

Vysvětlení zadávací dokumentace č. I

Regionální rada regionu soudržnosti Jihovýchod se sídlem Kounicova 271/13, 602 00 Brno, IČO: 75082241, jako zadavatel veřejné zakázky malého rozsahu s názvem „Mobilní telekomunikační služby 2018+“, jejíž výběrové řízení bylo zahájeno dne 28. 11. 2017, obdržela dne 5. 12. 2017 žádost dodavatele o vysvětlení zadávací dokumentace.

Zadavatel níže uvádí plný text žádosti a následně svou odpověď na ni:

Žádost dodavatele o vysvětlení zadávací dokumentace

Zadavatel stanovil dvě zadávací podmínky v rozporu se zákonem č. 134/2016, o zadávání veřejných zakázek, a to zadávací podmínky na

- dodávky koncových zařízení za nedotované ceny ve výši 66.000,-- Kč včetně DPH, kterou je účastník oprávněn použít pro nákupy telefonů, příslušenství a dalších koncových zařízení (dále jen „HW budget“), a
- zaměstnanecký program, tedy možnost užívání telekomunikačních služeb osobami, které si každý zaměstnanec zadavatele zvolí (zejména rodinnými příslušníky) v počtu alespoň pět osob pro každého zaměstnance, pro jejich soukromé potřeby.

Ad HW budget:

HW budget v podobě, jakou stanovil zadavatel, je nepřipustná zadávací podmínka v rozporu se zákonem a to z několika důvodů, se kterými se obsírně vypořádal Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) ve svém rozhodnutí č.j.: ÚOHS-S0434/2015/VZ-37925/2015/512/MHr ze dne 5. 11. 2015 (dále jen „rozhodnutí“). ÚOHS v citovaném rozhodnutí mimo jiné konstatoval, že požadavek na HW budget porušuje zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Tyto zásady stejným způsobem upravuje i dnes platná právní úprava, tedy č. 134/2016, o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“).

V požadavku na HW budget zadavatel co nejpřesněji nevymezil obsah svého požadavku, neboť se jedná o nedílnou součást předmětu plnění veřejné zakázky. Zadavatel nespecifikoval konkrétně předmět veřejné zakázky, tedy neprovedl srozumitelné a jednoznačné vymezení telekomunikačních zařízení (hardwaru), které hodlal v rámci předmětné veřejné zakázky od dodavatelů poptávat, čímž potenciálním dodavatelům neumožnil samotné sestavení nabídky. Je tomu tak proto, že není ze zadávací dokumentace zadavatele patrné, jakého konkrétního druhu plnění se předmětný požadavek týká. Zadavatel tak zcela rezignoval na svoji povinnost poskytnout potenciálním účastníkům o veřejnou zakázku dostatek informací pro sestavení nabídky pro příslušné zadávací řízení a vymezit veškeré údaje v zadávací dokumentaci v podrobnostech nezbytných pro její zpracování.

Zadavatel navíc v této souvislosti stanovil finanční limit 66.000 Kč za celou dobu plnění předmětu veřejné zakázky, a zapříčinil stav, kdy hodnota části plnění zakázky nemůže být dodavateli oceněna. Zadavatel tímto postupem odebral dodavatelům možnost volně ocenit danou položku, což má za následek znemožnění samotného smyslu veřejných zakázek, tj. volné soutěže mezi dodavateli.

ÚOHS v rozhodnutí též podotýká, že na uvedenou skutečnost lze pohlížet i v té rovině, že potenciální dodavatelé neznali předmět veřejné zakázky v celé jeho šíři. Tito eventuelní účastníci veřejné zakázky se tak nemohli kvalifikovaně rozhodnout, zda se předmětné veřejné zakázky zúčastní, respektive nemohli učinit svoje rozhodnutí o účasti, aniž by znali konkrétní a srozumitelnou podobu předmětu veřejné zakázky. Zadavatel tímto svým postupem vnesl do zadávacího řízení prvek libovůle, který zákon neumožňuje, což vede ke vzniku pochybností o pravých důvodech zadavatelova jednání,

čímž došlo k porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení, která je uvedena v ustanovení § 6 zákona.

Ad zaměstnanecký program:

Ze zadávací dokumentace vyplývá, že část poptávaných služeb (SIM karet) nebude využívána ke služebním účelům, nýbrž k soukromým účelům zaměstnanců zadavatele, popř. zaměstnanců ostatních zadavatelů předmětné veřejné zakázky. Zadavatel by se tak dostal do rozporu se zákonem tím, že poptávku po mobilních službách pro své potřeby a po službách pro soukromé účely zaměstnanců vzájemně neoddělitelně spojí v jedné veřejné zakázce. V takovém případě podmínky (především cenové) pro služby využívané k soukromým účelům zaměstnanců (tedy soukromé služby nehrazené z veřejných prostředků) nutně, a nikoli hospodárně, ovlivní cenu a výběr dodavatele služeb určených ke služebním účelům zadavatele (tedy služeb, které z veřejných prostředků hrazeny budou).

Navíc tím, že zadavatel podmíní účast v zadávacím řízení tím, že účastník (dodavatel) je povinen nabídnout vedle služeb pro zadavatele i služby určené k soukromým účelům jeho zaměstnanců, porušuje základní zásady zadávání veřejných zakázek, a to zásadu rovného zacházení a zákaz diskriminace. Uvedeným postupem zadavatel diskriminuje ty dodavatele, kteří o poskytování služeb zaměstnancům pro jejich soukromé účely nemají zájem a kterým tím znemožňuje účastnit se za rovných podmínek výběrového řízení na tu část služeb, která je určena pro zadavatele, a která především musí být soutěžena postupem dle zákona, tedy transparentně, nediskriminačně a s respektem k zásadě rovného zacházení ke všem účastníkům.

Pro úplnost dodáváme, že podmínky dané zákonem nesplňuje žádná ze zadavatelem nabízených variant zaměstnaneckého programu. Zaměstnanecký program sebou rovněž nese problematiku plnění daňových povinností týkajících se rozlišování soukromé a služební spotřeby ve vztahu k zaměstnancům zadavatele a jednotlivých zadavatelů a jejího zohlednění pro účely daní z příjmů a daně z přidané hodnoty.

Na základě výše uvedeného žádáme zadavatele, aby zadávací podmínky na zaměstnanecký program a HW budget ze zadávací dokumentace vypustil a v návaznosti na to přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek.

Vysvětlení zadávací dokumentace poskytnuté zadavatelem

Na základě shora uvedené žádosti zadavatel poskytuje následující vysvětlení zadávací dokumentace.

K dodávkám koncových zařízení:

V čl. 2.6 Přílohy č. 1 Výzvy k podání nabídky zadavatel uvedl svůj požadavek na dodávky koncových zařízení (viz samotný nadpis tohoto článku). V čl. 1 uvedené Přílohy č. 1 pod písm. p) zadavatel dále vymezil pojem HW rovněž jako „koncová zařízení: mobilní telefony, jejich příslušenství a mobilní datová koncová zařízení“. Zadavatel proto znovu uvádí, že dodávkami koncových zařízení se rozumí dodávky koncových zařízení ve vztahu k požadovanému předmětu plnění, tj. zejm. dodávky mobilních telefonů (popř. koncových zařízení pro čerpání datových služeb). **Zadavatel tímto upřesňuje, že v případě mobilních telefonů se jedná o dodávky tzv. chytrých telefonů umožňujících využití technologií mobilních hlasových a datových služeb, které jsou předmětem plnění veřejné zakázky.** Zadavatel ověřil, že každý z mobilních operátorů působících v České republice na svých webových stránkách nabízí desítky takových telefonů ve svých průběžně aktualizovaných nabídkových cenících. Veškerá koncová zařízení budou dodávána za podmínek uvedených v čl. 2.6 Přílohy č. 1 Výzvy k podání nabídky.

K tvrzení o nezákonnosti požadavku na HW budget:

ÚOHS v odkazovaném rozhodnutí nestanovil, že požadavek na HW budget je sám o sobě nesprávný, ale označil ho jako nesprávný s ohledem na podmínky, za jakých jeho využití zadavatel (ČR – Ministerstvo financí) požadoval. Tyto podmínky se neshodují s podmínkami v zadávané veřejné zakázce, a to např. v těchto ohledech:

- Oproti zakázce, jejíž podmínky byly šetřeny před ÚOHS, hodnota budgetu v rámci zadávané veřejné zakázky nijak nevstupuje do hodnocení nabídek, a nemůže tak jakkoliv ovlivnit hodnocení nabídek a výběr dodavatele.
- Požadavek na budget je obchodní podmínkou, která umožňuje zadavateli odebrat v určitém finančním limitu dle aktuální nabídky (ceníku) poskytovatele nabízená koncová zařízení. Zadavatel v otázce dodávek koncových zařízení nesvázal dodavatele mnoha omezujícími podmínkami, ale požadoval pouze, aby dodavatelé takový ceník předložili ve své nabídce a s ohledem na cenový a technologický vývoj jej během doby plnění průběžně aktualizovali.
- Oproti zakázce šetřené před ÚOHS zadavatel požadoval nabídku na dodávky nedotovaného HW zařízení, tj. zařízení za tzv. plné, nezvýhodněné ceny.
- Ačkoliv zadávaná veřejná zakázka není zakázkou zadávanou postupem dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, je vhodné upozornit na ust. § 116 odst. 5 tohoto zákona, které zadavateli umožňuje stanovit pevnou cenu a požadovat za ni plnění dle nabídky dodavatelů (a kvalitu takového plnění dále hodnotit). Zadavatel využil tento princip, když stanovil pevnou limitní hodnotu pro dodávky koncových zařízení, se kterou mají dodavatelé počítat při plnění zakázky, avšak nechal na jejich libovůli sestavení takového ceníku. Takovým postupem zadavatel žádného dodavatele nezvýhodnil. Rovněž tento postup nemá potenciál odradit kteréhokoliv dodavatele od podání nabídky, neboť jedinou pevně stanovenou podmínkou je právo zadavatele odebrat koncová zařízení v celkové hodnotě ve výši 100 000,- Kč. Jaká zařízení to budou a za jaké konkrétní ceny, je dáno nabídkou dodavatele. Zadavatel je přesvědčen, že základní požadavek na dodávky několika chytrých telefonů v celkové hodnotě dle ceníku dodavatele 100 000,- Kč je schopen splnit každý z dodavatelů na trhu. S ohledem na skutečnost, že takovou nabídku mají dodavatelé běžně již zpracovánu a zveřejňují ji průběžně na svých webových stránkách, není pro ně nijak obtížné použít takový či obdobný ceník i pro zpracování své nabídky pro zadavatele.
- S ohledem na použité definice pojmů uvedené v zadávací dokumentaci a shora uvedené upřesnění týkající se koncových zařízení nelze rovněž s úspěchem tvrdit, že požadavek zadavatele je netransparentní. Zadavatel jasně vymezil podmínky, rozsah plnění, které se týká dodávek koncových zařízení i způsob stanovení jejich ceny.

K tvrzením o nezákonnosti zaměstnaneckého programu:

Dle ust. § 16 odst. 2 je zadavatel do předpokládané hodnoty veřejné zakázky povinen zahrnout hodnotu všech plnění, která mohou vyplývat ze smlouvy na veřejnou zakázku. Dle komentářové literatury „předpokládaná hodnota veřejné zakázky představuje hodnotu (být pouze možnou) předpokládané úplaty za plnění veřejné zakázky, tedy za dodávky, služby či stavební práce poskytované dodavatelem na základě smlouvy dle § 2 odst. 1, bez ohledu na to, zda je původcem této úplaty zadavatel či jiný původce.“ (PODEŠVA, V., *et al.* *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016*).

Je tedy zřejmé, že původcem úplaty za plnění, které je zahrnuto do předmětu veřejné zakázky, může být i jakákoliv jiná osoba, než je pouze zadavatel veřejné zakázky.

Zadavatel se rozhodl poskytnout svým zaměstnancům benefit spočívající v možnosti využití zaměstnaneckého programu. V rámci předchozího průzkumu trhu provedeného u tří hlavních

operátorů (O2, T-Mobile, Vodafone) se zadavatel ujistil, že každý z operátorů působících v České republice je schopen zaměstnanecký program v nějaké podobě nabídnout a s ohledem na učiněná zjištění zadavatel zahrnul do zadávacích podmínek dvě možnosti takového programu, o kterých zjistil, že je operátoři jsou schopni naplnit. Zadavatel ponechal na dodavatelích, aby stanovili bližší podmínky takového zaměstnaneckého programu, přičemž neurčil, že by takové podmínky vstoupili do hodnocení nabídek. Zadavatel rovněž určil, že je připraven nést nezbytnou garanci úhrad spojených s poskytováním služeb v rámci zaměstnaneckého programu

Dodavatel nespecifikuje, který zákon dle jeho tvrzení zadavatel porušuje. Zadavatel před zahájením výběrového řízení vznesl dotaz na zákonnost zaměstnaneckého programu na ČTÚ, kdy z odpovědi ČTÚ je zjevné, že si ČTÚ není vědom, že by zařazení zaměstnaneckého programu bylo samo o sobě porušením nějakého konkrétního ustanovení platných právních norem.

Zadavatel nesouhlasí s tvrzením dodavatele, že zřízením zaměstnaneckého programu „podmínky (především cenové) pro služby využívané k soukromým účelům zaměstnanců (tedy soukromé služby nehrazené z veřejných prostředků) nutně, a nikoli hospodárně, ovlivní cenu a výběr dodavatele služeb určených ke služebním účelům zadavatele (tedy služeb, které z veřejných prostředků hrazeny budou)“, neboť zadavatel v zadávacích podmínkách výslovně připustil cenovou i smluvní nezávislost obou plnění.

Zadavateli nejsou zřejmé důvody, o kterých dodavatel tvrdí, že ho vedou k tomu, že o plnění poskytované v rámci zaměstnaneckého programu nemá zájem, a to zvláště tehdy, když cenové a mnohé jiné podmínky zaměstnaneckého programu má dle zadávacích podmínek dodavatel právo určit si sám.

Věc je proto nutno postavit zcela opačně, než tvrdí dodavatel: zadavatel umožňuje dodavateli sjednat v rámci jediné veřejné zakázky smlouvu (smlouvy) na plnění, jehož předmětem bude nejen plnění pro zadavatele samotného, ale pro dalších až 200 klientů, kteří mohou být zahrnuti v zaměstnaneckém programu. Dodavatel tak získá nepoměrně početně bohatší klientelu, než by získal kontraktem se samotným zadavatelem, přičemž zadavatel logicky očekává, že to bude mít v celkovém ohledu pozitivní cenový dopad i na jednotkové ceny za plnění veřejné zakázky, které od dodavatelů v rámci jejich nabídky získá, oproti těm, které by jinak získal, pokud by v rámci předmětu veřejné zakázky požadoval plnění pouze pro sebe samého (množstevní sleva).

Co se týká daňových povinností, s ohledem na skutečnost, že zadavatel umožňuje vznik samostatných smluvních vztahů mezi operátorem a uživateli zahrnutými v zaměstnaneckém programu, není mu zřejmé, proč by dodavatel, je-li tvrzení dodavatele pravdivé, nemohl nezbytné daňové povinnosti v takových smluvních vztazích zcela standardně zohlednit.

Shrnutí: Dodavatel ve svých tvrzeních napadá zákonnost postupu zadavatele, avšak nikterak neuvádí, kterých porušení zákonných ustanovení, by se měl zadavatel dopustit. Zadavatel přesto zevrubně přezkoumal tvrzení dodavatele a své zadávací podmínky uvedené v zadávací dokumentaci, avšak nezjistil, že by se tvrzení dodavatele zakládala na pravdě. S ohledem na tyto skutečnosti zadavatel musí tvrzení dodavatele odmítnout jako neopodstatněná a zadávací podmínky nemění.

V Brně dne 6. 12. 2017

Ing. Artur Zatloukal
ředitel Úřadu Regionální rady regionu soudržnosti Jihovýchod,
na základě plné moci