

zadavatel:

FC Olympia Hradec Králové z.s.

sídlem Pardubická 768/8a, 500 04 Hradec Králové

IČ: 150 62 031

Jednatel: Mgr. Miloš Sazima, prezident klubu a předseda představenstva

stěžovatel:

PRIMA spol. s r.o.,

sídlem Bratří Štefanů 973/63a, 500 03 Hradec Králové, Slezské předměstí

zapsán v obchodním rejstříku vedeném Městským soudem v Praze, oddíl C, vložka 76

IČ: 004 86 361

Právně zastoupen:

JUDr. Petr Moník, LL.M., advokát zapsaný v seznamu advokátů vedeném Českou advokátní komorou pod ev. č. ČAK 12477, společník společnosti Podroužek, Moník, Petera a partneři, advokátní kancelář s.r.o., IČ: 288 27 261, sídlem Fráni Šrámka 1139/2, 500 02 Hradec Králové

Rozhodnutí zadavatele o námitce stěžovatele podané dne 25. 1. 2016 proti kvalifikační dokumentaci a proti dalším úkonům zadavatele učiněným v průběhu zadávacího řízení veřejné zakázky

Stěžovatel PRIMA spol. s r.o., sídlem Bratří Štefanů 973/63a, Slezské předměstí, 500 03 Hradec Králové IČ: 004 86 361 podal dne 25. 1. 2016 námitku proti kvalifikační dokumentaci a proti dalším úkonům zadavatele učiněným v průběhu zadávacího řízení veřejné zakázky v otevřeném podlimitním řízení s názvem

„FC Olympia Hradec Králové, stavební úpravy šatnového objektu“

na stavební práce dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon).

Oznámení o zakázce bylo zveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 12. 2015 pod evidenčním číslem zakázky 527209.

Stěžovatel ve své námitce uvádí následující:

I.

Společnost PRIMA spol. s r.o., se Bratří Štefanů 973/63a, 500 03 Hradec Králové, Slezské předměstí, IČ: 004 86 361 (dále jen „**Stěžovatel**“) je subjektem, který vykonává podnikatelskou činnost v oblasti, která je předmětem veřejné zakázky s názvem „**FC Olympia Hradec Králové, stavební úpravy šatnového objektu**“ (dále též „**Veřejná zakázka**“) vyhlášené ze strany zadavatele: FC Olympia Hradec Králové z.s., se sídlem: Pardubická 768/8a, 500 04 Hradec Králové, IČO: 15062031 (dále jen „**Zadavatel**“). Stěžovatel je subjektem, který dlouhodobě a úspěšně působí na relevantním trhu a zabývá se prováděním stavebních prací. Stěžovatel disponuje dostatečnými zkušenostmi a personálním i technickým zázemím pro to, aby byl schopen řádně realizovat i tuto Veřejnou zakázku. Stěžovatel je tedy zcela jistě osobou oprávněnou k podání námitek ve smyslu ustanovení § 110 odst. 1 zákona.

Dne 29. 12. 2015 Zadavatel uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek Oznámení o zakázce týkající se Veřejné zakázky, evidenční číslo Veřejné zakázky 527209. Veřejná zakázka je vyhlášena v rámci otevřeného zadávacího řízení jako podlimitní veřejná zakázka na stavební práce.

Jelikož některé zadávací podmínky Veřejné zakázky považuje Stěžovatel za nezákonné a rovněž tak některé dosavadní kroky Zadavatele učiněné jím v průběhu stále ještě probíhající Veřejné zakázky, podává proto v zákonné lhůtě dle ustanovení § 110 odst. 2 a 3 zákona tyto námitky, které níže uvedeným způsobem odůvodňuje. Nezákonné zadávací podmínky pak mají za následek nemožnost podání žádosti o účast a následně nabídky ze strany Stěžovatele.

Zadavatel stanovil lhůtu pro podání žádostí o účast do 21. 1. 2016. Lhůta pro podání námitek proti kvalifikační dokumentaci končí v souladu s ustanovení § 110 odst. 3 zákona dne 26. 01. 2016. Lhůta pro podání námitek proti úkonu Zadavatele spočívajícím v neposkytnutí dodatečné informace končí v souladu s ustanovení § 110 odst. 2 zákona dne 25. 01. 2016. Stěžovatel tedy podává své námitky v zákonných lhůtách.

II.

Námítka proti profesnímu kvalifikačnímu předpokladu dle bodu 5.1 Pokynů pro zpracování žádosti o účast v zadávacím řízení – požadavek na doložení dokladu pro provádění ocelových konstrukcí

Zadavatel v bodu 5.1 Pokynů pro zpracování žádosti o účast v zadávacím řízení (dále jen „Pokyny“) stanovil mj. požadavek na předložení „dokladu o odborné způsobilosti pro provádění ocelových konstrukcí pro výrobu konstrukčních stavebních dílců příslušné třídy podle ČSN EN 1090-2 zahrnující výrobu a montáž ocelových konstrukcí pro třídu provedení EXC4.“ Stěžovatel v okamžiku zpracování těchto námitek může vycházet pouze z obecného vymezení předmětu Veřejné zakázky obsaženého v kvalifikační dokumentaci, když podrobná projektová dokumentace nebyla v tomto okamžiku zájemcům o Veřejnou zakázku zpřístupněna, a to i přesto, že řízení je co do druhu zahájeno jako otevřené řízení, přičemž (i) ustanovení § 44/4 zákona stanoví jako závaznou součást zadávací dokumentace příslušnou stavební dokumentaci a soupis stavebních prací a (ii) dle ustanovení § 48/1 zákona je Zadavatel povinen alespoň textovou část zadávací dokumentace ode dne uveřejnění oznámení zadávacího řízení uveřejnit na svém profilu (když i stavební dokumentace zcela jistě obsahuje mnoho textových pasáží).

Nicméně i z obecného popisu předmětu Veřejné zakázky se Stěžovatelem oslovení odborníci na ocelové konstrukce shodli, že požadovaný typ dokladu v třídě provedení EXC4 není v případě takového druhu stavby odůvodněn. Jako přílohu Stěžovatel přikládá vyjádření odborníka v oblasti ocelových konstrukcí, Ing. Jiřího Faltuse, který dospěl k totožnému závěru.

Norma ČSN EN 1090-2, na kterou Zadavatel odkazuje v bodu 5.1 Pokynů, je navíc normou v současné době, i v době vyhlášení Veřejné zakázky, neplatnou. Tato norma, na kterou Zadavatel odkazuje, byla nahrazena normou ČSN EN 1090-2+A1, která nabyla účinnosti již 01. 02. 2012. Je tedy zcela nepřijatelné, aby tak důležitý parametr v zadávacím řízení, který je jeden z kvalifikačních předpokladů, odkazoval na již neplatnou normu. Tímto se stává tento kvalifikační předpoklad neposuzovatelným a nezákonným.

Norma ČSN EN 1090-2+A1 – Návod pro stanovení tříd provedení – Tabulka B.3 – Doporučená matice pro stanovení tříd provedení (viz. předmětná norma str. 102) jasně deklaruje, jak má projektant ve spolupráci s budoucím uživatelem provést stanovení třídy provedení. Ze zadávací dokumentace dle bodu č.2.2. – Stručný popis předmětu veřejné zakázky lze po odborné stránce usuzovat, že nejsou splněna kritéria dle ČSN EN 1090 tabulky B.1 (viz. předmětná norma str. 47) – Definice tříd následků CC3, dle tabulky B.1 – Navržená kritéria pro kategorie použitelnosti (viz. předmětná norma str. 101) – Kategorie SC2 a dále dle Tabulky B.2 – Navržená kritéria pro výrobní kategorie (viz. předmětná norma, str. 102) – Kategorie PC2 a to tak, aby ocelová konstrukce byla zařazena dle Tabulky B.3 – Doporučená matice pro stanovení tříd provedení (viz. předmětná norma str. 102) do výrobní kategorie EXC4. V této tabulce je dále uvedeno, že výrobní kategorie EXC4 se má použít na zvláštní konstrukce nebo konstrukce s extrémními následky při porušení, jak požadují národní ustanovení.

Jak vyplývá ze shora uvedeného výkladu, má Stěžovatel za to, že Zadavatel porušil svou povinnost uvedenou v ustanovení § 50 odst. 3 zákona. Zadavatel totiž užil pro vymezení předmětné profesní kvalifikace takový doklad, který bezprostředně nesouvisí s předmětem Zakázky. Ať již důvody, které Zadavatele ke stanovení tohoto profesního kvalifikačního předpokladu vedly, byly jakékoliv (přičemž spekulace o nich nepřísluší Stěžovateli, ale jejich prověření spadá do kompetence jiných relevantních orgánů), je tento požadavek diskriminační a neopodstatněný ve vztahu k povaze, složitosti a náročnosti stavby, která je předmětem Veřejné zakázky. Pro srovnání Stěžovatel uvádí, že z veřejně dostupných zdrojů a údajů je zřejmé, že požadavek na doložení způsobilosti pro ocelové konstrukce třídy provedení EXC4 se v praxi veřejných zakázek užívá zcela výlučně ve vztahu k opravám mostů, železničních tratí a podobným typům staveb (viz např. <http://dokumenty.szdc.cz/verejne-zakazky/2014/4406.pdf>, <https://www.vestnikverejnychzakazek.cz/de/Form/Display/606710>).

Již na první pohled je i laikovi zřejmé, že jednopodlažní přístavby šaten, sociálního zařízení, výstavba rozvodů vodovodu a kanalizace (v rozsahu 16 mil. Kč) a oprava mostu či železničních tratí jsou stavbami nesrovnatelnými co do náročnosti a složitosti, co do ekonomických či sociálních aspektů či co do rizika ztráty na lidských životech.

Navíc je potřeba uvést, že požadovanou odbornou způsobilostí disponuje dle zjištění Stěžovatele asi jen 5 firem v rámci ČR. Tento neopodstatněný kvalifikační předpoklad tak významným způsobem omezuje hospodářskou soutěž (přičemž Stěžovatel se nemůže ubránit dojmu, že právě toto je zájmem Zadavatele), když ani Stěžovatel, jakožto subjekt působící na trhu stavebních prací více jak 25 let, nebyl schopen v součinnosti se svými obchodními partnery tento požadavek splnit, což bylo jediným důvodem, proč Stěžovatel nemohl podat žádost o účast ve Veřejné zakázce.

Vymezením nezákonného profesního kvalifikačního předpokladu se tak Zadavatel dopustil závažného porušení zákona (ustanovení § 50/3 zákona) majícího zcela nepochybně vliv na okruh možných zájemců o Veřejnou zakázku. Jediným nápravným opatřením tak je zrušení Veřejné zakázky a vyhlášení nové respektující zákona.

III.

Námítka proti způsobu vyřizování žádostí o dodatečné informace ze strany Zadavatele

Stěžovatel odeslal dne 13. 01. 2016 e-mailem na požadovanou adresu zástupce zadavatele první žádost o dodatečnou informaci, spočívající v žádosti o poskytnutí přílohy č. 1 kvalifikační dokumentace v editovatelném formátu umožňujícím vyplnění ze strany zájemců o zakázku. Žádost odeslala zaměstnankyně paní Ferklová, která s tímto úkonem doložila plnou moc podepsanou statutárním orgánem Stěžovatele. Ještě týž den zástupce zadavatele tuto přílohu Stěžovateli poskytl.

V rozporu s ustanovení § 49 odst. 3 zákona však Zadavatel (a to ani do dne odeslání těchto námitek) neuveřejnil dodatečnou informaci na svém profilu, čímž se dopustil porušení tohoto zákonného ustanovení a omezení práv ostatních zájemců o zakázku.

Za podstatnější porušení zákona však Zadavatel považuje způsob vyřízení, resp. nevyřízení, žádosti Stěžovatele č. 2 o dodatečnou informaci. Dne 13. 01. 2016 odeslala opět paní Ferklová dotaz týkající se profesního kvalifikačního předpokladu dle bodu 5.1 Pokynů (ocelové konstrukce a požadavek na doložení třídy provedení EXC4). K elektronicky podepsané zprávě již nepřipojila plnou moc, neboť tuto připojila již k prvnímu úkonu vůči zadavateli.

Zástupce Zadavatele se dne 14. 01. 2016 odmítl žádosti zabývat s odkazem na absenci plné moci. Dne 15. 01. 2016 paní Ferklová informovala zástupce Zadavatele, že tuto plnou moc již dokládala v rámci dotazu č. 1 a opětovně ji předložila. Téhož dne Stěžovatel obdržel odpověď, kde zástupce Zadavatel připouštěl, že plnou moc skutečně obdržel (údajně však jiná kolegyně). Odmítl se však dotazem opětovně zabývat s odkazem na skutečnost, že již uplynula zákonná lhůta pro možnost podávání žádostí o dodatečné informace. Dle názoru zástupce Zadavatele, pokud byla lhůta pro podání žádostí o účast stanovena do 21. 01. 2016 do 10:00 hod., je možné žádosti o účast podávat pouze do 13. 01. 2016 rovněž do 10:00 hod. Stěžovatel však dotaz doručil až v 17:22 hodin.

Takovýto výklad plynutí lhůty pro podání žádosti o dodatečnou informaci je však mylný a nezakládá se na správném právním posouzení věci. V praxi veřejných zakázek se lze sice setkat s různými způsoby výkladu plynutí této lhůty, je však potřeba se řídit judikaturou Nejvyššího soudu ČR jakožto vrcholného orgánu soudnictví dohlízejícího nad sjednocováním judikatury.

K obecným pravidlům zpětného počítání lhůt se podrobně vyjádřil Nejvyšší soud v rozhodnutí sp. zn. NS ČR – 29 Cdo 17/2012. Vzhledem k tomu, že zákon neupravuje specificky počítání lhůt, vztahují se na počítání lhůt obecná pravidla vyplývající ze zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. Dle ustanovení § 605 odst. 1 NOZ platí, že „Lhůta nebo doba určená podle dnů počíná dnem, který následuje po skutečnosti rozhodné pro její počátek“. Z tohoto ustanovení tedy vyplývá, že den, kdy došlo ke skutečnosti určující počátek běhu lhůty, se do běhu této lhůty nezapočítává. Dle ust. § 601 odst. 1 věta první, část za středníkem NOZ dále stanoví, že „zaniká-li právo nebo povinnost v určitý den, zanikne koncem toho dne“. Lhůta podle ustanovení § 49 odst. 1 zákona je tedy lhůtou počítanou podle dní a nikoliv podle hodin, jak se mylně domnívá Zadavatel.

V souladu se závěry obsaženými ve shora citovaném rozsudku NS ČR pak vydalo Ministerstvo vnitra stanovisko, ve kterém uvádí:

„Při výpočtu zadavatel přihlédne také k tomu, že jde o lhůtu počítanou „zpětně“. K obecným pravidlům zpětného počítání lhůt se podrobně vyjádřil Nejvyšší soud v rozhodnutí sp. zn. NS ČR – 29 Cdo 17/2012 ze dne 29. 11. 2012. Pro stanovení počátku lhůty pro doručení žádostí o dodatečné informace je rozhodný den, kdy uplyne lhůta pro podání nabídek. Tento den se do běhu lhůty nezapočítává. Prvním pracovním dnem přede dnem uplynutí lhůty je pracovní den nejbližší předcházející dni, kdy uplyne lhůta pro podání nabídek. Pokud je tedy konec lhůty pro podání nabídek určen například dnem 31. 7. 2013, šestým dnem lhůty je úterý 23. 7. 2013. Tento den je tedy dnem, kdy je nejpozději možné doručit žádost o poskytnutí dodatečných informací.“

Ze shora uvedeného tedy vyplývá, že bude-li žádost o dodatečné informace doručena šestý pracovní den před uplynutím lhůty pro podání nabídek (či žádosti o účast), je toto dostačující a Zadavatel musí na tuto žádost reagovat v souladu s ustanovení § 49 zákona.

Zadavatel tedy zásadním způsobem porušil právo Stěžovatele na odpověď na jeho žádost, která se navíc týkala velmi sporného kvalifikačního předpokladu, který svým způsobem vymezení v zásadě brání účasti Stěžovatele v zadávacím řízení a Stěžovatel jej považuje za diskriminační a neodůvodněný – viz bod II. těchto námitek. Toto porušení Zadavatele má tedy přímý vliv na okruh možných zájemců o zakázku a na podání nabídek. Za situace, kdy již byly podány žádosti o účast v zadávacím řízení, tak nemá Zadavatel jinou možnost přijetí nápravného opatření, než ve formě zrušení Zakázky dle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona.

IV.

Námítka proti nezákonnému způsobu stanovení druhu zadávacího řízení

Zadavatel stanovil jak v Oznámení o zakázce ze dne 29. 12. 2015, tak v kvalifikační a zadávací dokumentaci, že Veřejná zakázka je vyhlášena jako otevřené řízení. V čl. I. kvalifikační dokumentace pak Zadavatel uvádí, že „administraci zadávacího řízení ve dvou stupních (princip užšího řízení) sleduje snížení, resp. rozložení administrativní zátěže uchazečů a hlavně zajištění shodné lhůty pro zpracování nabídkové ceny pro všechny uchazeče, kteří prokázali kvalifikaci.“ Zadavatel dále předpokládá, že kompletní znění zadávací dokumentace, tj. včetně projektové dokumentace, poskytne pouze těm uchazečům, kteří prokáží splnění kvalifikace. Uchazeče, kteří splnění kvalifikace neprokáží, pak Zadavatel vyloučí.

Ustanovení § 21 zákona jednoznačně stanoví a vymezuje taxativně druhy zadávacích řízení. Zákon umožňuje mj. užít buďto otevřené řízení nebo užší řízení. Zákon však nezná žádné otevřené řízení, které by mohlo být konáno jako dvoukolové a v rámci kterého by mohla být oddělena fáze kvalifikace (po ní dokonce docházelo k vyloučení uchazečů, kteří kvalifikaci neprokáží) a fáze podávání nabídek. Zákon je pak obecně veřejnoprávním předpisem a rozhodně není dovoleno žádnému Zadavateli, aby si svévolně rozšiřoval zákonem taxativně stanovené druhy zadávacích řízení či si sám svévolně měnil či jakkoliv doplňoval způsob vedení jednotlivých druhů zadávacích řízení (a to z jakýchkoliv důvodů).

Ustanovení § 27 zákona zcela jasně stanoví, že oznámení otevřeného řízení je výzvou k podání nabídek dodavatelů a k prokázání splnění kvalifikace. Jak je zjevné, podání nabídek a prokazování kvalifikace je určeno kumulativně a zákon nepřipouští žádný způsob oddělování těchto fází. Pokud Zadavatel tyto fáze hodlá oddělit, může užít užší řízení, což však musí na počátku řízení správně vymezit v Oznámení o zakázce i ostatních zadávacích podmínkách. Argument Zadavatele o rozložení administrativní zátěže je zcela irrelevantní a ani z tohoto důvodu žádné ustanovení zákona toto neumožňuje. Zcela nelogický je pak argument o zajištění shodné lhůty pro zpracování nabídkové ceny, neboť v rámci otevřeného řízení je vždy všem uchazečům stanovena jednotná a shodná lhůta pro zpracování nabídkové ceny, kterou je lhůta pro podání nabídek.

Od počátku tohoto zadávacího řízení je tak řízení zatíženo vadou spočívající ve vymezení nesprávného druhu zadávacího řízení, který zákon vůbec nezná a které si Zadavatelem svým vlastním výkladem překračujícím zákonný rámec daný zákonem zvolil. Stěžovatel se nemůže zbavit dojmu, že tento zcela v praxi ojedinělý a nestandardní postup má v souvislosti se stanovením nezákonného požadavku na doložení dokladu týkajícího se ocelových konstrukcí v třídě provedení EXC4, umožnit získání Veřejné zakázky pouze subjektu Zadavatelem předem preferovaného.

Rovněž z tohoto důvodu se Stěžovatel domáhá zrušení Veřejné zakázky.

V.

Vznik újmy

Stěžovatel je schopen předmět zakázky splnit za podmínek pro Zadavatele výhodných. Stanovením nezákonných zadávacích podmínek a netransparentním a nezákonným postupem Zadavatele v průběhu zadávacího řízení však Stěžovateli vzniká újma spočívající v nemožnosti podat žádost o účast ani nabídku do Veřejné zakázky a realizovat tak pro Zadavatele předmět plnění a dosáhnout tak přiměřeného zisku.

VI.

Závěr

Stěžovatel se ze shora uvedených důvodů domáhá, aby Zadavatel zrušil celé zadávací řízení týkající se Veřejné zakázky a vypsál nové zadávací řízení v souladu se zákonem.

V případě, že Zadavatel těmto námitkám nevyhoví, je Stěžovatel připraven využít svého práva daného mu ustanovením § 114 an. zákona, podat k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže návrh na přezkoumání úkonů Zadavatele s tím, že bude navrhopvat vydání předběžného opatření v podobě pozastavení zadávacího řízení, neboť je zcela evidentní, že pochybení Zadavatele jsou zcela zásadního charakteru a odůvodňují Stěžovatelův závěr o nutnosti zrušení Veřejné zakázky.

Zadavatel na základě ustanovení §111 zákona podanou námitku v plném rozsahu přezkoumal a rozhodl, že námitce uchazeče

nevyhovuje

ODŮVODNĚNÍ:**II.**

K námitce proti profesnímu kvalifikačnímu předpokladu dle bodu 5.1 Pokynů pro zpracování žádosti o účast v zadávacím řízení – požadavku na doložení dokladu pro provádění ocelových konstrukcí.

Stěžovatel ve své námitce uvádí, že z obecného popisu předmětu Veřejné zakázky se jím oslovení (nicméně nejmenovaní) odborníci na ocelové konstrukce shodli, že požadovaný typ dokladu v třídě provedení EXC4 není v případě takového druhu stavby odůvodněn. Jako přílohu pak přiložil vyjádření odborníka v oblasti ocelových konstrukcí, Ing. Jiřího Faltuse, který dle názoru stěžovatele dospěl k totožnému závěru. Dokument není podepsán, k dokumentu není přiložen jediný doklad, ze kterého by odbornost uvedeného vyplývala, na dokumentu není zmínka o oblasti odbornosti, autorizaci či alespoň čísle osvědčení uvedeného odborníka v oblasti ocelových konstrukcí. Dokument je uveřejněn na profilu zadavatele.

Z přiloženého dopisu datovaného v Hradci Králové dne 20. 1. 2016 vyplývá, že dotýčný „z uvedených parametrů **usuzuje**, že stanovení kvalifikačních předpokladů je pro předmětný typ konstrukce nadbytečně přísné“, přičemž tyto uvedené parametry sestavil sám.

Původní objekt zadavatele je obestavován ocelovou konstrukcí dalšího podlaží. Jelikož se jedná o zvláštní konstrukci s extrémními fatálními následky při jejím případném porušení, implementoval zadavatel do zadávací dokumentace, na základě doporučení vlastních odborníků, požadavek na splnění tohoto relativně přísného technického kritéria. Učinil tak po pečlivém zvážení, aby tento nebyl a do budoucna ani nemohl být označen jako diskriminační.

Platnou normou je ČSN EN 1090-2+A1; v dokumentu je uvedena ČSN EN 1090-2 bez dodatku +A1, což však není podstatné pro požadavek na úroveň svařování EXC4 vycházející z požadavku na dosažení kvality zpracování zejména složité i dynamicky namáhaných prvků ocelové konstrukce, s eliminací závažných rizik při používání vlastní stavby. Na nástavbě šaten a prostorách tribuny pro VIP diváky lze očekávat různou návštěvnost; tedy i značně rozdílné zatížení nosných ocelových konstrukcí.

Z požadavků normy ČSN EN 1090-2 pro kvalifikace postupů svařování je zřejmé, že splnění požadovaného rozsahu zkoušek pouze podle ČSN EN ISO 15614-1 nebo ČSN EN ISO 15613 není dostačující. Ke kvalifikaci postupu svařování je tedy nutné přistupovat **individuálně** a již při žádosti o tento postup je nutné si vyjasnit, kde bude kvalifikovaných postup aplikován, a které doplňkové požadavky bude potřeba splnit.

K vlastní ČSN EN 1090-2+A1: Tato evropská norma uvádí požadavky na provádění ocelových konstrukcí tak, aby se zajistila odpovídající úroveň mechanické únosnosti a stability, použitelnosti a trvanlivosti. Uvádí požadavky na provádění ocelových konstrukcí a to především těch, které jsou navrženy podle všech částí EN 1993 a ocelových částí spřažených ocelobetonových konstrukcí, navrženy podle všech částí EN 1994. Předpokládá, že všechny práce jsou prováděny s potřebnou řemeslnou zručností a na odpovídajícím zařízení, s možností provádět práce podle požadavků specifikace provádění a požadavků této evropské normy.

Právem zadavatele je stanovit podmínky, za kterých získá pro svou stavbu dodavatele. Zadavatel je přesvědčen, že neporušil svou povinnost uvedenou v ustanovení § 50 odst. 3 zákona, neboť užil pro vymezení kvalifikace takový doklad, který s předmětem zakázky bezprostředně souvisí, je opodstatněný ve vztahu k povaze, složitosti a náročnosti stavby a nemůže být považován za požadavek diskriminační; nedošlo tedy, neboť ani dojít nemohlo, k žádnému, natož závažnému porušení zákona.

Stěžovatel uvádí, že požadovanou odbornou způsobilostí disponuje dle jeho zjištění asi jen 5 firem v rámci ČR, tedy nemohl podat žádost o účast ve Veřejné zakázce, spekuluje (nemůže se ubránit dojmu), že kvalifikační předpoklad je neopodstatněný a významným způsobem omezuje hospodářskou soutěž a napadá Zadavatele, že to je jeho zájmem.

Zde zadavatel konstatuje, že v řízení bylo podáno více než pět kvalifikačních dokumentací a odkazuje na možnost užití § 51, odstavec 4) zákona, který stanovuje, že pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Požadavek tedy nemůže žádným způsobem omezit hospodářskou soutěž.

Ani tvrzení Stěžovatele, že se požadavek na doložení způsobilosti pro ocelové konstrukce třídy provedení EXC4 v praxi veřejných zakázek užívá zcela výlučně ve vztahu k opravám mostů, železničních tratí a podobným typům staveb není pravdivé; tento požadavek byl použit například při Rekonstrukci odchovny a výkrmny prasat s evidenčním číslem veřejné zakázky dle VVZ 509304.

Zadavatel naopak nabývá dojmu, že se Stěžovatel začal zabývat zakázkou pozdě nebo povrchně a nebyl schopen uplatnit ustanovení § 51, odstavec 4) zákona (o čemž m.j. svědčí i opožděná komunikace s osobou pověřenou), tedy se pokouší mařit investici investorovi, který očekává přidělení dotace pro zlepšení podmínek rozvoje sportu, tedy společenského života obecně.

III.

K námitce proti způsobu vyřizování žádostí o dodatečné informace ze strany Zadavatele

Stěžovatel doručil na elektronickou adresu osoby pověřené zadavatelskou činností následující mail:

From: Yvona Ferklová [mailto:ferklova@primahk.cz]

Sent: Wednesday, January 13, 2016 1:58 PM

To: info@ingeniring.cz

Subject: žádost o dodatečné informace FC Olympia HK

Dobrý den, můžete prosím poskytnout přílohu č. 1 – seznam referenčních prací v editovatelném formátu, abychom mohli vyplnit? Děkuji.

S pozdravem

Ing. Yvona Ferklová

předvýrobní příprava, rozpočty

PRIMA, spol. s r.o.

Bratří Štefanů 973

500 03 Hradec Králové

774 101 754

495 000 348

Jelikož je zadavatel povinen uveřejnit alespoň textovou část zadávací dokumentace na profilu zadavatele, učinil tak, avšak záměrně v needitovatelné podobě, aby mohl uveřejnit dokumenty podepsané a zamezil následným spekulacím o jejich obsahu.

Editovatelné formáty vydával zástupce osoby pověřené zadavatelskou činností obratem na základě e-mailových požadavků kterékoliv osoby uchazeče, tedy od pracovníků sekretariátu, přes přípravu, ředitele společnosti až po její statutární zástupce, aniž je tato činnost považována za vyřizování dotazů, či vydávání dodatečných informací. Takto byly v rozmezí 6. ledna 2016 do 13. ledna 2016 vydány editovatelné verze tabulky referenčních zakázek šesti uchazečům; někteří (jak se ukázalo později) doplnili do svých žádostí tabulky ručně.

Žádosti o poskytnutí přílohy č. 1 kvalifikační dokumentace v editovatelném formátu umožňujícím vyplnění ze strany zájemců o zakázku bylo vyhověno; zadavatel osoby pověřené zadavatelskou činností přílohu Stěžovateli poskytl ještě též den během jedné hodiny a dvaceti pěti minut.

Tvrzení stěžovatele, že „V rozporu s ustanovením § 49 odst. 3 zákona Zadavatel (a to ani do dne odeslání těchto námitek) neuveřejnil dodatečnou informaci na svém profilu, čímž se dopustil porušení tohoto zákonného ustanovení a omezení práv ostatních zájemců o zakázku“ pouze dokresluje snahu stěžovatele chytit se, čeho se dá.

V zadávacím řízení byla doposud poskytnuta jediná dodatečná informace č. 1, řešící skutečnosti odborné způsobilosti k prevenci rizik (PRE) bezpečnosti a ochrany zdraví při práci na staveništi. To je skutečně dotaz uchazeče, to je následná dodatečná informace vydaná zadavatelem 12. 1. 2016 a též den ve 14:21:53 hodin uveřejněná v souladu s ustanovením § 49 odst. 3 zákona na profilu zadavatele.

Za podstatnější porušení zákona pak Stěžovatel považuje způsob vyřízení, resp. nevyřízení, žádosti Stěžovatele č. 2 o dodatečnou informaci. Zde stěžovatel chybně uvádí číslo žádosti – jedná se dle výše uvedených skutečností o žádost č. 1. Dne 13. 01. 2016 (v 17:22 hodin – poznámka zadavatele) odeslala opět paní Ferklová dotaz týkající se profesního kvalifikačního předpokladu dle bodu 5.1 Pokynů (ocelové konstrukce a požadavek na doložení třídy provedení EXC4). K elektronicky podepsané zprávě již nepřipojila plnou moc, neboť tuto připojila již k prvnímu úkonu vůči zadavateli.

Jelikož zadavatel, ani jím pověřená osoba, nefunguje plných 24 hodin, byla vyřizována logicky až druhý den. Zástupce Zadavatele se dne 14. 01. 2016 odmítl žádostí zabývat ze dvou důvodů – e-mail byl tohoto znění:

Vážená paní Ferklová,

článek 12.4 pokynů pro zpracování žádosti - dodatečné informace k zadávacím podmínkám stanovuje, že v případě, že některý z uchazečů o veřejnou zakázku bude mít jakýkoliv dotaz vztahující se k pokynům pro zpracování žádosti, je nutné na tento pohlížet jako na právní úkon uchazeče ve smyslu § 49 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen zákon).

Dotaz je uchazeč povinen doručit na elektronickou adresu info@ingeniring.cz nejpozději 6 pracovních dnů před uplynutím lhůty pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení / kvalifikační dokumentace / nabídek.

S ohledem na skutečnost, že vznesení dotazu k pokynům je právním úkonem uchazeče, požaduje zadavatel, aby každý takovýto dotaz byl podepsán osobou oprávněnou jednat za uchazeče tak, jak je uvedeno v příslušné části výpisu z obchodního rejstříku či je prokázáno jiným relevantním dokladem.

V případě podpisu dotazu jinou osobou, je nutné společně s dotazem předložit originál či úředně ověřenou kopii plné moci vystavené této osobě osobou oprávněnou jednat za uchazeče tak, jak je uvedeno v příslušné části výpisu z obchodního rejstříku.

Na dotazy podepsané jiným způsobem než shora uvedeným, nebude zadavatel nahlížet jako na dotazy uchazeče vznesené ve smyslu § 49 zákona.

Zadavatel se tedy Vaším dotazem z výše popsaných důvodů nebude zabývat.

Zadavatel však doporučuje držet se v plném rozsahu požadavků stanovených pokyny pro zpracování žádosti.

Zadavatel se dotazem Stěžovatele odmítl zabývat ze dvou popsaných důvodů. Tuto skutečnost by měl být Stěžovatel schopen rozlišit. Zástupce osoby pověřené zadavatelskou činností v mailu odkázal na absenci plné moci chybně; to však nic nemění na skutečnosti, že byl dotaz podán pozdě. Dne 15. 01. 2016 paní Ferklová opravdu informovala zástupce Zadavatele, že tuto plnou moc již dokládala v rámci dotazu č. 1 vyžádání tabulky referenčních zakázek a opětovně ji předložila. Zástupce Zadavatele připustil, že plnou moc skutečně má. Odmítl se však dotazem opětovně zabývat s odkazem na skutečnost, že v době obdržení mailu již uplynula zákonná lhůta pro možnost podávání žádostí o dodatečné informace – tentokrát z jediného z původně uvedených důvodů – e-mail byl tohoto znění:

Vážená paní Ferklová, k dotazu, který jsem vyřizoval, nebyla plná moc přiložena. Byla zřejmě přílohou prvního mailu s vyžádáním editovatelné přílohy č. 1 pokynů ke zpracování žádosti, který vyřizovala kolegyně. Založíme ji však do složky jako požadovaný dokument.

Článek 12.4 pokynů pro zpracování žádosti dodatečné informace k zadávacím podmínkám však stanovuje, že dotaz je uchazeč povinen doručit zadavateli nejpozději 6 pracovních dnů před uplynutím lhůty pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení / kvalifikační dokumentace / nabídek.

Váš dotaz byl podán 13. ledna 2016 v 17:22 hodin.

Vzhledem ke skutečnosti, že termín pro podání kvalifikačních dokumentací je stanoven na 21. 1. 2016 do 10:00 hod, má zadavatel za to, že tato zákonná povinnost nebyla splněna a **z výše popsaného důvodu se Vaším dotazem nebude zabývat.**

Zadavatel však doporučuje držet se v plném rozsahu požadavků stanovených pokyny pro zpracování žádosti.

K oběma mailům pak bylo v závěru připojeno doporučení, tedy byl ve své podstatě dotaz zodpovězen nad rámec povinností zadavatele.

Zadavatel tedy právo Stěžovatele žádným způsobem neporušil; sporný kvalifikační předpoklad, zůstal kvalifikačním předpokladem akceptovatelným dostatečným počtem uchazečů, aby bylo vytvořeno dostatečné konkurenční prostředí. Žádosti o účast v zadávacím řízení již byly podány, Zadavatel tedy nevidí relevantní důvod přijetí jakéhokoli nápravného opatření, a rozhodně nemíní Zakázku dle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona zrušit, neboť se v průběhu zadávacího řízení nevyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

IV.

Námítka proti nezákonnému způsobu stanovení druhu zadávacího řízení

Zadavatel stanovil jak v Oznámení o zakázce ze dne 29. 12. 2015, tak v kvalifikační a zadávací dokumentaci, že Veřejná zakázka je vyhlášena jako otevřené řízení. V čl. I. kvalifikační dokumentace pak uvádí, že „administraci zadávacího řízení ve dvou stupních (princip užšího řízení) sleduje snížení, resp. rozložení administrativní zátěže uchazečů a hlavně zajištění shodné lhůty pro zpracování nabídkové ceny pro všechny uchazeče, kteří prokázali kvalifikaci.“ Zadavatel dále předpokládá, že kompletní znění zadávací dokumentace, tj. včetně projektové dokumentace, poskytne pouze těm uchazečům, kteří prokáží splnění kvalifikace. Uchazeče, kteří splnění kvalifikace neprokáží, pak Zadavatel vyloučí.

Stěžovatel záměrně neuvádí, že z dokumentů vyplývá, že všichni uchazeči, kteří projdou kontrolou úplnosti a prokáží splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu, budou ve smyslu ustanovení § 28, odst. 2) obesláni výzvou k podání nabídky a bude jim poskytnuta zadávací dokumentace. Zadavatel vyloučí z účasti v zadávacím řízení pouze zájemce, kteří podali neúplnou žádost či nesplnili kvalifikaci v rozsahu stanoveném zadavatelem v oznámení o zadání zakázky. V případě, že splní kvalifikaci všichni uchazeči, budou obesláni všichni. Tento postup zadavatele má zajistit co největší transparentnost,

Zadavatel takto činí v plném souladu s § 26, § 48 a § 146 zákona. Formulář Oznámení o zakázce ve svém oddílu IV: Řízení IV. 1) Druh řízení umožňuje zadavateli označit řízení jako následující:

- Otevřené
- Omezené
- Urychlené omezené
- Vyjednávací
- Urychlené vyjednávací
- Soutěžní dialog

Jelikož zadavatel svým postupem uchazeče neomezuje, a to ani urychleně, nevyjednává s nimi, a to ani urychleně a nevede s nimi soutěžní dialog, je přesvědčen, že druh řízení označil správně.

A pokud by tomu snad tak nebylo, odkazuje se zadavatel na rozhodnutí ÚOHS vydané v Brně 12. května 2015 pod č.j.: ÚOHS-S100/2015/VZ-11323/2015/513/EPI.

Navrhovatel zde spatřoval shodně se Stěžovatelem rozpor v nesprávném označení zadávacího řízení jako otevřeného řízení, tedy porušení § 26 v návaznosti na § 146 zákona. (Navrhovatel navíc uváděl, že důsledkem tohoto postupu zadavatele bylo možné zjistit lhůtu pro doručení žádostí o účast až řádným prostudováním dokumentů k veřejné zakázce, a tímto mohlo dojít k ovlivnění počtu uchazečů, a tedy potenciálně i výběru nejvhodnější nabídky – zde bylo pro podání žádostí stanoveno 15 dnů oproti více než 22 v řízení tomto).

Návrh navrhovatele v části návrhu, která se týká postupu zadavatele při označení druhu zadávacího řízení, úřad zamítl, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.

Závěry Úřadu - Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména pak dokumentace k veřejné zakázce, vyjádření zadavatele a na základě vlastních zjištění, dospěl k závěru, že zadavatel nesprávně označil druh zadávacího řízení, tento postup však neměl a nemohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

Zadávacího řízení tedy dle názoru zadavatele zatíženo vadou spočívající ve vymezení nesprávného druhu zadávacího řízení není, nebo alespoň nemá vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

Zadavatel tedy nevidí relevantní důvod přijetí jakéhokoliv nápravného opatření, a rozhodně nemíni Zakázku dle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona zrušit, neboť se v průběhu zadávacího řízení nevyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

Zadavatel vždy obecně postupoval a postupuje transparentně, zachází se všemi shodně a přistupuje ke všem rovně a straní se jakéhokoliv jednání, které by mohlo být označeno jako diskriminační. Stěžovateli tak ani nemohla vzniknout jakákoliv újma na jeho právech; stěžovateli nebyla upřena možnost ucházet se o veřejnou zakázku a případně ji získat.

Zadavatel svým jednáním a úkony v zadávacím řízení primárně sleduje principy 3 E - zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky a to s péčí řádného hospodáře.

Z výše vedeného tedy vyplývá, že není třeba zadávací řízení rušit, neboť zadavatel neshledává důvod hodný zvláštního zřetele, který by jej k tomuto úkonu vedl.

POUČENÍ:

Ve smyslu ustanovení § 111, odstavec 2 zákona uvědomuji stěžovatele o možnosti podat ve lhůtě podle § 114, odstavec 4 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.

V Hradci králové 3. 2. 2016

Mgr. Miloš Sazima

prezident klubu a předseda představenstva

