

GORDION, s.r.o.

Kolmá 6/682

190 00 Praha 9 - Vysočany

(dále jen „stěžovatel“)

Název veřejné zakázky: **Národní digitální archiv – zadávací řízení na poskytovatele právních a poradenských služeb**

Č.j./evidenční číslo VZ: 237115

Druh zadávacího řízení: otevřené řízení

Vaše značka: NA-5611-61/05-2012

Národní archiv

Archivní 4

149 01 Praha 4 - Chodovec

V Praze dne 26.7.2013

Zadavatel: **Národní archiv**
Archivní 4
149 01 Praha 4 - Chodovec

Stěžovatel: **GORDION, s.r.o.**
Kolmá 6/682
190 00 Praha 9 - Vysočany

Otevřené řízení:

„Národní digitální archiv – zadávací řízení na poskytovatele právních a poradenských služeb“

NÁMITKY

PROTI ROZHODNUTÍ ZADAVATELE O VYLOUČENÍ Z ÚČASTI V ZADÁVACÍM ŘÍZENÍ SHORA UVEDENÉ VEŘEJNÉ ZAKÁZKY

dle § 110 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále jen „zákon“)

Námítky směřují proti : rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení, viz dále

Porušení zákona spatřováno: zejména v porušení postupu dle § 77 zákona a dle § 76 odst. 6 zákona, v návaznosti i § 6 odst. 1 zákona, viz dále

Újma stěžovatele : majetková škoda rovnající se nabídkové ceně stěžovatele, tj. ušlý zisk stěžovatele; dobré jméno stěžovatele

Stěžovatel se domáhá : zejména zrušení rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení, viz dále

zasláno:

DOPORUČENĚ

I.

Dne 12.2.2013 bylo uveřejněno Oznámení o zakázce k veřejné zakázce s názvem „**Národní digitální archiv – zadávací řízení na poskytovatele právních a poradenských služeb**“ zadávané zadavatelem jako nadlimitní veřejná zakázka v otevřeném řízení dle § 21 a 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách v platném znění. Stěžovatel ve stanovené lhůtě podal svou nabídku na poskytovatele právních a poradenských služeb k předmětné veřejné zakázce.

Dne 18.4.2013 byla stěžovateli odeslána písemná žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny (dále jen „**Žádost**“). Stěžovatel ve stanovené lhůtě poskytl zadavateli podrobné písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny (dále jen „**Zdůvodnění**“). Součástí tohoto zdůvodnění byly i příloha č. 1 – Seznam vybraných referencí společnosti GORDION, s.r.o. a příloha č. 2 – Seznam vybraných, společností GORDION, s.r.o. poskytnutých, služeb pro účely demonstrace cen za obdobné plnění.

Dne 25.6.2013 byla stěžovateli odeslána další – dodatečná žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny (dále jen „**Dodatečná žádost**“), konkrétně zaměřenou na výši průměrných mzdových nákladů na 1 hodinu práce subdodavatele stěžovatele. Doplněné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny (dále jen „**Doplněné zdůvodnění**“) dle pokynů zadavatele stěžovatel poskytl ve stanovené lhůtě. Stěžovatel v doplněném zdůvodnění zároveň upozornil zadavatele na nevhodnost zvoleného postupu. Zadavatel není oprávněn ve vztahu ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny se dotazovat na cenu plnění subdodavatele, neboť se v daném případě jedná o soukromoprávní vztah (a informace) mezi dodavatelem a jeho subdodavatelem.

Dne 17.7.2013 zadavatel rozhodl o vyloučení stěžovatele z další účasti ve veřejné zakázce (dále jen „**Rozhodnutí o vyloučení**“), aniž by však věnoval náležitou pozornost odůvodnění svého rozhodnutí. V důsledku čehož je Rozhodnutí o vyloučení nepřezkoumatelné.

Stěžovatel má za to, že zadavatel svým postupem porušil zákon, zejména jednotlivá ustanovení § 77 a § 6 odst. 1 zákona a neoprávněně vyloučil stěžovatele ze zadávacího řízení předmětné veřejné zakázky. V důsledku tohoto postupu zadavatele hrozí stěžovateli újma spočívající v tom, že mu nebude předmětná veřejná zakázka zadána a následně dojde k újmě spočívající ve ztrátě finančního obrátu vyplývajícího z realizace plnění veřejné zakázky.

II.

Dle ustanovení § 77 odst. 1 zákona hodnotící komise při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek posoudí také výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, přičemž následující odstavce § 77 zákona upravují postup hodnotící komise, rozhodne-li se využít svého práva a vyžádat si zdůvodnění výše nabídkové ceny.

Dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Stěžovatel má za to, že zadavatel nepostupoval v souladu s ustanovením § 77 zákona, s § 6 odst. 1 zákona ani s pravidly, která vyplývají z rozhodovací praxe v oblasti veřejných zakázek.

III.

Stěžovatel zdůrazňuje, že již sama **Žádost byla po obsahové stránce zcela nedostatečná**, neboť neobsahovala důvody, pro které hodnotící komise považovala nabídkovou cenu stěžovatele za mimořádně nízkou ani neuvedl specifikaci informací a údajů (podstatných částí nabídky, které jsou stanovení nabídkové ceny podstatné), jaké má stěžovatel ke zdůvodnění svých nabídkových cen předložit.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), č.j.: ÚOHS-R178/2010/VZ-2459/2011/310/EKu uvádí:

„Úřad již delší dobu zastává názor, že zákon sice výslovně nestanoví požadavky na obsah žádosti o vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny, avšak s ohledem na zásadu transparentnosti ovládající zadávací řízení platí, že by součástí výzvy k tomuto písemnému zdůvodnění mělo být i sdělení, z jakých důvodů hodnotící komise nabídkovou cenu uchazeče považuje za mimořádně nízkou. Takový požadavek je ostatně i logický, neboť vyčerpávající zdůvodnění může být podáno pouze tehdy, jsou-li uchazeči známy konkrétní námitky proti jeho nabídkové ceně. Nejedná se o extenzivní výklad § 77 zákona, nýbrž o výklad zohledňující vzájemnou vazbu všech zákonných ustanovení, stejně jako hlavní účel, pro který byl zákon přijat.“

Rozhodovací praxe k této problematice je dlouhodobě konstantní. Např. již v Rozhodnutí Úřadu, č.j.: S 193/2007/VZ-15870/207/530/BM se uvádí:

„Jestliže má být postup zadavatele transparentní, je nutné, aby žádost zadavatele o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny obsahovala kvalifikovaný rozbor skutečností uvedených v nabídce uchazeče, které v zadavateli vyvolávají pochybnosti o realizovatelnosti předložené nabídky.“

Obdobné závěry vyplývají i z Rozhodnutí Úřadu č.j.: ÚOHS - S316/2008/VZ-545/2009/540/VKu nebo Rozhodnutí Úřadu č.j.: ÚOHS – S161/2008/VZ-13324/2008/510/če.

Zadavatel však v Žádosti uvedl pouze následující:

„Následně v rámci posuzování nabídkových cen doručených nabídek uchazečů hodnotící komise konstatovala, že nabídka na plnění zakázky předložená Vaší firmou obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu: 179.685 Kč včetně DPH, ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.“

V souladu s ust. odst. 1 § 77 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách v platném znění, Vám proto tímto žádáme o písemné zdůvodnění nabídky, resp. jejích částí, které jsou pro (nízkou) výši Vaší nabídkové ceny podstatné.“

Požadavek na rozbor skutečností uvedených v nabídce stěžovatele, které v zadavateli vyvolaly pochybnosti o možné realizovatelnosti předložené nabídky, je dozajista na místě. **Stěžovatel má za to, že zadavatel nepostupoval v souladu s § 6 odst. 1 zákona, zejména v souladu se zásadou transparentnosti.**

Stěžovatel zaslal dne 24.4.2013 zadavateli velmi podrobné písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Nabídková cena byla zdůvodněna objektivními příčinami v souladu s ustanovením § 77 odst. 2 zákona. Stěžovatel na tomto písemném odůvodnění trvá a v plném rozsahu se na něj odvolává.

Stěžovatel taktéž předložil jako součást Zdůvodnění zadavateli podrobnou kalkulaci nákladovosti organizačního zajištění zadávacích řízení veřejných zakázek. Na podporu poskytnutého Zdůvodnění a pro odstranění všech pochybností zadavatele o realizovatelnosti předložené nabídky, přiložil stěžovatel také:

- 1) přílohu č. 1 - Seznam vybraných referencí společnosti GORDION, s.r.o.
- 2) přílohu č. 2 - Seznam vybraných, společností GORDION, s.r.o. poskytnutých, služeb pro účely demonstrace cen za obdobné plnění. V tomto seznamu stěžovatel uvedl 24 srovnatelných veřejných zakázek, kdy cena jejich organizačního zajištění včetně souvisejícího právního poradenství byla **nižší než v nabídce** stěžovatele. V žádném z těchto uvedených případů však stěžovatel ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyzván nebyl.

I přes skutečnost, že pouze hodnotící komise je kompetentní k posouzení, zda nabídková cena uchazeče je v odpovídající výši ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, k okolnostem a podmínkám, za kterých by byl předmět veřejné zakázky konkrétním uchazečem plněn, se nabízí otázka, zda hodnotící komise postupovala v souladu s ustanovením **§ 77 odst. 4 zákona** a zda při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny náležitě zohlednila písemné zdůvodnění stěžovatele, vč. jeho vysvětlení.

IV.

Hodnotící komise si poté dne 25.6.2013 vyžádala dodatečné informace a údaje formou dodatečné žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. V **Dodatečné žádosti** se již hodnotící komise zaměřila pouze na výši vyčíslených průměrných mzdových nákladů na 1 hodinu práce právníka, resp. na výši těchto nákladů subdodavatele stěžovatele. Písemné Dodatečné zdůvodnění si zadavatel vyžádal do lhůty 3 dnů ode dne doručení Dodatečné žádosti.

Stěžovatel upozorňuje na následující pochybení:

- 1) **zadavatel zaslal stěžovateli Dodatečnou žádost namísto jeho přizvání na jednání hodnotící komise v souladu s § 77 odst. 3 zákona**
- 2) **zadavatel si vyžádal neoprávněné informace a údaje**

K Ad 1)

Ustanovení § 77 odst. 3 zákona stanovuje:

„Hodnotící komise může po písemném zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny přizvat uchazeče na jednání hodnotící komise za účelem vysvětlení předloženého zdůvodnění. Hodnotící komise odešle uchazeči pozvánku na jednání alespoň 5 pracovních dní před jeho konáním.“

Jinými slovy, hodnotící komise si může po písemném zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyžádat od uchazeče další údaje a informace pro posouzení. Zda tak učiní je sice oprávněním hodnotící komise, ovšem rozhodne-li se tak, měla by tak učinit formou a způsobem předepsaným v odstavci 3 ustanovení § 77 zákona, tj. má tak učinit přizváním stěžovatele na své jednání, nikoli zasláním dalšího dodatečného písemného zdůvodnění.

Zadavatel svým jednáním nedodržel postup stanovený § 77 odst. 3 zákona.

K Ad 2)

Jak stěžovatel upozornil zadavatele již v Doplněném zdůvodnění, zadavatel není oprávněn ve vztahu ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny se dotazovat na cenu plnění subdodavatele, neboť v daném případě se jedná o soukromoprávní vztah (a informace) mezi dodavatelem a jeho subdodavatelem.

Vztah mezi dodavatelem a jeho subdodavatelem je čistě soukromoprávního rázu. Jedním ze základních principů, které ovládají soukromé právo je **zásada autonomie vůle subjektů**. Tento princip znamená, že při dodržení principů zakotvených v čl. 2 odst. 4 Ústavy a čl. 1 odst. 3 Listiny základních práv a svobod, tj. že každá fyzická a právnická osoba může činit vše, co není zákonem zakázáno, a že nikdo nesmí naopak být nucen činit, co zákon neukládá, je ponecháno na vůli a rozhodnutí samotných subjektů, zda, s kým a s jakým obsahem smlouvu uzavřou či jakou formu a typ smlouvy zvolí. Je pouze na dohodě mezi dodavatelem a subdodavatelem určit si cenovou politiku, resp. určit za jaké ceny bude poskytováno plnění. Zadavateli v souladu s výše uvedeným nepřísluší namítané obchodní rozhodnutí smluvních stran kontrolovat či ovlivňovat.

Pro podporu tvrzení stěžovatel doplňuje Nález Ústavního soudu sp. zn. 577/05, kde bylo konstatováno: „*Podmínkou fungování právního státu je respektování autonomní sféry jednotlivce, která také požívá ochrany ze strany státu tak, že na jedné straně stát zajišťuje takovou ochranu proti zásahům ze strany třetích subjektů, **jednak sám vyvíjí takovou aktivitu, kterou do této sféry nezasahuje**, resp. zasahuje pouze v případech, které jsou odůvodněny určitým veřejným zájmem a kdy je takový zásah proporcionální (přiměřený) s ohledem na cíle, jichž má být dosaženo.*“

Zákon tento princip plně respektuje, což lze vyvodit mimo jiné i z té skutečnosti, že nevyžaduje uvedení ceny jako povinnou náležitost subdodavatelské smlouvy dle § 51 odst. 4 zákona.

Zadavatel svým postupem porušil § 6 odst. 1 zákona, zejména zásadu rovného přístupu a zásadu zákazu diskriminace.

V.

I přes výše uvedená pochybení zadavatele, stěžovatel v Doplněném zdůvodnění zadavatele ujistil, že dle ústní dohody se subdodavatelem (advokátem a specialistou v oblasti veřejných zakázek), jehož prostřednictvím stěžovatel prokazoval splnění části profesních kvalifikačních předpokladů, je 1 hodina jeho práce stanovena totožnou částkou. Samozřejmě v případě správního řízení u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, které bude případně následovat po odmítavém rozhodnutí o námitkách, bude doplněno ze strany stěžovatele písemné potvrzení subdodavatele o plné akceptaci stanovené výše ceny jím poskytovaných právních služeb v předmětné veřejné zakázce.

Dne 17.7.2013 zadavatel rozhodl o vyloučení stěžovatele. Rozhodnutí o vyloučení obsahuje následující odůvodnění:

„Uchazeč na výzvu zadavatele ze dne 18. 4. 2013 předložil zadavateli písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 22. 4. 2013. V něm kromě jiného vyčíslil průměrné mzdové náklady na 1 hodinu práce právníka částkou 248,24 Kč. Ve své nabídce uchazeč přitom prokazoval splnění částí profesních kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, jimž je renomovaný advokát v oblasti práva veřejných zakázek. S ohledem na skutečnost, že podstatnou částí předmětné zakázky je poskytování právních služeb a že uchazeč sám není ve smyslu obdržených dokladů osobou oprávněnou k poskytování právních služeb dle zákona o advokacii, komise předpokládá, že nejméně pro část veřejné zakázky uvedené v zadávací dokumentaci bod

bodem II. (průběžné právní poradenství v rozsahu 200 člověkohodin) by byl uchazeč povinen (s ohledem na ustanovení § 2 odst. 1 zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů) poskytovat plnění prostřednictvím uvedeného subdodavatele. Uchazeč však ve zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny cenu za subdodávky (odměnu advokáta, jehož prostřednictvím prokazoval uchazeč část kvalifikace a který se na plnění veřejné zakázky musí podílet) neuvedl. V písemném zdůvodnění pouze počítal se mzdovými náklady, tj. s náklady na vlastní zaměstnance, kteří však nejsou ve smyslu právních předpisů oprávněni poskytovat právní služby třetím osobám. Ve smlouvě mezi uchazečem a jeho subdodavatelem, kterou uchazeč předložil jako součást své nabídky, navíc není sjednána výše odměny za právní služby subdodavatele. Na dodatečnou výzvu zadavatele ze dne 25. 6. 2013 uchazeč potvrdil (dopisem ze dne 28. 6. 2013), že cena za právní služby realizované prostřednictvím subdodavatele činí 248,24 Kč bez DPH. Zadavatel při stanovení předpokládané ceny zakázky vycházel z vlastního průzkumu trhu, z něhož vyplynulo, že cena právních specialistů, poskytujících právní služby v oblasti zadávání veřejných zakázek, vč. např. zastupování před příslušnými orgány veřejné moci, se v místě a čase plnění pohybuje v rozmezí od 1.800 do 5.000 Kč (bez DPH) za hodinu. Zadavatel je přesvědčen, že nabízená cena ve výši 14% dolní hranice uvedeného rozmezí je cenou mimořádně nízkou.“

Stěžovatel byl tedy vyloučen z další účasti, neboť zadavatel shledal, že položka uvedená ve Zdůvodnění, konkrétně položka „**průměrné mzdové náklady na 1 hodinu práce právníka,**“ je mimořádně nízká.

Dle shrnutí Úřadu obsaženého v rozhodnutí č. j.: ÚOHS-S106/2011/VZ-12938/2011/530/SWa lze konstatovat následující:

„Podle ustálené rozhodovací praxe Úřadu je smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede nereálnou cenu, za níž není možné z objektivních důvodů realizovat plnění veřejné zakázky, která by během realizace předmětu veřejné zakázky vedla například k nedokončení veřejné zakázky, k jejímu nekvalitnímu splnění, případně k téměř nekontrolovatelnému navyšování původní nabídkové ceny uchazeče“

Institut mimořádně nízké nabídkové ceny tedy chrání před **nereálnou cenou, za níž není možné z objektivních důvodů realizovat plnění veřejné zakázky.** Zadavatel se však v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení nezabývá úvahami, zda je výše zmíněná cena reálná nebo proč je nereálná. Lze se proto domnívat, že tento aspekt vůbec neposuzoval nebo zmíněnou cenu za nereálnou nepovažuje.

Zadavatel vztahuje důvody vyloučení stěžovatele pouze k ceně subdodavatele – 1 hodiny práce právníka, kdy měl zadavatel postaveno zcela na jisto, že subdodavatel bude poskytovat své služby právě za tuto cenu. Je pak pouze na uvážení samotného subdodavatele za jakou cenu se rozhodně poskytovat své služby. Není tedy zřejmé z čeho zadavatel usuzuje, že subdodavatel není oprávněn poskytovat své služby za cenu 248,24 Kč/ 1 hod.

Jak uvádí Úřad v rozhodnutí č.j.: ÚOHS-R213/2011/VZ-4007/2012/310/JRa a platí i obecně nejen s ohledem na ustanovení § 6 odst. 1 zákona:

„Pro dodržení zásady transparentnosti a neporušení zásady diskriminace musí hodnotící komise své rozhodnutí o vyloučení uchazeče přezkoumatelným způsobem odůvodnit.“

Zadavatel však vydal rozhodnutí o vyloučení uchazeče, které je nepřezkoumatelné, neboť neobsahuje jakákoli relevantní tvrzení, proč byla zkoumaná položka shledána jako cena, **za níž není možné z**

objektivních důvodů realizovat plnění veřejné zakázky. Zadavatel pouze uvádí, že předmětná cena se v místě a čase u jiných subjektů pohybuje v jiném rozmezí. Není možné porovnávat nabídkovou cenu, resp. její části, proti průměrným nabídkovým cenám nezúčastněných (stěžovatel se tak domnívá) subjektů v průzkumu trhu, a z toho dovozovat, že nabídková cena je mimořádně nízká, jen na základě skutečnosti, že oslovené subjekty uvedly jinou hodnotu. Zákon ukládá hodnotící komisi povinnost posoudit nabídkové ceny uchazečů vždy pouze ve vztahu k předmětu VZ.

Subdodavatel stěžovatele jako advokát ve smyslu zákona č. 85/1996 Sb. „o advokacii je oprávněn stanovit cenu svých služeb dle svého uvážení a není limitován jakýmikoliv omezeními. Argumentace zadavatele použitá v rozhodnutí o vyloučení ze dne 17.7.2013 o provedení „průzkumu trhu“ cen právních specialistů, poskytujících právních služeb v oblasti zadávání veřejných zakázek je pak zcela irelevantní pro porovnání nabídkové ceny stěžovatele resp. jeho subdodavatele. Zadavatel vůbec neuvádí, za jakých podmínek byl jeho průzkum proveden, o jaké subjekty (samostatné advokáty či advokátní kanceláře) se jedná apod. Zadavatel poskytnutá informace o jakémsi průzkumu trhu je tedy zcela nepřezkoumatelná a netransparentní a pro odůvodnění vyloučení stěžovatele irelevantní.

Zadavatel porušil zásady postupu zadavatele dle § 6 odst. 1 zákona, konkrétně zásadu transparentnosti.

Stěžovatel se obává, že důvod vyloučení stěžovatele z další účasti v zadávacím řízení byl neoprávněný a od počátku pouze tendenční.

VI.

Stěžovatel navrhuje a domáhá se toho, aby zadavatel s ohledem na shora uvedené skutečnosti, rozhodl o zrušení rozhodnutí o vyloučení stěžovatele společnost GORDION, s.r.o., Kolmá 6/682, 190 00 Praha 9 – Vysočany z další účasti v zadávacím řízení a dále rozhodl o novém posouzení a hodnocení nabídek v zadávacím řízení veřejné zakázky s názvem „Národní digitální archiv – zadávací řízení na poskytovatele právních a poradenských služeb“ v souladu se zákonem.

Stěžovatel si zároveň dovoluje zadavatele upozornit, že v případě, že nevyhoví-li této oprávněné námitce, budeme nuceni o postupu zadavatele v rozporu se zákonem informovat Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, a to formou návrhu nebo podnětu k zahájení správního řízení.

V Praze dne 26. 7. 2013


GORDION
Kolmá 6/682, 190 00 Praha 9 - Vysočany
tel.: +420 281 021 821, fax: +420 281 021 825