



UOHSX00BII34

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0288/2018/VZ-27473/2018/521/RŠu

Brno: 19. září 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 23. 7. 2018 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – České dráhy, a.s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1,
- navrhovatel – ALSTOM Transport Deutschland GmbH, se sídlem Linke-Hofmann-Busch Straße 1, 382 39 Salzgitter, Německo, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném okresním soudem v Braunschweigu pod identifikačním číslem HRB 204464, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 23. 7. 2018 Mgr. Jitkou Linhartovou, advokátkou, ev. č. ČAK 13918, se sídlem Husinecká 541/13, 130 00 Praha 3, spolupracující s advokátní kanceláří Nedelka Kubáč advokáti s.r.o., IČO 01894501, se sídlem Olivova 2096/4, Nové Město, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů cit. zadavatele při zadávání veřejné zakázky „Rámcová dohoda na dodávky elektrických jednotek EMU160 pro regionální dopravu“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 5. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 5. 2018 pod ev. č. zakázky Z2018-014150, ve znění oprav uveřejněných dne 31. 5. 2018 a dne 18. 6. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 4. 5. 2018 pod ev. č. 2018/S 086-194163, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 2. 6. 2018 pod ev. č. 2018/S 104-238297 a dne 20. 6. 2018 pod ev. č. 2018/S 116-264558,

**rozhodl** takto:

**Návrh navrhovatele** – ALSTOM Transport Deutschland GmbH, se sídlem Linke-Hofmann-Busch Straße 1, 382 39 Salzgitter, Německo, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném okresním soudem v Braunschweigu pod identifikačním číslem HRB 204464 – ze dne 23. 7. 2018 **se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 citovaného zákona.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – České dráhy, a.s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 1. 5. 2018 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění jednacích řízení s uveřejněním za účelem zadání veřejné zakázky „Rámcová dohoda na dodávky elektrických jednotek EMU160 pro regionální dopravu“, přičemž toto oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 4. 5. 2018 pod ev. č. zakázky Z2018-014150, ve znění oprav uveřejněných dne 31. 5. 2018 a dne 18. 6. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 4. 5. 2018 pod ev. č. 2018/S 086-194163, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 2. 6. 2018 pod ev. č. 2018/S 104-238297 a dne 20. 6. 2018 pod ev. č. 2018/S 116-264558 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmět veřejné zakázky vymezil zadavatel v bodě 3.2 „Specifikace předmětu Veřejné zakázky“ zadávací dokumentace ze dne 30. 4. 2018 (dále jen „zadávací dokumentace“), kde uvedl, že: *„Předmětem Veřejné zakázky je uzavření rámcové dohody podle § 131 Zákona mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem na dobu určitou, a to 8 let od nabytí její účinnosti (...). Předmětem Rámcové dohody je sjednání postupu při zadávání a podmínek plnění veřejných zakázek zadávaných na základě Rámcové dohody, které budou závazné po celou dobu trvání Rámcové dohody. Na základě postupu upraveného v Rámcové dohodě dojde k uzavření jednotlivých kupních smluv na plnění konkrétních dodávek (...), které se budou týkat:*
  - (i) *výroby a dodávky nejvýše 50 jednopodlažních, částečně nízkopodlažních dvousystémových (3kV DC/25kV AC) elektrických jednotek pro regionální dopravu, každá s obsaditelností minimálně 140 sedících cestujících, označovaných jako EMU160, plně způsobilých k provozu na vlečkách a na celostátních a regionálních tratích v České republice (souhrnně dále jen „jednotky“ nebo samostatně „jednotka“), včetně dodávky servisních dílů prvního vybavení, a to včetně vyhotovení a předání příslušné technické dokumentace včetně všech povolení, schválení, souhlasů a registrací („registrací“ se v textu této zadávací dokumentace rozumí veškeré registrace, mající charakter obdobný povolení, schválení či souhlasu), jež jsou dle legislativy platné ke dni předání příslušné jednotlivé jednotky zadavateli nezbytné k provozu a používání dodávaných jednotek a které umožní zadavateli řádně a bez omezení provozovat a používat jednotky na území České republiky, včetně zajištění všech podmínek a povolení pro přístup na celostátní a regionální železniční tratě a vlečky v České republice stanovených provozovatelem infrastruktury, a to ve znění platném aktuálně ke dni předání příslušné jednotlivé jednotky,*

nebo

(ii) *„dodávky náhradních dílů a konstrukčních celků výměnného systému (...).“*

3. V bodě 3.5 „Předpokládaná hodnota Veřejné zakázky“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na 6 370 000 000 Kč bez DPH.
4. Zadavatel v bodě VII.1.2) formuláře F14 - Oprava – Oznámení změn nebo dodatečných informací prodloužil lhůtu pro doručení nabídek nebo žádostí o účast do 16. 7. 2018 do 11:00 hodin.
5. Dne 2. 7. 2018 obdržel zadavatel e-mailem námitky proti zadávacím podmínkám (dále jen „námitky“) z téhož dne od stěžovatele – ALSTOM Transport Deutschland GmbH se sídlem Linke-Hormann-Busch-Straße 1, 382 39 Salzgitter, Německo, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném okresním soudem v Braunschweigu pod identifikačním číslem HRB 204464 ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 23. 7. 2018 Mgr. Jitkou Linhartovou, advokátkou, ev. č. ČAK 13918, se sídlem Husinecká 541/13, 130 00 Praha 3, spolupracující s advokátní kanceláří Nedelka Kubáč advokáti s.r.o., IČO 01894501, se sídlem Olivova 2096/4, Nové Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“). V zadávacím řízení, konkrétně v rámci podání námitek, byl navrhovatel zastoupen na základě plné moci ze dne 8. 6. 2018 – Jiřím Filipem, odštěpný závod ALSTOM Transport Deutschland GmbH, odštěpný závod ČR, IČO 04180828, se sídlem Štětškova 1638/18, Nusle, 140 00 Praha 4 (dále jen „zástupce v zadávacím řízení“).
6. Zadavatel námitkám rozhodnutím ze dne 13. 7. 2018 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), které bylo navrhovateli doručeno e-mailem téhož dne a následně prostřednictvím provozovatele poštovních služeb dne 17. 7. 2018, nevyhověl.
7. Z Protokolu o otevírání žádostí o účast ze dne 16. 7. 2018 je patrné, že zadavatel obdržel celkem tři žádosti o účast v zadávacím řízení, a to od společnosti Škoda Transportation, a.s., se sídlem Emila Škody 2922/1, 30100, Plzeň; Siemens, s.r.o., se sídlem Siemensova 1, 15500, Praha 13; a CAF, S. A., se sídlem C/José Ortega y Gasset, 29-5°, 28006, Madrid.
8. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel s rozhodnutím o námitkách neztotožnil, podal dne 23. 7. 2018 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“).

## II. OBSAH NÁVRHU

9. Úřad předně uvádí, že návrh doručený Úřadu dne 23. 7. 2018 obsahoval pouze první (nečíslovanou) stranu a dále strany s označením, resp. číslováním 3/9, 5/9, 7/9 a 9/9.
10. Navrhovatel v návrhu brojí proti stanovení zadávacích podmínek, resp. proti vybraným ustanovením závazného vzoru rámcové dohody a kupní smlouvy, která jsou dle navrhovatele v rozporu s ust. § 6 zákona a § 36 odst. 1 zákona. Navrhovatel konstatuje, že rámcová dohoda a kupní smlouva obsahují „**takové smluvní podmínky, které jsou pro široký okruh potenciálních zájemců o Veřejnou zakázku, včetně navrhovatel[e] nepřijatelné.**“. Navrhovatel dále shrnuje, že ačkoliv má zadavatel právo stanovit zadávací podmínky tak, aby odpovídaly jeho potřebám, nesmí přitom dojít k porušení pravidel pro zadávání veřejných zakázek, přičemž smluvní podmínky nesmí být stanovené excesivním způsobem, který by vedl k vyloučení z účasti v zadávacím řízení potenciálních dodavatelů. Navrhovatel uvádí, že:

„zadavatel takové nepřijatelné smluvní podmínky učinil součástí zadávací dokumentace. Smluvní podmínky obsahují ustanovení zakládající **nevyvážený smluvní vztah** ve prospěch zadavatele a jsou tak **nepřiměřené**. Smluvní podmínky dále svým nastaven[í]m bezdůvodně **znevýhodňují zahraniční dodavatele**.“ Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel svým postupem snížil okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, což bude mít negativní vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

11. Navrhovatel se vyjadřuje ke stanovení rozmezí požadovaného plnění v rozsahu 0 – 50 jednotek. Navrhovatel připouští, že v určitých případech nelze předem stanovit přesný rozsah plnění, nicméně dle jeho tvrzení by měl zadavatel zahájit zadávací řízení až v situaci, kdy má postaveno najisto, že bude plnění požadovat. Navrhovatel dodává, že zadavatel tímto způsobem přenáší veškerá rizika spojená s množstvím odběru na dodavatele. Výše uvedená skutečnost je dle navrhovatele problematická rovněž ve spojení s krátkými dodacími lhůtami, které neumožňují dodavateli včas reagovat na požadavky zadavatele.
12. V další části návrhu navrhovatel brojí proti dodacím lhůtám, konkrétně pak proti podmínce, aby příslušná první až čtvrtá jednotka byla dodána v termínu nejdříve do 25 měsíců a nejpozději do 48 měsíců od nabytí účinnosti příslušné kupní smlouvy, a poté dodávky vždy až dvou dalších jednotek měsíčně. Navrhovatel uvádí, že pro zahraničního dodavatele není možné dodávku čtyř jednotek ve stanovené lhůtě zajistit. Navrhovatel doplňuje, že ve vztahu k jednotkám, které dosud nebyly dodávány na český trh, je třeba stanovit lhůtu min. 36 – 40 měsíců pro první jednu až dvě jednotky, a to zejména s ohledem na vývoj vozidla, schvalovací proces v České republice a přerušení a nastavení výroby při následných objednávkách. Navrhovatel konstatuje, že: „*Pokud pak zadavatel odkazuje na vyjádření navrhovatele poskytnuté v roce 2016 v rámci řízení u Úřadu, argumentuje navrhovatel, že se jednalo o jiné typy jednotek. Dotaz Úřadu se navíc týkal dodávky prvních dvou jednotek, nikoliv čtyř.*“. S ohledem na výše uvedené považuje navrhovatel stanovenou dodací lhůtu za diskriminační.
13. Navrhovatel dále poukazuje, že zadavatel vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže tím, že neumožňuje udržet navrhovateli neutrální cashflow, neboť stanovil v kupní smlouvě platební podmínky tak, že prodávající je oprávněn vystavit nejdříve ke dni následujícím po dni nabytí účinnosti kupní smlouvy zálohovou fakturu ve výši maximálně 20 % z kupní ceny a zbývající část kupní ceny je zadavatel povinen uhradit až po protokolárním převzetí určité jednotky. Navrhovatel doplňuje, že měl zadavatel stanovit více platebních milníků, případně se stanovení těchto milníků mohlo řešit v průběhu jednání o předběžné nabídce.
14. Následně navrhovatel brojí proti čl. X odst. 4 a 7 kupní smlouvy, ve kterém dle navrhovatele není stanoven konečný limit záruční doby v případě výměny určitého vadného dílu jednotky a v případě odstavení jednotky z provozu z důvodu vady, za kterou odpovídá dodavatel. Uvedené ustanovení tak znevýhodňuje navrhovatele, který záruku nese. Navrhovatel rovněž poukazuje, že v důsledku toho není zadávací dokumentace dostatečně přesná, a tudíž je v rozporu se zásadou transparentnosti.
15. V poslední části návrhu navrhovatel brojí proti vymezení odpovědnosti za škodu vůči třetím osobám, kterou zadavatel vymezil v čl. XIV odst. 5 a odst. 23 kupní smlouvy. Navrhovatel konstatuje, že se nemůže k úhradě takto vzniklé škody zavázat, neboť mu není znám rozsah a obsah závazků zadavatele vůči třetím osobám, nadto nemůže rozsah těchto závazků nijak

ovlivnit. Navrhovatel doplňuje, že: *„Je zjevně proti smyslu a účelu právní úpravy, aby tímto způsobem docházelo [k] přenosu odpovědnosti zadavatele na navrhovatele. Pokud by k takové odpovědnosti podpisem Kupní smlouvy navrhovatel přistoupil, jednalo by se o vznik zásadního nepoměru práv a povinností, který nelze po navrhovateli spravedlivě požadovat.“*

16. Navrhovatel uvádí, že v důsledku výše uvedeného postupu byl vyloučen z možnosti účastnit se zadávacího řízení, přestože by byl způsobilý zakázku plnit a vznikla mu tím újma na jeho právech ve smyslu § 251 odst. 1 zákona.
17. Navrhovatel žádá, aby Úřad v souladu s § 263 odst. 3 zákona uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

### III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

18. Úřad obdržel návrh dne 23. 7. 2018 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
19. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
20. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0288/2018/VZ-21728/2018/521/RŠu ze dne 24. 7. 2018.
21. Dne 24. 7. 2018 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky podání, které bylo zaevidováno pod č. j. ÚOHS-S0288/2018/VZ-21702/2018/521/RŠu. Obsahem tohoto podání byl návrh na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů cit. zadavatele o rozsahu 9 stran (dále jen „doplnění návrhu“).
22. Dne 30. 7. 2018 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky podání od zadavatele, ve kterém sdělil Úřadu, které části dokumentace o zadávacím řízení podléhají utajení, nebo jsou považovány za obchodní tajemství.
23. Dne 2. 8. 2018 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky vyjádření zadavatele z téhož dne a část dokumentace o zadávacím řízení.

### Vyjádření zadavatele

24. Zadavatel se nejprve vyjadřuje k okamžiku doručení návrhu a poukazuje, že konec lhůty pro podání návrhu připadl na den 23. 7. 2018, neboť rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 13. 7. 2018. Zadavatel konstatuje, že: *„dne 23. 7. 2018 obdržel ze strany právního zástupce navrhovatele prostřednictvím e-mailu dokument, který zřejmě měl být návrhem na zahájení řízení, avšak obsahoval pouze liché stránky (tj. stránky 1, 3, 5, 7, a 9), a přílohu č. 1 (plnou moc). K tomuto dokumentu také nebyl připojen doklad o složení kauce, který je dle zákona povinnou součástí návrhu (...).“* Zadavatel dále uvádí, že dne 24. 7. 2018 obdržel ze strany právního zástupce navrhovatele další verzi návrhu, která již obsahovala všechny strany, nicméně neobsahovala doklad o složení kauce. Dle zadavatele je patrné, že neúplnou verzi návrhu obdržel rovněž Úřad, není mu však známo, zda návrh doručený Úřadu obsahoval všechny povinné náležitosti. Zadavatel konstatuje, že navrhovatel porušil povinnost dle § 251 odst. 2 zákona, když nedoručil Úřadu a zadavateli úplný návrh do 10 dnů

ode dne, kdy obdržel rozhodnutí o námitkách. Navrhuje tedy, aby Úřad předmětné správní řízení dle § 257 písm. e) zákona, zastavil.

25. Zadavatel se vyjadřuje ke stanovení dodacích termínů a k počtu objednávaných jednotek. Zadavatel konstatuje, že dodací termíny i oprávnění zadavatele ohledně počtu objednávaných jednotek jsou v zadávací dokumentaci stanoveny s ohledem na aktuálně známou či očekávanou potřebu nasazení poptávaných jednotek a tak, aby byl zadavatel schopen efektivně soutěžit na trhu osobní a drážní dopravy. Zadavatel dále rozebírá, že se aktuálně nachází v situaci, kdy řeší s jednotlivými kraji otázku budoucí podoby osobní dopravy, neboť končí stávající smlouvy. Zadavatel akcentuje, že požadavky krajů nebyly zatím definitivně stanoveny a jednotliví objednatelé (kraje) se liší svými očekáváními a požadavky na termín nasazení nových vozidel, předpokládá se však, že nové jednotky budou nasazeny nejdříve do jízdního řádu 2020/2021, nejasněn zůstává rovněž i počet nasazených jednotek. Zadavatel předpokládá, že v časovém horizontu následujících cca 27 – 60 měsíců bude potřebovat až několik desítek elektrických jednotek, které jsou předmětem veřejné zakázky, přesný počet ani termín však nedokáže stanovit, neboť tyto skutečnosti závisí na rozhodnutí krajů, které zadavatel není schopen ovlivnit. Zadavatel dále konstatuje, že jedná v souladu se zásadami účelnosti, hospodárnosti a efektivity, a tudíž na sebe nemůže vzít závazek spočívající v nakoupení jednotek, pro které by neměl upotřebení. Dále dodává, že dodavatelé mohou mít jistotu, že množství nakupovaných jednotek nepřekročí 50 kusů. Vzhledem k tomu, že část elektrických jednotek bude financována z dotačních prostředků, jejichž výše však zadavateli není známa, nemůže se zavázat k odběru určitého množství jednotek. K výše uvedenému zadavatel závěrem konstatuje, že již ze samotné podstaty rámcové dohody plyne, že není zaručen minimální či konkrétní odběr plnění.
26. Ke stanovení dodacích termínů zadavatel uvádí, že tyto termíny jsou splnitelné, a to i ze strany zahraničních dodavatelů, kteří v rámci České republiky tyto typy jednotek dosud nedodávali. Tento fakt dle zadavatele potvrzuje i skutečnost, že obdržel žádost o účast od tří dodavatelů, z nichž jeden je zahraniční subjekt a jeden je člen zahraničního holdingu.
27. Zadavatel dále ve svém vyjádření odkazuje na vyjádření navrhovatele ze dne 25. 7. 2016 k dotazu Úřadu v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0461/2016/VZ, jehož předmětem byl přezkum veřejné zakázky na dodávku elektrických jednotek EMU320/200, kde navrhovatel uvedl, že: *„dodací termíny (včetně schválení jednotek před drážním úřadem ČR) v min. délce 24 měsíců jsou z jeho pohledu zvládnutelné (...).“*. Zadavatel doplňuje, že z tehdejšího šetření Úřadu vyplynulo, že splnitelné rozmezí pro dodávky předmětných elektrických jednotek se pohybuje od 24 do 36 měsíců. Zadavatel dodává, že se jednalo o dodávku z konstrukčního hlediska prakticky totožných jednotek s těmi, které poptává v tomto zadávacím řízení a doplňuje, že: *„Samotné množství dodaných jednotek je potom hlavně otázkou rozsahu výrobních kapacit daného dodavatele a zejména jeho ochoty tyto výrobní kapacity vyčlenit ve prospěch zadavatele.“*. Argument navrhovatele, že se tehdy vyjadřoval k jinému počtu jednotek, tedy zadavatel považuje za irelevantní. Zadavatel vyjadřuje své přesvědčení, že jeho postup odpovídá jeho odůvodněným obchodním potřebám a dodací lhůty nastavil i v souladu s předchozími závěry Úřadu tak, aby byly přiměřené a nediskriminační.
28. K námitce, že zadavatel neumožňuje držet dodavateli neutrální cashflow zadavatel konstatuje, že dodavatel pouze usiluje o vychýlení smluvních podmínek v jeho prospěch.

Zadavatel dodává, že stanovené smluvní podmínky jsou výsledkem jeho obchodního rozhodnutí, jsou vůči všem dodavatelům stanoveny rovnocenně a zadavatel na nich neshledává nic nezákonného či nepřiměřeného.

29. K nestanovení konečného limitu záruční doby zadavatel uvádí, že kupní smlouva stanoví záruční doby, které jsou časově omezené, což je upraveno v čl. X odst. 2 a 3. Navrhovatelova námitka dopadá na situaci, kdy v případě výměny určitého vadného dílu jednotky běží na vyměněný díl nová záruční doba od ukončení opravy, i tato nová záruční doba je však časově omezená, nadto se vztahuje pouze na vyměněný díl, nikoliv na celou jednotku. Zadavatel zdůrazňuje, že běh nové záruční doby je zapříčiněn porušením povinnosti dodavatele, aby předmětná část jednotky byla v souladu se zadávacími podmínkami.
30. Zadavatel nesdílí názor navrhovatele, že by zadávací podmínky vztahující se k ust. čl. X odst. 7 kupní smlouvy byly nevhodné či nepřiměřené a konstatuje, že kupní smlouva je dostatečně přesná, určitá a zcela transparentní.
31. K odpovědnosti za škodu vůči třetím osobám zadavatel konstatuje, že odpovědnost za škodu způsobenou porušením povinnosti je třeba považovat za standardní zákonný režim. Pokud zadavateli v důsledku pochybení dodavatele při dodávce plnění vznikla škoda, je přiměřené, aby zadavatel požadoval po dodavateli za takto způsobenou škodu náhradu. Zadavatel doplňuje, že zadávací podmínky jsou v tomto ohledu vychýleny ve prospěch dodavatele, neboť limitují náhradu škody max. do výše 50 % kupní ceny jednotek bez DPH.
32. Zadavatel závěrem shrnuje, že správní řízení by mělo být podle § 257 písm. e) zákona zastaveno, neboť návrh nebyl doručen Úřadu ani zadavateli ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona. Pokud by se tak nestalo, měl by být návrh dle zadavatele zamítnut pro zjevnou nedůvodnost v něm obsažených výhrad.

#### **Další průběh správního řízení**

33. Dne 3. 8. 2018 obdržel Úřad zbývající dokumentaci o zadávacím řízení v listinné podobě.
34. Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0288/2018/VZ-23454/2018/521/RŠu ze dne 13. 8. 2018 určil lhůtu k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
35. Dne 22. 8. 2018 umožnil Úřad nahlédnout navrhovateli do správního spisu S0288/2018/VZ, přičemž usnesením č. j. ÚOHS-S0288/2018/VZ-24473/2018/521/RŠu z téhož dne žádosti navrhovatele o nahlédnutí do správního spisu S0288/2018/VZ částečně nevyhověl.
36. Dne 23. 8. 2018 stanovil Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0288/2018/VZ-23903/2018/521/RŠu z téhož dne účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
37. Dne 23. 8. 2018 obdržel Úřad žádost navrhovatele z téhož dne o prodloužení lhůty k vyjádření se k podkladům rozhodnutí. Úřad žádosti navrhovatele částečně vyhověl a usnesením č. j. ÚOHS-S0288/2018/VZ-24931/2018/521/RŠu ze dne 27. 8. 2018 přiměřeně prodloužil lhůtu pro vyjádření se k podkladům.
38. Dne 27. 8. 2018 umožnil Úřad nahlédnout zadavateli do správního spisu S0288/2018/VZ, přičemž usnesením č. j. ÚOHS-S0288/2018/VZ-24936/2018/521/RŠu z téhož dne žádosti zadavatele o nahlédnutí do správního spisu S0288/2018/VZ částečně nevyhověl.

#### **Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí**

39. Dne 31. 8. 2018 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí.
40. Navrhovatel především shrnuje argumentaci, obsaženou ve svém původním návrhu resp. v doplnění návrhu. V první části vyjádření rozebírá navrhovatel důvody, z nichž dovozuje správnost a řádnost podaného návrhu. Navrhovatel uvádí, že při podání návrhu splnil veškeré zákonem nařízené předpoklady pro řádné podání návrhu. V další části návrhu se navrhovatel věnuje argumentaci ke zmatečnosti rozhodnutí o námitkách, kterou staví na procesním pochybení zadavatele, jež zaslal rozhodnutí odštěpnému závodu navrhovatele, nikoliv navrhovateli samotnému.
41. V další části svého vyjádření navrhovatel oproti návrhu výrazně doplňuje svou argumentaci k nepřijatelným podmínkám vztahujícím se zejména k dodacím termínům v rámci plnění předmětu veřejné zakázky. V návrhu se navrhovatel omezil na prosté konstatování, že nyní požadované jednotky jsou jiného typu, než jednotky, o nichž se jednalo v případě rozhodnutí Úřadu ze dne 5. 1. 2017, č.j. ÚOHS-S0461/2016/VZ-00696/2017/512/VNv, na které odkazuje zadavatel a v němž bylo dovozeno, že minimální délka dodací doby pro jednotky je 24 měsíců. Nepoužitelnost uvedeného rozhodnutí, resp. v té době zjištěných skutečností (tedy zejména v této době poskytnutého stanoviska odštěpného závodu navrhovatele) na situaci nyní přezkoumávaného zadávacího řízení rozvíjí navrhovatel v tom smyslu, že v současnosti je nutné reflektovat přijetí nové legislativy Evropské unie, především tzv. Fourth Railway Package. Tato legislativa nebyla při veřejné zakázce z roku 2016, na kterou se odvolává zadavatel, účinná. Navrhovatel dále konkretizuje další požadavky zadavatele, které zásadně odlišují elektronické jednotky tehdy dodávané (veřejná zakázka z roku 2016), od současně zadavatelem požadovaných. Takovým rozdílem je například instalace zabezpečení ETCS, které *„samo o sobě vyžaduje mnohem delší dodací termíny [...] jednotka s ETCS s ohledem na vývoj, dodání, integraci, testování, schválení atd. tak logicky požaduje mnohem delší dodací termín než jednotka bez ETCS, která byla předmětem veřejných zakázek 2016“*. Navrhovatel rovněž upozorňuje na vyjádření Drážního úřadu, které má k dispozici Úřad a ze kterého vyplývá, že délka schvalovacího procesu je velmi různá a *„rozhodně nelze hovořit o nějaké přesně stanovené době“*. Navrhovatel zdůrazňuje, že dle Drážního úřadu je nutné reflektovat, zda je do schvalovacího procesu podáván zcela nový model nebo již typ, který je v některém z členských států EU již provozován. Navrhovatel má za to, že požadované dodací lhůty jsou nereálné a diskriminační.
42. V dalších částech vyjádření navrhovatel shrnuje a opakuje své názory na další namítané skutečnosti, jež rozporoval buď v návrhu, nebo v doplnění návrhu. Navrhovatel požaduje, aby Úřad rozhodl, tak jak navrhnul v návrhu ze dne 23. 7. 2018.

#### **Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí**

43. Dne 5. 9. 2018 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí.
44. Zadavatel především rekapituluje své předchozí vyjádření k návrhu, na které také v plném rozsahu odkazuje. Uvádí tak, že při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem a plně v jeho intencích. Rovněž akcentuje, že zákon nedává zadavateli povinnosti,



při soutěži na rámcové smlouvy, k označení minimálního plnění, či jeho přesné skladby, a tedy že má nárok je určovat až ve chvíli, kdy bude reálně požadovat konkrétní plnění. Takové jednání zdůvodňuje i zásadou účelnosti, hospodárnosti a efektivity.

45. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele o nepřiměřené době k plnění, kdy odkazuje na fakt, že obdržel tři nabídky na plnění veřejné zakázky od různých i zahraničních dodavatelů. K tomu akcentuje, že sám navrhovatel označil v dříve vedeném řízení u Úřadu (pozn. sp. zn. S0461/2016/VZ) na dotaz Úřadu dobu 24 měsíců k dodání, jako dobu dostatečně dlouho, přičemž pokládá tehdy požadované jednotky za prakticky totožné s těmi poptávanými v současně řešené veřejné zakázce. Zadavatel za časově nejnáročnější součást plnění považuje vývoj vozidla a zvládnutí schvalovacího procesu před Drážním úřadem České republiky. Další navýšení dodací doby by přitom dle názoru zadavatele mohlo ohrozit jeho konkurenceschopnost v oblasti regionální dopravy.
46. Zadavatel závěrem označuje celý návrh za účelové jednání navrhovatele, kdy postrádá označení, v čem spatřuje navrhovatel svoji újmu a rovněž její prokázání. A navrhuje, aby Úřad návrh zamítnul pro jeho nedůvodnost.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

47. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### **K právnímu postavení zadavatele**

48. Podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona je veřejným zadavatelem Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele.
49. Podle § 4 odst. 3 zákona při zadávání sektorových veřejných zakázek podle § 151 zákona, včetně sektorových koncesí podle § 176 odst. 3 zákona, je zadavatelem také osoba uvedená v § 151 odst. 2 zákona.
50. Podle § 151 odst. 2 zákona sektorovou veřejnou zakázkou je také veřejná zakázka, kterou zadává jiná osoba při výkonu relevantní činnosti, pokud
  - a) relevantní činnost vykonává na základě zvláštního nebo výhradního práva podle § 152 zákona, nebo
  - b) nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo nebo nepřímo uplatňovat dominantní vliv.
51. Podle § 151 odst. 3 zákona se pro účely tohoto zákona dominantním vlivem rozumí případ, kdy jedna osoba přímo nebo nepřímo
  - a) drží většinový podíl na upsaném základním kapitálu jiné osoby,
  - b) disponuje s většinou hlasovacích práv vyplývajících z podílu na jiné osobě, nebo
  - c) může jmenovat více než polovinu členů statutárního nebo kontrolního orgánu jiné osoby.
52. Podle § 153 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností pro účely tohoto zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním sítí určených k poskytování služeb

veřejnosti v oblasti železniční, tramvajové, trolejbusové, veřejné autobusové nebo lanové dopravy (dále jen „dopravní síť“); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována za podmínek stanovených příslušnými správními orgány.

53. Ze zakladatelské listiny zadavatele dostupné na webových stránkách: <https://or.justice.cz/ias/ui/vypis-sl-detail?dokument=16995996&subjektId=69800&spis=80003> vyplývá, že jediným akcionářem zadavatele je Česká republika. Vzhledem ke skutečnosti, že Česká republika je podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona veřejným zadavatelem, může nad zadavatelem (České dráhy, a.s.) uplatňovat dominantní vliv, a je tudíž naplněna podmínka podle § 151 odst. 2 písm. b) zákona, resp. podle § 151 odst. 3 písm. a) zákona.
54. Podle § 8 odst. 1 zákona č. 77/2002 Sb., o akciové společnosti České dráhy, státní organizaci Správa železniční dopravní cesty a o změně zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů, a zákona č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů, je předmětem podnikání zadavatele provozování železniční dopravy. Lze tedy konstatovat, že zadavatel vykonává relevantní činnost podle § 153 odst. 1 písm. f) zákona. Vzhledem k tomu, že předmětem veřejné zakázky je uzavření rámcové dohody na dodávky elektrických jednotek EMU 160 pro regionální dopravu, lze uvést, že veřejná zakázka je zadávání v souvislosti s výkonem relevantní činnosti zadavatele.
55. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že České dráhy, a.s., lze v případě zadávání předmětné veřejné zakázky považovat za zadavatele podle § 4 odst. 3 zákona.
56. S ohledem na to, že zadavatel dne 1. 5. 2018 zahájil odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění předmětné zadávací řízení, nemůže být v daném případě ostatně sporu o jeho povinnosti ve vztahu k předmětné veřejné zakázce dodržovat zákon, a to už jen s ohledem na znění ust. § 4 odst. 4 resp. odst. 5 zákona.

#### **Relevantní ustanovení právních předpisů**

57. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se zadávacími podmínkami rozumí veškeré zadavatelem stanovené
1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
  2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
  3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
  4. pravidla pro hodnocení nabídek,
  5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.
58. Podle § 36 odst. 1 nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodně překážky hospodářské soutěže.
59. Podle § 37 odst. 1 písm. c) zákona může zadavatel stanovit jako podmínky účasti v zadávacím řízení obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky.

60. Podle § 131 odst. 1 zákona rámcovou dohodou mezi sebou jeden nebo více zadavatelů a jeden nebo více dodavatelů ujednávají rámcové podmínky týkající se zejména ceny nebo jiných podmínek plnění veřejné zakázky, které jsou závazné po dobu trvání rámcové dohody.
61. Podle § 132 odst. 1 zákona se pro postup v zadávacím řízení, jehož cílem je uzavření rámcové dohody, použijí pravidla pro podlimitní nebo nadlimitní režim, není-li stanoveno v této části jinak.
62. Podle § 251 odst. 1 zákona návrh musí vedle obecných náležitostí podání stanovených správním řádem obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Navrhovatel je povinen k návrhu připojit v elektronické podobě písemné důkazní prostředky, jejichž provedení navrhl, nejsou-li součástí dokumentace o zadávacím řízení. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 255 odst. 1 nebo 2 a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli.
63. Podle § 37 odst. 2 zákona správního řádu musí být z podání patrné, kdo je činí, které věci se týká a co se navrhuje. Podání musí obsahovat označení správního orgánu, jemuž je určeno, další náležitosti, které stanoví zákon, a podpis osoby, která je činí.
64. Dle § 251 odst. 2 zákona musí být, není-li stanoveno jinak, návrh doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitky odmítnul.
65. Podle § 251 odst. 4 zákona náležitosti návrhu podle odstavce 1 věty první a druhé nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží. K novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavateli přihlédné Úřad jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli.
66. Podle § 251 odst. 5 zákona mohou v řízení zahájeném na návrh účastníci řízení navrhopvat důkazy, uvádět skutečnosti a činit jiné návrhy nejpozději ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení oznámení o zahájení řízení, nevztahuje-li se na ně omezení podle odstavce 4; k později uvedeným skutečnostem, návrhům důkazů a jiným návrhům Úřad nepřihlíží s výjimkou skutečností, návrhů důkazů a jiných návrhů, jimiž má být zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí. O podmínkách pro uplatňování návrhů důkazů, nových skutečností a jiných návrhů podle věty první musí být účastníci řízení s výjimkou navrhovatele poučeni v oznámení o zahájení řízení.
67. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

### Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

68. Zadavatel v bodě 3.3 „Požadavky na plnění předmětu Veřejné zakázky“ zadávací dokumentace uvádí, že: *„Obchodní podmínky obsažené v závazném vzoru Rámcové dohody a závazných vzorech Kupních smluv na dodávky jednotek nebo náhradních dílů výměnného systému (...) představují zadavatelem preferovanou variantu smluvního uspořádání mezi zadavatelem a dodavatelem a zároveň východisko a podklad pro jednání o obsahu konečné verze předmětné smluvní dokumentace.*

(...)

*Zadavatel pro vyloučení jakýchkoliv pochybností stanoví, že předběžné nabídky musí splňovat všechny zadavatelem stanovené obchodní, technické i další zadávací podmínky stanovené v závazných vzorech Rámcové dohody a Kupních smluv nebo v této zadávací dokumentaci.*

*Zadavatel bude o předběžných nabídkách jednat (...), pokud nezvolí postup podle č. 8.8 této zadávací dokumentace, tj. neuzavře Rámcovou dohodu na základě předběžné nabídky. Návrhy účastníků na změny obchodních nebo technických podmínek je zadavatel oprávněn (nikoliv však povinen) zohlednit v konečném závazném obsahu obchodních nebo technických podmínek. Konečný závazný obsah obchodních podmínek a technických podmínek bude pro všechny uchazeče stejný a bude jim sdělen zadavatelem před koncem jednání o předběžných nabídkách.*

*Obchodní a technické podmínky nad rámec minimálních technických podmínek, stejně jako jakékoliv další zadávací podmínky je zadavatel oprávněn měnit postupem dle § 99 Zákona, ale také měnit nebo doplnit (...). Zadavatel si však vyhrazuje právo tyto podmínky v rámci jednání o předběžných nabídkách neměnit.“*

69. Z bodu 3.4 „Doba plnění Veřejné zakázky a způsob uzavírání jednotlivých dílčích kupních smluv na základě Rámcové dohody“ zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel na základě rámcové dohody není povinen požadovat od účastníka zadávacího řízení plnění, ani učinit výzvu k uzavření dílčí kupní smlouvy. To platí i z pohledu účastníka zadávacího řízení, který není po zadavateli oprávněn požadovat zadání plnění. Zadavatel dále konstatuje, že: *„v případě, že dojde k uzavření kupní smlouvy, s ohledem na své aktuální obchodní záměry, předpokládá, že v rámci první dílčí Kupní smlouvy by v případě jejího uzavření požadoval dodávku 10 jednotek.*

*Zadavatel je oprávněn (nikoliv však povinen) požadovat v dílčích Kupních smlouvách dodávku libovolného počtu jednotek. Celkový počet jednotek požadovaný dohromady ve všech Kupních smlouvách bude nejvýše 50.“*

70. V bodě 4.1 zadávací dokumentace zadavatel vymezuje, že nebude akceptovat požadavky účastníka na poskytnutí jakýchkoliv platebních záruk, otevření dokumentárního inkasa nebo akreditivu.
71. V bodě 4.2 zadávací dokumentace zadavatel uvádí, že: *„účastník je oprávněn, resp. povinen provádět změny a/nebo doplnění proti závaznému vzoru Rámcové dohody a závazným vzorům Kupních smluv a jejich přílohám pouze v případech, kdy to instrukce zadavatele výslovně ukládají, resp. povolují (...). V opačném případě může být dodavatel z účasti v zadávacím řízení vyloučen.“*

72. Zadavatel v odst. 1 čl. II. „Kupní smlouvy a postup při jejich uzavírání“ přílohy č. 1 zadávací dokumentace – závazného vzoru rámcové dohody vč. jejích příloh stanovil: *„Smluvní strany se dohodly, že tato Rámcová dohoda nezakládá povinnost Zadavatele poptávat od Dodavatele jakýkoliv druh plnění ve smyslu čl. I odst. 1 této Rámcové dohody v jakémkoli rozsahu či skladbě, ani kdykoliv po dobu trvání této Rámcové dohody učinit Výzvu k poskytnutí plnění (...).“*
73. Zadavatel ve výše cit. článku, v odst. 2. písm. b) vymezení termínu dodání pro jednotlivé jednotky. *„(...) Zadavatel je v rámci kterékoliv uzavřené Kupní smlouvy na dodání jednotek oprávněn požadovat, aby mu Dodavatel příslušnou první až čtvrtou jednotku dodal v termínu nejdříve do 25 měsíců od nabytí účinnosti příslušné Kupní smlouvy a nejpozději do 48 měsíců od nabytí účinnosti příslušné Kupní smlouvy, a poté dodávky vždy až 2 dalších jednotek měsíčně. Dodavatel se zavazuje takto stanovenou dobu plnění bez výhrad akceptovat a splnit.“*
74. V čl. IV „Dodací a převímací podmínky“ odst. 12. a 13. přílohy č. 5a Rámcové dohody – závazný vzor Kupní smlouvy včetně jejích příloh (dodávka jednotek), (dále jen „závazný vzor kupní smlouvy“), zadavatel uvedl: *„Prodávající je povinen prokazatelně, alespoň 10 pracovních dnů předem, vyzvat Kupujícího k převzetí příslušné jednotky (...). Kupující bez zbytečného odkladu po doručení výzvy k převzetí dle odst. 12 shora termín pro převzetí jednotek (...) Proávajícímu potvrdí, souhlasí-li s ním.“*
75. V čl. IX. „Platební podmínky“ odst. 1. závazného vzoru kupní smlouvy zadavatel stanovil: *„Prodávající je oprávněn vystavit nejdříve ke dni následujícím po dni nabytí účinnosti této Kupní smlouvy (nebo později dle své volby), zálohovou fakturu ve výši maximálně 20 % z kupní ceny za dodávku jednotek dle č. VII. odst. 1 této Kupní smlouvy, přičemž je oprávněn k této částce připočítat odpovídající výši DPH (akontace). Splatnost takto vystavené zálohové faktury bude 30 kalendářních dnů ode dne řádného vystavení zálohové faktury.(...)“*. Dle odst. 2 téhož článku: *„Za předpokladu protokolárního převzetí určité jednotky (včetně k ní náležející technické dokumentace) dle čl. IV. odst. 7 této Kupní smlouvy ze strany Kupujícího je Proávající oprávněn vystavit fakturu (daňový doklad) ve výši kupní ceny takto dodané jednotky dle odst. 1 tohoto článku Kupní smlouvy. Splatnost jednotlivých takto vystavených faktur bude 30 (třicet) kalendářních dnů ode dne řádného vystavení příslušné faktury.“*
76. Čl. X. „Záruční doba a reklamace“ odst. 2 závazného vzoru kupní smlouvy stanovuje, že *„Na každou jednotlivou jednotku Proávající poskytuje záruku za jakost („Záruka za jakost“) v délce [Prodávající bude uvedena délka záruční doby ve smyslu bodu 6.13 zadávací dokumentace, tj. délka záruční doby uvedená Proávající v jeho nabídce předložené do Zadávacího řízení] měsíců od jejího převzetí dle č. IV. odst. 7 Kupní smlouvy, tj. od podpisu předávacího protokolu oprávněným zástupcem Kupujícího.“*
77. V čl. X. „Záruční doba a reklamace“ odst. 3 závazného vzoru kupní smlouvy zadavatel vymezení, že *„Nad rámec Záruky za jakost pro jednotku jako celek dle odst. 2 tohoto článku, poskytuje Proávající Kupujícímu Záruku za jakost specificky také na níže uvedené díly jednotky:*
- a) *těsnění do první předepsané demontáže nebo výměny dle návodu na údržbu jednotky, pokud je tato doba kratší, než délka Záruky za jakost na jednotku jako celek dle*

*odstavce 2 tohoto článku shora; jinak platí záruční doba jednotky dle odstavce 2 tohoto článku shora;*

- b) provozní náplně do první předepsané výměny dle návodu na údržbu jednotky;*
- c) podvozek hnací, kdy podvozkem je míněn kompletní konstrukční celek včetně dvojkolí, ložisek, primárního a sekundárního vypružení, tlumících prvků, nápravových převodovek včetně reverzačního zařízení, příp. trakčních motorů a převodů, ventilačních jednotek trakčních motorů, kompletní brzdové výstroje, přenosů tažných a brzdných sil, torzních vzpěr, torzních stabilizátorů kolébání, systému pískování a mazání okolků, soustavy potrubí, snímačů a všech ostatních nedílných součástí podvozku: 60 měsíců nebo ujetí 1.200.000 km, a to podle toho, co nastane později;*
- d) podvozek běžný, kdy podvozkem je míněn kompletní konstrukční celek včetně dvojkolí, ložisek, primárního a sekundárního vypružení, tlumících prvků, kompletní brzdové výstroje, přenosů tažných a brzdných sil, torzních stabilizátorů kolébání, systému mazání okolků, soustavy potrubí, snímačů a všech ostatních nedílných součástí podvozku: 60 měsíců nebo ujetí 1.200.000 km, a to podle toho, co nastane později;*
- e) vakuové WC standardní i univerzální: 60 měsíců;*
- f) automatické spřáhlo: 60 měsíců;*
- g) trakční motor, trakční transformátor: 60 měsíců;*
- h) elektrické napájecí měniče použité na vozidle pro připojení k síti 230 V 50 Hz z obou stran, pro napájení palubní sítě a zásuvek 230 V a 5V pro napájení tabletů a dalších podobných zařízení: 60 měsíců;*
- i) řídicí systém, tj. kompletní software (SW) a hardware (HW) řídicího systému: 60 měsíců;*
- j) klimatizační zařízení stanoviště strojvedoucího, kdy klimatizačním zařízením je míněn konstrukční celek sloužící pro vytápění a klimatizaci a zahrnující všechny nedílné součásti zařízení: 60 měsíců;*
- k) klimatizační zařízení oddílů pro cestující, kdy klimatizačním zařízením je míněn konstrukční celek sloužící pro vytápění a klimatizaci a zahrnující všechny nedílné součásti zařízení: 60 měsíců;*
- l) dveře vnější, kdy konstrukčním celkem dveře vnější je míněn kompletní konstrukční celek zahrnující kompletní dveřní systém včetně dveřních panelů, pohonu a řídicí jednotky, uzamykacích mechanismů, detektorů, spínačů a ovladačů, madel, těsnění, vodících lišt, akustických signálů, pružinových mechanismů a všechny ostatní nedílné součásti dveřního systému: 60 měsíců;*
- m) nástupní schůdky, kdy konstrukčním celkem nástupní schůdky je míněn kompletní konstrukční celek zahrnující hnací a vodící zařízení, servisní a nouzové zařízení, zařízení pro vyřazení z provozu, zařízení pro detekci překážek, elektrické spínače, ovládání a elektrické vedení a všechny ostatní nedílné součásti nutné pro správnou funkci konstrukčního celku: 60 měsíců;*
- n) hrubá stavba skříně, tj. kompletní konstrukční celek sestavený obvykle z tubusu a kabin včetně všech spojů, výztuh a dalších nezbytných dílů: 60 měsíců;*

o) okna – čelní i boční: 60 měsíců;

p) lak, tj. vnější lak skříně, rámu a podvozků: 60 měsíců.“.

78. V čl. X. „Záruční doba a reklamace“ odst. 4 závazného vzoru kupní smlouvy je stanoveno, že: „v případě výměny určitého vadného dílu jednotky shora běží na výměnný díl ode dne ukončení opravy ve smyslu odst. 13 tohoto článku nová záruční doba, a to vždy v délce dle odst. 3 tohoto článku. Jedná-li se však o díl, pro který není v odst. 3 specifikována konkrétní délka, trvá záruční doba na vyměněný díl do ukončení záruční doby sjednané pro příslušnou jednotku ve smyslu odst. 2 shora, nejméně však po dobu odpovídající ½ záruční doby sjednané v odstavci 2 tohoto článku.“.
79. Dle čl. X „Záruční doba a reklamace“ odst. 7 závazného vzoru kupní smlouvy „Je-li mezi Smluvními stranami sporné, zda se jedná o vady uvedené v odst. 6 písm. a) – d) tohoto článku, na které se záruka za jakost poskytovaná Prodávajícím nevztahuje, Kupující je oprávněn (nikoli povinen) po Prodávajícím požadovat, aby mu Prodávající poskytl odhad nákladů na odstranění takových vad a dále aby Prodávající takovou spornou vadu odstranil postupem dle této Kupní smlouvy, jakoby se na takovou spornou vadu Záruka za jakost poskytovaná Prodávajícím vztahovala. Pokud se následně ukáže, že se na takové vady Záruka za jakost nevztahovala (tj., že se jedná o vady uvedené v odst. 6 písm. a) – d) tohoto článku), zavazuje se Kupující uhradit Prodávajícímu řádně zdokumentované, prokazatelně a účelně vynaložené náklady, nepřevyšující náklady v daném čase a místě obvyklé, vynaložené Prodávajícím v souvislosti s odstraňováním takovéto vady. Záruční doba se prodlužuje o dobu ode dne odstavení jednotky z provozu z důvodu vady, za kterou dle této Kupní smlouvy odpovídá Prodávající, do dne jejího opětovného zprovoznění po odstranění vady. (...)“.
80. Dle čl. XIV. „Smluvní sankce“ odst. 5. závazného vzoru kupní smlouvy „V případě, že po dobu trvání Záruky za jakost pro jednotku jako celek dle čl. X. odst. této Kupní smlouvy vada (s výjimkou vad, na které se nevztahuje Záruka za jakost) jednotky způsobí nemožnost nasazení jednotky na plánovanou jízdu dle grafikonu vlakové dopravy (dále jen „GVD“) nebo zastavení jednotky nebo zpoždění jednotky vyšší než 15 min. v zahájené předepsané jízdě na trati dle příslušného GVD a ani přes řádně učiněné veškeré přiměřené kroky Kupujícího (resp. jeho zaměstnanců) směřující k opětovnému oživení jednotky nedošlo k jejímu zprovoznění, je Prodávající povinen Kupujícímu zaplatit a Kupující je oprávněn po Prodávajícím požadovat zaplacení smluvní pokuty ve výši 5.000,- Kč za každý jednotlivý případ, kdy nedošlo ke zprovoznění jednotlivé jednotky ve smyslu tohoto odstavce. Pokud nebude ani přes vynaložení maximální možné snahy ze strany Kupujícího možné zajistit náhradní soupravu pro plánovanou navazující jízdu dle plánovaného oběhu vadné jednotky na trati z cílové stanice předepsané jízdy jednotky dle předchozí věty, je Prodávající povinen Kupujícímu zaplatit a Kupující je oprávněn požadovat po Prodávajícím u každé jednotlivé jednotky, u níž nastala výše popsaná situace, navíc (nad rámec v tomto odstavci výše uvedené smluvní pokuty) zaplacení smluvní pokuty ve výši 5.000,- Kč za plánovanou navazující jízdu, přičemž není dotčeno právo Kupujícího na uplatnění smluvní pokuty dle první věty tohoto odstavce. Prodávající se zavazuje nahradit Kupujícímu též veškeré sankce, které mohou být proti Kupujícímu uplatněny ze strany kraje jako objednatele drážní dopravy za neodjetý vlak v souvislosti s vadou jednotky.“.

81. Dle čl. XIV. „Smluvní sankce“ odst. 23. závazného vzoru kupní smlouvy „*Prodávající bere na vědomí, že pokud dojde k prodlení s řádným dodáním předmětu této Kupní smlouvy nebo jeho části, může Kupujícímu vzniknout škoda též v souvislosti s povinností Kupujícího provozovat v České republice dopravu v závazku veřejné služby za podmínek stanovených právními předpisy a příslušnými smlouvami mezi Kupujícím a objednatelem dopravy. Proávající bere na vědomí, že ke splnění svých povinností ze shora uvedené smlouvy zamýšlí Kupující využít jednotky pořízované na základě této Kupní smlouvy a že pokud tyto jednotky (spolu s technickou dokumentací) nebudou dodány řádně a včas, mohou být proti Kupujícímu uplatněny ze strany objednatele dopravy sankce nebo může být Kupující nucen využít ke splnění svých povinností jiná drážní vozidla, s čímž mohou být spojeny dodatečné náklady. Proávající se zavazuje nahradit Kupujícímu též škody uvedené výše v tomto odstavci. Povinnosti Kupujícího činit opatření potřebná k odvracení škod nebo k jejich zmírnění, které vyplývají z ustanovení občanského zákoníku, nejsou výše uvedeným nijak dotčeny. Proávající je povinen bezodkladně informovat Kupujícího o všech skutečnostech, jejichž důsledkem může být prodlení Proávajícího s dodáním jednotek.*“.
82. V čl. XIV. „Smluvní sankce“ odst. 21. závazného vzoru kupní smlouvy zadavatel stanovil, že: „*celková maximální výše náhrady škody v součtu s uplatněnými smluvními pokutami z této Kupní smlouvy je omezena ve svém součtu do výše maximálně 50 % z kupní ceny všech jednotek (...).*“.
83. Z čl. XIX. „Závěrečná ustanovení“ odst. 1 závazného vzoru kupní smlouvy vyplývá, že kupní smlouva nabývá účinnosti dnem jejího uzavření, jímž je den označený datem u podpisů smluvních stran.

#### K doručení návrhu

84. Z ust. § 251 odst. 2 zákona vyplývá povinnost stěžovatele doručit návrh, není-li stanoveno jinak, Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitky odmítnul. V šetřeném případě navrhovatel doručil prostřednictvím zástupce v zadávacím řízení zadavateli e-mailem námitky proti zadávacím podmínkám dne 2. 7. 2018. Zadavatel rozhodnutím o námitkách ze dne 13. 7. 2018 námitkám nevyhověl, přičemž rozhodnutí o námitkách odeslal na e-mailovou adresu zástupce navrhovatele v zadávacím řízení. Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 13. 7. 2018 e-mailem a následně dne 17. 7. 2018 i prostřednictvím provozovatele poštovních služeb. Poslední den lhůty pro podání návrhu tak připadl na pondělí 23. 7. 2018.
85. Z ust. § 251 odst. 4 zákona vyplývá, že náležitosti návrhu stanovené ve větě první a druhé § 251 odst. 1 zákona, tj. obecné náležitosti podání, označení zadavatele, **v čem je spatřováno porušení zákona**, v důsledku čehož vznikla navrhovateli újma, návrhy na provedení důkazů a čeho se navrhovatel domáhá, nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány. Výjimku představuje situace, kdy možnost doplnění vyplývá přímo ze zákona a Úřad stanoví navrhovateli lhůtu pro odstranění nedostatků návrhu. Jak vyplývá z ust. § 257 písm. a) zákona, Úřad může navrhovatele vyzvat k doplnění obecných náležitosti podání, dále ke sdělení čeho se navrhovatel domáhá, či doplnění dokladu o složení kauce. Naproti tomu, jak vyplývá z ust. § 257 písm. b) zákona, Úřad naopak nemůže poskytnout navrhovateli dodatečnou lhůtu ke sdělení, v čem navrhovatel spatřuje porušení zákona, v jehož důsledku



navrhovatelí vznikla nebo hrozí újma. Doplní-li navrhovatel návrh na základě vlastní iniciativy, tj. bez předchozí výzvy Úřadu o náležitosti, které nelze doplňovat, Úřad k takovému doplnění nepřihlíží.

86. Úřad v šetřeném případě obdržel návrh dne 23. 7. 2018. Po kontrole obecných a formálních náležitostí návrhu **Úřad neshledal pochybnosti o splnění náležitostí stanovených v § 251 odst. 1 zákona**, neměl tedy důvod stanovit navrhovatelí dodatečnou lhůtu k odstranění nedostatků návrhu. Úřad konkrétně v návrhu neshledal absenci obecných náležitosti podání, dále označení čeho se navrhovatel domáhá a ani absenci dokladu o složení kauce. K argumentaci navrhovatele v předloženém návrhu Úřad uvádí, že byť byla zjevně kusá, neboť návrh obsahoval pouze liché strany (viz bod 9. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad dokázal dovodit, resp. návrh obsahoval, čeho se navrhovatel domáhá a v čem spatřuje porušení zákona. Důvody pro zastavení správního řízení dle § 257 písm. a) až e) Úřad tedy neshledal.
87. Dne 24. 7. 2018 obdržel Úřad (a rovněž i zadavatel) podání, jehož obsahem bylo doplnění návrhu o další důvody, v čem navrhovatel spatřuje porušení zákona ze strany zadavatele. Jak vyplývá z dikce ust. § 251 odst. 4 zákona, Úřad ke změnám a doplněním návrhu o další relevantní důvody poukazující na možné porušení zákona nepřihlíží. Pro úplnost lze konstatovat, že pokud by Úřad považoval za rozhodné datum podání návrhu až den 24. 7. 2018, kdy obdržel obsahově kompletní argumentaci navrhovatele, bylo by nutné správní řízení ve věci tohoto návrhu podle § 257 písm. e) zákona zastavit, jelikož návrh by v tomto případě nebyl doručen Úřadu v zákonné lhůtě. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě při přezkoumávání úkonů zadavatele vycházel z návrhu, který byl Úřadu doručen dne 23. 7. 2018 a k doplnění návrhu o další důvody nezákonnosti postupu zadavatele ze dne 24. 7. 2018 nepřihlížel.
88. Zadavatel ve svém vyjádření rovněž potvrzuje, že obdržel stejnopis návrhu dne 23. 7. 2018, avšak upozorňuje, že tento stejnopis obdržel bez povinných příloh. Na tomto místě Úřad uvádí, že doručení stejnopisu návrhu zadavateli je chápán pouze stejnopis návrhu, tj. vlastní text samotného návrhu. Účelem doručování stejnopisu návrhu zadavateli je primárně možnost seznámení se s argumentací navrhovatele. Posouzení včasnosti doručeného návrhu, případně posouzení splnění zákonných náležitostí návrhu jako podání, kterým navrhovatel iniciuje zahájení správního řízení, je pak výhradně úlohou Úřadu. Úřad tak nemůže potvrdit tvrzení zadavatele, že navrhovatel nesplnil povinnost stanovenou v § 251 odst. 1 zákona vůči zadavateli ani vůči Úřadu.

#### **Ke stanovení zadávacích podmínek obecně**

89. Úřad předně v obecné rovině uvádí, že zadávací podmínky tvoří základ pro rozhodování potenciálních dodavatelů, zda se zúčastní zadávacího řízení či nikoliv. Je tedy na zadavateli, aby při jejich zpracování dbal maximální pečlivosti, neboť zadávací podmínky slouží jako primární zdroj informací při tvorbě nabídek. Zadavatel nastavením zadávacích podmínek vytváří z povahy věci jistou nerovnováhu mezi dodavateli, tzn. omezuje okruh dodavatelů pouze na ty, kteří budou schopni realizovat předmět plnění veřejné zakázky a uzavřít v zadávacím řízení smlouvu. K uvedenému omezení okruhu potenciálních dodavatelů však nesmí docházet bezdůvodně, tj. musí být především odůvodněno legitimními potřebami zadavatele, a nikoli právě snahou o omezení hospodářské soutěže či o zaručení konkurenční

výhody pro určitý okruh dodavatelů. Zadavatel musí zajistit, aby soutěž na konkrétní veřejnou zakázku probíhala zcela v souladu se zákonem a s dodržáním zásad transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

90. Zadávací podmínky vždy vychází primárně z potřeb zadavatele. V této souvislosti lze odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 3/2015-29 ze dne 19. 12. 2016, v němž se uvedený soud vyjádřil následovně: *„Předně soud považuje za nutné konstatovat, že každý zadavatel při zadávání veřejné zakázky reaguje na svoji potřebu a k té samozřejmě směřuje svou snahu o uzavření smlouvy prostřednictvím veřejné zakázky. Podle názoru soudu je naprosto v pořádku, pokud zadavatel reaguje vypsáním zakázky na svoji vzniklou potřebu řešení určité situace. Z povahy věci tak samotná potřeba zadavatele v sobě implikuje omezení pro její řešení, neboť určité zájmy zadavatelů v sobě implikují pouze limitní množství řešitelů.“* Obdobně se vyjádřil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 9 Afs 87/2008 ze dne 9. 7. 2009, v němž konstatoval, že *„[p]ředmět veřejné zakázky vychází z potřeb zadavatele a může mít nejrůznorodější charakter daný jeho věcným obsahem, potřebami zadavatele, jeho finančními možnostmi, apod.“*
91. V šetřeném případě je sporu o tom, zda zadavatel nastavil takové zadávací podmínky, resp. smluvní podmínky v závazném návrhu rámcové dohody a v závazném návrhu kupní smlouvy, které vytvářejí bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, jsou nepřiměřené z důvodu, že zakládají nevyvážený smluvní vztah ve prospěch zadavatele (a to do té míry, že to vyvolává důsledky z hlediska omezení hospodářské soutěže o danou veřejnou zakázku) a jsou diskriminační vůči zahraničním dodavatelům.

#### **K rámcové dohodě a požadavku na minimální rozsah plnění**

92. V přezkoumávaném případě zadavatel v zadávacích podmínkách vymezil, že: *„rámcová dohoda nezakládá povinnost zadavatele poptávat od účastníka plnění v jakémkoli rozsahu či skladbě (...), tj. uchazeč není na základě Rámcové dohody oprávněn požadovat zadání (...).“* Zadavatel stanovil maximální možný požadovaný počet jednotek na 50 ks, přičemž rovněž uvedl, že předpokládá, že dojde-li k uzavření první dílčí kupní smlouvy, bude s ohledem na své aktuální obchodní záměry požadovat plnění v rozsahu 10 ks (viz bod 69. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Navrhovatel argumentuje, že zadavatel by měl vyhlásit zadávací řízení, až bude mít postaveno najisto, že bude od dodavatele vůbec plnění požadovat. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel přenáší veškerá rizika spojená s množstvím odběru na dodavatele.
93. Předně Úřad uvádí, že zadavatel poměrně podrobně popisuje, že se aktuálně nachází v pozici, kdy řeší uzavírání smluv pro zajištění regionální dopravy s jednotlivými kraji po roce 2019. Zadavatel uvádí, že vede průběžná jednání s kraji, jejichž požadavky na množství dodávaných jednotek a očekávání nasazení jednotlivých jednotek nejsou zcela ujasněné a mezi jednotlivými kraji se liší. Úřad rovněž nepřehlídí, že zadavatel jednoznačně konkretizuje maximální počet jednotek, tj. celkem 50 ks, a taktéž očekávání týkající se první dílčí kupní smlouvy. Úřad má za to, že v kontextu rozhodných okolností lze potvrdit, že možnost „nepoptávat“ plnění tak není výsledkem prosté libovůle zadavatele, neboť ten je odkázán na rozhodnutí třetích osob, od kterých se bude jeho následná poptávka odvíjet. Úřad tedy shrnuje, že tuto zadávací podmínku považuje za zdůvodněnou. Nelze opomenout, že zavázal-li by se zadavatel k odběru určitého počtu jednotek, mohl by se s ohledem na ust.

§ 131 odst. 5 zákona (dle kterého nelze provést podstatnou změnu rámcové dohody po dobu jejího trvání bez provedení nového zadávacího řízení, a to ani při zadávání dílčích veřejných zakázek na základě rámcové dohody) ocitnout v situaci, kdy pro tyto jednotky nebude mít na trhu uplatnění, což by bylo z jeho pohledu jistě mj. zcela v rozporu se zásadami hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti; lze mít proto za to, že takový hypotetický postup je pro zadavatele v zásadě oprávněně neakceptovatelný.

94. Úřad v obecné rovině uvádí, že rámcová dohoda je zvláštním druhem smlouvy v oblasti zadávání veřejných zakázek. Rámcová dohoda vymezuje pouze smluvní základ pro opakovaná plnění předem **obtížně předvídatelného rozsahu**, se stejným nebo obdobným předmětem a mezi stejnými subjekty. Plnění veřejných zakázek je poté realizováno až na základě následných objednávek, resp. na základě uzavírání jednotlivých dílčích smluv, které jsou uzavírány v souladu s rámcovou dohodou. **Smyslem rámcových dohod není jednoznačný závazek směřující k realizaci plnění veřejné zakázky / veřejných zakázek.** Dodavatelé tak nemohou v případě uzavření rámcové dohody spoléhat na konkrétní zisk či obrát za určité období, jak je tomu v případě uzavření „klasické“ smlouvy, jejímž předmětem je poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací. Konkrétní plnění nemusí být ze strany zadavatele ani vůbec požadováno/realizováno, nedojde-li k uzavírání dílčích smluv. Dodavatel ale v tomto nemůže pociťovat žádnou újmu; je nutné uvažovat v tom smyslu, že dodavatel zadavateli neposkytl zatím žádné plnění a nese si pouze své běžné provozní náklady, případně náklady na přípravu nabídky. Podstatou je tedy skutečnost, že protiplnění nastává až při skutečné realizaci předmětu veřejné zakázky, ke kterému dochází až uzavřením konkrétní smlouvy na základě rámcové dohody. Pokud dodavatel realizuje předmět plnění veřejné zakázky, zadavatel za tuto realizaci poskytuje peněžní protiplnění, stejně tak i v opačném případě, když dodavatel pro zadavatele nevykonává plnění předmětu veřejné zakázky, nemůže očekávat ekvivalentní protiplnění ze strany zadavatele. Míra rizika je v těchto případech sdílená. Úřad připouští, že se možnost „nepoptávat“ plnění z pohledu potenciálních dodavatelů jeví jako nekomfortní, neboť se jedná o vysoce specializovanou veřejnou zakázku s vysokou předpokládanou hodnotou. Úřad ale dodává, že možnost „nepoptávat“ plnění vychází z obecného principu rámcové dohody, byť se toto ustanovení může optikou potenciálních dodavatelů jevit jako nekomfortní. Samotným uzavřením rámcové dohody nevzniká z pohledu dodavatele žádný právní nárok na plnění předmětu veřejné zakázky, resp. z pohledu zadavatele nevzniká žádná povinnost poptávat plnění pouze na základě rámcové dohody.
95. K míře podnikatelského rizika, která je v obchodních vztazích běžná, Úřad obecně konstatuje, že tato je přípustná i v oblasti zadávání veřejných zakázek, a to zejména za předpokladu, kdy mají všichni potenciální dodavatelé stejné výchozí podmínky, tzn. stejné zadávací podmínky. Je na zvážení každého potenciálního dodavatele, zda je pro něj účast v zadávacím řízení dostatečně atraktivní. Přítomnost určitého podnikatelského rizika připouští i judikatura, Úřad v této souvislosti odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 121/2016-196 ze dne 3. 11. 2017 (který následně potvrdil i Nejvyšší správní soud rozsudkem sp. zn. 1 As 403/2017-50 ze dne 21. 3. 2018), v němž soud mimo jiné uvedl, že: „(...) *Dodavatelé coby subjekty podnikající v oboru si tohoto oprávnění žalobce museli být vědomi; zohlednění této skutečnosti do nabízené ceny, popř. do jiných podmínek tvořících součást nabídky jako celku, musí být proto běžným, a ve vztahu k nyní posuzované věci tedy nikoli nepřiměřeným, podnikatelským krokem, včetně všech podnikatelských rizik z toho vyplývajících. (...) Nadto je*

*podstatné, že výchozí pozice dodavatelů byla stejná“.* Ve vztahu k citovanému rozsudku Úřad dodává, že ačkoliv se tento zabýval rozporem mezi stanovením, resp. nestanovením konkrétních okolností, za jakých žalobce přistoupí k regulaci cen nebo k určení jiného příjezdového a odjezdového stanoviště, lze všeobecné závěry soudu týkající se běžného podnikatelského rizika analogicky aplikovat rovněž na právě řešený případ.

96. Pokud navrhovatel argumentuje v tom smyslu, že zadavatel přenáší veškerá rizika spojená s množstvím odběru na dodavatele, Úřad konstatuje následující. Lze potvrdit, že zadavatel je oprávněn nepoptávat žádné plnění, resp. fakticky nerealizovat žádnou veřejnou zakázku na základě rámcové dohody. Jak bylo dovozeno výše, uvedený předpoklad nelze považovat za žádný nevyvážený přenos rizika, jelikož v případě nerealizování žádné dílčí zakázky nevznikají konkrétnímu dodavateli žádné dodatečné náklady, které by měl sdílet zadavatel, a které by bylo možné považovat za nepřiměřené podnikatelské riziko. Zadavatel v zadávací dokumentaci jednoznačně konkretizoval celkové maximální množství, které může na základě rámcové dohody poptávat v průběhu trvání rámcové dohody, tj. za osm let její účinnosti. Úřad dále vychází z informace, kterou poskytl zadavatel v zadávací dokumentaci, a sice že v rámci první objednávky lze očekávat dodávku deseti jednotek. Navrhovatel neuvádí žádné bližší důvody, jaká konkrétní rizika mu hrozí, pokud zadavatel bude postupovat očekávaným způsobem, tedy na základě první objednávky bude požadovat dodávku právě deseti jednotek. Úřad uvádí, že stanovení konkrétního počtu jednotek, které hodlá zadavatel poptávat, je výlučně v dispozici zadavatele, jelikož jde o samotné vymezení předmětu veřejné zakázky. Bylo-li výše uvedeno, že zadávací podmínky vycházejí primárně z (legitimních) potřeb zadavatele, není na místě, aby zadavatel tyto potřeby „přizpůsoboval“ jednotlivým dodavatelům. Limitaci, resp. korekci vůči zadavateli ve smyslu určení toho, co má být předmětem plnění veřejné zakázky, vnímá Úřad jako krajní možnost v případě zjevného excesu, kdy je zjevné, že požadavky zadavatele nevyplývají z jeho oprávněných potřeb, ale že ve skutečnosti primárně směřují k zákonem zakázanému cíli, tj. omezení hospodářské soutěže, resp. zvýhodnění konkrétního dodavatele či konkrétních dodavatelů. Takovou situaci však Úřad v šetřeném případě ze shora uvedených důvodů nespaturuje. Je možno uzavřít, že pokud konkrétní dodavatel není schopen plnit zakázku za takových podmínek, které vycházejí z legitimních potřeb zadavatele, nemůže se sice zadávacího řízení účastnit, tuto skutečnost však v takovém případě nelze klást k tíži zadavatele. Co se týče konkrétních termínů dodání, Úřad uvádí, že uvedený aspekt bude předmětem samostatného posouzení (viz dále odůvodnění rozhodnutí).
97. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že v šetřeném případě bylo zcela na zvážení navrhovatele, jakožto odborníka v dané oblasti, zda je ochoten přijmout míru podnikatelského rizika vyplývající z uzavření rámcové dohody a zúčastnit se zadávacího řízení či nikoliv. V případě účasti v zadávacím řízení by měl náklady na pokrytí rizika vyplývajícího z této účasti učinit součástí nabídkové ceny, a tímto způsobem zajistit jejich pokrytí. Úřad podotýká, že zadávací podmínky byly stanoveny pro všechny dodavatele shodně, přičemž každý z dodavatelů musel při podání žádosti o účast podstoupit určitou míru obchodního rizika, které se může promítnout v jeho nabídkové ceně.

#### **K dodacím termínům**

98. Navrhovatel dále v návrhu brojí proti stanovení termínů dodání první až čtvrté jednotky v termínu nejdříve do 25 měsíců a nejpozději do 48 měsíců od nabytí účinnosti příslušné

kupní smlouvy. Navrhovatel argumentuje v obecné rovině tak, že pro zahraničního dodavatele není možné dodávku čtyř jednotek v tomto termínu zajistit, a to především s ohledem na vývoj vozidla, schvalovací proces v ČR a přerušení a nastavení výroby při následných objednávkách. Navrhovatel považuje stanovený termín dodání za diskriminační pro zahraniční dodavatele.

99. Dle zadavatele jsou dodací termíny splnitelné i ze strany zahraničních dodavatelů, kteří v rámci ČR tyto typy jednotek dosud nedodávali, o čemž svědčí zejména fakt, že zadavatel obdržel žádost o účast i od zahraničního dodavatele. Zadavatel rovněž odkazuje na šetření a následné rozhodnutí Úřadu vedené pod sp. zn. S0461/2016/VZ, ve kterém Úřad vyslovil, že splnitelné rozmezí pro dodávky tehdy poptávaných elektrických jednotek se pohybuje od 24 do 36 měsíců.

*Šetření Úřadu vedené pod sp. zn. S0461/2016/VZ*

100. Úřad předně shrnuje rozhodné skutečnosti vyplývající z šetření Úřadu v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0461/2016/VZ. Předmětem veřejné zakázky z roku 2016 bylo uzavření rámcové smlouvy, jejímž předmětem byla „*dohoda na postupu při zadávání jednotlivých dílčích veřejných zakázek na dodávky železničních kolejových vozidel pro přepravu osob, způsobilých k provozu na regionálních a celostátních tratích v České republice, tj. jednopodlažních, částečně nízkopodlažních dvousystémových (3kV DC/25kV AC) elektrických jednotek (dále jen „jednotky“), včetně dodávky servisních dílů a konstrukčních celků výměnného systému (...), provedení první periodické vyvazovací opravy příslušných jednotek (...), a včetně vyhotovení a předání příslušné technické dokumentace včetně všech předepsaných průkazů způsobilosti, a to:*

- a) jednotek s obsaditelností minimálně 320 sedících cestujících, označovaných jako EMU320;*
- b) jednotek s obsaditelností minimálně 200 sedících cestujících, označovaných jako EMU200.“*

101. Úřad se v rámci uvedeného šetření obrátil na Drážní úřad, jakožto orgán státní správy příslušný ve věcech drah s následujícími dotazy:

*„ 1) Jaké nezbytné kroky musí učinit dodavatel, chce-li uvést na český trh výše popsany předmět plnění veřejné zakázky?*

*2) Jaká je nezbytná procedura testování a schvalování železničních elektrických jednotek před ostatními zúčastněnými orgány před podáním žádosti o schválení železniční elektrické jednotky k Drážnímu úřadu včetně průměrné délky schvalovacího procesu?*

*3) Jaký je průběh schvalovací procedury železničních elektrických jednotek před Drážním úřadem?“*

Drážní úřad k dotazu č. 1) uvedl: „*žadatel/dodavatel musí postoupit kompletní proces schvalovacího řízení drážního vozidla ve smyslu zákona o dráhách § 43 a násl., souvisejících prováděcích vyhlášek, zejména č. 100/1995 Sb., a 173/1995 Sb., vždy ve znění pozdějších předpisů, dále všech platných norem ať již evropských harmonizovaných, tak ČSN popisujících česká specifika pro železniční provoz a kompatibilitu, a v neposlední řadě rozhodnutí a nařízení Evropské komise, především technické specifikace interoperability (TSI). Podklady postoupené Drážnímu úřadu v rámci schvalovacího procesu si zajišťuje*

*žadatel sám v součinnosti s právními a notifikovanými subjekty, které jsou akreditovány pro konkrétní zkušební činnosti.“*

K dotazům č. 2) a 3) pak Drážní úřad shrnul, že před podáním žádosti o schválení typu drážního vozidla není podmínkou, aby mělo drážní vozidlo vykonané veškeré typové zkoušky. V takovém případě však Drážní úřad správní řízení přeruší a vyzve žadatele k doplnění veškerých nutných podkladů. Záleží pak pouze na schopnostech a zkušenostech žadatele, v jakém termínu je schopen tyto podklady dodat. Drážní úřad rovněž dodává, že v současné době je portfolio firem, které se pohybují na trhu drážní dopravy poměrně stálé, ne příliš rozsáhlé a všichni se velmi dobře orientují a sledují jak legislativní opatření Evropské komise pro tento segment, tak i legislativu dané země, ve které se chtějí o veřejnou zakázku ucházet. K délce schvalovacího procesu Drážní úřad uvedl, že ta se liší pro zcela nový model drážního vozidla a pro drážní vozidlo, které je v některém členském státě již schváleno a provozováno. U zcela nového modelu drážního vozidla se při schvalování postupuje podle § 43 odst. 4 zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o dráhách“), tzn. žadatel musí vykonat všechny typové zkoušky podle evropské a české legislativy. Každá typová zkouška musí být provedena a zdokumentována právníkem osobou a je třeba počítat i se skutečností, že bude nutné danou typovou zkoušku opakovat. Záleží však pouze na technické zdatnosti dodavatele a jeho organizačních schopnostech. U drážního vozidla, které je již schváleno a provozováno v jiném členském státě se postupuje podle § 43b zákona o dráhách, v tomto případě žadatel pouze doloží doklady vymezené v § 43b odst. 3, příp. odst. 4 zákona o dráhách. Typové zkoušky se v tomto případě nevykonávají.

102. Úřad se v rámci šetření dotazoval potenciálních dodavatelů včetně odštěpného závodu navrhovatele na následující dotazy:

*„ 1) Bylo by v případě Vašeho zájmu o výše uvedenou veřejnou zakázku v možnostech Vaší společnosti dodat zadavateli požadovanou první a druhou železniční elektrickou jednotku dle vymezení v Kvalifikační dokumentaci na předmětnou veřejnou zakázku ve lhůtě 15 měsíců od uzavření kupní smlouvy s ohledem na vývoj a výrobu těchto jednotek a s ohledem na průběh schvalovacího procesu železničních elektrických jednotek v České republice?*

*2) V případě, že by pro Vaši společnost byla požadovaná lhůta dodání první a druhé železniční elektrické jednotky do 15 měsíců od uzavření kupní smlouvy nesplnitelná, jakou lhůtu pro dodání byste považovali, s ohledem na schvalovací proces železničních elektrických jednotek před zúčastněnými orgány a Drážním úřadem v České republice, za nejkratší možnou?*

*3) Je ve Vaší praxi obvyklé vyvíjet, vyrábět a homologovat vozidla (elektrické jednotky) pro případ vzniku budoucí poptávky na daný typ vozidel?“*

Z odpovědi odštěpného závodu navrhovatele vyplývá, že tento by nebyl schopen dodat první a druhou železniční elektrickou jednotku na předmětnou veřejnou zakázku ve lhůtě 15 měsíců. Odštěpný závod navrhovatele avšak uvedl, že nejkratší možnou délkou pro dodání první a druhé jednotky je 24 – 36 měsíců a dodal, že není v jeho běžné praxi vyvíjet, vyrábět a homologovat vozidla pro případ vzniku budoucí poptávky.

103. Úřad v předmětné věci rozhodl, že dodací lhůta v rozsahu 15 měsíců je nepřiměřeně krátká.

*Dále k dodacím termínům*

104. Úřad si je vědom, že výše uvedené rozhodnutí v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0461/2016/VZ nenabýlo právní moci, neboť zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku bylo zrušeno ze strany zadavatele, nicméně skutková zjištění z dříve provedeného šetření Úřadu lze vzhledem ke svému charakteru aplikovat i na aktuálně řešený případ.
105. K argumentu navrhovatele v návrhu, že se v případě šetření Úřadu, resp. veřejné zakázky z roku 2016 a nyní přezkoumávané veřejné zakázky jednalo o jiné typy jednotek, Úřad uvádí, že v obou případech byla předmětem dílčích kupních smluv dodávka jednopodlažních, částečně nízkopodlažních dvousystémových (3kV DC/25kV AC) elektrických jednotek (viz body 2. a 100. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad připouští, že by byly požadované jednotky v obou případech z technického hlediska odlišné (obsaditelnost, nasazení v celostátní/regiónální dopravě), v zásadních aspektech se dle Úřadu jedná o jednotky totožné. Úřad v této souvislosti akcentuje, že navrhovatel v návrhu neprezentuje žádnou konkrétní argumentaci, v čem by měla spočívat zásadní odlišnost poptávaných předmětů veřejných zakázek, pouze obecně konstatuje, že se „jednalo o jiné typy jednotek“.
106. Navrhovatel tedy v návrhu neuvádí konkrétní specifické technické parametry či konstrukční řešení aktuálně poptávaných jednotek, které by svým charakterem a náročností na výrobu, schválení před Drážním úřadem a uvedení do provozu, vyžadovaly delší dodací termíny, oproti dříve poptávaným jednotkám. Argument, že se navrhovatel dříve vyjadřoval k jinému typu jednotek, tak Úřad nemůže považovat s ohledem na výše uvedené za relevantní.
107. Navrhovatel ve svém návrhu argumentuje obecně pouze v tom smyslu, že dodací lhůty jsou ve vztahu k zahraničním dodavatelům diskriminační, především s ohledem na vývoj vozidla, schvalovací proces v ČR a přerušení a nastavení výroby. Z vyjádření Drážního úřadu, které má Úřad k dispozici a které je součástí spisových podkladů, vyplývá, že proces uvedení jednotky (vozidla) na trh ČR se liší pro uvedení zcela nového vozidla, které dosud nebylo typově schváleno v žádném členském státě, a pro jednotku (vozidlo), které je v některém členském státě již typově schváleno. Úřad poukazuje na to, že z návrhu není jasné, zda by navrhovatel – jako zahraniční dodavatel – v případě účasti v zadávacím řízení, dodával typy jednotek, které jsou schváleny v některém z členských států, neboť z tvrzení „*ve vztahu k jednotkám, které dosud nebyly dodávány na trh v ČR*“ nelze tuto skutečnost dovodit. Úřad obecně uvažuje v tom smyslu, že s ohledem na faktický rozsah veřejné zakázky lze očekávat, že v úvahu přicházející zahraniční dodavatelé budou nabízet právě jednotky, které již byly schváleny v jiném členském státě. Pro posouzení délky dodacích termínů avšak není tato informace zcela rozhodující. Drážní úřad ve svém vyjádření sdělil, že veškeré podklady postoupené Drážnímu úřadu v rámci schvalovacího procesu si zajišťuje sám dodavatel v součinnosti s příslušnými subjekty. Pakliže dodavatel musí podstoupit (delší) schvalovací proces podle § 43 odst. 4 zákona o dráhách, tzn. v případě uvedení zcela nové jednotky na trh, kdy musí žadatel podstoupit všechny typové zkoušky, odvíjí se délka procesu k získání typového schválení pouze od kvalitativně-výrobních, technických a organizačních schopností dodavatele. Drážní úřad rovněž zdůraznil, že dodavatelé pohybující se na relevantním trhu se v tomto prostředí a schvalovacím procesu velmi dobře orientují a sledují jak legislativní opatření Evropské komise pro tento segment, tak i legislativu země, ve které se chtějí o veřejnou zakázku ucházet. Úřad s poukazem na celkový rozsah dané zakázky doplňuje, že v daném případě je prakticky vyloučeno, aby se o veřejnou zakázku ucházel dodavatel, který

na trhu EU nedodával žádné drážní vozidlo, a nebyl tak velmi dobře obeznámen s regulačním prostředím týkajícím se schvalovacího procesu (tj. neuměl se vyrovnat s požadavky, které na něj takový proces klade). Úřad při posuzování délky dodacích termínů zohledňuje rovněž vyjádření odštěpného závodu navrhovatele poskytnutého v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S0461/2016/VZ, kde tento uvedl, že s ohledem na schvalovací proces železničních jednotek před zúčastněnými orgány a Drážním úřadem v České republice považuje za nejkratší možnou dobu dodání tehdy poptávaných jednotek 24 až 36 měsíců. S ohledem na to, že předmětem plnění byly v zásadě obdobné typy jednotek, považuje Úřad dodací lhůtu v rozmezí 25 – 48 měsíců s ohledem na povinnost nezbytných schvalovacích procesů za přiměřenou, a to i z pohledu zahraničních dodavatelů.

108. Úřad doplňuje, že obdobně i proces vývoje jednotky a následné přerušení a nastavení výroby, či případné vymezení části výroby ve prospěch zadavatele nelze přisuzovat k tíži zadavatele nebo diskriminačně nastaveným zadávacím podmínkám, neboť to závisí pouze na vůli, ochotě a schopnostech dodavatele.
109. Úřad se dále zabýval požadavkem na počet dodávaných jednotek ve lhůtě 25 – 48 měsíců. Zadavatel požadoval v tomto termínu dodání celkem čtyř jednotek, přičemž navrhovatel uvádí, že: *„je třeba stanovit lhůtu minimálně 36-40 měsíců pro první jednu až dvě jednotky, a to zejména s ohledem na vývoj vozidla, schvalovací proces v ČR a přerušení a nastavení výroby při následných objednávkách. (...) Dotaz Úřadu se navíc týkal dodávky prvních dvou jednotek, nikoliv čtyř.“* Úřad podotýká, že s ohledem na výše uvedené skutečnosti, je z hlediska vývoje vozidla a **schvalovacího procesu v ČR** zcela irelevantní, jaký počet jednotek zadavatel požaduje v termínu dodání dodat. Vývoj vozidla i schvalovací proces vozidla je vždy vztažen pouze k jedné (první) jednotce, která je Drážním úřadem schválena jako typ a shodu se schváleným typem prokazuje dle § 43 odst. 2 zákona o dráhách výrobce (dodavatel) typovým osvědčením pro každé další vozidlo. Z pohledu tuzemského dodavatele je pak proces schvalování naprosto totožný. Délka dodacích termínů čtyř jednotek je tak ovlivněná zejména náročností výrobního procesu, což závisí zejména na výrobních kapacitách, schopnostech a možnostech dodavatele. Možnost dodržet dodací termíny pro čtyři jednotky tedy není ovlivněná aspektem délky „schvalovacích procesů v ČR“ jinak, než by tomu bylo v případě dodávky dvou jednotek. Jinými slovy, pokud je argumentace navrhovatele o diskriminaci zahraničních dodavatelů v zásadě založena pouze na domněnce, že s ohledem na nezbytný schvalovací proces v tuzemsku nelze celkem čtyři jednotky ve lhůtě stanovené zadavatelem dodat, Úřad považuje tuto domněnku navrhovatele za ničím nepodloženou. Naopak s ohledem na stanovisko Drážního úřadu a zejména odštěpného závodu navrhovatele má Úřad za to, že délka 25 – 48 měsíců je dostatečná, a to s ohledem na nezbytný schvalovací proces.
110. Úřad tedy závěrem ke stanovení dodacích termínů shrnuje, že tyto považuje s ohledem na dřívější skutková zjištění (v rámci správního řízení S0461/2016/VZ) a s ohledem na vše výše uvedené za přiměřené. V daném případě nelze rovněž přehlížet skutečnost, že zadavatel obdržel v předmětném zadávacím řízení celkem tři žádosti o účast, a to včetně zahraničních dodavatelů.
111. Pro úplnost Úřad uvádí následující. Úřad si je vědom argumentace navrhovatele uvedené v jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 31. 8. 2018, kde navrhovatel zásadním způsobem doplňuje odlišnosti v předmětu plnění nyní šetřené veřejné zakázky



oproti předmětu plnění veřejné zakázky z roku 2016, které se týkalo stanovisko jeho odštěpného závodu a zejména rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S0461/2016/VZ-00696/2017/512/VNv, ze dne 5. 1. 2017 (viz bod 41. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad konstatuje, že k navrhovatelem nově (tj. až ve vyjádření k pokladům rozhodnutí) prezentovaným skutečnostem, které mají dokládat relevantní odlišnosti předmětu plnění, nepřihlíží. Důvodem je opožděnost skutkových tvrzení poskytnutých ze strany navrhovatele.

112. Úřad uvádí, že podle § 251 odst. 5 zákona mohou v řízení zahájeném na návrh účastníci řízení uvádět rozhodné skutečnosti ve lhůtě 15 dnů, ode dne doručení oznámení o zahájení správního řízení, přičemž o této povinnosti byl navrhovatel prokazatelně informován v oznámení o zahájení správního řízení. Z téhož ustanovení pak vyplývá, že k později uváděným skutečnostem Úřad nepřihlíží. V případě navrhovatele, tato lhůta marně uplynula dne 9. 8. 2018. Výjimku ze zásady koncentrace správního řízení v tomto ohledu představuje pouze situace, kdy jde o dodatečně tvrzené skutečnosti, kterými je zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí. Úřad má za to, že v daném případě ale uvedená situace nenastala. Nově vznesené skutečnosti ze strany navrhovatele nejsou způsobilé zpochybnit pravdivost, tedy věrohodnost shromážděných podkladů pro vydání rozhodnutí. Smyslem navrhovatelem nově tvrzených okolností je pouze podpořit obecnou argumentaci navrhovatele v návrhu, resp. relativizovat argumentaci zadavatele poukazem na konkrétní skutkové aspekty, které navrhovatel mohl a měl tvrdit již v samotném návrhu, mimo jiné s ohledem na to, aby měl i zadavatel možnost se k tomuto poukazu blíže vyjádřit.
113. Úřad připomíná, že navrhovatel byl jednoznačně srozuměn s pohledem zadavatele, který navrhovateli již v rozhodnutí o námitkách prezentoval zásadní argument, a sice že při posouzení přiměřenosti délky lhůty pro dodání elektrických jednotek zadavatel reflektoval zjištění Úřadu v rámci šetření veřejné zakázky z roku 2016, přičemž zadavatel navrhovatele upozornil na stanovisko jeho odštěpného závodu poskytnuté v této věci. Navrhovatel si této argumentace zadavatele byl nepochybně vědom, avšak v návrhu se k této argumentaci vyznačil pouze obecným konstatováním, že v případě veřejné zakázky z roku 2016 se jednalo o „jiné typy jednotek“. Nadto lze předpokládat, že navrhovatel, resp. jeho odštěpný závod byl prokazatelně seznámen se zadávacími dokumentacemi obou veřejných zakázek, je tedy zřejmé, že již v okamžiku prostudování zadávací dokumentace k šetřené veřejné zakázce věděl, v čem jsou předměty plnění odlišné, resp. náročnější na vývoj, výrobu, schválení. Navrhovatel přesto prezentuje konkrétní skutečnosti na podporu svého postoje až v rámci vyjádření se k podkladům rozhodnutí, jinými slovy řečeno v rámci vyjádření se k podkladům rozhodnutí uvádí něco, co mohl bez jakýchkoli obtíží uvést nejpozději přímo v návrhu (ve chvíli, kdy z rozhodnutí o námitkách zjistil, jakým směrem se ubírá argumentace zadavatele).
114. Úřad má za to, že je nutné důsledně odlišovat zpochybnění věrohodnosti Úřadem shromážděných podkladů, na kterou obecně koncentrační zásada vyjádřená v § 251 odst. 4 a 5 zákona nedopadá, od situace, kdy jsou predestřeny nové rozhodné skutečnosti, které „pouze“ podporují relevantnost argumentace navrhovatele. Právě předkládání nových rozhodných skutečnosti, které navrhovatel mohl a měl tvrdit již v samotném návrhu, je v rozporu se zásadou koncentrace vyjádřenou v zákoně. V oblasti zadávání veřejných zakázek a přezkumu postupu zadavatelů je obecně kladen vysoký důraz na efektivitu vedených řízení (mimo jiné s ohledem na to, že správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele fakticky zadávací proces zastavuje, resp. zdržuje), což se projevuje mimo jiné v důrazu na to, aby byly

konkrétní skutkové okolnosti a námitky prezentovány ve lhůtách k tomu určených (jinými slovy řečeno, aby si dotčené subjekty svévolně nenechávaly argumenty skryté „na potom“ a pomocí jejich uplatňování v následných fázích ať již zadávacího, nebo správního řízení procesní postup zpomalovaly či blokovaly). Efektivita – v tomto případě správního – řízení má být docílena mimo jiné i zásadou koncentrace. Smyslem této zásady je, aby správní řízení před Úřadem probíhalo co možná nejefektivnějším způsobem tak, aby bylo rozhodnutí Úřadu vydáno v zákonné lhůtě (srov. § 71 správního řádu). Účastníci řízení si musí být vědomi nejen svých práv, ale taktéž svých povinností. Pokud účastník správního řízení s klíčovým skutkovým tvrzením na podporu svého návrhu „vyčkává“ a rozhodné skutečnosti prezentuje až ve lhůtě pro vyjádření se k podkladům, vede tento postup nejen k tomu, že druhý účastník již nemá možnost vyjádřit se k této argumentaci, ale zejména k tomu, že správní řízení před Úřadem by v případě připuštění takového doplnění muselo být nutně prodlouženo tak, aby Úřad tyto nově tvrzené skutečnosti prověřil. Právě takovému neefektivnímu prodlužování správního řízení v návaznosti na prověřování vždy nově vznesených skutkových okolností má zabránit zásada koncentrace, vyjádřená mimo jiné v § 251 odst. 4 a 5 zákona.

115. Lze uzavřít, že takové jednání ze strany navrhovatele je nutné považovat za obstrukční. Úřad uzavírá, že není smyslem vyjádření se k podkladům uvádění nových relevantních skutečností, které navrhovatel mohl a měl tvrdit dřív, v tomto případě nejpozději v návrhu.

#### Ke stanovení dalších obchodních podmínek

116. Zadavatel v zadávací dokumentaci vymezuje mimo jiné podmínky účasti v zadávacím řízení, kam patří mj. i stanovení obchodních podmínek. Zákon neurčuje, jakým způsobem musí zadavatel obchodní či smluvní podmínky stanovit, uvážení zadavatele je limitováno pouze zákonem, zejména pak základními zásadami zadávání veřejných zakázek, tj. transparentností, přiměřeností, rovným zacházením a zákazem diskriminace. V uvedeném smyslu se vyjádřil i Krajský soud v Brně ve svém rozsudku sp. zn. 62 Af 20/2017 ze dne 6. 8. 2018, v jehož rámci uvedl, že: *„[s]voboda zadavatele stanovit zadávací podmínky tak, aby získané plnění odpovídalo jeho konkrétním potřebám, tedy končí tam, kde kogentní ustanovení ZVZ tuto svobodu limituje.“*
117. Úřad dále ve vztahu k posouzení smluvních a obchodních podmínek poukazuje na svoji omezenou roli při posuzování přiměřenosti těchto podmínek, neboť primární úlohou Úřadu je výkon dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem při zadávání veřejných zakázek. Výjimkou je pouze situace, kdy by stanovené obchodní a smluvní podmínky vedly k postupu zadavatele v rozporu se zákonem. Úřad je tak v tomto ohledu limitován a nepřísluší mu faktické posuzování vhodnosti obsahu smluvních a obchodních podmínek stanovených zadavatelem, nejsou-li zjevně excesivní, k čemuž se vyjádřil i Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013, ve kterém vyslovil, že: *„[p]odle názoru soudu totiž není na žalovaném (pozn. Úřadu), aby hodnotil **vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem, nejedná-li se o zjevný exces vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky a nejde-li o pravidlo pro posuzování kvalifikace a samotného hodnocení nabídek, jež by muselo být předmětem posouzení z pohledu ZVZ. (...) Otázku platnosti či neplatnosti tohoto ustanovení by tedy měl posoudit až příslušný soud, pokud by se to ukázalo potřebným (tj. došlo-li by při plnění předmětu zakázky podle smlouvy mezi smluvními stranami ke sporu), a nikoli***

*žalovaný, který měl ve správním řízení posuzovat zásadně to, zda zadavatel postupoval v souladu se ZVZ.“. Obdobně se v této souvislosti vyjádřil i předseda Úřadu ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-R17,18,19/2012/VZ-6018/2012/310/Pse ze dne 12. 4. 2012 (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu“), ve kterém uvedl: „[m]ožnost Úřadu vyjadřovat se ke smluvním podmínkám obchodních podmínek je omezená. Úřad podle § 112 odst. 2 písm. b) zákona při výkonu dohledu nad dodržováním zákona rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky a soutěži o návrh postupoval v souladu se zákonem. Toto je úkolem Úřadu a toto je limitující i pro přezkoumání správnosti a zákonnosti napadeného rozhodnutí ve správním řízení o rozkladu. Úřadu nepřísluší meritorní posuzování konkrétního obsahu obchodních podmínek zadavatele (...), ledaže by tento obsah byl způsobilý ovlivnit postup zadavatele podle zákona o veřejných zakázkách. Rozhodovat spory, resp. vyslovovat závěry o platnosti konkrétních smluvních ujednání ať už z důvodů rozporu se zákony nebo jejich obcházení, rozporu s dobrými mravy či zhoršování postavení dodavatelů, jsou příslušné soudy.“.*

118. Navrhovatel v návrhu brojí proti stanovení platební podmínky spočívající ve vystavení zálohové faktury prodávajícím v maximální výši 20 % z kupní ceny za dodávku jednotek nejdříve po dni následujícím po dni nabytí účinnosti kupní smlouvy. Zbývající část kupní ceny bude uhrazena až po protokolárním převzetí dané jednotky. Navrhovatel poukazuje, že tato platební podmínka neumožňuje navrhovateli držet neutrální cashflow, jedná se tak o nastavení zadávací podmínky v neprospěch navrhovatele a zadavatel tím vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
119. K výše uvedenému Úřad uvádí následující skutečnosti. Ze závazného vzoru kupní smlouvy vyplývá, že kupní smlouva nabývá účinnosti dnem jejího uzavření, resp. datem podpisů smlouvy (viz bod 83. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dodavatel má na dodání jednotky 25 – 48 měsíců od nabytí účinnosti kupní smlouvy. K protokolárnímu převzetí jednotky dojde na základě výzvy prodávajícího (tj. dodavatele) učiněné alespoň 10 dnů předem. Nejdříve den následující po uzavření kupní smlouvy může dodavatel (prodávající) vystavit zálohovou fakturu maximálně ve výši 20 % kupní ceny. Dále po dobu 25 – 48 měsíců je na dodavateli, aby výrobu a další procesy financoval z vlastních zdrojů, přičemž zbývající část kupní ceny bude dodavateli uhrazena až po převzetí jednotky.
120. Úřad má za to, že toto ustanovení vzoru kupní smlouvy pouze neodpovídá představě navrhovatele, který usiluje o výraznější vychýlení platebních podmínek ve svůj prospěch, o čemž ostatně svědčí i tvrzení navrhovatele, že toto ustanovení kupní smlouvy bylo stanoveno přímo „v neprospěch navrhovatele“. Jak již bylo uvedeno výše, je obecně na zadavateli aby zvolil takové obchodní podmínky, které budou reflektovat jeho představu o plnění předmětu veřejné zakázky. Není úkolem Úřadu, aby zadavatele limitoval ve svých představách např. v tom smyslu, že zadavatel by měl uhradit ještě před dodáním předmětu plnění např. 50 % zálohu. Pokud navrhovatel uvádí, že tato smluvní ujednání navrhovateli neumožňují udržet neutrální cashflow, Úřad s tímto názorem navrhovatele nemá důvod jakkoliv polemizovat. V oblasti veřejného zadávání avšak neexistuje nárok na zadání zakázky, která umožní vybranému dodavateli udržet neutrální cashflow v průběhu realizace veřejné zakázky. Je zřejmé, že zadavatel zvolený způsob financování může pro dodavatele představovat zvýšené náklady (např. na úvěrování); tyto náklady si však dodavatel může nepochybně promítnout do své nabídkové ceny.

121. Úřad má za to, že uvedená platební podmínka nepředstavuje natolik extenzivní exces vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky. Vzhledem k tomu, že platební podmínky byly stanoveny shodně pro všechny potenciální dodavatele a zadavatel obdržel celkem tři žádosti o účast, nelze v daném případě hovořit o vytvoření bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
122. V další části návrhu navrhovatel namítá, že není stanoven konečný limit záruční doby v případě výměny určitého vadného dílu a v případě odstavení jednotky z provozu z důvodu vady, za kterou odpovídá dodavatel, což je dle navrhovatele v rozporu se zásadou transparentnosti, neboť zadávací dokumentace není dostatečně přesná a určitá.
123. Zadavatel v závazném vzoru kupní smlouvy (viz body 76. až 79. odůvodnění tohoto rozhodnutí) vymezil, že v případě výměny určitého vadného dílu jednotky, běží na vyměněný díl ode dne ukončení opravy nová záruční doba v délce stanovené v čl. X „Záruční doba a reklamacie“ odst. 3 závazného vzoru kupní smlouvy. Dojde-li k výměně dílu, pro který není v odst. 3 cit. článku stanovena délka záruční doby, vztahuje se na něj záruční doba dle odst. 2 cit. článku – tedy záruční doba na celou jednotku, kterou navrhne dodavatel – nejméně však v délce ½ takto stanovené záruční doby. Úřad uvádí, že z výše uvedených smluvních ustanovení jednoznačně vyplývá, že konec záruční doby v případě výměny určitého vadného dílu formálně stanoven je, a to v odst. 3 cit. článku závazného vzoru kupní smlouvy, příp. v odst. 2 cit. článku. Z odst. 7 cit. článku pak vyplývá, že záruční doba se prodlužuje o dobu ode dne odstavení jednotky z provozu z důvodu vady, za kterou odpovídá dodavatel, až do dne jejího opětovného zprovoznění po odstranění vady, přičemž i v tomto případě je konec záruční doby určen, byť ne konkrétním počtem dnů.
124. Úřad neshledal ve výše uvedených smluvních ujednáních žádné nepřesnosti či neurčitosti a nemůže se tedy ztotožnit s tvrzením navrhovatele, že zadávací dokumentace je v této části netransparentní. Úřad pro úplnost uvádí, že uvedená délka záruční doby může opět představovat z pohledu potenciálních dodavatelů jisté riziko ve fázi plnění předmětu veřejné zakázky. Obratem ale dodává, že předmětem plnění v daném případě jsou dodávky specializovaných drážních elektrických jednotek pro regionální dopravu. Úřad rovněž připomíná závěry vyplývající z rozsudku Krajského soudu v Brně (srov. bod 95. odůvodnění tohoto rozhodnutí), v jehož rámci soud připustil určité podnikatelské riziko, které v úvahu přicházející dodavatelé mohou zohlednit do nabídkové ceny, pokud je výchozí pozice všech dodavatelů stejná. V daném případě je to tedy dodavatel, kdo si riziko související s udržováním záruky tohoto typu může patřičně necenit ve své nabídce.
125. Navrhovatel v další části návrhu brojí proti pochybení zadavatele, které dle navrhovatele způsobil tím, že v č. XIV. odst. 5 a odst. 23 závazného vzoru kupní smlouvy stanovil povinnost, na základě které by měl dodavatel odpovídat za škodu ve vztahu k třetím osobám (krajům), a to v případě, že půjde o škodu, která vznikla buď za dobu trvání záruky za jakost, nebo v případě prodlení dodavatele s řádným dodáním předmětu plnění. Navrhovatel argumentuje v tom smyslu, že k takové úhradě se nemůže zavázat, jelikož mu není znám konkrétní rozsah a obsah závazku zadavatele ke třetím osobám.
126. Ze závazného návrhu kupní smlouvy vyplývá, že kupující (zadavatel) je oprávněn požadovat po prodávajícím (dodavatel) náhradu škody způsobenou prodlením s řádným dodáním předmětu veřejné zakázky, a to i náhradu škody, která vznikne „v souvislosti s povinností

*Kupujícího provozovat v České republice dopravu v závazku veřejné služby za podmínek stanovených právními předpisy a příslušnými smlouvami mezi Kupujícím a objednatelem dopravy“.* Obdobně je v závazném návrhu kupní smlouvy stanoveno, že prodávající je povinen nahradit kupujícímu veškeré sankce, které budou po zadavateli vymáhány ze strany objednatele dopravy v důsledku neodjeté jednotky v důsledku vzniklé vady na dané jednotce, a to po dobu trvání záruky za jakost (viz bod 80. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad konstatuje, že z obou výše uvedených ustanovení kupní smlouvy vyplývá, že po prodávajícím může být vymáhána náhrada škody v případech, kdy dojde k porušení jeho smluvní povinnosti, tzn. v případě, že se na dané jednotce vyskytne vada, a to v době trvání záruky za jakost, a v případě, kdy dojde k prodlení s řádným dodáním jednotky.

127. Při posouzení odpovědnosti za škodu vůči třetím osobám Úřad vycházel z ust. § 2913 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, ve kterém je stanoveno, že „poruší-li strana povinnost ze smlouvy, nahradí škodu z toho vzniklou druhé straně nebo i osobě, jejímuž zájmu mělo splnění ujednané povinnosti zjevně sloužit“. Úřad poukazuje, že dikce ustanovení občanského zákoníku obecně připouští, že lze vymáhat náhradu škody vzniklé v důsledku porušení smluvní povinnosti, a to i škody vzniklé třetí osobě – tj. osobě mimo smluvní strany, jejímuž zájmu mělo splnění ujednané povinnosti zjevně sloužit. V šetřeném případě figurují na pozici třetí osoby objednatel drážní dopravy, tzn. jednotlivé kraje, se kterými je zadavatel na základě smluvního vztahu rovněž provázán. Smluvní povinností prodávajícího je dodat předmět plnění řádně a včas a současně u těchto jednotek ručí za jakost po dobu, která je sjednána. Tím, že dojde k porušení smluvní povinnosti prodávajícího, dojde k újmě nejen zadavateli, ale i jednotlivým krajům, neboť tyto jsou odpovědné za zajištění drážní dopravy v daných regionech, tzn. jedná se o osoby, jejichž zájem byl v důsledku nesplnění smluvní povinnosti prodávajícího krácen, resp. ohrožen. Nadto nelze předpokládat, že zadavatel bude činit úkony, které by vedly ke vzniku škody, či k prohloubení následků škody, což lze dovodit i z čl. XIV. „Smluvní sankce“ odst. 5 závazného vzoru kupní smlouvy, ve kterém je stanoveno: „*a ani přes řádně učiněné veškeré přiměřené kroky Kupujícího (resp. jeho zaměstnanců) směřující k opětovnému oživení jednotky nedošlo k jejímu zprovoznění*“. Pokud by si tedy zadavatel teoreticky činil extenzivní nároky a nepostupoval tak s patřičnou péčí, mohl by dodavatel využít právě tohoto oprávnění k relativizování své odpovědnosti za způsobenou škodu, a to poukazem na nepřiměřené kroky na straně kupujícího (zadavatele), neposkytnutí nezbytné součinnosti, apod.
128. Úřad tak uzavírá, že odpovědnost za škodu vůči třetí osobě lze považovat za běžný zákonný režim za předpokladu, že tato škoda vznikla v důsledku nesplnění smluvní povinnosti, přičemž předmět smlouvy měl sloužit zájmu této třetí osoby. Náhrada škody navíc nesmí převýšit 50 % z kupní ceny všech jednotek (viz bod 82. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Lze tak alespoň částečně odhadnout její maximální možnou výši, s čímž mohl navrhovatel počítat při tvorbě nabídkové ceny. Úřad má za to, že ani tato obchodní podmínka nepředstavuje takový exces, který by měl přímý dopad na hospodářskou soutěž o danou veřejnou zakázku.
129. Závěrem Úřad konstatuje, že rozhodne-li se uchazeč na základě svého vlastního uvážení, že se zadávacího řízení na veřejnou zakázku nezúčastní, a to především z důvodu nesouhlasu se smluvními a obchodními podmínkami, nelze tuto skutečnost a priori považovat za jednoznačný důkaz rozporného postupu zadavatele se zákonem (stejně tak dobře se může jednat o zcela svobodné rozhodnutí dodavatele, který zkrátka na stanovené obchodní

podmínky odmítá přistoupit např. z důvodu, že neodpovídají jeho standardním obchodům, obchodní strategii apod.). Skutečnost, že má některý uchazeč odlišnou představu o smluvních a obchodních podmínkách, nelze přisuzovat k tíži zadavatele a automaticky v tom vidět formu skryté diskriminace. Ke stejným závěrům dospěl i předseda Úřadu v již citovaném rozhodnutí (viz bod 117. odůvodnění tohoto rozhodnutí): *„Pokud uchazeč rezignuje na svou účast v zadávacím řízení veřejné zakázky, které jinak z hlediska požadavků zákona o veřejných zakázkách obstojí, a to z důvodu nesouhlasu s jednotlivými ujednáními smluvních (obchodních) podmínek, nejedná se o důsledek postupu zadavatele v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, ale o výraz smluvní volnosti (resp. širší autonomie vůle) tohoto uchazeče.“*

130. Úřad uzavírá, že ani základní zásady zadávacího řízení nelze vykládat tím způsobem, že v rámci plnění předmětu veřejné zakázky musí být dosažen naprosto vyvážený smluvní vztah mezi zadavatelem a dodavatelem (reprezentovaný např. zcela neutrálním cash-flow). Pokud zadavatel takového zcela vyváženého vztahu docílí, nepochybně to může vést k širšímu zájmu o veřejnou zakázku. Na druhé straně ale nelze odhlížet od skutečnosti, že oprávněné zájmy zadavatele mnohdy takovému řešení bráno, resp. trvat na tom, aby zadavatel jako tvůrce obchodních podmínek upozadil své potřeby pouze s ohledem na zájmy dodavatelů. Úřad připomíná, že v předmětném zadávacím řízení byly podány celkem tři žádosti o účast, a to včetně dodavatelů ze zahraničí, z čehož lze usoudit, že z pohledu v úvahu přicházejících dodavatelů se skutečně nejedná o natolik extenzivní smluvní podmínky.
131. Ve světle všech shora uvedených skutečností a v souvislosti se všemi zjištěnými poznatky tudíž Úřad uzavírá, že neshledal u postupu zadavatele v intencích v návrhu namítaných skutečností důvody pro uložení nápravného opatření, a proto podle § 265 písm. a) zákona rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí a návrh navrhovatele zamítl.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zprávu podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

**Obdrží**

1. České dráhy, a.s., Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1
2. Mgr. Jitka Linhartová, Husinecká 541/13, 130 00 Praha 3

**Vypraveno dne**

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