



UOHSX005OUEX

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S769/2013/VZ-11382/2014/522/ZPr

Brno 28. května 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 12.12.2013 na návrh ze dne 11.12.2013, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Liberecký kraj, IČO 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2,
- navrhovatel – BÍTEŠSKÁ DOPRAVNÍ SPOLEČNOST, spol. s r.o., IČO 46962816, se sídlem Vlkovská 334, 595 01 Velká Bíteš, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 8.11.2013 Mgr. Pavlem Kroupou, advokátem, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě k zabezpečení stanoveného rozsahu dopravní obslužnosti Libereckého kraje pro období od roku 2014 do roku 2024“, zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 9.7.2012 a bylo uveřejněno téhož dne pod evid. číslem 223774, a ve znění posledních úprav uveřejněno dne 3.12.2013, a do Úředního věstníku Evropské unie bylo odesláno dne 3.12.2013 a bylo uveřejněno dne 6.12.2013 pod evid. číslem 2013/S 237-412068,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Liberecký kraj, IČO 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2 – se dopustil při zadávání veřejné zakázky s názvem „Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě k zabezpečení stanoveného

rozsahu dopravní obslužnosti Libereckého kraje pro období od roku 2014 do roku 2024“ porušení zásady transparentnosti a zákazu diskriminace stanovené v § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když v rozporu s § 54 písm. b) citovaného zákona ve spojení s ustanovením § 57 odst. 2 citovaného zákona stanovil v oznámení o zakázce v bodu III.2.1.) Profesionální kvalifikační předpoklady dodavatelů, včetně požadavků týkajících se registrace v profesních nebo jiných rejstřících, že v rámci prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů požaduje předložit doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, který nesmí být k poslednímu dni, ke kterému má být prokázáno splnění kvalifikace, starší 90-ti kalendářních dnů, aniž by pro tento požadavek byla dána opora v citovaném zákoně, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší zadávací řízení** na veřejnou zakázku s názvem „Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě k zabezpečení stanoveného rozsahu dopravní obslužnosti Libereckého kraje pro období od roku 2014 do roku 2024“.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Liberecký kraj, IČO 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2 – ukládá:

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

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

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – Liberecký kraj, IČO 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2 (dále jen „zadavatel“) – odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), oznámení otevřeného řízení do Věstníku veřejných zakázek dne 9.7.2012, které bylo uveřejněno téhož dne pod evid. číslem 223774, a ve znění posledních úprav uveřejněno dne 3.12.2013, a do Úředního věstníku Evropské unie bylo odesláno dne 3.12.2013 a bylo uveřejněno dne 6.12.2013 pod evid. číslem 2013/S 237-412068, za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě k zabezpečení stanoveného rozsahu dopravní obslužnosti Libereckého kraje pro období od roku 2014 do roku 2024“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Z předložené dokumentace vyplývá, že dne 20.11.2013 obdržel zadavatel proti zadávacím podmínkám předmětné veřejné zakázky námitky navrhovatele – BÍTEŠSKÁ DOPRAVNÍ SPOLEČNOST, spol. s r.o., IČO 46962816, se sídlem Vlkovská 334, 595 01 Velká Bíteš, ve správním řízení zastoupeném na základě plné moci ze dne 8.11.2013 Mgr. Pavlem

Kroupou, advokátem, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno (dále jen „navrhovatel“), ze dne 19.11.2013, v nichž navrhovatel mimo jiné brojí proti požadavku zadavatele uvedeného v bodu 4.8 písm. b) zadávací dokumentace a sice, že splnění profesních kvalifikačních předpokladů prokáže uchazeč, který předloží doklad o oprávnění k podnikání, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci ne starší 90 kalendářních dnů ke dni podání nabídky, přičemž zadavatel není podle navrhovatele k uvedenému požadavku oprávněn, neboť zákon nestanovuje stáří uvedeného dokladu.

3. Podaným námitkám ze dne 19.11.2013 zadavatel rozhodnutím o námitkách ze dne 2.12.2013 nevyhověl.
4. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel neztotožnil s rozhodnutím zadavatele o námitkách, podal dopisem ze dne 11.12.2013 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který Úřad obdržel dne 12.12.2013.

II. Obsah návrhu ze dne 11.12.2013

5. Úvodem podaného návrhu, který směřuje proti zadávacím podmínkám předmětné veřejné zakázky, navrhovatel konstatuje, že shledává zadávací řízení netransparentní zejména z toho důvodu, že ačkoli zadavatel jeho námitkám nevyhověl, reagoval na ně uveřejněním dodatečných informací č. 29, které uveřejnil na profilu zadavatele ještě před vydáním rozhodnutí o námitkách, přičemž podle navrhovatele z některých zde komentovaných bodů námitek vztahujícím se k zadávacím podmínkám vyplývá, že v nich zadavatel dává navrhovateli za pravdu v tom směru, že byly nastaveny v rozporu se zákonem.

K námitkám uvedeným v dodatečných informacích a k netransparentnosti zadávacího řízení

6. Navrhovatel uvádí předmětné body námitek, jež byly uvedeny také v dodatečných informacích č. 29, a které dále označuje jako tzv. napadené podmínky.
 - K napadené podmínce označené v námitkách pod č. 1 navrhovatel uvádí, že bod 4.2 zadávací dokumentace je nezákonný, jelikož podle § 127 odst. 4 zákona je zadavatel k prokázání splnění kvalifikace povinen přijmout výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů, který není starší než 3 měsíce. Navrhovatel dále dodává, že lhůta 3 měsíce může být delší než je lhůta 90 kalendářních dnů a zadavatel nemůže zákonnou lhůtu zkrátit.
 - Napadená podmínka č. 2 představuje podle navrhovatele rozpor s ustanovením § 51 odst. 4 zákona, neboť požadavek zadavatele uvedený v bodu 4.3. zadávací dokumentace na splnění ostatních kvalifikačních předpokladů dodavateli společně podávajícími nabídku se netýká prokazování splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatelů.
 - Podmínkou napadenou pod č. 3 je ta skutečnost, že v bodu 4.7 písm. d) zadávací dokumentace zadavatel nekorektně stanovil základní kvalifikační předpoklad, kdy oproti zákonné úpravě vypustil část věty stanovující, že vůči dodavateli „v posledních 3 letech neproběhlo insolvenční řízení“, proto nedává současné znění tohoto bodu smysl a odporuje zákonu tím, že připouští k plnění předmětné veřejné zakázky i dodavatele, kteří by podle zákona kvalifikaci nespĺnili. Navrhovatel dále dodává, že základní kvalifikační předpoklady v rozsahu daném ustanovením

§ 53 zákona jsou takovými požadavky, jejichž prokázání musí zadavatel vyžadovat a nemůže je tedy požadovat v širší ani v užší míře.

- K napadené podmínce č. 4 navrhovatel uvádí, že v bodu 4.7 písm. i) zadávací dokumentace zadavatel oproti zákonné úpravě vypustil v rámci požadavků na základní kvalifikační předpoklady část věty stanovující podmínku „je-li podle § 54 písm. d) zákona požadováno prokázání odborné způsobilosti podle zvláštních právních předpisů“. Současné znění zadávací dokumentace podle navrhovatele nedává smysl a odporuje zákonu tím, že vylučuje z plnění předmětné veřejné zakázky dodavatele, kteří byli sice disciplinárně potrestáni či jim bylo uloženo kárné opatření podle zvláštních předpisů, avšak nestalo se tak v oboru, pro které se požaduje doklad osvědčující odbornou způsobilost podle § 54 písm. d) zákona.
- Napadená podmínka č. 5 – dle bodu 4.8. písm. b) zadávací dokumentace zadavatel v rozporu se zákonem požaduje, že doklad prokazující příslušné oprávnění k podnikání nesmí být starší než 90 dnů, přičemž ustanovení § 57 odst. 2 zákona však s takovým omezením nepočítá a zadavatel není oprávněn stanovit stáří dokladu u tohoto profesního kvalifikačního předpokladu.
- Navrhovatel v napadené podmínce č. 7 uvádí, že vzor čestného prohlášení uvedený v příloze č. 3c zadávací dokumentace neodpovídá požadovaným informacím stanoveným v bodu 4.9.2 zadávací dokumentace, kde zadavatel požaduje předložení čestného prohlášení, v němž dodavatel uvede i průměrné počty zaměstnanců za poslední tři roky, přičemž navrhovatel dále dodává, že uchazeči nejsou oprávněni přílohu měnit či doplnit tak, aby byla s předmětným bodem v souladu.
- Napadenou podmínku č. 9, kterou navrhovatel v rámci námitek argumentoval, je, že bod 4.10 zadávací dokumentace odporuje § 60 odst. 1 a § 98 odst. 4 zákona ve spojení s bodem 4.9.1 zadávací dokumentace, neboť umožňuje vyřadit nabídku dodavatele ze všech částí zadávacího řízení i v případě neprokázání kvalifikace pouze pro některou z částí předmětné veřejné zakázky, přičemž, splní-li např. dodavatel technické kvalifikační předpoklady spočívající v poskytnutých významných službách pro dvě ze tří částí veřejné zakázky s ohledem na bod 4.9.1 zadávací dokumentace, bude jeho nabídka vztahující se ke všem třem částem veřejné zakázky vyřazena ze všech třech částí. Navrhovatel dále dodává, že ačkoli námitku navrhovatele odmítl, v dodatečné informaci č. 29 napadenou podmínku vysvětlil tak, že nevylučuje možnost, aby uchazeč ve své nabídce jednoznačně uvedl, která jednotlivá hodnota referenční zakázky slouží k prokázání kvalifikace u které konkrétní části veřejné zakázky, a že nemůže existovat důvod k vyloučení ze všech částí veřejné zakázky, pokud v těchto částech uchazeč kvalifikačním předpokladům vyhoví.
- K napadené podmínce v námitkách uvedené pod číslem 10 navrhovatel namítal, že bod 5 zadávací dokumentace odporuje § 98 odst. 4 zákona, neboť požadovaná jistota není stanovena odděleně pro jednotlivé části veřejné zakázky, a zadavatel ji požaduje doložit ve výši odpovídající všem částem jistoty pro jednotlivé části veřejné zakázky, na něž uchazeč podává nabídku. Tato úprava podle navrhovatele nebere v úvahu, že uchazeč může porušit své povinnosti uvedené v § 67 odst. 7 zákona jen v některé části veřejné zakázky. Navrhovatel dodává, že v dodatečné informaci č. 29 uvedl, že nic

nebrání uchazečům poskytnout jistotu pro jednotlivé části veřejné zakázky samostatně tak, aby v součtu hodnoty jistot odpovídaly hodnotě požadované zadavatelem.

7. V návrhu navrhovatel dále cituje rozhodnutí o námitkách, že „zadavatel s názorem stěžovatele zásadně nesouhlasí a k dále uvedeným bodům ZD, které svými námitkami (1-5) stěžovatel napadá, obecně uvádí, že pokud je snad v textu ZD obsažena jakákoliv nepřesnost, v jejímž důsledku znění ZD nekoresponduje s příslušným zněním zákona, nejedná se o záměrný odklon zadavatele od zákona, nýbrž o jeho administrativní nedopatření. Především s ohledem na kogentnost zákona je proto v každém takovém případě třeba vždy aplikovat text příslušného zákonného ustanovení“, přičemž dodává, že obdobný text je uveden také v dodatečných informacích č. 29. Podle navrhovatele se zadavatel snaží uvedenou argumentací zprostit své povinnosti formulovat zadávací podmínky exaktně a v souladu se zákonem, přičemž z uvedeného lze vyvodit závěr, že dodavatel je v zadávacím řízení odpovědný za to, aby odhalil všechna ustanovení zadávací dokumentace, která odporují zákonu, a nahradil je kogentním ustanovením zákona. V souvislosti s výše uvedeným navrhovatel shledává zadávací podmínky jako netransparentní. Navrhovatel dále konstatuje, že dodatečné informace neslouží ke stanovení nových zadávacích podmínek ani k jejich změně, nýbrž pouze k doplnění nejasných skutečností o zadávacích podmínkách, a proto měl zadavatel v takovém případě zadávací řízení zrušit.
8. Navrhovatel současně dodává, že postup zadavatele je netransparentní také s ohledem na skutečnosti, že v průběhu zadávacího řízení několikrát podstatně upravoval zadávací dokumentaci prostřednictvím dodatečných informací a opakovaných oznámení otevřeného řízení ve Věstníku veřejných zakázek, což vedlo mimo jiné k nepřehlednosti celého zadávacího řízení.

K ostatním podaným námitkám

9. Navrhovatel rovněž podotýká, že netransparentní shledává také ostatní napadané skutečnosti, které zadavatel neuznal v rámci dodatečných informací jako opodstatněné.
10. K napadené podmínce č. 6 navrhovatel uvádí, že bod 4.9.1 zadávací dokumentace stanovující požadavky na seznam významných služeb je v rozporu s § 56 zákona, neboť požadavek na realizaci příslušného objemu služeb dodavatelem za každý rok v posledních 3 letech není přiměřený, neboť ustanovení § 56 odst. 2 písm. a) zákona zadavateli neumožňuje stanovit období, ve kterém měl dodavatel realizovat tzv. „referenční služby“ tak, aby musel splnit určitý objem služeb v každém jednotlivém roce. Podle navrhovatele je dodavatel, který v posledním roce realizoval objem služeb vyšší než je součet zadavatelem požadovaných služeb v každém z posledních 3 let, pro plnění veřejné zakázky stejně dobře (ne-li lépe) kvalifikovaný jako ten, který dostal uvedenému požadavku zadavatele.
11. V rámci podmínky č. 6 je v návrhu dále uvedeno, že z bodu 4.9.1 zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel umožňuje prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů za pomoci méně než 50 % významných služeb týkajících se zajištění veřejné linkové dopravy pro jiného objednatele než vyšší územní samosprávný celek (tzv. komerční linky), přičemž uvedený požadavek zásadně opomíjí výrazně vyšší organizační náročnost zajišťování dopravní obslužnosti krajů oproti jiným formám veřejné linkové dopravy, neboť podle navrhovatele podléhá zvláštnímu právnímu režimu zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, který vytváří náročnější prostředí

pro dopravce než při provozu komerčních linek, u kterých je zásadně snížena míra dozoru ze strany objednatele a dopravního úřadu a jsou zde kladeny vyšší požadavky na standardy kvality, pohodlí, bezpečí cestujícího a spolehlivost poskytované služby. Podle navrhovatele je dopravce zajišťující dopravní obslužnost účastníkem integrovaného dopravního systému, což v případě tzv. komerčních linek neplatí. S ohledem na ustanovení § 50 odst. 3 zákona by měl zadavatel podle navrhovatele k prokázání kvalifikace požadovat pouze významné služby z oblasti zajištění dopravní obslužnosti vyššího územně samosprávného celku.

12. Navrhovatel dále konstatuje, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách nesprávně odkazuje na § 56 odst. 6 zákona, který umožňuje prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů jinými rovnocennými doklady než doklady a způsobem uvedeným v § 56 odst. 5 zákona, neboť zadavatel opomíjí, že povinnost přiložit k seznamu významných služeb osvědčení je podle ustanovení § 56 odst. 2 písm. a) zákona kogentní a zadavatel nesmí umožnit, aby přílohou seznamu významných služeb byly jiné doklady než uvedené v předmětném ustanovení zákona.
13. Navrhovatel se dále v napadených podmínkách označených čísly 8 a 11 domnívá, že požadavek stanovený v bodu 4.9.3 zadávací dokumentace, kdy má dodavatel, který bude pořizovat autobusy doložit např. výpisem z bankovního účtu nebo příslibem banky své finanční zajištění, a požadavek uvedený v bodu 6 zadávací dokumentace, který stanovuje doložit závazný příslib bankovní záruky již v nabídce, jsou požadavky na ekonomickou a finanční způsobilost dodavatele, a jsou proto nepřipustnými s ohledem na § 50 odst. 1 písm. c) zákona, kdy se tato způsobilost prokazuje čestným prohlášením a zadavatel není oprávněn stanovit si jiné požadavky.
14. V napadené podmínce č. 12 navrhovatel namítá, že pakliže zadavatel zvolil jako dílčí hodnotící kritérium „Kvalitu plnění“, nelze zredukovat požadavek na tzv. koncepci plnění předmětu veřejné zakázky na 10 stránek textu, neboť uvedená koncepce je jediným výstupem dodavatele, na základě kterého zadavatel toto dílčí kritérium hodnotí. Takto nastaveným požadavkem nemá podle navrhovatele dodavatel možnost přiblížit zadavateli své plnění a nemusí tak vyjadřovat ekonomický přínos a skutečnou kvalitu nabízeného plnění, což je dle navrhovatele v rozporu se zásadami rovnosti a transparentnosti stanovenými v § 6 zákona.
15. K další napadené podmínce označené pod č. 13 navrhovatel uvádí, že v rámci pomocného hodnotícího kritéria „Péče o komfort cestujících“ dílčího hodnotícího kritéria „Kvalita plnění“ není jasný způsob hodnocení a jedná se tak o netransparentní podmínku, neboť podle zadavatele „každý člen komise přiřadí bodové hodnoty samostatně dle svého uvážení a přesvědčení“, a dále tím, že „hodnotící komise sestaví pořadí nabídek od nejvhodnější k nejméně vhodné a přiřadí nejvhodnější nabídce 100 bodů a každé následující nabídce přiřadí nižší bodové hodnocení, které vyjadřuje míru splnění pomocného kritéria ve vztahu k nejvhodnější nabídce“, není podle navrhovatele zřejmé jakým způsobem může každý člen hodnotící komise přiřazovat bodové ohodnocení nabídkám a jedná se tak o vymezení v rozporu s § 78 zákona, které umožňuje hodnotící komisi rozhodovat v podstatě nahodile.
16. V návrhu navrhovatel v napadené podmínce č. 14 podotýká, že zadavatel nebyl oprávněn stanovit žádnou pozdější lhůtu pro podání nabídek než 5.12.2012, neboť lhůta pro podání nabídek končící dne 5.12.2012 uběhla dříve, než byla prodloužena a zákon umožňuje

prodloužit pouze lhůtu, která dosud plyne. K prodloužení došlo až formulářem uveřejněným ve Věstníku veřejných zakázek dne 31.12.2012, což dle navrhovatele představuje porušení ustanovení § 6 zákona a i řádného průběhu zadávacího řízení, zejména předepsaného postupu zadavatele podle § 76 odst. 6 zákona. Navrhovatel se nespokojil s argumentem zadavatele, že k neuveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek došlo v důsledku formálního pochybení, protože rozhodnutí o prodloužení lhůty pro podání nabídek provedl již 14.11.2012 a tuto skutečnost oznámil spolu s dodatečnou informací č. 16, kterou rozeslal známým uchazečům a uveřejnil na profilu zadavatele, přičemž podle navrhovatele lhůta pro podání nabídek musí být vždy uvedena včas také v oznámení o zahájení zadávacího řízení.

17. K napadené podmínce č. 15 navrhovatel konstatuje, že zadavatel provedl změnu zadávacích podmínek, kterou oznámil v dodatečné informaci č. 19, a současně byla uvolněna nová konsolidovaná verze zadávací dokumentace označená jako verze z června 2013. Podle navrhovatele je důsledkem těchto rozsáhlých změn skutečnost, že předmětem veřejné zakázky je zcela jiné plnění, než s jakým bylo zadávací řízení zahájeno. Navrhovatel dále dodává, že změna zadávací dokumentace nebyla provedena v souladu s bodem 15.4. zadávací dokumentace, v němž si zadavatel vyhradil pouze oprávnění opravit chyby nebo opomenutí a provedené změny tak nejenže nespádají do kategorie chyb nebo opomenutí, ale odporují též podmínkám pro změnu zadávací dokumentace stanoveným v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 131/2007-131 ze dne 12.5.2008, podle něhož „pokud hodlá zadavatel něco pozměnit, musí si tuto možnost vyhradit již v zadání veřejné zakázky.“ Uvedený postup zadavatele je tedy podle navrhovatele netransparentní, neboť činí zadávací řízení hůře kontrolovatelné, nepřehledné a vzbuzuje pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.
18. Dále navrhovatel upozorňuje na skutečnost, že zadávací podmínky na předmětnou veřejnou zakázku byly před provedením shora popsanych změn již předmětem zkoumání Úřadu, který k předmětné záležitosti vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S496/2012/VZ-1505/2013/521/JHn ze dne 22.1.2013, ve kterém Úřad návrh na přezkoumání úkonů zadavatele jako nedůvodný zamítl, a uvedené rozhodnutí bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚHOS-R29/2013/VZ-11128/2013/310/PMa ze dne 14.6.2013.
19. V souvislosti s výše uvedeným navrhovatel uzavírá, že předmětné zadávací řízení shledává jako netransparentní také z důvodu toho, že zadavatel měnil zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky navzdory pro zadavatele pozitivnímu rozhodnutí Úřadu, a dále mimo jiné také proto, že zadavatel v rámci dodatečných informací č. 29 uvedl, že výše specifikované zadávací podmínky neplatí a místo nich se uplatní kogentní úprava zákona. O netransparentním postupu svědčí podle navrhovatele také skutečnost, že zadavatel k objasnění nejasných částí dodatečných informací č. 29 vydal další dodatečné informace č. 30.
20. Závěrem návrhu navrhovatel uvádí, že je schopen a ochoten předmětnou veřejnou zakázku realizovat za předpokladu zadávacích podmínek, které jsou v souladu se zákonem, avšak vzhledem k netransparentnosti zadávacích podmínek nemůže ani při vynaložení odborné péče zjistit jaký je přesný obsah některých sporných práv a povinností v rámci předmětného zadávacího řízení.

21. Navrhovatel s ohledem na výše uvedené konstatuje, že se zadavatel dopustil porušení zásad stanovených v ustanovení § 6 zákona, a proto navrhuje, aby Úřad jako opatření k nápravě podle § 118 odst. 1 zákona zrušil předmětné zadávací řízení, a aby vydal v souladu s § 117 odst. 1 písm. b) zákona předběžné opatření na pozastavení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku.

III. Průběh správního řízení

22. Úřad obdržel návrh dne 12.12.2013 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 13.12.2013. Součástí podaného návrhu je i návrh na vydání předběžného opatření.
23. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
- zadavatel,
 - navrhovatel.
24. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S769/2013/VZ-24865/2013/522/ZPr ze dne 19.12.2013. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S769/2013/VZ-25088/2013/522/ZPr ze dne 3.1.2014 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
25. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad dne 8.1.2014 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S769/2013/VZ-465/2013/522/ZPr o předběžném opatření z téhož dne, kterým zamítl uložení pozastavení zadávacího řízení tak, jak navrhoval podle § 117 odst. 1 písm. b) zákona v návrhu navrhovatel, a kterým zadavateli zakázal z moci úřední v souladu s ustanovením § 117 odst. 1 písm. a) zákona uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

IV. Vyjádření zadavatele ze dne 19.12.2013

26. Dne 19.12.2013 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v jehož úvodu mimo jiné konstatuje, že nemá důvod jakkoli měnit své závěry vyjádřené v rozhodnutí o námitkách, které dále doplňuje.
27. Zadavatel ve svém vyjádření k napadeným podmínkám č. 1 až č. 5 uvádí, že nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že by jediným možným řešením bylo zrušení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku vzhledem k formální nepřesnosti předmětné zadávací dokumentace, která je v rozporu se zákonem. Zadavatel dále konstatuje, že již v rozhodnutí o námitkách uvedl, že pokud byla v textu zadávací dokumentace obsažena jakákoliv nepřesnost, v jejímž důsledku znění zadávací dokumentace nekorespondovalo s příslušným zněním zákona, jednalo se o administrativní nedopatření a nikoliv o záměrný odklon zadavatele od zákona a takové nedopatření nemůže znamenat nezákonnost zadávací dokumentace a důvod pro zrušení celého zadávacího řízení. Výše uvedené platí podle zadavatele tím spíše v situaci, kdy příslušné ustanovení zadávací dokumentace obsahuje odkaz na konkrétní ustanovení zákona, jež mělo být taktéž vtaženo do textu zadávací dokumentace. Předmětnou skutečnost je dle zadavatele nutno hodnotit jako určitý vnitřní rozpor zadávací dokumentace, který však bylo možné odstranit, přičemž zadavatel tak učinil prostřednictvím dodatečných informací, kterými vysvětlil a upřesnil některé skutečnosti.

28. Dále zadavatel uvedl, že zadávací dokumentace v jednotlivých napadených bodech vždy odkazuje na příslušné ustanovení zákona a je tedy zjevné, jaké požadavky a lhůty se pro účely podání nabídek uplatní. Zadavatel navíc zdůraznil kogentní charakter zákona, který je třeba aplikovat vždy, bez ohledu na nepřesný přepis zákona v zadávací dokumentaci, přičemž dodává, že pokud by existovala určitá nevyjasněná skutečnost v zadávacích podmínkách, nebylo by v souladu s principem transparentnosti možné takovou nejasnost přičítat k tíži dodavatelů, nýbrž k tíži samotného zadavatele.
29. Podle zadavatele nelze shledat netransparentnost v postupu zadavatele ani v opakovaném vydávání dodatečných informací, neboť jak dále uvádí, jedná se o rozsáhlou a komplexní veřejnou zakázku, která u uchazečů logicky vzbudila potřebu ujistit se o veškerých detailech, a proto si v průběhu zadávacího řízení vyžádaly určité množství dodatečných informací, které však dle zadavatele nikterak nepřevyšuje běžnou míru. Zadavatel dodává, že pro zajištění přehlednosti v červnu roku 2013 zveřejnil tzv. konsolidovanou verzi zadávací dokumentace, do níž byly zakomponovány veškeré předchozí relevantní dodatečné informace.
30. V předmětném vyjádření zadavatel dále komentuje své stanovisko k napadené podmínce č. 6, že v souladu se svým záměrem nalézt stabilního obchodního partnera vyžaduje od uchazečů doložení stanoveného objemu poskytování služeb za poslední 3 roky na roční bázi, nikoliv na bázi tříletého průměru, což mu dává jistotu, že uchazeč splňující kvalifikaci by neměl mít problém s rozšířením jeho stávajících objemů o objemy realizované v rámci plnění předmětné veřejné zakázky. Uvedený požadavek podle zadavatele odpovídá důležitosti, rozsahu i složitosti dané veřejné zakázky. Navrhovatelem preferovaný požadavek v tomto ohledu nemůže podle zadavatele zajistit splnění jeho zájmu dostatečným způsobem, neboť pokud by dodavatel splnil požadavek na příslušný objem pouze v jednom roce, lze z toho vyvodit závěr buď o náhlém nárůstu objemu služeb, nebo naopak klesající tendenci výkonů uchazeče v závislosti na tom, o který rok by se jednalo, a s tím mohou souviset také nežádoucí personální, finanční i organizační výkyvy u uchazečů, u nichž pak nelze garantovat požadovanou stabilitu a schopnost zvládnout téměř zdvojnásobení takového průměrného ročního dopravního výkonu.
31. Zadavatel dále konstatuje, že úmyslně umožnil dodavatelům doložit část jejich zkušeností v linkové dopravě výkony realizovanými na tzv. komerčních linkách za účelem větší otevřenosti soutěže a tím i naplnění účelu zákona. Zadavatel nesouhlasí s navrhovatelem, že by se výkony v rámci tzv. komerčních linek zásadně odlišovaly od realizace výkonů v rámci systému veřejné linkové dopravy kraje, a tím dopravci fakticky znemožňovaly poskytnout zadavateli dostatečně kvalitní plnění veřejné zakázky, přičemž připomíná, že jde pouze o alternativní možnost prokázání těchto výkonů, kdy tuto zkušenost může zajistit realizace výkonů v rámci plnění veřejných služeb v přepravě cestujících v minimální, alespoň 50 %, požadované výši, případně také doložením zkušeností s provozem linek městské hromadné dopravy, a proto tuto možnost, nelze považovat za diskriminační či netransparentní.
32. Zadavatel dodává, že považuje za formalistickou námitku navrhovatele ohledně nepřesného vymezení intervalů objemu výkonů komerčních linek a výkonů v rámci veřejné linkové dopravy pro zajištění dopravní obslužnosti vyššího územního samosprávného celku, neboť tuto skutečnost již osvětlil v dodatečné informaci č. 29.

33. Zadavatel se dále vyjadřuje k navrhovatelem napadenému způsobu prokázání splnění kvalifikačního předpokladu prostřednictvím komerčních linek, který navrhovatel shledává v rozporu s § 56 odst. 2 písm. a) bod 2 a 3 zákona. Podle zadavatele navrhovatel pomíjí skutečnost, že u komerční přepravy není jiný objednatel než samotní cestující a důsledkem toho je objektivní nemožnost předložit osvědčení vydané osobami, kterým byly služby poskytovány, stejně jako smlouvy s doklady o uskutečnění plnění v souladu s ustanovením § 56 odst. 2 písm. a) bod 2 a 3 zákona, přičemž podle zadavatele zákonodárce takovou situaci předvídal a postup pro obdobné případy upravil v § 56 odst. 6 zákona, kdy jsou uchazeči v případě objektivní nemožnosti splnění technických předpokladů způsoby uvedenými v § 56 odst. 2 písm. a) bodu 2 a 3 zákona oprávněni prokázat splnění tohoto předpokladu jinými rovnocennými doklady, pokud je zadavatel uzná.
34. K napadené podmínce č. 7 zadavatel uvádí, že ačkoli navrhovatel v námitkách namítal rozpor mezi zadávací dokumentací a přílohou č. 3c, odkazuje zadavatel k předmětné záležitosti na bod 4.9.2 zadávací dokumentace, v němž je stanoveno, že příloha č. 3c zadávací dokumentace představuje vzor čestného prohlášení a je pro uchazeče pouhou pomůckou ke konečné verzi čestného prohlášení, neboť zadavatel nikterak nevymezuje její závaznou podobu. Podle zadavatele je povinností uchazečů připojit k nabídce takové přílohy, které budou odpovídat požadavkům zadavatele uvedeným v zadávací dokumentaci. Zadavatel sděluje, že pro zamezení jakýchkoli pochybností, v návaznosti na námítky navrhovatele, potenciální uchazeče upozornil formou dodatečné informace, že přiložený vzor přílohy č. 3c neobsahuje kolonku k doplnění průměrných počtů zaměstnanců za poslední 3 roky.
35. V uvedeném vyjádření zadavatel k další napadené podmínce, označené pod číslem 8 konstatuje, že požadavek na prokázání dispozice s dostatečnými finančními prostředky nebo možnosti jejich zajištění podle bodu 4.9.3 zadávací dokumentace nevyjadřují požadavek na prokázání ekonomické ani finanční způsobilosti uchazečů, tak jak uvádí navrhovatel. Zadavatel sděluje, že má zájem na tom, aby se zadávacího řízení účastnili uchazeči, kteří jsou schopni prokázat svou schopnost již v době podání nabídek splnit požadavky na zajištění alespoň části vozidel pro plnění předmětné veřejné zakázky, a tím i schopnost zajistit si vozidla a disponovat s nimi pro řádné plnění předmětu veřejné zakázky, proto vymezil uchazečům některé možnosti doložení splnění kvalifikačního předpokladu, jež bude v případě splnění veškerých náležitostí a potřebných parametrů považovat za dostatečné.
36. K možnosti prokazování splnění kvalifikačního předpokladu pro více částí veřejné zakázky, kterou navrhovatel v námitkách a návrhu označil jako napadenou podmínku č. 9, zadavatel konstatuje, že zákon nevyklučuje možnost vyžadovat splnění kvalifikačního předpokladu v případě, že uchazeč bude podávat nabídku do více částí veřejné zakázky tak, že mu stanoví povinnost prokázat splnění kvalifikačního předpokladu v hodnotě odpovídající součtu požadovaného parametru v jednotlivých částech veřejné zakázky. Zadavatel uvádí, že tímto nastavením zamýšlel vyloučit možnost prokazování kvalifikace jedním totožným dopravním výkonem v různých částech veřejné zakázky, pro něž uchazeč podá nabídku. Podle zadavatele zde však existuje možnost prokázat splnění kvalifikačního předpokladu pro více dílčích částí veřejné zakázky významnou službou realizovanou pro jednoho objednatele u všech částí veřejné zakázky, pokud je její hodnota dostatečná, přičemž pak nemusí být celková referenční služba potvrzená veřejným zadavatelem na části dělená. Pokud tedy

uchazeč podá nabídku na více částí veřejné zakázky, musí splnit minimální požadovaný rozsah pro všechny části veřejné zakázky do nichž se hlásí a pokud tak neučiní a nerozliší přitom, kterou částí významných služeb prokazuje splnění kvalifikačního předpokladu pro tu kterou část veřejné zakázky do níž podal nabídku, nepřísluší zadavateli, aby hodnotil, ze které konkrétní části veřejné zakázky uchazeče pro nesplnění kvalifikace vyloučí. Zadavatel dodává, že výše uvedené uchazečům objasnil formou dodatečných informací, kterými zároveň prodloužil lhůtu pro podání nabídek.

37. Dále ve svém vyjádření zadavatel argumentuje k napadené podmínce č. 10, která představuje možnost složení jistoty pro více částí veřejné zakázky společně, kdy podle zadavatele je cílem tohoto ustanovení postavit najisto, že musí být vždy poskytnuta jistota v celkové výši rovnající se součtu jistot pro příslušné části veřejné zakázky, a protože je možné poskytnout jistotu i ve formě bankovní záruky nebo ve formě pojištění záruky, je podle zadavatele účelné, aby uchazeč mohl doložení všech jistot prokázat pomocí jediného dokladu. Zadavatel dodává, že nic nebrání uchazečům poskytnout jistotu pro jednotlivé části veřejné zakázky samostatně tak, aby v součtu hodnot jistot odpovídaly hodnotě požadované zadavatelem, avšak v takovém případě musí uchazeči vždy konkrétně specifikovat, pro kterou část veřejné zakázky se konkrétní doklad o poskytnutí jistoty předkládá.
38. K napadené podmínce č. 11, závazný příslib banky k poskytnutí bankovní záruky stanovený v bodu 6 zadávací dokumentace, zadavatel v předmětném vyjádření sděluje, že nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že by závazný příslib bankovní záruky v samotné nabídce byl požadavkem skrytě formulujícím požadavky na finanční a ekonomickou způsobilost dodavatele, a že by tak byl s ohledem na § 50 odst. 1 písm. c) zákona nepřijatelný. Zadavatel uvádí, že příslib bankovní záruky není součástí požadavků na prokázání kvalifikačních předpokladů, ale že má vazbu do smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících, v níž bude teprve vyžadována záruka pro zajištění závazků a plnění povinností dopravce.
39. Dále se zadavatel vyjadřuje k napadené podmínce č. 12, kde v rámci koncepce požaduje popis dvou okruhů zajištění kvality poskytovaných služeb a bezpečnosti cestujících, kterými jsou péče o komfort cestujících a vybavení vozidel, přičemž se dle zadavatele jedná o popis pouze základních pilířů zajištění kvality plnění, u nichž musí rozsah deseti stran s jednoduchým řádkováním zcela postačovat, přičemž omezení rozsahu je podle zadavatele naprosto běžným nástrojem, který má za cíl přimět uchazeče ke konkrétnosti, věcnosti a jasnému vyjadřování a podporuje i lepší srovnatelnost jednotlivých koncepcí uchazečů. Zadavatel se proto neztotožňuje s tím, že rozsahové omezení koncepce s sebou nese nutné zkreslení údajů a v důsledku toho také snížení vypovídající hodnoty koncepce. Zadavatel připomíná, že požadavek na koncepci, jejíž rozsah byl taktéž omezen, byl již předmětem zkoumání ze strany Úřadu v roce 2012 a Úřad v tomto směru neshledal žádné pochybení zadavatele ani porušení zákona.
40. Ohledně způsobu vymezení dílčího hodnotícího kritéria „péče o komfort cestujících“, stanoveného jako napadenou podmínku č. 13, zadavatel uvádí, že vymezení uvedeného kritéria je v souladu se zákonem, a že byla již předmětem přezkumu Úřadu a Úřad v této oblasti neshledal žádné pochybení. Zadavatel dodává, že ke konkrétnímu způsobu hodnocení jednotlivých pomocných kritérií poskytl uchazečům dodatečnou informaci č. 6, ve které popsal konkrétním způsobem vnitřní procesní pravidla hodnotící komise pro hodnocení koncepcí uchazečů.

41. K napadené podmínce č. 14 týkající se prodlužování lhůty pro podání nabídek zadavatel sděluje, že nesouhlasí s navrhovatelem v tom, že po datu 5.12.2012 již nebyl oprávněn prodloužit lhůtu pro podání nabídek, a že by návazné rozhodnutí o prodloužení lhůty pro podání nabídek uveřejněné ve Věstníku veřejných zakázek představovalo netransparentní postup. Podle zadavatele k rozhodnutí o prodloužení lhůty k podání nabídek došlo dne 14.11.2012 a tato skutečnost byla stejného dne řádně oznámena spolu s dodatečnou informací č. 16 zveřejněna na profilu zadavatele a následně také rozeslána známým uchazečům. Pokud zadavatel nedopatřením současně nezveřejnil tuto skutečnost formou odeslání opravného formuláře do Věstníku veřejných zakázek, jednalo se pouze o formální pochybení, které však nemůže mít vliv na zákonnost zadávacího řízení, přičemž opakovaným prodloužením lhůty pro podání nabídek v průběhu roku 2013 došlo dle názoru zadavatele ke zhojení tohoto pochybení. Zadavatel dodává, že v uvedeném období byla lhůta pro podání nabídek prodloužena minimálně třikrát, a to vždy nejméně v délce celé původní lhůty (tj. minimálně 78 dnů). S ohledem na výše uvedené je tedy transparentnost řízení dle zadavatele zachována.
42. Zadavatel se dále vyjádřil k napadené podmínce č. 15 a to v tom smyslu, že ke změně zadávací dokumentace došlo v souladu se zákonem i rozhodovací praxí soudů, neboť v bodu 15.4 zadávací dokumentace si vyhradil právo provádět její změny či doplnění. Dále uvádí, že svůj záměr provést úpravy a doplnění zadávacích podmínek oznámil potenciálním dodavatelům již v únoru roku 2013 dodatečnou informací č. 18 ze dne 7.2.2013, proto postupoval maximálně transparentně. Podle zadavatele provedeným úpravám zadávacích podmínek zcela odpovídala také následně poskytnutá lhůta k podání nabídek. Zadavatel dále konstatuje, že změnami a doplněními došlo mimo jiné k aktualizaci vstupních dat, k jejich zpřesnění a k odstranění či zmírnění určitých napadaných částí zadávací dokumentace. Tyto změny, stejně tak jako odstranění některých dřívějších požadavků, nemohou být podle zadavatele chápány jako zásadní zásah do zadávacích podmínek měnící jejich podstatu. Zadavateli není zřejmé, v čem navrhovatel spatřuje horší kontrolovatelnost nebo nepřehlednost zadávacího řízení, proto dále uvádí, že nevidí důvod pro navrhovatelem navrhané zrušení zadávacího řízení.
43. Zadavatel se neztotožňuje ani se závěrem navrhovatele, že dochází ke zcela novému vymezení předmětu veřejné zakázky a tím i jiného plnění. Podle zadavatele se nejedná o zásadní změny znamenající zadání nové veřejné zakázky a provedené změny nemají za následek diskriminaci dodavatelů, neboť jim nebyla žádným způsobem ztížena možnost účastnit se zadávacího řízení a provedení změn a doplnění bylo uskutečněno transparentním způsobem.
44. Podle zadavatele je s ohledem na výše uvedené, zejména na napadené podmínky č. 1-5, 7, 9 a 10, třeba současně odmítnout tvrzení navrhovatele o tom, že k nepřípustné změně zadávací dokumentace došlo také vydáním dodatečných informací č. 29 a č. 30, neboť tím došlo pouze ke zpřesnění a vyjasnění některých informací.
45. Závěrem se zadavatel vyjadřuje k problematice návrhu na vydání předběžného opatření, přičemž uvádí, že předběžné opatření nařízené správním orgánem znamená citelný zásah do zadávacího řízení a oprávněných zájmů zadavatele, proto by měl být využit zejména v případech, kdy by v důsledku dalších úkonů zadavatele hrozil vznik nebo zvětšení újmy na právech navrhovatele. Předběžné opatření znamenající pozastavení zadávacího řízení tak

může být podle zadavatele nařízeno pouze v zájmu zabránění dalšího poškozování či ohrožování zájmů uchazečů nebo zájemců o veřejnou zakázku, přičemž k uvedenému v konkrétním případě nikdy nedošlo a ani pokračování v zadávacím řízení dle názoru zadavatele nemůže škodu či poškození zájmů na straně dodavatelů způsobit. Pokud by Úřad shledal návrh na vydání předběžného opatření důvodným, má zadavatel za to, že navrhovatelem zamýšleného účelu lze dosáhnout i jiným způsobem než nařízením pozastavení zadávacího řízení. S ohledem na uvedené proto zadavatel navrhuje, aby návrh na vydání předběžného opatření byl Úřadem zamítnut.

V. Závěry úřadu

46. Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil při zadávání předmětné veřejné zakázky porušení zásady transparentnosti a zákazu diskriminace stanovené v § 6 odst. 1 zákona, když v rozporu s § 54 písm. b) zákona ve spojení s ustanovením § 57 odst. 2 zákona stanovil v oznámení o zakázce v bodu III.2.1.) Profesionální kvalifikační předpoklady dodavatelů, včetně požadavků týkajících se registrace v profesních nebo jiných rejstřících, že v rámci prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů požaduje předložit doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, který nesmí být k poslednímu dni, ke kterému má být prokázáno splnění kvalifikace, starší 90-ti kalendářních dnů, aniž by pro tento požadavek byla dána opora v citovaném zákoně, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
47. Úřad uvádí, že podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
48. Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.
49. Podle § 50 odst. 2 zákona požadavky na prokázání splnění kvalifikace stanoví veřejný zadavatel v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace těchto požadavků může být uvedena v kvalifikační či zadávací dokumentaci.
50. Podle § 54 zákona prokáže splnění profesních kvalifikačních předpokladů dodavatel, který předloží:
 - a) výpis z obchodního rejstříku, pokud je v něm zapsán, či výpis z jiné obdobné evidence, pokud je v ní zapsán,
 - b) doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci,
 - c) doklad vydaný profesní samosprávnou komorou či jinou profesní organizací prokazující jeho členství v této komoře či jiné organizaci, je-li takové členství nezbytné pro plnění veřejné zakázky na služby podle zvláštních právních předpisů,

- d) doklad osvědčující odbornou způsobilost dodavatele nebo osoby, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, je-li pro plnění veřejné zakázky nezbytná podle zvláštních právních předpisů a
- e) doklad prokazující schopnost dodavatele zabezpečit ochranu utajovaných informací podle příslušného druhu zajištění ochrany utajované informace při plnění veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti, odpovídající požadavkům na opatření, která stanovil zadavatel v zadávacích podmínkách.
51. Podle § 57 odst. 2 zákona doklady prokazující splnění základních kvalifikačních předpokladů a výpis z obchodního rejstříku nesmějí být starší 90 dnů v případě otevřeného řízení, zjednodušeného podlimitního řízení a jednacího řízení bez uveřejnění ke dni podání nabídky, v případě užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním a soutěžního dialogu ke dni podání žádosti o účast a v případě dynamického nákupního systému ke dni odeslání či předání předběžné nabídky. Toto ustanovení se použije obdobně v případě otevřené a užší soutěže o návrh.
52. Navrhovatel ve svém návrhu předně uvádí, že shledává postup zadavatele v předmětném zadávacím řízení jako netransparentní a to zejména z toho důvodu, že zadavatel v průběhu předmětného zadávacího řízení celkem desetkrát měnil uveřejněním opravných formulářů obsah oznámení ve Věstníku veřejných zakázek, a dále proto, že jeho námitkám doručeným dne 20.11.2013 nevyhověl, přičemž před odesláním předmětného rozhodnutí ze dne 2.12.2013 některé navrhovatelem namítané skutečnosti v rozporu s rozhodnutím o námitkách v podstatě uznal jako nezákonné prostřednictvím dodatečných informací č. 29, které byly následně upřesněny dodatečnými informacemi č. 30.
53. Ve vztahu k výše uvedenému Úřad cituje předmětné rozhodnutí o námitkách, kde je uvedeno, že „zadavatel se podanými námitkami podrobně zabýval a vyhodnotil je jako nedůvodné. V některých bodech však uznal za vhodné, v souladu se základními principy zákona, informovat o poskytnutém odůvodnění také ostatní uchazeče a za tím účelem dne 28.11.2013 vydal a zveřejnil dodatečnou informaci č. 29.“
54. V úvodu dodatečných informací č. 29 ze dne 28.11.2013, které zadavatel uveřejnil na svém profilu téhož dne, stejně tak, jako v rozhodnutí o námitkách, je uvedeno, že „pokud je snad v textu ZD obsažena jakákoliv nepřesnost, v jejímž důsledku znění ZD nekoresponduje s příslušným zněním ZVZ, nejedná se o záměrný odklon zadavatele od zákona, nýbrž o jeho administrativní nedopatření. Zadavatel pro upřesnění v tomto směru dodává, že především s ohledem na kogentnost ZVZ (nemožnost odchýlení se od ZVZ) je proto v každém takovém případě třeba vždy aplikovat text příslušného zákonného ustanovení, na něž ZD odkazuje“. Ve vztahu k napadené podmínce označené pod číslem 5, týkající se požadavku k prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů dokladem o oprávnění k podnikání ne starším než 90 dnů ke dni podání nabídky, stanoveném v zadávací dokumentaci v bodu 4.8 „Profesní kvalifikační předpoklady dle § 54 zákona“ pod písm. b), se zadavatel v dodatečných informacích č. 29, stejně tak, jako v rozhodnutí o námitkách, vyjádřil v tom smyslu, že v tomto bodě vymezil profesní kvalifikační předpoklady a odkazuje přitom na § 54 zákona, který je nutno na kvalifikaci dodavatelů přímo aplikovat (mj. ve spojení s ustanovením § 57 zákona). Zadavatel dále konstatoval, že „pokud tedy zadavatel v citovaném ustanovení ZD (4.8 písm. b) uvádí lhůtu, vztahující se ke stáří požadovaného

dokladu, je takový požadavek zjevně nadbytečný (nedopatřením došlo ke zkopírování lhůty z bodu 4.8 písm. a) ZD), neboť takový požadavek by byl nelogický. Uvedená lhůta uvedená v bodu 4.8 písm. b) ZD se tak neaplikuje (zadavatel k ní nepřihlíží).“

55. Z dokumentace o veřejné zakázce Úřad dále zjistil, že 28.11.2013 zadavatel odeslal ke zveřejnění oznámení o zakázce, které bylo uveřejněno dne 3.12.2013, a kterým zadavatel mimo jiné prodloužil lhůtu pro podání nabídek do daného zadávacího řízení do dne 2.1.2014, tj. o 30 dnů. V předmětném oznámení o zakázce zadavatel v bodu III.2.1) Profesionální kvalifikační předpoklady dodavatelů, včetně požadavků týkajících se registrace v profesních nebo jiných rejstřících stanovil požadavky na informace a doklady nezbytné k posouzení, zda byly předmětné kvalifikační požadavky splněny, přičemž uvedl, že požaduje „k prokázání profesního kvalifikačního předpokladu dle § 54 písm. b) ZVZ doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci,“ přičemž v uvedeném bodu dále konstatuje, že „předkládané doklady a potvrzení nesmí být k poslednímu dni, ke kterému má být prokázáno splnění kvalifikace, starší 90-ti kalendářních dnů.“
56. K výše uvedenému Úřad konstatuje, že jak vyplývá z postupu zadavatele v předmětném zadávacím řízení, zadavatel na základě podaných námitek shledal požadavek na doklad o oprávnění k podnikání ne starší 90 kalendářních dnů ke dni podání nabídky, uvedený v bodu 4.8 písm. b) zadávací dokumentace, jako požadavek stanovený v rozporu se zákonem, když v rámci dodatečných informací č. 29 od požadavku na stáří uvedeného dokladu upustil s tím, že se jedná o administrativní nedopatření, avšak v rozporu s tímto zněním odeslal k uveřejnění opravné oznámení o zakázce, kde z bodu III.2.1) vyplývá, že na požadavku na stáří předmětného dokladu i nadále trvá.
57. Při posuzování šetřeného případu Úřad proto dospěl k závěru, že v procesu zadavatelem prováděných oprav v průběhu předmětného zadávacího řízení nastala situace, kdy k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů stanovil zadavatel jiný požadavek na doklad o oprávnění k podnikání v rámci zadávací dokumentace skrze dodatečné informace a jiný v oznámení o zakázce, přičemž předmětný požadavek zadavatele uveřejněný v bodu III.2.1) oznámení o zakázce odporuje zákonu, neboť zákon nestanovuje žádný limit pro stáří uvedeného dokladu.
58. K uvedené problematice Úřad konstatuje, že vzhledem k tomu, že ustanovení týkající se prokazování profesních kvalifikačních předpokladů mají kogentní charakter, nelze vykládat formulaci § 54 zákona v souvislosti s limitujícím požadavkem na stáří dokladů uvedeným v ustanovení § 57 zákona tak, že zadavatel může u dokladu o oprávnění k podnikání podle § 54 písm. b) zákona vztahujícího se ke splnění profesních kvalifikačních předpokladů požadovat daný doklad ne starší než 90 dnů, neboť předmětná ani jiná ustanovení zákona ve vztahu k uvedenému dokladu nestanovují požadavek na jeho stáří. Ve vztahu ke stáří dokladů je v § 57 odst. 2 zákona stanoven pouze požadavek na stáří dokladů prokazujících splnění základních kvalifikačních předpokladů a na výpis z obchodního rejstříku.
59. K výše uvedenému Úřad dále dodává, že jak vyplývá z ustanovení § 50 odst. 2 zákona, může zadavatel podrobně specifikovat požadavky na prokázání splnění kvalifikačních předpokladů v kvalifikační či zadávací dokumentaci k veřejné zakázce, přičemž je zřejmé, že se nemůže zásadním způsobem odchýlit od specifikace uvedené v oznámení o zahájení zadávacího

řízení tím, že vymezí kvalifikační předpoklady jiným způsobem, který by mohl mít za následek porušení zásady transparentnosti a zákazu diskriminace a následně též omezení soutěžního prostředí.

60. V souvislosti s výše uvedeným Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 86/2008-222 ze dne 25.3.2009, kde je stanoveno, že „podle zákona o veřejných zakázkách se zadávacími podmínkami rozumí veškeré požadavky zadavatele, obsažené v oznámení zadávacího řízení, případně dále upřesněné v zadávací dokumentaci, které musí být uchazečem v nabídce splněny. Je tak zřejmé (a v tomto směru není mezi účastníky řízení sporu), že zadávací dokumentace musí být transparentní, dostatečně konkrétní a srozumitelná tak, aby na jejím základě mohla proběhnout všestranně korektní veřejná soutěž, v jejímž rámci bude vybrána vskutku ta nejlepší nabídka,“ přičemž v předmětném rozsudku je dále uvedeno, že „nemůže tedy obstát taková zadávací dokumentace, z níž požadavky na zpracování nabídky (...) nejsou zcela srozumitelné a jednoznačné, tj. pokud objektivně připouštějí rozdílný výklad a vzniká tak interpretační nejistota.“
61. Ke smyslu dodržování zásady transparentnosti zadávacího řízení Úřad uvádí, že její význam spočívá zejména v zajištění otevřenosti a průhlednosti celého průběhu zadávacího řízení tak, aby se co největší počet dodavatelů měl možnost dozvědět o dané veřejné zakázce a případně se pak zúčastnit předmětného zadávacího řízení. A dále je účelem požadavku na transparentnost také zprůhlednění postupu zadavatele ve smyslu řádného odůvodnění všech jeho kroků tak, aby všechny tyto kroky byly následně přezkoumatelné.
62. Z obecné zásady transparentnosti uvedené v § 6 odst. 1 zákona plyne požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti, tj. nesmí dávat žádný prostor pro pochybnosti či rozdílný výklad zadávací dokumentace. Otázkou zásady transparentnosti se ve své judikatorní činnosti již opakovaně zabývaly soudy a taktéž Úřad. Např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15.2.2012 bylo řečeno, že „úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“
63. V konkrétním případě došlo k porušení zásady transparentnosti tím, že zadavatel uveřejnil v bodu III.2.1) oznámení o zakázce jiný požadavek na doklad o oprávnění k podnikání než stanovil v rámci dodatečné informace č. 29, čímž učinil zadávací podmínky nejednoznačné, přičemž tento rozpor v zadávacích podmínkách mohl vyústit k omezení hospodářské soutěže.
64. K otázce dodržování zásady zákazu diskriminace Úřad uvádí, že podstata této zásady je, že žádný z dodavatelů nesmí být přímo nebo nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení, přičemž Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-156 ze dne 5.6.2008, kde je stanoveno, že porušení zásady nediskriminace „by nastalo nejen tehdy, pokud by zadavatel v téže situaci a v týchž otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo

obsahově jinak než ke zbylým, ale též tehdy, pokud by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči.“

65. K dané problematice Úřad dodává, že dodržování zásady zákazu diskriminace je nutno respektovat především s ohledem na nastavení kvalifikačních předpokladů, neboť pokud zadavatel stanoví zcela nepřiměřené požadavky na prokázání splnění kvalifikace, může v důsledku toho v rozporu se zákonem omezit účast určité skupiny dodavatelů nebo naopak určitý okruh dodavatelů favorizovat.
66. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel mohl popsáním nezákonným postupem diskriminovat některé dodavatele tím, že v rozporu se zásadou transparentnosti a zásadou zákazu diskriminace mohl snížit počet v úvahu přicházejících dodavatelů, kteří by splnili uvedený kvalifikační předpoklad, pokud by byl předmětný kvalifikační předpoklad stanovený v souladu se zákonem, tedy požadoval-li by zadavatel v rámci prokazování splnění profesních kvalifikačních předpokladů doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, v tomto případě doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci, a to bez limitujícího požadavku na jeho stáří, a byl-li by takový požadavek řádně uveřejněn také v bodu III.2.1) oznámení o zakázce ve Věstníku veřejných zakázek.
67. Uvedený postup zadavatele v předmětném zadávacím řízení tak shledává Úřad nejen v rozporu s kogentní úpravou § 54 písm. b) zákona v souvislosti s ustanovením § 57 odst. 2 zákona, když zadavatel v oznámení o zakázce stanovil požadavek na stáří dokladu k prokázání kvalifikace, aniž by pro tento požadavek byla dána opora v zákoně, ale i v rozporu se zásadou transparentnosti a zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když v oznámení o zakázce zveřejnil tento nezákonný požadavek v rozporu se zněním zadávací dokumentace resp. dodatečných informací, přičemž tímto nezákonným postupem mohl limitovat některé dodavatele v účasti v předmětném zadávacím řízení, a v konečném důsledku tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.
68. Uvedené pochybení zadavatele nelze zhojit ani jím stanoveným pokynem uvedeným v dodatečných informacích č. 29, že by měl uchazeč o danou veřejnou zakázku v případě, kdy zadávací dokumentace odkazuje na příslušné ustanovení zákona, vždy uplatnit toto zákonné ustanovení, tedy i pokud by zadávací dokumentace nekorespondovala s příslušným zněním zákona. Úřad konstatuje, že tímto přístupem by byl zcela popřen smysl zákona, kdy je zadavatel povinen stanovit zadávací podmínky v souladu se zákonem. Zadavatelem zaujatý přístup by vyústil ve zcela netransparentní prostředí zadávacího řízení, v němž by zadavatel více zkoušel dodavatele ze znalostí zákona, než je informoval o jím stanovených zadávacích podmínkách, což považuje Úřad za nepřijatelné.
69. Úřad dále dodává, že jak vyplývá z § 50 odst. 2 zákona, má zadavatel povinnost stanovit požadavky na prokázání splnění kvalifikace v oznámení o zahájení zadávacího řízení, přičemž v daném případě byl předmětný nezákonný kvalifikační požadavek stanoven v oznámení o zahájení zadávacího řízení, a vzhledem k tomu, že dodavatelé, kteří mají zájem o veřejnou zakázku, vycházejí v první řadě především z informací uvedených v takovém oznámení,

je ve vztahu k šetřenému případu tedy irelevantní, že v rámci dodatečných informací poskytl zadavatel údaj jiný.

70. Úřad uzavírá, že zadavatel musí vymezit zadávací podmínky v souladu se zákonem, přičemž vztahují-li se ke kogentní zákonné úpravě, nemohou se od zákonného vymezení jakkoliv odchýlit, neboť jejich nezákonné vymezení by mohlo znamenat porušení nejen předmětného kogentního ustanovení zákona, ale také zásady transparentnosti a zákazu diskriminace v daném zadávacím řízení, což by mohlo mít za následek také vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
71. Nad rámec návrhu Úřad uvádí, že z informací uvedených v opravném formuláři oznámení o zakázce zjistil, že téhož pochybení se zadavatel dopustil také ve vztahu k požadavku na prokázání profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. d) zákona, tzn. požadavku na doklad osvědčující odbornou způsobilost dodavatele nebo osoby, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, a dále, že oznámení o zakázce neobsahuje povinné informace o požadavcích zadavatele na splnění základních kvalifikačních předpokladů uchazeči o danou veřejnou zakázku, a taktéž, že zadavatel při poslední změně zadávacích podmínek neprodloužil lhůtu pro podání nabídek o celou původní délku lhůty pro podání nabídek, přestože jím provedené dodatečné změny mohly mít vliv na okruh možných dodavatelů.
72. V souvislosti s uvedeným však Úřad dodává, že se těmito zjištěními dále nezabýval, neboť již výše uvedené pochybení zadavatele trpí nezhojitelnou vadou, pro kterou musí být zadávací řízení zrušeno. Úřad proto již dále nerozšiřoval z moci úřední předmětné správní řízení o výše uvedená zjištění, neboť postup zadavatele musí být napraven zrušením předmětného zadávacího řízení bez ohledu na závěry, které by vyplývaly z takového přezkumu.
73. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že se zadavatel dopustil při zadávání předmětné veřejné zakázky porušení zásady transparentnosti a zákazu diskriminace stanovené v § 6 odst. 1 zákona, když v rozporu s § 54 písm. b) zákona v souvislosti s ustanovením § 57 odst. 2 zákona stanovil v oznámení o zakázce v bodu III.2.1.) Profesní kvalifikační předpoklady dodavatelů, včetně požadavků týkajících se registrace v profesních nebo jiných rejstřících, že v rámci prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů požadoval předložit doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, který nesmí být k poslednímu dni, ke kterému má být prokázáno splnění kvalifikace, starší 90-ti kalendářních dnů, aniž by pro tento požadavek byla dána opora v citovaném zákoně, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jelikož tento postup mohl omezit v účasti dodavatele, kteří mohli být uvedeni v omyl předmětným vymezením profesních kvalifikačních předpokladů, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Z uvedeného důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
74. Vzhledem ke skutečnosti, že Úřad shledal výše uvedený postup zadavatele jako nezákonný, přičemž jako nápravné opatření zrušil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku, nezabýval se s ohledem na závěry vyplývající z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2A2/99, podle kterého je zkoumání dalších důvodů pro uložení nápravného opatření nadbytečné, existuje-li alespoň jeden oprávněný důvod, dalšími namítanými skutečnostmi uvedenými v návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.

VI. Uložení nápravného opatření

75. Dle ustanovení § 118 odst. 1 zákona Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
76. Úřad v průběhu správního řízení zjistil, že se zadavatel dopustil porušení zásady transparentnosti a zákazu diskriminace stanovené v § 6 odst. 1 zákona, když v rozporu s § 54 písm. b) zákona ve spojení s ustanovením § 57 odst. 2 zákona stanovil v oznámení o zakázce v bodu III.2.1) Profesionální kvalifikační předpoklady dodavatelů, včetně požadavků týkajících se registrace v profesních nebo jiných rejstřících, že v rámci prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů požaduje předložit doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, který nesmí být k poslednímu dni, ke kterému má být prokázáno splnění kvalifikace, starší 90-ti kalendářních dnů, aniž by pro tento požadavek byla dána opora v zákoně.
77. Nedodržení zákonem stanoveného postupu ze strany zadavatele mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jelikož tento postup mohl omezit v účasti dodavatele, kteří mohli být uvedeni v omyl předmětným vymezením profesních kvalifikačních předpokladů, a nepodali proto do tohoto zadávacího řízení svou nabídku.
78. Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona ve znění pozdějších předpisů je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad zadávacího řízení, tj. zásady transparentnosti, stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že se zadavatel dopustil svého pochybení již při nastavení zadávacích podmínek, přičemž tento postup mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, musel Úřad zrušit předmětné zadávací řízení, aby došlo k úpravě nezákonného postupu zadavatele.
79. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

VII. Náklady řízení

80. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadávacího řízení nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
81. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím bylo zrušeno zadávací řízení tak, jak je stanoveno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

82. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2013000769.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Liberecký kraj, U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2
2. Mgr. Pavel Kroupa, advokát, Jakubská 121/1, 602 00 Brno

Vypraveno dne:

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