



UOHSX00DBHKJ

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0046/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-12506/2020/321/HBa

Brno: 27. dubna 2020

V řízení o rozkladu ze dne 4. 3. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jenž byl podán zadavatelem –

- **KORID LK, spol. s r. o.**, IČO 27267351, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2, ve správním řízení zastoupená společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 2. 2020 sp. zn. ÚOHS-S0460/2019/VZ, č.j. ÚOHS-05491/2020/532/MOn vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**ODBAVOVACÍ ZAŘÍZENÍ IDOL – PAD západ**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 9. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 9. 2019 pod ev. č. Z2019-033913, ve znění opravy uveřejněné dne 29. 10. 2019 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 1. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 189-460813, ve znění opravy uveřejněné dne 30. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 210-514434, jehož dalším účastníkem řízení je navrhovatel –

- **Prameny Lipno s. r. o.**, IČO 24764698, se sídlem Dopravní 500/9, 104 00 Praha 10,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 2. 2020 sp. zn. ÚOHS-S0460/2019/VZ, č. j. ÚOHS-05491/2020/532/MOn

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále též „**zákon**“¹) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 23. 12. 2019 návrh ze dne 20. 12. 2019 navrhovatele – Prameny Lipno s. r. o., IČO 24764698, se sídlem Dopravní 500/9, 104 00 Praha 10 (dále též „**navrhovatel**“) – kterým bylo zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0460/2019/VZ o přezkumu úkonů zadavatele – KORID LK, spol. s r.o., IČO 27267351, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2 (dále též „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „ODBAVOVACÍ ZAŘÍZENÍ IDOL – PAD západ“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 9. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 9. 2019 pod ev. č. Z2019-033913, ve znění opravy uveřejněné dne 29. 10. 2019 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 1. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 189-460813, ve znění opravy uveřejněné dne 30. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 210-514434, (dále též „**veřejná zakázka**“).
2. Navrhovatel v návrhu v první řadě obhajoval svou aktivní legitimaci ve věci, kdy nesouhlasí s argumentací zadavatele, dle které navrhovatel není dodavatelem poptávaného plnění, protože mu nemůže postupem zadavatele hrozit újma. Dále svým návrhem brojil proti řadě zadávacích podmínek – charakteru veřejné zakázky, způsobu hodnocení nabídek, povinnosti uzavřít dohodu o ochraně důvěrných informací, atd. Jednou z námitek bylo i to, že zadavatel blíže nekonkretizoval počet požadovaných licencí pro provoz backoffice, přičemž v této souvislosti odkázal na vysvětlení zadávací dokumentace, ve kterém zadavatel uvedl, že při

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 56 odst. 1 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

stanovení počtu licencí pro provoz backoffice „bude záviset zejména na počtu dopravců, jejich organizační struktuře apod.“.

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 18. 2. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0460/2019/VZ, č. j. ÚOHS-05491/2020/532/MOn (dále též „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I vyslovil, že zadavatel porušil pravidlo § 36 odst. 3 zákona a zásadu transparentnosti tím, že nestanovil a neposkytl zadávací podmínky dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, čímž jsou zadávací podmínky v rozporu se zákonem. Výrokem II Úřad uložil nápravné opatření (zrušení zadávacího řízení), výrokem III uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení a výrokem IV zadavateli uložil nahradit náklady řízení.
4. Své rozhodnutí Úřad odůvodnil tím, že zadavatel v článku 17 „Backoffice“ přílohy 1 „Technická specifikace“ zadávací dokumentace uvedl požadavek na zajištění softwarových licencí pro možnost využití software back-office zadavatelem a jím stanovenými dopravci, aniž by blíže konkretizoval požadavek na počet těchto licencí. To mohlo mít dopad do tvorby nabídek, neboť dodavatelé museli ve svých nabídkách zohlednit část plnění bez znalosti alespoň rámcově stanoveného rozsahu. Tím je daná podmínka netransparentní, což může vést i k podání neporovnatelných nabídek.
5. V řízení byla zpochybněna aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu s tím, že se jedná o neaktivní obchodní společnost s jiným předmětem podnikání. Úřad zjistil, že navrhovatel disponuje živnostenským oprávněním, které předmět veřejné zakázky pokrývá. Vzal tak aktivní legitimaci za prokázanou.

III. Rozklad zadavatele

6. Napadené rozhodnutí bylo oběma účastníkům řízení doručeno dne 18. 2. 2020. Rozklad zadavatele ze dne 4. 3. 2020 obdržel Úřad téhož dne. Rozklad by podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

7. Zadavatel v rozkladu namítá, že v okamžiku zadávání veřejné zakázky neznal počet licencí ani přibližně. V odpovědi na dotaz č. 5 uvedl, že počet licencí závisí na počtu dopravců a jejich organizační struktuře. To považoval za dostatečné vysvětlení. Jelikož další dotaz už nepřišel, dle zadavatele je zadávací podmínka jednoznačná.
8. Zadavatel obdržel v zadávacím řízení dvě nabídky, což svědčí o tom, že bylo možné nabídku na základě zadávacích podmínek vytvořit. Naopak navrhovatel nepožádal o důvěrné přílohy zadávací dokumentace, tedy neměl opravdový zájem se zadávacího řízení účastnit. Jeho námítky jsou účelové.
9. Zadavatel nastavením čl. 17 tech. specifikace umožnil dodavatelům zvolit vlastní řešení ohledně licencí, a to buď jako neomezené, nebo maximální nebo určitý počet s možností rozšíření. Dle zadavatele tak není pravda, že kdyby dodavatelé znali počet licencí nebo měli obecné informace o pracovních pozicích zadavatele, mohli by počet licencí kvalifikovaně odhadnout.

10. Zadavatel uvádí, že dodavatelů jsou jednotky a mají předchozí zkušenosti, z nichž je jim známo, kolik licencí je třeba. Lze tak očekávat, že všichni dodavatelé zohlední v nabídkách obdobný počet licencí.

Návrh rozkladu

11. Zadavatel z důvodů uvedených v rozkladu navrhuje, předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zahájené na návrh navrhovatele zastavil.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu

12. Navrhovatel se k rozkladu vyjádřil dopisem ze dne 6. 3. 2020, který Úřad obdržel dne 9. 3. 2020. Navrhovatel poukazuje zejm. na to, že zadavatel až v rozkladu uvádí, že zadávací podmínky (respektive vysvětlení zadávací dokumentace) si dodavatelé měli vyložit tak, že „musí zohlednit licence pro větší okruh osob“. V rozkladu totiž zadavatel uvádí, že dostatečný počet licencí bylo možné zajistit „některou z forem neomezených licencí nebo licencí na maximální počet účastníků, popř. na určitý počet účastníků s možností postupného rozšiřování“. Tuto argumentaci navrhovatel považuje za opožděnou a rozpornou s ostatní argumentací zadavatele, neboť zadavatel na jednu stranu tvrdí, že si nebyl při stanovení zadávacích podmínek učinit o počtu licencí žádnou představu, a na druhou stranu tvrdí, že dodavatelé si z jeho „bezobsažného“ vysvětlení zadávací dokumentace měli učinit „jednoznačnou“ představu o požadavku zadavatele na poskytnutí neomezené licence, respektive licence pro větší okruh osob.
13. Navrhovatel uvádí, že zadavatel pochybil při stanovení zadávacích podmínek, za jejichž obsah nese odpovědnost, kterou nesmí přenášet na dodavatele. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

15. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
16. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem na základě rozkladu přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí podaného rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

17. V posuzované věci se Úřad zaměřil na přezkum článku 17 „Backoffice“ přílohy 1 „Technická specifikace“ zadávací dokumentace, v němž zadavatel požadoval dodání software včetně potřebného počtu licencí: *„Předmětem zakázky je též poskytnutí backoffice v módu SaaS (software jako služba). Provoz zajistí poskytovatel na vlastním (nebo pronajatém) hardware. HW musí být dimenzován tak, aby odezvy systému byly ergonomické. Ergonomickou odezvou se rozumí splnění běžných požadavků na práci se SW systémy, např. aby byla práce se systémem pohodlná, aby byla zřejmá činnost systému v případě operací trvajících delší dobu, aby systém byl přehledný pro uživatele apod. Pro provoz zajistí poskytovatel také všechny potřebné softwarové licence pro možnost využívání koordinátorem i jím stanovenými dopravci.“*
18. V odpovědi na dotaz č. 5 (dokument Vysvětlení, změna nebo doplnění zadávací dokumentace I.) zadavatel uvedl, že mu počet uživatelů v průběhu plnění veřejné zakázky není znám a závisí např. na počtu dopravců, jejich organizační struktuře, atd.
19. Ve vyjádření k návrhu a rovněž v rozkladu pak zadavatel konstatoval, že dostatek licencí je možné zajistit buď neomezenou licencí, nebo licencí na maximální počet účastníků, popř. na určitý počet účastníků s možností rozšiřování, přičemž volba konkrétního řešení je na úvaze dodavatele.
20. Jak správně konstatuje Úřad v bodech 113 a násl. napadeného rozhodnutí, zadávací dokumentace je stěžejním dokumentem zadávacího řízení obsahujícím všechny podstatné požadavky zadavatele stran předmětu plnění a jeho dodavatele. Jejím cílem je získat srovnatelné nabídky odpovídající předmětu veřejné zakázky. Aby zadavatel získal nabídky porovnatelné, je nutno stanovit zadávací podmínky v určité míře konkrétnosti a jednoznačnosti. Jen tak lze zajistit, aby zadávací řízení proběhlo transparentně.
21. V popsaném případě zadavatel v zadávací dokumentaci nestanovil, kolik licencí pro využívání softwaru požaduje. Tuto informaci nedoplnil ani na dotaz dodavatele, a to ani pro účely zpracování nabídek. Cena licencí či uživatelských účtů je přitom „rozpuštěna“ v nabídkové ceně. Ta byla totiž stanovena jako součin počtu odbavovacích zařízení a ceny za zajištění provozu jednoho zařízení za dobu 60 měsíců plus předpokládaný počet člověkohodin na rozvoj SW za dobu 60 měsíců x cena člověkohodiny.
22. Případný dodavatel tak zvažoval předpokládaný počet licencí či uživatelských účtů v situaci, kterou mohl obtížně překlenout odborným odhadem či předchozí dodavatelskou zkušeností, neboť jen počet dopravců se napříč různými kraji liší i řádově.
23. Zadavatel nestanovil počet licencí ani rámcově a tak nechal v zadávací dokumentaci prostor pro velmi rozličné úvahy dodavatelů stran nacenění počtu uživatelů softwaru, čímž vnesl do zadávacího řízení riziko získání neporovnatelných nabídek.
24. Obecně platí, že od dodavatelů lze očekávat odborný přístup jak k zadávacímu řízení celkově, tak konkrétně k zadávacím podmínkám (což se projeví v tom, jak dodavatel zadávací podmínky chápe a jak tedy přesně/srozumitelně a dostatečně musí být vymezeny). Tento názor zastává jak judiciální praxe (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 42/2012-51 ze dne 17. 10. 2012), tak doktrinální literatura (srov. např. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1.

vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 214, kde je uvedeno: „Uvedené ovšem neznamená, že by zadavatel musel detailně popsat veškeré jednotlivé aspekty zadávacího řízení (například definovat obecně známé výrazy či odborné termíny) a procedury výběru dodavatele, pokud zadávací podmínky (jejich výklad) jsou odborně zdatnému dodavateli zřejmé (to platí zejména pro podnikatele podle § 420 odst. 1 ObčZ).“. U dodavatelů tak lze dovodit odbornou péči ve smyslu § 5 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**občanský zákoník**“).

25. Tento pojem není nikde v občanském zákoníku definován, avšak z komentáře k uvedenému předpisu se podává: „*Tímto pravidlem občanský zákoník pouze vyjadřuje to, co by mělo být běžné: nechá-li si kupř. objednatel opravit či zhotovit věc u profesionála, může legitimně očekávat, že si bude zhotovitel také jako profesionál při opravě či zhotovení nové věci počínat (...)* Objektivní měřítko se může uplatňovat v rámci jednotlivých profesí diferencovaně. Kupř. vyšší úroveň znalostí v rámci své specializace musí mít lékař specialista, než praktický lékař.“ (srov. Lavický, P. a kol.: Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář. 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2014, s. 70). Je samozřejmě otázkou, jak uvedený pojem obsahově chápat. Odborně bude postupovat ten, kdo bude relevantní činnost vykonávat v souladu s profesními standardy, dostupnými poznatky odborné veřejnosti/vědy, v souladu s oborovými znalostmi, ale například i oborovou praxí, atd. (v tomto srov. např. § 11 zákona č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, ve znění pozdějších předpisů; nebo srov. rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové, pobočky v Pardubicích ze dne 9. 1. 2008, sp. zn. 14 To 295/2007).
26. Dále je nutno vycházet z toho, že obsahová náplň odborné péče, jak je popsána výše, pro konkrétní případ je otázkou skutkových zjištění (srov. přiměřeně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 2. 2010, č. j. 1 Afs 103/2009-232, kde je v bodě 43 uvedeno: „*Je samozřejmě možné, že ustálená obchodní praxe nabude formy obchodní zvyklosti ve smyslu § 1 odst. 2 a § 264 obchodního zákoníku. Existence určité praxe, která může eventuálně naplnit znaky obchodní zvyklosti, je však otázkou skutkovou, nikoliv právní. Obchodní zvyklost se neprokazuje toliko tehdy, pokud její existence je v daném případě nesporná, známá správcům daně z jeho úřední činnosti, eventuálně lze existenci určité zvyklosti považovat za notorietu (§ 31 odst. 3 daňového řádu; srov. k tomu též rozsudek NS ze dne 30. 10. 2009, sp. zn. 23 Cdo 3244/2007, www.nsoud.cz).“). Úřad ve správním řízení rozhoduje v souladu se zásadou dle § 3 správního řádu, tedy na základě skutkového stavu, který je zjištěn do takové míry, že o něm nejsou důvodné pochybnosti. Je to právě správní orgán, kdo je primárním nositelem povinnosti zjistit skutkový stav (srov. § 50 odst. 2 správního řádu), nicméně i účastníci řízení mají obecně povinnost poskytnout součinnost se zjištěním skutkového stavu. Tato povinnost je dále konkretizována v § 52 správního řádu, dle kterého mají účastníci povinnost označit důkazy na podporu vlastních tvrzení. Není pak pochybením správního orgánu, pokud nepřihlédne ke tvrzením nebo důkazům, které měl účastník řízení k dispozici, avšak správnímu orgánu je neposkytnul (srov. Vedral, J.: Správní řád. Komentář. II. vydání, Praha: BOVA POLYGON, 2012, s. 115). Správní orgán pak totiž rozhoduje na základě skutkového stavu, o kterém nemá důvodné pochybnosti, neboť účastník řízení nepředložil důkaz, který by takové pochybnosti vytvářel.*
27. Pokud zadavatel tvrdí, že nebylo nutné uvádět konkrétní údaje vztahující se k licencím nezbytným pro dodání softwaru „back office“, mohl (a měl) předložit konkrétnější

argumenty nebo důkazy, pro které by bylo možno uzavřít, že tuto úvahu lze skutečně zařadit pod odbornou péči, se kterou dodavatelé k zadávací dokumentaci přistupují. To zadavatel ovšem neučinil, neboť svá tvrzení vede veskrze v obecné rovině.

28. Zadavatel dále uvádí, že dodat poptávané plnění dokáží pouze specializovaní dodavatelé, kterých jsou nižší řády jednotek, a kterým mají být známy možné způsoby řešení poskytování licencí (patrně ve vztahu k dodání software pro back office způsobem software jako služba). Je ovšem nutno uvést, že dle zadávacích podmínek se kvalifikovaným dodavatelem může stát i ten, který dříve dodal software pro back office i jiným způsobem než software jako služba (viz zejména kvalifikační požadavky na referenční zakázky). Jako logická se pak jeví úvaha, že jiné způsoby dodání softwaru pro back office mohou počítat s jiným licenčním řešením, pročez dodavatelé těchto jiných řešení, nemusejí znát způsoby licenčního řešení dodání software back office způsobem software jako služba. I když by tak bylo možné dovodit (pokud by to zadavatel řádně tvrdil a podložil), že znalost licenčních modelů pro dodání softwaru pro back office způsobem software jako služba, lze u odborných dodavatelů předpokládat, množina kvalifikovaných dodavatelů pro tuto veřejnou zakázku je širší. Zadávací podmínky, aby byly souladné se zákonem, tak musí být nastaveny srozumitelně, dostatečně a jasně pro tuto širší množinu, pokud ji zadavatel kvalifikačními požadavky vymezil (což není ani Úřadem ani jeho předsedou zpochybňováno). Zadavatel tak nemůže odhlédnout od podmínek (včetně míry odborné péče), které panují na relevantním trhu, který sám vymezil. Tomuto závěru svědčí i rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 3. 2011, č. j. 62 Ca 15/2009-71, který je přiměřeně aplikovatelný i na nyní řešenou věc a ze kterého se podává: *„Závěr žalovaného ohledně přiměřenosti – a tím i zákonnosti stanovených kvalifikačních předpokladů nemůže být výsledkem jeho arbitrární úvahy abstrahující od podmínek na trhu, na němž soutěž o získání veřejné zakázky měla probíhat, ani od konkrétních důsledků, které takto stanovené kvalifikační předpoklady s ohledem na podmínky panující na trhu mohly z pohledu účasti dodavatelů v soutěži o získání veřejné zakázky vyvolat.“*
29. Zadavatel v rozkladu nesouhlasí s tím, že by jeho odpověď na dotaz č. 5 stran počtu licencí měla nulovou vypovídací hodnotu. Z této odpovědi je dle jeho názoru patrné, že je do nabídkové ceny nutno zohlednit licence pro větší okruh osob. S tímto zadavatelovým argumentem nelze souhlasit, neboť to, že bude potřeba licence pro větší okruh osob, bylo zřejmé již z čl. 17 technické specifikace. Již tam zadavatel uváděl, že je třeba licence pro něj a jím stanovené dopravce. Odpověď na dotaz č. 5 žádnou přesnější informaci nedává, ačkoliv lze rozumně předpokládat, že již při zpracování zadávací dokumentace měl zadavatel hrubou představu o tom, kolik jeho pracovníků bude pracovat v back office a kolik uživatelských účtů bude přístupných jednotlivému dopravci/pro správu dat z určitého území či typu dopravy apod. V tomto ohledu se ztotožňuji s argumentací Úřadu v bodech 129 a násl. napadeného rozhodnutí. Skutečnost, že zadavatel neobdržel další žádost o vysvětlení zadávací dokumentace stran počtu licencí, nepotvrzuje ani nevyvrací neurčitost stanovené zadávací podmínky. Avšak původní žádost o vysvětlení mohla zadavateli indikovat, že nikoliv všichni relevantní dodavatelé zadávací podmínky pochopili správně.
30. Z výše uvedeného je rovněž patrné, že zadavatel má nějakou představu o tom, jaká mohou být licenční řešení vhodná pro jím poptávaný model dodávky software pro back office. Je představitelné, že zadavatel takové povědomí mohl získat na základě vlastních předešlých

zkušeností. Zadavatel může mít minimálně povědomí o tom, kolik dopravců „vysoutěžil“ v předešlých letech. To pak dále umocňuje závěr o tom, že zadavatel takové dodavatelské procesy a standardy netvrdil a jakkoliv neprokazoval, byť o nich mohl mít povědomí a rovněž potenciálním dodavatelům neposkytl jakési „vodítko“ v podobě počtu dopravců v předchozích letech.

31. Zadavatel dodává, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel dvě nabídky, což je dokladem toho, že zadávací podmínka týkající se licencí byla jasná a dodavatelé na jejím základě byli schopni sestavit nabídku. I tento zadavatelův argument je nutno odmítnout, neboť i na základě neurčitých zadávacích podmínek jsou často zpracovány nabídky, které však v praxi vykazují značné odchylky dané různým výkladem zadávacích podmínek. V ryze spekulativní rovině tak lze poukázat na to, že zadavatel sice dvě nabídky obdržel, ovšem jejich nabídkové ceny vykazují velkou odchylku – první z cen je ve výši 2/3 ceny druhé, přičemž rozdíl činí 3,2 mil. Kč u veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota činí 7,6 mil. Kč, a otázka, čím vysvětlit velký rozdíl, se tak přímo nabízí.
32. Uvádí-li zadavatel, že dodavatel mohl svou nabídku kalkulovat na maximální počet licencí, je tento jeho návrh stěžejně aplikovatelný, neboť taková kalkulace by nabídkovou cenu bez rozumného důvodu zvýšila oproti např. diametrálně odlišně uvažující konkurenci. Stejně tak není aplikovatelné to, že by dodavatel kalkuloval nabídkovou cenu na nízký počet uživatelů s možností rozšíření, neboť nabídková cena měla být stanovena jako konečná a nepřekročitelná (čl. 8 zadávací dokumentace). Současně zadavatelův předpoklad, že dodavatelé vědí – a i na základě jeho vysvětlení nacení – neomezenou licenci na využití softwaru, se jeví jako zcela neopodstatněný.
33. Zadavatel v rozkladu zpochybňuje vážný zájem navrhovatele o zakázku, neboť navrhovatel jej nepožádal o přílohy s důvěrnými informacemi, ani jej během lhůty pro podání nabídek nežádal o vysvětlení zadávací dokumentace. Zadavatel je přesvědčen, že námítky navrhovatele jsou účelové. Ani těmto zadavatelovým argumentům bohužel nelze přisvědčit, neboť dispozice s kompletní zadávací dokumentací ani žádost o vysvětlení zadávací dokumentace nejsou podmínkami aktivní legitimace navrhovatele k podání námitek a později návrhu na přezkum úkonů zadavatele.
34. Ačkoliv to již nebylo předmětem rozkladových námitek, k otázce aktivní legitimace navrhovatele (pokud tento brojí proti zadávacím podmínkám) se na tomto místě vyjádřím.
35. Navrhovatel není podle všeho subjektem, který by měl jakoukoliv zkušenost s plněním předmětu poptávané veřejné zakázky a ani to netvrdí. Paradoxní v této souvislosti je, že si ani sám navrhovatel nebyl při podání návrhu vědom toho, zda má alespoň živnostenské oprávnění, které by předmět plnění veřejné zakázky teoreticky pokrývalo. K tomu viz bod 2 návrhu, kde navrhovatel uvádí, že *„pro plnění zakázky v případě, že zadavatel odstraní nezákonnosti zadávacího řízení námítkami vytykané, by si navrhovatel mohl jakékoliv potřebné živnostenské oprávnění opatřit“*.
36. Byl to až Úřad, který ověřil, že navrhovatel disponuje živnostenským oprávněním nezbytným pro plnění předmětné veřejné zakázky. Nicméně Úřad nemůže jít při přezkoumávání kvalifikace dodavatele pro plnění veřejné zakázky dál, jinými slovy nemůže ve správním řízení, ve kterém jsou přezkoumávány zadávací podmínky, posuzovat, zda navrhovatel coby dodavatel splňuje kvalifikační požadavky zadavatele, neboť není vyloučeno, že takový

dodavatel se obrátí např. na poddodavatele. Ze stejného důvodu se Úřad nemůže zabývat ani otázkou, zda navrhovatel alespoň působí na relevantním (nebo alespoň nějakém) trhu. Úřadu tak nezbyvá než konstatovat, že dodavatel je k podání návrhu proti zadávacím podmínkám aktivně legitimován, neboť se teoreticky může zadávacího řízení účastnit.

37. Je otázkou, zda jde o správný přístup k aktivní návrhové legitimaci, nicméně s ohledem na dikci zákona a vzhledem k současnému výkladu aktivní legitimace zastávanou soudy (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne ze dne 9. 4. 2013, čj. 31 Af 54/2012-443 a navazující rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 5. 2014, čj. 5 Afs 48/2013-272), je Úřad značně omezen v právu nastavit meze širokému pojetí této legitimace, aniž by došlo k judikaturnímu posunu.

VI. Závěr

38. Po zvážení všech aspektů dané věci a rozkladových námitek zadavatele, na základě zjištění, že Úřad postupoval při rozhodnutí o pochybení zadavatele v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí.
39. V řešeném případě bylo stěžejní otázkou, zda může zadavatel ponechat otázku počtu licencí k užívání softwaru na odborné úvaze dodavatele. V posuzovaném případě jsem shledal, že u zadavatele lze předpokládat, že na základě předchozích zkušeností, jsou mu známy jednotlivé modely poskytnutí licencí a stejně tak počty dopravců, kteří u něj v minulosti zajišťovali dopravní obslužnost. Ačkoliv lze od dodavatelů požadovat odborný odhad, v tomto konkrétním případě měl zadavatel lepší přehled o své situaci i o plánech stran počtu uživatelů než dodavatelé. Rovněž platí, že zadavatel neuvádí konkrétní tvrzení nebo důkazy, pro které by skutečně bylo důvodné po dodavatelích požadovat takový odborný odhad. Stejně tak není nezbytně pravdou, že všichni kvalifikovaní dodavatelé disponují množstvím znalostí, aby takový odborný odhad mohli udělat. Za takových okolností měl zadavatel uvést určité rozmezí či početní strop licencí nebo dodatečné informace, na základě kterých by kvalifikovaní dodavatelé takový odhad mohli udělat, a tím získat porovnatelné nabídky.
40. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, Jakubská 121/1, 602 00 Brno
2. Prameny Lipno s.r.o., Dopravní 500/9, 104 00 Praha 10

Vypraveno dne:

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