



UOHSX0089CN6

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0107/2016/VZ-16236/2016/512/LVa

Brno: 15. 4. 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 26. 2. 2016 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – České dráhy, a.s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatele podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „Vybavení vlakových souprav railjet Wi-Fi technologií pro poskytování služby internetového připojení“ zadávané v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 31. 3. 2015 a uveřejněno dne 1. 4. 2015 pod ev. č. 510765 ve znění opravy odeslané do Věstníku veřejných zakázek dne 15. 4. 2015 a uveřejněné dne 16. 4. 2015 a ve Věstníku Evropské unie bylo zveřejněno dne 21. 4. 2015 pod ev. č. 2015/S 077-136956 a jehož oznámení o zadání bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 6. 1. 2016 a uveřejněno dne 7. 1. 2016 a ve Věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 12. 1. 2016 pod ev. č. 2016/S 007-009004,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – České dráhy, a.s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1 – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 59

odst. 1 a § 60 odst. 1 citovaného zákona, když uchazeče – společnost RailWiFi dodavatelů ČD - Telematika a.s., IČO 61459445, se sídlem Pernerova 2819/2a, 130 00 Praha 3 a Simac Technik ČR, a.s., IČO 63079496, se sídlem Radlická 740/113c, 158 00 Praha 5, kteří uzavřeli dne 7. 5. 2015 společenskou smlouvu za účelem podání společné nabídky v žádosti o účast ze dne 7. 5. 2015 – který nesplnil technický kvalifikační předpoklad dle § 56 odst. 2 písm. a) a bodu 3.3 kvalifikační dokumentace („seznam významných zakázek realizovaných uchazečem v posledních třech letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění, ze kterého vyplývá, že uchazeč realizoval alespoň 3 zakázky s obdobným charakterem předmětu plnění, tj. zakázky, jejichž předmětem byla dodávka a implementace systému umožňujícího připojení cestujících k internetovým službám včetně realizace palubní datové sítě do železničních kolejových vozidel s konstrukční rychlostí 200 km/h nebo vyšší, přičemž alespoň jedna zakázka byla o minimálním finančním objemu 20.000.000,00 Kč bez DPH nebo jeho ekvivalentu v jiné měně“) v plném rozsahu, nevyločil z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Vybavení vlakových souprav railjet Wi-Fi technologií pro poskytování služby internetového připojení“ zadávanou zadávané v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 31. 3. 2015 a uveřejněno dne 1. 4. 2015 pod ev. č. 510765 ve znění opravy odeslané do Věstníku veřejných zakázek dne 15. 4. 2015 a uveřejněné dne 16. 4. 2015 a ve Věstníku Evropské unie bylo zveřejněno dne 21. 4. 2015 pod ev. č. 2015/S 077-136956 a jehož oznámení o zadání bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 6. 1. 2016 a uveřejněno dne 7. 1. 2016 a ve Věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 12. 1. 2016 pod ev. č. 2016/S 007-009004, když tento uchazeč prokazoval kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele ICOMERA AB, IČO SE556572286401, se sídlem Torsgatan 5B, 411 04 Goteborg, Švédsko, dle § 64 odst. 5 citovaného zákona ve spojení s § 51 odst. 4 citovaného zákona, ale nepředložil smlouvu uzavřenou s tímto subdodavatelem, z níž by vyplýval závazek tohoto subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace § 51 odst. 4 věta druhá citovaného zákona, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a uzavřel dne 23. 12. 2015 smlouvu na veřejnou zakázku s uchazečem ČD – Telematika a.s., IČO 61459445, se sídlem Pernerova 2819/2a, 130 00 Praha 3 a Simac Technik ČR, a.s., IČO 63079496, se sídlem Radlická 740/113c, 158 00 Praha 5, kteří uzavřeli dne 7. 5. 2015 společenskou smlouvu za účelem podání společné nabídky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – České dráhy, a.s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1 – ukládá

pokuta ve výši 100.000,-Kč (stotisíc korun českých).

Pokuta je splatná do jednoho měsíce ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup před zahájením správního řízení

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Úřad“ a „zákon“) obdržel dne 3. 2. 2016 podnět týkající se postupu zadavatele – České dráhy, a.s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Vybavení vlakových souprav railjet Wi-Fi technologií pro poskytování služby internetového připojení“ zadávané v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 31. 3. 2015 a uveřejněno dne 1. 4. 2015 pod ev. č. 510765 ve znění opravy odeslané do Věstníku veřejných zakázek dne 15. 4. 2015 a uveřejněné dne 16. 4. 2015 a ve Věstníku Evropské unie bylo zveřejněno dne 21. 4. 2015 pod ev. č. 2015/S 077-136956 a jehož oznámení o zadání bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 6. 1. 2016 a uveřejněno dne 7. 1. 2016 a ve Věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 12. 1. 2016 pod ev. č. 2016/S 007-009004 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci o veřejné zakázce a vyjádření ke skutečnostem uvedeným v podnětu. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

II. Průběh správního řízení

3. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
4. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkovi řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0107/2016/VZ-07144/2016/512/LVa ze dne 26. 2. 2016, který byl doručen tentýž den. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0107/2016/VZ-09475/2016/512/LVa ze dne 10. 3. 2016, v němž stanovil zadavateli lhůtu do 17. 3. 2016, v níž byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, nebo vyjádřit v řízení své stanovisko.
5. Dne 17. 3. 2016 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření z 16. 3. 2016, ve kterém zadavatel ohledně subdodavatelské smlouvy předložené v žádosti o účast uchazečem – společností RailWiFi dodavatelů ČD - Telematika a.s., IČO 61459445, se sídlem Pernerova 2819/2a, 130 00 Praha 3 a Simac Technik ČR, a.s., IČO 63079496, se sídlem Radlická 740/113c, 158 00 Praha 5, kteří uzavřeli dne 7. 5. 2015 společenskou smlouvu za účelem podání společné nabídky v žádosti o účast ze dne 7. 5. 2015 (dále jen „uchazeč RailWiFi“) – uvedl, že *„při posuzování splnění stanovených kvalifikačních předpokladů zkoumal, zda předložená subdodavatelská smlouva splňuje požadavky vyplývající ze zákona o veřejných zakázkách a došel k závěru, že vzhledem k tomu, že se jednalo o veřejnou zakázku zadávanou v jednacím řízení s uveřejněním, kdy dodavatelé neměli při prokazování splnění kvalifikace k dispozici zadávací dokumentaci (a tím pádem kompletní a detailní vymezení předmětu plnění, na základě kterého by bylo možno sjednat rozsah prací nejen co se týče objemu ale i co se týče jejich konkrétního věcného vymezení) je závazek subdodavatele uvedený v čl. III. subdodavatelské smlouvy ve znění: „Předmětem této smlouvy je povinnost subdodavatele poskytnout plnění určené ke splnění veřejné zakázky dodavatelem v rozsahu, ve kterém subdodavatel prokáže kvalifikaci dodavatele pro veřejnou zakázku. Přesná specifikace*

jednotlivých prvků subdodávky bude dohodnuta v příloze této smlouvy. Rozsah subdodávky je stanoven v rozsahu 30%“ je dostatečně určitý a naplňuje znaky platného a určitého právního jednání, kdy ze subdodavatelské smlouvy lze dovodit konkrétní objem prací s tím, že jejich konkrétní obsahová náplň bude určena následně (poté, co bude dodavateli známo konkrétní vymezení předmětu plnění, které je uvedeno v zadávací dokumentaci).“ V tomto vyjádření zadavatel také uvedl, že výše uvedený termín „příloha“ měl být vykládán spíše jako „dodatek“, přičemž tato nepřesnost je způsobena překladem smlouvy z anglického jazyka.

6. Přípisem č. j. ÚOHS-S0107/2016/VZ-11647/2016/512/LVa ze dne 22. 3. 2016 dále oznámil Úřad zadavateli, že se do 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení může vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí. Ve stanovené lhůtě Úřad od zadavatele žádné vyjádření neobdržel.

III. Závěry Úřadu

7. Úřad přezkoumal na základě § 112 zákona a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 59 odst. 1 a § 60 odst. 1 citovaného zákona, když uchazeče RailWiFi, který nesplnil technický kvalifikační předpoklad dle § 56 odst. 2 písm. a) a bodu 3.3 kvalifikační dokumentace (*„seznam významných zakázek realizovaných uchazečem v posledních třech letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění, ze kterého vyplývá, že uchazeč realizoval alespoň 3 zakázky s obdobným charakterem předmětu plnění, tj. zakázky, jejichž předmětem byla dodávka a implementace systému umožňujícího připojení cestujících k internetovým službám včetně realizace palubní datové sítě do železničních kolejových vozidel s konstrukční rychlostí 200 km/h nebo vyšší, přičemž alespoň jedna zakázka byla o minimálním finančním objemu 20.000.000,00 Kč bez DPH nebo jeho ekvivalentu v jiné měně“*) v plném rozsahu, nevyločil z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, když tento uchazeč prokazoval kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele ICOMERA AB, IČO SE556572286401, se sídlem Torsgatan 5B, 411 04 Goteborg, Švédsko, dle § 64 odst. 5 citovaného zákona ve spojení s § 51 odst. 4 citovaného zákona, ale nepředložil smlouvu uzavřenou s tímto subdodavatelem, z níž by vyplýval závazek tohoto subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace § 51 odst. 4 věta druhá citovaného zákona, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a uzavřel dne 23. 12. 2015 smlouvu na veřejnou zakázku s uchazečem RailWiFi. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

8. Pro řádné prošetření případu považuje Úřad za rozhodné nejprve určení konkrétní kategorie zadavatele veřejné zakázky, jež naplňuje předepsané zákonné znaky, a která na šetřený případ dopadá, proto uvádí následující skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

9. Podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba [odlišná od osob uvedených v písm. a) až c) citovaného ustanovení], pokud
- byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 - je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

10. Podle ustanovení § 2 odst. 6 zákona je sektorovým zadavatelem osoba vykonávající některou z činností podle ustanovení § 4 zákona, pokud

tuto relevantní činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva, nebo

nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv; dominantní vliv veřejný zadavatel uplatňuje v případě, že

disponuje většinou hlasovacích práv sám či na základě dohody s jinou osobou, nebo

jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

11. Podle ustanovení § 2 odst. 7 zákona vykonává-li veřejný zadavatel nebo dotovaný zadavatel jednu či více relevantních činností podle § 4, platí pro něj ustanovení zákona vztahující se na sektorového zadavatele za předpokladu, že veřejná zakázka má být zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Veřejný zadavatel však nepostupuje podle ustanovení vztahujících se na sektorového zadavatele, pokud vykonává relevantní činnost podle § 4 odst. 1 písm. d) a e).

12. Podle ustanovení § 4 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností pro účely tohoto zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním dopravních sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti drážní, tramvajové, trolejbusové nebo lanové dopravy (dle zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů) a provozování veřejné autobusové dopravy (dle zákona č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě, ve znění pozdějších předpisů; dále jen "dopravní síť"); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována podle podmínek stanovených příslušným správním orgánem, zejména pak podmínek týkajících se poskytování či provozování dopravní sítě, přepravní kapacity nebo frekvence poskytování takové činnosti.

13. Ustanovení § 2 odst. 4 stanoví, že sektorovým zadavatelem je osoba vykonávající některou z relevantních činností podle § 4 zákona, pokud nad touto osobou veřejný zadavatel může přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv; dominantní vliv zadavatel uplatňuje v případě, že 1. disponuje většinou hlasovacích práv sám či na základě dohody s jinou osobou, nebo 2. jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu. Relevantní činností dle § 4 písm. f) zákona rozumí mimo jiné činnost související s poskytováním či provozováním dopravních sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti drážní dopravy.

Právní posouzení

14. Úřad se na prvním místě zabýval otázkou, zda subjekt České dráhy, a. s. naplňuje zákonné znaky veřejného zadavatele (ustanovení § 2 zákona), přičemž konstatuje, že společnost České dráhy, a. s. je veřejným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona, jelikož byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu. Úřad pro přehlednost dodává, že dle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách musí subjekt splnit následující podmínky, za kterých bude považována za veřejného zadavatele podle zákona:
- a. musí se jednat o právnickou osobu, a zároveň
 - b. musí být založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž tyto potřeby nemohou mít průmyslovou nebo obchodní povahu, a zároveň
 - c. musí být
 - i. financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo
 - ii. ovládána státem či jiným veřejným zadavatelem nebo
 - iii. stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu,
- přičemž podmínky sub. a) až c) musí být naplněny kumulativně a u podmínek sub. c) i. až c) iii. postačí, pokud budou naplněny alternativně.
15. K první zákonné podmínce v projednávané věci Úřad uvádí, že je zřejmé, že společnost České dráhy, která má právní formu akciové společnosti, je právnickou osobou a Úřad tedy považuje první podmínku za splněnou.
16. Ohledně druhé podmínky § 2 odst. 2 písm. d) zákona, tedy že právnická osoba musí být založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž tyto potřeby nemohou mít průmyslovou nebo obchodní povahu, Úřad uvádí ve vztahu ke společnosti České dráhy následující.
17. Dle ustanovení § 1 odst. 1 písm. a) zákona č. 77/2002 Sb., o akciové společnosti České dráhy (dále jen „zákon o ČD“) *„[t]ento zákon upravuje způsob zřízení a činnost akciové společnosti České dráhy“*.
18. Dle ustanovení § 17 odst. 1 zákona o ČD *„[z]a stavu nebezpečí, stavu ohrožení státu, nouzového stavu nebo válečného stavu je akciová společnost České dráhy povinna zabezpečovat provozování železniční dopravy v souladu s potřebami obrany státu a potřebami systému hospodářských opatření pro krizové stavy.“*
19. Dle ustanovení § 18 odst. 1 písm. a) zákona o ČD *„[m]inisterstvo [Ministerstvo dopravy, pozn. Úřadu] po projednání s Ministerstvem obrany vymezí prostředky a kapacity akciové společnosti České dráhy, které budou nezbytné pro plnění úkolů obrany státu a které nebudou podléhat povinnosti poskytnout věcné prostředky podle zvláštního právního předpisu“*

20. Dle ustanovení § 18 odst. 2 zákona o ČD „*[k] plnění úkolů obrany státu mohou být akciové společnosti České dráhy uloženy závazky i ve prospěch spojeneckých ozbrojených sil, je-li to třeba ke splnění závazků České republiky z mezinárodních smluv, jimiž je vázána.*“
21. Dle ustanovení § 18 odst. 3 zákona o ČD „*[p]o vyhlášení stavu nebezpečí, nouzového stavu, stavu ohrožení státu nebo válečného stavu mohou být akciové společnosti České dráhy uloženy úkoly orgánem krizového řízení, jemuž zvláštní právní předpis určuje tuto působnost; tyto úkoly je akciová společnost České dráhy povinna bezodkladně splnit.*“
22. Úřad uvádí, že s ohledem na výše citované zákonné povinnosti společnosti České dráhy, a.s., které prokazují, že společnost České dráhy má nezastupitelnou úlohu v případě společných spojeneckých vojenských operací při plnění závazků České republiky, pramenících z mezinárodních smluv a v případě vyhlášení stavu nebezpečí, nouzového stavu, stavu ohrožení státu a válečného stavu, je možné konstatovat, že zadavatel vykonává činnost, jejímž účelem je uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž tyto potřeby nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.
23. Obrana státu, naplnění povinnosti, plynoucích z aliančních závazků ČR, stejně tak, jako součinnost v případě výjimečných stavů jsou jednoznačně potřeby naplňující veřejný zájem ve smyslu obecného, či obecně prospěšného zájmu, přesahujícího zájmy jednotlivých partikulárních skupin a naplňující definici veřejného statku (public good). Stejně tak je zcela zřejmá absence obchodní a průmyslového povahy této činnosti, ČD nevykonávají tuto činnost v konkurenčním prostředí a jejich rozhodování zde není řízeno ekonomickými zájmy, naopak je koordinováno Ministerstvem dopravy a Ministerstvem obrany, která v rámci společnosti České dráhy vymezují kapacity, které je společnost na plnění těchto úkolů poskytnout.
24. Ke stejnému závěru, ohledně postavení společnosti ČD jako veřejného zadavatele ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, dospěl Úřad i v rozhodnutí č. j. R039/2008/02-17578/2008/310-Hr ze dne 27. srpna 2008, kde uvedl, že „*[u]spokojování potřeb veřejného zájmu je pak nade vsí pochybnost patrné z povinnosti zadavatele provozovat železniční dopravu za stavu nebezpečí, stavu ohrožení státu, nouzového nebo válečného stavu v souladu s potřebami obrany státu (viz § 17 odst. 1 zákona o ČD), plnit úkoly uložené orgánem krizového řízení po vyhlášení těchto stavů (§ 18 odst. 3 zákona o ČD) a závazků zadavatele ve prospěch spojeneckých ozbrojených sil (§ 18 odst. 2 zákona o ČD).*“
25. K třetí podmínce § 2 odst. 2 písm. d) zákona, tedy že subjekt musí být financován převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo ovládán státem či jiným veřejným zadavatelem nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jeho statutárním, správním, dozorním či kontrolním orgánu, uvádí Úřad ve vztahu ke společnosti České dráhy, že dle ustanovení § 3 odst. 1 zákona o ČD „*[z]akladatelem akciové společnosti České dráhy je stát, jehož jménem jedná Ministerstvo dopravy*“. Dále je dle výpisu z obchodního rejstříku Česká republika, která je zadavatelem podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jediným akcionářem společnosti České dráhy. Úřad má tedy za prokázané, že společnost České dráhy je ovládána státem.
26. Úřad dále dodává, že společnost České dráhy, a. s., je v šetřeném případě možné považovat za sektorového zadavatele podle ustanovení § 2 odst. 6 zákona ve spojení s ustanovením § 4

odst. 1 písm. f) zákona, neboť vykonává činnost související s poskytováním či provozováním dopravních sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti drážní dopravy.

27. V této souvislosti Úřad doplňuje, že předmět plnění šetřené veřejné zakázky, kterým je dodávka a implementace technologie Wi-Fi technologie do vlakových souprav (tak jak je vymezen v bodu 2.2 kvalifikační dokumentace a bodu 1.2 zadávací dokumentace), je činnost úzce související s poskytováním veřejné drážní osobní dopravy. Tento závěr Úřadu plyne především z faktu, že předmět veřejné zakázky představuje činnost spojená se zvyšováním standardu veřejné drážní přepravy osob a výsledkem bude právě doplňková služba pro tyto osoby, poskytovaná přímo v rámci veřejné drážní přepravy.
28. Vzhledem ke shora uvedenému Úřad konstatuje, že společnost České dráhy, a. s. je veřejným zadavatelem s tím, že ve vztahu k šetřené veřejné zakázce vykonává relevantní činnost v souladu s ustanovením § 4 odst. 1 písm. f) zákona, a proto na zadavatele dopadá ustanovení § 2 odst. 7 zákona, dle něhož pro veřejného zadavatele při výkonu relevantní činnosti dle ustanovení § 4 odst. 1 písm. f) zákona platí ustanovení zákona vztahující se na sektorového zadavatele.
29. Po ověření kategorie zadavatele Úřad přistoupil k prošetření předmětné věci.

K výroku I. rozhodnutí

Relevantní ustanovení právních předpisů

30. Podle § 19 odst. 1 zákona postupuje sektorový zadavatel podle zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Nadlimitní veřejnou zakázkou se dle § 12 odst. 1 zákona rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle § 13 zákona bez daně z přidané hodnoty dosáhne nejméně finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů, oblasti a druhy veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb.
31. Nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Česko republikou – Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „nařízení vlády“), v § 2 odst. 2 písm. c) stanoví, že finanční limit podle § 12 odst. 1 zákona pro zadavatele uvedené v § 2 odst. 6 zákona pro veřejné zakázky na služby činí 10.489.000,- Kč.
32. Ustanovení § 64 odst. 5 zákona stanoví, že pokud dodavatel není schopen v plném rozsahu prokázat splnění kvalifikace požadované sektorovým zadavatelem týkající se požadavků na ekonomickou, finanční nebo technickou způsobilost, je oprávněn splnění této kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele; ustanovení § 51 odst. 4 věty druhé a třetí platí obdobně. Ustanovení § 51 odst. 4 věta druhá zákona mimo jiné stanoví, že dodavatel je v takovém případě povinen zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) (profesní kvalifikační předpoklady) a d) (technické kvalifikační předpoklady).

33. Dle § 52 odst. 2 zákona je dodavatel povinen v jednacím řízení s uveřejněním prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání žádosti o účast. Podle § 64 odst. 1 je prokázání splnění kvalifikace dodavatele v rozsahu stanoveném sektorovým zadavatelem předpokladem vyzvání zájemce k podání nabídky v jednacím řízení s uveřejněním.
34. Ustanovení § 64 odst. 7 zákona stanoví, že ustanovení § 60 zákona platí pro sektorového zadavatele obdobně.
35. Podle § 60 odst. 1 musí být dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.
36. Dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

Zjištění z dokumentace o veřejné zakázce

37. Předmětná veřejná zakázka je dle oznámení o zakázce, které bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 31. 3. 2015 a uveřejněno dne 1. 4. 2015 pod ev. č. 510765 ve znění opravy odeslané do Věstníku veřejných zakázek dne 15. 4. 2015 a uveřejněné dne 16. 4. 2015 a ve Věstníku Evropské unie bylo zveřejněno dne 21. 4. 2015 pod ev. č. 2015/S 077-136956 a jehož oznámení o zadání bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 6. 1. 2016 a uveřejněno dne 7. 1. 2016 a ve Věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 12. 1. 2016 pod ev. č. 2016/S 007-009004, veřejnou zakázkou na služby.
38. Uchazeč RailWiFi technický kvalifikační předpoklad dle bodu 3.3 kvalifikační dokumentace (*„seznam významných zakázek realizovaných uchazečem v posledních třech letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění, ze kterého vyplývá, že uchazeč realizoval alespoň 3 zakázky s obdobným charakterem předmětu plnění, tj. zakázky, jejichž předmětem byla dodávka a implementace systému umožňujícího připojení cestujících k internetovým službám včetně realizace palubní datové sítě do železničních kolejových vozidel s konstrukční rychlostí 200 km/h nebo vyšší, přičemž alespoň jedna zakázka byla o minimálním finančním objemu 20.000.000,00 Kč bez DPH nebo jeho ekvivalentu v jiné měně“*) prokazoval prostřednictvím subdodavatele ICOMERA AB, IČO SE556572286401, se sídlem Torsgatan 5B, 411 04 Goteborg, Švédsko (dále jen „subdodavatel“), přičemž ve své žádosti o účast ve veřejné zakázce ze dne 7. 5. 2015 předložil subdodavatelskou smlouvu označenou jako Smlouva o poskytnutí subdodávky, uzavřenou dne 28. 4. 2015 mezi společnostmi Simac Technik ČR, a.s. a subdodavatelem (dále jen „smlouva“).
39. V bodě 2.2 kvalifikační dokumentace, na jejímž základě byly podávány žádosti o účast, byl předmět veřejné zakázky vymezen takto: *„Předmětem veřejné zakázky je dodávka a implementace technologie pro poskytování služby internetového připojení do 7 sedmivozových souprav railjet (tj. realizace palubní datové sítě na 7 sedmivozových vlakových soupravách pro zajištění bezdrátového přístupu k veřejnému Internetu podle specifikace IEEE 802.11a/b/g/n) ve vlastnictví zadavatele včetně schválení příslušené změny schváleného typu na těchto soupravách včetně zabezpečení příslušných dokladů a včetně vyhotovení a předání příslušné technické dokumentace. Součástí předmětu plnění veřejné zakázky je dále poskytování servisní služby (dohled a monitoring funkčnosti sítě, poskytnutí servisu, údržby zařízení a odstranění poruchy dle stanovených SLA atd.) k dodané technologii po dobu 48*

měsíců ode dne protokolárního předání a převzetí kompletní dodávky a implementace technologie do poslední vlakové soupravy. Předmět plnění veřejné zakázky bude podrobně specifikován v závazném vzoru smlouvy o dílo, který bude přílohou zadávací dokumentace.“

40. V subdodavatelské smlouvě je předmět plnění vymezen v čl. III takto: „*Předmětem této smlouvy je povinnost subdodavatele poskytnout plnění určené ke splnění veřejné zakázky dodavatelem v rozsahu, ve kterém subdodavatel prokáže kvalifikaci dodavatele pro veřejnou zakázku. Přesná specifikace jednotlivých prvků subdodávky bude dohodnuta v příloze této smlouvy. Rozsah subdodávky je stanoven v objemu 30%.*“ Subdodavatelská smlouva, jež je součástí žádosti o účast uchazeče RailWiFi, žádnou přílohu neobsahuje.

Právní posouzení

41. S ohledem na skutečnost, že pro zadavatele v šetřeném případě platí ustanovení zákona vztahující se na sektorového zadavatele (viz výše body 14. až 28. odůvodnění tohoto rozhodnutí) ověřil Úřad v první řadě skutečnost, zda zadavatel byl povinen s ohledem na ustanovení § 19 odst. 1 zákona postupovat podle tohoto zákona. Úřad k výše uvedenému konstatuje následující.
42. Podle § 19 odst. 1 zákona postupuje sektorový zadavatel podle zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Nadlimitní veřejnou zakázkou se dle § 12 odst. 1 zákona rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle § 13 zákona bez daně z přidané hodnoty dosáhne nejméně finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů, oblasti a druhy veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb. Nařízení vlády v § 2 odst. 2 písm. c) stanoví, že finanční limit podle § 12 odst. 1 zákona pro zadavatele uvedené v § 2 odst. 6 zákona je 10.489.000,- Kč. Předmětná veřejná zakázka je veřejnou zakázkou na služby.
43. Zadavatel v oznámení o zakázce, v kvalifikační dokumentaci ze dne 26. 3. 2015 ani zadávací dokumentaci ze dne 9. 10. 2015 neuvedl předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. V kvalifikační dokumentaci i v zadávací dokumentaci ovšem zadavatel uvádí, že předmětná veřejná zakázka je nadlimitní veřejnou zakázkou na služby. Toto tvrzení je v souladu i se smlouvou o dílo, kterou dne 23. 12. 2015 uzavřel zadavatel s uchazečem RailWiFi. V této smlouvě je uvedeno, že celková cena za provedení předmětu veřejné zakázky činí 19.385.200,- Kč, což je cena přesahující limit uvedený v nařízení vlády pro veřejné zakázky na služby zadávané sektorovým zadavatelem (10.489.000,- Kč).
44. Jelikož tedy jde o nadlimitní veřejnou zakázku zadávanou v souvislosti s výkonem relevantní činnosti, má zadavatel v souvislosti s touto veřejnou zakázkou povinnost postupovat podle zákona.
45. Úřad uvádí, že v průběhu šetření podnětu získal pochybnosti o tom, zda uchazeč RailWiFi, který prokazoval jeden z kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, splnil všechny zákonné požadavky, která právo klade na smlouvu mezi uchazečem a jeho subdodavatelem. Úřad proto nejprve vyloží, jaké nároky jsou na takovou smlouvu kladeny.
46. Zákon obecně ve svém ustanovení § 51 odst. 4 připouští, pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím

subdodavatele. Zákon pak dále stanoví podmínky, které musí dodavatel v případě, že chybějící kvalifikaci prokazuje prostřednictvím subdodavatele, splnit. Jednou z těchto podmínek je požadavek na obsahové náležitosti smlouvy, kterou mezi sebou uchazeč a subdodavatel uzavřou, kdy zákon v ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) určuje, že dodavatel předloží zadavateli smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d). Pokud dodavatel tuto smlouvu zadavateli nepředloží, popřípadě předloží smlouvu, která nesplňuje požadavky kladená na ni zákonem, tedy je neurčitá, uchazeč nemůže prostřednictvím subdodavatele prokazovat chybějící kvalifikaci.

47. Ze související judikatury (viz níže) je zřejmé, že již v rámci tzv. subdodavatelské smlouvy je třeba jednoznačně vymezit závazek subdodavatele ke stanovenému rozsahu plnění veřejné zakázky, tj. vymezit v jakých ohledech, v jakých částech plnění veřejné zakázky, jakým konkrétním způsobem a do jaké konkrétní míry bude uchazeč reálně disponovat faktickou participací svého subdodavatele. Jen tehdy, kdy je závazek v subdodavatelské smlouvě dostatečně určitý, lze mít za to, že subdodavatel se na plnění veřejné zakázky bude fakticky podílet. Požadavek, aby v případě prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele byly předkládány subdodavatelské smlouvy, které obsahují do jisté míry konkrétní závazek subdodavatele podílet se na plnění předmětu veřejné zakázky, má zabránit tomu, aby byla kvalifikace pouze formálně prokazována subjektem, který se na plnění předmětu veřejné zakázky fakticky nijak podílet nebude. Pokud je tedy subdodavatelská smlouva neurčitá a žádný konkrétní závazek z ní neplyne, nelze vzít za prokázané, jak a zda vůbec se subdodavatel na veřejné zakázce bude podílet.
48. Nároky na subdodavatelskou smlouvu byly dále rozpracovány rozhodovací praxí správních soudů. Jak bylo judikováno Krajským soudem v Brně v rozsudku 62 Af 57/2013 ze dne 6. 10. 2014 (rozhodnutí dostupné online na webové adrese <http://www.nssoud.cz>), aby smlouva mezi uchazečem a subdodavatelem vyhověla požadavku § 51 odst. 4 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, *„[m]usel by z ní tedy vyplynout konkrétní závazek subdodavatele, jenž by spolehlivě dokládal reálnou míru participace subdodavatele na samotném plnění, jež je veřejnou zakázkou (tj. míru přímého podílu subdodavatele na realizaci plnění), nebo konkrétní závazek subdodavatele, jenž by spolehlivě dokládal reálné poskytnutí věcí či práv, s nimiž by byl dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a jeho natolik přesný popis, aby bylo možno posoudit skutečný podíl subdodavatele na veřejné zakázce realizované uchazečem.“*
49. V témže rozsudku pak daný soud dále uvedl, že *„[j]e tedy na uchazeči, aby zvolil způsob, jakým splnění kvalifikace prokáže. K tomu může zčásti využít i kvalifikace svědčící jinému subjektu, avšak hodlá-li jej využít jako subdodavatele (a splnění ‚své‘ kvalifikace prokazovat jejím splněním ‚u svého subdodavatele‘), je na něm, aby reálnou míru participace subdodavatele na veřejné zakázce s ohledem na charakter konkrétního kvalifikačního předpokladu, jehož splnění má být takto prokazováno a jenž vyjadřuje skutečnou odbornost, zkušenost, zdroje, osoby či jiné zázemí, jež bude uchazeči k plnění veřejné zakázky k dispozici, zadavateli prokázal.(...) Splnění kvalifikace coby obecnou způsobilost předmět veřejné zakázky podle požadavků zadavatele splnit si tedy z pohledu uchazeče nestačí toliko formálně*

smluvně ‚koupit‘ (neboť takto formálně ‚koupená‘ kvalifikace uchazečovu způsobilost předmět veřejné zakázky splnit fakticky nemůže prokazovat), nýbrž je zapotřebí spolehlivě doložit, v jakých ohledech, v jakých částech plnění veřejné zakázky, jakým konkrétním způsobem a do jaké konkrétní míry bude uchazeč reálně disponovat faktickou participací svého subdodavatele, jež pak bude souviset s jeho odbornými (technickými) nebo ekonomickými schopnostmi v rámci plnění veřejné zakázky, a v čem bude taková participace spočívat, popř. v jakých ohledech, ve vztahu k jakým částem veřejné zakázky, jakým konkrétním způsobem a do jaké konkrétní míry bude uchazeč reálně disponovat věcmi či právy subdodavatele, a o jaké věci či o jaká práva půjde. Jen tak může mít zadavatel najisto postaveno, že jeho požadavky, které se promítly do zadávacích podmínek, ať už jde o požadavky odborného charakteru či charakteru ekonomického, uchazeč ve skutečnosti splňuje a je tak dle představ zadavatele také skutečně způsobilý předmět veřejné zakázky splnit. Požadavku podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ tedy vyhoví takový závazek subdodavatele, podle něhož bude subdodavatel část veřejné zakázky sám ve skutečnosti plnit.“

50. Jestliže tedy ze subdodavatelské smlouvy nic konkrétního ve shora uvedeném smyslu nevyplývá, pak dodavatel nesplnil povinnost stanovenou § 51 odst. 4 písm. b) zákona. Úřad následně aplikoval výše uvedené závěry na skutková zjištění případu a konstatuje, že smlouva, ve které je závazek subdodavatele stanoven pouze slovy „*Předmětem této smlouvy je povinnost subdodavatele poskytnout plnění určené ke splnění veřejné zakázky dodavatelem v rozsahu, ve kterém subdodavatel prokáže kvalifikaci dodavatele pro veřejnou zakázku. Přesná specifikace jednotlivých prvků subdodávky bude dohodnuta v příloze této smlouvy. Rozsah subdodávky je stanoven v objemu 30%*“, nemůže být dokladem o skutečné účasti subdodavatele na plnění poskytnutém dodavatelem. Vymezení závazku subdodavatele je velmi nekonkrétní, jelikož z citované formulace subdodavatelské smlouvy nelze seznat, jakým způsobem, v jaké části a v jaké míře bude subdodavatel dodavateli pro veřejnou zakázku poskytovat plnění. Jelikož jde o veřejnou zakázku zadávanou v jednacím řízení s uveřejněním, na konkrétnost smlouvy jsou kladeny snížené nároky (k tomu viz dále), avšak i přesto byl předmět veřejné zakázky (z kvalifikační dokumentace) uchazečům znám v době podávání žádostí o účast natolik, že mohli mít o veřejné zakázce natolik jasnou představu, aby věděli, které části plnění budou obstarávat sami a které případně prostřednictvím subdodavatele, případně jakým způsobem se spolupráce se subdodavatelem bude realizovat.
51. Úřad došel k závěru, že vymezení předmětu plnění v subdodavatelské smlouvě je tak natolik neurčité, že neodpovídá požadavkům kladeným na subdodavatelské smlouvy ustanovením § 64 odst. 5 zákona a § 51 odst. 4 věta druhá zákona, jelikož z ní nevyplývá konkrétní závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) zákona.
52. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 16. 3. 2016, které Úřad obdržel dne 17. 3. 2016, mimo jiné uvádí, že „*vzhledem k tomu, že se jednalo o veřejnou zakázku zadávanou v jednacím řízení s uveřejněním, kdy dodavatelé neměli při prokazování splnění kvalifikace k dispozici zadávací dokumentaci (a tím pádem kompletní a detailní vymezení předmětu plnění, na základě kterého by bylo možno sjednat rozsah prací nejen co se týče objemu ale i co se týče*

jejich konkrétního věcného vymezení) je závazek subdodavatele uvezený v č. III subdodavatelské smlouvy (...) je dostatečně určitý a naplňuje znaky platného a určitého právního jednání, kdy ze subdodavatelské smlouvy lze dovodit konkrétní objem prací s tím, že jejich konkrétní obsahová náplň bude určena následně (poté, co bude dodavateli známo konkrétní vymezení předmětu plnění, které je uvedeno v zadávací dokumentaci). Úřad tuto námitku zadavatele posoudil, přičemž seznal, že není pro právní posouzení jednání zadavatele, které Úřad uvedl výše, relevantní.

53. Ačkoli v jednacím řízení s uveřejněním nelze na určitost (podrobnost) subdodavatelské smlouvy klást stejné nároky jako na subdodavatelskou smlouvu uzavíranou na veřejné zakázky soutěžené v otevřeném řízení, musí ze subdodavatelské smlouvy jednoznačně vyplývat, v jakých ohledech, v jakých částech plnění veřejné zakázky nebo jakým konkrétním způsobem bude uchazeč reálně disponovat faktickou participací svého subdodavatele. Na subdodavatelskou smlouvu předkládanou v jednacím řízení s uveřejněním jsou dožadována snížená nároky, ani tuto sníženou úroveň nároků však uchazeč RailWiFi nesplnil. Úřad se nedomnívá, že by předmět veřejné zakázky byl v kvalifikační dokumentaci vymezen natolik neurčitě, že by uchazečům znemožňoval uzavření subdodavatelské smlouvy obsahující závazek, ze kterého by konkrétně vyplývalo, v jakých ohledech, v jakých částech plnění veřejné zakázky nebo jakým konkrétním způsobem bude uchazeč reálně disponovat faktickou participací svého subdodavatele. Tento závěr Úřadu vyplývá zejména z bodu 2.2 kvalifikační dokumentace (blíže viz bod 39. odůvodnění), v němž je popsáno, že předmětem plnění veřejné zakázky je dodávka a implementace technologie pro poskytování služby internetového připojení, tj. realizace palubní datové sítě pro zajištění bezdrátového přístupu k veřejnému Internetu podle specifikace IEEE 802.11a/b/g/n do 7 sedmivozových vlakových souprav a poskytování související servisní služby po dobu 48 měsíců; z tohoto stručného popisu předmětu plnění vyplývá, že zadavatel stanovil předmět plnění natolik konkrétně, aby uchazeči o veřejnou zakázku mohli mít poměrně jasnou představu o předmětu plnění. Vzhledem k tomu, že uchazeč si byl v době prokazování kvalifikace jistě již vědom skutečnosti, že se subdodavatelem bude spolupracovat, měl být schopen také alespoň s určitou mírou konkrétnosti ve smlouvě vyjádřit, v jaké části bude subdodavatel na veřejné zakázce participovat, a to nikoli pouze v ohledu, jakou procentuální část zakázky bude subdodavatel plnit, ale splnit tento požadavek vymezením konkrétních úkolů. Dle Úřadu v úvahu připadá možnost uvedení např. dodávky hardware, instalace hardware do vlakových souprav či forma poskytování servisní služby.
54. Uchazeč RailWiFi však ve smlouvě se subdodavatelem ani neuvedl, kterého dílčího plnění uvedeného zadavatelem v bodě 2.2 kvalifikační dokumentace se subdodávka bude týkat. Z tohoto důvodu Úřad nemohl dojít k jinému dílčímu závěru, než že výše uvedená subdodavatelská smlouva neobsahuje žádný konkrétní závazek subdodavatele k poskytnutí plnění, a tedy nesplňuje zákonný požadavek uvedený v § 64 odst. 5 a § 51 odst. 4 zákona.
55. Neurčitou subdodavatelskou smlouvu, ze které nevyplývá žádný konkrétní závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, nelze ospravedlnit skutečností, že veřejná zakázka je zadávána v jednacím řízení s uveřejněním a uchazeči v době podávání žádostí o účast a prokazování kvalifikace neměli k dispozici úplné detailní informace o požadovaném plnění.

56. Dále zadavatel v tomto svém vyjádření uvádí, že termín „*addendum*“ v subdodavatelské smlouvě by měl být správně přeložen jako „dodatek“, nikoli jako „příloha“. Úřad konstatuje, že pro právní posouzení věci není tato případná záměna relevantní, jelikož nabídka (případně žádost o účast) musí být posuzována tak, jak je předložena, a ani následné uzavření dodatku nemůže nedostatky smlouvy zpětně zhojit, jelikož zadavatel musí kvalifikaci, a tedy i subdodavatelskou smlouvu z hlediska nároků na ni kladených ustanovením § 51 odst. 4 písm. b) posuzovat ve lhůtě k prokázání kvalifikace, tak jak stanoví zákon v § 52 odst. 2.
57. Ustanovení § 59 odst. 1 zákona stanoví, že zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených tímto zákonem. Když uchazeč RailWiFi nepředložil dostatečně určitou subdodavatelskou smlouvu, neprokázal splnění kvalifikace (technických kvalifikačních předpokladů) v plném rozsahu, měl být zadavatelem dle § 60 odst. 1 zákona vyloučen z účasti v zadávacím řízení, což však zadavatel neučinil. Úřad má tedy za prokázané, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 59 odst. 1 a § 60 odst. 1 zákona pro zadání veřejné zakázky.
58. Druhým ze znaků skutkové podstaty správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona je, že výše uvedené nedodržení postupu stanoveného zákonem pro zadání veřejné zakázky mělo či mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. L naplnění tohoto znaku skutkové podstaty deliktu uvádí Úřad následující argumentaci. Žádost o účast v zadávacím řízení předložili celkem 3 uchazeči, přičemž 2 uchazeči byli pro nesplnění požadavků na kvalifikaci vyloučeni. Pokud by zadavatel postupoval dle zákona, měl by vyloučit i vybraného uchazeče, ačkoli se tak nestalo a vybranému uchazeči byla i přes nedostatečně prokázanou kvalifikaci zakázka zadána. Pokud by tedy bylo postupováno podle zákona, zadavatel by musel vyloučit všechny uchazeče (zájemce) o zakázku a vyhlásit nové výběrové řízení. Jelikož uchazeč RailWiFi, který měl podle zákona ze zadávacího řízení být vyloučen, následně jako jediný podal nabídku, stal se vybraným uchazečem a následně s ním byla uzavřena smlouva na veřejnou zakázku, jednání zadavatele (spočívající v jeho nevyhlášení) mělo prokazatelně vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Tím pádem byly naplněny všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
59. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 59 odst. 1 a § 60 odst. 1 citovaného zákona, když uchazeče RailWiFi který nesplnil technický kvalifikační předpoklad dle § 56 odst. 2 písm. a) a bodu 3.3 kvalifikační dokumentace („*seznam významných zakázek realizovaných uchazečem v posledních třech letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění, ze kterého vyplývá, že uchazeč realizoval alespoň 3 zakázky s obdobným charakterem předmětu plnění, tj. zakázky, jejichž předmětem byla dodávka a implementace systému umožňujícího připojení cestujících k internetovým službám včetně realizace palubní datové sítě do železničních kolejových vozidel s konstrukční rychlostí 200 km/h nebo vyšší, přičemž alespoň jedna zakázka byla o minimálním finančním objemu 20.000.000,00 Kč bez DPH nebo jeho ekvivalentu v jiné měně*“) v plném rozsahu, nevyhlásil z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku když tento uchazeč prokazoval kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele ICOMERA AB, IČO SE556572286401, se sídlem Torsgatan 5B, 411 04 Goteborg, Švédsko, dle § 64 odst. 5 citovaného zákona ve spojení s § 51 odst. 4 citovaného zákona, ale nepředložil smlouvu uzavřenou s tímto subdodavatelem, z níž by vyplýval závazek tohoto subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění

veřejné zakázky dodavatelem či poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace § 51 odst. 4 věta druhá citovaného zákona, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a uzavřel dne 23. 12. 2015 smlouvu na veřejnou zakázku s uchazečem RailWiFi.

60. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. rozhodnutí

61. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 59 odst. 1 a § 60 odst. 1 citovaného zákona, když uchazeče RailWiFi který nesplnil technický kvalifikační předpoklad dle § 56 odst. 2 písm. a) a bodu 3.3 kvalifikační dokumentace (*„seznam významných zakázek realizovaných uchazečem v posledních třech letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění, ze kterého vyplývá, že uchazeč realizoval alespoň 3 zakázky s obdobným charakterem předmětu plnění, tj. zakázky, jejichž předmětem byla dodávka a implementace systému umožňujícího připojení cestujících k internetovým službám včetně realizace palubní datové sítě do železničních kolejových vozidel s konstrukční rychlostí 200 km/h nebo vyšší, přičemž alespoň jedna zakázka byla o minimálním finančním objemu 20.000.000,00 Kč bez DPH nebo jeho ekvivalentu v jiné měně“*) v plném rozsahu, nevyločil z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku když tento uchazeč prokazoval kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele ICOMERA AB, IČO SE556572286401, se sídlem Torsgatan 5B, 411 04 Goteborg, Švédsko, dle § 64 odst. 5 citovaného zákona ve spojení s § 51 odst. 4 citovaného zákona, ale nepředložil smlouvu uzavřenou s tímto subdodavatelem, z níž by vyplýval závazek tohoto subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace § 51 odst. 4 věta druhá citovaného zákona, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a uzavřel dne 23. 12. 2015 smlouvu na veřejnou zakázku s uchazečem RailWiFi. Podle § 121 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů, odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
62. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z dokumentace k veřejné zakázce, která byla Úřadu doručena dne 19. 2. 2016 v rámci řízení o podnětu vedeného pod spisovou značkou P0118/2016. Ke spáchání správního deliktu došlo uzavřením smlouvy dne 23. 12. 2015. Z výše uvedeného je zřejmé, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
63. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
64. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, v šetřeném případě činí 23.456.092,-Kč s DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 2.345.609,- Kč.

65. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty právnické osobě se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
66. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.
67. Pokud jde o význam neurčitého právního pojmu „závažnost správního deliktu“, Úřad dále uvádí, že stupeň společenské škodlivosti správního deliktu (tedy závažnosti) je dán především konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty deliktu. Při posuzování závažnosti správního deliktu není hlavním kritériem pouze skutková podstata správního deliktu, ale také intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je dále nutno hodnotit nejen jaké následky byly správním deliktem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013 dostupný online na adrese <http://www.nssoud.cz/>).
68. V posuzovaném případě je objektem správního deliktu zájem, aby veřejné zakázky realizovali dodavatelé způsobilí splnit předmět plnění veřejné zakázky. Možný škodlivý následek jednání dodavatele, kdy dodavatel (uchazeč o veřejnou zakázku) nahradí reálné zkušenosti či schopnosti formálním prokazováním kvalifikace jiným subdodavatelem, který se sice formálně zaštití svou participací na plnění předmětu veřejné zakázky, avšak reálně se plnění veřejné zakázky nijak účastnit nebude, což je obcházením požadavků zadavatele a také zákona. Tato právní úprava má zabránit zadávání veřejných zakázek dodavatelům, kteří nedisponují pro danou veřejnou zakázku požadovanou kvalifikací a nejsou tedy vhodnými smluvními partnery. V konečném důsledku je objektem správního deliktu také zájem na ochraně hospodářské soutěže, jelikož formálním „koupáním“ kvalifikace je soutěž deformována, a jako vítězný uchazeč může být vybrán dodavatel, který požadavky na kvalifikaci fakticky nespĺňuje na úkor dodavatele jiného, který požadovanou kvalifikací skutečně disponuje.
69. V šetřeném případě smlouva se subdodavatelem předložena byla, jen je neurčitá, což Úřad zohlednil ve prospěch dodavatele. Dodavatel tedy nerezignoval na svou zákonnou povinnost zcela, jen nebyl při plnění svých zákonných povinností důsledný.
70. Následkem spáchání správního deliktu je situace, kdy byl ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky tím, že u vybraného uchazeče bylo de facto rezignováno na kontrolu, zda skutečně prokázal splnění či zda vůbec splnil kvalifikaci.
71. Při posuzování závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu celkový kontext šetřeného případu. Úřad vzal v úvahu, že šlo o jediné pochybení zadavatele v rámci šetřeného zadávacího řízení, že zadavatel nerezignoval na svou zákonnou povinnost zkontrolovat

doklady pro prokázání kvalifikace zcela, pouze při plnění této povinnosti nebyl důsledný, dále že zadavatel poskytl v celém průběhu správního řízení řádnou součinnost a že zadavateli nebyla dosud pokuta za spáchání totožného správního deliktu uložena.

72. Úřad se v této souvislosti zabýval povahou uložené pokuty a zkoumal, zda není ze strany Úřadu ukládána pokuta krajně nespravedlivá či likvidační. Při určení výše pokuty vzal Úřad v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V rámci této úvahy posoudil Úřad finanční výkazy zadavatele za rok 2014 (aktuálnější finanční výkazy zveřejněny nebyly), které jsou dostupné online na webu zadavatele, <http://www.ceskedrahy.cz/assets/pro-investory/financni-zpravy/financni-vykazy/konsolidovane-financni-vykazy-podle-mezinarodnich-ucetnich-standardu-za-rok-2014.pdf>. Úřad naznal, že s ohledem na objem finančních zdrojů (v řádech stovek milionů Kč a více), s nimiž zadavatel ročně hospodáří, nepředstavuje udělená pokuta ve výši 100.000,- Kč pokutu likvidační.
73. Úřad nad rámec uvedeného doplňuje, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.
74. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu.
75. Po zvážení všech výše uvedených okolností případu a všech argumentů Úřad stanovil výměru pokuty při spodní hranici zákonné sazby (sankce nedosahuje ani 5% její maximální možné výše), a to ve výši 100.000,- Kč. Vzhledem k souvislostem případu považuje Úřad uloženou sankci za dostačující, poněvadž naplňuje obě funkce právní odpovědnosti.
76. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
77. Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 117c zákona podává v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, PhD.
místopředseda

Obdrží

České dráhy, a.s., Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1

Vypraveno dne

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