



Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
Sekce veřejných zakázek
tř. Kpt. Jaroše 7
604 55 Brno

Městská část Praha 5
Nám. 14. října 1381/4
150 22 Praha 5

V Praze dne 21. ledna 2013

Návrh na přezkoumání úkonů zadavatele - zrušení zadávacího řízení

podle § 114 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

Veřejná zakázka

„Zajištění datových WAN VPN služeb, internetových služeb a pevných IP hlasových služeb pro
Městskou část Praha 5“, otevřené řízení, ev. č. veřejné zakázky 224009

Zadavatel

Městská část Praha 5 se sídlem Praha 5, Nám. 14. října 1381/4, PSČ 150 22, IČ 00063631

Navrhovatel:

GTS Czech s.r.o. se sídlem Praha 3, Přemyslovská 2845/43, PSČ 130 00, IČ 28492170 zastoupena
na základě plné moci Tomášem Pfefferem, členem sdružení INDOC, místem podnikání Praha 6,
Šermířská 2378/3b, PSČ 169 00, IČ 87705508. Zmocnění je přílohou námitek.

Adresa pro doručování:

Tomáš Pfeffer, datová schránka [akjz487](#), e-mail: pfeffer@indoc.cz

Sdružení INDOC

Tomáš Pfeffer
Ing. Martin Kovařík
Mgr. Vítězslava Kukáková

Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6
Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4
Zadní 209, 691 26 Pouzďřany

IČ 87705508
IČ 14947757
IČ 88107787

www.indoc.cz

datová schránka akjz487
datová schránka e4hyzmg
datová schránka kdw5ubt



I.

Zadavatel – Městská část Praha 5 se sídlem Praha 5, Nám. 14. října 1381/4, PSČ 150 22, (dále jen „zadavatel“) zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“) otevřené zadávací řízení na veřejnou zakázku „Zajištění datových WAN VPN služeb, internetových služeb a pevných IP hlasových služeb pro Městskou část Praha 5“, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 11.7.2012 pod ev. č. zakázky 224009 (dále jen „zadávací řízení“ nebo „veřejná zakázka“).

Společnost GTS Czech s.r.o. se sídlem Praha 3, Přemyslovská 2845/43, PSČ 130 00, IČ 28492170, zastoupena na základě plné moci Tomášem Pfefferem, členem sdružení INDOC, místem podnikání Praha 6, Šermířská 2378/3b, PSČ 169 00, IČ 87705508, (dále jen „navrhovatel“) má zájem na získání předmětné veřejné zakázky. V souladu s tímto zájmem si navrhovatel vyžádal zadávací dokumentaci k předmětné veřejné zakázce a řádně zpracoval a podal svoji nabídku v zadávacím řízení. Podle údajů z otevírání obálek byla nabídka navrhovatele nejlevnější a také ostatním číselně vyjádřitelným kritériím vyhovovala nejlépe.

hodnotící kritéria	cena za 48 měsíců	cena za měsíc	cena za 100 hodin	počet poskytnutých hodin	SLA 4a	SLA 4b	SLA 4c
váha	80 %		5 %	5 %	3 %	2 %	5 %
GTS Czech	8 054 400	167 800	0	980	99,90	99,55	99,92
T-Mobile	8 103 120	168 815	130 000	50	99,80	99,62	99,84
T-Systém	8 960 341	186 674	115 000	2	99,80	99,53	99,85
Havel	14 420 400	300 425	0	1 000 000	99,95	99,90	99,96
O2	14 911 632	310 659	0	100	99,92	99,63	99,83
Omega Net.	15 079 200	314 150	75 000	40	99,80	99,80	99,83

* všechny uvedené ceny v Kč bez DPH

Dne 21.12.2012 bylo navrhovateli doručeno rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 19.12.2012 (dále jen „napadené rozhodnutí“). Následně zadavatel oznámil zrušení zadávacího řízení i prostřednictvím Věstníku veřejných zakázek a to 24.12.2012.

Zadavatel jako důvod pro zrušení zadávacího řízení uvádí, že se v jeho průběhu vyskytly natolik závažné důvody, hodné zvláštního zřetele, že po něm nelze požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Odvolává se na ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ.

Zrušení zakázky zadavatel odůvodňuje takto (cituji) *komise může, v důsledku obsahu konkrétních nabídek uchazečů, svým uvážením, které spočívá v zásadě na subjektivním rozhodnutí komise, ovlivnit výsledné pořadí uchazečů, a to zcela mimo objektivní rámec tohoto zadávacího řízení, čímž by byla do značné míry ohrožena transparentnost výběru nejvhodnější nabídky a zároveň objektivní přezkoumatelnost podaných nabídek.*



Dále zadavatel uvádí, že se ke zrušení zadávacího řízení rozhodl po zvážení veškerých možných kroků, které mohl v dané situaci učinit (cituji) *těmito možnými kroky byla vyloučení některých uchazečů ze zadávacího řízení, popř. nehodnocení jednoho z hodnotících kritérií.*

Na závěr zadavatel konstatuje, že zrušení zadávacího řízení je podle jeho názoru nejtransparentnějším rozhodnutím, které mohl v dané situaci učinit a dodává, že zjištěné skutečnosti nemohl objektivně předvídat.

Navrhovatel se domnívá, že rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení bylo učiněno v rozporu se ZVZ, protože v daném případě nejsou naplněny žádné zákonné důvody umožňující zrušení zadávacího řízení, a tedy ani zadavatelem uvedené. Zadavatel se tak dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. e) ZVZ. Navrhovatel proto v souladu s § 110 ZVZ podal námitky proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.

Zadavatel námitky odmítl rozhodnutím ze dne 4.1.2013, které bylo navrhovateli doručeno dne 5.1.2013 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“ nebo „odmítnutí námitek“). Vzhledem k tomu, že navrhovatel je i nadále přesvědčen o tom, že zadavatel nedodržel postup stanovený ZVZ, podává tímto

n á v r h

na přezkoumání úkonů zadavatele

Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jehož podrobné odůvodnění uvádí níže.

II.

Navrhovatel je v souladu s ustanovením § 115 odst. 1 ZVZ povinen složit spolu s návrhem na účet Úřadu kauci výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky, nejméně však ve výši 50 000 Kč, nejvýše ve výši 2 000 000 Kč.

V daném případě činila nabídková cena navrhovatele 8 054 400 Kč bez DPH, takže navrhovatel složil kauci ve výši

80.544 Kč

Jestliže Úřad pravomocným rozhodnutím návrh nezamítne podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona, žádá navrhovatel o vrácení kauce na účet číslo



1831180/2700,

vedený u Unicredit Bank Czech Republic a.s.

III.

K odmítnutí námitek zadavatelem:

Zadavatel v odmítnutí námitek uvedl, že navrhovatel ve svých námitkách nevyspecifikoval dostatečně újmu, která mu hrozí nebo vznikla. Takovou polemiku navrhovatel a priori odmítá. Je nade všechnu pochybnost jasné, a také to bylo v námitkách uvedeno, že nabídky uchazečů kvůli zrušení zadávacího řízení nebyly hodnoceny, což mělo přímý vliv na (ne)stanovení pořadí nabídek. Navrhovatel v námitkách uvedl, že má zájem na získání veřejné zakázky, v zadávacím řízení předložil nabídku s nejnižší nabídkovou cenou a splňoval velmi dobře i ostatní dílčí kritéria. Lze proto legitimně očekávat, že by jeho nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, k čemuž však s ohledem na neoprávněné zrušení zadávacího řízení nedošlo. Navrhovatel stejně tak konstatoval, že v důsledku vadného postupu zadavatele přišel o možnost plnit veřejnou zakázku. Navrhovatel tedy ve svých námitkách zcela jasně vyjádřil újmu, která mu v důsledku nezákonného postupu zadavatele hrozí, resp. již vznikla. Veškeré uvedené vyplývá logicky také již ze samotného aktu zrušení zadávacího řízení. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel odmítl námitky neoprávněně, v rozporu s § 110 ZVZ, čímž se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) ZVZ.

Dále zadavatel v odmítnutí námitek reagoval na výtku netransparentnosti napadeného rozhodnutí a potvrdil domněnku navrhovatele, že bylo vydáno pro domnělé nesrovnalosti ohledně hodnocení druhého dílčího kritéria - 100 hodin práce za služby nezahrnuté v předmětu plnění veřejné zakázky dle smlouvy o poskytování služeb. K tomu zadavatel dodal (cituji) *že nemohl zajistit transparentní a objektivní podmínky při výběru dodavatele a zároveň objektivně vyhodnotit došlé nabídky v celé jejich šíři*. Na závěr odmítnutí námitek pak zadavatel cituje rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 9 Afs 69/2010 ze dne 21.12.2010 a rozhodnutí Úřadu č.j. S96,97,168/2012 ze dne 4.7.2012, přičemž závěry z těchto dvou dokumentů dává do rozporu, čímž obhajuje zrušení veřejné zakázky jako zákonné.

Navrhovatel trvá i nadále na svých tvrzeních a závěrech uvedených v námitkách.

K přetrvávající námitce netransparentnosti a nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí:

Navrhovatel předně konstatuje, že i po dodatečném vysvětlení, uvedeném zadavatelem v odmítnutí námitek, zůstala většina v námitkách položených otázek nezodpovězena. Neurčitá úvaha zadavatele o tom, že nemohl zajistit transparentní a objektivní podmínky při výběru dodavatele, i nadále nic neříká o tom, jaký obsah nabídek a proč konkrétně je důvodem pro ohrožení transparentnosti výběru. Proč konkrétně měli být někteří uchazeči ze zadávacího řízení vyloučeni a z jakých důvodů k tomu nakonec nedošlo? Proč konkrétně nemohlo být hodnoceno jedno z dílčích hodnotících kritérií? Tyto bližší informace zadavatel neuvedl do napadeného rozhodnutí ani v rámci odmítnutí námitek. Navrhovateli je i nadále znemožněno dozvědět se, zda lze tyto skutečnosti opravdu považovat za důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. To navrhovatel považuje za zásadní vadu napadeného rozhodnutí, která jej činí netransparentním a v konečném důsledku nepřezkoumatelným. Podle všeho tento stav není dán prostou nedbalostí zadavatele, avšak zájmem zakrýt, že je napadené rozhodnutí vydáno v rozporu se ZVZ.

K naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele ke zrušení zadávacího řízení:

Zadavatel může podle § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ zadávací řízení zrušit v situaci, v níž se ocitne zpravidla v důsledku působení některé vnější, nepředvídatelné události, například tehdy, pokud mu byla na veřejnou zakázku přislíbena dotace a před ukončením zadávacího řízení je zřejmé, že zadavatel tuto dotaci neobdrží, nebo pokud je na majetek zadavatele v průběhu zadávacího řízení prohlášen konkurz nebo zadavatel vstoupí do likvidace, nebo v důsledku živelné pohromy nelze po zadavateli požadovat, aby dokončil zadávací řízení na plnění, které již s ohledem na živelnou událost nelze uskutečnit.

Takové okolnosti však v daném případě nenastaly.

Zákonodárce v žádném ustanovení ZVZ nedefinoval, co se považuje za „důvod hodný zvláštního zřetele“, o kterém hovoří ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ. Z toho vyplývá, že nejasnost ZVZ je třeba překonat výkladem v mezích uvážení, a to vždy vzhledem ke konkrétním okolnostem každého jednotlivého případu.

V souvislosti s vymezením důvodů hodných zvláštního zřetele odkazuje navrhovatel na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) č. j. 2 Afs 64/2009-109 ze dne 27.1.2010, kde je k problematice zrušení zadávacího řízení uvedeno: Jakékoliv zrušení zadávacího řízení v případě veřejné zakázky ale musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévůli) veřejného zadavatele, která by mohla vyústit v korupci či nepřípustnou veřejnou odplatu. Proto je třeba ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách a zejména slovní spojení „důvody zvláštního zřetele hodné“ vykládat jako důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele, nikoliv jako důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl jmenovaného zákona.

Shodně s výše citovaným právním názorem NSS vydal Úřad např. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S96,97,168/2012/VZ-12415/2012/520/DŘI ze dne 4. července 2012, kde k důvodům zrušení zadávacího řízení uvedl: *Je zřejmé, že ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona předpokládá skutečnosti, které jsou objektivní, stojící vně veřejného zadavatele a tedy nezávislé na vůli zadavatele – slovy zákona „v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval“. ... Úřad v této věci zcela odmítá názor zadavatele, že z hlediska naplnění podmínek § 84 odst. 2 písm. e) zákona není rozhodující, jakým způsobem okolnosti vylučující pokračování v zadávacím řízení vznikly. Pokud tyto okolnosti zadavatel sám způsobil svým jednáním či opomenutím, nelze je charakterizovat jako okolnosti objektivní, na vůli zadavatele nezávislé. Zadavatelův výklad by popřel účel formulace textu § 84 odst. 2 písm. e) zákona.*

Ve zdůvodnění zrušení zadávacího řízení zadavatel zmiňuje, že tak činí (cituji) *v důsledku obsahu konkrétních nabídek uchazečů*. Pokud však byl obsah nabídek některých uchazečů v rozporu se ZVZ, případně se zadávacími podmínkami, měl zadavatel vyvodit zákonné důsledky z výsledků jejich řádného posouzení, ať je pro konkrétní nabídky příznivé či nikoliv. Nepříjemnost některých nabídek jako důvod hodný zvláštního zřetele opravňující ke zrušení zadávacího řízení v žádném případě neobstojí.

Dále zadavatel hovoří (volně cituji) *o subjektivním rozhodnutí komise a jeho schopnosti ovlivnit výsledné pořadí uchazečů, a to zcela mimo objektivní rámec tohoto zadávacího řízení*. Přes jistou neurčitost tvrzení zadavatele k němu lze uvést, že ZVZ pamatuje na případy, kdy hodnotící komise pochybí, případně poruší postup stanovený ZVZ. V takovém případě ukládá ZVZ zadavateli rozhodnout o novém posouzení a hodnocení nabídek. Pro nové posouzení a hodnocení nabídek má zadavatel ustanovit jinou hodnotící komisi, případně má provést nové posouzení a hodnocení nabídek sám (vše viz ustanovení § 79 odst. 5 ZVZ). Ani možné pochybení hodnotící komise tedy neobstojí jako důvod hodný zvláštního zřetele opravňující zadavatele ke zrušení zadávacího řízení.

Navrhovatel je jednoznačně toho právního názoru, že s ohledem na výše uvedené platí, že jakékoliv nedostatky v nabídkách některých uchazečů, případně vlastní pochybení zadavatele (či jím jmenované hodnotící komise) při vedení zadávacího řízení, obecně nemohou být důvody hodnými zvláštního zřetele, opravňujícími zadavatele ke zrušení zadávacího řízení.

Stejně tak nemohou být tímto důvodem pochybnosti zadavatele o možnosti vyhodnocení druhého dílčího kritéria ocenění 100 hodin práce za služby nezahrnuté v předmětu plnění veřejné zakázky dle smlouvy o poskytování služeb. V této souvislosti je na místě uvést, že zadavatel byl na možnost dvojího (resp. neurčitého) výkladu související části zadávací dokumentace výslovně upozorněn v průběhu lhůty pro podání nabídek. Stalo se tak formou žádostí o dodatečné informace k zadávací dokumentaci č. 1 ze dne 30.7.2012. Na tuto žádost reagoval zadavatel tak, že odmítl jakkoliv upřesnit nejasnosti ohledně ocenění 100 hodin práce

za služby nezahrnuté v předmětu plnění veřejné zakázky. Stěží v tomto ohledu může argumentovat nepředvídatelností, případně tím, že tyto důvody sám nezpůsobil. Případná nejednoznačnost zadávací dokumentace tak jako důvod hodný zvláštního zřetele opravňující ke zrušení zadávacího řízení v žádném případě neobstojí.

K ohodnocení položky 100 hodin služeb nulovou cenou:

Přinejmenším navrhovatel ocenil a zahrnul do předmětu nabídky úplné a bezvadné plnění, přesně jak jej zadavatel požadoval. Zadavatel tedy obdržel přinejmenším jednu nabídku, která splňuje zadávací podmínky a jako taková musí vyhovět posouzení ve smyslu § 76 ZVZ. Zadavatel byl tedy povinen nabídky vyhodnotit podle stanoveného způsobu hodnocení a dokončit zadávací řízení uzavřením smlouvy s uchazečem, který předložil nejvhodnější nabídku.

K uvedení nulové ceny pro položku 100 hodin služeb, nezahrnutých v předmětu plnění veřejné zakázky, uvádí navrhovatel následující:

- jde o svébytné obchodní rozhodnutí navrhovatele, učiněné v rámci jeho celkového úsudku o efektivnosti plnění veřejné zakázky,
- podle výslovného tvrzení zadavatele (viz strana 16 zadávací dokumentace a též strana 4 rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 3.8.2012) jde o služby nezahrnuté v předmětu plnění,
- navrhovatel nenabízí službu bezúplatně, ale pouze není objektivně schopen v rámci složek jednotlivé služby provést požadované ocenění, neboť požadované doplňkové služby jsou neoddělitelné od služby hlavní, navíc z formulace zadávací dokumentace není vůbec zřejmé, zda budou zadavatelem skutečně čerpány,
- tyto a obdobné položky nejsou účtovány ani zákazníkům navrhovatele v běžném obchodním styku,
- z nabídky navrhovatele vyplývá jednoznačný závazek všechny poptávané služby poskytovat,
- zadavatelem stanovený způsob hodnocení dílčích kritérií nebrání hodnotící komisi přiřadit nabídkám s nulovou cenou této položky 100 bodů, tedy nejvyšší možné hodnocení,
- ocenění této položky nulovou cenou nebrání žádná z podmínek zadávací dokumentace, zákaz ocenění předmětných služeb nulovou hodnotou nelze z podmínek zadání nijak dovodit. (Zadavatel konkrétně uvádí *v případě, že během plnění veřejné zakázky dojde*



k vyčerpání hodin, požaduje zadavatel, aby uchazeči uvedli cenu za služby nezahrnuté v předmětu plnění...)

- ocenění této položky nulovou cenou nebrání žádný z požadavků ZVZ ani jiné legislativní předpisy, související s veřejným zadáváním. Nelze hovořit zejména o porušení požadavku úplatného plnění charakterizující veřejnou zakázku v § 7 ZVZ, protože v daném případě se jedná o služby nezahrnuté v předmětu plnění veřejné zakázky, jak navrhovatel uvedl již výše, jejichž čerpání je navíc odvislé od počtu hodin, které budou v průběhu veřejné zakázky vyčerpány, resp. od počtu hodin, které zadavateli poskytne vybraný uchazeč v rámci plnění veřejné zakázky.

Pokud by byl navrhovatel nucen nějakou cenu v rámci této dílčí položky uvést, musel by postupovat buď ve smyslu „symbolické ceny“, která by mohla být následně označena za mimořádně nízkou, anebo naopak naprosto nad rámec obvyklého sestavování cen tuto položku mimořádně ocenit, což by však vedlo k neopodstatněnému zvýšení nabídkové ceny.

Nabídka navrhovatele obsahuje úplné a bezvadné ocenění předmětu plnění, jehož výsledkem je cena za plnění veřejné zakázky 8 054 400 Kč bez DPH. Mimochodem jde o nejnižší nabídkovou cenu ze všech předložených nabídek.

Tato celková nabídková cena obsahuje náklady na 980 hodin služeb, které se navrhovatel zavázal poskytnout zadavateli nad rámec předem definovaných služeb předmětu plnění a to plně v souladu s jeho požadavky, uvedenými v čl. 9.2 zadávací dokumentace.

Již to je dostatečné množství hodin na poskytnutí služeb v souvislosti s rekonfigurací a budoucím nastavení služeb dle požadavků zadavatele. Pro úplnost navrhovatel poznamenává, že nabídky ostatních dodavatelů v tomto dílčím kritériu oscilují od dvou hodin (T-Systems Czech Republic a.s.) až po jeden milion hodin (ha-vel internet s.r.o.). Je evidentní, že rozptyl užitné hodnoty, kterou touto formou zadavatel získává, dosahuje enormních hodnot. Vyjádřeno penězi může jít o částku v rozmezí nuly až jednotek milionů korun. Zadavatel přitom v zadávací dokumentaci nestanovil žádné hraniční hodnoty, jež by v tomto dílčím kritériu považoval za maximální. Otevřel tak prostor pro nabízení skoro až nereálných hodnot. Předložené nabídky však musí respektovat.

Vice versa pak v druhém dílčím hodnotícím kritériu nemůže zadavatel penalizovat navrhovatele za nulovou, tedy „příliš nízkou“ nabídkovou cenu, notabene týká-li se služeb, které jsou nade všechnu pochybnost stanoveny mimo vymezený předmět plnění veřejné zakázky.

V souvislosti s oceněním dílčí položky „Poskytování služeb nezahrnutých v předmětu plnění poskytovaných nad rámec hodin nabídnutých uchazečem dle odst. 9.2. písmena A. zadávací dokumentace“ navrhovatel neskrývá před zadavatelem žádné náklady a nebude mu je účtovat dodatečně či jiným pokoutným způsobem. Postup navrhovatele tak rozhodně nelze označit za

manipulativní či uskutečněný účelově ve snaze získat neoprávněně lepší hodnocení. Chybí totiž to podstatné – co konkrétně by navrhovatel v momentu hodnocení skryl a následně neoprávněně po zadavateli požadoval v průběhu realizace plnění.

Pokud zadavatel požaduje ocenit určitou složku služby, která je však naprosto obvyklou součástí jiné služby a není proto možné ji oddělit, neexistuje způsob, jak tuto položku ocenit. O tom, že tento postup není ojedinělý, svědčí i ta skutečnost, že jej v daném zadávacím řízení kromě dodavatele využili další 2 dodavatelé – společnosti Ha-Vel internet s.r.o. a Telefónica Czech Republic, a.s. Navrhovatel tedy není jediný, kdo v daném dílčím hodnotícím kritériu uvedl nulovou hodnotu, ale postupovali tak tři ze šesti uchazečů.

K rozsudku NSS a rozhodnutí Úřadu zmiňovaným zadavatelem v odmítnutí námitek:

Dodavateli není zřejmé, proč zadavatel v odmítnutí námitek cituje rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 9Afs 69/2010 ze dne 21.12.2010. Ve zmiňovaném rozsudku se jednotlivá dílčí kritéria veřejné zakázky vztahovala ke zcela samostatným činnostem, izolovaným od sebe vzájemně, které však ve všech případech tvořily předmět plnění veřejné zakázky. Zadavatel hodnotil na jedné straně nájemné za vodohospodářskou soustavu a na straně druhé cenu za správu vodohospodářského majetku. Šlo o spojené nádoby, kdy vyšší nájemné, nabídnuté zadavateli, mohlo být zneváženo vyšší cenou, žádanou dodavatelem za správu tohoto majetku. Nejvyšší správní soud správně dovodil, že účelovým uvedením nulové položky uchazeč celkově znemožnil hodnocení ekonomické výhodnosti jeho nabídky. Nejvyšší správní soud navíc konstatoval, že předmětné dílčí hodnotící kritérium bylo vymezeno zcela jasně a určitě a v uchazečích nemohlo vyvolat pochybnosti, jakým způsobem jej mají ocenit.

Podporu svého tvrzení, že byl oprávněn tuto dílčí položku ocenit nulovou hodnotou, navrhovatel naopak nalézá v rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S96,97,168/2012/VZ-12415/2012/520/DŘI ze dne 4. července 2012.

Toto rozhodnutí je ve vztahu k posuzované věci mnohem přiléhavější a to přinejmenším z toho důvodu, že se týká věci informačních a komunikačních technologií. Úřadem bylo vydáno dva roky po vynesení zadavatelem zmiňovaném rozsudku a nemůže tedy nerespektovat právní názor soudu. Navrhovatel má za to, že je s ním zcela v souladu, Úřad zde pouze správně zohlednil specifikum konkrétního plnění.

Navrhovatel níže cituje podstatné části rozhodnutí:

Bod 82:

Pokud uchazeč předloží nabídku, ve které budou některé položky cenového modelu proškrtnuty, tedy neoceněny, nebo oceněny hodnotou 0 Kč, nelze bez dalšího automatiky považovat takový postup uchazeče za postup v rozporu se zadávacími podmínkami.

Z nabídky uchazeče musí vyplývat jednoznačný závazek všechny poptávané služby poskytovat.

Z hlediska jejich jednotlivých ocenění ovšem nelze nereflektovat ustálené obchodní a cenové praktiky dodavatelů používané v běžném obchodním styku.

I přesto, že zadávací řízení je specifický, vysoce formalistický způsob uzavírání obchodních smluv, nelze u jednotlivých nabídek, bez náležitého opodstatnění, posuzovat předkládané ocenění služeb bez vztahu k uvedeným obchodním praktikám.

Zvláště v případě informačních a komunikačních technologií, které jsou předmětem přezkoumávané veřejné zakázky, je obvyklým standardem, že jednotlivé služby jsou u různých dodavatelů nabízeny odlišnými způsoby, které se zákonitě projevují ve způsobu jejich oceňování resp. možnosti či nemožnosti tyto služby ocenit.

U těchto služeb neexistuje z povahy věci jednotný (univerzální) cenový model, který by bylo možné aplikovat na všechny způsoby poskytování těchto služeb na trhu. Zvláště u tohoto druhu služeb, jejichž dílčí složky (dílčí služby) jsou různými způsoby vzájemně propojené, mnohdy technologicky neoddělitelné a tedy samostatně neocenitelné, nelze bez náležitého odůvodnění uchazeče vyloučit z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění zadávacích podmínek.

V takovém případě totiž nelze automaticky konstatovat, že pokud cena položky (služby) stanovené zadavatelem není v nabídce uchazeče vyplněna, nebude daná služba dodavatel poskytována vůbec.

Současně to rovněž automaticky neznamená, že tato služba není v rámci předložené nabídky oceněna, neboť hodnota této služby je zahrnuta v ceně služby jiné.

Bod 83:

Tím, že uchazeč některou položku v šetřeném případě neocenil nebo ocenil hodnotou 0 Kč, nedochází žádným způsobem k deformaci procesu zadávacího řízení, jehož účelem je výběr ekonomicky nejvýhodnější nabídky. Tímto postupem uchazeče tedy není vyloučena možnost vzájemné porovnatelnosti předložených nabídek.

Bod 84:

Existují veřejné zakázky, jejichž předmět (poptávané služby) lze jednoznačně, smysluplně a v souladu se standardy obvyklého obchodního styku rozdělit do jednotlivých dílčích služeb a tyto ocenit. U informačních a komunikačních služeb to ale s ohledem na jejich charakter a zásadní rozdíly ve způsobu jejich oceňování dodavateli lze jen stěží. Tak je tomu i v předmětné veřejné zakázce.

Bod 85:

V tomto smyslu tedy nelze přisvědčit zadavateli, že rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 69/2010 ze dne 21. 12. 2010 se přezkoumávaného případu týká.

K hodnocení nabídek pomocí dílčích kritérií:

Zadavatel, resp. jím jmenovaná hodnotící komise, měla namísto zrušení zadávacího řízení několik přijatelnějších možností, jak se vyrovnat s hodnocením druhého dílčího hodnotícího kritéria „ocenění 100 hodin práce za služby nezahrnuté v předmětu plnění veřejné zakázky“.

Všechny níže popsané způsoby hodnocení jsou uvedeny v příloze č. 2 návrhu. Pro lepší názornost vždy obsahují i hodnocení zbývajících dílčích kritérií.

1. Prvním z nich je postup, kdy nabídky všech uchazečů nabízejících nulovou hodnotu, získají v tomto dílčím kritériu plný počet 100 bodů. Uchazeč s druhou nejvýhodnější nabídkou, v tomto případě společnost Omega Network, která tuto položku ocenila částkou 75 tis. Kč, získá též 100 bodů. Nabídky zbývajících uchazečů již budou hodnoceny standardně s pomocí matematického vzorce.
2. Další možný postup je substituovat pro účely vyhodnocení druhého dílčího kritéria nulové hodnoty částkou 1 Kč. Ke zkreslení hodnocení by nedošlo, jelikož takto bagatelní rozdíl se ve výsledku přiděleného hodnocení tohoto dílčího kritéria projevuje hluboko za desetinnou čárkou. Matematický vzorec, který si zadavatel stanovil bez předpokladu na legitimní možnost obdržet nulové hodnoty, by mohl být užít bez jakéhokoli omezení.
3. Pro úplnost navrhovatel provedl modelové hodnocení nabídek i při faktickém anulování tohoto dílčího kritéria, když nabídkám všech uchazečů přiřadil nejvýhodnější hodnocení 100 bodů. S ohledem na jeho nízkou váhu a konkrétní hodnoty v nabídkách jednotlivých uchazečů, nemá jeho hodnocení tímto způsobem žádný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, dokonce neovlivňuje ani pořadí výhodnosti na dalších místech.

V souvislosti se všemi modelovými případy navrhovatel poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 50/2011, který se extenzivně věnuje nedostatkům v dílčích hodnotících kritériích. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku mj. uvedl (cituji)

Zadavatel je povinen hodnotit nabídky uchazečů jako celek a musí předvídat možné komplikace, které mohou nastat.

Kritériu sankcí byla přidělena váha 25%, nejednalo se proto o kritérium, které by samo o sobě mohlo zcela zvrátit hodnocení jednotlivých nabídek.

Napadené rozhodnutí se přitom týká zrušení zadávacího řízení na zakázku v souvislosti s druhým dílčím hodnotícím kritériem, jehož váha byla pouhých 5% a položky cen jednotlivých uchazečů se v něm pohybovaly od 0 Kč do 130 tis. Kč. Samotná nabídková cena za plnění veřejné zakázky se přitom pohybovala v rozmezí od 8 054 400 Kč do 15 079 200 Kč a byla hodnocena dílčím kritériem s váhou 80%. Je nezvratitelně dáno, že hodnocení druhého dílčího kritéria nemá žádný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, dokonce ani neovlivňuje pořadí výhodnosti nabídek na dalších místech.

K odkazu na možnost Úřadu zrušit zadávací řízení:

Zadávací podmínky byly nakonec vymezeny tak, jak byly, a záleželo na každém z uchazečů, jak se k jejich naplnění postaví. Podle § 49 odst. 1 ZVZ je každý dodavatel oprávněn po zadavateli požadovat písemně dodatečné informace k zadávacím podmínkám. Podle § 110 ZVZ je každý dodavatel oprávněn podat proti zadávacím podmínkám námitky. Tyto možnosti mají všichni dodavatelé shodně a zcela v souladu se zásadami podle § 6 ZVZ. Žádný dodavatel však zmíněných postupů nevyužil. Neexistuje tak nikdo, jehož domnělá práva by měl zadavatel chránit svévolným zrušením zadávacího řízení. Lhůta pro napadení zadávacích podmínek opravným prostředkem již marně uplynula, a nikdo z dodavatelů ji nevyužil. Tento právní názor navrhovatele již potvrdil i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, když v jednom ze svých rozhodnutí uvedl (cituji) *K argumentaci navrhovatele uvedené v návrhu Úřad konstatuje, že souhlasí s jeho názorem, že za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel, že dodavatelé mají možnost vyjasnit si možné nejasnosti formou žádosti o dodatečné informace a že není chybou uchazečů, když v se v nabídce přikloní k takovému výkladu zadávacích podmínek, který jim umožní lepší pozici při plnění veřejné zakázky, přičemž takový postup uchazeče nemůže být pro zadavatele důvodem pro jeho vyloučení. Stejně tak Úřad souhlasí s názorem navrhovatele, že důvodem pro zrušení zadávacího řízení nemůže být možnost poškození hypotetického dodavatele, který pro nejednoznačnost zadávací dokumentace nepodal nabídku, aniž by se pokusil tuto nejednoznačnost odstranit některým ze způsobů, které jsou podle zákona možné (žádost o dodatečné informace, námitky proti zadávací dokumentaci, případně i následný návrh na zahájení správního řízení).*

Ke zrušení zadávacího řízení ze zadavatelem uvedených důvodů by byl oprávněn pouze Úřad a to výhradně po provedeném správním řízení, v němž by rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel postup stanovený ZVZ pro zadání veřejné zakázky, a zrušení zadávacího řízení by uložil jako nápravné opatření ve smyslu § 118 ZVZ. Uložení takto razantního nápravného opatření však je možné pouze za předpokladu, že nezákonný postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V daném případě tato podmínka naplněna není, protože jak bylo uvedeno výše, i kdyby došlo k disproporcím v hodnocení druhého dílčího kritéria, tyto se

neprojevují do výběru nejvhodnější nabídky, dokonce ani neovlivňují pořadí výhodnosti nabídek na dalších místech.

K možnostem zrušení zadávacího řízení jako důsledek autoremedury zadavatele:

Za situace, kdy jsou podány vyhovující nabídky, zadávací podmínky veřejné zakázky nebyly napadeny oprávněným prostředkem a objektivně nic nebrání dokončit zadání veřejné zakázky, zadavatel nebyl oprávněn dojít k závěru, že z důvodu „mimo objektivní rámec zadávacího řízení“ je nutné zadávací řízení zrušit. Kromě již zmiňované absence právní opory pro tento postup (neexistují důvody podle § 84 ZVZ), chybí pro tento postup zadavatele i věcné důvody.

Navrhovatel odmítá názor, že je zadavatel oprávněn zrušit zadávací řízení na základě údajného porušení ZVZ, které zjistil dodatečně. Nemůže obstát obhajoba hypotetických zájmů údajně diskriminovaných dodavatelů, jíž ve prospěch zrušení zadávacího řízení argumentuje zadavatel, jestliže se jejich existence v průběhu celého zadávacího řízení vůbec neprokázala. Naznačený princip však nemůže obstát ani v obecné rovině, neboť připustit jej by znamenalo vnést do procesu zadávání veřejných zakázek nepřijatelnou právní nejistotu pro dodavatele. Prakticky v každém zadávacím řízení lze totiž najít dodatečně něco, co zadavatel usilující o zrušení zadání označí za porušení ZVZ, a využije to k odůvodnění záměru zrušit zadávací řízení.

Na právě uvedeném nic nemění ani § 111 odst. 6 ZVZ, podle něž zjistí-li zadavatel v průběhu zadávacího řízení, že některým úkonem porušil ZVZ, přijme opatření k jeho nápravě i v případě, když proti takovému úkonu námitky neobdržel. Toto ustanovení ZVZ je nutné aplikovat v kontextu § 84 ZVZ, který explicitně upravuje podmínky, za nichž je zadavatel povinen resp. oprávněn zrušit zadávací řízení. Možnost autoremedury zadavatele zmíněná v § 111 odst. 6 ZVZ v § 84 ZVZ uvedena není. Pokud by zákonodárce měl v úmyslu umožnit zadavateli zrušení veřejné zakázky na základě zjištěného porušení ZVZ, nepochybně by tuto možnost zásadního významu zmínil i v § 84 ZVZ, což však neučinil.

Zásadně též nelze přisvědčit tvrzení zadavatele v tom smyslu, že § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ dává zadavateli možnost, aby zrušil zadávací řízení, pokud zjistí, že některým svým úkonem porušil ZVZ. Předmětné ustanovení ZVZ vyžaduje existenci důvodů hodných zvláštního zřetele, které se vyskytly v průběhu zadávacího řízení, a pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Pod důvody hodné zvláštního zřetele očividně nelze podřadit vlastní činnost zadavatele či jeho jednotlivé úkony, například vymezení zadávacích podmínek či pochybnosti hodnotící komise o možnosti hodnocení některého z dílčích kritérií. Podle ustálené judikatury a rozhodovací praxe Úřadu musejí být tyto důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele. Zmíněná úvaha zadavatele je tak pouze dalším neúspěšným pokusem, jak dodat zrušení zadávacího řízení zdání legitimacy.



Motivem jednání zadavatele je zřejmě reakce na to, že se zadávací řízení nevyvinulo podle jeho představ. Takový postup, jehož završením je účelové zrušení zadávacího řízení, je však zcela nepřipustný, neboť působí přímou újmu navrhovateli, případně dalším dodavatelům, kteří splnili zadávací podmínky a legitimně očekávají, že zadávací řízení bude dokončeno v souladu se ZVZ uzavřením smlouvy. V případě navrhovatele je pak újma zcela zřejmá, protože pokud by nebylo rozhodnuto o zrušení zadávacího řízení, jeho nabídka by se umístila na prvním pořadí.

IV.

Navrhovatel na závěr návrhu znovu rekapituluje důvody, na jejichž základě je přesvědčen o tom, že zadavatel zrušil zadávací řízení nezákonně:

- Neexistují závažné důvody, hodné zvláštního zřetele, pro které by po zadavateli nešlo požadovat, aby předmětné zadávací řízení řádně dokončil. Nebyly tedy naplněny podmínky uvedené § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ a zadavatel zrušil zadávací řízení v rozporu se ZVZ.
- Tvzení zadavatele, že musel zadávací řízení zrušit v důsledku obsahu konkrétních nabídek uchazečů, není pravdivé; zadavatel měl místo toho vyvodit zákonné důsledky z výsledků jejich řádného posouzení, ať je pro konkrétní nabídky příznivé či nikoliv.
- Tvzení zadavatele, že byla ohrožena transparentnost výběru nejvhodnější nabídky, aniž by tuto skutečnost mohl předvídat, či jí sám nezpůsobil, není pravdivé; hodnocení podle druhého dílčího hodnotícího kritéria lze provést přinejmenším třemi způsoby, přičemž s ohledem na jeho nízkou váhu a konkrétní hodnoty v nabídkách jednotlivých uchazečů, nemá jeho hodnocení žádný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, ba dokonce neovlivňuje ani pořadí výhodnosti nabídek na dalších místech.
- I kdyby zadávací dokumentace obsahovala nejednoznačné požadavky, nemůže zadavatel zrušit zadávací řízení v rozporu s podmínkami § 84 ZVZ. Ke zrušení zadávacího řízení je v takovém případě oprávněn pouze Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. To však již není možné, neboť žádný z dodavatelů nepodal v zákonném termínu (5 dnů ode dne ukončení lhůty pro podání nabídek – viz § 110 odst. 3 ZVZ) námitky proti zadávací dokumentaci a současně není naplněn předpoklad, že nezákonný postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu.

V.



S ohledem na výše uvedené skutečnosti považuje navrhovatel za prokázané, že zrušení zadávacího řízení bylo učiněno v rozporu se ZVZ, jelikož nebyly naplněny zákonné podmínky ve smyslu ustanovení § 84 odst. 2 ZVZ.

Navrhovatel se proto domáhá a navrhuje, aby Úřad uložil podle § 118 odst. 1 ZVZ zadavateli

nápravné opatření

spočívající ve

zrušení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.

K provedení důkazů potvrzujících výše uvedená tvrzení navrhovatele navrhuje navrhovatel dokumentaci o veřejné zakázce. Navrhovatel dále navrhuje, aby Úřad rozhodl, že zadavatel se dopustil **správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona** tím, že odmítl námitky v rozporu s § 110 zákona.

GTS Czech s.r.o.

Přílohy (vyhotovení určeného pro Úřad):

1. Doklad o doručení námitek zadavateli
2. Model hodnocení kritérií