



UOHSX009P65L

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0061/2017/VZ-20042/2017/322/KBe

Brno: 4. července 2017

V řízení o rozkladu ze dne 27. 3. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne podaném navrhovatelem –

- **ČSAD Ústí nad Orlicí, a. s.**, IČO 60108851, se sídlem Třebochovská 330, 562 00 Ústí nad Orlicí, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 4. 7. 2014 JUDr. Michalem Lorencem, advokátem, IČO 72015683, se sídlem Žerotínova 1132/34, 130 00 Praha – Žižkov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S0747/2016/VZ-08727/2017/512/MHr ze dne 10. 3. 2017 vydanému ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Olomoucký kraj**, IČO 60609460, se sídlem Jeremenkova 1191/40a, 779 00 Olomouc – Hodolany, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 20. 12. 2016 Koordinátorem Integrovaného dopravního systému Olomouckého kraje, příspěvkovou organizací, IČO 72556064, se sídlem Jeremenkova 1211/40b, Hodolany, 779 00 Olomouc,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Zajištění dopravní obslužnosti Olomouckého kraje veřejnými službami v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou – oblast Jesenicko**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 6. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 6. 2016 pod ev. č. 638024 ve znění oprav ze dne 17. 6. 2016, 23. 6. 2016, 26. 7. 2016, 6. 9. 2016 a 16. 9. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 21. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 118-210722 ve znění oprav ze dne 22. 6. 2016, 28. 6. 2016, 29. 7. 2016, 10. 9. 2016 a 21. 9. 2016,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0747/2016/VZ-08727/2017/512/MHr ze dne 10. 3. 2017

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 15. 6. 2016 zahájil odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění zadavatel – Olomoucký kraj, IČO 60609460, se sídlem Jeremenkova 1191/40a, 779 00 Olomouc – Hodolany, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 20. 12. 2016 Koordinátorem Integrovaného dopravního systému Olomouckého kraje, příspěvkovou organizací, IČO 72556064, se sídlem Jeremenkova 1211/40b, Hodolany, 779 00 Olomouc (dále jen „**zadavatel**“) zadávací řízení veřejné zakázky s názvem „Zajištění dopravní obslužnosti Olomouckého kraje veřejnými službami v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou – oblast Jesenicko“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 6. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 6. 2016 pod ev. č. 638024 ve znění oprav ze dne 17. 6. 2016, 23. 6. 2016, 26. 7. 2016, 6. 9. 2016 a 16. 9. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 21. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 118-210722 ve znění oprav ze dne 22. 6. 2016, 28. 6. 2016, 29. 7. 2016, 10. 9. 2016 a 21. 9. 2016 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem šetřené veřejné zakázky podle článku III.1) zadávací dokumentace je „*poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou s cílem zajištění dopravní obslužnosti Olomouckého kraje, oblast Jesenicko v délce trvání deseti let. Dopravní obslužností se rozumí zabezpečení dopravy po všechny dny v týdnu především do škol a školských zařízení, k orgánům veřejné moci, do zaměstnání, do zdravotnických zařízení poskytujících základní zdravotní péči a k uspokojení kulturních, rekreačních a společenských potřeb, včetně dopravy zpět, přispívající k trvale udržitelnému rozvoji územního obvodu.*“

3. Dne 21. 11. 2016 doručil navrhovatel – ČSAD Ústí nad Orlicí, a. s., IČO 60108851, se sídlem Třebochovská 330, 562 00 Ústí nad Orlicí, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 4. 7. 2014 JUDr. Michalem Lorencem, advokátem, IČO 72015683, se sídlem Žerotínova 1132/34, 130 00 Praha – Žižkov (dále jen „**navrhovatel**“) zadavateli námitky směřující proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 1. 12. 2016 podaným námitkám nevyhověl.
4. Dne 12. 12. 2016 podal navrhovatel k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušnému podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky (dále je „**návrh**“).

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 10. 3. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0747/2016/VZ-08727/2017/512/MHr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se návrh navrhovatele podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.
6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že posoudil požadavky zadavatele vymezující předmět šetřené veřejné zakázky, přičemž nedovodil, že by navrhovatelem namítané zadávací podmínky (tj. zadávací dokumentace včetně zadavatelem poskytnutých dodatečných informací) trpěly z pohledu jasnosti, srozumitelnosti a určitosti jakoukoliv vadou. S ohledem na tyto skutečnosti Úřad konstatoval, že požadavky zadavatele plynoucí z předmětných zadávacích podmínek jsou natolik komplexní, určité a jednoznačné, že umožňují podání nabídek, a to nabídek vzájemně porovnatelných, neboť obsahují dostatek informací pro zpracování nabídky v požadované struktuře, a transparentní způsob hodnocení. Úřad dále uvedl, že dospěl k závěru, že nelze s ohledem na skutkové okolnosti dané věci konstatovat, že zadavatel postupoval při stanovení zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky v rozporu s ustanovením § 6 odst. 1 zákona ve spojení s § 44 odst. 1, 11 a § 45 odst. 3 zákona, neboť zadavatel stanovil technické podmínky vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky a tyto požadavky nezaručovaly dodavateli společnosti TELMAX s. r. o., Na Stráni 511, 566 01 Vysoké Mýto, Choceňské Předměstí (dále jen „**TELMAX s. r. o.**“) konkurenční výhodu, resp. neobsahovaly ani nepřímý odkaz na výrobky citovaného dodavatele. Nejsou tedy podle názoru Úřadu dány důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.

III. Rozklad navrhovatele

7. Dne 27. 3. 2017 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 10. 3. 2017. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

Námítky rozkladu

8. Navrhovatel namítá, že závěr Úřadu je postaven na vyjádřeních společností BUSE s. r. o., Masarykova 403/9, 678 01 Blansko (dále jen „**BUSE s. r. o.**“) a Bustec s. r. o, Horní Štěpánov č. p. 373, 798 47 Horní Štěpánov (dále jen „**Bustec s. r. o.**“), které se dodávkami odbavovacích zařízení nezabývají a pouze svými účelovými vyjádřeními vyšly vstříc zadavateli. Napadené rozhodnutí je dle navrhovatele opřeno o nesprávné zjištění, že tyto společnosti jsou schopny dodat vlastní, tj. od technologie společnosti TELMAX s. r. o. odlišné, odbavovací zařízení. V této souvislosti dále namítá, že společnost Bustec s. r. o. na dotaz Úřadu ohledně jeho dodavatele technologie uvedla, že je poskytována zahraničním partnerem. Nikdy však nejmenovala, o jakého zahraničního partnera se má jednat, a proto je toto tvrzení nepřezkoumatelné a nevěrohodné. Společnost BUSE s. r. o. poté na poptávku autobusového dopravce po dodávce odbavovacích zařízení pro obdobnou veřejnou zakázku reagovala tak, že její obchodní ředitel dopravci sdělil, že odbavovací zařízení dodává TELMAX s. r. o. Dle navrhovatele nemá Úřadu postačit, když kdokoli sdělí, že je schopen něco dodat či vyrobit.
9. Postup Úřadu je dle navrhovatele nezákonný a odporuje základní zásadě správního řízení, dle které má správní orgán postupovat tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Navrhovatel namítá, že předložil řadu důkazů o účelovosti tvrzení společnosti BUSE s. r. o. a Bustec s. r. o. Úřad dle navrhovatele pominul zákonná ustanovení o koncentraci řízení a za zadavatele opatroval vyjádření údajných dodavatelů.
10. Navrhovatel namítá, že Úřad nedostatečně zjistil skutkový stav věci, jelikož nepřezkoumal zadávací podmínky veřejné zakázky v rozsahu námitek uvedených v návrhu. Úřad tedy hodnotil pouze to, zda jsou na trhu dodavatelé schopni nacenit odbavovací zařízení. Úřad se též nevypořádal s navrhovatelem předloženými důkazy.
11. Navrhovatel dále namítá, že z veřejně dostupných informací neplyne, že společnosti BUSE s. r. o. a Bustec s. r. o. se zabývají výrobou a dodáním odbavovacích zařízení, a proto měl zadavatel tuto skutečnost prokázat. Navrhovatel má za to, že Úřad ho chybně zatížil důkazním břemenem, když požadoval, aby navrhovatel prokázal, že tyto společnosti nedokáží nacenit a dodat odbavovací systém dle zadávacích podmínek. Dle navrhovatele se jedná o negativní skutečnost, která se v řízení neproказuje, a naopak důkazní břemeno tíží druhou stranu, a proto měl požadovat příslušné důkazy od zadavatele, přičemž pouhým předložením potvrzení libovolné osoby zadavatel důkazní břemeno neunesl.
12. Úřad dle navrhovatele pouze převzal tvrzení osob označených zadavatelem (BUSE s. r. o. a Bustec s. r. o.), aniž by měl postaveno najisto, zda skutečně na daném trhu působí a jaké technologie údajně nabízí. Úřad tedy nezjišťoval skutkový stav věci, přičemž mu pro zamítnutí návrhu postačovalo pouhé tvrzení zadavatele a jím označených subjektů. Úřad se dále dle navrhovatele nevypořádal s důkazy vyvracející tato tvrzení, a proto je rozhodnutí nepřezkoumatelné. Obě společnosti dále neuvedly žádné konkrétní postupy nacenění odbavovacího zařízení. Dle navrhovatele tak zadavatel neproказal, že jsou tyto společnosti schopny nacenit odbavovací zařízení. Navrhovatel dále oslovil renomované dodavatele, kteří shodně prohlásili, že není možné na základě poskytnutých informací odbavovací zařízení nacenit. Navrhovatel dále uvádí, že po vydání rozhodnutí získal nový důkaz,

a to aktuální komunikaci navrhovatele se společností BUSE s.r.o., v níž společnost BUSE s. r. o. ohledně dodávky odbavovacích zařízení uvádí, že je dodává TELMAX s. r. o.

13. Navrhovatel dále jednotlivé námitky podrobně rozpracovává a závěrem rozkladu rekapituluje některé podstatné důvody uvedené již v návrhu, pro které shledává zadávací dokumentaci vadnou a vypracovanou v rozporu se zákonem.

Závěr rozkladu

14. S ohledem na uvedené navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

15. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Doplnění rozkladu

16. Dne 5. 6. 2017 bylo Úřadu doručeno doplnění rozkladu navrhovatele. V doplnění rozkladu navrhovatel opakovaně uvádí, že se společnosti BUSE s.r.o. a Bustec s. r. o. výrobou či dodávkami odbavovacího systému a zařízení nezabývají a nemohou tak Úřadu poskytnout kvalifikované odpovědi ohledně možnosti porovnatelného nacenění a dodat funkční odbavovací systém pro veřejnou zakázku. Jako důkaz navrhovatel přiložil emailovou odpověď společnosti Bustec s. r. o. ze dne 2. 5. 2017 na emailovou poptávku navrhovatele a dále emailovou odpověď společnosti BUSE s. r. o. ze dne 28. 4. 2017 na emailovou poptávku navrhovatele, v nichž obě společnosti uvádějí, že odbavovací řízení nenabízejí a nedodávají. Dle navrhovatele je tedy zřejmé, že skutkové závěry Úřadu jsou nesprávné a ve světle tvrzení a důkazů předestřených navrhovatelem neobstojí.
17. S ohledem na uvedené navrhovatel i v doplnění rozkladu nadále navrhuje a žádá, aby předseda Úřadu zohlednil popsané skutečnosti a předložené důkazy a aby napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a vrátil věc k novému projednání.
18. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-R0061/2017/VZ-17304/2017/322/KBe ze dne 13. 6. 2017 stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k novým podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele k doplnění rozkladu

19. Dne 23. 6. 2017 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele k doplnění rozkladu. Zadavatel v něm uvádí, že společnost TELMAX s. r. o. a i společnost BUSE s. r. o. jsou připraveni vyrobit a dodat odbavovací systém dle zadávací dokumentace. K tomu zadavatel odkazuje na emailovou odpověď společnosti TELMAX s. r. o. na poptávku odbavovacího systému ze dne 20. 6. 2017, v níž je uvedeno, že společnost TELMAX s. r. o. je schopna nabídnout i dodat požadované zařízení. Dále zadavatel odkazuje na emailovou odpověď společnosti BUSE s.r.o. na poptávku odbavovacího systému ze dne 20. 6. 2017, dle které je společnost BUSE s.r.o. schopna dodat a vyrobit odbavovací zařízení dle zadání. K vyjádření zadavatel

přiložil i článek o rozšiřování odbavovacího systému prostřednictvím bankovních karet v ČR z internetové stránky www.ekonomika.idnes.cz.

Vyjádření navrhovatele

20. Dne 26. 6. 2017 bylo Úřadu doručeno vyjádření navrhovatele. Navrhovatel v něm odkazuje na svá předchozí podání doručená Úřadu a opakuje některá svá zásadní tvrzení v nich uvedená.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku napadeného rozhodnutí, nerozhodl správně a v souladu se zákonem.
23. V další části tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

24. Podle § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží; tímto ustanovením není dotčeno právo na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem.
25. Podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a věc vrátí k novému projednání správnímu orgánu, který rozhodnutí vydal; v odůvodnění tohoto rozhodnutí vysloví odvolací správní orgán právní názor, jímž je správní orgán, který napadené rozhodnutí vydal, při novém projednání věci vázán; proti novému rozhodnutí lze podat odvolání.
26. Podle § 3 správního řádu nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2.
27. Podle § 82 odst. 4 správního řádu se k novým skutečnostem a k návrhům na provedení nových důkazů, uvedeným v odvolání nebo v průběhu odvolacího řízení, přihlédne jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti nebo důkazy, které účastník nemohl uplatnit dříve.
28. Podle § 114 odst. 11 zákona v řízení zahájeném na návrh mohou účastníci řízení navrhnout důkazy, uvádět skutečnosti a činit jiné návrhy nejpozději ve lhůtě 15 kalendářních dnů ode dne doručení oznámení o zahájení řízení, nevztahuje-li se na ně omezení podle odstavce 10; k později uvedeným skutečnostem, návrhům důkazů a jiným návrhům

Úřad nepřihlíží s výjimkou skutečností, návrhů důkazů a jiných návrhů, jimiž má být zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí.

29. V rozhodovaném případě jsem ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal zákonnost a věcnou správnost napadeného rozhodnutí, přičemž na základě tohoto přezkoumání jsem dospěl k závěru, že z důvodu nových důkazů předložených navrhovatelem dosud zjištěný skutkový stav věci neobstojí, což mohlo vést k nesprávnému právnímu posouzení věci, k čemuž uvádím následující.
30. Úřad obdržel dne 5. 6. 2017 doplnění rozkladu navrhovatele, ke kterému byla přiložena emailová odpověď společnosti Bustec s. r. o. ze dne 2. 5. 2017 adresovaná navrhovateli na emailovou poptávku navrhovatele ze dne 28. 4. 2017 (dále jen „**email od Bustec s. r. o.**“), emailová odpověď společnosti BUSE s. r. o. ze dne 28. 4. 2017 adresovaná navrhovateli na emailovou poptávku navrhovatele ze dne 28. 4. 2017 (dále jen „**email od BUSE s. r. o.**“) a příloha č. 2 smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou k zajištění dopravní obslužnosti Olomouckého kraje v oblasti Prostějovsko JV (dále jen „**smlouva na veřejnou zakázku Prostějovsko**“).
31. Z přílohy č. 2 smlouvy na veřejnou zakázku Prostějovsko vyplývá, že požadavky na odbavovací zařízení v zadávací dokumentaci této veřejné zakázky byly obdobné jako požadavky v zadávací dokumentaci projednávané veřejné zakázky. Navrhovatel z důvodu podání nabídky do zadávacího řízení veřejné zakázky Prostějovsko oslovil s poptávkou pro dodání odbavovacích zařízení společnosti Bustec s. r. o. a BUSE s. r. o. Jak vyplývá z emailu od Bustec s. r. o., společnost Bustec s. r. o. na tuto poptávku odpověděla, že „*platí také to, že nabízíme pouze informační část (ne část odbavení)*“. V emailu od BUSE s. r. o. bylo poté uvedeno, že „*odbavovací zařízení – dodává Telmax*“.
32. K výše uvedeným důkazům a z nich vyplývajícím skutečnostem nejprve konstatuji, že email od Bustec s. r. o. navrhovatel získal dne 2. 5. 2017 a email od BUSE s. r. o. dne 28. 4. 2017. Napadené rozhodnutí bylo Úřadem vydáno dne 10. 3. 2017 a navrhovatel podal rozklad dne 27. 3. 2017. Ačkoli v řízení o rozkladu se uplatňuje koncentrační zásada, s ohledem na uvedené časové souvislosti jsou naplněny předpoklady výjimky z této zásady ve smyslu § 82 odst. 4 správního řádu, jelikož se jedná o důkazy a skutečnosti, které navrhovatel nemohl uplatnit dříve. Obdobně je naplněn předpoklad přípustnosti důkazů dle § 114 odst. 11 zákona, jelikož se jedná o důkazy, jimiž má být zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí. Tyto důkazy jsou tedy přípustné a předseda Úřadu jako správní orgán rozhodující o rozkladu k nim musí přihlédnout.
33. Ke koncentrační zásadě poukazuji na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 11. 2012, č. j. 1 As 114/2012 – 27: „*Stávající právní úprava správního řízení klade důraz na to, aby se správní řízení pokud možno odehrálo před správními orgány v prvním stupni, a další či nové skutečnosti a důkazy v odvolacím řízení připouští jen zcela výjimečně. Ustanovení § 82 odst. 4 správního řádu posiluje tzv. koncentraci řízení tím, že účastníkovi řízení neumožňuje uplatňovat v odvolacím řízení takové skutečnosti a důkazy, které mohl uplatnit již dříve, tedy v řízení v prvním stupni. K novým skutečnostem a návrhům na provedení nových důkazů, které uvede odvolatel v odvolání nebo v průběhu odvolacího řízení, se přihlédne jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti nebo důkazy, jež nemohl uplatnit dříve. Citované ustanovení zvyšuje odpovědnost jak správních orgánů I. stupně, tak účastníků*

řízení; správních orgánů zejména vzhledem ke splnění jejich poučovací povinnosti (§ 4 odst. 2 správního řádu), účastníků řízení v tom, že musí své návrhy uplatňovat pokud možno bez zbytečného odkladu. (viz Vedral, J. Správní řád. Komentář. Praha: BOVA POLYGON, 2012, s. 725). Zásada koncentrace řízení ve smyslu § 82 odst. 4 správního řádu je opodstatněná zejména v případech, kde se jedná o řízení zahajovaná na návrh účastníka řízení. Výše uvedený rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 1 As 96/2008-115 uvádí, že je „v zájmu žadatele, aby shromáždil a správnímu orgánu předložil všechny potřebné doklady. Nemožnost přinášet nová tvrzení a návrhy důkazů v odvolání je tak jen důsledkem žadatelovy nečinnosti a nedostatečného poskytování součinnosti správnímu orgánu I. stupně.“

34. K omezení koncentrační zásady se poté vyjadřoval například Krajský soud v Plzni ve svém rozsudku ze dne 23. 10. 2013, č. j. 30 A 56/2012-65, dle něhož *„Názor, že ke koncentrační zásadě zakotvené ust. § 82 odst. 4 správního řádu, je nutno přistupovat omezeně, lze nalézt i v právní literatuře: ‚Ustanovení § 82 odst. 4 správního řádu omezuje apelační princip a je třeba ho posuzovat v návaznosti na požadavek náležitého zjištění skutkového stavu věci podle § 3 správního řádu a s ním souvisejících ustanovení, zejména § 4 odst. 2, 4 správního řádu, § 52 správního řádu a § 50 odst. 3 správního řádu o rozsahu i obsahu zjišťování ‚rozhodných okolností‘ správním orgánem. Z uvedených ustanovení je patrné, že § 82 odst. 4 správního řádu nelze vztáhnout na případy, kdy odvolatel předloží nové návrhy a označí potřebné důkazy k podpoře jím namítané nezákonnosti rozhodnutí (ať z důvodů nedostatků skutkových zjištění nebo pro právní posouzení věci), nebo nezákonnosti předcházejícího řízení.‘ (str. 407 učebnice Správní právo, Obecná část 7. vydání C.H.Beck 2009). Z uvedeného vyplývá, že se žalovaný nemůže v odvolacím řízení zcela vyhnout odpovědnosti za zjištění skutkového stavu.“*
35. Lze tedy uzavřít, že nové důkazy předložené navrhovatelem musí být zohledněny, jelikož, jak vyplývá též z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 4. 2011, č. j. 1 As 24/2011 – 79: *„V odvolacím řízení lze dle § 82 odst. 4 správního řádu uvádět jen takové nové skutečnosti, které nemohl účastník uplatnit dříve (např. proto, že nastaly až po vydání prvostupňového rozhodnutí).“* Což nastalo v právě posuzovaném případě.
36. V předmětném případě je zásadní přezkoumávanou otázkou skutečnost, zda zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci požadavky na odbavovací systém v takovém rozsahu (podrobnostech), aby umožňovaly potenciálním dodavatelům podat odborně a cenově precizní a tedy i vzájemně porovnatelné nabídky. K této otázce Úřad v bodě 140. napadeného rozhodnutí konstatoval, že pro její zodpovězení neposuzoval způsob stanovení požadavků zadavatelem, ale schopnost potenciálních dodavatelů na základě konkrétně stanovených požadavků podat nabídku v zadávacím řízení. Úřad tedy toliko k navrhovatelem namítaným nedostatkům zadávací dokumentace zkoumal, zda na trhu existují dodavatelé, kteří jsou schopni požadované plnění na základě zadavatelem uvedeného popisu nacenit.
37. V dalších bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval jednotlivými namítanými požadavky, přičemž při jejich vypořádání vycházel vždy z vyjádření společností Bustec s. r. o. a BUSE s. r. o., jak vyplývá například z bodů 147., 155., 161. a 170. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad tak například v bodě 161. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že *„pokud tedy potenciální dodavatelé, v tomto případě společnosti BUSE s. r. o. a Bustec s. r. o., dostatečně popsaly, jakými postupy jsou schopny na základě zadavatelem předložených informací požadavky na plnou integraci odbavovacího systému*

do e-shopu KIDSOK nacenit, jedná se pro Úřad o dostatečné skutkové zjištění, o které opírá své další závěry.“ Na základě vyjádření těchto společností tedy Úřad dospěl k závěru, že existují-li na trhu odbavovacích zařízení nejméně dva dodavatelé, kteří jsou schopni nacenit a následně i dodat odbavovací zařízení, není možné na namítané nedostatečné vymezení zadavatelových požadavků pohlížet jako na relevantní argumenty, a proto je Úřad odmítl jako nedůvodné.

38. K tomu uvádím, že Úřad tedy své závěry opřel ve stěžejní části toliko o vyjádření společností Bustec s. r. o. a BUSE s. r. o., přičemž ve světle nových důkazů předložených navrhovatelem tyto závěry nemohou obstát. Ve vyjádření společnosti BUSE s. r. o. ze dne 16. 2. 2017 tato společnost totiž uvedla, že *„podařilo by se společnosti BUSE s. r. o. uspět, bude použito řešení odbavovacího zařízení společnosti BUSE s. r. o.“* Společnost Bustec s. r. o. ve svém vyjádření ze dne 16. 2. 2017 dále uvedla, že *„náš zahraniční partner nám potvrdil, že se jedná o standardně koncipované zadání, které lze nabídnout. Nicméně ztratil zájem podávat tuto nabídku a nepřeje si být jmenován a nadále spojován s dalším jednáním v této věci.“* Oproti tvrzením v těchto vyjádřeních učiněným již v řízení před prvním stupněm vyplývají z emailů předložených navrhovatelem diametrálně odlišné skutečnosti. V emailu od BUSE s. r. o. je jednoznačně konstatováno, že odbavovací zařízení dodává TELMAX s. r. o. Z emailu od Bustec s. r. o. je obdobně uvedeno, že společnost nenabízí část odbavení, ale pouze informační část.
39. Z emailu od Bustec s. r. o. a z emailu od BUSE s. r. o. tedy vyplývá, že ani jedna z těchto společností nemůže navrhovateli pro plnění veřejné zakázky Prostějovsko (která se svým předmětem shoduje s předmětem právě přezkoumávané veřejné zakázky) nabídnout či dodat odbavovací zařízení. Těmito důkazy je tak zpochybněna věrohodnost dříve učiněných vyjádření těchto společností v tomto správním řízení, jelikož rozporují tvrzení, že společnosti Bustec s. r. o. a BUSE s. r. o. jsou schopny na základě zadavatelem stanovených požadavků předmětné plnění nacenit. Za dané situace tedy nemohou podklady rozhodnutí, na kterých Úřad napadené rozhodnutí staví, obstát.
40. S ohledem na nové důkazy tak již nemůže obstát ani závěr Úřadu uvedený v bodě 180. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož se navrhovateli nepodařilo prokázat, že se nejedná o subjekty neschopné rozhodnou část předmětu veřejné zakázky dodat. Obdobně je též na základě nových důkazů zneplatněno tvrzení Úřadu v bodě 185. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že *„navrhovatel v řízení nepředložil žádný důkaz, který by faktickou nemožnost společností Bustec s. r. o. a BUSE s. r. o. dodat toto zařízení (systém) prokázal.“* Email od Bustec s. r. o. a email od BUSE s. r. o. tak mohou být shledány právě těmi důkazy, jejichž absenci Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí opakovaně proklamuje. Jestliže Úřad dále v témže bodě odůvodnění dále uvádí, že *„v rámci hodnocení tohoto vyjádření jako důkazu vyšel z předpokladu, že mu nepřísluší subjektu, který opakovaně tvrdí, že je schopen předmět plnění zadavateli dodat, oponovat na základě domněnek a dohadů“*, pak uvádím, že na základě emailu od Bustec s. r. o. a emailu od BUSE s. r. o. vznikl rozpor mezi jednotlivými tvrzeními těchto společností ve správním řízení, kterýžto musí být zohledněn v novém hodnocení vyjádření těchto společností jako důkazů.
41. V této souvislosti dále odkazuji na bod 188. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle kterého *„pro posouzení projednávané věci není rozhodné, zda se jedná přímo o výrobce odbavovacího systému (zařízení) či o ‚pouhého‘ dodavatele, avšak s výjimkou případu, že jde o vázaného*

dodavatele technologií společnosti TELMAX s. r. o. Takový to dodavatel (přeprodávající pouze odbavovací systémy s technologií dodavatele TELMAX s. r. o.) by logicky přípustný nebyl (viz námitka navrhovatele uvedená v bodu 69. odůvodnění tohoto rozhodnutí), avšak navrhovatel nepředložil žádné objektivní důkazy, ze kterých by vyplývalo, že dodavatel BUSE s. r. o. zprostředkovává výlučně odbavovací systémy dodavatele TELMAX s. r. o.“ S tvrzením Úřadu, že je irelevantní, zda se jedná přímo o výrobce či o pouhého dodavatele odbavovacího zařízení, přičemž se však nesmí jednat o vázaného dodavatele technologie TELMAX s. r. o. se lze v zásadě ztotožnit, nicméně Úřad bude muset učinit nové posouzení tohoto dílčího závěru s ohledem na navrhovatelem předložené důkazy. Z emailu od BUSE s. r. o. totiž jednoznačně vyplývá, že odbavovací zařízení dodává společnost TELMAX s. r. o. Krucióální otázkou k posouzení Úřadem je tedy skutečnost, zda společnost BUSE s. r. o. je schopna nacenit požadované plnění pouze za předpokladu, že v rámci tohoto plnění bude technologie odbavovacího systému dodána toliko společností TELMAX s. r. o., či zda je schopna jej nacenit i s dodáním technologie jiné společnosti.

42. K tomu nad rámec uvedeného podotýkám, že z emailu od společnosti BUSE s. r. o. ze dne 23. 6. 2017 přiloženého k vyjádření zadavatele ze dne 23. 6. 2017 je sice uvedeno, že společnost BUSE s. r. o. je schopna dodat odbavovací zařízení dle zadání a specifikace, nicméně z něj nevyplývá, o technologii jaké společnosti by se mělo v tomto případě jednat, tedy tímto není rozporována skutečnost, že společnost BUSE s. r. o. by dodala odbavovací zařízení společnosti TELMAX s. r. o.
43. V novém posouzení věci proto Úřad musí zohlednit nové důkazy předložené navrhovatelem, které skutková zjištění uvedená v napadeném rozhodnutí a na nich vystavěné právní závěry rozporují. K řádnému posouzení věci by proto Úřad měl například doplnit dokazování a vyzvat společnosti BUSE s. r. o. a Bustec s. r. o. k vysvětlení rozporu mezi tvrzeními uvedenými v jejich vyjádřeních ve správním řízení a tvrzeními v navrhovatelem předložených emailech.
44. V případě, že nebude vyvrácen rozpor mezi jednotlivými tvrzeními společností BUSE s. r. o. a Bustec s. r. o., Úřad nebude moci skutková zjištění opřít o vyjádření těchto společností či jiných dodavatelů a nebude tak prokázáno naplnění podmínek stanovených Úřadem zejména v bodě 188. odůvodnění napadeného rozhodnutí, je třeba, aby se Úřad v novém rozhodnutí ve věci zabýval namítanou nedostatečností zadávacích podmínek. Úřad tak posoudí i obsahovou stránku zadávacích podmínek v tom ohledu, zda zadávací podmínky v rozsahu, v jakém byly uvedeny v zadávací dokumentaci, byly vymezeny dostatečně tak, aby byli potenciální dodavatelé schopni na jejich základě podat odborně a cenově precizní a tedy i vzájemně porovnatelné nabídky.
45. Z výše uvedených důvodů uzavírám, že dosud zjištěný skutkový stav věci ve světle nově předložených důkazů účastníků správního řízení nemůže obstát, v důsledku čehož mohlo dojít k nesprávnému právnímu posouzení věci. V novém rozhodnutí ve věci je Úřad povinen ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zohlednit závazné právní názory vyslovené v tomto rozhodnutí. Je tedy povinen se s ohledem na závěry uvedené v tomto rozhodnutí vypořádat s nově předloženými důkazy a opětovně posoudit výše uvedené skutečnosti. Zjištěný stav věci Úřad zhodnotí ve světle argumentace účastníků řízení a přesvědčivě odůvodní své závěry.

46. S ohledem na to, že byla konstatována nezákonnost napadeného rozhodnutí, jsem se podrobně nezabýval dalšími námitkami zadavatele uvedenými v rozkladu. Při novém projednání věci tak Úřad vezme v úvahu námitky podaného rozkladu a náležitě je vypořádá. Ve smyslu závazného právního názoru podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu Úřad v odůvodnění nově vydaného rozhodnutí ve věci uvede úvahy, kterými se řídil při hodnocení podkladů pro vydání rozhodnutí a své závěry přezkoumatelným způsobem odůvodní s tím, že jeho posouzení bude v souladu se zákonem a příslušnými právními předpisy.
47. Jelikož jsem v rámci přezkumu zákonnosti zjistil, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání postupem podle § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, není možné ve věci postupovat jiným způsobem, a tedy ani přezkoumávat správnost rozhodnutí v rozsahu námitek podaného rozkladu.

VI. Závěr

48. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal, že nastaly zákonné podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno. Úřad je při novém projednání věci vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona, nelze dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj
Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Koordinátor Integrovaného dopravního systému Olomouckého kraje, příspěvková organizace, Jeremenkova 1211/40b, Hodolany, 779 00 Olomouc
2. JUDr. Michal Lorenc, advokát, Žerotínova 1132/34, 130 00 Praha – Žižkov

Vypraveno dne:

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