

Příloha č. 6

- **aspekty a důsledky nalezených nejzávažnějších nedostatků v rámci zadávání veřejné zakázky**
- **stanovisko Městského úřadu Trutnov k uváděným nedostatkům v rámci zadávání veřejné zakázky**

V rámci 10. kapitoly posudku k otázce souladu je pouze pro přehlednost uveden výčet nejzávažnějších nedostatků nalezených v rámci vyhotovení tohoto odborného posudku. Níže uvedený výčet a stručná charakteristika jednotlivých nejzávažnějších pochybení vyplývá s podrobné analýzy těchto pochybení provedené v příslušných kapitolách a odstavcích výše v tomto odborném posudku. Na základě odborného posouzení byly skutečně níže uvedeny pouze tyto nedostatky, ke kterým prokazatelně došlo a se kterými zároveň příslušné orgány dohledu (tj. ÚOHS) spojují naplnění skutkové podstaty některého ze správních deliktů dle ustanovení § 120 ZVZ a dále s takovým správním deliktem spojují i vznik sankční povinnosti vůči zadavateli Veřejné zakázky (samozřejmě v případě, že by toto Zadávací řízení bylo šetřeno v rámci správního procesu u ÚOHS). Níže je zároveň naznačeno, do jaké kategorie sankcí je každé jednotlivé pochybení zařazeno. K tomuto je třeba dodat, že níže jsou specifikovány v rámci kategorizace sankcí peněžní pokuty v maximálních výších tak, jak je uvádí ZVZ (tj. až do výše 10% ceny zakázky dle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ či pokuta až do výše 20.000.000,00 Kč dle ustanovení § 120 odst. 2 písm. b) ZVZ). V případě všech níže uvedených pochybení lze na základě provedeného studia a analýzy související rozhodovací praxe ÚOHS i judikatury tuzemských soudů předpokládat, že reálně by byly případné sankce za níže uvedená pochybení zadavatele, uložena řádově (nejspíše) v desítkách tisíc korun či (nejspíše) maximálně několika stech tisíc korun. Nicméně v tomto ohledu je samozřejmě podstatné vzít na vědomí poměrně rozsáhlou kumulaci několika různých pochybení, což by bezesporu mělo při rozhodování ÚOHS o uložených opatřeních a sankcích vliv na výši potenciální pokuty. V zásadě nelze predikovat, jakým způsobem by případně ÚOHS v rámci níže uvedených vytknutých pochybení skutečně rozhodoval, nicméně vodítko lze spatřovat v celé řadě rozhodnutí ÚOHS a judikátů tuzemských soudů citovaných výše v tomto odborném posudku.

1. Absence zaručeného elektronického podpisu na dokumentech uveřejněných na profilu zadavatele

Zadavatel měl za povinnost dle ustanovení § 9 odst. 3 vyhlášky č. 133/2012 Sb. zde vymezený rozsah dokumentů uveřejňovaných na Profilu zadavatele podepsat zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu, který byl vystaven pro osobu oprávněnou k podepisování za zadavatele (bližší specifikace tohoto zaručeného elektronického podpisu je dále definována zákonem o elektronickém podpisu). Této povinnosti zadavatel nedostál, když zaručeným elektronickým podpisem podepsán nejsou následující dokumenty:

- Výzva k podání nabídek včetně Zadávací dokumentace;
- Dodatečné informace č. 1 a 2;
- Oznámení o Rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky;
- Písemná zpráva zadavatele;

Stanovisko MěÚ:

Absence zaručeného elektronického podpisu je jistě chybou, nicméně proti uložení pokuty bychom se u soudu úspěšně bránili, a to s následující argumentací. Ustanovení § 120 odst. 1 písm. b) ZVZ zní: „Zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo nedodrží způsob uveřejnění stanovený tímto zákonem.“ Zákon o veřejných zakázkách

ke způsobu uveřejnění říká pouze to, že některé dokumenty se uveřejňují na profilu zadavatele, některé ve Věstníku veřejných zakázek, jiné pak též v Úředním věstníku Evropské unie. Pokud pak jde o formu úkonu, odkazuje zákon o veřejných zakázkách na prováděcí právní předpis. Z toho je patrné, že nedodržení formy uveřejňovaného úkonu stanovené prováděcím právním předpisem jsme se nemohli dopustit správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. b) ZVZ, kde je řeč o nedodržení způsobu uveřejnění stanoveného zákonem o veřejných zakázkách, nikoliv o nedodržení formy stanovené prováděcím právním předpisem.

2. Neoprávněný požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 2 písm. a) ZVZ

Zadavatel v rámci technických kvalifikačních předpokladů, tj. požadavků na předložení seznamu významných zakázek, specifikoval požadované doklady k doložení stanoveného technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) ZVZ, kdy uvedl, že přílohou seznamu s referenčními zakázkami může být mimo jiné být také:

- čestné prohlášení dodavatele, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli a není-li současně možné osvědčení dle bodu 2. od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně.

Požadavek na shora uvedené čestné prohlášení je bez pochyb chybný. Na základě novely ZVZ (provedené zákonem č. 55/2012 Sb. s účinností ke dni 1.4.2012) byl totiž požadavek na čestné prohlášení v rámci prokazování referenčních zakázek nahrazen textací: „smlouva s jinou osobou a doklad o uskutečnění plnění dodavatele, není-li současně možné osvědčení podle bodu 2 od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně“. Je tedy zřejmé, že zadavatel v zadávacích podmínkách umožnil prokázání doložených referenčních zakázek formou, která byla v době vyhlášení příslušné Veřejné zakázky neplatná a nepřipustná.

Stanovisko MěÚ:

Požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů v zadávací dokumentaci je v rozporu se zákonem, když jsme v zadávací dokumentaci připustili, že vítězný uchazeč může před uzavřením smlouvy prokázat splnění našich požadavků na referenční zakázky čestným prohlášením, nemůže-li vítězný uchazeč získat osvědčení od objednatele z důvodů na straně objednatele. Předmětné ustanovení zadávací dokumentace je jistě špatné, nicméně opět se domníváme, že proti případně uložené pokutě bychom se u soudu úspěšně bránili. Ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ zní: „Zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.“ Nedovedeme si představit, jak by mohlo mít případné pochybení při vyžadování součinnosti před uzavřením smlouvy vliv na výběr nejvhodnější nabídky, když k vyžadování této součinnosti dochází až po tomto výběru. Zpracovatel posudku podle našeho názoru nerozlišuje s dostatečnou důsledností právní institut “výběr nejvhodnější nabídky” od právního institutu “uzavření smlouvy”.

3. Nedodržení stanovení termínu otevírání obálek ihned po uběhnutí lhůty pro podání nabídek

V tomto Zadávacím řízení Zadavatel stanovil termín pro podání nabídek na den 8.4.2013 do 12:00 a termín otevírání obálek až na den 9.4.2013 od 9:00. Je zcela zřejmé, že termín otevírání obálek byl

stanoven až na následující den, celkově o 21 hodin později, než byl konečný termín pro podání nabídek. Zadavatel nedostal povinností dle ustanovení § 71 odst. 4 ZVZ, když stanovil termín otevírání obálek až na následující den (tj. o 21 hodin později), kdy tímto nedodržel podmínku otevření obálek s nabídkami ihned po ukončení lhůty pro podání nabídek. I přesto, že v tomto Zadávacím řízení však Zadavatel stanovil nový termín pro podání nabídek na den 7.5.2013 do 12:00 a nový termín otevírání obálek až na den 9.5.2013 od 9:00, a to na základě Dodatečných informací č. 2, je nadále zcela zřejmé, že termín otevírání obálek byl opětovně stanoven s velkým časovým odstupem, a to až na druhý den po uběhnutí nové lhůty pro podání nabídek, celkově o 1 den a 21 hodin později. Zadavatel tudíž i přes provedenou změnu v termínu otevírání obálek (tj. 9.5.2013 od 9:00), s ohledem na nově stanovený termín pro podání nabídek (tj. 7.5.2013 do 12:00) nevyvaroval prokazatelného pochybení ve stanovení lhůty pro otevírání obálek ve smyslu ustanovení § 71 odst. 4 ZVZ, a namísto zvolení termínu, který by následoval ihned po ukončení lhůty pro podání nabídek, stanovil nový termín otevírání obálek ještě později (tj. o 1 den a 21 hodin) než v rámci původního termínu.

Stanovisko MěÚ:

Domníváme, že proti uložené pokutě za správní delikt podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ bychom se u soudu úspěšně bránili. Je-li uvedeno, že neotevření obálek s nabídkami ihned po uplynutí lhůty pro podání nabídek mělo nebo mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, pak zpracovatel posudku implicitně tvrdí, že s nabídkami se v době po uplynutí lhůty pro podání nabídek do otevírání obálek manipulovalo. Takový názor nerespektuje zásadu presumpce neviny.

4. Nezajištění archivace a uchování dokumentů s žádostmi o dodatečné informace (v rámci Dodatečných informací č. 1)

Zadavateli lze vyčíst skutečnost, že součástí dokumentace o zadávacím procesu této veřejné zakázky nejsou archivovány doručené žádosti o dodatečné informace od jednotlivých potenciálních dodavatelů. S ohledem na skutečnost, že Zadavatel je ve smyslu ustanovení § 155 odst. 1 ZVZ povinen uchovávat veškerou dokumentaci o Veřejné zakázce, lze tuto skutečnost považovat za pochybení zadavatele, neboť dle ustanovení § 155 odst. 3 ZVZ musí Zadavatel přijmout vhodná opatření pro dokumentování průběhu Zadávacího řízení, a to včetně částí prováděných elektronickými prostředky. Pro archivaci shora specifikovaných žádostí o dodatečné informace doručených Zadavateli ze strany potenciálních dodavatelů nestanovuje ZVZ explicitně žádnou lhůtu, byť obecně ukládá Zadavateli tyto písemné (či elektronické úkony) archivovat v průběhu celého Zadávacího řízení.

Stanovisko MěÚ:

K tomu si dovolíme polemizovat v tom smyslu, že text žádosti o dodatečné informace byl zahrnut do textu odpovědi na tu kterou žádost. Ustanovení § 120 odst. 1 písm. f) ZVZ pak zní: „Zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nepořídí, nezašle nebo neuchová dokumentaci podle § 109 nebo 155.“ ZVZ nestanoví, co přesně má být obsahem dokumentace o veřejné zakázce. Vzhledem k tomu, že zákon nestanoví jednoznačně, co má být obsahem dokumentace, lze soudit, že skutková podstata správního deliktu není zákonem jednoznačně definována. My jsme jako zadavatelé dokumentaci o zakázce v souladu s naší představou pořídili a uchovali.

5. Nevyhotovení protokolu o ústním vysvětlení nabídky uchazeče

Čtvrtého jednání hodnotící komise se zúčastnili zástupci uchazeče Knowlimits s.r.o., a to jmenovitě pan Martin Kurzweil, jednatel společnosti a pan Luboš Bechyně. V této souvislosti je třeba zhodnotit a posoudit naplnění transparentního záznamu o jednání hodnotící komise s pozvaným uchazečem Knowlimits s.r.o. O ústním vysvětlení a jeho průběhu je hodnotící komise povinna sepsat protokol, který je pak součástí dokumentace o veřejné zakázce. Požadavek na sepsání písemného protokolu o ústním vysvětlení nabídky uchazeče a jeho průběhu vyplývá z účelu a principů ZVZ, kdy je třeba každý úkon zadavatele zaznamenat tak, aby byl dostatečně transparentní a přezkoumatelný. Po provedení kontroly všech dokumentů vztahujících se k provedenému hodnocení a posouzení nabídek, tj. protokolů o všech jednáních hodnotící komise i Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek je bez dalších pochybností zřejmé, že povinností dle ustanovení ZVZ hodnotící komise nedostála a transparentní, přezkoumatelný a řádný protokol o ústním jednání o vysvětlení nabídky uchazeče Knowlimits s.r.o. nevyhotovila.

Stanovisko MěÚ:

Zákon o veřejných zakázkách však takovou povinnost neukládá. Pokud by zákonodárce měl v úmyslu založit zadavatelům takovou povinnost, jistě by tak učinil výslovně, když v jiných případech tak činí. I v tomto případě bychom se tedy uložení pokuty bránili u soudu.

6. Nevyhotovení protokolu o posouzení kvalifikace

Po provedení kontroly všech dokumentů vztahujících se k provedenému hodnocení a posouzení nabídek, tj. protokolů o všech jednáních hodnotící komise i Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek je bez dalších pochybností zřejmé, že povinností dle ustanovení § 59 ZVZ hodnotící komise nedostála a vyhotovení protokolu o posouzení kvalifikace s požadovanými náležitostmi nesplnila, ač k tomu byla povinna.

7. Neprovedení posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny

Po provedení kontroly všech dokumentů vztahujících se k provedenému hodnocení a posouzení nabídek, tj. protokolů o všech jednáních hodnotící komise i Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek je bez dalších pochybností zřejmé, že povinností dle ustanovení § 77 ZVZ hodnotící komise nedostála a posouzení přiměřenosti nabídkových cen uchazečů uvedených v jejich nabídkách neprovedla. Toto pochybení již bohužel nelze nikterak zhojit, a to ani dodatečným uvedením informace v Písemné zprávě zadavatele, kde v případě této Veřejné zakázky zadavatel uvedl, že žádná z nabídek nebyla ze zadávacího řízení vyloučena z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny.

Stanovisko MěÚ:

Stav dokumentace provedení takového posouzení sice nezachycuje, nicméně, aniž by bylo nutno k tomu vyslechnout všechny členy komise, domníváme se, že k takovému posouzení reálně došlo. Obava komise, aby zakázka nebyla zadána naprosto nevhodně nejlevnější nabídkou, je patrná i z toho, že vítězný uchazeč byl hodnotící komisí předvolán k vysvětlení jeho představ o poskytovaných službách.

8. Nevyhotovení rozhodnutí o vyloučení uchazeče

Zadavatel v rámci tohoto Zadávacího řízení, dle informací obsažených v dokumentaci o této Veřejné zakázce, prokazatelně přikročil k vyloučení uchazeče XANTIPA AGENCY s.r.o. S ohledem na skutečnost, že v dokumentaci o této veřejné zakázce není založeno žádné relevantní rozhodnutí o vyloučení uchazeče XANTIPA AGENCY s.r.o., z tohoto zadávacího řízení, a to ani způsob jeho oznámení tomuto uchazeči, lze konstatovat, že zadavatel nedostál své povinnosti z hlediska ustanovení § 76 odst. 6 ZVZ, když porušil svou povinnost bezodkladně oznámit uchazeči jeho vyloučení z účasti v Zadávacím řízení. Toto pochybení již bohužel nelze nikterak zhojit, a to už jen z důvodu časového odstupu, kdy byla tato Veřejná zakázka prokazatelně zadána uchazeči Knowlimits s.r.o., na základě uzavřené smlouvy s tímto vítězným uchazečem dne 29.7.2013.

Stanovisko MěÚ:

Máme však jiný názor na to, jestli jsme se dopustili správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Aby se jednalo o takový správní delikt, muselo by nedodržení postupu stanoveného zákonem zakládat možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. V našem případě nejvhodnější nabídka byla nejvhodnější nabídkou v každém případě, tedy ať už by k vyloučení uchazeče XANTIPA AGENCY s.r.o. došlo či nikoliv.

Zpracovatel posudku reagoval v tom smyslu, že toto pochybení mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky a konkrétně uvádí, že pokud by uchazeč první v pořadí neposkytl požadovanou součinnost k uzavření smlouvy, uzavřeli bychom smlouvu s uchazečem druhým v pořadí, a tímto uchazečem by mohl být uchazeč XANTIPA AGENCY s.r.o., pokud by nebyl vyloučen postupem dle zákona.

Náš právní názor je ten, že zpracovatel posudku nerozlišuje s dostatečnou důsledností právní institut výběru nejvhodnější nabídky od právního institutu uzavření smlouvy. Výběr nejvhodnější nabídky (§ 81 ZVZ) není závislý na následném uzavření smlouvy (§ 82 ZVZ). Smlouvu lze skutečně, jak advokát uvádí, uzavřít i s uchazečem, jehož nabídka nebyla vybrána jako nejvhodnější, nicméně tomuto uzavření smlouvy již nepředchází žádný další „obnovený proces výběru“ nejvhodnější nabídky. Výběr nejvhodnější nabídky, vyjdeme-li z toho, jak tento pojem používá zákon, tedy skutečně ovlivněn být nemohl, a ke spáchání správního deliktu tedy nedošlo.

9. Opožděné odeslání Oznámení o výsledku zadávacího řízení

Lhůta k odeslání předmětného Oznámení o výsledku zadávacího řízení je dle ustanovení § 83 odst. 1 ZVZ stanovena v délce maximálně 15 dnů ode dne uzavření příslušné smlouvy na plnění Veřejné zakázky. Smlouva na tuto Veřejnou zakázku byla uzavřena dne 29.7.2013, tj. Oznámení o výsledku zadávacího řízení byl Zadavatel povinen odeslat nejpozději ke dni 13.7.2013 do 23:59:59 k uveřejnění (prostřednictvím stanoveného formuláře Oznámení o zadání zakázky) na Věstník veřejných zakázek. Na základě provedené kontroly údajů na Věstníku veřejných zakázek je zřejmé, že Zadavatel prokazatelně nedostál této své zákonné povinnosti v rámci odeslání k uveřejnění příslušného Oznámení o výsledku zadávacího řízení, neboť tento dokument prokazatelně odeslal k uveřejnění až 9.8.2013 pod ev. číslem formuláře: 7303011063584 a ev. číslem zakázky: 363584.

10. Nevyhotovení evidence písemných úkonů

Zadavatel byl v souvislosti se Zadávacím řízením povinen ve smyslu ustanovení § 148 odst. 3 vést písemnou evidenci všech úkonů učiněných dodavatelem vůči zadavateli a zadavatelem vůči dodavatelům, Úřadu či Evropské komisi. Pro vyhotovení shora uvedené písemné evidence úkonů

nestanovuje ZVZ explicitně žádnou lhůtu, byť obecně ukládá Zadavateli tuto písemnou evidenci úkonů vést v průběhu celého Zadávacího řízení.

Stanovisko MěÚ:

Evidence písemných úkonů byla vyhotovena. Při předávání podkladů zpracovateli posudku byl její obsah zapracován do předávacího protokolu, a proto mu již nebyla předána jako samostatný dokument.

11. Opožděné uveřejnění smlouvy na plnění veřejné zakázky na profilu zadavatele

Celé znění smlouvy na plnění Veřejné zakázky Zadavatel uveřejní nejpozději do 15 dnů ode dne jejího uzavření. Tato rozhodná skutečnost v rámci této Veřejné zakázky prokazatelně nastala, neboť k uzavření příslušné smlouvy na plnění této Veřejné zakázky, tj. Rámcové smlouvy, došlo 29.7.2013 (kdy připojil podpis vybraný uchazeč). Zadavatel tak byl dle shora uvedeného povinen nejpozději ke dni 13.7.2013 do 23:59:59 uveřejnit celé znění příslušné smlouvy na plnění Veřejné zakázky na svém Profilu zadavatele. Na základě provedené kontroly údajů na příslušném Profilu zadavatele je zřejmé, že Zadavatel prokazatelně nedostal této své zákonné povinnosti v rámci uveřejnění příslušného celého textu smlouvy na plnění Veřejné zakázky, neboť tento text smlouvy uveřejnil dne 09.08.2013 v 08:02:01 hodin.

Komentář na závěr:

Pochybení, u nichž není uvedeno vyjádření Městského úřadu Trutnov, jsou neoddiskutovatelná. Pozitivní je, že žádné z pochybení nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Od ukončení předmětného zadávacího řízení k veřejné zakázce byla pravidla upravena a přijata opatření tak, aby byla administrace veřejných zakázek ze strany Městského úřadu Trutnov do budoucna co nejvíce zkvalitněna. Současně nelze odhlédnout od faktu, že šlo o ojedinělé pochybení, mající příčinu též v tehdejší dlouhodobé pracovní neschopnosti koordinátorky veřejných zakázek, a rozhodně nelze konstatovat, že obdobná pochybení se vyskytovala i u dalších veřejných zakázek vypisovaných městem Trutnov.