

Projekt bude spolufinancován z Programu **Interreg V-A Česká republika – Polsko**
prioritní osa PO 2: Rozvoj potenciálu přírodních a kulturních zdrojů pro podporu zaměstnanosti
specifický cíl SC 2.1: Zvýšení návštěvnosti regionu
prostřednictvím vyššího využití potenciálu přírodních a kulturních zdrojů

zadavatel:

Γ

Město Pec pod Sněžkou

se sídlem: 542 21 Pec pod Sněžkou 230

právní forma: Obec (kód: 801)

IČ: 002 78 181

statutární orgán: Alan Tomášek, starosta města

L

stěžovatel:

Γ

HABAU CZ s.r.o.

se sídlem: Žižkova tř. 1321/1, 370 01 České Budějovice

právní forma: společnost s ručením omezeným

IČ: 260 68 338

právně zastoupen: Mgr. Michalem Pavlasem, advokátem ev. č. ČAK 11969

se sídlem: Na Sadech 4/3, 370 01 České Budějovice

L

Rozhodnutí zadavatele o námitkách

Stěžovatel **HABAU CZ s.r.o.** se sídlem Žižkova tř. 1321/1, 370 01 České Budějovice, IČ: 260 68 338, právně zastoupen Mgr. Michalem Pavlasem, advokátem ev. č. ČAK 11969, se sídlem Na Sadech 4/3, 370 01 České Budějovice, podal dne 4. 9. 2017 námitky proti svému vyloučení ze zadávacího řízení ve zjednodušeném podlimitním řízení s názvem

„Naučná stezka Pecka – Herní krajina Portášky“

Zadávací řízení bylo v souladu s podmínkami § 53 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon) zahájeno dne 29. 6. 2017 uveřejněním výzvy k podání nabídek včetně všech jejích příloh na profilu zadavatele podle § 214 zákona, kterou zadavatel vyzval neomezený počet dodavatelů k podání nabídky. Výzva k podání nabídek formálně i obsahově souhlasí s podmínkami zákona.

Námitky stěžovatele jsou uveřejněny na profilu zadavatele <https://sluzby.e-zakazky.cz/Profil-Zadavatele/339b0ca0-c4d7-409f-bd3c-3ed6ebfc45c5>; rozhodnutí bude rozesláno všem účastníkům veřejné zakázky a současně uveřejněno na profilu zadavatele.

Zadavatel na základě ustanovení § 245 zákona podané námitky v plném rozsahu přezkoumal a neshledal důvody pro vyhovění. Proto rozhodl, že námitky výše specifikovaného stěžovatele

o d m í t á

z následujících důvodů:

I.

Náležitosti

Stěžovatel podává námitky proti svému vyloučení ze zadávacího řízení. Stěžovatel je účastníkem v předmětném zadávacím řízení a námitky je tak oprávněn podat. Rozhodnutí o vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení bylo stěžovateli doručeno dne 1. 9. 2017, námitky stěžovatele byly zadavateli doručeny dne 5. 9. 2017. Námitky tedy byly podány v zákonné lhůtě pro jejich podání. Námitky obsahují zákonem požadované náležitosti v souladu s ust. § 244 odst. 1 zákona, tedy je v nich uvedeno, kdo je podává, v čem je spatřováno porušení zákona zadavatelem a čeho se stěžovatel domáhá.

II. Namítané skutečnosti

Plný rozsah námítky stěžovatele:

ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel uveřejnil podle zákona výzvu k podání nabídek k veřejné zakázce na stavební práce ve zjednodušeném podlimitním řízení „**Naučná stezka Pecka – Herní krajina Portášky**“ (dále také jen „**veřejná zakázka**“ nebo „**Zadávací řízení**“).
2. Stěžovatel řádně splnil veškeré podmínky účasti v zadávacím řízení.
3. Dne 30. 8. 2017 zadavatel rozhodl tak, že stěžovatele vyloučil se zadávacího řízení („**rozhodnutí**“).
4. Stěžovatel je přesvědčen o tom, že rozhodnutí o vyloučení je nesprávné a učiněné v rozporu se zákonem.
5. Stěžovatel proto podává proti rozhodnutí o vyloučení námítky, jejichž podrobné odůvodnění uvádí dále.

K DŮVODU VYLOUČENÍ

1. Důvodem vyloučení je závěr zadavatele, že stěžovatel nepředložil závazný příslib banky či jiný relevantní doklad, ze kterého by bylo nade vší pochybnost patrné, že účastník poskytne jistotu k uplatnění práv zadavatele po dobu výstavby ve výši 1.000.000,- Kč, ačkoliv tuto podmínku stanovil zadavatel článkem 10.5 zadávací dokumentace.
2. Stěžovatel s tímto důvodem vyloučení nesouhlasí.
3. V článku 10.5 zadávací dokumentace je výslovně odkaz na § 41 zákona s tím, že zadavatel požaduje předložení jistoty k zajištění plnění povinnosti účastníka vyplývající z účasti v zadávacím řízení ve výši 200.000,- Kč. Tuto povinnost účastník nade vší pochybnost splnil, což nerozporuje ani sám zadavatel. V další části článku 10.5 zadávací dokumentace, vždy uvedené podtrženým mezinadpisem se týkají způsobu složení této jistoty ve výši 200.000,- Kč. Druhý a třetí odstavec inkriminovaného článku se týká poskytnutí této jistoty složením peněžní částky. Zbýlé odstavce se týkají poskytnutí této jistoty formou bankovní záruky nebo pojištění záruky. Povinnost, kterou zadavatel stanovil, tedy v podobě povinnosti vložit jakýsi závazný příslib banky na poskytnutí bankovní záruky ve výši 1.000.000,- Kč, je zcela zmatečně vložena do posledního odstavce tohoto článku, který se zcela evidentně celý jinak týká složení poskytnutí jistoty za zajištění povinnosti účastníka vyplývající z účasti v zadávacím řízení. Už tento způsob zařazení této povinnosti do zadávací dokumentace je dle názoru stěžovatele v rozporu se zákonem.
4. Kromě toho stanovení celé této povinnosti je dle názoru stěžovatele v rozporu se zákonem, když ten umožňuje zadavateli nejen v § 41, ale i v celém zákoně, aby požadoval poskytnutí jistoty výlučně k zajištění plnění povinnosti účastníka vyplývajících pouze z účasti v zadávacím řízení. Zákon neumožňuje zadavateli požadovat už ve fázi podání nabídek předložení jistoty za splnění povinností v případě uzavřené smlouvy o dílo. Tato jistota se ve formě bankovní záruky poskytuje výlučně až v případě uzavření smlouvy. Je naprosto nelogické, a jedná se o neoprávněný požadavek zadavatele, aby všichni účastníci si zajišťovali bankovní záruky. Jiný institut, než bankovní záruka, totiž ve skutečnosti ani neexistuje. Banky nejsou ochotny dávat jakýkoliv „závazný příslib“. Jediný dokument, který bude pro banku závazný a z plnění povinností se nebude moci banka vyvázat, je samotná bankovní záruka. Zadavatel však především postupoval v rozporu se zákonem, když stanovil účastníkům povinnosti nad rámec zákona. Zadavatel smí v zadávací dokumentaci stanovit účastníkům povinnosti výlučně v souladu se zákonem, nikoliv nad jeho rámec.
5. Nelze přehlédnout ani skutečnost, že v ustanovení § 41 dává zákon zadavateli právo požadovat již v průběhu zadávacího řízení jistotu do výše 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Jakýkoliv požadavek na poskytnutí jistoty ve výši vyšší než 2 % z hodnoty veřejné zakázky, je v rozporu se zákonem. Ze strany zadavatele se jedná o obcházení zákona, když tento se požadavkem na složení jistoty za splnění povinností po dobu výstavby snaží obejít ustanovení § 41 zákona. Zákon neumožňuje zadavateli požadovat v průběhu zadávacího řízení poskytnutí jistoty ve vyšší výši než 2 % hodnoty veřejné zakázky.
6. Povinnost, kterou se zadavatel snažil účastníkům v tomto odstavci zadávací dokumentace stanovit, je navíc neurčitě formulována. Je v rozporu se zákonem, pokud zadavatel formuluje povinnost neurčitým způsobem „... či jiný relevantní doklad“. Takový popis dokladů, která má účastník předložit, je nepřipustný. Z podmínek zadávacího řízení musí být na první pohled patrné, co má účastník předložit. Není možné ponechat zcela na vůli zadavatele, zda účastníkem předložený doklad bude považovat za relevantní či nikoliv.

PORUŠENÍ ZÁKONA

1. Stěžovatel uzavírá, že rozhodnutí o vyloučení je věcně nesprávné a v rozporu se zákonem. Klíčovým důvodem je skutečnost, že zadavatel v rozporu se zákonem stanovil povinnost vyložení jistoty k uplatnění práv zadavatele po dobu výstavby ve výši 1.000.000,- Kč a tato povinnost je navíc formulována neurčitě a tedy neplatně.

ÚJMA STĚŽOVATELE

1. Vyloučením stěžovatele hrozí stěžovateli závažná újma v podobě nemožnosti zúčastnit se veřejné zakázky, přestože se jedná o společnost s dlouholetou praxí, vysokou kvalifikací, která je bez jakýchkoliv pochybností schopna tuto veřejnou zakázku realizovat. To vše kvůli nepředložení jistoty, kterou je účastník obratem připraven předložit v případě, že by byla uzavřena smlouva o dílo. Pro mezinárodní společnost typu stěžovatele je vložení bankovní záruky ve výši 1.000.000,- Kč zcela samozřejmé, ovšem až za situace, kdy je uzavírána smlouva o dílo. Do té doby bankovní záruka nemá žádný význam.
2. Újmou je již samotná nemožnost účastnit se veřejné zakázky. Stěžovateli je známo, že jeho nabídka v zadávacím řízení byla nejnižší. Pokud by nedošlo k tomuto nezákonnému vyloučení, byla by smlouva uzavřena právě se stěžovatelem. Tím, že byl stěžovatel vyloučen, mu vznikne újma v podobě ušlého zisku.
3. Navíc poškozeným je i sám zadavatel, který v důsledku nezákonného vyloučení stěžovatele bude potřeba uzavřít smlouvu o dílo s účastníkem, který nabídl vyšší nabídkovou cenu. Zadavatel tedy zcela dobrovolně chce zaplatit více, než kolik by musel. Zvláště za situace, kdy jediným důvodem vyloučení je nepředložení bankovní záruky ve fázi, kdy tato nemá žádné opodstatnění.

NÁPRAVA

1. Stěžovatel se domáhá, aby zadavatel bez zbytečného odkladu po obdržení těchto námitek přijal opatření k nápravě výše označených porušení zákona, a to zejména tak, že zruší rozhodnutí o vyloučení stěžovatele z účasti v zadávacím řízení a veškeré navazující úkony, a provede nové posouzení a hodnocení nabídek v souladu se zákonem a zadávacími podmínkami veřejné zakázky.

HABAU CZ s.r.o.
Mgr. Michal Pavlas
advolát

III

Odůvodnění zadavatele

Stěžovatel chápe funkci závazného příslibu banky zásadně chybně.

Tímto příslibem banka garantuje, že účastníkovi poskytne jistotou k uplatnění práv zadavatele po dobu výstavby. Tuto jistotu pak předkládá pouze vítězný účastník jako součinnost při podpisu smlouvy.

Stěžovatel chybně uvádí, že zadavatel obchází zákon, když požaduje složení jistoty za splnění jeho povinností po dobu výstavby a odkazuje na ustanovení § 41 zákona, který stanovuje pravidla pro poskytnutí jistoty k zajištění plnění povinností účastníků vyplývajících z účasti v zadávacím řízení. Pro tuto jistotu, kterou předkládají ve svých nabídkách všichni zájemci o veřejnou zakázku, stanovil zadavatel částku ve výši 200 000,- Kč, tedy 0,5 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Hodnota tedy nepřekračuje zákonná 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky stanovené na 40 000 000,- Kč bez DPH.

Jednoznačným nepochopením je pak tvrzení stěžovatele, že je naprosto nelogické, a jedná se o neoprávněný požadavek zadavatele, aby všichni účastníci si zajišťovali bankovní záruky. Jiný institut, než bankovní záruka, dle stěžovatele ve skutečnosti ani neexistuje. Stěžovatel tvrdí, že banky nejsou ochotny dávat jakýkoliv „závazný příslib“. Jediný dokument pro banku závazný je samotná bankovní záruka... Povinnost je navíc neurčitě formulována „či jiný relevantní doklad“ – takový popis je dle názoru stěžovatele nepřipustný.

Stěžovatel tak spatřuje klíčové porušení zákona ve skutečnosti, že zadavatel v rozporu se zákonem stanovil povinnost vyložení jistoty k uplatnění práv zadavatele po dobu výstavby ve výši 1 000 000,- Kč a tato povinnost je navíc formulována neurčitě a tedy neplatně.

Není pravdou, že zadavatel požaduje složení jistoty za splnění jeho povinností po dobu výstavby; zadavatel stanovil, že pro účely nabídky požaduje po účastnících předložit závazný příslib banky, či jiný relevantní doklad, ze kterého bude nade vší pochybnost patrné, že účastník jistotou k uplatnění práv zadavatele po dobu výstavby poskytne. Jistotu za splnění jeho povinností po dobu výstavby předkládá pouze vítězný účastník, což ze zadávacích podmínek jednoznačně vyplývá.

Není pravdou, že banky nejsou ochotny jakýkoliv „závazný příslib“ vystavovat, o čemž svědčí fakt, že ostatní účastníci takové přísliby ve svých nabídkách bez jakýchkoliv problémů předložili. Předkládání závazného příslibu je zcela běžnou praxí zadavatelů.

Není pravdou, že formulace „či jiný relevantní doklad“ je neurčitá, nepřipustná a neplatná. Zadavatel touto formulací naopak předchází případné „diskriminaci“ takového účastníka, kterému by mateřská banka vydala dokument s mírně odlišným názvem (např. prohlášení o budoucím poskytnutí jistoty či finančních prostředků apod.)

Pokud měl účastník proti zadávacím podmínkám výhrady, mohl proti nim dle § 242 odst. 4 zákona před podáním nabídek podat námitky v plném rozsahu dle § 241 zákona. Zadavatel má za to, že účastník podáním nabídky s jím stanovenými podmínkami souhlasí a v plném rozsahu je akceptuje.

Pokud měl účastník o podmínkách zadávací dokumentace pochybnosti či nejasnosti, byl oprávněn požadovat po zadavateli písemně vysvětlení zadávací dokumentace dle § 98 zákona. Zadavatel by pak vysvětlení uveřejnil, odeslal nebo předal včetně přesného znění žádosti bez identifikace tohoto dodavatele, včetně případných souvisejících dokumentů, ve lhůtě podle § 54 odst. 5 zákona a uveřejnil jej na profilu zadavatele, na URL odkazu: <https://sluzby.e-zakazky.cz/Profil-Zadavatele/339b0ca0-c4d7-409f-bd3c-3ed6ebfc45c5> v detailu výše uvedené zakázky.

V uvedené situaci je tedy rozhodné, že stěžovatel podal svou nabídku podle zadávací dokumentace, ke které v zákonné lhůtě nežádal žádná vysvětlení dle § 98 zákona, a vůči které nepodal do lhůty pro podání nabídek ani žádné námitky dle § 242 odst. 4 zákona. Tím vyjádřil svůj souhlas se zadávací dokumentací a podmínkami zadávacího řízení a námitku proti svému vyloučení z důvodu neoprávněných požadavků zadavatele, uvedených v zadávací dokumentaci, podat nemůže.

Požadovaný doklad v nabídce zcela chyběl, zadavatel pak v souladu se zákonem, tedy oprávněně, posoudil nabídku účastníka jako neúplnou, resp. jako nabídku, která nesplnila zadávací podmínky.

Zadavatel nemůže přijmout stěžovatelem navržené opatření zrušit rozhodnutí o vyloučení stěžovatele z účasti v zadávacím řízení a veškeré navazující úkony, neboť nedošlo k porušení zákona a zadavatel postupoval v souladu se zákonem a zadávacími podmínkami veřejné zakázky.

IV

Poučení

Ve smyslu ustanovení § 245, odstavec 4 zákona uvědomuji stěžovatele o možnosti podat ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.

Pec pod Sněžkou, 8. 9. 2017

Alan Tomášek, starosta města

