

Městská část Praha 10
Vršovická 68
101 38 Praha 10

V Praze dne 31.1.2020

- Zadavatel:** **Městská část Praha 10**, IČ: 00063941, se sídlem Vršovická 68, 101 38 Praha 10
(dále jen „**zadavatel**“)
- Stěžovatel:** **Společnost Úklid chodníků a svoz odpadkových košů MČ Praha 10 – Malešice**, správce společnosti BAU plus, a.s., IČ: se sídlem Londýnská 674/55, 120 00 Praha 2, právně zastoupená Advokátní kanceláří Brož, Sedlatý s.r.o., IČ: 24827452, se sídlem Vinohradská 2828/151, 130 00 Praha 3 (*příloha č. 1 – plná moc*)
(dále jen „**stěžovatel**“)
- Veřejná zakázka:** „**Úklid chodníků a svoz odpadkových košů na území MČ Praha 10**“, ev. č. veřejné zakázky ve VVZ Z2019-028484, část C – oblast Malešice (dále také jako „**veřejná zakázka**“ či „**zadávací řízení**“)
- Věc:** **Námítky proti úkonu zadavatele - rozhodnutí o vyloučení stěžovatele a rozhodnutí o výběru dodavatele dle ustanovení § 241 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek**

I.

Dne 20.1.2020 bylo stěžovateli prostřednictvím elektronického nástroje zadavatele k části C veřejné zakázky doručeno „Oznámení o vyloučení účastníka z další účasti v zadávacím řízení“ ze dne 20.1.2020, na základě kterého byl stěžovatel vyloučen z veřejné zakázky (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“) a „Oznámení o výběru dodavatele“ ze dne 20.1.2020, vč. příloh, na základě kterého došlo ve veřejné zakázce k výběru účastníka zadávacího řízení AKROP s.r.o., IČ 26432331, se sídlem Ke Špejcharu 392, 252 67 Tuchoměřice (dále jen „**rozhodnutí o výběru dodavatele**“ a „**vybraný dodavatel**“).

V souladu s ustanovením § 241 odst. 2 písm. a) ve spojení s ustanovením § 242 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“) podává stěžovatel tyto námitky proti úkonu zadavatele - rozhodnutí o vyloučení a rozhodnutí o výběru dodavatele.

II.

Námitky proti rozhodnutí o vyloučení

Zadavatel odůvodňuje vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení údajným naplněním důvodů dle ustanovení § 48 odst. 2 písm. b), odst. 4 a odst. 6 zákona. K tomuto stěžovatel uvádí následující:

Ad důvod vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 6 zákona:

Stěžovatel se předně ohrazuje nad ničím nepodloženým tvrzením zadavatele, že by uzavřel s jiným účastníkem zadávacího řízení jakoukoliv dohodu v souvislosti s kteroukoliv částí veřejné zakázky. Zadavatel při svých úvahách vychází ze špatných informací a ničím nepodložených domněnek, na základě čehož není a ani v žádném případě nemůže být naplněna zákonná podmínka „*získání důvodných pochybností na základě věrohodných informací*“. Stěžovatel namítá, že pokud by zadavatel v rámci některé ze žádostí o objasnění, které stěžovateli před jeho vyloučením zaslal, požádal stěžovatele o objasnění daných skutečností, poskytl by mu stěžovatel dostatečné zdůvodnění, na základě kterého by došlo k vyvrácení zadavatelových domněnek a nikdy by tak nemohlo dojít k vyloučení stěžovatele z důvodu tzv. „bid riggingu“.

Stěžovatel pro úplnost zadavatele upozorňuje, že pokud bude toto nepravdivé tvrzení zadavatele jakýmkoliv způsobem prezentováno na veřejnosti, dojde k nenávratnému porušení dobrého jména stěžovatele na relevantním trhu, což zcela jistě povede ke vzniku značné škody, kterou následně bude stěžovatel po zadavateli vymáhat, a to i případně soudní cestou.

Z vyjádření zadavatele vyplývá, že zadavatel spatřuje naplnění znaků „bid riggingu“ v:

- 1. personálním propojení stěžovatele, resp. jeho člena BAU plus, a.s. (dále jen „BAU“) s jiným účastníkem zadávacího řízení¹, resp. s jeho členem CEBU service s.r.o. (dále jen „CEBU“), jakož i ve stejném umístění sídla těchto subjektů**

Stěžovatel předně k tomuto uvádí, že jak Bau tak i CEBU neměli ke konci lhůty pro podání nabídek, tj. ke dni 20.9.2019 (dále jen „**rozhodný okamžik**“) měli odlišnou vlastnickou strukturu. Stěžovatel dále uvádí, že v rozhodném okamžiku byli členem statutárního orgánu BAU: David Ekstein, Martin Moravec, Tomáš Kuchárik. Nabídka Bau byla podepsána Davidem Eksteinem a Tomášem Kuchárikem. Nabídka stěžovatele nebyla podepsána Martinem Moravcem. Z veřejně dostupných informací

¹ Společnost „Úklid chodníků - Malešice“

vyplývá, že členem statutárního orgánu CEBU byl v rozhodném okamžiku Milan Zevl a Martin Moravec, kteří pravděpodobně i spolupodepsali nabídku za příslušného účastníka zadávacího řízení. Lze tedy dojít k závěru, že i shodnost v jednom členovi statutárního orgánu obou společností, který podepsal pouze jednu nabídku, a to ještě nikoliv jako „správce společnosti“ nemůže zavdat důvod, že by obě společnosti jednali při podání nabídek ve shodě na základě jakési dohody.

Skutečnost, že obě společnosti mají sídla na stejné adrese rovněž nemá žádnou vypovídací hodnotu a nelze z tohoto v žádném případě dovodit tvrzení zadavatele o sjednání jakékoliv dohody mezi dotčenými společnostmi. Stěžovatel pro úplnost uvádí, že shodnost sídla subjektů poskytujících stejné či obdobné plnění je zcela běžný jev a leckdy se jedná o náhodu či strategickou výhodu na relevantním trhu.

2. zpracování nabídek shodnou osobou (v obou nabídkách mají být dle zadavatele uvedeny totožné komentáře), shoda v cenových položkách, shodné formátování excelu při zadávání výsledných nabídkových cen do modelového příkladu

Stěžovatel uvádí, že pro účely zpracování nabídky k veřejné zakázce využil služeb osvědčené externí společnosti GREEN IDEAS s.r.o., IČ: 05118204, se sídlem Werichova 4562/2, 796 01 Prostějov (dále jen „GI“), se kterou byla uzavřena dohoda o mlčenlivosti v souvislosti se zpracováním nabídky stěžovatele. GI dostala od stěžovatele, resp. od BAU zadání zpracovat cenovou nabídku tak, aby byla vygenerována stěžovatelem požadována minimální výše zisku.

Po obdržení rozhodnutí o vyloučení, ze kterého vyplývá, že nabídka jiného účastníka zadávacího vykazuje shodné rysy jako nabídka stěžovatele, se stěžovatel dotázal GI, zda zpracovala cenovou nabídku do předmětné veřejné zakázky i pro jiný subjekt, a to výslovně pro CEBU či pro „Michal Bohumel IRONEX“. GI stěžovateli potvrdila, že cenovou nabídku zpracovala i pro jiného účastníka zadávacího řízení, avšak z důvodu zachování sjednané povinnosti mlčenlivosti nemůže poskytnout informaci, pro který subjekt byla tato cenová nabídka zpracována. Je tedy nutno uvést, že do okamžiku vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení nebylo stěžovateli známo, že by se GI podílela na zpracování jakékoliv jiné nabídky podávané do zadávacího řízení.

GI rovněž na dotaz stěžovatele uvedla, že zpracování cenotvorby konzultovala se zaměstnancem současného dodavatele zadavatele, tj. p. Vlčkem, zaměstnancem společnosti ROSSY service a.s. V návaznosti na tuto skutečnost tedy došlo k uvedení komentáře v modelovém příkladu, následně stěžovatelem předloženým zadavateli. Stěžovatel, neznaje nabídky jiného účastníka zadávacího řízení, se tedy důvodně domnívá, že stejný komentář, který byl uveden v jeho nabídce, byl uveden i v nabídce zadavatelem uváděného účastníka zadávacího řízení.

Stěžovatel je přesvědčen, že využití třetí osoby (nezávislého subjektu), kterého pravděpodobně využil i jiný účastník zadávacího řízení, není důvodem pro vytvoření domněnky, že by mělo mezi stěžovatelem a jiným účastníkem dojít k uzavření jakékoliv dohody v souvislosti s veřejnou zakázkou. V této souvislosti stěžovatel odkazuje na komentářovou literaturu ASPI, dle které : „(...) samotná shoda formulací v nabídkách či shodné chyby nutně nemusí zakládat důvodné podezření ohledně uzavření zakázané dohody (a jako důvod pro vyloučení tak zpravidla neobstojí). Shoda formulací či chyb v nabídkách může být způsobena rovněž dílem náhody, zpracování podkladů třetích stran (typicky výrobců či importérů dodávaného zboží) do nabídek, případně tím, že se na zpracování nabídek podílel tentýž poradce či poddodavatel, což však samo o sobě nemůže zakládat důvodné podezření o uzavření zakázané dohody. Důrazně proto nedoporučujeme přistupovat k tak závažnému (i z hlediska možných důsledků v oblasti náhrady škody) kroku, jako je vyloučení účastníka ze

zadávacího řízení, pouze na základě stejné formulace nabídek či stejné chyby v nabídkách, neboť se domníváme, že čistě na jejich základě nelze důvodné podezření o uzavření zakázané dohody dovozovat.“

3. záměr snížení hodnoty hranice mimořádně nízké nabídkové ceny

Stěžovatel se pozastavuje nad tvrzením zadavatele, že by mělo z jeho strany dojít k uzavření jakékoliv dohody s jiným účastníkem zadávacího řízení mj. za účelem snížení zadavatelem stanovené výše mimořádně nízké nabídkové ceny. Jak zadavatel několikrát uvedl, dle zadávacích podmínek byl zadavatel oprávněn posoudit nabídkové ceny jako mimořádně nízké i v jiných případech než byl zadavatelem stanovený způsob výpočtu dle čl. 12 zadávací dokumentace k veřejné zakázce. Daná skutečnost navíc rovněž vyplývá i přímo ze zákona, a to z ustanovení § 113 odst. 3 zákona. Tvrzení zadavatele je tedy zjevně účelové a postrádá jakoukoliv logiku. Tato domněnka zadavatele tak v žádném případě nenaplnuje znaky „věrohodné informace“, která by měla zavdat důvodnou pochybnost zadavatele o uzavření zakázané dohody mezi účastníky zadávacího řízení v souvislosti s veřejnou zakázkou.

Navíc stěžovatel upozorňuje na skutečnost, že dle rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a názorů odborné veřejnosti by měli zadavatelé vycházet při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny nejen z porovnání nabídkových cen účastníků zadávacího řízení, ale také z výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky a z cen současných dodavatelů na relevantních trhu, mají-li je k dispozici. Existuje tedy celá řada faktorů, které jsou relevantní pro účely posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny ze strany zadavatele, a proto si nelze představit, že by kterýkoliv dodavatel činil jakékoliv kroky k ovlivnění hranice mimořádně nízké nabídkové ceny, a to navíc za situace, že dle zákona je zadavatel oprávněn, oproti předchozí právní úpravě, uzavřít smlouvu na plnění s účastníkem zadávacího řízení, který předložil v rámci své nabídky mimořádně nízkou nabídkovou cenu, kterou ani nezdůvodnil.

Účelovost jednání a záměr zbavit se nepohodlného účastníka zadávacího řízení je zjevná z postupu zadavatele, který opakovaně stěžovatele vyzýval k objasnění a zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny a následně jej bez dalšího vyloučil ze zadávacího řízení z důvodu údajného „bid riggingu“.

Ad důvody vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 2 písm. b) a dle ustanovení § 48 odst. 4 zákona:

Stěžovatel předně uvádí, že zadavatel nesprávně vyloučil stěžovatele ze zadávacího řízení z důvodu uvedeném v ustanovením § 48 odst. 2 písm. b) zákona, o čemž i svědčí skutečnost, že v oznámení o výběru dodavatele ze dne 20.1.2020 zadavatel uvedl důvody vyloučení stěžovatele pouze a toliko dle ustanovení § 48 odst. 4 a 6 zákona (nikoliv tedy dle shora uvedeného ustanovení, resp. odstavce). Z rozporu důvodů uváděných zadavatelem v jednotlivých dokumentech je tedy zřejmá o nezákonnost a nepřezkoumatelnost postupu zadavatele v zadávacím řízení.

Stěžovatel uvádí, že ačkoliv se neztotožňuje s důvody vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 4 zákona (viz níže), zákonný důvod vyloučení ve smyslu ustanovení § 48 odst. 4 zákona je speciální vůči důvodu vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 2 písm. b) zákona. Nelze tak z povahy věci stěžovatele vyloučit z důvodu dle ustanovení § 48 odst. 2 písm. b) a současně dle ustanovení § 48 odst. 4 zákona.

Stěžovatel dále uvádí, že byl zadavatelem nejprve ve dnech 23.10.2019 a 12.11.2019 vyzván ke zdůvodnění jeho nabídkové ceny. Stěžovatel na první tyto výzvy zadavatele reagoval plně v rozsahu požadavků v nich uvedených. Stěžovatel tak z jeho pohledu dostatečně zdůvodnil způsob stanovení jeho nabídkových cen ve smyslu ustanovení § 113 zákona.

I přes tuto skutečnost byla stěžovateli dne 10.12.2019 doručena další výzva ke zdůvodnění nabídkové ceny. Jedná se tak již v pořadí o 3. výzvu ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, kterou zadavatel stěžovateli zaslal.

Stěžovatel pro úplnost rekapituluje a současně upozorňuje, že v rámci svého podání ze dne 30.10.2019 zadavateli zaslal zadavatelem požadované informace a údaje v úplném rozsahu dle výzvy ze dne 23.10.2019. Zadavatel však i přes tyto zaslané informace po stěžovateli požadoval uvést další nové údaje, které nebyly v rámci předchozí výzvy požadovány. Svým podáním ze dne 14.11.2019 stěžovatel zaslal zadavateli tyto další nové údaje tak, jak bylo požadováno výzvou ze dne 12.11.2019. V rámci výzvy ze dne 10.12.2019 (v pořadí již třetí) zadavatel požadoval nad rámec již dříve vedeného další nové údaje, které však rovněž nebyly v rámci předchozích výzev požadovány². Lze tedy shrnout, že stěžovatel řádně a včas reagoval na první dvě výzvy zadavatele a až na třetí výzvu nereagoval, neboť by mj. došlo k nepřípustnému zásahu do jeho obchodního tajemství a utajovaných informací.

Zaslání třetí výzvy zadavatel odůvodňuje mj. závěry „posudku“ společnosti RTS, a.s. a znaleckého posudku Ing. Jiřího Grulicha. Stěžovatel předně upozorňuje, že jak obsah posudku RTS, a.s., tak i obsah znaleckého posudku Ing. Jiřího Grulicha je z podstatné části znečitelněn, a u každého je ponechán de facto pouze jeden odstavec, který navíc může být zcela vytržen z kontextu. Stěžovateli je tak zadavatelem znemožněn přezkum těchto posudků. **Tímto postupem tak zadavatel porušil zásadu transparentnosti dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona.**

Stěžovatel dále uvádí, že z posudku RTS, a.s. vyplývá, že zpracovatel byl dotázán, zda „*jsou nabídkové ceny dodavatelů (BAU a IRONEX) cenami mimořádně nízkými ve smyslu zadávacích podmínek*“. Z posudku RTS, a.s. vyplývá, že s ohledem na zákonnou úpravu institutu mimořádně nízké nabídkové ceny, obsah zadávacích podmínek a samotný obsah nabídek, je zadavatel oprávněn vyzvat dotčené dodavatele ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Posudek RTS, a.s. tedy pouze konstatuje skutečnost, kterou však již zadavatel, a to dokonce i opakovaně, provedl, přičemž nikterak neřeší samotný obsah jednotlivých podání stěžovatele. Tvzení zadavatele, dle kterého se RTS, a.s. vyjadřuje k jednotlivým podáním stěžovatele, nelze přezkoumat, neboť tato skutečnost nikterak nevyplývá z podkladů předložených zadavatelem.

Znalecký posudek Ing. Jiřího Grulicha doslovně uvádí „*Shrnutím výše uvedeného je třeba na závěr konstatovat, že některé uvedené nejnížší ceny za měrnou jednotku u soutěžených činností u subjektů BAU a IRONEX neobsahují některé dílčí položky, či jsou nejasné (viz výše) a nebyla na základě následných výzev zdůvodněny případně vysvětleny a nelze tak plně posoudit jejich realizovatelnost. Současně s uvedeným jsou ceny za měrnou jednotku u subjektů BAU a IRONEX převážně totožné.*“ Znalecký posudek Ing. Jiřího Grulicha, resp. jeho zveřejněná část, blíže nekonkretizuje jaké položky neobsahují dílčí položky a jsou nejasné a zejména pak co se rozumí dílčími položkami. Takovéto určení, byť provedené znalcem, je neurčité a jako takové nepřezkoumatelné.

² Pozn.: proti poslední výzvě zadavatele stěžovatel podal v zákonné lhůtě námitky, které však zadavatel odmítl. Stěžovatel v návaznosti na to podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže podnět na přezkoumání úkonu zadavatele

Z obsahu zveřejněných částí posudku RTS, a.s. a znaleckého posudku Ing. Jiřího Grulicha nelze v žádném případě dovodit rozsah požadavků na zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, které byly vzneseny v rámci třetí výzvy zaslané zadavatelem.

Nad rámec shora uvedeného stěžovatel namítá, že Ing. Jiří Grulich není navíc ani odborně způsobilá osoba pro zpracování znaleckého posudku ve vztahu k nabídkové ceně předmětu této veřejné zakázky. Předmětem této veřejné zakázky je úklid chodníků a svoz odpadkových košů, přičemž Ing. Jiří Grulich je znalcem v oboru zemědělství, odvětví ovocnářství a zahradnictví, specializace dendrologie a v oboru ekonomika, odvětví ceny a odhady, specializace zeleně a parků v případě poškozování a jejich ničení.

Stěžovatel dále upozorňuje, že z písemné zprávy o hodnocení ze dne 20.10.2020 vyplývá, že vybraný dodavatel byl ze strany zadavatele rovněž vyzván ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny přičemž v rámci druhé výzvy o objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny byl vybraný dodavatel vyzván pouze k:

- rozdělení strojních a režijních nákladů.

V této souvislosti je nutno upozornit, že zadavatel postupoval ve vztahu k vybranému dodavateli zcela rozdílně než v případě stěžovatele. Stěžovatel byl totiž zadavatelem vyzván ke každé položce k(e):

- doložení podrobného postupu způsobu kalkulace,
- doložení podrobné kalkulace vč. zohlednění povinností vyplývajících ze specifikace plnění,
- doložení personálních nákladů stěžovatele,
- kalkulovaná počet pracovníků podílejících se na plnění,
- kalkulaci času pro účely plnění,
- popsání technologie provádění plnění,
- uvedení konkrétního materiálu, měrné jednotky materiálu, nákupní ceny měrné jednotky materiálu, spotřeby materiálu na měrnou jednotku, materiálových nákladů na provedení měrné jednotky dané položky,
- uvedení mzdových nákladů jednotlivých profesí, hodinové sazby každé profese, spotřeby času na provedení měrné jednotky položky a výše nákladů měrné jednotky dané položky,
- uvedení konkrétního typu stroje, hodinové sazby stroje, potřebného strojního času na provedení měrné jednotky položky, nákladů stroje na měrnou jednotku dané položky,
- dopočtení ostatních nákladů jednotkové ceny a slovního popisu ostatních nákladů jednotkové ceny,
- doložení způsobu stanovení režijních nákladů a jejich skutečné výše v Kč,
- doložení způsobu stanovení hodnoty zisku a jeho absolutní výše na měrnou jednotku dané položky,
- vyplnění vzorce: Cena = materiál + mzdy + stroje + OPN + režie + zisk.

Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že zadavatel svým postupem porušil zásadu rovného zacházení, přiměřenosti a zákazu diskriminace ve smyslu ustanovení § 6 odst. 1 a 2 zákona, když šikanózním způsobem požadoval po stěžovateli celou řadu údajů (navíc ve velmi krátkých lhůtách), a to za situace, kdy mu u jiného účastníka zadávacího řízení postačoval pouhý rozpad přímých a nepřímých nákladů.

Stěžovatel v této souvislosti namítá, že zadavatel měl být schopen posoudit nabídkovou cenu stěžovatele již po prvních podáních stěžovatele, neboť zadavatel od stěžovatele obdržel veškeré zadavatelem požadované informace a údaje. Zadavatel však šikanózním způsobem uplatňoval institut žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu ustanovení § 113 odst. 4 ve spojení s ustanovením § 46 odst. 1 zákona, a to tím způsobem, že po stěžovateli postupně požadoval další nové informace a údaje, ačkoliv již nebyly pro účely posouzení nabídkové ceny účelné. V této souvislosti stěžovatel rovněž namítá, že pokud by informace, které zadavatel požadoval ve výzvě ze dne 10.12.2019, byly bez dalšího nezbytné pro posouzení nabídkové ceny stěžovatele, jistě by k nim zadavatel vyzval stěžovatele již v rámci první či druhé výzvy. Tím, že tak neučinil, záměrně stěžovatele administrativně zatěžoval a uváděl ho v nejistotu ve výsledek zadávacího řízení.

Zadavatel dále v rámci rozhodnutí o vyloučení uvádí, že pro účely posouzení nabídkové ceny stěžovatele nelze vycházet z cen jeho současného dodavatele (ROSSY service, s.r.o.), neboť s plněním současného dodavatele je nespokojen. Stěžovatel namítá, že tvrzení zadavatele je liché a zjevně účelové, neboť dle informací, které má stěžovatel k dispozici od současného dodavatele poskytujícího zadavateli plnění, současný dodavatel plní stejné či obdobné plnění řádně a včas bez jakýchkoliv stížností za stranu zadavatele. Na základě této skutečnosti je zcela zřejmé, že za cenu současného dodavatele je možné poskytovat řádně a včas zadavatelem požadované plnění.

Argumentace zadavatele v rozhodnutí o vyloučení, co do změny právní úpravy minimální mzdy, je zjevně účelová, neboť danou skutečnost nemohl v době podání nabídky předvídat žádný z účastníků zadávacího řízení a tato skutečnost nemůže být k tíži při zdůvodňování mimořádně nízké nabídkové ceny. V případě opačného výkladu by byl zadavatel povinen ze stejného důvodu vyzvat všechny účastníky zadávacího řízení ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Stěžovatel v této souvislosti namítá, že v rámci výzvy ze dne 10.12.2019 nebyl uveden žádný relevantní důvod, proč je stěžovatel zadavatelem opětovně vyzýván ke zdůvodnění jeho nabídkové ceny. Za předpokladu, že by zadavatele vedla k zaslání výzvy změna zákonné úpravy výše minimální mzdy, zcela jistě by tuto skutečnost ve výzvě uvedl a požadoval by zdůvodnit, zda i přes tuto skutečnost je stěžovatel schopen plnit předmět veřejné zakázky řádně a včas. S ohledem na skutečnost, že tak zadavatel neučinil, lze jeho tvrzení uvedené v rozhodnutí o vyloučení považovat pouze za účelové. Stěžovatel však zadavatele pro vyloučení jakýchkoliv pochybností ujišťuje, že si je vědom smluvní podmínky dle čl. 4.3. smlouvy o poskytování služeb, dle které *„Zhotovitel se podpisem této Smlouvy zavazuje, že po celou dobu trvání této Smlouvy bude respektovat stanovení výše jednotkových cen za Služby dle přílohy č. 2 této Smlouvy jako cen nejvyšších a maximálně přípustných. Tyto ceny zahrnují veškeré činnosti a náklady Zhotovitele, které jsou s plněním příslušných Služeb spojeny, a jsou stanoveny i s přihlédnutím k vývoji cen v daném oboru včetně vývoje kurzu české měny k zahraničním měnám, a nemohou být ze strany Zhotovitele jednostranně navýšeny ani při změnách vnějších podmínek, které nastaly po uzavření této Smlouvy.“* a ujišťuje zadavatele, že i při změně zákonné minimální mzdy je schopen realizovat požadované plnění řádně a včas k plné spokojenosti zadavatele za jím nabízenou cenu.

Stěžovatel závěrem pro úplnost uvádí, že jeho písemná zdůvodnění nabídkové ceny ve svém souhrnu dostatečně určitě zdůvodnili možnost stěžovatele realizovat předmět veřejné zakázky za nabízenou cenu a současně uvádí dostatečný rozpad jednotkových cen. Zadavatel v rámci rozhodnutí o vyloučení neprokázal žádným relevantním dokladem opak, resp. v rozhodnutí o vyloučení nekonkretizoval a řádně nezdůvodnil, které položky nejsou stěžovatelem řádně zdůvodněny a z jakého důvodu i nepovažuje poskytnuté zdůvodnění stěžovatele za dostačující.

III.

Námítky proti rozhodnutí o výběru dodavatele

Stěžovatel dále podává námítky proti rozhodnutí o výběru dodavatele, neboť z důvodu uvedených níže a z důvodů uvedených v čl. II. těchto námitek došlo ze strany zadavatele k výběru dodavatele, který nepodal ekonomicky nejvýhodnější nabídku.

Stěžovatel namítá, že v rámci postupu zadavatele, resp. komise došlo k zásadním pochybením, která mají vliv na výběr dodavatele, jakož i na možný přezkum postupu zadavatele v zadávacím řízení. Stěžovatel námítky proti rozhodnutí o výběru dodavatele odůvodňuje následovně:

1. Nezákonné vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení

Ze zprávy o hodnocení vyplývá, že stěžovatel předložil nabídku s nejnižší nabídkovou cenou. S ohledem na skutečnost, že jediným hodnotícím kritériem byla nabídková cena, lze se důvodně domnívat, že by byl zadavatel povinen uzavřít smlouvu o poskytování služeb se stěžovatelem, kdyby nedošlo k nezákonnému vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení (viz výše).

2. Nejasný a nepřezkoumatelný postup hodnotící komise

Zadavatel v rámci dokladů doložil protokol o jednání hodnotící komise ze dne 31.10.2019 a protokol o jednání hodnotící komise ze dne 20.11.2019. Z textace předmětných protokolů³ lze dovodit, že komise ve smyslu ustanovení 39 odst. 4 zákona nejprve provedla posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení před hodnocením nabídek, avšak pouze u prvních dvou účastníků zadávacího řízení.

Současně zadavatel doložil písemnou zprávu zadavatele ve smyslu ustanovení § 119 zákona, ve které je uvedeno, že hodnotící komise provedla nejprve hodnocení nabídek a teprve následně došlo k posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení u vybraného dodavatele. Z písemné zprávy zadavatele rovněž vyplývá, že:

- dne 20.1.2020 zadavatel rozhodl o vyloučení stěžovatele, který se v rámci hodnocení umístil na prvním místě;
- dne 20.1.2020 zadavatel rozhodl o vyloučení účastníka zadávacího řízení „Úklid chodníků – Malešice“, který se umístil v rámci hodnocení na druhém místě;
- dne 20.1.2020 zadavatel rozhodl o výběru vybraného dodavatele, který se umístil v rámci hodnocení na třetím místě;

³ Např. „Hodnotící komise na svém předchozím jednání posoudila nabídky účastníků“

- hodnocení nabídek muselo proběhnout dne 20.1.2020, neboť dle ustanovení § 119 zákona je o hodnocení provedena písemná zpráva o hodnocení nabídek; doložená písemná zpráva obsahuje informace o úkonech zadavatele ze dne 20.1.2020
- dle čl. C. „Posouzení nabídky včetně posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny“ byl vybraný dodavatel vyzván ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, a to výzvami ze dne 2.12.2019 a ze dne 6.1.2020

Stěžovatel namítá, že z výše uvedených dokladů není zřejmé, jakým způsobem komise vůbec postupovala, tedy zda nejprve došlo k posouzení všech nabídek a následně k hodnocení nabídek či došlo nejprve k hodnocení nabídek a následně až k posouzení nabídky vybraného dodavatele či všech nabídek.

Za předpokladu, že komise nejprve provedla posouzení nabídek, muselo dojít k posouzení všech nabídek a teprve až následně mohlo dojít k hodnocení nabídek, které splnily podmínky účasti v zadávacím řízení. Daná skutečnost však nekoresponduje s informací uvedenou v písemné zprávě o hodnocení, že hodnoticí komise provedla nejprve hodnocení nabídek (20.1.2020) a teprve následně mělo dojít k posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení u vybraného dodavatele (z písemné zprávy o hodnocení nabídek je zřejmé, že posouzení nabídky již probíhalo od 2.12.2019, tedy před samotným hodnocením). Současně pokud proběhlo nejprve posouzení nabídek, neměla být nabídka stěžovatele vůbec zahrnuta do hodnocení nabídek.

Za předpokladu, že hodnoticí komise nejprve provedla hodnocení nabídek, tak jak je uvedeno v úvodu čl. B. písemné zprávy o hodnocení nabídek, mělo až následně po tomto hodnocení dojít k posouzení nabídky ekonomicky nejvýhodnější nabídky nebo k posouzení více nabídek. Z obsahu písemné zprávy o hodnocení nabídek vyplývá, že tento dokument byl zpracován nejdříve dne 20.1.2020. Z povahy postupu zadávacího řízení a jednotlivých úkonů si nelze představit, že by došlo k hodnocení nabídek, a teprve až následně několik měsíců poté by byla zpracována dodatečně písemná zpráva zadavatele. Takovýto postup by zavdával důvodnou pochybnost o správnosti jednotlivých kroků komise, jakož i dodržení zásady transparentnosti řízení. Z obsahu protokolů o jednání, jakož i z obsahu písemné zprávy o hodnocení nabídek dále vyplývá, že před hodnocením nabídek byly prováděny úkony posouzení některých nabídek, a to výslovně nabídky s pořadovým číslem 1, 2 a 5.

S ohledem na shora uvedené skutečnosti je zřejmé, že jednotlivé dokumenty jsou ve vzájemném rozporu. Z předmětných dokumentů tedy nelze zjistit, jaký byl skutečný postup komise a zadavatele v rámci zadávacího řízení, tzn., že zjevně nebyly dodrženy pravidla dle ustanovení § 39 odst. 4 zákona při současném dodržení zásady transparentnosti dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona

3. Zpracování relevantních dokladů v rozporu se zákonem

Součástí dokladů zaslaných zadavatelem byl i dokument „Posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele“ ze dne 20.1.2020, jakožto součást oznámení o výběru dodavatele. Zákonné náležitosti tohoto dokumentu jsou vymezeny v ustanovení § 123 písm. b) zákona. Bod 2 předmětného ustanovení zákona doslovně uvádí požadavek, aby u profesní způsobilosti podle ustanovení § 77 odst. 2 zákona, ekonomické kvalifikace a technické kvalifikace byly uvedeny údaje rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace.

Stěžovatel namítá, že dokument „Posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele“ ze dne 20.1.2020, nesplňuje zákonné náležitosti ve smyslu ustanovení § 123 písm. b), bod 2. zákona,

co do rozsahu uvedení údajů rozhodných pro prokázání splnění profesní způsobilosti podle ustanovení § 77 odst. 2 zákona, ekonomické kvalifikace a technické kvalifikace, tudíž nelze přezkoumat prokázání splnění podmínek účasti vybraným dodavatelem. Tímto postupem došlo ze strany zadavatele k porušení zásady transparentnosti dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Stěžovatel k tomuto uvádí, že:

- u dokladů prokazujících splnění profesní způsobilosti dle ustanovení § 77 odst. 2 písm. a) zákona nejsou uvedeny údaje rozhodné pro prokázání splnění tohoto kritéria kvalifikace,
- u dokladů prokazujících splnění ekonomické kvalifikace dle ustanovení § 78 odst. 1 zákona nejsou uvedeny údaje rozhodné pro prokázání splnění tohoto kritéria kvalifikace,
- u dokladů prokazujících splnění technické kvalifikace dle ustanovení § 79 odst. 2 písm. d) zákona nejsou uvedeny údaje rozhodné pro prokázání splnění tohoto kritéria kvalifikace.

Stěžovatel v této souvislosti rovněž odkazuje na komentářovou literaturu v ASPI, která doslovně uvádí: „Zákon dále požaduje, aby součástí (přílohou) oznámení o výběru dodavatele byly údaje, které byly rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace, a to ve vztahu k:

- a) *profesní způsobilosti podle § 77 odst. 2 (blíže viz komentář k tomuto ustanovení);*
- b) *ekonomické kvalifikaci - bude se tak jednat především o údaje z výkazu zisku a ztrát, které pro účely prokázání své ekonomické kvalifikace předložil vybraný dodavatel;*
- c) *technické kvalifikaci - bude se tak jednat o údaje vyplývající z dokladů předložených vybraným dodavatelem, kterými tento dodavatel prokázal, že splnil kritéria technické kvalifikace požadovaná zadavatelem v zadávací dokumentaci.“*

IV.

Stěžovatel má zájem o získání realizace předmětu veřejné zakázky, přičemž v důsledku jeho nezákonného vyloučení, které mělo rovněž i vliv na rozhodnutí o výběru dodavatele (viz výše), mu hrozí újma spočívající v nemožnosti realizovat předmět veřejné zakázky, uzavře-li zadavatel smlouvu na plnění s jiným dodavatelem.

V.

Závěrem stěžovatel uvádí, že ze stejných důvodů (viz výše) byl vyloučen i ze zbývajících dvou částí veřejné zakázky. Zadavatel tedy v rámci svého postupu vyloučil stěžovatele ze zadávacího řízení pro všechny části veřejné zakázky, a to v rozporu s ustanovením § 48 zákona, přičemž následně vybral k uzavření smlouvy účastníky zadávacího řízení, kteří nabídli vyšší nabídkovou cenu než stěžovatel ve svých nabídkách, což v důsledku znamená, že zadavatel bude povinen z veřejného rozpočtu za 4 roky plnění vynaložit o celkem **14.828.429,29 Kč bez DPH** více finančních prostředků, než kdyby uzavřel smlouvy na plnění se stěžovatelem (v části C veřejné zakázky bude nutné za dobu plnění vynaložit navíc 4.436.214,29 Kč bez DPH). Stěžovatel v této souvislosti pro úplnost uvádí, že důvody pro které zadavatel vyloučil stěžovatele, jsou svou povahou fakultativní, tzn., i kdyby byly tvrzení zadavatele oprávněná (pozn.: tvrzení zadavatele jsou lichá a v rozporu se zákonem – viz výše), nebyl zadavatel povinen stěžovatele ze zadávacího řízení vylučovat. Zadavatel se tedy mj. v rozporu s péčí řádného

hospodáře a v rozporu se zákonem rozhodl uzavřít smlouvy na plnění s preferovanějšími účastníky zadávacího řízení, než je stěžovatel.

VI.

S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti stěžovatel navrhuje, aby zadavatel námitkám stěžovatele v plném rozsahu vyhověl, zrušil rozhodnutí o vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení ze dne 20.1.2020, zrušil rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 20.1.2020, jakož i zrušil všechny ostatní úkony s tím spojené a na ně navazující, a následně provedl nové posouzení a hodnocení nabídek tak, aby došlo k dodržení podmínek stanovených zákonem a zadávacími podmínkami.

.....
za stěžovatele
Advokátní kancelář Brož, Sedlatý s.r.o.
JUDr. Jiří Brož, jednatel