



UOHSX008JPRH

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R400/2015/VZ-44333/2016/322/KBe

Brno 4. listopadu 2016

V řízení o rozkladu ze dne 1. 12. 2015 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jenž podal zadavatel –

- **Statutární město Plzeň**, IČO 00075370, se sídlem náměstí Republiky 1/1, 301 00 Plzeň, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 12. 11. 2014 Ing. Milanem Sterlym, ředitelem příspěvkové organizace SPRÁVA VEŘEJNÉHO STATKU MĚSTA PLZNĚ, IČO 40526551, se sídlem Klatovská tř. 10 a 12, 301 00 Plzeň,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0595/2015/VZ-39434/2015/542/JVo ze dne 13. 11. 2015 vydanému ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Výměna řadičů SSZ – K202, K315, K316, K320 a K620**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 24. 6. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 6. 2015, pod ev. č. 513621, ve znění opravy uveřejněné dne 5. 8. 2015, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 6. 2015 pod ev. č. 2015/S 122-222669, ve znění opravy uveřejněné dne 8. 8. 2015 pod ev. č. 2015/S 152-279791, a jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- **PATRIOT, spol. s r. o.**, IČO 15546501, se sídlem Tuřanka 383/92, 627 00 Brno,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) a § 90 odst. 5 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 ze dne 13. 11. 2015 č. j. ÚOHS-S0595/2015/VZ-39434/2015/542/JVo

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 20. 8. 2015 podal navrhovatel – PATRIOT, spol. s r. o., IČO 15546501, se sídlem Tuřanka 383/92, 627 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“) námitky proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky s názvem „Výměna řadičů SSZ – K202, K315, K316, K320 a K620“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 24. 6. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 6. 2015 pod ev.č. 513621, ve znění opravy uveřejněné dne 5. 8. 2015, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 6. 2015 pod ev. č. 2015/S 122-222669, ve znění opravy uveřejněné dne 8. 8. 2015 pod ev. č. 2015/S 152-279791 (dále je „**veřejná zakázka**“). Zadavatel – Statutární město Plzeň, IČO 00075370, se sídlem náměstí Republiky 1/1, 301 00 Plzeň, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 12. 11. 2014 Ing. Milanem Sterlym, ředitelem příspěvkové organizace SPRÁVA VEŘEJNÉHO STATKU MĚSTA PLZNĚ, IČO 40526551, se sídlem Klatovská tř. 10 a 12, 301 00 Plzeň (dále je „**zadavatel**“) rozhodnutím ze dne 27. 8. 2015, které bylo navrhovateli doručeno dne 1. 9. 2015, námitkám navrhovatele nevyhověl.
2. Dne 10. 9. 2015 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 je „**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

3. Dne 13. 11. 2015 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0595/2015/VZ-39434/2015/542/JVo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když ve veřejné zakázce stanovil požadavek na obousměrnou komunikaci se stávající dopravní ústřednou přes komunikační protokol CANTO 1.3 s využitím celého rozsahu funkcí tohoto protokolu bez toho, aniž by vymezil parametry uvedeného komunikačního protokolu v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, čímž se současně ve svém postupu dopustil skryté

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.

diskriminace, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

4. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.
5. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.
6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že postupem zadavatele, který požadoval kompatibilitu s přenosovým protokolem CANTO 1.3 a současně neposkytl potřebná technická data nebo přístup k licenci na přenosový protokol CANTO 1. 3, došlo k diskriminaci těch uchazečů, kteří nedisponovali potřebnými informacemi nebo licencemi, přestože by jinak byli schopni předmět veřejné zakázky realizovat. Tím, že tito uchazeči nedisponovali informacemi o předmětném protokolu CANTO 1. 3, jim bylo znemožněno účastnit se zadávacího řízení. Úřad v této souvislosti poukázal na skutečnost, že zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že je mu známo třináct zájemců o veřejnou zakázku, avšak nabídku podali pouze dva uchazeči. Je tedy na první pohled zřejmé, že nabídky uchazečů byly podány za podmínek omezené hospodářské soutěže. Za situace, kdy je hospodářská soutěž mezi uchazeči o veřejnou zakázku omezená, nelze vyloučit, že nabídnutá cena bude vyšší, než by tomu bylo v případě, kdy by se soutěže mohlo účastnit více subjektů zabývajících se řízením dopravy prostřednictvím světelně signalizačních zařízení (dále jen „SSZ“).
7. Dále Úřad konstatoval, že za situace, kdy zadavatel poptává takový předmět plnění veřejné zakázky, který má být kompatibilní se stávajícím vybavením zadavatele, je povinností zadavatele poskytnout uchazečům o veřejnou zakázku takové informace, na základě kterých budou mít uchazeči při vynaložení odpovídajícího úsilí reálnou možnost ucházet se o veřejnou zakázku. V případě, že stávající zařízení nebo programové vybavení zadavatele je založeno na licencovaných produktech, a není tak možné poskytnout technická data takového zařízení nebo vybavení, je povinností zadavatele (za předpokladu, že na požadavku kompatibility trvá) poskytnout nebo zpřístupnit získání licence uchazečům a umožnit jim tak ucházet se o veřejnou zakázku.

III. Rozklad zadavatele

8. Dne 1. 12. 2015 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 16. 11. 2015. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

9. Zadavatel v rozkladu namítá, že s ohledem na ustanovení § 44 odst. 11 zákona použil pro popis předmětu, aby byl dostatečně přesný a srozumitelný, odkaz na konkrétní produkt konkrétního výrobce, tedy protokolu CANTO 1.3 společnosti Siemens. Zadavatel je toho názoru, že musí použít pro popis veřejné zakázky buď postup podle § 45 a § 46 zákona nebo jej nahradit odkazem podle § 44 odst. 11 zákona, přičemž se oba postupy navzájem vylučují. Dle zadavatele však Úřad implicitně požaduje využití obou postupů, když tvrdí, že se zadavatel dopustil porušení zákona, jelikož odkázal na výrobek a dále jeho parametry nevymezil v podrobnostech.

10. Zadavatel dále prohlašuje, že technické podmínky nestanovil tak, aby zaručovaly určitým dodavatelům konkurenční výhody nebo vytvářely překážky hospodářské soutěže. Pokud však Úřad dospěl k závěru, že některé překážky vytvořeny byly, tak tyto potenciální překážky nebyly neodůvodněné a byly důsledkem výsledků veřejné zakázky zadávané v předchozím otevřeném řízení.
11. Zadavatel se dále domnívá, že zadavatelé mají velkou motivaci k hospodárnému nakládání s finančními prostředky. Zadavatel totiž musí bezpodmínečně dodržovat právní předpisy, které pro zadavatele zakládají povinnost konat hospodárně, účelně a efektivně při nakládání s prostředky státního rozpočtu. Zadavatel tak nemohl požadovat dodání dalšího komunikačního protokolu v minulosti, kdy by to bylo kontraproduktivní ani v současnosti, kdy by to bylo ekonomicky neúčelné. K danému zadavatel argumentuje znaleckým posudkem Ing. Michaela Trezziho, CSc., dle kterého by změna protokolu CANTO za rozhraní OCIT znamenala pro zadavatele vysoké náklady. Zásada transparentnosti nemá dle zadavatele aplikační přednost před zásadou hospodárnosti, obě tyto zásady se musí pečlivě poměřovat a zvážit jejich aplikaci v každém jednotlivém případě.
12. V souvislosti s rozsudkem Krajského soudu sp. zn. 62 Af 47/2011 ze dne 7. 3. 2013 zadavatel sděluje, že podle jeho soudu nebyla požadovaná úroveň technické způsobilosti zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky. Veřejná zakázka je dle zadavatele složitá, a tudíž i požadovaná úroveň technické náročnosti je vysoká, včetně schopnosti zajistit si patřičnou licenci. Touto schopností nedisponuje každý uchazeč, přestože by ji zakoupením licence od společnosti SIEMENS mít mohl. Proto se zadavatel domnívá, že nebyly splněny obě kumulativní podmínky dle uvedeného judikátu a navíc, že se Úřad dopustil nemístně rozšiřujícího výkladu nejen při aplikaci tohoto výše uvedeného rozhodnutí na daný případ, ale též nepřipustně aplikoval rozhodnutí, které se vztahuje k jednacímú řízení bez uveřejnění. Zadavatel dále tvrdí, že stav exkluzivity nevytvořil, nýbrž nastal v důsledku předchozího otevřeného zadávacího řízení. Nemůže být též považován za stav navozené exkluzivity, když zadavatel zná nejméně jednoho dalšího výrobce, jenž je schopen řadiče dodat.
13. Zadavatel dále v rozkladu uvádí, že umožnil hospodářskou soutěž vypsáním veřejné zakázky v otevřeném řízení, kdy vybíral ze dvou uchazečů. Zákon totiž nestanoví, že počet dvou uchazečů je nepřijatelný. Dle zadavatele je zcela běžný jev, když o veřejnou zakázku projeví zájem více uchazečů, než kolik poté podá nabídku. Podali-li tedy nabídku dva uchazeči, nelze to považovat za argument pro to, že byla omezena hospodářská soutěž. Podle zadavatele nemůže být požadavek na zachování kompatibility s odkazem na konkrétní produkt bez vymezení dalších podrobností jakkoli diskriminační, a to s ohledem na § 44 odst. 11 zákona.
14. Zadavatel namítá, že navrhovatel nevynaložil odpovídající úsilí, neboť licence protokolu CANTO 1.3 je volně prodejná všem zájemcům o ni. Zároveň nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že měl poskytnout uchazečům zdrojový kód, jelikož si nedovede představit, jakým způsobem by se k němu dopracoval. Zakoupením licencovaného SW produktu totiž zákazník zdrojový kód nezískává. Dále zadavatel namítá, že v předchozí veřejné zakázce na dopravní ústřednu postupoval v souladu se zákonem a nemohl předjímat na neomezený časový úsek veškeré situace, jež by potenciálně mohly nastat a přizpůsobit jim své požadavky.

15. Závěrem rozkladu zadavatel shrnuje, že je přesvědčen, že se porušení zákona nedopustil a skrytě nediskriminoval žádného z účastníků.

Závěr rozkladu

16. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže napadené rozhodnutí změnil ve výroku I. tak, že se zadavatel porušení postupu stanoveného v § 44 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona nedopustil a dále, aby napadené rozhodnutí ve výrocih II. a III. zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

17. 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.

Stanovisko předsedy Úřadu

18. 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 vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
19. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu zadavatele.

V. K námitkám rozkladu

20. K první zadavatelově námitce, že pro popis předmětu použil odkaz na konkrétní produkt s ohledem na § 44 odst. 11 zákona, aby byl dostatečně přesný a srozumitelný, uvádím následující.
21. Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že se zadavatel nedopustil porušení § 44 odst. 11 zákona, když v zadávací dokumentaci uvedl konkrétní název komunikačního protokolu CANTO 1.3, prostřednictvím kterého požadoval zprostředkovat komunikaci u nově dodaných řadičů, které tvoří předmět veřejné zakázky. Jak Úřad správně uvedl, předmětem veřejné zakázky je dodávka řadičů SSZ a nikoli komunikačního protokolu, a proto je zcela souladné se zákonem, když zadavatel požaduje zachování plné kompatibility se stávajícím protokolem CANTO 1.3. Zadavatel je totiž oprávněn požadovat takové plnění, které bude plně kompatibilní se stávajícím systémem, a není povinen pokaždé, když požaduje vyměnit určitý komponent systému, postupovat tak, jako by soutěžil celý systém znovu.
22. Pochybení zadavatele však Úřad spatřoval v tom, že zadavatel požadoval kompatibilitu se stávajícím systémem, přičemž v zadávací dokumentaci neposkytl potřebná technická data, na základě kterých má být tato kompatibilita dosažena. Pro uchazeče však musí být

postaveno najisto, jaké technické vlastnosti a jiné parametry má mít takto stanovený předmět veřejné zakázky. Nelze považovat za dostačující vymezení předmětu veřejné zakázky odkazem na požadovanou kompatibilitu s protokolem CANTO 1.3, aniž by zadavatel zároveň stanovil technické či jiné parametry tohoto protokolu. Neposkytnutím dostatečně přesného a srozumitelného popisu současného technického řešení zadavatel zamezil účasti v zadávacím řízení veřejné zakázky těm uchazečům, kteří informacemi o parametrech protokolu nedisponovali, ale kteří by byly schopni požadavky na zachování plné kompatibility při poskytnutí těchto informací splnit. Tím, že tito uchazeči potřebnými informacemi nedisponovali, nemohli zpracovat nabídku a byla jim tak znemožněna jejich účast v zadávacím řízení veřejné zakázky. Úřad proto správně dovedl, že uchazeč ze zadávací dokumentace není schopen posoudit, jaké řadiče budou kompatibilní s protokolem CANTO 1.3. Přestože ze zákona vyplývá, že zadávací podmínky musí přesně, jasně, jednoznačně, určitě a předem vymežit předmět veřejné zakázky, mám za to, že výše citovaný požadavek zadavatele těmto požadavkům nedostál. Úřad tak správně dospěl k závěru, že předmět veřejné zakázky není v zadávací dokumentaci vymezen v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.

23. K tomu pro úplnost dodávám, že v případě, že zadavatel užije odkaz na konkrétní výrobek, je vždy povinen připustit plnění jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení. Jestliže však v zadávací dokumentaci nestanoví, jaké technické parametry má požadované plnění veřejné zakázky mít, bude de facto znemožněno použití jakýchkoliv obdobných řešení. Možnost alternativního řešení je tak prakticky vyloučena, a to z toho důvodu, že zadavatel nevymezil, jaké vlastnosti by toto alternativní plnění mělo mít.
24. Dále uvádím, že Úřad nevyžaduje současně odkaz na výrobek s ohledem na § 44 odst. 11 zákona a současně vymezení technických podmínek dle § 45 a § 46 zákona, z napadeného rozhodnutí tento závěr jakkoli nevyplývá. Zadavatel je oprávněn použít odkazu podle § 44 odst. 11 zákona, přičemž dle odůvodnění napadeného rozhodnutí učinil zadavatel tento odkaz v souladu se zákonem. Zároveň je však zadavatel povinen vymežit předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky a v souladu se zásadami dle § 6 zákona, na kterých zadávací řízení spočívá, což, s ohledem na výše uvedené, v projednávané věci splněno nebylo. Závěr Úřadu, že se zadavatel nedopustil porušení § 44 odst. 11 zákona, když v zadávací dokumentaci uvedl konkrétní název komunikačního protokolu CANTO 1.3, prostřednictvím kterého požadoval zprostředkovat komunikaci, přitom považuji za správný. Jelikož však neposkytl technická data, potřebné informace či licenci k protokolu CANTO 1.3, nevymezil předmět veřejné zakázky v rozsahu nezbytném pro zpracování nabídky, čímž nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona a současně se dopustil skryté diskriminace.
25. K diskriminačnímu postupu zadavatele dále uvádím, že vymezením technických podmínek zadavatel nesmí zvýhodnit některé dodavatele či jakkoli bránit nediskriminační, rovné a transparentní hospodářské soutěži o veřejnou zakázku. Zadavatel přitom neprokázal, jak bude uvedeno níže v tomto rozhodnutí, existenci výjimečných okolností, které by odůvodňovaly vzniklou překážku hospodářské soutěže, jenž spočívá v nutnosti nákupu licence ke komunikačnímu protokolu CANTO 1.3. Zadavatel dále nevymezením předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky vytvořil neodůvodněnou konkurenční výhodu pro ty dodavatele, kteří technické parametry

předmětného protokolu již znali nebo licencí disponovali. Lze tedy uzavřít, že Úřad učinil správný závěr v souladu se zákonem, že zadavatel vymezil zadávací dokumentaci tak, že neodůvodněně zvýhodňovala určité dodavatele a poskytovala jim konkurenční výhodu. Postup zadavatel byl diskriminační, jelikož mohl omezit konkurenční prostředí, jehož zachování je základním atributem hospodářské soutěže a zároveň předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků. Jelikož předmětné porušení zákona dále mohlo mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů, kteří se mohli ucházet o veřejnou zakázku a případně nabídnout výhodnější plnění pro zadavatele, nelze se tak ztotožnit s námitkou zadavatele, že ve věci tohoto správního řízení není požadavek na kompatibilitu s odkazem na konkrétní produkt diskriminační.

26. K námitce zadavatele, že odkaz na konkrétní produkt učinil z důvodu dostatečné přesnosti a srozumitelnosti, uvádím následující. Z rozkladu ani z předchozích vyjádření zadavatele nevyplývá, z jakých důvodů by popis podle § 45 a § 46 nebyl dostatečně přesný a srozumitelný, tudíž toto tvrzení zadavatele není ničím podloženo. Naopak je zřejmé, že zadavatel využil odkazu na konkrétní výrobek, jelikož technickými parametry, které by byly dostatečné, nedisponoval. Zadavatel je však povinen stanovit uchazečům potřebné informace k tomu, aby mohla být veřejná zakázka realizována na základě nediskriminační hospodářské soutěže.
27. S uvedeným souvisí i další námitka zadavatele, že nestanovil technické podmínky tak, aby vytvářely překážky hospodářské soutěže a pokud byly vytvořeny, tak byly důsledkem výsledků veřejné zakázky zadávané v předchozím otevřeném řízení.
28. K tomu uvádím, že zadavatel svým vlastním jednáním v rámci předchozího zadávacího řízení zapříčinil potřebu definování technických parametrů komunikačního protokolu CANTO mimo jiné při zadávání této veřejné zakázky. Zadavatelé přitom museli být již tehdy zřejmé, že v budoucnu bude potřeba určité komponenty systému zadávaného v předchozím zadávacím řízení vyměnit či nahradit, a proto měl vzít tuto skutečnost již v předchozím zadávacím řízení v potaz a například si stanovit v zadávací dokumentaci předchozí veřejné zakázky podmínku poskytnutí informací o stávajícím systému. Pokud si zadavatel informace o systému či licenci nezajistil, nelze tento požadavek považovat za skutečnost nezávislou na jednání zadavatele, kterou zadavatel nezpůsobil. Lze proto souhlasit se závěrem Úřadu, že v případě, že předmět veřejné zakázky navazuje na určitý stávající systém, tj. na komunikační protokol CANTO 1.3, je povinností zadavatele definovat vlastnosti a parametry tohoto stávajícího systému způsobem, který umožní uchazečům o veřejnou zakázku získat potřebné informace nezbytné k sestavení a podání nabídky.
29. S ohledem na vše uvedené proto nelze souhlasit ani s námitkou navrhovatele, že rozsudky uvedené v odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahující se k jednacímu řízení bez uveřejnění nelze aplikovat na věc tohoto správního řízení. V rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013 se soud zabýval otázkou, zda může být zadána veřejná zakázka v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, pokud stav exkluzivity zadavatel sám zavinil, a to tím, že v předchozím zadávacím řízení vytvořil určité právní omezení (licenční ujednání). V projednávané věci zadavatel stanovil zadávací podmínky v předchozím zadávacím řízení takovým způsobem, díky kterému nyní užívá komunikační protokol, ke kterému nedisponuje technickými specifikacemi a jemuž má být veřejnou zakázkou poptávané plnění přizpůsobeno. Ačkoli zadavatel měl a mohl

předpokládat budoucí potřebu rozšíření nebo výměny jednotlivých komponent tohoto protokolu, vlastním jednáním zapříčinil vytvoření omezeného okruhu potenciálních uchazečů jako v přezkoumávaném případě. V projednávané věci i v uváděném rozsudku tedy zadavatel svým jednáním v předchozím zadávacím řízení zavinil omezení hospodářské soutěže, a proto mám za to, že se v daném aspektu (vytvoření stavu exkluzivity) jedná o skutkově obdobný případ, a proto Úřad správně vyložil a aplikoval tyto dílčí závěry uvedeného rozsudku na dílčí závěry ve věci tohoto správního řízení.

30. Námitku zadavatele, že musí dodržovat právní předpisy, a proto má motivaci k hospodárnému nakládání s finančními prostředky, nelze považovat za námitku proti napadenému rozhodnutí, protože nesměřuje proti konkrétním závěrům Úřadu v něm obsažených. Související námitku, dle které zadavatel z důvodu hospodárnosti nemohl požadovat dodání dalšího komunikačního protokolu, považuji za irelevantní. Úřad totiž v napadeném rozhodnutí netvrdí, že zadavatel má povinnost pořídit další komunikační protokol či nestanovuje povinnost zavedení nového komunikačního protokolu, naopak souhlasí s požadavkem zadavatele na pořízení předmětu veřejné zakázky, který bude plně kompatibilní se stávajícím komunikačním protokolem. Avšak i v případě, že předmětem plnění veřejné zakázky je dodávka komponent do stávajícího systému, je povinností zadavatele vymezit technické podmínky tak, aby se zadávacího řízení mohlo účastnit co nejvíce subjektů a nebyla neodůvodněně omezena hospodářská soutěž. Ze stejného důvodu nejsou relevantní ani závěry znaleckého posudku, dle kterého by změna protokolu znamenala pro zadavatele vysoké dodatečné náklady, jelikož taková změna nebyla Úřadem vyžadována.
31. K námitce zadavatele, že zásada transparentnosti nemá aplikační přednost před zásadou hospodárnosti, přičemž je vždy nutné posuzovat jednotlivé případy individuálně, uvádím následující.
32. Podle § 6 zákona je zadavatel při postupu podle zákona povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. V této souvislosti zdůrazňuji, že zásady zakotvené v ustanovení § 6 zákona vytvářejí podmínky pro dosažení cíle zákona, jímž je ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008 zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky, přičemž *„Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli“*. V tomto kontextu tak tato námitka zadavatele nemůže obstát, jelikož výše uvedené zásady hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti se se zásadou transparentnosti navzájem doplňují a nekonkurují si a pouze při dodržení zásady transparentnosti a neomezení hospodářské soutěže může být zajištěno efektivní, účelné a hospodárné vynakládání veřejných prostředků. Pokud je hospodářská soutěž o veřejnou zakázku nezákonně omezena, pak zadavatel obdrží méně nabídek a nabídková cena vybrané nabídky může být vyšší než při transparentní a otevřené hospodářské soutěži s co nejširším okruhem možných uchazečů. Nadto dodávám, že zásada transparentnosti vyjádřená v § 6 odst. 1 zákona je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace základní zásadou, která musí být ze strany zadavatele bezvýhradně dodržována v celém průběhu zadávacího řízení. Mám tedy za to, že Úřad posoudil věc tohoto správního řízení v naprostém souladu se základními zásadami zákona i se závěry výše citovaného

rozsudku a zabýval se postupem zadavatele ve všech jeho aspektech. V jednotlivých bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad dostatečným a rovněž přezkoumatelným způsobem posoudil vliv postupu zadavatele na konkurenční prostředí, resp. hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku a okruh potenciálních dodavatelů.

33. Dále zadavatel namítá, že nesplnil ani jednu z podmínek stanovenou v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 47/2011-70, aby byl jeho postup shledán diskriminačním. Zadavatel též uvádí, že dle jeho názoru je veřejná zakázka složitá a úroveň technické náročnosti vysoká. Požadavek na zajištění licence pak dle zadavatele není z důvodu technické náročnosti nepřiměřený a neznemožňuje účastnit se zadávacího řízení některým dodavatelům, kteří by byli jinak potenciálně schopni předmět veřejné zakázky plnit. K naplnění podmínek skryté diskriminace dle tohoto rozsudku v obecné rovině uvádím následující.
34. Ze závěrů uváděného rozsudku, který lze přílehavě aplikovat na věc tohoto správního řízení, vyplývá, že je z hlediska skryté diskriminace třeba posoudit, zda zadavatelem stanovené předpoklady jsou „zjevně nepřiměřené“ či nikoli. Pojem, resp. institut „zjevná nepřiměřenost“ není nikde definován a Nejvyšší správní soud dovedl, že jej ani nelze žádným obratem vymezit, jelikož je nezbytné „zjevnou nepřiměřenost“ vykládat vždy se zřetelem na konkrétní případ. Rovněž je nezbytné posuzovat zejména „zjevnou nepřiměřenost“ z hlediska technické náročnosti, velikosti či složitosti veřejné zakázky, a to i s ohledem na ekonomické hledisko veřejné zakázky. Je tedy třeba posoudit zejména dopad, který předpoklady stanovené zadavatelem mají na konkurenční prostředí, a důvody, které zadavatele k takovému stanovení předpokladů vedly (a to zejména z pohledu technického a ekonomického), a tyto okolnosti následně uvážit jak jednotlivě, tak ve vzájemné souvislosti.
35. K tomuto správně přistoupil Úřad, když v souladu se závěrem Nejvyššího správního soudu posuzoval odůvodnění předmětné zadávací podmínky právě se zřetelem na tento individuální případ. Konkrétně Úřad posuzoval důvody zadavatele pro stanovení předmětné zadávací podmínky spočívající v odkazu na konkrétní výrobek a nevymezení technických parametrů v podrobnostech pro zpracování nabídky.
36. K tomu dále konstatuji, že Úřad na základě tohoto posouzení dospěl ke správnému závěru, že neposkytnutím technických parametrů nezbytných v podrobnostech pro zpracování nabídky se zadavatel dopustil skryté diskriminace a neztotožňuji se s námitkou výše uvedenou. Zadavatel sice tvrdí, že veřejná zakázka je vysoké technické náročnosti, nicméně dál tuto námitku nijak nekonkretizuje, a tak není zřejmé, v čem tato technická náročnost má spočívat. Požadavek na zajištění licence namítaný zadavatelem poté nemůže být shledán přiměřeným, jestliže při poskytnutí dostatečných informací ze strany zadavatele by mohl být předmět veřejné zakázky plněn kvalitativně stejně i přes absenci této licence. Jestliže tedy zadavatel již v zadávacích podmínkách omezil okruh dodavatelů, kteří se mohou o veřejnou zakázku ucházet, tím, že tito dodavatelé musí disponovat předmětnou licencí či informacemi o technických parametrech komunikačního protokolu, je dán důvod tento požadavek vnímat jako požadavek neodůvodněně omezující počet možných dodavatelů.
37. Námitku zadavatele, dle které si mohl potenciální uchazeč licenci koupit, neboť je volně dostupná, považuji za irelevantní. Jak správně konstatoval Úřad v napadeném rozhodnutí, pokud zadavatel již při zadávání předchozí veřejné zakázky mohl předpokládat,

že v budoucnu bude nutné provést rozšíření nebo výměnu komponentů poptávaného systému CANTO 1.3, je jeho povinností zajistit potřebné informace o tomto systému, na základě kterých bude možné realizovat navazující plnění s požadavkem kompatibility. Jestliže tak neučiní, je jeho požadavek na zachování kompatibility diskriminačním, přičemž zadavatel nemůže přenášet svoji odpovědnost za vymezení předmětu veřejné zakázky v souladu se zákonem na potenciální uchazeče. Zadavatel má sice právo definovat své potřeby z hlediska technických požadavků, avšak je zároveň povinen umožnit účastnit se hospodářské soutěže o veřejnou zakázku co nejširšímu okruhu uchazečů, tedy například tím, že umožní dodat jakýkoli výrobek, který splní technické požadavky předmětu veřejné zakázky. Kvůli nedostatečnému vymezení technických dat protokolu CANTO 1.3 jsou uchazeči nuceni zakoupit si licenci k protokolu CANTO 1.3, a tím jsou vytvářeny neodůvodněné překážky hospodářské soutěže o veřejnou zakázku. Nutnost potenciálního uchazeče si předmětnou licenci zakoupit vyplývající z nedostatečného vymezení parametru komunikačního protokolu by též zvýhodnila ty uchazeče, kteří danou licenci již disponují, a tím by neodůvodněně získali konkurenční výhodu.

38. Zároveň nemůže obstát námitka zadavatele, že nemohl poskytnout zdrojový kód licencovaného produktu, jelikož jeho zakoupením tento kód nezískal. Jak již bylo řečeno, je povinností zadavatele definovat informace ohledně předmětu veřejné zakázky. Zadavatel totiž měl a mohl v rámci předchozí veřejné zakázky na novou dopravní ústřednu s komunikačním protokolem CANTO 1.3 předpokládat, že v budoucnu vznikne v souvislosti s předmětem této veřejné zakázky potřeba dalšího plnění. Tato dopravní ústředna byla zadavatelem pořízena v rámci otevřeného řízení v roce 2010, přičemž zadavateli již v této době muselo být zřejmé, že v budoucnu bude nejspíš muset zadat nějakou veřejnou zakázku na výměnu řadičů. Některé řadiče totiž byly připojeny k dopravní ústředně prostřednictvím jiného komunikačního protokolu, čehož si byl zadavatel v době zadání předchozí veřejné zakázky vědom. Zadavatel tak měl a mohl v zadávacích podmínkách předchozí veřejné zakázky stanovit povinnost uchazeče poskytnout zadavateli technickou specifikaci pro dostatečné vymezení předmětů budoucích veřejných zakázek. Pokud tak neučinil, nemůže být jeho následný postup v zadávacím řízení právě přezkoumávané veřejné zakázky shledán v souladu se zákonem. Pokud by byla tato námitka rozkladu zadavatele opodstatněná, omezil by fakticky možnost ucházet se o veřejnou zakázku pouze na držitele licence ke komunikačnímu protokolu CANTO 1.3.
39. S ohledem na výše uvedené se nelze též ztotožnit s námitkou zadavatele, že nemohl předjímat na neomezený časový úsek veškeré situace, které by mohly nastat. Zadavatel totiž již v době zadání předchozí veřejné zakázky nemohl nevědět, že některým řadičům chybí komunikační protokol CANTO 1.3, tedy musel předpokládat jejich výměnu v budoucnu. Proto nelze souhlasit ani s tvrzením zadavatele, že daný stav nezpůsobil, jelikož vznikl na základě předchozí veřejné zakázky. Zadavatel se v rámci zadávacího řízení předchozí veřejné zakázky rozhodl pro pořízení licencovaného produktu, takže mu muselo být zřejmé, že mu nebudou technické parametry protokolu bez dalšího poskytnuty, a tuto skutečnost měl a mohl v rámci smluvních podmínek předchozí veřejné zakázky reflektovat.
40. Námitku zadavatele, že v předchozí veřejné zakázce byl postup zadavatele shledán Úřadem v souladu se zákonem, považuji za irelevantní. Z napadeného rozhodnutí nikterak nevyplývá, že by se Úřad domníval, že v zadávacím řízení předchozí veřejné zakázky došlo k rozporu

se zákonem. Pochybení zadavatele je spatřováno v tom smyslu, jak je uvedeno výše, tedy že v zadávacím řízení této veřejné zakázky vyhotovil zadávací dokumentaci v rozporu se zákonem, neboť nevymezil parametry komunikačního protokolu CANTO 1.3 v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Není tedy pravdou, že Úřad v napadeném rozhodnutí tvrdí, že zadavatel v předchozí veřejné zakázce pochybil, nýbrž pouze konstatuje, že měl a mohl vzít úvahu své budoucí potřeby a ty při předchozí veřejné zakázce zohlednit.

41. Ve vztahu k tvrzení zadavatele, že z obdržení počtu nabídek nelze dovodit, zda při zadávání veřejné zakázky došlo k omezení hospodářské soutěže, uvádím, že skutečnost, že zadavatel obdržel pouhé dvě nabídky, sama o sobě nepředstavuje důkaz o porušení hospodářské soutěže o veřejnou zakázku. Jedná se však o relevantní indicii, že k omezení soutěže mohlo dojít. V důsledku výše uvedených závěrů totiž vyplývá, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout nižší cenu požadovaného plnění. Nadto Úřad skutečnost, že zadavateli bylo známo třináct zájemců o veřejnou zakázku, avšak nabídku podali pouze dva uchazeči, uvedl v odůvodnění pro úplnost a podporu svých tvrzení. I když tedy byla veřejná zakázka zadávána v otevřeném řízení, tak zadávací dokumentace byla vymezena takovým způsobem, že hospodářská soutěž o veřejnou zakázku byla omezena.
42. Nadto uvádím, že rozklad zadavatele směřuje proti napadenému rozhodnutí jako celku, a v důsledku toho rovněž proti výroku II., kterým bylo uloženo nápravné opatření ve formě zrušení zadávacího řízení. Z obsahu rozkladu však nejsou seznatelné žádné námitky, které by proti uloženému nápravnému opatření směřovaly. Přistoupil jsem tedy k přezkumu výroku II. napadeného rozhodnutí z hlediska zákonnosti, přičemž jsem shledal, že Úřad postupoval při uložení nápravného opatření zcela správně a v souladu se zákonem.
43. Ve smyslu ust. § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v rozsahu vnesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona a zda toto porušení bylo způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro uložení nápravného opatření, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.

VI. Závěr

44. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

45. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí o rozkladu.

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.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. SPRÁVA VEŘEJNÉHO STATKU MĚSTA PLZNĚ, Klatovská tř. 10 a 12, 301 00 Plzeň,
2. PATRIOT, spol. s r. o., Tuřanka 383/92, 627 00 Brno

Vypraveno dne:

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