

Olomoucký kraj
Jeremenkova 40a
779 11 Olomouc

E-mailem s elektronickým podpisem na
e-podatelnu: posta@kr-olomoucky.cz

V Brně dne 04.01.2016

Námitky proti zadávacím podmínkám

ve smyslu ustanovení § 110 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve
znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“)

Veřejná zakázka: „**Výkon práv a povinností zadavatele souvisejících se zadáváním
veřejných zakázek podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných
zakázkách**“
nadlimitní veřejná zakázka na služby zadávaná v otevřeném řízení
sp. zn. KÚOK/77384/2015/OVZI/7631
(dále jen „**Veřejná zakázka**“)

Zadavatel: **Olomoucký kraj**
se sídlem Olomouc, Jeremenkova 40a, PSČ 779 11
IČ: 606 09 460
(dále jen „**Zadavatel**“)

Stěžovatel: **Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o.**
se sídlem Brno, Helfertova 2040/13, Černá Pole, PSČ 613 00
IČ: 283 60 125
(dále jen „**Stěžovatel**“)

I.

Dne 06.11.2015 uveřejnil Zadavatel na svém profilu zadavatele (<https://www.egordion.cz/nabidkaGORDION/profilOlomouckykraj>) *Zadávací dokumentaci pro otevřené nadlimitní řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách na veřejnou zakázku na služby – uzavření rámcové smlouvy* (dále jen „**Zadávací dokumentace**“).

V odst. 11.3.2 Zadávací dokumentace Zadavatel stanovil, že budou hodnoceny předložené praktické zkušenosti osob uvedených v nabídce jako vedoucí a zástupce vedoucího realizačního týmu. Za referenční zakázku způsobilou pro účely hodnocení stanovil Zadavatel zakázku, která byla ukončena zadáním veřejné zakázky oznámením o výsledku zadávacího řízení ve Věstníku veřejných zakázek od 1.7.2006 do data podání nabídky a která byla zadána v otevřeném, užším nebo jiném dvoukolovém řízení.

V odst. 11.3.3 Zadávací dokumentace Zadavatel stanovil, že bude hodnotit obsahovou kvalitu předložených dokumentů v rámci dílčího hodnotícího kritéria *Kvalita posouzení nabídkové ceny a rozpočtů*. Pro účely hodnocení hodnotící komise sestaví pořadí nabídek od nejvhodnější po nejméně vhodnou a přiřadí takové bodové ohodnocení, které vyjadřuje míru splnění dílčího kritéria ve vztahu k nejvhodnější nabídce, přičemž se hodnotící komise bude řídit následujícím návodem:

Počet přiřazených bodů	Slovní vyjádření míry splnění kritéria
0	Nabídka kritérium nesplňuje
1 – 10	Nabídka kritérium splňuje s podstatnými výhradami
11 – 30	Nabídka kritérium splňuje s drobnými výhradami
31 – 60	Nabídka kritérium splňuje dobře
61 – 80	Nabídka kritérium splňuje velmi dobře
81 – 100	Nabídka kritérium splňuje výborně (nejlépe)

V odst. 7.2.3. Zadávací dokumentace Zadavatel požaduje předložení seznamu významných služeb poskytovaných dodavatelem v posledních 3 letech, v rámci něhož požaduje uvedení alespoň 15 významných služeb spočívajících v zastupování Zadavatele ve veřejné zakázce zadávané v užším nebo jiném dvoukolovém (JŘSU) řízení na veřejné zakázky na dodávky, služby nebo stavební práce. Na základě žádosti o dodatečné informace dodavatele pak Zadavatel upřesnil pojem „jiné dvoukolové (JŘSU) řízení“ v *Dodatečných informacích č. 2 k zadávacím podmínkám* ze dne 12.11.2015, kde odůvodňuje uvedení pojmu „JŘSU“ v závorce úmyslem upřesnit pojem dvoukolové zadávací řízení. K prokázání kvalifikace Zadavatel požaduje realizovaná zadávací řízení, ve kterých nabídku podávají uchazeči, jejichž kvalifikace již byla prokázána (tzv. v prvním kole). Jednací řízení bez uveřejnění do toho okruhu zakázek Zadavatel neměl v úmyslu zařadit.

V *Dodatečných informacích č. 4 k zadávacím podmínkám* ze dne 03.12.2015 Zadavatel upřesnil požadavky na veřejné zakázky použité k prokázání splnění kvalifikace a k prokázání referenčních zakázek způsobilých k započtení pro účely hodnocení. Zadavatel vyjádřil požadavek na dokončení zakázky ve smyslu jejich zadání s následným uzavřením smlouvy,

které je deklarováno ve Věstníku veřejných zakázek prostřednictvím formuláře Oznámení o zadání zakázky.

II.

Stěžovatel s ohledem na výše uvedené skutečnosti považuje zadávací podmínky za nastavené v rozporu se ZVZ a podává v souladu s ustanovením § 110 odst. 3 ZVZ ve stanovené lhůtě tyto

n á m í t k y

proti zadávacím podmínkám, které odůvodňuje, jak je uvedeno dále.

III.

Nastavení dílčího hodnotícího kritéria *Kvalifikace a zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky, které mají významný dopad na její plnění*

Dle § 6 odst. 1 ZVZ je zadavatel povinen při postupu podle ZVZ dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Dle § 78 odst. 4 ZVZ rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny.

Stěžovatel považuje požadavek Zadavatele na uvedení veřejných zakázek ukončených zadáním veřejné zakázky oznámením o výsledku zadávacího řízení ve Věstníku veřejných zakázek od 01.07.2006 do data podání nabídky pro účely hodnocení za nepřiměřený, diskriminační a nevyjadřující vztah užitné hodnoty a ceny.

Stanovení doby rozhodné pro účely hodnocení v rozsahu více než dvojnásobně převyšujícím dobu trvání rámcové smlouvy na Veřejnou zakázku považuje Stěžovatel za hrubě nepřiměřené a vyvolává ve Stěžovateli pocit účelového použití tohoto kritéria ze strany Zadavatele pro znevýhodnění skupiny dodavatelů nedisponujících tak dlouhou délkou praxe. Takovýto postup Zadavatele vede k tomu, že v zadávacím řízení je zvýhodňován pouze úzký okruh dodavatelů, přestože dostatečné zkušenosti pro plnění předmětu Veřejné zakázky.

Dle názoru Stěžovatele má disproporce v zadávacích podmínkách za následek znevýhodnění určité skupiny dodavatelů v zadávacím řízení na Veřejnou zakázku, v čemž Stěžovatel spatřuje porušení zásady zákazu diskriminace dle § 6 odst. 1 ZVZ jakožto jedné ze základních zásad ZVZ.

Z výše uvedeného tudíž vyplývá i fakt, že takto nastavené dílčí hodnotící kritérium není objektivně odůvodnitelné ve vztahu k zajištění kvality provedení předmětu plnění Veřejné zakázky a tudíž nevyjadřuje vztah užitné hodnoty a ceny. Tato skutečnost je zjevná na nepoměru údajů uvedených uchazečem RTS a.s. ve vztahu k ostatním uchazečům (viz

Protokol o otevírání obálek ze dne 29.12.2015). Tento uchazeč převyšuje v počtu zadáných zakázek a součtu předpokládaných hodnot všechny ostatní uchazeče více než dvojnásobně. Přesto nelze tvrdit, že ostatní uchazeči z řad renomovaných advokátních kanceláří, např. MT Legal s.r.o., nebo ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., jsou pro plnění předmětu Veřejné zakázky méně zkušené. Nejenže tedy takto nastavené dílčí hodnotící kritérium nevypovídá nic o zkušenostech jednotlivých uchazečů, ale nemůže být ani výrazem vztahu užité hodnoty a ceny. Je totiž zjevné, že počet zadáných veřejných zakázek a jejich předpokládaná hodnoty není odrazem zkušenosti daného uchazeče.

Dílčí hodnotící kritérium je tedy stanoveno v rozporu se zákazem diskriminace, neboť neobjektivně zvýhodňuje pouze některé uchazeče. K uváděnému porušení zásady zákazu diskriminace Stěžovatel dále uvádí, že se v případě Veřejné zakázky jedná o tzv. diskriminaci skrytou, která je jako porušení ZVZ prezentována i v rámci soudního rozhodování.

Na podporu svých tvrzení Stěžovatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 05.06.2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, kde soud uvádí následující. „*Smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 zákona k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli).*“

Nastavením dílčího hodnotícího kritéria *Kvalifikace a zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky, které mají významný dopad na její plnění*, tedy Zadavatel porušil § 6 odst. 1 ZVZ a § 78 odst. 4 ZVZ, jelikož neobjektivně znevýhodňuje určité dodavatele a tím znemožňuje dosažení cíle ZVZ, tedy zajištění řádné hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.

IV.

Nastavení dílčího hodnotícího kritéria *Kvalita posouzení nabídkové ceny a rozpočtů*

Dle § 6 odst. 1 ZVZ je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Vzhledem k výše popsanému způsobu hodnocení dílčího hodnotícího kritéria *Kvalita posouzení nabídkové ceny a rozpočtů* vznikají Stěžovateli pochybnosti o srozumitelnosti, transparentnosti a přezkoumatelnosti Zadavatelem zvoleného a popsaného způsobu a metody hodnocení.

Při stanovení dílčích hodnotících kritérií, tj. v případě použití základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, je podstatné, aby tato *respektovala základní zásady transparentnosti a nediskriminace, odpovídala charakteru a složitosti veřejné zakázky a současně umožňovala zadavateli nabídky vyhodnotit. Proto je povinnosti zadavatele, aby poskytl v zadávacích podmínkách relevantní, přesné a úplné údaje o způsobu hodnocení nabídek, které by mohli uchazeči zohlednit při rozhodování o své účasti v zadávacím řízení*

a při následné přípravě svých nabídek; u kvalitativních kritérií musí zadavatel uvést rovněž postup a způsob, jakým budou jednotlivé nabídky hodnoceny (porovnávány)¹.

Uchazeči o veřejnou zakázku musí být předem obeznámeni s tím, jakým způsobem budou jejich nabídky hodnoceny v rámci všech hodnotících kritérií. Shodně viz rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) ze dne 23.10.2015, č.j. ÚOHS-S0419/2015/VZ-35804/2015/551/SPo.

Stanovením způsobu hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií se pak rozumí stanovení přesné specifikace hodnotících kritérií, včetně podrobného popisu způsobu a metody hodnocení nabídek dle těchto kritérií. Způsob hodnocení nabídek musí být popsán již v zadávací dokumentaci, aby si dodavatelé vytvořili přesnou představu o tom, jak budou jejich nabídky hodnoceny, aby se mohli na počátku svých úvah kvalifikovaně rozhodnout o své účasti v daném zadávacím řízení.

Jak konstatoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 12.05.2008 č.j. 5 Afs 131/2007 - 131 „k porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení může dojít tehdy, pokud by v zadavatelském postupu byly shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, nečitelným nebo nepřehledným, případně jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“

Ze Zadávací dokumentace není jasně a určitě vymezen postup a způsob, jakým budou jednotlivé nabídky na základě tohoto kritéria hodnoceny. Zadavatel pouze stanovuje číselné rozpětí 0 – 100 bodů a v příložené tabulce rozděluje toto rozpětí na šest skupin s tím, že bodová rozpětí jednotlivých skupin se pohybují od 9 do 29 bodů. Zcela chybí podrobný popis způsobu hodnocení nabídek dle tohoto kritéria v rámci jednotlivých bodových skupin, když se Zadavatel omezil pouze na blíže neurčité odlišení jednotlivých bodových skupin slovy typu „dobře“, „velmi dobře“ atp. Stěžovatel tedy nemá představu o tom, jak by byla jeho případná nabídka hodnocena. Např. pokud by nabídka Stěžovatele byla v rámci jednotlivých skupin hodnocena „velmi dobře“, není zřejmé, zda by obdržela 61 nebo 80 bodů. Počet získaných bodů má přitom zásadní vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

Z (ne)nastaveného způsobu hodnocení tedy není jasné, co konkrétně, tj. jaké údaje, jaké parametry a jaký způsob zpracování hodlá Zadavatel hodnotit a podle jakého klíče budou např. udělovány body nabídkám uchazečů, jejichž nabídky byly zařazeny do stejné bodové skupiny.

ÚOHS v rámci rozhodnutí ze dne 14.07.2009 č.j. S112/2009/VZ-8844/2009/510/MCh, konstatoval: „Dostatečná určitost (způsobu hodnocení, pozn. Stěžovatele) je dána tehdy, jestliže po prostudování oznámení o zakázce, resp. zadávací dokumentace, si jakýkoliv potencionální dodavatel dokáže udělat jasnou představu o tom, co všechno musí v nabídce zpracovat, chce-li uspět při hodnocení nabídek zadavatelem. V oznámení o zakázce a v zadávací dokumentaci nebyl popsán obsah dílčího kritéria a uchazeči tak neměli potřebné informace o tom, co bude předmětem hodnocení v rámci daného hodnotícího kritéria. Úřad

¹ Podešva, V., Olík, M., Janoušek, M., Stránský, J. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, s. 353

v tomto nedostatku spatřuje porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení, neboť uchazeči nemohli sestavit nabídky tak, aby co nejvíce odpovídaly požadavkům zadavatele, a ani hodnocení nabídek tak nemohlo být určité a jasné. Úřad konstatuje, že uchazeči se z výzvy a ze zadávací dokumentace nedozvěděli údaje, které budou pro hodnocení nabídek rozhodující. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit obsah nabídek a tím i jejich hodnocení, které nebylo možno provést transparentně, neboť uchazeči při zpracování nabídek nebyli konkrétně obeznámeni s tím, které skutečnosti budou pro zadavatele při hodnocení nabídek rozhodné. Tímto porušením zákona mohl být tedy podstatně ovlivněn jak obsah nabídek, tak jejich hodnocení, a výběr nejvhodnější nabídky.“

Jinými slovy, v případě Veřejné zakázky si dodavatelé nemohou učinit obrázek o tom, jak bude jejich nabídka hodnocena, když Zadavatel jasně nestanovil, podle jakého klíče budou udělovány body nabídkám uchazečů v rámci bodové skupiny. Stanovený způsob hodnocení proto není dostatečně jasně a určité popsán. Postup Zadavatele při hodnocení nabídek potom nemůže být transparentní.

„Nemůže obstát taková zadávací dokumentace, z níž zadavatelovy požadavky na zpracování nabídky a následně kritéria pro jejich hodnocení nevyplývají jasně, přesně, srozumitelně a jednoznačně, tj. která v těchto ohledech objektivně připouští rozdílný výklad. Pokud objektivně existuje více možných výkladů týkajících se otázky, co konkrétně a jakým způsobem bude v nabídkách hodnoceno, pak nemůže taková interpretační nejistota stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného. Jsou-li zadávací podmínky natolik nejasné, že objektivně připouštějí rozdílný výklad ohledně požadavků na zpracování nabídky nebo způsob hodnocení, je postup zadavatele fakticky nekontrolovatelným, a tedy porušujícím zásadu transparentnosti zadávacího řízení.“²

Stěžovatel se také musí pozastavit nad nedostatečně a určité popsaným hodnocením kvality předkládaných dokumentů. Zadávací dokumentace uvádí, že Zadavatel bude hodnotit kvalitu předložených dokumentů takto:

- zda je příslušný dokument pro zadavatele srozumitelný a přehledný,
- zda příslušný dokument obsahuje všechny relevantní hodnoty požadované příslušnými právními předpisy,
- zda příslušný dokument respektuje odborné požadavky na posouzení nabídek v rozsahu soupisů, zda posuzuje všechny aspekty soupisu, zda posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny je srozumitelné a dostatečně zdůvodněné,
- dále bude posouzen obsah výzvy k vyjasnění mimořádně nízké nabídkové ceny, případně výzvy k vysvětlení nabídky.

Z výše uvedeného popisu hodnocení kvality není zřejmé, zda bude lépe hodnocen dokument, který bude méně přehledný a srozumitelný, za to bude obsahovat všechny „relevantní“ hodnoty požadované příslušnými právními předpisy, nebo bude lépe hodnocen dokument, který bude srozumitelný a přehledný, za to bude obsahovat posouzení „všech“ aspektů soupisu. Není tedy jasné, které z hodnocených parametrů jsou pro Zadavatele důležitější, a které méně důležité.

² Raus, D.: Zadávání veřejných zakázek. Judikatura s komentářem. Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, s. 421

Dále není vůbec vysvětleno, co se rozumí pod pojmy „všechny relevantní hodnoty“, „odborné požadavky na posouzení nabídek v rozsahu soupisů“, „všechny aspekty soupisu“. Dodavatelé tak nemohou mít jasnou představu o tom, jak bude jimi předložený dokument hodnocen a které údaje jsou pro Zadavatele rozhodné.

Nejasně je popsán bod: „dále bude posouzen obsah výzvy k vyjasnění mimořádně nízké nabídkové ceny, případně výzvy k vysvětlení nabídky“. Dodavatelům z takto popsaného bodu, jenž má být předmětem hodnocení, nemůže být vůbec zřejmé, co má být předmětem posouzení a jak bude výzva k vyjasnění mimořádně nízké nabídkové ceny, případně výzva k vysvětlení nabídky posuzována a hodnocena.

Nastavením dílčího hodnotícího kritéria *Kvalita a posouzení nabídkové ceny a rozpočtů* Zadavatel porušil zásadu transparentnosti dle § 6 odst. 1 ZVZ. Uchazeči nebyli při zpracování nabídek obeznámeni s tím, které skutečnosti budou při hodnocení nabídek pro Zadavatele rozhodné, a které parametry budou hodnoceny lépe než ostatní. Pokud by Zadavatel přistoupil k hodnocení nabídek, jeho postup by nebyl zpětně přezkoumatelný, tudíž ani transparentní.

V.

Požadavek na zadání veřejných zakázek k prokázání splnění kvalifikace a k prokázání referenčních zakázek způsobilých k započtení pro účely hodnocení

Dle § 6 odst. 1 ZVZ je zadavatel povinen při postupu podle ZVZ dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Stěžovatel považuje požadavek Zadavatele na dokončení veřejné zakázky ve smyslu jejich zadání s následným uzavřením smlouvy, které je deklarováno ve Věstníku veřejných zakázek prostřednictvím formuláře Oznámení o zadání zakázky pro účely prokázání kvalifikace a pro účely hodnocení za nepřiměřený ve vztahu k povaze Veřejné zakázky.

Ze Stěžovatelova pohledu způsob ukončení zadávacího řízení ve smyslu § 81 a násl. ZVZ, tedy zadáním veřejné zakázky či zrušením zadávacího řízení, nevypovídá o kvalitě poskytnutých služeb a navíc nemá vliv ani na zkušenost dodavatele s požadovanými druhy významných služeb.

Postup Zadavatele, kterým stanovil požadavek na specifický způsob ukončení zadávacího řízení, se v očích Stěžovatele jeví jako znevýhodňující účast určité skupiny dodavatelů v zadávacím řízení na Veřejnou zakázku, v čemž Stěžovatel spatřuje porušení zásady zákazu diskriminace dle § 6 odst. 1 ZVZ jakožto jedné ze základních zásad ZVZ.

Z pohledu kvalifikačních předpokladů není vůbec rozhodné, zda byla veřejná zakázka zadána, či zrušena. Tato skutečnost nevypovídá nic o kvalifikovanosti dodavatele. Nehledě na to, že v mnoha případech není dodavatel schopen ovlivnit, zda bude veřejná zakázka zadána, nebo zrušena. Může tomu tak být např. tehdy, když vybraný uchazeč neposkytne součinnost

k uzavření smlouvy, přičemž nabídka uchazeče byla nabídkou jedinou. Přestože tedy dodavatel provedl veškeré úkony směřující k zadání veřejné zakázky, není tato služba pro účely prokázání splnění kvalifikace relevantní. Obdobných případů, kdy není dodavatele schopen ovlivnit, zda měla být významná služba zadána nebo zrušena by se našlo hned několik. Taková stav ovšem nic nevypovídá o schopnosti dodavatele splnit předmět plnění Veřejné zakázky.

Takový postup Zadavatele vede k tomu, že Veřejná zakázka je přístupná pouze úzkému okruhu uchazečů, přestože reálné zkušenosti s požadovanými druhy veřejných zakázek má markantně větší okruh dodavatelů.

K uváděnému porušení zásady zákazu diskriminace Stěžovatel dále uvádí, že se v případě Veřejné zakázky jedná o tzv. diskriminaci skrytou, které je jako porušení ZVZ prezentována i v rámci soudního rozhodování.

Na podporu svých tvrzení Stěžovatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 05.06.2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, kde soud uvádí následující. *„Za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky.“*

Obdobný postoj zaujal Nejvyšší správní soud také v rozsudku ze dne 07.12.2011, č. j. 9 Afs 37/2011-82, když konstatoval, že *„pokud zadavatel ve vztahu k veřejné zakázce a jejímu plnění stanovil kvalifikační předpoklad v nepřiměřeném (neproporcionálním) rozsahu, v důsledku čehož znevýhodnil a znemožnil určité skupině dodavatelů ucházet se o předmětnou veřejnou zakázku, ačkoli toto kritérium nebylo odůvodněno objektivními okolnostmi, dopustil se porušení § 6 ZVZ, a to porušení zásady zákazu diskriminace.“*

Nastavením požadavku na zadání veřejných zakázek k prokázání splnění kvalifikace a k prokázání referenčních zakázek způsobilých k započtení pro účely hodnocení tedy Zadavatel porušil zásadu zákazu diskriminace dle § 6 odst. 1 ZVZ, jelikož nepřiměřenost tohoto požadavku znevýhodňuje a znemožňuje určité skupině dodavatelů ucházet se o Veřejnou zakázku a tím znemožňuje dosažení cíle ZVZ, tedy zajištění řádné hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.

VI.

Vyloučení použití veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění k prokazování kvalifikace

Dle § 6 odst. 1 ZVZ je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Stěžovatel považuje výklad pojmu „jiné dvoukolové řízení“ pro účely prokazování kvalifikace za diskriminační s ohledem na výklad téhož pojmu pro účely hodnocení nabídek. Zatímco

Zadavatel neumožnil pro účely prokazování kvalifikace podřadit pod pojem „jiné dvoukolové řízení“ jednací řízení bez uveřejnění s odůvodněním, že k prokázání kvalifikace Zadavatel požaduje realizovaná zadávací řízení, ve kterých nabídku podávají uchazeči, jejichž kvalifikace již byla prokazována (tzv. v prvním kole), v rámci definice téhož pojmu pro účely hodnocení takového omezení jednacího řízení bez uveřejnění nestanovil a dle textu zadávacích podmínek tedy mohla být veřejná zakázka zadávaná v jednacím řízení bez uveřejnění použita.

Postup Zadavatele vyvolává ve Stěžovateli pocit účelového použití rozdílného výkladu pojmu „jiné dvoukolové řízení“ pro znevýhodnění či znemožnění účasti určité skupiny dodavatelů v zadávacím řízení na Veřejnou zakázku. Pokud je totiž v rámci hodnotících kritérií hodnocena praktická zkušenost osob podílejících se na plnění Veřejné zakázky, není důvodem, aby taková zkušenost byla vyjmuta z prokazování splnění kvalifikace.

Dle názoru Stěžovatele se Zadavatel takovýmto postupem dopustil porušení zásady zákazu diskriminace dle § 6 odst. 1 ZVZ jakožto jedné ze základních zásad ZVZ.

Takovýto postup Zadavatele vede k tomu, že Veřejná zakázka je přístupná pouze úzkému okruhu uchazečů, přestože reálné zkušenosti s požadovanými druhy veřejných zakázek má markantně větší okruh uchazečů.

K uváděnému porušení zásady zákazu diskriminace Stěžovatel dále uvádí, že se v případě Veřejné zakázky jedná o tzv. diskriminaci skrytou, které je jako porušení ZVZ prezentována i v rámci soudního rozhodování.

Na podporu svých tvrzení Stěžovatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 05.06.2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, kde soud uvádí následující. *„Za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky.“*

Obdobný postoj zaujal Nejvyšší správní soud také v rozsudku ze dne 07.12.2011, č. j. 9 Afs 37/2011-82, když konstatoval, že *„pokud zadavatel ve vztahu k veřejné zakázce a jejímu plnění stanovil kvalifikační předpoklad v nepřiměřeném (neproporcionálním) rozsahu, v důsledku čehož znevýhodnil a znemožnil určité skupině dodavatelů ucházet se o předmětnou veřejnou zakázku, ačkoli toto kritérium nebylo odůvodněno objektivními okolnostmi, dopustil se porušení § 6 ZVZ, a to porušení zásady zákazu diskriminace.“*

Vyloučením použití veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění k prokazování kvalifikace tedy Zadavatel porušil zásadu zákazu diskriminace dle § 6 odst. 1 ZVZ, jelikož nepřiměřenost tohoto požadavku znevýhodňuje a znemožňuje určité skupině dodavatelů ucházet se o Veřejnou zakázku a tím znemožňuje dosažení cíle ZVZ, tedy zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.

VII.

Neprodloužení lhůty pro podání nabídek na základě *Dodatečných informací č. 4 k zadávacím podmínkám*

Nad rámec výše uvedených skutečností se Stěžovatel má v úmyslu vyjádřit k postupu Zadavatele při sdělování dodatečných informací k zadávacím podmínkám, který Stěžovatel považuje za rozporný se ZVZ.

Dle § 40 odst. 3 ZVZ provede-li veřejný zadavatel úpravy zadávacích podmínek, je povinen současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení nebo lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy.

Z pohledu Stěžovatele postup Zadavatele, kterým na základě *Dodatečných informací č. 4 k zadávacím podmínkám* ze dne 03.12.2015 stanovil požadavky na veřejné zakázky použité k prokázání splnění kvalifikace a prokázání referenčních zakázek způsobilých k započtení pro účely hodnocení a zároveň přiměřeně neprodloužil lhůtu k podání nabídek, lze považovat za rozporný se zněním § 40 odst. 3 ZVZ.

Zatímco v odst. 11.3.2 Zadávací dokumentace Zadavatel stanovil požadavky na referenční zakázky způsobilé k započtení pro účely hodnocení v podobě zadání veřejné zakázky oznámením o výsledku zadávacího řízení ve Věstníku veřejných zakázek a znění *Dodatečných informací č. 4 k zadávacím podmínkám* by se v tomto směru dalo považovat za vyjasnění a konkretizaci Zadávací dokumentace, aniž by docházelo k její změně či doplnění, na straně druhé, Zadavatel v odst. 7.2.3 Zadávací dokumentace nestanovil požadavek na zadání veřejné zakázky použitelné pro účely prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů a v tomto případě se tedy nelze ztotožnit s odůvodněním Zadavatele, který konstatoval, že se jedná pouze o vyjasnění a konkretizaci zadávací dokumentace, nýbrž se zde z pohledu Stěžovatele jedná o její úpravu, s čímž ZVZ spojuje povinnost prodloužení lhůty k podání nabídek.

Jinými slovy řečeno v případě odst. 7.2.3 zadavatel použil pojem „dokončených“ zadávacích řízení. Dle ZVZ se dokončeným, výslovnou dikcí ZVZ ukončeným zadávacím řízením rozumí zadávací řízení, které bylo ukončeno buď uzavřením smlouvy (viz hlava VIII, § 82 ZVZ), nebo jeho zrušením (viz hlava VIII, § 84 ZVZ). Pokud tedy Zadavatel dodatečnými informacemi zúžil obsah pojmu „dokončené zadávací řízení“ pouze na zadání³, provedl úpravu zadávacích podmínek ve smyslu § 40 odst. 3 ZVZ a byl povinen současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání nabídek.

Neprodloužením lhůty pro podání nabídek na základě *Dodatečných informací č. 4 k zadávacím podmínkám* tedy Zadavatel porušil ustanovení § 40 odst. 3 ZVZ.

³ Dle § 17 písm. k) ZVZ se zadáním rozumí rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem.

VIII.

Porušení zákona

Zadavatel svým jednáním porušil § 6 ZVZ, když diskriminačně nastavil dílčí hodnotící kritérium *Kvalifikace a zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky, které mají významný dopad na její plnění* a technické kvalifikační předpoklady a navíc netransparentně nastavil dílčí hodnotící kritérium *Kvalita posouzení nabídkové ceny a rozpočtů*, v důsledku čehož znevýhodnil a znemožnil určité skupině dodavatelů ucházet se o Veřejnou zakázku.

Zadavatel svým jednáním porušil také § 78 odst. 4 ZVZ, když nestanovil dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny.

Navíc Zadavatel svým jednáním porušil § 40 odst. 3 ZVZ, když neprodloužil lhůtu pro podání nabídek na základě *Dodatečných informací* č. 4 k zadávacím podmínkám.

IX.

Specifikace hrozící újmy stěžovatele

Stěžovatel má zájem na získání Veřejné zakázky, ovšem je přesvědčen o tom, že postupem Zadavatele dle zadávacích podmínek dochází ke shora uvedenému porušování ZVZ a tento postup může zásadním způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Bude-li Zadavatel v tomto řízení pokračovat, bude řízení vedeno netransparentním a diskriminujícím způsobem, přičemž Stěžovateli hrozí újma v podobě popření jeho práva na zákonný postup v zadávacím řízení a práva na řádnou hospodářskou soutěž.

X.

Skutečnosti rozhodné pro běh lhůty pro podání námitek

Z dikce § 110 odst. 3 ZVZ vyplývá, že námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.

Podle § 607 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, platí, že případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty pracovní den nejbližší následující.

Vzhledem ke skutečnosti, že konec lhůty pro podání nabídek byl Zadavatelem stanoven na 29.12.2015, konec lhůty pro podání námitek proti zadávacím podmínkám připadá na den 04.01.2016. Stěžovatel odeslal a doručil námitky dne 04.01.2016 prostřednictvím e-mailu s elektronickým podpisem na elektronickou podatelnu Zadavatele.

Na základě výše uvedeného má Stěžovatel za to, že námitky byly podány včas, tedy ve lhůtě do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.

XI.

Návrh

Z výše uvedených důvodů Stěžovatel navrhuje, aby Zadavatel zadávací řízení Veřejné zakázky zrušil.



Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o.
Mgr. Jan Tejkal, advokát a jednatel