



UOHSX008Y2KI

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0603/2016/VZ-44769/2016/532/MOn

Brno: 4. listopadu 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 13.9.2016 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Dopravní podnik města Olomouce, a.s., IČO 47676639, se sídlem Koželužská 563/1, 771 10 Olomouc,
- navrhovatel – MKPK transport s.r.o., IČO 02911221, se sídlem Vídeňská 137/117a, 619 00 Brno,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Nákup plně nízkopodlažních tramvají pro DPMO, a.s.“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19.5.2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20.5.2016 pod ev. č. 633858, ve znění opravy uveřejněné dne 26.5.2016 a dne 5.8.2016, a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 25.5.2016 pod ev. č. 2016/S 099-177923, ve znění opravy uveřejněné dne 31.5.2016 pod ev. č. 2016/S 103-184956 a dne 10.8.2016 pod ev. č. 2016/S 153-278155, **rozhodl takto:**

I.

Zadavatel – Dopravní podnik města Olomouce, a.s., IČO 47676639, se sídlem Koželužská 563/1, 771 10 Olomouc – porušil při zadávání veřejné zakázky „Nákup plně nízkopodlažních tramvají pro DPMO, a.s.“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19.5.2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20.5.2016 pod ev. č. 633858, ve znění opravy uveřejněné dne 26.5.2016 a dne 5.8.2016, a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 25.5.2016 pod ev. č. 2016/S 099-177923, ve znění opravy uveřejněné dne 31.5.2016 pod ev. č. 2016/S 103-184956 a dne 10.8.2016 pod ev. č. 2016/S 153-278155, ustanovení § 44 odst. 1 zákona

č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona tím, že v článku 2. „Termín a místo plnění veřejné zakázky“ kvalifikační dokumentace k termínu dodání jednotlivých typů tramvají stanovil termín dodání 3 ks jednosměrných jednostranných tramvají do 31.1.2018 a 2 ks jednosměrných jednostranných tramvají a 3 ks jednosměrných oboustranných tramvají do 30.4.2018 a zároveň uvedl: *„Uvedený termín je podmíněn ukončením zadávacího řízení bez řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“). Z tohoto důvodu si zadavatel vyhrazuje právo na jednostrannou změnu předpokládaného termínu plnění v návaznosti na termín ukončení zadávacího řízení“*, přičemž takto formulované zadávací podmínky nejsou v citované části transparentní, neboť zadavatel si v citovaném ustanovení zadávacích podmínek stanovil jednostrannou výhradu změny předpokládaného termínu dodání, a zadávací podmínky tak uchazečům neposkytují jistotu ohledně termínu dodání předmětu plnění a zároveň tedy o celkové době, ve které budou uchazeči povinni dodat předmět plnění, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

## II.

Zadavatel – Dopravní podnik města Olomouce, a.s., IČO 47676639, se sídlem Koželužská 563/1, 771 10 Olomouc – porušil při zadávání veřejné zakázky „Nákup plně nízkopodlažních tramvají pro DPMO, a.s.“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19.5.2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20.5.2016 pod ev. č. 633858, ve znění opravy uveřejněné dne 26.5.2016 a dne 5.8.2016, a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 25.5.2016 pod ev. č. 2016/S 099-177923, ve znění opravy uveřejněné dne 31.5.2016 pod ev. č. 2016/S 103-184956 a dne 10.8.2016 pod ev. č. 2016/S 153-278155, ustanovení § 44 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona tím, že v bodu 9. článku XIV. „Doplňující a závěrečná ustanovení“ návrhu kupní smlouvy, který byl součástí zadávacích podmínek, stanovil: *„Smluvní strany se zavazují uzavřít samostatnou servisní smlouvu pro záruční, mimozáruční a pozáruční servis nejpozději k termínu dodávky první tramvaje“*, přičemž žádné další konkrétní podmínky uzavření předmětné servisní smlouvy nestanovil, a v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám III ze dne 4.8.2016 uvedl, že *„Návrh servisní smlouvy poskytne prodávající. Rozsah, podmínky a poskytnuté autorizace servisu na záruční, mimozáruční a pozáruční servis navrhne prodávající. Následně o návrhu budou vedena jednání oběma stranami.“*, a takto formulované zadávací podmínky nejsou transparentní a neposkytují uchazečům jistotu, jakým způsobem budou práva a povinnosti vyplývající z výše uvedené servisní smlouvy upraveny, a uchazeči si tak nemohli učinit představu o svém budoucím závazku na poskytnutí záručního, mimozáručního a pozáručního servisu dodávaných tramvají, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

## III.

Zadavatel – Dopravní podnik města Olomouce, a.s., IČO 47676639, se sídlem Koželužská 563/1, 771 10 Olomouc – porušil při zadávání veřejné zakázky „Nákup plně nízkopodlažních tramvají pro DPMO, a.s.“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19.5.2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20.5.2016 pod ev. č. 633858, ve znění opravy uveřejněné dne 26.5.2016 a dne 5.8.2016, a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 25.5.2016 pod ev. č. 2016/S 099-177923, ve znění opravy uveřejněné dne 31.5.2016 pod ev. č. 2016/S 103-184956 a dne 10.8.2016 pod ev. č. 2016/S 153-278155, ustanovení § 44 odst. 1 zákona

č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona tím, že v zadávací dokumentaci nevymezil část předmětu veřejné zakázky týkající se „zaškolení zaměstnanců kupujícího pro údržbu, opravy a servis“ v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když nestanovil žádné další konkrétní podmínky předmětného školení, a takto formulované zadávací podmínky tak nejsou v této části transparentní, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

#### IV.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Dopravní podnik města Olomouce, a.s., IČO 47676639, se sídlem Koželužská 563/1, 771 10 Olomouc – uvedeného ve výrocích I. až III. tohoto rozhodnutí, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** zadávací řízení na veřejnou zakázku „Nákup plně nízkopodlažních tramvají pro DPMO, a.s.“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19.5.2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20.5.2016 pod ev. č. 633858, ve znění opravy uveřejněné dne 26.5.2016 a dne 5.8.2016, a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 25.5.2016 pod ev. č. 2016/S 099-177923, ve znění opravy uveřejněné dne 31.5.2016 pod ev. č. 2016/S 103-184956 a dne 10.8.2016 pod ev. č. 2016/S 153-278155.

#### V.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Dopravní podnik města Olomouce, a.s., IČO 47676639, se sídlem Koželužská 563/1, 771 10 Olomouc

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

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

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Dne 19.5.2016 odeslal zadavatel – Dopravní podnik města Olomouce, a.s., IČO 47676639, se sídlem Koželužská 563/1, 771 10 Olomouc (dále jen „zadavatel“) – k uveřejnění oznámení o zahájení otevřeném řízení na veřejnou zakázku „Nákup plně nízkopodlažních tramvají pro DPMO, a.s.“; oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20.5.2016 pod ev. č. 633858, ve znění opravy uveřejněné dne 26.5.2016 a dne 5.8.2016, a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 25.5.2016 pod ev. č. 2016/S 099-177923, ve znění opravy uveřejněné dne 31.5.2016 pod ev. č. 2016/S 103-184956 a dne 10.8.2016 pod ev. č. 2016/S 153-278155 (dále jen „veřejná zakázka“). Zadavatel v bodě IV.3.4) oznámení uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 5.8.2016 stanovil konec lhůty pro podání nabídek na 23.8.2016.

2. Předmětem veřejné zakázky je podle bodu II.1.5) oznámení uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 5.8.2016 *„nákup 8 ks plně nízkopodlažních tramvají pro MHD v členění 5 ks jednosměrných tramvají s jednostranným provozem a 3 ks jednosměrných tramvají s oboustranným provozem schváleného typu pro provoz v České republice“*.
3. V článku 2. „Termín a místo plnění veřejné zakázky“ kvalifikační dokumentace zadavatel stanovil: *„Tramvaje budou dodány dle následujícího harmonogramu: do 31.01.2018 3 ks jednosměrných jednostranných tramvají, do 30.04.2018 2 ks jednosměrných jednostranných tramvají, do 30.04.2018 3 ks jednosměrných oboustranných tramvají. Podrobný harmonogram termínu plnění je rovněž uveden v návrhu kupní smlouvy. Podrobnosti předání, které bude uskutečněno po úspěšném dokončení technické přejímky, jsou uvedeny v návrhu kupní smlouvy. Uvedený termín je podmíněn ukončením zadávacího řízení bez řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“). Z tohoto důvodu si zadavatel vyhrazuje právo na jednostrannou změnu předpokládaného termínu plnění v návaznosti na termín ukončení zadávacího řízení. Místem plnění a přejímky je sídlo zadavatele“*.
4. V bodu 9. článku XIV. „Doplňující a závěrečná ustanovení“ návrhu kupní smlouvy, který byl součástí zadávacích podmínek, zadavatel stanovil: *„Smluvní strany se zavazují uzavřít samostatnou servisní smlouvu pro záruční, mimozáruční a pozáruční servis nejpozději k termínu dodávky první tramvaje“*.
5. Proti zadávacím podmínkám podal navrhovatel – MKPK transport s.r.o., IČO 02911221, se sídlem Vídeňská 137/117a, 619 00 Brno (dále jen „navrhovatel“) námitky ze dne 24.8.2016, které zadavatel obdržel dne 26.8.2016. Po přezkoumání oprávněnosti námitek navrhovatele zadavatel těmito námitkám nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách ze dne 2.9.2016 navrhovatel obdržel dne 4.9.2016.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel považoval rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 2.9.2016 za učiněné v rozporu se zákonem č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), podal přípisem ze dne 13.9.2016 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

## **II. OBSAH NÁVRHU**

7. Navrhovatel uvádí, že zadavatel se s většinou jím namítaných skutečností nevypořádal a některé námitky neřeší ze všech hledisek, jak byly navrhovatelem uvedeny.
8. Navrhovatel je názoru, že dílčí hodnotící kritérium „Funkční a užitné vlastnosti vozidel (použité materiály, technologické postupy, technická úroveň subdodávek)“ je netransparentní a potenciálně diskriminační. Požadavky, které mají být v rámci tohoto dílčího hodnotícího kritéria hodnoceny, jsou podle navrhovatele stanoveny bez vazby na užitnou hodnotu těchto požadavků vzhledem k požadovanému plnění; parametry, které mají být ohodnoceny vyšším počtem bodů, jsou stanoveny samoučelně a zcela formalisticky bez vazby na účel předmětu plnění. Zadavatel podle navrhovatele při hodnocení nerespektuje funkční a užitné vlastnosti tramvají, které mají přímý vztah k předmětu plnění. V rámci subkritéria „Střecha (materiál opláštění a tepelná izolace)“ se vyšší bodové hodnocení přiřazuje nabídkám nabízejícím „Plechý z nerezů nebo laminátu a tepelná izolace“. Subkritérium je podle navrhovatele stanoveno bez ohledu na užitné vlastnosti plnění celé

veřejné zakázky. Zadavatel preferuje konkrétní materiály pro opláštění vozidla, aniž by tyto požadavky měly přímý dopad na funkčnost a skutečnou přidanou hodnotu plnění. Zadavatel nestanoví žádné minimální funkční požadavky na tepelnou izolaci, tudíž v rámci hodnocení tak mohou být zvýhodněni i ti dodavatelé, kteří nabízejí tramvaje s izolací, avšak zcela nefunkční.

9. Obdobně navrhovatel argumentuje u dílčího subkritéria „Přední nárazník“, v rámci kterého mají být lépe hodnoceny nabídky s plněním zahrnujícím „Nárazník z plastických hmot dělený na více částí“. Navrhovatel argumentuje, že se jedná o požadavek, který přímo nevyjadřuje funkčnost dodávaného plnění, resp. nezohledňuje, že obdobné vlastnosti z hlediska možných funkčních požadavků mohou mít i jiné materiály.
10. Navrhovatel namítá, že v případě dílčího subkritéria „Podíl sálavého vytápění k celkovému výkonu vytápění interiéru“ zadavatel hodnotí tento formální požadavek, aniž by fakticky bral v potaz skutečnou spotřebu energie celého vytápěcího systému jako takovou, případně aniž by vzal v potaz tepelnou pohodu. Zadavatel tak podle navrhovatele diskriminuje dodavatele, jejichž plnění by měla sice nižší podíl sálavého vytápění než plnění ostatních dodavatelů, ale jejichž plnění by co do funkčnosti bylo výhodnější.
11. Z vymezení subkritéria „Použití komponentů odbavovacího, informačního a komunikačního systému (mimo oboustranných LCD monitorů 22)“ podle navrhovatele nevyplývá, jaké konkrétní komponenty odbavovacího, informačního a komunikačního systému mají být ve vozidle použity a jak mají být použity, aby uchazeč splnil požadavek zadavatele, aby jeho nabídka byla hodnocena pozitivně. Podle navrhovatele je zřejmé, že použití jakéhokoliv z komponentů odbavovacího, informačního a komunikačního systému libovolným způsobem automaticky neznamená zvýšení užitné hodnoty plnění pro zadavatele.
12. Navrhovatel dále uvádí, že v čl. 16. odst. 2 kvalifikační dokumentace zadavatel stanoví, podle jakých informací a dokumentů se bude provádět hodnocení v rámci druhého dílčího hodnotícího kritéria „Funkční a užitné vlastnosti vozidel“, přičemž hodnocení má být mj. prováděno podle dokumentu: „Technické podmínky tramvají zpracované podle příslušné vyhlášky Ministerstva dopravy ČR“. Uvedený dokument však podle navrhovatele zadavatel nedal dodavatelům k dispozici, a tudíž navrhovatel má za to, že nemůže zpracovat svoji nabídku.
13. Navrhovatel namítá, že zadavatel v čl. 6 kvalifikační dokumentace stanoví požadavek na prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. i) zákona, přičemž ze zadávacích podmínek nevyplývá, že by v rámci kvalifikace mělo být podle § 54 písm. d) zákona požadováno prokázání odborné způsobilosti podle zvláštních právních předpisů. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel nebyl oprávněn po uchazečích vyžadovat prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. i) zákona.
14. Navrhovatel uvádí, že zadavatel v rámci technické specifikace předmětu veřejné zakázky stanoví požadavek na vytápění vozidla sálavým vytápěním nebo kombinací teplovzdušného a sálavého vytápění. Podle navrhovatele zadavatel stanoví tento požadavek bez ohledu na to, že vozidla s čistě teplovzdušným vytápěním (bez kombinace se sálavým vytápěním) mohou být funkční za srovnatelných podmínek, co se týče spotřeby energie a tepelné pohody, jako tramvaje s užitím sálavého vytápění. Požadavek, aby vozidla tramvají obsahovala za každých okolností sálavé vytápění, navrhovatel považuje za diskriminační.

Navrhovatel se neztotožnil s argumentací zadavatele, že teplovzdušné vytápění se vyznačuje vyšší prašností a vyššími náklady na údržbu otopného systému, neboť podle jeho názoru mohou být náklady u vozidel s čistě teplovzdušným vytápěním na srovnatelné úrovni s náklady u vozidel se sálavým nebo kombinovaným vytápěním.

15. Navrhovatel dále brojí proti požadavku zadavatele v zadávacích podmínkách, že „vozidlo bude vybaveno technologií a komponenty, které vykazují maximální spolehlivost provozu za minimálně vynaložené náklady na preventivní servis“. V rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám zadavatel odkázal na návrh kupní smlouvy, kde je stanovena míra provozuschopnosti a provozní spolehlivosti, která má činit alespoň 85 % po dobu deklarované životnosti. Navrhovatel namítá, že zadavatel na jednu stranu stanoví, že rozsah a potřebu preventivního servisu určuje a stanovuje dodavatel a že je v kompetencích dodavatele stanovit náklady na provoz tramvají, avšak na druhou stranu si však zadavatel vyhrazuje v zadávací dokumentaci podmínku „minimálně vynaložené náklady na preventivní servis“ a zároveň oprávnění posoudit, zda uchazečova nabídka tuto podmínku splňuje. Zadávací podmínka je podle navrhovatele netransparentní, neboť umožňuje zadavateli arbitrárně bez objektivního kritéria posoudit, zda daná nabídka podmínku splňuje či nikoliv.
16. Navrhovatel má za to, že termín dodání tramvají je jednou ze základních podmínek plnění veřejné zakázky a nelze přistoupit na to, aby si zadavatel pro sebe vyhradil právo jednostranné změny těchto podmínek. Pokud zadavatel na jednu stranu stanoví, že může změnit jednu z podmínek, která je rozhodná pro sestavení nabídky, a zároveň nestanoví, jak se tato podmínka může v budoucnu změnit, podle navrhovatele to znamená, že se jedná o netransparentní zadávací podmínku, která je navíc diskriminační tím, že odrazuje od podání nabídky ty dodavatele, kteří nechtějí nést riziko jednostranné, a tudíž nepředvídatelné změny zadávacích podmínek.
17. Navrhovatel uvádí, že kvalifikační dokumentace na straně 3 stanoví, že uchazeč zaručuje věrohodnost a přesnost všech daných prohlášení uvedených v zadávací dokumentaci. Podle navrhovatele za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel. Odpovědnost za zadávací podmínky by podle navrhovatele měla spočívat na zadavateli, který by neměl svá pochybení přenášet na dodavatele. Navrhovatel konstatuje, že pokud tak zadavatel činí, omezuje tím hospodářskou soutěž, neboť ze zadávacího řízení „vyklučuje“ ty dodavatele, kteří tuto odpovědnost nemohou nést.
18. Navrhovatel má za to, že zadavatel nemůže dodavateli stanovovat obsahové náležitosti smluv, které budou uzavřeny za účelem plnění veřejné zakázky subdodavatelem a prokazování kvalifikace subdodavatelem, v podobě personálního a finančního vymezení předmětu plnění smlouvy. Navrhovatel má za to, že dodavatel je povinen zajistit pouze náležitosti, které ukládá zákon, tedy § 51 odst. 4 písm. b) zákona a že požadavkem na obsahové náležitosti subdodavatelských smluv zadavatel diskriminuje dodavatele, přičemž takový požadavek jde nad rámec zákona a je pro dodavatele obtížně splnitelný. Navrhovatel se neztotožňuje s názorem zadavatele v rozhodnutí o námitkách, že obsahové náležitosti subdodavatelských smluv jsou v zadávacích podmínkách uvedeny jako příklad, neboť podle navrhovatele tomu neodpovídá formulace příslušného ustanovení kvalifikační dokumentace.
19. Navrhovatel brojí proti neumožnění podání nabídky v elektronické podobě prostřednictvím datových schránek. Podle navrhovatele je v současné době běžné použití elektronických

nástrojů komunikace a právního jednání v obdobných případech. Zadavatel je dle názoru navrhovatele povinen dodavatelům umožnit podávání nabídek elektronicky, a pokud možnost podání elektronické nabídky vyloučí, jedná diskriminačně.

20. Navrhovatel rozporuje požadavek zadavatele, aby nabídka byla podána v jednom písemném vyhotovení a současně na médiu CD nebo DVD v elektronické formě ve formátu kompatibilním s MS Word, MS Excel nebo Acrobat Reader (formát pdf). Navrhovatel se domnívá, že požadavek zadavatele na poskytnutí nabídky v elektronické podobě ve formátu kompatibilním s určitým software, je nezákonný, stejně jako požadavek na současné zaslání nabídky v elektronické formě na CD nebo DVD. V tomto případě se podle navrhovatele nejedná o podmínky, které jsou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky přiměřené a odůvodnitelné. Tento postup navrhovatel považuje za libovůli zadavatele a snahu o přenesení nákladů pro porovnání a posouzení nabídek ze strany zadavatele na osoby dodavatelů.
21. Navrhovatel dále považuje ustanovení návrhu kupní smlouvy, které stanoví závazek dodavatele na zaškolení zaměstnanců zadavatele pro údržbu, opravy a servis tramvají za nejednoznačný a reálně nesplnitelný. Podle navrhovatele provést školení tak, aby 5 osob zadavatele bylo schopno provádět jakoukoliv údržbu, opravy a servis na dodávaných tramvajích, je (aniž by byla dána omezení vymezená časovým, věcným či jiným rozsahem, případně aniž by zadavatel garantoval určitou míru odborné úrovně školeného personálu) nesplnitelný požadavek. Navrhovatel uvádí, že poptávané tramvaje jsou natolik komplexní a technicky složitá zařízení, že kompletní údržbu a servis je schopen provádět pouze tým o mnohem širším počtu členů (specialistů) a s potřebnými zkušenostmi (případně vzděláním technického směru); příslušné znalosti proto nelze předat jen v rámci několikadenního školení uskutečněného při dodávce tramvají. Navrhovatel uvádí, že k povinnosti provádět toto školení v tomto rozsahu se proto nelze zavázat tak, aby výstupem mohl být zadavatelem požadovaný výsledek, tj. 5 pracovníků zadavatele schopných provádět údržbu, opravy a servis tramvají. Podle navrhovatele se zadavatel s uvedenou námitkou nevypořádal ani v rámci rozhodnutí o námitkách, ze kterých navrhovateli plyne, *„že je vlastně na dodavateli, jak si tuto povinnost definuje“*. Navrhovatel má za to, že předmětná zadávací podmínka je stanovena v rozporu se zákonem.
22. Navrhovatel napadá následující podmínky uvedené zadavatelem v návrhu kupní smlouvy: *„Smluvní strany se dohodly, že jakékoliv nároky plynoucí z některé z poskytnutých záruk, uplatněné kupujícím vůči prodávajícímu, považují obě strany za oprávněné a platné, pokud prodávající neprokáže jejich neoprávněnost“* a *„V případě sporu, zda se jedná o výrobní vadu, platí názor kupujícího, že se jedná o výrobní vadu, pokud prodávající neprokáže opak“*. Na základě uvedeného má navrhovatel za to, že dodavatel v případě, že zadavatel vznese námitku vady, nemá dle uvedeného v podstatě možnost, aby prokázal, že je nárok zadavatele neoprávněný a že dodavatel za vadu neodpovídá. Navrhovatel uvádí, že dodavatel tím, že není schopen prokázat neoprávněnost nároku zadavatele, nese fakticky odpovědnost za veškeré nedostatky plnění, které se vyskytly po předání tramvají, tedy i ty, které vznikly v důsledku chování zadavatele (např. neodborným zacházením, porušením povinností zaměstnanců zadavatele apod.). Uvedené podmínky jsou proto podle navrhovatele omezující a diskriminační, neboť představují riziko dodavatele, přičemž

vzhledem k tomu, že toto riziko není možné zohlednit v nabídkové ceně, citovaná ustanovení znemožňují podání nabídky.

23. Navrhovatel namítá skutečnost, že zadavatel v návrhu kupní smlouvy stanoví: „*Smluvní strany se zavazují uzavřít samostatnou servisní smlouvu pro záruční, mimozáruční a pozáruční servis nejpozději k termínu dodávky první tramvaje*“. Navrhovatel je přesvědčen, že pokud je dodavatel zavázán v budoucnu uzavřít servisní smlouvu, potřebuje znát její obsah. Pokud by navrhovatel podle svého vyjádření podal nabídku, musel by souhlasit s tím, že vstoupí do závazku, jehož obsah mu není zatím znám, a to ani v hrubých obrysech. Zadavatel podle navrhovatele nutí dodavatele podáním nabídky zavázat se k uzavření smlouvy, jejíž obsah bude znám teprve v budoucnu a teprve v budoucnu budou známa práva a povinnosti dodavatele, které by dodavateli z této servisní smlouvy měla vzniknout. Uvedený požadavek navrhovatel považuje za netransparentní a diskriminační, neboť dodavatel nemůže učinit kvalifikované rozhodnutí o sestavení nabídkové ceny a o tom, zda vůbec nabídku podat, protože nezná veškeré povinnosti, resp. jejich obsah, které bude muset v případě získání veřejné zakázky plnit.
24. Navrhovatel uvádí, že ačkoliv má zájem na plnění veřejné zakázky, resp. účasti v zadávacím řízení, při existenci výše uvedených nezákonných zadávacích podmínek si nemohl v daném případě dovolit podat nabídku. Nezákonné zadávací podmínky jednak navrhovatele podle jeho vyjádření vylučují ze soutěže a jednak představují (pro případ plnění veřejné zakázky) rizika, která nelze zohlednit relevantním způsobem v nabídkové ceně. Navrhovatel tak podle svého vyjádření přichází o možnost ucházet se o veřejnou zakázku, plnit ji a přichází tak o potenciální budoucí zisk. Navrhovatel uvádí, že i kdyby nabídku v zadávacím řízení podal, zadávací řízení vyhrál a se zadavatelem uzavřel smlouvu, hrozí mu značná rizika spojená s plněním veřejné zakázky, která nemohl zohlednit v nabídkové ceně. Navrhovatel uvádí, že se nejedná o rizika přirozeně plynoucí z plnění veřejné zakázky, nýbrž o rizika vyplývající z nezákonných zadávacích podmínek a nezákonného postupu zadavatele.
25. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad konstatoval, že zadavatel v zadávacím řízení porušil zásady zadávání veřejných zakázek stanovené v § 6 zákona a zadávací řízení podle § 118 odst. 1 zákona zrušil.

### **III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU ZE DNE 21.9.2016**

26. Zadavatel dle svého názoru při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem. Zadavatel nesouhlasí s námitkami navrhovatele a trvá na svém rozhodnutí o námitkách. Zadavatel uvádí, že navrhovatel nesplňuje kvalifikační předpoklady pro plnění předmětu veřejné zakázky, neboť ve výpisu z obchodního rejstříku nemá v předmětu podnikání výrobu tramvají.
27. Zadavatel trvá na stanovených dílčích hodnotících kritériích, které jsou dle jeho názoru matematicky vyhodnotitelné, průkazné a nediskriminační.
28. Zadavatel uvádí, že zvolil položky v rámci druhého dílčího hodnotícího kritéria s ohledem na zkušenosti s dlouhodobým provozováním tramvají, s důrazem na vysokou míru bezbariérovosti, spolehlivosti vozidel a jednotnost jejich vybavení s přihlédnutím k provozovanému parku nízkopodlažních vozidel.



29. Subkritérium „Střecha (materiál opláštění a tepelná izolace)“ bylo podle zadavatele zvoleno z důvodu životnosti vozidel a nároků na údržbu.
30. Zadavatel uvádí, že postup při hodnocení v subkritériu „Přední nárazník“ vychází ze zkušenosti provozu, kdy dochází k častému poškození předních nárazníků a dělený nárazník z plastu umožňuje jednoduchou opravu a rychlou výměnu, čímž snižuje provozní náklady a skladové zásoby.
31. Zadavatel k požadavku na vytápění uvádí, že se snaží omezit pouze teplovzdušné vytápění z důvodu prašnosti a snížení nákladů na údržbu teplovzdušných jednotek.
32. Zadavatel nepožaduje použití jakýchkoliv komponentů OIKS, ale kompatibilních se stávajícím vybavením vozidel zadavatele, které je přesně specifikováno v bodě 1.5.2.1 Technické specifikace zadavatele - Konfigurace odbavovacího, informačního a komunikačního systému.
33. Zadavatel nezveřejnil Technické podmínky tramvají zpracované podle příslušné vyhlášky Ministerstva dopravy ČR, protože podle jeho vyjádření každý výrobce tramvají je povinen se řídit příslušnými zákony a vyhláškami vztahujícími se k výrobě a schvalování vozidel, zná je a řídí se jimi. Technické podmínky tramvají zpracovává každý výrobce tramvají sám a provozovatel se jimi následně musí řídit.
34. Zadavatel uvádí, že si byl vědom toho, že prokázání odborné způsobilosti dle § 54 písm. d) zákona v rámci předmětného zadávacího řízení nepožaduje a tedy není nutné, aby uchazeči prokazovali splnění základního kvalifikačního předpokladu dle § 53 odst. 1 písm. i) zákona. Vzhledem k tomu, že uvedený základní kvalifikační předpoklad se dle § 53 odst. 3 písm. d) zákona prokazuje předložením čestného prohlášení, zadavatel uvádí, že použil pro zadávací dokumentaci jednotné čestné prohlášení, jehož rozsah je specifikován výčtem v uvedeném ustanovení zákona. Pokud měl navrhovatel s obsahem uvedeného čestného prohlášení problém, podle zadavatele mohl situaci řešit v souladu s doplňujícími informacemi pro vyplnění formulářů uvedenými v úvodním ustanovení „Kvalifikační dokumentace a pokynů pro uchazeče“, případně v nabídce předložit čestné prohlášení vlastní. Pokud by uchazeč ve své nabídce nedoložil splnění základního kvalifikačního předpokladu dle § 53 odst. 1 písm. i) zákona, nebylo by to podle zadavatele považováno za neprokázání uvedeného základního kvalifikačního předpokladu.
35. V článku IX. odst. 1 kupní smlouvy zadavatel stanoví míru provozuschopnosti a provozní spolehlivosti, která má činit 85 % po dobu deklarované životnosti. Splněním tohoto ukazatele je vozidlo pro zadavatele vyhovující. Rozsah a potřebu preventivního servisu určuje a stanovuje výrobce a musí být předložen v návodu k obsluze a údržbě vozidla, příp. v sadách dílenských příruček k jednotlivým agregátům.
36. K namítanému nejednoznačnému termínu dodání tramvají zadavatel uvádí, že: *„nehodlá jednostranně na základě svého rozhodnutí měnit termín plnění a má maximální zájem dodržet termín dokončení plnění uvedený v zadávací dokumentaci. Pokud by došlo k řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže, jehož důsledkem by bylo výrazné zkrácení lhůty pro dokončení plnění, byla by situace řešena za účasti všech zainteresovaných (vybraný uchazeč, zadavatel a poskytovatel dotace)“*.
37. K požadavku na prohlášení uchazeče o věrohodnosti a přesnosti zadávacích podmínek zadavatel uvádí, že navrhovatel si toto ustanovení vykládá mylně, neboť věrohodnost

a přesnost se vztahuje k údajům, které uchazeč do formulářů vyplňuje, nikoliv formulářů samotných, které dodavatelům poskytl zadavatel. Zadavatel tak dle svého názoru nepřenáší odpovědnost za správnost zadávací dokumentace na uchazeče a nejedná tak v rozporu s § 44 odst. 1 zákona.

38. K namítanému požadavku na obsah subdodavatelských smluv zadavatel uvádí, že navrhovatelem napadené ustanovení je zadavatelem uváděno pouze jako příklad, nikoliv jako závazná formulace, která musí být uchazečem v subdodavatelské smlouvě použita. Zadavatel dodává, že z jeho praxe je mu známo, že uchazeči neumí formulovat obsah subdodavatelských smluv dostatečně a v souladu se zákonem (tj. v souladu s § 51 odst. 4 zákona), což následně nutí zadavatele žádat uchazeče o doplnění dokladů prokazujících kvalifikaci ve smyslu § 59 odst. 4 zákona, přičemž tyto kroky zbytečně prodlužují samotné zadávací řízení. Zadavatel podle svého vyjádření chtěl tomuto předejít a v kvalifikační dokumentaci jako příklad uvedl, jak by měl uchazeč formulovat obsah svých subdodavatelských smluv.
39. Zadavatel se domnívá, že zákon zadavatelům neurčuje povinnost přijímat nabídky prostřednictvím datových schránek. Datová schránka není podle zadavatele nástroj určený k přijímání nabídek. V rámci přijímání jakékoliv pošty došlé zadavateli datovými schránkami dochází v rámci spisového uzlu k úkonům s jednotlivými došlými dokumenty prostřednictvím několika zaměstnanců, a to jednak přes samotný příjem pošty (podatelna), rozdělování na jednotlivé odbory, v rámci nichž dochází k přerozdělení došlé pošty na vedoucí oddělení jednotlivých odborů a referenty, kteří mají danou záležitost na starosti. Tímto legálním způsobem zacházení s došlou poštou datovými schránkami v rámci spisové služby by zadavatel nedokázal zabránit tomu, aby došlá nabídka nebyla některým ze zaměstnanců otevřena a byla by tak zpochybněna transparentnost zadávacího řízení. Z uvedených důvodů je podle zadavatele jako jediný způsob transparentního příjmu nabídek jejich příjem v listinné podobě. Zadavatel dodává, že pro příjem nabídek elektronicky musí být použit certifikovaný nástroj, kterým datové schránky podle jeho názoru nejsou.
40. K požadavku zadavatele na předložení nabídky vedle listinné podoby i v elektronické podobě na CD či DVD ve formátu kompatibilním s MS WORD, MS Excel nebo Acrobat reader zadavatel uvádí, že „*v dnešní době není tento požadavek těžko splnitelný a každá firma, která v dnešní době podniká, musí disponovat minimálně jedním počítačem s obvyklými počítačovými programy*“. Požadavek zadavatele je dle jeho názoru jednak v souladu se zákonem, neboť zadavatel neurčoval konkrétní formu dokumentů, pouze požadoval kompatibilitu s uvedenými programy.
41. Ohledně požadavku zadavatele na školení 5 osob zadavatele, kteří by byli schopni provádět jakoukoliv údržbu, opravy a servis na dodávaných tramvajích zadavatel poznamenává, že poskytnuté autorizace na provádění pravidelné a běžné údržby navrhuje dodavatel vozidla a bude předmětem upřesnění v návrhu servisní smlouvy, z čehož podle názoru zadavatele vyplývá, že „*zadavatel v žádném případě nepožaduje poskytnutí servisu v plném rozsahu*“.
42. K problematice navrhovatelem namítaného nepřipustného přenesení břemene na dodavatele ohledně prokazování oprávněnosti některé z poskytnutých záruk zadavatel odkazuje na citaci uvedenou v bodu 2. článku IX. „Záruky a záruční podmínky“ návrhu kupní smlouvy, kde je uvedeno: „*Pro zajištění potřebné průhlednosti čerpání nákladů na údržbu*

*a opravy, jakož i pro účely získávání informací z provozu potřebných k dalšímu zdokonalování konstrukce tramvají, zpřístupní kupující prodávajícímu v potřebné míře svůj informační systém a umožní prodávajícímu fyzickou kontrolu kvality prováděné údržby a oprav“.* Zadavatel dodává, že opravy provádí pouze na základě dodavatelem poskytnutých autorizací svými zaškolenými odbornými zaměstnanci, kteří musí dodržovat předepsané postupy dané dodavatelem. V případě, že zadavatel nemá autorizaci oprav, jsou tyto prováděny v záruční době výhradně dodavatelem nebo autorizovanými servisy.

43. Zadavatel k problematice namítaného požadavku na povinnost dodavatele uzavřít servisní smlouvu s neznámým obsahem uvádí: *„Návrh servisní smlouvy poskytne dodavatel. Rozsah, podmínky a poskytnuté autorizace servisu na záruční, mimozáruční a pozáruční servis navrhne dodavatel. Následně o návrhu budou vedena jednání oběma stranami“.*
44. K argumentaci navrhovatele ohledně povinnosti řídit se pokyny s dosud neznámým obsahem zadavatel uvedl: *„Pokud se jedná o předmět plnění, je přesně specifikován v Článku III. Kupní smlouvy - Předmět plnění. Zde jsou závazky dodavatele přesně formulovány“.*

#### **IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

45. Úřad obdržel návrh dne 13.9.2016 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.
46. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
- zadavatel,
  - navrhovatel.
47. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S0603/2016/VZ-38281/2016/532/MOn ze dne 19.2.2016.
48. Vzhledem k tomu, že Úřad po předběžném posouzení dokumentace o veřejné zakázce získal pochybnosti o souladu úkonů a postupů učiněných zadavatelem v zadávacím řízení se zákonem, a to zejména, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem při stanovení zadávacích podmínek, vydal dne 29.9.2016 na návrh navrhovatele rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0603/2016/VZ-39927/2016/532/MOn, kterým zadavateli nařídil předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení.
49. Usnesením č. j. ÚOHS-S0603/2016/VZ-40848/2016/532/MOn ze dne 5.10.2016 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
50. Na žádost navrhovatele Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0603/2016/VZ-41376/2016/532/MOn ze dne 10.10.2016 účastníkům řízení prodloužil lhůtu stanovenou usnesením č. j. ÚOHS-S0603/2016/VZ-40848/2016/532/MOn ze dne 5.10.2016, ve které byli oprávněni vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.

#### *Vyjádření navrhovatele ze dne 17.10.2016*

51. Navrhovatel se ve správním řízení vyjádřil dopisem ze dne 17.10.2016, ve kterém ohledně své způsobilosti pro plnění předmětu veřejné zakázky uvedl, že v obchodním rejstříku má zapsaný předmět podnikání „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3

živnostenského zákona“. Obsahovou náplň předmětu podnikání „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“ tvoří obory činnosti, které má příslušný podnikatel zapsány v živnostenském rejstříku. Ve výpisu z veřejné části živnostenského rejstříku má navrhovatel zapsaný (pro předmět podnikání „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“) mj. obor činnosti „ Výroba drážních hnacích vozidel a drážních vozidel na dráze tramvajové, trolejbusové a lanové a železničního parku“.

52. Navrhovatel upozorňuje, že je dodavatelem, který se mj. zabývá dodávkami vozidel sloužících v rámci městské hromadné dopravy. Navrhovatel rovněž dokládá smlouvu uzavřenou mezi ním a jeho dodavatelem, ze které podle navrhovatele vyplývá, že *„Navrhovatel měl zajištěné věci pro plnění Veřejné zakázky a byl připraven se soutěže o Veřejnou zakázku účastnit (za předpokladu, že zadavatel odstraní vytýkané rozpory zadávacích podmínek se zákonem)“*.
53. V ostatních částech svého vyjádření navrhovatel uvádí obdobnou argumentaci jako ve svém návrhu, kterou v některých pasážích dále rozvádí, kdy např. v případě subkritérií hodnocení „Střecha (materiál opláštění a tepelná izolace)“ a „Přední nárazník“ uvádí alternativní technická řešení těchto technických prvků tramvajů s podrobným odůvodněním dopadů těchto jím navržených řešení na funkčnost a užité vlastnosti tramvajů.

## V. ZÁVĚRY ÚŘADU

54. Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, návrhu navrhovatele, stanoviska zadavatele k návrhu, vyjádření navrhovatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky nedodržel postup stanovený zákonem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
55. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

### *K právnímu postavení zadavatele*

56. Úřad nejprve ověřil postavení zadavatele podle § 2 zákona.
57. Podle § 2 odst. 2 zákona veřejným zadavatelem je
- a) Česká republika,
  - b) státní příspěvková organizace,
  - c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
  - d) jiná právnická osoba, pokud
    1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
    2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

58. Dopravní podnik města Olomouce a.s. je akciovou společností, jejímž jediným akcionářem je dle čl. 9 a 28 stanov zadavatele statutární město Olomouc, IČO 00299308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 11 Olomouc (dále jen „statutární město Olomouc“), přičemž statutární město Olomouc je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona, neboť je územním samosprávným celkem. Podle platných stanov volí statutární město Olomouc členy představenstva zadavatele (čl. 33 stanov) i dva ze tří členů dozorčího orgánu (čl. 41 stanov), z čehož je zřejmé, že zadavatel je ovládán svým akcionářem – statutárním městem Olomouc – veřejným zadavatelem, a podmínka uvedená v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona je tedy splněna.
59. Aby takový subjekt byl zadavatelem ve smyslu dotčeného ustanovení zákona, je dále nezbytné, aby současně splňoval rovněž podmínku uvedenou pod bodem 1. citovaného ustanovení zákona. Podle článku 3) „Předmět podnikání“ zakladatelské listiny zadavatele je předmětem jeho podnikání mj. provozování drah s výjimkou celostátních a silniční motorová doprava. Je tedy zřejmé, že jednou z nezanedbatelných činností zadavatele je silniční motorová doprava a provoz drážní dopravy, tedy provozování městské hromadné dopravy ve statutárním městě Olomouc, což vyplývá i z internetových stránek zadavatele. Pojem zadavatele podle předmětného ustanovení zákona je třeba chápat ve funkčním smyslu, tzn. že při určení okruhu zadavatelů je nezbytné vycházet z účelu zřízení a povahy činnosti určitého subjektu. Jelikož zákon dále nespécifikuje, co se míní uspokojováním potřeb veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu, je pro objasnění smyslu této definice nutné vycházet z relevantní judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále také jen „SDEU“). Níže citovaná judikatura je přitom na posuzovaný případ použitelná i tehdy, jestliže SDEU v konkrétním případě rozhodoval podle dřívější právní úpravy zadávání veřejných zakázek (směrnic), neboť definice zkoumaného pojmu se ve směrnících nemění.
60. Ve světle dlouhodobé rozhodovací praxe SDEU jsou potřeby veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu chápány jako potřeby, které jsou uspokojovány jinak, než dostupností zboží a služeb na trhu, a které se stát (jako druhá varianta), z důvodů obecného zájmu, rozhodl poskytovat sám, nebo nad kterými si přeje udržet rozhodující vliv (viz rozsudek ze dne 10.11.1998, C–360/96 Gemeente Arnhem a Gemeente Rheden vs. BFI Holding, ECR 1998, s. I-06821, body 50. a 51.). Při posuzování, zda-li je či není potřeba v obecném zájmu nemající průmyslový ani obchodní charakter přítomna, musí být vzaty v úvahu všechny relevantní právní a faktické prvky, jako okolnosti převládající v době, kdy byl dotýčný subjekt zřizován a podmínky, za kterých vykonává svoji činnost (rozsudek ze dne 22.5.2003, C–18/2001 Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy a další vs. Varkauden Taitotalo Oy, ECR 2003, s. I-05321, bod 48.). Například v případě společnosti Taitotalo, do jejíž činnosti spadalo zabezpečení realizace výstavby kancelářských prostor pro technické a rozvojové centrum, o jehož vytvoření mělo zájem město Varkaus, SDEU konstatoval: *„v uvedeném případě však existuje několik rozdílů mezi společnostmi jako je Taitotalo a společnostmi s ručením omezeným vlastněnými soukromými podnikateli, a sice, že i když nesou stejné ekonomické riziko jako ty druhé a může na ně být stejně prohlášen konkurz, regionální nebo místní orgány, ke kterým patří, to zřídka dovolí a raději budou, jestliže je to vhodné, rekapitalizovat takové společnosti tak, aby tyto společnosti mohly pokračovat v zabezpečování potřeb, pro které byly zřízeny, hlavně zlepšování obecných podmínek pro výkon ekonomických činností v příslušné lokalitě“*. Pro úplnost lze konstatovat, že v případě, kdy určitý subjekt vykonává částečně činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu

a současně i jinou běžnou obchodní činnost, je považován za zadavatele veřejných zakázek v plném rozsahu své činnosti. Uvedený závěr vyplývá mj. z rozsudku SDEU ze dne 15.1.1998, C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG a další / Strohal Rotationsdruck GesmbH, ECR 1998, s. I-00073.

61. Ze shora citovaných rozsudků SDEU lze taktéž dovodit, že jako potřeby veřejného zájmu je nutno chápat takové potřeby, na jejichž uspokojování má zájem širší okruh osob. Nejde tedy o potřeby, z nichž by měl užitek pouze konkrétní subjekt. V takovém případě by se jednalo o potřeby ryze soukromého charakteru. Potřeby veřejného zájmu jsou naopak potřeby, jejichž uspokojování slouží relativně neomezenému okruhu subjektů, jež se nacházejí na území konkrétního územního samosprávného celku (v prostředí České republiky na území obce či kraje), či dokonce na území státu jako takového (tzn. potřeby uspokojované fakticky v zájmu všech občanů České republiky). Jinými slovy řečeno, za potřeby veřejného zájmu je třeba považovat ty potřeby, na jejichž řádném a pokojném uspokojování má zájem sám stát, a které sám stát taktéž uspokojuje, případně jejich uspokojování svěřuje od něj odvozeným subjektům. Potřeby veřejného zájmu se projevují v celé řadě oblastí dané společnosti (komunity). Typicky mezi ně lze řadit např. potřeby projevující se v oblasti hospodářské, sociální, kulturní, dále v oblasti životního prostředí a v neposlední řadě i potřeby týkající se sféry dopravní obslužnosti.
62. Budeme-li zkoumat zadavatele ve světle kritérií podaných SDEU, dojdeme k závěru, že účelem jeho založení není běžná podnikatelská činnost a nejde o standardní tržní subjekt, když nad provozováním městské hromadné dopravy si stát logicky hodlá zachovat určitou míru kontroly a nelze tak tuto službu považovat za službu, která by měla průmyslovou nebo obchodní povahu. Ze stanov (čl. 31 stanov) vyplývá, že statutárnímu městu Olomouc jako jedinému akcionáři je taktéž ponechána široká pravomoc při výkonu působnosti valné hromady, včetně rozhodování o zásadách a pokynech, kterými se má řídit představenstvo, zejména o zásadních věcech podnikatelské strategie a obchodní politiky společnosti. Lze tak uzavřít, že rovněž podmínka uvedená v § 2 odst. 2 písm. d) bodu 1. zákona, totiž že se jedná o právnickou osobu založenou či zřízenou za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, je splněna. Dopravní podnik města Olomouce je proto veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona.
63. Při posuzování postupu zadavatele podle zákona je nutné rovněž zohlednit, že zadavatel vykonává relevantní činnost ve smyslu § 4 zákona.
64. Podle § 4 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností pro účely zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním dopravních sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti drážní, tramvajové, trolejbusové nebo lanové dopravy a provozování veřejné autobusové dopravy (dále jen „dopravní síť“); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována podle podmínek stanovených příslušným správním orgánem, zejména pak podmínek týkajících se poskytování či provozování dopravní sítě, přepravní kapacity nebo frekvence poskytování takové činnosti.
65. Podle § 2 odst. 6 zákona sektorovým zadavatelem je osoba vykonávající některou z relevantních činností podle § 4 zákona, pokud
  - a) tuto relevantní činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva, nebo

b) nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv; dominantní vliv veřejný zadavatel uplatňuje v případě, že

1. disponuje většinou hlasovacích práv sám či na základě dohody s jinou osobou, nebo
2. jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

66. Jak bylo uvedeno výše zadavatel je akciovou společností, jejímž jediným akcionářem je statutární město Olomouc, které tak vůči němu uplatňuje dominantní vliv ve smyslu cit. ustanovení zákona. Je rovněž nesporné, že jednou z činností zadavatele je provozování drah s výjimkou celostátních a silniční motorová doprava, tedy provozování městské hromadné dopravy ve statutárním městě Olomouc.
67. Zadavatel je provozovatelem dopravní sítě poskytující službu veřejnosti (městská hromadná doprava ve městě Olomouc) a je tedy splněna podmínka výkonu relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. f) zákona. Úřad konstatuje, že Dopravní podnik města Olomouce a.s. je veřejným zadavatelem, který zároveň vykonává i relevantní činnost podle citovaného ustanovení zákona.
68. Na základě výše uvedeného je tedy zřejmé, že Dopravní podnik města Olomouce a.s. naplňuje znaky jak veřejného, tak i sektorového zadavatele (viz výše). V šetřeném případě však zadavatel vystupuje jako sektorový zadavatel ve smyslu § 2 odst. 6 zákona, k čemuž Úřad uvádí následující.
69. Podle § 5 odst. 1 zákona se souběhem činností rozumí, souvisí-li předmět zadávané veřejné zakázky s výkonem relevantní činnosti i s výkonem jiné činnosti zadavatele.
70. Podle § 5 odst. 2 písm. a) zákona při souběhu činností podle § 5 odst. 1 zákona veřejný zadavatel postupuje podle ustanovení zákona platných pro sektorového zadavatele tehdy, pokud předmět veřejné zakázky souvisí především s relevantní činností vykonávanou veřejným zadavatelem; v opačném případě, nebo pokud nelze objektivně určit, zda předmět veřejné zakázky souvisí především s výkonem relevantní činnosti, postupuje veřejný zadavatel podle ustanovení zákona platných pro veřejného zadavatele.
71. V šetřeném případě není pochyb o tom, že předmět veřejné zakázky – nákup nízkopodlažních tramvají k provozování MHD zadavatelem ve statutárním městě Olomouc souvisí především s relevantní činností vykonávanou zadavatelem, a je tedy v daném případě naplněna podmínka pro použití postupu pro sektorového zadavatele stanovená v § 5 odst. 2 písm. a) zákona.
72. Poněvadž se v šetřeném případě jedná o veřejnou zakázku, která souvisí především s výkonem relevantní činnosti zadavatele, zadavatel tedy v šetřené veřejné zakázce postupoval podle ustanovení zákona platných pro sektorového zadavatele, tj. zadával veřejnou zakázku v zadávacím řízení postupem odpovídajícím pro sektorového zadavatele.
73. Podle § 19 odst. 1 zákona sektorový zadavatel postupuje podle tohoto zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti.

74. Podle § 12 odst. 1 zákona se nadlimitní veřejnou zakázkou se rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle § 13 zákona bez daně z přidané hodnoty dosáhne nejméně finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů, oblasti a druhy veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb. Tento prováděcí právní předpis stanoví rovněž seznam zboží pořizovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a výši tohoto limitu.
75. Podle § 2 odst. 1 nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu, ve znění pozdějších předpisů, finanční limit podle § 12 odst. 1 zákona v případě veřejných zakázek na dodávky činí pro zadavatele dle § 2 odst. 6 zákona 11 413 000 Kč.
76. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky podle bodu II.2) oznámení uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 5.8.2016 činí 179 000 000,- Kč bez DPH.
77. S ohledem na výše uvedené tedy plyne, že v šetřeném případě se jedná o nadlimitní veřejnou zakázku na dodávky, kterou zadavatel musí zadávat v zadávacím řízení postupem podle zákona.

#### *Relevantní ustanovení zákona*

78. Zadavatel je podle § 6 odst. 1 zákona povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
79. Zadávací dokumentace je podle § 44 odst. 1 zákona soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.
80. Nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad podle § 118 odst. 1 zákona zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

#### *K aktivní legitimaci navrhovatele pro podání návrhu*

81. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 21.9.2016 zpochybňuje aktivní legitimaci navrhovatele pro podání návrhu, neboť navrhovatel podle zadavatele nemá ve výpisu z obchodního rejstříku uvedeno jako předmět podnikání výrobu tramvajů a rovněž ani nespĺňuje kvalifikační předpoklady pro plnění předmětu šetřené veřejné zakázky. Ve vztahu k aktivní legitimaci navrhovatele tedy Úřad uvádí následující.
82. Podle § 113 zákona se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahajuje na písemný návrh stěžovatele (dále jen „navrhovatel“) nebo z moci úřední.
83. Podle § 110 odst. 1 zákona může při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), zadavateli podat zdůvodněné námitky.



84. Ve světle shora citovaných zákonných ustanovení lze navrhovatele (tj. osobu, které svědčí aktivní legitimace k podání návrhu) definovat jako dodavatele, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech. Toto vymezení navrhovatele je v zákoně jediné a dopadá tak jak na návrhy podávané proti jednotlivým úkonům zadavatele v průběhu zadávacího řízení (§ 114 odst. 1 zákona), tak na návrhy podávané po uzavření smlouvy a směřující k uložení zákazu plnění smlouvy (§ 114 odst. 2 zákona).
85. Aktivní legitimace konkrétní osoby k podání návrhu je tedy dána za kumulativního splnění dvou předpokladů:
- jedná se o dodavatele, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a
  - kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.
86. Pro úplnost považuje Úřad za nutné dodat, že tyto požadavky vyplývají též z relevantních ustanovení právních předpisů Evropské unie. Zejména se jedná o čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665/EHS, o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (ve znění směrnice 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek), který stanoví, že členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné podle prováděcích pravidel, která mohou stanovit členské státy, každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí škoda hrozí.
87. Uvedené ustanovení komunitární směrnice bylo rovněž předmětem výkladu Soudního dvora Evropské unie. Z rozsudku SDEU C-410/01 ze dne 19.6.2003 ve věci Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH a další proti Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag) vyplývá, že jednotlivé členské státy sice mají možnost stanovit konkrétní pravidla pro řízení, v nichž je přezkoumáván postup zadavatele, vždy se však musí pohybovat v rámci směrnice 89/665/EHS. SDEU konstatoval, že pojem zájem na získání veřejné zakázky nesmí být vykládán způsobem, který by omezil účinnost dané směrnice. V rozsudku SDEU ze dne 24. 6. 2004, Komise v. Rakousko, C-212/02, Recueil, s. I-0000, bod 24 bylo konstatováno: „Co se týče osob, kterým je přezkumné řízení dostupné, stačí konstatovat, že podle čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné alespoň každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí újma.“
88. Z uvedeného je zřejmé, že závěr o tom, že navrhovatel byl dodavatelem, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, je - jak uvedeno výše - předpokladem aktivní věcné legitimace navrhovatele k podání návrhu směřujícího proti postupu zadavatele při stanovení zadávacích podmínek šetřené veřejné zakázky.
89. Prvou podmínkou účastenství navrhovatele v řízení je skutečnost, že jde o dodavatele, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky. Tato podmínka plyne z ust. § 110 odst. 1 zákona. Je na tomto místě vhodné zdůraznit, že např. v rozsudku SDEU ve věci C-570/08,

Symvoulio Apochetefseon Lefkosias v. Anatheoritiki Archi Prosforon, žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias (Kypr) bylo zdůrazněno, že článek 1 odst. 3 směrnice 89/665 o koordinaci právních a správních předpisů formulací, podle níž přezkumné řízení musí být dostupné „[přinejmenším] každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky“, definuje okruh osob, které musí mít na základě této směrnice právo podat návrh na přezkum.

90. V souladu se závěry odborné literatury (Raus, D. Nad možnostmi obrany proti postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek. Právní fórum 2008, č. 5) Úřad uvádí, že podmínka zájmu na získání určité veřejné zakázky ve smyslu § 110 odst. 1 zákona bude splněna tam, kde dodavatel alespoň potenciálně mohl příslušné plnění ve prospěch zadavatele objektivně realizovat.
91. Z toho se podává, že zájem o získání určité veřejné zakázky nemá - obecně řečeno - takový dodavatel, který vůbec nebyl (není) takovou konkrétní veřejnou zakázku oprávněn plnit, tzn. nedisponuje potřebným živnostenským či jiným veřejnoprávním povolením k plnění veřejné zakázky. V posuzovaném případě se však o takový subjekt nejedná.
92. Navrhovatel ve svém vyjádření ze dne 17.10.2016 uvedl, že v obchodním rejstříku má zapsaný předmět podnikání „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“. Navrhovatel dále dodal, že zápis v obchodním rejstříku odpovídá údajům uvedeným v jeho zakladatelském právním jednání. Obsahovou náplň předmětu podnikání „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“ podle navrhovatele tvoří obory činnosti, které má příslušný podnikatel zapsány v živnostenském rejstříku. Ve výpisu z veřejné části živnostenského rejstříku má navrhovatel zapsaný (pro předmět podnikání „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“) mj. obor činnosti „Výroba drážních hnacích vozidel a drážních vozidel na dráze tramvajové, trolejbusové a lanové a železničního parku“.
93. Ze zjištění Úřadu plynoucích z výpisu z obchodního rejstříku vyplývá, že navrhovatel má v obchodním rejstříku jako předmět podnikání mj. uvedeno „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“. Z výpisu z veřejné části živnostenského rejstříku, jehož kopie je součástí správního spisu, vyplývá, že navrhovatel pro předmět podnikání „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“ má mj. zapsány tyto obory činnosti „Výroba motorových a přípojných vozidel a karosérií“, „Údržba motorových vozidel a jejich příslušenství“ a „Výroba drážních hnacích vozidel a drážních vozidel na dráze tramvajové, trolejbusové a lanové a železničního parku“.
94. V šetřeném případě je předmětem veřejné zakázky dodávka tramvajových vozů pro zadavatele. Poněvadž navrhovatel disponuje oprávněním k podnikání pro obor činnosti „Výroba drážních hnacích vozidel a drážních vozidel na dráze tramvajové, trolejbusové a lanové a železničního parku“, který odpovídá předmětu šetřené veřejné zakázky, lze učinit dílčí závěr, že navrhovatel mohl mít s ohledem na předmět jeho činnosti a jeho živnostenská oprávnění zájem na získání předmětné veřejné zakázky a mohl tedy být potenciálním uchazečem o předmětnou veřejnou zakázku.
95. Druhou stěžejní podmínkou uvedenou v ust. § 110 odst. 1 zákona, která musí být při zkoumání aktivní věcné legitimace navrhovatele kumulativně s předchozí, shora popsanou

podmínkou splněna, je, aby šlo o takového dodavatele, kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.

96. Předně je Úřad nucen konstatovat, že újma je pojem zjevně širší než pojem škoda. Újma nemusí a v určitých fázích ani nemůže být přesně vyčíslena, a proto stačí obecné vymezení následku jednání zadavatele vůči stěžovateli. Újma v sobě zahrnuje jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, kterou v okamžiku podání návrhu není možné přesně stanovit, avšak musí být nesporné, že došlo k újmě na právech eventuálního dodavatele. Povinnosti prokázat vznik újmy se obšírně věnovalo mj. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15.7.2010, č.j. R158/2009/VZ-10447/2010/310/ASc, v němž bylo uzavřeno, že „v zásadě postačí, aby byla újma prokázána aspoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat“.
97. Navrhovatel již v námitkách, stejně tak v návrhu (bod 98. a násl. návrhu, pozn. Úřadu), tedy ve vedeném správním řízení uvedl, že mu nesprávným postupem zadavatele při stanovení zadávacích podmínek vznikla újma z toho důvodu, že přichází o možnost účastnit se předmětného zadávacího řízení a přichází tak i o potenciální budoucí zisk. Nelze tedy než uzavřít, že rovněž tato podmínka stanovená v ust. § 110 odst. 1 zákona byla navrhovatelem splněna.
98. K argumentu zadavatele, že navrhovatel nespĺňuje kvalifikaci pro plnění předmětu veřejné zakázky, Úřad uvádí, že kvalifikaci dodavatele pro plnění předmětu veřejné zakázky zadavatel posuzuje výlučně na základě jím podané nabídky. Poněvadž navrhovatel v šetřeném případě nabídku na plnění předmětu veřejné zakázky nepodal, zadavatel není oprávněn činit jakýkoliv závěr o tom, zda tento dodavatel kvalifikaci splňuje či nikoliv. Zadavatel nemůže předem vědět, jakým způsobem konkrétní dodavatel svoji kvalifikaci pro plnění předmětu veřejné zakázky hodlá prokázat, zdali kvalifikaci prokáže vlastními silami, podá společnou nabídku s jiným dodavatelem nebo zda svoji kvalifikaci bude částečně prokazovat pomocí svého subdodavatele. Z uvedeného důvodu Úřad považuje konstatování zadavatele ohledně nesplnění kvalifikace pro plnění předmětu veřejné zakázky navrhovatelem za dané situace za čistě spekulativní a ničím nepodložené. Úřad tedy na základě výše uvedeného konstatuje, že nezjistil skutečnosti, které by zpochybnilly aktivní legitimaci navrhovatele k podání předmětného návrhu.

#### *K výroku I. rozhodnutí*

99. V článku 2. „Termín a místo plnění veřejné zakázky“ kvalifikační dokumentace zadavatel stanovil: *„Tramvaje budou dodány dle následujícího harmonogramu: do 31.01.2018 3 ks jednosměrných jednostranných tramvají, do 30.04.2018 2 ks jednosměrných jednostranných tramvají, do 30.04.2018 3 ks jednosměrných oboustranných tramvají. Podrobný harmonogram termínu plnění je rovněž uveden v návrhu kupní smlouvy. Podrobnosti předání, které bude uskutečněno po úspěšném dokončení technické přejímky, jsou uvedeny v návrhu kupní smlouvy. Uvedený termín je podmíněn ukončením zadávacího řízení bez řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“). Z tohoto důvodu si zadavatel vyhrazuje právo na jednostrannou změnu předpokládaného termínu plnění v návaznosti na termín ukončení zadávacího řízení. Místem plnění a přejímky je sídlo zadavatele“.*
100. Podle § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět

veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.

101. K pojmu zadávací dokumentace, jejíž součástí je i kvalifikační dokumentace (dále v obecné rovině tedy jen jako „zadávací dokumentace“) Úřad nejprve obecně uvádí, že zadávací dokumentace veřejné zakázky je základním dokumentem zadávacího řízení a nejdůležitějším zdrojem informací, na jejímž základě zpracovávají dodavatelé své nabídky, a proto zákon zadavateli ukládá povinnost vymezit jejím prostřednictvím veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli zpracovat své nabídky. Co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci je tedy základem pro podání nabídek odpovídajících požadavkům zadavatele.
102. Zadávací dokumentace tvoří souhrn konkrétních požadavků zadavatele na zpracování nabídky. Z těchto požadavků pak následně vyplynou i podrobná pravidla pro určení, která nabídka je pro zadavatele nejvhodnější. Základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky. Ze zadávací dokumentace musí být zcela jednoznačně patrné, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou nabídky „soutěžit“ a jak mají být zpracovány, aby spolu „soutěžit“ vůbec mohly. Jinými slovy řečeno, zadávací dokumentace musí být pro dodavatele, jež mají v úmyslu soutěžit o veřejnou zakázku, natolik čitelná, aby po seznámení se s jejím obsahem bez pochybností věděli, „co“ a za jakých podmínek mají zadavateli nabídnout, tedy zásadní je bezpochyby i uvedení přesných, podrobných a jasných údajů o termínech a lhůtě dodání požadovaného předmětu plnění veřejné zakázky. Všechny v zadávací dokumentaci stanovené podmínky ovlivňují skutečnost, zda se dodavatel předmětného zadávacího řízení zúčastní, jak bude jeho nabídka vypadat a jaké podmínky plnění dodavatel nabídne. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace pak odpovídá zadavatel.
103. Jak vyplývá z výše uvedeného, zadávací dokumentace musí být zpracována tak, aby se dodavatelé na jejím základě byli schopni rozhodnout, zda nabídku podají a aby podané nabídky byly následně vzájemně porovnatelné a umožňovaly zadavateli jejich hodnocení podle stanovených hodnotících kritérií. V tomto ohledu je pak nejdůležitější částí zadávací dokumentace přesné vymezení předmětu veřejné zakázky, které v podaných nabídkách ovlivní též další aspekty, zejména pak výši nabídkové ceny. K tomu Úřad dále dodává, že zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem dodržena v průběhu celého zadávacího řízení, tedy i při tvorbě zadávacích podmínek.
104. Účelem zmíněné zásady transparentnosti, zakotvené v § 6 odst. 1 zákona, je zajištění toho, aby zadávání veřejné zakázky proběhlo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů. Porušením této zásady je pak jakékoliv jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení. Tak tomu může být např. i tehdy, pokud zadávací dokumentace neobsahuje jednoznačně a srozumitelně formulované zadávací podmínky (na straně uchazečů může vzniknout interpretační nejistota ohledně údajů uvedených zadavatelem v zadávací dokumentaci). S ohledem na uvedené musí

zadavatel zpracovat zadávací dokumentaci dostatečně kvalitně v detailu nezbytném pro zpracování nabídky a s náležitou pečlivostí, aby uchazeči mohli podat odpovídající a vzájemně porovnatelné nabídky.

105. Požadavek transparentnosti je považován za nesplněný v případě, že jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. K tomu Úřad dodává, že za netransparentní lze podle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 62 Ca 77/2008-45 ze dne 4. 11. 2010 považovat jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.
106. V této souvislosti Úřad pro úplnost odkazuje např. na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 33/2007 ze dne 20. 3. 2008, v němž uvedený soud judikoval, že *„[z]adávací dokumentací se tedy rozumí souhrn všech konkrétních požadavků zadavatele na zpracování nabídky. Z těchto požadavků pak následně, nad rámec kritérií obsažených v oznámení zadávacího řízení, vyplynou i podrobná pravidla pro určení, která nabídka je pro zadavatele nejvýhodnější a která se tak stane nabídkou vítěznou. Základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl.“*
107. V zadávací dokumentaci předmětného zadávacího řízení je stanoveno, že zadavatel poptává 8 ks plně nízkopodlažních tramvají pro MHD v členění 5 ks jednosměrných tramvají s jednostranným provozem a 3 ks jednosměrných tramvají s oboustranným provozem. Z článku 2. „Termín a místo plnění veřejné zakázky“ kvalifikační dokumentace vyplývají termíny, ve kterých mají dodavatelé jednotlivé požadované typy tramvají dodat, konkrétně se jedná o 2 termíny: do 31.1.2018 a do 30.4.2018. V témže článku kvalifikační dokumentace si zadavatel zároveň stanovil výhradu pro jednostrannou změnu předpokládaného termínu plnění v návaznosti na termín ukončení zadávacího řízení v případě, že předmětné zadávací řízení bude prošetřováno před Úřadem.
108. Z obsahu zadávací dokumentace tedy vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky je dodávka 8 ks plně nízkopodlažních jednosměrných tramvají dvou různých typů – s jednostranným provozem a s oboustranným provozem.
109. Dodávka každé zadavatelem poptávané tramvaje představuje dodávku technologicky velmi náročného výrobku, který sestává z celé řady samostatných mechanismů, které spolu tvoří jeden funkční celek.
110. Aby zadavatel obdržel poptávané plnění v požadovaném rozsahu a kvalitě, je vedle odborné způsobilosti a know how konkrétního dodavatele tramvajových vozů nepochybně podstatná i celková lhůta pro dodání poptávaných tramvajových vozů.
111. V šetřeném případě zadavatel poptává technicky náročné dopravní prostředky, které se skládají z velkého množství dílčích mechanismů, což má za následek vysokou časovou náročnost výroby a montáže těchto dopravních prostředků. Poněvadž dodavatelé tramvajových vozů zpravidla nejsou výrobci všech dílčích komponent těchto vozů, ale část

mechanismů nebo jednotlivých dílů je realizována subdodavately, nabývá celková lhůta plnění pro dodavatele na důležitosti, neboť dodavatelé musí kalkulovat nejen s dobou výroby a montáže tramvají v rámci vlastních kapacit, ale musí zohledňovat i případné lhůty svých subdodavatelů, bez jejichž komponent a agregátů nelze tramvajový vůz zkompletovat. Na celkovou lhůtu plnění veřejné zakázky má nepochybně vliv i rozsah a četnost různých technických specifik a individuálních požadavků objednatelů tramvajových vozů. Celková lhůta plnění veřejné zakázky je pro dodavatele nepochybně zásadní i z toho důvodu, že dodavatelé mohou mít nasmlouvány pro konkrétní období zakázky od jiných objednatelů a jistota o celkové lhůtě plnění může rozhodovat o tom, zda dodavatel bude další plnění schopen časově zvládnout či nikoliv.

112. Každý potenciální dodavatel tak v případě účasti v předmětné veřejné zakázce bezpochyby zohledňuje, a lze konstatovat, že tato skutečnost je pro něj veskrze zásadní, termín plnění dané veřejné zakázky, protože musí počítat s tím, že poptávané tramvajové vozy musí nejen po technické stránce v souladu se zadávacími podmínkami vyrobit, ale v zadavatelem stanovených termínech i řádně a kompletně dodat.
113. Potenciální dodavatel si tedy před tím, než podá nabídku na plnění předmětu veřejné zakázky, musí zjistit, zda je vůbec schopen požadovaný předmět veřejné zakázky v plném rozsahu (případně s využitím subdodavatelského plnění) splnit a zda pro poptávané plnění disponuje potřebnou volnou výrobní kapacitou, a tudíž musí mít přesné informace o lhůtě, ve které bude muset předmět plnění dodat.
114. V předmětném případě zadavatel stanovil termín dodání předmětných tramvají pevným datem, tzn. do 31.1.2018 a do 30.4.2018, přičemž zároveň uvedl, že *„Uvedený termín je podmíněn ukončením zadávacího řízení bez řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“). Z tohoto důvodu si zadavatel vyhrazuje právo na jednostrannou změnu předpokládaného termínu plnění v návaznosti na termín ukončení zadávacího řízení.“*
115. Ačkoliv tedy dodavatelé měli předem informaci o předpokládaném termínu dodání tramvajových jednotek, mělo uvedení tohoto údaje pro dodavatele pouze nízkou vypovídací hodnotu, když tím nezískali zcela zásadní informaci, a to informaci o lhůtě, ve které skutečně budou povinni předmět plnění dodat, neboť zadavatel si vyhradil možnost termín plnění jednostranně změnit, přičemž tuto možnost ani žádným způsobem dále nespecifikoval; dodavatelé si tudíž nemohou být jisti, zda v případě, že v předmětné věci bude probíhat šetření před Úřadem, zadavatel využije své výhrady na jednostrannou změnu termínu dodání tramvajových vozů, ani jakým způsobem takovou výhradu použije, respektive jakým způsobem bude uplatněna. Není tedy najisto postavena ani ta skutečnost, zda zadavatel uvedené výhrady vůbec využije, neboť zadavatel si vyhradil pouze možnost jednostranné změny termínů a žádným způsobem tedy negarantoval, že tak skutečně učiní.
116. Dodavatelé taktéž neměli povědomí o tom, zda v případě, že nastanou podmínky pro možnou jednostrannou změnu termínů pro dodání tramvajových vozů a zadavatel se pro změnu termínů dodání tramvajových vozů jednostranně rozhodne, zda dojde k posunu termínů dodání tramvajových vozů o celou dobu, co řízení před Úřadem probíhalo, nebo posun termínů dodání bude představovat jen část z této doby. Ani vyjádření zadavatele uvedené v rámci rozhodnutí o námitkách, popř. v rámci návrhu, že *„nehodlá jednostranně na základě svého rozhodnutí měnit termín plnění a má maximální zájem dodržet termín*

*dokončení plnění uvedený v zadávací dokumentaci. Pokud by došlo k řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže, jehož důsledkem by bylo výrazné zkrácení lhůty pro dokončení plnění, byla by situace řešena za účasti všech zainteresovaných (...)“*, na věci nic nemění, když tato informace jednak dodavatelům nebyla poskytnuta před podáním nabídek, jednak opětovně neposkytuje odpověď na to, s jakým termínem plnění mohou uchazeči ve skutečnosti počítat.

117. Z výše uvedeného tedy plyne, že uvedená zadávací podmínka činí zadávací řízení nejednoznačným a netransparentním, neboť zadávací podmínky tak, jak byly zadavatelem stanoveny, nedávají dodavatelům informaci o tom, jaké budou jednotlivé termíny dodání tramvajových vozů v případě, že v předmětné věci bude probíhat šetření před Úřadem, neboť v takovém případě si zadavatel vyhradil možnost jednostranné změny termínů dodání, aniž by garantoval aplikaci uvedeného ustanovení při splnění stanovené podmínky a aniž by stanovil vlastní mechanismus stanovení změny termínů dodání tramvajových vozů v takovém případě.
118. Lze předpokládat, že dodavatelé obecně nedisponují zadavatelem poptávanými tramvajovými vozy, nýbrž vlastní výrobu poptávaných vozů započnou po závazném uzavření smluvního vztahu, ze kterého vzejde požadovaný počet poptávaných tramvají a termín jejich dodání. I kdyby některý z dodavatelů měl v úmyslu získat oproti ostatním dodavatelům konkurenční výhodu tím, že bude mít část poptávaných tramvajových vozů vyrobenou před ukončením zadávacího řízení, nelze uvedenou situaci považovat za reálnou, a to už z toho důvodu, že technická specifika poptávaných tramvají jsou u různých objednatelů vzájemně odlišná a i pokud dodavatelé již znají technické specifikace poptávané zadavatelem, je z ekonomického hlediska zcela nesmyslné, že by před podpisem kupní smlouvy započali s jejich výrobou v zadavatelem požadovaných specifikacích, neboť takový postup dodavatelů, že by započali výrobu tramvajových vozů pro veřejnou zakázku, o které ani neví, zda v ní budou úspěšní a budou ji plnit, je z podnikatelského hlediska v podstatě vyloučen, neboť by to pro potenciální dodavatele znamenalo nezanedbatelné výdaje, které by se v případě neúspěchu dodavatele v zadávacím řízení nebo v případě zrušení zadávacího řízení ze strany zadavatele nevrátily, ba dokonce by takový postup pro neúspěšného dodavatele mohl znamenat neodvratné finanční problémy. Je tedy nanejvýš pravděpodobné, že uchazeči začnou s výrobou zadavatelem poptávaných tramvají až ve chvíli, kdy dojde k podpisu kupní smlouvy se zadavatelem, neboť do té doby stále nemají jistotu, že k nákupu tramvají skutečně dojde.
119. Z uvedeného důvodu a vzhledem ke specifickému předmětu veřejné zakázky hrál termín dodání tramvají v daném případě zcela rozhodující význam pro rozhodnutí dodavatele, zda se předmětného zadávacího řízení zúčastní či nikoliv.
120. Přestože potenciální dodavatelé, kteří byli schopni v plném rozsahu a v zadavatelem požadovaných specifikacích poptávané tramvaje dodat, museli navíc v šetřeném případě zvažovat účast v zadávacím řízení, neboť museli učinit rozhodnutí, zda se odváží vstoupit do takového smluvního vztahu, ve kterém existuje možnost, v případě, že bude probíhat řízení u Úřadu a zadavatel nevyužije možnosti prodloužení termínů plnění, popř. termín plnění prodlouží nedostatečně, že ho za jistých okolností, nebudou z časových důvodů schopni v zadavatelem stanoveném termínu splnit. Museli totiž počítat s tím, že ačkoliv zadavatel v zadávacích podmínkách učinil jednostrannou výhradu pro možnou změnu termínů dodání

poptávaných tramvají v případě, že v předmětné věci bude probíhat šetření před Úřadem, zadavatel nakonec této výhrady nebude muset využít anebo termíny pro dodání tramvají nebudou prodlouženy dostatečně tak, aby pokryly celou dobu, kdy zadávací řízení bylo šetřeno před Úřadem. Dodavatelé tedy vedle „běžného“ rizika vyplývajícího z účasti v zadávacím řízení, se kterým je každý dodavatel srozuměn, museli nést i riziko z důvodu zadavatelem nesprávně stanovených zadávacích podmínek, kdy dodavatelé neměli jistotu, jak dlouhá bude doba plnění veřejné zakázky a jaké budou konečné termíny pro dodání tramvají v případě, že zadávací řízení bude šetřeno před Úřadem. Z důvodu zadavatelem nesprávně stanovených zadávacích podmínek tudíž dodavatelům nezbylo, než aby buď podstoupili toto riziko zapříčiněné nesprávným postupem zadavatele, čímž se vystavili možnosti smluvní sankce za nedodržení termínů dodání tramvají nebo se rozhodli, že takové riziko je pro ně natolik velké, že jej nebudou podstupovat a zadávacího řízení se nebudou vůbec účastnit. Dodavatelé, kteří se i přes výše uvedené rozhodli, že svoji nabídku na plnění veřejné zakázky podají, museli učinit manažerské (obchodní) rozhodnutí, zda, příp. v jaké výši započítají případnou smluvní sankci do své nabídkové ceny, což mohlo způsobit, že pokud by zadavatel uvedený nezákonný požadavek na stanovení termínu dodání tramvají nepoužil a stanovil by např. že minimální lhůta pro dodání tramvají bude vždy činit např. 14 měsíců, což by, na rozdíl od stávajících zadávacích podmínek, dodavatelům zaručilo jistotu, v jaké lhůtě budou muset předmět plnění dodat, není vyloučeno, že by obdržel vyšší počet nabídek, než nabídku jediného dodavatele, přičemž mohl obdržet i nabídku, která bude obsahovat pro něj ekonomicky výhodnější podmínky, než které obsahuje nabídka, kterou v šetřeném případě obdržel. Není vyloučena ani možnost, že pokud by zadavatel termín dodání tramvají stanovil zákonným způsobem, mohla i obdržená nabídka obsahovat nižší nabídkovou cenu, a to z důvodu, že by tento dodavatel nemusel kalkulovat s případnou sankcí za nedodržení termínu dodání tramvají, pokud tak tento dodavatel v šetřeném případě učinil.

121. Pro úplnost Úřad uvádí, že lze ocenit snahu zadavatele o specifikaci termínu dodání předmětu plnění v případě nastalých komplikací v rámci zadávacího řízení, nicméně způsob jakým tak zadavatel učinil nelze považovat za transparentní, neboť tak dodavatelům neposkytuje informaci o skutečných termínech plnění a zároveň tedy ani informaci o lhůtě, ve které budou povinni předmět plnění dodat. Za správný by bylo možné považovat takový postup, kdy by zadavatel stanovil určitou minimální lhůtu pro dodání tramvají, která by byla za každých okolností dodržena, např. pokud by uvedl, že lhůta pro dodání tramvají bude činit vždy např. 14 měsíců, aby dodavatelé měli jistotu ohledně této lhůty a mohli s takovou lhůtou kalkulovat při rozhodování o své účasti v předmětném zadávacím řízení a následně při sestavování nabídek. Zadávací podmínky, tak, jak je v šetřeném případě nastavil zadavatel, dodavatelům totiž nedávají jednoznačnou informaci o tom, v jaké lhůtě budou muset předmět plnění dodat a nelze je tak považovat za transparentní a souladné se zákonem.
122. Ve vztahu k problematice transparentnosti zadávací dokumentace lze rovněž odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 77/2008-45 ze dne 4.11.2010, ve kterém se uvádí následující: *„Požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti zadávací dokumentace plyne z obecné zásady transparentnosti zakotvené v § 6 ZVZ. Tato zásada spolu se zásadou zákazu diskriminace a zásadou stejného zacházení se všemi uchazeči musí být zadavatelem dodržována v rámci celého zadávacího řízení. Úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek.*



*Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení. Tak tomu může být např. i tehdy, pokud zadávací dokumentace neobsahuje jednoznačně a srozumitelně formulovaná pravidla“.*

123. Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 19/2011 – 116 ze dne 2.8.2012 taktéž judikoval, že: *„zadávací dokumentace musí uchazečům sloužit coby dostatečně konkrétní, jasný, jednoznačný a srozumitelný zdroj informací o tom, jak mají zpracovat své nabídky, neboť zadávací dokumentace podle § 44 odst. 1 zákona vymezuje předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace podle téhož ustanovení zákona odpovídá zadavatel. (...) Základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl“.*
124. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel porušil při zadávání šetřené veřejné zakázky ustanovení § 44 odst. 1 zákona a zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, tím, že v článku 2. „Termín a místo plnění veřejné zakázky“ kvalifikační dokumentace k termínu dodání jednotlivých typů tramvají stanovil: *„Uvedený termín je podmíněn ukončením zadávacího řízení bez řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“). Z tohoto důvodu si zadavatel vyhrazuje právo na jednostrannou změnu předpokládaného termínu plnění v návaznosti na termín ukončení zadávacího řízení“*, přičemž takto formulované zadávací podmínky nejsou v citované části transparentní, neboť zadavatel si v citovaném ustanovení zadávacích podmínek stanovil jednostrannou výhradu změny předpokládaného termínu dodání, a zadávací podmínky tak uchazečům neposkytují jistotu ohledně termínu dodání předmětu plnění a zároveň tedy o celkové době, ve které budou uchazeči povinni dodat předmět plnění, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
125. Skutečnost, že uvedený postup zadavatele mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, je zřejmá z textu výše uvedeného odůvodnění tohoto rozhodnutí a spočívá v tom, že mohl odradit některé dodavatele od účasti v zadávacím řízení, a to ty, kteří nechtěli nést nemalé riziko nedodržení termínů dodání tramvají z důvodu jejich nezákonného stanovení zadavatelem. Takoví dodavatelé, kteří nechtěli toto riziko podstoupit, nebo ti dodavatelé, kteří usoudili, že započítáním případné sankce do nabídkové ceny by se jejich nabídka stala nekonkurenceschopná, byli nepochybně od účasti v zadávacím řízení odrazeni, když ze zadávacích podmínek nejsou zřejmé termíny dodání tramvají v případě, že zadávací řízení bude šetřeno před Úřadem. Tato skutečnost v konečném důsledku mohla ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit situaci, že by uchazeč, který nepodal nabídku, mohl v případě, pokud by zadávací podmínky byly stanoveny v souladu se zákonem, podal ekonomicky výhodnější nabídku, než obsahuje nabídka jediného uchazeče, který podal nabídku. Nesprávný postup zadavatele při stanovení termínu dodání tramvajových vozů měl

v šetřeném případně mj. vliv na postup navrhovatele, který v zadávacím řízení nepodal svoji nabídku právě z důvodu nezákonných zadávacích podmínek, ačkoliv dle svého vyjádření měl o účast v zadávacím řízení vážný zájem.

*K výroku II. rozhodnutí*

126. V bodu 9. článku XIV. „Doplňující a závěrečná ustanovení“ návrhu kupní smlouvy, který byl součástí zadávacích podmínek, zadavatel stanovil: *„Smluvní strany se zavazují uzavřít samostatnou servisní smlouvu pro záruční, mimozáruční a pozáruční servis nejpozději k termínu dodávky první tramvaje“.*
127. V rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám III ze dne 4.8.2016 zadavatel na dotaz č. 8, který zněl: *„V čl. XIV. odst. 9 Smlouvy je zakotveno, že „smluvní strany se zavazují uzavřít samostatnou servisní smlouvu pro záruční, mimozáruční a pozáruční servis nejpozději k termínu dodávky první tramvaje.“ Pokud je dodavatel zavázán v budoucnu uzavřít servisní smlouvu, potřebuje znát její obsah. Žadatel žádá zadavatele, aby specifikoval obsah servisní smlouvy, kterou by měl dodavatel Veřejné zakázky uzavírat“*, zadavatel odpověděl: *„Návrh servisní smlouvy poskytne prodávající. Rozsah, podmínky a poskytnuté autorizace servisu na záruční, mimozáruční a pozáruční servis navrhne prodávající. Následně o návrhu budou vedena jednání oběma stranami“.*
128. K uvedenému nejprve Úřad odkazuje na body 101. až 106. odůvodnění tohoto rozhodnutí a další judikaturu citovanou v odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí, které obecně pojednávají o pojmu zadávací dokumentace a povinnostech dodržení zásady transparentnosti při jejím zpracování.
129. V šetřené veřejné zakázce z bodu 9. článku XIV. „Doplňující a závěrečná ustanovení“ návrhu kupní smlouvy vyplývá, že zadavatel předpokládá, že bude nejprve s vybraným uchazečem uzavřena kupní smlouva na dodávku tramvají a teprve následně (nejpozději k termínu dodávky první tramvaje) bude s vybraným uchazečem uzavřena samostatná servisní smlouva pro záruční, mimozáruční a pozáruční servis (dále jen „servisní smlouva“).
130. Z návrhu kupní smlouvy předložené zadavatelem a z dodatečných informací k zadávacím podmínkám III ze dne 4.8.2016 vyplývá, že před uzavřením kupní smlouvy nebude dodavatelům známý obsah servisní smlouvy, a to ani v jeho podstatných ohledech, neboť ačkoliv ze zadávacích podmínek vyplývá, že návrh servisní smlouvy zpracuje dodavatel (vybraný uchazeč), zadavatel si vyhrazuje právo o tomto návrhu servisní smlouvy dále jednat a měnit jej, přičemž žádné další konkrétní podmínky uzavření této servisní smlouvy, popř. požadavky na obsah této servisní smlouvy nebyly v rámci zadávacích podmínek poskytnuty.
131. Z uvedených skutečností je zřejmé, že ačkoliv návrh servisní smlouvy zpracuje dodavatel, bude o tomto návrhu servisní smlouvy jednáno se zadavatelem tak, že tento návrh servisní smlouvy se může následně změnit, a to blíže nespecifikovaným způsobem. Skutečnost, že návrh servisní smlouvy může doznat veskrze jakýchkoliv změn, je zřejmá z obsahu výše citovaných dodatečných informací (viz bod 127. odůvodnění tohoto rozhodnutí), kde zadavatel uvedl, že o návrhu servisní smlouvy bude s vybraným uchazečem dále jednat a tudíž předpokládá, že návrh servisní smlouvy předložený vybraným uchazečem dozná změn; zadavatel tedy možnost změn oproti návrhu servisní smlouvy nevylučuje, dokonce je předem sám předpokládá. Tato skutečnost uvádí dodavatele v nejistotu, když při uzavírání

kupní smlouvy na dodávku tramvají se smluvně zaváží k uzavření servisní smlouvy, jejíž obsah není předem znám, respektive, jejíž návrh sice zpracují, avšak s vědomím toho, že může dostát změn, a to i v jeho podstatných ohledech. Pro dodavatele je však před uzavřením kupní smlouvy zcela nezbytné, aby návrh servisní smlouvy znali, neboť nelze připustit, aby se jakýkoliv dodavatel musel předem zavázat k uzavření smlouvy, jejíž obsah předem nezná, respektive nedokáže garantovat, že obsah takové smlouvy (po možných změnách návrhu předloženého dodavatelem) bude schopen zajistit. Nelze také vyloučit, že dodavatel nebude s obsahem servisní smlouvy, po úpravách požadovaných zadavatelem, souhlasit a v případě, že by takové požadavky zadavatele znal předem, předmětného zadávacího řízení by se neúčastnil, popř. právě naopak, by měl s ohledem na konečnou podobu předmětné servisní smlouvy o účast v zadávacím řízení zájem. Stejně tak nelze v daném případě přehlédnout skutečnost, že zadavatel svým postupem dává prostor k tomu, že obsah a předmět servisní smlouvy bude záležet na tom, kdo bude vybraným uchazečem, tzn. nejsou dány jednotné podmínky pro všechny dodavatele (uchazeče) shodně.

132. Úřad považuje za nezbytné vyjádřit se v této souvislosti obecně k režimu uzavírání smluv v rámci zadávacích řízení, neboť postup zadavatele, kdy hodlá o smlouvě uzavírané v rámci otevřeného zadávacího řízení, jednat (jak zadavatel uvedl v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám III ze dne 4.8.2016), nelze aprobovat. Zadávací řízení podle zákona totiž představuje specifický kontraktační proces upravený v souvislosti s vynakládáním veřejných prostředků s cílem zabezpečit jejich hospodárné využívání. Zákon tedy modifikuje proces kontraktace upravený jinak obecnými soukromoprávními předpisy, resp. stanovuje další požadavky, které zadavatel musí dodržet. Zadávání veřejných zakázek totiž představuje specifický postup uzavření smlouvy, který se v tomto ohledu výrazně liší od běžného soukromoprávního procesu kontraktace výlučně v režimu zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v platném znění (dále jen „NOZ“), která je výrazně volnějši, a která oběma stranám v procesu uzavírání smlouvy např. dovoluje měnit náležitosti a obsah smlouvy po celou kontraktační fázi, až do jejího uzavření. Naopak zákon subjektům smlouvy na veřejnou zakázku tyto možnosti limituje.
133. Kontraktační proces v soukromém právu zahrnuje v ideálním případě prvotní ofertu jedné strany a následnou akceptaci této oferty druhou stranou, a to v případě, že druhá strana v tomto ideálním případě beze zbytku akceptuje veškeré podmínky, které jsou obsahem oferty. Právě uvedené je zcela použitelné i v rámci uzavírání smlouvy v zadávacím řízení. V soukromém právu však může být proces uzavírání smlouvy mnohem složitější, neboť se může skládat z nepřeborného množství ofert, kdy původní oferta jedné strany může být měněna dodatky, výhradami, omezeními nebo jinými změnami oferty, které představují odmítnutí nabídky, po kterém pak následuje další oferta, přičemž tento proces může v soukromém právu probíhat dle vůle stran až do konečné shody o obsahu budoucí smlouvy. Právě uvedené však v procesu zadávání veřejných zakázek není možné, nadto v otevřeném řízení, které žádá následná jednání o podobě smlouvy nepřipouští. V rámci otevřeného zadávacího řízení je možná změna smlouvy pouze ve formálních náležitostech a nelze tedy připustit, aby zadavatel stanovil, že se o návrhu smlouvy bude „dále jednat“.
134. Postup uzavírání smluv podle zákona je upraven odlišným způsobem. Smlouva má být uzavřena v takovém znění, v jakém byla smlouva obsažena v uchazečově nabídce, tedy po obsahové stránce. Připustit lze jen změny týkající se některých „formálních“ náležitostí, které

nemají dopad na práva a povinnosti smluvních stran, tedy neomezují či nerozšiřují práva a povinnosti smluvních stran. Může se tak např. jednat o upravené kontaktní údaje. Z obsahu zadávacích podmínek však nejsou zřejmé ani základní náležitosti, které by měl návrh servisní smlouvy obsahovat.

135. Takový postup lze považovat za netransparentní, neboť zadávací dokumentace neobsahuje jednoznačně a srozumitelně definované zadávací podmínky, když v šetřeném případě zadavatel stanoví, že o návrhu servisní smlouvy hodlá dále s vybraným uchazečem jednat, aniž by dodavatelům přiblížil, co si pod pojmem „jednání“ o návrhu smlouvy představuje a aniž by takový postup zákonodárce v šetřeném zadávacím řízení umožňoval, v důsledku čehož uchazeči nemají jistotu, jakým způsobem zadavatel bude při uzavírání servisní smlouvy postupovat. Postup zadavatele tak v této části zadávacího řízení způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.
136. Platí, že je to zadavatel, kdo zodpovídá za správnost a úplnost zadávacích podmínek, přičemž zadávací podmínky musí co nejpřesněji vymezit předmět veřejné zakázky natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní sestavení nabídky, což však v šetřeném případě nenastalo, neboť zadávací podmínky nestanoví srozumitelným a jednoznačným způsobem požadavky na obsah uzavírané servisní smlouvy a není ani zřejmé, co si zadavatel představuje pod pojmem „jednání“ o návrhu servisní smlouvy. Uvedená nejednoznačnost, resp. absence vymezení práv a povinností, které by měly vyplývat z následně uzavírané servisní smlouvy, uvádí uchazeče v nejistotu, jakým způsobem budou následně práva a povinnosti vyplývající ze servisní smlouvy, zakotvena. Uvedený postup může zároveň ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit situaci, že by uchazeč, který nepodal nabídku, mohl v případě, že by zadávací dokumentace byla stanovena v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, podat ekonomicky výhodnější nabídku než následně vybraný uchazeč.
137. Obecně platí, že v rámci zadávacího řízení je možná změna smlouvy toliko ve formálních náležitostech a nelze tedy připustit, aby zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil, aby se dodavatelé při uzavření kupní smlouvy zavázali k uzavření servisní smlouvy, jejíž závazný návrh není dodavatelům před uzavřením kupní smlouvy znám, a to dokonce ani v jeho podstatných rysech.
138. K uvedenému Úřad dále uvádí, že pokud by nastala situace, že zadavatel uzavře kupní smlouvu s vybraným uchazečem na dodávku tramvají a následně zadavatel provede v návrhu servisní smlouvy předloženém vybraným uchazečem změny, které budou pro vybraného uchazeče neakceptovatelné, zadavatel se může dostat do bezvýchodné situace, že pro dodávané tramvaje nebude mít zajištěnu dodávku náhradních dílů a servis nakoupených tramvají. Není vyloučeno, že by tímto způsobem bylo podstatným způsobem narušeno provozování tramvají zadavatelem a nastalá situace by musela být řešena např. před soudem v rámci řešení soukromoprávního sporu. Uvedená situace by nepochybně znamenala nepříznivé následky pro zadavatele, který by řádně nemohl využívat předmět veřejné zakázky, tak i případně pro vybraného uchazeče v podobě finančních ztrát.
139. Tím, že zadavatel nestanovil konkrétní závazné podmínky pro vytvoření návrhu servisní smlouvy, není ze zadávacích podmínek zřejmé, co si dodavatelé mají pod pojmem poskytnutí

servisu (zejména mimozáručního a pozáručního) konkrétně představit, a to i co do rozsahu, jakosti, četnosti, atd.

140. Každý z uchazečů si tak pod pojmem „servisní smlouva“ může představovat zcela odlišný rozsah a jakost poskytovaných služeb, nehledě k tomu, že tato představa může být zcela odlišná i z pohledu samotného zadavatele. Tímto postupem zadavatele nepochybně vznikla nejistota ohledně následného smluvního závazku, který zadavatel nikterak blíže nespecifikuje a toliko odkazuje na následnou vzájemnou dohodu mezi ním a vybraným uchazečem, ačkoliv není nikde zaručeno, že k této vzájemné dohodě skutečně dojde.
141. Takový postup lze považovat za netransparentní, neboť zadávací dokumentace neobsahuje jednoznačně a srozumitelně definované zadávací podmínky, když v šetřeném případě se dodavatel při uzavírání kupní smlouvy má zavázat k plnění servisní smlouvy s neznámým obsahem. Situace je o to závažnější, že z návrhu kupní smlouvy (bod 1. článek XI. „Pozáruční a mimozáruční servis“) vyplývá, že zadavatel po dodavatelích požaduje zajištění pozáručního a mimozáručního servisu po celou dobu deklarované životnosti tramvají, a jedná se tedy o uzavření smluvního vztahu na relativně velmi dlouhou dobu. Postup zadavatele tak v této části zadávacího řízení způsobuje nečitelnost zadávacího řízení (k zásadě transparentnosti viz body 104. až 106. a 122. a 123. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
142. Na doplnění Úřad v neposlední řadě uvádí, že z obsahu zadávacích podmínek (zejména z návrhu kupní smlouvy) lze usuzovat, že rozsah poptávaných servisních služeb, které budou následně poskytovány na základě uzavřené servisní smlouvy, zřejmě nebude marginální (není zcela vyloučeno, že celkový rozsah servisních služeb a dodávek náhradních dílů se za dobu deklarované životnosti bude blížit ceně dodávky vlastních tramvají, nebo ji dokonce i překročí), když zadavatel požaduje mj. zajištění pozáručního a mimozáručního servisu po celou dobu deklarované životnosti tramvají (viz bod 141. odůvodnění tohoto rozhodnutí); je nepochybné, že následně uzavíraná servisní smlouva je důležitým prvkem vztahujícím se k předmětu plnění a postup zadavatele, kdy v zadávacích podmínkách nestanovil absolutně žádné podmínky a požadavky na takovou smlouvu, lze označit za zcela netransparentní. Pro úplnost Úřad nad rámec uvedeného doplňuje, že je na zvážení zadavatele, zda je skutečně nezbytné předmětnou servisní smlouvu uzavírat v rámci jednoho zadávacího řízení, tzn. jako součást nákupu předmětných tramvají, za podmínek dodržení zákona, a to i včetně základních zásad vyjádřených v § 6 odst. 1 zákona, popř. zda není možné servis tramvají poptávat v samostatném zadávacím řízení. Vždy však musí platit, že podmínky servisu vozidel (tramvají) budou určeny srozumitelným a jednoznačným způsobem. Požadavek na jednoznačnost a srozumitelnost smluv uzavíraných v zadávacím řízení je akcentována i v rozhodovací praxi Úřadu, např. v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0126,S0157/2016/VZ-18600/2016/532/KSt ze dne 29. 4. 2016, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R142/2016/VZ-39873/2016/322/LBa ze dne 29. 9. 2016.
143. Jak zároveň vyplývá z výše uvedeného, částka, za kterou bude poskytován servis předmětných tramvají, nebude v žádném případě zanedbatelná a skutečnost, že zadavatel nestanovil podmínky pro poskytování servisu, může vést také ke skutečnosti, že dodávku tramvají v úhrnu s jejich servisem by mohl pro zadavatele zajistit za výhodnějších podmínek jiný dodavatel, než ten, u kterého zadavatel zohlední toliko vlastní dodávku tramvají a související servis nikoliv.

144. Skutečnost, že uvedený postup zadavatele mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, je zřejmá z textu výše uvedeného odůvodnění tohoto rozhodnutí a spočívá v tom, že mohl odradit některé dodavatele od účasti v zadávacím řízení, a to ty, kteří nechtěli nést značné riziko vyplývající ze závazku uzavřít servisní smlouvu s obsahem, který dodavatelé k datu podání nabídek ani k datu uzavření smlouvy na dodávku tramvají nemohli znát. Ti dodavatelé, kteří usoudili, že závazek k uzavření servisní smlouvy s pro ně neznámým obsahem je pro ně nepřekonatelná bariéra pro podání nabídky, byli nepochybně od účasti v zadávacím řízení odrazeni. Tato skutečnost v konečném důsledku mohla ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit situaci, že by uchazeč, který nepodal nabídku, mohl v případě, pokud by zadávací podmínky byly stanoveny v souladu se zákonem, podal ekonomicky výhodnější nabídku, než obsahuje nabídka jediného uchazeče, který podal nabídku. Nesprávný postup zadavatele při stanovení požadavku na následné uzavření servisní smlouvy s vybraným uchazečem, kdy zadavatel v zadávacích podmínkách nestanovil, jakým způsobem budou práva a povinnosti vyplývající z uvedené servisní smlouvy upraveny a uchazeči si tak nemohli učinit představu o svém budoucím závazku na poskytnutí záručního, mimozáručního a pozáručního servisu dodávaných tramvají měl v šetřeném případně mj. vliv na postup navrhovatele, který v zadávacím řízení nepodal svoji nabídku z důvodu nezákonných zadávacích podmínek, ačkoliv dle svého vyjádření měl o účast v zadávacím řízení vážný zájem.
145. Na základě výše uvedených skutečností Úřad dospěl k závěru, že zadavatel porušil při zadávání šetřené veřejné zakázky ustanovení § 44 odst. 1 zákona a zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona tím, že v bodu 9. článku XIV. „Doplňující a závěrečná ustanovení“ návrhu kupní smlouvy, který byl součástí zadávacích podmínek, stanovil: *„Smluvní strany se zavazují uzavřít samostatnou servisní smlouvu pro záruční, mimozáruční a pozáruční servis nejpozději k termínu dodávka první tramvaje“*, přičemž žádné další konkrétní podmínky uzavření předmětné servisní smlouvy nestanovil, a v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám III ze dne 4.8.2016 uvedl, že *„Návrh servisní smlouvy poskytne prodávající. Rozsah, podmínky a poskytnuté autorizace servisu na záruční, mimozáruční a pozáruční servis navrhne prodávající. Následně o návrhu budou vedena jednání oběma stranami.“*, a takto formulované zadávací podmínky nejsou transparentní a neposkytují uchazečům jistotu, jakým způsobem budou práva a povinnosti vyplývající z výše uvedené servisní smlouvy upraveny a uchazeči si tak nemohli učinit představu o svém budoucím závazku na poskytnutí záručního, mimozáručního a pozáručního servisu dodávaných tramvají, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

#### *K výroku III. rozhodnutí*

146. V bodu 4. článku III. „Předmět plnění“ návrhu kupní smlouvy, který byl součástí zadávacích podmínek, zadavatel stanovil: *„Prodávající se zavazuje provést zaškolení zaměstnanců kupujícího pro údržbu, opravy a servis v nutném rozsahu“*.
147. V bodu 2. článku V. „Kontrola výroby, servisní vybavení a školení“ návrhu kupní smlouvy zadavatel stanovil: *„Součástí předmětu plnění a v ceně bude: Školení odborného personálu (min. pět osob) potřebného pro obsluhu a údržbu tramvají.(...) Prodávající jako další vzestupně číslované přílohy k této smlouvě předloží: (...)Soupis školení zaměstnanců kupujícího týkajících se provozování, oprav a servisu tramvají, a to včetně cen (příloha č. 5)“*.

148. Podle bodu 2. čl. VI. „Cena“ návrhu kupní smlouvy *„Celková sjednaná cena zahrnuje cenu za dodání tramvají, zaškolení odborného personálu (minimálně 5 osob), zaškolení obsluhy a údržby a případné clo“*.
149. Z návrhu kupní smlouvy, z výčtu nedílných součástí této smlouvy, vyplývá, že její součástí je i příloha č. 5 Soupis školení zaměstnanců kupujícího týkajících se provozování, oprav a servisu tramvají (dále jen „příloha č. 5“).
150. Jak Úřad ověřil, příloha č. 5 není součástí zadávací dokumentace zveřejněné na profilu zadavatele, a z této skutečnosti je zřejmé, že předmětnou přílohu návrhu smlouvy musel zpracovat sám uchazeč v nabídce. Z rozhodnutí zadavatele ze dne 2.9.2016 o námitkách navrhovatele dále vyplývá, že zadavatel v souvislosti s námitkou navrhovatele ve věci požadavku na zaškolení zaměstnanců poskytl následující odpověď *„Poskytnuté autorizace na provádění pravidelné a běžné údržby navrhuje dodavatel vozidla a bude předmětem upřesnění v návrhu servisní smlouvy. Z toho vyplývá, že zadavatel v žádném případě nepožaduje poskytnutí servisní smlouvy v plném rozsahu“*.
151. Úřad obecně uvádí, že zákon v ustanovení § 44 odst. 1 zadavateli ukládá vymezit v zadávací dokumentaci veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky tak, aby uchazeči mohli zpracovat a podat vzájemně porovnatelné nabídky, které zadavateli umožní jejich objektivní hodnocení dle stanovených hodnotících kritérií, zejména pak dle výše nabídkové ceny. Zadavatel proto musí vymezit předmět veřejné zakázky s potřebnou určitostí jak z hlediska požadovaného plnění, tak i z hlediska poptávaného množství. I v případě, že nelze rozsah potřeb zadavatele stanovit naprosto přesně, popř. nelze stanovit „mechanismus“ stanovení rozsahu předmětu veřejné zakázky, je nezbytné, aby zadavatel v zadávacích podmínkách určil alespoň předpokládaný rozsah plnění veřejné zakázky tak, aby uchazeči mohli stanovit nabídkovou cenu ve vztahu k požadovanému objemu služeb a zadavatel mohl tuto cenu hodnotit na srovnatelném základě. Zákon pak stanoví jednoznačnou odpovědnost zadavatele za správnost a úplnost zadávacích podmínek, resp. zadávací dokumentace (Úřad i v této části odkazuje na body 101. až 106. odůvodnění tohoto rozhodnutí a další judikaturu citovanou v odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí, které obecně pojednávají o pojmu zadávací dokumentace a povinnostech dodržení zásady transparentnosti při jejím zpracování).
152. Opakovaně Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soud v Brně sp. zn. 62 Af 19/2011-116 ze dne 2.8.2012, ve kterém soud uvedl, že *„zadávací dokumentace musí uchazečům sloužit coby dostatečně konkrétní, jasný, jednoznačný a srozumitelný zdroj informací o tom, jak mají zpracovat své nabídky, neboť zadávací dokumentace podle § 44 odst. 1 zákona vymezuje předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace podle téhož ustanovení zákona odpovídá zadavatel.(...) Základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl“*. Předmětný rozsudek byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 72/2012-45 ze dne 22.11.2012.

153. Jak vyplývá z výše uvedených zjištění, „zaškolení zaměstnanců kupujícího pro údržbu, opravy a servis v nutném rozsahu“ je součástí předmětu veřejné zakázky a výslovně i součástí nabídkové ceny za dodávku tramvají (viz body 147. a 148. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
154. Tato část předmětu plnění však není v zadávací dokumentaci – kromě požadavku, aby bylo zaškoleny minimálně pět osob odborného personálu zadavatele – nikde blíže zadavatelem specifikována tak, aby byl stanoven její věcný, časový či jiný rozsah (např. informace o odborné úrovni či specializaci školeného personálu). Uchazeč tak nemá dostatek relevantních informací pro zpracování konkurenceschopné nabídky, když absence relevantních informací neumožňuje zejména jednoznačnou kalkulaci budoucích nákladů, a tedy určení nabídkové ceny. Nabídky uchazečů tak mohou být neporovnatelné, když každý uchazeč bude při kalkulaci nákladů, potažmo při tvorbě nabídkové ceny, zohledňovat jiné aspekty (odbornou úroveň, věcný rozsah školení, nutný časový rozsah apod.).
155. Vymezení této části předmětu veřejné zakázky tedy zadavatel přenesl pouze na uchazeče, který ho měl v rámci své nabídky nadefinovat dle vlastní úvahy, a to formou vypracování přílohy č. 5 návrhu smlouvy s tím, že jak zadavatel uvedl v rozhodnutí o námitkách navrhovatele, bude předmětem dalšího upřesnění. Zadavatel přitom v obchodních podmínkách stanovil, že jakékoliv změny v návrhu smlouvy budou nepřípustné (viz bod 2. článku 20. „Uzavření smlouvy“ kvalifikační dokumentace).
156. V šetřeném případě zadavatel podmínky, týkající se zaškolení zaměstnanců zadavatele, sice začlenil do návrhu smlouvy, a to formou přílohy č. 5 návrhu smlouvy, nicméně, jak Úřad dovodil výše, způsob, kterým tak zadavatel učinil (viz body 154. a 155. odůvodnění tohoto rozhodnutí), když komplexní rozsah, resp. další podmínky navrhne dodavatel, nelze považovat za způsob, vymezující předmět plnění v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Z rozhodnutí o námitkách zadavatele dále vyplývá, že zadavatel počítá s dalším upřesňováním podmínek školení (viz bod 150. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad má za to, že už jen z této odpovědi zadavatele v rámci rozhodnutí o námitkách vyplývá, že zadavatel nemá bližší představu o rozsahu a podmínkách školení, resp. potvrzuje skutečnost, že bližší podmínky týkající se školení nebyly vymezeny dostatečně. Kdyby nezbytné podmínky týkající se školení zaměstnanců naopak byly vymezeny dostatečně, nebylo by nutné přistupovat k jejich „upřesňování“, jak předpokládá v rozhodnutí o námitkách zadavatel. Úřad opětovně připomíná, že součástí nabídky má být návrh kupní smlouvy, který má obsahovat přílohy – soupis školení týkajících se provozování, oprav a servisu tramvají. Zadavatel tedy na jedné straně požaduje předložení nabídky včetně podrobného soupisu budoucích školení, přičemž náklady s tím související mají uchazeči zohlednit v rámci stanovení nabídkové ceny, která je jedním z hodnotících kritérií, na druhé straně ale v rozhodnutí o námitkách uvádí, že toto bude předmětem upřesnění. Pakliže tato stručná a nekonkrétní informace v rozhodnutí o námitkách měla z pohledu zadavatele objasnit možné pochybnosti o dostatečnosti vymezení předmětu veřejné zakázky, Úřad uvádí, že nikoliv. Naopak informace ve smyslu „bude předmětem upřesnění“ toliko podporuje nejednoznačnost, potažmo netransparentnost vymezení předmětu veřejné zakázky v části související se školením zaměstnanců. S ohledem na uvedené nelze než uzavřít, že v této části předmětu veřejné zakázky nemohly být podány srovnatelné a tedy ani objektivně hodnotitelné nabídky. Nadto nelze rovněž přehlížet, že uchazeč nemá jakoukoliv jistotu související s výsledky budoucího „vyjednávání“ o podmínkách školení. Jak již bylo



v odůvodnění tohoto rozhodnutí několikrát uvedeno, za správnost a zejména úplnost zadávacích podmínek je odpovědný zadavatel a nelze tedy aprobovat postup, kdy zadavatel nestanoví konkrétní požadavky na část předmětu plnění, tak, aby uchazeči byli schopni podat zadavateli relevantní a konkurenceschopnou (porovnatelnou) nabídku.

157. Vycházejí z uvedených zjištění, Úřad, s přihlédnutím k výkladu předmětných ustanovení zákona v citovaných rozsudcích Nejvyššího správního a Krajského soudu v Brně, konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona, neboť v zadávací dokumentaci nevymezil část předmětu veřejné zakázky, týkající se zaškolení odborného personálu zadavatele potřebného pro obsluhu a údržbu tramvají, v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Zadavatel v tomto smyslu svým postupem současně nedodržel ani zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona.
158. Uvedený postup zadavatele tak mohl odradit potenciální uchazeče o předmětnou veřejnou zakázku, neboť neměli konkrétní informace o tom, jaké podmínky zadavatelem požadovaného školení by měli do přílohy č. 5 kupní smlouvy zahrnout a jakým způsobem by tedy měli poskytnutí školení zohlednit do nabídky v rámci ceny. Postup zadavatele by tak mohl následně ovlivnit zejména hodnocení nabídek a podstatně tak ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť ze zadávací dokumentace není zřejmé, na jakém základě měli uchazeči tuto část předmětu veřejné zakázky v nabídce ocenit.
159. Úřad na tomto místě společně k výrokům I. až III. tohoto rozhodnutí uvádí, že potencialita vlivu výše uvedených pochybení (viz odůvodnění výroků I. až III. tohoto rozhodnutí) na výběr nejvhodnější nabídky je zřejmá taktéž z toho důvodu, že proti šetřeným ustanovením zadávací dokumentace podal navrhovatel návrh. Je tedy zřejmé, že minimálně navrhovatele zadavatelem nastavené zadávací podmínky odradily od podání nabídky a z uvedených důvodů nepodal nabídku, přičemž jeho případná nabídka by mohla zadavateli nabídnout lepší podmínky pro realizaci veřejné zakázky, než jediná nabídka, kterou zadavatel v šetřeném případě obdržel. Pro úplnost Úřad uvádí, že zadavatel obdržel na plnění předmětu veřejné zakázky toliko jedinou nabídku a v šetřeném případě tak nemusela s ohledem na nezákonně nastavené zadávací podmínky proběhnout efektivní soutěž mezi uchazeči o veřejnou zakázku.
160. K potencialitě vlivu na výběr nejvhodnější nabídky Úřad dále uvádí následující.
161. Jak již uvedl předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014, zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Výše uvedený závěr o potencialitě vlivu lze demonstrovat na ustálené rozhodovací praxi jak Úřadu, tak soudů a byť se uvedené příklady týkají řízení o deliktu ve vztahu k potencialitě vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, je možná jejich aplikace i na zde posuzovaný případ, kdy Úřad přezkoumává postup zadavatele v zadávacím řízení ještě před uzavřením smlouvy, neboť ustanovení § 118 odst. 1 zákona stanoví, že Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo **mohl ovlivnit** výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20.3.2012 konstatoval, že „*Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbývá než*

uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou...K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokázat“. Zadavatel svým jednáním tak naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu. Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že „v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „...nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku“. V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12.2.2009 již předseda konstatoval, že „Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. ...k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění“. Je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7.10.2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že „pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“. Úřad dále odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28.6.2016 č. j. 4 As 61/2016-34, ve kterém se uvádí, že „skutková podstata předmětného správního deliktu zahrnuje jak poruchový, tak i ohrožovací delikt. V případě, že správní orgán, tedy stěžovatel, shledá, že se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokázat“.

*K dalším namítaným skutečnostem*

162. Navrhovatel ve svém návrhu namítá případná další pochybení, kterých se měl zadavatel v zadávacím řízení dopustit (navrhovatel například namítá stanovení netransparentních a diskriminačních hodnotících kritérií, neuveřejnění části zadávací dokumentace, stanovení nezákonného kvalifikačního předpokladu, netransparentně stanovený požadavek na spolehlivost tramvají, nezákonný požadavek na obsah subdodavatelských smluv, nezákonný požadavek na formu nabídky, atd.). Úřad konstatuje, že nezákonný postup zadavatele uvedený ve výrocích I. až III. tohoto rozhodnutí mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a poněvadž k pochybení zadavatele došlo již při stanovení zadávacích podmínek, Úřadu nezbylo, než celé zadávací řízení zrušit, a tudíž posuzování dalších

navrhovatelem namítaných skutečností by nebylo účelné, neboť jejich případný vliv na zákonnost postupu zadavatele by nemohl nikterak ovlivnit skutečnost, že zadávací podmínky byly stanoveny diskriminačně a tudíž zadávací řízení muselo být zrušeno, jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí.

163. Vzhledem k výše uvedenému tedy považuje Úřad za nadbytečné zabývat se ostatními argumenty navrhovatele. Úřad má za to, že šetření dalších skutečností uvedených v návrhu by nemohlo mít na výsledek rozhodnutí Úřadu vliv. Úřad tak postupuje v souladu s ustálenou rozhodovací praxí, z níž lze vyvodit, že zkoumání dalších důvodů pro uložení nápravného opatření je nadbytečné, existuje-li alespoň jeden oprávněný důvod. Takový postup v rámci přezkumu je nejen v souladu s rozhodovací praxí Úřadu a správních soudů, ale je též v souladu se zásadou procesní ekonomie. Je neúčelné, aby se Úřad věcně zabýval všemi důvody pro uložení nápravného opatření a k prokázání či vyvrácení jejich existence prováděl rozsáhlé dokazování, jež neúměrně zatíží účastníky řízení i Úřad a případně též nedůvodně pozdrží průběh správního řízení. Pokud tedy Úřad dospěje k závěru, že alespoň jeden důvod pro uložení nápravného opatření existoval, je zkoumání existence dalších důvodů nadbytečné. I kdyby totiž existence ostatních důvodů pro uložení nápravného opatření byla vyvrácena, popř. potvrzena nemohla by tato skutečnost nic změnit na tom, že zadavatel nepostupoval při stanovení zadávacích podmínek v souladu se zákonem a je tudíž nezbytné zadávací řízení zrušit.

*K výroku IV. rozhodnutí*

164. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrželi-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
165. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento nezákonný postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel nezákonným nastavením zadávacích podmínek porušil § 44 odst. 1 zákona a zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, je Úřad povinen v souladu s § 118 odst. 1 zákona uložit nápravné opatření.
166. Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy nezákonného stavu. Jelikož se zadavatel porušení zákona dopustil již při stanovení zadávacích podmínek, není možné uložit jiné nápravné opatření, které by nezákonný postup zadavatele mohlo zhojit, než nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
167. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 84 odst. 7 zákona zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157 zákona do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí; tato povinnost neplatí pouze pro jednacím řízení bez uveřejnění a řízení na základě rámcové smlouvy. Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona povinen odeslat písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 2 pracovních dnů po přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu.

*K výroku V. rozhodnutí*

168. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
169. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím bylo zrušeno zadávací řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku V. tohoto rozhodnutí. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2016000603.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

**Obdrží:**

1. Dopravní podnik města Olomouce, a.s., Koželužská 563/1, 771 10 Olomouc
2. MKPK transport s.r.o., Vídeňská 137/117a, 619 00 Brno

**Vypraveno dne:**

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