MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

Rozhodovací praxe UOHS k ZZVZ

MINISTERSTVO PRO MÍSTNÍ ROZVOJ ČR

Martin Čech

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0361/2017/VZ Obnovení způsobilosti, nápravné opatření

Oprávnění prokázat obnovení způsobilosti je dáno výhradně účastníkovi zadávacího řízení. Dodavatel, kterému účast v zadávacím řízení zanikla, tedy není dána možnost dovolávat se obnovení způsobilosti.

V návaznosti na výše uvedené Úřad uvádí, že důkazní břemeno, že došlo k obnovení způsobilosti, leží plně na dodavateli. Je tedy na účastníkovi zadávacího řízení, aby zadavateli předložil dostatečná tvrzení a důkazy o tom, že k obnovení jeho způsobilosti fakticky došlo.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0361/2017/VZ Obnovení způsobilosti, nápravné opatření

Výčet způsobů prokázání obnovení způsobilosti v ustanovení § 76 odst. 2 zákona je demonstrativní a v praxi tedy může nastat celá řada dalších opatření či kroků, které budou pro obnovení způsobilosti účastníka zadávacího řízení dostatečné. Lze předpokládat, že se v mnohých případech nebude jednat o jedno izolované opatření, ale o komplex opatření.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0361/2017/VZ Obnovení způsobilosti, nápravné opatření

Z má vždy v zákonem předvídaných situacích povinnost dodavatelem doložená nápravná opatření posoudit a vyhodnotit, zda jsou adekvátní z hlediska závažnosti pochybení či provinění a okolností, za kterých k trestnému činu nebo jinému pochybení či provinění došlo.

Přitom Z nemusí přihlížet k případným rozhodnutím jiných Z týkajících se stejného dodavatele, tzn., že zadavatel takovými rozhodnutími není vázán.

Zároveň Z není vázán ani svým předchozím rozhodnutím u stejného dodavatele, neboť vztah pochybení k rizikům plnění veřejné zakázky může být různý.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0361/2017/VZ Obnovení způsobilosti, nápravné opatření

Úřad má za to, že změna jediného člena statutárního orgánu navrhovatele, tj. jednatele, představuje personální opatření, které v šetřeném případě „očišťuje“ navrhovatele od předchozího pochybení, jelikož nově zvolený jednatel (jediný člen statutárního orgánu navrhovatele) disponuje výpisem z evidence Rejstříku trestů fyzických osob, ve kterém nejsou žádné informace o odsouzení dotyčné osoby.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0361/2017/VZ Obnovení způsobilosti, nápravné opatření

Úřad má za to, že změna jediného člena statutárního orgánu navrhovatele, tj. jednatele, představuje personální opatření, které v šetřeném případě „očišťuje“ navrhovatele od předchozího pochybení, jelikož nově zvolený jednatel (jediný člen statutárního orgánu navrhovatele) disponuje výpisem z evidence Rejstříku trestů fyzických osob, ve kterém nejsou žádné informace o odsouzení dotyčné osoby.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

R0211/2017/VZ Obnovení způsobilosti, nápravné opatření

Mohou tedy nastat situace, kdy bude posouzení nápravného opatření jednoznačné, ale mohou také nastat situace, kdy si okolnosti věci vyžádají přijetí mnohem komplexnějšího nápravného opatření, jehož posouzení jednoznačné nebude.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

R0211/2017/VZ Obnovení způsobilosti, nápravné opatření

Například nápravné opatření ve smyslu § 76 odst. 2 písm. a), tedy „uhrazení dlužných částek nebo nedoplatků“ představuje typický příklad nápravného opatření, kdy je možno obecně jednoznačně říci, zda došlo k obnovení způsobilosti (tedy zda došlo k uhrazení nedoplatků, případně dlužných částek) nebo nikoliv.

Jde tedy o situaci, kdy je posouzení vlivu nápravného opatření na způsobilost uchazeče účastnit se zadávacího řízení poměrně snadné.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

R0211/2017/VZ Obnovení způsobilosti, nápravné opatření

Totéž platí u přijetí nápravného opatření, které tkví v „úplné náhradě újmy způsobené spácháním trestného činu nebo pochybením“ (srovnej § 76 odst. 2 písm. b) zákona), zde taktéž v obecné rovině nastane situace, kdy buď daný uchazeč plně nahradí jmu a obnoví tak svou způsobilost, nebo nikoliv.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

R0211/2017/VZ Obnovení způsobilosti, nápravné opatření

Naopak nápravné opatření ve smyslu § 76 odst. 2 písm. d) zákona: „přijetí technických, organizačních nebo personálních preventivních opatření proti trestné činnosti nebo pochybením“, představuje kategorii nápravných opatření, u kterých bude posouzení jejich vlivu na obnovu způsobilosti uchazeče – v obecné rovině – komplexnější otázkou.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

R0211/2017/VZ Obnovení způsobilosti, nápravné opatření

V případě takových komplexnějších nápravných opatření lze úvahy zadavatele při posouzení toho, zda takové nápravné opatření vede k obnově způsobilosti uchazeče, nebo nikoliv přirovnat k úvahám hodnotící komise při posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 113 zákona

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

R0211/2017/VZ Obnovení způsobilosti, nápravné opatření

Není v gesci Úřadu, aby vstupoval do těchto úvah, ale pouze posoudil to, zda postup a odůvodnění hodnotící komise splňuje podmínky stanovené zákonem (srovnej rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jako „krajský soud“) ze dne 7. 6. 2017, č. j. 31 Af 32/2015-104 ze dne 7. 6. 2017, kde krajský soud uvádí: „Citované zásady přezkumu výsledku hodnocení hodnotící komise platí pochopitelně i pro posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

R0211/2017/VZ Obnovení způsobilosti, nápravné opatření

V případě komplexnějších nápravných opatření bude výlučně na posouzení zadavatele, zda uchazečem přijaté nápravné opatření posoudí jako dostatečné. V takovém případě ovšem bude muset své úvahy řádně odůvodnit, aby postupoval v souladu se základními zásadami, jak je koncipuje zákon v § 6.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

R0148/2017/VZ Podání námitek

Z § 248 odst. 1 písm. b) zákona jednoznačně vyplývá, že je pro jeho možnou aplikaci nepochybně nutné zkoumat postup zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. V tomto ohledu mám za to, že postup zadavatele musí mít jakousi kvalifikovanou podobu, přičemž z něj musí být jasné, že tento směřuje k zadání veřejné zakázky. Musí se tedy jednat o konkrétní kroky zadavatele, kterými dává najevo, že hodlá uzavřít kupříkladu smlouvu ve smyslu § 11 zákona.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

R0148/2017/VZ Podání námitek

Co se týká zařazení výše uvedeného bodu 21 na program jednání Rady HMP, mám za to, že se však nejednalo o postup zadavatele, z něhož by bylo jasně patrné, že by směřoval k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Lépe řečeno, nejednalo se o jakýsi kvalifikovaný postup, kterým by zadavatel dával jasně najevo, že hodlá uzavřít smlouvu s konkrétně vymezeným obsahem mimo zadávací řízení.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

R0148/2017/VZ Podání námitek

Pokud by se tedy chtěl navrhovatel účinně bránit proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, mohl tak učinit až ve chvíli, kdy bude návrh na uzavření smlouvy na veřejnou zakázku projednán a schválen Radou HMP. Jen pro úplnost připomínám, že pokud by po předmětném projednání Radou HMP byly ze strany navrhovatele vzneseny námitky, tak okamžikem jejich doručení počíná zadavateli běžet takzvaná blokační lhůta ve smyslu § 246 zákona (viz rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0068,0082/2017/VZ-21978/2017/323/EBr ze dne 31. 7. 2017).

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0124/2017/VZ Veřejný zadavatel

Pojem zadavatele podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona je přitom třeba chápat ve funkčním smyslu, tzn. že při určení okruhu zadavatelů je nezbytné vycházet z účelu zřízení a povahy činnosti určitého subjektu. Jelikož zákon dále nespecifikuje, co se míní uspokojováním potřeb veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu, je pro objasnění smyslu definice nutné vycházet z relevantní judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“).

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0124/2017/VZ Veřejný zadavatel

Ve světle dlouhodobé rozhodovací praxe SDEU jsou potřeby veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu chápany jako potřeby, které jsou uspokojovány jinak, než dostupností zboží a služeb na trhu, a které se stát (jako druhá varianta), z důvodů obecného zájmu, rozhodl poskytovat sám, nebo nad kterými si přeje udržet rozhodující vliv (viz rozsudek ze dne 10. 11. 1998, C–360/96 Gemeente Arnhem a Gemeente Rheden vs. BFI Holding, ECR 1998, s. I-06821, body 50. a 51.).

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0124/2017/VZ Veřejný zadavatel

Při posuzování, zda-li je, či není potřeba veřejného zájmu nemající průmyslový ani obchodní charakter přítomna, musí být vzaty v úvahu všechny relevantní právní a faktické prvky, jako okolnosti převládající v době, kdy byl dotyčný subjekt zřizován a podmínky, za kterých vykonává svoji činnost (rozsudek ze dne 22. 5. 2003, C–18/2001 Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy a další vs. Varkauden Taitotalo Oy, ECR 2003, s. I-05321, bod 48.).

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0124/2017/VZ Veřejný zadavatel

Za potřeby veřejného zájmu je třeba považovat ty potřeby, na jejichž řádném a pokojném uspokojování má zájem sám stát a které sám stát taktéž uspokojuje, případně jejich uspokojování svěřuje od něj odvozeným subjektům. Potřeby veřejného zájmu se projevují v celé řadě oblastí dané společnosti (komunity).

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0124/2017/VZ Veřejný zadavatel

Typicky mezi ně lze řadit např. potřeby projevující se v oblasti hospodářské, sociální, kulturní, dále v oblasti životního prostředí či dopravní obslužnosti. Budeme-li zkoumat zadavatele ve světle kritérií podaných SDEU, dojdeme k závěru, že činnosti zadavatele lze kvalifikovat jako činnosti uspokojující potřeby veřejného zájmu.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0124/2017/VZ Veřejný zadavatel

Správa veřejného osvětlení, údržba veřejných komunikací či mostů jsou jednoznačně potřeby naplňující veřejný zájem ve smyslu obecného, či obecně prospěšného zájmu a naplňující definici veřejného statku (public good). Na uspokojování těchto potřeb má zájem širší okruh osob a slouží relativně neomezenému okruhu subjektů konkrétního území. Stejně tak užitek z činností zadavatele má více osob, nikoliv pouze konkrétní subjekt.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0124/2017/VZ Veřejný zadavatel

Zřejmá je také absence obchodní a průmyslové povahy této činnosti, Ostravské komunikace a.s. nevykonávají předmětnou činnost v konkurenčním prostředí a jejich rozhodování zde není řízeno ekonomickými zájmy, naopak je koordinováno Statutárním městem Ostrava (zakladatel a jediný akcionář zadavatele), které má na provozování veřejného osvětlení a údržbě veřejných komunikací či mostů svůj zájem, a proto si chce ponechat určitou míru kontroly nad těmito činnostmi.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0194/2017/VZ Zadávací podmínky, nabídková cena

K uvedenému Úřad konstatuje následující. Je právem zadavatele, aby v rámci nastavení zadávacích podmínek reflektoval své finanční možnosti a prostředky, které je ochoten a schopen za dodávané plnění vynaložit. Nelze tedy postup zadavatele, kdy tento ve vztahu k poptávanému předmětu plnění stanoví horní finanční hranici, za kterou je ochoten dodávané plnění odebírat, považovat za nesouladný se zákonem, např. za situace, kdy předpokládaná hodnota představuje i maximální cenovou nabídku.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0194/2017/VZ Zadávací podmínky, nabídková cena

Ostatně k uvedenému postupu zadavatele lze odkázat na již existující rozhodovací praxi, kdy např. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 30 Af 65/2013-70 ze dne 15. 10. 2015, konstatoval „Jestliže zadavatel ještě před zahájením zadávacího řízení věděl podle rozpočtu na rok 2012, v jaké výši má k dispozici finanční prostředky na realizaci předmětné veřejné zakázky a měl zájem na realizaci této zakázky, měl možnost stanovit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky jako cenu maximální a nepřekročitelnou.“.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0194/2017/VZ Zadávací podmínky, nabídková cena

Úřad v obecné rovině uvádí, že typicky se rámcové dohody uzavírají v případě, kdy zadavatel není schopen předem zcela přesně určit objem či množství poptávaného plnění. Rozhodující přitom je, aby zadavatel zadávací podmínky související s předpokládaným rozptylem v objemu, množství, či struktuře plnění vždy jasně, určitě a transparentně sdělil předem tak, aby se o nich měli možnost dozvědět všichni potencionální uchazeči, a aby si poté na jejich základě mohli do své nabídky zakalkulovat i podnikatelská rizika, která souvisejí s určitou mírou nejistoty dodavatelů ohledně toho, jak velké množství plnění bude zadavatel od dodavatele nakonec reálně odebírat.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0194/2017/VZ Zadávací podmínky, nabídková cena

Jak vyplývá z výše uvedené argumentace Úřadu, byť zadavatel omezil maximální možnou cenovou nabídku u tří oceňovaných položek ze čtyř, nemá Úřad za to, že by došlo k nepřípustnému omezení zohlednění tohoto rizika v nabídkách uchazečů, čemuž odpovídají i podané nabídky; stejně tak je na uvážení dodavatele, jestli do zadávacího řízení s takto nastavenými zadávacími podmínkami nabídku podá či nikoliv.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0194/2017/VZ Zadávací podmínky, nabídková cena

Ostatně právě i k těmto případům, kdy není předem jednoznačně znám rozsah požadovaného a opakujícího se plnění, institut rámcové dohody slouží. Pokud některý dodavatel vyhodnotí, že případy, kdy je se zadavatelem nejprve uzavírána rámcová dohoda, jsou pro něj velkým rizikem, neboť neví kdy přesně a v jakém rozsahu nakonec bude plnění poskytovat, je jeho právem neúčastnit se takovýchto zadávacích řízení. Nicméně nejedná se o nezákonný postup zadavatele, který by např. byl v rozporu se zásadou transparentnosti, neboť zákon výslovně upravuje postup pro uzavření rámcové dohody, která je určitým předstupněm k následnému dodání soutěženého plnění.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0194/2017/VZ Zadávací podmínky, nabídková cena

Právě s touto konstrukcí o nestanovení žádného minimálního odebíraného objemu a tedy situací, že spotřeba služby bude, či může být, v budoucnu minimální, navrhovatel spojuje určité „neobvyklé“ riziko, které mu dle jeho tvrzení zabraňuje v řádné kalkulaci nabídkové ceny. Jak již Úřad uvedl, na základě obsahu zadávacích podmínek a účelu veřejné zakázky (potažmo rámcové dohody) se s tímto tvrzením navrhovatele nelze ztotožnit. Ad absurdum, pokud by zadavatel následně neodebral ani jednotku plnění, navrhovateli, popř. jakémukoliv jinému dodavateli, by nevznikly žádné náklady, vyjma nákladů s účastí v zadávacím řízení, kdy náklady související s účastí v zadávacím řízení jsou dle ustálené rozhodovací praxe přiměřeným podnikatelským rizikem (viz např. rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1409/2015 ze dne 26. 7. 2016.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0435/2017/VZ Mimořádně nízká nabídková cena

Ovšem je zapotřebí současně akcentovat, že výše uvedené rozhodně neznačí, že by měl zadavatel k posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídkách dodavatelů přistupovat jakkoliv „benevolentněji“, popř. že by nikdy nemusel dodavatele z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny z účasti v zadávacím řízení vyloučit, stejně tak není dotčena povinnost zadavatele postupovat i v této fázi zadávacího řízení v souladu se zásadou transparentnosti.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0435/2017/VZ Mimořádně nízká nabídková cena

Jestliže tedy zadavatel identifikuje nabídkovou cenu některého z účastníků jako mimořádně nízkou, čili získá o reálnosti jím předložené ceny pochybnosti, je jeho povinností postupovat dle § 113 odst. 4 zákona a vyžádat si od tohoto účastníka písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0435/2017/VZ Mimořádně nízká nabídková cena

Za předpokladu, že z tohoto zdůvodnění následně vyplyne, že nabídková cena daného účastníka je mimořádně nízká vlivem nedodržování (porušování) právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, stíhá zadavatele povinnost aplikovat § 113 odst. 6 zákona a tohoto účastníka ze zadávacího řízení vyloučit.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0435/2017/VZ Mimořádně nízká nabídková cena

Úřad v dalším sděluje, že pochybnosti o mimořádně nízké nabídkové ceně, resp. o reálnosti nabídkové ceny, mohou být na straně zadavatele vyvolány 2 způsoby. Předně k těmto pochybnostem může zadavatel dospět sám, např. v důsledku toho, že nabídková cena jednoho z účastníků zadávacího řízení je markantně nižší než nabídkové ceny zbývajících účastníků. Druhým způsobem, kterak zadavatel může získat pochybnosti o reálnosti (opodstatněnosti) nabídkové ceny, je upozornění na tuto eventualitu „zvenčí“, tj. typicky prostřednictvím konkrétního podání od jiného účastníka zadávacího řízení.

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0435/2017/VZ Mimořádně nízká nabídková cena

S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že navrhovatel v námitkách předložil relevantní argumenty týkající se toho, že nabídková cena vybraného dodavatele může být eventuálně mimořádně nízká v důsledku nedodržení (porušení) povinností plynoucích z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky. Navrhovatel tak dle názoru Úřadu na základě předmětných námitek vnesl do zadávacího řízení pochybnosti o reálnosti nabídkové ceny vybraného dodavatele, když namítal, že nabídková cena vybraného dodavatele je mimořádně nízká právě i v důsledku porušení povinností vyplývajících ze shora citovaného ustanovení zákona

MINISTERSTVO
PRO MÍSTNÍ
ROZVOJ ČR

S0435/2017/VZ Mimořádně nízká nabídková cena

S ohledem na výše uvedené proto nelze konstatovat jinak, než že zadavatel při posuzování nabídky vybraného dodavatele z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny nepostupoval v souladu s § 113 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, jelikož dostatečně neposoudil, zda nabídka vybraného dodavatele neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a to ani poté, co obdržel námitky navrhovatele ze dne 9.10.2017, jež toto výslovně namítaly, a to včetně skutečností, které jsou případně obligatorním důvodem pro vyloučení z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 113 odst. 6 písm. a) zákona, v důsledku čehož se úkony zadavatele v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele staly netransparentními, přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

DĚKUJI VÁM ZA POZORNOST

Martin.cech@mmr.cz