



UOHSX00FD2DR

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0134/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-36080/2021/162/JSr

Brno 8. 11. 2021

V řízení o rozkladu ze dne 30. 8. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Dopravní podnik města Ústí nad Labem a.s.**, IČO 25013891, se sídlem Revoluční 3088/26, 400 01 Ústí nad Labem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0121/2021/VZ, č. j. ÚOHS-27598/2021/500/ISO ze dne 13. 8. 2021 vydanému ve správním řízení vedeném na návrh navrhovatele

- **Cegelec a.s.**, IČO 26689103, se sídlem Chodovská 228/3, 141 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 29. 3. 2021 společností Mazel a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 08164258, se sídlem Belgická 276/20, 120 00 Praha 2,

ze dne 29. 3. 2021 a návrh navrhovatele

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

ze dne 12. 4. 2021, jejichž posouzení bylo dne 26. 4. 2021 spojeno do společného správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0121/2021/VZ, na přezkoumání úkonů výše uvedeného zadavatele učiněných při uzavírání rámcové dohody s názvem „**Rámcová dohoda na dodávku až 33 ks parciálních trolejbusů**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 2. 2. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 2. 2021 pod ev. č. Z2021-004779,

ve znění oprav uveřejněných dne 1. 3. 2021, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 5. 2. 2021 pod ev. č. 2021/S 025-062453, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 3. 2021,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0121/2021/VZ, č. j. ÚOHS-27598/2021/500/ISO ze dne 13. 8. 2021

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a návrhy k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Dopravní podnik města Ústí nad Labem a.s., IČO 25013891, se sídlem Revoluční 3088/26, 400 01 Ústí nad Labem (dále jen „**zadavatel**“) – zahájil dne 2. 2. 2021 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem uzavření rámcové dohody „Rámcová dohoda na dodávku až 33 ks parciálních trolejbusů“, přičemž předmětné oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 5. 2. 2021 pod ev. č. Z2021-004779, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 3. 2021, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 2. 2021 pod ev. č. 2021/S 025-062453, ve znění oprav uveřejněných dne 1. 3. 2021 (dále jen „**rámcová dohoda**“).
2. Podle bodu 2.2. zadávací dokumentace rámcové dohody je předmětem plnění dodávka až 33 ks parciálních nízkopodlažních trolejbusů dle technické specifikace, která tvoří přílohu C návrhu rámcové dohody dle přílohy č. 1 zadávací dokumentace. Předmětem rámcové dohody jsou dále související dodávky a služby, u kterých povinnost dodat či poskytnout vyplývá z návrhu rámcové dohody, který tvoří přílohu č. 1 této zadávací dokumentace, včetně jejích příloh A až C.
3. Ze záznamu o otevírání nabídek ze dne 1. 4. 2021 vyplývá, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek jednu nabídku.
4. Dne 10. 3. 2021 zadavatel obdržel od dodavatele Cegelec a.s., IČO 26689103, se sídlem Chodovská 228/3, 141 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 29. 3. 2021 společností Mazel a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 08164258, se sídlem Belgická 276/20, 120 00 Praha 2 (dále jen „**navrhovatel Cegelec**“) námitky z téhož dne (dále jen „**námítky**“) proti zadávacím podmínkám, které rozhodnutím o námitkách ze dne 17. 3. 2021 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“) doručeným navrhovateli Cegelec téhož dne odmítl.

5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel Cegelec se způsobem vypořádání svých námitek nesouhlasil, podal dne 29. 3. 2021 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“). Úřad obdržel návrh navrhovatele Cegelec dne 29. 3. 2021 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 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 vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0121/2021/VZ.
6. Navrhovatel Cegelec úvodem svého návrhu zrekapituloval průběh zadávacího řízení a uvedl, že se na základě stanovených zadávacích podmínek domnívá, že postup zadavatele ve svém důsledku směřuje k tomu, aby mu byl předmět plnění veřejné zakázky dodán ze strany dodavatele, který mu poskytl dodávku v předchozím případě, tj. dodavatele ŠKODA ELECTRIC a.s. Dle navrhovatele Cegelec zadavatel stanovením zadávacích podmínek porušil zásadu transparentnosti, přiměřenosti a zákazu diskriminace dle § 6 odst. 1, odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, dále § 36 odst. 1, odst. 3 zákona a § 100 odst. 1 ve spojení s § 131 odst. 2 zákona.
7. Navrhovatel Cegelec uvedl, že zadavatel stanovil hodnoticí kritérium zohledňující délku dodací lhůty v takovém rozmezí, tj. 300–400 dnů, že dochází ke znevýhodnění dodavatelů, kteří ke dni zahájení zadávacího řízení nemají trolejbus odpovídající specifickým požadavkům zadavatele již vyroben a schválen pro provoz na území České republiky. Tito dodavatelé tak z důvodů ležících mimo jejich vůli spočívajících v délce procesu vývoje, výroby a schválení trolejbusového vozidla pro provoz na území České republiky dle navrhovatele Cegelec nemají ani při provedení všech nezbytných kroků ihned po zahájení zadávacího řízení možnost dosáhnout plného počtu bodů v rámci uvedeného hodnoticího kritéria. Navrhovatel Cegelec k tomu dále uvedl, že dodávky trolejbusových vozidel jsou specifickým plněním, které je do značné míry utvářeno dílčími požadavky zadavatelů v rámci konkrétních veřejných zakázek, a po dodavateli nelze obecně požadovat, aby měl ještě před zahájením zadávacího řízení vyrobeno několik typů vozidel vyhovujících odlišným technickým kritériím zadavatelů.
8. Navrhovatel Cegelec rovněž přednesl svůj názor, že zadavatel by při vymezení zadávacích podmínek měl reflektovat nejen své potřeby, ale také základní zásady pro zadávání zakázek a situaci na předmětném trhu. K tomu navrhovatel Cegelec odkazuje na rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0062/2020/VZ ze dne 3. 7. 2020 a poukazuje na to, že trh s trolejbusy je značně uzavřený a dominuje na něm jediný dodavatel.
9. K požadavku na předložení dokladů a vzorku navrhovatel Cegelec uvedl, že v důsledku tohoto požadavku je ze strany zadavatele jako podmínka pro uzavření rámcové dohody vyžadováno předložení *de facto* hotového trolejbusového vozidla způsobilého k provozu v České republice, navíc splňujícího vybrané technické parametry určené zadavatelem, v krátké lhůtě do 15 dnů od doručení výzvy zadavatele. Podle délky trvání zadávacího řízení takový okamžik může dle navrhovatele Cegelec nastat od zahájení zadávacího řízení nanejvýš ve lhůtě 2–3 měsíců, přičemž tato lhůta je s ohledem na všechny úkony, které musí dodavatel pro předložení vzorku vozidla s vlastnostmi vyžadovanými zadavatelem učinit, objektivně nesplnitelná. Dle navrhovatele Cegelec uvedený požadavek dále nutí dodavatele vynakládat

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího postupu, v daném případě ve smyslu ustanovení § 132 zákona.

významné finanční prostředky v řádech milionů Kč pro výrobu či zásadní úpravu trolejbusu za účelem předvedení vzorku, a to v situaci, kdy dodavatel nemůže mít jistotu, že s ním bude rámcová dohoda uzavřena.

10. K požadavku na vzorek navrhovatel Cegelec ještě doplnil, že zadavatelem vyjádřené přesvědčení, že dodavatelé trolejbusů vzorky svých vozidel běžně disponují, neodpovídá realitě v oboru. Trolejbusy jsou dle navrhovatele Cegelec vyráběny pro každého konkrétního zákazníka na míru, což plyne z roztříštěné legislativy a rozličnosti konkrétních požadavků zákazníků vzhledem k jejich specifickým potřebám.
11. Dále navrhovatel Cegelec poukázal na to, že i v případě, že by vybraný dodavatel měl v době doručení výzvy zadavatele k předložení vzorku schválený trolejbus vyhovující požadavkům zadavatele, musel by ve stanovené lhůtě zajistit převoz trolejbusu do vozovny zadavatele, přičemž převoz trolejbusu by představoval zvláštní užívání pozemní komunikace ve smyslu § 25 odst. 6 písm. a) zákona č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, a k takové přepravě nadměrného nákladu by bylo zapotřebí povolení silničního správního úřadu, který rozhoduje o žádosti do 30 dnů.
12. Dle navrhovatele Cegelec je zavádějící tvrzení zadavatele, že jím určené požadavky ověřované při zkoušce vzorku jsou „standardní“ a že „nejde o požadavky na zcela unikátní drážní vozidlo“, neboť již ze samotného požadavku na předložení vozidla odpovídajícího českým právním normám, způsobilého k provozu v síti zadavatele, vyplývají požadavky na jedinečné trolejbusové vozidlo. K tomu pak navíc ještě přistupují další technické požadavky zadavatele mj. délka, šířka, provedení dveří a konkrétní dojezd bez trakční baterie, které ve svém souhrnu dle navrhovatele Cegelec vytváří požadavky na zcela specifické drážní vozidlo, které není z objektivních důvodů možné v zadavatelem stanovené lhůtě pro předložení vzorku opatřit. Navrhovatel Cegelec zdůraznil, že za znevýhodňující považuje kombinaci všech požadavků uvedených v předmětném bodě zadávací dokumentace.
13. K nastavení technické kvalifikace navrhovatel Cegelec uvedl, že požadavkem na dodání 10 trolejbusů v krátkém období posledních 3 let zadavatel supluje spíše ekonomickou kvalifikaci a ve spojení s ostatními podmínkami je dle navrhovatele Cegelec tento požadavek nepřiměřený. V úvahu je třeba vzít i praxi v oboru, kdy dochází k uzavírání rámcových smluv na výrazně delší období než 3 roky.
14. Ve vztahu k napadanému požadavku na dojezd trolejbusu alespoň 12 km bez napájení z trolejového vedení navrhovatel Cegelec uvedl, že zadavatel zcela opomíjí pravou podstatu jeho argumentace obsaženou v námitkách, když obecně pouze uvádí, že cílem tohoto požadavku je ověření dostatečné zkušenosti dodavatele. Navrhovatel Cegelec poukazuje především na to, že tento požadavek v technické kvalifikaci ve vztahu k významným dodávkám je nedůvodný, neboť k výše uvedenému cíli nevede, protože pro kteréhokoli dodavatele nečiní obtíž nabídnout vozidlo s dojezdem na baterii v rozmezí 1 – 100 km. Tato skutečnost je ovlivněna pouze konkrétními potřebami a požadavky daného zadavatele a nijak nevypovídá o odborných schopnostech dodavatele takové vozidlo vyrobit a dodat.²

² Detailní popis všech návrhových námitek navrhovatele Cegelec je uveden v bodech 7. – 30. napadeného rozhodnutí. Zde v rozhodnutí o rozkladu byly pouze zopakovány ty, jichž se týká rozklad zadavatele a které byly posuzovány tímto rozhodnutím.

15. Zadavatel se k návrhu navrhovatele Cegelec vyjádřil dne 8. 4. 2021. Podle jeho přesvědčení stanovil zadávací podmínky v souladu se zákonem, přičemž není povinen upravovat zadávací podmínky odůvodněné svými objektivními potřebami tak, aby vyhověl potřebám navrhovatele Cegelec, a upozadit své zájmy na dodání vyhovujícího plnění kvalifikovaným dodavatelem. Dále především uvedl, že dodací lhůta je stanovena přiměřeně s ohledem na všechny potřebné úkony, které musí dodavatel provést, požadavek vzorku je rovněž přiměřený a k tomu stanoven maximálně mírně tak, aby splňoval svůj účel, rovněž požadavek technické kvalifikace odpovídá předmětu plnění a plní svůj účel, tedy ověření předchozího dodání celých trolejbusů, nikoliv jen konstrukčních částí, kterým je např. karoserie, přičemž i podmínka ekonomické kvalifikace je přiměřená velikosti a předmětu veřejné zakázky.³
16. Dne 26. 3. 2021 zadavatel obdržel od dodavatele – SOR Libchavy spol. s r.o., IČO 15030865, se sídlem Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy (dále jen „**navrhovatel SOR**“) – námitky z téhož dne (dále jen „**námitky II**“) proti zadávacím podmínkám, které rozhodnutím o námitkách ze dne 31. 3. 2021 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách II**“) doručeným navrhovateli SOR téhož dne odmítl.
17. Vzhledem k tomu, že navrhovatel SOR se způsobem vypořádání námitek II zadavatelem nesouhlasil, podal dne 12. 4. 2021 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu.
18. Navrhovatel SOR úvodem svého návrhu zrekapituloval průběh zadávacího řízení a konstatoval, že zadávací podmínky jsou diskriminační, v rozporu se zásadou přiměřenosti a dále, že zásadně a nedůvodně omezují hospodářskou soutěž, jelikož neodpovídají aktuálním podmínkám na trhu a jsou nastaveny takovým způsobem, že je reálně schopen je splnit pouze jediný dodavatel na trhu, tj. ŠKODA ELECTRIC a.s.
19. Dále navrhovatel SOR odkázal na rozhodnutí Úřadu ze dne 29. 5. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0058/2019/VZ a na rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62 Ca 15/2009, v němž soud mj. uvedl, že podmínka promítající se do kvalifikačních předpokladů, která se na jednom trhu může jevit jako odůvodněná, přiměřená a v souladu se zákonem, může na jiném trhu vykazovat výrazně diskriminační charakter, a to typicky na trhu, který teprve vzniká a na kterém se jednotliví dodavatelé teprve etablojí. Dle navrhovatele SOR je trh parciálních trolejbusů trhem novým a různí dodavatelé se na něm snaží etablovat, avšak zadavatelé veřejných zakázek stanovením zadávacích podmínek, stejně jako v tomto případě, brání v otevření hospodářské soutěže.
20. Navrhovatel SOR ve svém návrhu dále konstatoval, že požadavek, aby dodavatel měl zkušenosti s významnou dodávkou nejméně 10 ks nových nízkopodlažních trolejbusů shodného nebo obdobného charakteru jako trolejbusy poptávané zadavatelem, je dle něj zcela nepřiměřený a excesivní, neboť postup zadavatele bezdůvodně omezuje účast dodavatelů pouze na takové, kteří disponují zkušeností s kompletní dodávkou trolejbusů, což vzhledem k reálné situaci na relevantním trhu závažným způsobem omezuje volnou hospodářskou soutěž.
21. Navrhovatel SOR k tomu dále uvedl, že parciální trolejbusy jsou komodita, která je ve větší míře poptávána až v posledních cca 5 letech, přičemž od počátku rozvoje tohoto odvětví

³ Podrobný popis vyjádření zadavatele ze dne 8. 4. 2021 je uveden v bodech 35. – 54. napadeného rozhodnutí.

je dominantním dodavatelem parciálních trolejbusů společnost ŠKODA ELECTRIC a.s., která realizovala většinu plnění. Dle navrhovatele SOR na relevantním trhu nicméně nyní existují i další dodavatelé schopní a ochotní dodávku parciálních trolejbusů realizovat, např. navrhovatel SOR, navrhovatel Cegelec, společnost SOLARIS CZECH, spol. s r. o. a společnost TRAM FOR ENVI s.r.o.

22. Navrhovatel SOR je dle svého názoru způsobilý vyrobit a dodat parciální trolejbusy v požadovaném počtu, ačkoliv dosud spolupracoval s dodavatelem ŠKODA ELECTRIC a.s. Protože však v každé dosavadní spolupráci s tímto dodavatelem byl ŠKODA ELECTRIC a.s. dodavatelem hlavním a navrhovatel SOR pouze poddodavatelem, je dodavatel ŠKODA ELECTRIC a.s. dle navrhovatele SOR nositelem takto získané reference na dodávku celých parciálních trolejbusů a navrhovatel se tedy touto referencí prokázat nemůže. Obdobně jsou na tom dle navrhovatele SOR i ostatní výrobci. Dle navrhovatele SOR měl zadavatel umožnit prokázat technickou kvalifikaci např. prostřednictvím dodávky významného podílu na výrobě parciálních trolejbusů, přičemž takovým podílem by měla být chápána zejména výroba a dodávka karoserie vozidla nebo elektrické výzbroje. Tyto zkušenosti jsou dle navrhovatele SOR relevantní pro prokázání schopnosti plnění předmětu veřejné zakázky.
23. K předložení vzorku předmětu plnění navrhovatel SOR uvedl, že i tato zadávací podmínka je nepřiměřená vzhledem k aktuální situaci na trhu, bezdůvodně omezuje hospodářskou soutěž a je reálně splnitelná pouze jedním dodavatelem, tj. společností ŠKODA ELECTRIC a.s. Upozornil na to, že předmětem plnění je dodávka parciálních trolejbusů dle určitých specifických parametrů konkrétně stanovených zadavatelem. V případě parciálních trolejbusů se dle navrhovatele SOR neprovádí výroba generických produktů „na sklad“, ale jedná se o příležitostná plnění na základě konkrétní objednávky. Navrhovatel SOR ani jiní dodavatelé tak nedisponují „předváděcím vozem“, který by bylo možno okamžitě přistavit jako vzorek, ale při podobných příležitostech (u navrhovatele SOR typicky při dodávkách autobusů) si výrobci maximálně „vypůjčí“ vzorek k prezentaci od svého předchozího zákazníka. Dle navrhovatele SOR je téměř nemožné, aby dodavatelé měli k dispozici vzorek takového trolejbusu, který by odpovídal kumulativně všem specifickým požadavkům zadavatele na budoucí plnění (a současně tedy na vzorek) za situace výše uváděné, tj. s ohledem na malé množství realizovaných dodávek na relevantním trhu.
24. Navrhovatel SOR k tomu dále doplnil, že zadavatel stanovil požadavek předložení vzorku do 15 kalendářních dnů ode dne doručení výzvy, což dle navrhovatele SOR předjímá, že dodavatel vzorkem disponuje již v okamžiku výzvy, a tedy i lhůta zvýhodňuje dodavatele ŠKODA ELECTRIC a.s., který odpovídající vzorky již provozuje u zadavatele. Dále navrhovatel SOR uvádí, že předložení vzorku s ohledem na specifické požadavky zadavatele pro dodavatele znamená dodatečné a vysoké náklady, přičemž je dle něj očividné, že dodavatel nebude vynakládat tyto dodatečné náklady v případě, že nebude mít postaveno najisto, že je vybraným dodavatelem. V této lhůtě tak musí být ze strany dodavatele zajištěna i doprava daného vzorku, přičemž vzorek je nutno přepravit prostřednictvím odpovídající přepravy speciálním kamionem pro nadměrný náklad.
25. Navrhovatel SOR ve svém návrhu rovněž uvedl, že považuje stanovenou maximální lhůtu v délce 400 dnů pro dodání plnění předmětu veřejné zakázky za nepřiměřeně krátkou, jelikož se jedná o dodávku až 33 kusů trolejbusů, které budou vyráběny dle specifických požadavků zadavatele. Tím jsou nedůvodně znevýhodněni dodavatelé, kteří v okamžiku zahájení

zadávacího řízení nedisponují trolejbusem vyhovujícím požadavkům zadavatele (včetně jeho schválení ze strany příslušných orgánů).⁴

26. Úřad obdržel návrh navrhovatele SOR dne 12. 4. 2021 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 správního řádu zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0143/2021/VZ.
27. Zadavatel se k návrhu navrhovatele SOR vyjádřil dne 20. 4. 2021. Stejně jako v případě návrhu navrhovatele Cegelec uvedl, že není povinen upravovat zadávací podmínky odůvodněné svými objektivními potřebami tak, aby vyhověl potřebám navrhovatele SOR a upozadit své zájmy na dodání vyhovujícího plnění kvalifikovaným dodavatelem. I dále víceméně zopakoval svá tvrzení z předchozího vyjádření ze dne 8. 4. 2021 (ostatně námitky obou navrhovatelů jsou do značné míry shodné), a tedy odmítl záměr nastavení zadávacích podmínek pro jediného dodavatele (ŠKODA ELECTRIC a.s.), označil zkušenost s dodáváním částí poptávaného plnění za nedostatečnou a požadavek na technickou kvalifikaci tedy za přiměřený, povinnost předložení vzorku k otestování v provozovně zadavatele je podle něj také stanovena zákonně a přiměřeně, a to i s ohledem na to, že pro vzorek stanovil jen určité základní parametry.⁵

II. Správní řízení před Úřadem

28. Usnesením č. j. ÚOHS-13895/2021/511/KZa ze dne 26. 4. 2021 Úřad spojil podle § 140 odst. 1 správního řádu správní řízení vedená u Úřadu pod sp. zn. ÚOHS-S0121/2021/VZ a sp. zn. ÚOHS-S0143/2021/VZ do společného správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0121/2021/VZ.
29. Úřad prostřednictvím přípisů ze dne 6. 5. 2021 požádal o poskytnutí informací dodavatele působící na trhu parciálních trolejbusů, konkrétně dodavatele SOLARIS CZECH spol. s r.o., dodavatele EKOVA ELECTRIC a.s., dodavatele TRAM FOR ENVI s.r.o., a prostřednictvím přípisů ze dne 10. 5. 2021 požádal o poskytnutí informací zahraniční dodavatele Van Hool NV a Carrosserie HESS AG. Úřad rovněž obdržel dodatečná vyjádření navrhovatele Cegelec a navrhovatele SOR, v obou případech z téhož dne 10. 5. 2021, vyjádření navrhovatele SOR k podkladům rozhodnutí ze dne 21. 7. 2021 a vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 22. 7. 2021. Obsah všech těchto vyjádření účastníků řízení je shrnut v bodech 100. – 113. a 138. – 159. rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0121/2021/VZ, č. j. ÚOHS-27598/2021/500/ISO (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

III. Napadené rozhodnutí

30. Dne 13. 8. 2021 vydal Úřad napadené rozhodnutí, kterým ve výroku I. shledal rozpor zadávacích podmínek s § 36 odst. 1 zákona a zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 2 zákona, neboť při stanovení kritérií ekonomické a technické kvalifikace zadavatel nereflektoval specifika předmětu plnění rámcové dohody a nezohlednil aktuální podmínky na relevantním trhu, čímž vytvořil bezdůvodně překážky hospodářské soutěže.
31. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel stanovil rovněž zadávací podmínku na předložení dokladu a vzorku a úspěšný výsledek zkoušky tohoto vzorku

⁴ Podrobný popis návrhových námitek navrhovatele SOR je opět uveden již v napadeném rozhodnutí, konkrétně v jeho bodech 59. – 72.

⁵ Podrobný popis vyjádření zadavatele k návrhu navrhovatele SOR je uveden v bodech 77. – 87. napadeného rozhodnutí.

způsobem, který je v rozporu s § 36 odst. 1 zákona, neboť ten je vzhledem ke specifikům poptávaného předmětu plnění rámcové dohody nepřiměřený a vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Výrokem III. napadeného rozhodnutí jako opatření k nápravě Úřad zrušil předmětné zadávací řízení na uzavření rámcové dohody. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli zákaz uzavřít rámcovou dohodu. Výrokem V. napadeného rozhodnutí pak stanovil povinnost zadavatele uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.

32. Úřad nejprve v odůvodnění napadeného rozhodnutí v bodech 1. – 165. shrnul veškerý dosavadní skutkový stav a vyjádření účastníků řízení, stejně jako vlastní postupy při vedení správního řízení. Následně v bodech 167. – 177. vypořádal argument zadavatele týkající se aktivní legitimace navrhovatele Cegelec k podání návrhu, poté v bodech 178. – 184. námitku navrhovatele Cegelec týkající se údajně nezákonného rozhodnutí o námitkách. V prvním případě Úřad shledal, že navrhovatel Cegelec aktivně legitimován k podání návrhu byl, přičemž v případě druhém neshledal Úřad předmětné rozhodnutí o námitkách za rozporné s ustanovením § 245 odst. 1 zákona.
33. Poté Úřad na základě důkladného dotazování subjektů působících na trhu s parciálními trolejbusy a vyjádření účastníků řízení přistoupil k samotnému posouzení jednotlivých napadených zadávacích podmínek. Současně Úřad na základě zjištěných skutečností jednoznačně definoval situaci na relevantním trhu. S výjimkou jediné byly všechny veřejné zakázky v letech 2017 - 2021, jejichž předmětem plnění byly parciální trolejbusy, plněny dodavatelem ŠKODA ELECTRIC a.s., který byl s jednou uvedenou výjimkou vždy také jediným, kdo v konkrétních zakázkách podal nabídku. Zároveň další dva subjekty, které pro plnění veřejné zakázky teoreticky připadají v úvahu, jsou ve skutečnosti buďto smluvními partnery dodavatele ŠKODA ELECTRIC a.s. (konkrétně dodavatel SOLARIS CZECH spol. s r.o. je poddodavatelem dodavatele ŠKODA ELECTRIC a.s. v rámci jeho nabídky na plnění rámcové dohody), nebo jsou tímto dodavatelem plně vlastněni (tak je tomu u dodavatele EKOVA ELECTRIC a.s.). Ostatní dodavatelé přítomní na rozvíjejícím se trhu tak mají dle Úřadu velice obtížnou pozici se etablovat v případě, kdy zadavatel stanoví zadávací podmínky sice odpovídajícím způsobem k předmětu veřejné zakázky, nicméně zcela bez ohledu právě na stav a podobu daného relevantního trhu.
34. Na základě specifické povahy trhu s parciálními trolejbusy tak dospěl Úřad k závěru, že požadavek na finanční obrat dodavatele (tj. ekonomická kvalifikace) a požadavek na referenční zakázky v uplynulých 3 letech včetně dalších specifík takových zakázek (tj. technická kvalifikace), jakož i obě dvě tyto současně, jsou nepřiměřené a diskriminační. Zadavatel byl podle Úřadu s ohledem na specifikum poptávaného plnění a stav relevantního trhu povinen upustit ze svých přísných požadavků ve prospěch otevření hospodářské soutěže dodavatelům, kteří se na trhu teprve etablují a mají potenciál vyrovnat jednoznačnou dominanci jediného dodavatele ŠKODA ELECTRIC a.s.
35. Rovněž v případě odůvodnění výroku II. a označení požadavku zadavatele na předvedení a otestování vzorku plnění za nesouladný se zákonem vycházel Úřad z důkladného průzkumu, kterým zjistil, že tento požadavek je vzhledem k několika aspektům (zejména specifické požadavky na podobu vzorku a vysoké finanční náklady na jeho výrobu, krátká lhůta k dopravě do sídla zadavatele k provedení testu) nepřipustně diskriminační pro ty dodavatele, kteří parciální trolejbus se stejnými základními parametry v poslední době nedodávali, a proto je nezákonný.

36. Úřad tedy v napadeném rozhodnutí uzavřel, že ačkoliv požadavky zadavatele na technickou a ekonomickou kvalifikaci, stejně jako požadavek na vzorek plnění odpovídají předmětu veřejné zakázky (rámcové dohody), je na místě tyto vzhledem ke specifickým relevantního trhu a současné situaci na něm označit za nezákonné a nepřípustně omezující hospodářskou soutěž.

IV. Rozklad zadavatele

37. Dne 30. 8. 2021 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 13. 8. 2021. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

38. Zadavatel v podaném rozkladu nesouhlasí se závěry Úřadu a považuje je za vnitřně rozporné. Úřad jej z jeho pohledu nutí přijmout nabídky dodavatelů, kteří nedosahují požadovaného obratu a neprovedly významné dodávky, a to přesto, že sám identifikoval nejméně tři dodavatele, kteří splňují ekonomickou a technickou kvalifikaci. Zadavatel rovněž popírá, že by se v daném případě jednalo o rozvíjející se trh, neboť malý počet dodavatelů je podle něj dán složitým technologickým postupem při výrobě parciálního trolejbusu.
39. Zadavatel podle jeho názoru nemá být tvůrcem hospodářské soutěže a není jeho úkolem umožnit vstup na trh nedostatečně kvalifikovaným dodavatelům, kteří se mají na trhu etablovat. Požadavek ekonomické kvalifikace byl přitom stanoven na hranici pouze jedné třetiny zákonného maxima, tedy přiměřeně a mírně. I mantinely přiměřenosti požadavků technické kvalifikace jsou dle zadavatele stanoveny výslovně zákonem. Zákon přitom neumožňuje prokázat kvalifikaci pro plnění zakázky referencí pouze na určitý podíl, lze však prokázat referenční plnění společně s jinými dodavateli, vždy v rozsahu, v jakém se skutečně podíleli.
40. Podle zadavatele obsahuje vnitřní rozpor i posouzení Úřadu týkající se požadavku na předvedení vzorku, neboť mu *de facto* zakazuje ověřit podstatné vlastnosti budoucího plnění. Z podkladů rozhodnutí dle zadavatele vyplývá, že by byli vzorek schopni předložit tři dodavatelé, sám přitom tvrdí, že je přesvědčen, že by toho vzhledem k nastaveným parametrům byl schopen i navrhovatel SOR. Požadavek na vzorek je zcela běžný a odůvodněný, od dodavatelů na příslušném trhu je tedy na místě očekávat, že na něj budou určitým způsobem připraveni (např. formou výpůjčky nebo předváděcím vozem). Jedná se přitom o zásadní test schopností konkrétního dodavatele.
41. V závěru rozkladu zadavatel reagoval na Úřadem odkazovanou judikaturu Krajského soudu v Brně, zejména na rozsudek 62 Ca 15/2009-71 ze dne 10. 3. 2011, který nejen že je ve svých závěrech prakticky ojedinělý, ale rovněž reagoval na jiné skutkové okolnosti, kdy tehdejší kritéria technické kvalifikace zjevně omezovala soutěž na jediného dodavatele. To však dle zadavatele není tento případ. Z uvedeného rozsudku měl navíc Úřad vycházet i v situacích, kdy naopak označoval požadavky technické kvalifikace jiných dodavatelů v jiných případech za odpovídající a zákonné. Napadené rozhodnutí se proto dle zadavatele neopírá o žádnou dřívější rozhodovací praxi. Jedná se z jeho pohledu pouze o představu Úřadu, která se nezakládá na textu ani účelu zákona.

Závěr rozkladu

42. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému posouzení.

V. Řízení o rozkladu

43. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.
44. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-29390/2021/511/KZa ze dne 31. 8. 2021 stanovil oběma navrhovatelům lhůtu k podání vyjádření k rozkladu. Navrhovatel Cegelec i navrhovatel SOR doručili svá vyjádření dne 8. 9. 2021, přičemž nadále setrvali na svých tvrzeních uvedených v příslušných návrzích. Oba proto shodně navrhli rozklad zadavatele zamítnout a napadené rozhodnutí potvrdit.

Stanovisko předsedy Úřadu

45. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
46. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které byl rozklad zadavatele zamítnut a napadené rozhodnutí potvrzeno.

VI. K námitkám rozkladu

47. Před samotným posouzením případu je nutné upozornit na to, že se v daném případě jednalo o sektorovou veřejnou zakázku, což Úřad v napadeném rozhodnutí opomenul zmínit. Jelikož však tato skutečnost nemá v tomto konkrétním případě pro samotné posouzení věci žádnou relevanci, nejedná se o vadu napadeného rozhodnutí, která by odůvodňovala jeho zrušení, a proto je dále i v tomto řízení tato skutečnost ponechána stranou.
48. V rámci odůvodnění tohoto případu je na prvním místě potřeba shrnout Úřadem velmi precizně zjištěný skutkový stav případu, i aktuální situaci na relevantním trhu.
49. Navrhovateli napadené zadávací podmínky, především pak ty, jejichž nezákonnost Úřad v napadeném rozhodnutí skutečně shledal, se týkají tří požadavků zadavatele.
- V první řadě se jedná o požadavek dle bodu 3.3.3 zadávací dokumentace k prokázání ekonomické kvalifikace prostřednictvím ročního obratu za 3 bezprostředně předcházející účetní období, a to v minimální výši 350 mil. Kč za rok.
 - Za druhé jde o požadavek technické kvalifikace dle bodu 3.3.4 zadávací dokumentace, spočívající v předložení významných dodávek poskytnutých za poslední 3 roky, jimiž se rozumí dodávka nejméně 10 ks nových nízkopodlažních trolejbusů shodného nebo obdobného charakteru jako trolejbusy poptávané zadavatelem v předmětném zadávacím

řízení, a to jednomu nebo i více dodavatelům. Pro trolejbus shodného či obdobného charakteru byly stanoveny následující podmínky: nezávislý pohon umožňující jízdu obsazeného trolejbusu bez napájení z trolejového vedení alespoň 12 km; schválení trolejbusu k provozu ve státě Evropské unie, Evropského hospodářského prostoru nebo Švýcarské konfederace; 100 % naplnění podmínek nízkopodlažnosti a dalších definic dle jmenovaných evropských předpisů.

- Třetí podmínkou je pak požadavek zadavatele dle bodu 7.2 zadávací dokumentace na předložení vzorku plnění (trolejbusu) včetně úspěšného výsledku zkoušky vzorku, a to do 15 kalendářních dní ode doručení výzvy zadavatele. Součástí tohoto předložení vzorku je rovněž rozhodnutí o schválení typu drážního vozidla, osvědčení o shodě vzorku se schváleným typem a průkaz způsobilosti vzorku vozidla. Dodavatel je přitom povinen provést ve stejné lhůtě zkušební jízdu v trolejbusové síti zadavatele. Kromě dalších podmínek předvedení vzorku jsou stanoveny rovněž parametry tohoto vzorku, kterými jsou mimo jiné splnění všech podmínek pro provoz v České republice, vybavení 600 V napájecí soustavou, akcelerace, délka, šířka, výška nástupové hrany, manuálně ovládaná plošina a výdrž 12 km jízdy na trakční baterii.

50. Úřad v napadeném rozhodnutí posoudil na základě odpovědí odborných institucí i potenciálních dodavatelů pohybujících se na specifickém a úzkém relevantním trhu zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky a shledal, že tak, jak jsou stanoveny, odpovídají předmětu rámcové dohody. Tuto skutečnost ostatně, vcelku pochopitelně, zadavatel v podaném rozkladu ani nijak nerozporuje, neboť naopak tvrdí, že právě již vzhledem k těmto závěrům jsou zadávací podmínky zákonné a přiměřené. Opakovaně přitom uvádí, že je jeho nejvyšším a oprávněným zájmem vybrat zkušeného dodavatele, u kterého bude mít jednoznačnou jistotu kvalitního plnění.
51. Určitá odpovídající, a nikoliv nepřiměřená forma omezení hospodářské soutěže je z povahy věci přítomná u všech zadávacích podmínek, které mají kterýmkoliv způsobem selektovat zkušenější dodavatele od méně zkušených. Je často opakovaným právem zadavatele snažit se zajistit plnění od takových dodavatelů, kteří již své schopnosti a kvalitu v minulosti na trhu prokázali. Do kontrastu s tímto právem však vstupuje všudypřítomná nutnost jednak neomezit hospodářskou soutěž na základě neodůvodněných a diskriminačních podmínek, a jednak ji neomezit za jiných okolností odpovídajícím požadavkem v případě, kdy má konkrétní relevantní trh určitou nestandardní podobu (tedy zejména se daný trh rozvíjí či výrazně proměňuje).
52. Zadavatel se v rozkladu vymezuje proti tomu, že by měl být tvůrcem hospodářské soutěže. S ohledem na objem finančních prostředků, které se v segmentu veřejných zakázek promítají, však zadavatelé již z povahy věci jsou těmi, kdo výrazně určují rozvoj trhů. Svou poptávkou mají možnost zaměřit se na nové či inovativní výrobky a dopomoci tak rozvoji daného trhu. Zajisté to není jejich hlavním úkolem takto na trh působit, ale na místě je nicméně shledat, že do jisté míry je potřeba zadavateli povinnost spočívající v neprohlubování nežádoucího stavu konkrétního segmentu hospodářské soutěže skutečně stanovit. Primárním cílem práva veřejných zakázek je pochopitelně hospodárné vynakládání veřejných peněz, s čímž však při důkladném posouzení souvisí otevírání trhu většímu počtu dodavatelů. Základní premisou v této věci totiž je, že absence soutěže při nabídce dodávek, služeb a stavebních prací veřejným zadavatelům, jinými slovy také existence monopolu dodavatele (případně

dodavatelů) v určité části trhu, je základní příčinou deformace těchto nabídek a umělého navyšování cen, za které dominující dodavatelé na konkrétním trhu svá plnění nabízejí.

53. Právě vzhledem k indiciím o specifických podmínkách na relevantním trhu s parciálními trolejbusy provedl Úřad velice rozsáhlou a podrobnou analýzu, jejímž výsledkem jsou především následující zjištění.

- Poměrně úzkou skupinu potenciálních dodavatelů, kteří se pohybují na trhu parciálních trolejbusů v České republice, tvoří následující společnosti: ŠKODA ELECTRIC a.s., SOLARIS CZECH spol. s r.o., EKOVA ELECTRIC a.s., TRAM FOR ENVI s.r.o., navrhovatel Cegelec, navrhovatel SOR, Carrosserie HESS AG (zahraniční dodavatel) a Van Hool NV (zahraniční dodavatel).
- Dodavatel ŠKODA ELECTRIC a.s. byla vybraným dodavatelem v 11 ze 12 zakázek na parciální trolejbusy v České republice v letech 2017 – 2021. Ve všech těchto 11 zakázkách byla současně jediným subjektem, který podal nabídku. Pouze v jednom jediném případě byly podány nabídky dvě a vybraným dodavatelem se stala společnost TRAM FOR ENVI s.r.o. (ve sdružení se zahraničním obchodním partnerem).
- Společnost SOLARIS CZECH spol. s r.o. je v předmětné veřejné zakázce poddodavatelem společnosti ŠKODA ELECTRIC a.s., přičemž tyto dvě společnosti spolupracovaly i na některých předchozích zakázkách.
- Společnost EKOVA ELECTRIC a.s. je ze 100 % vlastněna společností ŠKODA ELECTRIC a.s.
- Společnost Van Hool NV nereagovala na žádné dotazy zasláné Úřadem a lze proto přinejmenším pro nynější situaci předpokládat, že nemá zájem o vstup na trh s parciálními trolejbusy v České republice.

54. Z těchto zjednodušeně popsaných poznatků, které jsou jinak podrobně rozepsány v napadeném rozhodnutí, jednoznačně vyplývá, že vzájemnými konkurenty o uzavření předmětné rámcové dohody se zadavatelem jsou ŠKODA ELECTRIC a.s., TRAM FOR ENVI s.r.o., navrhovatel Cegelec, navrhovatel SOR a případně též zahraniční dodavatel Carrosserie HESS AG.

K požadavku na ekonomickou kvalifikaci

55. Úřad se v první řadě zabýval tvrzením navrhovatele Cegelec, že požadavek na výši obrátu 350 mil. Kč ročně je nepřiměřený a diskriminační, a to i proto, že by měl být vzhledem k délce trvání rámcové dohody (8 let) rozpočítán pro jednotlivé roky.

56. Na místě je potvrdit závěr Úřadu uvedený v bodě 244. napadeného rozhodnutí, že k dodávce všech 33 trolejbusů může na základě rámcové dohody dojít najednou, pro což není pravidlo o přepočtu do jednotlivých let pro daný případ aplikovatelné. Zároveň však nelze bez dalšího souhlasit s Úřadem v tom, že samotný požadavek ekonomické kvalifikace je vzhledem k relevantnímu trhu nepřiměřený, neboť Úřad vystavěl tento svůj závěr na částečně nesprávných předpokladech.

57. Dle bodu 3.3.3 zadávací dokumentace se v případě požadavku ekonomické kvalifikace v hodnotě 350 mil. Kč ročně za 3 bezprostředně předcházející účetní období jednalo pouze o běžný obrát, neboť zadavatel nikde neuvedl, že by se měl týkat pouze předmětu plnění, jímž je výroba a prodej parciálních trolejbusů. Úřad nicméně v napadeném rozhodnutí posoudil

požadavek zadavatele tak, že je nepřiměřený mimo jiné i proto, že vzhledem k aspektům konkrétního trhu neměli nikoliv etablovaní dodavatelé možnost příslušný obrát získat. Toto posouzení, vyřčené především v bodě 245. napadeného rozhodnutí, pak budí dojem, že jsou dodavatelé povinni prokázat příslušný obrát v odvětví výroby a prodeje parciálních trolejbusů. Sám zadavatel napomohl tomuto nesprávnému výkladu svým vyjádřením k návrhu navrhovatele Cegelec, neboť uvedl, že se domnívá, že stanovený obrát není na trhu výrobců trolejbusů nedosažitelný.⁶

58. Zadávací podmínka však byla v tomto případě stanovena jednoznačně, a je proto na místě ji posuzovat s ohledem na veškerou obchodní činnost potenciálního dodavatele, nikoliv pouze ve vztahu k parciálním trolejbusům. Dílčí závěr Úřadu o nepřiměřeně nastaveném požadavku na ekonomickou kvalifikaci tak vychází z nesprávného základu, nicméně nepřiměřenost konkrétní zadávací podmínky je dána i v případě, kdy je náležitě posuzován obrát celkový.
59. V daném případě je totiž podstatné, že z podaných odpovědí jednotlivých dodavatelů vyplynulo, že ze vzájemných konkurentů o veřejnou zakázku by byli schopni kritéria ekonomické kvalifikace splnit pouze dodavatelé ŠKODA ELECTRIC a.s., Carrosserie HESS AG a navrhovatel SOR. Z této skutečnosti je patrné, že hospodářská soutěž o veřejnou zakázku, na které se pohybuje velmi malý počet dodavatelů, je do značné míry bez bližšího zdůvodnění zadavatelem omezována již výší požadované ekonomické kvalifikace. Požadavek na prokázání ekonomické kvalifikace sám o sobě jako takový není samozřejmě nezákonný, ale zde jeho výše ve spojení s dalšími zadávacími podmínkami výrazně zasáhla do soutěže o zakázku. Na tento požadavek je tedy třeba hledět jako na střípek ve skládačce, která pak jako celek vede k závěru o nepřiměřenosti zadávacích podmínek.

K požadavku na technickou kvalifikaci

60. V otázce požadavku zadavatele na technickou kvalifikaci je nadmíru důležitá právě situace na relevantním trhu. Zadavatel totiž požadoval prokázání dodávky 10 parciálních trolejbusů v uplynulých 3 letech, pro které byly stanoveny ještě další nutné podmínky. Jak je však patrné z provedeného zjišťování a odpovědí jednotlivých dodavatelů, jediným potenciálním konkurentem dodavatele ŠKODA ELECTRIC a.s., který by byl schopen splnit podmínky technické kvalifikace, je zahraniční dodavatel Carrosserie HESS AG (s výjimkou společnosti SOLARIS CZECH spol. s r.o., která je však poddodavatelem ŠKODA ELECTRIC a.s., jak bylo uvedeno výše). Ostatní potenciální dodavatelé jsou tímto požadavkem vyloučeni, neboť to byl s výjimkou jediné zakázky pouze dodavatel ŠKODA ELECTRIC a.s., kdo dodával kompletní parciální trolejbusy zadavatelům do provozu.
61. Nelze přitom na základě provedených zjištění říci, že by byli ostatní potenciální dodavatelé na trhu s parciálními dodavateli nováčky, u kterých lze identifikovat vysokou pochybnost o tom, jestli by byli skutečně schopni rámcovou dohodu plnit. Naopak se jedná o zkušené dodavatele podstatných součástí parciálních trolejbusů, kteří se s dalšími dodavateli, případně přímo se společností ŠKODA ELECTRIC a.s., podíleli na dřívějších dodávkách jako poddodavatelé, nebo mají značnou zkušenost s výrobou autobusů.

⁶ Prodejci (dodavatelé) parciálních trolejbusů však budou zřídka dodávat pouze tento specifický druh plnění. Daleko častěji se budou specializovat na širší odvětví, neboť poptávka po trolejbusích je vzhledem k relativně malému rozsahu trolejbusových sítí poměrně omezena.

62. Zároveň je na místě předmětný relevantní trh skutečně označit, pokud ne přímo za nový, tak zcela jistě za rozvíjející se. Parciální trolejbusy jsou předmětem plnění, který je z pochopitelných důvodů poptáván pouze jedním typem zadavatelů, a sice většími městy, respektive společnostmi zajišťujícími v těchto městech veřejnou dopravu, a který je současně relativní novinkou na trhu. Nepochybně pak tento trh definuje již zmíněný fakt, že v něm má, minimálně v relevantním období uplynulých tří let, zcela dominantní postavení společnost ŠKODA ELECTRIC a.s.
63. Stranou nelze ponechat ani skutečnost, že právní úprava provozu trolejbusů se v jednotlivých státech evropského prostoru různí, a nelze proto bez dalšího pouze s ohledem na geografické hledisko považovat za relevantní trh například celou Evropskou unii. Trolejbusová doprava obecně je specifikem především východní části Evropy (resp. zemí bývalého východního bloku), z níž některé státy do evropského hospodářského prostoru nepatří. S ohledem na tato specifika posuzoval Úřad jako eventuální dodavatele pouze ty subjekty, u kterých bylo možno předpokládat, že budou mít zájem na plnění veřejné zakázky na parciální trolejbusy v České republice.
64. Tvrzení zadavatele uvedená v rozkladu, že soutěž o plnění veřejných zakázek na dodání parciálních trolejbusů v České republice existuje, se tak nezakládají na pravdě, respektive se jedná o soutěž vysokým způsobem omezenou. Jediným momentem, kdy byla do zadávacího řízení na tento typ plnění podána více než jedna nabídka, byla veřejná zakázka vypsána Dopravním podnikem města Jihlavy, a.s., IČO 25512897, se sídlem Brtnická 1002/23, 586 01 Jihlava, kde bylo připuštěno prokázání technické kvalifikace prostřednictvím referencí na dodávku pouze určitých částí (komponent) daného plnění.⁷ Je sice pravdou, že se jedná o relativně velmi složité plnění, které bude vždy vyrábět jen do značné míry omezený počet dodavatelů, nicméně v tomto případě je z provedeného dokazování zřejmé, že k plnění veřejné zakázky mohou být způsobilí minimálně někteří další dodavatelé, kteří o to mají zájem.
65. Zadavatel v rozkladu rovněž namítal, že dodavatelé mohou prokázat referenční dodávku 10 kusů parciálních trolejbusů společně s dalšími dodavateli, nebo jako poddodavatelé, v takovém případě však toliko v míře, v jaké se na plnění takové zakázky skutečně podíleli. Tato možnost sice na první pohled umožňuje soutěž mezi větším počtem potenciálních dodavatelů, nicméně vzhledem k situaci na trhu a skutečnosti, že s výjimkou jediné všechny veřejné zakázky plnil dodavatel ŠKODA ELECTRIC a.s., je na místě seznat, že tomu tak není. Jednotliví konkurenti tohoto dominujícího dodavatele se totiž v minulosti, pokud se jednalo o dodávku parciálních trolejbusů, podíleli na plnění veřejné zakázky jen v její části (např. karoserie nebo elektrická výbava vozu), ovšem nikdy společně nedodávali celé plnění bez toho, aby byla hlavním dodavatelem ŠKODA ELECTRIC a.s. Ostatní dodavatelé by tak při podání společné nabídky nesplňovali technickou kvalifikaci, neboť ani ve spojení by nemohli prokázat dodávky celých parciálních trolejbusů.⁸

⁷ Informace o zakázce dostupné na <https://www.e-zakazky.cz/profil-zadavatele/a0604471-4680-4870-9219-ab224a146220/zakazka/P20V00000001>. Smlouva na dodávku parciálních trolejbusů však byla v této veřejné zakázce uzavřena teprve nedávno a ani dodavatel TRAM FOR ENVI s.r.o., s nímž byla smlouva uzavřena, by se ještě nemohl touto zakázkou jako referenční prokázat. To zároveň i z toho důvodu, že se jednalo o dodávku pouze 6 parciálních trolejbusů, zadavatel však v rámci reference požadoval 10 ks.

⁸ K tomuto závěru, který byl v obdobném znění uveden již v bodě 285. napadeného rozhodnutí, je pouze třeba doplnit, že se tedy nemuselo jednat o dodávku 10 ks parciálních trolejbusů jedinému objednateli, nicméně právě vzhledem

66. Prohloubením nepřiměřeného omezení konkrétního relevantního trhu, které ze soutěže vyřazuje i dodavatele TRAM FOR ENVI s.r.o., jenž by měl jinak k naplnění podmínek technické kvalifikace zřejmě nejbližší, je pak požadavek na referenční dodávku takových parciálních trolejbusů, u kterých byl dojezd na nezávislý pohon bez napájení z trolejového vedení 12 km. Z provedeného dotazování jednoznačně vyplynulo, že úprava požadovaného dojezdu je zcela minoritní záležitostí při plnění veřejné zakázky, kterou je možné upravovat dle požadavků konkrétního zadavatele. Není přitom žádný rozdíl v obtížnosti konstrukce trolejbusu, jehož dojezd na nezávislý pohon má být 5, 12 nebo 20 kilometrů. V tomto případě se proto jedná o nezákonný požadavek na referenci, kdy pouze na základě toho, že právě dojezd 12 km bude zadavatel pro své parciální trolejbusy požadovat, nepřípustným způsobem omezuje hospodářskou soutěž o konkrétní veřejnou zakázku.
67. V bodě 51. tohoto rozhodnutí již bylo zmíněno, že zadavatel může za určitých podmínek hospodářskou soutěž omezit, nesmí se tak však díť neodůvodněně a diskriminačně. Zadavatel však v případě technické kvalifikace odůvodnil své požadavky pouze shodou referencí s předmětem plnění a obecným tvrzením, že má právo získat zkušeného dodavatele. To však, především s ohledem na konkrétní specifika relevantního trhu, jako odůvodnění zadávacích podmínek v této věci nepostačí.
68. Jak již tedy bylo uvedeno výše, není možné popřít, že co se týče zákonných mantinelů ke stanovení zadávacích podmínek ekonomické a technické kvalifikace, nebyly tyto vzhledem k předmětu veřejné zakázky překročeny. Ovšem vzhledem k situaci na konkrétním trhu, na němž se nacházejí dodavatelé, kteří se snaží etablovat, přičemž takřka všechna dosavadní plnění byla dodávána výhradně jedním dominantním dodavatelem, je na místě označit souhrnné požadavky ekonomické a technické kvalifikace za diskriminační, neboť nepřípustným způsobem omezují některé dodavatele, kteří by jinak byli schopni plnit veřejnou zakázku.
69. Jak bylo uvozeno v bodě 57. tohoto rozhodnutí, přestože mohli dle zadávacích podmínek potenciální dodavatelé prokazovat ekonomickou kvalifikaci prostřednictvím obratu obecného, nikoliv vázaného na konkrétní druh plnění, jedná se v případě sloučení požadavků na ekonomickou a technickou kvalifikaci o bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, a to vzhledem k relevantnímu trhu a situaci na něm.
70. Dle odpovědí jednotlivých dodavatelů nesplňují podmínku ekonomické kvalifikace navrhovatel Cegelec a dodavatel TRAM FOR ENVI s.r.o. U prvního se přitom jedná o výrobce především elektrické výbavy trolejbusů i autobusů, který má s plněním parciálních trolejbusů (resp. příslušné části) předchozí zkušenosti, druhý pak ve sdružení se zahraničním dodavatelem zvítězil v jediné veřejné zakázce na parciální trolejbusy, kterou nezískal dodavatel ŠKODA ELECTRIC a.s.
71. Z průzkumu relevantního trhu a odpovědí jednotlivých potenciálních dodavatelů pak dále vyšlo najevo, že podmínky technické kvalifikace by byl schopen splnit (kromě dodavatele ŠKODA ELECTRIC a.s. a jeho poddodavatele SOLARIS CZECH spol. s r.o.) jen zahraniční dodavatel Carrosserie HESS AG. Kromě dvou v předchozím bodě tohoto rozhodnutí uvedených dodavatelů je tak tímto požadavkem vyloučen i navrhovatel SOR, a to přestože se jedná

ke všem předchozím zakázkám na relevantním trhu ani tato podmínka neotvírá trh pro možnost tzv. „skládání referencí“ více dodavateli, kteří by byli poddodavateli u v úvahu připadajících zakázek.

o dodavatele karoserií parciálních trolejbusů, který v předchozích zakázkách spolupracoval s dodavatelem ŠKODA ELECTRIC a.s. a nyní se chce na konkrétním rozvíjejícím se trhu osamostatnit.

72. Každá z podmínek kvalifikace tak nepřipustně diskriminuje určité dodavatele snažící se na trhu etablovat, přičemž v souhrnu je jimi soutěž o veřejnou zakázku současně omezena na pouhé dva potenciální dodavatele – ŠKODA ELECTRIC a.s. a Carrosserie HESS AG. Jak bude uvedeno dále v tomto rozhodnutí, ani dodavatel Carrosserie HESS AG by však nebyl schopen dostat požadavku zadavatele na předvedení vzorku plnění. Jediným dodavatelem schopným splnit zadávací podmínky rámcové dohody a podat v předmětném zadávacím řízení nabídku, je ŠKODA ELECTRIC a.s.

K požadavku na dodání a zkoušku vzorku

73. Zadavatel stanovil jako podmínku uzavření rámcové dohody předložení dokladu (rozhodnutí o schválení typu vozidla, osvědčení o shodě vzorku se schváleným typem a průkaz způsobilosti vzorku vozidla dle příslušných ustanovení zákona č. 266/1994 Sb., o drahách), vzorku a úspěšný výsledek zkoušky tohoto vzorku plnění (tedy parciálního trolejbusu). Tuto povinnost má potenciální dodavatel splnit do 15 kalendářních dní od doručení výzvy zadavatele. Pro samotný vzorek přitom zadavatel stanovil některé konkrétní parametry (zmíněné již v bodě 49. tohoto rozhodnutí), které jsou na jednu stranu méně přísné než pro samotný předmět plnění, přesto však samotný vzorek relativně detailně charakterizují.
74. Úřad se v rámci průzkumu trhu zabýval tím, zda jednotliví dodavatelé obecně disponují předváděcím vozem, nebo možností si od některého z předchozích objednatelů vůz již jednou prodaný vypůjčit. Jednoznačnou odpovědí dodavatelů pak bylo, že vzhledem ke konkrétnímu typu plnění je existence předváděcího vozu vyrobeného tzv. na sklad takřka vyloučena. Je tomu tak proto, že se při výrobě parciálního trolejbusu jedná o velmi vysoké náklady, především jde však o plnění, které je pro každou konkrétní objednávku upravováno speciálně dle přání a požadavků každého objednatele. Nejen, že se tedy liší podmínky provozu v jednotlivých státech, ale vždy se různí i podmínky technické, estetické i praktické, které je potřeba pro každou plněnou zakázku reflektovat.
75. Z dotazování tak vyplynulo, že pokud potenciální dodavatel v minulosti nevyrobil a nedodal takový vůz, který naplňuje podmínky zadavatele na charakteristiku vzorku, a nemá současně s konkrétním objednatelem nasmlouvané zapůjčení takového vozu, není schopen podmínku dodání a předvedení vzorku naplnit. V jisté obměně je tím *de facto* opakován požadavek zadavatele na referenční zakázku parciálních trolejbusů, neboť pro dodavatele nepřichází v úvahu, že by požadovaný vzorek trolejbusu v ceně nákladů několika desítek milionů Kč vyráběl pro účely předmětné veřejné zakázky, když nemá postaveno na jisto, že bude rámcovou dohodu skutečně plnit a investice do nového vozu tak nepřijde nazmar.
76. Současně přítomnou zásadně omezující podmínkou je především požadavek na dodání vzorku do 15 dnů od výzvy zadavatele. Výroba nového vozu tím vůbec nepřichází v úvahu, neboť ta probíhá minimálně po dobu takřka celého kalendářního roku. Tato podmínka je zároveň zásadně omezující z toho důvodu, že samotná doprava parciálního trolejbusu do sídla zadavatele (resp. do prostoru jeho trolejové sítě, kde má být vyzkoušen), je přepravou nadměrného nákladu, jehož povolení je rovněž nutno zajistit v předmětné lhůtě 15 dnů. Povolení k takové přepravě však příslušný úřad vydává ve lhůtách dle správního řádu, lze tedy

očekávat až 30 dnů ode dne podání žádosti. Pokud by tedy snad některý dodavatel skutečně disponoval možností odpovídající parciální trolejbus předložit k testu, jeví se i toto samotné předložení takřka nespílitelným za předpokladu, že se nejedná o trolejbus již v trolejové síti zadavatele fungující. Největší měrou jsou přitom tímto požadavkem omezeni potenciální zahraniční dodavatelé, neboť právě pro ně je podmínka dopravy obzvláště nepřiměřená.

77. Na základě těchto výše popsaných zásadních komplikací s dodáním vzorku plnění je pak pochopitelné, že pouze dodavatel SOLARIS CZECH spol. s r.o., který je poddodavatelem dominujícího dodavatele ŠKODA ELECTRIC a.s., by byl schopen naplnit tento požadavek zadavatele. Pokud však určitý subjekt figuruje ve veřejné zakázce na pozici poddodavatele, nemůže být v téže zakázce i samostatným dodavatelem. Společnost Carrosserie HESS AG pak sice uvedla, že disponuje předváděcím vozem, ten však nebude splňovat všechny parametry vyžadované zadavatelem v předmětné veřejné zakázce, případně může pouze poskytnout zapůjčené vozidlo jiného zákazníka, které je nejvíc podobné.
78. Zadávací podmínka, ve které zadavatel vyžaduje předložení vzorku plnění k provedení testu, je tedy na jednu stranu předpokládána zákonem, na stranu druhou je však v tomto případě stanovena takovým způsobem, že zcela nepřipustně omezuje hospodářskou soutěž. Jak je vidno ze skutečností výše popsaných, již sám požadavek na tento vzorek je vzhledem k povaze předmětu veřejné zakázky, vyžadovaným vlastnostem tohoto vzorku a dalším souvislostem týkajícím se potřeby schválení jak zkušebního provozu, tak převozu trolejbusu do místa zkoušky, nepřiměřený situaci a povaze relevantního trhu.
79. Obdobně jako bylo uvedeno v bodě 67. tohoto rozhodnutí, ani v případě požadavku na dodání a zkoušku vzorku zadavatel konkrétně a vzhledem k danému předmětu plnění neodůvodnil jeho stanovení, tím méně jeho stanovení v konkrétní podobě. Ani za zdejší specifické situace, která panuje na relevantním trhu, nepostačí obecný odkaz na právo zadavatele stanovit požadavek na vzorek dle příslušných ustanovení zákona. Vzhledem k rozvíjejícímu se trhu s parciálními trolejbusy, na němž výrazně dominuje určitý dodavatel, a navíc v případě, kdy jsou podmínky ještě více zpřísněny požadavky na ekonomickou a technickou kvalifikaci, by bylo nutné náležitým způsobem odůvodnit, proč převažuje zájem zadavatele na ověření vzorku plnění (s jeho předvedením v tak krátké době) nad otevřením hospodářské soutěže pro více dodavatelů.

Dílčí závěr

80. Požadavky ekonomické a technické kvalifikace a povinnost předložit k otestování vzorek plnění ve lhůtě 15 dní od výzvy zadavatelem jsou podstatnými aspekty zadávacích podmínek, přičemž kombinací všech těchto požadavků jsou ze soutěže vyloučeni všichni potenciální dodavatelé pohybující se na relevantním trhu, s výjimkou dodavatele ŠKODA ELECTRIC a.s. Zadavatel v rozkladu sice tvrdí, že Úřad zjistil teoretickou schopnost splnit zadávací podmínky dvěma nebo třemi různými dodavateli, tato zjištění se však týkají toliko každé podmínky samostatně, přičemž při jejich kumulaci a zjištění, kteří dodavatelé jsou na předmětném trhu vzájemnými konkurenty, je jediným skutečným aspirantem na naplnění všech požadavků zadavatele dodavatel ŠKODA ELECTRIC a.s. (s poddodavatelem SOLARIS CZECH spol. s r.o.).

K rozhodovací praxi

81. Zadavatel v rámci rozkladu rozporuje především odkaz Úřadu na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 15/2009-71 ze dne 10. 3. 2011, neboť se podle něj jedná z pohledu skutkových okolností o jiný případ a Úřad z něj naopak v jiných případech vycházel za situace, kdy označoval zadávací podmínky stanovené jinými zadavateli za souladné se zákonem.
82. V první řadě je k tomu nutno uvést následující. Jak bylo vysvětleno již výše v tomto rozhodnutí, není pravdivé tvrzení zadavatele, že by podmínky veřejné zakázky na rámcovou dohodu byli schopni splnit nejméně tři různí dodavatelé. Více dodavatelů naplňovalo podmínky nanejvýš u každého požadavku samostatně (ekonomická kvalifikace, technické kvalifikace, předložení a test vzorku), v souhrnu se však jednalo jediné o na trhu v posledních letech výrazně dominujícího dodavatele ŠKODA ELECTRIC a.s. Pokud tedy Úřad vycházel ze skutkového stavu, ve kterém může rámcovou dohodu plnit jediný dodavatel (jak tomu bylo i u zakázky posuzované výše uvedeným rozsudkem), činil tak správně.
83. Za druhé není nijak v rozporu se současnými závěry to, že Úřad v minulosti argumentací s odkazem na tento rozsudek shledal, že určité zadávací podmínky jsou v souladu se zákonem, přiměřené a odpovídající konkrétnímu trhu. Právní východiska jsou v obou případech stejná – možnost zadavatele nastavit zadávací podmínky, které nikoliv nepřiměřeným a diskriminačním způsobem omezí okruh dodavatelů na základě zákonem předpokládaných požadavků, přičemž tuto přiměřenost a obecně celé nastavení požadavků je nutno posuzovat i vzhledem ke specifickým aspektům konkrétního trhu a situaci na něm. Pokud tedy v jednom případě Úřad shledal, že podmínky pro nastavení určitých požadavků jsou, je zcela legitimní v jiném případě označit zadávací podmínky za nepřijatelně omezující konkrétní trh, a to v obou případech s odkazem na východiska uvedená v témž rozsudku. Závěr v jedné situaci, o které soud rozhodoval, nemůže mít obecnou platnost pro veškeré situace další.
84. Na třetím místě je pak potřeba poukázat na nedávné rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0127/2021/VZ, č. j. ÚOHS-33127/2021/161/TMi ze dne 7. 10. 2021, které se týkalo téhož relevantního trhu. Dodavatel ŠKODA ELECTRIC a.s. se v něm jako navrhovatel domáhal zpřísnění požadavků technické kvalifikace zadavatele Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9. Předseda Úřadu v předmětném případě potvrdil závěry Úřadu, že je to pouze zadavatel, kdo má právo stanovit zadávací podmínky, neboť dodavatel nemá právo vyžadovat jejich změnu, pakliže jsou v souladu se zákonem. Stejně jako ve zdejší případě bylo posuzováno vyvážení dvou principů, a sice na jedné straně zájem na otevřené a co nejširší hospodářské soutěži, na straně druhé pak zájem zadavatele uzavřít smlouvu se schopným dodavatelem, který má s obdobnou zakázkou dřívější zkušenosti. Trh s předmětem plnění, jímž jsou v obou případech parciální trolejbusy, byl již v uváděném případě označen za rozvíjející se, na kterém mají současně snahu etablovat se další dodavatelé, a proto je na místě náležitým způsobem následovat snahu o otevření tohoto trhu co největšímu počtu dodavatelů. V předmětné věci tamní zadavatel adekvátně své nároky snížil, zatímco v přezkoumávaném případě zadavatel zdejší daný trh nastavenými technickými požadavky nepřijatelně zcela uzavřel.

Shrnutí

85. Na základě výše uvedených skutečností proto bylo na místě v tomto konkrétním případě potvrdit napadené rozhodnutí a rozklad zadavatele zamítnout.
86. Na základě posouzení tohoto případu při provedení důkladné analýzy situace na trhu a celkové specifické povahy předmětu plnění lze uzavřít, že zadavatel v tomto konkrétním případě souborem svých požadavků na ekonomickou kvalifikaci, technickou kvalifikaci a předvedení vzorku plnění, nepřipustně omezil hospodářskou soutěž na předmět plnění rámcové dohody. Vzhledem k velmi úzkému trhu potenciálních dodavatelů a značně dominujícímu dodavateli ŠKODA ELECTRIC a.s., který by byl reálně jako jediný schopen splnit všechny požadavky zadavatele vyřčené v zadávací dokumentaci, bylo na místě upustit od některých podmínek, které jinak odpovídají předmětu veřejné zakázky, či je adekvátně zmírnit tak, aby se o zakázku mohli ucházet i dodavatelé, kteří prokazatelně mají (byť jen částečné) zkušenosti s dodávkou parciálních trolejbusů, přičemž by zadavateli zůstaly dostatečné záruky schopného dodavatele. Úkolem zadavatele do jisté míry je, jak bylo uvedeno již v bodě 52., neprohlubovat nežádoucí stav konkrétního segmentu hospodářské soutěže a přispět tak k primárnímu cíli práva veřejných zakázek, kterým je hospodárné vynakládání veřejných peněz. Závěry Úřadu učiněné v napadeném rozhodnutí jsou tedy správné, dostatečně a precizně odůvodněné, přičemž je na místě se s nimi s částečnou výhradou týkající se odůvodnění diskriminačního charakteru podmínek ekonomické kvalifikace ztotožnit. Zadavatel ve svém rozkladu navíc nevyužil žádné nové argumenty, pouze zopakoval to, co uvedl už v návrhu a svých ostatních vyjádřeních.
87. Zadavatel je oprávněn ve smyslu § 36 odst. 1 zákona omezit hospodářskou soutěž, toto omezení je však povinen řádně odůvodnit. V případě, že se jedná o plnění poskytované na relevantním trhu, který je značně uzavřený, nový nebo rozvíjející se, je povinen své požadavky přizpůsobit zájmu na otevření hospodářské soutěže. V takovém případě pak neobstojí pro odůvodnění omezení hospodářské soutěže obecná tvrzení týkající se např. prosté shody předmětu plnění s požadavky na kvalifikaci dodavatele, neboť tato sama o sobě uzavření relevantního trhu spíše prohlubují nebo způsobují jeho stagnaci. Zadavatel by tak musel uvést jiné specifické důvody, které by v konkrétním případě převážily zájem zadavatele na dodání plnění od užšího a vysoce specializovaného okruhu dodavatelů, nad zájmem na otevření hospodářské soutěže. Zadavatel však v posuzovaném případě žádné takové speciální důvody neuvedl, když se omezil toliko na odůvodnění vycházející z podobností kvalifikačních kritérií a vzorku s požadovaným předmětem plnění.

VII. Závěr

88. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a se správnými předpisy, bylo namíste potvrdit napadené rozhodnutí a podaný rozklad zamítnout.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Dopravní podnik města Ústí nad Labem a.s., Revoluční 3088/26, 400 01 Ústí nad Labem
2. Mazel a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., Belgická 276/20, 120 00 Praha 2
3. SOR Libchavy spol. s r.o., Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy

Vypraveno dne

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