UOHSX00BT7W9

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0463/2018/VZ-38103/2018/533/HKu Brno: 20. prosince 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 9. 11. 2018 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – KORID LK, spol. s r.o., IČO 27267351, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2,
- navrhovatel – EM TEST ČR spol. s r.o., IČO 62362771, se sídlem Jiráskova 1284, 755 01 Vsetín, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 7. 11. 2018 společností Strelička & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 29316006, se sídlem Veselá 163/12, 602 00 Brno,

ve věci veřejné zakázky „ODBAVOVACÍ ZAŘÍZENÍ IDOL“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 8. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 9. 2018 pod ev. č. Z2018-030009, ve znění oprav uveřejněných dne 8. 10. 2018 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 4. 9. 2018 pod ev. č. 2018/S 169-385772, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 195-442151,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – KORID LK, spol. s r.o., IČO 27267351, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2 – **stanovil zadávací podmínky na veřejnou zakázku** „ODBAVOVACÍ ZAŘÍZENÍ IDOL“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 8. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 9. 2018 pod ev. č. Z2018-030009, ve znění oprav uveřejněných dne 8. 10. 2018 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 4. 9. 2018 pod ev. č. 2018/S

169-385772, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 195-442151, **v rozporu s ustanovením § 100 odst. 2 zákona** č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **a se zásadou transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 citovaného zákona**, **když** v bodu 3.3. „Vyhrazená změna závazku dle § 100 odst. 2 Zákona (změna dodavatele)“ zadávací dokumentace a v bodu 8.5.2. přílohy č. 7 zadávací dokumentace (závazný návrh smlouvy) **jednoznačně nevymezil způsob určení nového dodavatele** v případě změny dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – KORID LK, spol. s r.o., IČO 27267351, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2 – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže** podle ustanovení § 263 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší zadávací řízení na veřejnou zakázku „ODBAVOVACÍ ZAŘÍZENÍ IDOL“** zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 8. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 9. 2018 pod ev. č. Z2018-030009, ve znění oprav uveřejněných dne 8. 10. 2018 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 4. 9. 2018 pod ev. č. 2018/S 169-385772, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 195-442151.

III.

Zadavateli – KORID LK, spol. s r.o., IČO 27267351, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2 – **se** podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **až do pravomocného skončení správního řízení** vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0463/2018/VZ ve věci návrhu navrhovatele – EM TEST ČR spol. s r.o., IČO 62362771, se sídlem Jiráskova 1284, 755 01 Vsetín – ze dne 9. 11. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v zadávacím řízení **na veřejnou zakázku „ODBAVOVACÍ ZAŘÍZENÍ IDOL“** zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 8. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 9. 2018 pod ev. č. Z2018-030009, ve znění oprav uveřejněných dne 8. 10. 2018 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 4. 9. 2018 pod ev. č. 2018/S 169-385772, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 195-442151.

IV.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, **se zadavateli** – KORID LK, spol. s r.o., IČO 27267351, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2 – **ukládá**

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

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – KORID LK, spol. s r.o., IČO 27267351, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 30. 8. 2018 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „ODBAVOVACÍ ZAŘÍZENÍ IDOL“, přičemž oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 9. 2018 pod ev. č. Z2018-030009, ve znění oprav uveřejněných dne 8. 10. 2018 a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 4. 9. 2018 pod ev. č. 2018/S 169-385772, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 195-442151 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. V bodu II.1.4) „Stručný popis“ oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky následovně: »*Předmětem veřejné zakázky s názvem „ODBAVOVACÍ ZAŘÍZENÍ IDOL“ (dále jen „Veřejná zakázka“) je plnění spočívající v poskytování služby zajištění provozu odbavovacích zařízení určených do vozidel dopravců a předprodejních kanceláří ve veřejné linkové osobní dopravě v Libereckém kraji. Předmětem plnění budou tři základní druhy odbavovacích zařízení, a to: 1. Odbavovací zařízení pro příměstskou autobusovou dopravu (PAD) Libereckého kraje, 2. Odbavovací zařízení pro městskou hromadnou dopravu (MHD) ve městech v Libereckém kraji a 3. Odbavovací zařízení pro předprodejní kanceláře. Předmětem plnění této veřejné zakázky jsou dále rovněž služby přemontáže odbavovacích zařízení ze stávajícího vozidla dopravce, ve kterém bylo odbavovací zařízení instalováno do nového vozidla dopravce (zejména v případech změny dopravce nebo v případech pravidelné průběžné obnovy vozového parku dopravce) a služby rozvoje SW dodaného v rámci řešení (dále jen „rozvoj SW“).*«.

3. Zadavatel stanovil v bodu II.1.5) „Předpokládaná celková hodnota“ oznámení o zahájení zadávacího řízení předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 49 400 000 Kč bez DPH.

4. Dne 18. 10. 2018 obdržel zadavatel od dodavatele – EM TEST ČR spol. s r.o., IČO 62362771, se sídlem Jiráskova 1284, 755 01 Vsetín, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 7. 11. 2018 společností Strelička & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 29316006, se sídlem Veselá 163/12, 602 00 Brno (dále jen „navrhovatel“) námitky ze dne 18. 10. 2018 proti zadávací dokumentaci (dále jen „námitky“).

5. Zadavatel rozhodnutím o námitkách ze dne 30. 10. 2018, které navrhovatel obdržel dne 30. 10. 2018, podané námitky odmítl (dále jen „rozhodnutí o námitkách“).

6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 9. 11. 2018 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

7. Podle ustanovení § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2006 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“),

bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 9. 11. 2018, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu navrhovatele téhož dne.

8. Účastníky správního řízení jsou dle ustanovení § 256 zákona:
   - zadavatel,
   - navrhovatel.

9. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0463/2018/VZ-33178/2018/533/HKu ze dne 13. 11. 2018.

10. Usnesením č. j. ÚOHS-S0463/2018/VZ-35272/2018/533/HKu ze dne 30. 11. 2018 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení provede a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

11. Dne 30. 11. 2018 bylo právnímu zástupci navrhovatele umožněno na základě jeho žádosti ze dne 28. 11. 2018 nahlédnout do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0463/2018/VZ.

12. Dne 3. 12. 2018 Úřad vydal usnesení č. j. ÚOHS-S0463/2018/VZ-35754/2018/533/HKu z téhož dne o částečném nevyhovění žádosti navrhovatele o nahlédnutí do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0463/2018/VZ, a to v rozsahu částí dokumentace o zadávacím řízení, které nejsou podkladem pro vydání rozhodnutí, a které tvoří přílohu tohoto spisu.

13. Usnesením č. j. ÚOHS-S0463/2018/VZ-36558/2018/533/HKu ze dne 11. 12. 2018 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

14. Dne 13. 12. 2018 bylo právnímu zástupci navrhovatele umožněno na základě jeho žádosti z téhož dne nahlédnout do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0463/2018/VZ.

15. Dne 14. 12. 2018 Úřad vydal usnesení č. j. ÚOHS-S0463/2018/VZ-37429/2018/533/HKu z téhož dne o částečném nevyhovění žádosti navrhovatele o nahlédnutí do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0463/2018/VZ, a to v rozsahu částí dokumentace o zadávacím řízení, které nejsou podkladem pro vydání rozhodnutí, a které tvoří přílohu tohoto spisu.

Obsah návrhu

16. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, když s ohledem na způsob specifikace svých požadavků v zadávací dokumentaci znemožnil navrhovateli a dalším potenciálním dodavatelům podat konkurenceschopnou a vzájemně porovnatelnou nabídku na veřejnou zakázku. Uvádí, že tímto způsobem byla navrhovateli způsobena vážná újma, neboť nemůže o veřejnou zakázku soutěžit za „férových podmínek“.

17. Navrhovatel je toho názoru, že zadávací dokumentace neposkytuje dodavatelům dostatečné vodítko pro stanovení nabídkové ceny, neboť se domnívá, že zadavatel stanovil požadavky na zpracování nabídkové ceny neurčitě. Konkrétně upozorňuje na skutečnost, že pro části požadovaného plnění (poskytování backoffice, zajištění školení zaměstnanců dopravců, zpracování prováděcího projektu pro provoz odbavovacích zařízení a předložení prototypu odbavovacího zařízení k certifikaci zadavatelem, zajištění provozu helpdesku a zajištění tzv. dalších služeb) není v návrhu smlouvy, ani v tabulce pro zpracování nabídkové ceny stanovena žádná položka, z čehož navrhovatel dovozuje, že zadavatel požaduje plnění, které dodavatelé nemohou zohlednit v nabídkové ceně. V návaznosti na vysvětlení zadávací

dokumentace, podle něhož musí být výše uvedená plnění zahrnuta do ceny za provoz odbavovacího zařízení, navrhovatel uvádí, že zadávací dokumentace neposkytuje žádné vodítko, jak mají dodavatelé určit konkrétní počet odbavovacích zařízení, která budou uvedena do provozu. Z uvedeného navrhovatel dovozuje, že zadavatel svým postupem dodavatele nutí k tomu, aby nabídkovou cenu stanovili na základě pouhé spekulace. Navrhovatel rovněž předestírá úvahu týkající se možného kalkulativního postupu zadavatele ve vztahu k jeho povinnosti platby za provoz odbavovacích zařízení, konkrétně navrhovatel uvádí příklad, kdy zadavatel může nařídit demontáž části již zprovozněných zařízení. Podle názoru navrhovatele zadavatel postupoval v rozporu s ustanovením § 36 odst. 3 zákona, ustanovením § 103 odst. 1 zákona a zásadou transparentnosti uvedenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona.

18. Navrhovatel dále poukazuje na nejasnost a netransparentnost podmínek odpovědnosti dodavatele za funkčnost zařízení. Navrhovatel se domnívá, že ujednání uvedená v návrhu smlouvy, která se týkají dané problematiky, představují pro dodavatele nepřiměřené, excesivní riziko, neboť podle takto stanovených podmínek nesou odpovědnost za nefunkčnost dodaných zařízení i po dobu, kdy nefunkčnost bude trvat z důvodu na straně dopravců, třetích osob či vyšší moci. V souvislosti s uvedenou námitkou navrhovatel upozorňuje, že se k ní zadavatel v rozhodnutí o námitkách žádným konkrétním způsobem nevyjádřil. Navrhovatel dále dodává, že tvrzení zadavatele uvedené v rozhodnutí o námitkách: *„zadavatel v písemném vysvětlení jednoznačným způsobem objasnil takový výklad smlouvy, podle kterého v případě nezajištění součinnosti dopravce poskytovatel nenese odpovědnost za nefunkčnost zařízení.“*, je podle jeho názoru nepravdivé. Dodává, že pokud by navrhovatel uznal, že zadavatel v rámci vysvětlení zadávací dokumentace (odpověď na dotaz č. 23 v dokumentu „Dodatečné informace č. 2“) opravdu odstranil riziko spočívající v odpovědnosti dodavatele za nefunkčnost odbavovacích zařízení způsobenou dopravci, měl zadavatel v souladu s ustanovením § 99 odst. 2 zákona prodloužit lhůtu pro podání nabídek o celou původní délku. Dále navrhovatel upozorňuje na nejasnost argumentace zadavatele v rozhodnutí o námitkách, jež se týká možného vlivu obsluhy zařízení na jeho funkčnost a dále argumentace týkající se omezení odpovědnosti dodavatele za nefunkčnost zařízení při případné změně acquirera. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel svým postupem porušil ustanovení § 6 odst. 1 a 2 zákona, konkrétně zásadu transparentnosti, přiměřenosti a zásadu zákazu diskriminace, neboť podmínky nastavené v návrhu smlouvy týkající se odpovědnosti dodavatele za funkčnost odbavovacích zařízení považuje za neurčité a excesivní.

19. Dále navrhovatel namítá nepřezkoumatelnost požadavků zadavatele na nadimenzování hardware k poskytování služby backoffice a na potřebné SW licence, a to v souvislosti s neurčitým stanovením počtu odbavovacích zařízení, která budou v provozu. Navrhovatel se domnívá, že takto zadavatelem neurčitě a netransparentně definované podmínky představují pro jednotlivé dodavatele nepřiměřenou míru rizika a neposkytují transparentní podklad pro stanovení nabídkové ceny.

20. Navrhovatel rovněž rozporuje požadavek zadavatele, aby dodaná zařízení splňovala české a evropské právní a technické normy, a považuje ho za neurčitý. Dodává, že zadavatel nedefinoval, o jaké konkrétní české a evropské právní a technické normy se má jednat.

21. Dále navrhovatel upozorňuje, že zadavatel požaduje vývoj sofistikovaného systému pro sledování a vyhodnocování závad, který musí dodavatel implementovat do helpdesku. Podle názoru navrhovatele zadavatel v zadávací dokumentaci neposkytl transparentní vodítko pro nacenění nákladů na implementaci požadavků zadavatele do služby helpdesk a rovněž nenadefinoval přesný způsob komunikace (požadavky na výstupní sestavy).

22. Dále se navrhovatel domnívá, že s ohledem na charakter informací a změn zadávací dokumentace v rámci vysvětlení zadávací dokumentace nazvaného *„Dodatečné informace č. 2“*, v němž zadavatel konkretizoval své požadavky na poskytnutí podkladů a informací souvisejících s výběrem acquirera, zadavatel neprodloužil lhůtu pro podání nabídek o její celou původní délku, ačkoliv tak měl podle názoru navrhovatele v návaznosti na ustanovení § 99 odst. 2 zákona učinit.

23. Navrhovatel dále namítá nepřiměřenost termínů stanovených v návrhu smlouvy. Upozorňuje, že v návrhu smlouvy jsou uvedeny pouze dodací termíny zařízení ve vazbě na objednávku zadavatele, nikoliv na termín akceptace prováděcího projektu a na termín certifikace. Podle názoru navrhovatele lze v praxi předpokládat, že dodací termín (zejména u klíčových odbavovacích zařízení pro příměstskou autobusovou dopravu) může předcházet termínu certifikace a zařízení a že zařízení byť budou dodána, nebudou moci být zprovozněna. Dále dodává, že argumentace zadavatele uvedená k dané věci v rozhodnutí o námitkách: *„Objednávka k dílčímu Plnění tak může být v souladu se zadávacími podmínkami provedená až po úspěšné certifikaci prototypu odbavovacího zařízení.“*, nemá oporu v zadávací dokumentaci. Navrhovatel se domnívá, že uvedeným postupem zadavatel porušil zásadu transparentnosti.

24. Navrhovatel dále uvádí, že podle odst. 13. 4. 3. návrhu smlouvy může zadavatel odstoupit od smlouvy v případě, že funkčnost všech odbavovacích zařízení nedosahuje více než 2 po sobě jdoucí měsíce minimální požadovanou hodnotu 99,9 %. Navrhovatel uvádí, že v návrhu smlouvy nejsou transparentně definovány doby, které se započítávají do nefunkčnosti odbavovacích zařízení (neboť do doby nefunkčnosti se započítávají i doby, po které je odbavovací zařízení nefunkční z důvodů na straně dopravců, třetích osob, či okolností vyšší moci). Navrhovatel opakuje, že takto formulované zadávací podmínky znamenají pro dodavatele zjevně nepřiměřené riziko spočívající v možnosti okamžitého odstoupení zadavatele od smlouvy v případech, jejichž vznik dodavatel nemůže nijak ovlivnit. Navrhovatel upozorňuje, že v zadávací dokumentaci zcela absentuje jednoznačné vymezení způsobu určení nového dodavatele a výběr tohoto je zcela v diskreci zadavatele, který je při výběru omezen pouze tím, že se musí jednat o dodavatele, jehož nabídka byla hodnocena v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Navrhovatel se domnívá, že v daném případě se jedná o porušení zásady transparentnosti, přiměřenosti a současně zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Současně je podle názoru navrhovatele zadávací dokumentace koncipována v rozporu s ustanovením § 100 odst. 2 zákona.

25. Navrhovatel dále poukazuje na skutečnost, že zadávací dokumentace obsahuje podmínky, které odporují pravidlům poskytování veřejné podpory. Upozorňuje, že na základě smlouvy s dopravci se zadavatel zavazuje dopravci bezplatně dodat odbavovací zařízení a oprávnění k užití aplikace IDOL pro spoje, které jsou v závazku veřejné služby.

26. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na šetřenou veřejnou zakázku.

Vyjádření navrhovatele ze dne 16. 11. 2018

27. Podáním ze dne 16. 11. 2018, které Úřad obdržel téhož dne, navrhovatel Úřadu sdělil, že veškeré informace obchodní nebo technické povahy obsažené v jeho nabídce, zejména pak údaje o kalkulaci cenové nabídky a dále rovněž údaje o technickém řešení navrhovatele považuje za obchodní tajemství.

Vyjádření zadavatele k návrhu

28. Dne 19. 11. 2018 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne k podanému návrhu. Zadavatel předně uvádí, že se k jednotlivým navrhovatelem uváděným argumentům podrobně vyjádřil již v rámci svého rozhodnutí o námitkách, přičemž na něj v podrobnostech odkazuje. Úřad dodává, že ačkoliv zadavatel plně odkázal i na jím uplatněnou argumentaci obsaženou v rozhodnutí o námitkách, kde podrobněji reaguje na jednotlivé vznesené rozporované skutečnosti navrhovatelem, Úřad s ohledem na výrok tohoto rozhodnutí a níže uvedené odůvodnění tohoto rozhodnutí uvádí obsah rozhodnutí o námitkách pouze ve vztahu k problematice týkající se vyhrazené změny závazku dle § 100 zákona (viz odstavec 35 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

29. Zadavatel je přesvědčen, že zadávací podmínky veřejné zakázky byly vymezeny zcela srozumitelně, jednoznačně a transparentně a poskytovaly dostatečně podrobné a konkrétní informace pro zpracování nabídkové ceny. Zadavatel je přesvědčen, že ze zadávacích podmínek jako celku a navazujících písemných vysvětlení zadávací dokumentace vyplývalo, že zadavatel požaduje nacenění dílčích služeb v rámci měsíčního paušálu za 1 odbavovací zařízení. Zadavatel je toho názoru, že není povinen stanovit pro každou dílčí část plnění samostatnou dílčí cenovou položku, resp. nesouhlasí s tím, že by nebyl oprávněn vymezit předmět plnění jako celkovou službu a tuto celkovou službu požadovat nacenit paušální cenou za službu jako celek. Zadavatel uvádí, že pokud se jedná o činnost školení, stanovil v zadávací dokumentaci maximální počet proškolovaných osob a uvedl, že se jedná o běžné uživatelské proškolení v základním rozsahu, které bývá běžně poskytováno v ceně každé dodávky. Dodává, že dodavatelé mají současně informaci o garantovaném minimálním počtu odebraných odbavovacích zařízení. Ke službám backoffice zadavatel uvádí, že tyto služby mají být poskytovány v modelu „software as service“, přičemž se jedná o službu jednoho backoffice ve vztahu ke všem odbavovacím zařízením. Dodává, že případný potřebný nárůst licenčních oprávnění související s růstem počtu odbavovacích zařízení je dle jeho přesvědčení možné promítnout do měsíční paušální ceny za 1 odbavovací zařízení. Uvedené zadavatel dále doplňuje v tom smyslu, že obdobné jako u služeb backoffice pak platí pro služby helpdesku. Zadavatel zdůrazňuje, že požadovaný způsob nacenění není rozpuštěním fixních nákladů v ceně odbavovacích zařízení. Dále uvádí, že námitka týkající se možného nařízení demontáže části již zprovozněných zařízení je poprvé uplatněna až v návrhu, a proto zadavatel navrhuje v dané části návrhu správní řízení zastavit.

30. K podmínkám odpovědnosti poskytovatele (dodavatele) za funkčnost zařízení zadavatel uvádí, že hlavním účelem a cílem veřejné zakázky je zajištění funkčního provozu odbavovacích zařízení, a proto je riziko nefunkčnosti odbavovacích zařízení v maximálním možném rozsahu na straně poskytovatele požadované služby. Dodává, že přenos

odpovědnosti za vyšší moc na dodavatele je možnou, nikoliv výjimečnou smluvní podmínkou a s ohledem na míru pravděpodobnosti vzniku vyšší moci nepovažuje zadavatel rozporovanou smluvní podmínku za excesivní, která by představovala vysoké ekonomické riziko. Nastavení odpovědnosti poskytovatele služby za plnou funkčnost odbavovacích zařízení odpovídá podle názoru zadavatele charakteru požadovaného plnění. Zadavatel rovněž podotýká, že ve vztahu k části návrhu, v níž navrhovatel zmiňuje neprodloužení lhůty pro podání nabídek o celou původní délku ve vazbě na dotaz č. 23 v rámci dodatečných informací č. 2, se jedná o novou námitku zmiňovanou až v podaném návrhu a proto navrhuje, aby Úřad v dané části správní řízení zastavil. Dále se zadavatel blíže vyjadřuje k navrhovatelem namítanému vlivu obsluhy na funkčnost zařízení i k případné nedostupnosti odbavovacích zařízení v důsledku změny acquirera.

31. K namítané nepřezkoumatelnosti požadavků zadavatele v zadávacích podmínkách zadavatel uvádí, že dodavatelé měli dostatečné informace jak z hlediska minimálního a maximálního počtu uživatelů a dodává, že volba nejvhodnějšího způsobu licencování je na poskytovateli (dodavateli).

32. K požadavku na dodání odbavovacích zařízení splňujících české a evropské právní a technické normy zadavatel uvádí, že se jedná o množinu norem, které jsou obecně dané, běžně zjistitelné a pro dodavatele jako osobu odborně způsobilou v dané oblasti by měly být současně dobře známé. Proto není, podle názoru zadavatele, nutné, aby tyto normy zadavatel jednotlivě vypisoval do zadávacích podmínek.

33. K namítané netransparentnosti požadavků a informací souvisejících s výběrem acquirera zadavatel zdůrazňuje, že již v původní technické specifikaci, která tvoří samostatnou přílohu zadávací dokumentace, bylo uvedeno, že dodavatel musí zadavateli předat všechny potřebné podklady a informace nezbytné pro výběr acquirera. Uvádí, že upřesnění předmětných požadavků v rámci vysvětlení zadávací dokumentace v dokumentu „Dodatečné informace č. 2“ není změnou zadávací dokumentace, která by mohla ovlivnit okruh možných účastníků zadávacího řízení. Zadavatel dodává, že lhůtu pro podání nabídek přiměřeně prodloužil.

34. K namítané nepřiměřenosti plnění zadavatel uvádí, že zpracování prováděcího projektu a certifikace jsou ve smlouvě uvedeny jako dvě podmínky, které musí být splněny před samotným zahájením plnění ze smlouvy.

35. K rizikům spojeným s možností odstoupení zadavatele od smlouvy ve vazbě na právo zadavatele změnit poskytovatele zadavatel v podrobnostech odkazuje na obsah rozhodnutí o námitkách, kde uvedl následující. Zadavatel je přesvědčen, že výhrada změny dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky byla provedena plně v souladu s ustanovením § 100 zákona a základními zásadami podle § 6 zákona. Zadavatel zdůrazňuje, že možnost změny dodavatele je podmíněna ukončením smluvního vztahu s původním (v zadávacím řízení vybraným) poskytovatelem, a to v časově omezené době, tj. ukončení původního smluvního vztahu v prvních 24 kalendářních měsících. Uvádí, že s ohledem na nastavení smlouvy a její omezenou vypověditelnost v průběhu 60 měsíců od úspěšné certifikace Odbavovacího zařízení pro PAD tak vyhrazená možnost změny dodavatele směřuje zejména do situací, kdy dojde k odstoupení od uzavřené smlouvy z důvodů podstatného porušení smlouvy na straně poskytovatele vybraného v původním zadávacím řízení. Dodává, že takovým podstatným

porušením smlouvy je rovněž situace, kdy funkčnost všech odbavovacích zařízení nedosahuje více než 2 po sobě jdoucí měsíce minimální požadované hodnoty 99,9%. Zadavatel k tomuto uvádí, že podmínky pro stanovení funkčnosti odbavovacích zařízení jsou v zadávacích podmínkách zcela jednoznačně a konkrétně vymezeny, včetně situací a dob, které se do celkové funkčnosti nezapočítávají. Zadavatel je přesvědčen, že podmínky pro stanovení funkčnosti zařízení jsou stanoveny jednoznačně ve smlouvě a že proto není relevantní konstatování navrhovatele, že za určité situace neodpovídá. Ve vyjádření k návrhu zadavatel dále uvádí, že se v daném případě jedná o vyhrazenou změnu závazku dle § 100 zákona. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele o vymezení změny dodavatele v rozporu s požadavky uvedenými v § 100 odst. 2 zákona a současně je přesvědčen, že *„případný nedostatek ve výhradě změny dodavatele může být relevantní jen z hlediska následné možnosti/nemožnosti vyhrazenou změnu dodavatele následně realizovat postupem v souladu se ZZVZ (tj. takovým způsobem, aby předmětnou změnu nebylo nutné považovat za tzv. podstatnou změnu závazku dle § 222 odst. 3 ZZVZ).“*.

36. K námitce navrhovatele týkající se nedovolené veřejné podpory zadavatel uvádí, že předmětná část návrhu směřuje proti zcela odlišnému řízení a zcela odlišné smlouvě a předmětem dané argumentace navrhovatele v této části návrhu je tvrzené porušení jiného právního předpisu než je zákon.

37. Závěrem svého vyjádření zadavatel žádá Úřad, aby návrh navrhovatele s odkazem na ustanovení § 265 písm. a) zákona zamítl, neboť nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření.

Vyjádření navrhovatele ze dne 18. 12. 2018

38. Dne 18. 12. 2018, obdržel Úřad podání navrhovatele z téhož dne, v němž se navrhovatel vyjádřil k podkladům rozhodnutí.

39. Navrhovatel odmítá tvrzení zadavatele, podle něhož námitka týkající se možnosti demontáže 150 kusů zařízení po jednom měsíci provozu je uplatněna poprvé v návrhu. Navrhovatel k tomuto uvádí, že se jedná pouze o příklad dokládající nepravdivost účelových a zavádějících tvrzení zadavatele v rozhodnutí o námitkách o rozsahu plnění garantovaném smlouvou. Dále rovněž odmítá tvrzení zadavatele, že argumentaci týkající se neprodloužení lhůty pro podání nabídek ve vazbě na odpověď na dotaz č. 23 v rámci *„Dodatečných informací č. 2“* nepředcházely řádné námitky. Navrhovatel upřesňuje, že předmětnou argumentaci přednesl až v návaznosti na argumentaci zadavatele, o níž se dozvěděl až z rozhodnutí o námitkách, a na kterou nemohl dříve než v návrhu reagovat.

40. Navrhovatel dále uvádí, že vyjádření zadavatele k nepřezkoumatelnosti požadavků na nadimenzování hardware k poskytování služby backoffice a na potřebné SW licence je zavádějící. Dodává, že v námitkách i v návrhu jednoznačně vztahoval námitky k nedefinovanému počtu licencí backoffice včetně databázového SW, a tedy k počtu jeho uživatelů, nikoliv k počtu uživatelů odbavovacích zařízení.

41. Ve vztahu k části vyjádření zadavatele týkající se rizik spojených s možností odstoupení zadavatele od smlouvy ve vazbě na právo zadavatele změnit dodavatele, navrhovatel uvádí, že se zadavatel věcně nevyjádřil ke skutečnostem namítaným navrhovatelem v rámci návrhu a odmítá tvrzení zadavatele, že případný nedostatek ve výhradě změny dodavatele může být

relevantní jen z hlediska následné možnosti/nemožnosti vyhrazenou změnu dodavatele následně realizovat. Navrhovatel zastává názor, že v návaznosti na podmínky uvedené v zadávací dokumentaci (v nichž podle názoru navrhovatele zadavatel jednoznačně nevymezil způsob určení nového dodavatele) může vznikat na straně dodavatelů důvodná obava, zda i v případě, že jejich nabídka bude vybrána jako nejvýhodnější, jim nebude umožněno splnit veřejnou zakázku v plném rozsahu. Dodává, že zadavatelem zvolené zadávací podmínky mohou kvalifikované dodavatele odradit od účasti v zadávacím řízení, když tito si nemohou být jisti trváním jejich smluvního vztahu bez ohledu na kvalitu jejich plnění.

42. K dalším argumentům zadavatele uplatněným ve vyjádření k návrhu navrhovatel převážně opakuje argumentaci použitou v podaném návrhu. S odkazem na svá tvrzení uvedená v podaném návrhu, trvá navrhovatel na tom, že zadavatel při zadávání prověřované veřejné zakázky porušil zákon.

ZÁVĚRY ÚŘADU

43. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení zadavatele

44. S ohledem na právní formu zadavatele se Úřad nejdříve zabýval posouzením, zda zadavatel naplňuje definici veřejného zadavatele dle § 4 odst. 1 zákona.

45. Podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud

    1. byla založena nebo zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
    2. jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.

46. K tomu, aby bylo možné konkrétní právnickou osobu považovat za veřejného zadavatele ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona, musí být kumulativně splněny obě podmínky uvedené v citovaném ustanovení zákona.

47. Na webových stránkách zadavatele http://www.korid.cz/ je uvedeno: *„Společnost KORID LK spol. s r.o., jejíž vlastníkem je Liberecký kraj, byla založena 30. března 2005 rozhodnutím zastupitelstva Libereckého kraje za účelem praktického zastupování a uskutečňování svých dopravních zájmů a zájmů svých obyvatel.“*.

48. Za účelem zjištění, zda zadavatel vykonává činnosti spočívající v uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, vycházel Úřad z popisu činnosti zadavatele uvedené na webové stránce http://www.korid.cz/, kde je mimo jiné rovněž uvedeno: *„Společnost se zabývá činností v oblasti integrace veřejné dopravy, zpracovává trvalou analýzu sítě veřejné dopravy a navrhuje nová koncepční řešení. Tvoří jízdní řády veřejné dopravy a změny projednává s obcemi, velkými zaměstnavateli, školami*

a dalšími subjekty. Zpracovává podněty ke změnám a reaguje na požadavky od občanů i institucí. Provozuje integrovaný dopravní systém IDOL, v němž spolupracuje se všemi participujícími dopravci.“.

49. Úřad uvádí, že zákon blíže nespecifikuje, co se míní uspokojováním potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Pro objasnění výkladu tohoto pojmu je možno nahlédnout do relevantní judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“). Níže citovaná judikatura je přitom na posuzovaný případ použitelná i v případech, kdy SDEU rozhodoval podle dřívější právní úpravy zadávání veřejných zakázek (směrnic), neboť definice zkoumaného pojmu uvedená ve směrnicích se nezměnila.

50. Ve světle dlouhodobé rozhodovací praxe SDEU jsou potřeby veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu chápany jako potřeby, které jsou uspokojovány jinak než dostupností zboží a služeb na trhu a které se stát z důvodů obecného zájmu rozhodl poskytovat sám nebo nad kterými si přeje udržet rozhodující vliv (viz rozsudek ze dne 10. 11. 1998, C-360/96 Gemeente Arnhem a Gemeente Rheden vs. BFI Holding, ECR 1998, s. I-06821, body 50. a 51.). Při posuzování, zda potřeba obecného zájmu nemající průmyslový ani obchodní charakter je či není přítomna, musí být vzaty v úvahu všechny relevantní právní a faktické prvky, jako okolnosti převládající v době, kdy byl dotyčný subjekt zřizován a podmínky, za kterých vykonává svoji činnost (rozsudek ze dne 22. 5. 2003, C-18/2001 Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy a další vs. Varkauden Taitotalo Oy, ECR 2003, s. I-05321, bod 48.). Pro úplnost lze konstatovat, že v případě, kdy určitý subjekt vykonává částečně činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu a současně i jinou běžnou obchodní činnost, je považován za zadavatele veřejných zakázek v plném rozsahu své činnosti. Uvedený závěr vyplývá mj. z rozsudku SDEU ze dne 15. 1. 1998, C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG a další / Strohal Rotationsdruck GesmbH, ECR 1998, s. I-00073.

51. Z uvedeného je možno shrnout, že za potřeby veřejného zájmu je třeba považovat takové potřeby, které jsou spojeny s obecným zájmem na jejich výkonu, a které stát prostřednictvím orgánů státní správy (resp. územních samosprávných celků na základě zvláštních právních předpisů) uspokojuje buď sám, nebo si na jejich uspokojování alespoň ponechává rozhodující vliv. Ze shora citovaných rozsudků SDEU lze taktéž dovodit, že jako potřeby veřejného zájmu je nutno chápat takové potřeby, na jejichž uspokojování má zájem široký okruh subjektů nacházejících se na území konkrétního územního samosprávného celku či na území státu, přičemž tyto potřeby se projevují v celé řadě společenských oblastí, jako např. v oblasti hospodářské, sociální, kulturní, v oblasti životního prostředí a v neposlední řadě i v oblasti dopravní obslužnosti. Bude-li Úřad zkoumat zadavatele ve světle kritérií podaných SDEU, dojde k závěru, že zadavatel není standardní tržní subjekt, neboť nenese stejné podnikatelské riziko a účelem jeho založení nebylo primárně generování zisku, nýbrž uspokojování potřeb veřejnosti, tj. k uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Lze tak uzavřít, že první z podmínek pro učinění závěru, že zadavatel (společnost KORID LK, spol. s r.o.) je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona, totiž že se jedná o právnickou osobu založenou či zřízenou za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, je splněna.

52. K naplnění druhé podmínky ustanovení § 4 odst. 1 písm. e) zákona Úřad uvádí, že z dokumentu „Zakladatelská listina“ ze dne 2. 5. 2013 a z výpisu z obchodního rejstříku zadavatele vyplývá, že tento je společností s ručením omezeným a že jediným společníkem (s obchodním podílem 100 %) je Liberecký kraj, IČO 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, Liberec IV-Perštýn 460 01 Liberec (dále jen „Liberecký kraj“), který je, coby tzv. územní samosprávný celek, veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona. Jestliže je tedy jediným, a tudíž výlučným, společníkem zadavatele Liberecký kraj, jakožto veřejný zadavatel, je evidentní, že zadavatel je ovládán jiným veřejným zadavatelem a podmínka předmětného ustanovení § 4 odst. 1 písm. e) bod 2. zákona je tak naplněna.

53. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel je v šetřeném případě veřejným zadavatelem dle § 4 odst. 1 písm. e) zákona.

54. Při posuzování postupu zadavatele podle zákona je nutné rovněž zohlednit, že zadavatel vykonává relevantní činnost ve smyslu § 153 zákona, k čemuž Úřad uvádí následující skutečnosti. Relevantní činnost je třeba chápat jako takovou činnost, která souvisí s poskytováním služeb v určitém odvětví (sektoru). Odvětví výkonu relevantních činností jsou sice různorodá, avšak společným znakem všech relevantních činností je veřejný zájem na jejich výkonu.

55. Podle § 153 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností pro účely zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v oblasti železniční, tramvajové, trolejbusové, veřejné autobusové nebo lanové dopravy (dále jen „dopravní síť“); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována za podmínek stanovených příslušnými správními orgány.

56. Úřad uvádí, že předmětem plnění veřejné zakázky je poskytování služby zajištění provozu odbavovacích zařízení určených do vozidel dopravců a předprodejních kanceláří ve veřejné linkové osobní dopravě v Libereckém kraji. Je nesporné, že předmětem podnikání zadavatele je mimo jiné provozování integrovaného dopravního systému IDOL. Zadavatel tedy vykonává činnost související s poskytováním či provozováním sítě určené k poskytování služeb veřejnosti v oblasti dopravy a je tedy splněna podmínka výkonu relevantní činnosti podle § 153 odst. 1 písm. f) zákona. Zadavatel (společnost KORID LK, spol. s r.o.) je tedy veřejným zadavatelem, který zároveň vykonává i relevantní činnosti podle citovaného ustanovení zákona.

57. Podle § 151 odst. 1 zákona je sektorovou veřejnou zakázkou veřejná zakázka, kterou zadává veřejný zadavatel při výkonu relevantní činnosti. V šetřeném případě se jedná o veřejnou zakázku, kterou zadává veřejný zadavatel při výkonu relevantní činnosti, proto je třeba šetřenou veřejnou zakázku považovat za sektorovou veřejnou zakázku podle § 151 odst. 1 zákona.

58. Podle § 151 odst. 4 zákona zadavatel postupuje při zadávání sektorové veřejné zakázky, která není koncesí, podle části čtvrté, páté, nebo šesté a použije také části první, druhou, desátou až třináctou, pokud není v této části zákona staveno jinak. Při zadávání sektorové veřejné zakázky, která je koncesí, zadavatel postupuje podle části osmé.

59. Podle § 158 odst. 1 zákona zadavatel není povinen v zadávacím řízení zadat sektorovou veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná hodnota nedosahuje finanční limit stanovený prováděcím právním předpisem podle § 25 zákona.

60. Podle § 25 zákona nadlimitní veřejnou zakázkou je veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo přesahuje finanční limit stanovený nařízením vlády zapracovávajícím příslušné předpisy Evropské unie. Nadlimitní veřejnou zakázku zadává zadavatel v nadlimitním režimu podle části čtvrté, pokud není zadávána podle části páté až sedmé, nebo u ní zadavatel neuplatnil výjimku z povinnosti zadat v zadávacím řízení.

61. Podle § 3 odst. 2 nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek, v platném znění, finanční limit pro určení nadlimitní sektorové veřejné zakázky na služby činí 11 915 000 Kč.

62. Předpokládaná hodnota šetřené veřejné zakázky dle oznámení o zahájení zadávacího řízení činí 49 400 000 Kč bez DPH.

63. S ohledem na uvedenou výši předpokládané hodnoty veřejné zakázky je zřejmé, že v šetřeném případě se jedná o nadlimitní sektorovou veřejnou zakázku na služby. Zadavatel tak podle § 151 odst. 4 zákona byl při jejím zadávání povinen postupovat podle části čtvrté, páté nebo šesté zákona a použít také části první, druhou, desátou až třináctou zákona, pokud v části sedmé zákona není stanoveno jinak.

64. Úřad taktéž upozorňuje na ustanovení § 4 odst. 5 zákona, podle něhož se za zadavatele považuje také jiná osoba, která zahájila zadávací řízení, ačkoliv k tomu nebyla povinna, a to ve vztahu k tomuto zadávacímu řízení a do jeho ukončení. Jestliže se tedy jiná osoba ze své vůle rozhodne zahájit zadávací řízení na veřejnou zakázku podle zákona, ač k tomu nebyla povinna, neboť její postavení nesplňovalo podmínky zákonem stanovené pro osobu zadavatele, pak je po dobu zadávání veřejné zakázky povinna dodržovat všechny zákonem stanovené podmínky pro příslušný typ zadávacího řízení.

Relevantní ustanovení zákona

65. Dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

66. Dle ustanovení § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

67. Dle ustanovení § 100 odst. 2 zákona zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a způsob určení nového dodavatele jednoznačně vymezeny.

68. Dle ustanovení § 222 odst. 10 písm. a) zákona podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je také nahrazení dodavatele jiným dodavatelem. Nahrazení dodavatele jiným dodavatelem je však možné v případě uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 2 zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

69. V bodu 3.3. „Vyhrazená změna závazku dle § 100 odst. 2 Zákona (změna dodavatele)“ zadávací dokumentace je uvedeno: *„Zadavatel si v souladu s § 100 odst. 2 Zákona vyhrazuje právo změnit dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, budou-li splněny tyto podmínky:*

    a) bude ukončen smluvní vztah s původním dodavatelem v průběhu prvních 24 kalendářních měsíců platnosti a účinnosti smlouvy na realizaci veřejné zakázky,

    b) nový dodavatel bude vybrán z okruhu účastníků, jejichž nabídky byly v zadávacím řízení veřejné zakázky hodnoceny a u nichž se s přihlédnutím k okolnostem nelze domnívat, že by nesplnily podmínky účasti v zadávacím řízení, a

    c) nový dodavatel akceptuje smluvní podmínky v rozsahu odpovídajícím smluvním podmínkám mezi zadavatelem a původním dodavatelem.“.

70. V bodu 8.5. přílohy č. 7 zadávací dokumentace (pozn. Úřadu: návrh smlouvy na plnění veřejné zakázky) je uvedeno: *„Objednatel si v souladu s § 100 odst. 2 Zákona vyhrazuje právo změnit Poskytovatele v průběhu plnění této Smlouvy, budou-li souběžně splněny následující podmínky:*

    8.5.1. bude ukončen smluvní vztah s původním Poskytovatelem v průběhu prvních 24 kalendářních měsíců platnosti a účinnosti této Smlouvy,

    8.5.2. nový Poskytovatel bude vybrán z okruhu účastníků, jejichž nabídky byly v zadávacím řízení Veřejné zakázky hodnoceny a u nichž se s přihlédnutím k okolnostem nelze domnívat, že by nesplnily podmínky účasti v zadávacím řízení,

    a

    8.5.3. nový Poskytovatel akceptuje smluvní podmínky v rozsahu odpovídajícím smluvním podmínkám mezi Objednatelem a původním Poskytovatelem.“.

Posouzení věci

71. Úřad uvádí, že navrhovatel ve svém návrhu brojí proti zadávacím podmínkám, přičemž v rámci své argumentace mj. poukazuje na skutečnost, že v zadávací dokumentaci zcela absentuje jednoznačné vymezení způsobu určení nového dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky a výběr nového dodavatele je zcela v diskreci zadavatele, který je při výběru omezen pouze tím, že se musí jednat o dodavatele, jehož nabídka byla hodnocena v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Navrhovatel se domnívá, že v daném případě se jedná o porušení zásady transparentnosti, přiměřenosti a současně zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Současně je podle názoru navrhovatele zadávací dokumentace v tomto ohledu koncipována v rozporu s ustanovením § 100 odst. 2 zákona.

72. Úřad k tomu uvádí, že jak vyplývá ze zadávacích podmínek, v prověřovaném případě si zadavatel vyhradil právo změnit dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, a to v bodu 3.3. „Vyhrazená změna závazku dle § 100 odst. 2 Zákona (změna dodavatele)“ zadávací dokumentace. Zadavatel vyhrazenou změnu závazku dle výše citovaného ustanovení zadávací dokumentace podmiňuje kumulativním splněním podmínek uvedených pod písmeny a) – c) citovaného bodu zadávací dokumentace. Uvedený předpoklad a pravidla pro změnu dodavatele jsou zaznamenány rovněž v odstavci 8.5., v bodu 8.5.2. přílohy č. 7

zadávací dokumentace (závazný návrh smlouvy), kde je mimo jiného uvedeno: *„nový Poskytovatel bude vybrán z okruhu účastníků, jejichž nabídky byly v zadávacím řízení veřejné zakázky hodnoceny a u nichž se s přihlédnutím k okolnostem nelze domnívat, že by nesplnily podmínky účasti v zadávacím řízení“.* (viz odstavce 69 a 70 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Ze shora uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel si v zadávacích podmínkách vyhradil změnu závazku týkající se podmínky změny dodavatele v průběhu plnění dle § 100 odst. 2 zákona a rovněž specifikoval podmínky a způsob určení nového dodavatele. Uvedenou změnu dodavatele pak zadavatel ve smyslu bodu 3.3. písm. a) „Vyhrazená změna závazku dle § 100 odst. 2 Zákona (změna dodavatele)“ váže na skutečnost, že bude ukončen smluvní vztah s původním dodavatelem v průběhu prvních 24 kalendářních měsíců platnosti a účinnosti smlouvy na realizaci veřejné zakázky. Tu pak Úřad akcentuje, že právě i důvody možnosti ukončení smluvního vztahu a jejich nastavení jsou jednou z namítaných skutečností navrhovatelem a i ve spojení s netransparentním způsobem vymezení změny dodavatele má navrhovatel za to, že v tomto ohledu zadávací podmínky znamenají zcela zjevné porušení zásad transparentnosti a přiměřenosti, přičemž takto stanovený způsob zadávacích podmínek může de facto zadavateli umožnit výběr jím preferovaného dodavatele, bez ohledu na výsledky zadávacího řízení.

73. Úřad uvádí, že již ze samotné dikce shora citovaného ustanovení § 100 odst. 2 zákona vyplývá, že podmínky a způsob určení nového dodavatele musí být v rámci této výhrady jednoznačně vymezen, což je výslovně zachyceno v samotném textu tohoto ustanovení. Dle důvodové zprávy k zákonu (resp. k uvedenému ustanovení zákona) je podle § 100 odst. 2 zákona zadavateli umožněno změnit dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky za podmínky, že zadavatel změnu v osobě dodavatele jednoznačně vymezí v zadávací dokumentaci. Dále je zde uvedeno, že **jednoznačnost vymezení spočívá v tom**, **že zadávací dokumentace musí obsahovat** (i) podmínky pro změnu v osobě dodavatele a (ii) **způsob určení nového dodavatele**. Je tedy nesporné, že vyjádření změny osoby dodavatele, musí konkrétním způsobem určovat, kdo a za jakých podmínek bude případným novým dodavatelem. Zadavatel v daném případě [viz bod 3.3. písm. a) zadávací dokumentace] stanovil, že k případné změně dodavatele může dojít za situace, pokud bude původní smluvní vztah ukončen v průběhu prvních 24 kalendářních měsíců platnosti a účinnosti smlouvy (možnosti ukončení smlouvy srov. čl. XIII návrhu smlouvy). V dalším však již dle názoru Úřadu dostatečně nekonkretizoval způsob určení osoby nového dodavatele. K tomuto svému závěru Úřad uvádí následující.

74. Úřad uvádí, že požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti zadávací dokumentace plyne z obecné zásady transparentnosti uvedené v § 6 odst. 1 zákona. Zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek, vyjádřená v § 6 odst. 1 zákona, je jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem bezvýhradně dodržována v celém průběhu zadávacího řízení. Otázkou zásady transparentnosti se ve své judikatorní činnosti již opakovaně zabývaly soudy a taktéž Úřad. Např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 bylo řečeno, že *„úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným*

předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“.

75. Úřad k zásadě transparentnosti stanovené zákonem v § 6 odst. 1 zákona dále uvádí, že zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je vedle zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a přiměřenosti jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem dodržena v průběhu celého zadávacího řízení (jak již Úřad výše uvedl). Požadavek transparentnosti je považován za nesplněný v případě, že jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Jak je uvedeno v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010, je tento závěr rovněž v plném souladu s výkladem zásady transparentnosti ze strany Soudního dvora Evropské unie, neboť stanovisko generální advokátky Stix-Hackl ve věci Coname, které shrnuje dosavadní judikaturu Soudního dvora Evropské unie, k problému zásady transparentnosti mimo jiné uvádí, že *„princip transparentnosti představuje vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení, a k tomu patří rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení.“*. V citovaném rozsudku Nejvyšší správní soud rovněž uzavřel, že *„podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. Motivy jednotlivých osob participujících na výběru zájemců o veřejnou zakázku (ať již budou tyto motivy plně zákonné, dané pouhou neschopností navenek působit férově a řádně, event. nezákonné, nebo snad dokonce kriminální) jsou v tomto ohledu pro posouzení porušení zásady transparentnosti irelevantní, neboť porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.“*. Za netransparentní lze dle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 77/2008-45 ze dne 4. 11. 2010 tedy považovat jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.

76. Úřad dále podotýká, že transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. A právě zásada transparentnosti slouží k zajištění konkurence mezi dodavateli (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 ze dne 5. 6. 2008, rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 81/2010 – 277 ze dne 12. 1. 2012). Samotný pojem „transparentnosti“ se pak vyznačuje obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství situací, na něž nemůže ve své obecnosti jakákoliv konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 107/2004 ze dne 10. 11. 2005). Úřad doplňuje, že ačkoliv se shora uváděná judikatura vztahuje k předchozí právní úpravě zadávání veřejných zakázek, závěry uváděné v citovaných rozsudcích lze aplikovat i na současnou právní úpravu, neboť princip zásady transparentnosti zadávacího řízení a náhled na ni zůstal nezměněn.

77. Úřad uvádí, že z ustanovení § 100 odst. 2 zákona zadavateli plyne povinnost v zadávací dokumentaci jednoznačně vymezit způsob určení nového dodavatele (pokud výhradu změny

závazku ze smlouvy dle § 100 zákona využije). V prověřovaném případě zadavatel této zákonem dané možnosti využil. Za situace, kdy zadavatel i v případě „nevydařeného smluvního vztahu“ s původním dodavatelem hodlá čerpat plnění související se zadáváním prověřované veřejné zakázky, o to více zesíleno skutečností, že navrhovatel rozporuje i jednu z podmínek pro změnu dodavatele (způsob ukončení původního smluvního vztahu), je nezbytné, aby zadavatel zcela pregnantně v zadávací dokumentaci vyjádřil, kterak k nahrazení původního dodavatele dojde. Uvedené neznamená, že by zadavatel musel předem označit konkrétní osobu, ostatně s tímto zákon, dle názoru Úřadu, ani nepracuje, avšak zadávací dokumentace musí obsahovat přesný mechanismus, podle nějž bude možno určit nového dodavatele. Zadavatel v bodu 3.3. „Vyhrazená změna závazku dle § 100 odst. 2 Zákona (změna dodavatele)“ zadávací dokumentace při určení způsobu náhrady původního dodavatele skončil „na půli cesty“.

78. Zadavatel v zadávací dokumentaci (viz výše citované ustanovení zadávací dokumentace, shodně pak čl. 8.5 návrh smlouvy – příloha č. 7 zadávací dokumentace) sice stanovil určitou množinu dodavatelů, kteří budou pro zajištění pokračování plnění veřejné zakázky vhodní (resp. v případě přistoupení k této možnosti), a z nichž nového dodavatele vybere, avšak způsob, postup nebo pravidlo, podle něhož bude volba nového dodavatele provedena, zde absentuje. Pokud by v návaznosti na takto stanovenou podmínku výběru nového dodavatele zadavatel musel vybrat nového dodavatele z více dodavatelů (okruhu účastníků, jejichž nabídky byly v zadávacím řízení hodnoceny a u nichž se s přihlédnutím k okolnostem nelze domnívat, že by nesplnily podmínky účasti), není v návaznosti na výše citované části zadávacích podmínek zřejmé, jakým způsobem by byl konkrétní dodavatel vybrán. Zadávací podmínky předem nestanovují, dle jakého pravidla má být předmětný výběr (v případě změny dodavatele) ze specifikovaného okruhu dodavatelů proveden. Zadavatel tak určuje pouze množinu dodavatelů, z nichž by byl případně nový dodavatel vybírán; neurčuje však konkrétní pravidlo výběru nového dodavatele. Vzhledem k této skutečnosti je tedy zřejmé, že postup zadavatele při výběru nového dodavatele by tak následně nebylo možné ani přezkoumat, neboť mechanizmus pro výběr konkrétního dodavatele není dán. Dle názoru Úřadu takový způsob stanovení pravidla pro výběr (změnu) nového dodavatele není v souladu s dikcí § 100 odst. 2 zákona. Citované ustanovení zákona, Úřad opakuje, zcela srozumitelně ukládá zadavateli povinnost stanovit způsob určení nového dodavatele jednoznačně, tzn. zadavatel musí stanovit takové pravidlo, aby ze zadávacích podmínek veřejné zakázky bylo jednoznačně zřejmé, jaký subjekt může být novým dodavatelem. Není tedy dostačující, jako to učinil ve zde posuzovaném případě zadavatel, aby byla určena pouze množina, ze které nový dodavatel vzejde. Zadavatel totiž neurčil žádné bližší pravidlo. Zadavatel pouze označil množinu, a to v podobě okruhu účastníků zadávacího řízení. Tu Úřad rovněž doplňuje, že formulace *„z okruhu účastníků, jejichž nabídky byly v zadávacím veřejné zakázky hodnoceny a u nichž se s přihlédnutím k okolnostem nelze domnívat, že by nesplnily podmínky účasti v zadávacím řízení“* není rovněž v souladu se zásadou transparentnosti. Uvedené má znamenat, že zadavatel bude či nebude posuzovat splnění podmínek účasti? Bude tak činit náhodně nebo s přihlédnutím k okolnostem např. s ohledem na to, kteří dodavatelé podají do zadávacího řízení své nabídky? I právě uvedené výrazným způsobem dle názoru Úřadu zasahuje do transparentnosti postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky a může vyvolávat spekulace o pravých důvodech zadavatele, proč tímto způsobem nastavil zadávací podmínky. Úřad tak činí závěr, že zadavatel nedostál povinnosti

uložené zákonem, tj. jednoznačně specifikovat způsob určení nového dodavatele (§ 100 odst. 2 zákona) a vzhledem k neurčitosti předmětné podmínky stanovené v zadávací dokumentaci je zadávací řízení stiženo vadou nečitelnosti a netransparentnosti.

79. Pro úplnost Úřad upozorňuje, že zákon změnu vybraného dodavatele, s nímž je uzavřena smlouva obecně za běžných okolností nepřipouští, neboť se jedná o podstatnou změnu závazku ze smlouvy, avšak za splnění podmínek (výjimky) dle ustanovení § 222 odst. 10 zákona je možno k výměně dodavatele přistoupit. Dle citovaného ustanovení zákona [§ 222 odst. 10 písm. a) zákona] je nahrazení dodavatele možné pouze v případě, že tato změna proběhne na základě vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek (podle § 100 odst. 2 zákona), přičemž, jak již bylo uvedeno výše, podmínkou přípustnosti takové změny je její přesné vymezení v zadávacích podmínkách, kde je nezbytné vymezit, za jakých podmínek dojde k ukončení plnění stávajícího dodavatele, za jakých podmínek bude vybrán nový dodavatel a jak dojde k jejich záměně. Druhá z možných výjimek dle citovaného ustanovení § 222 odst. 10 zákona není pro zde posuzovaný případ relevantní. Výběr smluvního partnera v konkurenčním prostředí je totiž klíčový k dodržení požadavku hospodárnosti a ekonomičnosti a v případě změny dodavatele může dojít k narušení smyslu zadávacího řízení. Pokud by totiž došlo k výběru nového dodavatele na základě volné úvahy zadavatele, nikoli na základě zadávacího či výběrového řízení, mohla by být takovou změnou dodavatele narušena hospodářská soutěž a základní zásady zadávacího řízení.

80. Úřad dále podotýká, že se zadavatel ve svém vyjádření k návrhu (viz odstavec 35 odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyjadřuje k případnému nedostatku ve výhradě změny dodavatele a uvádí, že podle jeho názoru by takový nedostatek byl relevantní z hlediska následné možnosti/nemožnosti vyhrazenou změnu dodavatele realizovat postupem v souladu se zákonem (tj. způsobem, aby předmětnou změnu nebylo nutné považovat za tzv. podstatnou změnu závazku dle § 222 odst. 3 zákona). Jak již bylo uvedeno v předchozím odstavci odůvodnění tohoto rozhodnutí, změna dodavatele (nahrazení dodavatele jiným dodavatelem) je podle § 222 odst. 10 zákona podstatnou změnou závazku ze smlouvy, a proto nelze přisvědčit názoru zadavatele v tom smyslu, že by změnu dodavatele nebylo nutné v nějakém případě považovat za změnu podstatnou. Úřad upozorňuje, že zákon umožňuje nahrazení dodavatele realizovat právě dostatečně konkrétním a jednoznačným vyhrazením změny závazku, ovšem pouze za předpokladu, že zadavatel dodrží podmínky stanovené v ustanovení § 100 odst. 2 zákona, přičemž se jedná o podmínku, která musí být transparentním způsobem vymezena již v „původním“ zadávacím řízení. Je tedy zřejmé, že pokud tyto podmínky (dle § 100 odst. 2 zákona) nejsou zadavatelem splněny, není možné změnu dodavatele realizovat postupem v souladu se zákonem, což ostatně ve svém vyjádření připouští i zadavatel.

81. Úřad nad rámec jím předloženého náhledu na věc, výše uvedené závěry doplňuje i o úvahy obsažené v komentářové literatuře, které jsou v zásadě shodné s vyloženým závěrem Úřadu. Dle komentářové literatury k zákonu (k ustanovení § 100 odst. 2 zákona): *„musí zadavatel změnu v osobě dodavatele jednoznačně vymezit v zadávací dokumentaci, tedy musí stanovit, za jakých okolností může ke změně v osobě dodavatele dojít a jakým způsobem bude určen nový dodavatel.* ***Požadavku na jednoznačné vymezení*** *podmínek změny a* ***způsobu určení nového dodavatele*** *podle našeho názoru* ***nevyhoví, pokud si zadavatel vyhradí možnost***

učinit změnu dodavatele podle svého uvážení.“ (T. Kruták, L. Krutáková, J. Gerych: zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k 1. 10. 2016, ANAG, 2016, s. 304), *„Jednoznačnost vymezení spočívá v tom, že* ***zadávací dokumentace musí obsahovat*** *podmínky pro změnu v osobě dodavatele a* ***způsob určení nového dodavatele****. (…) Za možnou podle odstavce 2 by mohla být považována i výhrada nahrazení vybraného dodavatele účastníkem zadávacího řízení, který se umístil jako druhý v pořadí, pokud vybraný dodavatel veřejnou zakázku nedokončí.“*. (P. Herman, V. Fidler a kolektiv, Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek, Aleš a Čeněk, s.r.o., 2016, s. 278, 279), *„Komentovaný odstavec 2 upravuje možnost výhrady změny jednoho ze subjektů závazkového vztahu v průběhu plnění veřejné zakázky, a to konkrétně na straně dodavatele.* ***Uvedená změna je velice zásadní, neboť směřuje ke změně v jednom ze základních prvků závazkového vztahu****, navíc toho, jehož se výběr v otevřené hospodářské soutěži především týká. (…) Obdobně jako v případě vyhrazené změny dle odstavce 1 je podmínkou výhrady jednoznačné vymezení: podmínek, za nichž ke změně dodavatele může dojít, a určení nového dodavatele. (…) určení nového dodavatele není zákonem blíže limitováno. Z povahy věci však vyplývá, jak uvádí rovněž DZ, že* ***takové určení nesmí být na libovůli zadavatele****. Autoři komentáře se domnívají, že musí být alespoň obecným způsobem předem stanoven okruh osob, z nichž může být nový dodavatel vybrán; samozřejmě čím bude výhrada jednoznačnější, tím je postup zadavatele bezpečnější. Může se jednat například o: účastníka původního zadávacího řízení, který se umístil jako další v pořadí za vybraným dodavatelem, nebo některého z poddodavatelů, uvedeného v rámci nabídky dodavatele, doplněného do seznamu subdodavatelů nebo nahlášeného v souladu s § 105 odst. 3 před tím, než nastala rozhodná událost pro změnu dodavatele.“* (Dvořák, Machurek, Novotný, Šebesta a kol., Zákon o zadávání veřejných zakázek, 1. vydání, 2017, s. 609). Z výše uvedených citací je tedy zjevné, že i autoři komentářové literatury zastávají stejný názor jako Úřad. Pakliže zadavatel hodlá využít výjimky ve smyslu § 100 odst. 2 zákona, neboť obecně není změna dodavatele přípustná, musí být stanoveno jednoznačné pravidlo pro výběr nového dodavatele; nesmí zde (při výběru nového dodavatele) být prvek libovůle zadavatele. V daném případě, jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, by však prvek libovůle na straně zadavatele mohl být dán, neboť není určeno, jakým způsobem by byl původní dodavatel nahrazen dodavatelem novým, resp. podle jakého „kritéria“ by byl nový dodavatel určen. Dle názoru Úřadu je možno na pravidlo pro změnu dodavatele nahlížet obdobně jako když zadavatel stanovuje způsob výběru dodavatele; také je povinen jednoznačně určit kritéria hodnocení a podle toho určit vítězného dodavatele (pakliže splní i podmínky účasti, což nemusí platit v případě změny dodavatele, pakliže zadavatel tomu uzpůsobí stanovení podmínek pro změnu dodavatele). Způsob jakým zadavatel změnu dodavatele do zadávacích podmínek zakotvil, by v případě výše uvedeného příkladu o kritériích hodnocení znamenal, že zadavatel si vybere „někoho“, v zásadě kohokoliv z těch, kdo podal nabídku. Uvedené názorně demonstruje nepřehlednost (netransparentnost) takto nastavené zadávací podmínky týkající se změny dodavatele.

82. Jak tedy vyplývá ze závěru Úřadu, který je v zásadě shodný i s názory autorů komentářové literatury k předmětnému ustanovení zákona, při stanovení způsobu určení nového dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky musí být kladen důraz na jednoznačnost takového vymezení, tzn., že v zadávací dokumentaci musí být jasně a transparentně stanoveno, jak bude zadavatel postupovat při výběru nového dodavatele v případě,

že s dodavatelem, který byl zadavatelem vybrán v návaznosti na provedené zadávací řízení, bude předčasně ukončena smlouva, případně tento dodavatel nebude moci plnění veřejné zakázky z jakéhokoliv důvodu řádně dokončit. Na základě popsaného způsobu výběru nového dodavatele v zadávací dokumentaci by tak mělo být předem jasné, jaké konkrétní kroky zadavatel pro výběr nového dodavatele učiní. Jinými slovy řečeno, v případě, že zadavatel zvolí postup dle § 100 odst. 2 zákona a v zadávací dokumentaci vyhradí podmínky a způsob stanovení nového dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, je pro zachování transparentnosti postupu zadavatele nezbytné, aby dodavatelé, kteří se o veřejnou zakázku ucházejí, měli jasnou představu o tom, zda v případě jejich neúspěchu v řádné soutěži mohou počítat s jejich případným výběrem v průběhu plnění veřejné zakázky. Současně ze zadavatelem popsaného způsobu volby nového dodavatele by mělo být možno dovodit, jaký dodavatel bude zadavatelem vybrán (tzn. dle zadavatele popsaného „algoritmu“ by mělo být jednoznačně dovoditelné, kým bude plnění veřejné zakázky následně zajištěno). Úřad opětovně upozorňuje, že stanovený způsob výběru nového dodavatele (v průběhu plnění veřejné zakázky) nesmí obsahovat prvky libovůle zadavatele, tzn., že způsob výběru nového dodavatele musí směřovat k jednomu konkrétnímu dodavateli vybraného na základě předem stanovených kritérií. Nelze připustit, aby na základě zadavatelem popsaného postupu takového výběru bylo možné v jednom kroku vybrat dodavatelů více (za splnění stejných podmínek), přičemž finální volba by závisela pouze na volném uvážení, resp. rozhodnutí zadavatele. Pokud by totiž zadavatel přistoupil k takovému postupu, kdy si libovolně vybere z určité skupiny dodavatelů, byl by takový výběr nového dodavatele nepochybně stižen vadou netransparentnosti, a to jak při jeho popisu v zadávací dokumentaci, tak při samotné realizaci výběru. V takovém případě, by totiž postup zadavatele nebyl ze zadávací dokumentace vyplývající a jednoznačně stanovený a následně po provedeném výběru nového dodavatele by postup zadavatele nemohl být ani zpětně ověřitelný. Jak již Úřad předestřel výše, uvedené lze pak přirovnat k situaci, kdy by samotný zákon neposkytoval pravidla pro výběr dodavatele, resp. by takový výběr záležel na libovůli zadavatele. Je tedy nezbytné, aby zadavatel přípravě zadávacích podmínek věnoval takovou pozornost, aby vyloučil jejich nejednoznačnost či netransparentnost.

83. S ohledem na výše uvedené Úřad dospěl k závěru, že **zadavatel stanovil zadávací podmínky na veřejnou zakázku v rozporu s ustanovením § 100 odst. 2 zákona a se zásadou transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona**, **když** v bodu 3.3. „Vyhrazená změna závazku dle § 100 odst. 2 Zákona (změna dodavatele)“ zadávací dokumentace a v bodu 8.5.2. přílohy č. 7 zadávací dokumentace (závazný návrh smlouvy) **jednoznačně nevymezil způsob určení nového dodavatele** v případě změny dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky.

K dalším v návrhu namítaným skutečnostem

84. Navrhovatel ve svém návrhu namítá řadu dalších případných pochybení, kterých se měl zadavatel při stanovení zadávacích podmínek dopustit. Úřad k tomu uvádí, že výše uvedená navrhovatelem namítaná pochybení zadavatele nijak nepřehlíží, avšak s ohledem na skutečnost, že z předložené dokumentace o zadávacím řízení Úřad zjistil, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem (viz výrok I. tohoto rozhodnutí), v důsledku čehož Úřad rozhodl o zrušení zadávací řízení, považuje za nadbytečné zabývat

se ostatními argumenty navrhovatele. Úřad má za to, že šetření dalších skutečností uvedených v návrhu by nemohlo mít na výsledek rozhodnutí Úřadu (tj. na to, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem, důsledkem čehož je přijetí nápravného opatření dle ustanovení § 263 odst. 3 zákona – zrušení zadávacího řízení) vliv. Úřad tak postupuje v souladu s konstantní rozhodovací praxí, podle níž zkoumání dalších důvodů pro uložení nápravného opatření je nadbytečné, existuje-li alespoň jeden oprávněný důvod. Takový postup v rámci přezkumu je nejen v souladu s rozhodovací praxí Úřadu a správních soudů, ale je zejména v souladu se zásadou procesní ekonomie zakotvenou v § 6 odst. 2 správního řádu. Je tedy neúčelné, aby se Úřad věcně zabýval všemi možnými důvody pro uložení nápravného opatření a k prokázání či vyvrácení jejich existence prováděl rozsáhlé dokazování, jež neúměrně zatíží účastníky řízení i Úřad, a případně též nedůvodně pozdrží průběh zadávacího řízení. Pokud tedy Úřad dospěl k závěru, že důvod pro uložení nápravného opatření existuje, je zkoumání existence dalších důvodů, jež by případně vedly k přijetí téhož nápravného opatření, nadbytečné.

K námitce navrhovatele týkající se nedovolené veřejné podpory

85. V části návrhu navrhovatel namítá, že zadávací dokumentace obsahuje podmínky, které odporují pravidlům poskytování veřejné podpory. Ve vztahu k této námitce navrhovatele Úřad upozorňuje, že z ustanovení § 248 zákona zcela jednoznačně plyne, že v oblasti zadávání veřejných zakázek je Úřad příslušný k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky (nikoli tedy pro zadání veřejné zakázky malého rozsahu, nejedná-li se o postup dle § 248 odst. 2 zákona, tj. zadání veřejné zakázky malého rozsahu při dobrovolné volbě přísnějšího režimu), včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, mezi které patří rámcové dohody, dynamický nákupní systém a soutěž o návrh. Úřad rovněž projednává přestupky dle zákona a ukládá pokuty za jejich spáchání. Úřad naopak není příslušný k výkonu dozoru nad postupy zadavatelů, které odporují pravidlům plynoucím z jiných právních předpisů.

86. Vzhledem k tomu, že v prověřovaném případě směřuje výše uvedená námitka navrhovatele proti úkonům a postupu zadavatele, které stojí mimo režim zákona o zadávání veřejných zakázek a dále vzhledem k tomu, že zákon o zadávání veřejných zakázek zadavateli ve vztahu dané problematice (poskytování veřejné podpory) nestanovuje žádné povinnosti či postup, který by byl povinen dodržovat, Úřad uvádí, že s nároky na posouzení případné zákonnosti postupu zadavatele při poskytování veřejné podpory je možno se obrátit na příslušnou sekci Úřadu v této věci kompetentní.

K výroku II. tohoto rozhodnutí – uložení nápravného opatření

87. Podle ustanovení § 263 odst. 3 zákona stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu s tímto zákonem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

88. V šetřeném případě Úřad dospěl k závěru, že zadavatel stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu se zákonem, jak uvedl ve výroku I. tohoto rozhodnutí, a proto Úřad musel přistoupit ke zrušení celého zadávacího řízení, neboť pochybení zadavatele spadá již do fáze stanovení zadávacích podmínek. Proto Úřad rozhodl o zrušení zadávacího řízení tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

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

89. Podle ustanovení § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.

90. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.

91. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku IV. tohoto rozhodnutí – uložení úhrady nákladů řízení

92. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.

93. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.

94. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2018000463.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek.

Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza
JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. KORID LK, spol. s r.o., U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2
2. Strelička & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., Veselá 163/12, 602 00 Brno

Vypraveno dne

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