



UOHSX00BCNGI

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0070/2018/VZ-20411/2018/322/JSu

Brno 11. července 2018

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 4. 5. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **Mikroelektronika spol. s r.o.**, IČO 15029221, se sídlem Dráby 849, 566 01 Vysoké Mýto – Litomyšlské předměstí, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 16. 2. 2018 Mgr. Anetou Novotnou, advokátkou, ev. č. ČAK 15963, společnicí obchodní společnosti Advokátní kancelář Mačka & Novotná, v.o.s., IČO 04236939, se sídlem Husova 774, 562 01 Ústí nad Orlicí,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20. 4. 2018, č. j. ÚOHS-S0068/2018/VZ-11866/2018/512/AKp vydanému ve správním řízení ve věci přezkumu úkonů zadavatele –

- **KORDIS JMK, a.s.**, IČO 26298465, se sídlem Nové sady 946/30, 602 00 Brno – Staré Brno, učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Elektronické odbavování cestujících – fáze 1: Modernizace odbavovacích zařízení v regionálních autobusech**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 25. 9. 2017 a uveřejněno dne 29. 9. 2017 pod ev. číslem Z2017-026560, ve znění oprav ze dne 29. 1. 2018 a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 25. 9. 2017 a uveřejněno dne 29. 9. 2017 pod ev. číslem 2017/S 187-382427, ve znění oprav ze dne 31. 1. 2018,

jsem podle § 152 odst. 6 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 § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20. 4. 2018, č. j. ÚOHS-S0068/2018/VZ-11866/2018/512/AKp

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – KORDIS JMK, a.s., IČO 26298465, se sídlem Nové sady 946/30, 602 00 Brno – Staré Brno (dále jako „**zadavatel**“) – odeslal dne 25. 9. 2017 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, čímž bylo podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“¹) zahájeno zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Elektronické odbavování cestujících – fáze 1: Modernizace odbavovacích zařízení v regionálních autobusech“ v otevřeném řízení, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 29. 9. 2017 pod ev. číslem Z2017-026560, ve znění oprav ze dne 29. 1. 2018 a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno k uveřejnění dne 25. 9. 2017 a uveřejněno dne 29. 9. 2017 pod ev. číslem 2017/S 187-382472, ve znění oprav ze dne 31. 1. 2018 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Dle článku 3.3 zadávací dokumentace je předmětem veřejné zakázky „*dodání elektronického odbavovacího a informačního systému pro vozidla v integrovaném dopravním systému Jihomoravského kraje (...). Předmět zakázky zahrnuje mj.:*
 - a. *výrobu a doování 1000 ks palubních počítačů včetně elektronického odbavovacího a informačního systému pro vozidla dále jednotlivě také „Palubní počítač“ nebo „PP OIS“ nebo souhrnně též „Palubní počítače“;*
 - b. *dodání a instalace hardware a software pracoviště Objednatele (Back Office) včetně dodání a instalace zkušebního pracoviště (souhrnně dále také „Vybavení řídicího centra“);*
 - c. *zaškolení odborných pracovníků Objednatele a odborných zástupců dopravců pro řádné provedení instalace Palubních počítačů do jednotlivých vozidel a pro jejich následné řádné užívání a údržbu („Školení“);*

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

d. *provozní podporu v rozsahu (15) patnácti hodin ročně po dobu (5) pěti let od dodání příslušných částí Předmětu smlouvy dle čl. 3.5 Smlouvy a to v pracovní dny od 7:00 do 15:00 hod. Provozní podpora bude určena především pro potřeby zavádění nových tarifů, linek a podobně.“*

3. Dne 26. 1. 2018 obdržel zadavatel námitky proti zadávacím podmínkám od navrhovatele – Mikroelektronika spol. s r.o., IČO 15029221, se sídlem Dráby 849, 566 01 Vysoké Mýto – Litomyšlské Předměstí, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 16. 2. 2018 Mgr. Anetou Novotnou, advokátkou, ev. č. ČAK 15963, společnicí obchodní společnosti Advokátní kancelář Maška & Novotná, v.o.s., IČO 04236939, se sídlem Husova 774, 562 01 Ústí nad Orlicí (dále jako „**navrhovatel**“). Rozhodnutím ze dne 9. 2. 2018 zadavatel námitky navrhovatele odmítl.
4. Dne 19. 2. 2018 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) od navrhovatele návrh ze dne 16. 2. 2018 na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.

II. **Napadené rozhodnutí**

5. Dne 20. 4. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0068/2018/VZ-11866/2018/512/AKp (dále jako „**napadené rozhodnutí**“), kterým zamítl návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona, neboť zde nebyly dány důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona.
6. Úřad v odůvodnění napadené rozhodnutí uvádí, že tím jak zadavatel specifikoval podmínky předmětu plnění veřejné zakázky (odbavovací zařízení a čtečky bankovních karet), nepostupoval v rozporu se zásadou zákazu diskriminace ve smyslu § 6 odst. 1 zákona, neboť existují prokazatelně alespoň 3 čtečky bankovních karet od 3 různých výrobců, které splňují zadavatelem vymezené podmínky, tedy provozní teplotu od -20°C do + 70°C, mají průlomovou odolnost IK 10, a disponují certifikací PCI PTS 4.x.
7. Úřad dále dovodil, že zadavatel stanovením požadavku na elektronický spínač napájení jednotlivých prvků systému včetně elektronické pojistky a měření proudů a napětí jednotlivých větví a zároveň na zákaz použití mechanických relé pro uvedené spínání nepostupoval v rozporu se zásadou zákazu diskriminace ve smyslu § 6 odst. 1 zákona, neboť zadavatel v daném případě specifikoval technické řešení, které má být použito, a nikoliv konkrétní výrobek. Dle Úřadu je totiž vysoce nepravděpodobné, že by na trhu působil pouze jeden dodavatel, který by uvedené technické řešení nabízel.
8. Ve vztahu k návrhu navrhovatele na provedení důkazu znaleckým posudkem uvedl Úřad, že takového znaleckého posudku není zapotřebí, jelikož ze správního spisu lze zjistit skutkový stav věci do takové míry, že o něm nejsou důvodné pochybnosti.
9. Dále se Úřad vyjádřil k námitkám navrhovatele, kterými tento poukazuje na nedostatečné vymezení předmětu plnění veřejné zakázky a tak i porušení zásady transparentnosti ve smyslu § 6 odst. 1 zákona postupem zadavatele. Dle Úřadu z gramatického výkladu zadávacích podmínek, konkrétně pak bodů 14. a 15. přílohy č. 4 zadávací dokumentace, plynou zcela jasné, konkrétní a srozumitelné informace o tom, jaké hodnoty budou v rámci předvedení funkcionality prototypu palubního počítače včetně elektronického odbavovacího a informačního systému pro vozidla (dále jako „**PP OIS**“) měřeny. Měřena bude klidová

hodnota odběru proudu PP OIS ve standby režimu, kdy tato hodnota bude měřena v mA (miliampér) a jmenovitý proud v klidové hodnotě odběru PP OIS v A (ampér). Z článku 5.2 přílohy č. 1 zadávací dokumentace (stejně jako z vysvětlení zadávací dokumentace č. 8 ze dne 15. 1. 2018) pak plyne, že doba náběhu PP OIS od zapnutí napájení k provoznímu režimu bude posuzována až ve fázi předvedení prvního funkčního kusu předmětu plnění dle smlouvy. Úřad se tedy neztotožnil s názorem navrhovatele, že by uvedené požadavky byly rozporné, s ohledem na to, že jde o požadavky, které se netýkají téhož. První dva zmíněné požadavky se týkají prototypu, zatímco poslední požadavek se týká prvního funkčního kusu požadovaného plnění. Dle Úřadu tak uvedená podmínka nebyla zadavatelem stanovena v rozporu se zákonem.

10. Dále se Úřad vyjádřil k námitkám navrhovatele proti požadavku zadavatele na kovovou zásuvku na peníze, konkrétně jde o požadavek dle článku 5.1 přílohy č. 1 zadávací dokumentace – Technická část na dodání kovové zásuvky na peníze. Dle Úřadu jsou sice požadavky zadavatele vymezeny stručně, nicméně jasně a dostatečně do té míry, aby podle nich byli dodavatelé schopni uvedené zásuvky vyrobit a dodat. Úřad dále poukazuje na rozpornost tvrzení navrhovatele, kdy tento na jednu stranu tvrdí, že není jasné, jak má být kovová zásuvka navržena, vyrobena a zahrnuta do nabídkové ceny, dále ovšem tvrdí, že může dojít k dodání nekvalitních kovových zásuvek. Úřad k tomuto udává, že posouzení míry kvality plnění, které zadavatel obdrží, nespadá do věcné působnosti Úřadu, a tedy že toto nemůže posuzovat. Úřad může posoudit to, zda zadavatel postupuje v souladu se zákonem, kdy ve vztahu k tomuto Úřad v napadeném rozhodnutí uvádí, že ve vztahu k požadavkům na kovovou zásuvku na peníze nespátřuje v postupu zadavatele rozpor se zákonem.
11. Navrhovatel k dané věci dále namítal, že jednotliví dodavatelé neobdrželi od zadavatele dostatečné informace, které by mohli promítnout do nabídkové ceny. Dle navrhovatele jde konkrétně o informace o počtu vozidel výrobce SOR, pro které je dělená varianta předmětu plnění vhodnější. Dále navrhovatel také uvedl, že „*v konečné fázi může jít o stovky držáků, kde jejich cenu bude následně uchazeč volit dle svého uvážení.*“ Úřad k této námitce uvedl, že ze zadávací dokumentace neplyne, že by držáky byly v rámci předmětné veřejné zakázky vůbec poptávány. Úřad dodává, že zadavatel v článku 5.1 přílohy č. 1 zadávací dokumentace požadoval pouze možnost upevnění, z čehož ovšem nelze dovodit, že by součástí předmětu plnění veřejné zakázky měly být i držáky určené pro dělenou variantu PP OIS. Úřad také poukazuje na to, že zadavatel ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 8 ze dne 15. 1. 2018 přímo uvedl, že „*[s]oučástí zakázky na PP OIS nebude žádný specifický držák pro vozidla SOR či jiná vozidla. Vystane-li potřeba speciálních držáků v průběhu instalace PP OIS do vozidel, budou tyto držáky řešeny individuálně po dohodě s provozovateli/dopravci.*“ Dle Úřadu tak navrhovatel nepotřebuje znát počet vozidel SOR, aby mohl předmět veřejné zakázky realizovat. Totéž uvedl Úřad i ve vztahu k tvrzení navrhovatele, že při neznalosti počtu vozidel SOR, nemohou dodavatelé zanechat délky kabelů, které jsou zapotřebí při dodání dělené varianty PP OIS, do nabídkových cen. Úřad opětovně poukázal na to, že předmětem plnění je dodávka 1000 ks PP OIS, buď v kompaktní variantě, nebo variantě dělené, kdy u dělené varianty je nutné, aby spojovací kabely byly minimálně 1.2 m dlouhé. Dle Úřadu tak měli dodavatelé k dispozici veškeré podklady potřebné pro zpracování nabídkových cen.

III. Rozklad navrhovatele

12. Dne 4. 5. 2018 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 20. 4. 2018. Navrhovatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

13. Navrhovatel v rozkladu předně nesouhlasí se závěrem Úřadu ohledně toho, že odlišné požadavky na odbavovací zařízení a čtečku karet (které spolu tvoří funkční celek) jsou odůvodněný požadavek zadavatele, protože pokud jsou výše uvedené komponenty odděleny, mohou být vystaveny jiným tlakům a jiným teplotám. Navrhovatel poukazuje na to, že zadavatel nemůže odlišné technické specifikace čtečky karet jakkoliv využít.
14. Navrhovatel dále poukazuje na to, že Úřad nevěnoval pozornost tvrzení navrhovatele, dle kterého není systém certifikace čteček karet nastaven tak, že by jedna verze certifikace musela být nahrazena novější verzí, ani tak, že by čtečka karet se starou certifikací musela být stažena z trhu. Dle navrhovatele se tak nelze spokojit s lichým odůvodněním zadavatele, že certifikaci s verzí PCI PTS 4.x požaduje proto, aby se vyhnul komplikacím s kompatibilitou a zvýšeným nákladům spojeným s nutností vlastnit dvojí bankovní firmware či dodatečným nákladům a komplikacím spojeným s výměnou čteček. Dle navrhovatele tak zadavatel diskriminuje všechny potenciální dodavatele, kteří doposud nenabízejí čtečky s certifikací, která má platit až od 30. 4. 2020, jelikož nepočítali, že budou potřebovat čtečky s uvedenou certifikací s tak markantním časovým předstihem.
15. Navrhovatel také nesouhlasí s právním posouzením Úřadu, dle kterého technickým specifikacím na čtečku karet odpovídají 3 čtečky od 3 různých výrobců. Dle navrhovatele totiž pouze jedna z tvrzených čteček splňuje technické požadavky a je využívána v českém prostředí, jelikož disponuje certifikací ze strany české banky, což dle navrhovatele limituje hospodářskou soutěž na relevantním trhu.
16. Dle navrhovatele tedy požadavky zadavatele nejsou objektivně a racionálně odůvodnitelné, protože tedy lze v jeho postupu spatřit skrytou diskriminaci a tak i postup v rozporu se zákonem. Navrhovatel proto rozhodnutí Úřadu v rozsahu výše uvedeného považuje za nesprávné.
17. Navrhovatel dále brojí proti závěrům Úřadu ve vztahu k požadavku zadavatele na použití technologie elektrických spínačů oproti mechanickým v předmětu plnění veřejné zakázky. Dle navrhovatele totiž požadavek nesměřuje toliko k technologii spínače, jak uvádí Úřad, ale odkazuje na jeden konkrétní výrobek, neboť odbavovací zařízení a čtečky karet s elektrickými spínači dodává dle navrhovatele pouze jeden dodavatel, který je jediným uchazečem o veřejnou zakázku. Dle navrhovatele Úřad nevzal v potaz skutečnost, že všichni ostatní dodavatelé, kteří používají mechanické spínače, by museli vyvinout spínač nový, případně pokud používají elektrické spínače, tak je předělat tak, aby odpovídali požadavkům zadavatele. Ani požadavek na elektronický spínač nepovažuje navrhovatel za objektivně a racionálně odůvodnitelný a označuje jej tedy za diskriminační a za učiněný v rozporu se zákonem.
18. Navrhovatel dále k jím tvrzenému nedostatečnému vymezení předmětu plnění veřejné zakázky – kovové zásuvce uvádí, že Úřad nesprávně pochopil důvody této námítky.

Navrhovatel totiž neuvádí, že by uvedenou zásuvku nebylo možno vyrobit vůbec, ale konstatuje, že potencionální účastníci netuší, jaké konkrétní plnění má být předmětem jejich nabídky. Tedy nemají k dispozici dostatečné indicie k tomu, aby mohli řádně kalkulovat své náklady a zahrnout je do nabídkové ceny tak, aby byly jednotlivé nabídky porovnatelné. Dle navrhovatele plyne neporovnatelnost jednotlivých nabídek z toho, že z důvodu nedostatečného vymezení specifik kovové zásuvky, jsou znevýhodněni ti uchazeči, kteří mají v portfoliu standardně lepší produkty, avšak za vyšší cenu. Dle navrhovatele nelze souhlasit se závěrem Úřadu, že by zadavatel stanovil předmět plnění dostatečně jasně a srozumitelně, jelikož může dle navrhovatele nastat situace, kdy některý z uchazečů dodá plnění, které bude provozně nevhodné, nebo i naprosto nepoužitelné. Navrhovatel tak uzavírá, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu s § 36 odst. 3 zákona.

19. Navrhovatel dále rozporuje závěry Úřadu ohledně toho, že není nutné, aby zadavatel uvedl počet vozidel SOR, pro které je vhodná dělená varianta předmětu plnění veřejné zakázky. Dle navrhovatele je totiž logické, že uchazeči musejí dělenou variantu použít pro typ vozidel, pro který je tato varianta vhodná. Uchazeči o veřejnou zakázku tak musejí znát přesný počet vozidel, aby byli schopni vytvořit nabídkovou cenu, jelikož dělené řešení předmětu veřejné zakázky je dražší.

Závěr rozkladu

20. Navrhovatel pro výše uvedené navrhuje, aby předseda Úřadu změnil napadené rozhodnutí tak, že uloží zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, případně aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

21. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 14. 5. 2018 k rozkladu navrhovatele uvádí, že je přesvědčen o tom, že se Úřad plně vypořádal se všemi námitkami navrhovatele a že své závěry řádně zdůvodnil. Zadavatel také konstatuje, že navrhovatel stále tvrdí tytéž skutečnosti, aniž by tyto jakkoliv doložil. Proto zadavatel odkazuje na svá dřívější podání a dodává, že se již zabýval veškerými argumenty navrhovatele a že se mu podařilo prokázat odůvodněnost a přiměřenost svých požadavků.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

23. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy

a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

24. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí podaného rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

K námitkám proti vymezení specifikací čteček bankovních karet

25. Navrhovatel nejprve v rozkladu vyjadřuje nesouhlas se závěrem Úřadu uvedeným v napadeném rozhodnutí, že by odlišné požadavky na odbavovací zařízení a čtečku karet představovaly odůvodněný požadavek zadavatele, a dodává, že zadavatel nemůže rozdílné vlastnosti obou předmětů plnění veřejné zakázky jakkoliv využít, neboť spolu tvoří jeden funkční celek. Navrhovatel dále konstatuje, že Úřad nevěnoval pozornost tvrzení navrhovatele, kterým vysvětluje princip certifikací u čteček bankovních karet.
26. Na tomto místě je nejprve nutno uvést, že je to zadavatel, kdo vymezuje zadávací podmínky, neboť je to on, kdo je nejlépe schopen rozpoznat vlastní potřeby, a je to on, na koho zákon v § 36 odst. 3 klade odpovědnost za správnost a úplnost zadávací dokumentace, resp. zákon zde uvádí, že zadavatel nemůže odpovědnost za úplnost a správnost přenášet na dodavatele. Z právě uvedeného ovšem neplyne pouze to, že je to zadavatel, kdo musí zadávací podmínky stanovit v souladu se zákonem, ale také to, že není na jednotlivých dodavatelích, aby jakkoliv zasahovali do toho, jakým způsobem zadavatel vymezil předmět dané veřejné zakázky. V tomto duchu se vyjádřil i Krajský soud v Brně (dále jako „**krajský soud**“) v rozsudku ze dne 1. 11. 2012, č. j. 62 Af 57/2011 – 96, kde je uvedeno, že „*vymezení předmětu veřejné zakázky (tedy co vlastně zadavatel po dodavatelích potřebuje a jaké plnění tak v rámci zadávacího řízení poptává) je otázkou, jejíž zodpovězení závisí výlučně na potřebách zadavatele (především bod 47. prvostupňového rozhodnutí žalovaného), neboť i podle soudu je to právě zadavatel, který zná nejlépe své vlastní potřeby a je schopen je nejpřesněji a věcně nejlépe definovat. Stejně tak zdejší soud nezpochybňuje, že je na zadavateli, aby se on sám na základě svých vlastních potřeb rozhodl, v jakém rozsahu bude plnění v zadávacím řízení poptávat.*“
27. Zadavatel nicméně při vymezení předmětu plnění veřejné zakázky musí respektovat to, že v tomto ohledu je jeho postup ohraničen zákonem a zejména pak základními zásadami zadávání veřejných zakázek ve smyslu § 6 zákona, včetně zásady zákazu diskriminace, kterou dle navrhovatele zadavatel při specifikaci požadavků na poptávané čtečky bankovních karet porušil. Předně je ovšem nutno vymezit optiku, kterou je na posuzování porušení zásady zákazu diskriminace nutno pohlížet. Zákon zadavateli neukládá povinnost dodatečně pozměňovat zadávací podmínky, včetně vymezení předmětu plnění veřejné zakázky, tak, aby odpovídaly nárokům a možnostem konkrétního dodavatele. Je tak zcela logické, že konkrétní specifikace zadávacích podmínek mohou být pro jednoho dodavatele diskriminační, ale pro dalšího již nikoliv. Proto je nutno na zásadu zákazu diskriminace nahlížet v kontextu hospodářské soutěže při zadávání veřejné zakázky jako takové.

28. Analogicky je možno odkázat i na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jako „**NSS**“) ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, kde soud uvádí: *„Samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci.“* Byť se uvedené závěry soudu vztahují ke kvalifikačním předpokladům, lze z těchto závěrů extrapolovat obecná pravidla vztahující se k zásadě zákazu diskriminace a tato nadále aplikovat i ve vztahu k vymezení předmětu plnění veřejné zakázky.
29. Lze tedy tvrdit, že v zásadě veškeré zadávací podmínky mohou být ve své podstatě diskriminační, jde ovšem o posouzení toho, zda jde o diskriminaci nepřiměřenou a tedy protiprávní, nebo nikoliv. Při takovém posouzení je nutno nejprve zjistit, zda posuzované zadávací podmínky vedly k vyloučení hospodářské soutěže, tedy zda valná většina potencionálních dodavatelů není objektivně schopna plnit veřejnou zakázku, ač by jinak při absenci posuzovaných podmínek byla. Následně je nutno přihlídnout k tomu, zda diskriminační požadavek obsažený v zadávacích podmínkách reflektuje zadavatelův oprávněný zájem, protože v takovém případě, byť by uvedený požadavek *de facto* vyloučil hospodářskou soutěž, se nejedná o porušení zásady zákazu diskriminace. Právě uvedené ostatně plyne i z rozsudku NSS ze dne 15. 2. 2018, č. j. 5 As 26/2017-22, kde je v bodě 26. odůvodnění uvedeno: *„Je třeba přisvědčit názoru stěžovatele, podle něhož nelze vyloučit, že stanovení příslušné technické podmínky mohlo zúžit okruh uchazečů o veřejnou zakázku. A priori se tak však nemuselo stát nezákonným způsobem (jehož důsledkem by byla neodůvodněná konkurenční výhoda určitého dodavatele). Na poptávané plnění byla kladena zdůvodněná technická podmínka zákazu migrace dat, která byla odrazem objektivního výchozího stavu, v němž byla zakázka zadávána.“*
30. Při posuzování toho, zda postup zadavatele při vymezení zadávacích podmínek odpovídá zásadě zákazu diskriminace a zásadě přiměřenosti je nutno přihlídnout ke dvěma protichůdným jevům. Prvním z nich je omezení okruhu dodavatelů v důsledku specifikace zadávacích podmínek a druhým je snaha o zachování co nejširší hospodářské soutěže (v tomto viz Podešva, V., Sommer, L., Votrubec, J., Flaškár, M., Harnach, J., Měkota, J., Janoušek, M. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, k zásadě přiměřenosti). V případě, kdy nedochází k vyloučení hospodářské soutěže, je nutno na jednotlivé požadavky zadavatele nahlížet mírnější optikou. Na danou věc je nasnadě nahlížet právě takovou mírnější optikou, neboť je prokázáno, že alespoň 3 čtečky bankovních karet od 3 různých výrobců splňují požadavky zadavatele (k tomu viz níže). V takovém případě je ovšem nutno seznat, že požadavky zadavatele kladené na čtečky bankovních karet se s ohledem na to, že je to zadavatel, kdo je schopen nejlépe promítnout vlastní potřeby do zadávacích podmínek, s ohledem na to, že nedošlo k vyloučení hospodářské soutěže a na to, že zadavatel předmětné požadavky zdůvodnil, jeví jako přiměřené a jeho postup jako souladný se zákonem. Lze tedy konstatovat, že Úřad v tomto smyslu rozhodl správně.

K námitce nesprávného posouzení Úřadu, dle kterého požadavkům zadavatele odpovídají 3 čtečky bankovních karet od 3 různých výrobců

31. Na tomto místě je vhodné vypořádat námitku navrhovatele, dle které je závěr Úřadu ohledně toho, že 3 čtečky bankovních karet splňují požadavky zadavatele, nesprávný. Dle navrhovatele totiž pouze jedna z uvedených čteček disponuje certifikací ze strany české banky a proto pouze tato čtečka je v České republice používána. Tímto tvrzením se Úřad zabýval v bodě 84. odůvodnění napadeného rozhodnutí a dospěl ke zcela správným jak procesním, tak věcným závěrům. K uvedené námitce nemohl Úřad v důvodu nedodržení zásady koncentrace správního řízení ze strany navrhovatele přihlídnout, nicméně i jeho věcná úvaha týkající se uvedené námitky v napadeném rozhodnutí uvedená nad rámec ob stojí, neboť zadavatel v zadávacích podmínkách neuvádí, že by poptávaná čtečka měla být certifikovaná některou z českých bank.
32. Zde lze poukázat na závěr, který byl uveden výše, a sice že dodavatelé nejsou oprávněni určovat, jaké by zadávací podmínky měly být, neboť je to zadavatel, kdo nese odpovědnost za úplnost a správnost zadávacích podmínek a tedy i vymezení předmětu plnění veřejné zakázky. Dodavatel tedy nemůže dovozovat dodatečný obsah zadávacích podmínek, který sám zadavatel do zadávacích podmínek nezahrnul. Při posouzení, zda čtečky bankovních karet splňují požadavky zadavatele, nelze k požadavku, který uvádí navrhovatel přihlídnout a lze tak konstatovat, že existují prokazatelně alespoň 3 čtečky bankovních karet od 3 různých výrobců, které splňují požadavky zadavatele, jak ostatně dovodil Úřad v bodě 83. odůvodnění napadeného rozhodnutí z datasheetů, které předložil zadavatel. Z uvedených datasheetů je totiž zřetelné, že specifikace jednotlivých čteček bankovních karet odpovídají požadavkům zadavatele. Zde je nutno poukázat také na to, že navrhovatel nezpochybňuje zjištění učiněná na základě uvedených datasheetů, ale pouze dovozuje existenci podmínky, která obsahem vymezení předmětu veřejné zakázky jednoduše není. Pro výše uvedené je nutno námitku navrhovatele označit za lichou a přijmout fakt, že prokazatelně existují alespoň 3 čtečky bankovních karet, které splňují požadavky zadavatele.
33. Jelikož tedy zadavatel nevyločil hospodářskou soutěž na veřejnou zakázku, nelze jeho požadavky posuzovat tak striktní optikou, jako kdyby k vyloučení hospodářské soutěže došlo, a na základě shora uvedeného lze učinit dílčí závěr, že zadávací podmínky ve vztahu k čtečkám bankovních karet se s ohledem na okolnosti věci jeví jako přiměřené a tedy vymezené v souladu se zásadou zákazu diskriminace a zásadou přiměřenosti ve smyslu § 6 odst. 1 a odst. 2 zákona. Zadavatel tak v tomto ohledu postupoval v souladu se zákonem.

K námitce nesprávného posouzení požadavku na technologii elektronických spínačů

34. V tomto smyslu navrhovatel vytýká Úřadu to, že nesprávně dovodil, že by požadavek zadavatele nesměřoval ke konkrétnímu výroku ale k technickému řešení. Dle navrhovatele totiž elektronické spínače dle specifik zadavatele dodává, resp. používá, pouze jedna společnost, a sice Herman systems s.r.o., IČO 05903378, se sídlem Brněnská 993, 664 42 Modřice, tedy jediný uchazeč o veřejnou zakázku.
35. Zprvu je nutno poznamenat, že uvedenou námitkou se Úřad již zabýval v bodě 87. odůvodnění napadeného rozhodnutí a navrhovatel v tomto kontextu neuvádí ničeho nového a lze tak plně odkázat na závěry Úřadu.

36. Nicméně, opětovně je nutno poukázat na to, že zadavatel si pro uspokojení vlastních potřeb může předmět veřejné zakázky vymezit libovolným způsobem v souladu se zákonem. Zde je možno souhlasit s Úřadem, že požadavek na použití elektronického spínače v předmětu plnění veřejné zakázky nepoukazuje na konkrétní výrobek od konkrétního dodavatele. Právě uvedený závěr neplyne pouze z obecné povahy technického řešení, tedy že jej do svých výrobků může zapracovat širší okruh dodavatelů, neboť technické řešení nemívá zpravidla k dispozici výlučně jeden z dodavatelů, ale také z textu, který uvádí navrhovatel v rozkladu. Tento totiž neposkytuje jakýkoliv důkaz, ze kterého by šlo dovodit, že by poptávané technické řešení nabízel skutečně pouze jediný uchazeč o veřejnou zakázku, ale také v rozkladu uvádí, že stávající dodavatelé by museli uvedené technické řešení do svých výrobků implementovat, případně ti dodavatelé, kteří uvedené technické řešení již používají, by jej museli modifikovat. Navrhovatel tak implicitně uznává, že není objektivně vyloučeno, aby se jiní dodavatelé ucházeli o veřejnou zakázku, navrhovatel pouze namítá to, že pro některé z dodavatelů může být účast na zadávacím řízení jednodušší, neboť buď již disponují výrobkem, který využívá dané technické řešení, nebo jeho implementace v souladu s požadavky zadavatele vyžaduje pouze modifikace, což ovšem nepoukazuje na objektivní vyloučení účasti dodavatelů pohybující se na relevantním trhu na zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

37. Závěry Úřadu lze v tomto kontextu označit na správné a lze seznat, že zadavatel ani požadavkem na to, aby v předmětu plnění veřejné zakázky byly použity elektronické spínače, neomezil hospodářskou soutěž a tak tedy nepostupoval v rozporu se zákonem. Obdobně jako u námitek proti tomu, jak Úřad posoudil požadavky zadavatele na čtečky bankovních karet, lze konstatovat, že pokud nedošlo k vyloučení hospodářské soutěže, je irelevantní posuzovat, zda jsou požadavky zadavatele oprávněné nebo nikoliv. Ani uvedená námitka navrhovatele proto není důvodná a závěry Úřadu jsou v tomto ohledu správné.

K námitce nedostatečného vymezení předmětu plnění veřejné zakázky – kovové zásuvky na peníze

38. Dle navrhovatele Úřad uvedenou námitku nepochopil. Navrhovatel totiž dle vlastních slov netvrdil, že by na základě specifik zadavatele nebylo možno kovové zásuvky na peníze vyrobit vůbec, ale uvedl, že potenciální uchazeči nevědí jaké konkrétně plnění má být předmětem jejich nabídky, pročež tedy své nabídky nemohou koncipovat. Navrhovatel také uvádí, že i nevyhovující, nebo zcela nepoužitelné kovové zásuvky na peníze mohou splňovat vymezené požadavky zadavatele. Navrhovatel také uvádí, že takto strohým vymezením předmětu plnění jsou znevýhodněni ti dodavatelé, kteří dodávají kvalitnější a tedy i dražší produkty.

39. Předně je nutno konstatovat, že princip, kdy jsou znevýhodněni ti dodavatelé, kteří dodávají kvalitnější, ale dražší produkty je přítomen u všech veřejných zakázek, kde je nabídková cena jediným hodnotícím kritériem. Tento princip plyne z logiky věci a poukazuje pouze na to, že mezi jednotlivými dodavateli existuje konkurenční prostředí v rámci hospodářské soutěže. Pokud bude na libovolném úseku trhu existovat dodavatel nabízející méně kvalitní výrobky za nižší cenu, bylo by – za přijetí teze navrhovatele – jakoukoliv veřejnou zakázku, které by se takový hypotetický dodavatel mohl účastnit, nutno automaticky označit za diskriminační, neboť uváděný dodavatel by byl zvýhodněn. Takový závěr se ovšem jeví jako absurdní a jeho aplikace by vedla toliko k potlačení snah dodavatelů o posílení vlastní

konkurenceschopnosti, což by bylo v příkrém rozporu s podstatou zákona, tedy zajištěním hospodárného využívání veřejných prostředků. Zákon nicméně zadavatelům dává možnost, jak se vyvarovat tomu, aby za nejvhodnější nabídku byla vybrána taková, která obsahuje nekvalitní plnění. Zadavatel má možnost stanovit necenová hodnotící kritéria, případně stanovit minimální technické požadavky, čímž může zamezit dodavatelům nabízejícím nedostatečně kvalitní plnění v účasti na zadávacím řízení.

40. Dle § 36 odst. 3 zákona je nutno, aby zadávací podmínky (včetně specifikací předmětu plnění veřejné zakázky) byly stanoveny dostatečně podrobně pro to, aby se dodavatelé mohli účastnit veřejné zakázky. Pokud zadavatel stanovil, že kovová zásuvka na peníze má mít minimálně šest přihrádek na mince a bankovky; má mít mechanické uzamykání s 2 ks klíčků, musí být umístěna ve skříni, která musí být oddělitelná od PP OIS a musí mít dostatek děr pro řádné mechanické upevnění k palubní desce; a že celkový rozměr skříně nesmí přesáhnout rozměry základny 310x290 mm, vymezil předmět plnění byť stroze, ale dostatečně pro to, aby bylo možno takovou zásuvku vyrobit, nacenit a tak i koncipovat nabídku a účastnit se zadávacího řízení. Toto ostatně uznává i sám návrhovač v rozkladu (viz bod 18. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pokud mohou dodavatelé požadovaný předmět vyrobit, je logické, že zadavatel vymezil zadávací podmínky v zákonem požadovaném rozsahu a kvalitě.
41. Na tomto místě je nutno si uvědomit charakter vztahu mezi dodavatelem a zadavatelem. Byť je zadávání veřejných zakázek formalizovaný proces, výsledný právní vztah mezi zadavatelem a dodavatelem je soukromoprávní. S tímto jsou spojeny jisté nuance, mezi které patří například i fakt, že spolu do právního vztahu vstupují dva podnikatelé, u kterých platí presumpce odbornosti a profesionality. Ve stejném smyslu se vyjádřil i krajský soud, který v rozsudku ze dne 25. 10. 2017, č. j. 62 Af 121/2016-196 uvedl: *„Byť je kontraktace mezi zadavatelem a dodavatelem formalizovaným procesem, který je ovládán povinností dodržet požadavky vyplývající ze ZVZ, vztah mezi zadavatelem a dodavatelem (a to jak ve fázi po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, tak v průběhu její kontraktace) je vztahem soukromoprávním (rozsudky zdejšího soudu ze dne 3.1.2013, č.j. 62 Af 64/2011-41, a ze dne 25.4.2013, č.j. 31 Af 38/2012-52), a to i přes určitá specifika (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21.12.2010, č.j. 9 Afs 69/2010 – 175). Dodavatel (uchazeč o veřejnou zakázku na zajištění dopravní obslužnosti kraje nebo jeho části na 10 let) nutně z povahy věci podstupuje určitou míru podnikatelského rizika.“* Při posuzování řešené situace je tedy nutno přihlídnout k presumpci profesionality, dle které je jeví jako souladné se zákonem, pokud zadavatel nspecifikuje předmět plnění veřejné zakázky do posledního detailu, ale ponechá dodavatelům prostor při realizaci veřejné zakázky v těch specifikacích předmětu plnění, u kterých sám mlčel. Výše uvedený rozsudek ostatně rezonuje i s nastalým postavením zadavatele, který strohým vymezením požadavků na uvedený předmět plnění a tím, že jako jediné hodnotící kritérium stanovil nabídkovou cenu, podstupuje riziko, že za nejvhodnější nabídku bude vybrána taková, která bude obsahovat méně kvalitní plnění, případně méně funkční plnění. Nicméně je nutno opětovně poukázat na to, že zadavatel zná nejlépe své vlastní potřeby a pokud strohé vymezení předmětu plnění veřejné zakázky takovým potřebám odpovídá, není na Úřadu, aby takové vymezení jakkoliv doplňoval nebo zkoumal, zda skutečně odpovídá potřebám zadavatele. Jak konstatoval již Úřad v napadeném rozhodnutí, Úřad má posoudit, zda zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, což v daném případě nepostupoval, neboť vymezil předmět plnění veřejné

zakázky v dostatečných podrobnostech, aby mohli dodavatelé podat porovnatelné nabídky, což plyne zejména z toho, že je zcela zřejmé jediné hodnotící kritérium (tedy nabídková cena) a jsou stanoveny minimální požadavky na to, jak mají dodavatelé uvedené kovové zásuvky na peníze vyrobit a tedy i nacenit. Zadavatel tak obdrží nabídky, jejichž součástí bude produkt, který odpovídá jeho požadavkům, a cena uvedeného produktu, díky čemuž bude zadavatel schopen jednotlivé nabídky porovnat, jelikož nabídková cena je jediným hodnotícím kritériem. Zadavatel tak svým postupem splnil povinnost uvedenou v § 36 odst. 3 zákona a postupoval v souladu se zásadou transparentnosti a zásadou zákazu diskriminace ve smyslu § 6 zákona. Je tedy možno konstatovat, že závěry Úřadu (uvedené v bodech 102. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí) jsou správné a námitka navrhovatele nedůvodná.

K námitce nutnosti znát počet vozidel výrobce SOR, pro které je vhodná dělená varianta

42. Navrhovatel touto námitkou brojí proti závěru Úřadu, že není nutné, aby dodavatelé znali počet vozidel výrobce SOR, u nichž zadavatel konstatoval, že je pro ně vhodná dělená varianta předmětu plnění veřejné zakázky, neboť dělená varianta je dražší a dodavatelé tak nemohou necenit své nabídky, pokud neznají poptávaný počet dělených variant předmětu plnění veřejné zakázky.
43. S ohledem na to, že uvedenou námitku navrhovatel uplatnil již během správního řízení před Úřadem, je možno plně odkázat na napadené rozhodnutí, které je v tomto ohledu správné a dostatečně odůvodněné. Úřad v bodě 104. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že ze zadávací dokumentace jasně plyne, že dodavatelé mají dodat 1000 ks PP OIS a to buď v kompaktní, nebo dělení variantě s tím, že obě varianty jsou zaměnitelné. S ohledem na to, že zadavatel nepožaduje konkrétní počet dělené varianty PP OIS, který by odpovídal počtu vozidel výrobce SOR, není znalost uvedené hodnoty nezbytným předpokladem pro to, aby mohli dodavatelé podat nabídky a koncipování nabídkové ceny. Uvedená námitka navrhovatele je tedy nedůvodná.

Shrnutí

44. Z výše uvedeného lze učinit závěr, že zadavatel nepostupoval v rozporu se zákonem, jelikož jím stanovené podmínky pro poptávané čtečky bankovních karet se jeví s přihlédnutím k okolnostem věci (zejména pak k tomu, že nedošlo k vyloučení hospodářské soutěže) jako přiměřené. V tomto duchu je možno se vypořádat i s tvrzením navrhovatele, dle kterého zadavatel nemůže požadavky kladené na předmět plnění veřejné zakázky využít. Pokud jsou požadavky zadavatele jinak oprávněné, není na místě posuzovat jejich faktickou využitelnost. V tomto smyslu je nutno akcentovat i to, že je to zadavatel komu je dána odpovědnost za stanovení správných a úplných zadávacích podmínek, do kterých může promítnout své vlastní potřeby. Obdobně lze uzavřít, že mezi dodavateli a zadavateli platí presumpce profesionality, která se projevuje i v takové rovině, kdy zadavatel nemusí specifikovat předmět plnění naprosto detailně, ale pouze v minimálním rozsahu, na základě kterého je možno předmět veřejné zakázky vyrobit a dodat, a zbývající aspekty daného předmětu nechá na uvážení dodavatelů.
45. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí v celém jeho rozsahu a jeho věcnou správnost v intencích rozkladových námitek, současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí shledal

zákonným a věcně správným. Z napadeného rozhodnutí je jasně patrné, z jakých podkladů pro vydání rozhodnutí Úřad vycházel a jaké právní normy na takto zjištěný skutkový stav aplikoval.

VI. Závěr

46. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodu uváděných v rozkladu.
47. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. KORDIS JMK, a.s., Nové sady 946/30, 602 00 Brno – Staré Brno
2. Mgr. Aneta Novotná, Husova 774, 562 01 Ústí nad Orlicí

Vypraveno dne:

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