UOHSX00HH5W5

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0037/2023/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-15161/2023/161

Brno 22. 5. 2023

V řízení o rozkladu ze dne 8. 3. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Dopravní společnost Zlín – Otrokovice, s.r.o.**, IČO 60730153, se sídlem Podvesná XVII 3833, 760 01 Zlín, ve správním řízení zastoupeným společností EuroPace s.r.o., IČO 28314638, se sídlem Měřičkova 1373/31, 621 00 Brno,

proti výrokům II, III a V rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0609/2022/VZ, č. j. ÚOHS-07559/2023/500 ze dne 21. 2. 2023, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 16. 12. 2022 na návrh navrhovatele –

- **EM TEST ČR spol. s r.o.**, IČO 62362771, se sídlem Jiráskova 1284, 755 01 Vsetín, a **EMLINES s.r.o.**, IČO 53247621, se sídlem Bánovská cesta 2834/7, 010 01 Žilina, Slovenská republika, ve správním řízení zastoupeným společností Strelička & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 29316006, se sídlem Veselá 163/12, 602 00 Brno,

podaný na přezkoumání úkonů označeného zadavatele, učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Odbavovací systém pro DSZO**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 13. 9. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 9. 2022 pod ev. č. Z2022-036756 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2022 pod ev. č. 2022/S 179-507736, v němž je dalším účastníkem vybraný dodavatel –

- **Future technologies s.r.o.**, IČO 08457751, se sídlem Brněnská 993, 664 42 Modřice,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 4 a § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Výroky II, III a V rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0609/2022/VZ, č. j. ÚOHS-07559/2023/500 ze dne 21. 2. 2023

r u š í m

a správní řízení o návrhu navrhovatele – EM TEST ČR spol. s r.o., IČO 62362771, se sídlem Jiráskova 1284, 755 01 Vsetín, a EMLINES s.r.o., IČO 53247621, se sídlem Bánovská cesta 2834/7, 010 01 Žilina, Slovenská republika, ve správním řízení zastoupeným společností Strelička & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 29316006, se sídlem Veselá 163/12, 602 00 Brno – v části směřující proti rozhodnutí zadavatele – Dopravní společnost Zlín - Otrokovice, s.r.o., IČO 60730153, se sídlem Podvesná XVII 3833, 760 01 Zlín – o výběru dodavatele učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Odbavovací systém pro DSZO“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 13. 9. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 9. 2022 pod ev. č. Z2022- 036756 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2022 pod ev. č. 2022/S 179-507736, jež bylo oznámeno v „Oznámení o výběru“ podepsaném dne 15. 11. 2022

z a s t a v u j i,

neboť návrh se v této části stal zjevně bezpředmětným.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Dopravní společnost Zlín – Otrokovice, s.r.o., IČO 60730153, se sídlem Podvesná XVII 3833, 760 01 Zlín, ve správním řízení zastoupen společností EuroPace s.r.o., IČO 28314638, se sídlem Měřičkova 1373/31, 621 00 Brno (dále jen „**zadavatel**“), zahájil dne 13. 9. 2022 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení podle § 56 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“),[1] za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Odbavovací systém pro DSZO“, přičemž toto oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 9. 2022 pod ev. č. Z2022-036756 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 16. 9. 2022 pod ev. č. 2022/S 179-507736 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

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

2. Předmět veřejné zakázky vymezil zadavatel v zadávací dokumentaci (dále též jen „**ZD**“) jako *„provedení díla spočívajícího v dodávce a montáži odbavovacího systému městské hromadné dopravy ve Zlíně a Otrokovicích, včetně všech montážních prací, testů, revizí a funkčních zkoušek, jakož i dokumentů dodavatele, včetně všech počítačových programů a dalšího software a s tím spojených licencí, jež má být dodán za podmínek uvedených v této zadávací dokumentaci a v souladu s právními předpisy, příslušnými právně závaznými i doporučenými českými a evropskými technickými normami.“*

3. Předmět plnění veřejné zakázky byl rozdělen na tři etapy, a to na dodání odbavovacího systému a back-office, na dodávku e-shopu a na dodávku odbavovacích terminálů do předpokládaných nových vozidel v rámci vyhrazené změny závazku (bod 3 ZD).

4. Dle bodu 16 ZD měla být ekonomická výhodnost nabídek hodnocena podle nejnižší nabídkové ceny. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel celkem 4 nabídky, z nichž ekonomicky nejvýhodnější nabídku podal dodavatel – společnosti EM TEST ČR spol. s r.o., IČO 62362771, se sídlem Jiráskova 1284, 755 01 Vsetín, a EMLINES s.r.o., IČO 53247621, se sídlem Bánovská cesta 2834/7, 010 01 Žilina, Slovenská republika, ve správním řízení zastoupené společností Strelička & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 29316006, se sídlem Veselá 163/12, 602 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“), a druhou ekonomicky nejvýhodnější nabídku podal dodavatel – Future technologies s.r.o., IČO 08457751, se sídlem Brněnská 993, 664 42 Modřice (dále jen „**vybraný dodavatel**“).

5. Zadavatel shledal v nabídce navrhovatele a vybraného dodavatele nesrovnalosti, načež oba účastníky vyzval žádostmi ze dne 20. 10. 2022 podle § 46 a § 113 odst. 4 zákona k jejich písemnému objasnění. Oba účastníci na výzvu zadavatele k objasnění reagovali odpověďmi ze dne 25. 10. 2022 (dále též jen „**objasnění**“).

6. Dne 15. 11. 2022 vydal zadavatel oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení (dále jen „**oznámení o vyloučení**“), jímž navrhovatele podle § 48 odst. 2 písm. a) a c) zákona vyloučil z další účasti v zadávacím řízení. V oznámení o vyloučení zadavatel uvedl, že navrhovatel ve svém objasnění nezdůvodnil tři z pěti vytýkaných nesrovnalostí, přičemž neobjasněné nesrovnalosti obstojí jako samostatné důvody pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení.

7. Téhož dne vydal zadavatel oznámení o výběru dodavatele (dále jen „**oznámení o výběru**“), jímž rozhodl o tom, že nejvýhodnější nabídkou je nabídka vybraného dodavatele, neboť vybraný dodavatel ve svém objasnění jedinou zjištěnou nesrovnalost, spočívající v neocenění části předmětu veřejné zakázky, odstranil úpravou položkového rozpočtu.

8. Dne 25. 11. 2022 podal navrhovatel proti oznámení o vyloučení a proti oznámení o výběru námitky ve smyslu § 241 zákona (dále jen „**námitky**“). Rozhodnutím ze dne 9. 12. 2022, doručeným navrhovateli téhož dne zadavatel námitky odmítl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“). Dne 16. 12. 2022 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami, návrh navrhovatele ve smyslu § 250 zákona z téhož dne (dále jen „**návrh**“), směřující v obdobném rozsahu proti oznámení o vyloučení a proti oznámení o výběru. Dnem doručení návrhu Úřadu došlo k zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.

II. Napadené rozhodnutí

9. Dne 21. 2. 2023 vydal Úřad v návaznosti na posouzení obsahu návrhu a všech rozhodných skutečností rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0609/2022/VZ, č. j. ÚOHS-07559/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

10. Výrokem I napadeného rozhodnutí rozhodl Úřad o tom, že se návrh navrhovatele v části týkající se tvrzeného nezákonného vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť v rozsahu této části návrhu nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona.

11. V odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval dvěma ze tří zadavatelem konstatovaných důvodů pro vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, konkrétně mimořádně nízkou nabídkovou cenou u položky SW back-office, kde se ztotožnil s názorem zadavatele, že navrhovatel tuto cenu na písemnou výzvu dostatečně neobjasnil, načež nebylo povinností zadavatele navrhovatele vyzývat k objasnění opakovaně. Zabýval se dále neoceněním části předmětu veřejné zakázky v položkovém rozpočtu, ve vztahu ke kterému shledal, že struktura položkového rozpočtu umožňovala jednoznačný výklad, dle kterého bylo nutno pod položkou „Jednotková cena bez DPH“ uvést cenu za celý autobus dle uvedeného počtu kusů, což měl navrhovatel předpokládat. Úřad proto shledal oba označené důvody pro vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení jako důvodné, načež se třetím důvodem dle oznámení o vyloučení – chybným označením dodavatele v závazném návrhu smlouvy – z důvodu procesní ekonomie již nezabýval.

12. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když při posouzení splnění podmínek účasti posoudil tyto podmínky u vybraného dodavatele jako splněné, ačkoliv neměl postaveno najisto, zda rozsah participace poddodavatele vybraného dodavatele, jehož prostřednictvím vybraný dodavatel prokazoval technickou kvalifikaci, na plnění veřejné zakázky odpovídá rozsahu jím prokázané technické kvalifikace, a tedy zda vybraný dodavatel splnil zadávací podmínku spočívající v požadavku na prokázání splnění technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona, v důsledku čehož se stal postup zadavatele při posouzení kvalifikace vybraného dodavatele netransparentním, přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

13. Svůj závěr obsažený ve výroku II napadeného rozhodnutí odůvodnil Úřad zejména tím, že vybraný dodavatel prokázal veškerou technickou kvalifikaci prostřednictvím jiné osoby, poddodavatele – Ing. Ivo Herman, CSc., IČO 42588022, se sídlem Na Vyhlídce 559/8, 664 48 Moravany (dále jen „**poddodavatel**“), aniž by bylo z nabídky vybraného dodavatele jednoznačně zřejmé, jakým způsobem a v jakém rozsahu se bude poddodavatel na realizaci předmětu veřejné zakázky skutečně podílet. Vybraný dodavatel ve své nabídce uvedl, že poddodavatel vedle prokázání technické kvalifikace zajistí pouze část HW a SW a na celkovém plnění veřejné zakázky se bude podílet 90 %, což obsahově neodpovídá slovnímu vyjádření, obsaženému ve „Smlouvě o spolupráci při prokázání splnění kvalifikace a smlouvy o uzavření budoucí smlouvy o provedení prací“ ze dne 18. 10. 2022 (dále jen „**smlouva o spolupráci**“), uzavřené mezi vybraným dodavatelem a poddodavatelem, z níž vyplývá, že poddodavatel se bude na plnění veřejné zakázky podílet v rozsahu veškerých nutných činností. V uvedených skutečnostech Úřad shledal vnitřní rozpor, který zadavatel

v souladu se zásadou transparentnosti mohl a měl odstranit prostřednictvím výzvy k objasnění podle § 46 odst. 1 zákona. Zjištěný nezákonný postup zadavatele shledal Úřad dostatečným pro uložení nápravného opatření, načež se dalšími důvody tvrzené nezákonnosti oznámení o výběru s odkazem na zásadu procesní ekonomie nezabýval.

14. Výrokem III napadeného rozhodnutí uložil Úřad nápravné opatření podle § 263 odst. 2 zákona, spočívající ve zrušení oznámení o výběru a všech následných úkonů zadavatele. Ve výroku IV napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli podle § 263 odst. 8 zákona zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku až do pravomocného skončení správního řízení, vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0609/2022/VZ, a ve výroku V povinnost k úhradě paušálních nákladů řízení ve výši 30 000 Kč.

III. Námitky rozkladu zadavatele

15. Dne 8. 3. 2023 podal zadavatel proti výrokům II, III a V napadeného rozhodnutí rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 21. 2. 2023. Rozklad byl proto podán v zákonné lhůtě.

16. Zadavatel namítá, že měl postaven najisto rozsah participace poddodavatele, jehož prostřednictvím prokazoval vybraný dodavatel technickou kvalifikaci. Postup zadavatele byl transparentní a neměl vliv na výběr dodavatele.

17. Podíl poddodavatele na plnění veřejné zakázky v rozsahu 90 % je podílem, který ve smyslu § 83 zákona umožňuje kontrolu nad plněním veřejné zakázky v rozsahu, který odpovídá podílu na prokázání technické kvalifikace. Zbývajících 10 % jsou podle zadavatele činnosti, které v demonstrativním výčtu podle smlouvy mezi vybraným dodavatelem a poddodavatelem uvedeny nejsou (např. administrativa). Ze smlouvy mezi těmito subjekty je zjevné, že poddodavatel bude zajišťovat všechny činnosti pokryté technickou kvalifikací. Zbylé činnosti by měl zajistit vybraný dodavatel. Zadavateli v tomto ohledu pochybnosti nevznikly.

18. Zadavatel dále uvádí, že konstrukce referenčních zakázek zvolená vybraným dodavatelem je zjevně účelová, ale z provedených zjištění nelze dovodit, že je nezákonná. V seznamu referenčních zakázek je uvedena i identifikace konečných objednatelů a zadavatel v rámci posouzení ověřil, že plnění skutečně proběhlo.

Závěr rozkladu

19. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu výroky II, III a V napadeného rozhodnutí zrušil a aby byl případně proveden přezkum postupu zadavatele ve smyslu bodu 179 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu

20. Navrhovatel trvá na tom, že zadavatel postupoval v souvislosti s posouzením technické kvalifikace vybraného dodavatele v rozporu se zásadou transparentnosti podle § 6 odst. 1 zákona. Podle navrhovatele model plnění v rámci referenčních zakázek vylučuje objektivnost a nestrannost potvrzení o realizaci jakékoliv takto provedené zakázky.

21. Navrhovatel se ztotožňuje s výroky II, III a V napadeného rozhodnutí, a proto navrhuje, aby předseda Úřadu tyto výroky napadeného rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

Vyjádření vybraného dodavatele k rozkladu

22. Podle vybraného dodavatele je ze smlouvy o spolupráci zřejmé, že závazek poddodavatele má zahrnovat pouze část předmětu veřejné zakázky, byť zcela převažující. Jde o veškeré činnosti odpovídající rozsahu prokazované kvalifikace, tzn. o ty, které jsou na úrovni smlouvy o spolupráci definovány demonstrativním výčtem a s tím související služby, nikoliv o 100 % předmětu veřejné zakázky. Podle vybraného dodavatele navíc nebylo tvrzení týkající se míry participace poddodavatele na plnění veřejné zakázky, respektive tvrzení o údajném rozporu míry závazku poddodavatele obsahem návrhu.

23. Vybraný dodavatel proto považuje výrok II napadeného rozhodnutí za nesprávný a učiněný v rozporu se zákonem a navrhuje, aby byl v řízení o rozkladu zrušen.

Dodatečné sdělení navrhovatele

24. Dne 17. 5. 2023 doručil navrhovatel Úřadu podání, kterým sděluje, že dle jeho názoru bylo zadávací řízení na veřejnou zakázku ukončeno dle § 40 odst. 4 zákona, když v jeho průběhu marně uplynula zadávací lhůta, a to dne 16. 5. 2023. Své podání doplnil výpočtem běhu lhůty, se započtením dob podle § 246 zákona, po které zadávací lhůta neběží. Uvedl, že k datu 16. 5. 2023 neeviduje jakýkoliv úkon ze strany zadavatele, jímž by bylo rozhodnuto o výběru dodavatele anebo jímž by bylo zadávací řízení zrušeno rozhodnutím zadavatele, případně že by zadavatelem bylo činěno cokoliv za účelem dosažení dohody s účastníky zadávacího řízení ve smyslu § 40 odst. 3 zákona.

25. Navrhovatel doplňuje, že trvá na věcné správnosti výroků II, III a V napadeného rozhodnutí, a že jsou věcně splněny podmínky pro to, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v uvedených výrocích potvrdil a rozklad zadavatele zamítl.

IV. Řízení o rozkladu

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

Další procesní vývoj

27. Dne 8. 3. 2023 Úřad obdržel také rozklad navrhovatele proti výroku I napadeného rozhodnutí, který byl zaevidován pod sp. zn. ÚOHS-R0036/2023/VZ. Dne 15. 5. 2023 bylo vydáno rozhodnutí č. j. ÚOHS-12214/2023/161 o tomto rozkladu, které nabylo dne 16. 5. 2023 právní moci. Tímto rozhodnutím bylo napadené rozhodnutí ve výroku I potvrzeno a rozklad navrhovatele zamítnut. Bylo tedy potvrzeno zamítnutí části návrhu navrhovatele týkající se jeho údajně nezákonného vyloučení ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

Stanovisko předsedy Úřadu

28. 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 přezkoumal soulad výroků II, III a V napadeného rozhodnutí a řízení, které jejich vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost těchto výroků

napadeného rozhodnutí v rozsahu uplatněných rozkladových námitek a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

29. Jelikož jsem zjistil, že ve smyslu § 90 odst. 4 ve spojení s § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení o části návrhu směřující proti oznámení o výběru, bez dalšího jsem výroky II, III a V napadeného rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení uvedených výroků napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

V. K důvodům zrušení výroků II, III a V napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení

30. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že zadavateli musela vyvstat pochybnost, zda se bude poddodavatel podílet na realizaci veřejné zakázky z 90 % či ze 100 %. Podle Úřadu nemohl být zadavatel schopen dostatečně určitě a jednoznačně identifikovat, které práce a v jakém rozsahu bude poddodavatel skutečně pro vybraného dodavatele realizovat, a proto nelze jeho postup při akceptování způsobu prokázání kvalifikace považovat za transparentní. Úřad pak vyjádřil pochybnosti o vypovídací hodnotě prokázání kvalifikace vybraným dodavatelem, pokud jsou objednatelem a dodavatelem referencí osoby propojené s vybraným dodavatelem.

31. Závěr Úřadu týkající se nejasnosti míry zapojení poddodavatele v návaznosti na prokázání technické kvalifikace referencemi poddodavatele a jistoty zadavatele o rozsahu prací realizovaných poddodavatelem nepovažuji za správný.

32. Obecně lze souhlasit s Úřadem v tom, že zadavatel je oprávněn prokázat splnění kvalifikace vlastními kapacitami i prostřednictvím poddodavatelů, a to i v plném rozsahu. Nelze ale shledat, že by se technická kvalifikace mohla rovnat veškerým pracím na veřejné zakázce. Technická kvalifikace (zde konkrétně reference) vždy pokrývá jistou odbornou část plnění, pokud je nutné ověřit, že je dodavatel způsobilý danou část plnit a poté i realizovat v rámci veřejné zakázky. Příkladem může být například realizace silnice, v rámci které bude nutné postavit tunel či most. Právě tyto stavby mohou vyžadovat větší odbornost, proto ji zadavatel ověřuje. Zadavatel tedy technickou kvalifikaci nestanovuje k ověření zkušeností s veškerými pracemi na veřejné zakázce, ale pouze s těmi, které dle jeho úvahy ověření vyžadují. Zadavatel rovněž může připustit, aby takové zkušenosti byly prokázány prostřednictvím poddodavatele.

33. Z povahy věci je totiž podle mého názoru patrné, že mezi rozsahem činností, které odpovídají technické kvalifikaci, a skutečným plněním veřejné zakázky prakticky vždy zůstává prostor pro činnosti, které technická kvalifikace pokrývat nebude (to mohou být nejrůznější práce pod technickou kvalifikaci nespadající), a to i v případě, že technická kvalifikace se vztahuje k celému předmětu plnění veřejné zakázky. Tím spíše takové pravidlo platí tehdy, kdy je technickou kvalifikací ověřována zkušenost pouze se specifickou částí plnění veřejné zakázky. Hovořit o veškerých činnostech na veřejné zakázce bez vztahu k tomu, co bylo prokazováno v rámci technické kvalifikace, tak podle mého názoru není správné.

34. Považuji proto za zřejmé, že ač zní smlouva o spolupráci v bodu II. 2 na „veškeré činnosti na veřejné zakázce“, může se závazek poddodavatele vztahovat pouze k činnostem, ke kterým se vztahovala technická kvalifikace. Právě ta byla prokazována prostřednictvím poddodavatele, nikoliv veškeré činnosti v rámci veřejné zakázky. Ostatně v tomto duchu

je napsán i předcházející bod II. 1 smlouvy o spolupráci, kde je uvedeno, že se budoucí subdodavatel zavazuje k poskytnutí plnění v rozsahu poskytnuté kvalifikace.

35. Podíl činností poddodavatele v rozsahu 90 % navíc dostatečně vyjadřuje odborné zapojení na plnění posuzované veřejné zakázky, tedy to, co má technická kvalifikace ověřovat. Jiný případ by nastal, kdyby se podíl činností poddodavatele od celkového plnění posuzované veřejné zakázky výrazně odlišoval. Tehdy by bylo oprávněné hovořit o tom, že poddodavatelský závazek prokázání technické kvalifikace neodpovídá. Zde tomu tak ale není.

36. Nepovažuji proto v tomto případě za nezákonné, že zadavatel v oznámení o výběru uvádí, že se poddodavatel bude na plnění předmětu veřejné zakázky podílet z 90 %. Jak jsem uvedl, požadavky na technickou kvalifikaci zpravidla nebudou pokrývat celé plnění referencí ověřované odborné části veřejné zakázky. Navíc zapojení v rozsahu 90 % a 100 % nepovažuji v tomto konkrétním případě za takový rozdíl, který by měl způsobit rušení výběru dodavatele, neboť smysl technické kvalifikace a poddodavatelského závazku je tímto procentem podle mého názoru zajištěn. Zakázka totiž není tvořena jen samotným faktickým plněním, ale také celou řadou úkonů, které nejsou pokryty technickou kvalifikací, zadavatel je požaduje a dodavatel je promítá do nabídkové ceny – může jít o administrativní úkony, nákupy zboží a další.

37. Je navíc nutné přihlédnout i k personálnímu propojení vybraného dodavatele a poddodavatele. Nelze považovat za odůvodněnou pochybnost, zda se poddodavatel bude skutečně podílet dostatečně na plnění veřejné zakázky, pokud jediným jednatelem a společníkem vybraného dodavatele je právě poddodavatel. Za daných okolností je formalistické považovat rozdíl v údajích o míře zapojení poddodavatele za důvod pro pochybnosti o poddodavatelském závazku či snad důvod pro zrušení oznámení o výběru. Uzavírám proto, že zadavateli nemusela vyvstat pochybnost o podílu poddodavatele na realizaci veřejné zakázky, jak je uvedeno v bodu 167 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

38. Ze správního spisu je dále zřejmé, že vybraný dodavatel prokazuje kvalifikaci prostřednictvím reference poddodavatele (významná zakázka č. 1), jejímž objednatelem a dodavatelem byly osoby vzájemně propojené i propojené s vybraným dodavatelem (reference „Elektronické odbavování cestujících – fáze I: Modernizace odbavovacích zařízení v regionálních autobusech“). V případě druhé reference („Implementace systému e-ticketing v městské společnosti ‚Promet‘“) je pak jejím dodavatelem poddodavatel, tedy osoba propojená s vybraným dodavatelem. Úřad se k tomu v bodu 179 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyjádřil tak, že by se měl zadavatel zabývat tím, zda tento způsob prokazování kvalifikace může vypovídat o reálné odborné kvalifikaci poddodavatele.

39. K námitkám směřujícím proti významné zakázce č. 1 je v tomto směru nutné uvést, že objednatelem první předmětné reference sice opravdu je společnost personálně propojená s vybraným dodavatelem i poddodavatelem, v předloženém osvědčení je ale uvedena i identifikace koncového uživatele plnění. Zadavateli tedy byla dána možnost si pravost reference ověřit, což měl Úřad ve své argumentaci zohlednit. Situace tedy nestojí tak, že by vybraný dodavatel a subjekty s ním spojené byly jedinými, kdo v daných referencích vystupují, a zadavatel nemá možnost si referenci ověřit. Reference samotná nevykazuje znaky nepravdivosti či smyšlenosti. Stejný závěr lze učinit i ke druhé odkazované referenci. Doplnit

lze rovněž v souladu s bodem 179 napadeného rozhodnutí odkaz na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 38/2017-209 ze dne 23. 1. 2019, dle kterého nelze směšovat pojmy „soutěžitel“ ve smyslu zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, a „dodavatel“ ve smyslu zákona. Zadavatel navíc ve vyjádření k návrhu rozkladu uvedl, že skutečně ověřil, zda plnění obou referenčních zakázek proběhlo, ve vztahu k významné zakázce č. 2 rovněž ověřil její předmět a rozsah. V obou případech konstatoval, že předložené reference odpovídají jeho požadavkům. Toto ověření je rovněž patrné ze spisové dokumentace, v níž je založeno objasnění nabídky vybraného dodavatele II ze dne 2. 12. 2023, na které odkazuje zadavatel i ve svém vyjádření k návrhu ze dne 22. 12. 2023, součástí objasnění jsou i prokliky na veřejně dostupná sdělení koncových odběratelů.

40. Souhlasím s tím, že v případě obdobného typu referencí je nutné, aby byl zadavatel obezřetný a pravost reference přezkoumal. To však neznamená, že by na takové reference mělo být bez dalšího nahlíženo jako na nepravdivé, nezákonné či nevypovídající. V případě poddodavatele a vybraného dodavatele je sice propojení zjevné, právně se ale jedná o samostatné osoby, přičemž jedna druhé může dle aktuálně platného zákona jako poddodavatel své reference poskytnout. Nemám za to, že by v právě řešeném případě bylo důvodu se o pravost referencí obávat.

41. Výše jsem dospěl k tomu, že závěry Úřadu uvedené ve výroku II napadeného rozhodnutí nejsou správné. Napadené rozhodnutí by proto mělo být ve výrocích II, III a V zrušeno a věc vrácena Úřadu k novému projednání. Neshledal jsem důvodnými ani žádné další námitky návrhu směřující proti oznámení o výběru, jak je vypořádáno v závěru tohoto rozhodnutí. S ohledem na procesní vývoj v souvisejícím řízení o rozkladu sp. zn. ÚOHS-R0036/2023/VZ ale považuji za důležité se zabývat tím, zda jsou vůbec splněny podmínky pro věcné projednání části návrhu navrhovatele směřující proti oznámení o výběru dodavatele, respektive zda je takový postup účelný.

42. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad zamítl návrh navrhovatele směřující proti jeho vyloučení ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Proti tomuto výroku napadeného rozhodnutí podal navrhovatel rozklad. Dne 15. 5. 2023 jsem vydal rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0036/2023/VZ, č. j. ÚOHS-12214/2023/161, kterým jsem napadené rozhodnutí ve výroku I potvrdil a rozklad navrhovatele zamítl. Dne 16. 5. 2023 nabylo odkazované rozhodnutí o rozkladu právní moci. Ve smyslu § 47 odst. 2 písm. c) zákona tak tímto dnem došlo k zániku účasti navrhovatele v zadávacím řízení.

43. Podle § 250 odst. 1 zákona platí, že návrh lze podat proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu s tímto zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele. Zákon dále uvádí demonstrativní výčet úkonů a opomenutí zadavatele, proti kterým lze návrh podat.

44. Jednou z podmínek podání návrhu je vzniklá nebo hrozící újma na právech navrhovatele. Jelikož již bylo pravomocně rozhodnuto o tom, že navrhovatel byl ze zadávacího řízení vyloučen v souladu se zákonem, nelze dovodit újmu, která by mu vznikla tvrzeným nezákonným výběrem vybraného dodavatele. Tato újma existovala v době podání návrhu,

Úřad proto správně předmětnou část návrhu projednal. Po změně procesních okolností už ji ale identifikovat nelze.

45. Podstatou ustanovení § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, na základě kterého se řízení zastavuje pro bezpředmětnost, je skutečnost, že v průběhu tohoto řízení dojde k takové změně skutkových nebo právních okolností, která zapříčiní, že se návrh stane bezpředmětným. Bezpředmětnost je nutno chápat jako stav, kdy jakýmkoliv rozhodnutím o návrhu, ať již kladným či záporným, nedojde z povahy věci k žádné změně v právním postavení navrhovatele. V posuzovaném případě směřovala část návrhu navrhovatele proti výběru dodavatele. Byť v době vydání napadeného rozhodnutí existoval takový právní stav, který umožňoval věcné projednání návrhu v části směřující proti výběru dodavatele, po právní moci výroku I napadeného rozhodnutí tomu tak s ohledem na § 250 odst. 1 zákona ve spojení s § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu již není.

46. Pokud by bylo návrhu navrhovatele v této části vyhověno, nebude to mít na jeho práva žádný vliv. Ani v takovém případě by totiž navrhovatel nemohl o veřejnou zakázku dále soutěžit a nemohla by s ním být v žádném případě uzavřena smlouva na veřejnou zakázku. Výběr dodavatele se proto vyloučeného účastníka nijak nedotýká a na jeho právech nemůže vzniknout či hrozit újma.

47. Konstatuji, že i pokud by nebylo napadené rozhodnutí ve výrocích II, III a V zrušeno a správní řízení zastaveno pro bezpředmětnost, bylo by nutné napadené rozhodnutí ve výrocích II, III a V zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání, neboť jsem výše dospěl k tomu, že závěry napadeného rozhodnutí v uvedených výrocích nejsou správné. Úřad by poté byl v novém řízení zavázán právním názorem obsaženým v rozhodnutí o rozkladu. Navíc by se i Úřad musel zabývat specifickou procesní situací, která v posuzované věci nastala, a nezbylo by mu než správní řízení zastavit shodně jako v tomto řízení o rozkladu.

48. Přestože zde tedy existují důvody pro to, aby bylo rozkladu zadavatele vyhověno, napadené rozhodnutí ve výrocích II, III a V zrušeno a věc vrácena Úřadu k novému projednání, není takový postup účelný, neboť jediným možným vyústěním při novém projednání by bylo zastavení řízení ze strany Úřadu. Vzhledem k tomu, že totožný krok mohu učinit již nyní, přičemž tím nejsou dotčena práva účastníků správního řízení, přistoupil jsem k zastavení správního řízení již v rámci řízení o rozkladu.

49. Shrnuji, že návrh navrhovatele se stal v části směřující proti výběru dodavatele zjevně bezpředmětným, neboť navrhovatel v průběhu řízení o rozkladu ztratil aktivní legitimaci. Vzhledem k tomu, že z obsahu správního spisu ani není zřejmé, že by některý z účastníků tvrdil, že by jiné rozhodnutí o rozkladu mohlo mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků, nezbývá, než postupem podle § 90 odst. 4 správního řádu ve spojení s § 66 odst. 1 písm. g) téhož zákona napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit.

50. K dodatečné námitce navrhovatele spočívající v tvrzeném ukončení zadávacího řízení dle § 40 odst. 4 zákona uvádím, že k ukončení zadávacího řízení navrhovatelem popsaným způsobem dojít nemohlo. Dne 15. 11. 2022 vydal zadavatel oznámení o výběru dodavatele, které bylo doručeno i navrhovateli, neboť jej (mimo jiné) v návrhu napadá. Toto oznámení o výběru bylo sice výrokem III napadeného rozhodnutí zrušeno, avšak uvedený výrok nenabyl právní moci, a navíc je tímto rozhodnutím rušen. Zadavatel tak splnil povinnost popsanou v § 40 odst. 3 zákona, neboť odeslal v zadávací lhůtě oznámení o výběru dodavatele a zadávací

lhůta tedy uplynout nemohla (blíže k možným situacím týkajícím se oznámení o výběru ve vztahu k zadávací lhůtě odkazuji na rozhodnutí č. j. ÚOHS-07674/2022/162, sp. zn. ÚOHS-R0006/2022/VZ ze dne 11. 3. 2022).

51. Nad rámec výše uvedeného považuji za vhodné se vyjádřit k návrhové námitce navrhovatele, kterou Úřad v odůvodnění k výroku II napadeného rozhodnutí nevypořádal s ohledem na to, že již zjistil porušení zákona, přičemž další možná pochybení nemohla mít na závěr Úřadu vliv. Vypořádání této námitky považuji za účelné s ohledem na zachování práv účastníků řízení v aktuální procesní situaci.

52. Navrhovatel v návrhu namítal, že z významné zakázky „Implementace systému e-ticketing v městské společnosti ‚Promet'" není zřejmé, zda z věcného hlediska odpovídá požadavkům zadavatele, když dle něj spočívala v dodávce neurčitě vymezeného okruhu řídicích jednotek, terminálů a switchů. Zadavatel v bodu 6.3 „Technická kvalifikace" zadávací dokumentace požadoval *„seznam nejméně 2 zakázek, z toho jedna zakázka týkající se odbavovacího systému s min. počtem 100 ks odbavovacích terminálů s akceptací EMV a souvisejícího back-office; a jednu zakázku s min. počtem 50 ks odbavovacích terminálů s akceptací EMV ve vozidlech veřejné dopravy a souvisejícího back-office"*. Přestože z protokolu o hodnocení nabídek a posouzení nabídky vybraného dodavatele nevyplývá, kterou referenční zakázkou byla prokazována která část technické kvalifikace, je z prostého porovnání údajů uvedeného v informacích o referenční zakázce a požadavků zadavatele zřejmé, že tyto požadavky byly splněny. Referenční zakázka obsahuje 167 řídicích jednotek u předních dveří a 169 terminálů k ostatním dveřím (nepochybně se jedná o odbavovací terminály ve smyslu předmětného požadavku) a systém podporoval akceptaci bankovních a nebankovních karet (akceptace EMV). Dodávky byly včetně souvisejícího back-office a školení. Zadavatel naopak nepožadoval vymezení switchů, byť jej vybraný dodavatel uvedl. Mám za to, že referenční zakázka naplňuje požadavky zadavatele a námitce proto nelze vyhovět. Totožné závěry učinil i zadavatel (srov. bod 39 tohoto rozhodnutí).

53. Lze tedy shrnout, že návrh navrhovatele proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele učiněnému v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, jež bylo oznámeno v oznámení o výběru podepsaném dne 15. 11. 2022, nebyl důvodný jako celek.

VI. Závěr

54. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. Strelička & Partners, advokátní kancelář, s.r.o., Veselá 163/12, 602 00 Brno
2. EuroPace s.r.o., Měřičkova 1373/31, 621 00 Brno
3. Future technologies s.r.o., IČO 08457751, se sídlem Brněnská 993, 664 42 Modřice,

Vypraveno dne

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