



UOHSX0061QW1

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S68/2014/VZ-13658/2014/513/KSt

Brno: 27. června 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 24. 1. 2014 na návrh na uložení zákazu plnění smlouvy ze dne 23. 1. 2014 a rozšířeném z moci úřední dne 2. 5. 2014, jehož účastníky jsou

- zadavatel – ARRIVA MORAVA a. s., IČO 25827405, se sídlem Vítkovická 3133/5, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 6. 2. 2014 Mgr. Janem Tomanem, advokátem, IČO 71457747, se sídlem Pařížská 1076/7, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel – Mikroelektronika spol. s r. o., IČO 15029221, se sídlem Dráby 849, 566 01 Vysoké Mýto, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 10. 1. 2014 Advokátní kancelář Perthen, Perthenová, Švadlena a partneři s. r. o., IČO 27532640, se sídlem Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové,
- vybraný uchazeč – TELMAX s. r. o., IČO 27481166, se sídlem Na Stráni 511, 566 01 Vysoké Mýto,

ve věci možného spáchání správního deliktu a uložení zákazu plnění Smlouvy na nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému uzavřené dne 27. 11. 2013 mezi zadavatelem ARRIVA MORAVA a. s., IČO 25827405, se sídlem Vítkovická 3133/5, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava, a TELMAX s. r. o., IČO 27481166, se sídlem Na Stráni 511, 566 01 Vysoké Mýto, jejíž uzavření bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 27. 12. 2013 pod ev. č. 377630 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2013 pod ev. č. 2013/S 252-442967, a jejímž předmětem je

realizace plnění předmětu veřejné zakázky „Nákup odbavovacího vozidlového systému“, zadané formou jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 1 písm. a) citovaného zákona,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – ARRIVA MORAVA a. s., IČO 25827405, se sídlem Vítkovická 3133/5, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava – se dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 v návaznosti na § 23 odst. 2 a v návaznosti na § 34 odst. 4 citovaného zákona, když veřejnou zakázku „Nákup odbavovacího vozidlového systému“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném dne 31. 10. 2013 na základě výzvy podle § 34 odst. 1 citovaného zákona k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv pro daný druh zadávacího řízení nebyly splněny podmínky stanovené citovaným zákonem, když podstatně změnil zadávací podmínku uvedenou v článku B. bodu 2 „Způsob fakturování“ zadávací dokumentace na veřejnou zakázku „Nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému“, zadávanou formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 27. 6. 2013 a bylo uveřejněno dne 9.7.2013 pod ev. č. 359681, ve znění oprav uveřejněných dne 28. 3. 2013 a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 11. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 133-229998, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 8. 2013 a jehož zrušení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 10. 2013 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 10. 2013, a dohodl se s vybraným uchazečem – TELMAX s. r. o., IČO 27481166, se sídlem Na Stráni 511, 566 01 Vysoké Mýto – na ustanovení čl. 10. „Cena a platební podmínky“ Smlouvy na nákup řídicí a odbavovacího vozidlového systému, kterým umožnil poskytnutí zálohy na předmět plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 27. 11. 2013 s tímto vybraným uchazečem Smlouvu na nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému.

II.

Zadavatel – ARRIVA MORAVA a. s., IČO 25827405, se sídlem Vítkovická 3133/5, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava – se dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že uzavřel dne 27. 11. 2013 Smlouvu na nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému, jejíž uzavření bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 27. 12. 2013 pod ev. č. 377630 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2013 pod ev. č. 2013/S 252-442967, na veřejnou zakázku „Nákup odbavovacího vozidlového systému“ bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 citovaného zákona, ačkoliv byl podle citovaného ustanovení zákona povinen toto oznámení uveřejnit.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – ARRIVA MORAVA a. s., IČO 25827405, se sídlem Vítkovická 3133/5, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava – ukládá

pokuta ve výši 300 000,- Kč (slovy třístatisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

IV.

Zadavateli – ARRIVA MORAVA a. s., IČO 25827405, se sídlem Vítkovická 3133/5, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava – se podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá zákaz plnění Smlouvy na nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému, jejíž uzavření bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 27. 12. 2013 pod ev. č. 377630 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2013 pod ev. č. 2013/S 252-442967, uzavřené dne 27. 11. 2013 na veřejnou zakázku „Nákup odbavovacího vozidlového systému“.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

Otevřené řízení

1. Zadavatel – ARRIVA MORAVA a. s., IČO 25827405, se sídlem Vítkovická 3133/5, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 6. 2. 2014 Mgr. Janem Tomanem, advokátem, IČO 71457747, se sídlem Pařížská 1076/7, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – odeslal dne 27. 6. 2013 do Věstníku veřejných zakázek a následně v něm uveřejnil dne 9. 7. 2013 pod ev. č. 359681, ve znění oprav uveřejněných dne 28. 8. 2013 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejnil dne 11. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 133-229998, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 8. 2013, oznámení otevřeného zadávacího řízení (dále jen „otevřené zadávací řízení“) za účelem zadání veřejné zakázky „Nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému“ (dále jen „původní veřejná zakázka“).
2. V bodu IV.3.4) „Lhůta pro doručení nabídek nebo žádosti o účast“ oznámení o zakázce stanovil zadavatel lhůtu pro doručení nabídek do 10,00 hodin dne 24. 9. 2013.
3. Rozhodnutím ze dne 1. 10. 2013 zrušil zadavatel otevřené zadávací řízení podle § 84 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Zrušení otevřeného zadávacího řízení zadavatel odeslal do Věstníku veřejných zakázek dne 3. 10. 2013 a uveřejnil v něm dne 15. 10. 2013 pod ev. č. 359681 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 17. 10. 2013 pod ev. č. 2013/S 202-349252.

Jednací řízení bez uveřejnění

4. Výzvou podle § 34 odst. 1 zákona k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 31. 10. 2013 vyzval zadavatel dva zájemce k podání nabídky ve veřejné zakázce „Nákup odbavovacího vozidlového systému“. Dne 15. 11. 2013 proběhlo jednání mezi zadavatelem a vyzvanými zájemci o veřejné zakázce, na kterém byly předvedeny a otestovány vzorky dodané zájemci. Dále zadavatel s jednotlivými zájemci sjednal změny obsahu smlouvy na nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému a byl dohodnut termín pro podání nabídek. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel dvě nabídky. Po posouzení kvalifikace a hodnocení nabídek rozhodl dne 21. 11. 2013 zadavatel tak, že nejvhodnější nabídku podal uchazeč TELMAX s. r. o., IČO 27481166, se sídlem Na Stráni 511, 566 01 Vysoké Mýto (dále jen „vybraný uchazeč“). Dne 27. 11. 2013 uzavřel zadavatel s vybraným

uchazečem Smlouvu na nákup řídicího a odbavovacího vozidlového systému (dále jen „Smlouva“).

5. Dne 17. 12. 2013 odeslal zadavatel a následně dne 27. 12. 2013 uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. 377630 oznámení o zadání zakázky, ve kterém oznámil uzavření Smlouvy s vybraným uchazečem. Uzavření Smlouvy dále zadavatel uveřejnil pod ev. č. 2013/S 252-442967 dne 31. 12. 2013 v Úředním věstníku Evropské unie.
6. Vzhledem k tomu, že společnost Mikroelektronika spol. s r. o., IČO 15029221, se sídlem Dráby 849, 566 01 Vysoké Mýto, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 10. 1. 2014 Advokátní kanceláří Perthen, Perthenová, Švadlena a partneři s. r. o., IČO 27532640, se sídlem Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové (dále jen „navrhovatel“), je přesvědčena, že zadavatel porušil zákon tím, že uzavřel Smlouvu na základě jednacím řízení bez uveřejnění, podal dne 24. 1. 2014 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh ze dne 23. 1. 2014 podle § 114 odst. 2 písm. a) zákona na uložení zákazu plnění Smlouvy (dále jen „návrh“).
7. Dnem 24. 1. 2014, kdy Úřad obdržel uvedený návrh, bylo zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.

Obsah návrhu

8. Nejdříve navrhovatel v návrhu popsal jednání zadavatele, které předcházelo jednacím řízení bez uveřejnění. Podle navrhovatele zadavatel provedl dne 17. 9. 2012 poptávkové řízení, ve kterém si ověřil existenci minimálně tří potencionálních dodavatelů požadovaného odbavovacího systému a měl tak představu o situaci na trhu. V lednu 2013 si zadavatel ve zkušebním provozu ověřil funkčnost jeho systému.
9. Dále navrhovatel uvedl, že zadavatel provedl nejdříve první otevřené zadávací řízení, které předcházelo otevřenému zadávacímu řízení na původní veřejnou zakázku a jehož předmětem bylo stejné plnění. Současně v návrhu popsal, v čem spatřoval hlavní nedostatky tohoto prvního otevřeného zadávacího řízení.
10. Dále se navrhovatel věnoval otevřenému zadávacímu řízení. K jeho průběhu uvedl, že zadávací podmínky byly více nastaveny ve prospěch vybraného uchazeče oproti prvnímu otevřenému zadávacímu řízení a to přidáním požadavku na předvedení funkčního vzorku nabízeného systému, k jehož přípravě je nutná znalost stávajícího systému zadavatele. Až v průběhu zadávacího řízení zadavatel předložil metodiku hodnocení vzorku. Ta však obsahovala neurčité pojmy. Budoucí plnění mělo být vytvořeno jako autorské dílo na zakázku zadavatele, dle jeho požadavků daných jeho stávajícím zařízením, které nechtěl novým systémem nahradit, ale které muselo s novým systémem komunikovat. Takové požadavky na vzorek zvýhodňovaly vybraného uchazeče, který stávající systém zadavatele připravoval.
11. Na základě otevřeného zadávacího řízení neobdržel zadavatel ani jednu nabídku. Navrhovatel nabídku nepodal, protože diskriminační zadávací podmínky mu neumožňovaly podat konkurenceschopnou nabídku.
12. V otevřeném zadávacím řízení podal navrhovatel námítky proti zadávacím podmínkám např. z důvodu, že požadavky na vzorek a jeho vyzkoušení jsou nepřiměřené k předmětu plnění. Předmětem plnění byla dodávka zařízení, které má být připraveno na míru konkrétním požadavkům zadavatele, přičemž zadávací dokumentace neobsahovala vyčerpávající

informace o stávajícím systému zadavatele. Navrhovatel také namítal, že zadavatel umožnil přístup k některým protokolům vztahujícím se k stávajícímu systému zadavatele až po podpisu dohody o mlčenlivosti, která nebyla součástí zadávací dokumentace. Uchazeči si ji museli vyžádat a nelze vyloučit, že podmínky dohody mohly být pro různé uchazeče rozdílné. Tento postup také prodlužoval čas, po který uchazeči neměli dostatečné množství informací pro přípravu nabídky. Tento způsob zpřístupnění informací nezohlednil zadavatel při stanovení lhůty pro podání nabídek. Navrhovatel také uvedl, že způsob hodnocení nabídek v dílčím hodnotícím kritériu „Kvalita technického řešení“ je nedostatečný, neurčitý, nesrozumitelný a nevyjadřuje vztah užité hodnoty a ceny.

13. Navrhovatel dále uvedl, že podal i návrh na přezkoumání úkonů zadavatele v otevřeném zadávacím řízení k Úřadu. V zahájeném správním řízení Úřad vydal předběžné opatření, kterým zakázal zadavateli uzavřít smlouvu. K tomu navrhovatel uvedl, že tímto způsobem Úřad postupuje tehdy, jestliže má podezření na nezákonnost postupu zadavatele již z obsahu podaného návrhu. Úřad nakonec zadávací řízení nepřezkoumal (viz bod 3. odůvodnění tohoto rozhodnutí – pozn. Úřadu), protože po zrušení zadávacího řízení byl nucen správní řízení zastavit.
14. Dále se navrhovatel vyjádřil k jednacímu řízení bez uveřejnění, o kterém se dozvěděl z Věstníku veřejných zakázek, kde bylo dne 27. 12. 2013 uveřejněno oznámení o zadání zakázky. Podle oznámení zadavatel jednal minimálně se dvěma zájemci, kteří podali nabídky, které vyhovely zadávacím podmínkám. Smlouva byla s vybraným uchazečem uzavřena již dne 27. 11. 2013, přičemž oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno až 17. 12. 2013, tedy po uplynutí 15ti denní lhůty.
15. Jednací řízení bez uveřejnění lze podle navrhovatele použít, jestliže zadavatel v otevřeném zadávacím řízení neobdržel ani jednu nabídku, nedojde k podstatné změně zadávacích podmínek a zadávací řízení je zahájeno bezodkladně po ukončení předchozího zadávacího řízení. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel dodržel pouze podmínku, že bylo jednací řízení zahájeno bezodkladně po ukončení otevřeného zadávacího řízení.
16. Zadávací podmínky otevřeného zadávacího řízení byly podle navrhovatele diskriminační a zvýhodňovaly vybraného uchazeče, což neumožňuje jejich zákonné použití v jednacím řízení bez uveřejnění a což vylučuje legitimnost zrušení otevřeného zadávacího řízení jako předpokladu pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Skutečnost, že zadavatel neobdržel žádnou nabídku v otevřeném zadávacím řízení, by měla prokazovat, že nikdo neměl o zakázku zájem, a nebo nikdo nebyl schopen předmět zakázky splnit. Podle navrhovatele však zadavatel neobdržel žádnou nabídku, protože stanovil diskriminační zadávací podmínky.
17. Zadavatel prováděl před prvním otevřeným zadávacím řízením poptávkové řízení, a proto věděl, kolik je na trhu dodavatelů odbavovacího systému. Zadavatel dále věděl, že existují minimálně dva uchazeči, kteří mají o veřejnou zakázku zájem, protože v prvním otevřeném zadávacím řízení obdržel minimálně dvě nabídky.
18. Právě diskriminační nastavení zadávacích podmínek znamená, že jednací řízení bez uveřejnění bylo provedeno v rozporu se zákonem. Navazující jednací řízení bez uveřejnění musí být realizováno na základě původní zadávací dokumentace, resp. případné změny nesmí být podstatné. To by ale znamenalo, že jednací řízení bez uveřejnění bylo provedeno

na základě diskriminačních zadávacích podmínek otevřeného zadávacího řízení a tedy v rozporu se zákonem.

19. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na rozhodnutí Úřadu ze dne 2. 7. 2009 sp. zn. S113/2009/VZ. V uvedeném rozhodnutí dospěl Úřad k závěru, že po zrušení otevřeného zadávacího řízení, které bylo vedeno na základě diskriminačních podmínek, nemůže zadavatel přistoupit k jednacímu řízení bez uveřejnění. Překážkou je právě zadávací dokumentace, která se nesmí podstatně změnit a která by musela být i v navazujícím jednacím řízení diskriminační a tedy v rozporu se zákonem.
20. Navrhovatel má pochybnosti, zda jednací řízení bez uveřejnění proběhlo na základě prakticky totožné zadávací dokumentace otevřeného zadávacího řízení, neboť Smlouva byla s vybraným uchazečem uzavřena za méně než 2 měsíce od okamžiku, kdy bylo otevřené zadávací řízení zrušeno. Od této doby je třeba ještě odečíst např. lhůtu pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Celé jednací řízení bez uveřejnění bylo dokončeno během méně než 6 týdnů. Toto považuje navrhovatel za nemožné vzhledem k tomu, že zadavatel vyzval k podání nabídky i zájemce, který se předchozích otevřených zadávacích řízení nezúčastnil a je tudíž nepravděpodobné, že by měl připravený funkční vzorek.
21. Dále navrhovatel uvedl, že má pochybnosti o výběru oslovených uchazečů. Zadavatel nevyzval uchazeče, které zahrnul do svého malého poptávkového řízení před provedením prvního otevřeného zadávacího řízení, ani uchazeče, kteří se pokusili podat nabídku v otevřeném zadávacím řízení.
22. Nakonec navrhovatel porovnal předmět otevřeného zadávacího řízení se zprávou zadavatele z jednacího řízení bez uveřejnění ze dne 9. 12. 2013. Zjistil, že ve zprávě není uvedeno, že předmětem bude i dodávka a instalace souvisejících držáků, kabelových rozvodů a dalšího materiálu potřebného k instalaci zařízení do vozidel a napojení na související vozidlové systémy, k jejichž dodání musí dojít, neboť řídicí jednotka nabízená vybraným uchazečem bývá umístěna na stávajícím držáku USVC a čtečka s tiskárnou bývá umístěna na samostatném držáku. Dále navrhovatel vidí rozdíl v předmětech plnění ve vypuštění textu „definovat a řídit odbavování cestujících prostřednictvím odbavovacích zařízení“. Tato změna se musela promítnout do hodnocení nabídek a možnosti nutných podpurných systémových kroků za úplatu.
23. Závěrem navrhovatel k použití jednacího řízení bez uveřejnění shrnul, že buď zadavatel zásadním způsobem změnil zadávací podmínky oproti otevřenému zadávacímu řízení, nebo zachoval zadávací podmínky otevřeného zadávacího řízení, které však byly diskriminační a v tom případě bylo jednací řízení bez uveřejnění realizováno na základě diskriminačních podmínek, tedy v rozporu s § 6 odst. 1 zákona. Jednací řízení bez uveřejnění tak bylo podle názoru navrhovatele provedeno v rozporu se zákonem a uzavřená Smlouva není výsledkem řádného zadávacího řízení a mělo by být zakázáno podle této Smlouvy plnit.
24. Navrhovatel proto navrhl, aby Úřad vyslovil zákaz plnění Smlouvy uzavřené v jednacím řízení bez uveřejnění.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

25. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
26. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení pod č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-2062/2014/513/KSt ze dne 3. 2. 2014. Usnesením č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-2139/2014/513/KSt z téhož dne vyzval Úřad zadavatele k zaslání vyjádření k podanému návrhu, předložení zadávací dokumentace otevřeného zadávacího řízení i jednacím řízení bez uveřejnění, zaslání kopie uzavřené Smlouvy a označení případných důvodů pro pokračování plnění Smlouvy ve smyslu § 118 odst. 3 zákona.
27. Na základě žádosti zadavatele ze dne 7. 2. 2014 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-3316/2014/513/KSt ze dne 17. 2. 2014, kterým prodloužil zadavateli lhůtu k předložení dokumentů uvedených v usnesení č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-2139/2014/513/KSt ze dne 3. 2. 2014.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 20. 2. 2014

28. Zadavatel se k návrhu vyjádřil dne 20. 2. 2014, když nejdříve stručně popsal průběh všech zadávacích řízení. V rámci prvního otevřeného řízení obdržel dvě nabídky, které splňovaly veškeré požadavky stanovené pro nový odbavovací systém. S ohledem na skutečnost, že zadavatel obdržel velké množství dodatečných dotazů a námitek, z nichž některé shledal jako odůvodněné, byl nucen první otevřené zadávací řízení zrušit a zahájit nové. V rámci otevřeného zadávacího řízení zadavatel upravil zadávací dokumentaci tak, že odstranil nejasnosti a nedostatky. Navíc se rozhodl uplatnit institut předvedení funkčního vzorku. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel neobdržel v otevřeném zadávacím řízení žádné nabídky, byl nucen se rozhodnout, zda se pokusí zadat veřejnou zakázku potřetí v otevřeném zadávacím řízení. S ohledem na kritický stav stávajícího technického vybavení zvolil zadavatel možnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.
29. Podle názoru zadavatele byl návrh podán neoprávněnou osobou. K tomu zadavatel uvedl, že navrhovatel podal námítky proti zadávacím podmínkám otevřeného zadávacího řízení. Zadavatel námítkám částečně vyhověl a částečně je zamítl. Následně zadavatel zrušil otevřené zadávací řízení podle § 84 odst. 1 písm. a) zákona. Navrhovatel však proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení námítky nepodal. Podle zadavatele měl navrhovatel využít prostředků, které mu dává zákon a domáhat se nápravy již v otevřeném zadávacím řízení.
30. Dále se zadavatel vyjádřil k podmínkám, za kterých lze zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. K podmínce, že v otevřeném zadávacím řízení zadavatel neobdržel žádné nabídky, uvedl, že v otevřeném zadávacím řízení stanovil termín otevírání obálek na 24. 9. 2013 v 10,00 hodin. Do konce termínu pro podání nabídek neobdržel žádnou nabídku a to přesto, že dva uchazeči složili jistotu. Skutečnost, že v rámci otevřeného zadávacího řízení neobdržel žádnou nabídku, je tedy nezpochybnitelná.
31. Aby mohl zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, nesmí podle § 23 odst. 2 zákona podstatně změnit zadávací podmínky. Zadavatel napsal, že provedl pouze marginální úpravy zadávacích podmínek týkající se termínu zahájení plnění, upravil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a vypustil část upravující složení jistoty. Předmět

veřejné zakázky nebyl změněn, ani upraven. Zároveň byly zachovány veškeré kvalifikační předpoklady, obsah všech hodnotících kritérií. S výjimkou uvedených změn, které vycházely z nutnosti přizpůsobit zadávací dokumentaci k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, nedošlo k jakékoli změně zadávacích podmínek.

32. Zadavatel potvrdil, že v rámci zprávy vyhotovené podle § 85 zákona, kterou zveřejnil na svém profilu, došlo oproti zadávací dokumentaci k vypuštění dílčích částí textů, které navrhovatel uvedl v návrhu. Podle názoru zadavatele, protože zpráva je redukováným výtahem zadávací dokumentace, byla sepsána v souladu se zákonem.
33. K podmínce, aby jednacím řízení bez uveřejnění bylo zahájeno bezodkladně po zrušení otevřeného zadávacího řízení, zadavatel sdělil, že zrušil otevřené zadávací řízení dne 1. 10. 2013 a zrušení veřejné zakázky uveřejnil dne 15. 10. 2013 ve Věstníku veřejných zakázek a dne 17. 10. 2013 v Úředním věstníku Evropské unie. Dne 1. 11. 2013 zaslal výzvu k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění dvěma zájemcům. Jednacím řízení bez uveřejnění tak bylo zahájeno bezodkladně po zrušení otevřeného zadávacího řízení.
34. K argumentu navrhovatele, že zadávací řízení nemohlo být skončeno během cca 6 týdnů, zadavatel uvedl, že s ohledem na minimum formálních požadavků jednacím řízení bez uveřejnění bylo možné zadávací řízení dokončit v uvedeném čase. Navíc se oba zájemci vzdali práva odvolání proti rozhodnutí o výběru nejuhodnější nabídky.
35. Na základě výše uvedených skutečností podle zadavatele vyplývá, že podmínky, za kterých je oprávněn realizovat jednacím řízení bez uveřejnění, byly naplněny. S ohledem na skutečnost, že zadavatel nebyl schopen uzavřít smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky, rozhodl se, vzhledem k technickému stavu existujícího zařízení a časovou tíseň způsobenou dvěma neúspěšnými pokusy o realizaci otevřeného zadávacího řízení, postupovat podle § 34 zákona.
36. Dále zadavatel ve vyjádření uvedl, že zbylou argumentaci navrhovatele uvedenou v návrhu považuje za účelovou, přičemž poukázal na některé body návrhu, jako např., že navrhovatel na několika místech návrhu poukazuje, že zvýhodnil vybraného uchazeče, aniž tuto skutečnost relevantním způsobem dokládá. Dále podle zadavatele navrhovatel popisuje skutečnosti, které se staly předmětem jeho dotazů v rámci prvního otevřeného zadávacího řízení, čímž zatížil návrh řadou nadbytečných informací. Navrhovatel si protirečí, když sebe označuje za subjekt s 20letou zkušeností v oboru, na druhou stranu označuje požadavek na předvedení funkčního vzorku za „nepřiměřený“.
37. S odkazem na výše uvedené skutečnosti zadavatel podle svého názoru postupoval při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění v souladu se zákonem. Z uvedeného důvodu zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh na zákaz plnění smlouvy zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona.
38. Usnesením č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-4463/2014/513/KSt ze dne 28. 2. 2014 stanovil Úřad účastníkům správního řízení lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Současně Úřad vyzval zadavatele k předložení harmonogramu vyhotoveného dle článku 6. „Čas a místo plnění Smlouvy“ Smlouvy.

39. Dne 4. 3. 2014 umožnil Úřad na základě předložených plných mocí ze dne 3. 3. 2014 nahlédnout do správního spisu zástupcům navrhovatele. Nahlížení se zúčastnil pan Tomáš Příhoda, pan Martin Zemek a Ing. Mgr. Tereza Neumanová.
40. Dále Úřad umožnil nahlédnout do správního spisu dne 17. 3. 2014 zástupci zadavatele Mgr. Karlovi Košťálovi, a to na základě substituční plné moci ze dne 13. 3. 2014.

Vyjádření navrhovatele ze dne 19. 3. 2014

41. Navrhovatel nejdříve uvedl, že podepsaná Smlouva v rámci jednacního řízení bez uveřejnění má řadu zcela zásadních odlišností oproti smlouvě, která byla součástí předchozího otevřeného zadávacího řízení. Podle navrhovatele Smlouva obsahuje nové ujednání v čl. 6.1. písm. a) a písm. b). Současně toto ustanovení obsahuje závazek zadavatele poskytnout vybranému uchazeči zálohu na 100 kusů odbavovacích sad pro oblast Moravskoslezského kraje a 100 kusů odbavovacích sad pro oblast Olomouckého kraje, přičemž záloha má být poskytnuta prostřednictvím vinkulovaného účtu podle čl. 15.4. Smlouvy, avšak podmínky dohody mezi zadavatelem, vybraným uchazečem a bankou nejsou ve Smlouvě naznačeny. V rámci otevřeného zadávacího řízení musel být dodavatel schopen realizovat prakticky celou dodávku na své náklady.
42. Dále navrhovatel uvedl, že Smlouva neobsahuje povinnost dodavatele souhlasit s neomezeným zveřejněním plnění, které je dílem. Tato skutečnost může být podle navrhovatele pro řadu uchazečů podstatná s ohledem na to, že předmětem plnění je skutečně do značné míry autorské dílo. Nově je ve Smlouvě upraven vznik nároku na smluvní pokutu, když nárok na ni vzniká až uplynutím přiměřené zadavatelem stanovené lhůty k odstranění porušené smluvní povinnosti. V otevřeném zadávacím řízení byla povinnost platit smluvní pokutu ihned po porušení smlouvy.
43. K tomu navrhovatel dodal, že jestliže by uvedené změny Smlouvy byly provedeny po uzavření smlouvy, byly by podle § 82 odst. 7 zákona považovány za podstatné změny, které mění ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče. Byla-li by taková změna považována za podstatnou v rámci jednacního řízení bez uveřejnění, pak by měla být považována za podstatnou změnu zadávacích podmínek ve smyslu § 23 odst. 1 a 2 zákona, neboť má obdobný vliv na průběh a výsledek zadávacího řízení. Jde o řadu ustanovení, která zmírňují povinnosti uchazeče nebo jej jinak zvýhodňují.
44. Dále se navrhovatel domnívá, že došlo k úpravě zadávacích podmínek, když zadavatel navýšil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky o 4 mil. Kč oproti otevřenému zadávacímu řízení. Přestože cena v nabídce měla být podle zadávací dokumentace závazná po celou dobu plnění předmětu veřejné zakázky, uzavřená Smlouva obsahuje inflační doložku.
45. Zadávací dokumentace neobsahuje povinnost uchazečů složit jistotu. Zadavatel tuto změnu omlouvá charakterem zadávacího řízení, to však nemění nic na skutečnosti, že jde o změnu zadávacích podmínek, která nebyla objektivně nezbytná a naopak zvýhodnila zájemce v jednacím řízení bez uveřejnění.
46. Způsob hodnocení byl zdánlivě zachován. Zadavatel však už nepožaduje detailní popis zpracování vstupních dat. Na druhou stranu rozšířil zadávací podmínky o popis, jak bude posuzovat počet člověkohodin potřebných k zajištění celého procesu. Toto znamená, že

hodnocení v otevřeném zadávacím řízení nebylo dostatečně určité a srozumitelné. Nově zadavatel rozvedl, které procesy bude sledovat.

47. Dále navrhovatel uvedl, že došlo ke změně technické specifikace předmětu plnění a to u systému zálohování napájecího napětí po vypnutí klíčku zapalování. Taková změna umožňuje použít standardního časového spínače, který po uplynutí doby, na kterou je nastaven, sám odpojí napájení. V otevřeném zadávacím řízení bylo nutné užít zálohování napájecího napětí až 60 minut, což znamenalo užití dalšího zařízení a to o záložní zdroj a dopracování příslušné metodiky řízení do odbavovacího zařízení. Další změna se týká technické specifikace řízení týkající se LCD panelů a to zobrazování dat na LCD panelech. Tato změna umožňuje využít úsporu datové kapacity palubního počítače a není potřebné do palubního počítače implementovat metodiku zobrazování požadovaných údajů na LCD panelu (úspora programátorské práce)
48. Navrhovatel se domnívá, že pokud by byly výše uvedené změny již v zadávací dokumentaci otevřeného zadávacího řízení, mělo by to podstatný vliv na účast uchazečů v otevřeném zadávacím řízení a stanovení nabídkové ceny. Jde o podstatné změny zadávacích podmínek, které jsou v případě navazujícího jednacím řízení bez uveřejnění nepřípustné. Zadavatel tak nesplnil jednu ze zákonných podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění a na uzavřenou Smlouvu je nutné pohlížet, jako by byla uzavřena bez předchozího řádného zadávacího řízení. Navrhovatel se proto domnívá, že se zadavatel svým jednáním mohl dopustit správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Protože nebyl předmět plnění dosud v podstatném rozsahu splněn, měl by Úřad vyslovit zákaz plnění této Smlouvy.
49. Dále navrhovatel uvedl, že podle jeho názoru je technicky nemožné, aby podstatná část plnění týkající se dodávky proběhla již během prosince 2013 a ledna 2014. Předmětem plnění není jen dodávka 760 sad odbavovacích zařízení do skladu zadavatele, ale i jejich zástavba do vozidel zadavatele. Předmětem plnění je dále i poskytnutí podpory, údržby a rozvoje dodaného systému po dobu 10-ti let. Tato část plnění nemohla být v žádném případě provedena během ledna 2014.
50. K tomu navrhovatel dále dodal, že v rámci několika integrovaných systémů v České republice je provozováno zúčtovací centrum pro elektronické transakce. Navrhovatel navrhl Úřadu, aby si vyžádal od provozovatele zúčtovacího centra výpis zařízení, která provozuje zadavatel ve svých vozidlech, a kdy byla tato zařízení do systému registrována. Z uvedeného seznamu lze identifikovat k jakému datu a kolik zařízení vybraného uchazeče zadavatel provozoval ve svých vozidlech. Na základě tohoto zjištění bude možné posoudit, zda je plnění Smlouvy již z větší části ukončené či nikoliv.
51. Navrhovatel dále uvedl, že pokud by bylo zjištěno, že je většina plnění podle Smlouvy dokončena, nadále trvají pochybnosti o správnosti postupu zadavatele v průběhu jednacím řízení bez uveřejnění a důvodnosti použití tohoto zadávacího řízení.
52. Nakonec navrhovatel uvedl, že dosud nebylo vyvráceno, že zadávací podmínky otevřeného zadávacího řízení byly nastaveny diskriminačně a zvýhodňovaly vybraného uchazeče. Pouze vybraný uchazeč byl schopen prakticky obratem po uzavření smlouvy zahájit dodávky odbavovacího zařízení a softwarového vybavení, protože měl přístup k informacím nezbytným pro přípravu nabídky a funkčního vzorku. Předmětem plnění jsou zařízení vyráběná na míru konkrétního zadavatele a musí být zajištěna kompatibilita s ostatními

zařízeními zadavatele. Je tedy technicky vyloučeno, aby byl vybraný uchazeč schopen v době od 27. 11 2013 do začátku prosince 2013 provést kompletní vývoj nového zařízení včetně testování, aby odpovídalo zadávacím podmínkám.

53. Podle navrhovatele je tedy možné rozhodnout o uložení zákazu plnění Smlouvy, neboť nebyly splněny zákonné podmínky pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění.
54. Usnesením č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-6271/2014/513/KSt ze dne 25. 3. 2014 vyzval Úřad zadavatele k předložení dokladů o dosud provedených úhradách za realizaci předmětu plnění dle článků 10.2., 10.4. a 10.5. Smlouvy a dohody o vinkulaci běžného účtu, která měla být uzavřena dle článku 15.4. smlouvy.
55. Dne 26. 3. 2014 umožnil Úřad zástupci zadavatele opětovně nahlédnout do správního spisu.

Vyjádření zadavatele ze dne 15. 4. 2014

56. Zadavatel nejdříve ve vyjádření uvedl, že Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-4463/2014/513/KSt ze dne 28. 2. 2014 stanovil účastníkům správního řízení lhůtu do 11. 3. 2014, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a lhůtu do 18. 3. 2014, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 17. 3. 2014 nahlédl do správního spisu, přičemž k tomuto dni nebylo ve spise podáno jediné doplnění důkazních návrhů, či vyjádření. Až dne 19. 3. 2014 se navrhovatel vyjádřil k důvodům zahájení správního řízení a podal další důkazní návrhy, což zjistil zadavatel při nahlížení do spisu dne 26. 3. 2014. Podle zadavatele je postup navrhovatele v rozporu se správním řádem a k tomuto podání by Úřad neměl přihlížet, neboť byl podán po uplynutí obou lhůt stanovených správním orgánem.
57. Zadavatel dále uvedl, že navrhovatel směšuje povinnost zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění za podmínky, že podstatně nezmění zadávací podmínky ve smyslu § 23 odst. 2 zákona s možností dohodnout s vyzvanými zájemci i jiné podmínky plnění veřejné zakázky, než které byly uvedeny v zadávací dokumentaci. Po srovnání obsahů smluv je zřejmé, že byly provedeny změny v záhlaví smlouvy, úpravy čl. 6.1. týkající se doby plnění a faktické doplnění smlouvy v bodě 15.3. doplněním bankovní záruky. Další změny, které navrhovatel uvádí ve svém vyjádření ze dne 19. 3. 2014, byly do konečného textu smlouvy zapracovány až na základě jednání s vybraným uchazečem.
58. Zadavatel přistoupil k dílčím změnám v těch částech obchodních podmínek, které si vyžádalo objektivní prodloužení administrace veřejné zakázky a následně zkrácení doby, po kterou bylo nutné zahájit dodávku systému, včetně poskytnutí zálohy s ohledem na podstatně zkrácený čas plnění, který byl vázán na prostředky krajů, které na veřejnou autobusovou dopravu poskytují účelově a časově vázané dotace. Tyto změny však vyšly z kontraktačního jednání s oslovenými zájemci.
59. K průběhu jednacímho řízení bez uveřejnění zadavatel uvedl, že podle zákona jde o nejméně formalizovaný postup podle zákona. Tuto skutečnost dokládá odborná literatura vztahující se k zákonu a i rozhodovací praxe Úřadu, kdy např. podle rozhodnutí ze dne 21. 2. 2012 sp. zn. R125/2011 se v případě jednacímho řízení bez uveřejnění jedná o proceduru nejméně formální a značně se přibližující běžné kontraktační proceduře.
60. Pokud jde o obsah změn, které uvedl navrhovatel jako změny, které by mohly ovlivnit rozhodování uchazečů, lze tyto úvahy odmítnout jako irrelevantní, neboť kromě poskytnuté

zálohy, vyvolané objektivní potřebou zahájit realizaci předmětu veřejné zakázky, se jedná o vypuštění dílčí povinnosti v rámci licenčních ujednání, doplnění inflační doložky a doplnění povinnosti vyzvat vybraného uchazeče k odstranění závadného stavu před uplatněním smluvní sankce. Podle zadavatele uvedené změny nejsou tzv. „podstatné změny“ ve smyslu § 82 odst. 7 zákona. Výklad těchto změn by se měl řídit obecným výkladem, jak to platí i u dodatků ke stávajícím smlouvám.

61. K otázce stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky zadavatel uvedl, že ji v rámci jednacího řízení bez uveřejnění určil zhruba v polovině obou předchozích hodnot, tedy v prvním otevřeném zadávacím řízení a otevřeném zadávacím řízení. K vypuštění povinnosti složit jistotu zadavatel sdělil, že podle § 67 odst. 1 zákona není požadavek na poskytnutí jistoty v případě jednacího řízení bez uveřejnění možný. Zadavatel nadále trvá na skutečnosti, že způsob hodnocení kritéria „Míra automatizace příprav a zpracování dat v Backoffice software“ byl transparentní.
62. Dále se zadavatel vyjádřil ke změně technické specifikace týkající se doplnění textu u systému zálohování napájecího napětí a datových souborů LCD. K tomu uvedl, že navrhovatel v rámci otevřeného zadávacího řízení vznesl dodatečné dotazy k zadávací dokumentaci týkající se uvedených technických specifikací. Na uvedené dodatečné dotazy zadavatel odpověděl v rámci dodatečných informací č. 1, přičemž ve vyjádření uvedl i konkrétní texty poskytnutých informací. K tomu zadavatel doplnil, že v rámci jednacího řízení bez uveřejnění doplnil text zadávací dokumentace o texty uvedené v rámci poskytnutých dodatečných informací v rámci otevřeného zadávacího řízení. Tato doplnění byla de facto součástí otevřeného zadávacího řízení, když po poskytnutí dodatečných informací byla uchazečem v otevřeném zadávacím řízení prodloužena lhůta pro podání nabídek. Z uvedeného důvodu považuje zadavatel uvedené námítky za irrelevantní, protože se ve vztahu k zadávacím podmínkám jednacího řízení bez uveřejnění nemůže jednat o žádnou změnu.
63. Dále se zadavatel vyjádřil k plnění předmětu Smlouvy. K tomu sdělil, že se koncem roku 2013 dostal do časové tísně, a proto musel zvolit takové řešení, aby mohl projekt obnovy odbavovacího zařízení realizovat. V rámci kalendářního roku 2013 se zavázal dotovatelům dopravy, že pořídí v rámci investic odbavovací techniku v určitém finančním objemu. Aby mohl tento závazek dodržet, musel provést určité finanční plnění již v roce 2013. Po dohodě s vybraným uchazečem bylo dohodnuto, že vybraný uchazeč dodá 100 sad odbavovacího systému v roce 2013, v roce 2013 nainstaluje softwarová vybavení a v roce 2013 bude vybranému uchazeči poskytnuta záloha na dodávku 200 sad odbavovacího zařízení. Poskytnutí zálohy bylo vedeno potřebou utratit v roce 2013 investiční prostředky, aby mohly být vyúčtovány objednatelům autobusové dopravy. Zadavatel netvrdí, že by zařízení dodaná v roce 2013 byla již v provozu. Zařízení byla zadavateli dodána, customizována pro jeho podmínky, nicméně nejsou dosud v autobusech nainstalována. Zahájení montáží je podle harmonogramu předpokládáno v termínu od 1. 5. 2014.
64. Nakonec zadavatel uvedl, že pokud jde o jednací řízení bez uveřejnění, není povinen dodržovat striktně rozsah listin jako např. v otevřeném řízení. Zadavatel se však i v jednacím řízení bez uveřejnění choval transparentně a celý proces detailně zaznamenal. Provedl rovněž posouzení kvalifikace a hodnocení nabídek, což sepsal v protokolu o posouzení kvalifikace a hodnocení nabídek ze dne 21. 11. 2013.

65. Závěrem zadavatel uvedl, že jednací řízení bez uveřejnění je ze své podstaty méně formalizované a to pro svůj rychlejší průběh a jednodušší formální požadavky, což připustil i navrhovatel ve svém vyjádření. Tyto skutečnosti vycházejí z podstaty samotného řízení a zákonné úpravy a nemohou jít k tíži zadavatele. Realizace plnění pak byla urychlena z objektivních ekonomických důvodů, jak již bylo uvedeno výše.
66. Na základě výše uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh zákazu plnění Smlouvy podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl.
67. Dne 22. 4. 2014 umožnil Úřad nahlédnout do správního spisu panu Tomášovi Příhodovi, kterému k tomuto úkonu udělil plnou moc navrhovatel.

Seznámení účastníků správního řízení s dalšími skutečnostmi ve správním řízení ze dne 2. 5. 2014

68. Sdělením ze dne 2. 5. 2014 seznámil Úřad účastníky správního řízení pod č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-7509/2014/513/KSt s dalšími skutečnostmi ve správním řízení, které budou podkladem pro rozhodnutí. V uvedeném sdělení Úřad uvedl mimo jiné, že z obdržených podkladů zjistil, že z článku B. „Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny“, bodu 2 „Způsob fakturování“ zadávací dokumentace otevřeného zadávacího řízení i jednacího řízení bez uveřejnění vyplývá, že „zadavatel nebude poskytovat zálohy na kupní cenu“. V článku 6 „Čas a místo plnění Smlouvy“, bodu 6.1.b) uzavřené Smlouvy bylo sjednáno poskytnutí zálohy na dodávku odbavovacího zařízení na nákup 100 sad odbavovacího zařízení pro oblast Moravskoslezského kraje ve výši 4 733 200,- Kč bez DPH a 100 sad odbavovacího zařízení pro oblast Olomouckého kraje ve výši 4 733 200,- Kč bez DPH. Podle bodu 10. „Cena a platební podmínky“ Smlouvy měl vybraný uchazeč vystavit zadavateli zálohovou fakturu na dodávku plnění, jejíž výše a rozsah je specifikován v čl. 6.1.b) Smlouvy. Dále z bodu 15. „Pojištění a bankovní záruka“ Smlouvy vyplývá, že v případě poskytnutí zálohy zadavatelem dle bodu 10.2. Smlouvy bude záloha složena na vinkulovaný běžný účet, přičemž její uvolnění má proběhnout za podmínek stanovených ve smlouvě o vinkulaci běžného účtu uzavřené mezi zadavatelem, vybraným uchazečem a bankou.
69. Jak vyplývá dále z dokladů, odeslal zadavatel dne 10. 12. 2013 na účet vybraného uchazeče částku ve výši 11 454 344,- Kč a to na základě zálohové faktury č. 130800003 vystavené dne 2. 12. 2013 vybraným uchazečem. Z uvedené zálohové faktury vyplývá, že se jedná o zálohu dle článku 6.1.b) uzavřené Smlouvy ve výši 9 466 400,- Kč bez DPH, 11 454 344,- Kč s DPH. Z předloženého „Potvrzení o uložení a vinkulaci peněžních prostředků na účtu“ ze dne 11. 12. 2013 (dále jen „potvrzení o vinkulaci“) vyplývá, že vybraný uchazeč na účtu, na který mu podle zálohové faktury č. 130800003 zadavatel odeslal zálohu, vinkuluje ve prospěch zadavatele od 11. 12. 2013 částku ve výši 9 466 400,- Kč. Vinkulace může být podle potvrzení o vinkulaci zrušena po uplynutí doby, na kterou byla zřízena, nebo na základě žádosti majitele účtu, který současně vrátí potvrzení o vinkulaci a předloží písemný souhlas osoby, v jejíž prospěch byla vinkulace zřízena.
70. Dále Úřad ve sdělení uvedl, že na základě uvedených skutečností získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a to, zda zadavatel dodržel jednu z podmínek stanovenou v § 23 odst. 2 zákona a podstatným způsobem nezměnil zadávací podmínky jednacího řízení bez uveřejnění oproti zadávacím podmínkám otevřeného zadávacího řízení, když podle zadávacích podmínek neměl zadavatel poskytovat zálohy na kupní cenu

a v jednacím řízení bez uveřejnění bylo v čl. 6.1.b) Smlouvy sjednáno poskytnutí zálohy a tato záloha byla fakticky i proplacena. V důsledku toho vzniklo podezření z možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a to, zda byly pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění splněny zákonem stanovené podmínky. Zároveň vzniká podezření z možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona tím, že zadavatel uzavřel Smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona.

71. Současně s tímto oznámením vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-7511/2014/513/KSt ze dne 2. 5. 2014, kterým určil účastníkům správního řízení lhůtu, ve které jsou oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se můžou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření navrhovatele ze dne 2. 5. 2014

72. Ve vyjádření ze dne 2. 5. 2014 se navrhovatel nejdříve vyjádřil k obsahu protokolu o posouzení kvalifikace a hodnocení nabídek (dále jen „protokol“), když uvedl, že jde o dokument, který nesplňuje zákonné náležitosti § 59 odst. 5 a 6 zákona, neboť neobsahuje seznam dokladů k prokázání kvalifikačních předpokladů, název dokladu, označení osoby vyhotovující doklad, atd. Z protokolu není zřejmé, zda zájemci skutečně prokázali technické kvalifikační předpoklady předvedením vzorků a doloženými referencemi. Tato skutečnost podle navrhovatele zpochybňuje jednacím řízení bez uveřejnění, neboť neumožňuje prověřit úkony zadavatele při posouzení kvalifikace.
73. Navrhovatel také uvedl, že podle protokolu z jednání ze dne 15. 11. 2013 je zřejmé, že zadavatel připustil jednání o podmínkách plnění veřejné zakázky, tj. o podmínkách smlouvy. Z uvedeného protokolu vyplývá, že zadavatel s vybraným uchazečem dohodl podmínky výrazně v jeho prospěch. Mezi uvedenými změnami bylo, že harmonogram plnění měl být dohodnut až po podpisu smlouvy, byla doplněna inflační doložka po dobu trvání smlouvy, byly upraveny podmínky vzniku nároku na smluvní pokutu a rozsah smluvní pokuty. Z uvedeného je podle navrhovatele zřejmé, že minimálně zálohová platba části plnění, která nebyla součástí podmínek otevřeného zadávacího řízení, byla již součástí zadávací dokumentace, tj. zadavatel již při přípravě zadávacích podmínek jednacím řízení bez uveřejnění podstatně zasáhl do podmínek plnění a tedy toto řízení bylo zahájeno v rozporu s § 23 odst. 2 zákona. Dále v průběhu jednání o nabídkách s jednotlivými zájemci byly upraveny podmínky plnění v jejich prospěch a tedy i samotné jednacím řízení bez uveřejnění bylo vedeno v rozporu s § 34 odst. 4 zákona. Podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění tak, buď nebyly vůbec splněny od počátku tohoto zadávacího řízení, nebo minimálně v jeho průběhu byly podstatně porušeny.
74. Každá z výše uvedených skutečností by sama o sobě měla vést k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž tímto způsobem byl podstatně ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, Smlouva byla uzavřena a současně zadavatel uzavřel Smlouvu bez uveřejnění oznámení o zakázce podle § 146 odst. 1 zákona, ačkoliv byl podle zákona povinen toho oznámení uveřejnit.
75. Dále navrhovatel uvedl, že z obsahu spisu nevyplývá, že by byl předmět Smlouvy už v takovém stádiu plnění, že by mohla vzniknout pochybnost o účelnosti vyslovení zákazu plnění Smlouvy. Z obsahu spisu vyplývá, že došlo nejvýše k dodání dílčí části odbavovacích

zařízení, avšak zatím nedošlo k jejich zástavbě do autobusů. Právě však zástavba odbavovacích zařízení je předpokladem zprovoznění celého systému a dosažení jeho plné funkčnosti, což je závazek vyplývající ze Smlouvy. Z harmonogramu plnění vyplývá, že teprve 30. 4. 2014 by měl skončit zkušební provoz a teprve pak by měla být zahájena dodávka a vestavba odbavovacích zařízení do autobusů. Ze spisu dále vyplývá, že bylo dodáno softwarového vybavení. Součástí spisu však už nejsou doklady o jeho instalaci.

76. Pokud zadavatel argumentuje nutností provedení plateb v roce 2013 s ohledem na dotace, pak tento důvod podle navrhovatele neodpovídá obsahu Smlouvy a z pohledu zákona je irelevantní.
77. Nakonec navrhovatel navrhl, aby Úřad vydal ve věci předběžné opatření, kterým by zadavateli uložil zdržet se plnění Smlouvy až do rozhodnutí Úřadu ve věci samé. K uvedenému návrhu navrhovatel uvedl, že si je vědom, že zákon tuto možnost neupravuje. Tím však není vyloučena obecná úprava předběžného opatření podle zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), podle kterého může být předběžné opatření vydáno, je-li třeba, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků. Podle navrhovatele v šetřeném případě hrozí, že bude zmařen účel správního řízení.

Vyjádření zadavatele ze dne 9. 5. 2014

78. Zadavatel na základě usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-7511/2014/513/KSt ze dne 2. 5. 2014 Úřadu sdělil, že podle již uhrazených daňových dokladů byla veřejná zakázka plněna ve výši 15 171 600,- Kč bez DPH (ve výši 18 357 636,- Kč s DPH). Současně zadavatel odkázal na harmonogram plnění, podle kterého probíhá plnění po věcné stránce.
79. Závěrem svého sdělení zadavatel navrhl, aby Úřad, pokud nezamítne návrh podle § 118 odst. 5 písm. a) či písm. c) zákona, při svém rozhodování zohlednil uvedené skutečnosti ve smyslu § 118 odst. 3 zákona a návrh zamítl podle § 118 odst. 5 písm. b) zákona.

Vyjádření zadavatele ze dne 16. 5. 2014

80. Podáním ze dne 16. 5. 2014 se zadavatel vyjádřil k dalším skutečnostem, se kterými Úřad účastníky správního řízení seznámil sdělením ze dne 2. 5. 2014 (viz bod 68. a následující odůvodnění tohoto rozhodnutí).
81. Zadavatel nejdříve uvedl, že před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění zahájil otevřené zadávací řízení. Navíc ještě před otevřeným zadávacím řízením se pokusil veřejnou zakázku zadat v prvním otevřeném zadávacím řízení. Od doby zahájení prvního otevřeného zadávacího řízení uplynulo do zadání veřejné zakázky sedm měsíců.
82. Zadavatel potvrdil, že zadávací dokumentace otevřeného zadávacího řízení obsahovala ustanovení o tom, že zadavatel nebude poskytovat zálohy na kupní cenu. Zadavatel je však přesvědčen, že byl-li tento bod zadávací dokumentace v rámci jednacího řízení bez uveřejnění na základě postupu podle § 34 odst. 4 zákona změněn, jedná se o nepodstatnou změnu, která nemohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť poskytnutí zálohy nebylo předmětem hodnocení. Jednalo se o jednu z nemnoha faktických změn, ke kterým došlo v průběhu jednacího řízení bez uveřejnění.

83. K tomu zadavatel dále uvedl, že se zadávacími řízeními pokusil získat nová odbavovací zařízení, která měla nahradit stávající technicky zastaralá zařízení a pouze nemožnost zadat veřejnou zakázku v otevřeném řízení jej donutila využít jednacího řízení bez uveřejnění.
84. Provedená změna spočívající v poskytnutí zálohy a vinkulaci zálohy na zvláštním účtu byla podle zadavatele vyvolána okolnostmi hodnými zvláštního zřetele. Zadavatel je v rámci smluv na zajištění provozování veřejné linkové dopravy vázán časovým omezením pro realizaci této investice ze strany objednatelů dopravních služeb. Nová odbavovací zařízení budou zabudována pouze na linkách vedených v závazku veřejné služby v rámci základní dopravní obslužnosti objednávané kraji, městy a obcemi. Na tyto služby jsou vázány investiční prostředky poskytnuté na časově omezenou dobu a to vždy na konkrétní nákladovou položku. Zadavatel proto přiložil k vyjádření přílohu č. 4 dodatku č. 33 ke smlouvě, kterou uzavřel s Moravskoslezským krajem, ze které tato skutečnost vyplývá. Uvedený dodatek č. 33 stanovil rozsah dopravní obslužnosti a plánované využití investičních prostředků v roce 2013 na informační a odbavovací systém pro cestující.
85. S ohledem na ohrožení realizace projektu obnovy odbavovacího systému bylo nutné zohlednit dostupnost investičních prostředků v jednotlivých letech. Proto se až v rámci probíhajícího jednacího řízení bez uveřejnění začaly řešit zálohy v rámci smluv uzavřených mezi zadavatelem a Moravskoslezským krajem. Poté bylo nutné tyto zálohy přenést i do Smlouvy, aby bylo možné tyto prostředky uplatnit již ve vyúčtování závazku veřejné služby za rok 2013. V opačném případě by zadavatel již nemusel finanční prostředky od kraje obdržet a v dalším období by mu nemusela být poskytnuta adekvátní náhrada s ohledem na nutnost dohadovat náklady na veřejnou linkovou dopravu na každý rok samostatně. Z důvodu maximálně hospodárného postupu zadavatel využil možnost realizace uvedené investice ještě v roce 2013 a připustil tuto změnu v rámci fáze před podpisem Smlouvy. Zadavatel je přesvědčen, že tuto změnu vzniklou objektivními důvody hodnými zvláštního zřetele, nelze přičítat k jeho tíži.
86. Zadavatel proto navrhuje, aby Úřad při rozhodování přihlédl k uvedeným skutečnostem a návrh podle § 118 odst. 5 písm. a), b) i c) zákona zamítl.
87. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-12307/2014/513/KSt ze dne 10. 6. 2014 Úřad zamítl návrh navrhovatele ze dne 2. 5. 2014 na vydání předběžného opatření, kterým mělo být zadavateli uloženo „zdržet se plnění uzavřené Smlouvy“.
88. Pro úplnost Úřad uvádí, že vybraný uchazeč se v Úřadem stanovených lhůtách, ani později nevyjádřil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

89. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentací o veřejných zakázkách, vyjádření účastníků správního řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Právní postavení zadavatele

90. Úřad nejdříve posoudil, zda je zadavatel zadavatelem podle zákona.

91. Podle § 2 odst. 6 písm. a) zákona je sektorovým zadavatelem osoba vykonávající některou z relevantních činností podle § 4 zákona, pokud tuto relevantní činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva.
92. Relevantní činností se pro účely tohoto zákona podle § 4 odst. 1 písm. f) zákona rozumí činnosti související s poskytováním či provozováním dopravních sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti drážní, tramvajové, trolejbusové nebo lanové dopravy a provozování veřejné autobusové dopravy (dále jen „dopravní síť“); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována podle podmínek stanovených příslušným správním orgánem, zejména pak podmínek týkajících se poskytování či provozování dopravní sítě, přepravní kapacity nebo frekvence poskytování takové činnosti.
93. Jak uvedl zadavatel ve vyjádření ze dne 16. 5. 2014 nová odbavovací zařízení budou nasazena takřka výlučně na linkách vedených v závazku veřejné služby v rámci základní dopravní obslužnosti objednávané krajem, ostatní dopravní obslužnosti objednávané městy a obcemi a městské hromadné dopravy objednávané městy. K tomu zadavatel dále uvedl, že uzavřel s Moravskoslezským krajem Smlouvu o závazku veřejné služby ve veřejné linkové osobní dopravě k zajištění základní dopravní obslužnosti území Moravskoslezského kraje.
94. Jak vyplývá z obchodního rejstříku zadavatele, jeho předmětem podnikání je mimo jiné i koncesovaná živnost silniční motorová doprava – osobní provozovaná vozidly určenými pro přepravu více než 9 osob včetně řidiče.
95. Na základě uvedených skutečností je zřejmé, že zadavatel je sektorovým zadavatelem podle § 2 odst. 6 písm. a) zákona, neboť provozuje veřejnou autobusovou dopravu.
96. Dále Úřad posoudil, zda byl zadavatel v šetřeném případě povinen postupovat při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem.
97. Podle § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy.
98. Veřejné zakázky se podle § 7 odst. 2 zákona podle předmětu dělí na veřejné zakázky na dodávky, veřejné zakázky na služby a veřejné zakázky na stavební práce.
99. Podle § 8 odst. 1 je veřejnou zakázkou na dodávky veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věci (dále jen „zboží“), a to zejména formou koupě, koupě zboží na splátky, nájmu zboží nebo nájmu zboží s právem následné koupě (leasing).
100. Podle bodu 1. „Předmět veřejné zakázky“ zadávací dokumentace byla předmětem šetřené veřejné zakázky dodávka řídicího a odbavovacího vozidlového systému pro účely odbavení cestujících ve vozidlech zadavatele.
101. Dále se podle § 7 odst. 3 zákona veřejné zakázky dělí podle výše předpokládané hodnoty na nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu.
102. Nadlimitní veřejnou zakázkou se podle § 12 odst. 1 zákona rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle § 13 zákona bez daně z přidané hodnoty dosáhne nejméně finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů, oblasti a druhy veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb.

Tento prováděcí právní předpis stanoví rovněž seznam zboží pořizovaného Českou republikou – Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a výši tohoto limitu.

103. Tímto prováděcím předpisem je nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou – Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „nařízení vlády“).
104. Podle § 2 odst. 1 písm. c) nařízení vlády činí finanční limit podle § 12 odst. 1 zákona v případě veřejných zakázek na dodávky pro zadavatele uvedené v § 2 odst. 6 zákona 10 021 000,- Kč.
105. Podle bodu 5. „Předpokládaná hodnota zakázky“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 34 000 000,- Kč bez DPH.
106. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětem veřejné zakázky je dodávka odbavovacích zařízení a zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 34 000 000,- Kč bez DPH, jedná se v šetřeném případě o nadlimitní veřejnou zakázku na dodávky.
107. Podle § 19 odst. 1 zákona postupuje sektorový zadavatel podle tohoto zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti.
108. Jak již Úřad dovodil výše, zadavatel je sektorovým zadavatelem, který vykonává relevantní činnost poskytování veřejné autobusové dopravy. Předmětem šetřené veřejné zakázky je dodávka odbavovacího zařízení do autobusů, které zadavatel provozuje v rámci relevantní činnosti. Podle zadavatelem stanovené předpokládané hodnoty se jedná o nadlimitní veřejnou zakázku.
109. Na základě uvedených skutečností je zřejmé, že zadavatel byl povinen postupovat při zadávání šetřené veřejné zakázky v souladu se zákonem.

Skutečnosti vyplývající z dokumentací o veřejných zakázkách

110. Zadavatel uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 7. 2013 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 7. 2013 zahájení otevřeného zadávacího řízení (viz bod 1. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
111. Dne 1. 10. 2013 rozhodl zadavatel o zrušení otevřeného zadávacího řízení podle § 84 odst. 1 písm. a) zákona. Dne 3. 10. 2013 zadavatel odeslal do Věstníku veřejných zakázek a dne 15. 10. 2013 v něm uveřejnil a dne 17. 10. 2013 v Úředním věstníku Evropské unie uveřejnil oznámení o zrušení otevřeného zadávacího řízení. Podle zveřejněného oznámení zrušil zadavatel zadávací řízení v souladu s § 84 odst. 1 písm. a) zákona, tedy z důvodu, že v otevřeném zadávacím řízení nebyly ve stanovené lhůtě podány žádné nabídky.
112. Zadavatel výzvou k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 31. 10. 2013 vyzval dva zájemce k jednání a k předložení vzorku řídicího a odbavovacího zařízení včetně softwarového vybavení dle zadávací dokumentace.
113. Dne 15. 11. 2013 proběhlo jednání zadavatele s oběma vyzvanými zájemci, na kterém byly zadavatelem přezkoušeny funkční vzorky a projednány změny obsahu Smlouvy. Mezi

zadavatelem a vybraným uchazečem byly (podle protokolu z jednání ze dne 15. 11. 2013 s ohledem na průběh zadávacího řízení a potřebu zadavatele přizpůsobit termín plnění jeho potřebám) dohodnuty změny v čl. 6.1. Smlouvy tak, že po podpisu smlouvy bude dohodnut harmonogram plnění. Vybraný uchazeč navrhnul doplnění inflační doložky ke službám, které budou poskytovány po dobu trvání smlouvy, tzn. po dobu 10 let. Byly dohodnuty změny týkající se smluvní pokuty a byla např. doplněna i povinnost vybraného uchazeče předložit bankovní záruku.

114. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky od obou zájemců. Podle protokolu proběhlo dne 21. 11. 2013 posouzení kvalifikace a hodnocení nabídek. Dne 21. 11. 2013 zadavatel rozhodl, že nejvhodnější nabídku podal vybraný uchazeč. Dne 27. 11. 2013 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem Smlouvu. Uzavření Smlouvy bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 27. 12. 2013 pod ev. č. 377630 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2013 pod ev. č. 2013/S 252-442967.
115. Z článku B. „Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny“, bodu 2 „Způsob fakturování“ zadávací dokumentace jak otevřeného zadávacího řízení, tak i jednacího řízení bez uveřejnění vyplývá, že „zadavatel nebude poskytovat zálohy na kupní cenu“. V článku 6 „Čas a místo plnění Smlouvy“, bodu 6.1.b) uzavřené Smlouvy bylo mezi zadavatelem a vybraným uchazečem sjednáno poskytnutí zálohy na dodávku odbavovacího zařízení na nákup 100 sad odbavovacího zařízení pro oblast Moravskoslezského kraje ve finančním objemu 4 733 200,- Kč bez DPH a 100 sad odbavovacího zařízení pro oblast Olomouckého kraje ve výši 4 733 200,- Kč bez DPH.
116. Podle článku 10. „Cena a platební podmínky“ bodu 10.2. Smlouvy měl vybraný uchazeč vystavit zadavateli zálohovou fakturu na dodávku plnění, jejíž výše a rozsah je specifikován v čl. 6.1.b) Smlouvy.
117. Dále z článku 15. „Pojištění a bankovní záruka“ bodu 15.4. Smlouvy vyplývá, že si smluvní strany sjednaly, že v případě poskytnutí zálohy zadavatelem dle bodu 10.2. Smlouvy bude záloha složena na vinkulovaný běžný účet. Finanční prostředky mají být z běžného účtu uvolněny za podmínek stanovených ve smlouvě o vinkulaci běžného účtu uzavřené mezi zadavatelem, vybraným uchazečem a bankou.
118. Z potvrzení o vinkulaci vyplývá, že vybraný uchazeč na účtu, na který mu podle zálohové faktury č. 130800003 zadavatel odeslal zálohu, vinkuluje ve prospěch zadavatele od 11. 12. 2013 částku ve výši 9 466 400,- Kč. Vinkulace může být podle potvrzení o vinkulaci zrušena po uplynutí doby, na kterou byla zřízena, nebo na základě žádosti majitele účtu, který současně vrátí potvrzení o vinkulaci a předloží písemný souhlas osoby, v jejíž prospěch byla vinkulace zřízena. Další možností zrušení vinkulace je na základě nařízení výkonu rozhodnutí příkázáním pohledávky z účtu.
119. Jak vyplývá z dokladů předložených Úřadu zadavatelem, odeslal zadavatel dne 10. 12. 2013 na účet vybraného uchazeče částku ve výši 11 454 344,- Kč a to na základě zálohové faktury č. 130800003 vystavené dne 2. 12. 2013 vybraným uchazečem. Z uvedené zálohové faktury vyplývá, že se jedná o zálohu dle článku 6.1.b) Smlouvy ve výši 9 466 400,- Kč bez DPH a ve výši 11 454 344,- Kč s DPH.

K výroku I. rozhodnutí – použití jednacího řízení bez uveřejnění

Relevantní ustanovení zákona

120. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
121. Zadávacími podmínkami se podle § 17 písm. l) zákona rozumí veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky.
122. Zákon podle § 21 odst. 1 zákona upravuje tyto druhy zadávacích řízení
 - a) otevřené řízení (§ 27),
 - b) užší řízení (§ 28),
 - c) jednací řízení s uveřejněním (§ 29),
 - d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34),
 - e) soutěžní dialog (§35),
 - f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38).
123. Podle § 23 odst. 1 zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, jestliže
 - a) v předchozím otevřeném řízení, užším řízení, zjednodušeném podlimitním řízení či jednacím řízení s uveřejněním, a v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti rovněž v předchozím soutěžním dialogu, nebyly podány žádné nabídky,
 - b) v předchozím otevřeném řízení, užším řízení, zjednodušeném podlimitním řízení či jednacím řízení s uveřejněním, a v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti rovněž v předchozím soutěžním dialogu, byly podány pouze nevhodné nabídky podle § 22 odst. 1 písm. a) zákona, nebo
 - c) nebyly podány žádné žádosti o účast v užším řízení či jednacím řízení s uveřejněním a v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti rovněž v soutěžním dialogu.
124. Při splnění podmínek uvedených v odstavci 1 může zadavatel podle § 23 odst. 2 zákona zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění za předpokladu, že podstatně nezmění zadávací podmínky a zahájí jednací řízení bez uveřejnění bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení.
125. Zadávací řízení zahajuje zadavatel podle § 26 odst. 1 zákona odesláním
 - a) oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění, nebo
 - b) výzvy o zahájení zadávacího řízení.
126. Za oznámení o zahájení zadávacího řízení se pro účely tohoto zákona podle § 26 odst. 2 zákona považuje
 - a) oznámení otevřeného řízení, užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním nebo soutěžního dialogu veřejným zadavatelem,
 - b) oznámení otevřeného řízení, užšího řízení nebo jednacího řízení s uveřejněním sektorovým zadavatelem,
 - c) pravidelné průběžné oznámení sektorového zadavatele, pokud je použito jako způsob zahájení užšího řízení či jednacího řízení s uveřejněním,
 - d) zjednodušené oznámení v případě zadávání veřejné zakázky v dynamickém nákupním systému.

127. Zadavatel je podle § 26 odst. 4 zákona povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení způsobem uvedeným v § 146 a § 147 zákona.
128. Podle § 34 odst. 4 zákona je zadavatel v rámci jednání oprávněn dohodnout s vyzvanými zájemci i jiné podmínky plnění veřejné zakázky, než které byly uvedeny ve výzvě k jednání či v zadávací dokumentaci. Jakákoliv změna podmínek plnění veřejné zakázky však musí i nadále splňovat předpoklady pro použití jednacího řízení bez uveřejnění (§ 23 zákona).

Právní posouzení

129. Úřad nejprve obecně k jednacímu řízení bez uveřejnění uvádí, že se jedná o takový typ zadávacího řízení, který svou povahou představuje výjimečný postup zadavatele, který je zadavatel oprávněn užit pouze za předpokladu, že naplní zákonem taxativně vymezené podmínky. Tento druh zadávacího řízení je jediným druhem zadávacího řízení, který nevyžaduje, resp. pro nějž neplatí zákonná povinnost uveřejnit jeho zahájení vůči neomezenému počtu potencionálních dodavatelů a zadavatel v případě užití tohoto druhu zadávacího řízení oslovuje pouze předem určené subjekty a z povahy věci tak de facto dochází k omezení hospodářské soutěže, avšak jedná se o takové omezení hospodářské soutěže, které je zákonem předvídané. Vzhledem k tomu, že důvody pro možnost užití jednacího řízení bez uveřejnění jsou v zákoně uvedeny taxativně, je nutno konstatovat, že výčet důvodů pro užití tohoto zadávacího řízení je úplný a z jiných, než v zákoně stanovených důvodů nemůže zadavatel tento druh zadávacího řízení využít.
130. V případě užití zadávacího řízení ve smyslu § 23 odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 23 odst. 2 zákona je nutné konstatovat, že zadavatel je oprávněn využít tento druh zadávacího řízení za kumulativního splnění těchto podmínek
- v předchozím otevřeném řízení nebyly podány žádné nabídky,
 - zadavatel podstatně nezmění zadávací podmínky a
 - zadavatel zahájí jednací řízení bez uveřejnění bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení.
131. Z uvedeného důvodu se tedy Úřad nejdříve zabýval otázkou, zda byla v šetřeném případě naplněna zákonná podmínka, že v předchozím otevřeném řízení nebyly podány žádné nabídky.
132. Jak již bylo uvedeno v bodu 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel v bodu IV.3.4) „Lhůta pro doručení nabídek nebo žádosti o účast“ oznámení o zakázce stanovil lhůtu pro doručení nabídek v otevřeném zadávacím řízení do 10,00 hodin dne 24. 9. 2013.
133. Dne 1. 10. 2013 rozhodl zadavatel o zrušení otevřeného zadávacího řízení podle § 84 odst. 1 písm. a) zákona, neboť v otevřeném zadávacím řízení nebyly ve stanovené lhůtě podány žádné nabídky.
134. Z uvedených skutečností je zřejmé, že jedna z podmínek pro užití jednacího řízení bez uveřejnění, a to že v předchozím otevřeném zadávacím řízení nebyla podána žádná nabídka, byla splněna.
135. S touto podmínkou bezprostředně souvisí podmínka, že zadavatel zahájí jednací řízení bez uveřejnění bezodkladně po zrušení předchozího zadávacího řízení. Tato lhůta začíná běžet

ode dne okamžiku zrušení přechozího zadávacího řízení, resp. okamžikem uveřejnění tohoto oznámení ve Věstníku veřejných zakázek.

136. Jednací řízení bez uveřejnění bylo zahájeno dne 1. 11. 2013, kdy zadavatel zaslal dvěma vybraným zájemcům výzvu k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 31. 10. 2013.
137. Vezme-li Úřad v úvahu, že bylo nutné zadávací dokumentaci „upravit“ tak, aby odpovídala podmínkám jednacího řízení bez uveřejnění, tj. provést „formální“ změny v textu např. otevřené zadávací řízení zaměnit za jednací řízení bez uveřejnění, změnit lhůty, dále bylo třeba vypracovat výzvu k zahájení jednacího řízení bez uveřejnění, lze v šetřeném případě konstatovat, že jednací řízení bez uveřejnění bylo zahájeno bezodkladně po zrušení otevřeného zadávacího řízení.
138. Nakonec Úřad přezkoumal, zda zadavatel splnil i poslední podmínku pro zahájení jednacího řízení bez uveřejnění a to, zda podstatně nezměnil zadávací podmínky.
139. Nejprve Úřad obecně uvádí, že zadávací podmínky podle § 17 písm.) zákona tvoří souhrn veškerých podmínek, které jsou obsaženy v oznámení o zahájení zadávacího řízení, výzvě o zahájení zadávacího řízení, v zadávací dokumentaci či v dalších dokumentech, které vymezují předmět veřejné zakázky. Zadávací podmínky tak obsahují nejenom technickou specifikaci předmětu veřejné zakázky, soupis prací, výkaz výměr, ale i obchodní podmínky, jako jsou např. způsob zpracování nabídkové ceny, platební podmínky, záruční podmínky, apod.
140. Ke změně zadávacích podmínek Úřad rovněž obecně uvádí, že zákon umožňuje zadavateli podle § 34 odst. 4 zákona v jednacím řízení bez uveřejnění odchýlit se od podmínek plnění, které uvedl v zadávací dokumentaci nebo ve výzvě k jednání a to na základě jednání, které probíhají mezi zadavatelem a vyzvanými zájemci ještě před podáním nabídek. I takto nově vyjednané podmínky mezi zadavatelem a zájemci však musí neustále splňovat podmínky, za kterých je možné zahájit jednací řízení bez uveřejnění. Nesmí tedy dojít v důsledku jednání s vyzvaným zájemcem k podstatné změně vyjednaných zadávacích podmínek tak, jak je to stanoveno v § 23 odst. 2 zákona.
141. V této souvislosti je třeba stanovit, v jakém případě se jedná o podstatnou změnu zadávacích podmínek. Především lze za podstatné změny zadávacích podmínek považovat změny takových podmínek, které byly předmětem hodnotících kritérií v zadávacím řízení a mohly by tak ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Dále lze za podstatné změny zadávacích podmínek považovat takové změny, které by mohly ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku. To platí tehdy, jestliže by v případě existence podmínek již v původním zadávacím řízení nebylo možné vyloučit, že by se předchozího zadávacího řízení zúčastnilo více uchazečů.
142. Jak již bylo uvedeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, z článku B. „Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny“, bodu 2 „Způsob fakturování“ zadávací dokumentace jak otevřeného zadávacího řízení, tak i jednacího řízení bez uveřejnění vyplývá, že „zadavatel nebude poskytovat zálohy na kupní cenu“. Ze Smlouvy, kterou zadavatel uzavřel, však vyplývá z článku 6 „Čas a místo plnění Smlouvy“, bodu 6.1.b), že bylo mezi zadavatelem a vybraným uchazečem sjednáno poskytnutí zálohy na dodávku odbavovacího zařízení na nákup 100 sad odbavovacího zařízení pro oblast Moravskoslezského kraje ve finančním

objemu 4 733 200,- Kč bez DPH a 100 sad odbavovacího zařízení pro oblast Olomouckého kraje ve výši 4 733 200,- Kč bez DPH. Dále podle článku 10. „Cena a platební podmínky“ bodu 10.2. Smlouvy měl vybraný uchazeč vystavit zadavateli zálohovou fakturu na dodávku plnění, jejíž výše a rozsah je specifikován v čl. 6.1.b) Smlouvy.

143. Dne 10. 12. 2013 odeslal zadavatel na účet vybraného uchazeče částku ve výši 11 454 344,- Kč a to na základě zálohové faktury č. 130800003 vystavené dne 2. 12. 2013 vybraným uchazečem. Z uvedené zálohové faktury vyplývá, že se jedná o zálohu dle článku 6.1.b) Smlouvy ve výši 9 466 400,- Kč bez DPH a ve výši 11 454 344,- Kč s DPH.
144. Dále z předloženého potvrzení o vinkulaci vyplývá, že vybraný uchazeč na účtu, na který mu podle zálohové faktury č. 130800003 zadavatel odeslal zálohu, vinkuluje ve prospěch zadavatele od 11. 12. 2013 částku ve výši 9 466 400,- Kč (dále viz bod 117. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
145. Úřad se tedy zabýval otázkou, zda změna platebních podmínek v podobě sjednání poskytnutí zálohy v jednacím řízení bez uveřejnění oproti nemožnosti poskytnutí zálohy v otevřeném zadávacím řízení, lze považovat za podstatnou změnu zadávacích podmínek, která by bránila zadavateli zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění.
146. K tomu Úřad uvádí, že případná změna obchodní podmínky v tom smyslu, že by již v zadávacích podmínkách otevřeného zadávacího řízení bylo uvedeno, že zadavatel poskytne zálohu na dodávku 200 sad odbavovacího zařízení, by rozhodně znamenala výhodnější platební podmínky, než které byly stanoveny v zadávacích podmínkách otevřeného zadávacího řízení, u nichž bylo stanoveno, že nebudou poskytovány dodavateli žádné zálohy. Uvedená změna zadávací podmínky prakticky znamená, že dodavatel nemusí v průběhu plnění zakázky realizovat předmět šetřené veřejné zakázky pouze ze svých finančních prostředků, protože již před započítáním realizace předmětu veřejné zakázky je mu známo, že bude mít v průběhu realizace předmětu veřejné zakázky k dispozici minimálně částku ve výši 9 466 400,- Kč bez DPH, představující zálohu na dodávku.
147. Pro úplnost Úřad dodává, že podle platebních podmínek jak otevřeného zadávacího řízení, tak i jednacím řízení bez uveřejnění měly být hrazeny jednotlivé části předmětu veřejné zakázky zvlášť, tj. zvlášť cena za dodání a instalaci softwarového vybavení, zvlášť cena za dodání odbavovacího zařízení, zvlášť cena za službu podpory a údržby systému a provedení školení a to až po převzetí dílčího plnění zadavatelem. Nejvyšší položku z celkové ceny za realizaci plnění předmětu veřejné zakázky pak tvoří cena za dodávku odbavovacího zařízení, přičemž v rámci jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel poskytl zálohu právě na tuto nejvyšší finanční položku.
148. Jestliže by tedy dodavatelé již ze zadávacích podmínek otevřeného zadávacího řízení zjistili, že jim bude vyplacena záloha např. ve výši 9 466 400,- Kč bez DPH za dodání části odbavovacího zařízení, je zřejmé, že by to pro ně znamenalo výhodnější platební podmínky, neboť by věděli, že nemusí vynakládat na realizaci předmětu veřejné zakázky v průběhu plnění zakázky takové množství vlastních finančních prostředků, jako kdyby jim nebyla poskytnuta žádná záloha.
149. Na základě uvedených skutečností nelze vyloučit skutečnost, že kdyby dodavatelé ze zadávacích podmínek otevřeného zadávacího řízení věděli o poskytnutí výše uvedené

zálohy, že by na základě stanovení takové zadávací podmínky mohl zadavatel obdržet v otevřeném zadávacím řízení nějaké nabídky.

150. Z uvedeného důvodu Úřad konstatuje, že vzhledem k výše uvedeným skutečnostem je třeba poskytnutí zálohy na realizaci plnění předmětu zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění oproti zadávací podmínce v otevřeném zadávacím řízení, že zadavatel nebude na realizaci předmětu veřejné zakázky poskytovat žádné zálohy, považovat za podstatnou změnu zadávacích podmínek.
151. Na této skutečnosti nic nezmění ani fakt, že zadavatel je podle § 34 odst. 4 zákona v průběhu jednacím řízení bez uveřejnění oprávněn si se zájemci sjednat i jiné podmínky plnění, než které byly uvedeny ve výzvě k jednání či v zadávací dokumentaci. Takto sjednané změněné podmínky plnění musí totiž také splňovat předpoklad stanovený v ustanovení § 23 odst. 2 zákona a to, že sjednáním změn podmínek nedojde k podstatné změně zadávacích podmínek předcházejícího zadávacího řízení. V šetřeném případě však sjednáním změn podmínek při jednání v jednacím řízení bez uveřejnění došlo k podstatné změně zadávacích podmínek otevřeného zadávacího řízení, která mohla ovlivnit okruh uchazečů o veřejnou zakázku.
152. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel podstatným způsobem změnil zadávací podmínku poskytnutím zálohy, Úřad považuje za nadbytečné dále zkoumat, jakou formou má být záloha poskytnuta. Podstatná je skutečnost, že má být část finančních prostředků poskytnuta zadavatelem dodavateli dříve, než oproti zadávacím podmínkám otevřeného zadávacího řízení.
153. Zadavatel ve vyjádření ze dne 16. 5. 2014 uvedl argument, že poskytnutí zálohy bylo vyvoláno okolnostmi hodnými zvláštního zřetele, a to nutnost vyčerpat investice ze strany objednavatelů dopravních služeb ještě v roce 2013, protože pokud by k tomu nedošlo, nemusel by zadavatel tyto finanční prostředky znovu obdržet vzhledem ke skutečnosti, že náklady na veřejnou linkovou dopravu se dohadují na každý rok samostatně.
154. K tomu Úřad uvádí, že tento argument zadavatele považuje za irrelevantní ve vztahu k zjištěné podstatné změně zadávacích podmínek, protože okolnosti hodné zvláštního zřetele nejsou jednou z podmínek, za kterých lze zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 1 písm. a) zákona a § 23 odst. 2 zákona. Okolnosti hodné zvláštního zřetele ve spojení s veřejným zájmem lze uplatnit pouze jako důvod pro neuložení zakazu plnění Smlouvy podle § 118 odst. 3 zákona.
155. Zadavatel dále ve svém vyjádření ze dne 20. 2. 2014 uvedl, že podle jeho názoru byl návrh podán neoprávněnou osobou, protože navrhovatel podal námitky proti zadávacím podmínkám otevřeného řízení, kterým zadavatel částečně vyhověl a částečně je zamítl. Následně zadavatel zrušil otevřené řízení, navrhovatel však proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení námitky nepodal. Podle zadavatele měl navrhovatel využít prostředků, které mu dává zákon a domáhat se nápravy již v otevřeném řízení.
156. K tomu Úřad uvádí, že předmětem tohoto správního řízení je přezkoumání postupu zadavatele pouze při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Na této skutečnosti nic nezmění ani fakt, že je vzhledem k předmětu správního řízení nutné přezkoumat i zadávací podmínky otevřeného řízení. Úřad má za to, že návrh byl tedy podán v souladu se zákonem, neboť navrhovatel napadá nezákonný postup zadavatele při zadávání

veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění a domáhá se vydání rozhodnutí o uložení zakazu plnění Smlouvy uzavřené v tomto jednacím řízení bez uveřejnění.

157. K případným dalším skutečnostem namítaným v návrhu, či dalších vyjádřeních navrhovatele se Úřad již samostatně nevyjadřuje, neboť Úřad má za to, že šetření uvedených skutečností by nemohlo mít vliv na výsledek rozhodnutí Úřadu. Uvedený závěr vyplývá např. z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ve věci sp. zn. 2 A 2/99, ze kterého lze vyvodit, že zkoumání dalších důvodů pro uložení nápravného opatření je nadbytečné, existuje-li alespoň jeden oprávněný důvod.
158. S ohledem na výše uvedené skutečnosti rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, tedy, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona (citace viz bod 167. odůvodnění tohoto rozhodnutí) tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 v návaznosti na § 23 odst. 2 a v návaznosti na § 34 odst. 4 zákona, když šetřenou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv pro daný druh zadávacího řízení nebyly splněny podmínky stanovené zákonem, když podstatně změnil zadávací podmínku uvedenou v článku B. bodu 2 „Způsob fakturování“ zadávací dokumentace na původní veřejnou zakázku a dohodl se s vybraným uchazečem na ustanovení čl. 10. „Cena a platební podmínky“ Smlouvy, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 27. 11. 2013 s vybraným uchazečem Smlouvu.

K výroku II. rozhodnutí – neuveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení

159. Podle § 146 odst. 1 zákona, je-li podle tohoto zákona stanovena povinnost k uveřejnění oznámení či zrušení profilu zadavatele, oznámení o zahájení zadávacího řízení, předběžného oznámení, pravidelného předběžného oznámení, oznámení soutěže o návrh, oznámení o subdodávce, oznámení o výsledku zadávacího řízení, souhrnu oznámení o zadání veřejných zakázek na základě rámcové smlouvy, oznámení o zrušení zadávacího řízení nebo soutěže o návrh či jiných údajů, rozumí se tím uveřejnění
- ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157, jde-li o podlimitní veřejnou zakázku a uveřejnění oznámení či zrušení profilu zadavatele nebo souhrnu oznámení o zadání veřejných zakázek na základě rámcové smlouvy,
 - ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157 a Úředním věstníku Evropské unie, jde-li o nadlimitní veřejnou zakázku; v případě veřejné zakázky na služby podle přílohy č. 2 se v Úředním věstníku uveřejňuje pouze oznámení o výsledku zadávacího řízení nebo oznámení týkající se soutěže o návrh.

Za uveřejnění vyhlášení se považuje uveřejnění všech údajů z vyhlášení doručeného zadavatelem.

160. Zadavatel v případech, kdy nebyl povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, může podle § 146 odst. 2 zákona uveřejnit dobrovolně oznámení o záměru uzavřít smlouvu.
161. V šetřeném případě postupoval zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 1 písm. a) zákona.
162. V souladu s ustanovením § 26 odst. 1 zákona zahajuje zadavatel zadávací řízení odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění, nebo odesláním výzvy o zahájení zadávacího řízení, přičemž za výzvu o zahájení zadávacího řízení se pro účely tohoto zákona

podle ustanovení § 26 odst. 3 písm. a) zákona považuje výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění.

163. Podle ustanovení § 34 odst. 1 zákona oznamuje zadavatel v písemné výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění zájemci nebo omezenému počtu zájemců svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení.
164. Na základě výše citovaných ustanovení zákona Úřad uvádí, že zákon neukládá zadavateli povinnost uveřejnit v případě jednacího řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ustanovení § 146 odst. 1 zákona, tj. v případě nadlimitní veřejné zakázky uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek a Úředním věstníku Evropské unie. Jednací řízení bez uveřejnění se zahajuje odesláním výzvy, která může být zaslána i pouze jedinému zájemci. V daném případě však zadavatel postupoval v jednacím řízení podle ustanovení § 23 odst. 1 písm. a) zákona, ačkoliv pro tento postup nebyly naplněny podmínky stanovené zákonem, jak dovodil Úřad výše.
165. Zadavatel měl tedy předmětnou veřejnou zakázku zadat v jiném druhu zadávacího řízení uvedených v § 21 zákona, přičemž zákon u nadlimitních veřejných zakázek (mimo veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění) ukládá zadavateli vždy povinnost uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení. Úřad konstatuje, že zadavatel se nemůže dovolávat toho, že se nedopustil správního deliktu podle zákona s odkazem na svůj předchozí nezákonný postup. Skutečnost, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, pro něj nemůže znamenat zvýhodnění.
166. Na základě provedeného šetření v rámci předmětné veřejné zakázky má Úřad za prokázané, že zadavatel neuveřejnil informace ve Věstníku veřejných zakázek ve smyslu § 146 odst. 1 zákona, a že tak zadavatel ve Věstníku veřejných zakázek neuveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu ve smyslu ustanovení § 146 odst. 2 zákona. S ohledem na výše uvedené dospěl Úřad k závěru, že zadavatel se dopustil spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona (citace viz bod 167. odůvodnění tohoto rozhodnutí) tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výroku III – uložení pokuty

167. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží stanovený postup zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tímto postupem ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
168. Podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona, ačkoli je podle tohoto zákona povinen toto oznámení uveřejnit.
169. V šetřeném případě se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že pro zadání veřejné zakázky zvolil jako druh zadávacího řízení jednací řízení bez uveřejnění, aniž by dodržel podmínky stanovené v ustanovení § 23 odst. 2 zákona v návaznosti na § 34 odst. 4 zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na veřejnou zakázku uzavřel Smlouvu. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a veřejnou zakázku zadal

podle zákona, mohl obdržet nabídky i jiných uchazečů, než které vyzval k podání nabídky, a kteří by nabídli výhodnější plnění než vybraný uchazeč.

170. Dále se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona tím, že uzavřel Smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ustanovení § 146 odst. 1 zákona, ačkoli byl podle zákona povinen toto oznámení uveřejnit.
171. Jelikož zadavatel dne 27. 11. 2013 uzavřel Smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, čímž naplnil skutkovou podstatu správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně také naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, uložil Úřad zadavateli pokutu tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
172. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
173. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřené veřejné zakázce se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podaného návrhu na zahájení správního řízení ze dne 23. 1. 2014, který byl Úřadu doručen dne 24. 1. 2014. K uzavření Smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 27. 11. 2013. Z uvedených údajů je tedy zřejmé, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla.
174. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroci I. a II. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výši sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minorem – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008-67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.
175. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost,

že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu.

176. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že pro stanovení konkrétní výše uložené pokuty je nutné samostatně posuzovat jednotlivé sazby za uvedené správní delikty.
177. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký delikt je v šetřeném případě závažnější, tj. za který z nich je možno uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
178. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) citovaného ustanovení zákona.
179. V daném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona a správního deliktu podle ustanovení 120 odst. 1 písm. c) zákona. Za oba správní delikty lze v souladu s citovaným ustanovením § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
180. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správních deliktů, je v obou případech shodná, u obou správních deliktů je tedy s odkazem na ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona shodná i možná sazba pokuty.
181. S ohledem na to, že oba správní delikty jsou z pohledu zákona stejně závažné, neboť u obou je stanovena stejná výše pokuty, nelze v konkrétním případě v souladu se zásadou absorpce ukládat sankci za závažnější z obou deliktů. V daném případě je nutné uložit pokutu pouze za jeden ze spáchaných správních deliktů a ke druhému přihlídnout v rámci přitěžujících okolností. Úřad přistoupil k uložení pokuty za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí a ke správnímu deliktu ve smyslu ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona přihlédl jako k přitěžující okolnosti.
182. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí podle čl. 10.1. Smlouvy částku ve výši 38 024 320,- Kč bez DPH, což činí částku ve výši 46 009 427,- Kč s DPH, jak to vyplývá z krycího listu nabídky vybraného uchazeče ze dne 19. 11. 2013. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona částku ve výši 4 600 942,70 Kč.
183. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty právnické osobě se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Byl-li uložen zákaz plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 zákona, přihlédne se rovněž k tomu, v jakém rozsahu bylo již ze smlouvy plněno.
184. Z hlediska závažnosti a následků vzal Úřad při stanovení výše pokuty v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších dodavatelů ve výběrovém řízení a narušil tak soutěžní prostředí. Stejně tak Úřad přihlédl ke skutečnosti, že ačkoliv zadavatel zvolil zadávací řízení podle § 23 odst. 1 písm. a) zákona, neoslovil (kromě 2 vyzvaných zájemců) více možných potenciálních dodavatelů, ačkoliv tak učinit mohl a svým postupem se připravil o možnost obdržet více nabídek.

185. Zadavatel v šetřeném případě postupoval způsobem, že přistoupil k uzavření Smlouvy s vybraným uchazečem v rámci jednacím řízení bez uveřejnění. Postup, kdy zadavatelé při zadávání veřejné zakázky postupují sice v rámci režimu zákona, ale pro jimi zvolený postup nebyly naplněny podmínky stanovené zákonem, dosahuje závažného stupně intenzity porušení zákona, neboť zadavatelé tím v rozporu se zákonem výrazně omezují, resp. vylučují, soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 odst. 1 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky pro realizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Úřad má proto za prokázané, že postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků a zejména s ohledem na předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
186. V posuzovaném případě se tedy jednalo o správní delikt svým charakterem jedním z nejzávažnějších. Následkem jednání zadavatele je stav, kdy došlo k uzavření Smlouvy, kterému nepředcházelo druh zadávacího řízení požadovaný zákonem. Zadávací řízení, které zadavatel v rámci předmětné veřejné zakázky použil, bylo stíženo v tomto rozhodnutí uvedenými vadami, které zapříčinily nemožnost jeho legitimního použití v daném případě.
187. Jako polehčující okolnost v daném případě Úřad shledává skutečnost, že i když zadavatel zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv k tomu nebyly splněny zákonem stanovené podmínky, a ačkoliv mohl vyzvat k podání nabídky pouze jednoho zájemce, vyzval k podání nabídky dva zájemce, v důsledku čehož obdržel alespoň dvě nabídky, které vzájemně porovnával, čímž nevyloučil zcela soutěžní prostředí.
188. Naopak jako k přitěžující okolnosti Úřad přihlédl k tomu, že zadavatel se rovněž dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, tedy bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ustanovení § 146 odst. 1 zákona, ačkoli byl podle zákona povinen toto oznámení šetřené veřejné zakázky uveřejnit.
189. Při určení výměry pokuty se Úřad v souladu s ustanovením § 121 odst. 2 věta druhá zákona zabýval otázkou, v jakém finančním rozsahu bylo ze Smlouvy plněno.
190. K tomu Úřad uvádí, že v článku 18 „Závěrečná ustanovení“ Smlouvy je mimo jiné uvedeno, že Smlouva nabývá účinnosti okamžikem jejího uzavření smluvními stranami (Smlouva byla oběma stranami podepsána dne 27. 11. 2013, pozn. Úřadu). V článku 10 „Cena a platební podmínky“ Smlouvy je obsažena informace, že vybraný uchazeč je oprávněn vystavit zadavateli daňový doklad za předané dílčí plnění dle jednotlivých částí plnění dle článku 3. této Smlouvy, nejdříve v den protokolárního převzetí plnění, tj. akceptace plnění zadavatelem. K tomu Úřad dodává, že zadavatel na základě usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-7511/2014/513/KSt ze dne 2. 5. 2014 sdělil, že podle již uhrazených daňových dokladů byla veřejná zakázka plněna ve výši 15 171 600,- Kč bez DPH (ve výši 18 357 636,- Kč s DPH).

191. Současně však zadavatel odkázal na harmonogram plnění, podle kterého probíhá plnění po věcné stránce. Z uvedeného harmonogramu plnění např. vyplývá, že dodání backoffice software bylo sjednáno do dne 20. 12.2013. Odbavovací zařízení má být dodáváno postupně a to 100 kusů odbavovacího zařízení do dne 20. 12. 2013, dalších 200 kusů odbavovacího zařízení do dne 20. 2. 2014, dalších 200 kusů odbavovacích zařízení do dne 21. 4. 2014 a posledních 260 kusů odbavovacího zařízení do dne 20. 6. 2014. Montáž první dodané sady odbavovacích zařízení však byla zahájena až dne 1. 5. 2014, a montáže dalších sad následují ode dne 2. 6. 2014, dne 1. 7. 2014 a dne 1. 8. 2014.
192. Jestliže má Úřad při určení výměry pokuty posoudit, v jakém finančním rozsahu bylo ze Smlouvy již plněno, pak jestliže zadavatel uhradil dosud částku ve výši 18 357 636,- Kč s DPH, představuje tato částka cca 40% z celkové ceny sjednané za realizaci předmětu plnění šetřené veřejné zakázky ve výši 46 009 427,- Kč s DPH.
193. Dále vzal Úřad při stanovení výše pokuty v úvahu i rozsah věcného plnění podle harmonogramu plnění. Úřad z harmonogramu plnění zjistil, že zadavateli mělo být k 20. 6. 2014 dodáno již všech 760 kusů odbavovacího zařízení, což tedy představuje 100% odbavovacích zařízení. Jak dále vyplývá z harmonogramu plnění od 1. 5. 2014 probíhá montáž 100 kusů dodaných sad odbavovacích zařízení a od 2. 6. 2014 montáž dalších 200 kusů sad dodaných odbavovacích zařízení. Probíhá tedy montáž 300 kusů odbavovacích zařízení, což odpovídá cca 39% z celkem 760 požadovaných kusů odbavovacího zařízení.
194. V návaznosti na uvedené skutečnosti týkající se rozsahu věcného plnění veřejné zakázky Úřad uvádí, že v návaznosti na § 118 odst. 2 zákona přihlédl při určení výměry pokuty rovněž k této skutečnosti. Protože již bylo podle harmonogramu plnění dodáno všech 760 kusů sad odbavovacího zařízení a probíhá montáž cca 39% odbavovacích zařízení, přistoupil Úřad v šetřeném případě k uložení vyšší pokuty.
195. Pro úplnost Úřad dodává, že zahájení podpory a údržby systému má být podle harmonogramu plnění zahájeno dne 22. 8. 2014. Úhrada za tuto část plnění veřejné zakázky tak dosud není obsažena v již poskytnutém finančním plnění. Úhrada spojená s poskytováním školení určených pracovníků zadavatele bude zahrnuta v úhradě za podporu a údržbu systému.
196. Úřad při stanovení výše pokuty vzal v potaz skutečnosti vyplývající z veřejně dostupných informací uveřejněných na internetových stránkách <https://or.justice.cz>, a to v části veřejného rejstříku a sbírky listin. Ve sbírkách listin Úřad našel uveřejněnou výroční zprávu zadavatele za rok 2012. Výroční zpráva zadavatele za rok 2013 do dne vydání tohoto rozhodnutí nebyla na uvedené internetové adrese uveřejněna. Z informací obsažených v bodu 7. „Výsledky hospodaření k 31. 12. 2012“ uvedené Výroční zprávy za rok 2012 vyplývá, že: „Po provedení výpočtu daně z příjmu splatné a odložené, vykazuje společnost zisk ve výši 27 561 tis. Kč.“ Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty 300 000,- Kč nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje, považovat za likvidační.
197. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má obecně plnit dvě základní funkce, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení jeho porušování, resp. k jednání, které je s ním v souladu. Po zvážení všech

okolností šetřeného případu a uvážení všech argumentů, Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil její výši stanovenou na 300 000,- Kč, což je ve výši cca 6,5% z maximální možné výše pokuty, vzhledem k souvislostem případu a ve vztahu k výše uvedenému, a to zejména s ohledem na okolnosti, za nichž byly správní delikty spáchány, jako dostačující. Úřad má za to, že stanovená výše pokuty naplňuje dostatečně obě výše uvedené funkce právní odpovědnosti.

198. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem k zjištěným správním deliktům zadavatele přistoupil k uložení pokuty, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
199. Pokuta uložená zadavateli ve výroku III. tohoto rozhodnutí je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

K výroku IV rozhodnutí – zákazu plnění smlouvy

200. Podle § 114 odst. 2 písm. a) zákona lze po uzavření smlouvy podat návrh pouze proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení.
201. Stěžovatel může podle § 110 odst. 7 zákona podat návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 zákona bez předchozího podání námitek.
202. Podle § 118 odst. 2 zákona Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 114 odst. 2 zákona uloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud se zadavatel
- a) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona a postupoval v souladu s § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona,
 - b) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d) zákona, nebo
 - c) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně postupuje podle § 82 odst. 3 zákona.
203. Z výše uvedeného ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona vyplývá, že zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku může Úřad uložit pouze na návrh, nikoliv z moci úřední. Podmínkou pro podání návrhu na zákaz plnění smlouvy pak není předchozí podání námitek, jak je tomu u ostatních návrhů, jimiž navrhovatel napadá postup zadavatele. Jak vyplývá z tohoto již výše citovaného ustanovení, základním předpokladem pro uložení zákazu plnění ze smlouvy je zde skutečnost, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona. To, že se zadavatel v šetřeném případě tohoto správního deliktu dopustil, dovodil Úřad již výše v rámci odůvodnění tohoto rozhodnutí.
204. Citované ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona vylučuje uložení zákazu plnění smlouvy v případě, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona a postupoval v souladu s § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 115 odst. 5 zákona, přičemž obě tyto podmínky musí být splněny kumulativně.
205. K otázce uveřejnění dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu Úřad uvádí, že podle § 146 odst. 2 zákona může zadavatel v případech, kdy nebyl povinen uveřejnit oznámení

o zahájení zadávacího řízení, uveřejnit dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu, případně tak může zadavatel postupovat v případě, kdy byl ze zákona povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, ale neučinil tak. Řádné uveřejnění oznámení o záměru uzavřít smlouvu spolu s postupem podle § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona vylučuje uložení zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona. Jelikož uveřejnění tohoto oznámení vyvolává ve vztahu k posouzení postupu zadavatele, resp. při rozhodování o uložení nápravného opatření tak závažné důsledky, je třeba vždy zkoumat, zda oznámení o záměru uzavřít smlouvu bylo v daném konkrétním případě skutečně řádně uveřejněno, tedy zda konkrétní oznámení zejména po obsahové stránce naplňuje účel tohoto institutu.

206. Jak vyplývá z § 118 odst. 2 písm. a) zákona, zadavatel mohl své pochybení napravit, pokud by uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona, a když by zároveň postupoval v souladu s § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona. Úřad však na základě vlastní činnosti zjistil, že zadavatel dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu způsobem podle § 146 odst. 1 zákona neuveřejnil.
207. Na základě výše uvedených skutečností má Úřad za prokázané, že zadavatel neuveřejnil oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona. Z uvedeného důvodu není již třeba zkoumat, zda zadavatel dodržel postup podle § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona, neboť pro neuložení zákazu plnění smlouvy by muselo dojít ke kumulaci výše uvedených podmínek, což v šetřeném případě nenastalo.
208. Z uvedeného vyplývá, že Úřad může podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona rozhodnout o uložení zákazu plnění Smlouvy, neboť se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, když neuveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek, ani v Úředním věstníku Evropské unie oznámení o zahájení zadávacího řízení, přičemž ani neuveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona.
209. Podle § 118 odst. 5 zákona písm. b) zákona však Úřad návrh zamítne, pokud byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle odstavce 2, ale zadavatel prokáže naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle odstavce 3 nebo naplnění důvodu podle odstavce 4.
210. Úřad podle § 118 odst. 3 zákona neuloží zákaz plnění smlouvy podle odstavce 2, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadují pokračování plnění smlouvy. Ekonomický zájem na plnění smlouvy může být považován za takový důvod pouze za výjimečných okolností, kdy by přerušení plnění smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou zakázkou, zejména náklady vyplývající z prodlení při plnění zakázky, náklady spojené se zahájením nového zadávacího řízení, náklady spojené se změnou subjektu plnění zakázky a náklady spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zákazu plnění smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění smlouvy.
211. Současně Úřad podle § 118 odst. 4 zákona neuloží zákaz plnění smlouvy tehdy, pokud by důsledky tohoto zákazu závažným způsobem ohrozily existenci širšího obranného nebo bezpečnostního programu, který má zásadní význam z hlediska bezpečnostních zájmů České republiky.

212. Vzhledem k § 118 odst. 3 zákona proto musí Úřad nejdříve posoudit, zda v konkrétním šetřeném případě neexistují důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadující pokračování plnění smlouvy, resp. které vylučují uložení zákazu plnění této Smlouvy.
213. Pojem „veřejný zájem“ je typickým neurčitým právním pojmem, který musí být v případě potřeby ve správním řízení definován, a to s ohledem na konkrétní okolnosti projednávaného případu, neboť jeho obsah a rozsah se může měnit. Musí se jednat o takový zájem, který lze označit za obecný či veřejně prospěšný, případně za zájem společnosti jako celku. Takový zájem přitom nemůže být v rozporu s platnými právními předpisy. Obecně platí, že správní orgány by neměly veřejný zájem samy aktivně konstruovat a definovat, veřejný zájem musí vyplývat vždy přímo z právní úpravy. V této souvislosti Úřad uvádí, že právní předpisy ve většině případů veřejný zájem přímo nedefinují, a ten je tak třeba dovodit ze smyslu a účelu příslušné právní úpravy. V konkrétním správním řízení může nastat i situace, kdy několik veřejných zájmů stojí proti sobě a objektivně není možné, aby přijaté řešení bylo v souladu se všemi veřejnými zájmy, které s rozhodovanou věcí souvisejí. Je pak na správním orgánu, aby pokud možno rozhodl tak, aby žádný z dotčených veřejných zájmů nebyl na úkor ostatních popřen. Naznačený postup při interpretaci tohoto neurčitého právního pojmu vyplývá i z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28.7.2005, sp. zn. 5 Afs 151/2004.
214. Úřad v posuzovaném případě vyšel z toho, že aby mohl být určitý zájem označen za veřejný, je třeba, aby se jednalo o zájem, jehož nositelem je společnost, resp. aby se jednalo o takový zájem, který je možno označit za obecně prospěšný. Veřejný zájem je třeba zpravidla dovodit ze smyslu a účelu právní úpravy, přičemž není vyloučena ani situace, kdy několik veřejných zájmů stojí proti sobě a objektivně není možné, aby přijaté řešení bylo v souladu se všemi veřejnými zájmy, které s rozhodovanou věcí souvisejí. Je pak na správním orgánu, aby pokud možno rozhodl tak, aby žádný z dotčených veřejných zájmů nebyl na úkor ostatních popřen.
215. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S68/2014/VZ-2139/2014/513/KSt ze dne 3. 2. 2014 vyzval zadavatele mimo jiné ke sdělení případných důvodů pro pokračování plnění Smlouvy ve smyslu § 118 odst. 3 zákona.
216. Zadavatel se k důvodům pro pokračování Smlouvy ve smyslu § 118 odst. 3 zákona vyjádřil v závěru vyjádření ze dne 15. 4. 2014, když navrhl Úřadu, aby, pokud nezamítne návrh podle § 118 odst. 5 písm. a) či c) zákona, ať při svém rozhodnutí zohlední skutečnosti ve smyslu § 118 odst. 3 zákona a návrh zamítne podle § 118 odst. 5 písm. b) zákona. Zadavatel nicméně v citovaném vyjádření neuvedl žádné důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem, které by měly být důvodem pro neuložení zákazu plnění Smlouvy.
217. K důvodům pro pokračování Smlouvy ve smyslu § 118 odst. 3 zákona se zadavatel vyjádřil až dne 16. 5. 2014, když uvedl, že změna zadávací podmínky spočívající v poskytnutí zálohy a vinkulaci zálohy na zvláštním účtu byla vyvolána okolnostmi hodnými zvláštního zřetele. K tomu zadavatel dále uvedl, že je v rámci smluv na zajištění provozování veřejné linkové dopravy vázán časovým omezením pro realizaci této investice ze strany objednatelů dopravních služeb. Nová odbavovací zařízení budou zabudována pouze na linkách vedených v závazku veřejné služby v rámci základní dopravní obslužnosti objednávané kraji, městy a obcemi. Na tyto služby jsou vázány investiční prostředky poskytnuté na časově omezenou

dobu a to vždy na konkrétní nákladovou položku. S ohledem na ohrožení realizace projektu obnovy odbavovacího systému bylo nutné zohlednit dostupnost investičních prostředků v jednotlivých letech. Proto se až v rámci probíhajícího jednacího řízení bez uveřejnění začaly řešit zálohy v rámci smluv uzavřených mezi zadavatelem a Moravskoslezským krajem. Poté bylo nutné tyto zálohy přenést i do Smlouvy, aby bylo možné tyto prostředky uplatnit již ve vyúčtování závazku veřejné služby za rok 2013. V opačném případě by zadavatel již nemusel finanční prostředky od kraje obdržet a v dalším období by mu nemusela být poskytnuta adekvátní náhrada s ohledem na nutnost dohadovat náklady na veřejnou linkovou dopravu na každý rok samostatně. Zadavatel je přesvědčen, že tuto změnu vzniklou objektivními důvody hodnými zvláštního zřetele, nelze přičítat k jeho tíži.

218. Úřad k výše uvedenému konstatuje, že mezi činnosti podnikání zadavatele patří i dopravní služby a to především autobusová doprava. Jak vyplývá z internetové stránky zadavatele www.arriva-morava.cz, provozuje zadavatel jak městskou hromadnou dopravu v několika městech, tak dopravu v rámci integrovaného dopravního systému, i dálkovou či zájezdovou dopravu.
219. Činnost zadavatele v zajištění provozování veřejné linkové dopravy na linkách vedených v závazku veřejné služby v rámci základní dopravní obslužnosti objednávané kraji, městy a obcemi lze podle Úřadu označit za činnost vykonávanou v určitém veřejném zájmu.
220. V daném případě je tedy třeba posoudit, zda jsou dány důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadující pokračování plnění Smlouvy, resp. zda tyto důvody bylo možné na základě zadavatelem uvedených skutečností v souladu s ustanovením § 118 odst. 5 písm. b) zákona seznat.
221. Úřad především konstatuje, že vzhledem k tomu, že je v případě existence takových důvodů povinen zákaz plnění smlouvy neuložit, resp. návrh na jeho uložení podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. b) zákona zamítnout, je třeba ustanovení § 118 odst. 3 zákona vykládat v souladu s obecnými právními zásadami restriktivně, a to z následujících důvodů. Ustanovení § 118 odst. 3 představuje výjimku z pravidla upraveného v § 118 odst. 2 zákona, které zajišťuje, že v případech tam uvedených dojde k nápravě nezákonného stavu (tj. stavu, kdy zadavatel postupoval, a to kvalifikovaným způsobem, v rozporu se zákonem) mimo jiné tím, že smlouva, která byla uzavřena v rozporu se zákonem (a tedy v rozporu s veřejným zájmem zákonem sledovaným, tj. zájmem na zabezpečení soutěže dodavatelů o předmět veřejné zakázky, jejímž cílem je dosáhnout efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů), nebude moci být plněna. V případě důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem podle § 118 odst. 3 zákona se tak musí jednat o tak závažné důvody, které převáží veřejný zájem sledovaný zákonem.
222. Důkazní břemeno ohledně existence důvodů hodných zvláštního zřetele jak vyplývá z ustanovení § 118 odst. 5 písm. b) nese osoba, která se jich dovolává.
223. Zadavatel ve vyjádřeních neuvedl okolnosti hodné zvláštního zřetele, pro které provedl změnu zadávací podmínky v tom smyslu, že poskytl vybranému uchazeči zálohu na realizaci předmětu veřejné zakázky. Pouze sdělil, že byla potřeba vyčerpat investiční prostředky poskytnuté mu krajem ještě v roce 2013. Zadavatel ve vyjádřeních neuvedl žádný konkrétní důvod, pro který by neměl být zákaz plnění Smlouvy Úřadem uložen. Zároveň neuvedl, jaké následky by mu při uložení zákazu plnění Smlouvy nastaly. Pouze z vyjádření zadavatele ze

dne 20. 2. 2014 je zřejmé, že k výměně odbavovacích zařízení dochází s ohledem na kritický stav odbavovacího zařízení.

224. Zadavatel v daném případě sám nepoukázal na možné dopady v případě uložení zákazu plnění z předmětné Smlouvy, nicméně Úřad v bodu 218. odůvodnění tohoto rozhodnutí dospěl k závěru, že činnost zadavatele lze označit za činnost v určitém veřejném zájmu. K tomu Úřad uvádí, že Ústavní soud k otázce definování veřejného zájmu ve správním řízení již několikrát vyložil, že „veřejný zájem v konkrétní věci by měl být zjišťován v průběhu správního řízení na základě poměrování nejrůznějších partikulárních zájmů, po zvážení všech rozporů a připomínek. Z odůvodnění správního rozhodnutí pak musí zřetelně vyplynout, proč veřejný zájem převážil nad řadou jiných partikulárních zájmů. Veřejný zájem je třeba nalézt v procesu rozhodování ...“ (nález ze dne 28. 6. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 24/04).
225. Úřad v daném případě zdůrazňuje skutečnost, že je současně nutno přihlídnout k tomu, že veřejný zájem je naplňován i prostřednictvím zadávání veřejných zakázek podle zákona. Účelem zadávacího řízení je zabezpečit soutěž dodavatelů o předmět veřejné zakázky, jejímž cílem je dosáhnout efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů. Zadavatel by měl zajistit, aby byly veřejné rozpočty spotřebovávány řádně a efektivně, na základě hodnocení nabídek a bez jakéhokoliv druhu zvýhodňování některého z uchazečů.
226. K důvodům pro pokračování plnění smlouvy Úřad uvádí, že zadavatel neuvedl žádný konkrétní důvod, pro který by mu neměl být zákaz plnění Smlouvy uložen. Současně neuvedl žádný konkrétní následek, jaký by mu uložený zákaz plnění Smlouvy způsobil.
227. Zadavatel pouze jako důvody zvláštní hodného zřetele uvádí poskytnutí finančních prostředků od objednatelů dopravních služeb, které jsou vázány na konkrétní rok. Jak však vyplývá z § 118 odst. 3 zákona, ekonomický zájem na plnění smlouvy může být považován za důvod hodný zvláštního zřetele pouze za výjimečných okolností a musí se jednat o takový ekonomický zájem, kdy by přerušení plnění Smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Touto výjimečnou okolností by podle zadavatele mělo být poskytnutí finančních prostředků na nákup odbavovacích zařízení ze strany objednatelů dopravních služeb v roce 2013.
228. K uvedeným skutečnostem Úřad uvádí, že pokud bude zákaz plnění Smlouvy uložen a zadavatel tak nebude moci dokončit výměnu starých v technicky špatném stavu odbavovacích zařízení za nová odbavovací zařízení, neznamená to, že mu bude fakticky zcela znemožněno poskytovat služby, které poskytuje v určitém veřejném zájmu, tedy že mu bude znemožněno poskytovat dopravní služby ve prospěch jejich objednatelů.
229. Současně ekonomické zájmy na plnění Smlouvy nelze v šetřené veřejné zakázce považovat za výjimečné okolnosti. Zadavatel ve vyjádření ze dne 16. 5. 2014 uvedl, že by již nemusel finanční prostředky obdržet v dalším roce, protože se náklady na veřejnou linkovou dopravu dohadují pro každý rok samostatně. Nicméně zadavatel tímto sdělením zcela nevyločil, že by si získání těchto finančních prostředků již nikdy nemohl dohodnout.
230. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel neuvedl žádné jiné důvody, pro které by mu neměl být uložen zákaz plnění Smlouvy, zadavatel tak podle Úřadu neprokázal existenci důvodů hodných zvláštního zřetele, pro které by mu neměl být zákaz plnění Smlouvy uložen.
231. Na základě výše uvedených skutečností rozhodl Úřad podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona tak, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí, neboť podle jeho názoru se vzhledem ke

zjištěnému stavu věci jedná o nejúčinnější způsob obnovení hospodářské soutěže a vytvoření nových obchodních příležitostí pro hospodářské subjekty, které byly protiprávně zbaveny možnosti účastnit se soutěže.

232. Nad rámec již uvedeného Úřad dodává, že ještě ověřil, zda v šetřeném případě nejsou dány důvody pro neuložení zákazu plnění Smlouvy podle § 118 odst. 4 zákona. Po přezkoumání povahy veřejné zakázky Úřad následně existenci důvodů předvídaných § 118 odst. 4 zákona v šetřeném případě vyloučil, neboť uložím zákazu plnění Smlouvy nemůže dojít k ohrožení existence širšího obranného nebo bezpečnostního programu, jenž má zásadní význam z hlediska bezpečnostních zájmů České republiky.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu, a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Mgr. Jan Toman, advokát, Pařížská 1076/7, 110 00 Praha 1
2. Advokátní kancelář Perthen, Perthenová, Švadlena a partneři s. r. o., Velké náměstí 135/19, 500 03 Hradec Králové
3. TELMAX s. r. o., Na Stráni 511, 566 01 Vysoké Mýto

Vypraveno dne

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy