



STŘÍPKY Z kontrolní praxe Centra „Překombinovaná“ zadávací dokumentace/zadávací podmínky

Mgr. Lukáš Holub,
Ing. Eva Marečková



Centrum pro regionální
rozvoj České republiky

Centrum pro regionální rozvoj České republiky (dále jen „Centrum“) se při své kontrolní praxi setkává s fenoménem, který by mohl být s trochou nadsázky označen jako „překombinovaná zadávací dokumentace“ či „překombinované zadávací podmínky“^[1] (k oběma pojmům dále jen „překombinovaná ZD“). Ačkoliv se tento jev vyskytuje pouze u menšího procenta

kontrolovaných případů, a nedá se tedy tvrdit, že by to v zadavatelském světě měl být významný problém, je dle názoru Centra vhodné akcentovat i tuto problematiku, a to zejména kvůli menším a méně zkušeným zadavatelům. Ve většině případů je to totiž právě tato skupina zadavatelů, která se dopouští porušení zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „ZZVZ“), z důvodů výše

uvedených a dále v textu podrobněji rozvedených. Nutné je však druhým dechem dodat, že tato skupina zadavatelů tak nečiní úmyslně či za účelem omezení hospodářské soutěže, nýbrž z důvodu snahy získat co nejlepší plnění od co možná nejzkušenějšího dodavatele, což s sebou ale za určitých okolností může přinést i negativa, o kterých právě pojednává tento článek.

V první řadě je nutné pro potřeby tohoto článku vyjasnit pojem „překombinovaná ZD“ a jeho obsah. Pod termín „překombinovaná ZD“ je možné podřadit více jevů, které se vyskytují v souvislosti s tvorbou zadávací dokumentace a nastavením zadávacích podmínek, které se ovšem různě překrývají a kombinují, tudíž nelze tento termín zcela přesně ohraničit. Nicméně ve většině případů souvisí tento pojem s jednáním zadavatele, které vede k formulaci nepřiměřených zadávacích podmínek. Nepřiměřenost zadávacích podmínek obvykle plyne z kumulace množství různorodých požadavků, které zároveň nejsou mnohdy ani pro faktickou realizaci předmětu veřejné zakázky jakkoliv relevantní, resp. jsou značně okrajové. Může se jednat ale i o kombinaci nedovoleného zpříšňování ustanovení ZZVZ či jeho různé „kreativní“ výklady. Zadávací podmínky s těmito prvky pak mohou mít značný potenciál pro odrazení dodavatelů v účasti v zadávacím řízení. Je velmi obtížné definovat to, co přesně lze označit za „překombinovanou ZD“, neboť, jak je výše uvedeno, půjde ve většině případů o kombinaci různých, více či méně problematických požadavků zadavatele v zadávací dokumentaci. V další části textu proto uvedeme, pro lepší uchopení a pochopení tématu, několik ilustrativních příkladů, ze kterých by měla vyplynout podstata „překombinovanosti ZD“.

Zadavatel by měl při úvahách o nastavení zadávacích podmínek vždy pečlivě zvážit účel veřejné zakázky, její velikost, složitost předmětu plnění, své reálné potřeby, které mají být v rámci plnění veřejné zakázky saturovány, apod. Z těchto úvah by pak měly vyplynout takové zadávací podmínky, které odpovídají složitosti a významu konkrétní veřejné zakázky. Jinak budou koncipovány zadávací podmínky pro rekonstrukci chodníku s předpokládanou hodnotou několika milionů korun a jinak pro výstavbu galerie s hodnotou několika stovek milionů korun.

„Překombinovanost ZD“ obvykle začíná u požadavků na způsobilost/kvalifikaci dodavatele.[2] Bez kontextu dané veřejné zakázky nelze jednoznačně určit, kde se nachází hranice nepřiměřenosti požadavků na způsobilost/kvalifikaci dodavatele, nicméně ilustrativně je možné upozornit zadavatele, aby věnovali pozornost následujícím zadávacím podmínkám (jedná se o neúplný výčet):

1. požadavky na živnostenská oprávnění, která jsou konzumována živností „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ u zakázek na stavební práce,[3]
2. požadavek na živnostenské oprávnění „Projektová činnost ve výstavbě“ u zakázek na stavební práce, součástí jejichž předmětu plnění nejsou činnosti, ke kterým by tato živnost byla nutná (např. zhotovení dokumentace skutečného provedení stavby není podmíněno držetím této živnosti),
3. obecně požadavky na živnostenská oprávnění nebo jiné doklady, které nejsou pro realizaci předmětné veřejné zakázky nezbytné,
4. požadavky na různé autorizace v případě zakázek na stavební práce, které nejsou pro provádění díla nutné (to mohou být např. autorizace pro techniku prostředí staveb apod.),
5. nepřiměřené požadavky na předložení referencí,
6. příliš rozsáhlé požadavky na předložení členů týmů (např. u zakázek na stavební práce zadavatel bude požadovat vysoký počet členů týmu, od stavbyvedoucího po osobu odpovídající za pokládku podlah apod.),
7. požadavky na různé druhy certifikátů/ISO norem, které nejsou nezbytné/potřebné pro provádění předmětu plnění (např. u stavebních prací požadavek na „osvědčení realizátorů ETICS“[4]) atd.

K výše uvedenému bodu 1 je vhodné pro úplnost uvést, že Centrum se ve výkladu této problematiky ztotožňuje s rozhodovací praxí ÚOHS – viz rozhodnutí ÚOHS ze dne 21. 2. 2020, č. j. ÚOHS-05747/2020/553/LHI.[5] Byť může být předmětné rozhodnutí pro zadavatelskou obec překvapivé a do jisté míry se jedná o názorový posun ze strany ÚOHS, považuje Centrum toto rozhodnutí v principiální rovině za správné. Zadavatelům lze v tomto ohledu pouze doporučit, aby při souběžném požadavku na prokázání profesní způsobilosti prostřednictvím živnostenského oprávnění „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ nepožadovali zároveň další živnostenská oprávnění, která jsou touto

multiprofesní živností konzumována. Takový požadavek se totiž jeví jako nadbytečný a ve svém důsledku nepřiměřený a diskriminační.

Na tomto místě pouze doplňujeme, že např. problematika oprávněnosti požadavků na různé ISO normy by si zasloužila samostatný příspěvek. Ve stručnosti pouze uvádíme, že pokud jde o tzv. jakostní normy, vychází Centrum při posouzení těchto požadavků z rozsudku Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) ze dne 25. 9. 2019, sp. zn. 6 As 113/2019, který se týká oprávněnosti požadavku zadavatele na systém řízení bezpečnosti informací dle ISO 27000, kde NSS uvedenou ISO normu neshledal neoprávněnou s ohledem na skutečnost, že se dodavatel při plnění veřejné zakázky může dostat k citlivým údajům jednotlivých pacientů. Uvedený rozsudek ruší rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 20. 3. 2017, č. j. ÚOHS-R0316/2016/VZ-0985/2017/321/Edy, který ani z pohledu znění § 80 odst. 1 ZZVZ neuznal oprávněnost požadavku na systém managementu bezpečnosti informací v organizaci (např. ČSN ISO/IEC 27001:2006), když dle jeho názoru zadavatel rozšířil rozsah požadované kvalifikace nad rámec stanovený ZZVZ (§ 56 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb.). Je třeba dodat, že rozsudek NSS nelze dle našeho názoru vykládat tak, že by požadavek na ISO 27000 byl *a priori* oprávněný. Vždy je nutné posoudit skutečnost, zda dodavatel může přijít do kontaktu s citlivými informacemi, resp. vždy je oprávněnost požadavků na jakostní ISO normy třeba zhodnotit ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky. Obdobně je pak nutné postupovat i při posouzení požadavků na jiné ISO normy/certifikáty. To vyplývá i z rozhodnutí ÚOHS ze dne 4. 9. 2018, č. j. ÚOHS-S0179/2018/VZ-25886/2018/513/EPI, potvrzeného rozhodnutím předsedy ÚOHS ze dne 3. 1. 2019, č. j. ÚOHS-R0164/2018/VZ-00025/2018/323/Lva, „Sběrný dvůr Třinec“, kde ÚOHS mj.[6] uvedl: „... předmětem plnění veřejné zakázky je nejen zřízení sběrného dvora, ale i jeho provoz. Vzhledem k tomu, že v rámci plnění veřejné zakázky bude dodavatel pracovat s odpady, včetně odpadů objemných, stavebních, ale i s nebezpečnými složkami komunálního odpadu, je zřejmé, že se jedná o místo výkonu práce, kde se dá předpokládat zvýšené riziko ohrožení života a zdraví. Nad výše uvedenou s ohledem na požadavek zadavatele, že dodavatel má v souladu se zadávacími pod-

mínkami zajišťovat ve sběrném dvoře rovněž osvětovou činnost, netýká se případné riziko ohrožení života či zdraví jen dodavatele, ale také případných účastníků této osvětové činnosti, nemluví o lidech, kteří budou běžně využívat služeb sběrného dvora. Pokud tedy zadavatel stanovil požadavek na předložení certifikátu OHSAS 18001 systém managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, lze uzavřít, že tento požadavek nepochybně bezprostředně souvisí s předmětem plnění veřejné zakázky.“

S kvalifikací rovněž souvisí zpřísňování požadavků na její prokazování nad rámec stanovený ZZVZ. Do této kategorie může spadat např. obligatorní požadavek, aby obsahem písemného závazku ve smyslu § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ byla v rozporu s vyvratitelnou právní domněnkou dle § 83 odst. 2 věty první ZZVZ společná a nerozdílná odpovědnost za plnění veřejné zakázky společně s dodavatelem.[7] Dalším příkladem může být např. požadavek, aby ekonomická kvalifikace (§ 78 ZZVZ) byla prokazována pouze dodavatelem bez možnosti postupu dle § 83 ZZVZ a jakékoliv další nadbytečné zpřísňování zákonných ustanovení.

Zadavatel by se měl vždy zamyslet rovněž nad smysluplností zadávacích podmínek, aby zadávací dokumentace neobsahovala takové podmínky, který sice samy o sobě nemusejí být v rozporu se ZZVZ, ale do zadávací dokumentace přesto nepatří. V poslední době se významně skloňují principy odpovědného veřejného zadávání (OVZ) zakotvené v § 6 odst. 4 ZZVZ, jelikož po novelizaci ZZVZ mají zadavatelé od 1. 1. 2021 povinnost se těmito principy v zadávaných veřejných zakázkách vypořádat. Není ovšem vhodné, když zadávací podmínky obsahují zásady OVZ bez rozmyslu a pouze za účelem formálního naplnění ZZVZ. Zadavatel si tak musí klást otázku, zda je např. požadavek na umožnění exkurze žáků základní školy při realizaci zakázky na rekonstrukci chodníků opravdu smysluplný. V principu budou požadavky na exkurze víceméně v pořádku, ale měly by být zaměřeny na žáky, kteří se reálně zabývají daným předmětem (obvykle v oboru stavebnictví), a to u zakázek, které jim mohou z technického hlediska ve studiu prospět. Takto by mělo být nahlíženo i na jakékoliv další začleňování principů OVZ do zadávacích podmínek.

To samé platí rovněž pro způsob hodnocení nabídek, které může být nastaveno odrazujícím či přinejmenším nevhodným způsobem. Příkladem nevhodně stanoveného hodnotícího kritéria může být veřejná zakázka na realizaci běžné rekonstrukce budovy s hodnotou nepřevyšující 10 mil. Kč bez DPH zadávaná ve zjednodušeném podlimitním řízení, kde se zadavatel rozhodne hodnotit mj. dílčí kritérium „Zabezpečení zdrojů, realizace a kontroly zakázky“.[8] V daném kritériu měli dodavatelé popsat např.:

- řízení zdrojů (konkrétní specifikace lidských zdrojů, infrastruktura a pracovní prostředí, zejména jmenovité odpovědnosti za jejich řízení),
- strojní vybavení,
- zabezpečení pracovního prostředí [zabezpečení pracovního prostředí dle požadavků na životní prostředí, zabezpečení pracovního prostředí dle požadavků BOZ a PO (SM BOZP) s uvedením rizik, zabezpečení pracovního prostředí odpovídající technologickým požadavkům realizovaných procesů zejména v podmínkách pro provádění prací v zimním období a letním období],
- realizace zakázky (definování realizačního týmu, včetně uvedení organizačního schématu, uvedení řídicích dokumentů organizace, vnitropodnikové směrnice, technologické předpisy, základní pravidla BOZ, EMS apod., zabezpečení realizace procesů zakázky vlastními zdroji, způsob nákupu/zabezpečení materiálu a další),
- monitorování a metrologie [předložený „Kontrolního zkušebního plánu“ obsahujícího všechny rozhodující procesy realizované zakázky s tím, že bude obsahovat více kontrol, než je požadováno příslušnými dokumenty (ČSN, PD, TP apod.) pro jednotlivé procesy, vstupní kontroly materiálu, pravidla pro kontrolu poddodavatelů, kontrola realizovaných procesů a další].

Ačkoliv je principálně možné podobné směřování hodnotícího kritéria považovat za legitimní, v tomto daném případě a v podmínkách dané veřejné zakázky se již zadavatel dostal za hranici akceptova-

telného. Nutno také dodat, že zcela absentovalo navázání hodnotícího kritéria na obchodní podmínky. V daném případě tedy není možné kritérium „Zabezpečení zdrojů, realizace a kontroly zakázky“ považovat za kritérium stanovené přiměřeně vzhledem k osobě dodavatele nebo předmětu veřejné zakázky, ale naopak za kritérium, které vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, neboť pro dodavatele znamenalo zejména neodůvodněné zvýšení časových a finančních nároků na zpracování nabídky a vedle toho i nutnost vůbec se zabývat oblastí, která není v daném segmentu trhu standardní, a to v situaci, kdy dodavatel neměl jistotu, že danou veřejnou zakázku bude realizovat.

„Překombinovanost ZD“ je stejně tak možné hledat v požadavcích na předmět plnění, většinou v podobě stanovení nevhodných technických podmínek pro předmět plnění veřejné zakázky či způsobu prokázání stanovených technických parametrů. Nevhodné jsou požadavky na takové technické parametry, které neodráží skutečné potřeby zadavatele a jejich použití může v „lepší“ případě prodražit požadované plnění, v tom horším omezit hospodářskou soutěž jako takovou. Příklady nevhodně stanovených technických podmínek na předmět plnění může být celá řada, ilustrativně zmíníme např. konkrétní příklad z praxe týkající se nákupu tiskáren. V daném případě zadavatel[9] jako jeden z požadovaných parametrů určil, že tiskárna musí disponovat rychlostí tisku první strany v čase 8,1 sekundy. Na první pohled se nemusí takový parametr jevit jako závadný, nicméně je nutné se ptát, zda zadavatel takovou funkci nutně potřebuje a zda by jeho potřeby nemohl uspokojit i přístroj, který by tiskl první stranu kupř. za 10 sekund. V daném případě se navíc prokázalo, že předmětný požadavek splňuje pouze určitý okruh výrobků, jejichž cenová hladina se pohybuje o desítky tisíc korun výše, a to ve srovnání s obdobnými výrobky, které disponují o 1 vteřinu pomalejším tiskem první strany. V takovém případě je pak namísto zvažovat otázku hospodárnosti předmětu plnění s ohledem na oprávněné potřeby zadavatele a rovněž otázku případného omezení hospodářské soutěže kvůli ve své podstatě sekundárnímu parametru.

Konkrétním příkladem nešťastně zvoleného parametru může být dále např. požadavek na konkrétní barvu plnění v případě nákupu automobilů (ale může se týkat i nábytku apod.), které nemají speciální určení (např. HZS, ZZS apod.) a zároveň neexistuje pro požadavek konkrétní barvnosti žádný relevantní důvod. Pokud tedy zadavatel nakupuje např. automobil pro poskytování sociálních terénních služeb, neměla by být ve většině případů barva dodávaného plnění jakkoliv podstatná. Předmětný požadavek může mít opět jednak dopad na cenu plnění, v případech, kdy bude nutné takový vůz objednat přímo u výrobce (za obecného předpokladu, že skladové vozy jsou cenově výhodnější), ale zároveň může mít i reálný dopad na omezení hospodářské soutěže např. tehdy, stanoví-li zadavatel takový termín plnění, který budou moci splnit pouze ti dodavatelé, kteří mají požadovanou barvu vozu skladem.

Při formulaci požadavků na způsob poskytování stanovených technických parametrů předmětu plnění by měl zadavatel zvážit, co je nezbytné ověřit již v nabídce a co tak podstatné není a zda nutně potřebuje ověřit technické parametry prostřednictvím certifikátu k výrobku (prohlášení o shodě) ke každému jednotlivému komponentu předmětu plnění. Bude naprosto legitimní, pokud si zadavatel v zadávacích podmínkách vymíní, aby požadavky na stěžejní technické parametry plnění byly v nabídkách dodavatelů prokázány prostřednictvím konkrétních certifikátů apod. Je však nutné mít konkrétní certifikát ke všem položkám, které tvoří předmět plnění? Je nutné, aby nabídky dodavatelů vypadaly, s nadsázkou řečeno, jako produktové katalogy? Zadavatel by měl mít na paměti, že technické parametry je nutné ověřit zejména při samotné realizaci předmětu plnění, což je stěžejní okamžik, na který by měl zadavatel směřovat svoji pozornost. Ani

několik stránek certifikátů v nabídce totiž nemusí zaručit, že dodavatel dodá deklarované zboží/výrobky/materiál. Zadavatel nepochybně v rámci nabídek musí ověřit, zda nabízené plnění odpovídá jeho požadavkům, měl by ale zvažovat, jakým způsobem to provede, a zejména by měl důkladnou kontrolu provést v rámci samotné realizace plnění.

Příkladem „překombinované ZD“ může být celá řada, nicméně není v možnostech (a ani smyslem) tohoto článku podat jejich úplný výčet. Tento článek je koncipován spíše pro zamyšlení se nad způsobem zpracování zadávacích podmínek ze strany zadavatelů. CRR ČR doporučuje, ve shodě s výše uvedeným, formulovat zadávací podmínky s rozvahou, rozmyslem a účelně s ohledem na skutečné potřeby zadavatele, a to po zohlednění všech aspektů a reálných dopadů konkrétní zadávací podmínky. ■

Poznámky

- [1] Autoři tohoto článku jsou si vědomi, že uvedená terminologie je spíše profesním slangem, nicméně jsou zároveň přesvědčeni, že pro danou tematiku se jedná o pojmy, které vystihují jádro problematiky a pro širokou odbornou veřejnost jsou zároveň dobře srozumitelné.
- [2] Touto tematikou se zabývá rovněž článek „Nepřiměřená kvalifikace v kontrolní praxi CRR ČR“, který byl publikován v časopisu Veřejné zakázky č. 5/2020.
- [3] Podrobněji viz tamtéž.
- [4] Jedná se o osvědčení, jež vydává Technický a zkušební ústav stavební Praha, s. p., které dokládá odbornou způsobilost firem provádějících vnější zateplení budov kontaktními zateplovacími systémy. Toto osvědčení sice nepochybně značí kvalitu jeho držitele, nicméně zároveň je potřeba jej vnímat jako určitou nadstavbu, která není nezbytná pro plnění veřejné zakázky, jelikož samozřejmě nelze říci, že dodavatelé, kteří takovým osvědčením nedisponují, nemají dostatečnou zkušenost/způsobilost/kvalitu pro plnění veřejné zakázky, jehož předmětem je zateplování budov. Nadto je nutné poznamenat, že tímto osvědčením disponuje poměrně nízký počet dodavatelů. Požadavek na jeho předložení tak významně redukuje hospodářskou soutěž. Z uvedených důvodů lze doporučit zadavatelům, aby toto osvědčení (a obdobně) zakomponovali spíše

v rámci hodnocení nabídek, kde jeho využití dává smysl a zároveň neomezuje možnost dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku.

- [5] V tomto rozhodnutí se mj. uvádí: „Prostřednictvím zadavatelem nastavených zadávacích podmínek je však na dodavatele kladen nepřiměřený požadavek v tom ohledu, že dubluje to, co po dodavatelích zadavatel požaduje k prokázání profesní kvalifikace dle § 77 odst. 2 písm. a) zákona, ačkoliv, jak vyplývá z provedeného šetření Úřadu, je dodavatel, který disponuje ‚multiprofesním‘ živnostenským oprávněním ‚Provádění staveb, jejich změn a odstraňování‘, v daném případě oprávněn vykonávat i činnosti, na které by za jiných okolností musel mít samostatné živnostenské oprávnění. Jelikož tyto činnosti jsou vykonávány v šetřeném případě v rámci komplexní stavby, jsou dodavatelé kvalifikováni pro plnění veřejné zakázky (s ohledem na znění živnostenského zákona ve spojení s nařízením) již živnostenským oprávněním ‚Provádění staveb, jejich změn a odstraňování‘.“
- [6] V tomto rozhodnutí byl řešen i požadavek na emisní limity EURO s následujícím závěrem: „Z § 2 nařízení vlády o stanovení závazných zadávacích podmínek pro pořízení vozidel vyplývá, že zadavatel má v zadávací dokumentaci stanovit odkaz na emisní limity EURO, přičemž z předmětného ustanovení jednoznačně vyplývá oprávnění zadavatele

stanovit požadavek na splnění vyšší normy emisních limitů EURO, než která je stanovena tímto nařízením vlády, resp. jeho přílohou č. 1. Příloha č. 1 nařízení vlády o stanovení závazných zadávacích podmínek pro pořízení vozidel stanovuje minimální emisní limity pro motorová vozidla, která mají nejméně čtyři kola a používají se pro přepravu nákladu, v minimální hodnotě EURO 6 a EURO 5 ... požadavek zadavatele na splnění emisních limitů dle normy EURO 4 nelze považovat za nepřiměřený.“

- [7] Podrobněji viz článek „Střípky z kontrolní praxe CRR“, který byl publikován v časopisu Veřejné zakázky č. 2/2021.
- [8] Konkrétněji zadavatel stanovil: „Zadavatel bude hodnotit soulad zájemcem předloženého dokumentu o rozsahu maximálně 50 normostran ‚Zabezpečení zdrojů, realizace a kontroly zakázky‘, zpracovaného na konkrétní a věcné podmínky této zakázky s využitím prvků ČSN ISO 10005:2006. Zejména bude hodnoceno, jak zájemce aplikoval prvky kapitoly č. 5 uvedené normy co do technické a dokumentační věcnosti, jmenovitě a osobní odpovědnosti na konkrétní podmínky výše uvedené zakázky.“
- [9] Jednalo se o běžného veřejného zadavatele, který využívá tiskárny pro svoji standardní činnost, nikoliv pro specifické a náročné procesy.