



UOHSX00ELIJ

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0037/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-10877/2021/163/MPe

Brno 14.04.2021

V řízení o rozkladu ze dne 12. 2. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **ALTAIR SOFTWARE s.r.o.**, IČO 28350511, se sídlem Havelkova 90/6, 779 00 Olomouc
proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-03495/2021/500/Alv ze dne 28. 1. 2021 vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0388/2020/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –
- **město Písek**, IČO 00249998, se sídlem Velké náměstí 114/3, 397 01 Písek, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 12. 10. 2020 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, Nové Město 110 00 Praha,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Dodávka SW – systému pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany II**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 5. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 5. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-018267, ve znění opravy uveřejněné dne 10. 6. 2020,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-03495/2021/500/Alv ze dne 28. 1. 2021 vydané v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0388/2020/VZ

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel dne 1. 10. 2020 návrh (dále jako „**návrh**“) navrhovatele – ALTAIR SOFTWARE s.r.o., IČO 28350511, se sídlem Havelkova 90/6, 779 00 Olomouc, (dále jako „**navrhovatel**“) – z téhož dne na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – město Písek, IČO 00249998, se sídlem Velké náměstí 114/3, 397 01 Písek, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 12. 10. 2020 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, Nové Město 110 00 Praha, (dále jako „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Dodávka SW – systému pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany II“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 5. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 5. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-018267, ve znění opravy uveřejněné dne 10. 6. 2020, (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Dnem 1. 10. 2020, kdy Úřad obdržel shora uvedený návrh, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
3. Zadavatel v nyní projednávaném zadávacím řízení obdržel celkem dvě nabídky, a to nabídku navrhovatele a společnosti DATASYS s.r.o., IČO 61249157, se sídlem Jeseniova 2829/20, 13 000 Praha 3.

¹Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

4. Dne 27. 8. 2020 obdržel navrhovatel Oznámení o výběru dodavatele a o vyloučení dodavatele z téhož dne (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení dodavatele**“), na základě kterého byl navrhovatel vyloučen ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Týmž dokumentem rozhodl zadavatel rovněž o výběru vybraného dodavatele – společnosti DATASYS s.r.o., IČO 61249157, se sídlem Jeseniova 2829/20, 13 000 Praha 3.
5. Proti rozhodnutí o vyloučení dodavatele obdržel zadavatel dne 10. 9. 2020 námitky navrhovatele z téhož dne, které rozhodnutím o námitkách ze dne 21. 9. 2020 odmítl. Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno téhož dne. Proti rozhodnutí zadavatele o námitkách podal navrhovatel návrh na zahájení správního řízení.
6. Návrhem navrhovatel namítal, že nebyly splněny podmínky dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Dle navrhovatele zadavatel neuvedl v oznámení o vyloučení, z jakého důvodu považuje údajná pochybení navrhovatele způsobená při plnění veřejné zakázky s názvem „*Zefektivnění chodu Městského úřadu Písek*“, a to její části 3 s názvem „*Dodávka SW – systému pro řízení vztahu s občany, informační platformy pro plošná témata města a komunikační platformy pro občany*“, která byla zveřejněna ve Věstníku veřejných zakázek zadavatelem (totožným jako v nyní projednávané veřejné zakázce) dne 16. 8. 2018 pod č. Z2018-027992, (dále jen „**předcházející zadávací řízení**“ nebo také „**dřívější veřejná zakázka**“), za závažná či dlouhodobá. Navrhovatel navíc uvedl, že se tvrzených pochybení nedopustil, neboť mobilní aplikace byly od prosince 2019 dostupné (minimálně pro operační systém Android ve verzi 4.2 a novější). Pro operační systém iOS byly dostupné od ledna 2020, a to ve verzi 13.2 a novější, neboť není dle navrhovatele pro tento operační systém podporována zpětná kompatibilita verzí (o čemž byl zadavatel dle slov navrhovatele vyrozuměn). Navrhovatel v návrhu dodal, že zadavatel neuvedl v předcházejícím zadávacím řízení v rámci žádného z akceptačních protokolů výhradu k plnění poskytnutému navrhovatelem, naopak je odmítal podepsat úplně. Navrhovatel v důsledku neposkytnutí součinnosti ze strany zadavatele při podpisu akceptačních protokolů nemohl vystavit faktury za poskytnuté plnění, a předat tak plnění do pilotního provozu. S ohledem na porušení smlouvy, a to konkrétně čl. 2.3 písm. b) smlouvy, odstoupil navrhovatel od smlouvy, a to před odstoupením zadavatele. Vzhledem k tomu, že navrhovatel odstoupil od smlouvy dříve než zadavatel, není dle navrhovatele splněna ani podmínka existence kvalifikovaného následku ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
7. Navrhovatel návrhem navrhoval, aby Úřad rozhodnutí o vyloučení pro nepřezkoumatelnost a nezákonnost zrušil, neboť nebyly naplněny podmínky pro jeho vyloučení.
8. Zadavatel k návrhu uvedl, že navrhovatel byl v přecházejícím zadávacím řízení v prodlení s dodáním mobilních aplikací pro operační systém Android ve verzi 4.2 a novější a pro operační systém iOS ve verzi 8 a novější. V prodlení byl déle než 2 měsíce. Zadavatel uvedl, že k předání mobilních aplikací došlo až koncem roku 2019 pro Android a začátkem roku 2020 pro iOS, avšak nikoliv ve verzích způsobilých pro testování, tedy ve verzích požadovaných. O nemožné kompatibilitě s nižší verzí pro operační systém iOS navrhovatel nesdělil zadavateli žádné informace. Zároveň dle zadavatele nedošlo k dodání dokumentace a k provedení školení administrátorů. Pochybení navrhovatele při plnění předcházející veřejné zakázky tak vedla ke vzniku kvalifikovaného následku předvídanému v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a tedy k odstoupení od smlouvy. Zadavatel závěrem konstatoval,

že s ohledem na nezpůsobilost navrhovatele plnit řádně a včas, jak se ukázalo při plnění předcházející veřejné zakázky, rozhodl o vyloučení navrhovatele z účasti na zadávacím řízení.

9. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-37038/2020/500/JBě ze dne 19. 11. 2020 Úřad nařídil k zajištění účelu vedeného správního řízení zadavateli předběžné opatření podle § 61 odst. 1 správního řádu spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.

K předcházejícímu zadávacímu řízení

10. Zadavatel dne 1. 4. 2019 uzavřel s navrhovatelem „Smlouvu o dodávce software“ („**smlouva**“), na základě výsledku zadávacího řízení na zadání dřívější veřejné zakázky. Zadavatel následně Odstoupením od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 (dále jen jako „**odstoupení zadavatele**“) odstoupil, neboť navrhovatel byl v prodlení s plněním delším než 2 měsíce, přičemž ve stanoveném datu nedodal mobilní aplikace pro operační systém Android a iOS v požadovaných verzích. Zadavatel zaslal předmětné odstoupení od smlouvy navrhovateli e-mailem a následně také prostřednictvím poskytovatele poštovních služeb. Listinná podoba odstoupení zadavatele byla navrhovateli doručena dne 5. 3. 2020. Navrhovatel dne 3. 3. 2020 odstoupil od smlouvy (dále jen „**odstoupení navrhovatele**“) z důvodu neposkytnutí součinnosti ze strany zadavatele při plnění, zejména pak z důvodu nepodepsání akceptačních protokolů.
11. V důsledku odstoupení od smlouvy zadavatel vypsál nové zadávací řízení, a to zadávací řízení na nyní projednávanou veřejnou zakázku.

II. Napadené rozhodnutí

12. Dne 28. 1. 2021 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-03495/2021/500/Alv vydané v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0388/2020/VZ (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
13. Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl tak, že se návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
14. Úřad v tomto případě shledal, že navrhovatel byl zadavatelem ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona oprávněně vyloučen z účasti na zadávacím řízení. Pochybeními navrhovatele při plnění dřívější veřejné zakázky spočívajícími v nedodání mobilní aplikace ve verzi způsobilé k testování pro operační systém Android 4.2 a novější, a také pro operační systém iOS 8 a novější, došlo k naplnění všech podmínek pro možnou aplikaci daného ustanovení zákona. Zejména pak byla naplněna podmínka subjektu smluvního vztahu, časová podmínka 3 let, rovněž pak také podmínka kvalifikovaného následku vytýkaného pochybení v podobě odstoupení od smlouvy na plnění dřívější veřejné zakázky. Úřad konstatoval, že uvedená pochybení jsou závažná, neboť se jedná o porušení smluvního ujednání, které je spojeno navíc s uložení sankce (smluvní pokuty). Závažnost daných pochybení Úřad dovodil z toho, že nedodáním mobilních aplikací nemohl být naplněn požadovaný cíl smlouvy.
15. K odstoupení od smlouvy Úřad uvedl, že nemá pochybnosti o dřívějším odstoupení od smlouvy ze strany zadavatele. E-mail obsahující dokument o odstoupení od smlouvy nemusí být opatřen elektronickým podpisem (jak tvrdí navrhovatel). Z hlavičky e-mailu je navíc zřejmé, kdo byl odesílatelem a kdo adresátem. Úřad dále doplnil, že dokument doručený e-mailem se považuje za doručený dnem dodání e-mailu do e-mailové schránky adresáta (tedy dnem, kdy se dostal do sféry adresáta), což bylo dne 2. 3. 2020. Předmětné

vyplývá zejména z automatických odpovědí adresátů. Navrhovatel odstoupil od smlouvy prokazatelně až dne 3. 3. 2020.

16. Úřad dále shledal, že pochybení uvedené v oznámení o vyloučení navrhovatele spočívající v neprovedení nezbytného školení uživatelů software a jeho administrátorů není pochybením ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad se pro nesplnění podmínek kladených dle předmětného ustanovení zákona rovněž nezabýval vytýkaným pochybením spočívajícím v nedodání dokumentace ve smyslu čl. 1.1 písm. l), resp. čl. 23.7 smlouvy ze dne 1. 4. 2019, jelikož zadavatel blíže nespécifikoval, o jaké konkrétní dokumenty se jedná.

III. Rozklad navrhovatele

17. Dne 12. 2. 2021 podal navrhovatel k předsedovi Úřadu rozklad z téhož dne proti napadenému rozhodnutí, které mu bylo doručeno dne 28. 1. 2021. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

18. Navrhovatel ve svém rozkladu předně uvádí, že Úřad nesprávně posoudil otázku týkající se toho, zda zadavatel platně odstoupil od smlouvy na plnění dřívější veřejné zakázky, a tedy i nesprávně posoudil, zda měl být navrhovatel v nyní projednávaném zadávacím řízení vyloučen. Navrhovatel namítá, že e-mail obsahující odstoupení zadavatele nebyl opatřen zaručeným elektronickým podpisem. E-mail navíc nebyl zaslán z žádného ze smlouvou stanoveného e-mailu. V důsledku těchto okolností proto nemohl nastat kvalifikovaný následek ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona. K předčasnému ukončení smluvního vztahu totiž nedošlo ze strany zadavatele, nýbrž ze strany navrhovatele, který odstoupil od smlouvy dne 3. 3. 2020. Navrhovatel dodává, že zadavatelovo odstoupení mu bylo doručeno v listinné podobě poštou až dne 5. 3. 2020. Tím, že navrhovatel odstoupil od smlouvy dříve, nevyvolává následné odstoupení ze strany zadavatele žádné právní účinky, jelikož smlouva zanikla již odstoupením ze strany navrhovatele. Navrhovatel dodává, že v tomto případě nevznikl ani jiný kvalifikovaný následek, neboť zadavatel nemá nárok na tvrzenou smluvní pokutu. Navrhovatel setrvává na názoru, že neporušil povinnost provést plnění či jeho dílčí části dle smlouvy a nedostal se tak do prodlení s plněním. Naopak navrhovatel trvá na tom, že ze strany zadavatele nebyla poskytnuta součinnost dle smlouvy, zejména nedošlo k podpisu akceptačních protokolů a sdělení preferovaného termínu pro školení, v důsledku čehož navrhovatel odstoupil od smlouvy.

Závěr rozkladu

19. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Vyjádření zadavatele k rozkladu

20. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 22. 2. 2021 uvedl, že napadené rozhodnutí je věcně správné, vystavené na základě úplných skutkových zjištění a zabývá se všemi návrhovými body. Zadavatel proto považuje rozklad navrhovatele za nedůvodný.
21. Navrhovatel byl povinen předat zadavateli k testování do akceptačního řízení dílčí části plnění (předmětné mobilní aplikace) dle časového harmonogramu nejpozději dne

12. 9. 2019. Nicméně navrhovatel zadavateli předmětné dílčí části plnění, které by byly způsobilé k testování v akceptačním řízení, nepředal. Zadavatel proto nemohl přistoupit k provedení testů, resp. k samotnému zahájení akceptačního řízení. Pokud tedy zadavatel akceptační řízení nezahájil (a zahájit ani nemohl), nemohl z podstaty věci ani podepsat akceptační protokoly, jež akceptační řízení završují. Zadavatel uznává, že navrhovatel předal zadavateli některé dílčí části plnění (části Softwaru) k první fázi akceptačního řízení, tedy k testování. Předané dílčí části ovšem nebyly předány celé, resp. byly předány bez mobilní aplikace, která tvoří podstatnou a neoddělitelnou součást prakticky všech jednotlivých dílčích částí plnění. To, co bylo předáno, obsahovalo dle zadavatele zcela excesivní množství vad. Dílčí část plnění s názvem „Komunikační platforma“, měla být celá poskytnuta pouze jako mobilní aplikace, a tedy nebyla předána vůbec. Jedná se přitom o více než jednu třetinu hodnoty celého plnění. Předané plnění tedy nebylo dle zadavatele způsobilé ani k zahájení testování, natož pilotního provozu, tím spíše tedy nebylo způsobilé k tomu, aby k němu probíhalo školení. Vzhledem k nedostatkům předaného plnění zadavatel nemohl navrhovateli poskytnout součinnost spočívající v podpisu akceptačních protokolů či uskutečnění školení.

22. Zadavatel dále uvedl, že: *„Navrhovatel se snaží účelově dovozovat, že v posuzovaném případě odstoupil od Smlouvy dříve než Zadavatel, a podmínky § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ tedy nejsou naplněny. Toto z ničeho nevyplývá. Pro naplnění podmínek § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ je relevantní, že došlo k zániku závazku a otázka, zda bylo dřív účinné odstoupení Zadavatele či Navrhovatele je prakticky nepodstatná. Rozhodné je, že Zadavatel dostatečně jasně projevili svou vůli od Smlouvy odstoupit, navíc vůči Navrhovateli uplatnil smluvní sankci.“* Zadavatel se domnívá, že prokázal skutečnosti týkající se odstoupení od smlouvy, a dále se ve svém vyjádření vyjadřuje k námitkám týkajícím se doručení odstoupení zadavatele.
23. Dne 1. 3. 2021 obdržel Úřad rovněž doplnění vyjádření zadavatele k rozkladu, v němž tento informuje Úřad o dalších skutečnostech, ze kterých plyne, že navrhovatel se dopustil nejen pochybení vůči zadavateli, ale i vůči jiným veřejným zadavatelům. Zadavatel dále uvádí, že tyto informace neměl v době podání vyjádření k rozkladu k dispozici, proto je podává nyní, a to s ohledem dokreslení celkového obrazu o nezpůsobilosti navrhovatele.
24. Zadavatel ve vyjádření navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

V. Řízení o rozkladu

25. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 a podle § 88 odst. 1 správního řádu, a proto předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

26. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

27. Úřad tím, že rozhodl tak, jak je uvedeno ve výročí napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a k zamítnutí rozkladu navrhovatele.

VI. K námitkám rozkladu

28. Navrhovatel rozkladem předně namítá, že Úřad nesprávně právně posoudil otázku týkající se toho, zda zadavatel platně odstoupil od smlouvy.
29. Dle navrhovatele rovněž nebyly splněny podmínky pro vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

K odstoupení od smlouvy

30. Předně je nutné uvést, že předmětem posouzení je primárně úkon zadavatele spočívající ve vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na nyní projednávanou veřejnou zakázku. Nicméně účastníci činí sporné rovněž okolnosti týkající se odstoupení od smlouvy uzavřené jako výsledek předcházejícího zadávacího řízení, zejména platnost odstoupení zadavatele. Jelikož je předmětné odstoupení od smlouvy chápáno jako kvalifikovaný následek ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona, je z povahy věci vhodné se vypořádat taktéž s námitkami týkajícími se předmětného odstoupení. Nutno ovšem podotknout, že Úřad nemá danou pravomoc posuzovat oprávněnost (zákonnost) odstoupení od smlouvy. Tím spíše by danou oprávněnost zkoumat neměl, jestliže zadavatel dostatečně přesvědčivě prokazuje existenci závažného či dlouhodobé pochybení, s nímž je následek v podobě předčasného ukončení smluvního vztahu spojen. Obdobné vyplývá i z rozsudku Krajského soudu ze dne 1. 7. 2020, č. j. 29 Af 63/2019-77. Pravomoc přezkoumat zákonost odstoupení od smlouvy náleží soudům v civilním soudnictví. Úřad předmětné ovšem může posoudit jako předběžnou otázku a učinit si o ní úsudek².
31. V této části rozhodnutí proto bude nejprve vypořádána předběžná otázka týkající se platnosti odstoupení zadavatele, tedy naplnění podmínky kvalifikovaného následku předčasného ukončení smluvního vztahu.
32. Podle § 57 odst. 1 písm. c) správního řádu platí, že jestliže vydání rozhodnutí závisí na řešení otázky, jež nepřísluší správnímu orgánu rozhodnout a o které nebylo dosud pravomocně rozhodnuto, správní orgán si o ní může učinit úsudek; správní orgán si však nemůže učinit úsudek o tom, zda byl spáchán trestný čin, přestupek nebo jiný správní delikt a kdo za něj odpovídá, ani o otázkách osobního stavu.
33. V daném případě se nejedná o posouzení viny za spáchání trestného činu či přestupku, ani o posouzení otázek osobního stavu, a proto Úřad může věc posoudit ve smyslu výše uvedeného ustanovení správního řádu.

² Pro doplnění lze odkázat například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 5. 2014, č. j. 2 Afs 23/2013 – 39, dle kterého si může Úřad učinit úsudek o jednání zadavatele či jednotlivých uchazečů, které spadá do soukromoprávní roviny. Obdobné plyne také z rozhodovací praxe Úřadu, a to například z rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 16. 7. 2019, č. j. ÚOHS-R0083/2019/VZ-19427/2019/322/JSu/PJe nebo z rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 26. 7. 2019, č. j. ÚOHS-R0094/2019/VZ-20562/2019/323/MBr.

34. Ze skutkových zjištění shrnutých Úřadem v bodech 114 – 121 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že zadavatel zaslal odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 téhož dne e-mailem, a to prostřednictvím svého právního zástupce JUDr. Csaba Csorba (csaba.csorba@havelpartners.cz). E-mail s odstoupením od smlouvy ze dne 2. 3. 2020, vč. přípisu z téhož dne zaslal právní zástupce spolu s plnou mocí na e-mailovou adresu kontaktní osoby navrhovatele. Příjemcem e-mailu byl (...), (...), (...). Dne 2. 3. obdržel právní zástupce zadavatele taktéž automatickou odpověď z e-mailové schránky (...), v níž bylo uvedeno, že: „[...] *thank you very much for your email. Unfortunately I am out of the office and won't be able to respond to your message. I will reply to your email as soon as possible. If you need any assistance in the meantime, we'd love to help*“. V tomto případě se jednalo o automatickou odpověď v případě nepřítomnosti adresáta. Následně bylo právnímu zástupci doručeno potvrzení o doručení e-mailové zprávy (...) a (...). Notifikace o doručení (...) nebyla zaslána. Ze správního spisu dále plyne, že kontaktní osoby navrhovatele jsou uvedeny v příloze č. 4 smlouvy. Kontaktními osobami navrhovatele byly uvedeny: pro uzavírání a změny Smlouvy, pro věcné plnění dle Smlouvy, organizační zabezpečení činností souvisejících s plněním Smlouvy – (...), pro fakturaci – (...).
35. Dle zjištění Úřadu uvedeného v bodě 139 odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatel následně zaslal odstoupení od smlouvy ze dne 2. 3. 2020 také prostřednictvím provozovatele poštovních služeb, a to dne 3. 3. 2020. Tato zásilka byla navrhovateli doručena dne 5. 3. 2020. Ze správního spisu rovněž plyne, že na eventuální odstoupení od smlouvy byl navrhovatel upozorněn již v přípise zadavatele ze dne 19. 12. 2019. Navrhovatel taktéž odstoupil od smlouvy, a to dne 3. 3. 2020, přičemž dokument obsahující odstoupení od smlouvy předal osobně na podatelnu zadavatele, a také jej zaslal jako datovou zprávu prostřednictvím datové schránky.
36. Navrhovatel v rozkladu předně namítá, že k odstoupení ze strany zadavatele nedošlo platně. Dle navrhovatele nikdo z kontaktních osob neobdržel e-mail ze dne 2. 3. 2020 obsahující předmětné odstoupení zadavatele. Daný e-mail nebyl rovněž zaslán žádnou z osob zastupujících zadavatele dle smlouvy. E-mail obsahující dokument Odstoupení od smlouvy ze strany zadavatele nebyl navíc dle navrhovatele opatřen zaručeným elektronickým podpisem. E-mail také nebyl zaslán z žádného ze smlouvou stanoveného e-mailu kontaktní osoby zadavatele. Navrhovatel proto namítá, že k tvrzenému předčasnému ukončení smluvního vztahu zadavatelem před odstoupením od smlouvy ze strany navrhovatele nedošlo.
37. Pro posouzení dané věci je nezbytné (kromě výše zjištěných skutečností) vycházet z toho, jaký způsob doručování písemností si účastníci ve smlouvě stanovili. Podle § 559 zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OZ“) má každý právo zvolit si pro právní jednání libovolnou formu, není-li ve volbě formy omezen ujednáním nebo zákonem. V tomto případě si zadavatel a navrhovatel ujednáním ve smlouvě stanovili způsob doručování dokumentů. V čl. 20.4 smlouvy je uvedeno, že „*není-li v této Smlouvě výslovně stanovena jiná forma pro doručování dokumentů anebo jiných právních jednání, lze takové dokumenty a jednání doručit v elektronické formě na emailovou adresu příslušné Kontaktní osoby, prostřednictvím datové zprávy zasláné v rámci ISDS anebo v listinné podobě.*“ Z výše uvedeného tedy plyne, že doručování dokumentů mezi zadavatelem a navrhovatelem bylo možné uskutečnit e-mailem, prostřednictvím datové

zprávy anebo v listinné podobě. Pro posouzení daného případu je nezbytné také zhodnotit, zda lze za dokument ve smyslu výše uvedeného považovat také odstoupení od smlouvy, tedy dokument způsobující zánik závazku bez jeho splnění.

38. K uvedené otázce lze konstatovat, že ve smlouvě není pro případ zániku závazku stanovena výslovně jiná forma pro doručování. Ačkoliv tedy navrhovatel dovozuje (viz bod 28 rozkladu) povinnost listinné podoby pro případ zániku závazku (a to z čl. 27.3 smlouvy), nelze tomuto přisvědčit. Z předmětného článku toliko vyplývá nutnost písemné formy pro případ změny smlouvy, nikoliv zániku. Tvrzení navrhovatele z jazykového vyjádření daného článku smlouvy nevyplývá, taktéž dikce OZ tvrzení navrhovatele nepodporuje. Z § 564 odst. 1 OZ totiž plyne, že vyžaduje-li **zákon**³ pro právní jednání určitou formu, lze obsah právního jednání změnit projevem vůle v téže nebo přísnější formě; vyžaduje-li tuto formu **jen ujednání stran**⁴, lze obsah právního jednání změnit i v jiné formě, pokud to ujednání stran nevyklučuje. Z citovaného ustanovení OZ se podává, že vyžaduje-li něco zákon, je nutné jednat ve stejné či přísnější formě, obdobné ovšem neplatí pro ujednání stran. V daném případě forma pro doručování dokumentů byla stanovena ujednáním stran ve smlouvě, přičemž jedinou výjimkou z tohoto ujednání byla změna smlouvy v podobě písemných dodatků v listinné podobě. Nebylo tedy nutností, jak se snaží dovodit navrhovatel, aby odstoupení od smlouvy bylo doručeno písemně v listinné podobě. Zaslání odstoupení od smlouvy jakožto přílohy e-mailu, nemá se zřetelem k výše uvedenému na platnost tohoto odstoupení vliv. Ostatně také z § 562 odst. 1 OZ plyne, že písemná forma je zachována i při právním jednání učiněném elektronickými nebo jinými technickými prostředky umožňujícími zachycení jeho obsahu a určení jednajících osoby. V tomto případě si navíc strany smlouvy ujednaly, že doručování elektronickou formou na e-mail kontaktní osoby je jednou z možností komunikace (viz čl. 20.4 smlouvy, citováno výše).
39. Sporné mezi stranami nadále zůstává to, zda k doručení daného dokumentu vůbec došlo. K výše uvedeným námitkám lze konstatovat, že kontaktní osoby prokazatelně obdržely e-mail s odstoupením zadavatele ze dne 2. 3. 2020, jak je ostatně patrné ze shrnutí zjištěných okolností v bodě 34 odůvodnění tohoto rozhodnutí a taktéž ze správního spisu. Ze správního spisu je totiž patrné, že právní zástupce zadavatele s doloženou plnou mocí (což zcela postačuje) zaslal e-mail obsahující odstoupení zadavatele kontaktním osobám navrhovatele uvedeným ve smlouvě. E-mail byl sice zaslán také jedné osobě (...), která nebyla výslovně ve smlouvě jako kontaktní osoba uvedena, avšak tato skutečnost nemá na posouzení věci vliv. Podstatné v daném případě je, že se odstoupení zadavatele dostalo do právní sféry kontaktních osob uvedených ve smlouvě. Tvrdí-li dále navrhovatel, že e-mail obsahující odstoupení zadavatele od smlouvy nebyl opatřen zaručeným elektronickým podpisem, nelze tomuto přisvědčit. Jak ostatně konstatoval Úřad již v bodě 136 odůvodnění napadeného rozhodnutí, zadavatel nebyl povinen opatřit předmětný e-mail kvalifikovaným podpisem. Ostatně žádná předcházející elektronická komunikace mezi zadavatelem a navrhovatelem nebyla opatřena elektronickým podpisem. V neposlední řadě také nelze přisvědčit tvrzení navrhovatele, že e-mail nebyl zaslán zadavatelem (tedy jím zvolenou kontaktní osobou). V tomto případě totiž zcela postačí, když e-mail zašle právní zástupce zadavatele, který sice

³ Zvýrazněno předsedou Úřadu.

⁴ Zvýrazněno předsedou Úřadu.

není uveden ve smlouvě jako kontaktní osoba, avšak je oprávněn za zadavatele právně jednat. Uvedené bylo navíc doloženo plnou mocí, která tvořila přílohu daného e-mailu.

40. Pochybná je dle navrhovatele rovněž cesta dokumentu mezi servery zadavatele, přičemž navrhovatel namítá, že z metadat e-mailu, který obsahoval předmětné odstoupení zadavatele, není zřejmé, zda byl dokument vytvořen zadavatelem a navrhovateli skutečně zaslán. K tomuto lze pouze uvést, že vysvětlení zadavatele ze dne 14. 12. 2020 týkající se užívání tří poštovních serverů lze považovat za logické a žádné skutečnosti nesvědčí o nestandardní manipulaci s danou elektronickou komunikací. S ohledem na to, že předmětem sporu je primárně posouzení oprávněnosti vyloučení navrhovatele, není nezbytné se dále zabývat tokem e-mailu, jelikož je zcela prokázáno, že k dodání odstoupení zadavatele do e-mailových schránek kontaktních osob navrhovatele došlo. Tvrdí-li dále navrhovatel, že odstoupení zadavatele v podobě e-mailu mu, resp. žádné z jeho kontaktních osob nebylo doručeno, tedy, že žádná z těchto osob daný e-mail neviděla, nelze ani tomuto přisvědčit. Se zřetelem k výše uvedenému je nepochybné, že předmětný e-mail se dostal do právní sféry kontaktních osob navrhovatele. Skutečnost, že si některá z kontaktních osob e-mail nepřečetla, ještě neznamená, že tento nebyl doručen. V nyní projednávaném případě lze danou komunikaci prostřednictvím e-mailu chápat jako jednání vůči nepřítomné osobě.
41. Podle § 570 odst. 1 OZ totiž právní jednání působí vůči nepřítomné osobě od okamžiku, kdy jí projev vůle dojde; zmaří-li vědomě druhá strana dojití, platí, že řádně došlo. Za doručené se proto považuje takové jednání, které se dostalo do právní sféry adresáta. V komentářové literatuře se k § 570 OZ podává, že: *„České právo vychází z teorie dojití, tzn. že účinky právního jednání nastávají nikoliv k okamžiku, kdy došlo k projevu vůle jednajícího, nýbrž k okamžiku, kdy tento projev vůle nepřítomné osobě došel. (...) O dojití projevu vůle lze hovořit tehdy, pokud se projev vůle dostane do sféry adresáta tak, že je možné počítat za normálního běhu věci s tím, že se s tímto projevem vůle seznámil. Adresát se tedy s projevem vůle fakticky seznámit nemusí, nýbrž postačí, že se s ním mohl seznámit.“* (viz Lavický, P. a kol.: *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2014, s. 2047.). Teorie dojití je tedy vystavena na premise, že je jednání vůči nepřítomné osobě učiněno (doručeno), vyvstane-li možnost se s tímto jednáním seznámit. V nyní projednávaném případě se e-mail prokazatelně dostal do právní sféry adresáta – kontaktních osob navrhovatele, přičemž o tomto dojití došla zadavateli automatická odpověď, vč. potvrzení o přečtení zprávy. Není tedy pochyb o tom, že k doručení předmětného e-mailu došlo. Nelze proto přisvědčit snaze navrhovatele navodit dojem, že předmětné odstoupení zadavatele nebylo kontaktním osobám prostřednictvím e-mailu doručeno. S ohledem na výše uvedené lze odstoupení zadavatele považovat za platné, a proto nelze přisvědčit námitce navrhovatele, že nedošlo k předčasnému ukončení smluvního vztahu. Je však dále nutno posoudit, zda existuje příčinná souvislost mezi tvrzenými pochybeními a tímto kvalifikovaným následkem (o tomto dále níže).
42. Namítá-li dále navrhovatel, že prokazatelně odstoupil od smlouvy dne 3. 3. 2020, lze s tímto souhlasit. Není možné ovšem přitakat tvrzení, že zadavatelovo odstoupení mu bylo doručeno až dne 5. 3. 2020. Odstoupení zadavatele totiž bylo platně učiněno již ke dni 2. 3. 2020 a naopak následné odstoupení navrhovatele nevyvolává žádné právní účinky, jelikož závazek zanikl již odstoupením ze strany zadavatele. Není proto nezbytné se ani zabývat tvrzeními o neposkytnutí součinnosti zadavatele spočívající v nepodepsání akceptačních protokolů,

jelikož je posouzení této otázky pro daný případ nadbytečné.

43. Závěrem lze uvést, že Úřad posoudil danou předběžnou otázku správně. Námitkám navrhovatele týkajícím se platnosti odstoupení od smlouvy zadavatele nelze přisvědčit, jelikož nejsou důvodné. V další části tohoto rozhodnutí je nezbytné posoudit podstatu daného sporu, a tedy otázku naplnění podmínek pro vyloučení navrhovatele dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

K naplnění podmínek pro vyloučení ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona

44. Předně lze k institutu vyloučení ze zadávacího řízení uvést, že je převážně upraven v § 48 zákona. Předmětné ustanovení v sobě obsahuje většinu zákonných důvodů pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení. Na základě některých důvodů je zadavatel oprávněn účastníka vyloučit a v případě některých důvodů je vyloučení naopak obligatorní. Jedním z důvodů, pro který zadavatel může účastníka zadávacího řízení vyloučit, je jeho nezpůsobilost pro plnění veřejné zakázky.
45. Podle § 48 odst. 1 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
46. Podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.
47. Předmětné ustanovení zákona s ohledem na svoji fakultativnost dává zadavateli možnost vyloučit nezpůsobilého uchazeče o veřejnou zakázku. Je tedy na uvážení konkrétního zadavatele, zda za předpokladu splnění všech podmínek vyplývajících z citovaného ustanovení zákona přistoupí k vyloučení uchazeče či nikoliv. K vyloučení naopak nemusí vůbec dojít, pokud zadavatel shledá, že způsobilost plnit veřejnou zakázku těmito pochybeními narušena není. Primárně musí zadavatel svá tvrzení o nezpůsobilosti uchazeče uvést již v rozhodnutí o vyloučení a opřít je o relevantní důkazní prostředky tak, aby rozhodnutí o vyloučení bylo pro případ vedení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zpětně přezkoumatelné. Tedy, aby postup zadavatele obstál ve vztahu k základním zásadám zadávání veřejných zakázek uvedeným v ustanovení § 6 zákona. Nutno zdůraznit, že samotné konstatování závažnosti pochybení a následné vyloučení ze zadávacího řízení je vždy v rukou konkrétního zadavatele, jak ostatně vyplývá i z rozsudku Soudního dvora ze dne 19. 6. 2019 ve věci C-41/18 v řízení MecaSrl proti Comune di Napoli (konkrétně bod 28 odůvodnění rozsudku). Úřadu tedy nepřísluší hodnotit, zda měl být konkrétní dodavatel vyloučen, přezkoumává pouze postup zadavatele při tomto vyloučení a naplnění podmínek dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
48. Zadavatel nyní projednávané veřejné zakázky vyloučil navrhovatele z účasti na zadávacím řízení pro nezpůsobilost ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona. V odůvodnění rozhodnutí o vyloučení uvedl, že se navrhovatel dopustil pochybení při plnění smlouvy uzavřené mezi navrhovatelem a zadavatelem na dřívější veřejnou zakázku. Dle odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatel nedostal svým smluvním závazkům, když „v závazně stanoveném

termínu nedodal ucelené části sjednaného předmětu díla a délka prodlení s řádným plněním byla delší než 2 měsíce (k předání podstatné části díla, mobilní aplikace ve verzi způsobilé k testování, mělo dojít 12. 9. 2019)“. V důsledku tohoto zadavatel od smlouvy na plnění dřívější veřejné zakázky odstoupil. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení také konstatoval, že ani ke dni odstoupení od smlouvy nedodal navrhovatel předmět plnění, zejména mobilní aplikace funkční pro základní operační systémy (ve verzi Android 4.2 a novější a iOS 8 a novější). Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení taktéž uvedl, že: *„Dále nedošlo k plnění ve smyslu dodání dokumentace ve smyslu čl. 1.1 písm. l), resp. čl. 23.7 smlouvy a k provedení nezbytného školení uživatelů software a jeho administrátorů.“* Všechna uvedená pochybení dle zadavatele vedla k předčasnému ukončení dřívějšího smluvního vztahu, a proto byly naplněny podmínky dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

49. Navrhovatel v rozkladu namítal, že důvod pro jeho vyloučení nebyl dán, jelikož nebyly naplněny některé ze zákonem předvídaných podmínek. Dle navrhovatele nebyla primárně splněna podmínka existence kvalifikovaného následku, poněvadž nedošlo k předčasnému ukončení smluvního vztahu v důsledku odstoupení zadavatele. Nenastal ani jiný zákonem předvídaný kvalifikovaný následek. Nárok zadavatele na smluvní pokutu dle navrhovatele taktéž nevznikl, jelikož navrhovatel neporušil smluvní povinnost provést plnění či jeho dílčí část řádně.
50. V nyní projednávaném případě je tedy nezbytné posoudit, zda byly naplněny podmínky pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Dle předmětného ustanovení zákona existuje celkem pět zákonných podmínek, které je třeba naplnit, aby zadavatel vůbec mohl přistoupit k vyloučení účastníka ze zadávacího řízení. Dané podmínky je přitom nezbytné naplnit kumulativně.
51. Pro přehlednost lze uvést, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení identifikoval celkem 4 pochybení, a to: nedodání mobilní aplikace pro operační systém Android v požadované verzi, nedodání mobilní aplikace pro operační systém iOS v požadované verzi, nedodání dokumentace ve smyslu čl. 1.1 písm. l), resp. čl. 23.7 smlouvy, neprovedení nezbytného školení uživatelů software a jeho administrátorů.
52. Předně lze uvést, že Úřad zcela správně posoudil otázku povahy pochybení spočívající v nedodání dokumentace ve smyslu čl. 1.1 písm. l), resp. čl. 23.7 smlouvy. Zadavatel skutečně neuvedl, které konkrétní dokumenty navrhovatel nepředložil, přičemž je patrné, že nějaká dokumentace předložena byla. Ve smlouvě rovněž není přesně specifikováno, o jakou dokumentaci se mělo jednat, a tedy nelze ani ze znění smlouvy (na kterou je odkazováno) určit, o jaké dokumenty se mělo jednat. Úřad se tedy správně tímto dále nezabýval. Pro odůvodnění vyloučení je totiž nezbytné, aby tvrzené pochybení bylo dostatečně konkrétní, resp. dostatečně konkrétně popsáno. Úřad dále správně posoudil otázku týkající se tvrzeného pochybení v podobě neposkytnutí školení. Nutno říci, že jelikož mělo být školení poskytnuto až po dodání plnění, není nedodání školení samostatným pochybením navrhovatele. Jednoduše tedy nebylo v tomto případě co školit, poněvadž nebylo řádně předáno celé plnění. Nepředání kompletně celého předmětu plnění dřívější veřejné zakázky navíc nezpochybňuje ani jeden z účastníků řízení.

53. S ohledem na výše uvedené je nezbytné posoudit, zda alespoň další namítaná pochybení spočívající v nedodání mobilních aplikací pro operační systém Android a iOS splňují podmínky dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
54. První podmínkou je existence určitého typu pochybení dodavatele vůči zadavateli. Takové pochybení lze chápat jako porušení povinností dodavatele vyplývajících pro něj z dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem či jiným veřejným zadavatelem. Pojmem pochybení se zabýval již předseda Úřadu ve svém rozhodnutí ze dne 25. 9. 2020, č. j. ÚOHS-30139/2020/323/MBr vydaném v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-R0144/2020/VZ. V bodě 43 odůvodnění citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu zaznělo, že: *„Pojem ‚pochybení‘ je autonomním pojmem práva veřejných zakázek. Tento pojem má nepochybně vazbu na právo soukromé, neboť zahrnuje situace, kdy je poskytnuto plnění vadné, pozdní či kdy není závazek vůbec splněn nebo jsou jiným způsobem porušena pravidla, která se na plnění závazků vztahují, ať už plynou z předpisů práva soukromého, ujednání stran či z předpisů práva veřejného. V praxi bude podstatnou část pochybení představovat prodlení dodavatele nebo poskytnutí vadného plnění ve smyslu soukromého práva [srov. § 1916 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ‚občanský zákoník‘)].“*
55. V tomto případě navrhovatel při plnění dřívější veřejné zakázky nedodal dílčí plnění (mobilní aplikace pro operační systém Android a iOS v požadovaných verzích) v závazně stanoveném termínu. Dle přílohy č. 2 smlouvy s názvem Časový harmonogram mělo být plnění předáno k testování do 3 měsíců od vyrozumění navrhovatele o dokončení části 1 dřívější veřejné zakázky zadavatelem. K tomuto vyrozumění došlo e-mailem zadavatele ze dne 12. 6. 2019 zaslaného navrhovateli. Z toho plyne, že k tomuto dni byla dokončena část 1 dřívější veřejné zakázky s názvem „Zefektivnění chodu Městského úřadu Písek“. Navrhovatel byl proto povinen předložit zadavateli dílčí části plnění k testování dne 12. 9. 2019.
56. Dle skutkových zjištění je zřejmé, že k datu 12. 9. 2019 nedošlo k předání mobilních aplikací, což ostatně plyne již z e-mailové komunikace mezi navrhovatelem a zadavatelem ze dne 6. 11. 2019, v níž se zadavatel dotazoval na dodání mobilních aplikací. Načež v reakci navrhovatel přislíbil, že následující týden zašle informace týkající se mobilních aplikací. Je tedy nepochybné, že k datu 12. 9. 2019 nebyly mobilní aplikace předány a navrhovatel tak byl v prodlení s plněním déle jak 2 měsíce. Předmětný závěr nezmění ani skutečnost, že dle tvrzení navrhovatele (které zadavatel potvrdil) byly mobilní aplikace dostupné pro operační systém Android v aplikaci Google play dne 20. 12. 2019 a pro operační systém iOS v aplikaci AppStore dne 14. 1. 2020. Jednak byly tyto aplikace dle zjištění předsedy Úřadu dostupné na daných platformách opožděně, a to o několik měsíců, a také nebyly dostupné v požadované verzi (a to pro operační systém iOS). Faktem tedy zůstává, že obě mobilní aplikace nebyly dodány včas dle závazně stanoveného harmonogramu, a tedy navrhovatel byl s jejich plněním v prodlení. Ke dni odstoupení od smlouvy navíc nebyla uveřejněna mobilní aplikace v požadované verzi pro operační systém iOS ve verzi 8 a novější, nýbrž byla dostupná pouze pro verzi 13.2 a novější. Poskytnuté dílčí plnění tedy ani dodatečně nebylo dodáno v požadované kvalitě. Nelze navíc přisvědčit námitce navrhovatele, že tento diskutoval nekompatibilitu nižších verzí operačního systému iOS s mobilní aplikací, neboť o tomto tvrzení není ve spise žádný záznam a ani navrhovatel své tvrzení nepodkládá žádným důkazním prostředkem.

57. V daném případě lze proto konstatovat, že jelikož navrhovatel nedodal dílčí plnění v souladu s časovým harmonogramem, dostal se do prodlení s poskytnutím smluvně ujednaného plnění. Pro doplnění lze uvést, že obecnou právní úpravu prodlení s poskytovaným plněním a nároky z toho vzniklé upravuje § 1968 OZ a násl. Na základě již uvedeného je tedy patrné, že navrhovatel se svým jednáním dopustil pochybení spočívající v porušení smluvní povinnosti. Prodlení s plněním lze ve světle výše uvedeného považovat za pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
58. Druhou podmínkou je, že se dodavatel dopustil pochybení při plnění smluvního vztahu se zadavatelem, nebo jiným veřejným zadavatelem. V nyní projednávaném případě je nesporné, že smlouva na plnění dřívějšího smluvního vztahu byla uzavřena mezi zadavatelem a navrhovatelem. Účastníci řízení splnění této podmínky ani nerozporují.
59. Třetí podmínkou je, aby uvedená pochybení byla závažná nebo dlouhodobá. Pro posouzení splnění třetí podmínky je ovšem nezbytné vymezit se nejdříve ke splnění dílčí podmínky plurality pochybení. Jazykovým výkladem § 48 odst. 5 písm. d) zákona lze totiž dospět k závěru, že pro splnění této podmínky je zapotřebí minimálně dvou a více pochybení, která lze kvalifikovat jako pochybení závažná či dlouhodobá.
60. Pro posouzení splnění plurality pochybení lze obecně vycházet ze závěrů rozsudků Krajského soudu v Brně, a to například z rozsudků č. j. 31 Af 66/2019-95, 31 Af 68/2019-106, 31 Af 67/2019-80, všechny ze dne ze dne 16. 12. 2020 a taktéž ze samotné dikce zákona. Lze říci, že mnohost pochybení může nastat při plnění v rámci vícero smluvních vztahů, jak bylo dovozeno v rozsudcích uvedených výše. Soudní judikatura se rovněž přiklání k možnosti, aby mnohost pochybení byla splněna i v rámci jednoho smluvního vztahu, jak vyplývá z jazykového výkladu předmětného ustanovení zákona. Navrhovatel se tedy v tomto případě dopustil pochybení při plnění jednoho smluvního vztahu, přičemž nedodal dvě samostatná dílčí plnění (mobilní aplikace pro zcela různé operační systémy). Jinými slovy lze nedodání mobilní aplikace pro operační systém Android v požadované verzi vymezit jako jedno pochybení a nedodání mobilní aplikace pro operační systém iOS v požadované verzi jako pochybení druhé. Potřeba chápat daná pochybení samostatně, plyne již z toho, že oba operační systémy jsou zcela odlišné, vystavěné na odlišných principech vývoje, čemuž také odpovídá částečně rozdílný vývoj dané aplikace. Vždy je proto nezbytné vytvořit aplikaci tak, aby byla kompatibilní s konkrétním operačním systémem. Skutečnost, že se jedná o dvě pochybení, podporuje i to, že pokud by zadavatel požadoval provést zkušební provoz pouze na jednom z operačních systémů (tedy zadat zpracování aplikace pouze pro jeden operační systém), bylo by to možné. Nicméně by tímto postupem vyloučil uživatele druhého operačního systému z možnosti aplikaci používat. Nelze ovšem říci, že by jedna mobilní aplikace nefungovala bez druhé. Jedná se tedy o samostatná dílčí plnění téhož širšího smluvního závazku. Dílčí podmínka mnohosti pochybení je tedy taktéž splněna.
61. K podstatě třetí podmínky lze konstatovat, že prodlení s dodáním požadovaných mobilních aplikací je ve vztahu ke smluvním podmínkám stanoveným ve smlouvě nutno posoudit jako závažná pochybení. Jedná se totiž o zásadní porušení smluvní povinnosti. V čl. 21.1 smlouvy je také uvedeno, že zadavatel „nemá zájem na částečném plnění a je povinen převzít Plnění pouze v provedení dohodnutém na základě této Smlouvy.“ Předmětné porušení smluvní povinnosti je dle smlouvy navíc důvodem pro odstoupení od smlouvy (čl. 22.3 písm. a) smlouvy) a pro vznik nároku na smluvní pokutu (čl. 19.1 písm. a) smlouvy). Uvedené

důsledky porušení smluvní povinnosti již samy o sobě indikují vyšší míru závažnosti pochybení navrhovatele. Lze proto uzavřít, že i třetí podmínka je naplněna.

62. Čtvrtá podmínka vyžaduje, aby pochybení dodavatele vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo k jiným srovnatelným sankcím. Pro uplatnění postupu dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona je ovšem podstatné pouze to, že s pochybením účastníka řízení je takový následek spojen. Mezi pochybeními a zákonem předvídanými následky těchto pochybení proto musí existovat příčinná souvislost. Ostatně komentářová literatura k tomu uvádí následující: *„[Z]ávažné nebo dlouhodobé pochybení na straně dodavatele samo o sobě není postačující pro naplnění důvodu pro vyloučení daného dodavatele dle komentovaného ustanovení, ale je vždy ještě třeba, aby toto pochybení vyvolalo určitý kvalifikovaný následek; tímto následkem je dle komentovaného ustanovení předčasné ukončení smluvního vztahu, vznik škody nebo jiné srovnatelné sankce. Předčasné ukončení smluvního vztahu z důvodu závažného nebo dlouhodobého pochybení bude zřejmě nejčastěji provedeno odstoupením od uzavřené smlouvy. Pokud došlo k předčasnému ukončení předchozího smluvního vztahu v důsledku závažných či dlouhodobých pochybení dodavatele jinou formou než odstoupením, například výpovědí nebo dohodou, podmínky pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení dle komentovaného ustanovení budou naplněny též.“* (viz Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 305).
63. Při posouzení naplnění čtvrté podmínky pro vyloučení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona je vhodné vycházet z posouzení provedeného v bodech 30 – 43 odůvodnění tohoto rozhodnutí. V těchto bodech byla učiněna podrobná úvaha týkající se sporného odstoupení zadavatele, a tedy s tím související naplnění podmínky existence kvalifikovaného následku. S ohledem na výše uvedené lze konstatovat, že kvalifikovaný následek v podobě odstoupení od smlouvy zde nastal, přičemž je patrná taktéž příčinná souvislost mezi pochybením navrhovatele (nedodáním mobilních aplikací) a odstoupením od smlouvy. Jelikož je podmínka existence kvalifikovaného následku a příčinné souvislosti splněna, je nepochybně splněna i podmínka jako celek.
64. V daném případě lze nad rámec uvést, že ve smyslu čl. 19. 1 písm. a) smlouvy nastal i jiný kvalifikovaný následek, a sice nárok na smluvní pokutu. Nárok na uplatnění smluvní pokuty lze totiž považovat za tzv. jinou srovnatelnou sankci. Obdobné dovodil taktéž Krajský soud ve svém rozsudku ze dne 1. 7. 2020, č. j. 29 Af 63/2019-77, ve kterém uvedl, že: *„Předmětné ustanovení je pak potřeba vykládat tak, že za srovnatelnou sankci je potřeba považovat nikoliv sankci, která bude nutně povahou srovnatelná se sankcí předčasného ukončení smlouvy, nýbrž která bude srovnatelná závažností své sankční povahy vůči dodavateli. Krajský soud si v tomto ohledu nedokáže představit vhodnější srovnatelnou sankci ve vztahu k předčasnému ukončení smlouvy, než je smluvní pokuta, která kromě sankčního má taktéž satisfakční charakter, anebo reparační charakter, má-li představovat paušalizovanou náhradu škody.“* Předně lze k tomuto uvést, že posouzení oprávněnosti nároku na smluvní pokutu spadá do pravomoci civilních soudů, předseda Úřadu si ovšem může ve smyslu § 57 odst. 1 písm. c) správního řádu učinit o této otázce úsudek a dále tak činit. Ze zjištění provedených výše je nepochybné, že navrhovatel svoji povinnost řádně a včas provést plnění, resp. dílčí část plnění porušil. Dle čl. 19.1 písm. a) smlouvy plyne zadavateli v případě porušení této smluvní povinnosti nárok na smluvní pokutu. Je tedy mj. také naplněn i další

ze zákonem předvídaných kvalifikovaných následků, který je taktéž v příčinné souvislosti s pochybeními navrhovatele. Z tohoto důvodu nelze námitkám navrhovatele týkajícím se smluvní pokuty vyhovět, neboť zadavateli prokazatelně nárok na smluvní pokutu vznikl. K posouzení daného případu je ovšem stěžejní, že nastal alespoň jeden kvalifikovaný následek, proto posouzení otázky smluvní pokuty nebylo v tomto případě důležité.

65. Lze shrnout, že čtvrtá podmínka ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona byla taktéž splněna.
66. Poslední podmínkou je podmínka časová, dle které se uvedených pochybení účastník zadávacího řízení musí dopustit v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku. V posuzované věci není sporu o splnění této zákonné podmínky. K dodání mobilní aplikace pro operační systém Android a iOS mělo dojít dne 12. 9. 2019, jelikož tak navrhovatel prokazatelně neučinil, následující den se dostal do prodlení s plněním dílčích částí plnění. K pochybení, resp. prodlení s plněním tedy došlo dne 13. 9. 2019. Jestliže zadávací řízení na nyní projednávanou veřejnou zakázku bylo zahájeno dne 26. 5. 2020 odesláním oznámení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek, pak je nutno od tohoto data počítat běh lhůty pro splnění tříleté časové podmínky.
67. Na základě výše uvedeného je patrné, že den, kdy došlo k pochybení navrhovatele, nastal ve lhůtě tří let zpětně od data zahájení nyní projednávaného zadávacího řízení. Závažná pochybení navrhovatele tedy nastala v rámci tříleté prekluzivní doby ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Lze proto konstatovat, že i tato podmínka byla splněna.
68. Při posouzení dané věci se předseda Úřadu zabýval otázkou naplnění všech zákonných podmínek pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, přičemž mj. zohlednil zhodnocení způsobilosti navrhovatele samotným zadavatelem v projednávaném případě. Předseda Úřadu zejména přihlédl ke zjištěnému stupni závažnosti daných pochybení, a také k prokázané existenci příčinné souvislosti mezi pochybeními a zákonem předvídanými následky spočívajícími v uložení smluvní pokuty a předčasném ukončení smluvního vztahu. Se zřetelem k výše vyloženým důvodům dospěl předseda Úřadu k závěru, že všechny podmínky pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona byly splněny. Zadavatel proto byl oprávněn navrhovatele vyloučit.
69. Vzhledem k tomu, že je vyloučení účastníka dle předmětného ustanovení zákona pouze fakultativní, bylo zcela na uvážení zadavatele, zda navrhovatele vyloučí. Pokud tedy zadavatel zhodnotil, že možná rizika špatného plnění veřejné zakázky byla s ohledem na pochybení učiněná při plnění dřívější veřejné zakázky příliš velká, bylo zcela v souladu se zákonem, když navrhovatele vyloučil. Rozhodnutí o vyloučení ovšem vždy musí být řádně odůvodněné. Zadavatel má tedy v souvislosti s vyloučením povinnost prokázat naplnění podmínek dle daného ustanovení zákona, proto je nezbytné v této věci také posoudit, zda zadavatel v rozhodnutí o vyloučení dostatečně popsal naplnění těchto podmínek, čili zda zadavatel sdělil navrhovateli, na základě jakých skutečností jej shledal nezpůsobilým pro plnění předmětné veřejné zakázky.
70. V rozhodnutí o vyloučení zadavatel prvně uvedl, na základě jakých skutečností přistoupil k vyloučení navrhovatele, a následně tyto skutečnosti rozebral. Ačkoliv v rozhodnutí o vyloučení zadavatel uvedl taktéž pochybení spočívající v nedodání dokumentace ve smyslu čl. 1.1 písm. l), resp. čl. 23.7 smlouvy a neprovedení nezbytného školení uživatelů software a jeho administrátorů, která nelze za samostatná pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d)

zákona považovat, nemění to nic na tom, že zbylá pochybení podmínky dle předmětného ustanovení zákona naplňují. Předmětná pochybení spočívající v nedodání mobilních aplikací byla způsobilá založit právo zadavatele vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení dále uvedl, z jakého důvodu shledal pochybení navrhovatele při plnění dřívější veřejné zakázky za závažná, stejně tak našel příčinnou souvislost mezi zákonem předvídanými následky a zjištěnými pochybeními. Lze shrnout, že zadavatel tím, jak odůvodnil rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, dostal své povinnosti prokázání nezpůsobilosti navrhovatele, a tedy i naplnění důvodu pro jeho vyloučení.

71. Závěrem lze konstatovat, že Úřad posoudil nyní projednávaný případ správně a námitky navrhovatele jsou nedůvodné.

K zákonnosti napadeného rozhodnutí

72. Závěrem konstatuji, že jsem napadené rozhodnutí přezkoumal z hlediska zákonnosti, načež shrnuji, že jsem dospěl k závěru, že Úřad rozhodl v souladu se zákonem a dalšími právními předpisy.
73. K zákonnosti napadeného rozhodnutí poukazuji, že Úřad zjistil skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Úřad také řádně označil všechny podklady, z nichž při vydání napadeného rozhodnutí vycházel, načež uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a na jejichž základě dospěl ke svým závěrům. Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití a výsledné napadené rozhodnutí mám za logické, srozumitelné a plně přezkoumatelné. Současně konstatuji, že jsem nezjistil procesní vadu, která by mohla mít za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.

Shrnutí

74. Závěrem lze konstatovat, že byly splněny podmínky ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona, vč. podmínky existence kvalifikovaného následku. O platnosti odstoupení zadavatele od plnění dřívější veřejné zakázky v důsledku závažných pochybení navrhovatele není pochyb. Zadavatel proto byl oprávněn navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučit. Odůvodnění rozhodnutí o vyloučení je zcela přezkoumatelné a dostačující.

VII. Závěr

75. 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 důvodů uváděných v rozkladu. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl 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

JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, Nové Město 110 00 Praha
ALTAIR SOFTWARE s.r.o., Havelkova 90/6, 779 00 Olomouc

Vypraveno dne

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