



UOHSX00FJNU5

Spisová značka: ÚOHS-P0261/2021/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-42126/2021/523/MKe

Vyřizuje:

Brno 10. 12. 2021

Oznámení výsledku šetření podnětu

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), příslušný k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncese malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel podnět s žádostí o prošetření postupu zadavatele – **ČEZ Distribuce, a.s.**, IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín (dále jen „zadavatel“) – v jednacím řízení s uveřejněním zahájeném za účelem uzavření rámcové dohody „**Odstranění a oklešťování vegetace pro období 2021 až 2025**“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 3. 2021 pod ev. č. Z2021-010460 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 30. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 062-158419 (dále jen „zadávací řízení“).

V podnětu stěžovatel namítá nezákonné stanovení zadávacích podmínek týkajících se požadavku na způsob elektronické komunikace v zadávacím řízení, pevné nabídkové ceny u položky č. 51 „Výkony za inženýring“ a nedostatečného naplnění zásad sociálně a environmentálně odpovědného veřejného zadávání a dále nezákonný postup zadavatele v souvislosti s neprodáváním lhůty pro podání žádostí o účast v důsledku změny/doplnění zadávací dokumentace.

Pokud jde o tvrzené **nezákonné omezení způsobu komunikace v rámci zadávacího řízení pouze na elektronický nástroj NEN**, což dle názoru stěžovatele mělo vést k porušení zásady rovného zacházení a zásady zákazu diskriminace, Úřad uvádí následující.

Úřad nejprve uvádí, že elektronický nástroj NEN splňuje požadavky, které na elektronický nástroj klade ustanovení § 213 odst. 1 zákona, tedy je obecně dostupný, slučitelný s běžně užívanými informačními a komunikačními technologiemi a je bezplatný. Zároveň elektronický nástroj (obecně) splňuje zákonný požadavek vyplývající z § 211 odst. 2 zákona, tedy neumožňuje zadavateli přístup k obsahu nabídek a žádostí o účast před uplynutím lhůty stanovené pro jejich podání, a rovněž požadavek vyplývající z ustanovení § 211 odst. 3 zákona, podle kterého má písemná komunikace mezi zadavatelem a dodavatelem, až na výjimky, probíhat elektronicky.

Úřad dále uvádí, že ačkoliv stěžovatel v podnětu neupřesnil, jakým způsobem by měly být zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace postupem zadavatele porušeny, Úřad i bez tohoto upřesnění konstatuje, že požadavek na komunikaci prostřednictvím elektronického nástroje NEN není v rozporu se zásadami stanovenými v § 6 zákona. Úřad nemá za to, že by omezení způsobů komunikace mohlo narušit zásadu rovného zacházení, neboť zadavatel stanovením jednotného způsobu komunikace naopak deklaroval a zavázal se k tomu, že se všemi dodavateli bude komunikovat jedním způsobem a vyžaduje, aby tímto způsobem bylo komunikováno i ze strany dodavatelů. Zároveň nelze ani shledat, že by byli někteří dodavatelé tímto diskriminováni. Jak již bylo uvedeno výše, elektronický nástroj NEN je obecně dostupný, slučitelný s běžně užívanými informačními a komunikačními technologiemi a jeho použití je bezplatné. Úřadu není zřejmé, jakým způsobem by mohli být někteří dodavatelé diskriminováni.

Pokud stěžovatel odkazuje na § 211 odst. 5 zákona, z něž vyvozuje, že zákon předpokládá komunikaci mezi zadavatelem a dodavateli jak prostřednictvím elektronického nástroje, tak datové schránky, je možné dát stěžovateli za pravdu, neboť zákon skutečně umožňuje komunikaci i prostřednictvím datové schránky. To však nikterak neimplikuje nemožnost omezení komunikace pouze na elektronický nástroj. Ustanovení § 211 odst. 6 se pak zcela zřejmě aplikuje v případech, kdy zadavatel využije komunikaci prostřednictvím datové schránky. Nelze toto ustanovení vykládat tak, že by součástí každého zadávacího řízení měla být komunikace prostřednictvím datové schránky. Jazykovým výkladem je naopak možné zjistit, že komunikovat je možno i jinými způsoby, přičemž zákon neuvádí, že by některý z nich nemohl být výhradní.

Ze stěžovatelem odkazované rozhodovací praxe pak nevyplývá zákaz omezení komunikace pouze na určitý komunikační kanál, ale nutnost umožnit dodavateli podat námítky i jinak než pouze prostřednictvím elektronického nástroje.

Úřad konstatuje, že přestože zákon neobsahuje zmocnění zadavatele pro omezení způsobů komunikace, neobsahuje také žádné ustanovení obsahující výčet způsobů, které musí zadavatel připustit. Zadavatel tak není omezen ve výběru, který ze způsobů komunikace v zadávacím řízení využije, pokud dodrží navazující požadavky zákona na komunikaci (např. požadavek vyplývající z § 211 odst. 2 zákona) a zásady podle § 6 zákona. Zadavatel tedy má právo stanovit způsob komunikace v zadávacím řízení, což obsahuje i možnost jejího omezení pouze na elektronický nástroj. Omezení komunikace učiněné zadavatelem proto s ohledem na shora řečené nepředstavuje porušení zákona.

Pro úplnost pak Úřad připomíná, že zadavatel je povinen umožnit dodavatelům podat námítky i jiným způsobem než prostřednictvím elektronického nástroje. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel námítky stěžovatele zasláné prostřednictvím datové schránky přijal a tyto následně vyřídil, nelze hovořit o porušení zákona zadavatelem v souvislosti se stanovením požadavku na komunikaci prostřednictvím elektronického nástroje. Pokud tedy zadavatel v souvislosti s podáním námitek nevyloučil použití jiného způsobu komunikace dodavateli, nemá tato skutečnost vliv na zákonnost stěžovatelem rozporované zadávací podmínky.

Pokud jde o tvrzené **nenaplnění zásad sociálně a environmentálně odpovědného veřejného zadávání a zásady inovací**, Úřad uvádí následující.

Obecně k zásadám podle § 6 odst. 4 zákona Úřad uvádí, že zadavatel je povinen je při postupu podle zákona dodržovat, přičemž není rozhodné, zda zadavatel poptává služby, dodávky či stavební práce,

či jaká je předpokládaná hodnota veřejné zakázky. Vzhledem k povaze a smyslu veřejné zakázky, resp. poptávaného plnění zadavatel rozhoduje, zda je možné dané zásady uplatnit. Pokud tomu tak je, musí zadavatel zohlednit zásady zejména při formulaci zadávacích podmínek a v návaznosti na to při hodnocení nabídek a výběru dodavatele. Povaha a smysl veřejné zakázky nemusí vždy umožňovat využití všech předmětných zásad či dokonce žádné z nich. Každá konkrétní veřejná zakázka tak musí podléhat individuálnímu posouzení zadavatele a jak promítnutí zásad do zadávacích podmínek, tak jejich případné nepromítnutí musí mít zadavatel odůvodněné. Zadavatel také musí při posuzování aplikace zásad podle § 6 odst. 4 zákona přihlídnout i k ostatním zásadám stanoveným v § 6 zákona, neboť zásady podle odst. 4 tohoto ustanovení nelze vykládat izolovaně, ale pouze v souladu s ostatními zásadami.

Úřad proto posoudil aplikaci předmětných zásad v šetřeném případě ve smyslu výše uvedeného a konstatuje, že zadavatel zohlednil zásadu sociálně odpovědného zadávání zejména v etické rovině, a to v čl. 8 dokumentu „Část 3 Závazné smluvní podmínky“ zadávací dokumentace (dále jen „část 3 zadávací dokumentace“), v rámci kterého je mj. odkazováno na dokumenty „Závazek etického chování“ a „Desatero etického kodexu“, k jejichž dodržování se zadavatel i jeho obchodní partneři zavazují. Dále je pak zásada sociálně odpovědného zadávání promítnuta do požadavků na BOZP prostřednictvím čl. 4 části 3 zadávací dokumentace, přičemž dodržování zásad BOZP je podle čl. 7.5 části 3 zadávací dokumentace utvrzeno smluvní pokutou za jejich porušení. V příloze č. 13 části 3 zadávací dokumentace jsou pak formulovány další požadavky zadavatele týkající se BOZP, a to v souvislosti s požadovanými osvědčeními, znalostmi a dovednostmi potřebnými pro realizaci výkonů, jež jsou součástí předmětu plnění.

Zásada environmentálně odpovědného zadávání je pak dle názoru Úřadu vtělena do zadávacích podmínek (konkrétně do čl. 4.20 a násl. části 3 zadávací dokumentace) zejména v souvislosti se zavedením systému environmentálního managementu, který, jak vyplývá z veřejně dostupných zdrojů¹, je zaměřen na sledování a zlepšování všech činností podniku, které ovlivňují, nebo mohou ovlivnit kvalitu životního prostředí nebo zdraví a bezpečnost zaměstnanců. Z čl. 7.5 části 3 zadávací dokumentace pak vyplývá povinnost dodržovat závazky plynoucí z EMS, a to pod hrozbou smluvní pokuty za jejich porušení. Zásada environmentálně odpovědného zadávání je pak zohledněna rovněž v příloze č. 4 části 3 zadávací dokumentace, v rámci které je upraven způsob provádění požadovaných výkonů, zejména pak v souvislosti s nakládáním s vytěženou dřevní hmotou, likvidací dendromasy, klestů a dalších zbytků po těžbě, odstraňováním dřevin pomocí chemických přípravků apod., a v příloze č. 14 části 3 zadávací dokumentace, v rámci které je řešena problematika ochrany přírody, včetně ochrany ptačích druhů a ochrany vodních toků, při plnění předmětu zadávacího řízení.

Lze proto konstatovat, že zadavatel zcela zřejmě v zadávací dokumentaci zohlednil zásady podle § 6 odst. 4 zákona, a to včetně odůvodnění svého postupu, které předložil Úřadu. Úřad také akceptuje odůvodnění zadavatele v části týkající se nemožnosti zohlednit zásadu inovací, a to s ohledem na předmět plnění a rutinní povahu výkonů uskutečňovaných v jejím rámci. Zákon nestanovuje konkrétní míru dodržení daných zásad, respektive jejich promítnutí v zadávací dokumentaci a v postupu zadavatele. Proto nelze za jako porušení § 6 odst. 4 zákona bez dalšího vnímat situaci, kdy zadavatel nevyužil všech v úvahu připadajících možností „více sociálně či environmentálně

¹ Dostupné na <http://eko-net.cir.cz/systemy-environmentalniho-managementu-ems->

odpovědného postupu“ ve smyslu konkrétních kroků, které navrhuje stěžovatel. Z postupu zadavatele vyplývá, že se dodržením zásad podle § 6 odst. 4 při tvoření zadávacích podmínek přiměřeně zabýval a do zadávací dokumentace je promítl.

Pokud jde o tvrzené **neprodlení lhůty pro podání žádostí o účast v důsledku změny/doplnění zadávací dokumentace a porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení**, Úřad uvádí následující.

Zadavatel se ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 vyjadřoval obecně k prokazování kvalifikace podle bodu 6.3 dokumentu „Část 2 Kvalifikační dokumentace – kvalifikační podmínky účasti v zadávacím řízení, obsah, forma a způsob podání žádosti o účast“ zadávací dokumentace. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 14 pak zadavatel s ohledem na konkrétní dotaz odpověděl tak, že uvedl některé činnosti, které se vztahují k předmětu plnění, tedy jsou „službou obdobného rozsahu a charakteru“ a připojil příkladný výčet.

Je zřejmé, že výčet, který zadavatel ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 14 učinil, se v první řadě neliší od obecných závěrů, které zadavatel poskytl ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 6. Dále lze konstatovat, že daný výčet není uzavřený, když jej zadavatel uvozuje zkratkou „např.“. Pokud zadavatel v tomto příkladném výčtu vypsal některé z činností, které lze zařadit pod jednu z částí předmětu plnění, lze uzavřít, že jinými činnostmi obdobného charakteru mohou být například činnosti administrativní, které jsou rovněž součástí předmětu plnění.

Z dokumentace o zadávacím řízení nevyplývá, že by zadavatel vyloučil možnost prokázat předmětný kvalifikační požadavek zaměstnancem se zkušenostmi s administrativními činnostmi.

Úřad proto uzavírá, že zadavatel vysvětlením zadávací dokumentace č. 14 nemohl vytvořit u dodavatelů nejistotu ve vztahu k jasnosti a konkrétnosti předmětného kvalifikačního požadavku. Vysvětlení zadavatele č. 14 a předmětný kvalifikační požadavek nejsou ani v rozporu se zásadou transparentnosti. Zadavatelův výčet byl jednoznačně demonstrativní, přičemž se vztahoval pouze k části předmětu plnění. Obdobný charakter zkušenosti mohl být stále prokazován ve vztahu k dalším částem předmětu plnění a zadavatel svým postupem tuto možnost nikterak neomezil.

S ohledem na námitku stěžovatele Úřad také konstatuje, že vysvětlení zadávací dokumentace č. 14 nelze označit za změnu či doplnění zadávací dokumentace. Zadavatel pouze s ohledem na konkrétní dotaz uvedl příklady zkušeností, které považuje za splňující předmětný kvalifikační předpoklad, a nijak přitom nevybočil ze zadávací dokumentace, konkrétně předmětu plnění či předchozích vysvětlení zadávací dokumentace. Zadavatel tak nebyl povinen v souvislosti s předmětným vysvětlením zadávací dokumentace prodloužit lhůtu pro podání předběžných nabídek.

Pokud jde o tvrzené **porušení zásady transparentnosti a přiměřenosti stanovením pevné nabídkové ceny u položky č. 51 „Výkony za inženýring“** (dále jen „položka č. 51“), Úřad uvádí následující.

Úřad považuje předně za důležité uvést, že stanovení pevné nabídkové ceny, respektive paušálu za určitý výkon za jakoukoliv položku je – v případě hodnocení nabídky podle nabídkové ceny (což je i právě řešený případ) – principiálně nesprávným krokem, neboť v souvislosti s dílčí částí předmětu plnění vylučuje řádnou hospodářskou soutěž a takovouto zadávací podmínku pak nelze považovat za souladnou se zákonem. Úřad proto apeluje na zadavatele, aby se v dalším postupu (ať už v tomto zadávacím řízení či v budoucích zadávacích řízeních) takového stanovení ceny

vyvaroval, neboť jím je omezena hospodářská soutěž v tom smyslu, že dodavatelé nemohou uplatnit svoji vlastní cenotvorbu (především ve smyslu uplatnění vlastních konkurenčních výhod). Tím spíše právě uvedené platí za situace, kdy zadavatel k danému kroku dle svého vyjádření přistoupil mimo jiné pro ulehčení administrativy na své straně a na straně dodavatelů. Toto odůvodnění nemůže Úřad jako důvod pro vyloučení soutěže přijmout, když na straně zadavatele fakticky k žádnému „ulehčení administrativy“ nedochází, neboť za situace, kdy by zadavatel umožnil volnou cenotvorbu (případně s určitým cenovým stropem), by od něj nebylo vyžadováno nic jiného než zohlednění „jednoho čísla“ (ceny za danou položku) navíc.

Bez ohledu na právě uvedené si je však Úřad vědom judikatury správních soudů týkající se zrušení zadávacího řízení ať už jako následku nápravného opatření či rozhodnutí zadavatele (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020), a proto konstatuje, že – byť tedy zadavatel omezil soutěž ve vztahu k položce č. 51, neboť stanovil paušální (fixní) cenu, kterou dodavatelé nemohli měnit – vliv takto stanovené zadávací podmínky nedosahuje intenzity, pro kterou by bylo nutno zadávací řízení rušit.

K tomu Úřad uvádí, že z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že v každé z částí zadávacího řízení je rozdíl mezi (předběžnou) cenovou nabídkou dodavatele prvního v pořadí a dodavatele druhého v pořadí více než 14 400 Kč², tj. více než celková nabídková cena za položku č. 51 fixně stanovená zadavatelem. Z uvedeného je tak zřejmé, že nacenění předmětné položky v současné chvíli neovlivňuje pořadí těchto (předběžných) nabídek.

Pokud by za aktuální situace došlo k uzavření smluv ve všech částech zadávacího řízení, nedošlo by fixním stanovením ceny za položku č. 51 k narušení hospodářské soutěže, které by mělo vliv na výběr dodavatele. Úřad uvádí, že zrušení zadávacího řízení je nápravným opatřením *ultima ratio*, přičemž v tomto případě – ačkoliv Úřad konstatoval nezákonnost pevného stanovení položky č. 51 – nebyly naplněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení. Obzvláště pak za situace, kdy položka č. 51 tvoří marginální část plnění, a to v rozsahu 1,81 – 3,42 % hodnoty nabídkové ceny za modelový příklad.

Pro úplnost je však nutné dodat, že pokud by zadavatel dále jednal o předběžných nabídkách a došlo ke změně nabídkových cen jednotlivých dodavatelů, zejména ke sblížení nabídkových cen prvního a druhého v pořadí ke kritickým rozdílům zmíněným výše, mohlo by dojít i k přehodnocení závěrů Úřadu v této části podnětu.

Úřad na základě výše uvedeného uzavírá, že po prošetření v podnětu uvedených skutečností ve spojitosti s relevantními podklady nebyly v současné době v rovině těchto skutečností shledány důvody pro zahájení správního řízení z moci úřední, což však nevylučuje možnost následného přezkoumání postupu zadavatele, vyjdou-li najevo nové skutečnosti.

² nejnižší rozdíl mezi nabídkovými cenami činí 15 908 Kč

V příloze k písemnému vyhotovení tohoto dopisu vracíme spisový materiál k zadávacímu řízení na veřejnou zakázku.

S pozdravem

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží:
ČEZ Distribuce, a.s., Teplická 874/8, 405 02 Děčín

Přílohy
dle textu