní techniky), které odpověděly, že předmětné označení považují za pojmenování konkrétního produktu jediného výrobce, kterému svědčí ochranná známka (AFM® společnosti Dryden Aqua Limited).
27. Zadavatel na zjištění Úřadu v napadeném rozhodnutí reagoval v rozkladu představením vlastního průzkumu provedeného dotázaním devíti jiných relevantních subjektů (vysokých škol, stavebních společností a projektových kanceláří majících zkušenost s plněním obdobným předmětu veřejné zakázky), které do jednoho sdělily, že pojem „Activated filter media“ neboli „Aktivované filtrační médium“ je v dané oblasti trhu běžně užívaný obecný pojem pro aktivovaný filtrační materiál (pokud u něj tedy není zároveň přítomen znak ochranné

známky[®]), který je vzhledem ke svým pozitivním vlastnostem při čištění bazénů doporučován.³

28. Předmětem přezkumu napadeného rozhodnutí zde není určení toho, které relevantní subjekty jsou pro posouzení věci ty „relevantnější“, tedy ani odpovědi, jež mají v daném případě více vypovídající hodnotu. Na jedné straně jsou zde prodejci konkrétní bazénové a zahradní techniky, na straně druhé pak většinou renomované stavební společnosti a projektové kanceláře s bohatými zkušenostmi (a fakulta vysoké školy, resp. akademický pracovník za tuto instituci se vyjadřující). Vyjádření všech těchto subjektů je proto v tomto případě na místě přijmout a posuzovat konkrétní problematiku i s přihlédnutím k nim.
29. V dané situaci lze proto bezesporu nalézt oba pohledy, kterými je možno pojmenování „Activated filter media“ vnímat. Ačkoliv uvedené pojmenování může být označením konkrétního výrobku, z důkazů předložených zadavatelem jednoznačně vyplynulo, že může být vnímáno i jako obecné označení určitého druhu výrobku. Jde patrně o specifickou situaci, že původně označení konkrétního výrobku získalo i obecný význam do té míry, že při prostém užití tohoto označení již nelze jednoznačně říci, zda jde o označení konkrétní nebo obecné. V takovém případě je bezesporu rozhodující, jak k tomuto označení přistoupil zadavatel, za předpokladu, že své stanovisko jasně vysvětlil. Právě takové vysvětlení přitom zadavatel poskytl pod č. 74, jak je uvedeno v bodě 7. tohoto rozhodnutí. V něm bylo jednoznačně všem potenciálním dodavatelům sděleno, že zadavatel pod tímto pojmem vnímá obecné označení, a že tedy konkrétní výrobek neoznačuje, ani jej nevyužívá jako odkaz.
30. Pokud se tedy může jednat (vzhledem k poskytnutým vyjádřením relevantních subjektů) o označení technologie a zadavatel zároveň sdělil, že takto byl pojem v zadávací dokumentaci skutečně užit, není již na místě přezkoumávat naplnění ustanovení § 89 odst. 6, neboť vůbec nebyl naplněn předpoklad v odst. 5 téhož ustanovení.⁴
31. Zadavatel tedy nevyužil odkazu na konkrétní výrobek, nýbrž pouze definoval požadovanou technologii. Pokud přitom vyžadoval zároveň i technický list, prohlášení o shodě výrobku a další dokumenty (viz. bod 6 tohoto rozhodnutí), nebyla jimi vyžadována specifikace konkrétního výrobku či shoda s ním, nýbrž specifikace, shoda a další vlastnosti odpovídající zadavatelem obecně definovanému a popsanému produktu (především filtrační schopností a složením).
32. K názoru navrhovatele vznesenému ve vyjádření k rozkladu, že je s podivem, že zadavatelem oslovené subjekty reagovaly relativně rychle na to, že se jich dotazovala soukromá osoba, a že jejich odpovědi jsou nápaditě podobné, je třeba nejprve v obecnosti uvést, že byť by při větší míře představitosti mohly takové skutečnosti k určitým pochybám důvod zavdat, nelze z toho bez dalšího uzavírat, že jsou informace v jejich stanoviscích věcně nesprávné. V tomto konkrétním případě pak jednotlivá stanoviska ani nevykazují žádnou signifikantní podobnost

³ Blíže k odpovědím zadavatelem oslovených relevantních subjektů viz. samotný text rozkladu.

⁴ § 89 odst. 5 zákona: „Není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, zadavatel nesmí zvýhodnit nebo znevýhodnit určité dodavatele nebo výrobky tím, že technické podmínky stanoví prostřednictvím přímého odkazu na a) určité dodavatele nebo výroby, nebo b) patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu.“ § 89 odst. 6 zákona: „Odkaz podle odstavce 5 písm. a) nebo b) může zadavatel použít, pokud stanovení technických podmínek podle odstavce 1 nemůže být dostatečně přesné nebo srozumitelné. U každého takového odkazu zadavatel uvede možnost nabídnout rovnocenné řešení.“

a ani navrhovatel sám na žádné konkrétní shodné rysy nepoukazuje. O pravdivosti tvrzení, že předmětné označení se může vztahovat i jen obecně k určitému druhu výrobku, svědčí i mnohost předložených stanovisek. Zadavatel dotázané subjekty oslovil s velmi jednoznačně formulovaným dotazem (zda jde o obecně užívaný termín nebo o označení o konkrétní produkt určitého výrobce) a tento dotaz není nikterak návodný. Odpovědi dotázaných subjektů nejsou uniformní, ale naopak vykazují různou míru podrobnosti, a proto je lze hodnotit jako skutečné, vlastní názory dotázaných subjektů.

33. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem tedy bylo na místě výroky I. napadeného rozhodnutí zrušit, neboť 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. Závěr Úřadu ve světle všech přítomných podkladů naopak neobstojí.

K výroku II.

34. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí shledal, že je zadavatelův požadavek technické kvalifikace dle bodu 10.5.1 písm. b) zadávací dokumentace v rozporu se zákonem a zásadou přiměřenosti, neboť v něm požadoval referenční zakázku na stavbu budovy (krytého plaveckého areálu nebo krytého aquaparku, wellness centra či veřejného vnitřního sportovního zařízení), jejíž součástí byl platební odbavovací systém (zahrnující konkrétní jmenované funkcionality), ačkoliv přitom dostatečně neodůvodnil, proč tato reference musí pocházet právě a pouze ze stavby jím uvedených budov. Úřad zároveň přiznal, že systém v plaveckých areálech může vykazovat některá specifika, ty však podle odůvodnění napadeného rozhodnutí nejsou natolik zásadní, aby si s nimi dodavatel disponující referencí např. na budovu průmyslového areálu s obdobným odbavovacím systémem nebyl schopen poradit.
35. Zadavatel v rozkladu rozporoval právě především závěr Úřadu, že by mohla pro přiměřené ověření technické kvalifikace dostačovat i stavba průmyslového areálu s odbavovacím systémem, a že tedy zadavatel nepřipustně omezil okruh přípustných referenčních zakázek. Plavecký areál, jehož výstavba je předmětem plnění veřejné zakázky, má dle zadavatele specifikum spočívající především v povaze prostředí (odolnost proti chemickým látkám vyskytujícím se v bazénovém prostředí) a konkrétních funkcích (evidence multifunkčním čipem nejen při vstupu do areálu, informační displeje, napojení krátkodobě využívaných šatnových skříněk a možnost plateb čipem přímo v areálu). Zároveň zadavatel doručil odborné stanovisko, které mělo prokazovat, že s ohledem na otázku ochrany zdraví při práci a hygienické požadavky nelze pro prostředí krytých plaveckých bazénů a průmyslového areálu využít shodný odbavovací systém.
36. Úřad v bodě 97. napadeného rozhodnutí správně uvedl, že není pochyb o tom, že reference na odbavovací systém se váže k předmětu veřejné zakázky. To však neumožňuje zadavateli při vymezení požadavků na technickou kvalifikaci jednoduše požadovat zkušenost s totožným plněním. Takový přístup, pokud by byl generalizován, by vedl k neudržitelným a nesprávným závěrům, neboť by k plnění veřejné zakázky kvalifikoval pouze ty dodavatele, kteří již zcela totožný předmět plnění dodávali (resp. stavěli). Pokud by nebyly kvalifikační požadavky

skutečně a řádně odůvodněny konkrétními specifiky dané veřejné zakázky, jednalo by se o přístup nepřiměřený.

37. S dalším posouzením věci Úřadem však již nelze souhlasit. Úřad bez jakéhokoliv odborného podkladu zcela obecně tvrdí, že požadavky na odolnost prvků odbavovacího systému jsou obdobné rovněž u průmyslových areálů. Rovněž bez hlubších úvah pak Úřad uvádí, že požadované funkcionality odbavovacího systému jsou běžně přítomné i v jiném než zadavatelem jmenovaném prostředí, případně že nejsou natolik specifické, aby bylo adekvátní vyžadovat v rámci kvalifikace po dodavatelích zkušenost s jejich konkrétní dodávkou (resp. zabudováním). Tyto závěry však nejsou v napadeném rozhodnutí dostatečným způsobem podloženy ani odůvodněny.
38. Hlavním závěrem tohoto rozhodnutí o rozkladu je pak to, že Úřad posuzoval zákonnost zadávacích podmínek technické kvalifikace nesprávně, neboť se vůbec nevěnoval základní námitce navrhovatele (uvedené v bodě 21. napadeného rozhodnutí), týkající se celkového charakteru bodem 10.5.1 písm. b) zadávací dokumentace požadované referenční zakázky. Sám Úřad ve zmiňovaném bodě 21. napadeného rozhodnutí parafrázoval námitku navrhovatele, dle kterého *„zadavatel zjevně omezuje dodavatele požadavkem na specifickou referenci na docházkový systém, který však vychází ze specifikace v zadávací dokumentaci a bude pro každého poddodávkou od specializované společnosti. Dle navrhovatele nelze systém vázat na stavbu ‚bazénu‘, neboť jsou tím diskriminováni všichni dodavatelé realizující tuto technologii mimo ‚bazén‘, ačkoliv by byli schopni dodávku řádně realizovat.“*
39. Navrhovatel tedy 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. Pokud by byla tato skutečnost pravdou, bylo by jistě namístě označit požadavky technické kvalifikace za nepřipustně diskriminační z toho důvodu, že uměle spojují referenční zakázku na odbavovací systém s výstavbou jedné ze jmenovaných staveb sportovního využití. Tato otázka však nebyla Úřadem v napadeném rozhodnutí vůbec řešena, neboť Úřad tuto námitku navrhovatele v bodě 98. napadeného rozhodnutí bez dalších úvah přijal, neboť pouze uzavřel, že v této otázce zadavatel svůj postup nedostatečně odůvodnil, aniž by se nejdříve zabýval otázkou, do jaké míry sporné kritérium technické kvalifikace omezuje okruh uchazečů o veřejnou zakázku. Zadavatel přitom již ve vyjádření k návrhu vznášel argumenty, kterými se snažil Úřad přesvědčit, že k nezákonnému omezení okruhu uchazečů nedochází (srov. bod 42 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
40. Jelikož má tedy dojít ze strany Úřadu k náležité a přezkoumatelné kontrole postupu zadavatele, 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.

41. Až v okamžiku, kdy bude mít Úřad zjištěno (pokud se tak stane), 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 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.
42. Pokud jde o námitku navrhovatele, že zadavatel v rozkladu vznáší novou argumentaci, není tato námitka důvodná, neboť bez ohledu na argumentaci zadavatele v rozkladu Úřad ve svém posouzení neučinil důležité logické kroky k tomu, aby námitky obou stran v celém rozsahu vypořádal. Už to je důvodem ke zrušení výroku II. napadeného rozhodnutí.

Shrnutí

43. Na základě výše uvedených skutečností bylo na místě zrušit napadené rozhodnutí jako celek, tedy všechny jeho výroky I. – V.
44. Výrokem I. Úřad nesprávně shledal, že zadavatel definoval technické podmínky odkazem na konkrétní výrobek, ačkoliv z dostupných podkladů jednoznačně vyplývá, že pojem „Activated filter media“ lze užít v daném tržním prostředí jako obecné označení technologie. Zadavatel zároveň ve vysvětlení zadávací dokumentace sdělil, že právě jako obecný pojem toto označení využil, a proto připouští všechny produkty, které splňují jím definované parametry.
45. Výrok II. napadeného rozhodnutí vystavěl Úřad na nedostatečném skutkovém zjištění, přičemž zároveň nesprávně opomněl vypořádat hlavní námitku navrhovatele. Úřad je v první řadě povinen doplnit skutková zjištění takovým způsobem, aby byl schopen určit, do jaké míry je požadavek na referenční zakázku, jejímž předmětem je vybudování sportovního areálu včetně odbavovacího systému, požadavkem omezujícím okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku. Pokud Úřad dojde k závěru, že tento požadavek je požadavkem alespoň potenciálně omezujícím, pak posoudí jeho přiměřenost vzhledem k předmětu veřejné zakázky a jeho důvodnost, v rámci čehož bude prostor i pro úvahy ohledně povahy a účelu odbavovacího systému.
46. Výroky III. – V. napadeného rozhodnutí jsou tímto rozhodnutím o rozkladu rušeny proto, že se jedná o výroky závislé na meritorním posouzení věci ve výrocích I. a II. Jako takové tedy nemohou stát samostatně, neboť musejí následovat osud výroků hlavních. K tomu je na místě připomenout, že ačkoliv je tedy rušen rovněž ve výroku IV. napadeného rozhodnutí stanovený zákaz uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, nařídil Úřad již dne 19. 4. 2021 rozhodnutím pod č. j. ÚOHS-13195/2021/510/MKo předběžné opatření, kterým uzavření smlouvy taktéž zakázal. Toto předběžné opatření je nadále platné.

47. Úřadu je k dalšímu posouzení věci nutno také připomenout, že navrhovatel tvrdil ve svém návrhu další porušení zákona ze strany zadavatele, kterými se Úřad na základě aplikace zásady procesní ekonomie (viz bod 104. napadeného rozhodnutí) nezabýval. Tyto návrhové námitky bude v případě, že Úřad v rámci nového přezkumu neshledá porušení zákona ze strany zadavatele v již přezkoumávaných otázkách, nutno rovněž posoudit a rozhodnout o nich.

VI. Závěr

48. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v souladu se zákonem a se správními předpisy, bylo nutno přijmout závěr, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí, a proto bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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

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

Obdrží

1. město Litvínov, se sídlem náměstí Míru 11, 436 01 Litvínov,
2. Mgr. Martin Horák, advokát advokátní kanceláře STRÁNSKÝ & PARTNEŘI, se sídlem Jandova 208/8, 190 00 Praha 9

Vypraveno dne

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