

Stěžovatel:

Společnost Hřiště hrou s.r.o.

IČ: 036 73 073

Sídlo: Sobotecká 810, 511 01 Turnov

Zast.: Ing. Tomáš Tomsa, jednatel

Město Pec pod Sněžkou

zast.

spol. INGENIRING KRKONOŠE

a.s.

Horská 634

541 01

V Turnově dne 24.07.2017

Elektronicky – emailem + datovou schránkou

Naučná stezka Pecka – Herní krajina Portášky - Námitky proti zadávací dokumentaci veřejné zakázky

Vážené dámy, vážení pánové,

dovolujeme si touto cestou ve smyslu ustanovení § 241 a násl. zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“) vznést námitky proti zadávací dokumentaci zadavatele, kterým je město Pec pod Sněžkou (dále jen „Zadavatel“), a to v rámci veřejné zakázky „Naučná stezka Pecka – Herní krajina Portášky“ (dále jen „Veřejná zakázka“), která byla dne 29.06.2017 vydána Zadavatelem (dále také jako „ZD“ nebo „Zadávací dokumentace“).

Stěžovatel, tj. naše společnost, se specializuje na realizaci stavebních prací a dodávek srovnatelných s Veřejnou zakázkou, tj. na realizaci výstavby dětských hřišť, lanových stezek a kulturních staveb, jejichž konstrukce se sestává převážně ze dřeva a kovu, případně z dalších doplňkových materiálů. O uveřejnění výzvy k podání nabídek v rámci Veřejné zakázky jsme se dozvěděli z elektronického portálu veřejných zakázek dne 12.07.2017.

Dovolujeme si upozornit na následující skutečnosti, které podle našeho názoru představují porušení ZZVZ a principů zadávacího řízení v rámci Veřejné zakázky, a to:

- Výzva k podání nabídek byla podepsána starostou města Pec pod Sněžkou dne 29.06.2017 a lhůta pro podání nabídek počala běžet dne 30.06.2017, který vyšel na pátek. Následoval týden se dvěma státními svátky, kdy se všeobecně očekává pasivita a čerpání dovolených. Takto zahájené zadávací řízení má za důsledek, že se významně zkracuje reakční doba pro dodavatele, kteří při tak technicky i ekonomicky složité zakázce mají velmi málo časového prostoru pro zpracování odpovídající a kvalifikované nabídky.
- Termíny prohlídky místa plnění byly stanoveny na 07.07 a 10.07.2017, což vycházelo na pátek ihned po státních svátcích a pondělí, s tím, že nejméně dva dny předem bylo třeba se objednat, tj. u 07.07.2017 vycházelo toto datum na 05.07.2017, což byl státní svátek a u 10.07.2017 pak na 08.07.2017, což byla sobota. Rovněž v tomto případě došlo k nastavení termínů pro zcela zásadní a nutnou aktivitu dodavatelů před podáním nabídky tak, že tito byli významně omezeni v možnosti se reálně zadávacího řízení zúčastnit a vytvořit odpovídající nabídku. Takový způsob stanovení prohlídek místa plnění považujeme za značně problematický a rozporný se zásadami zadávacího řízení.

- Předmětem Veřejné zakázky je výstavba Herní krajiny, která se sestává z tří celků, které jsou výrobně velmi složité co do jejich konstrukce, a to nejen na vytvoření, ale i na ocenění a práci rozpočtáře. Reálná lhůta ke zpracování nabídky činí 15 pracovních dní, což je při tak komplikovaném typu zakázky velmi málo časového prostoru, přičemž je také nutno brát v úvahu skutečnost, že se dodavatelé o podání výzvy k předložení nabídek zpravidla nedozvědí ihned. I když byla dodržena minimální zákonná lhůta pro podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení, považujeme ji z důvodu náročnosti celého projektu za nepřiměřeně krátkou a diskriminační. V souvislosti s tím pak byl stanoven zcela minimální prostor pro případné vysvětlení zadávací dokumentace, resp. pro eventuelní námitky nejasností v zadání.
- V daném případě této Veřejné zakázky je třeba ocenit celkem 18 atypických prvků, z nichž některé jsou velmi složité. Zkušený konstruktér na složitějších herních prvcích stráví reálně 0,5 - 1 den na jednom takovém prvku. Vzhledem ke lhůtě pro podání nabídek a k termínům nastaveným zadavatelem pro prohlídky místa realizace Veřejné zakázky je objektivně nemožné takovou nabídku kvalifikovaně a řádně vypracovat a předložit, pakliže by již nebyl některý z dodavatelů předem na takový typ zakázky připraven, což si lze za standardních podmínek jen velmi těžko představit.
- Zadavatel v odst. 6.5 písm. a) ZD v rámci technické kvalifikace požaduje předložení seznamu zakázek poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto zakázek. Ze seznamu musí vyplývat realizace alespoň tří (3) zakázek obdobného charakteru s finančním plněním nejméně 15 mil. Kč bez DPH za každou jednotlivou zakázku. Součástí alespoň jedné ze zakázek pak musí být realizace lanové stezky, realizace dřevostavby v oblasti cestovního ruchu či kulturní stavby a realizace obdobných interaktivních herních prvků ze dřeva a kovu, přičemž u lanové stezky a interaktivních herních prvků je zakázána poddodávka těchto plnění. Vzhledem ke stanovení objemu jednotlivých zakázek a vzhledem k složitosti takových zakázek považujeme za diskriminační, pakliže u uvedených součástí zadavatel vylučuje použití subdodavatele, neboť u takto objemných zakázek je obvykle téměř vyloučeno, aby veškeré součásti plnění realizoval dodavatel sám. Odkaz na ustanovení § 105 odst. 2 ZZVZ je navíc ve vztahu k požadovaným referencím technické způsobilosti zcela nepřipadný, neboť tento se týká situace, kdy zadavatel může určit, aby významné činnosti při plnění veřejné zakázky vykonával dodavatel přímo sám, nikoli to, co má být obsahem referencí u již uskutečněných dodávek ze strany dodavatele před zahájením konkrétního zadávacího řízení. K tomu si pak dovoluujeme odkázat na ustanovení § 79 odst. 2 písm. a) a odst. 4 ZZVZ, ze kterých nevyplývá, že by zadavatel byl oprávněn stanovit, že referenční realizované zakázky nesmějí být spojeny s činností poddodavatelů daného uchazeče/dodavatele podávajícího nabídku.

Namítáme proto zcela jednoznačné porušení zákona spočívající ve stanovení technických podmínek pro Veřejnou zakázku v rozporu s § 6 odst. 1 a 2 ve spojení s § 79 ZZVZ, s důsledkem porušení zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Rozhodovací praxe

Naše shora uvedené závěry pak opíráme o následující rozhodovací praxi ÚOHS a Nejvyššího správního soudu ČR (NSS), či soudů krajských (KS), kterou činíme součástí našeho právního zhodnocení vznesených námitek:

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 3. 3. 2010, č.j. ÚOHS-S230/2009/VZ-1726/2010/520/DŘÍ

ÚOHS v této kauze uzavřel následující.

Zadavatel je při formulaci technických podmínek povinen dodržovat zásady nediskriminace. Vymezením technických podmínek nesmí zadavatel bezdůvodně zvýhodnit či znevýhodnit některé dodavatele. [...] Výše uvedené neznámá, že je zadavateli upírána možnost stanovit technické podmínky podle svých potřeb. Technická specifikace ovšem vždy musí vycházet z objektivně zdůvodnitelných požadavků. [...] ÚOHS také uzavřel, že stanovení byt' pouze jedné technické podmínky v zadávací dokumentaci v rozporu s § 45 odst. 3 ZVZ představuje pochybení zadavatele, jehož nápravu lze sjednat pouze zrušením zadávacího řízení.

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 6.10.2015, č.j. ÚOHS-S0501/2015/VZ-32008/2015/543/JWe

ÚOHS v této kauze uzavřel následující.

Zadavatel má při formulaci technických podmínek povinnost dodržovat obecné zásady zadávání veřejných zakázek zakotvené v § 6 odst. 1 ZVZ. Vymezením technických podmínek nesmí zadavatel bezdůvodně zvýhodnit či znevýhodnit některé dodavatele, přičemž neodůvodněně přísné nastavení technických podmínek může vést k neoprávněnému zvýhodnění určitého dodavatele. Stanovení neodůvodněně přísných technických podmínek by pak mohlo být považováno za jednání, které brání hospodářské soutěži, a to jak ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce, tak obecně, neboť z této soutěže vylučuje, bez zjevného důvodu, dodavatele, kteří nejsou z různých důvodů schopni dostát takto stanoveným požadavkům, jejichž splnění však v konkrétním případě není nutné pro naplnění předmětu a účelu veřejné zakázky.

Je nutné vždy vycházet ze smyslu a účelu právní úpravy zadávání veřejných zakázek, která je v zákoně obsažena, kdy primárním cílem zákona je zajištění nejvyšší možné průhlednosti procesu zadávání veřejných zakázek a fair prostředí, pokud jde o použití veřejných prostředků tak, aby byly tyto prostředky využívány efektivně, hospodárně a účelně. Tím, že mezi jednotlivými uchazeči o veřejnou zakázku probíhá vzájemná soutěž, jsou tito nuceni nabídnout zadavateli co možná nejvýhodnější cenu, za co možná nejlepší kvalitu nabízeného plnění. Předpokladem pro existenci hospodářské soutěže mezi dodavateli je pak konkurenční prostředí, ve kterém mají zájemci o veřejnou zakázku rovné podmínky a soutěž není cíleně deformována ze strany zadavatele nebo některých dodavatelů. K průhlednosti zadávacího procesu a k zajištění rovných podmínek pak mají přispět zásady zadávacího řízení vymezené v § 6 odst. 1 ZVZ.

Rozsudek KS Brno ze dne 11.10.2007, č.j. 62 Ca 9/2007-104

KS Brno v tomto svém rozsudku uzavřel, shrnuto do právní věty, následující. Zadavatel je při stanovování obsahové náplně jednotlivých požadavků na prokázání technických kvalifikačních předpokladů kromě § 50 odst. 3 a § 56 ZVZ vázán pravidlem, podle něhož nesmí porušit zásady podávané z § 6 téhož zákona, mimo jiné i zásadu nediskriminace (zákazu diskriminace).

Přestože nejčastější forma porušení zákazu diskriminace je naplněna tehdy, pokud zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku, za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů

(potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.

Uvedené názory je nutné v plném rozsahu aplikovat i na bezdůvodně přísné nastavení technických podmínek, jako se tak stalo v tomto konkrétním případě. V každém z těchto případů totiž dojde v důsledku postupu Zadavatele k situaci, kdy svoji nabídku nepodal uchazeč (uchazeči), který by ji podal (kteří by ji podali), pokud by Zadavatel postupoval v souladu se ZZVZ.

Rozsudek KS Brno ze dne 3.5.2010, č.j. 62 Ca 91/2008-103

KS Brno v tomto svém rozsudku uzavřel, shrnuto do právní věty, následující: Zásada rovného zacházení implikuje povinnost transparentnosti, aby mohlo být ověřeno, zda je tato zásada dodržována. Jejím cílem je v zásadě vyloučit existenci rizika upřednostňování a svévole zadavatele. Implikuje, že všechny podmínky a pravidla zadávacího řízení jsou jasné, přesné a jednoznačně stanoveny ve vyhlášení zakázky nebo v zadávací dokumentaci.

Rozsudek NSS ze dne 5.6.2008, č.j. 1 Afs 20/2008

V tomto své rozsudku NSS konstatoval následující:

- Za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je „zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky“, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.

- Smysl § 6 ZZVZ v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Právě zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace pak slouží k zajištění konkurence mezi dodavateli.

Rozsudek NSS ze dne 15.9.2010, č. j. 1 Afs 45/2010 – 159

NSS v tomto svém rozsudku dospěl k závěru, že zásada transparentnosti je porušena tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.

Není bez zajímavosti, že v tomto svém rozsudku NSS dále výslovně uvádí, že „navíc je tento závěr rovněž v plném souladu s výkladem této zásady ze strany Soudního dvora EU. Např. stanovisko generální advokátky Stix-Hackel ve věci Coname, cit. v bodě [42], které shrnuje dosavadní judikaturu Soudního dvora, k problému uvádí, že „transparentnost podle směrnic obsahuje více než pouhé aspekty spojené s publicitou konkrétních zadávacích řízení“ (bod 88). „Kromě toho princip transparentnosti představuje naopak vůdčí zásadu pro celé

zadávací řízení. K tomu patří rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení.

Události ve Veřejné zakázce neumožňují vyloučit pochybnosti o souladu Zadávacího řízení s požadavky na naplnění zásady transparentnosti, jak jsou tyto (negativně) vymezeny v citovaném rozsudku NSS, a zastávány na nadnárodní úrovni Soudním dvorem EU, ba právě naopak. Ty současně neumožňují Stěžovateli ubránit se pochybám, zda pravým důvodem jednání Zadavatele nemohla být preference konkrétního konkurenčního výrobce, a to zejména s ohledem na nepřiměřeně krátké lhůty pro podání nabídek, jakož i pro účast na prohlídce místa plnění, a především však s ohledem na významnou složitost Veřejné zakázky z hlediska technického a rozpočtového.

Včasnost námitek

Zákonná lhůta pro podání Námitek proti zadávací dokumentaci končí dle ustanovení § 242 odst. 4 ZZVZ společně se lhůtou pro podání nabídek, která končí dne 25.07.2017 v 10:00.

Lhůta k podání těchto námitek je tedy plně zachována. Námitky tak stěžovatel, tedy naše společnost, doručil Zadavateli v zákonné lhůtě, a tedy včas.

Aktivní legitimaci k podání těchto námitek pak prokazujeme následovně.

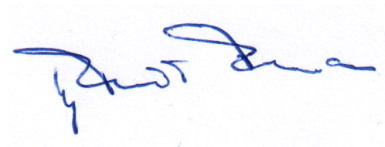
V případě, kdy se z důvodu porušení ZZVZ Zadavatelem neuskuteční stěžovatelem zamýšlený obchod, či spíše Stěžovatel se v důsledku porušení ZZVZ Zadavatelem nestane či nemůže stát vybraným uchazečem o Veřejnou zakázku, ačkoliv by se jím jinak po právu stal či mohl stát, nese stěžovatel pouze náklady na jeho přípravu, avšak nevytvoří žádný zisk. Stěžovateli přitom hrozí postupem Zadavatele újma spočívající v tom, že se nemůže s úspěchem účastnit Veřejné zakázky, ačkoliv je dodavatelem, jehož nabídka by se jinak, nebýt rozporovaných skutečností, mohla umístit na prvním pořadí. I další náklady vzniklé porušením ZZVZ, zejména podání těchto námitek a následného návrhu na přezkum u ÚOHS, musí stěžovatel důvodně považovat za újmu.

Pro úplnost uvádíme, že z obecného hlediska je pravdou, že náklady a riziko přípravy a potenciálního podání nabídky nese uchazeč, a tedy v tomto konkrétním případě i naše společnost. Nicméně, v případě porušení ZZVZ ze strany Zadavatele hrozí naší společnosti přesto již tímto újma, jak specifikováno výše. Porušení ZZVZ Zadavatelem totiž nemůže jít jakkoliv k tíži naší společnosti. Opačný výklad by byl neoddiskutovatelně v rozporu se základními principy právního státu.

Závěr

Ze všech shora uvedených skutečností je pak zřejmé, že zadavatel porušil v rámci zadávacího řízení ustanovení ZZVZ, protože je namístě prodloužit lhůtu pro podání nabídek a upravit zadávací podmínky a obsah ZD, nebo zadávací řízení zcela zrušit. Nebude-li tak učiněno, jsme připraveni se domáhat nápravy porušení zákonných ustanovení prostřednictvím dohledového orgánu, tedy ÚOHS, popřípadě i prostřednictvím správních soudů.

S pozdravem



Hřiště hrou s.r.o.

Ing. Tomáš Tomsa, jednatel



Na vědomí:

Město Pec pod Sněžkou
Pec pod Sněžkou 230
542 21