Vážený pan
Ing. Petr Rafaj, předseda
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
třída Kpt. Jaroše 7
604 55 Brno
Česká republika

V Praze dne 23. září 2019

Vážený pane předsedo,

Transparency International – Česká republika, o. p. s. (dále jen „TI“), nevládní nezisková organizace zabývající se korupcí a hospodárným nakládáním s veřejnými prostředky, se na Vás obrací v souvislosti se správním řízením vedeném ve věci veřejné zakázky „**Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové dopravě na území Královéhradeckého kraje**“ (ev. č. VVZ: Z2018-037822, dále jen „Veřejná zakázka“), o jejímž zrušení rozhodl Úřad pro ochranu hospodářské soutěže dále jen „ÚOHS“) v minulém týdnu. Podle dostupných informací zřejmě podá Královéhradecký kraj jako zadavatel (dále jen „Zadavatel“) proti rozhodnutí ÚOHS rozklad. TI dospěla při prověřování dané zakázky k některým zjištěním, o kterých by Vás chtěla informovat, jelikož mohou být významné pro další rozhodování.

TI ve dvou níže uvedených částech uvádí argumenty svědčící o nestandardních a potenciálně protiprávních postupech Zadavatele.

I. část – možný střet zájmů administrátora veřejné zakázky a dodavatele

TI chce na úvod poukázat, že dlouhodobě monitoruje a analyzuje činnost společnosti BusLine holding s.r.o. (IČO: 06335268, dále jen „skupina BusLine“) a jejích dceřiných společností. Z této činnosti vyplývá, že dceřiné společnosti skupiny BusLine se ve velké míře účastní zadávacích řízení veřejných zakázek, které za zadavatele administruje advokátní kancelář Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o. (IČO: 283 60 125, dále jen „AK Fiala,

Tejkal“) a zároveň v těchto řízeních bývá z často formálních důvodů vyloučen dodavatel, který jinak např. z cenového hlediska aspiruje na přidělení dané veřejné zakázky.

TI např. může uvést případ veřejné zakázky administrované AK Fiala, Tejkal na zajištění veřejné dopravy pro Liberecký kraj nebo zajištění veřejné linkové osobní dopravy v rámci IDS JMK – oblast Znojemsko, kdy AK Fiala, Tejkal jako zástupce zadavatelů vždy vyloučila buď zbylého uchazeče, nebo uchazeče s nejlepší nabízenou cenou s tím, že v zadávacím řízení zůstala buď jen společnost patřící přímo do skupiny BusLine nebo společnost, která měla jako hlavního subdodavatele společnosti ze skupiny BusLine.

Jako další skutečnost svědčící o četném kontaktu mezi AK Fiala, Tejkal a společnostmi ze skupiny BusLine lze uvést např. podporu při vytvoření společného dopravního podniku města Česká Lípa a společnosti BusLine MAD Česká republika, s.r.o.[1]

AK Fiala, Tejkal dále připravil veřejnou zakázku na městskou hromadnou dopravu v České Lípě na období 10 let, kterou vyhrála společnost BusLine MAD Česká republika, s.r.o. patřící do skupiny BusLine.[2]

Další propojení skupiny BusLine a AK Fiala, Tejkal je možné dovodit např. na základě skutečností z policejních odposlechů zveřejněných v článku MF Dnes.[3] Z nich je zcela jasný vztah Ing. Luboše Wejnara (bývalý ředitel Dopravního podniku měst Liberce a Jablonce) a Jiřího Vařila vystupujícího v té době za skupinu BusLine. V předmětném článku přesně stojí: *„Když mi řekneš na rovinu, takhle je to vymyšlený, takhle to chceme, aby to takhle bylo...“ ujišťoval v dubnu 2016 Wejnar Vařila, když se podle odposlechu sešli na společné schůzce, aby se poradili, jak dál. Vařil mu skáče do řeči a za podřízenost jej chválí. „Můžu ti to říct úplně natvrdo, naše přátelství je neochvějný a mám v tebe naprostou jistotu a důvěru,“ maže Vařil Wejnarovi med kolem úst.*

Na webu zdopravy.cz s v článku s názvem „Jak měl Vařil ovládnout liberecký dopravní podnik? MF DNES zveřejnila klíčové odposlechy“ se mj. tvrdí:

---

[1] https://www.mucl.cz/zastupitele-odmitli-spolecny-dopravni-podnik/d-29624
https://www.oziveni.cz/2017/10/ceska-lipa-chce-zadat-zakazku-na-provoz-mhd-bez-souteze/
[2] https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/ceska-lipa-mhd-smlouva-starostka_1810061748_pj
[3] https://www.idnes.cz/liberec/zpravy/dopravni-podnik-trestni-spis-odposlechy-dpmlj-busline-plan-vyvedeni-penize-liberec.A190612_170420_liberec-zpravy_tml

„Podnikatel Jiří Vařil, který dříve působil v čele společnosti BusLine a nyní s ní oficiálně nemá nic společného, připravoval podle policejních odposlechů společně s někdejším šéfem Dopravního podniku měst Liberce a Jablonce nad Nisou (DPMLJ) Lubošem Wejnarem ovládnutí městem vlastněné firmy."
„Policejní nahrávky ukazují, že tehdejší šéf DPMLJ Luboš Wejnar, který dříve pracoval právě pro BusLine, poslušně plnil Vařilovy příkazy."

„Jiří Vařil v BusLine oficiálně působil v minulosti, pak se z orgánů firmy stáhl. Veřejným tajemstvím, ale je, že podnikatel, který dříve působil za KSČM v dopravním výboru Libereckého kraje, firmu ve skutečnosti ovládá."

Ing. Luboš Wejnar pak dle zápisu z jednání valné hromady DSOJ (Dopravní sdružení obcí Jablonecka) ze dne 6. listopadu 2018 dostupné na webu www.mestojablonec.cz[4] v rámci bodu 1 „Schválení objednávky právního posouzení smlouvy s DPMLJ" prosazoval právě akceptování nabídky AK Fiala, Tejkal s důrazem na zkušenosti z oblasti veřejné dopravy a to i v Libereckém kraji.

Výše popsané skutečnosti mohou svědčit o případném střetu zájmů mezi skupinou BusLine a AK Fiala, Tejkal a tedy i o tom, že je porušován § 44 ZZVZ.

II. část – možná konkrétní pochybení Zadavatele v zadávacím řízení

Konkrétně pak ke shora uvedené Veřejné zakázce resp. k určitým částem veřejné zakázky TI uvádí, že Zadavatel mj. vyloučil dodavatele ČSAD Ústí nad Orlicí, a.s. (IČO: 601 08 851, dále jen „Vyloučený dodavatel/Dodavatel"), ke kterému došlo na základě „Rozhodnutí zadavatele o vyloučení účastníka zadávacího řízení z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 3 ZZVZ" (dále jen „Rozhodnutí o vyloučení"). Z odůvodnění Rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že Zadavatel vyloučil Dodavatele z účasti v zadávacím řízení k předmětným částem Veřejné zakázky s odůvodněním, že jakožto účastník zadávacího řízení mj. údajně nesplnil podmínky účasti v zadávacím řízení, když neprokázal poskytnutí a nezajistil Zadavatelem požadovanou jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty. Tento závěr je pak detailněji odůvodněn tak, že:

[4] https://www.mestojablonec.cz/filemanager/files/22716.pdf

(i.) Vyloučený dodavatel údajně „nesplnil … zadávací podmínku, aby v případě předložení jedné záruční listiny s kumulovanou výší jistoty za všechny části záruční listina obsahovala sublimity pro jednotlivé části a ve spojení s dále uvedeným nesplnil zadávací podmínku, aby jistota byla pro každou část poskytnuta v souladu se zákonem a zejména tak, aby v každé části byla poskytnuta po celou dobu trvání zadávací lhůty“

a že

(ii.) ve Vyloučeným dodavatelem předložené záruční listině, tj. v bankovní záruce, má být údajně nejednoznačně použit pojem „zadávací řízení“, pročež dle Zadavatele údajně „nejsou naplněny funkce, smysl a účel poskytnutí jistoty zakotvené zákonem a právo Zadavatele na plnění z jistoty podle § 41 odst. 8 zákona ve všech částech po celou dobu zadávací lhůty“.

Požadavek na uvedení sublimitů pro jednotlivé části je požadavkem směřujícím na formální stránku zpracování nabídky a o kvalitě nabízeného předmětu plnění či jeho realizaci nevypovídá. Z tohoto důvodu je vyloučení Dodavatele formalistickým krokem a dle názoru TI by nemělo být neuvedení těchto sublimitů důvodem pro vyloučení jakéhokoliv dodavatele ze zadávacího řízení. Vyloučený dodavatel předložil originál záruční listiny, když se tento týká jistoty ve výši součtu všech částek jistoty stanovených pro jednotlivé části Veřejné zakázky, na které Vyloučený dodavatel podal nabídky (v souladu s článkem 6 zadávací dokumentace).

Účelem záruční listiny (bankovní záruky) jsou dle komentářové literatury zejména selekce dodavatelů se skutečným zájmem, zajišťovací funkce pro vyšší míru právní jistoty zadavatele a pro motivaci účastníka k plnění povinností, zajištění prostředku k pokrytí případné újmy zadavatele a pro ověření schopnosti dodavatele dostát svým závazkům.

Skutečnost, že bankovní záruka (záruční listina) neobsahuje uvedení sublimitů pro jednotlivé části Veřejné zakázky, nemá dle názoru TI žádný relevantní vliv na práva a právní postavení Zadavatele pro něj vyplývající z bankovní záruky. Neuvedení sublimitů v záruční listině žádným způsobem nezkracuje práva Zadavatele z poskytnuté bankovní záruky a nemá žádný dopad na účel poskytnuté jistoty. Cílem poskytnuté jistoty je plnění povinností Vyloučeného dodavatele plynoucích z jeho účasti v zadávacím řízení a tento cíl bankovní záruka ve vztahu k Vyloučenému dodavateli jednoznačně naplnila.

TI má naopak za to, že postavení Zadavatele vyplývající z bankovní záruky (záruční listiny) bez uvedení sublimitů pro jednotlivé části Veřejné zakázky je pro Zadavatele zcela výhodnější, když je daná banka povinna Zadavateli plnit až do celkové výše 12.800.000,- Kč bez jakéhokoliv omezení.

Sám ÚOHS k formálním požadavkům na zpracování nabídky ve svém stanovisku ze dne 30. 9. 2016 uvádí, že: *„…smyslem zákona je nastavit taková pravidla, aby byl zadavatel schopen získat ekonomicky nejvýhodnější nabídku,… jestliže se už zadavatel rozhodne některé z formálních požadavků na zpracování nabídek v podmínkách zadávacího řízení uvést, je vhodné formulovat takové požadavky pouze jako doporučující, jejichž nesplnění nebude mít za následek vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení.“*

S ohledem právě i na uvedené vyjádření ÚOHS zastává TI názor, že nestanovení sublimitů v bankovní záruce/záruční listině by nemělo být důvodem pro vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení, když tato úprava nemá žádný vliv na účel a smysl poskytnuté jistoty.

TI je dále přesvědčena, že Zadavatel, i kdyby trval na uvedení sublimitů, měl aplikovat ustanovení § 46 ZZVZ.

Zadavatel by měl dle TI tak zásadní rozhodnutí jako je vyloučení určitého dodavatele mít opřené o jasné podklady, když by bylo vhodné rozlišovat různé situace, ve kterých lze ustanovení § 46 ZZVZ využít. Např. kdyby některý dodavatel jistotu vůbec neposkytl (nepředložil dokumenty), vyloučení se nabízí. Oproti tomu je zde situace Vyloučeného dodavatele, který záruční listinu předložil, nicméně Zadavatel měl u ní pochybnosti o její výši apod.

TI má za přiléhavé rozhodnutí Krajského soudu v Brně[5], který dovodil zadavatelovu povinnost a uvedl, že: *„… Zadavatel musí mít po podání nabídek najisto postaveno, zda nabídky vyhovují zadávacím podmínkám, tedy musí mít spolehlivý podklad pro svůj jednoznačný závěr, zda nabídka může být úspěšně posouzena, jde-li o nejasnost, která ve svém důsledku způsobuje, že ani zadavatel si není jistý, v jaké fázi zadávacího řízení se má tato nejasnost projevit, a jde-li zároveň o nejasnost, která už na první pohled vyvolává dojem, že*

[5] Rozsudek Krajského soudu v Brně, sp. zn. 62 Af 50/2010 ze dne 6. 10. 2011

uchazeč se v části své nabídky dopustil chyby, tedy o nejasnost již na první pohled zřejmou, lehce popsatelnou a zároveň vysoce pravděpodobně lehce vysvětlitelnou, pak je zadavatel povinen si uvedenou nejasnost nechat uchazečem vysvětlit, a tím ji odstranit."

Dále lze v souvislosti s povinností Zadavatele postupovat dle ustanovení § 46 ZZVZ odkázat též na rozhodnutí ÚOHS[6], které ve svém bodě 92. uvádí: *„Přestože výzva dle § 46 odst. 1 zákona je právem zadavatele, nikoli jeho povinností, neboť nelze považovat za rozporné se zákonem, pokud dojde k vyloučení účastníků zadávacího řízení v případě, že některé údaje, doklady, vzorky nebo modely objektivně nesplňují či neodpovídají zadávacím podmínkám nebo nebyly ve stanovené lhůtě předloženy (viz § 48 odst. 2 zákona), může nastat situace, kdy účastník sice předložil vše, co zadavatel vyžadoval, avšak některé informace či doklady nejsou jednoznačné, srozumitelné, či nejsou úplné, a to z hlediska jejich obsahu nebo i formy, a zadavatel tak má pochybnost o tom, zda jsou podmínky účasti skutečně splněny, přičemž k jejich objasnění či doplnění má směřovat právě ustanovení 46 odst. 1 zákona, kdy je v takovém případě na místě, aby zadavatel učinil náležité kroky k tomu, aby měl spolehlivý závěr o tom, zda nabídka účastníka skutečně vyhovuje všem podmínkám účasti."*

V bodě 114. totožného rozhodnutí pak stojí: *„S ohledem na výše uvedené tak v šetřeném případě nastala situace, kdy navrhovatel sice předložil vše, co zadavatel vyžadoval, avšak z výše uvedených důvodů zadavateli vznikla pochybnost, zda jsou všechny podmínky účasti skutečně splněny, přičemž využitím institutu objasnění a doplnění nabídky zadavatel postupoval nejenom v souladu s bodem 5.3.3 zadávací dokumentace, ale také v souladu s dosavadní rozhodovací praxí, podle níž musí mít zadavatel spolehlivý podklad pro svůj jednoznačný závěr, zda nabídka účastníka splňuje všechny stanovené podmínky, či nikoli, a rovněž v souladu se smyslem ustanovení § 46 odst. 1 zákona, když poskytnutí či neposkytnutí požadovaného objasnění či doplnění mělo v daném případě vliv na další průběh zadávacího řízení, a tudíž bylo pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení nezbytné."*

TI v návaznosti na výše uvedené odkazuje též na rozhodnutí ÚOHS , kdy se v bodě 69. uvádí: *„Přestože § 59 odst. 4 zákona dává zadavateli oprávnění, nikoliv povinnost vyzvat zájemce k objasnění kvalifikace (jak podotkl též Úřad v bodě 96. odůvodnění napadeného rozhodnutí), mám za to, že zde byly ve fázi posuzování kvalifikace relevantní důvody pro jeho využití,*

[6] Rozhodnutí ÚOHS ze dne 3.10.2018, č.j. ÚOHS-S0318/2018/VZ-28579/2018/541/SLa

neboť nebylo možno jednoznačně rozhodnout, zda reference Sliač spadá do rozhodného období.“ a v bodě 70. je uvedeno, že: „Zásadní moment však v dané věci představuje skutečnost, že zadavatel všechny ostatní zájemce o veřejnou zakázku k objasnění kvalifikace podle § 59 odst. 4 zákona vyzval, z toho některé i opakovaně. Z protokolu o posouzení kvalifikace vyplývá, že mezi zjištěné nedostatky v prokazování kvalifikace patřily převážně vady subdodavatelských smluv. V pořadí šestý zájemce o veřejnou zakázku, jehož doklady neodpovídaly stanoveným kvalifikačním podmínkám, však vyhověl kvalifikačním předpokladům dokonce až tím, že „doplnil nového subdodavatele včetně všech povinných dokladů pro řádné splnění kvalifikace“. Za daných okolností se plně ztotožňuji s argumentací Úřadu v bodě 97. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v němž Úřad konstatoval, že ***z hlediska dodržení zásady rovného zacházení „musí být dána každému dodavateli stejná možnost napravit každý jednotlivý zadavatelem zjištěný nedostatek obsažený v jeho žádosti o účast týkající se prokázání splnění kvalifikace.“***

Konečně Vyloučený dodavatel měl být, pokud měl Zadavatel pochybnosti o dostatečnosti jistoty a platnosti nebo výkladu bankovní záruky/záruční listiny, vyzván dle ustanovení § 46 ZZVZ tím spíše, že dle veřejně dostupných informací byli jiní dodavatelé zřejmě dle tohoto předmětného ustanovení vyzváni k doplnění či objasnění nabídek. Tento závěr vychází z Tiskové zprávy Zadavatele ze dne 18. 6. 2019, ve které se uvádí: *„Rada kraje dnes schválila výběr dodavatele linkové dopravy na Královédvorsku. Nejlepší nabídku pro tuto oblast předložila společnost BusLine KHK, s. r. o. Vedle toho jsme rozhodli o vyloučení dvou uchazečů z celkem šesti oblastí z důvodu nedodržení podmínek zadávací dokumentace. Nabídky pro všechny zbylé oblasti posoudíme po jejich doplnění, k čemuž jsme uchazeče vyzvali,“* uvedl první náměstek hejtmana Martin Červíček.

Na základě výše uvedených argumentů je TI přesvědčena, že zrušení Veřejné zakázky ze strany ÚOHS bylo z mnoha důvodů oprávněné a mělo by být potvrzeno i v druhoinstančním rozhodování.

S pozdravem

……

Transparency International – Česká republika, o. p. s.
David Ondráčka
ředitel

Informace o TI:

Transparency International – Česká republika, o.p.s.

Sokolovská 260/143

180 00 Praha 8

IČ: 272 15 814

posta@transparency.cz

Datová schránka ID: 8vzj3s2

Odesláno prostřednictvím systému datových schránek