



UOHSX00KI312

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0702/2024/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-43733/2024/500

Brno 18. 11. 2024

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 2. 9. 2024 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Dopravní podnik města Olomouce, a.s., IČO 47676639, se sídlem Koželužská 563/1, 779 00 Olomouc,
- navrhovatel – Future technologies s.r.o., IČO 08457751, se sídlem Brněnská 993, 664 42 Modřice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 27. 8. 2024 Mgr. Markem Šimkou, advokátem ev. č. ČAK 14811, se sídlem Moravské náměstí 754/13, 602 00 Brno,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Bezhotovostní platba jízdného ve vozidlech MHD – vozidlový odbavovací systém“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 3. 2024 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 3. 2024 pod ev. č. Z2024-009893, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2024 pod ev. č. 134048-2024, ve znění pozdějších oprav,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – Future technologies s.r.o., IČO 08457751, se sídlem Brněnská 993, 664 42 Modřice – ze dne 2. 9. 2024 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravní podnik města Olomouce, a.s., IČO 47676639, se sídlem Koželužská 563/1, 779 00 Olomouc – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Bezhotovostní platba jízdného

ve vozidlech MHD – vozidlový odbavovací systém“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 3. 2024 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 3. 2024 pod ev. č. Z2024-009893, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2024 pod ev. č. 134048-2024, ve znění pozdějších oprav, **se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.**

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Dopravní podnik města Olomouce, a.s., IČO 47676639, se sídlem Koželužská 563/1, 779 00 Olomouc (dále jen „zadavatel“) – zahájil dne 4. 3. 2024 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Bezhotovostní platba jízdného ve vozidlech MHD – vozidlový odbavovací systém“, přičemž předmětné oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 3. 2024 pod ev. č. Z2024-009893, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2024 pod ev. č. 134048-2024, ve znění pozdějších oprav (dále jen „zadávací řízení“ nebo „veřejná zakázka“).
2. Dle čl. 1. „Předmět veřejné zakázky“ bodu (1) zadávací dokumentace na veřejnou zakázku signované dne 4. 3. 2024 (dále jen „zadávací dokumentace“) předmět veřejné zakázky tvoří:
 - a. *„dodávka, montáž a zprovoznění 191 ks samoobslužných terminálů pro bezkontaktní platby jízdného v tramvajích a autobusech MHD provozovaných zadavatelem, a to včetně dodávky potřebného software, jejich zástavby do vozidel a jejich zprovoznění v rámci odbavovacího systému jako celku,*
 - b. *dodávka a instalace software nadřízeného back-office odbavovacího systému včetně zajištění jeho provozu a servisní podpory poskytované dodavatelem zahrnující zejména: zajištění provozu terminálů a back-office, poskytování serverové části systému, uživatelskou podporu, zajištění souladu s příslušnými právními předpisy, technickou způsobilost, řešení vad a reklamaci odbavovacího systému po dobu 10 let.“*
3. Dle čl. 1. „Předmět veřejné zakázky“ bodu (2) zadávací dokumentace činí předpokládaná hodnota veřejné zakázky 18 500 000 Kč bez DPH.
4. Konec lhůty pro podání nabídek stanovil zadavatel na den 24. 4. 2024 v 10:00. Následně zadavatel rozhodl o prodloužení lhůty pro podání nabídek do dne 27. 5. 2024 do 10:00.
5. Ze seznamu podaných nabídek vyhotoveného v elektronickém nástroji zadavatele vyplývá, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek celkem dvě nabídky, a to včetně nabídky navrhovatele – Future technologies s.r.o., IČO 08457751, se sídlem Brněnská 993, 664 42 Modřice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 27. 8. 2024 Mgr. Markem Šimkou, advokátem ev. č. ČAK 14811, se sídlem Moravské náměstí 754/13, 602 00 Brno (dále jen „navrhovatel“).

6. Výzvou ze dne 4. 6. 2024 zadavatel vyzval navrhovatele k předložení dokladů a informací podle § 46 odst. 1 zákona (dále jen „výzva k doplnění č. 1“).
7. Dne 9. 7. 2024 zadavatel opětovně vyzval navrhovatele k předložení dokladů a informací podle § 46 odst. 1 zákona (dále jen „výzva k doplnění č. 2“).
8. Dne 24. 7. 2024 zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení (dále jen „rozhodnutí o vyloučení“). Dne 25. 7. 2024 zadavatel odeslal navrhovateli Oznámení o vyloučení vybraného dodavatele signované téhož dne (dále jen „oznámení o vyloučení“). Oznámení o vyloučení bylo navrhovateli doručeno dne 29. 7. 2024.
9. Navrhovatel podal dne 9. 8. 2024 proti rozhodnutí o vyloučení námitky z téhož dne (dále jen „námitky“).
10. Zadavatel rozhodnutím o námitkách signovaným dne 23. 8. 2024 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), jež bylo navrhovateli doručeno téhož dne, odmítl námitky v plném rozsahu.
11. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 2. 9. 2024 (dále jen „návrh“). Úřad obdržel návrh téhož dne.

II. OBSAH NÁVRHU

12. Navrhovatel v návrhu předně rekapituluje postup zadavatele v zadávacím řízení, načež shrnuje, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení vytýká navrhovateli to, že jím doložený závazek acquirera o implementaci a certifikaci aplikace pro systém off-line odbavování cestujících platebními kartami prostřednictvím tohoto acquirera (dále také jen „závazek acquirera“), kterým prokazoval splnění požadavku na technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. l) zákona, neposkytuje zadavateli dostatečnou jistotu, resp. že nejde o „dostatečný závazek“.
13. Navrhovatel má přitom za to, že rozhodnutí o vyloučení neobsahuje konkrétní specifikaci důvodu pro vyloučení, nýbrž pouze odkaz na odůvodnění zadavatele obsažené ve výzvě k doplnění č. 2. Dle navrhovatele však výzva k doplnění č. 2 neobsahovala tvrzení zpochybňující existenci závazku acquirera jako takového, nýbrž pouze domněnky či dohady zadavatele o okolnostech sjednání závazku, resp. okolnostech věcného a nákladového ujednání mezi navrhovatelem a acquirerem. Zadavatel přitom dle shrnutí navrhovatele vytknul navrhovateli to, že nejednal s acquirerem v dostatečném předstihu, resp. že tato jednání zahájil pozdě, dále to, že navrhovatelem předložené řešení „nemusí obsahovat“ řešení odpovídající požadavkům acquirera, a rovněž pak to, že dodavatelem předložené provozní náklady nemusí obsahovat všechny související provozní náklady acquirera. Dle názoru navrhovatele nicméně okolnosti jeho jednání s acquirerem nebo okamžik zahájení jednání nejsou vadou závazku a rovněž nesvědčí ani o nesplnění kvalifikace jakožto schopnosti navrhovatele zakázku realizovat. Navrhovatel má přitom za to, že zadavateli dostatečně doložil jednání s Československou obchodní bankou, a. s. (dále jen „ČSOB“), tedy zadavatelem určeným subjektem k výkonu pozice acquirera, trvající více než 3 měsíce, v souvislosti s kterým acquirer navrhovateli vydal zadavatelem požadovaný závazek pouze ve formě, kterou nemohl navrhovatel ovlivnit. Navrhovatel poukazuje na to, že sám zadavatel určil, že osobou acquirera může být pouze ČSOB a sám rovněž mohl stanovit podrobné obsahové a formální požadavky

na závazek, který mají dodavatelé předkládat v rámci zadávacího řízení. Zadavatel však v zadávacích podmínkách na veřejnou zakázku nestanovil, že potvrzení acquirera o existenci předmětného závazku má obsahovat rovněž popis technického řešení spolupráce mezi dodavatelem a acquirerem, popř. rozdělení souvisejících nákladů. Navrhovatel tak má za to, že informace, které zadavatel ve výzvě k doplnění č. 2 identifikoval jako chybějící a na nichž založil také rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, nejenže nevyovídají o kvalifikaci navrhovatele, ale zadavatel je ani v rámci prokázání kvalifikace vůbec nebyl oprávněn požadovat. Předmětný požadavek na technickou kvalifikaci měl být dle názoru navrhovatele prokázán pouze osvědčením existence dohody mezi dodavatelem a acquirerem, a to bez ohledu na druh právního titulu, jeho podrobnost či formu. Navrhovatel zdůrazňuje, že pokud se má jednat o řádnou hospodářskou soutěž, měl zadavatel zajistit, že acquirer bude jako povinný poddodavatel spolupracovat se všemi dodavateli na základě nediskriminačního přístupu a za shodných obchodních podmínek. Pokud by přitom acquirer odmítal jednomu z dodavatelů požadované potvrzení o závazku vydat, a to i z důvodu nevyhovujícího technického řešení konkrétního dodavatele, jednalo by se podle názoru navrhovatele o faktickou překážku hospodářské soutěže a skrytou diskriminaci takového dodavatele. Tato závažná vada zadávacího řízení by se přitom dle navrhovatele projevila právě až na základě případných nedostatků vzniklých při posuzování kvalifikace dodavatelů zadavatelem. Tvzení zadavatele o nedostatečnosti závazku acquirera, resp. o tom, že navrhovatel nebyl ani po sérii výzev a trvajících komunikaci s acquirerem schopen předložit „vyhovující“ doklad, pak nelze podle názoru navrhovatele vysvětlit jinak, než že zadavatel s ČSOB nejednal a nezajistil její transparentní a nediskriminační součinnost při vystavení závazku, čímž sám způsobil, že navrhovatel nemohl předmětné potvrzení o závazku v zadavatelem požadované kvalitě předložit, popřípadě že zadavatel potvrzení předložené navrhovatelem nesprávně v rozporu s materiální stránkou věci vyhodnotil jako nedostatečné. V obou nastíněných případech však dle názoru navrhovatele zadavatel nemohl dojít k závěru, že navrhovatel neprokázal splnění podmínek technické kvalifikace, neboť to by bylo způsobeno buďto opomenutím zadavatele, který s ČSOB nedojednal v rámci její povinné součinnosti vyhovující formu potvrzení závazku, nebo nezákonnou a nesprávně vyhodnocenou existencí závazku ze strany zadavatele. Navrhovatel přitom nikterak nerozporuje, že acquirer si s ohledem na stupeň rozpracovanosti celého projektu svoji připravenost realizovat závazek něčím podmíní, a to ať už technickým řešením, nebo účastí dodavatele na vzniklých nákladech acquirera. Z napadeného rozhodnutí o vyloučení přitom dle navrhovatele ani nevyplývá, že by jeho nabídka nesplňovala zadávací podmínky z hlediska technické části a provedení. K vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení tam mělo dle jeho názoru dojít z toho důvodu, že zadavatel nepochopil, či nesprávně interpretoval potvrzení ČSOB o existenci závazku předložené navrhovatelem. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na jím podané námitky, z nichž vyplývá, že všechny podmínky definované v závazku acquirera jsou podmínkami, které je navrhovatel ve spolupráci s acquirerem připraven v rámci realizace veřejné zakázky plnit.

14. Navrhovatel dále pro úplnost doplňuje, že zadavatel v rámci kvalifikace, resp. zadávací dokumentace, nevyžadoval popis obsahu závazku ve smyslu jakéhokoliv popisu zapojení navrhovatele či acquirera, popř. způsob dělení nákladů. Navrhovatel přitom uvádí, že technická kvalifikace je obecně v rámci zadávacího řízení ve smyslu zákona zjišťována a ověřována pro jiné účely, než je zjišťování detailů technického řešení či získání garance funkčnosti navrhovaného technického řešení od poddodavatele. Navrhovatel přitom odkazuje

na odůvodnění rozhodnutí Úřadu ze dne 21. 10. 2021 vydaného pod sp. zn. ÚOHS-S0270/2021/VZ, dle kterého zadavatel nemůže v rámci objasnění nabídky po dodavatelích požadovat doložení informací, jejichž doložení si před tím v zadávací dokumentaci nevyhradil, a to zvláště existuje-li možnost požadované informace získat jiným způsobem.

15. S ohledem na výše uvedené přitom navrhovatel shrnuje, že v rámci výzvy k doplnění č. 2 zadavatel v podstatě suploval nedostatky stanovených zadávacích podmínek, když přitom sám uvedl, že požadované informace považuje za způsobilé potvrdit „připravenost“ dodavatele, a nikoliv za informace svědčící o kvalifikaci dodavatele. Zadavatel měl navíc dle navrhovatele možnost dotázat se na existenci závazku samotné ČSOB jakožto proklamovaného smluvního partnera. V této souvislosti navrhovatel navrhuje, aby Úřad v rámci dokazování opatřil vyjádření ČSOB ohledně existence závazku mezi ní a navrhovatelem.
16. Navrhovatel dále spatřuje nezákonnost napadeného rozhodnutí v tom, že zadavatel neměl důvody pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení postaveny najisto. Navrhovatel obecně shrnuje, že pro vyloučení nepostačují pouhé spekulace nebo obavy zadavatele, přičemž poukazuje na související rozhodovací praxi. Navrhovatel má přitom zato, že si zadavatel výhrady k obsahu potvrzení o závazku acquirera předloženém navrhovatelem v podstatě „vyfantazíroval“, přičemž je formuloval zcela netransparentně a nekonkrétně. Důvod vyloučení spočívající v „nepřipravenosti“ navrhovatele k plnění veřejné zakázky pak zadavatel dle tvrzení navrhovatele měl založit na skutečnosti, která se nijak netýkala nabídky navrhovatele a která rovněž mohla být ověřena a prokázána až při samotném plnění veřejné zakázky. Navrhovatel přitom upozorňuje na to, že zadavatel smí účastníka zadávacího řízení vyloučit pouze z důvodů stanovených zákonem, mezi které přitom údajně nepřipravenost k plnění veřejné zakázky navrhovatele nenáleží.
17. Navrhovatel dále sděluje, že zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení jednoznačně uvedl nové požadavky týkající se prokázání závazku acquirera, které nebyly uvedeny v zadávacích podmínkách. Konkrétně měl zadavatel nově formulovat požadavek na to, aby z předloženého závazku acquirera vyplýval soulad navrhovatelem připravovaného technického a obchodního řešení s technickými a časovými možnostmi acquirera, a dále rovněž prokázání splnění technických parametrů zařízení pro odbavení cestujících a prokázání funkčnosti celého systému. Navrhovatel v této souvislosti uvádí, že pokud by takové požadavky původně skutečně byly součástí zadávacích podmínek, nejednalo by se v jejich případě již o stanovení požadavků na technickou kvalifikaci, ale spíše o hledisko věcného posouzení nabídek.
18. Navrhovatel shrnuje, že při přípravě nabídky racionálně očekával, že pokud zadavatel smluvně zavázal acquirera ke spolupráci na plnění veřejné zakázky, děje se tak za předpokladu, že acquirer hodlá spolupracovat s jakýmkoliv dodavatelem, tedy že acquirer nebude umožňovat pouze určité konkrétní technické řešení, což by znamenalo překážku hospodářské soutěže a skrytou diskriminaci, a rovněž že acquirer má časové možnosti se na plnění veřejné zakázky podílet,
19. Navrhovatel dále rozvádí, že zadavatel vykládá obsah závazku acquirera vůči navrhovateli zcela protichůdně a vnitřně nekonzistentně, když na jednu stranu tvrdí, že není pravdou, že by požadavek na splnění technických parametrů dodávaných terminálů měl být prokázán předloženou smlouvou, přičemž následně dodává, že zadavatel jako součást prokázání

technické kvalifikace požadoval prokázání splnění technických parametrů zařízení pro odbavení cestujících, tedy splnění požadavků na hardware dodávky definovaných v technické dokumentaci. Navrhovatel má zato, že z uvedeného vyplývá, že zadavatel minimální úroveň technické kvalifikace vlastně nevymezil, neboť sám zadavatel nemá představu, co mělo toto kritérium prokazovat. Navrhovatel má s ohledem na výše uvedené za to, že rozhodnutí o vyloučení je tedy nezákonné rovněž z důvodu jeho nesrozumitelnosti a nepřezkoumatelnosti.

20. Navrhovatel dále shrnuje pasáž odůvodnění napadeného rozhodnutí, ve které se zadavatel vyjadřuje k činnostem nezbytným pro realizaci díla, přičemž upozorňuje na to, že sám zadavatel uvedl, že v případě podpory integrace EMV čteček a vývoje softwaru platební aplikace nemůže acquirer (nikoliv tedy navrhovatel) zaručit dodávku softwaru platební aplikace včetně jejího provozu a správy. K tomuto navrhovatel dodává, že dodávka softwaru platebních terminálů tvoří podle čl. 5.3 Technické specifikace, která tvoří přílohu č. 1 návrhu smlouvy na veřejnou zakázku (dále jen „technická specifikace“), jednu ze služeb, na jejichž zajištění má mimo jiné cílit implementace služeb acquirera. Navrhovatel dále poukazuje na to, že vyjádření ČSOB uvedené v potvrzení o závazku, dle kterého „*k dnešnímu dni nemá ČSOB k dispozici software platební aplikace pro EMV čtečky*“, značí, že acquirer nemá tento software k dispozici ani pro jednu z uvedených čteček. Z tohoto pohledu tak podle navrhovatele nemohl existovat žádný uchazeč, který by podmínku spolupráce s acquirerem mohl deklarovat a dodat funkční řešení podle představ zadavatele. Navrhovatel přitom výše uvedené uvedl již v námitkách, přičemž upozorňuje na to, že zadavatel tuto zásadní námitku řádně nevypořádal, což dle navrhovatele činí rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelným. Navrhovatel navíc dodává, že důvodem, proč acquirer neměl ke dni vydání potvrzení k dispozici software platební aplikace pro EMV čtečky, je připravovaná aktualizace jádra bankovních transakcí ČSOB, plánovaná na konec roku 2024, se kterou je nutně spojena rovněž příprava nového software pro předmětné čtečky. Navrhovatel přitom zdůrazňuje, že totožným nedostatkem musí trpět rovněž závazek ČSOB ve vztahu k druhému účastníkovi zadávacího řízení, a je tak jasné, že ČSOB nemohla požadovaný závazek objektivně lépe sjednat s žádným jiným dodavatelem. K prokázání tohoto předpokladu navrhovatel navrhuje k projednání důkaz prostřednictvím dokladů k prokázání technické kvalifikace druhého účastníka zadávacího řízení. Pokud by uvedenou vadou závazek druhého účastníka zadávacího řízení netrpěl a ČSOB tak byla schopna ve vztahu k němu závazek uzavřít bez dalšího, projevil by se tím dle názoru navrhovatele to, že předmětný požadavek na technickou kvalifikaci představuje nástroj skryté diskriminace vůči konkrétnímu řešení navrhovatele. Navrhovatel nicméně dodává, že okolnost, že acquirer dodávku softwaru platební aplikace „nemohl zaručit“, nevypovídá nic o tom, zda závazek mezi navrhovatelem a acquirerem skutečně vznikl.
21. Ve vztahu k požadavku na L3 certifikaci vztahující se k integraci čteček do prostředí acquirera a na integraci externího back-office do prostředí acquirera navrhovatel uvádí, že pokud acquirer specifikoval podmínky, za nichž plnění dodá, muselo být zadavateli jasné, že se navrhovatel s acquirerem dohodl, a závazek týkající se implementace aplikace tedy vznikl. Dle navrhovatele dále zadavatel nspecifikoval, že závazek mezi stranami musí být závazkem bezpodmínečným, neobsahujícím další ujednání mezi stranami, nebo že se musí jednat o smlouvu o dílo a nemůže jít kupříkladu o závazek spolupráce apod. Rovněž tvrzení zadavatele, že acquirer nemůže realizaci zaručit bez součinnosti a že navrhovatel do okamžiku vydání rozhodnutí o námitkách acquirerovi žádnou součinnost neposkytl, je zcela irelevantní,

neboť jedinou součinností, kterou si mohli navrhovatel a acquirer poskytnout, je spolupráce při přípravě závazku pro prokázání technické kvalifikace, kterou navrhovatel zadavateli doložil v rámci odpovědi na výzvu k doplnění nabídky č. 2.

22. Ve vztahu k poslednímu doplnění nabídky provedenému již v souvislosti s podáním námitek pak navrhovatel uvádí, že acquirer v předmětném dokumentu pouze potvrdil, že závazek acquirera, který byl již opakovaně prezentovaný zadavateli, stále trvá. Zároveň předmětným dokumentem byla doplněna informace o nákladech na vývoj platební aplikace, kterou, jak navrhovatel opětovně připomíná, zadavatel v původních zadávacích podmínkách nepožadoval. Navrhovatel rovněž zpochybňuje tvrzení zadavatele, že na uvedené doplnění nabídky již nesměl brát zřetel a odkazuje na související rozhodovací praxi Úřadu.
23. Navrhovatel závěrem shrnuje, že ze všech shora uvedených skutečností je zřejmé, že zadavateli byla existence závazku mezi navrhovatelem a acquirerem zřejmá. Zadavatel dle navrhovatele nepochybně, že by mezi stranami závazek nevznikl. Navrhovatel má přitom za to, že zadavatel nemůže v průběhu posouzení kvalifikace vyžadovat nové informace, které nijak neslouží k posouzení splnění kvalifikace. Rozhodnutí o vyloučení je dle navrhovatele nezákonné, neboť navrhovatel požadovanou kvalifikaci prokázal, když předložil potvrzení existence závazku a příslib acquirera o dodávce a zhotovení platební aplikace. Navrhovatel proto navrhuje, aby Úřad v souladu s § 263 odst. 2 zákona rozhodnutí o vyloučení navrhovatele zrušil.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

24. Úřad obdržel návrh dne 2. 9. 2024 a tímto dnem 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.
25. Účastníky správního řízení jsou podle § 256 zákona zadavatel a navrhovatel.
26. Přípisem ze dne 5. 9. 2024 Úřad účastníkům řízení oznámil zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Vyjádření zadavatele k návrhu obdržel Úřad dne 12. 9. 2024.

Vyjádření zadavatele k návrhu

27. Zadavatel se předně vyjadřuje k údajné absenci konkrétní specifikace důvodů pro vyloučení navrhovatele v rozhodnutí o vyloučení, přičemž uvádí, že již ve výzvě k doplnění č. 2 jasně uvedl (a následně v rozhodnutí o vyloučení pak na tuto výzvu výslovně odkázal), že posoudil předloženou e-mailovou komunikaci mezi navrhovatelem a ČSOB ze dne 24. 5. 2024, která měla dle navrhovatele sloužit jako doklad o splnění předmětného kritéria technické kvalifikace. Zadavatel přitom z obsahu uvedené e-mailové komunikace vyvodil mimo jiné informaci, že ČSOB jako acquirer podporuje integraci terminálů Ingenico OPEN z portfolia navrhovatele. Uvedená informace by přitom dle navrhovatele mohla potvrzovat, že teoreticky není vyloučeno, aby navrhovatel byl schopen s pomocí technického zázemí acquirera veřejnou zakázku splnit. V uvedeném dokladu však dle názoru zadavatele absentoval konkrétní závazek ČSOB vůči navrhovateli o implementaci a certifikaci aplikace pro systém off-line odbavování cestujících platebními kartami prostřednictvím tohoto acquirera. Tato samotná skutečnost přitom podle zadavatele sama o sobě postačovala k zákonnému vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení pro nesplnění požadované technické kvalifikace. Obdobně

pak ani z později doložené e-mailové komunikace mezi navrhovatelem a ČSOB podle zadavatele požadovaný závazek nevyplývá, zadavatel naopak dle jeho názoru citací konkrétních bodů předložené e-mailové komunikace v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení názorně dovozoval neexistenci předmětného závazku. Zadavatel k uvedenému dodává, že dále nad rámec výše specifikovaného důvodu pro vyloučení uvedl další okolnosti průběhu zadávacího řízení, které následně navrhovatel považoval za domněnky a dohady o nepřipravenosti navrhovatele k plnění veřejné zakázky a v konečném důsledku za pravý důvod svého vyloučení. Zadavatel tuto argumentaci navrhovatele nicméně považuje za nepravdivou a zavádějící, neboť zákonný důvod pro vyloučení byl v rozhodnutí o vyloučení řádně tvrzen a odůvodněn. Zadavatel dále nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že do okamžiku vydání rozhodnutí o námitkách nikdy nezpochybnil existenci závazku mezi navrhovatelem a acquirérem jako takovou. Zadavatel v této souvislosti poukazuje na to, že již samotná existence výzev k doložení dokladů o kvalifikaci značí, že zadavatel nepovažoval předložené doklady za objasněné a měl tak pochybnosti i o existenci samotného závazku.

28. V souvislosti s tvrzením navrhovatele o nezajištění řádné hospodářské soutěže a skryté diskriminaci v zadávacím řízení zadavatel uvádí, že v technické dokumentaci specifikoval rozsah činností a služeb, ke kterým acquirera zavázal, včetně činnosti zahrnující implementaci služeb acquirera s cílem zajistit mimo jiné i dodávku softwaru platební aplikace čteček vozidlových terminálů navrhovatele. Zadavatel dále dodává, že navrhovatel se jej během nadstandardně dlouhé lhůty k podání nabídek nikterak nedotazoval na vyžadovanou formu potvrzení od acquirera, ani na to, co by mělo být jeho obsahem pro prokázání splnění podmínek technické kvalifikace, a nevyužil tak všech možností, které mu zákon v této souvislosti přiznává. Pokud přitom navrhovatel a ČSOB předpokládali, že spolupráce mezi nimi vznikne, přičemž že její detaily budou ještě dojednány, mohl navrhovatel jako dostatečný doklad o existenci předmětného závazku v souladu s vymezenými zadávacími podmínkami předložit smlouvu o smlouvě budoucí. Zadavatel dále rekapituluje svůj obchodní vztah s ČSOB, přičemž uvádí, že dříve uzavřená smlouva o akceptaci bankovních karet a pozdější cenové nabídky bankovních provizí pro vozidla MHD nemají žádný vliv na nutnou součinnost navrhovatele s ČSOB ve věci vývojových a integračních činností k zajištění provozuschopnosti systému navrhovatele. Zadavatel je přitom toho názoru, že acquirér nemůže svůj závazek k implementaci a certifikaci aplikace pro systém off-line odbavování cestujících platebními kartami zaručit bez součinnosti účastníků zadávacího řízení a že navrhovatel přitom žádnou účinnou součinnost do okamžiku vydání rozhodnutí o námitkách neposkytl. Zadavatel má za to, že pokud by totiž navrhovatel v dostatečném předstihu před podáním nabídky s acquirérem spolupracoval a vyjasnil si s ním jednotlivé podmínky budoucího závazku, pak by acquirér zcela jistě neměl důvod navrhovateli požadované potvrzení nevystavit. K nařčení navrhovatele týkajícího se skryté diskriminace vůči jím nabízenému řešení pak zadavatel uvádí, že situace, kdy by jiný účastník zadávacího řízení byl schopen předložit bez dalšího závazek acquirera v souladu s požadavky zadavatele, není důkazem skryté diskriminace, nýbrž by byla pouze odrazem různé úrovně aktuální integrace řešení daného dodavatele do prostředí acquirera, který by v tom případě svým závazkem garantoval dokončení procesu pro splnění předmětné veřejné zakázky.
29. K námitce navrhovatele, že zadavatel neměl důvody pro vyloučení navrhovatele postaveny najisto, podložené rozhodovací praxí Krajského soudu v Brně a Úřadu zadavatel uvádí, že citovaná rozhodnutí nedopadají na okolnosti průběhu předmětného zadávacího řízení,

neboť, jak již zadavatel uvedl výše, rozhodnutí o vyloučení nebylo založeno pouze na domněnkách či obavách. Zadavatel připomíná, že navrhovatele opakovaně vyzval k doplnění dokladu prokazujícího existenci závazku mezi ním a acquirerem. Navrhovatel nicméně ani v dodatečně lhůtě požadovaný doklad nedoplnil, což zadavatel nemohl reflektovat jinak než rozhodnutím o jeho vyloučení ze zadávacího řízení.

30. Zadavatel rovněž upravuje na pravou míru, že vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení nenastalo z důvodu jeho nepřipravenosti k plnění veřejné zakázky, ale na základě ustanovení § 48 odst. 2 písm. a) a c) ve spojení s § 122 odst. 8 písm. b) zákona, tedy z důvodu, že doklady jím předložené nesplňovaly zadávací podmínky a nebyly navrhovatelem doplněny ani na základě opakované žádosti dle § 46 zákona.
31. K námitce navrhovatele ohledně údajného extenzivního výkladu předmětného požadavku ze strany zadavatele pak zadavatel uvádí, že jako způsob prokázání předmětného požadavku na technickou kvalifikaci bylo v zadávací dokumentaci stanoveno předložení smlouvy, smlouvy o smlouvě budoucí nebo jiného obdobného právního závazku mezi dodavatelem a ČSOB o implementaci a certifikaci aplikace pro systém off-line odbavování cestujících platebními kartami prostřednictvím tohoto acquirera. Zadavatel přitom zdůrazňuje, že jiné požadavky na prokázání uvedeného požadavku neuváděl a ani je v průběhu zadávacího řízení nijak nerozšiřoval. Zadavatel přitom nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že by snad po něm požadoval předložení informací ohledně rozčlenění nákladů na spolupráci acquirera, ani předložení potvrzení od acquirera ohledně funkčnosti technického řešení jako celku. Když přitom zadavatel v odůvodnění výzvy k doplnění č. 2 uvedl, že „*požadované doklady k prokázání splnění technické kvalifikace mají prokazovat závazek acquirera, že dodavatelem předložené řešení je připraven implementovat do svého prostředí a že nabídka dodavatele obsahuje i jeho náklady spojené s realizací a následným provozem*“, měl tím na mysli to, že pouze po zhodnocení nastíněných skutečností mohl acquirer vydat předmětné potvrzení. Uvedené informace však podle zadavatele v žádném případě nemusely nutně tvořit obsah předmětného potvrzení.
32. Zadavatel dále nesouhlasí s tím, že by řádně nevypořádal námitku navrhovatele, dle které nemohl existovat žádný uchazeč, který by podmínku spolupráce s acquirerem mohl skutečně deklarovat a dodat funkční řešení dle představ zadavatele. Zadavatel přitom shrnuje, že zadávací řízení dosud není ukončeno, a zadavatel tak nemohl v rozhodnutí o námitkách uvést informaci, zda některý z uchazečů předmětnou podmínku technické kvalifikace splnil. Zadavatel k uvedenému nicméně obecně uvádí, že samotné vyjádření acquirera poskytnuté navrhovateli, dle kterého k dnešnímu dni nemá k dispozici software platební aplikace pro EMV čtečky, může sice znamenat, že tento software nemá ani pro jednu z EMV čteček, nemusí však nutně znamenat to, že nemůže existovat žádný uchazeč, který by podmínku spolupráce s acquirerem mohl požadovaným způsobem deklarovat a dodat funkční řešení podle představ zadavatele. Zadavatel zároveň upozorňuje na to, že pro splnění podmínek zadávací dokumentace nebyla podstatná existence softwaru platební aplikace EMV čtečky ve lhůtě pro podání nabídek, nýbrž společná dohoda uchazeče a acquirera vyjádřená závazkem acquirera vůči uchazeči k jejímu vývoji a implementaci.
33. K doplněnému vyjádření ČSOB tak, jak bylo navrhovatelem předloženo v podaných námitkách, zadavatel dodává, že důvod pro vyloučení podle § 48 odst. 2 písm. b) zákona je dán tehdy, pokud účastníkem zadávacího řízení nebyly objasněny nebo doplněny údaje či doklady

na základě žádosti zadavatel podle § 46 zákona, a to ve lhůtě stanovené touto žádostí. Navrhovatel přitom povinnost uloženou výzvou podle § 46 zákona opakovaně nesplnil. Zadavatel má tak zato, že k doplnění provedenému až v rámci lhůty pro podání námitek již nemůže přihlížet. Zadavatel přitom dodává, že závěry rozhodnutí Úřadu vydaného pod sp. zn. ÚOHS-S0646/2023/VZ se nevztahují na takto pozdě doložené doklady, a tudíž nejsou pro řešený případ relevantní.

34. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh zamítl podle § 265 písm. a) zákona z důvodu, že nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Další průběh správního řízení

35. Usnesením ze dne 16. 9. 2024 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
36. Rozhodnutím ze dne 16. 10. 2024 Úřad nařídil předběžné opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0702/2024/VZ.
37. Usnesením ze dne 22. 10. 2024 stanovil Úřad účastníkům správního řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
38. Navrhovatel dne 5. 11. 2024 doručil Úřadu své vyjádření k podkladům rozhodnutí z téhož dne. Navrhovatel předně uvedl, že již samotné postavení ČSOB jako acquirera, resp. to, že část plnění předmětu veřejné zakázky zadavatel v rámci zadávacího řízení zadává tomuto acquirerovi „napřímo“, čímž zadavatel dle názoru navrhovatele v podstatě vyloučil soutěž mezi dalšími subjekty, které by mohly plnit roli acquirera, představuje samo o sobě ze strany zadavatele vysoce nestandardní postup. Navrhovatel si je nicméně vědom, že předmětem jím podaného návrhu není napadání zadávacích podmínek na veřejnou zakázku. Ve vztahu k přezkoumávané věci pak navrhovatel shrnuje, že zadavatel v zadávacích podmínkách nestanovil konkrétní požadavky na obsah závazku acquirera, a rovněž ani to, jaké podmínky plnění měly být prostřednictvím tohoto závazku zadavateli prokázány. Navrhovatel dále odkazuje na znění potvrzení závazku vydané ČSOB ve vztahu k účastníkovi zadávacího řízení Mikroelektronika spol. s r.o., IČO 15029221, se sídlem Dráby 849, 566 01 Vysoké Mýto (dále jen „dodavatel Mikroelektronika“), přičemž dovozuje, že toto potvrzení je z materiálního hlediska téměř shodné s potvrzením ČSOB ze dne 24. 5. 2024 předloženým navrhovatelem. Navrhovatel zároveň zmiňuje, že potvrzení vystavené pro dodavatele Mikroelektronika obsahuje navíc větu, dle které se v případě splnění podmínek uvedených výše v uvedeném potvrzení ČSOB zavazuje prostřednictvím servisní společnosti Bankovní informační technologie, s.r.o., IČO 63987686, se sídlem Radlická 333/150, 150 00 Praha 5 (dále jen „společnost Bankovní informační technologie“) uzavřít s dodavatelem Mikroelektronika Smlouvu o implementaci a certifikaci aplikace pro systém off-line odbavení cestujících platebními kartami. V této souvislosti přitom navrhovatel uvádí, že netuší, proč jednomu účastníkovi acquirer závazek vystavil s výslovnou zmínkou o uzavření smlouvy, a u navrhovatele tuto větu neuvedl, byť byly oba závazky vystavené ve stejný den a pro stejnou veřejnou zakázku. Zadavatel dále shrnuje, že s ohledem na shromážděné podklady pro vydání rozhodnutí setrvává na tom, že postup zadavatele při jeho vyloučení ze zadávacího řízení

považuje za vysoce problematický a protizákonný. Zadavatel konkrétně uvádí, že trvá na tom, že zadavatel neměl důvody vyloučení postaveny najisto, kdy dle jeho názoru pro vyloučení ze zadávacího řízení nepostačuje pouhá obava zadavatele založená na tom, že text závazku vystaveného ČSOB ve prospěch navrhovatele neobsahuje formulaci, kterou acquirer uvedl u jiného dodavatele. Navrhovatel má dále zato, že pakliže zadavatel pojal pochybnosti o dostatečnosti navrhovatelem přeloženého závazku, mohl existenci uvedeného závazku snadno ověřit dotazem určeným přímo ČSOB. K formulaci výše uvedeného potvrzení o závazku vůči dodavateli Mikroelektronika pak navrhovatel dodává, že rovněž tato formulace neobsahuje závazek mezi dodavatelem Mikroelektronika a ČSOB, neboť uvedený závazek se dle navrhovatele namísto ČSOB týká společnosti Bankovní informační technologie. Navrhovatel tak má zato, že pokud by jeho vlastní závazek nebyl z pohledu zadávací dokumentace dostatečný, pak závazek společnosti Mikroelektronika by stanoveným podmínkám vyhovoval ještě méně, neboť nejde o závazek na uzavření smlouvy, kterou měla dle zadávacích podmínek plnit přímo ČSOB. Navrhovatel s ohledem na výše uvedené setrvává na tom, že závazek mezi ním a acquirerem vznikl a zadavatel tak neměl žádný legitimní ani objektivně podložený důvod pochybovat o jeho existenci. Navrhovatel se dále rovněž vyjadřuje k vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 12. 9. 2024, přičemž dochází k závěru, že zadavateli musela být materiální existence dohody mezi navrhovatelem a acquirerem zřejmá, neboť acquirer ve svém potvrzení o závazku reagoval na požadavek zadavatele vyjádřený v zadávací dokumentaci. Zadavatel dále dle navrhovatele nebyl oprávněn v průběhu posuzování kvalifikace vyžadovat po navrhovateli nové informace, které přitom nijak nesloužily k posouzení splnění kvalifikace, nýbrž pouze k utváření představ zadavatele o tom, za jakých podmínek budou acquirer a navrhovatel spolupracovat, když přitom tyto informace dle názoru navrhovatele nejenže nepřispívají k posouzení splnění kvalifikace, ale zadavatel je na prvním místě v zadávací dokumentaci vůbec nepožadoval. Navrhovatel závěrem svého vyjádření shledává, že vyloučení navrhovatele je nezákonné, neboť navrhovatel kvalifikaci prokázal, když předložil potvrzení existence závazku a příslib acquirera o dodávce a zhotovení platební aplikace. Navrhovatel proto navrhuje, aby Úřad v souladu s § 263 odst. 2 zákona rozhodnutí o vyloučení navrhovatele zrušil.

39. Zadavatel se do konce stanovené lhůty k podkladům pro vydání rozhodnutí nevyjádřil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

40. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadávacím řízení a vyjádření účastníků řízení, rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 263 zákona. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

41. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
42. Podle § 46 odst. 1 zákona zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo

modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.

43. Podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46 zákona.
44. Podle § 79 odst. 2 písm. l) zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat doklad prokazující shodu požadovaného výrobku s požadovanou technickou normou nebo technickým dokumentem.
45. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí o odmítnutí námitek musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Dojde-li k odmítnutí námitek podle odstavce 3, postačí odůvodnění ve vztahu ke splnění podmínek pro jejich odmítnutí. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
46. Podle § 263 odst. 5 zákona platí, že je-li rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, učiněné v rozporu s § 245 odst. 3 zákona nebo je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách; v takovém případě platí, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Tyto nové námitky nemůže zadavatel odmítnout jako opožděné.
47. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

48. V čl. 2. „Podmínky kvalifikace“ zadávací dokumentace je v bodu (4) „Technická kvalifikace“ mimo jiné uvedeno následující: *„Zadavatel dále požaduje, aby dodavatel prokázal splnění kritérií technické kvalifikace v souladu s § 79 odst. 2 písm. l) ZZVZ předložením: (...)*
 - *(...) smlouvy, smlouvy o smlouvě budoucí nebo jiného obdobného právního závazku mezi dodavatelem a Československou obchodní bankou, a. s., o implementaci a certifikaci aplikace pro systém off-line odbavování cestujících platebními kartami prostřednictvím tohoto acquirera.“*
49. V článku 3. Způsob prokazování kvalifikace“ zadávací dokumentace je pod bodem (1) uvedeno následující:

*„Zadavatel upozorňuje, že dodavatel není povinen do své nabídky předkládat konkrétní doklady prokazující splnění výše uvedených kritérií kvalifikace. Kvalifikace je prokázána dodavatelem **v rámci podané nabídky předložením formuláře Krycí list**, jehož součástí je čestné prohlášení o tom, že dodavatel splňuje všechny výše uvedené podmínky kvalifikace požadované zadavatelem. Dodavatel je oprávněn nahradit čestné prohlášení Jednotným evropským osvědčením dle § 87 ZZVZ.“*

50. V článku 5.3 „Acquirer“ přílohy č. 1 zadávací dokumentace „Technická specifikace“, ve znění změn dle Vysvětlení zadávací dokumentace IV ze dne 18. 4. 2024, je uvedeno následující:

Součástí dodávky odbavovacího systému je i závazek dodavatele poskytovat zadavateli po dobu trvání udržitelnosti projektu služby spojené s přijímáním platebních karet a uskutečňováním bezhotovostních plateb za jízdné prostřednictvím EMV karet ve všech fyzických formách ve vozidlových terminálech.

Vybraným (smluvně vázaným) acquirerem zadavatele je Československá obchodní banka, a.s.

Předmět plnění dodavatele v rámci tohoto projektu zahrnuje i implementaci služeb acquirera s cílem zajistit zadavateli následující služby:

- *akceptace platebních karet standardů VISA (včetně VISA Electron) a MasterCard (včetně Maestro) s možností dohody o akceptaci dalších druhů karet,*
- *realizace „plateb“ bezkontaktními bankovními kartami ve vozidlech v off-line režimu doprava,*
- *tokenizace čísel bankovních karet ve vozidlových terminálech,*
- *zpracování tokenů v prostředí acquirera pro realizaci plateb vůči majitelům účtů,*
- *ověřování validity bankovních karet u vydavatelské banky,*
- *předávání potřebných informací o transakcích včetně použitých tokenů do back-office zadavatele,*
- *dodávku SW platebních terminálů potřebného pro realizaci plateb bankovními kartami v režimu doprava a jeho aktualizace v průběhu udržitelnosti projektu včetně udržování SW v souladu s požadavky karetních asociací,*
- *sdužování (agregace) plateb za jednotlivé jízdenky pro jednu BK do jedné společné platby za období nebo ve finančních limitech dle pravidel karetních asociací, z předaného přehledu ale musí být vždy možné každou agregovanou platbu následně rozčlenit na jednotlivé jízdenky.*

(...)

Pro stanovení ceny služeb (mimo poplatky za transakce) zadavatel uvádí podmínky acquirera (ceny v Kč bez DPH):

- *integrace terminálu do systému acquirera (vč. L3 certifikace)14 500 Kč/MD*
- *vedení terminálu v systému acquirera.....75,- Kč/terminál/měsíc*
- *úprava systému acquirera (vč. integrace externího back-office)14 500 Kč,- /MD*
- *podpora pro implementacizdarma*

Pro vyjasnění veškerých pochybností platí, že dodání platební aplikace, její provoz a údržba vůči zadavateli je povinností dodavatele dle požadavků acquirera. Platební aplikace musí splňovat pravidla podle požadavků karetních asociací po celou dobu trvání plnění.

Poplatky za provoz a správu SW čteček (maintenance) budou hrazeny zadavatelem dodavateli a zahrnují cenu za veškeré služby a činnosti nutné k řádnému a úplnému splnění zakázky:

- *provoz a správa SW čteček,*
- *servis nezbytného SW,*
- *poskytnuté licence,*

- *služby související přímo s poskytováním služeb acquiringu, které jsou nutné k zajištění realizace projektu a nejsou zahrnuty v odměně acquirera.“.*

51. Ze seznamu podaných nabídek vyhotoveného v elektronickém nástroji zadavatele vyplývá, že zadavatel obdržel celkem 2 nabídky na veřejnou zakázku, a to nabídku navrhovatele a nabídku dodavatele Mikroelektronika.

52. Součástí nabídky navrhovatele je Krycí list nabídky signovaný dne 27. 5. 2024, ve kterém je mimo jiné uvedeno následující:

„Čestné prohlášení osoby oprávněné jednat za dodavatele: (...)

b) Prohlašuji, že dodavatel splňuje kvalifikaci v podobě a rozsahu, ve které je zadavatelem požadována v zadávacích podmínkách k výše uvedené veřejné zakázce a zavazuje se, že na vyzvání zadavatele předloží doklady prokazující splnění požadované kvalifikace.“

53. Dne 4. 6. 2024 zadavatel odeslal navrhovateli výzvu k doplnění č. 1. V uvedené výzvě zadavatel navrhovatele vyzval k předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů o kvalifikaci, mimo jiné pak k prokázání splnění kritérií technické kvalifikace v souladu s § 79 odst. 2 písm. l) zákona předložením:

„(...) smlouvy, smlouvy o smlouvě budoucí nebo jiného obdobného právního závazku mezi dodavatelem a Československou obchodní bankou, a. s., o implementaci a certifikaci aplikace pro systém off-line odbavování cestujících platebními kartami prostřednictvím tohoto acquirera.“

54. Žádostí o prodloužení lhůty k předložení dokladů a informací signované dne 7. 6. 2024 požádal navrhovatel zadavatele o prodloužení stanovené lhůty pro předložení následujících dokladů a informací dle výzvy k doplnění č. 1, konkrétně pak mimo jiné *„předložení smlouvy, smlouvy o smlouvě budoucí nebo jiného obdobného právního závazku mezi dodavatelem a Československou obchodní bankou, a. s., o implementaci a certifikaci aplikace pro systém off-line odbavování cestujících platebními kartami prostřednictvím tohoto acquirera“.* V odůvodnění této žádosti navrhovatel uvedl, že *„[d]odavatel dostal příslib spolupráce od Československé obchodní banky, a. s.[,] s uvedením základních parametrů závazku, které splňují zadávací podmínky, dne 24.05.2024, tj. jeden pracovní den před koncem lhůty pro podání nabídek. Dokončení jednání o obsahu závazku a uzavření formální dohody je závislé na třetí straně, Československé obchodní bance, a. s., a dodavatel k němu vyzval dne 30. 5. 2024. Za účelem urychlení diskuze a co nejrychlejšího uzavření předmětné formální dohody bylo sjednáno osobní jednání v týdnu od 10. 6. 2024.“.*

55. Následně navrhovatel doručil zadavateli dokument nazvaný *„Odpověď na výzvu vybranému dodavateli k předložení dokladů a informací“* signovaný dne 10. 6. 2024, ve kterém mimo jiné uvedl následující:

„Ve věci předložení smlouvy, smlouvy o smlouvě budoucí nebo jiného obdobného právního závazku mezi dodavatelem a Československou obchodní bankou, a. s., o implementaci a certifikaci aplikace pro systém off-line odbavování cestujících platebními kartami prostřednictvím tohoto acquirera dodavatel zaslal dne 7. 6. 2024 zadavateli samostatnou žádost o prodloužení lhůty k předložení dokladů a informací. Zdvořile proto žádá o vyhovění, neboť doložení těchto dokladů je závislé na spolupráci Československé obchodní banky, a. s., s níž dodavatel aktivně jedná.“.

56. Následně navrhovatel dne 17. 6. 2024 doručil zadavateli přípis nadepsaný „Odpověď na výzvu vybranému dodavateli k předložení dokladů a informací – Doplnění“ signovaný téhož dne (dále jen „Doplnění nabídky č. 1“), jehož přílohou byl e-mail ČSOB zaslaný navrhovateli dne 24. 5. 2024, ve kterém bylo uvedeno následující:

»ČSOB k dotazu společnosti Herman, jako uchazeče v rámci veřejné zakázky s názvem „VZ0184432: Bezhotovostní platba jízdného ve vozidlech MHD - vozidlový odbavovací systém“, sděluje, že je připravena poskytovat službu přijímání platebních karet v následujícím rozsahu:

- Akceptace platebních karet karetních schémat VISA a Mastercard, přijímání platebních karet jiných karetních schémat ČSOB aktuálně nepodporuje

- Zpracování akceptace karet v offline režimu

- Realizace agregace plateb dle požadavků karetních schémat

- Realizace ověřování platebních karet a realizace autorizací

- Generování unikátního variabilního symbolu pro každou transakci

ČSOB podporuje integraci EMV čteček typu CRE11 a OPEN1500. K 5/2024 nemá ČSOB k dispozici SW platební aplikace pro EMV čtečky a nemůže proto zaručit dodávku SW platební aplikace, včetně provozu a správy. Při implementaci tohoto typu HW je nutné počítat s náklady spojené s integrací do banky (L3 certifikace). Terminál typu FEIG cVELD není a nebude podporován.

Pro vyjasnění veškerých pochybností platí, že vedení terminálu v systému acquirera nezahrnuje cenu za dodávku, provoz a správu SW platební aplikace.

Integraci externího back-office je možné realizovat dle definovaného API od ČSOB. ČSOB předloží finanční nabídku na integraci po analýze náročnosti integrace nového externího back-office.

Výše uvedené potvrzení je platné pouze v případě, že

- nedojde k výrazným změnám vstupních podmínek, například změny struktury projektu nebo změnám na základě požadavků karetních schémat;

- dojde k vzájemné dohodě mezi ČSOB a DPMO o nastavení smluvních vztahů způsobem odpovídajícím požadavkům karetních schémat.«.

57. Dne 9. 7. 2024 zadavatel odeslal navrhovateli výzvu k doplnění č. 2. V citované výzvě zadavatel uvedl mimo jiné následující:

„Po posouzení dokladu (e-mailové komunikace mezi dodavatelem a ČSOB ze dne 24.05.2024), který je přílohou Vaší odpovědi ze dne 17.06.2024 na naši výzvu vybranému dodavateli k předložení dokladů ze dne 04.06.2024 Vám sdělujeme, že považujeme jako nedostatečně doložený právní závazek mezi dodavatelem a ČSOB o implementaci a certifikaci aplikace pro off-line odbavování cestujících platebními kartami prostřednictvím tohoto acquirera. (...).

Zadavatelem požadované doklady k prokázání splnění technické kvalifikace mají prokazovat závazek acquirera, že dodavatelem předložené řešení je připraven implementovat do svého prostředí a že nabídka dodavatele obsahuje i jeho náklady spojené s realizací a následným

provozem. Dodavatelem popisovaný postup, ve kterém se odvolává na nespolupráci třetí strany (acquiera), ukazuje, že:

- dodavatel v průběhu přípravy nabídky s vybraným acquirerem nejednal, minimálně tuto skutečnost neprokázal žádnou výzvou acquirerovi k jednání, první jím uvedené datum je až těsně před koncem lhůty pro podání nabídek,
- dodavatelem předložené řešení nemusí obsahovat řešení odpovídající požadavkům acquirerera,
- dodavatelem předložené provozní náklady nemusí obsahovat všechny související provozní náklady acquirerera,
- dodavatel samotné jednání o poskytnutí smluvní garance zahájil až v okamžiku, kdy zjistil že je vybraným dodavatelem.

S ohledem na výše uvedené nemá zadavatel na základě předložených dokladů garanci, že dodavatelem nabízené řešení neobsahuje nedostatky, které mohou významně negativně ovlivnit jak průběh instalace, tak samotný provoz systému a v neposlední řadě mohou mít zásadní dopad do termínu realizace zakázky.

Zadavatel opakovaně tedy vyzývá dodavatele k doložení jednoznačného právního závazku mezi dodavatelem a ČSOB o implementaci a certifikaci aplikace pro off-line odbavování cestujících platebními kartami prostřednictvím tohoto acquirerera na základě avizovaných osobních aj. aktivních jednání s ČSOB. (...).“

58. Následně navrhovatel doručil zadavateli přípis nadepsaný „Odpověď na výzvu vybranému dodavateli k předložení dokladů a informací“ signovaný dne 12. 7. 2024 (dále jen „doplnění nabídky č. 2“). Navrhovatel v příloze doplnění nabídky č. 2 předal zadavateli e-mailovou komunikaci s ČSOB vedenou ve dnech od 8. 4. 2024 do 12. 7. 2024.

59. Navrhovatel dále dne 22. 7. 2024 doručil zadavateli přípis nadepsaný „Doplnění k odpovědi na výzvu vybraného dodavatele k předložení dokladů a informací“ signovaný dne 19. 7. 2024 (dále jen „doplnění nabídky č. 3“). Přílohu doplnění nabídky č. 3 tvoří sdělení ČSOB ze dne 10. 7. 2024. V citovaném sdělení je uvedeno následující:

„ČSOB tímto k Vaší žádosti sděluje, že splnění všech podmínek vymezených v zadávací dokumentaci k VZ nemůže, bohužel, zaručit. V souladu s již dříve poskytnutým vyjádřením ČSOB sděluje, že je připravena poskytovat Službu v následujícím rozsahu:

- přijímání platebních karet karetních schémat VISA a Mastercard; přijímání platebních karet jiných karetních schémat ČSOB aktuálně nepodporuje;
- zpracování přijímání platebních karet v offline režimu;
- realizace agregace transakcí dle požadavků karetních schémat;
- realizace ověřování platebních karet a realizace autorizací;
- generování unikátního variabilního symbolu pro každou transakci.

ČSOB dále sděluje, že:

- podporuje integraci EMV čteček typu CRE11 a OPEN1500;

- k dnešnímu datu nemá k dispozici software platební aplikace pro EMV čtečky, a nemůže proto zaručit dodávku tohoto softwaru, ani jeho provoz a správu;
- při implementaci požadovaného typu hardwaru je třeba počítat s nutností uhradit ČSOB náklady spojené s jeho integrací do ČSOB (L3 certifikace);
- platební terminál typu FEIG cVELD není a nebude podporován;
- cena za vedení platebního terminálu v systému ČSOB, jako acquirera, nezahrnuje dodávku, provoz a správu softwaru platební aplikace;
- Integraci externího back-office je možné realizovat dle definovaného API od ČSOB.

Podmínkou zahájení prací na integraci je její nacenění ze strany ČSOB po analýze náročnosti (v současnosti nemůže ČSOB žádnou cenu garantovat) a akceptace této cenové nabídky ze strany účastníka, příp. zadavatele.

Výše uvedené vyjádření je platné pouze v případě, že

- nedojde k výrazným změnám vstupních podmínek, například změně struktury projektu nebo změnám na základě požadavků karetních schémat;
- dojde k vzájemné dohodě mezi ČSOB a DPMO o nastavení smluvních vztahů způsobem odpovídajícím požadavkům karetních schémat.“.

60. Navrhovatel v Doplnění nabídky č. 3 dále uvedl následující:

„Vzhledem k tomu, že **obsah nově vystaveného písemného vyhotovení závazku acquirera** je shodný s tím, k čemu se acquirer dodavateli zavázal již v emailu ze dne 24. 5. 2024, považuje dodavatel za zcela jednoznačné, že:

- a) **acquirer potvrzuje závazek spolupráce s dodavatelem a tento nyní předkládá ve formě, již reaguje na výslovnou žádost dodavatele dle požadavků zadavatele ve Výzvě,**
- b) **již email ze dne 24. 5. 2024 představuje dle acquirera samotného právně závazné jednání acquirera, které bylo učiněno se znalostí kontextu veřejné zakázky, a toto nyní acquirer potvrzuje v přímé návaznosti na Výzvu zadavatele a odpovídající výslovnou žádost dodavatele.“.**

61. V rozhodnutí o vyloučení zadavatel uvedl mimo jiné následující:

»Zadavatel vylučuje účastníka zadávacího řízení na základě § 48 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), ve znění pozdějších předpisů, protože nesplnil zadávací podmínky. (...).

Podrobné zdůvodnění, proč zadavatel nepovažuje doložený dokument popisující implementaci a certifikaci aplikace pro off-line odbavování cestujících platebními kartami za dostatečný závazek ČSOB vůči vybranému dodavateli byl součástí odeslané opakované výzvy.

Dne 12. 07. 2024 obdržel zadavatel druhé vyjádření vybraného dodavatele, jehož součástí nebyly žádné informace, které by zadavateli poskytly jakoukoliv jistotu (i budoucího) požadovaného smluvního vztahu mezi vybraným dodavatelem a ČSOB, zároveň v dokumentu uvedené informace ani nepotvrdily připravenost vybraného dodavatele k úspěšné realizaci

a následnému provozu zadavatelem požadovaného systému pro bezhotovostní platby jízdného ve vozidlech MHD. (...).

Výše uvedené informace poskytnuté vybraným dodavatelem v rámci prokázání technické kvalifikace nejenom, že nesplňují požadavek zadavatele na prokázání kritéria technické kvalifikace, ale ve svém důsledku dokládají nepřipravenost vybraného uchazeče k plnění předmětu veřejné zakázky.«.

62. V rámci podaných námitek navrhovatel předložil zadavateli přípis vystavený ČSOB ze dne 8. 8. 2024, ve kterém bylo uvedeno mimo jiné následující:

„ČSOB se k Vaší žádosti písemně vyjádřila dopisem ze dne 10. 7. 2024, ve kterém vymezila rozsah, v jakém je připravena Službu poskytovat, a za jakých podmínek.

Na základě Vašeho požadavku ČSOB doplňuje výše citované vyjádření takto:

ČSOB je připravena zajistit software platební aplikace (práva k jeho užití) pro požadované typy čteček s orientačním termínem do 31. 8. 2025 a nejpozději však do 1. 12. 2025, za předpokladu, že společnost Future technologies s.r.o. uhradí náklady na jeho vývoj a dodání ze strany dodavatele, a to ve lhůtě a výši stanovené ze strany ČSOB.“

63. V přípisu ČSOB ze dne 24. 5. 2024 vystaveném pro dodavatele Mikroelektronika je uvedeno mimo jiné následující: *„V případě splnění výše uvedených podmínek se ČSOB, a.s., zavazuje prostřednictvím servisní společnosti Bankovní informační technologie, s.r.o., uzavřít se společností Mikroelektronika spol. s.r.o. Smlouvu o implementaci a certifikaci pro systém off-line odbavení cestujících platebními kartami.“*

Právní posouzení

K existenci závazku acquirera

64. Jádrem sporu mezi navrhovatelem a zadavatelem je, zdali navrhovatel dostatečně prokázal splnění zadavatelem vyžadovaného kritéria technické kvalifikace, kterým mělo být doložení závazku acquirera ve vztahu k implementaci a certifikaci aplikace pro systém off-line odbavování cestujících platebními kartami.
65. Zadavatel v zadávacích podmínkách uvedl požadavek na doložení technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. l) zákona, který měl být prokázán předložením *„smlouvy, smlouvy o smlouvě budoucí nebo jiného obdobného právního závazku mezi dodavatelem a Československou obchodní bankou, a. s., o implementaci a certifikaci aplikace pro systém off-line odbavování cestujících platebními kartami prostřednictvím tohoto acquirera.“* Zadavatel dále v Technické specifikaci popsal obsah věcného plnění, které bude vybraný dodavatel ve spolupráci s acquirerelem poskytovat, a to včetně stanovení konkrétního cenového sazebníku acquirera, na základě kterého bude acquirer oprávněn účtovat vybranému dodavateli sjednané služby související s implementací. Zadavatel přitom stanovil, že doložení kvalifikace v nabídkách dodavatelů je možné rovněž prostřednictvím čestného prohlášení.
66. Součástí nabídky navrhovatele bylo mimo jiné čestné prohlášení, dle kterého navrhovatel splňuje kvalifikaci v podobě a rozsahu, ve které je zadavatelem požadována v zadávacích podmínkách k výše uvedené veřejné zakázce. Navrhovatel se rovněž v uvedeném čestném prohlášení zavázal, že na vyzvání zadavatele předloží doklady prokazující splnění požadované kvalifikace.

67. Následně po vyhodnocení podaných nabídek, kdy zadavatel vyhodnotil nabídku navrhovatele jako ekonomicky nejvýhodnější, byl navrhovatel ze strany zadavatele opakovaně vyzván k doložení dokladu, prostřednictvím kterého mělo být prokázáno splnění předmětného požadavku technické kvalifikace.
68. V rámci Doplnění nabídky č. 1 navrhovatel předložil zadavateli e-mailovou zprávu od ČSOB ze dne 24. 5. 2024. V rámci tohoto přípisu ČSOB uvedla, že je připravena poskytovat službu přijímání platebních karet v rozsahu konkrétně vyjmenovaných služeb. ČSOB dále v uvedeném přípise uvedla, že podporuje integraci EMV čteček typu CRE11 a OPEN1500. V souvislosti s tím přitom ČSOB uvedla, že k měsíci květnu 2024 nemá k dispozici software platební aplikace pro EMV čtečky, a nemůže proto zaručit dodávku softwaru platební aplikace. Následně ČSOB rovněž uvedla, že integraci externího back-office je možné realizovat dle definovaného rozhraní pro programování aplikací (API), přičemž že ČSOB předloží finanční nabídku na integraci po analýze náročností integrace nového externího back-office. Za zmínku přitom stojí rovněž skutečnost, že dle textu předmětného e-mailu nebylo uvedené vyjádření učiněno vůči společnosti navrhovatele jako takového, nýbrž vůči Ing. Ivo Hermanovi, vystupujícímu v podané nabídce navrhovatele jako poddodavatel, a ČSOB tak ve své podstatě nevěděla, vůči kterému dodavateli vlastně předmětné sdělení činí.
69. Zadavatel dne 9. 7. 2024 opětovně vyzval navrhovatele k doložení jednoznačného právního závazku acquirera, neboť na základě výše uvedené e-mailové korespondence nepovažoval právní závazek acquirera k implementaci a certifikaci aplikace pro off-line odbavování cestujících platebními kartami za dostatečně doložený. V doprovodném odůvodnění výzvy k doplnění č. 2 zadavatel uvedl, že navrhovatel měl k dispozici celou stanovenou lhůtu pro podání nabídek k tomu, aby podal nabídku obsahující již kompletní technické hardware a software řešení odsouhlasené acquirerem a rovněž cenovou kalkulaci nabídkové ceny obsahující jak kompletní náklady dodavatele, tak i nezbytné integrační nebo vývojové náklady na straně acquirera. Zadavatel přitom uvedl, že dosavadní postup navrhovatele dle jeho názoru ukazuje na to, že navrhovatel v průběhu přípravy nabídky s acquirerem nejednal, navrhovatelem předložené řešení nemusí obsahovat řešení odpovídající požadavkům acquirera a rovněž že předložené provozní náklady nemusí obsahovat všechny související náklady acquirera.
70. Úřad přitom nemůže souhlasit s tvrzením navrhovatele, že z výzvy k doplnění č. 2 jednoznačně nevyplývá, co přesně zadavatel přípisu ČSOB ze dne 24. 5. 2024 předloženému navrhovatelem vytýká. Z odůvodnění předloženého zadavatelem ve výzvě k doplnění č. 2 zcela jednoznačně vyplývá, že primárním důvodem neakceptování citovaného sdělení ČSOB zadavatelem je to, že z něho nevyplývá jednoznačný právní závazek ČSOB, tedy že předložené sdělení obsahem neodpovídá ani uzavřené smlouvě, ani smlouvě o smlouvě budoucí, popř. jinému obdobnému právnímu závazku ve smyslu požadavku zadavatele stanovenému v zadávací dokumentaci.
71. V rámci doplnění nabídky č. 2 navrhovatel předložil zadavateli opakovanou e-mailovou korespondenci vedenou s ČSOB v období od 8. 4. 2024 do 12. 7. 2024. Navrhovatel dále zadavateli dne 19. 7. 2024 v rámci doplnění nabídky č. 3 předal přípis ČSOB ze dne 10. 7. 2024 ve formě PDF. Sám navrhovatel přitom uvedl, že obsah tohoto přípisu je totožný s již dříve předloženým sdělením ČSOB ze dne 24. 5. 2024.

72. V návaznosti na výše uvedené zadavatel dne 24. 8. 2024 rozhodl o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona z důvodu nesplnění zadávacích podmínek, konkrétně pak právě podmínky doložení předmětného závazku acquirera. Zadavatel přitom uvedl, že podrobné odůvodnění toho, proč nepovažuje doložený dokument ČSOB za dostatečný závazek vůči navrhovateli, již uvedl ve výzvě k doplnění č. 2. Ve vztahu k později doloženému vyjádření navrhovatele pak zadavatel uvedl, že rovněž jeho součástí nebyly žádné informace, které by zadavateli poskytly jakoukoliv jistotu požadovaného smluvního vztahu mezi navrhovatelem a acquirerem. Zadavatel rovněž uvedl, že opakované sdělení ČSOB o tom, že nemá k dispozici software platební aplikace pro EMV čtečky a nemůže tak proto zaručit její dodávku, nejenom že vypovídají o nesplnění požadavku na technickou kvalifikaci, nýbrž ve svém důsledku i o nepřipravenosti navrhovatele k plnění předmětu veřejné zakázky.
73. Úřad po seznámení se s obsahem jednotlivých přípisů ČSOB předložených navrhovatelem dospěl k závěru, že navrhovatel byl ze zadávacího řízení vyloučen v souladu se zákonem, neboť neprokázal vznik závazku acquirera ve vztahu k implementaci a certifikaci aplikace pro systém off-line odbavování cestujících platebními kartami. Ke svému závěru Úřad uvádí následující.
74. Předně je třeba uvést, že požadavek na předmětnou část technické kvalifikace zněl striktně na předložení smlouvy, smlouvy o smlouvě budoucí nebo jiného obdobného právního závazku mezi dodavatelem a ČSOB v postavení acquirera, jejímž obsahem měla být implementace a certifikace aplikace pro systém off-line odbavování cestujících platebními kartami prostřednictvím acquirera. Zadavatel tedy jednoznačně požadoval prokázání existence již sjednaného závazku mezi dodavatelem a ČSOB.
75. Právě v tomto kontextu je pak třeba přistupovat k odůvodnění zadavatele uvedenému ve výzvě k doplnění č. 2. Odůvodnění zadavatele nelze dle názoru Úřadu rozumět tak, že nesplnění zadávacích podmínek spatřuje zadavatel primárně v tom, že nabídka navrhovatele neobsahovala kompletní technické hardware a software řešení odsouhlasené acquirerem a související cenovou kalkulaci. Uvedené okolnosti, na které zadavatel upozorňuje, nicméně mohou být důsledkem skutečnosti, že navrhovatel s ČSOB dosud neuzavřel závazkový vztah, neboť při jeho sjednávání by bylo možné očekávat (a zadavatel tak zjevně očekával), že dané technické řešení budou předmětem jednání mezi navrhovatelem a ČSOB, a tedy že okamžikem uzavření smlouvy (= závazku) budou mezi těmito subjekty zadavatelem naznačené pochyby již odstraněny. Podstata argumentace zadavatele odůvodňující vyloučení tedy netkví v tom, že by navrhovatel započal vyjednávání s ČSOB pozdě, či že z jeho nabídky nevyplývají výše naznačené technické či finanční detaily spolupráce s acquirerem, nýbrž jen a pouze to, že mezi navrhovatelem a ČSOB ke dni vyloučení požadovaný závazek vůbec nevznikl.
76. Úřad v této souvislosti uvádí, že se neztotožňuje s tvrzením navrhovatele, dle kterého je obsah rozhodnutí o vyloučení nesrozumitelný a nepřezkoumatelný. Z obsahu napadeného rozhodnutí je zcela zřetelné, že důvodem pro vyloučení je nesplnění povinnosti navrhovatele předložit doklad k prokázání stanoveného požadavku na technickou kvalifikaci. Rovněž je z odůvodnění předloženého zadavatelem zcela zřejmé, že doklady dosud předložené navrhovatelem zadavatel nepovažuje za dostačující právě z důvodu, že z nich jednoznačným způsobem nevyplývá vznik závazku mezi navrhovatelem a acquirerem. Odkaz na výzvu k doplnění č. 2 v rámci odůvodnění rozhodnutí o vyloučení přitom Úřad považuje

za pochopitelný a transparentní, neboť navrhovatel byl s obsahem tímto odkazovaného dokumentu již nezpochybnitelně předem seznámen.

77. K samotné existenci závazku mezi navrhovatelem a ČSOB pak Úřad uvádí následující. Postup sjednávání smlouvy obecně upravuje zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OZ“). Podle § 1724 odst. 1 OZ platí, že smlouvou projevují strany vůli zřídit mezi sebou závazek a řídit se obsahem smlouvy. Podle § 1725 OZ je pak smlouva uzavřena, jakmile si strany ujednaly její obsah. Konečně podle § 1726 OZ platí, že považují-li strany smlouvu za uzavřenou, ač si ve skutečnosti neujednaly náležitost, již měly ve smlouvě ujednat, hledí se na projev jejich vůle jako na uzavřenou smlouvu, lze-li, zvláště s přihlédnutím k jejich následnému chování, rozumně předpokládat, že by smlouvu uzavřely i bez ujednání této náležitosti. Dala-li však některá ze stran již při uzavírání smlouvy najevo, že dosažení shody o určité náležitosti je předpokladem uzavření smlouvy, má se za to, že smlouva uzavřena nebyla; tehdy ujednání o ostatních náležitostech strany nezavazuje, ani byl-li o nich vyhotoven zápis.
78. S ohledem na výše uvedené Úřad přistoupil k posouzení, zda navrhovatelem předložená sdělení ČSOB vypovídají o vzniku závazku mezi navrhovatelem a acquirerem. Předně je potřeba vyzdvihnout, že již z jazykového hlediska nelze dovést existenci vůle ČSOB zřídit vůči navrhovateli jakýkoliv závazek. O tom vypovídá skutečnost, že ani v jednom z vyjádření ČSOB předložených navrhovatelem není uvedena formulace, ze které by se dal vyvodit jednoznačný závěr o tom, že ČSOB projevuje vůli do předmětného závazku vstoupit. Jednoduše řečeno, ČSOB vůči navrhovateli nikdy přímo neuvedla, že se zavazuje poskytovat předmětné služby, či že se alespoň zavazuje uzavřít s navrhovatelem smlouvu o smlouvě budoucí, či jakoukoliv obdobnou formulaci téhož obsahového významu. V této souvislosti přitom lze odkázat na sdělení ČSOB vystavené v souvislosti s totožným zadávacím řízením vůči společnosti Mikroelektronika spol. s r.o. ze dne 24. 5. 2024, ve kterém je přímo uvedeno, že se ČSOB „[v] případě splnění výše uvedených podmínek (...) zavazuje prostřednictvím servisní společnosti Bankovní informační technologie, s.r.o., uzavřít se společností Mikroelektronika spol. s r.o. Smlouvu o implementaci a certifikaci cenové aplikace pro systém off-line odbavení cestujících platebními kartami“. Naproti tomu, všechna vyjádření ČSOB předložená navrhovatelem mají spíše charakter obchodního vyjednávání, kdy teprve dochází k vyjasňování technických podrobností možné budoucí spolupráce. Sdělení ČSOB ze dne 10. 7. 2024, ve kterém je přímo uvedeno, že „ČSOB tímto k Vaší žádosti sděluje, že splnění všech podmínek vymezených v zadávací dokumentaci k VZ nemůže, bohužel, zaručit“ pak jednoznačně podává informaci o tom, že ČSOB minimálně k tomuto okamžiku neměla požadovaný závazek za uzavřený, neboť právě splnění odkazovaných požadavků uvedených v zadávací dokumentaci tvoří účel, resp. podstatnou náležitost uzavírané smlouvy o implementaci. V kontextu výše citovaného ustanovení § 1726 OZ je toto sdělení ze strany ČSOB nutné vykládat jako výslovné upozornění na to, že nebyla dosažena shoda o podstatných náležitostech smlouvy, pročež tak předmětná sdělení ČSOB v žádném případě nemohou být posuzována jako projevy vůle k uzavření smlouvy, a to ani smlouvy o smlouvě budoucí. ČSOB toliko vyjadřovala svoji připravenost s navrhovatelem o věci dále jednat, nikoliv závazek, že za splnění daných kritérií požadované plnění skutečně poskytne.
79. V souvislosti s výše citovaným potvrzením o závazku vydaným ČSOB ve prospěch společnosti Mikroelektronika Úřad pro úplnost dodává, že pro posouzení řešeného případu není

relevantní zabývat se obsahem a případnými odlišnostmi obchodního jednání mezi ČSOB na jedné straně a jednotlivými účastníky zadávacího řízení na straně druhé. Relevantní skutečností je v tomto případě pouze to, zda z textace potvrzení vydaného ČSOB ve prospěch jednotlivých účastníků zadávacího řízení vyplývá, či nevyplývá vznik požadovaného závazku. Úřad pro úplnost rovněž podotýká, že odlišné znění vystavených potvrzení nemusí samo o sobě ukazovat na rozdílný přístup aquirera vůči jednotlivým dodavatelům, ale může se v něm projevat např. obchodní strategie jednotlivých dodavatelů a jejich schopnost a připravenost jednat s obchodními partnery. Rovněž pak Úřad dodává, že předmětem posouzení vedeného správního řízení není posouzení otázky toho, zda vyjádření vystavené ve prospěch společnosti Mikroelektronika splňuje všechny požadavky stanovené v zadávací dokumentaci, či nikoliv. Úřad v souvislosti s vedeným správním řízením pouze porovnáním textace obou potvrzení vydaných ČSOB demonstruje rozdíl mezi formulací potvrzení vydaného pro dodavatele Mikroelektronika, ze kterého vznik závazku jednoznačně vyplývá, a formulací přípisu vystaveného ČSOB vůči navrhovateli, ze kterého vznik předmětného závazku dovodit nelze. Úřad nicméně v této souvislosti s ohledem na vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí považuje za vhodné uvést, že skutečnost, že společnost Mikroelektronika dle vystaveného potvrzení má uzavřít smlouvu o implementaci a certifikaci cenové aplikace pro systém off-line odbavení cestujících platebními kartami se společností Bankovní informační technologie, a ne tedy přímo se samotnou ČSOB, dle názoru Úřadu nemůže v kontextu stanovených zadávacích podmínek představovat vadu požadovaného prohlášení o existenci předmětného závazku. Jak totiž vyplývá z obchodního rejstříku¹, společnost Bankovní informační technologie je dceřinou společností ČSOB, kdy ČSOB vlastní v této společnosti 100% obchodní podíl. Pokud se tedy ČSOB zavazuje, že spoluúčast vůči dodavatelovi Mikroelektronika zajistí právě prostřednictvím takto kontrolované společnosti, není pochyb o tom, že dokáže takovému závazku dostát.

80. Úřad dále uvádí, že přestože uvedená koncepce předmětného kvalifikačního kritéria, tedy navázání spolupráce s konkrétně určeným acquirerelem za podmínek stanovených zadavatelem, je požadavkem zadavatele, tak odpovědnost za splnění podmínky kvalifikace ležela stále na navrhovateli. Tím spíše, že navrhovatel ve své nabídce uvedl čestné prohlášení, dle kterého uvedený požadavek, tedy požadavek na již vzniklý závazek mezi ním a acquirerelem, splňoval. Jak přitom již Úřad uvedl, ČSOB byla schopna jinému dodavatelovi v rámci téhož zadávacího řízení sdělení o vzniku předmětného závazku vydat, a nelze tedy tvrdit, že sjednání závazku s ČSOB za podmínek daných zadavatelem nebylo možné.
81. Úřad pro úplnost uvádí, že nepřehlédl skutečnost, že navrhovatel v rámci podaných námitek předložil zadavatelovi další, resp. nové prohlášení ČSOB ze dne 8. 8. 2024, ve kterém ČSOB doplnila dříve poskytnuté prohlášení o informaci, že je připravena zajistit software platební aplikace pro požadované typy čteček s orientačním termínem do 31. 8. 2025, resp. nejpozději do 1. 12. 2025. Úřad nicméně uvádí, že zadavatel k tomuto doplnění již nebyl povinen přihlídnout, neboť dané doplnění bylo učiněno až *ex post* poté, co navrhovateli dvakrát marně uplynula lhůta k doložení splnění požadavku zadavatele na technickou kvalifikaci. Úřad přitom dodává, že i v případě, kdy by k tomuto doplnění zadavatel přihlédl, nespíše by dospěl stále ke stejnému závěru, neboť ani takto doplněné sdělení ČSOB neobsahuje výslovný závazek aquirera k implementaci a certifikaci aplikace pro systém off-line odbavování cestujících

¹ Dostupné z: <https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik-firma.vysledky?subjektId=199396&typ=PLATNY>

platebními kartami ve smyslu příslušného požadavku technické kvalifikace (jak již bylo podáno výše).

82. K návrhu navrhovatele na provedení důkazu prostřednictvím dotázaní se ČSOB na existenci požadovaného závazku mezi navrhovatelem a acquirerem ze strany Úřadu Úřad uvádí, že provedení navrženého důkazu není vzhledem ke zjištěnému skutkovému stavu potřeba, neboť z doložených vyjádření ČSOB vystavených ve prospěch navrhovatele jednoznačně vyplývá, že ke dni vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení nedošlo ke vzniku požadovaného závazku (jak bylo ostatně vyloženo výše).
83. K poznámce navrhovatele týkající se přezkumu postupu zadavatele při výběru ČSOB jako acquirera bez otevřené soutěže pak Úřad doplňuje, že otázka, jak zadavatel postupoval při výběru acquirera, není předmětem tohoto správního řízení. Pro úplnost však Úřad doplňuje, že z vyjádření zadavatele je zřejmé, že ČSOB je hlavní bankou zadavatele, přes kterou zadavatel provádí veškeré běžné transakce, přičemž že zadavatel má s ČSOB již od 11. 6. 2012 uzavřenou smlouvu o akceptaci platebních karet k zajištění provozu terminálů a acquiringových služeb, kdy zároveň od této doby probíhá v souvislosti s těmito službami kontinuální proces rozšiřování obchodních míst. Na základě takto obecně vznesené námitky navrhovatele Úřadu nevznikla žádná objektivní pochybnost o souladu postupu zadavatele při výběru acquirera se zákonem. Pro úplnost Úřad podotýká, že podmínka spolupráce s konkrétním acquirerem je jednoznačně definována v zadávacích podmínkách, přičemž navrhovatel proti zadávacím podmínkám nepodal námitky. Úřad rovněž dodává, že mu nevyvstaly v průběhu zadávacího řízení pochybnosti o tom, že by acquirer jednal s uchazeči rozdílně, kdy i z průběhu korespondence navrhovatele s acquirerem je zřejmé, že acquirer byl připravený a ochotný s navrhovatelem jednat. Úřad má přitom za to, že v souvislosti s šetřeným případem navrhovatel nevznesl žádné skutečně relevantní tvrzení či důkazy, že by ČSOB coby respektovaná bankovní instituce postupovala vůči jednotlivým dodavatelům jakkoli diskriminačním, resp. nerovným způsobem. Úřad k uvedenému doplňuje, že předpokládat takový případný nezákonný postup ČSOB bez patřičných důkazů by znamenalo popírat presumpci poctivého jednání a dobré víry v soukromoprávních vztazích obsažené v § 7 OZ. Z uvedeného důvodu považuje Úřad tuto argumentaci navrhovatele za čistě spekulativní.

K přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách

84. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel řádně nevypořádal jím podanou námitku, dle které s ohledem na tvrzení ČSOB, že ČSOB nemá, či alespoň ke dni vydání výše citovaných sdělení ze dnů 24. 5. 2024 a 10. 7. 2024 neměla k dispozici software platební aplikace pro EMV čtečky, vyplývá, že uvedenou podmínku technické kvalifikace nemohl splnit žádný potenciální uchazeč o veřejnou zakázku, Úřad dále uvádí následující.
85. Podstatou předmětné námitky dle posouzení Úřadu bylo, zdali s ohledem na informaci, že ČSOB jako jediný přípustný acquirer nemohl k určitému datu před termínem podání nabídek, resp. ani po uplynutí tohoto termínu, zaručit dodávku a provoz softwaru pro požadovaný typ čteček platebních karet, bylo vůbec možné dodat v nabídce funkční řešení a deklarovat uzavřenou spolupráci s acquirerem.
86. Úřad přitom souhlasí s navrhovatelem v tom, že zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách tuto podstatu námitky nijak nepostihl a projevené podezření navrhovatele žádným způsobem

nerozptýlil. Až následně ve vyjádření k návrhu, kdy už byl zadavatel na nevypořádání této námítky přímo navrhovatelem upozorněn, zadavatel uvedl, že s ohledem na stav zadávacího řízení nelze dosud predikovat, zdali některý z dodavatelů předmětnou podmínku technické kvalifikace splní. Zadavatel rovněž uvedl, že pro splnění podmínek zadávací dokumentace nebyla podstatná existence softwaru platební aplikace EMV čtečky ve lhůtě po podání nabídek jako taková, nýbrž samotný závazek mezi dodavatele a acquirerelem spočívající mimo jiné v jejím vývoji a implementaci.

87. Úřad k výše uvedenému v obecné rovině uvádí, že námítky jako procesní institut představují primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námítky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá, a své rozhodnutí odůvodnit v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona) tak, aby bylo zpětně přezkoumatelné. Úřad v této souvislosti odkazuje na ustálenou judikaturu (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010 – 159), podle které požadavek transparentnosti *„(...) není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“* Tato povinnost zadavatele, dovoditelná již ze samotných zásad zadávání veřejných zakázek, je v § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedeným.
88. Úřad v této souvislosti odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-01903/2020/323/VVá ze dne 17. 1. 2020, v němž uvedl: *„Není možné a především není účelné vyžadovat po zadavateli, aby větu od věty a slovo od slova vypořádával často velmi obsáhle podané námítky zadavatele, pokud mu dá v celkovém kontextu odpovědi na všechny jeho námítky, přičemž vyvrátí nebo potvrdí jeho úmysl zahájit správní řízení. (...) Opakuji tedy, že ač je samozřejmě po zadavateli nutno požadovat vyjádření ke všem navrhovatelovým námitkám, není účelem institutu námitek a rozhodnutí o nich, zahrnovat zadavatele rozsáhlými podáními, na jejichž každou větu by bylo nutné podrobně odpovídat. Takový postup by byl absurdní, zneužitelný a byl by v rozporu jak se smyslem institutu námitek, tak se zásadami zadávání veřejných zakázek.“*
89. Úřad s přihlédnutím k výše uvedenému uvádí, že není pochyb o tom, že zadavatel konkrétní námítku navrhovatele spočívající v tvrzení, že za daných podmínek s přihlédnutím k opakovanému vyjádření acquirera nemohl existovat žádný dodavatel, který by mohl podmínku spolupráce s acquirerelem skutečně deklarovat a dodat řešení podle představ zadavatele, žádným přímým tvrzením uvedeným v rozhodnutí o námitkách nevypořádal. Úřad nicméně považuje za nutné přihlídnout k okolnostem řešeného případu, přičemž má za to, že tato konkrétní námitka představovala spíše součást širšího argumentačního řetězce, jehož pointou přitom bylo tvrzení navrhovatele, že sám navrhovatel naopak ve skutečnosti požadavek zadavatele na prokázání závazku acquirera splnil. Zadavatel se přitom podle Úřadu se základní myšlenkou podaných námitek vyjádřil zcela dostatečně, přičemž z rozhodnutí o námitkách jako celku zcela jasně vyplývají důvody, pro které má zadavatel za to, že navrhovatel požadovaný závazek acquirera dostatečným způsobem nedoložil. Tomu přitom odpovídá i to, že navrhovatel v podaném návrhu s těmito tvrzeními zadavatele dále polemizuje, a nelze tedy tvrdit, že by navrhovatel před podáním návrhu argumenty zadavatele

neznal, popř. že by neměl prostor se proti nim procesně bránit. Námitka týkající se dispozice acquirera zadavatelem požadovaným softwarem kurčitému datu tedy dle Úřadu nepředstavuje *gros* řešeného případu, kterým je pak spíše skutečnost, zdali z obsahu vyjádření ČSOB předložených navrhovatelem zadavateli vyplývá existence závazku mezi navrhovatelem a ČSOB o implementaci a certifikaci aplikace pro systém off-line odbavování cestujících platebními kartami prostřednictvím ČSOB jako acquirera. K této podstatě projednávaného případu se přitom zadavatel konzistentně vyjadřoval jak v samotném napadeném rozhodnutí o vyloučení, tak v rozhodnutí o námitkách a vyjádření se k návrhu. Jak přitom dovodil Úřad výše, zadavatel přistupoval při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení v souladu se zákonem.

90. Byť tedy postup zadavatele nebyl v tomto smyslu příkladný a zadavatel se již v rozhodnutí o námitkách mohl k předmětné námitce beze sporu vyjádřit obdobně, jak učinil ve vyjádření k návrhu, nemá Úřad s ohledem na výše uvedené za to, že by rozhodnutí zadavatele o námitkách jako celek trpělo vadou nepřezkoumatelnosti, pro kterou by bylo nutné přistoupit k jeho zrušení ve smyslu ustanovení § 263 odst. 5 zákona.

Shrnutí

91. Na základě všech zjištění a skutečností dospěl Úřad k závěru, že zadavatel při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a při vypořádání námitek navrhovatele nepostupoval v rozporu se zákonem.
92. Úřad proto ve věci návrhu navrhovatele rozhodl o jeho zamítnutí podle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, 602 00 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

1. Dopravní podnik města Olomouce, a.s., Koželužská 563/1, 779 00 Olomouc
2. Mgr. Marek Šimka, advokát, Moravské náměstí 754/13, 602 00 Brno

Vypraveno dne

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