



ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S42/2014/VZ-10944/2014/522/LKo/PLy

Brno 23. 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 z moci úřední dne 20.1.2014, jehož účastníkem je

- zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona
zadavatelem – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha (dále jen „zadavatel“) – v souvislosti s možným nedodržením závazného postupu zadavatele ve veřejné zakázce „Servisní služby řídicích systémů autobusové a tramvajové dopravy AUDIS, DORIS, technologie Automatické stavění vlakové cesty vozovny Pankrác, datové propojení s Energetickým dispečinkem (Rtis), zastávkové Informační Systémy (ZIS), zařízení pro infračervenou komunikaci – systém IRCOM“ zadávané formou jednacního řízení bez uveřejnění, jež bylo zadavatelem oznámeno písemnou výzvou k jednání č. j. 431/300000/330240/1055/09 ze dne 15.6.2009, a na kterou byla dne 28.8.2009 uzavřena smlouva č. 0006580009 se společností Xanthus a.s., IČO 25011821, se sídlem Chodská 1032, 120 00 Praha,

rozhodl takto:

Zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha – se dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když veřejnou zakázku „Servisní služby řídicích

systémů autobusové a tramvajové dopravy AUDIS, DORIS, technologie Automatické stavění vlakové cesty vozovny Pankrác, datové propojení s Energetickým dispečinkem (Rtis), zastávkové Informační Systémy (ZIS), zařízení pro infračervenou komunikaci – systém IRCOM“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž k tomu byly splněny podmínky nezbytné pro užití zadavatelem zvoleného druhu zadávacího řízení stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel dne 28.8.2009 s uchazečem – společností Xanthus a.s., IČO 25011821, se sídlem Chodská 1032, 120 00 Praha – smlouvu č. 0006580009 podle § 82 citovaného zákona.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha – podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá:**

pokuta ve výši 600 000,- Kč (šest set tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha (dále jen „zadavatel“), ve veřejné zakázce „Servisní služby řídicích systémů autobusové a tramvajové dopravy AUDIS, DORIS, technologie Automatické stavění vlakové cesty vozovny Pankrác, datové propojení s Energetickým dispečinkem (Rtis), zastávkové Informační Systémy (ZIS), zařízení pro infračervenou komunikaci – systém IRCOM“ zadávané formou jednacím řízení bez uveřejnění, jež bylo zadavatelem oznámeno písemnou výzvou k jednání č. j. 431/300000/330240/1055/09 ze dne 15.6.2009, a na kterou byla dne 28.8.2009 uzavřena smlouva č. 0006580009 se společností Xanthus a.s., IČO 25011821, se sídlem Chodská 1032, 120 00 Praha (dále jen „veřejná zakázka“ a „Xanthus a.s.“).
2. Na základě podnětu k přezkoumání postupu zadavatele si Úřad vyžádal veškerou dokumentaci související se zadáním veřejné zakázky. Z obdržených kopií části dokumentace Úřad zjistil tyto skutečnosti.
 - I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ
3. Z obdržené části dokumentace Úřad zjistil, že si zadavatel nechal soudním znalcem (oboru elektronika) Václavem Černým vypracovat znalecký posudek ze dne 27.4.2009, jehož předmětem byla analýza řídicích systémů AUDIS, DORIS, ZIS Doris/Audis (dále jen „znalecký posudek ze dne 27.4.2009“).
4. Dne 15.6.2009 zadavatel výzvou k jednání č. j. 431/300000/330240/1055/09 oznámil svůj úmysl zadat předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle

§ 23 odst. 4 písm. a) zákona a vyzval podle § 34 odst. 1 zákona jediného dodavatele – společnost Xanthus a.s. – k jednání. Z výzvy k jednání vyplývá, že důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění je skutečnost, že projektová dokumentace i všechen software k řídicím systémům je v souladu se závěry znaleckého posudku duševním vlastnictvím společnosti Xanthus a.s.

5. Z bodu 3.1 zadávací dokumentace vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky je provádění servisních služeb řídicích systémů autobusové a tramvajové dopravy AUDIS, DORIS, technologie Automatické stavění vlakové cesty vozovny Pankrác, datové propojení s Energetickým dispečinkem, zastávkové Informační Systémy, zařízení pro infračervenou komunikaci – systém IRCOM. Součástí předmětu zakázky je rovněž provádění projekční činnosti pro rozšíření všech potřebných systémů pro předpokládané rozšíření Zastávkového Informačního Systému a vybudování Bezpečnostního (zálohového) dispečinku u zadavatele.
6. Dne 14.8.2009 zadavatel obdržel nabídku společnosti Xanthus a.s. Následně dne 28.8.2009 zadavatel uzavřel se společností Xanthus a.s. smlouvu č. 0006580009 na plnění předmětné veřejné zakázky (dále jen „Servisní smlouva“).
7. Dle článku V. odst. 1 a 2 Servisní smlouvy si smluvní strany sjednávají cenu za provádění servisních prací (specifikovaných v příloze č. 3 této smlouvy) ve formě měsíční paušální platby ve výši 1 300 000,- Kč bez DPH. Cena za servis nad rámec přílohy č. 3 pak má být stanovena dle ceníku jednotkových cen uvedeného v příloze č. 5 této smlouvy.
8. Podle článku VIII. odst. 1 Servisní smlouvy byla smlouva uzavřena na dobu neurčitou s účinností ode dne podpisu oběma smluvními stranami.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

9. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě posouzení dokumentace k šetřené veřejné zakázce získal pochybnosti, zda zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky postupoval v souladu s § 21 odst. 2 zákona, resp. zda se nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž k tomu byly splněny podmínky nezbytné pro užití zadavatelem zvoleného druhu zadávacího řízení stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž zadavatel již uzavřel smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona, zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.
10. Účastníkem správního řízení podle ustanovení § 116 zákona je zadavatel.
11. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkovi řízení dopisem č. j. ÚOHS-S42/2014/VZ-1163/2014/522/LKo ze dne 17.1.2014. Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno dne 20.1.2014, a tímto dnem bylo podle § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
12. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S42/2014/VZ-1164/2014/522/LKo ze dne 17.1.2014 určil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Týmž usnesením určil Úřad zadavateli lhůtu 7 dnů ode dne doručení uvedeného usnesení k provedení následujících úkonů:
 - a) předložení originálu dokumentace o veřejné zakázce,

- b) předložení originálu nebo úředně ověřené kopie smlouvy o poskytování servisních služeb uzavřené zadavatelem se společností Xanthus a.s., dne 5.10.2005, včetně všech jejích případných příloh a dodatků, a zaslání sdělení, zda smluvní vztah založený touto smlouvou nadále trvá,
- c) předložení originálu nebo úředně ověřené kopie smlouvy (případně smluv), jejímž předmětem plnění je pořízení (vytvoření) řídicích systémů autobusové a tramvajové dopravy AUDIS, DORIS, technologie Automatické stavění vlakové cesty vozovny Pankrác, datové propojení s Energetickým dispečinkem (Rtis), zastávkové Informační Systémy (ZIS), zařízení pro infračervenou komunikaci – systém IRCOM (dále jen „řídicí systémy“),
- d) zaslání sdělení důvodů, jež zadavatele dle jeho názoru opravňovaly při zadávání veřejné zakázky k použití jednacímho řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona, včetně zaslání dokumentů, které by tvrzené skutečnosti prokazovaly.
13. Usnesením č. j. ÚOHS-S42/2014/VZ-1680/2014/522/LKo ze dne 24.1.2014 Úřad zadavateli na jeho žádost ze dne 22.1.2014 prodloužil lhůty stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S42/2014/VZ-1164/2014/522/LKo ze dne 17.1.2014.

Vyjádření zadavatele ze dne 5.2.2014

14. Dne 10.2.2014 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 5.2.2014. V podaném vyjádření zadavatel uvádí, že důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění vyplývají ze závěrů předloženého znaleckého posudku. Zadavatel následně popsal vývoj a způsob fungování řídicích systémů, jež jsou předmětem veřejné zakázky. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že v roce 2005 v rámci změny přenosu dat z analogového na digitální přenos dat byl dodán nový řídicí systém DORIS 2005T, včetně navazujících systémů a zařízení. Dodavatelem předmětného řídicímho systému byla dle vyjádření zadavatele společnost Skanska, přičemž jedním ze subdodavatelů byla spol. Xanthus a.s.
15. K odůvodnění použití jednacímho řízení bez uveřejnění zadavatel konstatuje, že jednal v souladu s veřejným zájmem a s péčí řádného hospodáře, neboť si nechal před zadáním veřejné zakázky vypracovat znalecký posudek. Z výše uvedeného znaleckého posudku podle zadavatele přímo vyplývá, že nahrazení společností Xanthus a.s., jakožto společnosti, která řídicí systémy vyvinula, by vyvolalo negativní důsledky s dopady na funkčnost samotných řídicích systémů, jakož i na bezpečnost provozu a lidské životy. Zadavatel uvádí, že vzhledem k tomu, že ze znaleckého posudku vyplynulo, že není možné zadat veřejnou zakázku jinému subjektu než společnosti Xanthus a.s., přistoupil zadavatel k zadání veřejné zakázky v rámci jednacímho řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Zadavatel uzavírá, že dle svého názoru postupoval při zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem.
16. Úřad od zadavatele současně s výše uvedeným vyjádřením obdržel výzvu k účasti v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 15.6.2009, kopii zadávací dokumentace, znalecký posudek ze dne 27.4.2009, Servisní smlouvu a dodatek č. 1 této smlouvy ze dne 25.11.2009 a smlouvu o poskytování servisních služeb ze dne 5.10.2005 včetně její výpovědi ze dne 29.10.2007.

Další průběh správního řízení

17. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel nedoručil Úřadu veškeré dokumenty, jež Úřad požadoval v usnesení č. j. ÚOHS-S42/2014/VZ-1164/2014/522/LKo ze dne 17.1.2014

a usnesení č. j. ÚOHS-S42/2014/VZ-1680/2014/522/LKo ze dne 24.1.2014, a to zejména smlouvy, jejímž předmětem plnění je pořízení (vytvoření) řídicích systémů a podklady, jež by prokazovaly existenci autorských práv spol. Xanthus a.s. k výše specifikovaným řídicím systémům, stanovil Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S42/2014/VZ-3526/2014/522/LKo ze dne 18.2.2014 lhůtu 5 dnů mimo jiné k provedení následujících úkonů:

- a) předložení originálu nebo úředně ověřené kopie smlouvy (případně smluv), jejímž předmětem plnění je pořízení (vytvoření) řídicích systémů,
- b) předložení originálu nebo úředně ověřené kopie smlouvy (případně smluv) či jiných dokumentů, ze kterých vyplývá existence autorských práv společnosti Xanthus a.s., k řídicím systémům, a to včetně všech případných příloh a dodatků,
- c) předložení originálu nebo úředně ověřené kopie licenční smlouvy (případně smluv) uzavřené zadavatelem se společností Xanthus a.s, jejímž předmětem je určení licenčních podmínek k řídicím systémům, a to včetně všech případných příloh a dodatků,
- d) předložení projektového plánu, strategie či jiných koncepčních dokumentů, ze kterých zadavatel vycházel při vytváření a rozvoji řídicích systémů.

18. Dne 20.2.2014 na žádost zadavatele z téhož dne Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S42/2014/VZ-3873/2014/522/LKo prodloužil zadavateli lhůtu k provedení úkonů stanovených usnesením č. j. ÚOHS-S42/2014/VZ-3526/2014/522/LKo ze dne 18.2.2014.

Vyjádření zadavatele ze dne 10.3.2014

19. Dne 31.3.2014 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 10.3.2014, ve kterém zadavatel shrnuje dosavadní průběh řízení a uvádí, že Úřadu v rámci správního řízení mimo jiné zaslal dne 30.1.2014 znalecký posudek ze dne 27.4.2009, zadávací dokumentaci, smlouvu o poskytování servisních služeb ze dne 5.10.2005 včetně její výpovědi a Servisní smlouvu.
20. Zadavatel rovněž uvádí, že spolu s výše uvedenými podklady zaslal Úřadu své vyjádření, ve kterém podrobně popsal předmětné řídicí systémy. Podle zadavatele Úřad duplicitně požaduje zaslání podkladů, přičemž zadavatel má za to, že všechny požadované dokumenty, které se vztahují ke správnímu řízení, již byly z jeho strany předloženy. Zadavatel konstatuje, že vzhledem k tomu, že se jedná o zadávací řízení a dokumenty, jejichž stáří se datuje od r. 2005, nemá k dispozici další požadované podklady, neboť v průběhu posledních 10 let došlo u zadavatele k četným personálním změnám. Zadavatel však má za to, že předložil dostatek podkladů, které dokládají, že postupoval v předmětném případě v souladu se zákonem. Úřad tak má podle zadavatele k dispozici veškeré informace a podklady k přezkoumání zákonnosti postupu zadavatele při zadání veřejné zakázky.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

21. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, vyjádření účastníka řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění nepostupoval v souladu se zákonem, čímž se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
22. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

23. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
24. Zákon upravuje v ustanovení § 21 odst. 1 tyto druhy zadávacích řízení:
 - a) otevřené řízení,
 - b) užší řízení,
 - c) jednací řízení s uveřejněním,
 - d) jednací řízení bez uveřejnění,
 - e) soutěžní dialog,
 - f) zjednodušené podlimitní řízení.
25. Podle § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.
26. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

K oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění

27. K postupu zadavatele Úřad v první řadě konstatuje, že jednací řízení bez uveřejnění je svou povahou výjimečný postup zadavatele, neboť v rámci něj zadavatel oslovuje pouze omezený okruh dodavatelů (často pouze jediného dodavatele), v důsledku čehož dochází k (zákonem předvídanému) omezení hospodářské soutěže. Právě proto je v těchto případech kladen důraz na striktní naplnění podmínek pro jeho aplikaci. Jinými slovy k použití jednacího řízení bez uveřejnění je třeba přistupovat restriktivně tak, aby nedocházelo k účelovým výkladům a k neoprávněnému obcházení zákona.
28. S ohledem na výše uvedené musí zadavatel v každém (jednotlivém) případě pečlivě zvážit, zda může být jednací řízení bez uveřejnění použito, resp. zda jsou dány důvody, které zadavatele k tomuto postupu opravňují. Zadavatel je současně povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která jej vedla k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná.
29. Úřad v této souvislosti odkazuje na závěry rozsudku Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropského soudního dvora) ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 (dále jen „rozsudek SDEU C-385/02“), z něhož vyplývá, že důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku (tedy použití jednacího řízení bez uveřejnění) nese ten, kdo se jich dovolává. V souladu s výše uvedeným rozsudkem SDEU je to tedy zadavatel, který je povinen prokázat existenci důvodů, jež jej při zadávání veřejné zakázky opravňovaly k použití jednacího řízení bez uveřejnění.
30. Úřad současně podotýká, že ačkoli se rozsudek SDEU C-385/02 vztahoval k výkladu čl. 7 odst. 3 písm. b) směrnice Rady č. 93/37/EHS, mají uvedené právní závěry Soudního dvora relevanci i k právní úpravě bezprostředně navazující, jíž je čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES, vztahující se rovněž na dodávky a služby.

31. Úřad konstatuje, že výše uvedené závěry týkající se důkazního břemena ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění nadto vyplývají i z ustálené rozhodovací praxe Úřadu, na kterou Úřad v této souvislosti odkazuje (viz např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S327/2012/VZ-16330/2012/521/MLa ze dne 24.10.2012 nebo S172/2011/VZ-14841/2011/511/Mon ze dne 4.6.2013).
32. Ke konstatování oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění tedy nepostačují nepodložená tvrzení zadavatele, nýbrž zadavatel je povinen prokazatelně doložit, že k naplnění podmínek pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění skutečně došlo. Pokud tedy zadavatel v předmětném případě postupoval v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, je povinen prokazatelně doložit, že veřejná zakázka mohla být objektivně splněna pouze společností Xanthus a.s. S ohledem na výše uvedené přistoupil Úřad k posouzení skutečností a podkladů zadavatelem tvrzených a předložených k prokázání oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění.
33. V přezkoumávané zakázce zadavatel ve výzvě k jednání ze dne 15.6.2009 jako odůvodnění použití jednacího řízení bez uveřejnění § 23 odst. 4 písm. a) zákona uvedl skutečnost, že „projektová dokumentace i všechny software je duševním vlastnictvím uchazeče – doloženo znaleckým posudkem“. Ve vyjádření k zahájenému správnímu řízení zadavatel rovněž založil možnost použití jednacího řízení bez uveřejnění zejména na závěrech znaleckého posudku ze dne 27.4.2009.
34. V předloženém znaleckém posudku ze dne 27.4.2009, v části popis řídicího systému, jeho zpracovatel uvádí, že systémy DORIS, AUDIS a ZIS Doris/Audis, resp. veškerý jeho software a hardware (včetně firmware) byly vyvinuty a vyrobeny vývojem základnou spol. Xanthus a.s.
35. V další části znaleckého posudku (str. 6) zpracovatel posudku stručně zodpovídá na 3 položené otázky a to:
- 1) *Je systém DORIS, AUDIS a ZIS Doris/Audis unikátním, jedinečným systémem, který je v tomto provedení jediný na světě?*
K první otázce zpracovatel posudku konstatuje, že výše uvedené řídicí systémy jsou unikátní, neboť byly (a jsou) dlouhodobě vyvíjeny podle specifických požadavků zadavatele.
 - 2) *Je možné opravovat, udržovat v chodu a plně rozvíjet výše popsany systém jinou organizací než tou, která systém vyvinula a je jediným držitelem SW autorských práv a výrobních podkladů?*
K druhé otázce zpracovatel posudku uvádí, že bez uvolnění autorských práv k předmětnému systému jej není možné dále rozvíjet formu rozšiřování a úprav již dodaných SW. I po HW stránce je podle zpracovatele posudku prakticky neproveditelná oprava takto rozsáhlé a vzájemně provázané dodané technologie bez její detailní znalosti a výrobních podkladů, které umožňují výrobu náhradních dílů za minimálních cenových nákladů v přijatelném čase.
 - 3) *Má způsob provedení servisních prací systému DORIS, AUDIS a ZIS Doris/Audis zásadní vliv na elektrickou a provozně dopravní bezpečnost s přímou vazbou na lidské životy?*

Na třetí otázku odpovídá zpracovatel posudku kladně a uvádí, že nekvalitní oprava zapříčiněná špatnou znalostí systému, či nemožností získat originální náhradní díl, který prošel celou řadou operací ovlivňujících jeho bezpečnost, může zapříčinit ohrožení života lidí pracujících s touto technologií. Například tím, že se vyskytne nebezpečné napětí tam, kde smí být pouze bezpečné. Ale i prostý výpadek funkce má dle zpracovatele posudku zásadní vliv na bezpečnost přepravovaných osob. Například tím, že nebude včas eliminován řidič, který se nechová podle požadovaných pravidel a ohrožuje například cestující i sebe nepovolenou rychlostí jízdy.

36. Úřad konstatuje, že v souladu s § 50 odst. 4 správního řádu hodnotil Úřad zadavatelem předložený znalecký posudek ze dne 27.4.2009 dle zásady volného hodnocení důkazů. K závěrům znaleckého posudku Úřad uvádí, že odpovědi na otázky č. 1 a č. 3. znaleckého posudku ze dne 27.4.2009 obsahují stručná a veskrze obecná tvrzení, která přímo nesouvisí s posouzením existence práv duševního vlastnictví k předmětným řídicím systémům, která by zadavatelé objektivně bránila zadat veřejnou zakázku jinému subjektu než společnosti Xanthus a.s. Odpověď na otázku č. 2 se k tomuto posouzení již vztahuje, nicméně tvrzení, že bez uvolnění autorských práv k řídicím systémům je není možné dále rozvíjet či upravovat, není v posudku jakkoli blíže odůvodněno (rozvedeno). Ze znaleckého posudku ze dne 27.4.2009 tak není možné seznat, na základě jakých konkrétních licenčních omezení není možné zadat veřejnou zakázku jinému subjektu. Nadto je třeba konstatovat, že ze znaleckého posudku ze dne 27.4.2009 vyplývá, že jeho zpracovatel, Václav Černý, je soudním znalcem v oboru elektronika, a jako takovému mu proto nepřísluší odborně posuzovat a hodnotit otázky právní týkající se ochrany autorských práv spol. Xanthus a.s.
37. Zpracovatel posudku dále uvádí, že „i po HW stránce je prakticky neproveditelná oprava (...) technologie bez její detailní znalosti a výrobních podkladů“. Úřad nezpochybňuje tvrzení zpracovatele posudku, že bez detailní znalosti dodané technologie a výrobních podkladů nemusí být možné (kvalitní a funkční) provedení opravy řídicích systémů. Nicméně tato skutečnost automaticky (sama o sobě) neznamená, že jediným subjektem disponujícím znalostmi řídicích systémů, může být pouze společnost Xanthus a.s., a tedy, že předmětnou veřejnou zakázku může z tohoto důvodu realizovat pouze Xanthus a.s.
38. Úřad konstatuje, že závěry znaleckého posudku ze dne 27.4.2009 mají charakter převážně obecných, konkrétními zjištěními nepodložených tvrzení. Znalecký posudek ze dne 27.4.2009 nelze vzhledem k výše uvedeným skutečnostem považovat za podklad, ze kterého by prokazatelně vyplývalo, že veřejná zakázka mohla být objektivně splněna pouze společností Xanthus a.s. Znalecký posudek ze dne 27.4.2009 proto není v přezkoumávaném případě *per se* způsobilý prokázat oprávněnost použití jednacích řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
39. Úřad konstatuje, že ani další písemnosti, jež zadavatel předložil Úřadu v rámci správního řízení (viz bod 16. tohoto rozhodnutí), a to ani část dokumentace o veřejné zakázce, neobsahují podklady, které by byly způsobilé průkazným způsobem odůvodnit zadání veřejné zakázky podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona z důvodu existence výhradních práv.
40. Úřad rovněž považuje za podstatné zdůraznit, že si od zadavatele usnesením č. j. ÚOHS-S42/2014/VZ-3526/2014/522/LKo ze dne 18.2.2014 výslovně vyžádal předložení originálu nebo úředně ověřené kopie licenční smlouvy (případně smluv) uzavřené

zadavatelem se společností Xanthus a.s, jejímž předmětem je určení licenčních podmínek k řídicím systémům. Zadavatel však Úřadu licenční smlouvu neposkytl, přestože oprávněnost použití jednacím řízení bez uveřejnění odůvodnil právě s ohledem na existující licenční omezení.

41. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel v rámci správního řízení Úřadu nepředložil dokumenty či jiné podklady, a to zejména licenční smlouvy k řídicím systémům, které by prokazovaly existenci autorských práv společnosti Xanthus a.s. k předmětným řídicím systémům a které by současně prokazovaly, že licenční podmínky k řídicím systémům byly nastaveny tak, že veřejná zakázka mohla být plněna pouze touto společností. Zadavatel tak Úřadu prokazatelným způsobem nedoložil, že byly naplněny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
42. Tvrzení zadavatele, že další podklady k zadání veřejné zakázky nemá k dispozici, neboť se jedná o starší dokumenty (až z r. 2005), nelze v předmětném případě zohlednit. Jak vyplývá z ust. § 155 odst. 1 zákona, zadavatel je povinen uchovávat dokumentaci o veřejné zakázce po dobu 5 let od uzavření smlouvy, její změny nebo od zrušení zadávacím řízení (nestanoví-li zvláštní právní předpis jinak). V předmětném případě byla smlouva na plnění veřejné zakázky uzavřena dne 28.8.2009, z čehož vyplývá, že lhůta pěti let od jejího uzavření dosud neuplynula. Zadavatel tak byl povinen veškeré dokumenty, a to včetně těch, které jej podle jeho názoru opravňovaly k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, po tuto minimální dobu archivovat a měl být tedy schopen tyto dokumenty Úřadu v rámci správního řízení předložit.
43. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž k tomu byly splněny podmínky nezbytné pro užití zadavatelem zvoleného druhu zadávacím řízení stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a zadal veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacím řízení, mohl obdržet více nabídek jiných dodavatelů, kteří zadavateli mohli nabídnout výhodnější podmínky.
44. Vzhledem k těmto skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K uložení sankce

45. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře s uchazečem smlouvu podle § 82 zákona.
46. V předmětném případě zadavatel nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž k tomu byly splněny podmínky nezbytné pro užití zadavatelem zvoleného druhu zadávacím řízení stanovené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu

se zákonem, mohl postupovat v jiném druhu zadávacího řízení, v němž by obdržel více nabídek, a mohl rozhodnout o výběru jiné nabídky jako nevhodnější.

47. Vzhledem k výše uvedenému a vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel již na plnění předmětné veřejné zakázky s vybraným uchazečem – spol. Xanthus, a.s. uzavřel dne 28.8.2009 Servisní smlouvu (podle § 82 zákona), naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
48. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm ne zahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
49. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o možném spáchání správního deliktu dozvěděl z podkladů doručených dne 21.11.2012 Úřadu stěžovatelem v rámci podaného podnětu k přezkoumání postupu zadavatele ve veřejné zakázce. V daném případě došlo ke spáchání správního deliktu dne 28.8.2009, kdy zadavatel uzavřel Servisní smlouvu. Správní řízení bylo zahájeno dne 20.1.2014. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za tento správní delikt nezanikla.
50. Za správní delikt se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) zákona.
51. Cena plnění veřejné zakázky dle článku V. odst. 1 a 2 Servisní smlouvy činí měsíční paušální platbu ve výši 1 300 000,- Kč bez DPH. Vzhledem k tomu, že Servisní smlouva byla uzavřena na dobu neurčitou, nelze v daném případě stanovit délku plnění, a tudíž ani celkovou cenu veřejné zakázky. Úřad konstatuje, že celková cena veřejné zakázky nebyla v přezkoumávaném případě s ohledem na výše uvedené skutečnosti nabídnuta, a proto horní hranice možné pokuty předmětné veřejné zakázky činí částku ve výši 10 000 000,- Kč.
52. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Po zvážení všech okolností šetřeného případu a přihlédnutí k výše uvedenému uvádí Úřad následující.
53. Z hlediska stupně závažnosti správního deliktu a závažnosti jeho následku vycházel Úřad především ze skutečnosti, že postup zadavatele zásadně narušil samotný princip zadávání veřejných zakázek, kterým je zajištění transparentní a řádné hospodářské soutěže při zachování konkurenčního prostředí mezi dodavateli a efektivní vynakládání veřejných prostředků.
- ~~54.~~ Zadavatel tím, že předmětnou veřejnou zakázku zadal neoprávněně v jednacím řízení bez uveřejnění, zamezil v účasti dalším potenciálním dodavatelům v zadávacím řízení, a zcela tak vyloučil soutěžní prostředí. Vybraný uchazeč – spol. Xanthus a.s. v důsledku postupu zadavatele nebyl vystaven žádné konkurenci. Uvedené porušení zákona mohlo mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů, kteří se mohli ucházet o veřejnou zakázku, neboť pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, nelze vyloučit, že by obdržel vyšší počet

nabídek jiných dodavatelů, kteří by mohli předložit ekonomicky výhodnější nabídky než spol. Xanthus a.s.

55. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu.
56. Úřad současně stanovil výši sankčního postihu tak, aby nedošlo k bagatelizaci následků za spáchání správního deliktu, neboť uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložením nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
57. S ohledem na výše uvedené se Úřad rozhodl uložit pokutu ve výši 600 000,- Kč tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Vzhledem k výši horní hranice zákonné sazby, podle které mohl Úřad uložit pokutu až 10 000 000,- Kč, Úřad posoudil stanovenou výši pokuty za dostačující a naplňující současně preventivní i represivní charakter uložení sankce.
58. Při určení výše pokuty vzal Úřad v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z výroční zprávy zadavatele za rok 2012 dostupné ze sbírky listin na webových stránkách <https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik> vyplývá, že hodnota aktiv zadavatele za rok 2012 (netto) činila 73 579 347 000,- Kč. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační, ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu zadavatele (a v tomto smyslu nespravedlivou).
59. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť již došlo k uzavření Servisní smlouvy na plnění veřejné zakázky, a nápravy tak nelze dosáhnout jiným způsobem než uložení sankce. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
60. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

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, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správním orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha

Vypraveno dne:

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