

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
třída Kpt. Jaroše 7
604 55 Brno

V Praze dne 26.2.2020

- Zadavatel:** **Městská část Praha 10**, IČ: 00063941, se sídlem Vršovická 68, 101 38 Praha 10
(dále jen „**zadavatel**“)
- Navrhovatel:** **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 „**navrhovatel**“)
- 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 jen „**veřejná zakázka**“)
- Věc:** **Návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – přezkoumání rozhodnutí o vyloučení navrhovatele a rozhodnutí o výběru dodavatele**
a
Návrh na nařízení předběžného opatření spočívající v zákazu uzavřít zadavateli smlouvu v zadávacím řízení
(společně či každý jednotlivě také jako „**návrh**“)

Datovou schránkou

I.

Zadavatel dne 14.8.2019 zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „**zákon**“) otevřené řízení na veřejnou zakázku. Zadavatel veřejnou zakázku rozdělil na 3 části. Tento návrh se vztahuje k části C veřejné zakázky.

Navrhovatel má zájem na získání předmětné veřejné zakázky. V souladu s tímto zájmem si navrhovatel obstaral zadávací dokumentaci k veřejné zakázce z profilu zadavatele a řádně zpracoval a ve stanovené lhůtě podal nabídku do zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

Následně zadavatel dne 23.10.2019 vyzval navrhovatele k objasnění nabídky a ke zdůvodnění způsobu stanovení nabídkové ceny. Na výzvu zadavatele reagoval navrhovatel ve stanovené lhůtě dne 30.10.2019. Následně zadavatel dne 12.11.2019 opakovaně vyzval navrhovatele k objasnění nabídky a ke zdůvodnění způsobu stanovení nabídkové ceny. Na opakovanou výzvu zadavatele reagoval navrhovatel ve stanovené lhůtě dne 14.11.2019. Navrhovatel tak z jeho pohledu dostatečně zdůvodnil způsob stanovení jeho nabídkové ceny ve smyslu ustanovení § 113 zákona. I přes tuto skutečnost byla navrhovateli dne 10.12.2019 doručena další výzva ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Jednalo se tak již v pořadí o 3. výzvu ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, kterou zadavatel navrhovateli zaslal.

S ohledem na skutečnost, že veškerá poskytnutá písemná zdůvodnění nabídkové ceny navrhovatele ve svém souhrnu dostatečně určitě zdůvodňují možnost navrhovatele realizovat předmět veřejné zakázky za nabízenou cenu a současně uvádí dostatečný rozpad jednotkových cen, kdy předložením zadavatelem požadovaných dalších informací by akorát došlo k nepřiměřenému zásahu do obchodního tajemství navrhovatele, k vyjádření know-how navrhovatele a důvěrných informací navrhovatele co do způsobu stanovení cenotvorby za předmětné plnění, podal navrhovatel proti poslední výzvě zadavatele v zákonné lhůtě námitky, které byly zadavatelem následně odmítnuty. Postup zadavatele v této věci je v současné době prošetřován Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**úřad**“); (vedeno pod č.j. ÚOHS-04354/2020/521/ŠŠu).

Dne 20.1.2020 bylo navrhovateli 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, dle kterého byl navrhovatel vyloučen z veřejné zakázky (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“) a „Oznámení o výběru dodavatele“ ze dne 20.1.2020, vč. příloh, dle 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**“).

Navrhovatel 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**“) podal dne 31.1.2020 námitky proti úkonu zadavatele - rozhodnutí o vyloučení a rozhodnutí o výběru dodavatele (společně dále jen „**námitky**“).

Dne 17.2.2020 bylo zástupci navrhovatele doručeno rozhodnutí o námitkách proti úkonu zadavatele ze dne 17.2.2020 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“).

Důkaz: námitky

doklad o doručení námitek zadavateli

rozhodnutí o námitkách

II.

Navrhovatel je přesvědčen, že se zadavatel v rámci svého postupu dopustil porušení celé řady ustanovení zákona a to zejména:

- ustanovení § 48 odst. 2 písm. b), odst. 4 a odst. 6 zákona, když bez naplnění zákonných důvodů vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku,
- ustanovení 39 odst. 4 ve spojení s ustanovením § 37 a ustanovením § 119 zákona, když provedl nejasné posouzení podmínek účasti v zadávacím řízení a hodnocení nabídek, kdy není zřejmé, zda došlo nejdříve k posouzení podmínek účasti v zadávacím řízení a následně k hodnocení nabídek, nebo byl zadavatelem zvolen obrácený postup,
- ustanovení § 123 písm. b) zákona, když v dokumentu „Posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele“ ze dne 20.1.2020 nebyly uvedeny údaje rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace,
- ustanovení § 245 odst. 2 zákona, když odmítl námitky, ačkoliv byly naplněny důvody pro jejich vyhovění,
- to vše ve spojení se základními zásadami zadávání veřejných zakázek dle ustanovení § 6 odst. 1 a 2 zákona, zejména pak se zásadou přiměřenosti,

a proto podává tímto dle ustanovení § 250 odst. 1 písm. d) zákona

návrh na přezkoumání úkonů zadavatele – přezkum rozhodnutí o vyloučení a rozhodnutí o výběru dodavatele.

Navrhovatel tímto prohlašuje, že má zájem na získání plnění předmětu veřejné zakázky, a že mu hrozí vznik škody v důsledku výše specifikovaných porušení zákona, a to škody ve formě ušlého zisku z plnění veřejné zakázky, získal-li by veřejnou zakázku namísto navrhovatele jiný dodavatel. V této souvislosti je nutné uvést, že pokud by nedošlo k porušení relevantních ustanovení zákona, musel by zadavatel vybrat navrhovatele, jakožto účastníka zadávacího řízení, který podal ekonomicky nejvýhodnější nabídku.

III.

Dle ustanovení § 255 odst. 1, věta první zákona „*Ve lhůtě pro doručení návrhu je navrhovatel, nejde-li o případ podle odstavce 2, povinen složit na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky nebo za dobu prvních čtyř let plnění v případě smluv na dobu neurčitou, nejméně však ve výši 50000 Kč, nejvýše ve výši 10000000 Kč.*“

V daném případě navrhovatel v rámci své nabídky stanovil nabídkovou cenu dle modelového příkladu ve výši 18.949.475,95 Kč. Navrhovatel je tak povinen složit na účet úřadu kauci ve výši 189.495,- Kč. Navrhovatel složil kauci na účet úřadu dne 25.2.2020.

Důkaz: doklad o složení kauce

IV.

Navrhovatel předně uvádí, že rozhodnutí o námitkách je co do svého obsahu nepřezkoumatelné, neboť zadavatel se de facto nikterak věcně nevypořádává s argumenty navrhovatele, kdy své „zdůvodnění“ opírá převážně o svůj ničím nepodložený názor či domněnky. K tomuto viz níže.

Navrhovatel spatřuje zásadní rozpor postupu zadavatele, resp. komise se shora uvedenými ustanoveními zákona a zadávací dokumentací v níže uvedeném:

A) Porušení ustanovení § 48 odst. 2 písm. b) odst. 4 a odst. 6 zákona ze strany zadavatele

I. K důvodům vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 6 zákona

Navrhovatel v této části odkazuje na obsah svých námitek, přičemž pro úplnost k tomuto bodu uvádí následující:

Navrhovatel v žádném případě neuzavřel s jiným účastníkem zadávacího řízení jakoukoliv dohodu v souvislosti s kteroukoliv částí veřejné zakázky, přičemž tvrzení zadavatele v rámci rozhodnutí o vyloučení nejsou podložena žádnými relevantními důkazy a skutečnostmi, které by naplňovaly dikci ustanovení § 48 odst. 6 zákona. Svá tvrzení zadavatel navíc dostatečně nezdůvodnil ani v rámci rozhodnutí o námitkách. Zadavatel se v rámci rozhodnutí o námitkách pouze odkazuje na „mimořádně rozsáhlé množství důkazů“, kdy však s argumenty navrhovatele se již dostatečně nevypořádává.

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“. Navrhovatel dodává, že pokud by zadavatel v rámci některé ze žádostí o objasnění, které navrhovateli před jeho vyloučením zaslal, požádal navrhovatele o objasnění daných skutečností, poskytl by mu dostatečné zdůvodnění, na základě kterého by došlo k vyvrácení zadavatelových domněnek a nikdy by tak nemohlo dojít k jeho vyloučení z důvodu tzv. „bid riggingu“. Tuto možnost však zadavatel nevyužil, ačkoliv několikrát vyzýval navrhovatele k objasnění, doplnění či zdůvodnění jiných skutečností a dokladů.

Z jednání zadavatele je tak zjevná účelovost vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení za každou cenu, aby veřejnou zakázku mohl realizovat zadavatelem preferovaný dodavatel.

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

- 1. personálním propojení navrhovatele, 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**

Navrhovatel předně k tomuto uvádí, že jak Bau tak i CEBU měli ke konci lhůty pro podání nabídek, tj. ke dni 20.9.2019 (dále jen „**rozhodný okamžik**“) odlišnou vlastnickou strukturu. Navrhovatel dále

¹ Společnost „Úklid chodníků - Malešice“

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 navrhovatele nebyla podepsána Martinem Moravcem. Z veřejně dostupných informací 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. Ad absurdum by dle výkladu zadavatele nikdy nemohly společnosti, sídlící na stejné adrese, podat nabídku do stejné veřejné zakázky. Takovýto výklad zadavatele není možné v žádném případě přijmout.

V rámci rozhodnutí o námitkách zadavatel uvádí: „(...) *propojení obou uchazečů je naprosto evidentní (...)*“, avšak již nikterak neuvádí, z jakého důvodu činí takovýto závěr. Odůvodnění odmítnutí námitek zadavatelem v této části, jako v jiných částech je tedy nepřezkoumatelné.

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

Navrhovatel 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 navrhovatele. V této souvislosti je nutno upozornit, že se společností. GREEN IDEAS, s.r.o. navrhovatel spolupracuje dlouhodobě i na jiných veřejných zakázkách. GI v daném případě dostala od navrhovatele, resp. od BAU zadání zpracovat cenovou nabídku tak, aby byla vygenerována navrhovatelem požadována minimální výše zisku.

Po obdržení rozhodnutí o vyloučení, ze kterého vyplývá, že nabídka jiného účastníka zadávacího řízení vykazuje shodné rysy jako nabídka navrhovatele, se navrhovatel 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 navrhovateli 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 navrhovatele ze zadávacího řízení nebylo navrhovateli známo, že by se GI podílela na zpracování jakékoliv jiné nabídky podávané do zadávacího řízení.

GI rovněž na dotaz navrhovatele 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 navrhovatelem předloženým zadavateli. Navrhovatel, 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.

Navrhovatel 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

navrhovatelem a jiným účastníkem dojít k uzavření jakékoliv dohody v souvislosti s veřejnou zakázkou. V této souvislosti navrhovatel 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.“

Ačkoliv navrhovatel svůj postup v námitkách zdůvodnil jasnými a logickými skutečnostmi, zadavatel argumentaci navrhovatele bez dalšího nepřijal a v rozhodnutí o námitkách zastává pouze svou ničím nepodloženou „pravdu“, dle které měl navrhovatel „(...) nade vše pochybnost, zcela do detailu (konkrétně s přesností na desetiny haléře) konzultovat nabídkovou cenu s jiným uchazečem společností IRONEX.“ nebo „(...) naprosto vylučuje jakoukoliv jinou možnost, než že obě nabídky byly zpracovány jednou a téže osobou, ať již byl touto osobou ve skutečnosti kdokoliv. Jisté však je, že tato osoba jednala, jak již bylo řešeno, plně s vědomím a dle pokynů uchazečů BAU a IRONEX, které celý postup evidentně prováděly ve vzájemné kooperaci“. Tvrzení zadavatele se však nezakládá na pravdivých základech a nemá ani oporu v zadavatelem provedeném dokazování.

3. záměr snížení hodnoty hranice mimořádně nízké nabídkové ceny

Zadavatel dále argumentuje tím, že mělo ze strany navrhovatele dojít k uzavření dohody s jiným účastníkem zadávacího řízení mj. za účelem snížení zadavatelem stanovené výše mimořádně nízké nabídkové ceny. Jak sám 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 o jakési dohodě za účelem snížení hranice mimořádně nízké nabídkové ceny 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. V rozhodnutí o námitkách zadavatel doslovně uvádí: „(...) právě o takovou přímou dohodu o cenách se v projednávaném případě nepochybně jedná, kdy tato dohoda o ceně je navíc doprovázena ujednáním uchazečů o tom, že vítězem veřejné zakázky bude uchazeč BAU s tím, že uchazeč IRONEX uchazeči BAU k jeho vítězství v zadávacím řízení podáním své nabídky přímo napomůže, čímž mezi těmito subjekty nepochybně dochází také ke vzájemnému dělení trhu.“, aniž by však své tvrzení dostatečně zdůvodnil. Navrhovatel předně nerozumí co zadavatel rozumí „vzájemným dělením trhu“, přičemž z vyjádření zadavatele je zjevné, že celá argumentace zadavatele není ničím podložená, kdy se jedná jen o zadavatelem vykonstruované domněnky.

Navíc navrhovatel upozorňuje na skutečnost, že dle rozhodovací praxe úřadu 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. Zadavatel tak zjevně nepochopil institut zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, když doslovně uvádí „*Důvodem pro tento postup uchazečů je skutečnost, že díky podstatně nižší nabídkové ceně uchazeče BAU (který měl řízení na základě vzájemné dohody s uchazečem IRONEX vyhrát) oproti dalším uchazečům hrozilo, že hranice mimořádně nízké nabídkové ceny bude po zprůměrování všech nabídek vyšší, než je nabídka uchazeče BAU. V takovém případě by pak reálně hrozilo, že uchazeč BAU bude ze zadávacího řízení právě s odkazem na existenci mimořádně nízké nabídkové ceny vyloučen. Aby uchazeč BAU předešel tomuto scénáři, dohodl se s uchazečem IRONEX na tom, že uchazeč IRONEX podá v řízení totožnou cenovou nabídku navýšenou oproti uchazeči BAU pouze v jediné položce o desetinu haléře.* Za této situace se pak oba uchazeči spoléhali na to, že díky o několik haléřů výhodnější nabídce bude jako vítěz zadávacího řízení vybrán ve všech třech částech A-C uchazeč BAU, avšak zároveň, že uchazeč IRONEX díky prakticky stejně nízké nabídkové ceně sníží svojí nabídkou celkový průměr všech podaných nabídek tak, aby hranice mimořádně nízké nabídkové ceny nebyla vyšší, než nabídka uchazeče BAU.“ Navrhovatel upozorňuje, že dle ustanovení § 113 zákona není zadavatel oprávněn ihned bez dalšího vyloučit dodavatele ze zadávacího řízení z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny, nýbrž nejprve jej musí vyzvat k jejímu zdůvodnění. Teprve až po vyzvání je zadavatel oprávněn, nikoliv však povinen, vyloučit dodavatele, a to pouze za předpokladu, že jeho nabídková cena nebyla řádně zdůvodněna. Navrhovatel tedy postrádá logiku v tvrzení zadavatele, a to zejména i za situace, kdy zadavatel v daném případě posoudil nabídkovou cenu navrhovatele jako mimořádně nízkou.

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

Na shora uvedeném tvrzení nic nemění ani četná rozhodnutí úřadu, na které zadavatel v rozhodnutí o námitkách odkazuje, neboť ta v žádném případě nedopadají na danou situaci. V této souvislosti je nutno uvést, že zadavatele nikterak nedokázal v žádném bodě rozhodnutí o námitkách potvrdit svou domněnku o údajném uzavření jakékoliv dohody navrhovatele s jiným účastníkem zadávacího řízení, resp. nedokázal vyvrátit argumenty navrhovatele v jeho námitkách. Zadavatel tak v rozhodnutí o námitkách pouze argumentuje „svou pravdou“, o které je přesvědčen, a to aniž by vzal v potaz relevantní skutečnosti uváděné navrhovatelem v jeho námitkách. Takovýto postup zadavatele je nepřezkoumatelný a je ve zjevném rozporu se základními zásadami postupu zadavatele ve smyslu ustanovení § 6 odst. 1 a 2 zákona.

Důkaz: rozhodnutí o vyloučení

námitky

rozhodnutí o námitkách

II. K důvodům vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 2 písm. b) a odst. 4 zákona

Z rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že zadavatel nesprávně vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení z důvodu uvedeném v ustanovení § 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 navrhovatele 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 nezákonnost a nepřezkoumatelnost postupu zadavatele v zadávacím řízení.

Nelze se tak v žádném případě ztotožnit s argumentací zadavatele v rozhodnutí o námitkách, dle které se jedná o pouhou chybu v psaní, neboť oznámení o vyloučení účastníka z další účasti v zadávacím řízení a oznámení o výběru dodavatele jsou považovány za nejpodstatnější dokumenty, proti kterým je možno podávat opravné prostředky, přičemž tyto dokumenty jsou ve vzájemném rozporu. Tento rozpor nelze zhojit pouhým vyjádřením zadavatele, že se jedná o písarskou chybu, neboť není zřejmé, který z těchto relevantních dokumentů je po faktické a právní stránce správný.

Navrhovatel 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 navrhovatele vyloučit z důvodu dle ustanovení § 48 odst. 2 písm. b) a současně dle ustanovení § 48 odst. 4 zákona.

Nelze se tak v žádném případě ztotožnit s argumentací zadavatele v rozhodnutí o námitkách, dle které je možno vyloučit navrhovatele dle obecného důvodu ve smyslu ustanovení § 48 odst. 2 písm. b) zákona a současně dle speciálního důvodu dle ustanovení § 48 odst. 2 písm. b) zákona.

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

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

Navrhovatel 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 zaslání informace po s navrhovateli požadoval uvést další nové údaje, které nebyly v rámci předchozí výzvy požadovány. Svým podáním ze dne 14.11.2019 navrhovatel 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 navrhovatel řádně a včas reagoval na první dvě výzvy zadavatele a až na třetí

² Pozn.: proti poslední výzvě zadavatele navrhovatel podal v zákonné lhůtě námitky, které však zadavatel odmítl. Navrhovatel v návaznosti na to podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže podnět na přezkoumání úkonu zadavatele (vedeno pod č.j. ÚOHS-04354/2020/521/ŠŠu).

výzvu nereagoval, neboť již uvedl veškeré relevantní informace a údaje a dalšími informacemi by mj. došlo k nepřipustnému 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. Navrhovatel 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. Navrhovateli je tak zadavatelem znemožněn přezkum těchto posudků. Tímto postupem tak zadavatel porušil zásadu transparentnosti dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Pro úplnost navrhovatel uvádí, že v námitkách namítal znečitelnění posudků co do částí vztahujících se k navrhovateli, nikoliv k ostatním účastníkům zadávacího řízení, jak se snaží zadavatel účelově v rozhodnutí o námitkách navodit.

Navrhovatel 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 navrhovatele. Tvrzení zadavatele, dle kterého se RTS, a.s. vyjadřuje k jednotlivým podáním navrhovatele, nelze přezkoumat, neboť tato skutečnost nikterak nevyplývá z podkladů předložených zadavatelem.

Zadavatel v rozhodnutí o námitkách dále uvádí: „RTS dále uvedla, že z doposud Stěžovatelem poskytnutých informací (tj. informacích poskytnutých na základě první a druhé výzvy Zadavatele) nelze s jistotou posoudit, zda jednotkové položkové ceny jsou reálné, či nikoliv, protože první ani druhá odpověď Stěžovatele na výzvy Zadavatele neobsahují žádné relevantní informace. RTS proto Zadavateli doporučila, aby ve vztahu ke Stěžovateli učinil další výzvu týkající se zdůvodnění Stěžovatelem nabídnutých položkových cen.“ Navrhovatel upozorňuje, že daná skutečnost z posudku RTS, který byl zadavatelem zaslán navrhovateli, nevyplývá a nelze ji tedy přezkoumat. Tímto postupem tak zadavatel porušil zásadu transparentnosti dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona.

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. Je nutno upozornit, že ani sám zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevyvrací, že Ing. Jiří Grulich nekonkretizoval relevantní položky, které je nutno nechat opětovně zdůvodnit a následně posoudit. Tímto postupem tak zadavatel porušil zásadu transparentnosti dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona.

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 zasláné zadavatelem. Vyjádření zadavatele v rozhodnutí o

námitkách nemá oporu v postupu zadavatele a v podkladech poskytnutých zadavatelem navrhovatelí, a proto jej jako takové nelze v žádném případě akceptovat.

Nad rámec shora uvedeného navrhovatel upozorňuje, 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. V této souvislosti je nutno upozornit, že s odborností Ing. Jiřího Grulicha co do specializace zeleně a parků v případě poškozování a jejich ničení se zadavatel nikterak v rozhodnutí o námitkách nevypořádal, nýbrž pouze konstatoval, že námitku považuje za nedůvodnou

Navrhovatel 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 navrhovatele. Navrhovatel 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 navrhovatele,
- 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 navrhovateli 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. Navrhovatel upozorňuje, že i sám zadavatel v rozhodnutí o námitkách potvrzuje, že přistupoval rozdílně k jednotlivým dodavatelům. Ačkoliv každá nabídka je svou povahou originální, nelze si v žádném případě představit situaci, že co do způsobu posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny je u jedné nabídky dostačující uvedení rozdělení strojních a režijních nákladů a u další nabídky je potřeba uvedení celé řady informací, rozpočtů apod, které již zasahují do obchodního tajemství daného subjektu (viz položky výše).

Navrhovatel v této souvislosti opakovaně upozorňuje, že zadavatel měl být schopen posoudit nabídkovou cenu navrhovatele již po prvních podáních navrhovatele, neboť zadavatel od navrhovatele 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 navrhovateli postupně požadoval další nové informace a údaje, ačkoliv již nebyly pro účely posouzení nabídkové ceny účelné. V této souvislosti navrhovatel rovněž namítá, že pokud by informace, které zadavatel požadoval ve výzvě ze dne 10.12.2019, byly bez dalšího nezbytné pro posouzení nabídkové ceny navrhovatele, jistě by k nim zadavatel vyzval navrhovatele již v rámci první či druhé výzvy. Tím, že tak neučinil, záměrně navrhovatele administrativně zatěžoval a uváděl ho v nejistotu ve výsledek zadávacího řízení. V této souvislosti se dále navrhovatel ohrazuje nad tvrzením zadavatele v rozhodnutí o námitkách, že třetí výzva bezprostředně souvisela s tím, že navrhovatel nebyl schopen řádně vysvětlit mimořádně nízkou nabídkovou cenu již v rámci předchozích odpovědí. Navrhovatel upozorňuje, že řádně zdůvodnil způsob nacenění jeho nabídkové ceny, přičemž naopak to byl právě zadavatel, který nebyl schopen posoudit nabídkovou cenu navrhovatele a její zdůvodnění, za což nemůže nést navrhovatel v žádném případě odpovědnost.

Zadavatel dále v rozhodnutí o námitkách odkazuje na judikaturu českých soudů, která však z převážné části není aplikovatelná na daný případ, neboť se většinou vztahuje k posouzení kvalifikace. V této souvislosti navrhovatel upozorňuje, že porušení zásady zákazu diskriminace a rovného zacházení se zadavatel dopustil tím, že vyzýval navrhovatele k celé řadě informací a rozpočtů apod, za situace, kdy ostatní vyzvané účastníky zadávacího řízení vyval pouze k předložení pouze dílčích informací či dokladů. Navrhovatel tedy spatřuje porušení shora uvedených zásad právě v rozsahu zadavatelem požadovaných informací, za situace, že po ostatních účastnících zadávacího řízení nebyly vůbec požadovány.

Zadavatel dále v rámci rozhodnutí o vyloučení uvádí, že pro účely posouzení nabídkové ceny navrhovatele nelze vycházet z cen jeho současného dodavatele (ROSSY service, s.r.o.), neboť s plněním současného dodavatele je nespokojen. Toto tvrzení zadavatele je liché a zjevně účelové, neboť dle informací, které má navrhovatel 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. Je nutno uvést, že zadavatel argumentaci navrhovatele ani nikterak v rozhodnutí o námitkách nevyvrátil, resp. nedošlo ze strany zadavatele k řádnému vypořádání se z touto námitkou navrhovatele.

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. Navrhovatel v této souvislosti namítá, že v rámci výzvy ze dne 10.12.2019 nebyl uveden žádný relevantní důvod, proč je navrhovatel zadavatelem opětovně vyzván 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 navrhovatel 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. Navrhovatel 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. Je nutno uvést, že zadavatel argumentaci navrhovatele ani nikterak v rozhodnutí o námitkách nevyvrátil, resp. nedošlo ze strany zadavatele k řádnému vypořádání se z touto námitku navrhovatele.

Navrhovatel závěrem pro úplnost uvádí, že jeho písemná zdůvodnění nabídkové ceny ve svém souhrnu dostatečně určitě zdůvodnila možnost navrhovatele 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 navrhovatelem řádně zdůvodněny a z jakého důvodu i nepovažuje poskytnuté zdůvodnění navrhovatele za dostačující. Toto navíc neučinil ani v rámci rozhodnutí o námitkách.

B) Nezákonný postup zadavatele při výběru dodavatele a vydání rozhodnutí o výběru dodavatele v rozporu se zákonem

Navrhovatel v této části rovněž odkazuje na obsah svých námitek, přičemž pro úplnost k tomuto bodu uvádí následující:

Navrhovatel upozorňuje, 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. K jednotlivým pochybením viz níže:

1. Nezákonné vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení

Ze zprávy o hodnocení vyplývá, že navrhovatel 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 s navrhovatelem, kdyby nedošlo k nezákonnému vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení (viz bod A) 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 navrhovatele, 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;
- 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

Navrhovatel 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 hodnotící 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 navrhovatele vůbec zahrnuta do hodnocení nabídek.

Za předpokladu, že hodnotící 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

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

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.

Navrhovatel pro úplnost dodává, že je dle zákona skutečně v gesci zadavatele, zda nejprve provede fázi hodnocení a následně posouzení podmínek účasti v zadávacím řízení nebo zda bude postupovat v opačném pořadí. Je však nutno upozornit, že zadavatel je povinen jím zvolený postup dodržet, přičemž jednotlivé doklady musí být odpovídat zvolenému postupu. V daném případě se tak však nestalo, o čemž svědčí i skutečnost, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách ani nevyjádřil, jaký postup sám v daném případě zvolil.

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.

Navrhovatel 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.

Navrhovatel 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.

Navrhovatel 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.“*

Zadavatel shora uvedenou námitku v rozhodnutí o námitkách odmítl s odkazem, že nesplňuje náležitosti dle ustanovení § 244 zákona, kdy údajně není zřejmé, jaké konkrétní dokumenty náležitosti nesplňují. K tomuto navrhovatel uvádí, že dle ustanovení § 244 odst. 1 zákona musí být v námitkách uvedeno, kdo je podává, v čem je spatřováno porušení tohoto zákona zadavatelem a čeho se stěžovatel domáhá. Navrhovatel uvádí, že jím podané námitky proti rozhodnutí o výběru splňují veškeré zákonné náležitosti. Navrhovatel zcela jasně vymezil, v čem spatřuje porušení zákona, a proto se nelze ztotožnit s argumentací zadavatele uvedenou v rozhodnutí o námitkách. Pro úplnost je k vyjádření zadavatele nutno uvést, že navrhovatel dokumenty konkretizoval, a to jako „doklady prokazující splnění profesní způsobilosti dle ustanovení § 77 odst. 2 písm. a) zákona, doklady prokazující splnění ekonomické kvalifikace dle ustanovení § 78 odst. 1 zákona a doklady prokazujících splnění technické kvalifikace dle ustanovení § 79 odst. 2 písm. d) zákona“. Navrhovatelem uváděné porušení zákona ze strany zadavatele a k tomu konkretizované doklady naplňují dikci zákona co do splnění náležitostí námitek dle ustanovení § 244 odst. 1 zákona. Odmítnutí námitek zadavatelem je tak neopodstatněné a v rozporu s ustanovením § 245 zákona.

Důkaz: rozhodnutí o výběru vč. příloh

námitky

rozhodnutí o námitkách

dokumentace k veřejné zakázce

V.

Je nutno upozornit, že ze stejných důvodů (viz výše) byl navrhovatel vyloučen i ze zbývajících dvou částí veřejné zakázky. Zadavatel tedy v rámci svého postupu účelově vyloučil navrhovatele 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 navrhovatel 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 s navrhovatelem (v části C veřejné zakázky bude nutné za dobu plnění vynaložit navíc 4.436.214,29 Kč bez DPH).

Navrhovatel v této souvislosti pro úplnost uvádí, že údajné důvody pro které byl zadavatelem vyloučen, jsou svou povahou fakultativní, tzn., i kdyby byla tvrzení zadavatele oprávněná (pozn.: tvrzení zadavatele jsou lichá a v rozporu se zákonem – viz výše), nebyl zadavatel povinen navrhovatele 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 navrhovatel.

Navrhovatel v této souvislosti dále uvádí, že se aktuálně z veřejně dostupných zdrojů dozvěděl, že Ing. Petr Beneš, místostarosta zadavatele, uvolněný zastupitel a radní zadavatele, kterému přísluší pravomoc při rozhodování o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a o výběru dodavatelů v předmětných částech veřejné zakázky, je současně i zaměstnancem jednoho z vybraných dodavatelů v předmětné veřejné zakázce, a to společnosti AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o. S ohledem na tuto skutečnost je zde důvodná obava ze střetu zájmu Ing. Petra Beneše. Dle názoru navrhovatele došlo k účelovému vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ve všech částech veřejné zakázky z důvodu, aby dodavatel AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o. mohl získat realizaci plnění v části B veřejné zakázky a aby byl současně zachován stejný postup ve všech ostatních částech veřejné zakázky.

VI.

Závěrem navrhovatel uvádí, že zadavatel nepostupoval při vydání rozhodnutí o námitkách plně v souladu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona, neboť se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách. Zadavatel se v rámci rozhodnutí o námitkách dostatečně podrobně nevypořádal s námitkami navrhovatele a pouze formálně se k nim okrajově vyjádřil, kdy takovéto vyjádření není dostačující pro řádné vypořádání se s námitkami navrhovatele.

VII.

Navrhovatel dále tímto ve smyslu ustanovení § 61 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád podává

návrh na nařízení předběžného opatření.

Navrhovatel navrhuje, aby úřad, nebude-li možné rozhodnout ve lhůtě dle ustanovení § 246 odst. 1 písm. d) zákona, předběžným opatřením zakázal zadavateli uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

Zadavatel se dopustil závažných porušení zákona, a z tohoto důvodu by mělo dojít ke zrušení rozhodnutí o vyloučení a rozhodnutí o výběru a následně k novému posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení a případně i k novému hodnocení nabídek. Navrhovatel tímto prohlašuje, že má i nadále zájem na získání plnění předmětu veřejné zakázky, a že mu hrozí vznik škody v důsledku výše specifikovaných porušení zákona, a to škody ve formě ušlého zisku z plnění veřejné zakázky, získal-li by veřejnou zakázku namísto navrhovatele jiný dodavatel. Případným uzavřením smlouvy v zadávacím řízení by bylo rovněž zhoršeno postavení navrhovatele v řízení, poškozovány jeho zájmy v zadávacím procesu a odňata mu možnost účinné ochrany jeho práv a oprávněných zájmů.

VIII.

S ohledem na výše uvedené navrhovatel navrhuje, aby úřad

1. nebude-li možné rozhodnout ve lhůtě dle ustanovení § 246 odst. 1 písm. d) zákona, nařídil zadavateli předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku pro část C veřejné zakázky, a dále
2. uložil zadavateli nápravné opatření v podobě zrušení usnesení Rady Městské části Praha 10 č. 59 ze dne 20.1.2020, na základě kterého došlo k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku pro část C veřejné zakázky a k výběru vybraného dodavatele, za současného zrušení všech s tím souvisejících úkonů.

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

Přílohy:

1. plná moc
2. námitky
3. doklad o doručení námitek zadavateli
4. rozhodnutí o námitkách
5. doklad o složení kaucí
6. dále dle textu (není-li součástí dokumentace k veřejné zakázce)

Na vědomí: Městská část Praha 10, Vršovická 1429/68, 101 00 Praha 10- Vršovice