NÁPRAVNÁ OPATŘENÍ BEZ PŘEZKUMU NÁMITKAMI NAPADENÉHO ÚKONU

(NEPREFEROVANÝ KONEC SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ PŘED ÚŘADEM PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE)

Rok zkušeností s novým zákonem
ÚOHS Brno, 5.10.2017

Mojmír Florian, ředitel Odboru veřejných zakázek II
Markéta Dlouhá, ředitelka Odboru veřejných zakázek III

ÚOHS

Přehled prezentace

I. **institut námitek** (smysl, účel)
II. **nápravná opatření podle § 263 odst. 5 a 6 ZZVZ** (nepřezkoumatelné, resp. neexistentní rozhodnutí o námitkách)
III. **případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách**
IV. **dokumentace o zadávacím řízení** (co se jí rozumí, její význam a povinnosti zadavatele ve správním řízení před Úřadem ve vztahu k ní)
V. **nápravné opatření podle § 263 odst. 4 ZZVZ** (nedoručení dokumentace) **vs. přestupky podle § 268 odst. 1 písm. e) ZZVZ** (nesplnění povinností souvisejících s předáním dokumentace o zadávacím řízení Úřadu)
VI. **případové studie k nedoručení dokumentace**
VII. **diskuse**

Úvod

- **relevantní základní principy regulace zadávání veřejných zakázek**
  - účelem je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, a to 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 *(rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008 sp. zn. 1 Afs 20/2008)*
  - **povinnosti** jsou ukládány primárně (nikoli výlučně) **zadavatelům**, kteří jsou odpovědni za zákonnost svého postupu při zadávání veřejné zakázky
  - každý **dodavatel** pohybující se na relevantním trhu má **právo** na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení a právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se u něj neúspěšně bránil námitkami dle zákona (k tomuto závěru srov. *rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2008, č.j. 5 As 50/2006-137*)

Úvod

→ **zadavatel je při uzavírání smlouvy na veřejnou zakázku omezen ve své smluvní volnosti ZZVZ, přičemž svůj postup musí jednak dokumentovat** (bez toho by se jím nebylo možno zpětně zabývat)**, jednak jej musí být připraven z hlediska jeho souladu se zákonem obhájit**

→ pokud zadavatel těmto povinnostem nedostojí, může to znamenat **„rychlý konec“** správního řízení vedeného Úřadem, kdy je zadavateli uloženo nápravné opatření, aniž by se Úřad meritorně vůbec zabýval úkonem, proti kterému byly podány námitky

- takový konec správního řízení je zákonem **nepreferovaný**
- zadávání veřejné zakázky „neposouvá dále“
- je nicméně **důsledkem předchozího fatálního pochybení zadavatele**, který meritorní přezkum *de facto* **znemožnil**

→ zadavatel může takovému ukončení správního řízení **vždy předejít** a mělo by to být v jeho nejvlastnějším zájmu

I. námitky a jejich vyřízení

- **námitky – stěžejní institut pro dodavatele, který se chce bránit proti (domněle) nezákonnému postupu zadavatele**
  - bez předchozího včasného a řádného podání námitek **nelze podat návrh na zahájení správního řízení u Úřadu** [řízení o takovém návrhu by bylo zastaveno podle § 257 písm. h) ZZVZ]
  - obsahem námitek je v podstatě určen i rozsah případného budoucího správního řízení před Úřadem, neboť **v návrhu nelze uvádět nové skutečnosti oproti námitkám**, ledaže navrhovatel prokáže, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli [§ 251 odst. 4 věta druhá ZZVZ]
  - bez předchozího včasného a řádného podání námitek **nemůže dodavatel podat ani podnět k zahájení správního řízení z moci úřední** [takový podnět se podle § 258 odst. 2 ZZVZ nevyřizuje]

I. námitky a jejich vyřízení

- **zadavatel nesmí uzavřít smlouvu** (§ 246 ZZVZ) před uplynutím lhůty pro podání námitek proti
  - rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení, o výběru dodavatele nebo proti úkonu dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu
  - byly-li námitky podány, do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli
  - byly-li námitky odmítnuty, do uplynutí lhůty pro podání návrhu na zahájení správního řízení u Úřadu

- **proč je na námitky kladen takový důraz?**
  - **zadavatel je „pánem“ zadávacího řízení**
    - vymezuje zadávací podmínky (podmínky účasti vč. předmětu plnění, požadavků na způsobilost/kvalifikaci dodavatelů…, průběh řízení, pravidla pro hodnocení…)
    - rozhoduje, jakým konkrétním způsobem bude postupovat (zda bude vylučovat, objasňovat nabídku…)

I. námitky a jejich vyřízení

- **zadavatel má k dispozici všechny relevantní informace** k tomu, aby mohl případná tvrzení stěžovatele vyvrátit, případně může přijmout nápravu
- **v tomto smyslu nemůže zadavatele nikdo nahradit** (ani Úřad); tj. nikdo jiný než zadavatel by neměl konstruovat argumentaci podporující postup zadavatele v situaci, kdy jeho vlastní úvahy (proč něco učinil) absentují

- **musí tedy platit, že**
  - **primárně musí námitky vypořádat vždy zadavatel**, neboť
  - **problém má být řešen především tam, kde je to nejefektivnější** (kde je nejvíc informací a nejrychlejší možnost nápravy – bez složitého zjišťování skutkového stavu a formálního procesu)

I. námitky a jejich vyřízení

- **námitky lze podat**
  - proti všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštním postupu podle části šesté (uzavírání rámcových dohod, DNS, soutěž o návrh),

    → tyto námitky může podat **jen účastník zadávacího řízení** (viz § 47 ZZVZ) - § 241 odst. 3 ZZVZ
  - a to včetně stanovení zadávacích podmínek - § 241 odst. 2 písm. a) ZZVZ
  - proti dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvu
  - proti volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky - § 241 odst. 2 písm. b) ZZVZ
  - směřuje-li zadavatel k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení a stěžovatel se domnívá, že je to v rozporu se zákonem o zadávání veřejných zakázek (tedy se domnívá, že daná zakázka měla být zadána v zadávacím řízení) - § 241 odst. 2 písm. c) ZZVZ

    → tyto námitky může podat **(kterýkoli) dodavatel, kterému postupem zadavatele vznikla újma** („stěžovatel“) - § 241 odst. 1 ZZVZ

I. námitky a jejich vyřízení

- **námitky lze podat toliko ve lhůtách stanovených zákonem** (§ 242 ZZVZ)
  - proti **úkonům oznamovaným v povinně uveřejňovaných nebo doručovaných dokumentech** – 15 dní od jejich uveřejnění či doručení (dokument, který se uveřejňuje i doručuje: komu se doručuje, tomu běží lhůta od doručení, ostatním od uveřejnění) – odst. 2
  - proti **zadávacím podmínkám** – vždy do konce lhůty pro podání žádostí o účast / nabídek / předběžných nabídek (odst. 3, 4) – *změna oproti ZVZ*
  - proti **dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvu** – do 30 dnů od uveřejnění tohoto oznámení (odst. 5)
  - ve všech ostatních případech (odst. 1) – do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem, nikoli však po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou *(zde však pozor na zvláštní kategorii námitek upravenou v § 247!)*
- **pozor na okamžik doručení námitek** podávaných prostřednictvím systému datových schránek - § 211 odst. 6 ZZVZ (dodáním do DS)

I. námitky a jejich vyřízení

- **vyřízení námitek (§ 245 ZZVZ)**
  - zadavatel má **povinnost rozhodnout o námitkách** (a toto rozhodnutí odeslat stěžovateli) **ve lhůtě 15 dnů od doručení námitek** *(podle ZVZ byla lhůta 10 dnů)*
    - **námitkám buď <u>vyhoví</u>, nebo**
    - **je <u>odmítne</u>**
  - součástí rozhodnutí o námitkách musí být **odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách** *(tuto povinnost bylo možno dovodit i dle ZVZ, nyní má však její porušení zásadní důsledky)*

  - **nevyřízení námitek či jejich vyřízení v rozporu s pravidly stanovenými v § 245 odst. 1-4 ZZVZ** je **přestupkem** podle § 268 odst. 1 písm. d) ZZVZ, za který lze uložit **pokutu až do 20.000.000,- Kč**

II. nápravná opatření podle § 263 odst. 5 a 6 ZZVZ

- **§ 263 odst. 5 ZZVZ**
  - Pokud je rozhodnutí o námitkách **nepřezkoumatelné (pro nedostatek důvodů nebo pro nesrozumitelnost),**
    - Úřad uloží **nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o námitkách** (zákonností samotného úkonu, který byl námitkami napaden, se přitom nezabývá)
    - platí, že **okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem**, které zadavatel nemůže odmítnout jako opožděné [zadavatel tedy musí námitky znovu v souladu se zákonem, tj. v celém rozsahu, vyřídit a nadále platí i zákaz uzavření smlouvy podle § 246 odst. 1 písm. b) ZZVZ]
  - Pokud zadavatel námitky odmítne z „procesních“ důvodů [§ 245 odst. 3 ZZVZ], např. protože byly podány opožděně, aniž by uvedl věcnou argumentaci, přičemž následně bude zjištěno, že námitky byly podány včas, jedná se o **nepřezkoumatelné rozhodnutí** ve smyslu § 263 odst. 5 ZZVZ !!!.

II. nápravná opatření podle § 263 odst. 5 a 6 ZZVZ

- **§ 263 odst. 6 ZZVZ**
  - Pokud zadavatel v zákonné lhůtě o podaných námitkách **nerozhodl vůbec**,
    - navrhovatel může podat návrh k Úřadu [§ 245 odst. 5 ZZVZ], a to ve zvláštní lhůtě 25 dnů ode dne odeslání námitek - § 251 odst. 3 ZZVZ
    - Úřad uloží **nápravné opatření spočívající buď ve zrušení úkonu, proti kterému námitky směřovaly, nebo ve zrušení celého zadávacího řízení** (bez dalšího zkoumání věcné podstaty případu)

ÚOHS

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

- **rozhodnutí ÚOHS-S0123/2017/VZ-15529/2017/533/HKu**
  - náležitě přezkoumat, zda jsou dány důvody pro procesní odmítnutí námitek
  - povinnost vyjádřit se ke všem namítaným skutečnostem

❖ **skutkové okolnosti**

Zadavatel v zákonem stanovené lhůtě obdržel námitky stěžovatele, který namítá diskriminační a nerovné zadávací podmínky vůči dodavatelům a domnívá se, že dochází ke zvýhodnění konkrétního dodavatele, který se podílel na vzniku informačního systému, pro nějž má být v rámci šetřené veřejné zakázky zajišťována technická podpora. Současně má stěžovatel za to, že zadávací podmínky obsažené v zadávací dokumentaci, popř. návrhu smlouvy jsou neurčité a nejasné, a tedy jsou nastaveny v rozporu se zásadou transparentnosti.

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

Zadavatel o podaných námitkách rozhodl tak, že je odmítá, a to ze dvou důvodů

1) podání námitek neoprávněnou osobou ve smyslu § 241 ZZVZ
2) námitky nejsou věcně důvodné

- Ad 1)

Námitky podané neoprávněnou osobou dle § 241 ZZVZ

Stěžovatel není dle informací dostupných z webových stránek vendorů jejich obchodním ani jiným partnerem.

Vzhledem k povaze přijatých námitek nebyl s největší pravděpodobností kontaktován ani případný poddodavatel, který by mohl být partnerem vendorů a měl by tak oprávnění poskytovat požadované plnění.

V případě nemožnosti Stěžovatele poskytovat Zadavatelem požadovanou podporu, nemůže proto u Stěžovatele ke vzniku újmy z důvodu nemožnosti získat veřejnou zakázku nikdy dojít.

Na základě výše uvedeného rozhodl Zadavatel tak, jak je uvedeno výše ve výrokové části tohoto rozhodnutí.

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

- Ad 2) zadavatel se věcně vypořádává s argumentací stěžovatele, kdy se vůbec nevyjadřuje ke dvěma vzneseným namítaným skutečnostem, a to
  - požadavku konkrétního typu technické podpory pro některé z SW produktů, kterou zadavatel požaduje a
  - požadavku uvedeného v návrhu smlouvy týkající se poskytnutí licencí

- **závěry Úřadu**

  »Uvede-li zadavatel jako důvod pro odmítnutí námitek skutečnost podle § 245 odst. 3 písm. a) zákona, pak v takovém případě lze uvedení tohoto důvodu považovat za „podrobné a srozumitelné“ vyjádření se ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem (…) popíše-li své úvahy o tom, že stěžovatel není osobou oprávněnou k podání námitek. Pak je na posouzení, zda bylo lze ze strany zadavatele tento zákonný institut odmítnutí námitek dle § 245 odst. 3 písm. a) zákona využít a nevyjadřovat se tak úplně a srozumitelně k uplatněným námitkám, jež zpochybňují postup zadavatele (…) Jestliže však důvod pro odmítnutí podle § 245 odst. 3 písm. a) zákona dán objektivně není, pak zadavatel nemohl využít (nezákonně využil) formálního odmítnutí námitek (…)«

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

Úřad se tedy nejprve zabýval tím, **zda je naplněn důvod odmítnutí námitek** zadavatelem dle § 245 odst. 3 písm. a) ZZVZ a dospěl k závěru, že **navrhovatel je aktivně legitimován.**

„Podmínky aktivní legitimace k podání námitek jsou tedy uvedeny ve shora citovaném ustanovení zákona [§ 245 odst. 1 ZZVZ]. V daném případě se musí jednat o dodavatele dle § 5 zákona a tento musí zároveň specifikovat újmu (…) Jak vyplývá z informací uvedených ve Veřejném rejstříku (…) z informací na internetové stránce (…) hlavní činností navrhovatele je výroba a provozování informačních systémů (…) Na základě těchto informací tedy lze usoudit, že se může jednat o potenciálního dodavatele, resp. potenciálního účastníka zadávacího řízení. Ostatně sám zadavatel ve vyjádření k návrhu uvádí, že navrhovatel je provozovatelem konkurenčního (…) a nijak nezpochybňuje, že by předmět činnosti navrhovatele neodpovídal předmětu plnění veřejné zakázky. (…) Co se týká specifikace újmy (…) problematikou se podrobně věnovalo mj. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R158/2009/VZ-10447/2010/310/ASc ze dne 15. 7. 2010 (…) v zásadě postačí, aby byla újma prokázána aspoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. Navrhovatel v námitkách (…) uvedl, že újma, která mu v důsledku porušení zákona zadavatelem vznikla nebo hrozí, je újma spočívající v nemožnosti získat veřejnou zakázku.“

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

Následně Úřad přistoupil k přezkumu rozhodnutí o námitkách, a to v tom smyslu, **zda se zadavatel** podrobně a srozumitelně **vyjádřil ke všem skutečnostem** uvedeným stěžovatelem v námitkách.

„Úřad konstatuje, že z výše uvedeného věcného odůvodnění rozhodnutí o námitkách zjevně vyplývá*, že se v rozhodnutí o námitkách zadavatel vůbec nevypořádal s námitkou týkající se požadavku na nákup produktů v edici (…) Dále se zadavatel vůbec nevyjádřil k námitce týkající se poskytování výhradní licence (…)“*

Úřad byl tedy v šetřeném případě nucen konstatovat, že…

„(…) zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený pro vyřizování námitek dle zákona, když rozhodnutím (…) odmítl námitky dle § 245 odst. 3 písm. a) zákona, protože nebyly podány osobou oprávněnou k podání námitek podle § 241 zákona, přestože výše uvedený stěžovatel byl osobou oprávněnou k podání námitek podle § 241 zákona, a přitom se v odůvodnění výše uvedeného rozhodnutí o námitkách vůbec nevyjádřil ani k následujícím námitkám stěžovatele ohledně (…) čímž porušil ustanovení § 245 odst. 1 zákona, když se v rozhodnutí o námitkách podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkám, čímž se rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů.“.

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

- **rozhodnutí ÚOHS-S0132/2017/VZ-17973/2017/512/MHr**
  - vypořádat se s podanými námitkami srozumitelně
  - **skutkové okolnosti**

    Zadavatel v zákonem stanovené lhůtě obdržel námitky stěžovatele, kterými tento napadá zadávací podmínky a podmínky účasti v zadávacím řízení; celkem brojí proti 13 pochybením (např. otevírání elektronických nabídek, neurčitost zadávací podmínky spočívající v doložení osvědčení pro provádění oprav vybraných plynových zařízení atd.).

Zadavatel o podaných námitkách rozhodl tak, že je odmítá, a to ze dvou důvodů

1) podané námitky nesplňují náležitosti podle § 244 ZZVZ *(závěry ve vztahu k újmě obdobné jako u S0123/2017)*
2) námitky nejsou věcně důvodné

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

- **námitky**

Navrhovatel v případě šestého námitkového bodu namítá porušení zásad transparentnosti a přiměřenosti uvedených v § 6 ZZVZ, neboť je toho názoru, že z ustanovení § 109 ZZVZ neplyne (oproti § 110 ZZVZ), jak má zadavatel postupovat při otevírání obálek v elektronické podobě, mělo by se však přihlédnout k postupu podle § 110 ZZVZ.

V devátém námitkovém bodu navrhovatel namítá porušení § 73 odst. 5 ZZVZ, když zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil neurčitou zadávací podmínku na doložení osvědčení pro provádění oprav vybraných plynových zařízení.

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

- **rozhodnutí o námitkách**

Ve vztahu k šestému námitkového bodu zadavatel uvedl:

»Demagogické úvahy ohledně nemožnosti neveřejného otevírání nabídek nehodlá [z]adavatel rozebírat do hloubky. Zde pouze [z]adavatel odkazuje [s]těžovatele do komentáře k [z]ákonu: „Pokud zadavatel obdrží pouze nabídky v elektronické podobě, ***nekoná se elektronické otevírání nabídek.*** [1]*“* «. *[1] PODEŠVA a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, str. 456.*

Ve vztahu k devátému námitkového bodu zadavatel uvedl:

„*Stěžovatel je odborníkem v dané oblasti, takže by měl znát doklady, které potřebuje k provádění činností, které má na základě zadávací dokumentace provádět vybraný dodavatel (zadavatel upřesní označení dokladu v budoucím vysvětlení zadávací dokumentace, pakliže se přesvědčí, že je to potřebné).*“.

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

- **závěry Úřadu ve vztahu k šestému námitkovému bodu**

  »(…) ve vztahu k námitce týkající se (ne)možnosti veřejného otevírání elektronických nabídek (…) zadavatel nesplnil podmínku srozumitelnosti, když v odůvodnění příslušné části rozhodnutí o námitkách pouze odkázal navrhovatele (stěžovatele) do komentáře k zákonu s doplněním o citaci, která je naprosto bezobsažná. Tvrzení, že v případě, kdy zadavatel obdrží nabídky pouze v elektronické podobě, „nekoná se elektronické otevírání nabídek“, je nejenže naprosto mylné a v rozporu s ustanovením § 109 zákona, ale navíc vnáší do samotné argumentace zadavatele podstatný prvek nepochopitelnosti a nesrozumitelnosti. (…) Nad rámec výše uvedeného Úřad provedl i porovnání citované části odůvodnění s komentářem (…) jistě není podmínkou potenciálního dodavatele (navrhovatele) vlastnit předmětný komentář, dozvěděl by se, že zadavatel není schopen správně opsat text „nekoná se veřejné otevírání nabídek.“. O to většího prvku nesrozumitelnosti pak předmětné odůvodnění v této části nabývá, když jsou z něj patrné (možné) dva výstupy, přičemž pozorný čtenář nemůže vědět, pro který se rozhodnout.«

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

- **závěry Úřadu ve vztahu k devátému námitkovému bodu**

„Úřad (…) konstatuje, že argumentace zvolená zadavatelem týkající se námitky navrhovatele č. 9, tj. (ne)určitosti požadavku na osvědčení údržbáře, taktéž nesplňuje požadavek srozumitelnosti ukotvený v ustanovení § 245 odst. 1 zákona. Je tomu tak proto, že odůvodnění, které zadavatel zvolil (…) je ve světle úvah Úřadu vlivem obsahu samotné závorky vnitřně rozporné, a jako takové neplní svůj účel. Zadavatel na jednu stranu konstatuje, že stěžovatel (navrhovatel) je odborníkem v dané oblasti a měl by znát doklady potřebné k plnění předmětu veřejné zakázky, na straně druhé však uvádí, že uzná-li to za vhodné, upřesní označení dokladu v budoucím vysvětlení zadávací dokumentace. Stěžovateli (navrhovateli) se tak podle názoru Úřadu nedostalo konkrétní zpětné vazby, neboť nemá najisto postaveno, jestli se svoji námitkou uspěl či nikoliv, když sám zadavatel připouští, že stěžovatelem napadaný postup zadavatele by mohl být problematický.“

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

- **rozhodnutí ÚOHS-S0098/2017/VZ-12065/2017/523/ASo**
  - vypořádat se s podanými námitkami podrobně v rozhodnutí o námitkách (nikoliv až ve správním řízení u Úřadu)
  - povinnost vypořádat se i s obecnou námitkou
  - **skutkové okolnosti**

    Zadavatel v zákonem stanovené lhůtě obdržel námitky stěžovatele, který namítá nepřiměřeně a diskriminačně stanovená kritéria technické kvalifikace, když zadavatel požadoval:
    - doložení seznamu stavebních prací podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ,
    - předložení osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ ve vztahu ke konkrétním osobám,
    - nezbytnost prokázat zkušenosti s otevřenými gravitačními pískovými filtracemi a drenážními systémy s dvousměrným průtokem médií, které tvoří jen malou část předmětu plnění, když zároveň dochází k rušení pískové filtrace a k nahrazení písku granulátem.

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

- **zadávací dokumentace ve vztahu k § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ**

„technickou kvalifikaci splňuje dodavatel, který předloží:

a) Seznam stavebních prací poskytnutých dodavatelem za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení (§ 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ), jehož součástí budou

- *alespoň 5 (pět) dokončených staveb rekonstrukce úpravny vody pro zásobování obyvatelstva s projektovanou kapacitou min. 40 l/s ve finančním rozsahu každé z nich min. 50.000.000,- Kč bez DPH (rozumí se součet hodnot stavební a technologické části), přičemž podíl dodavatele na realizaci každé takové zakázky činil min. 35.000.000,- Kč bez DPH, přičemž současně*
- *alespoň 3 (tři) z těchto staveb byly prováděny při nepřerušeném provozu,*
- *alespoň 3 (tři) z těchto staveb obsahovaly rekonstrukci nebo výstavbu stavební a technologické části otevřené gravitační pískové filtrace s celoplošným drenážním systémem s dvousměrným průtokem médií.“*

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

- **zadávací dokumentace ve vztahu k § 79 odst. 2 písm. d) ZZVZ**

„t*echnickou kvalifikaci splňuje dodavatel, který předloží:*

b) Osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci (§ 79 odst. 2 písm. d) ZZVZ) Dodavatel předloží osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci vztahující se k požadovaným stavebním pracím, a to jak ve vztahu k fyzickým osobám, které mohou stavební práce poskytovat, tak ve vztahu k jejich vedoucím pracovníkům (…) Minimální odborná kvalifikace a odborná praxe osob odpovědných za vedení realizace příslušných stavebních prací:

- *1 osoba v pozici „hlavní stavbyvedoucí“, která musí splňovat:*
- *minimálně středoškolské vzdělání stavebního nebo obdobného zaměření,*
- *osvědčení o autorizaci dle zákona č. 360/1992 Sb. (…) autorizovaný inženýr nebo technik v oboru „stavby vodního hospodářství a krajinného inženýrství“,*
- *minimálně 10 let praxe v oboru vodohospodářských staveb,*
- *zkušenosti s realizací nejméně 3 dokončených obdobných staveb, tj. výstavba nebo rekonstrukce úpravny vody v části stavební i technologické pro pitné účely s investičními náklady minimálně 70.000.000,- Kč bez DPH (…)*

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

- **rozhodnutí o námitkách**

Požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů jsou stanoveny s ohledem na specifika předmětu veřejné zakázky a zájem zadavatele spočívající ve výběru z okruhu dodavatelů, kteří mají potřebné zkušenosti a disponují odpovídající odborností, čemuž odpovídá i požadavek na vedoucí pracovníky dodavatele disponující požadovanými znalostmi a zkušenostmi. Zadavatel dále uvedl, že požadavky definované v zadávací dokumentaci nepovažuje za nezákonné a diskriminační. K požadovaným zkušenostem a praxi osob zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že tyto požadavky jsou stanoveny plně s ohledem na specifika předmětu veřejné zakázky a v souladu se zájmem zadavatele spočívajícím v požadavku na dostatečnou zkušenost nejen dodavatele, ale jeho vedoucích pracovníků, kteří se budou na plnění podílet s tím, že požadavky nejsou diskriminační. Nadto zadavatel uvedl, že v případě, kdy dodavatel není schopen kvalifikaci splnit samostatně, má možnost podat společnou nabídku či využít poddodavatele. Závěrem zadavatel uvedl, že technická kvalifikace je přiměřená, oprávněná a žádoucí.

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

- **závěry Úřadu**

„(…) zadavatel v rozhodnutí o námitkách nijak nerozvádí důvody, které jej vedly k nastavení konkrétních požadavků na technickou kvalifikaci, neuvádí, v čem je předmět veřejné zakázky specifický (…) z jakého důvodu je nutné mít k dispozici tým pracovníků s požadovanými zkušenostmi a konkrétní délkou praxe apod. (…) Lze tedy konstatovat, že pokud má zadavatel za to, že jeho postup je důvodný, měl by být schopen nikoli pouze obecnými frázemi, ale podrobně a srozumitelně (tj. přezkoumatelně) své stanovisko obhájit.“

„Přitom ve svém vyjádření byl zadavatel schopen nastavenou délku praxe a požadované zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky alespoň nějakým způsobem odůvodnit. Situace, kdy je vyjádření zadavatele k podanému návrhu, který přitom věcně zcela kopíruje podané námitky argumentačně podstatně „bohatší“, jde přitom přímo proti smyslu nové právní úpravy (…) Jsou to mimo jiné právě i argumenty z vyjádření zadavatele k návrhu, které měl navrhovatel právo se dozvědět již z rozhodnutí o námitkách (…)“

III. případové studie k nepřezkoumatelným rozhodnutím o námitkách

- **závěry Úřadu**

„ (…) i k obecné námitce nepřiměřenosti určitého postupu či požadavku by se měl zadavatel v rozhodnutí o námitkách přezkoumatelným způsobem vyjádřit, a to v tom smyslu, jakými relevantními úvahami byl při jeho zvolení či stanovení veden. (…) zadavatel by se měl alespoň stručně (přitom však konkrétně) vyjádřit k tomu, jaké úvahy či skutečnosti jej vedly ke stanovení jednoho každého požadavku, resp. proč není ani jeden z nich nepřiměřený.“

IV. dokumentace o zadávacím řízení

- **stěžejní podklad pro rozhodnutí ve správním řízení vedeném ve věci dozoru nad zadáváním veřejných zakázek**
  - bez kompletní dokumentace o zadávacím řízení nelze zjistit, jak zadavatel vlastně postupoval, a tedy nelze ani posoudit soulad jeho postupu se zákonem
    - konstantní judikaturu k zásadě transparentnosti (příkladmo rozsudky KS v Brně 62 Ca 31/2008 ze dne 19.1.2010, 62 Af 61/2012 z 6.6.2013, NSS 1 Afs 45/2010 ze dne 15.9.2010, 1 Afs 64/2013 z 6.11.2013) je možno interpretovat též tak, že <u>když se ani po podrobném zkoumání neví, zda zadavatel postupoval korektně, nebo ne (dokumentace o veřejné zakázce neposkytne žádné doklady o tom, že korektně postupoval), tak nelze říci, že postupoval transparentně</u>

      → bez dokumentace o zadávacím řízení nelze uzavřít, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem
  - § 252 odst. 2 ZZVZ – lhůta pro vydání rozhodnutí nemůže začít běžet dříve, než má Úřad k dispozici dokumentaci o zad. řízení

IV. dokumentace o zadávacím řízení

- **co je dokumentací o zadávacím řízení**
  - **§ 216 odst. 1 ZZVZ**: … *dokumentaci o zadávacím řízení … tvoří všechny dokumenty v listinné nebo elektronické podobě a výstupy z ústní komunikace, jejichž pořízení v průběhu zadávacího řízení, popřípadě po jeho ukončení, vyžaduje tento zákon, včetně úplného znění originálů nabídek všech dodavatelů,* ...
    - součástí dokumentace o zadávacím řízení musí být vše, na základě čeho lze zpětně přezkoumat postup zadavatele v tom smyslu, zda byl souladný se zákonem či nikoli
  - **originalita**
    - pokud má zadavatel povinnost Úřadu zaslat dokumentaci o zadávacím řízení, nemůže se tím myslet „kopie dokumentace“, ale její originál
    - **zadavatel** musí Úřadu zaslat **originál**
      - všeho, co sám vytvořil
      - všeho, co jako originál v průběhu zad. řízení obdržel (s případnou výjimkou § 41 odst. 7 ZZVZ, příp. vzorků - § 39 odst. 6 ZZVZ)

IV. dokumentace o zadávacím řízení

- **povinnost zadavatele odeslat dokumentaci Úřadu**
  - **kdy**
    - **do 10ti dnů ode dne doručení návrhu** [§ 252 odst. 1 ZZVZ, § 254 odst. 5 ZZVZ] – *v případě řízení zahajovaného na návrh*
    - **do 10ti dnů ode dne doručení výzvy Úřadu** [§ 258 odst. 1 ZZVZ] - *v ostatních případech*
  - **jak**
    - **textová část zadávací dokumentace** – vždy elektronicky, tj. *výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datovou zprávu podepsanou uznávaným elektronickým podpisem* [§ 252 odst. 3 ZZVZ]
    - **ostatní části dokumentace o zadávacím řízení** – elektronicky nebo v listinné podobě [§ 252 odst. 4 ZZVZ]
    - **vždy však originál** (pokud je originál součástí dokumentace, viz výše)…

IV. dokumentace o zadávacím řízení

Část dokumentace	Originál	Způsob odeslání Úřadu
Textová část zadávací dokumentace	v listinné podobě	elektronicky po konverzi
	v elektronické podobě	elektronicky
Ostatní části dokumentace o zadávacím řízení	v listinné podobě	v listinné podobě
		elektronicky po konverzi
	v elektronické podobě	elektronicky
		v listinné podobě po konverzi

- **konverze**
  - **§ 22 zák. č. 300/2008 Sb.**, o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, v platném znění

    (1) Konverzí se rozumí

    a) úplné převedení dokumentu v listinné podobě do dokumentu obsaženého v datové zprávě nebo datovém souboru … způsobem zajišťujícím shodu obsahu těchto dokumentů a připojení doložky o provedení konverze …, nebo

    b) úplné převedení dokumentu obsaženého v datové zprávě do dokumentu v listinné podobě způsobem zajišťujícím shodu obsahu těchto dokumentů a připojení doložky.

    (2) ***Dokument, který provedením konverze vznikl (dále jen „výstup“), má stejné právní účinky jako dokument, jehož převedením výstup vznikl (dále jen „vstup“).***

V. nápravné opatření podle § 263 odst. 4 ZZVZ vs. přestupky podle § 268 odst. 1 písm. e) ZZVZ

- **pokud zadavatel v řízení o návrhu neodešle kompletní dokumentaci Úřadu v zákonné lhůtě** (tj. neodešle ji vůbec, nebo ji odešle nekompletní)
  - Úřad usnesením stanoví **dodatečnou pětidenní lhůtu** k doručení kompletní dokumentace
  - pokud ani v této lhůtě **nebude kompletní dokumentace doručena, Úřad zruší zadávací řízení nebo přezkoumávaný úkon vymezený v oznámení o zahájení řízení** [§ 263 odst. 4 ZZVZ]

- **proč?**
  - bez stěžejního podkladu nelze smysluplně vést správní řízení
  - nedodání dokumentace (ani v dodatečné lhůtě) má jednoznačně charakter obstrukce
    → je na místě rychlé procesní řešení

V. nápravné opatření podle § 263 odst. 4 ZZVZ vs. přestupky podle § 268 odst. 1 písm. e) ZZVZ

- **nápravné opatření vs. přestupek**
  - § 268 odst. 1 písm. e) ZZVZ: *Zadavatel se dopustí přestupku tím, že … nesplní některou z povinností podle § 252 odst. 1, 3 nebo 4, § 254 odst. 5 nebo 6 nebo § 258 odst. 1.*
    - nezašle dokumentaci (vyjádření k návrhu) o zadávacím řízení ve stanovené lhůtě (tj. nezašle vůbec, nebo zašle neúplnou)
    - nedodrží podobu, ve které má dokumentaci zaslat (např. ji zašle jako datovou zprávu bez uznávaného elektronického podpisu, případně textovou část zadávací dokumentace zašle v listinné podobě)
  - § 270 odst. 1 ZZVZ: *Má se za to, že čin, který vykazuje formální znaky přestupku podle tohoto zákona, je společensky škodlivý.*

V. nápravné opatření podle § 263 odst. 4 ZZVZ vs. přestupky podle § 268 odst. 1 písm. e) ZZVZ

- **nápravné opatření vs. přestupek**
  - skutková podstata přestupku podle § 268 odst. 1 písm. e) ZZVZ je **širší** než hypotéza nápravného opatření ukládaného podle § 263 odst. 4 ZZVZ

jednání zadavatele	spáchán přestupek	ukládáno nápravné opatření podle § 263 odst. 4 ZZVZ
Zadavatel odeslal dokumentaci 13. den po obdržení návrhu (bez výzvy Úřadu)	ANO	NE
Zadavatel odeslal dokumentaci až na základě výzvy Úřadu	ANO	NE
Zadavatel neodeslal dokumentaci ani na základě výzvy Úřadu	ANO	ANO
Zadavatel odeslal Úřadu originál textové části zadávací dokumentace v listinné podobě	ANO	NE

VI. případové studie k nedoručení dokumentace

- **rozhodnutí ÚOHS-S0124/2017/VZ-15712/2017/511/ŠKm**
  - nezaslání dokumentace ani v Úřadem dodatečně stanovené lhůtě → zrušení přezkoumávaných úkonů
  - povinnost zaslání originálu dokumentace o zadávacím řízení

❖ **skutkové okolnosti**

Úřad obdržel dne 31.3.2017 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele směřující proti výběru dodavatele; stejnopis návrhu byl zadavateli doručen téhož dne.

Dne 5.4.2017 byl zadavatel v oznámení o zahájení správního řízení poučen o povinnosti stanovené v § 252 odst. 1 ZZVZ (doručení vyjádření k podanému návrhu do 10 dnů od jeho doručení a zaslání dokumentace, vč. povinností vyplývajících z § 252 odst. 3 a 4 ZZVZ).

Dne 12.4.2017 (po marném uplynutí lhůty k zaslání dokumentace) určil Úřad usnesením dodatečnou lhůtu pěti dnů k zaslání dokumentace, rovněž zadavatele poučil o nápravném opatření dle § 263 odst. 4 ZZVZ.

VI. případové studie k nedoručení dokumentace

- **postup zadavatele**

Dne 13. 4. 2017 Úřad datovou schránkou obdržel čtyři podání zadavatele.

První podání zadavatele ze dne 13. 4. 2017 obsahovalo vyjádření zadavatele k oznámení o zahájení správního řízení a jeho přílohou byl originál výzvy k podání nabídky podepsaný uznávaným elektronickým podpisem, originál zadávací dokumentace podepsaný uznávaným elektronickým podpisem a prosté kopie ostatní dokumentace jednotlivých fází zadávacího řízení bez uznávaného elektronického podpisu a bez autorizované konverze.

Druhé, třetí a čtvrté podání zadavatele ze dne 13. 4. 2017 obsahovala prosté kopie nabídek účastníků zadávacího řízení bez uznávaného elektronického podpisu a bez autorizované konverze.

VI. případová studie k nedoručení dokumentace

- **závěry Úřadu**

„Úřad přistoupil k posouzení splnění povinnosti stanovené v § 252 odst. 1 zákona, tj. zda zadavatel doručil Úřadu své vyjádření k obdrženému návrhu do 10 dnů od jeho doručení a společně s tímto vyjádřením zaslal Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení. (…) dokumentaci o zadávacím řízení podle § 216 odst. 1 zákona tvoří všechny dokumenty v listinné nebo elektronické podobě a výstupy z ústní komunikace, jejichž pořízení v průběhu zadávacího řízení, popřípadě po jeho ukončení, vyžaduje zákon, včetně úplného znění originálů nabídek všech dodavatelů. Jelikož stejnopis návrhu byl zadavateli doručen dne 31. 3. 2017, lhůta pro doručení vyjádření k návrhu a zaslání dokumentace byla nejpozději dne 10. 4. 2017. (…) V případě nedoručení dokumentace o zadávacím řízení podle § 252 odst. 1 zákona <u>má Úřad povinnost stanovit zadavateli dodatečnou pětidenní lhůtu</u> (…) Zadavatel tak byl povinen zaslat Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení v dodatečné pětidenní lhůtě stanovené Úřadem, tj. nejpozději dne 18. 4. 2017.“

VI. případové studie k nedoručení dokumentace

„(…) k řádnému a objektivnímu přezkoumání postupu zadavatele je zcela nezbytné mít k dispozici dokumentaci o zadávacím řízení tak, jak je definována v § 216 odst. 1 zákona, tj. všechny dokumenty v listinné nebo elektronické podobě a výstupy z ústní komunikace, jejichž pořízení v průběhu zadávacího řízení, popřípadě po jeho ukončení, vyžaduje zákon, včetně úplného znění originálů nabídek všech dodavatelů. Předmětné ustanovení zákona tedy výslovně stanoví, že součástí dokumentace o zadávacím řízení jsou mj. originály nabídek všech dodavatelů. Je tedy zřejmé, že povinnost zaslat Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení podle § 252 odst. 1 zákona může být v případě zadávacích řízení, kde již došlo k podání nabídek, splněna jen v případě, že zadavatel Úřadu společně s ostatními částmi dokumentace zašle úřadu nabídky všech dodavatelů v originále. Jinými slovy, pokud zadavatel Úřadu zašle dokumentaci o zadávacím řízení, která neobsahuje nabídky v originále, není povinnost dle § 252 odst. 1 splněna.“

VI. případové studie k nedoručení dokumentace

“(…)zadavatel svou povinnost zaslat Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení splní pouze tehdy, pokud jako součást této dokumentace zašle nabídky všech dodavatelů v originále. Jelikož v šetřeném případě zadavatel dne 13. 4. 2017 doručil Úřadu pouze prosté kopie nabídek dodavatelů, které nelze s ohledem na výše uvedené považovat za originály či originálům postavené na rovinu, a originály nabídek nedoručil ani později v rámci stanovené lhůty, pak Úřadu nezbývá než konstatovat (aniž by bylo nutno se blíže zabývat podobou ostatních zaslaných částí dokumentace), že zadavatel nezaslal Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení ve lhůtě do 10 dnů ode dne doručení návrhu podle § 252 odst. 1 zákona, tedy nejpozději dne 10. 4. 2017, ani v dodatečné pětidenní lhůtě stanovené Úřadem podle § 263 odst. 4 zákona, tedy nejpozději dne 18. 4. 2017, neboť s ohledem na absenci originálů nabídek všech dodavatelů pak nelze dokumenty obdržené Úřadem dne 13. 4. 2017 považovat za dokumentaci o zadávacím řízení ve smyslu § 216 odst. 1 zákona.“

VI. případové studie k nedoručení dokumentace

Úřad byl tedy v šetřeném případě nucen výrokem II. citovaného rozhodnutí konstatovat:

„Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 4 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ***ruší*** *přezkoumávané úkony zadavatele (…) učiněné při zadávání veřejné zakázky (…), a to posouzení splnění podmínek účasti účastníka zadávacího řízení (…), rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 6. 3. 2017 a rozhodnutí o námitkách ze dne 17. 3. 2017.“.*

VI. případové studie k nedoručení dokumentace

- **rozhodnutí ÚOHS-S0353/2017/VZ-25543/2017/533/TKr**
  - nezaslání dokumentace v zákonem stanovené lhůtě → přestupek
  - nedodržení formy pro zaslání dokumentace (elektronická vs. listinná)
  - nezaslání dokumentace a nezaslání vyjádření k návrhu – samostatné přestupky

❖ **skutkové okolnosti**

Úřad obdržel dne 12.6.2017 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele směřující proti zadávacím podmínkám; stejnopis návrhu byl zadavateli doručen téhož dne. Zadavatel měl povinnost doručit vyjádření a zaslat dokumentaci do 22.6.2017.

Dne 15.6.2017 byl zadavatel v oznámení o zahájení správního řízení poučen o povinnosti stanovené v § 252 odst. 1 ZZVZ (vč. povinností dle § 252 odst. 3 a 4 ZZVZ).

Dne 26.6.2017 (po marném uplynutí lhůty k zaslání dokumentace) zaslal a doručil zadavatel na podatelnu Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení – v listinné podobě a dne 27.6.2017 doručil elektronicky Úřadu mj. vyjádření k návrhu.

VI. případové studie k nedoručení dokumentace

- **ze zákona vyplývá**

V § 252 odst. 1 ZZVZ je zakotvena povinnost zadavatele doručit Úřadu vyjádření k obdrženému návrhu do 10 dnů od jeho doručení **a** společně s tímto zaslat Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení.

V ustanovení § 252 odst. 3 ZZVZ je zakotvena povinnost zadavatele odeslat Úřadu své vyjádření k obdrženému návrhu a další podání, zadávací dokumentaci vyjma netextové části zadávací dokumentace nebo soutěže o návrh výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datovou zprávu podepsanou uznávaným elektronickým podpisem. Ostatní části dokumentace o zadávacím řízení a netextovou část zadávací dokumentace je zadavatel podle § 252 odst. 4 zákona povinen odeslat Úřadu v listinné podobě, prostřednictvím datové schránky nebo jako datovou zprávu podepsanou uznávaným elektronickým podpisem.

Podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nesplní některou z povinností podle § 252 odst. 1, 3 nebo 4 zákona, § 254 odst. 5 nebo 6 zákona nebo § 258 odst. 1 zákona.

VI. případové studie k nedoručení dokumentace

- **závěry Úřadu**

Úřad tak byl v šetřeném případě ve vztahu k nezaslání dokumentace v zákonem stanovené lhůtě nucen konstatovat, že

„obviněný se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona (…) tím, že v rámci správního řízení (…) nezaslal dle § 252 odst. 1 zákona Úřadu (…) dokumentaci o zadávacím řízení týkající se předmětné veřejné zakázky, a to ve lhůtě 10 dnů ode dne doručení stejnopisu návrhu, který byl obviněnému doručen dne 12. 6. 2017, tedy nejpozději dne 22. 6. 2017.

a dále ve vztahu k nesplnění povinnosti doručit v zákonem stanovené lhůtě vyjádření k návrhu, že

„Obviněný se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona (…) tím, že nesplnil povinnost stanovenou v ustanovení § 252 odst. 1 citovaného zákona, když Úřadu (…) v rámci správního řízení (…) ve lhůtě 10 dnů ode dne doručení návrhu (…) nedoručil vyjádření k návrhu jmenovaného navrhovatele ze dne 12. 6. 2017, ale učinil tak až dne 27. 6. 2017.“.

VI. případové studie k nedoručení dokumentace

Současně Úřad vzhledem k formě doručené dokumentace o zadávacím řízení konstatoval, že

„Obviněný se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. e) zákona (…) tím, že nesplnil povinnost stanovenou v ustanovení § 252 odst. 3 citovaného zákona, když Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v rámci správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (…) neodeslal textovou část zadávací dokumentace (…) prostřednictvím datové schránky nebo jako datovou zprávu podepsanou uznávaným elektronickým podpisem, ale odeslal tyto dokumenty Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže pouze v listinné podobě.“.

Vzhledem k tomu, že se zadavatel (obviněný) dopustil výše uvedených přestupků, Úřad výrokem IV. daného rozhodnutí uložil zadavateli (obviněnému) pokutu.

VII. diskuse

… děkujeme za pozornost

mojmir.florian@compet.cz
marketa.dlouha@compet.cz