



UOHSX009BHXM

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0001/2017/VZ-09071/2017/323/LVa

Brno 15. března 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 30. 12. 2016, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne podaném zadavatelem -

- **Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost**, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 21. 12. 2016 společností Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 – Nové Město,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0642/2016/VZ-49351/2016/513/IHI ze dne 15. 12. 2016, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Zavedení systému veřejného půjčování kol v Praze**“, zadávané v soutěžním dialogu, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 23. 3. 2016 a uveřejněno bylo dne 24. 3. 2016 pod ev. č. zakázky 529135, ve znění oprav uveřejněných dne 30. 3. 2016 a 14. 6. 2016, a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 26. 3. 2016 pod číslem 2016/S 061-104859, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 4. 2016 a 18. 6. 2016, a jehož dalším účastníkem je navrhovatel -

- **REKOLA Bikesharing s.r.o.**, IČO 04893875, se sídlem Tusarova 791/31, Holešovice, 170 00 Praha 7, v řízení o rozkladu zastoupena na základě plné moci ze dne 3. 1. 2017 společností Frank Bold advokáti, s.r.o., IČO 28359640, se sídlem Údolní 33, 602 00 Brno,

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

ustanovení § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Výroky I., II., V. a VI. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0642/2016/VZ-49351/2016/513/IHL ze dne 15. 12. 2016

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ obdržel dne 3. 10. 2016 návrh navrhovatele - REKOLA Bikesharing s.r.o., IČO 04893875, se sídlem Tusarova 791/31, Holešovice, 170 00 Praha 7, v řízení o rozkladu zastoupena na základě plné moci ze dne 3. 1. 2017 společností Frank Bold advokáti, s.r.o., IČO 28359640, se sídlem Údolní 33, 602 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“), na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele - Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 21. 12. 2016 společností Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 - Nové Město (dále jen „**zadavatel**“) - učiněných při zadávání veřejné zakázky „Zavedení systému veřejného půjčování kol v Praze“, zadávané v soutěžním dialogu, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 23. 3. 2016 a uveřejněno bylo dne 24. 3. 2016 pod ev. č. zakázky 529135, ve znění oprav uveřejněných dne 30. 3. 2016 a 14. 6. 2016, a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 26. 3. 2016 pod číslem 2016/S 061-104859, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 4. 2016 a 18. 6. 2016 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem veřejné zakázky je komplexní vybudování systému veřejného půjčování kol (označovaný také jako bikesharing nebo „BSS“) v Praze a současně jeho komplexní provozování po dobu zhruba 6 let. Detailní specifikace předmětu veřejné zakázky měla být upřesněna v průběhu soutěžního dialogu.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 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.

3. Proti zadávacím podmínkám (kvalifikační dokumentaci) podal navrhovatel námitky, kterým zadavatel nevyhověl, a tak navrhovatel dne 3. 10. 2016 navrhovatel podal návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu.
4. Zadavatel se dle navrhovatele dopustil skryté nepřímé diskriminace tím, že
 - a) omezil předmět veřejné zakázky pouze na systém stanicový,
 - b) požadoval prokázání 3 významných služeb obdobného charakteru v rozsahu alespoň 300 sdílených jízdních kol,
 - c) požadoval předložení seznamu techniků sestávajícího mimo jiné ze zástupce projektového manažera, kterým musel být autorizovaný inženýr či technik v oboru pozemní stavby nebo technologická zařízení staveb s minimálně pětiletou praxí zahrnující aspoň tři stavby, u nichž bylo projednáno územní rozhodnutí i stavební povolení a zahájena výstavba, a
 - d) požadoval předložení seznamu techniků sestávajícího mimo jiné z technika vývoje aplikací, který musel mít aspoň dvouletou praxi v oblasti projektů veřejného půjčování jízdních kol a zkušenost aspoň s jedním projektem veřejného půjčování jízdních kol o rozsahu odpovídajícího významné službě dle bodu b).
5. Navrhovatel požadoval, aby Úřad podle § 118 odst. 1 zákona zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku, a to z důvodu, že zadavatel nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 15. 12. 2016 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0642/2016/VZ-49351/2016/513/IH1 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým Úřad
 - o ve výroku I. rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 56 odst. 5 písm. c) zákona tím, že nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu v čl. IV. bod 5) písm. b) bod iii. kvalifikační dokumentace s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky, když požadoval pro člena realizačního týmu dodavatele na pozici zástupce projektového manažera bikesharingu praxi u minimálně 3 staveb, u kterých bylo projednáno stavební povolení, ačkoli získání stavebního povolení při plnění předmětné veřejné zakázky nebude třeba, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel dosud neuzavřel smlouvu na veřejnou zakázku,
 - o ve výroku II. rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 56 odst. 5 písm. c) zákona tím, že nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky, když v čl. IV. bod 5) písm. b) bod iii. kvalifikační dokumentace stanovil na člena realizačního týmu dodavatele na pozici technik vývoje aplikací bikesharingu tyto požadavky: „zkušenost s pozicí technika vývoje aplikací BSS nebo obdobnou pozicí u alespoň 1 projektu BSS, který odpovídá významné zakázce obdobného charakteru, a který byl realizován v posledních 10 letech“, a významnou veřejnou zakázkou podle čl. IV. bod 5) písm. a) iii. kvalifikační

dokumentace je taková zakázka, „jejímž předmětem je zajišťování komplexního provozu aktivního systému veřejného půjčování kol (typu BSS, nikoliv půjčovny kol) s minimálním počtem kol 300“, ačkoliv pro činnost technika vývoje aplikací při plnění veřejné zakázky není nijak významně rozhodné, jaké objekty budou zapojeny do systému, tedy ani zkušenost přímo s projektem bikesharingu s minimálně 300 koly, a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel dosud neuzavřel smlouvu na veřejnou zakázku,

- ve výroku III. rozhodl, že návrh navrhovatele se v části týkající se požadavku na stanicový systém podle čl. III. bod 1. kvalifikační dokumentace při vymezení předmětu plnění a v té souvislosti použitého soutěžního dialogu jako druhu zadávacího řízení veřejné zakázky podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona,
 - ve výroku IV. rozhodl, že návrh navrhovatele se v části týkající se oprávněnosti a přiměřenosti technického kvalifikačního předpokladu na doložení alespoň 3 významných služeb, jejichž předmětem je zajišťování komplexního provozu aktivního systému veřejného půjčování kol s minimálním počtem 300 kol podle čl. IV. bod 5) písm. a) bod iii. kvalifikační dokumentace veřejné zakázky podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona,
 - ve výroku V. jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku,
 - ve výroku VI. uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
7. V odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí (týkajícího se požadavku na doložení praxe zástupce projektového manažera BSS min. u 3 staveb, u kterých bylo projednáno stavební povolení) Úřad mimo jiné odkázal na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 87/2008-81 ze dne 9. 7. 2009, podle kterého *„stanovení kvalifikačních kritérií včetně jejich minimální úrovně rozhodně nemůže vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení, či k jakémukoliv zvýhodnění některého z potencionálních dodavatelů. Naopak jejich účelem je zabezpečit účast všech potencionálních dodavatelů, kteří jsou způsobilí předmětnou zakázku splnit. Je proto nezbytné, aby zadavatel objektivně vymezil úroveň způsobilosti, kterou uchazeč prokáže“*. Dále Úřad uvedl, že sice při aplikaci kritéria zjevné nepřiměřenosti musí být poskytnut prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, avšak zadavatel musí být schopen potřebu takového požadavku odůvodnit, tedy jinak řečeno, podrobnější a přísnější požadavky kladou vyšší nároky na jejich odůvodnění. Úřad rovněž uvedl, že z odborných vyjádření stavebních Úřadů městských částí Prahy zjistil, že k umístění stanovišť pro kola nebude nutné stavební povolení ani ohlášení. Veřejná zakázka je přitom veřejnou zakázkou na služby, která se stavebnictvím souvisí pouze v tom ohledu, že bude nutné zajištění určitého druhu povolení pro umístění cca. 100 stanovišť pro kola a tato stanoviště umístit. Jelikož praxe se stavbami, u kterých bylo projednáno stavební povolení, dle skutkových zjištění Úřadu nebude potřebná, požadavek zadavatele na praxi a praxi u staveb s projednaným stavebním povolením neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky [neboli požadavek zadavatele na kvalifikaci zástupce

projektového manažera obsažený v čl. IV bodu 5) písm. b) bodu iii. kvalifikační dokumentace „vybočuje z oprávněných potřeb daného plnění“]. Dále Úřad uvedl, že „již dále nezkoumal, do jaké míry je předmětný kvalifikační předpoklad stanovený zadavatelem na zástupce projektového manažera BSS, resp. jeho další jednotlivé podmínky (tj. autorizovaný inženýr či technik v oboru pozemní stavby nebo technologická zařízení staveb, minimálně 5 let praxe v oblasti inženýrských činností, zejména zajištění stavebního řízení a organizace stavby atd.) jako celek, vzhledem k zadavatelem vymezenému předmětu plnění veřejné zakázky, souladný se zákonem“, jelikož „[j]akékoli další šetření Úřadu učiněné v tomto směru by nemohlo mít žádný vliv na výsledek správního řízení, neboť výsledkem přezkoumání by mohlo být vždy pouze opět nápravné opatření ukládané ve výroku V“.

8. V odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí (týkajícího se požadavku na zkušenost s vývojem aplikací pro BSS) Úřad mimo jiné citoval rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 44/2013-37 ze dne 7. 11. 2013, který k požadavkům na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů judikoval, že „i samotný důvod jejich vyžadování musí být v souladu se základními zásadami upravenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách“ a „[s]tanovení minimální úrovně předpokladů musí navíc odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky (§ 56 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách) a také s ním musí důvodně souviset (§ 50 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách).“ Ačkoli si tak zadavatel může klást konkrétní požadavky na splnění technických kvalifikačních předpokladů, je pro tyto požadavky limitující zásada zákazu diskriminace a oprávněné potřeby dané veřejné zakázky. Na základě vyjádření subjektů zabývajících se vývojem elektronických aplikací Úřad došel k závěru, že „konkrétní zkušenost vývojáře s vývojem aplikace pro bikesharing není nijak významně rozhodná“, rozhodná je zkušenost ve vývoji jakýchkoli aplikací. Úřad k tomuto dále uvedl, že „již dále nezkoumal, do jaké míry je předmětný kvalifikační předpoklad, resp. jeho další jednotlivé podmínky vzhledem k zadavatelem vymezenému předmětu plnění veřejné zakázky, souladný se zákonem, neboť jakékoliv další šetření Úřadu učiněné v tomto směru by nemohlo mít žádný vliv na výsledek správního řízení, bylo by zcela nadbytečné a nebylo by v souladu se zásadou procesní ekonomie“.
9. V odůvodnění výroku III. napadeného rozhodnutí (týkajícího se požadavku na stanicový systém podle čl. III. bod 1. kvalifikační dokumentace při vymezení předmětu plnění a v té souvislosti použitého soutěžního dialogu jako druhu zadávacího řízení) Úřad mimo jiné uvedl, že „je to výlučně zadavatel, který stanovuje předmět plnění veřejné zakázky (tedy to, co v rámci zadávacího řízení vlastně poptává), neboť jen on sám nejlépe zná své vlastní potřeby a požadavky“ a „[i]ndividuální názory a zájmy potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, jak by měl být předmět veřejné zakázky vymezen, nemohou vést k tomu, aby byl zadavatel zájemci korigován, jaký základní (rámcový) systém (včetně jeho otevřenosti pro budoucí úpravy) bude od předmětu veřejné zakázky požadovat“. Navíc důvody, které zadavatel k volbě stanicového systému doložil, Úřad shledal logickými a legitimními (přičemž ovšem Úřad nehodnotil, který systém je výhodnější, pouze konstatoval, že zadavatel své požadavky logicky zdůvodnil).
10. V odůvodnění výroku IV. napadeného rozhodnutí (týkajícího se technického předpokladu na doložení alespoň 3 významných služeb – zajištění komplexního provozu aktivního systému veřejného půjčování kol s minimálním počtem 300 kol) Úřad mimo jiné uvedl, že požadavek na referenci požadovaného rozsahu je úměrný rozsahu veřejné zakázky i její složitosti.

Referenci zadavatelem požadovaného rozsahu Úřad zhodnotil jako přiměřenou a odpovídající potřebám veřejné zakázky. Úřad v souvislosti s touto podmínkou doplnil, že „[n]elze také jednoznačně říci, že by zadávací podmínky byly stanoveny diskriminačně jen proto, že by žádnému dodavateli z České republiky neumožňovaly se zadávacího řízení zúčastnit“.

11. V odůvodnění výroku V. napadeného rozhodnutí (týkajícího se uložení nápravného opatření) Úřad došel k závěru, že „[v]zhledem k tomu, že zadavatel pochybil při stanovení některých požadavků a podmínek již v kvalifikační dokumentaci, nelze nápravu zjednat jiným způsobem, než zrušit celé zadávací řízení veřejné zakázky“.

III. Rozklad zadavatele

12. Dne 30. 12. 2016 byl Úřadu doručen rozklad zadavatele z téhož dne proti výrokům I., II., V. a VI. napadeného rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 15. 12. 2016. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

K výroku I. napadeného rozhodnutí

13. Zadavatel z odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí vyrozuměl, že Úřad svůj názor o nepřiměřenosti požadavku na doložení praxe zástupce projektového manažera BSS opírá výhradně o vyhodnocení obsahu odborných vyjádření Magistrátu hlavního města Prahy a městských částí Prahy ohledně právního režimu týkajícího se umístování stanovišť pro kola. K tomu zadavatel uvádí, že jelikož je veřejná zakázka zadávána v soutěžním dialogu, „v době přípravy kvalifikační dokumentace a i v současné době (kdy doposud nezahájil soutěžní dialog s kvalifikovanými zájemci) není přesně známa finální podoba stojanů pro kola, ani způsob jejich umístování (vč. např. napojení na některé inženýrské sítě či zásahu do inženýrských sítí, pokud to na základě průběhu soutěžního dialogu bude vyhodnoceno jako nezbytné – tuto skutečnost přitom Zadavatel nemůže ani předjímat ani vylučovat) na vyhrazená stanoviště a tyto technické specifikace tak nemohou být známy ani Úřadu ani dotčeným úřadům“. Zadavatel se z tohoto důvodu domnívá, že dotčené úřady posuzovaly právní režim týkající se umístování stanovišť pro kola, aniž by znaly konečnou podobu těchto stojanů či stanovišť. Každý úřad si tak vytvořil „libovolnou“ představu o podobě těchto zařízení a klasifikoval je různě: některé úřady tak stojany (stanoviště) považovaly za technická zařízení, městský mobiliář, jiné za výrobek plnící funkci stavby. Závěry úřadů, zda umístění těchto zařízení bude vyžadovat stavební povolení či ohlášení pak vycházelo z toho, jakou si úřady o tomto zařízení učinily představu. Všechna vyjádření přitom údajně opomíjejí skutečnost, že „stanoviště systému veřejného sdílení kol jsou zpravidla opatřena i stojanem, přes který se například realizuje výpůjčka nebo v digitální podobě poskytuje uživateli informace a je napojen do celého systému“. Připojení k příslušným sítím obvykle již „některou z forem územního či stavebního řízení vyžaduje“ a zadavatel nemůže vyloučit, že v soutěžním dialogu vybrané konečné řešení tedy nebude uvedené vyžadovat.
14. Vyjádření dotčených úřadů mohou být tak dle zadavatele považována pouze za předběžná a zadavatel nesouhlasí s tím, že Úřad své závěry o nepřiměřenosti požadavku na doložení praxe zástupce projektového manažera BSS opírá pouze o tato vyjádření. Ani zadavatel nyní nevyklučuje, že nakonec nezvolí takové řešení stojanů (stanovišť), které bude vyžadovat

vydání stavebního povolení. Proto zadavatel již v kvalifikační dokumentaci počítal s touto možností a tomu přizpůsobil požadavky kladené na pozici zástupce projektového manažera BSS.

15. Navíc dle zadavatele ze stanovisek dotčených úřadů plyne, že pro umístění stanovišť (stojanů) bude nutné uskutečnit povolovací řízení o umístění zařízení podle zákona č. 183/2006 Sb., stavební zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**stavební zákon**“), ve kterém bude stavebnímu úřadu nutno předložit rozsah a obsah dokumentace záměru zpracovaný autorizovanou osobou dle zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě (dále jen „**autorizační zákon**“).
16. Zadavatel předpokládá, že vybraný uchazeč bude ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky zajišťovat „*nezbytný inženýring*“, a tím pádem bude také zajišťovat i vypracování (nebo koordinaci vypracování) dokumentace záměru zpracované autorizovanou osobou dle autorizačního zákona. Toto dle zadavatele ospravedlňuje jeho požadavek, aby zástupce projektového manažera BSS byl autorizovaným inženýrem či technikem v oboru pozemní stavby nebo technologická zařízení staveb ve smyslu autorizačního zákona. Daná osoba má pro zadavatele pak zajišťovat (nebo garantovat) projednání dokumentace v povolovacím řízení před stavebním úřadem (příčemž toto řízení může mít formu stavebního řízení). Zadavatel dovozuje, že pokud má být zástupcem projektového manažera BSS autorizovaná osoba dle autorizačního zákona, pak „*nezbytně nutně půjde o osobu, která ve své praxi opakovaně vystupovala za ‚stavebníka‘ ve stavebních (ve smyslu povolovacích) řízeních dle stavebního zákona (jejichž výstupem je pak vydání buď územního rozhodnutí, územního souhlasu či stavebního povolení). Lze si totiž jen stěží představit autorizovaného inženýra či technika v oboru pozemní stavby nebo technologická zařízení staveb ve smyslu autorizačního zákona, který má zkušenosti s inženýringem staveb, ale zároveň nemá zkušenosti s procesem stavebního řízení (v podobě vydání stavebního povolení), přestože v rámci inženýringu připravoval vypracování dokumentace záměru pro povolovací řízení*“.

K výroku II. napadeného rozhodnutí

17. Zadavatel se domnívá, že „*Úřad svůj názor o nezákonném způsobu vymezení kvalifikačních předpokladů na pozici technik vývoje aplikací BSS (...) opírá výhradně o vyhodnocení obsahu informací získaných od Úřadem oslovených podnikatelských subjektů působících na trhu s vývojem aplikací*“. Zadavatel sice údajně nechce zpochybňovat erudici dotázaných subjektů, ale zároveň poukazuje na to, že „*ani jeden z oslovených subjektů nemá jakoukoliv předchozí zkušenost s vývojem aplikace pro BSS a nemůže tak adekvátně zhodnotit jaký je potenciální rozdíl mezi vývojem například finanční aplikace a aplikace pro úspěšný provoz BSS*“.
18. Na rozdíl od dotázaných subjektů je zadavatel toho názoru, že vlastní charakter požadované aplikace je z pohledu technika vývoje aplikací pro jeho vlastní výrobu podstatný. Zadavatel poukazuje na to, že „*vytvářená aplikace bude nezbytně vystavena na platformě s poměrně složitým komunikačním protokolem nejen mezi jednotlivými jednotkami, ale i mezi jednotlivými středisky*“, a dále bude nezbytné aplikaci „*vhodnou formou integrovat nebo propojit s komunikačními platformami, které pro poskytování služeb hromadné městské dopravy v hl. m. Praze dnes existují*“.

19. Vzhledem k tomu, že v České republice zatím obdobná aplikace pro BSS nebyla vyvinuta, považuje zadavatel za nezbytné, aby měl člen realizačního týmu již předchozí zkušenost s vývojem aplikací BSS, aby již v rámci soutěžního dialogu mohl zadavateli doporučit, *„které funkcionality aplikace jsou pro řádné fungování BSS zcela nezbytné a které mohou být naopak neužitečné či které jsou považovány za kritické“*, přičemž technik vývoje aplikací bez předchozí zkušenosti s BSS taková doporučení schopen poskytnout není.
20. Dále zadavatel nesouhlasí s názorem Úřadu, že počet obsluhovaných jednotek (potažmo zkušenost s určitým počtem obsluhovaných jednotek) není pro daný případ rozhodující. Dle zadavatele je počet jednotek rozhodující pro návrh architektury aplikace, a pokud by uchazeč měl zkušenost s podstatně menším počtem jednotek, *„neposkytla by tato předchozí zkušenost Zadavateli žádnou jistotu v tom, že daný technik bude schopen vystavit řádně fungující návrh architektury i pro několika násobně větší počet jednotek“*.
21. Zadavatel dále zmiňuje, že zamýšlený systém veřejného půjčování kol v Praze má mít minimálně 1 000 kol, přičemž od technika vývoje aplikací byla požadována zkušenost pouze s jedním systémem s minimálním počtem 300 kol. Zadavatel má tedy zájem na tom, aby členem týmu vybraného dodavatele byla dostatečně zkušená osoba na to, aby tato na základě svých zkušeností dokázala adekvátně spravovat systém až o 1 000 uživatelích.
22. Zadavateli se jeví jako nelogické, že Úřad považuje kvalifikační požadavek na zkušenost s vývojem aplikace BSS pro alespoň 300 kol u technika vývoje aplikací BSS za diskriminační, když Úřad zároveň potvrdil, že kvalifikační požadavek zadavatele na předložení seznamu 3 významných služeb zajištění komplexního provozu aktivního systému veřejného půjčování kol s minimálním počtem 300 kol diskriminační není. Pakliže je totiž určitý dodavatel schopen prokázat zkušenost se zajištěním komplexního provozu aktivního systému veřejného půjčování kol s minimálním počtem 300 kol, je pak i schopen prokázat, že v rámci realizačního týmu disponuje technikem, který má zkušenost s vývojem aplikace pro BSS obsluhujícím minimálně 300 jednotek, neboli *„[j]estliže je kvalifikovaným dodavatelem takový dodavatel, který má zkušenost se zajištěním komplexního provozu aktivního systému veřejného půjčování kol s minimálním počtem 300 kol, je zřejmé, že takový dodavatel při budování daného systému musel objednateli zajistit i vytvoření funkční aplikace, která bude schopna obsluhovat a komunikovat s alespoň 300 jednotkami“*.

K tvrzení diskriminačního nastavení kvalifikačních předpokladů

23. Zadavatel se vyjadřuje k Úřadem zmiňované rozhodovací praxi Úřadu i soudů týkající se skryté diskriminace při nastavení kvalifikačních požadavků v tom smyslu, že *„si je plně vědom, že při nastavení kvalifikačních předpokladů musí postupovat tak, aby se ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008 nedopustil skryté diskriminace tím, že by svým postupem při nastavení kvalifikačních předpokladů [...] znemožnil některým dodavatelům ucházet se o Veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že by Veřejnou zakázku nemohli splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu Veřejné zakázky objektivně způsobilými“*. Zadavatel se domnívá, že svým výše podaným výkladem nastavení kvalifikačních předpokladů ve vztahu k pozici technik vývoje aplikací BSS prokázal, že úroveň jejich nastavení odpovídá předmětu plnění veřejné zakázky, předmět

plnění veřejné zakázky svým rozsahem nepřesahuje a nepůsobí nijak excesivně či nepřiměřeně, a tudíž rozptýlil pochybnosti Úřadu o existenci skryté diskriminace.

Závěr rozkladu

24. Zadavatel je přesvědčen, že napadené rozhodnutí je co do výroků I., II., V. a VI. v rozporu se zákonem a také je nesprávné. Z toho důvodu se zadavatel domáhá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v rozsahu výroků I., II., V. a VI. zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu projednání.

IV. Řízení o rozkladu

25. Vzhledem k tomu, že Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury dle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu (dále jen „**správní řád**“), postoupil v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko navrhovatele

26. Dne 6. 1. 2017 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele z téhož dne. Navrhovatel v něm uvádí, že některá tvrzení zadavatele považuje za „*zavádějící*“, „*nepravdivá*“ či „*věcně nesprávná*“.
27. Ke kvalifikačnímu požadavku na zkušenost zástupce projektového manažera se 3 stavebními řízeními navrhovatel uvádí, že vypracování dokumentace pro drobné stavby – stojany bude „*natolik marginálním plněním oproti celku, že ve smyslu judikatury Nejvyššího správního soudu nelze než požadavek na člena týmu – autorizovaného inženýra či technika považovat za neodůvodněný, nepřiměřený a diskriminační*“.
28. Tvrzení zadavatele, že stavební úřady posuzovaly právní režim stanovišť, aniž by znaly jejich finální podobu, a každý z nich si tak učinil o posuzovaném zařízení libovolnou představu, považuje navrhovatel za nepravdivé, jelikož podoba stanovišť byla úřadům sdělena včetně vzorového schématu. Stejně tak navrhovatel považuje za nepravdivé, že by stavební úřady ve svých vyjádřeních opomněly zohlednit napojení stojanů na sítě, přičemž navrhovatel cituje konkrétní vyjádření, která se tímto přímo zabývají. Nepravdivé je dle navrhovatele rovněž tvrzení, že z vícera stanovisek dotčených úřadů vyplynul požadavek na uskutečnění povolovacích řízení o umístění zařízení dle stavebního zákona. O povolovacím řízení se dle navrhovatele zmiňuje pouze stanovisko Úřadu městské části Praha 2, které však říká, že není nezbytné umisťovat zařízení prostřednictvím územního rozhodnutí.
29. Navrhovatel vesměs souhlasí se závěry Úřadu vycházejícími z vyjádření a odborných stanovisek a poukazuje na to, že zadavatel svůj názor, který je v rozporu s vyjádřeními zkušených vývojářů, ničím nepodepřel.
30. Co se týče požadavku zadavatele, aby mu technik vývoje aplikací již v rámci soutěžního dialogu doporučoval nejrůznější funkcionality aplikace, dle navrhovatele bezprostředně nesouvisí s předmětem veřejné zakázky, nýbrž s průběhem zadávacího řízení, a tudíž je ve smyslu § 50 odst. 3 zákona nepřipustný. Ani přítomnost technika vývoje aplikací BSS se zkušeností se systémem BSS v realizačním týmu dle navrhovatele „*nezaručuje zadavateli, že takový technik vývoje aplikací BSS bude přítomen při jednáních v rámci soutěžního dialogu, nebo že by zadavateli uvedené informace o funkcionalitách systémem sděloval*“.

31. Navrhovatel dále nesouhlasí s názorem zadavatele, že pokud byl shledán přiměřeným požadavek na zkušenost uchazeče se zakázkou o rozsahu 300 kol, musí být shledán přiměřeným i požadavek na zkušenost zaměstnance uchazeče se zakázkou obdobného rozsahu, jelikož takový požadavek kladený na zaměstnance je přísnější, než pokud je kladen pouze na uchazeče.
32. Navrhovatel upozorňuje na fakt, že „*technický kvalifikační předpoklad doložením tří významných služeb v uplynulých třech letech ze strany uchazeče nutně nepředpokládá poskytování takových významných služeb za užití aplikace BSS*“, neboť „*[z] definice významné služby obsažené na straně 8 kvalifikační dokumentace takový požadavek nevyplývá*“. Navrhovatel vypočítává situace, kdy uchazeč nesplní požadavky kladené na člena týmu, ačkoli má již s provozem BSS požadované zkušenosti.
33. Zadavatel měl dle slov navrhovatele provést průzkum trhu, dotázat se stavebních úřadů a jiných dotčených subjektů a na základě zjištěných informací teprve formulovat své požadavky, zvláště pokud jsou takto přísné.
34. Navrhovatel považuje rozklad zadavatele za nedůvodný a navrhuje zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. Stanovisko předsedy Úřadu

35. 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 napadené rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
36. Úřad tím, že ve výrocích I., II., V. a VI. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

K rozsahu přezkumu v řízení o rozkladu

37. Rozklad zadavatele směřuje pouze proti výrokům I., II., V. a VI. napadeného rozhodnutí.
38. Dle § 82 odst. 3 správního řádu v případě, že odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Uvedené ustanovení se dle § 152 odst. 4 správního řádu použije i na řízení o rozkladu, nevylučuje-li to povaha věci.
39. V šetřeném případě Úřad
 - výrokem I. napadeného rozhodnutí rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 56 odst. 5 písm. c) zákona tím, že nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu v čl. IV. bod 5) písm. b) bod iii. kvalifikační dokumentace s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky,

- výrokem II. napadeného rozhodnutí rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 56 odst. 5 písm. c) zákona tím, že nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky,
 - výrokem III. napadeného rozhodnutí rozhodl, že návrh navrhovatele se v části týkající se požadavku na stanicový systém podle čl. III. bod 1. kvalifikační dokumentace při vymezení předmětu plnění a v té souvislosti použitého soutěžního dialogu jako druhu zadávacího řízení veřejné zakázky podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá,
 - výrokem IV. napadeného rozhodnutí rozhodl, že návrh navrhovatele se v části týkající se oprávněnosti a přiměřenosti technického kvalifikačního předpokladu na doložení alespoň 3 významných služeb, jejichž předmětem je zajišťování komplexního provozu aktivního systému veřejného půjčování kol s minimálním počtem 300 kol podle čl. IV. bod 5) písm. a) bod iii. kvalifikační dokumentace veřejné zakázky podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá
 - výrokem V. napadeného rozhodnutí jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku,
 - výrokem VI. uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
40. Výroky III. a IV. (o zamítnutí návrhu v určité části) napadeného rozhodnutí nejsou závislé na jiných výrocích, mohou obstát samostatně a mohou také samostatně nabýt právní moci nebo naopak samostatně být napadeny rozkladem a přitom nijak neovlivnit osud ostatních výroků, což znamená, že případné napadení, resp. nenapadení dalších výroků neovlivňuje jejich osud. Netvoří tedy s výroky I., II., V. a VI. nedílný celek. Naplněna je i další podmínka § 82 odst. 3 správního řádu, neboť tím, že nenapadené výroky napadeného rozhodnutí nabydou samostatně právní moci, nemůže vzniknout újma některému z účastníků správního řízení, když žádný z účastníků správního řízení proti těmto výroky napadeného rozhodnutí rozkladem nebrojil. Na základě uvedeného tedy konstatuji, že výroky III. a IV. napadeného rozhodnutí, za splnění podmínek stanovených v ustanovení § 82 odst. 3 správního řádu, nabyly samostatně právní moci, neboť jde o výroky, které nebyly napadeny podaným rozkladem, současně jde o výroky, které lze oddělit od ostatních výroků, kterými se konstatuje rozpor jednání zadavatele se zákonem a nabytím právní moci nemůže být způsobena újma žádnému účastníku řízení, když žádný z účastníků řízení tyto výroky nenapadal. Výroky III. a IV. napadeného rozhodnutí tak nabyly právní moci marným uplynutím lhůty pro podání rozkladu, tedy dnem 31. 12. 2016.

VI. K námitkám rozkladu

Obecně o technických kvalifikačních předpokladech

41. Obecně k technickým kvalifikačním předpokladům uvádím, že při jejich formulaci se vždy střetává zájem na co největším otevření soutěže (co nejvíce dodavatelům) a současně zachování co největší jistoty, že poskytnuté plnění bude dostatečně kvalitní. Stejný názor sdílí i odborná literatura, která uvádí, že „[v] *zadávacím řízení se přitom z povahy věci střetávají dva protichůdné principy, totiž omezení dodavatelů, mezi nimiž může proběhnout soutěž o nejvhodnější nabídku, pouze na ty, kteří splňují kvalifikaci a u nichž je tak dán*

předpoklad kvalitního plnění v budoucnu, a na druhé straně obecný zájem na co nejširším zachování hospodářské soutěže (Podešva, V., Sommer, L., Votrubec, J., Flaškár, M., Harnach J., Měkota J., Janoušek, M. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2016, s. 31) (ačkoli citovaná literatura se bezprostředně týká zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, uvedené závěry lze bezpochyby vztáhnout i na zadávací řízení dle zákona, jelikož popisují jeden z obecných aspektů zadávacího řízení a v tomto ohledu nedošlo k žádné změně – pozn. předsedy Úřadu). Zadavatel má tedy technickými kvalifikačními předpoklady nastavit určitý limit, jehož naplnění určitým dodavatelem znamená, že daný dodavatel je pro plnění veřejné zakázky technicky zdatným a způsobilým partnerem (srov. PODEŠVA, V., OLÍK, M., JANOUŠEK, M., STRÁNSKÝ, J. Zákon o veřejných zakázkách: Komentář [Systém ASPI]. Wolters Kluwer) (komentované ustanovení: § 56 odst. 5 zákona). Z uvedeného vyplývá, že jakýkoli nadbytečný požadavek (tedy nikoli nutně nezbytný k řádnému splnění veřejné zakázky) na dodavatele je ve své podstatě nedůvodným omezením hospodářské soutěže, jak ostatně plyne i z další komentářové literatury: „[f]ormulace požadavků na technické kvalifikační předpoklady nesmí nikdy být využita jako prostředek k neoprávněné diskriminaci některých dodavatelů“ (Podešva, V., Olík, M., Janoušek, M., Stránský, J.. Zákon o veřejných zakázkách: komentář. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, s. 263). Pokud tedy zadavatel na dodavatele klade nadbytečné požadavky, jedná diskriminačně, jak uvedl např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 ze dne 5. 6. 2008, kde bylo judikováno, že „za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je „zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky“, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými“.

Obecně o soutěžním dialogu

42. Soutěžní dialog lze dle ustanovení § 24 odst. 1 zákona použít pouze pro zadání veřejných zakázek se zvláště složitým předmětem plnění. Zvláště složitý předmět plnění je přitom dle ustanovení § 24 odst. 2 zákona dán tehdy, pokud zadavatel není schopen přesně vymezit technické podmínky, nebo právní a finanční požadavky na plnění veřejné zakázky. Tento druh zadávacího řízení tedy do určité míry prolamuje obecnou zásadu platnou u ostatních druhů řízení, podle které je zadavatel povinen ještě před zahájením řízení podrobně specifikovat své požadavky, a vymezit tak předmět veřejné zakázky. Důvodová zpráva k § 24 zákona uvádí, že soutěžní dialog lze použít tehdy, pokud „zadavatelé nejsou schopni před zahájením zadávacího řízení dostatečně specifikovat předmět veřejné zakázky tak, aby byly naplněny veškeré podmínky pro použití jiných druhů zadávacího řízení“ a dále, že „[z]a veřejnou zakázku se zvláště složitým předmětem plnění je považována taková veřejná zakázka, kdy zadavatel nebude schopen přesně specifikovat technické podmínky **veškerého plnění nezbytného pro realizaci předmětu veřejné zakázky**“ [pozn. – zvýraznění provedeno předsedou řadu]. Z důvodové zprávy tedy plyne, že zadavatelé používají soutěžní dialog tehdy, nejsou-li schopni předmět veřejné zakázky specifikovat dostatečně přesně k tomu, aby mohli použít některý z běžných druhů zadávacího řízení. Nelze však dojít k závěru, že zadavatelé nejsou schopni v těchto případech předmět specifikovat vůbec – obvykle jde

pouze o určité aspekty předmětu plnění, protože zadavatel musí logicky na začátku zadávacího řízení poskytnout uchazečům jisté mantinely, ve kterých se pohybovat a hledat způsobilá řešení. Zadavatel totiž není v těchto případech schopen specifikovat podmínky veškerého plnění (nikoli „žádné podmínky plnění“) – jinými slovy podmínky určité části plnění zadavatel zpravidla schopen specifikovat je. Dle rozhodovací praxe Úřadu „[s]outěžní dialog je využíván v případech, kdy je sice zadavatel schopen identifikovat své potřeby a cíle, ale není schopen určit ideální způsob řešení k naplnění svých potřeb a cílů“ (rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S249/2012/VZ-8167/2013/550/HKu ze dne 3. 5. 2013). Platí, že zadavatel se teprve v rámci soutěžního dialogu snaží správné řešení ve spolupráci s uchazeči nalézt. Podstatu soutěžního dialogu velmi dobře vystihuje také komentářová literatura k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, kterou lze v tomto ohledu pro její obecnost rovněž vztáhnout i k nyní řešené věci (podstata soutěžního dialogu se v nové právní úpravě neměnila), jelikož uvádí následující: „Řízení se soutěžním dialogem je specifickým druhem zadávacího řízení, které má umožnit zadavatelům efektivně pořídit taková plnění, u nichž nejsou na počátku (při zahájení tohoto zadávacího řízení) schopni přesně specifikovat jejich předmět či jiné záležitosti s plněním související tak, aby byly naplněny veškeré podmínky pro použití jiných druhů zadávacího řízení.“ (Podešva, V., Sommer, L., Votrubec, J., Flaškár, M., Harnach J., Měkota J., Janoušek, M. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2016, s. 295) Zde je totiž opět zmíněn podstatný aspekt soutěžního dialogu: zadavatel není schopen předmět specifikovat natolik, aby byly naplněny veškeré podmínky pro použití jiných druhů zadávacího řízení. Není tedy pravdou, že zadavatel není schopen předmět specifikovat vůbec – pouze ho není schopen specifikovat natolik přesně, aby mohl provést jiný druh zadávacího řízení. Zadavatel tedy vždy na začátku soutěžního dialogu stanovuje jakési mantinely (alespoň částečné vymezení předmětu plnění), v jejichž rámci budou uchazeči nalézat řešení finální. Tento druh zadávacího řízení charakterizuje postupné snižování počtu řešení (případně postupný výběr z variant řešení), když zadavatel v průběhu zadávacího řízení projednává aspekty veřejné zakázky se zájemci (viz § 36 odst. 1 a 2) a může upravit podmínky podle výsledků jednání v soutěžním dialogu. V soutěžním dialogu by ovšem nemělo docházet k tomu, že si zadavatel na začátku zadávacího řízení stanoví určité řešení (nastaví jisté mantinely), ale výsledkem bude zcela jiné řešení (mimo stanovené mantinely se pohybující).

43. Dle § 36 odst. 3 zákona je zadavatel v průběhu soutěžního dialogu vázán mimo jiné zásadou transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona.

K výroku I. napadeného rozhodnutí

44. Zadavatel stanovil v bodu IV. 5) b) iii. kvalifikační dokumentace požadavek, aby měl zájemce k dispozici realizační tým skládající se mimo jiné z jednoho projektového manažera BSS a jednoho zástupce projektového manažera BSS, přičemž na tyto osoby jsou kladeny další požadavky. Zástupce projektového manažera BSS má být autorizovaným inženýrem či technikem v oboru pozemní stavby nebo technologická zařízení staveb ve smyslu autorizačního zákona, má mít minimálně 5 let praxe v oblasti inženýrských činností, zejména stavebního řízení a organizace stavby a doložení jeho praxe musí obsahovat výčet minimálně 3 staveb, u kterých bylo projednáno územní rozhodnutí i stavební povolení a byla minimálně zahájena výstavba.

45. Prvotně Úřad zkoumal, zda požadavek kladený na zástupce projektového manažera v podobě praxe s minimálně 3 stavbami, u kterých bylo projednáno územní rozhodnutí i stavební povolení a byla minimálně zahájena výstavba, odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Za účelem posouzení této otázky si Úřad vyžádal odborná vyjádření stavebních úřadů, na jejichž území mají být stanoviště pro kola umístěna. Předmětem dotazu Úřadu bylo, zda pro stanoviště pro kola bylo třeba žádat o stavební povolení či územní rozhodnutí, resp. zda umístění takových stanovišť pro kola by mohlo být předmětem územního řízení a řízení o vydání stavebního povolení. V žádostech Úřad mimo jiné uvedl specifikaci stojanů. Pro úplnost uvádím podstatnou část žádosti o odborné stanovisko:

*„Předmětem veřejné zakázky je vybudování systému veřejného půjčování kol v Praze. Podle kvalifikační dokumentace se předpokládá, že bude navržen tzv. stanicový systém, tj. kola bude možno vypůjčit a odstavovat pouze na jednotlivých stanovištích, kterých má být cca 100 až 120 na území několika městských částí hl. města Prahy. Jedním z typů uvažovaných stanovišť je **fixní (permanentní) stanoviště**, jež je pevně spojeno se zemí a je většinou ukotvené do betonových základů (předpokládá se **připojení na stávající elektrické a sdělovací inženýrské sítě**). Vzorové schéma stanoviště Vám pro ilustraci zasíláme v příloze. Dalším možným typem stanoviště je **modulární (přemístitelné) stanoviště** tvořené plošinou, jež je ukotvena do chodníku. Stanoviště by měla být umístěna na vybraných lokalitách hl. m. Prahy a konkrétních městských částí.*

*Pro potřeby uvedeného správního řízení se Úřad obrací na Váš odbor stavebního řádu s žádostí o posouzení, zda pro shora popsaná stanoviště pro kola (tj. fixní i modulární) by podle Vašeho odborného názoru a podle požadavků příslušných stavebních předpisů bylo třeba žádat o stavební povolení či územní rozhodnutí stavební úřad, resp. **zda umístění takových stanovišť pro kola by mohlo být předmětem územního řízení a řízení o vydání stavebního povolení**. Případně sdělte, jaká rozhodnutí/povolení/ohlášení/kladná stanoviska by umístění obou druhů stanic pro kola vyžadovalo.“*

[pozn. – zvýraznění provedena předsedou Úřadu]

Domnívám se, že Úřad postupoval zcela správně, když se rozhodl v této otázce vycházet z odborných stanovisek stavebních úřadů a rovněž se domnívám, že Úřad nepochybil ani při formulaci žádostí o tato stanoviska, neboť z nich jasně vyplývalo, co mají Úřady posuzovat a k tomuto posouzení jim byl poskytnut dostatek podkladů.

46. K námitce zadavatele, že vyjádření stavebních úřadů, o která Úřad opřel své rozhodnutí, mohou být považována pouze za předběžná, uvádím následující.
47. Zadavatel učinil součástí kvalifikační dokumentace studii proveditelnosti obsahující vzorové schéma stanoviště, o kterém uvedl, že „[t]ato příloha představuje předběžnou podobu technického řešení předmětu veřejné zakázky, která bude **upřesněna** [zvýraznění provedeno předsedou Úřadu] v rámci soutěžního dialogu a jejíž finální a závazná forma bude součástí zadávací dokumentace“. Vzhledem k tomu, že kvalifikační dokumentace počítá i s možností fixního stanoviště s připojením na stávající elektrické a sdělovací inženýrské sítě, je třeba i v rámci soutěžního dialogu vycházet ze zadavatelem nastavených parametrů, jak by měly být návrhy účastníkem soutěžního dialogu tvořeny, tedy že jsou v daném případě dány „mantinely“ jednotlivých návrhů. Jelikož jde o soutěžní dialog, je samozřejmé, že finální

podoba technického řešení bude zřejmá až na konci soutěžního dialogu, avšak v soutěžním dialogu by nemělo dojít k zásadnímu odchýlení od původních plánů zadavatele, soutěžní dialog by měl vést pouze k postupnému zpřesňování podoby budoucího řešení. Ostatně i v kvalifikační dokumentaci je uvedeno, že kvalifikační dokumentace „*spolu se všemi svými přílohami představuje soubor závazných dokumentů*“ a že „*[p]odáním písemné žádosti o účast v zadávacím řízení přijímá zájemce plně a bez výhrad zadávací podmínky*“. Tvrzení zadavatele, že je možné, že výsledné technické řešení předmětu veřejné zakázky bude ve zcela jiné podobě, než uvádí v kvalifikační dokumentaci, neodpovídá ani kvalifikační dokumentaci a jejím přílohám, ani veřejné zakázce, neboť z provedené studie vyplývá, že je jednáno o různých typech řešení tak, jak se vyskytují v jiných zemích. Z kvalifikační dokumentace sice neplyne, o čem bude přesně jednáno, ale z toho, jak je sestavena studie proveditelnosti (která je součástí kvalifikační dokumentace, a která byla zaslána stavebním úřadům jako příloha žádosti o odborné stanovisko) plyne, že se v rámci soutěžního dialogu bude (co se týče stanovišť pro kola) jednat o konkrétních, již známých řešeních stanovišť (byť se pravděpodobně finální řešení nemusí se schématem stanoviště uvedeným ve studii proveditelnosti ve všech rozměrech a detailech shodovat). Zadavatel nikde neuvádí (natož aby předložil jakýkoli relevantní důkaz), že výsledkem soutěžního dialogu může (nebo by mělo být) zcela nové inovativní technické řešení stanovišť, které se bude zásadně lišit od toho, jehož schéma se zadavatel rozhodl učinit součástí kvalifikační dokumentace (byť s poznámkou, že toto technické řešení bude upřesněno) a to natolik, že se zcela změní i posouzení tohoto záměru stavebními úřady.

48. Zadavatel je však při tomto postupu vázán mimo jiné zásadou transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona. Následná argumentace zadavatele, že finální podoba stanovišť může být natolik odlišná, že na rozdíl od předloženého schématu bude jeho realizace vyžadovat provedení stavebního řízení, vyvolává pochybnosti o transparentnosti jeho postupu, jelikož uchazeči již na základě toho, že součástí kvalifikační dokumentace byla poměrně určitá podoba stanovišť, s touto podobou stanovišť oprávněně pracují. Výše uvedeným však nijak nepolemizují se závěrem Úřadu učiněným v napadeném rozhodnutí, a sice že použití soutěžního dialogu pro šetřenou veřejnou zakázku bylo oprávněné. Je pravdou, že komplexní vybudování systému veřejného půjčování kol a jeho komplexní provozování je (zvláště s ohledem na dosavadní výjimečnost takovéto služby v České republice) se jeví natolik složitým plněním, že je zcela oprávněný přístup zadavatele hledat vhodná řešení až v průběhu soutěžního dialogu, avšak pokud se zadavatel rozhodne předložit určitý konkrétní popis jednoho z aspektů veřejné zakázky (podobu stojanů), lze předpokládat, že o tomto aspektu bude zadavatel vést jednání převážně v rámci již navrhnutých řešení, přičemž bude upřesňovat, které z nich je pro něj nejvhodnější. Nikoliv však to, že by přijal zcela jiné řešení. Nelze předpokládat, že by zadavatel při zpracování podmínek soutěžního dialogu vycházel ze zcela pro něj nevhodných návrhů, což by při jednání s uchazeči vedlo ke zcela odlišnému návrhu zadávací dokumentace, než jak byly mantinely jednání nastaveny při zahájení soutěžního dialogu. Zcela jistě se v šetřené veřejné zakázce najde mnoho aspektů, jejichž finální řešení je zatím poměrně neurčitě a předpokládá se jejich krystalizace až v průběhu soutěžního dialogu (zejména co se týče vyvíjené aplikace BSS), zdaleka však takto nejistými nemusí být veškeré součásti plnění veřejné zakázky.
49. Pokud tedy Úřad při formulaci otázky pro stavební úřady vyšel z kvalifikační dokumentace, postupoval správně a současně důvodně vycházel z technických specifikací předmětu plnění

veřejné zakázky, jak je stanovil sám zadavatel. Proto jsou stanoviska stavebních úřadů, vycházející z takového dotazu Úřadu pro věc relevantní.

50. K námitce zadavatele, že stavební úřady ve svých vyjádřeních zcela opomíjejí napojení stojanů na síť, uvádím následující.
51. Nelze dovodit, jak zadavatel k závěru o opomenutí zohlednit zapojení stojanů na síť (sítě elektrické energie a sdělovací inženýrské sítě) dospěl. Většina dotázaných stavebních úřadů sice ve svých stanoviscích tato napojení výslovně nezmiňuje (výjimkou jsou stanoviska Úřadu městské části Praha 4, Úřadu městské části Praha 5 a Úřadu městské části Praha 8), avšak stavební úřady byly dotázány, zda stojany na kola o určitých parametrech (v žádosti byly popsány 2 varianty stanovišť, a sice přemístitelné stanoviště tvořené plošinou, jež je ukotvena do chodníku, nebo stanoviště pevně spojené se zemí ukotvené do betonových základů, přičemž se předpokládá napojení na elektrické a sdělovací inženýrské sítě), které byly navíc doplněny schématem stanoviště, budou vyžadovat stavební povolení (přesná citace žádosti o stanovisko viz bod 45 odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu, aby z předložených stanovisek stavebních úřadů jasně vyplynulo, že se tyto zabývaly všemi aspekty položeného dotazu, nebylo třeba, aby ve stanovisku bylo výslovně zmíněno napojení na síť, stejně jako např. nebyl důvod zmiňovat „betonové základy“, jelikož stavební úřady měly situaci posoudit komplexně se zohledněním všech poskytnutých informací a parametrů. Že toto úřady učinily a nejspíš také správně, je doloženo i skutečností, že všechny úřady došly ke stejnému závěru (tedy k nepotřebnosti vedení stavebního řízení). Není důvod se domnívat, že úřady posouzení tohoto výslovně uvedeného aspektu opomněly. Žádost obsahovala i požadavek zapojení stojanů na síť a ze stanovisek stavebních úřadů neplyne, že by stavební úřady toto nezaznamenaly a nezohlednily.
52. K odkazu zadavatele na stanoviska dotčených úřadů, ze kterých má plynout, že pro umístění stanovišť (stojanů) bude nutné uskutečnit povolovací řízení o umístění zařízení podle stavebního zákona, ve kterém bude stavebnímu úřadu nutno předložit rozsah a obsah dokumentace záměru zpracovaný autorizovanou osobou dle autorizačního zákona, uvádím, že o povolovacím řízení se zmiňuje pouze stanovisko Úřadu městské části Praha 2 (když uvádí, že *„stanoviště ať fixní nebo modulární, by podléhala povolovacímu řízení a to buď opatření, nebo rozhodnutí o umístění zařízení“*), které zároveň uvádí, že samotná stanoviště by nevyžadovala stavební povolení ani ohlášení. Obdobně se vyjadřuje také stavební úřad městské části Praha 4, který ve svém stanovisku konstatuje následující: *„K věci lze pouze uvést, že energetické přípojky (v žádosti uvedeno elektrické), stejně tak i nadzemní či podzemní komunikační vedení sítí elektronických komunikací (v žádosti uvedeno sdělovací inženýrské sítě) dle ust. § 103 odst. 1 stavebního zákona nevyžadují stavební povolení ani ohlášení, avšak v souladu s ust. § 76 a 79 stavebního zákona vyžadují pravomocné územní rozhodnutí, při splnění požadavků ust. § 96 stavebního zákona pro ně postačí územní souhlas.“*
53. Právě nepotřebnost stavebního povolení je stěžejní skutečností pro posouzení oprávněnosti daného kvalifikačního požadavku. I pokud z vyjádření jednoho stavebního úřadu lze dovodit, že vypracováním jednoho z dokladů, které je třeba doložit, je nutno pověřit autorizovanou osobu, nelze z uvedeného vyvozovat, že zadavatelem stanovený požadavek na zkušenost se třemi stavebními řízeními byl oprávněný.

54. Z uvedeného plyne, že stavební úřady napojení stojanů na síť zohlednily a i při tomto zohlednění došly k závěru, že stojany nebudou vyžadovat stavební povolení. Z tohoto důvodu shledávám i tuto námitku zadavatele nedůvodnou.
55. K námitce zadavatele, že stavební úřady si o stanovištích pro kola učinily různou představu, uvádím následující.
56. Všechny dotázané stavební úřady vycházely ze stejných podkladů. Od Úřadu obdržely žádosti o odborné stanovisko zcela shodného znění, jehož podstatnou jsem citoval v bodu 45 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Přílohou těchto žádostí byla vždy část kvalifikační dokumentace (zahrnující informace o předmětu veřejné zakázky), vymezení rozsahu záměru (v podobě mapky) a vzorové schéma stanoviště (oba posledně jmenované dokumenty ze studie proveditelnosti provedené Českým vysokým učením technickým v Praze). Všechny úřady tak posuzovaly tutéž stavební konstrukci. I přesto, že stavební úřady kvalifikovaly samotné stojany na kola různě, bez výjimky všechny stavební úřady dospěly ke stejnému závěru, a sice že vlastní stanoviště nebude vyžadovat vydání stavebního povolení. Některé stavební úřady ve svých stanoviscích navíc uvedly, že bude nutné získání územního souhlasu. Není tedy pravdou, že by si jednotlivé úřady učinily o stanovištích libovolnou představu – všechny vycházely ze stejných informací a co se týče nutnosti provedení stavebního řízení dospěly ke stejnému závěru.
57. Z výše uvedených důvodů shledávám námitku zadavatele brojící proti stanoviskům stavebních úřadů nedůvodnou.
58. K námitce zadavatele, že pokud má být zástupcem projektového manažera BSS autorizovaná osoba dle autorizačního zákona (jelikož vybraný uchazeč má zajišťovat i vypracování nebo koordinaci vypracování dokumentace zpracované autorizovanou osobou dle autorizačního zákona), tak nezbytně půjde o osobu, která ve své praxi opakovaně vystupovala za stavebníka ve stavebních (povolovacích) řízeních dle stavebního zákona, jelikož v podstatě každý autorizovaný inženýr nebo technik v oboru pozemní stavby nebo technologická zařízení staveb má zkušenosti se stavebním řízením, když v rámci inženýringu připravoval vypracování dokumentace záměru pro povolovací řízení, uvádím následující.
59. V první řadě je třeba uvést, že zadavatel vychází z mylného předpokladu, že Úřad aproboval požadavek zadavatele, aby zástupcem projektového manažera BSS byla autorizovaná osoba dle autorizačního zákona. Tak tomu ovšem není. Jak je uvedeno v bodu 110 odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad se touto podmínkou již blíže nezabýval, jelikož „*další šetření učiněné v tomto směru by nemohlo mít žádný vliv na výsledek správního řízení*“. Nelze tedy vycházet z předpokladu, že požadavek na zkušenost se 3 stavebními řízeními je hodnocen jako přiměřený, jelikož každá autorizovaná osoba tyto zkušenosti má, když Úřad (z důvodu procesní ekonomie) nijak nehodnotil přiměřenost požadavku zadavatele, aby zástupcem projektového manažera BSS byla autorizovaná osoba dle autorizačního zákona.
60. Na základě výše uvedeného shledávám námitku zadavatele, že požadavek na zkušenost se 3 stavebními řízeními se fakticky shoduje s požadavkem, aby zástupcem projektového manažera BSS byla autorizovaná osoba dle autorizačního zákona, a tím pádem nejde o požadavek neodpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, nedůvodnou.

61. K námitce zadavatele, že nemůže dopředu vylučovat, že na základě soutěžního dialogu vybrané parametry konečného řešení nebudou provedení stavebního vyžadovat, a tím pádem je požadavek kladený na zástupce projektového manažera BSS v podobě zkušenosti se 3 stavebními řízeními oprávněný, uvádím následující.
62. Zadavatel je oprávněn v rámci kvalifikačních předpokladů požadovat jen takovou kvalifikaci, která není ve vztahu k předmětu veřejné zakázky pouze okrajová a je poměrně jisté, že při realizaci veřejné zakázky bude požadovaná kvalifikace člena týmu skutečně využita, jelikož každý požadavek na kvalifikaci v podstatě omezuje soutěžní prostředí a je tedy nutné klást na uchazeče (zájemce) pouze takové požadavky, které případný okruh zájemců o veřejnou zakázku omezí oprávněně, neboť u osoby bez takové kvalifikace by nebylo možno zaručit řádné a kvalifikované splnění veřejné zakázky. Pouze takovýmto oprávněným požadavkem lze ospravedlnit omezení soutěže na menší počet možných uchazečů, zatímco každý jiný (nadbytečný) požadavek již znamená nedůvodné omezení hospodářské soutěže (viz bod 41 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
63. Kdyby se tedy zadavatel chtěl pro jistotu určitým způsobem pojistit pro situace, které „nemůže dopředu vylučovat“, dovedeno ad absurdum by mohl také požadovat, aby členové týmu byli např. osobami oprávněnými k provádění vodoprávního řízení, k řízení o povolení činnosti v dobývacím prostoru, nebo osobami oprávněnými provádět záchranný archeologický výzkum, jelikož by zadavatel mohl tvrdit, že nemůže vyloučit potenciální možnost, že při realizaci předmětu veřejné zakázky vyvstane potřeba řešit např. objev archeologického naleziště.
64. V neposlední řadě dodávám, že považuji za příléhavé i závěry Úřadu uvedené v bodu 108 odůvodnění napadeného rozhodnutí, a sice že nepůsobí logicky argument zadavatele, že zástupce projektového manažera musí být autorizovanou osobou a mít zkušenost se 3 stavebními řízeními, aby mohl plně projektového manažera zastupovat, když v požadavcích na projektového manažera se požadavek na to, aby byl autorizovanou osobou, a měl zkušenost se 3 stavebními řízeními, vůbec neobjevuje.
65. Musím tedy konstatovat, že Úřad posoudil správně, že zadavatelův požadavek pro člena realizačního týmu dodavatele na pozici zástupce projektového manažera bikesharingu (mít zkušenost se 3 stavebními řízeními) neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Zcela se ztotožňuji se závěrem Úřadu uvedeným v bodu 106 odůvodnění napadeného rozhodnutí, který dle mého dobře vystihuje podstatu řešeného problému - Úřad shledal, že šetřená veřejná zakázka je zakázkou na služby, která „*souvisí se stavební oblastí pouze v tom, že bude nutno zajistit nějaký druh povolení pro umístění cca 100 stanovišť pro kola*“.
66. Z výše uvedených důvodů shledávám i námitku zadavatele nedůvodnou.
K výroku II. napadeného rozhodnutí
67. Zadavatel stanovil v bodu IV. 5) b) iii. kvalifikační dokumentace požadavek, aby měl zájemce k dispozici realizační tým skládající se mimo jiné z jednoho technika vývoje aplikací BSS, přičemž na tuto osobu je mimo jiné kladen požadavek, aby měla zkušenost s pozicí technika vývoje aplikací BSS nebo obdobnou pozicí u alespoň 1 projektu BSS, který odpovídá významné veřejné zakázce obdobného charakteru (přičemž významnou zakázkou se rozumí

zajišťování komplexního provozu aktivního systému veřejného půjčování kol typu BSS s minimálním počtem kol 300), a který byl realizován v posledních 10 letech.

68. Předmětem přezkumu Úřadu tedy bylo, zda tento požadavek zadavatele odpovídá druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. Za tímto účelem si Úřad vyžádal stanoviska od společností zabývajících se vývojem elektronických aplikací. Úřad se dotazoval, zda pro vývoj aplikace je důležitý charakter zapojených jednotek (objektů), tj. zda je rozdíl mezi tvorbou aplikace pro půjčování jízdních kol a vývojem aplikace např. pro půjčování automobilů, segwayů, lyží atd. Druhý dotaz Úřadu směřoval ke zjištění, zda může být vývoj aplikace ovlivněn množstvím objektů/jednotek zapojených do systému (zda je např. rozdíl mezi vývojem aplikace pro 40 jednotek a pro 300 jednotek). Tímto se Úřad snažil zjistit, zda je pro vývoj aplikace BSS až o 1000 kolech nutná zkušenost přímo s aplikací BSS (a nepostačuje zkušenost např. s půjčováním aut), tedy zda vývoj aplikace ovlivňuje charakter jednotek, a zda je nutná zkušenost s aplikací BSS, do kterých je zapojených min. 300 jednotek (kol). Zároveň Úřad zohlednil vyjádření několika osob z oblasti vývoje aplikací, která navrhovatel připojil ke svému vyjádření z 9. 12. 2016 (jak Úřad uvedl v bodu 125 odůvodnění napadeného rozhodnutí, tyto *„odpovědi vývojářů jako důkaz připustil, neboť jak uvedl navrhovatel, s ohledem na odpovědi některých subjektů se domnívá, že dotaz Úřadu na vývojáře mohl být špatně pochopen, proto se dotázal některých vývojářů sám“*. Nicméně z vyjádření subjektů dotázaných jak Úřadem, tak navrhovatelem vyplynuly stejné závěry, a sice že vývojáři se nespécializují na typy aplikací, nýbrž na platformy, charakter zapojených jednotek tak není pro vývoj aplikace podstatný (tudíž není podstatná praxe ve vývoji aplikací pro půjčování kol), a že vývoj aplikace v podstatě není ovlivněn počtem jednotek.
69. K námitce zadavatele, že ani jeden z Úřadem oslovených vývojářů aplikací nemá jakoukoliv předchozí zkušenost s vývojem aplikace pro BSS a nemůže tak adekvátně zhodnotit, jaký je potenciální rozdíl mezi vývojem například finanční aplikace a aplikace pro úspěšný provoz BSS, uvádím následující.
70. Považuji za zcela správné, že závěry Úřadu v tomto ohledu vycházejí především z informací získaných od vývojářů aplikací, neboť jde o odborné otázky, avšak nejde o informaci takového rázu, aby bylo nutno ve věci ustanovovat znalce, jelikož jak plyne z vyjádření oslovených subjektů, o řešené otázce panuje v oboru shoda. Na podporu zde uvedeného lze citovat vyjádření
- společnosti Ackee, s.r.o. ze dne 8. 11. 2016, kde se uvádí, že *„[r]ozdíl mezi tvorbou aplikace pro půjčovnu kol, restauraci, banku nebo půjčování kol není žádný“*,
 - společnosti T-Mobile Czech Republic a.s., kde se uvádí, že *„[p]okud jednotky komunikují stejným protokolem a v rámci komunikace využívají datové typy o přibližně stejném počtu atributů a totožných datových typů, vliv by měl být minimální“*,
 - společnosti STRV, s.r.o., kde se uvádí, že *„[p]ro vytvoření kvalitní a stabilní bikesharingové aplikace [...] není nezbytná zkušenost z tvorby aplikace stejného záměru, tj. bikesharingu, plně dostačují dovednosti získané tvorbou jiných aplikací“*,

- společnosti CLEEVIO, s.r.o. ze dne 8. 12. 2016, kde se uvádí, že *[j]de o to [sic!] zda máte zkušenost s vývojem mobilních aplikací a pokud ano můžete realizovat téměř jakoukoli aplikaci*“,
- Jiřího Štěpána, člena představenstva Etnetera a.s., kde se uvádí, že *„je doménová znalost na úrovni vývojáře zcela irelevantní“* a že *„vývojář má být specializovaný na platformy, konzultanti pak mají specializaci na danou doménu“*,
- a
- Ondřeje Krátkého provozujícího aplikaci Liftago, kde se uvádí, že *„plně dostačují dovednosti získané tvorbou jiných aplikací spolu s nezbytnou součinností klienta“*.

71. Zadavatel sice se závěry oslovených subjektů polemizuje, ale svůj odlišný postoj nedokládá žádnými důkazy či závěry odborných subjektů, které by uvedené vyvrátily.
72. Jak plyne z vyjádření odborných subjektů, vývojáři aplikací se nespécializují na typ aplikací, nýbrž na platformy (typy pracovního prostředí či technických prostředků sloužících jako základ pro další vývoj). Na základě výše uvedených vyjádření se tedy neztotožňují s argumentem zadavatele, že by oslovené podnikatelské subjekty zabývající se vývojem aplikací kvůli absenci jakékoli přechodí zkušenosti s vývojem aplikace pro BSS nemohly adekvátně zhodnotit, jaký je potenciální rozdíl mezi vývojem například finanční aplikace a aplikace pro úspěšný provoz BSS. Vzhledem k tomu, že vývojáři elektronických aplikací se shodli, že dostačují zkušenosti získané tvorbou jiných aplikací a zkušený vývojář dokáže realizovat téměř jakoukoli aplikaci, nedomnívám se, že bikesharingová aplikace je naprosto speciální kategorií, jejíž vývoj by byl zásadně odlišný od aplikace jiného druhu.
73. Z výše uvedených důvodů považuji tuto námitku zadavatele za nedůvodnou.
74. K námitce zadavatele, že u člena týmu, který bude technikem vývoje aplikací, požaduje předchozí zkušenost s vývojem aplikací BSS, aby již v rámci soutěžního dialogu zadavateli mohl poskytovat doporučení týkající se funkcionalit aplikace, a technik bez předchozí zkušenosti s BSS taková doporučení není schopen poskytnout, uvádím následující.
75. V první řadě považuji za nutné odkázat na ustanovení § 82 odst. 4 správního řádu (ve spojení s ustanovením § 152 odst. 4 správního řádu, které stanoví, že nevylučuje-li ji povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání), dle kterého k novým skutečnostem a k návrhům na provedení nových důkazů, uvedeným v odvolání nebo v průběhu odvolacího řízení, se přihlédne jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti nebo důkazy, které účastník nemohl uplatnit dříve. Úřad posuzoval oprávněnost požadavků zadavatele na členy týmu mimo jiné na základě zdůvodnění zadavatele, kterými se zadavatel snažil tyto své požadavky ospravedlnit. V rozhodnutí o námitkách ze dne 22. 9. 2016 ani z vyjádření zadavatele k návrhu však argument, že u technika vývoje aplikací je nutná předchozí zkušenost s vývojem aplikací BSS právě proto, aby tento již v rámci soutěžního dialogu zadavateli mohl poskytovat doporučení týkající se funkcionalit aplikace, obsažen není (k podkladům pro vydání napadeného rozhodnutí se zadavatel nevyjádřil). Tuto argumentaci zadavatel přináší až v rozkladu. Podle ustanovení § 82 odst. 4 správního řádu ve spojení s ustanovením § 152 odst. 4 správního řádu tedy nejde o námitku, která by byla způsobilá být rozkladovou námitkou.

76. Nad rámec výše uvedeného podotýkám, že z povahy soutěžního dialogu vyplývá, že zájemci, kteří jsou odborníky v oboru, pomáhají zadavateli přesně nadefinovat, jak má přesně vypadat jím požadované plnění, jelikož u zvláště složitých předmětů plnění není zadavatel objektivně schopen přesně vymezit např. technické podmínky veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, jak bylo prokázáno výše, se vývoj mobilní aplikace pro BSS nijak zásadně neodlišuje od jakékoli jiné mobilní aplikace (respektive jejich vývoje), není důvod se domnívat, že vývojář technik vývoje aplikací, který sice nemá zkušenosti s vývojem aplikací přímo pro BSS, ale má zkušenosti s vývojem jiných aplikací, nebude schopen zadavateli požadovaná doporučení rovněž poskytnout, zvláště uvážíme-li, že zájemci o veřejnou zakázku se do soutěžního dialogu obvykle hlásí již s jakýmsi vlastním návrhem řešení veřejné zakázky.
77. K námitce zadavatele, že počet jednotek je rozhodující pro návrh architektury aplikace, uvádím, že závěr Úřadu o irelevanci počtu jednotek obsluhovaných aplikací vychází z vyjádření subjektů zabývajících se vývojem elektronických aplikací. Dotázané subjekty uvedly následující:
- Společnost Pixelmate, s.r.o. ve svém vyjádření ze dne 4. 11. 2016 uvedla, že *„[s]amotný vývoj by ovlivněn počtem jednotek být neměl, ale s narůstajícím počtem jednotek bude narůstat požadavek na výkon serveru, který bude zpracovávat data“*.
 - Společnost Ackee, s.r.o. ve svém vyjádření ze dne 8. 11. 2016 uvedla, že *„[a]plikace by měla být navržena tak, aby zvládal obsloužit jak 10 jednotek tak 1000“*.
 - Společnost T-Mobile Czech Republic, a.s. ve svém vyjádření ze dne 9. 11. 2016 uvedla následující: *„V případě, že všechny jednotky komunikují s jedním serverem, hraje počet jednotek roli v návrhu architektury. Problém by neměl nastat v případech s rozdílem počtu 40 a 300. V tomto případě lze použít stejný architektonický návrh. Požadavek rozdílného řešení je ale vhodné zvážit při řešení pro 2000 jednotek a více, případně při rozdílu 3 a 300.“*
78. Všechny dotázané subjekty se shodly na tom, že počet jednotek není pro návrh aplikace rozhodující (přičemž jeden ze subjektů uvedl, že počet jednotek hraje roli v návrhu architektury aplikace, ale rozdílný návrh je potřeba, až když se počty zapojených jednotek liší alespoň o 2 řády).
79. Jelikož i v tomto případě zadavatel pouze opakuje svůj názor, že počet jednotek je (pro návrh architektury aplikace) podstatný, aniž by ho podložil jakýmkoli relevantními důkazy, neshledávám důvod pro změnu posouzení daného problému.
80. Nadto uvádím, že úvahy o počtu jednotek de facto nemají velkou relevanci, jelikož pokud již byl požadavek na samotnou zkušenost s vývojem BSS aplikací jako nepřiměřený, tím spíše (při použití argumentu a minori ad maius) nemůže obstát ani požadavek zadavatele na zkušenost s vývojem BSS aplikací o určitém minimálním počtu jednotek.
81. Z výše uvedených důvodů shledávám proto tuto námitku zadavatele nedůvodnou.
82. K námitce zadavatele, že působí nelogicky, že Úřad považuje kvalifikační požadavek na zkušenost s vývojem aplikace BSS pro alespoň 300 kol u technika vývoje aplikací BSS za diskriminační, když Úřad zároveň potvrdil, že požadavek na uchazeče, aby mohl prokázat 3 významné služby na zajištění komplexního provozu aktivního systému veřejného půjčování kol s minimálním počtem 300 kol, uvádím následující.

83. Určitý požadavek kladený na jednotlivého zaměstnance je v každém případě přísnější, než tentýž požadavek kladený na uchazeče. Nelze automaticky předpokládat, že každý uchazeč, který požadavek na danou referenci splní, má ve svém týmu zaměstnance, který daný požadavek rovněž splní. Může se např. stát, že v týmu uchazeče došlo k personálním obměnám, např. je možné, že pro uchazeče pracoval vývojář, který sice navrhl vysoce funkční aplikaci BSS umožňující zapojení např. až 1000 jednotek, avšak spolupráci s uchazečem ukončil dříve, než bylo tohoto počtu jednotek v aktivním používání reálně dosaženo (např. v provozu bylo zatím pouze 100 kol), nebo uchazeč (zájemce) sice disponuje zaměstnancem – vývojářem obsluhujícím systém o požadovaném počtu jednotek, který však daný zaměstnanec sám nevyvíjel. U uchazeče by tak byl splněn požadavek na zkušenost jak s vývojem, tak s provozem aplikace dané velikosti, u zaměstnance však ne.

84. Z těchto důvodů shledávám námitku zadavatele nedůvodnou.

K tvrzení diskriminačního nastavení kvalifikačních předpokladů

85. K tvrzení zadavatele, že si je vědom, že při nastavení kvalifikačních předpokladů musí postupovat tak, aby se nedopustil skryté diskriminace tím, že by svým postupem při nastavení kvalifikačních předpokladů znemožnil některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, uvádím, že z výše uvedeného plyne opak – jakkoli si zadavatel je vědom, že musí postupovat tak, aby se nedopustil skryté diskriminace, v šetřeném případě se (jak bylo vysvětleno výše) skryté diskriminace dopustil, když nastavil technické kvalifikační předpoklady zjevně nepřiměřeně ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky (tím, že nevymezil minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky). Uvedené tvrzení zadavatele nemá pro posouzení rozkladu žádnou právní relevanci.

VII. Závěr

86. Po zvážení všech aspektů dané věci, po zohlednění námitek zadavatele, na základě zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí.

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

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. Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 – Nové Město,
2. Frank Bold advokáti, s.r.o Údolní 33, 602 00 Brno

Vypraveno dne:

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