



UOHSX00GEJ8B

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0232/2022/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-26618/2022/500

Brno 4. 8. 2022

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 2. 6. 2022, jehož účastníkem je

- zadavatel – KORDIS JMK, a.s., IČO 26298465, se sídlem Nové sady 946/30, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 2. 5. 2022 Mgr. Ing. Tomášem Němcem, advokátem, ev. č. ČAK 12479, HVH LEGAL advokátní kancelář s.r.o., IČO 25702599, se sídlem Korunní 1302/88, 101 00 Praha 10,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „DODÁVKA JÍZDENKOVÝCH AUTOMATŮ A VALIDÁTORŮ“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 10. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 10. 2021 pod ev. č. Z2021-039690, ve znění pozdějších oprav a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 29. 10. 2021 pod ev. č. 2021/S 211-550611, ve znění pozdějších oprav,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – KORDIS JMK, a.s., IČO 26298465, se sídlem Nové sady 946/30, 602 00 Brno – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „DODÁVKA JÍZDENKOVÝCH AUTOMATŮ A VALIDÁTORŮ“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 10. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 10. 2021 pod ev. č. Z2021-039690, ve znění pozdějších oprav a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 29. 10. 2021 pod ev. č. 2021/S 211-550611, ve znění

pozdějších oprav, **zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek**, ve znění pozdějších předpisů, **když rozhodl dne 14. 3. 2022 o výběru dodavatele** Herman systems s.r.o., IČO 05903378, se sídlem Brněnská 993, 664 42 Modřice, **aniž by dostatečně ověřil a posoudil splnění podmínky účasti stanovené v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy** – „[d]odavatel prohlašuje, že ke dni uzavření této Smlouvy není účastníkem žádného soudního, rozhodčího nebo správního řízení, které by mohlo ovlivnit jeho schopnost řádného plnění závazků vyplývajících z této Smlouvy, zejména není na majetek Dodavatele prohlášen konkurz, vyrovnání či zahájeno insolvenční řízení a není vedena exekuce a ani si není vědom nebezpečí, že by takové soudní, rozhodčí nebo správní řízení mohlo být zahájeno“, **když z dokumentace o zadávacím řízení není zřejmé, na základě jakých skutečností zadavatel dovodil, že probíhající soudní řízení, jehož je citovaný vybraný dodavatel účastníkem, neovlivní jeho schopnost řádného plnění závazků vyplývajících z uzavírané smlouvy ve smyslu citovaného čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy**, přestože existují okolnosti, které by splnění této podmínky ze strany vybraného dodavatele mohly vylučovat, **přičemž tím zadavatel mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.**

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – KORDIS JMK, a.s., IČO 26298465, se sídlem Nové sady 946/30, 602 00 Brno – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže** podle § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší úkon zadavatele spočívající v posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele** – Herman systems s.r.o., IČO 05903378, se sídlem Brněnská 993, 664 42 Modřice – v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „DODÁVKA JÍZDENKOVÝCH AUTOMATŮ A VALIDÁTORŮ“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 10. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 10. 2021 pod ev. č. Z2021-039690, ve znění pozdějších oprav a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 29. 10. 2021 pod ev. č. 2021/S 211-550611, ve znění pozdějších oprav, **zachycený v protokolu o jednání komise ze dne 14. 2. 2022 a v protokolu o jednání komise ze dne 11. 3. 2022 a současně ruší všechny následující úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení na citovanou veřejnou zakázku, a to včetně rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 14. 3. 2022 a oznámení o výběru ze dne 17. 3. 2022.**

III.

Zadavateli – KORDIS JMK, a.s., IČO 26298465, se sídlem Nové sady 946/30, 602 00 Brno – se podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **až do pravomocného skončení správního řízení zahájeného z moci úřední a vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. ÚOHS-S0232/2022/VZ** ve věci přezkoumání úkonů zadavatele **ukládá zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „DODÁVKA JÍZDENKOVÝCH AUTOMATŮ A VALIDÁTORŮ“** v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 10. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 10. 2021 pod ev. č. Z2021-039690, ve znění pozdějších oprav a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 29. 10. 2021 pod ev. č. 2021/S 211-550611, ve znění pozdějších oprav.

IV.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení

o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, **se zadavateli** – KORDIS JMK, a.s., IČO 26298465, se sídlem Nové sady 946/30, 602 00 Brno – **ukládá:**

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – KORDIS JMK, a.s., IČO 26298465, se sídlem Nové sady 946/30, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 2. 5. 2022 Mgr. Ing. Tomášem Němcem, advokátem, ev. č. ČAK 12479, HVH LEGAL advokátní kancelář s.r.o., IČO 25702599, se sídlem Korunní 1302/88, 101 00 Praha (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 10. 2021 pod ev. č. Z2021-039690, ve znění pozdějších oprav a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 29. 10. 2021 pod ev. č. 2021/S 211-550611, ve znění pozdějších oprav, oznámení o zahájení otevřeného zadávacího řízení na zadání veřejné zakázky DODÁVKA JÍZDENKOVÝCH AUTOMATŮ A VALIDÁTORŮ“ (dále jen „veřejná zakázka“). Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 25. 10. 2021 a tímto dnem bylo podle § 56 odst. 1 zákona zahájeno zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.
2. Zadavatel specifikoval předmět veřejné zakázky v čl. 3 zadávací dokumentace „INFORMACE O DRUHU A PŘEDMĚTU VEŘEJNÉ ZAKÁZKY“. Konkrétně v čl. 3.1. zadávací dokumentace (Druh veřejné zakázky) stanovil, že se jedná o veřejnou zakázku na dodávky.
3. V čl. 3.3. zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že „*[p]ředmětem této veřejné zakázky je dodání prodejních a informačních jízdenkových automatů a validátorů pro vozidla v integrovaném dopravním systému Jihomoravského kraje (dále jen „Předmět zakázky“), které jsou podrobněji specifikovány v příloze č. 1 této zadávací dokumentace a v závazném návrhu Smlouvy.*“ Dále pak zadavatel v témže článku uvedl následující položky, jež stanoví převážnou část předmětu plnění posuzované veřejné zakázky:
 - dodání validátorů/prodejních a informačních automatů jízdenek pro vozidla vlakové osobní dopravy („PIA“ nebo „Jízdenkové automaty“);
 - dodání validátorů pro železniční stanice a s nimi související plochy umožňujících označení papírové jízdenky a bezhotovostní koupi jízdních dokladů různých tarifů (zejména IDS JMK) („Nádražní validátory“);
 - dodání validátorů jízdenek pro vozidla autobusové dopravy v rámci IDS JMK („Autobusové validátory“);
 - dodání a instalace software pro back-office, který sestává z modulu pro Jízdenkové automaty („Back Office pro Jízdenkové automaty“), z modulu pro Nádražní validátory („Back Office pro Nádražní validátory“) a z modulu pro Autobusové validátory („Back Office pro Autobusové validátory“);

- dodání a instalace software pro Jízdenkové automaty („Software pro Jízdenkové automaty“);
 - dodání a instalace software pro Nádražní validátory („Software pro Nádražní validátory“);
 - dodání a instalace software pro Autobusové validátory („Software pro Autobusové validátory“);
 - zaškolení odborných pracovníků zadavatele pro řádné provedení instalace PIA, Nádražních validátorů a Autobusových validátorů a pro jejich následné řádné užívání a údržbu („Školení“);
 - provozní podpora v rozsahu stanoveném Smlouvou („Provozní podpora“).
4. Dle čl. 5 zadávací dokumentace byla předpokládána hodnota veřejné zakázky stanovena na 84 000 000 Kč bez DPH.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, obdržel dne 19. 4. 2022 podnět s žádostí o prošetření postupu zadavatele při zadávání shora definované veřejné zakázky (dále jen „podnět“).
6. Úřad přípisem ze dne 21. 4. 2022, č. j. ÚOHS-13480/2022/536, vyzval zadavatele k zaslání kompletní dokumentace pořízené v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou a současně k zaslání vyjádření k tvrzením uvedeným v podnětu.
7. V reakci na přípis ze dne 21. 4. 2022, č. j. ÚOHS-13480/2022/536, obdržel Úřad od zadavatele příslušnou dokumentaci a jeho vyjádření ze dne 2. 5. 2022.

Vyjádření zadavatele ze dne 2. 5. 2022 – k podanému podnětu

8. Zadavatel v rámci svého vyjádření k podnětu ze dne 2. 5. uvádí mj. následující: „(...) Zadavatel výzvou v souladu s § 46 ZZVZ vybraného dodavatele vyzval k tomu, aby potvrdil, zda si je vědom ustanovení smlouvy v odst. 10.1.1 a zda tuto podmínku bude moci ke dni podpisu smlouvy bezvýhradně splnit/její splnění podpisem smlouvy potvrdit. Vybraný dodavatel v návaznosti na to uvedl, že si této smluvní podmínky vědom je, že ji splňuje, a to i s ohledem na probíhající soudní řízení mezi vybraným dodavatelem a Dopravním podnikem města Brna a.s.“
9. Dále zadavatel na jiném místě téhož vyjádření uvádí, že „[z]adavatel nemůže vědět, jaká je skutečná ekonomická situace vybraného dodavatele (a to nejen z pohledu podatelem předkládaných účetních závěrek). Zároveň mu nepřísluší tyto údaje zkoumat nebo posuzovat, když v zadávacích podmínkách nepožadoval prokázání ekonomické kvalifikace. Zadavateli není např. ani známo, v jaké výši je vybraný dodavatel pojištěn, jaké tvoří rezervy apod.; není tedy v danou chvíli schopen ani předjímat, zda a jakým způsobem by byl v případě neúspěšnosti v soudním řízení vybraný dodavatel uhradit soudně přiznanou pohledávku. Přitom např. pojištění odpovědnosti může do velké míry krýt riziko úhrady potenciálně soudně přiznaného nároku.“

10. K otázce posuzovaného ustanovení závazného návrhu smlouvy (čl. 10.1.1) zadavatel uvedl, že *„[s]mlouva jednoznačně disponuje mechanismy pro případ, že by se smluvní deklaráce podle odst. 10.1.1 smlouvy ukázala jako nepravdivá, navíc Zadavatel z opatrnosti splnění předmětné smluvní deklaráce v případě podpisu smlouvy ověřil prostřednictvím výzvy dle § 46 ZZVZ. Vybraný dodavatel výslovně ještě před uzavřením smlouvy prohlásil, že si je smluvní podmínky (deklaráce) vědom a že ji splňuje, resp. je schopen v tomto znění smlouvu podepsat (...) Zadavateli není zřejmé, jaké další informace (a z jakého důvodu) by měl Zadavatel po vybraném dodavateli ještě v průběhu zadávacího řízení (tedy ještě před uzavřením smlouvy) požadovat. Konstatování, že je tento postup diskutabilní, je pouze názorem podatele, který však nemá oporu v ZZVZ ani v zadávacích podmínkách.“*
11. V závěrečné části svého vyjádření k podanému podnětu ze dne 2. 5. 2022 zadavatel vyjadřuje své stanovisko k otázce namítaného omezení hospodářské soutěže, když uvádí, že *„(...) do zadávacího řízení obdržel nabídky od tří relevantních dodavatelů, což svědčí o tom, že hospodářská soutěž byla otevřena všem potenciálním dodavatelům a tito využili možnosti účastnit se soutěže o Veřejnou zakázku. Žádný z účastníků zadávacího řízení nebyl v nabídce povinen prokazovat splnění podmínky dle odst. 10.1.1 smlouvy, lze si tak jen těžko představit, že by smluvní deklaráce mohla jakkoli bránit otevřené, rovné a zákonné hospodářské soutěži. Zadavatel již úvodem tohoto vyjádření uvádí, že celá soutěž o Veřejnou zakázku probíhá plně v souladu se ZZVZ i zadávacími podmínkami.“*
12. Zadavatel závěrem navrhuje, aby Úřad nepřistoupil k zahájení správního řízení z moci úřední, neboť je přesvědčený, že při zadávání nadepsané veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, přičemž v posuzované věci neexistuje důvod pro zahájení správního řízení z moci úřední.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

13. Na základě shora uvedených skutečností, tj. zejména na základě tvrzení uvedených v podnětu, jakož i na základě obdržené dokumentace o zadávacím řízení a vyjádření zadavatele Úřad nabyt pochybností, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky neporušil zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 zákona, když rozhodl dne 14. 3. 2022 o výběru dodavatele, aniž by dostatečně ověřil a posoudil splnění podmínky účasti stanovené v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy, když z dokumentace o zadávacím řízení není zřejmé, na základě jakých skutečností zadavatel dovodil, že probíhající soudní řízení, jehož je vybraný dodavatel – Herman systems s.r.o., IČO 05903378, se sídlem Brněnská 993, 664 42 Modřice (dále jen „Herman systems s.r.o.“ nebo jen „vybraný dodavatel“) – účastníkem, neovlivní jeho schopnost řádného plnění závazků vyplývajících z uzavírané smlouvy ve smyslu čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy, přestože existují okolnosti, které by splnění této podmínky ze strany vybraného dodavatele mohly vylučovat, přičemž tím zadavatel mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Z uvedeného důvodu Úřad přistoupil k zahájení správního řízení z moci úřední.
14. Oznámení o zahájení správního řízení ze dne 1. 6. 2022, č. j. ÚOHS-18479/2022/536, bylo zadavateli doručeno dne 2. 6. 2022 a tímto dnem bylo v souladu s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení z moci úřední vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0232/2022/VZ.

15. Účastníkem správního řízení je podle § 256 zákona zadavatel.
16. Usnesením ze dne 2. 6. 2022, č. j. ÚOHS-18752/2022/536, určil Úřad zadavateli lhůtu, ve které byl zadavatel podle § 36 odst. 1 správního řádu oprávněn navrhopat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 citovaného zákona oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.
17. Dne 13. 6. 2022 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky vyjádření zadavatele z téhož dne k zahájenému správnímu řízení (dále jen „vyjádření zadavatele k zahájenému správnímu řízení“).

Vyjádření zadavatele k zahájenému správnímu řízení

18. Zadavatel ve svém vyjádření k zahájenému správnímu řízení předně uvádí, že *„(...) nikterak nezpochybňuje, že obchodní nebo jiné smluvní podmínky jsou jednou z podmínek účasti v zadávacím řízení. Stejně tak Zadavatel nezpochybňuje, že je povinen posoudit splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, a to minimálně u vybraného dodavatele.“*
19. Zadavatel dále uvádí, že podmínky účasti stanovené v § 37 odst. 1 zákona *„(...) není nezbytně nutné splnit vždy a v plném rozsahu, aby účastník mohl podat nabídku do zadávacího řízení na Veřejnou zakázku. Obchodní nebo jiné smluvní podmínky jako podmínka účasti v zadávacím řízení se fakticky uplatní až po skončení zadávacího řízení uzavřením smlouvy. Jak Zadavatel opakovaně ve svých předchozích vyjádřeních uvedl, podmínka uvedená v odst. 10.1.1 návrhu smlouvy není podmínkou, kterou by dodavatel musel apriori splňovat a prokazovat v okamžiku podání nabídky. Její splnění se fakticky projeví až po skončení zadávacího řízení, typicky tedy při realizaci smlouvy na Veřejnou zakázku.“*
20. Dále zadavatel ve svém vyjádření k zahájení správního řízení uvádí, že provedl posouzení splnění podmínek účasti u vybraného dodavatele, přičemž získal pochybnost ohledně splnění některých podmínek účasti, vč. smluvní podmínky zakotvené v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy. Z toho důvodů zadavatel využil institutu „Objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů“ stanoveného § 46 zákona a vyzval vybraného dodavatele k objasnění nabídky. Součástí zmíněné výzvy byla mj. otázka na článek 10.1.1 závazného návrhu smlouvy, přičemž zadavatel v této souvislosti uvedl, že předmětnou výzvu vybranému dodavateli adresoval rovněž na základě toho, že si byl vědom skutečností, že vybraný dodavatel je účastníkem soudního sporu s Dopravním podnikem města Brna. Vybraný dodavatel následně ve své odpovědi na výzvu zadavatele ze dne 6. 3. 2022 zadavateli sdělil, že si je vědom znění čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy a s vědomím toho nabídku podal, přičemž citovanou podmínku bezvýhradně splňuje, tj. včetně zvažování situace kolem předmětného soudního sporu.
21. Ke shora uvedenému pak zadavatel ve vztahu k posouzení předmětné podmínky účasti uvádí, že učinil *„(...) maximum toho, co byl v intencích ZZVZ oprávněn učinit.“* V této souvislosti pak zadavatel dále uvádí následující: *„Zadavatel učinil úkony nad rámec povinností, které mu vyplývají ze ZZVZ, když splnění této podmínky účasti se typicky projeví až po ukončení zadávacího řízení, tj. po podpisu smlouvy. Zadavatel však s maximální možnou opatrností vyzval vybraného dodavatele postupem podle § 46 ZZVZ. Přitom byl tento postup byl zcela legitimní a transparentní. Proto je pochybnost Úřadu, zda Zadavatel dostatečně přezkoumal splnění této podmínky účasti, zcela nedůvodná. Zadavatel již v předchozích vyjádřeních a rozhodnutích opakovaně uvedl, že po vybraném dodavateli nemohl požadovat předložení*

žádných dalších důkazů nebo skutečností, když si takovou podmínku nevyhradil přímo v zadávacích podmínkách.“

22. Zadavatel ve svém vyjádření k zahájenému správnímu řízení dále argumentuje rozhodovací praxí Úřadu¹, z níž vyplývá, že je zapotřebí odlišovat kvalifikační předpoklady, jež prokazují způsobilost a schopnost dodavatele realizovat předmět plnění příslušné veřejné zakázky, a obchodní nebo jiné smluvní podmínky, které slouží k vymezení budoucího smluvního vztahu mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem. Z právě uvedeného zadavatel dovozuje, že pokud by v nyní šetřeném případě, tj. v rámci předmětného zadávacího řízení přistoupil k ověřování, resp. přezkoumávání splnění smluvních podmínek ještě před uzavřením smlouvy, aniž by tyto smluvní podmínky stanovil jako kvalifikační předpoklad, pak by postupoval ve zjevném rozporu s citovaným rozhodnutím Úřadu.
23. V návaznosti na citované rozhodnutí Úřadu zadavatel vyjadřuje závěr, že *„(...) z obchodních podmínek nelze činit kvalifikační předpoklady. Na ustanovení odstavce 10.1.1 návrhu smlouvy [tedy splnění podmínky účasti dle § 37 odst. 1 písm. c) ZZVZ] proto nelze v žádném případě nahlížet jako na ověření způsobilosti a schopnosti realizovat předmět Veřejné zakázky a posuzovat jej jako kvalifikační podmínku (tak jak to činí stěžovatel a zjevně i Úřad). Zadavatel i v kontextu rozhodovací praxe Úřadu nemůže ze smluvní podmínky (odst. 10.1.1 návrhu smlouvy) v průběhu zadávacího řízení činit kvalifikační předpoklad, kterým by byla ověřena způsobilost a schopnost vybraného dodavatele realizovat Veřejnou zakázku.“*
24. Závěrem svého vyjádření k zahájenému správnímu řízení zadavatel Úřad žádá, aby správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0232/2022/VZ zastavil.

Další průběh správního řízení

25. Usnesením ze dne 20. 6. 2022, č. j. ÚOHS-20587/2022/536, stanovil Úřad zadavateli lhůtu k podání vyjádření k podkladům rozhodnutí ve smyslu § 261 odst. 3 zákona.
26. Dne 27. 6. 2022 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření k podkladům rozhodnutí, v rámci něhož zadavatel uvedl, že všechny rozhodné skutečnosti již Úřadu sdělil ve svých předchozích vyjádřeních, přičemž zadavatel zopakoval, že dle jeho názoru postupoval v zadávacím řízení v souladu se zákonem, a proto Úřad žádá, aby správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0232/2022/VZ zastavil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

27. Úřad přezkoumal na základě § 248 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení veškerých podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení a stanovisek předložených zadavatelem a na základě vlastního zjištění rozhodl o tom, že zadavatel nepostupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

¹ Rozhodnutí Úřadu ze dne 7. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0224/2017/VZ-22727/2021/533/TKr a rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 14. 11. 2017, č. j. ÚOHS-R0131/2017/VZ-33346/2017/323/LVa.

Relevantní ustanovení zákona

28. Dle § 4 odst. 1 zákona je veřejným zadavatelem
- a) Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele,
 - b) Česká národní banka,
 - c) státní příspěvková organizace,
 - d) územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace,
 - e) jiná právnická osoba, pokud
 1. byla založena nebo zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.
29. Dle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
30. Dle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
31. Dle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
32. Dle § 37 odst. 1 zákona může zadavatel stanovit jako podmínky účasti v zadávacím řízení
- a) podmínky kvalifikace,
 - b) technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku,
 - c) obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo
 - d) zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.
33. Dle § 46 odst. 1 zákona může zadavatel pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.
34. Dle § 122 odst. 1 zákona je zadavatel povinen vybrat k uzavření smlouvy účastníka zadávacího řízení, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější podle výsledku hodnocení nabídek nebo výsledku elektronické aukce, pokud byla použita.
35. Dle § 122 odst. 3 zákona odešle zadavatel vybranému dodavateli výzvu k předložení

- a) originálů nebo ověřených kopií dokladů o jeho kvalifikaci, pokud je již nemá k dispozici, a
 - b) dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104.
36. Dle § 123 zákona odešle zadavatel bez zbytečného odkladu od rozhodnutí o výběru dodavatele oznámení o výběru dodavatele všem účastníkům zadávacího řízení. S výjimkou jednacího řízení bez uveřejnění a zadávacího řízení, v němž je jeden účastník zadávacího řízení, musí být součástí tohoto oznámení
- a) zpráva o hodnocení nabídek, pokud proběhlo hodnocení nabídek,
 - b) výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, který bude obsahovat
 - 1. seznam dokladů, kterými vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci, a
 - 2. u požadované profesní způsobilosti podle § 77 odst. 2, ekonomické kvalifikace a technické kvalifikace údaje rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace,
 - 3. seznam dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 písm. a),
 - 4. výsledek zkoušek vzorků, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 písm. b).
37. Dle § 151 odst. 1 zákona je sektorovou veřejnou zakázkou veřejná zakázka, kterou zadává veřejný zadavatel při výkonu relevantní činnosti.
38. Dle § 153 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností pro účely tohoto zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v oblasti železniční, tramvajové, trolejbusové, veřejné autobusové nebo lanové dopravy (dále jen „dopravní síť“); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována za podmínek stanovených příslušnými správními orgány.
39. Dle § 167 odst. 1 zákona může zadavatel při zadávání sektorové veřejné zakázky stanovit i jiná kritéria kvalifikace dodavatele, než jsou uvedena v části čtvrté; ustanovení § 76 a § 81 až 88 se použijí obdobně. Zadavatel však nesmí zejména
- a) stanovit některým dodavatelům podmínky, které nejsou stanoveny jiným dodavatelům, nebo
 - b) požadovat doklady, zkoušky nebo jiné údaje bez vážného důvodu opakovaně.
40. Dle § 263 odst. 2 zákona nedodržel-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

Relevantní skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

41. V čl. 3.2. zadávací dokumentace (Hlavní činnosti dle CPV) zadavatel stanovil hlavní činnosti veřejné zakázky, jimiž dle citovaného článku zadávací dokumentace mají být:

- 30144200-2 – Stroje na vydávání jízdenek nebo vstupenek
 - 30123100-8 – Stroje pro označování jízdenek
 - 30210000-4 – Stroje na zpracování dat (technické vybavení)
 - 48813000-0 – Informační systémy pro cestující
 - 72222300-0 – Služby informačních technologií
 - 32441300-9 – Telematické systémy
42. V čl. 10.1.1 přílohy č. 2 zadávací dokumentace – závazný návrh smlouvy –zadavatel uvedl, že *„[d]odavatel prohlašuje, že ke dni uzavření této Smlouvy není účastníkem žádného soudního, rozhodčího nebo správního řízení, které by mohlo ovlivnit jeho schopnost řádného plnění závazků vyplývajících z této Smlouvy, zejména není na majetek Dodavatele prohlášen konkurz, vyrovnání či zahájeno insolvenční řízení a není vedena exekuce a ani si není vědom nebezpečí, že by takové soudní, rozhodčí nebo správní řízení mohlo být zahájeno.“*
43. Zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek, tj. do 14. 1. 2022 celkem tři nabídky, a to od dodavatelů:
- Mikroelektronika spol. s r.o., IČO 15029221, se sídlem Dráby 849, Litomyšlské Předměstí, 566 01 Vysoké Mýto;
 - EM TEST ČR spol. s r.o. + EMTEST a.s., IČO 62362771 a 36427101, se sídlem Jiráskova 1284, 755 01 Vsetín Bánovská cesta 7, 010 01 Žilina, Slovenská republika;
 - Herman systems s.r.o.
44. Zadavatel zaslal vybranému dodavateli dne 15. 2. 2022 výzvu podle § 46 zákona nazvanou jako „Výzva k písemnému objasnění předložených údajů, dokladů, vzorku, nebo modelů nebo doplnění dalších chybějících údajů, dokladů vzorku nebo modelů“ z téhož dne (dále jen „výzva I“). V rámci předmětné výzvy I zadavatel mj. upozornil vybraného dodavatele na čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy, jehož znění ve výzvě přímo citoval. K tomu zadavatel uvedl, že *„[k]omisi je známo, že účastník je v současné době účastníkem soudního sporu, v němž jako žalobce vystupuje Dopravní podnik města Brna, a.s. S ohledem na to komise žádá účastníka o potvrzení, že si je vědom citované smluvní podmínky uvedené v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy a tuto bezvýhradně splňuje. Komise účastníka upozorňuje, že pokud by uvedenou smluvní podmínku účastník nesplňoval, pak by se jednalo o nesplnění zadávacích podmínek. Zadavatel by byl povinen takového účastníka vyloučit ze zadávacího řízení.“*
45. Jelikož vybraný dodavatel na shora uvedenou výzvu I v zadavatelem stanovené lhůtě (5 pracovních dnů) nereagoval, zaslal zadavatel dne 2. 3. 2022 vybranému dodavateli novou výzvu na základě téhož ustanovení zákona (§ 46 zákona) nazvanou jako „Opakovaná výzva k písemnému objasnění předložených údajů, dokladů, vzorku, nebo modelů nebo doplnění dalších chybějících údajů, dokladů vzorku nebo modelů“ z téhož dne (dále jen „výzva II“), přičemž obsah výzvy II byl v esenciálních částech shodný s obsahem výzvy I.
46. Vybraný dodavatel na výzvu II odpověděl přípisem nazvaným „Odpověď na Opakovanou výzvu k písemnému objasnění předložených údajů, dokladů, vzorků nebo modelů nebo doplnění dalších nebo chybějících údajů, dokladů, vzorků nebo modelů“ ze dne 6. 3. 2022. V rámci odpovědi na výzvu vybraný dodavatel ve vztahu k předmětné smluvní podmínce uvedl, že *„[s]i*

je vědom podmínky uvedené v č. 10.1.1. závazného návrhu smlouvy a s vědomím toho nabídku podával. Tuto podmínku bezvýhradně splňuje včetně zvážení situace kolem Vámi uvedeného sporu ve výzvě.“

47. Zadavatel následně dne 14. 3. 2022 rozhodl o výběru dodavatele, což oznámil účastníkům zadávacího řízení dne 17. 3. 2022, když odeslal oznámení o výběru dodavatele, jehož součástí byly následující dokumenty:

- zpráva o hodnocení nabídek;
- záznam o posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny;
- výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele.

V rámci shora citovaných dokumentů zadavatel konstatoval, že nabídka vybraného dodavatele byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější. Zároveň zadavatel uvedl, že vybraný dodavatel z hlediska splnění podmínek účasti vyhověl všem zadavatelem stanoveným požadavkům, tj. splnil podmínky účasti v zadávacím řízení.

K výroku I. rozhodnutí

K otázce zadávání sektorové veřejné zakázky

48. Před samotným posouzením postupu zadavatele při posuzování splnění podmínek účasti ze strany vybraného dodavatele se Úřad zabýval samotným charakterem veřejné zakázky, a to konkrétně otázkou, zda veřejná zakázka nenaplnuje zákonné podmínky pro sektorovou veřejnou zakázku zakotvené v § 151 a násl. zákona.
49. Skutečnost, zda veřejnou zakázku lze považovat za sektorovou veřejnou zakázku či nikoliv je zapotřebí posuzovat v souvislosti s tzv. relevantní činností. Relevantní činnost je upravená v § 153 zákona, dle něhož se relevantní činnosti rozumí mj. činnost související s poskytováním či provozováním sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v oblasti železniční, tramvajové, trolejbusové, veřejné autobusové nebo lanové dráhy (dále jen „dopravní síť“); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována za podmínek stanovených příslušnými správními orgány.
50. Předmětem posuzované veřejné zakázky je dodávka prodejních a informačních jízdenkových automatů a validátorů pro vozidla v integrovaném dopravním systému Jihomoravského kraje (čl. 3.3. zadávací dokumentace „Předmět veřejné zakázky“).
51. S ohledem na shora uvedené má Úřad za to, že předmětnou veřejnou zakázku lze považovat za sektorovou veřejnou zakázku, resp. Úřad dospěl k závěru, že zadavatel přistoupil k zadání předmětné veřejné zakázky ve smyslu § 151 odst. 1 zákona ve spojení s § 153 odst. 1 písm. f) zákona.

K podmínce účasti dle čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy

52. Zadavatel stanovil čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy následovně:

„Dodavatel prohlašuje, že ke dni uzavření této Smlouvy: není účastníkem žádného soudního, rozhodčího nebo správního řízení, které by mohlo ovlivnit jeho schopnost řádného plnění závazků vyplývajících z této Smlouvy, zejména není na majetek Dodavatele prohlášen konkurz,

vyrovnání či zahájeno insolvenční řízení a není vedena exekuce a ani si není vědom nebezpečí, že by takové soudní, rozhodčí nebo správní řízení mohlo být zahájeno.“

53. Úřad se předně zabýval otázkou, zda shora citovanou podmínku závazného návrhu smlouvy lze vnímat jako podmínku účasti ve smyslu § 37 odst. 1 zákona, přičemž vycházel kromě samotného znění posuzované smluvní podmínky rovněž z jednotlivých vyjádření zadavatele, z nichž je zcela patrné, že sám zadavatel posuzovanou podmínku vnímá jako podmínku účasti ve smyslu § 37 odst. 1 zákona, když například ve svém vyjádření ze dne 17. 6. 2022 uvádí, že *„(...) jsou mu známy skutečnosti, které by teoreticky mohly ohrozit splnění podmínky stanovené v odst. 10.1.1 návrhu smlouvy. Právě z toho důvodu Zadavatel nerezignoval na přezkoumání splnění této podmínky účasti již v této fázi zadávacího řízení, byť k tomu nebyl ani dle zadávacích podmínek ani dle ZZVZ povinen.“*
54. Výše uvedenou podmínku účasti však zadavatel ve svých vyjádřeních konstantně podřazuje pod § 37 odst. 1 písm. c) zákona, tj. zadavatel vnímá posuzovanou podmínku účasti jako obchodní nebo jinou smluvní podmínku vztahující se k předmětu veřejné zakázky.
55. V této souvislosti Úřad uvádí, že podmínky účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) zákona jsou takové podmínky, které mají přímý vztah k předmětu plnění veřejné zakázky, tj. nevztahují se primárně k osobě dodavatele a jejich smyslem je *„(...) vymezení budoucího smluvního vztahu mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem (...)“*.² Obecně lze mezi obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky zařadit například *„[t]ermíny (lhůty a doby) plnění, dodací podmínky, platební podmínky, akceptační mechanismy, sankční či utvrzovací ujednání.“*³
56. Na druhou stranu podmínky účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. a) zákona, tj. podmínky kvalifikace, slouží zejména k ověření toho, zda dodavatel bude schopen předmět plnění veřejné zakázky realizovat, resp., zda má předpoklady pro úspěšné splnění toho, k čemu se ve smlouvě uzavřené na základě příslušného zadávacího řízení zaváže.
57. Zadavatel je ve vztahu k podmínkám kvalifikace limitován zákonem, když může stanovit pouze takové kvalifikační požadavky, které zákon výslovně připouští.⁴
58. V souvislosti s výše dovozeným závěrem o sektorové veřejné zakázce Úřad konstatuje, že dle § 167 odst. 1 zákona může zadavatel při zadávání sektorové veřejné zakázky stanovit i jiná kritéria kvalifikace dodavatele, než jsou uvedena v části čtvrté zákona. V rámci posuzované veřejné zakázky tedy mohl zadavatel stanovit „i jiná kritéria kvalifikace“, avšak za současného dodržení zásad stanovených § 6 zákona, které se vztahují rovněž na otázku kvalifikace.⁵
59. S ohledem na shora uvedené Úřad konstatuje, že posuzovanou podmínku účasti stanovenou zadavatelem v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy je zapotřebí posuzovat jako podmínku účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. a) zákona, tj. jako podmínku kvalifikace. Tvrdí-li zadavatel ve svém vyjádření ze dne 17. 6. 2022, že *„(...) nemůže ze smluvní podmínky (odst. 10.1.1 návrhu smlouvy) v průběhu zadávacího řízení činit kvalifikační předpoklad, kterým by byla ověřena*

² Rozhodnutí Úřadu ze dne 7. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0224/2017/VZ-22727/2017/533/TKr.

³ KRČ, Robert, VANĚČEK, Jan. § 37 [Podmínky účasti v zadávacím řízení]. In: KRČ, Robert, VANĚČEK, Jan. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 219, marg. č. 4

⁴ Viz. § 73 zákona.

⁵ Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 18. 9. 2022, č. j. ÚOHS-29283/2020/322/LKa.

způsobilost a schopnost vybraného dodavatele realizovat Veřejnou zakázku“, Úřad takový závěr v zásadě kvituje. Je totiž třeba zdůraznit, že inkriminované ustanovení závazného návrhu smlouvy bylo podmínkou účasti dle § 37 odst. 1 písm. a) zákona od samotného počátku, tj. od momentu, kdy zadavatel zahájil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.

K posuzování splnění podmínky účasti vyplývající z čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy

60. Úřad se dále zabýval otázkou, zda zadavatel při ověřování shora citované podmínky účasti postupoval v souladu se zákonem, resp. v souladu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek, tj. zejména se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona.
61. Zadavatel, vědom si obsahu citované podmínky, adresoval vybranému dodavateli, poté co tento podal zadavateli svou nabídku, dle § 46 odst. 1 zákona výzvu I a II, jejichž smyslem bylo ověření skutečnosti, zda vybraný dodavatel splňuje podmínku účasti stanovenou v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy. V citovaných výzvách I a II zadavatel uvedl mj. následující: *„Komise je známo, že účastník je v současné době účastníkem soudního sporu, v němž jako žalobce vystupuje Dopravní podnik města Brna, a.s. S ohledem na to komise žádá účastníka o potvrzení, že si je vědom citované smluvní podmínky uvedené v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy a tuto bezvýhradně splňuje. Komise účastníka upozorňuje, že pokud by uvedenou smluvní podmínku účastník nespĺňoval, pak by se jednalo o nesplnění zadávacích podmínek. Zadavatel by byl povinen takového účastníka vyloučit ze zadávacího řízení.“*
62. Zadavatel tedy zcela evidentně měl pochybnosti, zda vybraný dodavatel splňuje posuzovanou podmínku účasti, a tak vybraného dodavatele vyzval, aby potvrdil, že podává svou nabídku s vědomím existence čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy, tj. potvrzuje, že není účastníkem žádného soudního, rozhodčího nebo správního řízení, které by mohlo ovlivnit jeho schopnost řádného plnění závazků vyplývajících z realizační smlouvy, zejména není na majetek dodavatele prohlášen konkurz, vyrovnání či zahájeno insolvenční řízení a není vedena exekuce a ani si není vědom nebezpečí, že by takové soudní, rozhodčí nebo správní řízení mohlo být zahájeno.
63. Vybraný dodavatel následně zadavateli zaslal přípis ze dne 6. 3. 2022, v němž zadavateli sdělil, že *„(...) si je vědom podmínky uvedené v čl. 10.1.1. závazného návrhu smlouvy a s vědomím toho nabídku podával. Tuto podmínku bezvýhradně splňuje včetně zvažování situace kolem Vámi uvedeného sporu ve výzvě.“*
64. Zadavatel posléze dne 14. 3. 2022 rozhodl o výběru dodavatele.
65. V návaznosti na shora uvedené Úřad uvádí, že se v rámci posuzování postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky zaměřil jak na samotný obsah předmětné podmínky účasti, tj. podmínky účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. a) zákona stanovené v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy, tak zejména na postup zadavatele při ověřování splnění této podmínky účasti ve vztahu k vybranému dodavateli.
66. K otázce posuzování podmínek účasti, resp. jejich ověřování se vyjádřil předseda Úřadu např. v rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15. 12. 2021⁶, kde mj. uvedl, že *„[p]odmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci vždy ovlivňují okruh uchazečů o veřejnou zakázku. Zadavatel proto má povinnost je nastavit tak, aby byly nediskriminační a transparentní a aby*

⁶ Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15. 12. 2021, č. j. ÚOHS-05049/2021/162/BVa.

uchazečům poskytly přesné informace o tom, jaké jsou na ně kladeny požadavky a jakým způsobem je mají splnit. V případě, že zadavatel požaduje k prokázání podmínek účasti předložení pouze čestného prohlášení, pak s ohledem na výše uvedené, musí být schopen následně ověřit, že dodavatelé jím stanovený požadavek skutečně naplnili, protože pokud by takové ověření nebyl schopen provést, stala by se daná podmínka účasti obsoletní. Stále by však taková zadávací podmínka ovlivňovala výběr nejvhodnějšího dodavatele, neboť nejistota dodavatele, zda ji splňuje či nikoliv může vést k tomu, že nepodá nabídku. Zadavatel je následně povinen v dokumentaci k zadávacímu řízení zachytit takové skutečnosti, které umožní jeho závěr o naplnění daného požadavku přezkoumat tak, aby bylo možné učinit jednoznačný závěr o tom, zda vybraný uchazeč podmínky účasti splnil či nikoliv.“

67. K otázce odpovědnosti za prokázání splnění podmínek účasti, lze dále odkázat rovněž na komentář k zákonu.⁷ „*Odpovědnost za prokázání splnění podmínek účasti a odpovědnost za podanou nabídku (její úplnost a správnost) nese účastník zadávacího řízení. V praxi veřejného zadávání se může stát, že obsah (resp. výklad) nabídky či žádosti o účast nebude vždy zcela jasný anebo část relevantních dokladů nebude vůbec doložena. Ačkoli procedura zadávacího řízení je formalizovaná a splnění zadávacích podmínek by primárně mělo vyplynout již z podané žádosti o účast anebo nabídky, zadavatel se může rozhodnout, že požádá účastníka zadávacího řízení o objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů, resp. ve vazbě na položkový rozpočet může být nabídka dokonce upravena. Účelem takového postupu je ověření, zda lze přesvědčivě učinit závěr, že vybraný účastník splňuje podmínky účasti v zadávacím řízení, pravidla stanovená zákonem a zadávací dokumentací. Jen takový dodavatel může být vybrán z účastníků zadávacího řízení a povolán k realizaci veřejné zakázky.“*
68. V návaznosti na shora uvedené a po důkladném zvážení okolnosti posuzovaného případu, jak rovněž s ohledem na relevantní ustanovení zákona, dospěl Úřad k závěru, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky porušil zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když rozhodl dne 14. 3. 2022 o výběru dodavatele, aniž by u vybraného dodavatele dostatečně ověřil a posoudil splnění podmínky účasti stanovené v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy.
69. Úřad v této souvislosti dále konstatuje, že zadavatel v momentě, kdy rozhodl o výběru dodavatele⁸, neměl postaveno najisto, zda vybraný dodavatel příslušnou podmínku účasti skutečně splňuje. Úřad na tomto místě předně uvádí, že zadavateli nelze upřít snahu o zjištění skutečnosti, zda vybraný dodavatel ke dni uzavření smlouvy není účastníkem žádného soudního, rozhodčího nebo správního řízení, které by mohlo ovlivnit jeho schopnost řádného plnění závazků vyplývajících z realizační smlouvy, resp. zjištění toho, zda není na majetek vybraného dodavatele prohlášen konkurz, vyrovnání či zahájeno insolvenční řízení a není vedena exekuce a ani si není vědom nebezpečí, že by takové soudní, rozhodčí nebo správní řízení mohlo být zahájeno. Samotná snaha zadavatele o zjištění této skutečnosti však pro naplnění zásady transparentního zadávání veřejných zakázek nemůže postačovat.
70. Zadavatel od samého počátku zadávacího řízení pracoval s předmětným ustanovením závazného návrhu smlouvy, tj. s ustanovením zakotveným v čl. 10.1.1, jako s podmínkou účasti ve smyslu § 37 odst. 1. písm. a) zákona. Skutečnost, že zadavatel posuzovanou podmínku

⁷ DVOŘÁK, David. Zákon o zadávání veřejných zakázek: komentář. Praha: C.H. Beck, 2017

⁸ Tj. ke dni 14. 3. 2022

účasti nesprávně zařazuje pod písmeno c) citovaného ustanovení zákona nemění nic na faktu, že zadavatel s předmětnou podmínkou pracoval jako s podmínkou účasti jako takovou, o čemž svědčí i shora citované sdělení komise ve výzvě I a II.⁹

71. Smyslem stanovení podmínek účasti dle § 37 odst. 1 písm. a) zákona je nepochybně snaha zadavatele získat takového dodavatele, který bude skýtat po stránce ekonomické, technické a profesní dostatečné předpoklady pro řádnou realizaci předmětu plnění příslušné veřejné zakázky.
72. Úsilí, jež zadavatel vynakládá na to, aby v rámci zadávacího řízení obdržel nabídky pouze od „kvalitních“ dodavatelů, tj. dodavatelů dostatečně kvalifikovaných ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, je zcela pochopitelné a zákonem aprobované. Stejně tak je zákonem aprobované následné ověřování dodavatelem předložených dokumentů, jimiž je dokládána příslušná část kvalifikace. Ostatně smyslem prokazování splnění kvalifikačních kritérií je to, aby byla osoba, která bude předmět plnění realizovat, vybírána z okruhu dodavatelů, kteří prokáží, že jsou po profesní, technické či ekonomické stránce schopni zajistit kvalitní plnění předmětu veřejné zakázky např. tím, že mají zkušenost s realizací obdobného předmětu plnění, nebo že disponují týmem zkušených odborníků, kteří se mohou na realizaci veřejné zakázky podílet, anebo i tím, že prokáží svou ekonomickou připravenost, tedy předpoklad, že předmět plnění budou schopni realizovat rovněž po stránce ekonomické.
73. Prokázání splnění podmínek kvalifikace dle § 37 odst. 1 písm. a) zákona jednotlivými dodavateli je však zadavatel povinen zjistit způsobem prostým jakýchkoliv pochybnosti, neboť jak sám zadavatel uvádí, pakliže příslušný dodavatel určitou část kvalifikace neprokáže, ačkoliv byl k prokázání této části kvalifikace vyzván, nemůže se stát vybraným dodavatelem, resp. zadavatel je v takovém případě povinen postupovat dle § 48 odst. 8 zákona. Jinými slovy, veřejnou zakázku nemůže „získat“ dodavatel, který by neprokázal splnění, byť jen nepatrné části kvalifikace.
74. V posuzovaném případě měl zadavatel pochybnosti o tom, zda vybraný dodavatel splňuje podmínku účasti stanovenou v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy. Ve světle těchto pochybností pak zadavatel přistoupil k ověřování příslušné podmínky účasti, kdy vybraného dodavatele vyzval, aby splnění příslušné podmínky účasti prokázal, resp. její splnění potvrdil. Vybraný dodavatel však následně pouze stroze konstatoval, že si je příslušné podmínky vědom a tuto splňuje.¹⁰ Úřadu nezbyvá než konstatovat, že z odpovědi vybraného dodavatele splnění posuzované podmínky účasti neplyne, resp. vybraný dodavatel sice tvrdí, že předmětnou podmínku účasti splňuje, avšak tuto skutečnost nijak neprokazuje, a to za situace kdy je účastníkem soudního řízení, v jehož rámci se rozhoduje o povinnosti vybraného dodavatele uhradit případně poměrně vysokou finanční částku. Zadavatel se tedy spokojil s prostým tvrzením dodavatele, aniž by toto tvrzení podrobil jakémukoliv kritickému zkoumání, resp. aniž by přistoupil k jeho objektivnímu ověření, přičemž tvrdí-li zadavatel ve svém vyjádření ze dne 2. 5. 2022, že mu „není zřejmé, jaké další informace by měl po vybraném dodavateli v průběhu zadávacího řízení ještě požadovat“, pak Úřad uvádí, že by měl zadavatel požadovat

⁹ „Komise účastníka upozorňuje, že pokud by uvedenou smluvní podmínku účastník nesplňoval, pak by se jednalo o nesplnění zadávacích podmínek. Zadavatel by byl povinen takového účastníka vyloučit ze zadávacího řízení.“

¹⁰ „(...) si je vědom podmínky uvedené v čl. 10.1.1. závazného návrhu smlouvy a s vědomím toho nabídku podával. Tuto podmínku bezvýhradně splňuje včetně zvážení situace kolem Vámi uvedeného sporu ve výzvě.“

především informace, potažmo dokumenty, které budou shora citované tvrzení dodavatele ohledně splnění podmínky účasti stanovené v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy jednoznačně potvrzovat. Tento krok však již zadavatel neučinil.

75. Úřad dále uvádí, že důsledné ověřování skutečností prokazujících splnění příslušné podmínky účasti je nedílnou součástí posuzování podmínek účasti jako takových. Bez toho, aniž by zadavatel důsledně ověřoval tvrzení jednotlivých dodavatelů ohledně splnění podmínek účasti, nemůže mít zadavatel nikdy postaveno najisto, že ten či onen uchazeč o veřejnou zakázku splňuje podmínky účasti stanovené v předmětné veřejné zakázce.
76. Zadavatel, jenž nepostupuje v souladu s výše uvedeným, resp. zadavatel, který v případě pochybností rezignuje na důsledné objasnění rozhodných skutečností, tj. v posuzovaném případě splnění podmínky účasti dle čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy, nemůže postupovat v souladu se zákonem, zejména pak se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona. Předchází-li právě zmíněný postup zadavatele výběru dodavatele a stane-li se vybraným dodavatelem dodavatel, u něhož nelze objektivně konstatovat splnění příslušných podmínek účasti, tj. v situaci, kdy nelze bez dalšího splnění podmínek účasti dovést, lze takový výběr dodavatele bezesporu označit jako výběr netransparentní, neboť zadavatel v takovém případě vybírá dodavatele zcela „naslepo“, aniž by měl postaveno najisto, zda vybraný dodavatel splňuje příslušné podmínky, tj. v posuzovaném případě podmínku účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. a) zákona stanovenou čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy.
77. V souvislosti se zde šetřeným případem lze nad rámec uvedeného doplnit, že zadavatel ve svém vyjádření ze dne 2. 5. 2022 uvedl, že *„(...) nemůže vědět, jaká je skutečná ekonomická situace vybraného dodavatele (a to nejen z pohledu podatelem předkládaných účetních závěrek). Zároveň mu nepřísluší tyto údaje zkoumat nebo posuzovat, když v zadávacích podmínkách nepožadoval prokázání ekonomické kvalifikace. Zadavateli není např. ani známo, v jaké výši je vybraný dodavatel pojištěn, jaké tvoří rezervy apod.; není tedy v danou chvíli schopen ani předjímat, zda a jakým způsobem by byl v případě neúspěšnosti v soudním řízení vybraný dodavatel uhradit soudně přiznanou pohledávku. Přitom např. pojištění odpovědnosti může do velké míry krýt riziko úhrady potenciálně soudně přiznaného nároku.“* Úřad v souvislosti s právě uvedeným nad rámec nutného podotýká, že z citovaného vyjádření zadavatele de facto plyne, že sám zadavatel je dobře obeznámen s tím, jakým způsobem by bylo možné předmětnou podmínku účasti ověřovat, tj. sám zadavatel uznává, že cesta vedoucí ke zjištění ekonomické situace dodavatele, a tudíž i k ověření předmětné podmínky účasti, existuje. Skutečnost, že zadavatel v rámci posuzované veřejné zakázky nestanovil požadavek na prokázání ekonomické kvalifikace ještě neznamena, že by zadavatel nemohl rozvinout alespoň minimální snahu směřující k ověření ekonomické situace vybraného dodavatele. Úřad na tomto místě podotýká, že nastavením zadávacích podmínek zadavatel současně nastavuje „pravidla hry“, která dopadají na všechny zúčastněné subjekty, tj. zejména na uchazeče o předmět plnění veřejné zakázky a zadavatele samotného. Uvedené znamená, že pokud zadavatel nastaví zadávací podmínky, vč. podmínek účasti způsobem, který není pro zadavatele výhodný, např. z důvodu nesnadného ověření příslušné podmínky účasti, v žádném případě to neznamena, že by z hlediska zákonnosti postupu zadavatele byla akceptovatelná rezignace na ověření příslušné podmínky účasti právě na základě objektivně nesnadného procesu zjišťování či ověřování skutkového stavu, tj. ověření splnění příslušné zadávací podmínky, resp. podmínky účasti. Úřad naopak konstatuje, že pakliže má zadavatel

dostát zákonným požadavkům, tj. zejména požadavku na transparentní zadávání veřejných zakázek, měl by vyvinout maximální snahu směřující k ověření příslušné podmínky účasti. V posuzovaném případě se však zadavatel k právě nastíněnému postupu neuchýlil, když naopak konstantně zastává pozici, podle níž udělal maximum možného. S tímto tvrzením zadavatele však Úřad i s ohledem na shora uvedené zásadně nesouhlasí a akcentuje, že to byl i sám zadavatel, kdo přistoupil k ověření splnění dané podmínky, to však pouze ryze formální cestou, ačkoliv je zjevné, že sám nabyl pochybnosti o splnění této podmínky, avšak následně zcela rezignoval na podrobnější vysvětlení, ačkoliv v daném případě se nabízí, aby byl zadavatel seznámen s relevantními skutečnostmi.

78. V návaznosti na shora uvedené Úřad konstatuje, že s ohledem na postup zadavatele, který u vybraného dodavatele v rámci ověřování splnění podmínek účasti nepřistoupil k náležitému posouzení splnění podmínky účasti stanovené v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy, mohlo v rámci předmětného zadávacího řízení dojít k nezákonnému ovlivnění výběru dodavatele, neboť pakliže by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a přistoupil k náležitému ověření předmětné podmínky účasti, mohl by dojít k závěru, že vybraný dodavatel podmínku účasti stanovenou v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy nespĺňuje, přičemž v takovém případě by se stal vybraným dodavatelem pravděpodobně jiný účastník zadávacího řízení, který by splňoval všechny zadavatelem stanovené podmínky účasti, tj. vč. podmínky účasti stanovené v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy. Pro úplnost Úřad dodává, že má za to, že nevybočil z ustálené rozhodovací praxe týkající se postupu Úřadu ve vztahu k přezkoumávání smluvních podmínek. Jak bylo dovozeno výše, předmětná podmínka svým charakterem inklinovala k podmínce účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. a) zákona, jelikož zadavatel jejím prostřednictvím ověřoval ekonomickou stabilitu dodavatele; přičemž to byl sám zadavatel, kdo identifikoval možný problém s nespĺněním dané podmínky, a byl to pak opět sám zadavatel, který na posouzení dané skutečnosti po vznesené žádosti de facto rezignoval.
79. Na základě výše uvedeného dospěl Úřad k závěru, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když rozhodl dne 14. 3. 2022 o výběru dodavatele, aniž by dostatečně ověřil a posoudil splnění podmínky účasti stanovené v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy, když z dokumentace o zadávacím řízení není zřejmé, na základě jakých skutečností zadavatel dovodil, že probíhající soudní řízení, jehož je vybraný dodavatel účastníkem, neovlivní jeho schopnost řádného plnění závazků vyplývajících z uzavírané smlouvy ve smyslu čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy, přestože existují okolnosti, které by splnění této podmínky ze strany vybraného dodavatele mohly vylučovat, přičemž tím zadavatel mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

K výroku II. rozhodnutí – uložení nápravného opatření

80. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
81. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když rozhodl dne 14. 3. 2022 o výběru dodavatele, aniž by dostatečně ověřil a posoudil splnění podmínky účasti stanovené v čl. 10.1.1 závazného návrhu smlouvy, přičemž tím zadavatel mohl ovlivnit výběr dodavatele,

a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, je Úřad povinen v souladu s § 263 odst. 2 zákona uložit nápravné opatření.

82. Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 263 odst. 2 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážít, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy nezákonného stavu, a to při dodržení základních zásad zadávacího řízení, tj. zásady transparentnosti, rovného zacházení, přiměřenosti a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky.
83. Jelikož se zadavatel dopustil porušení zákona až v souvislosti s posuzováním splnění podmínek účasti vybraného dodavatele a na to navazujícím výběrem dodavatele, není třeba rušit celé zadávací řízení a postačí tedy zrušit takové úkony zadavatele, které byly jeho nezákonným postupem dotčeny. Jak již bylo uvedeno, nezákonnosti se zadavatel dopustil v souvislosti s posuzováním splnění podmínek účasti a následným výběrem dodavatele, přičemž tímto postupem došlo k porušení zásady transparentnosti v zadávacím řízení, které mohlo vést k ovlivnění výběru dodavatele. S ohledem na výše uvedené skutečnosti ruší Úřad úkon zadavatele spočívající v posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele zachycený v protokolu o jednání komise ze dne 14. 2. 2022 a v protokolu o jednání komise ze dne 11. 3. 2022 a současně ruší všechny následující úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to včetně rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 14. 3. 2022 a oznámení o výběru ze dne 17. 3. 2022.

K výroku III. rozhodnutí – zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení

84. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
85. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
86. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření, jímž zrušil úkony zadavatele související s posouzením splnění podmínek účasti vybraného dodavatele zachycené v protokolu o jednání komise ze dne 14. 2. 2022 a v protokolu o jednání komise ze dne 11. 3. 2022 a současně zrušil všechny následující úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to včetně rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 14. 3. 2022 a oznámení o výběru ze dne 17. 3. 2022, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0232/2022/VZ uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku IV. rozhodnutí – náklady řízení

87. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení

o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.

88. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření, jímž zrušil úkony zadavatele související s posouzením splnění podmínek účasti vybraného dodavatele zachycené v protokolu o jednání komise ze dne 14. 2. 2022 a v protokolu o jednání komise ze dne 11. 3. 2022 a současně zrušil všechny následující úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení na citovanou veřejnou zakázku, a to včetně rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 14. 3. 2022 a oznámení o výběru ze dne 17. 3. 2022, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
89. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2022000232.

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 proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

Mgr. Ing. Tomáš Němec, advokát, HVH LEGAL advokátní kancelář s.r.o., Korunní 1302/88, 101 00 Praha 10

Vypraveno dne

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