



UOHSX006QSIK

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S843,844/2014/VZ-5085/2015/541/MSc

Brno 20. února 2015

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve společném správním řízení sp. zn. S843,844/2014/VZ zahájeném dne 20. 10. 2014 z moci úřední a spojeném dne 22. 10. 2014, jehož účastníkem je zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s možným nedodržením závazného postupu zadavatele ve veřejných zakázkách:

- „Servisní podpora letounu CL-601 3A Challenger poznávací značky 5105“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 4. 10. 2013, jehož zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 1. 2014 pod ev. č. 359714, a
- „Servisní a technická podpora letounu CL-601“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 19. 3. 2012, jehož zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 6. 12. 2012 pod ev. č. 240014,

rozhodl takto:

Společné správní řízení vedené ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – ve veřejných zakázkách „Servisní podpora letounu CL-601 3A Challenger poznávací značky 5105“ a „Servisní a technická podpora letounu CL-601“ se podle § 117a písm. d) zákona

č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 (dále jen „zadavatel“) – ve věci možného porušení zákona při zadávání veřejné zakázky „Servisní podpora letounu CL-601 3A Challenger poznávací značky 5105“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 4. 10. 2013, jehož zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 14. 1. 2014 pod ev. č. 359714 (dále jen „veřejná zakázka 2013“). Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal stanovisko a dokumentaci o veřejné zakázce 2013.
2. Dále si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci o veřejné zakázce „Servisní a technická podpora letounu CL-601“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 19. 3. 2012, jehož zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 6. 12. 2012 pod ev. č. 240014 (dále jen „veřejná zakázka 2012“). Z obdržené dokumentace o veřejných zakázkách Úřad zjistil následující skutečnosti.

II. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

Veřejná zakázka 2012

3. V průvodním listu veřejné zakázky 2012 ze dne 17. 1. 2012 bylo uvedeno, že dotčená veřejná zakázka 2012 se navrhuje zadat v jednacím řízení bez uveřejnění. K navrženému způsobu zadání veřejné zakázky bylo dále uvedeno, že splnění podmínek pro využití jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona je doloženo provedeným průzkumem trhu, ze kterého vyplývá, že budoucí dodavatel – OMNIPOL a.s., IČO 25063138, se sídlem Nekázanka 880/11, 112 21 Praha 1 (dále jen „vybraný uchazeč“) – je schopen plnit předmět veřejné zakázky. Zadavatel dále uvedl, že realizací veřejné zakázky 2012 jiným dodavatelem by došlo k technické neslučitelnosti z důvodů:
 - a) vybraný uchazeč zajišťuje služby prostřednictvím subdodavatele, autorizovaného servisního střediska RUAG, a „*neuzavřením smlouvy s OMNIPOLEM a.s., na program SMART PARTS, jsme (zadavatel) považováni za nového uživatele s příslušným uhrazením vstupního poplatku ve výši cca 55 000,- USD, včetně navýšení zálohově placené letové hodiny oproti původním sazbám (...)* Pozastavení těchto programů by přineslo technické problémy, např. u programu CAMP Systems, kdy letoun by byl veden bez údržby. Navíc opětovné vstoupení znamená vyšší prvotní náklady, včetně ztráty sledovaných údajů. Neuzavřením další smlouvy na opravu, údržbu a servis letounu CL-601 s firmou OMNIPOL a.s., bude tato společnost nucena vypovědět stávající smlouvu SMART PARTS Program s firmou Bombardier Aerospace, Kanada. Její případné obnovení v budoucnosti však bude pro MO prakticky nemožné, protože

podmínkou vstupu do programu SMART PARTS je počáteční vklad, který MO nedokáže v souladu se svými účetními pravidly složit“,

- b) nedodržením základních programů údržby se letoun CL-601 stává neprovozuschopným, jak z důvodu neprovedené údržby, tak nevybavením potřebnou aktualizovanou letovou dokumentací,
 - c) změna dodavatele by znamenala vybudování nového systému spolupráce a hrozilo by vážné narušení provozu letounu.
4. Zadávací řízení na veřejnou zakázku 2012 zahájil zadavatel odesláním výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 19. 3. 2012.
 5. Předmětem veřejné zakázky 2012 byla dle bodu 1. zadávací dokumentace servisní podpora letounu CL-601 3A Challenger poznávací značky 5105 zahrnující provádění oprav, údržby, servisu a zabezpečení školení posádek a technického personálu.
 6. Jak dále vyplývá z příslušné výzvy k jednání, zadavatel zadal předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu, že plnění může být zajištěno pouze vybraným uchazečem.
 7. Vybraný uchazeč ve své nabídce předložil potvrzení ze dne 28. 9. 2011 vystavené servisním střediskem RUAG, ve kterém je uvedeno, že toto servisní středisko působí jako subdodavatel vybraného uchazeče „s odkazem na dodávky náhradních dílů pro letoun Challenger 601-3A, ve Smart Parts programu a programu MSP-APU. Toto zahrnuje i opravy a modifikace letounu Challenger 601-3A výrobního čísla 5105 a školení. S odkazem na výše uvedené letadlo, RUAG spolupracuje s OMNIPOLem na základě exkluzivity“. Citované potvrzení je platné do konce roku 2012. Součástí nabídky vybraného uchazeče je dále čestné prohlášení ze dne 28. 3. 2012, kterým vybraný uchazeč prohlašuje, že „do 30. listopadu 2014 je v platnosti SMART PARTS AGREEMENT č. SP-5105-36, který nahrazuje původní Smart Parts Program č. SP-5105-34, určený pro poskytování služeb Smart Parts pro Challenger 601 3A, výrobního čísla 5105. Zájemce dále prohlašuje, že je jedinou smluvní stranou pro firmu Bombardier Aerospace Kanada v tomto programu (smlouvě), a že tento program je určen pouze a výhradně pro letoun CL-601 3A Challenger výrobního čísla 5105“.
 8. Součástí nabídky vybraného uchazeče je dále přípis ze dne 2. 12. 2011, ve kterém výrobce letounu Bombardier potvrdil, že s vybraným uchazečem podepsal smlouvu Smart Parts SP-5105-36 platnou do 30. 11. 2014, přičemž „tato smlouva SP-5105-36, ve které je Ompol a.s. výhradní smluvní stranou pro Bombardier Inc., je určena pro poskytování služeb Smart Parts pro Challenger 601-3A, výrobního čísla 5105“.
 9. Dne 30. 5. 2012 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, tj. nabídky vybraného uchazeče. V tomto rozhodnutí zadavatel mimo jiné uvedl, že vybraný uchazeč je „držitelem platného pověření servisního střediska RUAG Aerospace Services GmbH, o exkluzivní spolupráci, týkající se poskytování dodávek náhradních dílů, oprav a modifikací letounu CL-601, včetně poskytování školení v rámci programů SMART PARTS, MSP-APU A CAMP systems na letounu CL-601, a to na základě exkluzivity udělené výrobcem letounu CL-601 Bombardier Aerospace, Kanada. Letoun CL-601 převzala AČR v roce 1999 od Státního leteckého útvaru Ministerstva vnitra ČR do používání ve vojenském letectvu AČR, a to se všemi právy a povinnostmi vyplývajícími ze smlouvy o dodávce letounu CL-601 uzavřené mezi MV ČR

a společností OMNIPOL a.s., včetně podmínek provádění pozáručního servisu. Společnost OMNIPOL a.s. je tak jediným subjektem, který může tuto veřejnou zakázku realizovat“.

10. Následně zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel dne 4. 6. 2012 smlouvu č. 122800243 o servisní podpoře letounu s dobou plnění nejpozději do 31. 10. 2013 a s cenou plnění ve výši maximálně 35 mil. Kč včetně DPH (29 166 666,66 Kč bez DPH).
11. Dne 11. 10. 2013 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dodatek č. 2 k výše uvedené smlouvě, kterým došlo k navýšení ceny za poskytované služby na částku 42 048 883,90 Kč včetně DPH (34 958 253,95 Kč bez DPH).

Veřejná zakázka 2013

12. Zadávací řízení na veřejnou zakázku 2013 zahájil zadavatel odesláním výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 4. 10. 2013.
13. Předmětem veřejné zakázky 2013 byla dle bodu 1. zadávací dokumentace servisní podpora letounu CL-601 3A Challenger poznávací značky 5105 zahrnující provádění oprav, údržby servisu a dodávek náhradních dílů v rámci plánované, neplánované a speciální údržby, zabezpečení školení posádek a technického personálu.
14. Jak dále vyplývá ze zadávací dokumentace, zadavatel zadal předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu, že plnění může být zajištěno pouze jediným dodavatelem – vybraným uchazečem.
15. Vybraný uchazeč ve své nabídce předložil potvrzení ze dne 7. 10. 2013 vystavené servisním střediskem RUAG, ve kterém je uvedeno, že toto servisní středisko působí jako subdodavatel vybraného uchazeče „s odkazem na dodávky náhradních dílů pro letoun Challenger 601-3A, ve Smart Parts programu a programu MSP-APU. Toto zahrnuje i opravy a modifikace letounu Challenger 601-3A výrobního čísla 5105 a školení. S odkazem na výše uvedené letadlo, RUAG spolupracuje s OMNIPOLem na základě exkluzivity“. Citované potvrzení je platné do konce roku 2015. Součástí nabídky vybraného uchazeče je dále čestné prohlášení ze dne 9. 10. 2013, kterým vybraný uchazeč prohlašuje, že „do 30. listopadu 2014 je v platnosti smlouva, kterou uzavřel s výrobcem letounu CL-601 společností Bombardier Aerospace, Kanada o efektivním dodávání náhradních dílů – SMART PARTS AGREEMENT č. SP-5105-36, která nahrazuje původní Smart Parts program č. SP-5105-34, určený pro poskytování služeb Smart Parts pro Challenger 601 3A, výrobního čísla 5105. Zájemce dále potvrzuje, že je jediným smluvním partnerem Bombardier Aerospace v uvedeném programu (smlouvě), a že tento program je určen výhradně pro letoun CL-601 3A Challenger, výrobního čísla 5105“.
16. Součástí dokumentace o veřejné zakázce je dále přípis ze dne 2. 12. 2011, ve kterém výrobce letounu Bombardier potvrdil, že s vybraným uchazečem podepsal smlouvu Smart Parts SP-5105-36 platnou do 30. 11. 2014, přičemž „tato smlouva SP-5105-36, ve které je Omnipol a.s. výhradní smluvní stranou pro Bombardier Inc., je určena pro poskytování služeb Smart Parts pro Challenger 601-3A, výrobního čísla 5105“.
17. Dne 9. 12. 2013 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, tj. nabídky vybraného uchazeče. V tomto rozhodnutí zadavatel mimo jiné uvedl, že vybraný uchazeč je „držitelem platného pověření servisního střediska RUAG Aerospace Services GmbH, o exkluzivní spolupráci, týkající se poskytování dodávek náhradních dílů, oprav a modifikací letounu CL-601, včetně poskytování školení v rámci programů SMART PARTS, MSP-APU A CAMP Systems

na letounu CL-601, a to na základě exkluzivity udělené výrobcem letounu CL-601 Bombardier Aerospace, Kanada. Letoun CL-601 převzala AČR v roce 1999 od Státního leteckého útvaru Ministerstva vnitra ČR do používání ve vojenském letectvu AČR, a to se všemi právy a povinnostmi vyplývajícími ze smlouvy o dodávce letounu CL-601 uzavřené mezi MV ČR a společností OMNIPOL a.s., včetně podmínek provádění pozáručního servisu. Společnost OMNIPOL a.s. je tak jediným subjektem, který může tuto veřejnou zakázku realizovat“.

18. Následně zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel dne 12. 12. 2013 smlouvu č. 135200162 o servisní podpoře letounu s dobou plnění do 30. 11. 2016 a s cenou plnění ve výši maximálně 194 876 283,80 Kč včetně DPH (161 054 780,- Kč bez DPH).
19. Na základě posouzení obsahu obdržené dokumentace o veřejných zakázkách získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele ve veřejných zakázkách 2012 a 2013 s ustanovením § 21 odst. 2 zákona a § 23 odst. 4 písm. a) zákona, resp. zda se zadavatel nedopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. V uvedené věci proto Úřad zahájil podle § 113 zákona správní řízení z moci úřední.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

20. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem při zadávání veřejné zakázky 2012 oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S844/2014/VZ-21871/2014/541/MSc ze dne 20. 10. 2014, ve kterém ho zároveň seznámil se zjištěnými skutečnostmi, jež se týkaly jeho postupu při zadávání předmětné veřejné zakázky. Dnem 20. 10. 2014, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo zahájeno správní řízení podle § 113 zákona v návaznosti na § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), vedené Úřadem pod sp. zn. S844/2014/VZ.
21. Zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem při zadávání veřejné zakázky 2013 oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S843/2014/VZ-21866/2014/541/MSc ze dne 20. 10. 2014, ve kterém ho zároveň seznámil se zjištěnými skutečnostmi, jež se týkaly jeho postupu při zadávání předmětné veřejné zakázky. Dnem 20. 10. 2014, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo zahájeno správní řízení podle § 113 zákona v návaznosti na § 46 odst. 1 správního řádu vedené Úřadem pod sp. zn. S843/2014/VZ.
22. Účastníkem uvedených správních řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
23. Usnesením č. j. ÚOHS-S843,844/2014/VZ-21996/2014/541/MSc ze dne 22. 10. 2014 Úřad správní řízení vedená pod sp. zn. S843/2014/VZ a sp. zn. S844/2014/VZ spojil.
24. Usnesením č. j. ÚOHS-S843,844/2014/VZ-22127/2014/541/MSc ze dne 22. 10. 2014 Úřad stanovil zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, a vyjádřit v řízení své stanovisko.
25. Usnesením č. j. ÚOHS-S843,844/2014/VZ-23460/2014/541/MSc ze dne 7. 11. 2014 Úřad stanovil zadavateli lhůtu k předložení vyjádření výrobce letounu CL-601 3A Challenger poznávací značky 5105, ze kterého vyplývá, že by tento letoun nebyl po vystoupení z programu Smart Parts již do tohoto programu opětovně přijat, a lhůtu k zaslání stanoviska k doložení konkrétního obsahu předmětu plnění služby programu Smart Parts ve vztahu

k předmětnému letounu a dále sdělení, zda je možno servis předmětného letounu provádět v některém autorizovaném servisním středisku mimo program Smart Parts, včetně zaslání dokumentů, které by tvrzené skutečnosti prokazovaly.

26. Usnesením č. j. ÚOHS-S843,844/2014/VZ-24750/2014/541/MSc ze dne 27. 11. 2014 určil Úřad zadavateli lhůtu k zaslání vyjádření, zda součást předmětu veřejných zakázek zajišťovaná v rámci programu Smart Parts nemohla být rovněž zajištěna prostřednictvím jiného servisního programu, např. některého ze servisních programů společnosti Jet Support Services, Inc. Současně byla zadavateli určena lhůta k objasnění skutečností, které zadavatele opravňovaly k zadání součástí předmětu plnění veřejných zakázek, které se nevztahovaly k programu Smart Parts, v jednacích řízeních bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Uvedenou lhůtu Úřad prodloužil na žádost zadavatele usnesením č. j. ÚOHS-S843,844/2014/VZ-25654/2014/541/MSc ze dne 3. 12. 2014.
27. Usnesením č. j. ÚOHS-S843,844/2014/VZ-26350/2014/541/MSc ze dne 12. 12. 2014 určil Úřad zadavateli další lhůtu ke konkretizaci skutečností, kvůli kterým plnění, jež je součástí předmětu veřejných zakázek 2012 a 2013 a jež je zajišťováno v rámci programu Smart Parts, nemohlo být pro předmětný letoun zajištěno prostřednictvím alternativního servisního programu, a důvodů, kvůli kterým je předmět veřejných zakázek 2012 a 2013 dle názoru zadavatele nedělitelný.
28. Usnesením č. j. ÚOHS-S843,844/2014/VZ-370/2015/541/MSc ze dne 7. 1. 2015 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

IV. Vyjádření zadavatele

29. Dne 3. 11. 2014 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, ve kterém zadavatel uvádí, že předmětné veřejné zakázky byly zadány v jednacím řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť *„mohly být z důvodů ochrany výhradních práv a vazby plnění na program Smart Parts plněny pouze jediným možným dodavatelem, tj. společností OMNIPOL, a.s. Dle prohlášení výrobce letounů, tj. společnosti Bombardier Inc., je OMNIPOL, a.s. výhradním poskytovatelem služeb Smart Parts pro Challenger 601-3A poznávací značky 5105 do 30. 11. 2017. Tento program zajišťuje dodávky náhradních dílů za snížené ceny a s krátkými dodacími lhůtami, a to bez nutnosti platit za dodávky předem. Z uvedeného programu sice lze obecně vystoupit, či do něj vstoupit, avšak až při uhrazení nového vstupního poplatku v řádu milionů korun. Vzhledem ke stáří letounu Challenger 601-3A by však dle vyjádření výrobce tento letoun zpětně do tohoto programu již nepřijal“*.
30. Zadavatel dále uvádí, že se nejedná o nevýhodný právní stav, který by sám vyvolal, neboť předmětný letoun byl převzat Armádou České republiky po 1. 1. 1999 od Státního leteckého útvaru Ministerstva vnitra, který uzavřel dne 23. 9. 1994 Komisionářskou smlouvu č. 534 7040 s vybraným uchazečem na vstup do programu Smart Parts. Zadavatel dodává, že předmět plnění veřejné zakázky, tj. servis s využitím programu Smart Parts, stanovil zadavatel s ohledem na své potřeby a dodává, že z rozhodovací praxe Úřadu vyplývá, že Úřad nemůže zadavateli přímo či nepřímou diktovat, jaké parametry má mít jím požadovaný předmět veřejné zakázky.
31. K využití servisního střediska RUAG zadavatel konstatuje, že *„po převzetí letounu Armádou České republiky byla současně využívána dvě servisní střediska, a to středisko Lufthanse*

Bombardier Aviation Service (dále jen „LBAS“) a středisko RUAG. Vzhledem k několika nekvalitně provedeným pracím (v důsledku nedostatečného dílenského vybavení a nezkušeností pracovníků) v LBAS bylo výrobcem letounů společností Bombardier Inc. přímo doporučeno přejít do střediska RUAG. Servisním střediskem RUAG byly současně prováděny veškeré požadované modifikace a instalace dalšího vybavení, jak podle požadavků výrobce, tak uživatele a odboru vojenského letectví MO. Tyto modifikace a instalace jsou výhradně technickým řešením střediska RUAG a toto středisko má dokonalý přehled o změnách v kabelážích, připojení a uchycení všech navíc instalovaných zařízení dle specifických požadavků Armády České republiky“.

32. Přílohou vyjádření zadavatele ze dne 3. 11. 2014 byla komisionářská smlouva č. 534 7040 ze dne 23. 9. 1994, doplněk č. 1 této smlouvy ze dne 17. 9. 1997 a potvrzení společnosti Bombardier Inc., že vybraný uchazeč má uzavřenu v rámci programu Smart Parts smlouvu platnou do 30. 11. 2017.
33. Dne 12. 11. 2014 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, ve kterém se zadavatel podrobněji vyjadřuje k obsahu služby Smart Parts. Zadavatel uvádí, že Smart Parts Program neboli Program o efektivním poskytování náhradních dílů, je založen na předplácení dodávek náhradních dílů v rámci oprav prováděných výměnným způsobem, přičemž v praxi představuje zařazení do tohoto programu výhodu nižší ceny a výhodu přednostních dodávek náhradních dílů. Zadavatel uvádí, že v případě, kdy není letoun do předmětného programu zařazen, je sice možná jeho oprava v autorizovaném středisku, avšak bez uvedených výhod. Jako přílohu zadavatel připojil mimo jiné emailovou komunikaci mezi zástupcem vybraného uchazeče a zástupcem společnosti Bombardier, ze které vyplývá, že v případě vystoupení předmětného letounu z programu Smart Parts by již nebyl znovu, vzhledem k jeho stáří, do tohoto programu zařazen.
34. Dne 8. 12. 2014 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, ve kterém zadavatel k programu poskytovanému společností Jet Support Services, Inc. uvádí, že *„Ize predikovat problém se zařazením letounu do programu, a to vzhledem k jeho stáří. Poskytovatel služeb musí navíc zajistit prostor pro provádění vyšších druhů oprav a revizí na letounu, což je v současné době zajišťováno servisním střediskem RUAG. Úřad vychází z veřejně dostupných zdrojů, ze kterých však nelze, dle názoru zadavatele, dovozovat totožnost nabízených programů. Pro zjištění relevantních informací by bylo nutné oslovit společnost Jet Support Services, Inc. a uvést jednak údaje o konfiguraci a stáří letounu a rovněž rozsah požadovaných služeb. Teprve poté by bylo možno konstatovat, zda jsou programy srovnatelné, či nikoliv“.* Zadavatel dále ve vztahu k vymezení předmětu veřejných zakázek a jejich nedělitelnosti uvádí, že *„je naprosto nepřijatelné, aby se na servisu předmětné techniky jako celku podílelo více různých dodavatelů, zejména z hlediska nedělitelné technické slučitelnosti, související se zabezpečením funkčnosti a plné provozuschopnosti letounu a dále z hlediska nedělitelné odpovědnosti za servis a stav tohoto letounu a rovněž z hlediska bezpečnosti letů. S ohledem na nezbytnost zabezpečení komplexnosti služeb je nutné, aby plnění poskytoval pouze jediný subjekt“.*
35. Dne 2. 1. 2015 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, ve kterém zadavatel konkretizuje skutečnosti týkající se plnění veřejných zakázek. Zadavatel uvádí, že z internetových stránek společnosti Jet Support Services, Inc. vyplývá, že tato společnost nabízené služby navrhuje pro flotilu více kusů shodného typu letadla, současně je vstup do

příslušného servisního programu podmíněn uhrazením vstupního poplatku ve výši cca 25 000 USD. Dle zadavatele je rozhodující skutečností, že náhradní díly jsou v případě programů jmenované společnosti poptávány na volném trhu bez garance dodací lhůty. Naproti tomu v rámci programu Smart Parts jsou náhradní díly dodávány z centrálního skladu výrobce letounu s obvyklou dodací lhůtou 30 dní a v případě urgentní výzvy jsou díly dodávány zpravidla do 7 dnů po objednání. Zadavatel konstatuje, že uvedené činí z programu Smart Parts jedinečný produkt, který nelze poptávat jinde na trhu a rovněž jej nelze ani srovnávat s jinými produkty, neboť jiné subjekty neposkytují službu zaručující tu skutečnost, že letoun nebude dlouhodobě odstaven. Zadavatel rovněž dodává, že „poskytovatel služeb musí zajistit prostor pro provádění vyšších druhů oprav a revizí na letounu, což je v současné době zajišťováno servisním střediskem RUAG. Navíc v důsledku tzv. tvrdého přistání došlo k určitým „deformacím“ letounu a jiné subjekty nebyly schopny v důsledku této skutečnosti provést opravy v odpovídající kvalitě“. Zadavatel dále uvádí, že „prostřednictvím programu Smart Parts, jakožto produktu výrobce letounu, jsou zajištěny veškeré náhradní díly potřebné k pravidelné (plánované) a nepravidelné údržbě (závady, nálezy, aplikace změnových bulletinů) a jsou poskytovány distribučním střediskem výrobce letounu (RUAG) a podléhají jeho doзору z hlediska jejich technické způsobilosti a použitelnosti. Z uvedeného vyplývá provázanost programu Smart Part a ostatních činností tvořících předmět veřejné zakázky“.

36. Zadavatel dále ve svém vyjádření ze dne 2. 1. 2015 konstatuje, že „je naprosto nepřijatelné, aby se na servisu předmětné techniky jako celku podílelo více různých dodavatelů, zejména z hlediska nedělitelné technické slučitelnosti, související se zabezpečením funkčnosti a plné provozuschopnosti letounu a dále z hlediska nedělitelné odpovědnosti za servis a stav tohoto letounu a rovněž z hlediska bezpečnosti provozu. Plněním veřejné zakázky jediným dodavatelem jsou zejména minimalizovány nucené odstávky letounu, které by byly způsobeny v případě, že by se na plnění podílelo více subjektů. Dle současně nastaveného modelu probíhají v rámci jedné odstávky veškeré možné předepsané práce. Vysoká provozuschopnost letounu, tj. minimální doba odstávek, je vzhledem k zabezpečení přepravy vládních činitelů nezbytná“.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

37. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se správné řízení podle § 117a písm. d) zákona zastavuje, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

38. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

39. Podle § 117a písm. d) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 zákona nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a zákona.
40. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

Posouzení věci

41. Úřad konstatuje, že jednací řízení bez uveřejnění je specifickým druhem zadávacího řízení, u kterého je možnost jeho užití nutno vykládat restriktivně. V tomto druhu zadávacího řízení také platí, že důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění nese ten, kdo se jich dovolává (viz také bod 19. rozsudku Soudního dvora Evropské unie ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004).
42. K citovanému ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona Úřad konstatuje, že výjimku dle tohoto ustanovení zákona není zadavatel oprávněn použít, pokud výhradní práva o své vůli a vědomě vytvořil předchozím uzavřením smluv, aniž by to bylo vzhledem k předmětu plnění nezbytné k realizaci veřejné zakázky (ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013). Důvody pro zadání veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění musí být objektivně dány a zadavatelem jednoznačně prokázány.
43. Pro posouzení daného případu je tedy zásadní zodpovězení otázek, zda předmětné veřejné zakázky mohly být z technických důvodů či ochrany výhradních práv splněny pouze vybraným uchazečem, stejně jako posouzení otázky, zda si zadavatel případný stav exkluzivity nevytvořil sám.
44. Z doložené komisionářské smlouvy uzavřené dne 23. 9. 1994 mezi Státním leteckým útvarem Ministerstva vnitra a vybraným uchazečem vyplývá závazek vybraného uchazeče podepsat vlastním jménem se společností Bombardier Inc. smlouvu „Smart Parts Agreement“ týkající se provádění pozáruční údržby a oprav předmětného letounu. Současně se vybraný uchazeč zavázal hradit platby (včetně jednorázového vstupního poplatku ve výši 31 285,- USD) související s účastí v příslušném servisním programu. Dle citované komisionářské smlouvy měly být uvedené platby následně vybraným uchazečem fakturovány Státnímu leteckému útvaru Ministerstva vnitra.
45. Jak vyplývá z vyjádření zadavatele ze dne 3. 11. 2014, byl následně dne 1. 1. 1999 předmětný letoun CL-601 3A Challenger poznávací značky 5105 převzat zadavatelem od Státního leteckého útvaru Ministerstva vnitra.
46. Dne 4. 6. 2012 uzavřel zadavatel (v rámci veřejné zakázky 2012 zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona) s vybraným uchazečem smlouvu o servisní a technické podpoře předmětného letounu. Dne 12. 12. 2013 uzavřel následně zadavatel s vybraným uchazečem (v rámci veřejné zakázky 2013 zadávané rovněž v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona) smlouvu o servisní podpoře předmětného letounu. V obou citovaných případech odůvodnil zadavatel využití jednacího řízení bez uveřejnění zejména existencí exkluzivity udělené vybranému uchazeči výrobcem letounu Bombardier Inc. na základě smlouvy Smart Parts Agreement.

47. Přípisem ze dne 2. 12. 2011, jež je součástí dokumentace o předmětných veřejných zakázkách, výrobce letounu Bombardier potvrdil, že s vybraným uchazečem podepsal smlouvu Smart Parts (Smart Parts Agreement) SP-5105-36 platnou do 30. 11. 2014. V citovaném přípisu je dále uvedeno, že v rámci smlouvy Smart Parts je vybraných uchazeč výhradní smluvní stranou pro společnost Bombardier Inc., a předmětem uvedené smlouvy je poskytování služeb Smart Parts pro Challenger 601-3A, výrobního čísla 5105. V průběhu správního řízení Úřad od zadavatele obdržel potvrzení vystavené výrobcem předmětného letounu Bombardier, ve kterém je potvrzeno, že s vybraným uchazečem byla uzavřena smlouva Smart Parts SP-5105-37 platná do 30. 11. 2017.
48. Z dokumentace o veřejných zakázkách, zejména ze specifikace předmětu veřejné zakázky, jež je přílohou smluv ze dne 4. 6. 2012 a 12. 12. 2013, vyplývá, že předmětem plnění veřejných zakázek jsou servisní služby a opravy letounu Challenger 601-3A, které spočívají zejména v plánované údržbě navázané na servisní program Smart Parts (či obdobné související programy) a dále pak v neplánované údržbě a dodávkách náhradních dílů mimo program Smart Parts.
49. Na základě tvrzení zadavatele a běžně dostupných informací na internetových stránkách výrobce předmětného letounu¹ Úřad konstatuje, že program Smart Parts neboli Program o efektivním poskytování náhradních dílů je založen na předplácení dodávek náhradních dílů v rámci oprav prováděných výměnným způsobem. Jedná se tedy o servisní program poskytovaný výrobcem letounu, přičemž účast v tomto programu zajišťuje služby spočívající v zejména v dodávce náhradních dílů pro konkrétní letoun a jednotlivé platby jsou v tomto programu kalkulovány na základě letových hodin.
50. Ve svých vyjádřeních zasláných Úřadu v rámci správního řízení zadavatel uvádí, že program Smart Parts je jedinečný produkt poskytovaný výrobcem předmětného letounu, který zajišťuje rychlejší dodání náhradních dílů a tím minimalizuje dobu odstávek, po kterou není letoun schopen provozu. Výhoda programu Smart Part rovněž, dle tvrzení zadavatele, spočívá ve výhodnějších cenových podmínkách. Ke srovnání programu Smart Parts a jiného servisního programu poskytovaného např. společností Jet Support Services, Inc.² zadavatel uvedl, že v případě alternativního programu jsou náhradní díly poptávány na volném trhu bez garance dodací lhůty. V tomto alternativním programu není rovněž dle zadavatele garantována možnost provedení změn vybavení letounu a modifikace náhradních dílů, a vstup do daného programu s sebou přináší náklad ve výši cca 25 000,- USD.
51. Na základě výše uvedených skutečností se Úřad ztotožňuje s názorem zadavatele, že služby, jež jsou poskytovány v rámci programu Smart Parts a jež jsou součástí předmětu plnění předmětných veřejných zakázek, nemohou být plněny v rámci jiného servisního programu, než je příslušný program výrobce letounu Challenger, tj. společností Bombardier Inc. Dle dostupných informací alternativní servisní program negarantuje dodací lhůty náhradních dílů a z internetových stránek společnosti Jet Support Services, Inc. není rovněž zřejmé, že nabízený alternativní program zahrnuje stejné plnění a vztahuje se ke stejným částem letounu jako program Smart Part poskytovaný výrobcem. Stejně tak není zřejmé, že by byl předmětný letoun, vzhledem ke svému stáří do příslušného alternativního servisního

¹ <http://www.bombardier.com>

² viz <http://www.jet-support.com>

programu vůbec přijat. Požadavek zadavatele na program Smart Parts, jakožto součást předmětu veřejné zakázky, je tedy dle názoru Úřadu oprávněný.

52. Jak vyplývá z potvrzení vydaného výrobcem letounu společností Bombardier Inc. ze dne 17. 10. 2014 je smlouva na účast v programu Smart Parts pro letoun CL-601 3A Challenger poznávací značky 5105 podepsána jménem vybraného uchazeče, který je ve vztahu k tomuto programu výhradní smluvní stranou. Současně z emailové komunikace mezi zástupcem vybraného uchazeče a zástupcem výrobce letounu, doložené v průběhu správního řízení, plyne, že po vystoupení z programu Smart Part by již letoun vzhledem ke svému stáří nebyl do tohoto programu opětovně přijat. Na základě uvedených skutečností Úřad konstatuje, že program Smart Parts může být pro předmětný letoun zajištěn výhradně prostřednictvím vybraného uchazeče, neboť právě jménem vybraného uchazeče je vedeno členství v tomto programu. Současně je zřejmé, že pokud by vybraný uchazeč z programu Smart Parts vystoupil, nebylo by již možno do tohoto programu pro předmětný letoun opětovně vstoupit a to ani jménem zadavatele. V daném případě tedy může být plnění z technických důvodů daných specifiky servisního programu Smart Parts a výhradního práva, kterým disponuje vybraný uchazeč, poskytováno pouze jediným dodavatelem, a to vybraným uchazečem.
53. Při přezkoumání oprávněnosti užití jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona se Úřad zabýval rovněž posouzením, zda si zadavatel nezpůsobil předmětný stav exkluzivity sám. V daném případě měla exkluzivita vybraného uchazeče související s účastí v servisním programu Smart Parts svůj počátek v roce 1994, kdy došlo k podpisu komisionářské smlouvy mezi vybraným uchazečem a Státním leteckým útvarem Ministerstva vnitra. V návaznosti na tuto komisionářskou smlouvu podepsal vybraný uchazeč smlouvu na účast v programu Smart Parts a došlo k uhrazení příslušného vstupního poplatku. Na zadavatele byl předmětný letoun převeden až následně v roce 1999 s již existujícím „břemenem“ v podobě vybraného uchazeče disponujícím členstvím v programu Smart Parts pro předmětný letoun a s tím souvisejícími výhradními právy. Úřad tedy konstatuje, že okolnosti opravňující zadavatele postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona si zadavatel v daném případě nevytvořil sám, neboť tyto okolnosti byly vytvořeny v minulosti jiným subjektem.
54. Úřad se dále zabýval otázkou, zda plnění předmětných veřejných zakázek souvisejících s programem Smart Part, ke kterému existuje exkluzivita vybraného uchazeče, nemůže být odděleno od ostatního plnění veřejné zakázky, ke kterému exkluzivita nebyla doložena, a zda tyto části plnění nemohly být zadávány v samostatných zadávacích řízeních. K tomuto bodu zadavatel ve svém vyjádření ze dne 2. 1. 2015 uvedl, že je nepřijatelné, aby se na servisu podílelo více různých dodavatelů, a to zejména s ohledem na minimalizaci doby nucené odstávky související se servisem, po kterou není letoun schopen provozu. Úřad se s tímto argumentem zadavatele ztotožňuje, neboť není účelné provádět plánovaný a neplánovaný servis odděleně či prostřednictvím různých subjektů. Uvedené druhy servisu totiž spolu blízce technicky souvisí (např. v rámci plánované servisní prohlídky letounu může dojít ke zjištění „neplánované“ závady, již je nutno odstranit). Plnění zajišťované prostřednictvím různých dodavatelů by nepochybně mohlo vést k delší době potřebné pro provedení servisu a tedy i delší nucené odstávce letounu. Úřad nemůže než souhlasit s tvrzením zadavatele, že vysoká provozuschopnost letounu, tedy minimální doba odstávek, je nezbytná, vzhledem k tomu, že předmětný letoun plní natolik zásadní úkol, jakým je přeprava vládních činitelů.

55. Závěrem Úřad stručně shrnuje následující zjištěné skutečnosti. Jak již bylo konstatováno výše, je možno program Smart Parts považovat za oprávněnou součást předmětu veřejných zakázek 2012 a 2013, jež s ostatními částmi předmětu těchto veřejných zakázek úzce souvisí. Dále bylo prokázáno, že účast v programu Smart Parts týkající se předmětného letounu je vedena jménem vybraného uchazeče a pokud by vybraný uchazeč z tohoto programu vystoupil, tak předmětný letoun by již nebyl do tohoto programu opětovně přijat. Z uvedených skutečností tedy vyplývá, že předmětné veřejné zakázky mohly být splněny z technických důvodů, resp. z důvodu ochrany výhradních práv, pouze vybraným uchazečem. Současně Úřad výše konstatoval, že příslušná exkluzivita nebyla způsobena vlastním jednáním zadavatele. Na základě uvedených skutečností Úřad konstatuje, že v postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek 2012 a 2013 nezjistil důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona.
56. Z uvedeného důvodu Úřad správní řízení podle § 117a písm. d) zákona zastavil, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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 1926/7, Černá Pole, 604 55 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

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Ministerstvo obrany, Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6

Vypraveno dne:

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