



UOHSX00CFW8B

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0079,81/2019/VZ-19891/2019/322/HSc

Brno 19. července 2019

V řízení o rozkladu ze dne 30. 4. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Dopravní společnost Ústeckého kraje**, příspěvková organizace, IČO 06231292, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem,

a současně o rozkladu ze dne 30. 4. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném vybraným dodavatelem –

- **ZLINER s. r. o.**, IČO 45479534, se sídlem tř. Tomáše Bati 283, 761 12 Zlín,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0032/2019/VZ-10763/2019/541/AHr ze dne 15. 4. 2019, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 17. 1. 2019 na návrh navrhovatele –

- **SOR Libchavy spol. s r. o.**, IČO 15030865, se sídlem Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy,

ve věci návrhu na uložení zákazu plnění rámcové dohody¹ na dodávky autobusů ze dne 3. 1. 2019 uzavřené zadavatelem – Dopravní společnost Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČO 06231292, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem – na základě jednacího řízení bez uveřejnění „**Nákup linkových autobusů pro regionální dopravu v oblasti Ústeckého kraje – částečně nízkopodlažní autobusy délky 10,5 m**“, zahájeného odesláním výzvy zadavatele k podání nabídky na sektorovou veřejnou zakázku ze dne 12. 12. 2018,

¹ která byla uveřejněna v registru smluv, viz: <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/7942287>

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

I.

Výrok I rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0032/2019/VZ-10763/2019/541/AHr ze dne 15. 4. 2019 podle § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

m ě n í m

tak, že tento nově zní:

Zadavateli – Dopravní společnost Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČO 06231292, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem – **se podle § 264 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů ukládá zákaz plnění rámcové dohody na dodávky autobusů uzavřené dne 3. 1. 2019** mezi citovaným zadavatelem a společností ZLINER s. r. o., IČO 45479534, tř. Tomáše Bati 283, 761 12 Zlín, v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Nákup linkových autobusů pro regionální dopravu v oblasti Ústeckého kraje – částečně nízkopodlažní autobusy délky 10,5 m“, zahájenou odesláním výzvy k podání nabídky na veřejnou zakázku ze dne 12. 12. 2018, **neboť uvedená rámcová dohoda byla uzavřena v rozporu s § 254 odst. 1 písm. a) citovaného zákona bez předchozího oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo předběžného oznámení, ačkoli byl zadavatel povinen toto oznámení nebo předběžné oznámení uveřejnit**, jelikož zadavatel uzavřel předmětnou rámcovou dohodu na základě jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 1 písm. a) zákona neoprávněně, neboť skutečnost, že v předchozím otevřeném řízení v části 1 „Rámcová dohoda na dodávku nejvýše 90 ks dvounápravových, částečně nízkopodlažních autobusů délky 10,5 m, včetně odbavovacího a informačního systému“ veřejné zakázky „Nákup linkových autobusů pro regionální dopravu v oblasti Ústeckého kraje“, jehož oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 12. 6. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 6. 2018 pod ev. č. Z2018-019426, ve znění opravy uveřejněné dne 20. 7. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 6. 2018 pod ev. č. 2018/S 112-254517, ve znění opravy uveřejněné dne 20. 7. 2018 pod ev. č. 2018/S 138-315218, nebyly podány žádné nabídky potenciálních dodavatelů, způsobil zadavatel svým nezákonným postupem, když v rámci zadávacích podmínek tohoto zadávacího řízení stanovil požadavek na minimální objem palivových nádrží 250 l v rozporu s § 36 odst. 1 citovaného zákona tak, že tyto zadávací podmínky vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

II.

Výrok II rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0032/2019/VZ-10763/2019/541/AHr ze dne 15. 4. 2019

p o t v r z u j i

a podané rozklady

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 17. 1. 2019 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „**zákon**“)² k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel návrh navrhovatele – SOR Libchavy spol. s r. o., IČO 15030865, se sídlem Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy (dále jen „**navrhovatel**“) na uložení zakazu plnění smlouvy dle § 254 odst. 1 písm. a) a b) zákona rámcové dohody na dodávky autobusů uzavřené dne 3. 1. 2019 (dále jen „**rámcová dohoda**“) mezi zadavatelem Dopravní společnost Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČO 06231292, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem (dále jen „**zadavatel**“) a vybraným dodavatelem společností ZLINER s. r. o., IČO 45479534, tř. Tomáše Bati 283, 761 12 Zlín (dále jen „**vybraný dodavatel**“), v zadávacím řízení zahájeném na základě jednacím řízení bez uveřejnění na veřejnou zakázku „Nákup linkových autobusů pro regionální dopravu v oblasti Ústeckého kraje – částečně nízkopodlažní autobusy délky 10,5 m“, zahájenou odesláním výzvy k podání nabídky na veřejnou zakázku ze dne 12. 12. 2018 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Navrhovatel v návrhu tvrdil, že zadání veřejné zakázky předcházelo otevřené řízení na veřejnou zakázku s názvem „Nákup linkových autobusů pro regionální dopravu v oblasti Ústeckého kraje“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 12. 6. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 6. 2018 pod ev. č. Z2018-019426, ve znění opravy uveřejněné dne 20. 7. 2018 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 14. 6. 2018 pod ev. č. 2018/S 112-254517, ve znění oprav uveřejněných dne 20. 7. 2018 (dále jen „**původní veřejná zakázka**“ nebo „**původní zadávací řízení**“). Navrhovatel dále uvádí, že považoval zadávací podmínky na původní veřejnou zakázku (dále jen „**původní zadávací podmínky**“) za nezákonné a zásadně narušující a omezující hospodářskou soutěž, v důsledku čehož mu bylo znemožněno účastnit se původního zadávacího řízení, a proto podal dne 1. 10. 2018 námitky proti zadávacím podmínkám (dále jen „**původní námitky**“), které zadavatel rozhodnutím o námitkách ze dne 15. 10. 2018 odmítl. Postup zadavatele napadl navrhovatel u Úřadu, dříve, než mohl Úřad v dané věci meritorně rozhodnout, rozhodl zadavatel o zrušení původního zadávacího řízení v části 1 a 2 původní veřejné zakázky, a Úřad proto dne 26. 11. 2018 přistoupil k zastavení správního řízení dle § 257 písm. g) zákona.
3. Navrhovatel se dne 3. 1. 2019 dozvěděl, že má být uzavřena rámcová dohoda, dne 11. 1. 2019 se pak z registru smluv dozvěděl, že předmětná rámcová dohoda byla uzavřena dne 3. 1. 2019. Navrhovatel je přesvědčen, že rámcová dohoda byla uzavřena až po podání námitek, které navrhovatel podal proti postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění dne 4. 1. 2019 a o nichž nebylo dosud rozhodnuto, tj. že rámcová dohoda byla uzavřena až dne 4. 1. 2019 a že byla v den podpisu antedatována.

² Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 63 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

4. Navrhovatel je rovněž přesvědčen, že zadavatel nebyl oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění na základě zrušení části 1 původního (otevřeného) zadávacího řízení z důvodu neobdržení žádné nabídky, neboť k tomuto stavu došlo následkem nezákonného, účelového a diskriminačního nastavení zadávacích podmínek. Navrhovatel k tomu dodává, že zadavatel nemůže těžit z nezákonně nastavených zadávacích podmínek. K tvrzené nezákonnosti původních zadávacích podmínek uvedl, že za diskriminační považuje požadavek na délku vozidla u autobusů délky 10,5 m stanovené rozmezím 9,9 až 11 m, kdy zadavatel současně požadoval minimálně 24 pevných sedadel, neboť je přesvědčen, že objektivním a odůvodnitelným požadavkem je v této souvislosti pouze obsaditelnost autobusu, nikoliv striktně stanovená délka. Navrhovatel rovněž považuje za diskriminační požadavek zadavatele na minimální šířku předních dveří autobusů 800 mm po celé výšce, přičemž připomíná, že se v původním zadávacím řízení dotazoval zadavatele, zda lze dodat přední dveře, které nejsou široké 800 mm po celé výšce, neboť jsou v horní části zkosené. Zadavatel k dotazu navrhovatele ve vysvětlení zadávací dokumentace pouze uvedl, že tento požadavek platí, avšak dle návrhu zadavatele určité zkosení dveří připustil. Z uvedeného dle navrhovatele vyplývá, že zadávací podmínka na minimální šířku předních dveří byla stanovena nejednoznačně. Navrhovatel je též přesvědčen, že požadavek zadavatele na kapacitu akumulátorových baterií minimálně 225 Ah je zjevně diskriminační, naprosto neodůvodnitelný, a zároveň může vést k eliminaci navrhovatele a k bezdůvodnému omezení hospodářské soutěže. Kapacita baterie dle jeho názoru nijak nevypovídá o schopnosti napájet všechny elektronické systémy vozidla, záleží na jejich spotřebě a dimenzování výrobcem. Navrhovatel brojil původními námitkami a původním návrhem taktéž proti požadavku zadavatele na objem palivové nádrže předmětných autobusů minimálně 250 l, když dle jeho názoru tento objem nic nevypovídá o možném dojezdu vozidla, který závisí na spotřebě.
5. Za neodůvodněně diskriminační považuje navrhovatel také požadavek zadavatele na řešení zabarvení předního stropního osvětlení autobusu, navrhovatel uvádí, že zadavatel pochybil, když v zadávací dokumentaci požadoval dodání také odbavovacího a informačního systému bez dostatečné specifikace. Za diskriminační a bezdůvodně omezující hospodářskou soutěž považuje navrhovatel rovněž zadávací podmínku spočívající v právu zadavatele provádět kontrolní měření spotřeby dle metodiky UITP SORT cyklus 3, v posledním znění a při překročení průměrné spotřeby uvedené v nabídce o více než 1 % ukládat sankce.
6. Navrhovatel poukazoval i na nemožnost postupu dle § 63 odst. 1 zákona, neboť dle jeho názoru muselo dojít k podstatné změně zadávacích podmínek oproti původnímu zadávacímu řízení, když do původního zadávacího řízení se nepřihlásil žádný uchazeč. Navrhovatel uvádí, že i přes neoslovení zadavatelem v jednacím řízení bez uveřejnění poslal zadavateli svou nabídku, jejíž cena je výrazně nižší, než nabídková cena vybraného dodavatele.

II. Napadené rozhodnutí

7. Dne 15. 4. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0032/2019/VZ-10763/2019/541/AHr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
8. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavateli se podle § 264 odst. 1 zákona ukládá zákaz plnění rámcové dohody uzavřené dne 3. 1. 2019 mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, neboť uvedená rámcová

dohoda byla uzavřena v rozporu s § 254 odst. 1 písm. a) citovaného zákona bez předchozího oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo předběžného oznámení, ačkoli byl zadavatel povinen toto oznámení nebo předběžné oznámení uveřejnit, jelikož zadavatel uzavřel předmětnou rámcovou dohodu na základě jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 1 písm. a) zákona neoprávněně, neboť skutečnost, že v původním zadávacím řízení v části 1 nebyly podány žádné nabídky potenciálních dodavatelů, způsobil zadavatel svým nezákonným postupem, když v rámci zadávacích podmínek tohoto zadávacího řízení stanovil požadavek na minimální délku předmětu plnění – částečně nízkopodlažní autobusy délky 10,5 m, požadavek na minimální šířku dveří autobusů 800 mm, minimální objem palivových nádrží 250 l a minimální kapacitu akumulátorových baterií 225 Ah v rozporu s § 36 odst. 1 citovaného zákona tak, že tyto zadávací podmínky vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

9. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
10. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejdříve zabývá podmínkami použití jednacího řízení bez uveřejnění, kdy shledává nutnost naplnění mimo formálních podmínek také podmínky materiální, tj. zda důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění nebyly vytvořeny zaviněným jednáním zadavatele, v posuzovaném případě nezákonným nastavením původních zadávacích podmínek. Úřad v této souvislosti poukazuje na skutečnost, že navrhovatel podal proti původním zadávacím podmínkám námitky, v nichž poukazoval na diskriminační a neodůvodněné nastavení některých parametrů, jako byla mimo jiné přesně stanovená délka autobusu, šířka vstupních dveří, objem palivové nádrže a kapacita akumulátorů, tyto námitky byly zadavatelem odmítnuty. S ohledem na zrušení původního zadávacího řízení došlo i k zastavení řízení před Úřadem, které bylo vedeno za účelem přezkoumání zadavatelova rozhodnutí o námitkách.
11. Úřad následně dospěl k závěru, že formální podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění byly splněny, když zadavatel neobdržel v původním zadávacím řízení žádnou nabídku a zadávací podmínky nezměnil. U některých dodavatelů následně zadavatel zjišťoval důvody nepodání nabídky a bylo mu sděleno, že tyto důvody jsou kapacitní. Zadavatel však dle Úřadu nepřihlédl ke skutečnosti, že proti původním zadávacím podmínkám byly podány i námitky. Konstatoval, že naplnění materiální podmínky vedení jednacího řízení bez uveřejnění nemůže být tam, kde zadavatel neobdržel žádné nabídky v původním zadávacím řízení z důvodu nezákonně nastavených zadávacích podmínek. Úřad v této souvislosti odkazuje na závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53.
12. Úřad tak přistoupil k posouzení původních zadávacích podmínek a upozornil, že veškeré požadavky zadavatele musí vždy vycházet z objektivně zdůvodnitelných potřeb zadavatele a nesmí být stanoveny zjevně nepřiměřeně ve vztahu k předmětu plnění. Zadávací podmínky rovněž nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Ačkoliv navrhovatel brojil proti řadě požadovaných parametrů na předmět veřejné zakázky, přistoupil Úřad z důvodu procesní ekonomie k posouzení pouze 4 z nich.

13. K požadované délce vozidla, kterou zadavatel stanovil v rozsahu 9,9 až 11 m spolu s požadavkem na minimálně 24 pevných sedadel a s odůvodněním, že vychází ze svých potřeb a zkušeností s ohledem na využití autobusů a uživatelský komfort cestujících Úřad uvedl, že takové zdůvodnění nelze považovat za odpovídající konkrétním potřebám zadavatele. Odkázal na jiné případy, kdy byla délka vozidel odůvodněna např. velikostí garáží nebo nutností projet úzkými uličkami a konstatoval, že komfort cestujících není přímo závislý na délce autobusu.
14. Zadavatel dle názoru Úřadu dostatečně neodůvodnil ani požadavek na minimální šířku předních dveří zejména ve spojení se skutečností, že zadavatel měl odmítnout případné zkosení předních dveří v horní části, aniž by vysvětlil, jaký toto zkosení může mít vliv na komfort nastupujících osob. Úřad poukázal na skutečnost, že se na trhu běžně vyskytují autobusy se zkosením předních dveří v horní části, proto požadavek zadavatele působí diskriminačně. Odůvodnění zadavatele nástupem kočárků a invalidních osob Úřad odmítl s tím, že toto odůvodnění se vztahuje k druhým dveřím o šířce 1200 mm.
15. Požadavek na minimální objem palivové nádrže zadavatel dle názoru Úřadu neodůvodnil žádným relevantním výpočtem vztahujícím se např. k předpokládanému nájezdu vozidel, srovnáním s provozem v předchozích letech apod. Konstatoval, že objem palivové nádrže není samostatně dostatečně vypovídajícím faktorem pro určení kilometrového dojezdu. Odůvodnění zadavatele, dle kterého chtěl zajistit možnost provozu po dobu i více dní posoudil Úřad jako neurčitě.
16. Dle názoru Úřadu zadavatel ani konkrétně a objektivně neodůvodnil svůj požadavek na minimální kapacitu akumulátorových baterií v rozsahu 225 Ah, když jeho proklamace nutnosti zajištění bezproblémového provozu všech elektrických zařízení ve vozidle není založena na žádných objektivních technických parametrech nebo matematických výpočtech.
17. Úřad tak dospěl k závěru, že nastavení zadávacích podmínek původního zadávacího řízení bylo rozporné se zákonem, když jím byly vytvořeny bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Z důvodu procesní ekonomie pak považoval Úřad za nadbytečné zabývat se i dalšími námitkami navrhovatele ve vztahu k nastavení původních zadávacích podmínek. Úřad tak uzavřel, že nebyla naplněna materiální podmínka pro použití jednacích řízení bez uveřejnění.
18. Úřad dále zvážil, zda existují důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem, které by ve smyslu § 264 odst. 3 nebo 4 zákona vyžadovaly pokračování plnění rámcové dohody. Zadavatel v této souvislosti tvrdil, že nedodáním potřebného množství autobusů bude výrazně ohrožena dopravní obslužnost Ústeckého kraje. K dotazu Úřadu zadavatel sdělil, že v současné době zajišťuje dopravní obslužnost pronajatými vozidly, které užívá na základě nájemních smluv sjednaných na dobu určitou do 2. poloviny r. 2019 s určitou možností prodloužení nájmu. Úřad tak konstatoval, že vzhledem k možnostem prodloužení nájemních smluv bude zadavatel schopen prostřednictvím pronajatých vozidel zajistit dopravní obslužnost i do budoucna, ohrožení veřejného zájmu tak neshledal.
19. Úřad se nezabýval návrhem na uložení zákazu plnění rámcové dohody dle § 254 odst. 1 písm. b) zákona z důvodu údajného uzavření rámcové dohody až po podání námitek, které navrhovatel podal proti postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění dne 4. 1. 2019 a o nichž nebylo dosud rozhodnuto, tj. po dni 4. 1. 2019 a jejího následného antedatování a to s ohledem na nadbytečnost dle zásady procesní ekonomie. Současně označil Úřad

za nadbytečné požadované provedení kontroly v sídle zadavatele za účelem zajištění „návštěvní knihy“, kterou by mělo být prokázáno skutečné datum uzavření rámcové dohody, když konstatoval, že v šetřeném případě dostatečně zjistil skutkový stav.

20. K otázce naplnění důvodů pro zastavení řízení dle § 257 písm. I zákona Úřad sdělil, že toto ustanovení je v případě rámcové smlouvy aplikovatelné pouze za situace, kdy již byl splněn faktický závazek plynoucí z navazující kupní smlouvy. Opačný výklad by připouštěl obcházení zákona. S ohledem na skutečnost, že závazek z kupní smlouvy uzavřené dne 16. 1. 2019 dosud nebyl splněn s ohledem na termíny dodání předmětných autobusů, nelze uvedené ustanovení aplikovat.

III. Rozklad zadavatele

21. Dne 30. 4. 2019 podal zadavatel proti napadenému rozhodnutí rozklad, který Úřad obdržel téhož dne. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 15. 4. 2019, rozklad byl podán v zákonem stanovené lhůtě.
22. Rozklad zadavatele směřuje proti napadenému rozhodnutí v celém rozsahu z důvodu jeho nesprávnosti, nezákonnosti a nepřezkoumatelnosti. Zadavatel uvádí, že závěry Úřadu o údajné diskriminaci navrhovatele nemají základ ve zjištěném skutkovém stavu, a že Úřad v podstatě ignoroval veškeré důkazy svědčící o opaku, a to například důkazy, z nichž plyne, že autobusy dodávané navrhovatelem nejen splňují, ale v řadě parametrů též výrazně překračují kvalitativní parametry požadované zadavatelem v jednacím řízení bez uveřejnění a v předchozím otevřeném zadávacím řízení, a to včetně těch požadavků, které navrhovatel označoval za diskriminační (minimální šířka předních dveří, minimální kapacita baterie, minimální objem palivové nádrže). Zadavatel dále uvádí, že závěr Úřadu ohledně údajné diskriminace navrhovatele, dodavatele CENTRA DOPRAVNÍCH SLUŽEB a. s. (dále jen „CDS“) či jiných potenciálních dodavatelů je čistě spekulativní povahy.
23. Zadavatel dále uvádí, že výše uvedené závěry Úřadu neobstojí ani s ohledem na to, že navrhovatel předložil dne 9. 1. 2019 zadavateli konkrétní cenovou nabídku na dodávku 90 autobusů délky 10,5 m, která byla zpracována na základě informací z původního zadávacího řízení, a neobsahovala žádné výhrady k technickým požadavkům zadavatele. Z právě uvedeného dle zadavatele vyplývá, že navrhovatel byl prokazatelně schopen a nakonec i podal nabídku za podmínek stanovených v původním (otevřeném) zadávacím řízení, a že jakákoli skutečná či hrozící újma způsobena nastavením původních zadávacích podmínek byla na straně navrhovatele v původním (otevřeném) zadávacím řízení vyloučena. K dodavateli CDS zadavatel uvádí, že tento dodavatel nenapadal žádnou z původních zadávacích podmínek, které Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí označil za nezákonnou, protože nelze tvrdit, že původní zadávací podmínky dodavatele CDS reálně omezovaly v možnosti účasti v zadávacím řízení.
24. Za nepodložené a nesprávné považuje zadavatel též závěry Úřadu o nepřiměřenosti vytýkaných zadávacích podmínek, neboť skutečnost, že navrhovatel má ve své nabídce autobusy vyhovující požadavkům zadavatele v původním zadávacím řízení, svědčí naopak o jejich přiměřenosti. Zadavatel je též přesvědčen, že Úřad správně neposoudil ani jednotlivé vytýkané požadavky zadavatele, v důsledku čehož je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné. Úřad dle zadavatele na posuzovaný případ mechanicky aplikoval závěry

svých předchozích rozhodnutí odrážejících situaci, kdy byl zadávací podmínky objektivně schopen splnit pouze jediný dodavatel, tedy situaci odlišnou od posuzovaného případu, kdy zadavatel pro všechny vytýkané podmínky předložil legitimní odůvodnění ve vztahu ke svým objektivním potřebám.

25. Zjevně nepřiměřené jsou dle zadavatele požadavky Úřadu na odborné zdůvodnění „matematickým vzorcem či výpočtem“ každé vytýkané zadávací podmínky. K části výroku I napadeného rozhodnutí, kde Úřad uvedl, že zadavatel vytvořil podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění svým „zaviněným jednáním,“ uvádí zadavatel, že zákon žádnou „materiální podmínku“ ve výše uvedeném smyslu nestanoví, a že se tedy ze strany Úřadu jedná o extenzivní výklad zákona v rozporu s jeho výslovným zněním v neprospěch zadavatele. Zadavatel připomíná, že po zrušení původního zadávacím řízení uskutečnil průzkum trhu, v němž vyšlo najevo, že dodavatelé Zliner, Scania a Solaris nepodalí nabídku na část původního zadávacím řízení odpovídající šetřené veřejné zakázce z kapacitních důvodů, což nelze klást k tíži zadavatele, stejně jako neobdržení nabídek v původním (otevřeném) zadávacím řízení nelze klást do příčinné souvislosti s nastavením původních zadávacích podmínek, resp. taková souvislost nebyla Úřadem prokázána.
26. Zadavatel dále uvádí, že v předmětném správním řízení byl dán důvod pro zastavení tohoto řízení dle § 257 písm. l) zákona, neboť závazek vyplývající z rámcové dohody na dodávku autobusů ze dne 3. 1. 2019 byl splněn již uzavřením kupní smlouvy dne 16. 1. 2019, avšak Úřad v napadeném rozhodnutí contra legem uvedl, že citované rozhodnutí je v případě rámcové dohody aplikovatelné až po splnění faktického závazku plynoucího z navazující kupní smlouvy, neboť v opačném případě by mohlo docházet k obcházení zákona. Zadavatel dále uvádí, že v posuzovaném případě jsou dány důvody zvláštního zřetele hodné spojené s veřejným zájmem odůvodňující pokračování plnění rámcové dohody nebo alespoň odložení zakazu jejího plnění ve smyslu § 264 odst. 3 zákona, a že se Úřad příslušnými argumenty zadavatele v napadeném rozhodnutí „prakticky vůbec nezabýval,“ přičemž dospěl k závěrům, které jsou věcně nesprávné a nemají oporu ve skutkovém stavu.

Závěr rozkladu zadavatele

27. Zadavatel závěrem navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Vyjádření vybraného dodavatele k rozkladu zadavatele

28. Dne 13. 5. 2019 obdržel Úřad vyjádření vybraného dodavatele k rozkladu, ve kterém vybraný dodavatel vyjádřil souhlas se skutečnostmi uvedenými v rozkladu zadavatele.

V. Vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele

29. Dne 10. 5. 2019 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k rozkladu z téhož dne. K porušení zakazu uzavřít smlouvu v jednacím řízení bez uveřejnění navrhovatel uvádí, že považuje napadené rozhodnutí za správné a zákonné, že Úřad v napadeném rozhodnutí správně posoudil skutkový stav věci, přezkoumatelně odůvodnil své právní závěry a dostatečně se vypořádal s tvrzeními zadavatele. Navrhovatel se tedy zcela ztotožňuje se závěrem Úřadu, že zadavatel nenaplnil všechny podmínky pro zákonné užití jednacím řízení bez uveřejnění,

a to z důvodu nezákonnosti původních zadávacích podmínek a rovněž z důvodu uzavření rámcové dohody až po podání námitek proti volbě druhu zadávacího řízení.

30. K nastavení zadávacích podmínek navrhovatel uvádí, že v souladu s § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky nastaveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodně překážky hospodářské soutěže. Navrhovatel dodává, že zadavatel je sice oprávněn nastavit zadávací podmínky takovým způsobem, aby vyhovovaly jeho potřebám, avšak musí je být schopen odůvodnit svou konkrétní, racionální potřebou. V této souvislosti odkazuje navrhovatel na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0372/2018/VZ-31074/2018/533/HKu ze dne 24. 10. 2018, přičemž uvádí, že zadávací podmínky musí být vzhledem k předmětu veřejné zakázky přiměřené a objektivní a nesmí bezdůvodně omezovat hospodářskou soutěž, a zadavatel současně musí být schopen stanovené zadávací podmínky objektivním způsobem odůvodnit, což v posuzovaném případě neučinil.
31. V návaznosti na výše uvedené navrhovatel konstatuje, že ačkoli zadavatel, jakož i vybraný dodavatel, ve svých rozkladech opakovaně označují požadavky zadavatele za obvyklé a na trhu standardní, nevyplývá z těchto tvrzení zadavatele a vybraného dodavatele odpověď na otázku, jak zadavatel dospěl právě ke stanoveným zadávacím podmínkám, neboť pokud zadavatel stanoví přesný objem palivové nádrže, délku karosérie nebo kapacitu baterie přesným číslem, pak k tomuto číslu musel dospět „nějakou“ racionální úvahou, potažmo výpočtem. Z vyjádření zadavatele pak dle navrhovatele vyplývá, že zadavatel pojmem „průzkum trhu“, kterým dokládá své tvrzení ohledně obvyklosti výše uvedených parametrů, míní provedené předběžné tržní konzultace, v jejichž rámci oslovil pouze tři dodavatele vyskytující se na relevantním trhu.
32. V otázce požadované délky vozidla zadavatel i vybraný dodavatel v této souvislosti dle navrhovatele zužují svou argumentaci toliko na tvrzení, že navrhovatel disponuje vozidlem s délkou odpovídající požadavkům zadavatele, proto nemůže být příslušnou zadávací podmínkou diskriminován, a nesvědčí mu ani aktivní legitimace k podání námitek, čímž dle navrhovatele ignorují skutečnost, že navrhovatel je schopen splnit požadavky zadavatele na obsaditelnost a komfort cestujících i kratším vozidlem, a že v případě vozidla délky odpovídající požadavkům zadavatele by se nabídka navrhovatele stala méně ekonomicky výhodnou a tudíž méně konkurenceschopnou. K požadované šířce předních dveří vozidel navrhovatel nad rámec skutečností uváděných v průběhu správního řízení vedeného pod sp. zn. S0032/2019/VZ uvádí, že zadavatel v dané věci argumentuje tím, že navrhovatel požadavku na minimální šířku dveří vyhověl v jiném zadávacím řízení, v němž se však jednalo o pořízení městských autobusů, zatímco v posuzovaném případě zadavatel optává autobusy meziměstské, tedy vozidla zcela odlišné konstrukce.
33. K požadovanému objemu palivové nádrže navrhovatel shodně s napadeným rozhodnutím uvádí, že ani tento požadavek nebyl zadavatelem dostatečně objektivně odůvodněn, a dodává, že zadavatel ani nezdůvodnil, proč je rozdíl mezi požadovaným objemem palivové nádrže vozidel (250 l) a objemem palivové nádrže vozidel nabízených navrhovatelem (230 l) pro předmět veřejné zakázky tak zásadní, aby odůvodňoval omezení hospodářské soutěže. I pokud navrhovatel disponuje vozidlem s požadovaným objemem nádrže, byla by taková jeho nabídka méně ekonomicky výhodnou a tudíž méně konkurenceschopnou. I tento

požadavek zadavatele postrádá odůvodnění jeho objektivními potřebami, a to mj. s ohledem na skutečnost, že různá vozidla mohou mít různou spotřebu pohonných hmot.

34. Ohledně požadované kapacity akumulátorových baterií poptávaných vozidel se navrhovatel ztotožňuje s příslušnými závěry Úřadu, přičemž dodává, že tvrzení zadavatele v rozkladu, že Úřad po něm požaduje „vědeckou studii“ či „matematický výpočet“ pro odůvodnění každého jednotlivého požadavku, je hrubě nepřiměřené, manipulativní a irelevantní, neboť po zadavateli je požadováno toliko racionální a věcné zdůvodnění. K tvrzení zadavatele a vybraného dodavatele, že akumulátorové baterie je bagatelní položka, uvádí navrhovatel, že baterie je dimenzována dle vnitřního elektrického vybavení vozidla, a že je tedy součástí komplexu technických specifikací vozidla, se kterými toto vozidlo prošlo homologací, přičemž jakákoli změna může změnit celkové specifikace, dle kterých byla homologace udělena, a může být tak fatální pro další způsobilost předmětného vozidla.
35. K argumentaci zadavatele a vybraného dodavatele indikativní nabídkou navrhovatele ze dne 9. 1. 2019 navrhovatel uvádí, že tato nabídka, předložená v rozsahu jednoho listu A4, byla vyjádřením zájmu o realizaci předmětu plnění, avšak pouze za zákonných, tedy nediskriminačních, zadávacích podmínek. Tato indikativní nabídka se proto nemohla stát podkladem rozhodnutí ani být Úřadem provedena jako důkaz.
36. Navrhovatel dále v souladu se závěry napadeného rozhodnutí konstatuje, že v dané věci nejsou dány žádné důvody zvláštního zřetele hodné, které by dle § 264 odst. 3 zákona odůvodňovaly odložení zakazu plnění rámcové dohody ze dne 3. 1. 2019, případně jeho neuložení, neboť je přesvědčen, že zadavatel je schopen zajistit dopravní obslužnost v daném regionu i jiným způsobem než realizací předmětu plnění veřejné zakázky. Závěrem svého vyjádření navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zadavatele v celém rozsahu zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

VI. Rozklad vybraného dodavatele

37. Proti napadenému rozhodnutí podal vybraný dodavatel rozklad ze dne 30. 4. 2019, který Úřad obdržel téhož dne. Napadené rozhodnutí bylo vybranému dodavateli doručeno dne 15. 4. 2019, rozklad byl podán v zákonem stanovené lhůtě.
38. Rozklad vybraného dodavatele směřuje proti napadenému rozhodnutí v celém rozsahu z důvodu jeho nesprávnosti a nezákonnosti. Vybraný dodavatel uvádí, že požadavky zadavatele na předmět plnění všech čtyř částí původní veřejné zakázky nebyly nesplnitelné či příliš složité, a že například zadavatelem požadované akumulátorové baterie, stejně jako požadované palivové nádrže, jsou relativně běžným a levným komponentem, který lze přizpůsobit požadavkům zadavatele. V této souvislosti vybraný dodavatel podotýká, že navrhovatel na jaře roku 2018 dodal vybranému dodavateli autobusy disponující mj. akumulátorovými bateriemi o kapacitě 225 Ah, z čehož usuzuje, že požadavky zadavatele nemohly být pro navrhovatele diskriminační. O skutečnosti, že požadavky zadavatele nejsou diskriminační, svědčí dle vybraného dodavatele též všeobecný trend ve výrobě autobusů, kterým je zvyšování komfortu cestujících. Navrhovatel sám nabízí autobusy v požadované délce disponující palivovou nádrží o požadovaném objemu. Návrh a další tvrzení navrhovatele jsou dle vybraného dodavatele zcela účelová, přičemž vybraný dodavatel má za to, že Úřad tato tvrzení nekriticky převzal. Závěrem vybraný dodavatel navrhuje,

aby předseda Úřadu změnil napadené rozhodnutí tak, že by návrh navrhovatele zamítl. Vybraný dodavatel též poukazuje na § 257 odst. 1) zákona, přičemž má za to, že v dané věci jsou dány důvody pro zastavení předmětného správního řízení.

Závěr rozkladu vybraného dodavatele

39. Závěrem zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu návrh navrhovatele zamítl a správní řízení zastavil.

VII. Vyjádření navrhovatele k rozkladu vybraného dodavatele

40. Dne 10. 5. 2019 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k rozkladu vybraného dodavatele z téhož dne, jehož argumentace je totožná s vyjádřením k rozkladu zadavatele.

VIII. Vyjádření zadavatele k rozkladu vybraného dodavatele

41. Dne 8. 5. 2019 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 7. 5. 2019 k rozkladu vybraného dodavatele. Zadavatel uvádí, že se s rozkladem vybraného dodavatele zcela ztotožňuje a navrhuje, aby předseda Úřadu návrh navrhovatele zamítl a správní řízení zastavil.

IX. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

43. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
44. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl výrokem I tak, že zadavateli uložil zákaz plnění rámcové dohody uzavřené mezi ním a vybraným dodavatelem v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, neboť uvedená rámcová dohoda byla uzavřena v rozporu s § 254 odst. 1 písm. a) zákona, jelikož zadavatel uzavřel předmětnou rámcovou dohodu na základě jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 1 písm. a) zákona neoprávněně, neboť skutečnost, že v původním zadávacím řízení nebyly podány žádné nabídky potenciálních dodavatelů, způsobil zadavatel svým nezákonným postupem, když v rámci zadávacích podmínek původního zadávacího řízení stanovil požadavek na minimální délku předmětu plnění – částečně nízkopodlažní autobusy délky 10,5 m, požadavek na minimální šířku dveří autobusů 800 mm a minimální objem palivových nádrží 250 l a minimální kapacitu akumulátorových baterií 225 Ah v rozporu s § 36 odst. 1 citovaného zákona tak, že tyto zadávací podmínky vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, se dopustil nesprávného hodnocení ve věci požadavků na minimální délku předmětu plnění – částečně nízkopodlažní autobusy délky 10,5 m, na minimální šířku dveří autobusů 800 mm a minimální kapacitu akumulátorových baterií 225 Ah, správně však vyhodnotil stanovení požadavku

na minimální objem palivových nádrží 250 l. Z tohoto důvodu jsem přistoupil k částečné změně výroku I, avšak nikoliv ke změně uložení zákazu plnění rámcové dohody.

45. Dále Úřad tím, že výrokem II napadeného rozhodnutí uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
46. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke změně výroku I napadeného rozhodnutí a dále k potvrzení výroku II napadeného rozhodnutí a proč jsem nepřistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.

X. K námitkám rozkladu

K provedení změny výroku I napadeného rozhodnutí

47. Podle § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží; tímto ustanovením není dotčeno právo na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem.
48. Podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část změnit; změnu nelze provést, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se; podle § 36 odst. 3 se postupuje, pouze pokud jde o podklady rozhodnutí nově pořízené odvolacím správním orgánem; je-li to zapotřebí k odstranění vad odůvodnění, změnit odvolací správní orgán rozhodnutí v části odůvodnění; odvolací správní orgán nemůže svým rozhodnutím změnit rozhodnutí orgánu územního samosprávného celku vydané v samostatné působnosti.
49. Výše uvedené ustanovení správního řádu umožňuje odvolacímu správnímu orgánu provést změnu rozhodnutí vydaného I stupněm za situace, kdy dospěje k závěru, že je napadené rozhodnutí v rozporu s právními předpisy nebo je nesprávné, tedy pokud po přezkoumání napadeného rozhodnutí dospěje k odlišnému právnímu závěru s ohledem na skutková zjištění obsažená ve správním spisu či zjištěná v průběhu odvolacího řízení. Za těchto podmínek je oprávněn změnit napadené rozhodnutí tak, že celé výroky či jejich část nahradí vlastním rozhodnutím. Je však nutno poznamenat, že ke změně není odvolací správní orgán oprávněn přistoupit kdykoliv, neboť je v této možnosti omezen. Například tak nemůže dojít ke změně napadeného rozhodnutí za situace, kdy by byla účastníku řízení odňata možnost odvolat se proti změně rozhodnutí. K této problematice se obdobně vyjadřuje i odborná literatura, např. publikace Jemelka, L., Pondělíčková, K., Bohadlo, D.: Správní řád. Komentář. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 503 a násl. k § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu: *"Odvolací orgán tak nahradí některé výroky či celou výrokovou část svým rozhodnutím, vycházející z odlišného právního názoru na skutková zjištění obsažená v předloženém spisovém materiálu či doplněná odvolacím orgánem. Jak je již uvedeno výše, změna rozhodnutí by měla být odvolacím orgánem preferována před zrušením rozhodnutí a vrácením věci k novému projednání, pokud jsou k tomu splněny zákonné předpoklady.*

Pokud správní orgán změní jen část napadeného rozhodnutí, musí je ve zbytku potvrdit dle odstavce 5 věty druhé tohoto ustanovení a nemůže například konstatovat, že další části rozhodnutí ponechává beze změny. Omezující podmínkou, kdy změnu nelze provést, je situace, kdy by změnou rozhodnutí některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se. Toto omezení zabraňuje tzv. překvapivým rozhodnutím, kdy by například odvolací správní orgán rozšířil sankční řízení na další skutkové podstaty správních deliktů, neboť proti „přidaným“ skutkovým podstatám správních deliktů by již účastník neměl možnost podat odvolání, což je v rozporu se zásadou dvojinstančnosti správního řízení. Vyloučeno ovšem není například upřesnění napadeného výroku rozhodnutí, jehož obsah zůstává v kontextu jeho odůvodnění nezměněn (srov. např. NSS 8 As 6/2013)."

50. Jelikož jsem z níže uvedených důvodů dospěl k závěru, že byly splněny podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí v jeho výroku I a pro změnu v odpovídající části odůvodnění napadeného rozhodnutí, je třeba současně vypořádat otázku, zda změnou napadeného rozhodnutí nemůže být účastníkům řízení způsobena újma spočívající v tom, že by jim byla odňata možnost podat proti takové změně odvolání, případně zda se nejedná o tzv. překvapivé rozhodnutí. Taková situace však v daném případě nastala, když jsem ke změně napadeného rozhodnutí přistoupil na základě akceptace některých námitek rozkladu, které byly podány jak zadavatelem, tak vybraným dodavatelem a navrhovatel se k nim ve svém vyjádření podrobně vymezil. Nelze tak označit uvedené rozhodnutí za překvapivé, když v plném rozsahu reaguje na dosavadní stav řízení, stav dokazování, existující procesní situaci a uplatněné právní námítky (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 7. 2007, č. j. 8 Afs 59/2005-83).

K použití jednacího řízení bez uveřejnění

51. Podle § 63 odst. 1 písm. a) zákona zadavatel může použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud podstatně nezměnil zadávací podmínky oproti předchozímu otevřenému řízení, užšímu řízení nebo zjednodušenému podlimitnímu řízení, v němž nebyly podány žádné nabídky nebo žádosti o účast.
52. V otázce použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 1 písm. a) zákona konstatuji, že se plně ztotožňuji se závěry napadeného rozhodnutí obsaženými v jeho bodě 142 – 178, na které lze v plném rozsahu odkázat.
53. Jestliže je namítáno, že výklad ustanovení § 63 odst. 1 písm. a) zákona, z něhož Úřad dovozuje nutnost existence materiální podmínky použití zadávacího řízení, je nepřiměřeně extenzivní, lze v této souvislosti uvést, že naopak uvedený výklad zcela odpovídá smyslu a účelu předmětného ustanovení. Je nutno připomenout, že jednací řízení bez uveřejnění je takový druh zadávacího řízení, který svou povahou představuje výjimečný postup zadavatele, jež je zadavatel oprávněn užít pouze za předpokladu, že naplní zákonem taxativně vymezené podmínky. V případě postupu dle § 63 odst. 1 písm. a) zákona je předpokládáno konání předchozího otevřeného řízení, užšího řízení nebo zjednodušeného podlimitního řízení. Následný postup v jednacím řízení bez uveřejnění je pak dle písm. a) předmětného ustanovení možný pouze v případě, že předchozí zadávací řízení nepřineslo zadavateli žádnou nabídku. Jelikož zákon hovoří o určitém druhu předchozího zadávacího řízení, předpokládá se, že toto samotné původní zadávací řízení proběhlo v souladu se zákonem a odpovídá tak zákonné definici jednoho z konkrétních druhů zadávacích řízení

a důvodem, proč zadavatel neobdržel žádnou nabídku, je objektivně pouze nezáměr případných dodavatelů se o veřejnou zakázku ucházet. Pokud tedy existuje i jiný důvod, proč zadavatel neobdržel žádnou nabídku, než pouze nezáměr dodavatelů, v konkrétním případě tedy skutečnost, že zadávací podmínky byly nastaveny v rozporu s § 36 odst. 1 zákona, jak bude dále odůvodněno, není postup zadavatele dle § 63 odst. 1 písm. a) zákona v souladu s účelem tohoto ustanovení. Absentuje tak současně materiální podmínka použití jednacímho řízení bez uveřejnění, když zadavatel, byť případně i jen částečně, zavinil absenci jakékoliv nabídky v původním zadávacím řízení.

54. Odkaz napadeného rozhodnutí na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 101/2004 ze dne 26. 9. 2005 je v daném případě přílehlavý pouze analogicky, odkázat lze však například i na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0304/2018/VZ-25884/2018/511/THI ze dne 4. 9. 2018, ve kterém nebylo připuštěno konání jednacímho řízení bez uveřejnění poté, co předchozí soutěž o návrh nebyla zveřejněna v souladu se zákonem. Je tedy nutno vycházet ze závěru, že jednacím řízení bez uveřejnění lze použít pouze v takovém případě, kdy původním zákonem předvídaný postup zadavatele nemohl v důsledku zadavatelova pochybení následný výsledek jednacímho řízení bez uveřejnění ovlivnit, tedy za existence objektivních důvodů pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění. Judikatura obecně přistupuje k použití jednacímho řízení bez uveřejnění restriktivně a je zcela vyloučeno, aby zadavatel těžil ze svého předchozího nezákonného postupu.
55. Úřad tak v daném případě správně přistoupil k posouzení postupu zadavatele v přechozím zadávacím řízení, v němž byly ze strany navrhovatele podány proti zadávacím podmínkám námítky, které po odmítnutí ze strany zadavatele projednával Úřad, avšak řízení bylo z důvodu zrušení zadávacímho řízení zastaveno. Už tento stav mohl zadavateli přinést pochybnosti o oprávněnosti postupu dle § 63 odst. 1 písm. a) zákona, jak správně konstatuje Úřad v bodu 175 napadeného rozhodnutí. Pokud pak Úřad dospěl k závěru, že v původním zadávacím řízení byly zadávací podmínky nastaveny diskriminačně, je jeho úvaha o nemožnosti využití jednacímho řízení bez uveřejnění správná, neboť se navrhovateli dostalo v podstatě totožné ochrany, jakou by obdržel v případě, že by v původním otevřeném řízení byla nabídka některým z uchazečů podána.
56. Jestliže je v souvislosti s absencí jakékoliv nabídky v původním zadávacím řízení namítáno, že navrhovatel se mohl původního zadávacímho řízení účastnit s některým ze svých výrobků, avšak svou nabídku z vlastní vůle nepodal, je v této souvislosti nutno odkázat na níže uvedené závěry týkající se kladení překážek hospodářské soutěže, které uvedené tvrzení vyvrací.

Obecně k diskriminačnímu nastavení zadávacích podmínek

57. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
58. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
59. Podle § 36 odst. 1 zákona platí, že zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

60. Předně lze uvést, že je to zadavatel, kdo stanovuje zadávací podmínky tak, aby odpovídaly jeho potřebám a tedy reflekovaly jeho požadavky na předmět plnění. Zadavatel je rovněž osobou, která je oprávněna stanovit zadávací podmínky tak, aby předmětná veřejná zakázka byla schopna zajistit nezbytné potřeby zadavatele (srov. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S437/2011/VZ-17139/2011/540/MKr ze dne 29. 2. 2012). Zadavatel je však i osobou, která nese plnou odpovědnost za stanovení zadávacích podmínek, včetně toho, že zadávací podmínky nebudou bezdůvodně klást překážky dodavatelům, nebudou bezdůvodně „protěžovat“ konkrétního dodavatele nebo okruh dodavatelů, budou transparentní a nediskriminační a nebudou jakýmkoli způsobem (a to jak přímo, tak skrytě) neodůvodněně omezovat hospodářskou soutěž mezi uchazeči o předmětnou veřejnou zakázku. K případnému stanovení technických podmínek se pak vyjádřil Krajský soud v Brně ve svém rozhodnutí ze dne 2. 3. 2010, č. j. 62 Af 7/2010-135 tak, že požadavky a charakteristiky předmětu veřejné zakázky musí být vymezeny jednoznačně s důrazem na účel využití požadovaného plnění. Poukázat lze v tomto směru i na judikaturu uvedenou v bodě 184 napadeného rozhodnutí. Naopak argumentace rozhodnutím Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008 týkající se zjevné nepřiměřenosti nastavených kvalifikačních předpokladů není ve vztahu k nastavení zadávacích podmínek v daném případě zcela přílehlavá. Je samozřejmě možné, že by zadavatel nastavil určité požadavky na předmět plnění nezákonně tak, že by je sice řádně a logicky zdůvodnil, avšak tyto podmínky by byly zcela nepřiměřené jeho oprávněné potřebě (například by požadoval extrémně výkonný motor u vozidla apod.). V posuzovaném případě se však jedná o samotnou důvodnost jinak poměrně přiměřených požadavků, kdy však i přiměřené požadavky mohou působit diskriminačně, jsou-li nastaveny s absencí logického zdůvodnění a zasahují-li do hospodářské soutěže. Nepřípadná je tak i veškerá argumentace zadavatele a vybraného dodavatele spočívající na tvrzení, že veškeré posuzované parametry jsou pro daný typ plnění běžné a tedy nijak excesivní.
61. Z komentářové literatury se podává, že zadávací podmínky by měly být koncipovány tak, aby na jedné straně byla zaručena spravedlivá soutěž dodavatelů schopných realizovat veřejnou zakázku, na straně druhé aby plnění veřejné zakázky dle zadávacích podmínek bylo způsobitelné naplnit potřeby a legitimní očekávání zadavatele. Je tedy nesporné, že po zadavateli nelze spravedlivě požadovat, aby stanovené zadávací podmínky měly na všechny dodavatele stejný dopad. Nicméně případné omezení by mělo být vždy odůvodnitelné oprávněnými potřebami zadavatele. Jinými slovy, zadavatel může ve smyslu § 36 odst. 1 zákona omezit hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku prostřednictvím zadávacích podmínek, ale musí unést důkazní břemeno, že se nejedná o bezdůvodnou překážku v hospodářské soutěži dodavatelů o veřejnou zakázku, resp. že se nejedná o bezdůvodné přímé či nepřímé konkurenční zvýhodnění (protěžování) určitého dodavatele či skupiny dodavatelů stanovenými zadávacími podmínkami (srov. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 212.).
62. Při nastavení zadávacích podmínek rovněž velmi výrazně působí zásada přiměřenosti uvedená v § 6 odst. 1 zákona. Zakotvení této zásady vychází ze skutečnosti, že zákon ponechává zadavatelům značnou míru diskrece ohledně volby konkrétního postupu v zadávacím řízení a zadavatel se touto zásadou má řídit ve všech fázích zadávacího řízení, typicky pak v případě nastavení parametrů zadávacího řízení.

63. Spojením shora uvedených ustanovení zákona vážících se k nastavení zadávacích podmínek vystávají pro zadavatele v této otázce jasné mantinely. Nastavením zadávacích podmínek stanovuje zadavatel základní parametry plnění, kterými hodlá uspokojit určitou svou oprávněnou potřebu. Je tedy nutné, aby nastavené zadávací podmínky odrážely ve všech aspektech potřebu zadavatele, byly stanoveny ve vztahu k této potřebě přiměřeně a byly danou potřebou odůvodněny. Není tedy rozhodné pouze to, zda případné zadávací podmínky jsou stanoveny důvodně a přiměřeně k určitému druhu plnění, ale i zda jsou stanoveny důvodně a přiměřeně k potřebě zadavatele, kterou hodlá požadovaným plněním uspokojit.
64. Samotnou důvodnost určité podmínky stanovené zadavatelem je pak nutno posuzovat rovněž prizmatem zásady přiměřenosti, tedy nikoliv pouze samotná zadávací podmínka musí být stanovena přiměřeně k určité potřebě zadavatele, ale rovněž důvod, proč zadavatel ke stanovení dané podmínky přistoupil, má být ve vztahu k této podmínce přiměřený. V praxi tak nelze po zadavateli požadovat, aby jednoduchou a nijak excesivní podmínku stanovenou pro požadované plnění odůvodňoval sofistikovanými úvahami, výpočty či dokonce znaleckými posouzeními, pokud pro její použití svědčí jednoduché avšak logické vysvětlení. Při stanovení zadávacích podmínek tak nelze akceptovat libovůli na straně zadavatele, nelze však ani nutit zadavatele, aby každou stanovenou podmínku zadávací dokumentace vyčerpávajícím způsobem obhajoval. V této souvislosti lze vycházet ze skutečnosti, že čím podrobněji a rovněž specifičtěji jsou určité podmínky zadávacího řízení nastaveny, tím podrobněji a specifičtěji musí být v případě pochybností ze strany zadavatele obhájeny. Shodně se vyjadřuje i Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí č. j. 1 Afs 69/2012 – 55 ze dne 28. 3. 2013, v němž bylo mj. uvedeno, že *„Dále zákon o veřejných zakázkách obsahuje ustanovení poskytující zadavateli možnost klást na dodavatele konkrétní požadavky (...). S ohledem na individuální povahu každé zakázky je pak zadavateli ponechána velká míra volnosti. Zadavatel může (např. v technických podmínkách, kvalifikačních požadavcích) stanovit konkrétní požadavky, bez jejichž splnění se dodavatel nemůže o veřejnou zakázku úspěšně ucházet. Jejich stanovením tak přímo ovlivňuje okruh možných dodavatelů. Z tohoto důvodu je zapotřebí k počtu a míře takových požadavků přistupovat striktně v duchu výše uvedených zásad. Tyto zásady se navíc přímo promítají i v některých ustanoveních zákona (např. § 50 odst. 3 ZVZ). Protože se jedná převážně o ustanovení dispozitivní, musí být potřeba takového požadavku odůvodnitelná. Zjednodušeně lze říci, že čím podrobnější a přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím vyšší nároky budou kladeny na jejich odůvodnění.“* Nutně pak musí platit opačný argument, tedy že nastavení podmínky běžné, obecné či poměrně benevolentní postačí obhájit úvahami obecnějšími či jednoduššími. Přiměřenost odůvodnění požadavků zadavatele na plnění poskytované na základě veřejné zakázky je pak třeba posuzovat i s ohledem na zásah tohoto požadavku do hospodářské soutěže. Parametr, který hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku významně ovlivňuje je tak třeba obhájit podstatně důkladněji než parametr, který má na hospodářskou soutěž vliv pouze minimální nebo zanedbatelný.
65. Ve světle shora uvedených závěrů jsem provedl posouzení parametrů, které Úřad zadavateli vytýkal jako diskriminační, přičemž mimo požadavku na minimální objem palivových nádrží 250 l jsem konstatoval, že posouzení těchto parametrů uvedeným závěrům neodpovídá, jak plyne z níže uvedeného podrobnějšího odůvodnění.

K překážkám hospodářské soutěže

66. Je zjevné, že nastavenými zadávacími podmínkami může být téměř vždy poskytnuta určitým dodavatelům konkurenční výhoda či naopak vytvořena překážka hospodářské soutěže. Jedná se o zcela logický důsledek nastavení zadávacích podmínek dle potřeb zadavatele. Zadávací podmínky však mají být nastaveny tak, aby mohly být jednotlivými dodavateli předloženy vzájemně porovnatelné nabídky (srov. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 210.). Nepostačuje tedy, aby se dodavatel mohl účastnit zadávacího řízení s jakýmkoliv svým plněním, ale aby jeho plnění mohlo být konkurenceschopné s plněními ostatních účastníků. Jestliže zadavatel stanoví určitou podmínku, která je sice splnitelná ze strany více dodavatelů, avšak pro některé z nich znamená její splnění např. dodatečné náklady, a jestliže je tato podmínka stanovena bezdůvodně, mohou být právě i případné dodatečné náklady překážkou řádné hospodářské soutěži, neboť bez jejich vynaložení by dotčený dodavatel mohl nabídnout zadavateli např. lepší cenu nebo jinak výhodnější plnění. Je-li tedy výhoda či překážka dle uvedeného ustanovení vytvořena zadavatelem **bezdůvodně, tedy pokud absentuje přiměřené a logické vysvětlení, proč ke stanovení konkrétní podmínky zadavatel s ohledem na svou potřebu přistoupil**, nemůže taková podmínka vyhovovat § 36 odst. 1 zákona i pokud směřuje být jen vůči jedinému dodavateli na relevantním trhu, či dokonce i jen vůči některému jeho výrobku či jinému plnění.
67. V této souvislosti lze odkázat na rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 12. 8. 2010, čj. 62 Ca 10/2009-113, v němž se soud zabýval diskriminačním charakterem nastavení hodnotících kritérií a z něhož se podává následující: *„Zdejší soud především má za to, že není důvodu omezovat se při zkoumání možné "konkurenční výhody" a "překážky hospodářské soutěže" pouze na posouzení toho, kdo mohl nabídku podat, ale též na to, zda nabídka vycházející z konkrétního technického řešení může být za férových podmínek hodnocena.“* Klíčovým závěrem v dané věci je tak skutečnost, že případná diskriminace nemusí postihovat samotnou účast dodavatele v zadávacím řízení, ale i postavení jeho nabídky v konkurenci nabídek ostatních. Na ilustrativním případě lze uvést, že pokud například budou požadavky zadavatele (ve veřejné zakázce na dodávku automobilů) nastaveny tak, že určitý dodavatel sice bude schopen tyto požadavky splnit, ale bude za tímto účelem nucen nabídnout vozidla tzv. vyšší třídy, jelikož jiná jím dodávaná vozidla zadavatelem požadovaným parametrům odpovídat nebudou, již logicky jeho nabídka nebude s ohledem na vyšší cenu za vozidlo vyšší kategorie oproti nabídkám jiných dodavatelů konkurenceschopná.
68. Ve světle těchto závěrů tak nemůže obstát jedna ze stěžejních námitek zadavatele i vybraného dodavatele, tedy že navrhovatel disponuje ve svém portfoliu výrobkem, který stanoveným požadavkům odpovídá a mohl se tak objektivně původního zadávacího řízení zúčastnit. I pokud by toto tvrzení odpovídalo skutečnosti, nemůže to na závěru o bezdůvodném kladení překážek hospodářské soutěži ničeho změnit. Provedení dokazování v tomto směru ze strany Úřadu by tak bylo zcela nadbytečné a na závěru rozhodnutí by ničeho nezměnilo. Relevantní není pak ani tvrzení zadavatele, že navrhovatel podal dne 9. 1. 2019 nabídku, kterou akceptoval všechny požadavky zadavatele. Úřad v této souvislosti v bodě 209 napadeného rozhodnutí správně konstatuje, že předmětná nabídka navrhovatele se nestala a z důvodu jejího pozdního podání ani nemohla stát předmětem posouzení

a hodnocení zadavatelem, a že tudíž není vůbec zřejmé, zda by zadávací podmínky stanovené zadavatelem splnila či nikoli.

K nastavení délky vozidla

69. Zadavatel stanovil základní popis požadovaného plnění tak, že se jedná o dvounápravové, min. dvoudvéřové částečně nízkopodlažní vozidlo délky 10,5 m, tj. v rozsahu délky 9,90 až 11,0 m a v interiéru požadoval minimálně 24 pevných sedadel. Zadavatel dle svého vyjádření stanovil délku autobusů s ohledem na své potřeby a zkušenosti ve vazbě na předpokládaný způsob využití vozidel a uživatelský komfort cestujících. Poukázal na skutečnost, že délku vozidla stanovil v rozmezí 1,1 m aby tak zajistil širší soutěž a zároveň zajistil vzájemnou porovnatelnost jednotlivých nabídek vymezením určité kategorie autobusu. Navrhovatel naproti tomu tvrdil, že považuje délku autobusu ve spojení s počtem sedadel za diskriminační, neboť za jediný objektivní požadavek považuje obsaditelnost autobusu, která se může lišit i bez závislosti na délce autobusu. Úřad následně uzavřel, že zadavatel stanovil požadavek na minimální a maximální délku autobusu diskriminačně, když mohl v daném případě tvrzeného výsledku dosáhnout stanovením pouze maximální délky autobusu a požadavky na vnitřní prostor pro cestující. Konstatoval současně, že komfort cestujících není přímo závislý na délce autobusu.
70. Se závěry Úřadu v otázce diskriminačního nastavení délky požadovaného autobusu nelze souhlasit. Úřad posuzoval případnou důvodnost požadavku na délku autobusu pouze tvrzeným komfortem cestujících, zcela však pominul argumentaci zadavatele týkající se stanovení určité kategorie autobusu prostřednictvím jeho délky. Ačkoliv je možné, že autobus délky 9,5 m může mít lépe využitý vnitřní prostor pro cestující nebo pro řidiče než autobus délky např. 9,9 m, při porovnání s délkou 11 m však půjde již o zcela jiný rozdíl, neboť vnitřní prostor autobusu je z logiky věci nikoliv zcela, ale do velké míry dán jeho délkou. Délka autobusu je současně jednou ze základních charakteristik, kterou používají pro označení typů autobusů i jeho výrobci a zadavatel požadoval v rámci původního zadávacího řízení několik variant délky autobusů, a to vždy v určitém rozmezí. Je tedy zřejmé, že jeho cílem bylo disponovat více velikostmi (kategoriemi) autobusů tak, aby jeho flotila byla variabilní s ohledem na potřeby regionální dopravy. Pokud tak zadavatel odůvodnil nastavení parametru délky autobusu odkazem na požadované minimální pohodlí cestujících a na základní charakteristiku kategorie autobusu, je takové odůvodnění s ohledem na skutečnost, že se jedná o parametr běžný a navíc nastavený v dostatečném rozmezí přesahujícím téměř do další kategorie, zcela dostatečné a tudíž se v případě tohoto požadavku nemůže jednat o bezdůvodné omezení hospodářské soutěže. Tento argument ostatně podporuje i skutečnost, že navrhovatel diskriminační nastavení délky autobusu nenamítal v případě návrhu na zákaz plnění rámcové dohody na dodávku autobusů uzavřené dne 28. 12. 2018 mezi zadavatelem a společností Scania Czech Republic s. r. o., které předcházelo totožné původní zadávací řízení a kde je řízení vedeno Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0033/2019/VZ. Nelze totiž přijmout názor Úřadu, že by takto základní parametr, jakým je délka autobusu, navíc nastavený v dostatečném rozmezí, musel být ze strany zadavatele zcela nepřiměřeně odůvodněn složitými parametry požadovaného vnitřního prostoru, tedy například počtem sedadel, jejich velikostí, prostorem mezi sedadly, prostorem pro náklad apod. Je zcela zjevné, že nastavení délky autobusu s tolerancí cca 10 % nemohlo směřovat ani na žádný konkrétní výrobek.

71. Zadavatelem uvedené zdůvodnění požadované délky autobusu tak bylo nastaveno důvodně s ohledem na závěry uvedené v bodě 57-65 shora, a proto splňuje požadavky stanovené § 36 odst. 1 zákona. Z uvedeného důvodu bylo napadené rozhodnutí v této části změněno.

K nastavení šířky předních dveří

72. Zadavatel požadoval u dodávaných autobusů šířku předních dveří 800 mm, přičemž k dotazu navrhovatele na možnost dodat autobus s dveřmi v horní části zkosenými uvedl, že požaduje zajištění dostatečného komfortu a prostoru cestujících při nástupu a výstupu z vozidla a dodavatel je proto povinen navrhnout takové řešení, které tento účel bude naplňovat. Úřad v napadeném rozhodnutí uzavřel, že požadavek na minimální šířku dveří, z něhož nevyplývá, že by zadavatel akceptoval též přední dveře zkosené v horní části, neodpovídá objektivním potřebám zadavatele na zajištění dostatečného komfortu a prostoru cestujících při nástupu a výstupu z vozidla, případně též při nástupu kočárků a osob na invalidním vozíku. Skutečnost, zda budou přední dveře poptávaných autobusů v horní části zkosené způsobem uvedeným navrhovatelem či nikoli, nemá dle napadeného rozhodnutí žádný přímý vliv na zajištění dostatečného komfortu a prostoru cestujících při nástupu a výstupu.
73. Ani se shora uvedeným závěrem Úřadu nelze v daném případě souhlasit. Předně Úřad ani navrhovatel nijak nedefinovali, jakým způsobem měly být zkoseny přední dveře, když samotný údaj o zkosení předních dveří nijak konkrétně nevypovídá o možném omezení průchodnosti předních dveří. Je jistě rozdíl, pokud jsou dveře zkoseny např. tak, že ubírají ploše dveří pouze několik procent, nebo tak, že u vyšších osob mohou případně omezovat pohodlný výstup či nástup. Z odpovědi zadavatele na dotaz navrhovatele učiněný v původním zadávacím řízení tak nelze uzavřít, že by zadavatel zcela vyloučil jakékoliv zkosení předních dveří, naopak tento uvedl, že požaduje dostatečný komfort a prostor pro cestující při nástupu a výstupu z vozidla. Takový požadavek spolu se zcela standardní šířkou dveří 800 mm (což je běžná šířka dveří i např. v případě staveb) je pak zcela oprávněný a není třeba jej nijak dále složitě specifikovat a sám o sobě neodporuje § 36 odst. 1 zákona. Je plně v kompetenci zadavatele požadovat pro své potřeby takové řešení, které bude brát ohledy na komfort cestujících.
74. V daném případě se tak Úřad dopustil zejména nesprávné interpretace vyjádření zadavatele k dotazu navrhovatele ohledně možnosti zkosení předních dveří, z něhož dle mého soudu neplyne, že by zadavatel nepřipouštěl žádné zkosení předních dveří, ale naopak z něj plyne, že takové zkosení není vyloučeno, pokud bude zachován dostatečný komfort a prostor pro cestující při nástupu a výstupu.
75. Posoudit případný vliv požadavku na rozměr a tvar předních dveří by tak v daném případě mohlo být možné jen tehdy, pokud by navrhovatel předložil a popsal konkrétní řešení předních dveří a zadavatel by takové řešení odmítl s odůvodněním, že nesplňuje jeho požadavky. Taková situace však v posuzovaném případě nenastala a závěry napadeného rozhodnutí, že požadavek na minimální šířku předních dveří 800 mm spolu se zajištěním dostatečného komfortu pro výstup a nástup cestujících (tedy dle nesprávné interpretace s šířkou 800 mm po celé délce dveří) je bezdůvodný, jsou nesprávné.
76. Ze shora uvedených důvodů jsem tak přistoupil ke změně napadeného rozhodnutí i v části týkající se diskriminačně nastaveného požadavku na minimální šířku předních dveří.

K nastavení minimálního objemu palivové nádrže

77. K požadavku na minimální objem palivové nádrže 250 l zadavatel uvedl, že jej stanovil s ohledem na plánovaný rozsah provozu, tedy kilometrový proběh vozidla, předpokládanou spotřebu, možnost provozu po dobu i více dní, kdy se např. vozidlo nebude vracet denně do garáže. V napadeném rozhodnutí pak bylo uzavřeno, že toto vysvětlení nelze považovat za odpovídající objektivním a odůvodnitelným potřebám zadavatele, neboť samostatný objem palivové nádrže nesvědčí jakožto „izolovaný“ parametr poptávaných autobusů o vzdálenosti, na jejíž překonání palivo v objemu odpovídajícím požadované velikosti palivové nádrže postačí, ani například o počtu po sobě jdoucích dní, po které není nutné v případě několikadenního provozu bez návratu do garáží doplňovat palivo. Úřad uzavřel, že samostatný požadavek na minimální objem palivové nádrže nemusí odpovídat „výhodnějšímu výsledku“.
78. V tomto případě je nutno se závěry napadeného rozhodnutí souhlasit. Pokud zadavatel nastaví parametr kapacity palivové nádrže s ohledem na vyšší dojezd vozidla (aniž by navíc konkrétně specifikoval, o jaký dojezd by se mělo jednat), nelze tento dojezd zvažovat pouhou kapacitou palivové nádrže bez posouzení průměrné spotřeby vozidla. Mezi objemem palivové nádrže a dojezdem vozidla není bez stanovení průměrné spotřeby relevantní souvztažnost, a proto požadavek na objem palivové nádrže nemůže být pouze dojezdem vozidla odůvodněn. Když navíc zadavatel uvedeným parametrem vyloučí z účasti na veřejné zakázce některé výrobky, které mohou být pro soutěž o veřejnou zakázku jinak způsobilé, je tím vytvořena bezdůvodná překážka hospodářské soutěže ve smyslu § 36 odst. 1 zákona. Na tomto závěru nemůže nic změnit ani tvrzení zadavatele, že navrhovatel může vozidla větší nádrží vybavit, neboť i pokud by toto tvrzení bylo pravdivé, takový zásah do vozidla se zcela jistě nemůže obejít bez dodatečných nákladů, a tedy v kombinaci s naprostou absencí logického zdůvodnění požadavku na velikost palivové nádrže zasahuje nepřipustně do hospodářské soutěže.
79. Není tudíž ani rozhodné, zda je zadavatelem požadovaný objem nádrže standardním a tudíž nijak excesivním, nebo zda navrhovatel disponuje jinými výrobky s požadovanou kapacitou nádrže. Rozhodná zůstává pouze skutečnost, že jednoduchou logikou velikost palivové nádrže bez zvážení spotřeby vozidla jeho dojezdem odůvodnit nelze.
80. Neobstojí zde ani námitka na nepřijatelnost přílišně podrobné a složité specifikace daného požadavku. Požadavek na určitý specifikovaný dojezd vozidla na jedno naplnění palivové nádrže totiž bylo možno velmi jednoduše vyjádřit požadavkem na dojezd určité sumy km bez nutnosti doplnit palivo za průměrné spotřeby daného autobusu vyznačené např. v technickém průkazu vozidla nebo stanovené obdobnou metodikou, dle které se zvažovala nákladnost provozu vozidel (jedno z hodnotících kritérií).
81. Zadavatel tak v daném případě nastavením zadávacích podmínek v původním zadávacím řízení porušil § 36 odst. 1 zákona, jak správně konstatuje napadené rozhodnutí, a z uvedeného důvodu nemohla být naplněna materiální podmínka pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění, neboť důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení založil zadavatel právě svým nezákonným nastavením původních zadávacích podmínek.

K nastavení minimální kapacity akumulátorových baterií

82. Ve věci nastavení parametru kapacity akumulátorových baterií min. 225 Ah zadavatel uvedl, že stanovil předmětný požadavek s ohledem na provoz všech elektrických zařízení ve vozidle, tedy provoz informačního systému, odbavovacího zařízení, klimatizace (topení/chlazení), napájení elektrického retardéru, jakož i s cílem zabezpečit bezproblémový provoz v zimním období, a to na základě svých zkušeností. Úřad posoudil nastavení tohoto parametru jako bezdůvodně diskriminační, když v případě absence specifikace spotřeby jednotlivých elektrických zařízení ve vozidle nemůže kapacita baterie nic vypovídat o lepší funkčnosti vozidla (např. lepším startování). V rozkladu je dále namítáno, že akumulátorová baterie ve vozidle je položkou v hodnotě cca 5000 Kč a její výměna je jednoduchá, proto nemohlo dojít případným požadavkem na výkonnější baterii ke kladení překážek hospodářské soutěži. K této argumentaci navrhovatel namítal, že případná změna kapacity baterie může mít vliv na celkové vnitřní elektrické vybavení vozidla a na jeho homologaci.
83. Předně je obecně známo, že jednotka 1 Ah je definována jako náboj, který akumulátor či článek dodá do obvodu při konstantním proudu 1 ampér za dobu 1 hodiny, používá se pro vyjádření kapacity galvanických článků nebo akumulátorů. Čím vyšší je kapacita baterie, tím déle dokáže baterie napájet dané zařízení. Ve světle těchto skutečností je tak nejasné tvrzení navrhovatele, že vyšší kapacita baterie může mít vliv na celkové vnitřní elektrické vybavení vozidla, kdy navrhovatel toto tvrzení nijak nespecifikoval, navíc i v případě jakýchkoliv jiných elektrických spotřebičů je u akumulátoru (baterií) rozhodující pro možnost použití jeho napětí, nikoliv kapacita.
84. Dále je třeba konstatovat, že zadavatel svůj požadavek na vyšší kapacitu baterie odůvodnil nutností zabezpečit bezproblémový provoz vozidel v zimním období, tedy zejména startování motoru v případech, kdy vozidlo nebude parkováno ve vozovně s možností externího zdroje a svou zkušeností s uvedenými situacemi. Zde je třeba poukázat na rozdíly oproti nastavení objemu palivové nádrže, které Úřad opomněl zvážit, a to zejména zcela jiný princip fungování dodávky energie, kdy v některé momenty (typicky při startování), je třeba do systému dodat větší množství energie naráz, na rozdíl od výrazně konstantnější spotřeby paliva při provozu, a dále na nemožnost sledovat aktuální kapacitu baterie oproti kapacitě nádrže zejména s ohledem na fatální následky nedostatku kapacity baterie (nemožnost nastartovat motor). S ohledem na tyto skutečnosti je logické, že zadavatel se snažil minimalizovat riziko selhání baterie nastavením její vyšší kapacity, zejména pokud měl negativní zkušenost se startováním vozidel v zimním období. Lze sice připustit, jak tvrdí navrhovatel, že s ohledem na různé nastavení elektrických zařízení ve vozidle je možné, že i baterie o nižší kapacitě bude fungovat stejně dobře, jako baterie o kapacitě vyšší ve vozidle jiném, přesto se však jeví odůvodnění požadavku na kapacitu baterie 225 Ah ze strany zadavatele za logické a přiměřené, zejména pokud by tímto požadavkem nebyly kladeny překážky hospodářské soutěži. Naopak konkrétní zdůvodnění takového požadavku např. výpočtem či znaleckým posouzením by bylo velmi nadstandardním a bylo by na místě zejména tehdy, pokud by daným požadavkem skutečně bylo do hospodářské soutěže zasaženo.
85. Shora uvedený závěr pak, jak již bylo naznačeno, rezonuje zejména ve světle tvrzení zadavatele, že akumulátorová baterie je položkou v hodnotě cca 5000 Kč a dodavatel je schopen ji velmi jednoduše ve vozidle vyměnit. Ačkoliv navrhovatel tvrdí opak, nebyla v tomto směru ze strany Úřadu provedena žádná skutková zjištění, která dle mého názoru

mohou mít zásadní vliv na posouzení parametru kapacity akumulátorové baterie dle § 36 odst. 1 zákona. Pokud by totiž toto tvrzení bylo pravdivé a výměna baterií by skutečně neměla na konkurenceschopnost navrhovatele žádný vliv, nemohlo by se jednat o nastavení parametru kladoucího překážky hospodářské soutěži. S ohledem na skutečnost, že napadené rozhodnutí je sice částečně změněno, avšak jeho dopady na rámcovou dohodu zůstávají totožné, považuji za nadbytečné, aby se Úřad opětovně otázkou diskriminačního nastavení kapacity akumulátorových baterií zabýval. Argumentace obsažená v napadeném rozhodnutí však sama o sobě nepostačuje k závěru, že daný parametr byl nastaven v rozporu s § 36 odst. 1 zákona, proto i v této části došlo ke změně napadeného rozhodnutí.

K zákazu plnění rámcové dohody a zastavení řízení dle § 257 písm. l zákona

86. Úřad v napadeném rozhodnutí dovodil, že předmětná rámcová dohoda byla uzavřena postupem uvedeným v § 254 odst. 1 písm. a) zákona a byla tedy naplněna podmínka dle § 264 odst. 1 zákona pro uložení zákazu plnění smlouvy. K návrhu na zastavení řízení dle § 257 písm. l) zákona z důvodu uzavření navazující kupní smlouvy dne 16. 1. 2019, kterou měla být rámcová smlouva zcela zkonsumována, uvedl, že ustanovení § 257 písm. l) zákona je v případě institutu rámcové dohody aplikovatelné pouze za situace, kdy byl již splněn faktický závazek plynoucí z navazující kupní smlouvy. Opačným výkladem by byla připuštěna možnost případného obcházení zákona. Uvedený závěr zadavatel rozporuje tak, že po uzavření navazující kupní smlouvy již žádné další povinnosti či závazky rámcová dohoda neobsahuje, výklad Úřadu pak považuje za jdoucí *contra legem*. Poukazuje na skutečnost, že ohledně navazující kupní smlouvy je rovněž vedeno řízení o návrhu na zákaz plnění pod sp. zn. ÚOHS-S0061/2019/VZ.
87. Rámcová dohoda představuje vymezení podmínek, na základě kterých budou následné veřejné zakázky zadavatelem zadány účastníkům rámcové dohody. Těmito podmínkami jsou zejména podmínky týkající se ceny a předpokládaného množství (objemu) plnění veřejné zakázky. V rámcové dohodě mohou být stanoveny i jiné podmínky, které jsou pro plnění veřejné zakázky nezbytné. Vždy však platí, že podmínky vymezené zadavatelem v rámcové dohodě jsou pro smluvní strany závazné po celou dobu trvání rámcové dohody. Rámcové dohody samy o sobě závazkové vztahy nezakládají. Prostřednictvím rámcových dohod jsou vymezeny podmínky plnění následně uzavíraných konkrétních tzv. realizačních smluv. Délka trvání jednotlivých veřejných zakázek založených na rámcové dohodě nemusí být shodná s dobou platnosti uvedené rámcové dohody, ale může být podle potřeby kratší nebo delší. (srov. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 775.). Z uvedené definice plyne, že ačkoliv rámcová dohoda zakládá právo uzavřít jednotlivé realizační dohody, není jejich uzavřením její platnost nutně vyčerpána a nejedná se rovněž o plnění závazku z rámcové dohody. Zadavatel totiž může, ale nemusí množství plnění předpokládané rámcovou dohodou vyčerpat. Může pak nastat i situace, kdy by smlouva uzavřená na základě rámcové dohody zanikla bez splnění a bylo by třeba uzavřít na základě rámcové dohody novou realizační smlouvu. V mnoha případech se rovněž obsah rámcové dohody stává součástí smlouvy realizační a je s ní neoddělitelně provázán. Rámcovou dohodu tak nelze posuzovat stejně jako např. smlouvu o smlouvě budoucí, neboť předpokládá opakované uzavírání realizačních smluv, s nimiž je i nadále úzce provázána.

88. Současně nelze pominout, že účelem úpravy obsažené v § 254 zákona je zamezit nevratnému splnění takových veřejných zakázek, jimž předcházelo nezákonné zadávací řízení. Pokud by se zákaz plnění omezil pouze na smlouvy realizační, de facto by účastníkům rámcové dohody takový zákaz nebránil uzavřít dle platné rámcové dohody realizační smlouvu novou. Na případného navrhovatele by tak byly kladeny nepřiměřené požadavky v tom smyslu, že by musel sledovat, zda účastníci rámcové dohody neuzavřeli opětovně realizační smlouvu, pokud se původní smlouva stala neplatnou na základě zákazu plnění. Lze tak souhlasit s názorem Úřadu, že výklad, který zastává zadavatel, by mohl vést k obcházení zákona a jeho účelu.

89. Lze tak souhlasit s názorem napadeného rozhodnutí v tom smyslu, že podmínky pro zastavení řízení dle § 257 písm. l) zákona nejsou dány.

K důvodům hodným zvláštního zřetele spojeným s veřejným zájmem a vyžadujícím pokračování plnění rámcové dohody

90. Úřad v napadeném rozhodnutí neshledal existenci důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem a vyžadujících pokračování plnění rámcové dohody podle § 264 odst. 3 nebo 4 zákona, v důsledku kterých by stanovil odklad účinnosti zákazu plnění rámcové dohody, případně by vůbec nepřistoupil k jeho uložení. S těmito závěry zadavatel nesouhlasí a opětovně poukazuje na skutečnost, že cca od druhé poloviny roku 2019, nejpozději počátkem roku 2020 nebude možné pro cca 50 % Ústeckého kraje zajistit dopravní obslužnost.

91. Úřad v průběhu správního řízení zjistil, že dopravní obslužnost je v současnosti v Ústeckém kraji zajištěna celkem čtyřmi nájemními smlouvami na pronájem autobusů uzavřenými se soukromými dopravci. Úřad dále zjistil, že součástí těchto smluv je i ujednání o možnosti prodlužování těchto smluv. Tato zjištění zadavatel nijak nevyvrátil. V daném případě tak považují závěry napadeného rozhodnutí obsažené v jeho bodech 217-228 za správné a dostatečně podložené relevantními skutkovými zjištěními a s těmito závěry se v plném rozsahu ztotožňují. Z předmětných smluv totiž explicitně vyplývá možnost, jakou může být dopravní obslužnost v Ústeckém kraji zadavatelem zajištěna i v budoucnu, tj. do doby provedení nového zadávacího řízení v souladu se zákonem. U veřejných zakázek na dodávky je pak zřejmé, že k úplnému splnění smlouvy (nebo její převážné části) může dojít v poměrně krátké době od jejího uzavření. V případě umožnění odkladu uloženého zákazu plnění smlouvy by tak tento mohl zcela pozbýt smyslu a vydané rozhodnutí by se stalo fakticky nevykonatelným. Za kumulace výše uvedeného (existence ujednání o možnosti prodlužování nájemních smluv a toho, že se jedná o veřejnou zakázku na dodávky, které by mohly být zadavateli poskytnuty v krátkém časovém horizontu od uzavření smlouvy) se tak nejvíce důvodné uložit zákaz plnění smlouvy s odkladem.

K posouzení důkazů ze strany Úřadu

92. K tvrzení zadavatele, že Úřad v napadeném rozhodnutí zcela pominul některé jím navržené důkazy, kterými mělo být prokázáno, že navrhovatel má ve své produktové řadě autobusy, s nimiž by byl schopen se původního zadávacího řízení zúčastnit a nastavené parametry tak nejsou ve vztahu k němu diskriminační, uvádím následující. Jak správně uvádí Úřad v napadeném rozhodnutí, dokazování je ve správním řízení v souladu s § 50 odst. 4 správního řádu ovládáno zásadou volného hodnocení důkazů, což mimo jiné znamená, že nejsou

stanovena pravidla týkající se síly důkazních prostředků a volba důkazních prostředků je ponechána na úvaze správního orgánu, která však nesmí kolidovat se zásadou materiální pravdy. Jak již bylo řečeno, je zcela nerozhodné, zda se mohl navrhovatel zadávacího řízení účastnit s nabídkou jiného výrobku, pakliže byl bezdůvodně vyloučen z hospodářské soutěže výrobek, s nímž se mohl dodavatel zadávacího řízení účastnit. Provádění dokazování ohledně této otázky by tak na závěru napadeného rozhodnutí nemohlo v tomto ohledu ničeho změnit.

Shrnutí

93. Na základě všech výše uvedených skutečností lze shrnout, že Úřad v napadeném rozhodnutí správně posoudil podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 1 písm. a) zákona tak, že tento druh zadávacího řízení lze v souladu s tímto ustanovením použít pouze tehdy, pokud skutečnost, že zadavatel neobdržel v původním zadávacím řízení žádnou nabídku, není způsobena (byť i pouze zčásti nebo potenciálně) nezákonným nastavením zadávacích podmínek. V důsledku tohoto závěru Úřad správně přistoupil k přezkoumání zadávacích podmínek původního otevřeného řízení a jejich souladu s § 36 odst. 1 zákona.
94. Ve věci posouzení jednotlivých technických požadavků na dodávku autobusů, konkrétně minimální délky autobusu 9,9 m-11 m a minimální šířky dveří autobusů 800 mm v rozporu se zákonem však Úřad nepostupoval v souladu s řádným výkladem § 36 odst. 1 zákona, který je nutno vykládat rovněž s ohledem na zásadu proporcionality obsaženou v § 6 odst. 1 zákona. Při posouzení zadávacích podmínek, jejich případného omezujícího charakteru ve vztahu k hospodářské soutěži a zdůvodnění tohoto omezení je třeba postupovat tak, že jedná-li se ze strany zadavatele o požadavky běžné, obecné a přiměřené jeho potřebám, nijak excesivně nastavené ve vztahu k požadovanému předmětu plnění a nezasahující zásadním způsobem do hospodářské soutěže, postačí ke zdůvodnění těchto požadavků obecnější a jednodušší argumentace, než pokud by takové požadavky byly velmi speciální, výrazně omezující hospodářskou soutěž či excesivní. Zdůvodnění všech požadavků pak musí být racionální a logické a musí se vztahovat k oprávněné potřebě zadavatele. Současně je třeba zvažovat, zda je nedostatečně odůvodněným nastavením zadávacích podmínek poskytnuta některému dodavateli konkurenční výhoda či vytvořeny překážky hospodářské soutěže, a to nejen ve vztahu k účasti jednotlivých dodavatelů v zadávacím řízení, ale rovněž ve vztahu k hodnocení jejich nabídky za férových podmínek.
95. Co se týče požadavku na minimální kapacitu akumulátorových baterií, dospěl jsem k závěru, že ze strany Úřadu nebyla učiněna dostatečná zjištění ohledně toho, zda je baterie položkou v hodnotě cca 5000 Kč a každý dodavatel má možnost ji jednoduše ve vozidle vyměnit. Pravdivost či nepravdivost tohoto tvrzení však může mít dopad na učinění závěru ohledně vlivu zadavatelem nastaveného parametru na konkurenceschopnost nabídky navrhovatele a toho zda takto zadavatelem nastavený parametr klade překážky hospodářské soutěži.
96. Dospěl jsem tak k závěru, že pouze požadavek zadavatele na minimální objem palivových nádrží 250 l autobusu byl prokazatelně v rozporu s § 36 odst. 1 zákona, ostatní posuzované parametry s tímto ustanovením v rozporu nebyly, případně Úřad neučinil pro závěr o jejich nezákonnosti dostatečná skutková zjištění. Z uvedených důvodů došlo k částečné změně výroku I napadeného rozhodnutí, která však neměla na důsledky napadeného rozhodnutí ve vztahu k zakazu plnění rámcové dohody žádný faktický dopad.

97. Zákaz plnění rámcové dohody pak byl uložen v souladu s § 264 odst. 1 zákona a není na místě zastavení řízení dle § 257 písm. l zákona ani důvodu k postupu dle § 264 odst. 3 případně 4 zákona.
98. Úřad v řízení předcházejícímu napadenému rozhodnutí ve vztahu k požadavku zadavatele na minimální objem palivových nádrží 250 l dostatečně zjistil skutkový stav a postupoval v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů a se zásadou materiální pravdy.

XI. Závěr

99. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že posouzení části zadávacích podmínek původního otevřeného řízení, konkrétně požadavku na minimální délku předmětu plnění – částečně nízkopodlažní autobusy délky 10,5 m, požadavku na minimální šířku dveří autobusů 800 mm a minimální kapacitu akumulátorových baterií 225 Ah jako rozporných s § 36 odst. 1 zákona bylo učiněno Úřadem nesprávně, avšak posouzení části zadávacích podmínek původního otevřeného řízení, konkrétně požadavku na minimální objem palivových nádrží 250 l jako rozporného s § 36 odst. 1 zákona bylo učiněno správně a v souladu se zákonem, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu výroku l napadeného rozhodnutí, přičemž meritorně jsem napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.
100. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výrocih tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. SOR Libchavy spol. s r. o., Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy
2. Dopravní společnost Ústeckého kraje, příspěvková organizace, Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem
3. ZLINER s. r. o., tř. Tomáše Bati 283, 761 12 Zlín

Vypraveno dne

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