



UOHSX008Y3Z8

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0619/2016/VZ-44763/2016/542/EŠe

Brno 4. listopadu 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 26. 9. 2016, jehož účastníkem je

- zadavatel – DOPRAVNÍ PODNIK měst Mostu a Litvínova, a.s., IČO 62242504, se sídlem tř. Budovatelů 1395/23, 434 01 Most,

ve věci možného spáchání správních deliktů zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve veřejné zakázce „Dodávka 2 ks nízkopodlažních městských tramvají do 16 m délky“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 10. 2. 2012 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 2. 2012 pod ev. č. 207729, ve znění opravy uveřejněno dne 6. 3. 2012,

### rozhodl takto:

#### I.

Zadavatel – DOPRAVNÍ PODNIK měst Mostu a Litvínova, a.s., IČO 62242504, se sídlem tř. Budovatelů 1395/23, 434 01 Most – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 63 odst. 4 citovaného zákona v návaznosti na § 6 citovaného zákona, když v zadávací dokumentaci o veřejné zakázce „Dodávka 2 ks nízkopodlažních městských tramvají do 16 m délky“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 10. 2. 2012 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 2. 2012 pod ev. č. 207729, ve znění opravy uveřejněno dne 6. 3. 2012, stanovil k prokázání technických

kvalifikačních předpokladů skrytě diskriminační požadavek na doložení seznamu významných dodávek v posledních 3 letech před vyhlášením předmětného zadávacího řízení, a to výrobu a dodávku minimálně 5 kusů nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce, avšak tento požadavek na kvalifikaci nevymezil s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky, kterým byla dodávka 2 kusů nízkopodlažních městských tramvají, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem – PRAGOIMEX a. s., IČO 15888100, se sídlem Pod náspem 795/12, 190 00 Praha – uzavřel dne 29. 6. 2012 kupní smlouvu.

## II.

Zadavatel – DOPRAVNÍ PODNIK měst Mostu a Litvínova, a.s., IČO 62242504, se sídlem tř. Budovatelů 1395/23, 434 01 Most – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace a rovného zacházení stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když dne 2. 4. 2014 uzavřel dodatek č. 3 ke kupní smlouvě ze dne 29. 6. 2012, kterým prodloužil termín plnění předmětné kupní smlouvy oproti původním zadávacím podmínkám ve veřejné zakázce „Dodávka 2 ks nízkopodlažních městských tramvají do 16 m délky“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 10. 2. 2012 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 2. 2012 pod ev. č. 207729, ve znění opravy uveřejněno dne 6. 3. 2012, což mohlo mít vliv na účast i dalších potenciálních dodavatelů v původním zadávacím řízení na jmenovanou veřejnou zakázku s takto nově nastavenými podmínkami týkajícími se termínu plnění, konkrétně prodloužení termínu dodání druhé tramvaje o 18 měsíců, a současně znemožnil uchazečům, kteří podali nabídku do původního zadávacího řízení, podat za takto nově nastavených podmínek výhodnější nabídku nežli vybraný uchazeč a umožnil tak podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy na jmenovanou veřejnou zakázku, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

## III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocih I. a II. tohoto rozhodnutí se zadavateli – DOPRAVNÍ PODNIK měst Mostu a Litvínova, a.s., IČO 62242504, se sídlem tř. Budovatelů 1395/23, 434 01 Most – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění,

**pokuta ve výši 150 000,- Kč (sto padesát tisíc korun českých).**

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

## ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, obdržel dne 30. 6. 2016 podnět, jehož obsahem bylo upozornění na postup zadavatele – DOPRAVNÍ PODNIK měst Mostu a Litvínova, a.s., IČO 62242504, se sídlem tř. Budovatelů 1395/23, 434 01 Most (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Dodávka 2 ks nízkopodlažních městských tramvají do 16 m délky“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 10. 2. 2012 a ve Věstníku

veřejných zakázek uveřejněno dne 15. 2. 2012 pod ev. č. 207729, ve znění opravy uveřejněno dne 6. 3. 2012 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Úřad si vyžádal od zadavatele dokumentaci o veřejné zakázce, ze které zjistil následující skutečnosti.

## **I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ**

3. Zadavatel postupem podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“) zahájil dne 10. 2. 2012 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené zadávací řízení za účelem zadání předmětné veřejné zakázky.
4. Dle bodu II.2) oznámení o zakázce byla předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanovena v rozsahu 44 000 000,- Kč až 50 000 000,- Kč.
5. Z čl. 3 „Vymezení plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky byla dodávka 2 kusů nízkopodlažních městských tramvají provedených podle technické specifikace, jež tvořila přílohu č. 2 zadávací dokumentace. Zadavatel v čl. 3 zadávací dokumentace dále stanovil: *„V rámci předmětu plnění bude zajištěna: Dodávka 2 ks tramvají, a to v termínu: první tramvaj do 30. 12. 2012 a druhá tramvaj do 30. 6. 2013 ... Součástí nabídky bude návrh kupní smlouvy, která bude sloužit k uzavření smluvního vztahu zadávacího řízení, který musí být podepsán oprávněným zástupcem uchazeče. Tento návrh smlouvy musí v plném rozsahu respektovat podmínky uvedené v této zadávací dokumentaci“.*
6. V čl. 4 *„Doba a místo plnění veřejné zakázky“* zadávací dokumentace zadavatel stanovil:  
*„Předpoklad uzavření smlouvy je 1. 6. 2012  
Předpoklad dodávky první tramvaje je max do 30. 12. 2012.  
Předpoklad dodání druhé tramvaje je nejpozději do 30. 6. 2013.  
/druhá tramvaj nebude dodána dříve než 30. 4. 2013/...“.*
7. V čl. 6 *„Požadavky na prokázání kvalifikace dle § 50 až § 60 zákona“* zadávací dokumentace zadavatel mimo jiné stanovil: *„Zadavatel požaduje v nabídkách prokázat kvalifikaci v tomto rozsahu: ... k prokázání technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 zákona uchazeč doloží: splnění tohoto kvalifikačního kritéria, pokud během posledních tří let před vyhlášením zadávacího řízení na plnění veřejné zakázky realizoval výrobu a dodávku minimálně 5 ks nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce ...“.*
8. Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek ze dne 4. 4. 2012, zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel nabídky tří uchazečů.
9. Dne 28. 5. 2012 zadavatel vydal rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, přičemž jako nejvhodnější byla vybrána nabídka uchazeče – PRAGOIMEX a. s., IČO 15888100, se sídlem Pod náspem 795/12, 190 00 Praha (dále jen „vybraný uchazeč“).
10. Dne 29. 6. 2012 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem kupní smlouvu, jejímž předmětem byla dodávka 2 kusů nízkopodlažních tramvají pro městskou hromadnou dopravu osob, schváleného typu pro provoz v České republice (dále jen „kupní smlouva“).

11. V čl. VI. „Termíny plnění“ bodu 2.1 kupní smlouvy bylo stanoveno: *„Předmět plnění sjednaný touto Smlouvou bude proveden prodávajícím a zajištěn v rozsahu dodávky ... v níže uvedených termínech předání:*
- tramvaj poř. č. 1 do 30. 12. 2012*
- tramvaj poř. č. 2 do 30. 06. 2013*
- (ne však dříve než 30. 4. 2013)“.*
12. V čl. VIII. „Cena a platební podmínky“ kupní smlouvy byla stanovena smluvní cena za jeden dodaný kus tramvaje ve výši 22 250 000,- Kč bez DPH (26 700 000,- Kč s DPH) a za dva kusy tramvají ve výši 44 500 000,- Kč bez DPH (53 400 000,- Kč s DPH).
13. V čl. IX. „Odstoupení od smlouvy“ bodu 4. kupní smlouvy bylo mimo jiné stanoveno, že *„Kupující z důvodu pozastavení vyhlášení výzev, podepisování smluv o poskytování dotace, schvalování výzev ... které schválil Výbor Regionální rady regionu soudržnosti Severozápad, je oprávněn plnění této smlouvy (rozumí se dodávku druhé tramvaje) vypovědět a ukončit v případě, že mu na daný účel nebude poskytnuto spolufinancování od poskytovatele dotací. Kupující je povinen tuto skutečnost prodávajícímu oznámit nejpozději do 31. 12. 2012.“*
14. V čl. IX. „Odstoupení od smlouvy“ bodu 5 kupní smlouvy bylo stanoveno: *„Kupující se s Prodávajícím z výše uvedených objektivních důvodů (bod 4 čl. IX) může dohodnout o posunutí termínu dodání druhé tramvaje, ale jen za předpokladu schválení změny harmonogramu (termínu dodání druhé tramvaje) Výborem Regionální rady regionu soudržnosti Severozápad“.* (Pozn. Úřadu: Součástí nabídky vybraného uchazeče byl návrh kupní smlouvy, avšak čl. IX. „Odstoupení od smlouvy“ návrhu kupní smlouvy obsahoval pouze body 1 až 3, tedy v návrhu kupní smlouvy nebyl uveden čl. IX. bod 4. a bod 5, jak byly následně uvedeny v uzavřené kupní smlouvě.)
15. Zadavatel s vybraným uchazečem uzavřeli dne 31. 10. 2012 Dodatek č. 1 ke kupní smlouvě, kterým bylo změněno znění poslední věty čl. IX. „Odstoupení od smlouvy“ bodu 4. kupní smlouvy, a to na *„Kupující je povinen tuto skutečnost prodávajícímu oznámit nejpozději do 30. 04. 2013.“*
16. Zadavatel s vybraným uchazečem uzavřeli dne 30. 4. 2013 Dodatek č. 2 ke kupní smlouvě, kterým bylo změněno znění poslední věty čl. IX. „Odstoupení od smlouvy“ bodu 4. kupní smlouvy, a to na *„Kupující je povinen tuto skutečnost prodávajícímu oznámit nejpozději do 30. 04. 2014.“*
17. Zadavatel s vybraným uchazečem uzavřeli dne 2. 4. 2014 Dodatek č. 3 ke kupní smlouvě, kterým byl vypuštěn čl. VI. bod 2.1 kupní smlouvy a byl nahrazen zněním: *„Předmět plnění sjednaný touto Smlouvou bude proveden prodávajícím a zajištěn v rozsahu dodávky ... v níže uvedených termínech předání:*
- tramvaj poř. č. 1 do 30. 12. 2012*
- tramvaj poř. č. 2 do 30. 12. 2014“.*

## II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

18. Vzhledem k tomu, že Úřad získal na základě předložené dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního šetření pochybnosti, zda se zadavatel v předmětné veřejné zakázce

nedopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v rozhodném znění v souvislosti s nedodržením postupu stanoveného v ustanovení § 63 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když v zadávací dokumentaci stanovil k prokázání technických kvalifikačních předpokladů skrytě diskriminační požadavek na doložení seznamu významných dodávek v posledních 3 letech před vyhlášením předmětného zadávacího řízení, a to výrobu a dodávku minimálně 5 kusů nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce, avšak tento požadavek na kvalifikaci nevymezil s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky, kterým byla dodávka 2 kusů nízkopodlažních městských tramvají, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a s vybraným uchazečem uzavřel dne 29. 6. 2012 kupní smlouvu, a dále v souvislosti s nedodržením zásady zákazu diskriminace a rovného zacházení stanovenými v § 6 odst. 1 zákona, ve znění účinném ke dni uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, když zadavatel dne 2. 4. 2014 uzavřel dodatek č. 3 ke kupní smlouvě ze dne 29. 6. 2012, kterým prodloužil termín plnění předmětné kupní smlouvy oproti původním zadávacím podmínkám ve veřejné zakázce, což mohlo mít vliv na účast i dalších potenciálních dodavatelů v původním zadávacím řízení na jmenovanou veřejnou zakázku s takto nově nastavenými podmínkami týkajícími se termínu plnění, konkrétně prodloužení termínu dodání druhé tramvaje o 18 měsíců, a současně znemožnil uchazečům, kteří podali nabídku do původního zadávacího řízení, podat za takto nově nastavených podmínek výhodnější nabídku nežli vybraný uchazeč a umožnil tak podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy na jmenovanou veřejnou zakázku, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, zahájil správní řízení z moci úřední.

19. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
20. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem pod č. j. ÚOHS-S0619/2016/VZ-38957/2016/542/EŠu ze dne 21. 9. 2016, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Následně Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0619/2016/VZ-39049/2016/542/EŠu ze dne 23. 9. 2016 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, a ve které byl oprávněn vyjádřit své stanovisko v řízení. Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno dne 26. 9. 2016 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 4. 10. 2016**

21. Dne 5. 10. 2016 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 4. 10. 2016 k oznámení o zahájení správního řízení ze dne 21. 9. 2016. K možnému nedodržení postupu dle § 63 odst. 4 zákona zadavatel ve svém vyjádření mimo jiné uvedl: „... *Předmět zakázky byl v rámci zadávací dokumentace vymezen jako dodávka 2 ks nízkopodlažních tramvají do 16m délky ... Rozsah informací a dokladů je uveden v článku 6. zadávací dokumentace. Požadavky byly stanoveny s ohledem na náročný provoz podniku tak, aby zadavatel mohl najít dodavatele, který bude schopen technicky a odborně požadavky projektu splnit, měl dostatečnou výrobní kapacitu, zkušenosti s výrobou požadovaných vozidel a prokázal aktivní činnosti v daném oboru ... Kvalifikace byla definována v souladu s příslušnými paragrafy zákona o veřejných zakázkách, a nebyla vymezena nepřiměřeně ... Zadavatel pak dovozuje okolnost, že požadavky předmětného technického kvalifikačního kritéria nebyly nastaveny nepřiměřeně především z toho, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel 3 nabídky ...“.*
- Zadavatel dále uvedl, že oslovil dodavatele, jež si vyzvedli zadávací dokumentaci, aniž následně podali nabídku, s dotazem, proč nebyla nabídka podána, přičemž jak zadavatel uvedl, odpovědí vždy bylo, že

dodavatel nemá požadovaný předmět dodávky ve svém portfoliu a nikoliv, že by nesplnil nastavené technické kvalifikační kritérium (pozn. Úřadu: zadavatel spolu s vyjádřením doručil Úřadu i zmíněná vyjádření dodavatelů k nepodání nabídky k veřejné zakázce).

22. K možnému nedodržení postupu dle § 6 zákona, když zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 3 ke kupní smlouvě, čímž došlo ke změně termínu plnění předmětné smlouvy, zadavatel ve svém vyjádření mimo jiné uvedl: „*Termín plnění smlouvy byl zadávací dokumentací stanoven do 30. 06. 2016. V zadávací dokumentaci, v návrhu kupní smlouvy a následně v kupní smlouvě byly definovány podmínky spolufinancování projektu (dotace) z prostředků Evropské unie ... Uchazeči se v rámci zadávacího řízení zavázali k dodržování podmínek a pravidel poskytovatele dotace. V rámci kupní smlouvy si kupující v článku IX. vyhradil právo odstoupení od smlouvy z důvodu spolufinancování projektu z prostředků ROP. Na základě tohoto článku byl uzavřen i dodatek č. 3 ... Z důvodu zastavení financování nemohlo dojít k plnění kupní smlouvy v plném rozsahu ... Zadavatel byl přinucen okolnostmi k uzavření Dodatku ... zadavatel nemohl výše uvedené skutečnosti nijak ovlivnit a ani je svým postupem nezavinil. Zadavatel nemohl zajistit finanční plnění zakázky bez zajištění spolufinancování ze strany poskytovatele dotace a plnění smlouvy tak bylo možné ... pouze na základě prodloužení termínu plnění. V žádném případě však uzavření dodatků nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky.*“

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

23. Dne 11. 10. 2016 obdržel Úřad žádost navrhovatele o nahlížení do spisu, které se uskutečnilo dne 17. 10. 2016.
24. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0619/2016/VZ-41559/2016/542/EŠe ze dne 11. 10. 2016 určil zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí. Zadavatel se ve stanovené lhůtě ani později k podkladům pro vydání rozhodnutí nevyjádřil.

#### **III. ZÁVĚRY ÚŘADU**

25. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřené veřejné zakázce, vyjádření předloženého účastníkem řízení a na základě vlastního šetření konstatuje, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 63 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když v zadávací dokumentaci o veřejné zakázce stanovil k prokázání technických kvalifikačních předpokladů skrytě diskriminační požadavek na doložení seznamu významných dodávek v posledních 3 letech před vyhlášením předmětného zadávacího řízení, a to výrobu a dodávku minimálně 5 kusů nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce, avšak tento požadavek na kvalifikaci nevymezil s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky, kterým byla dodávka 2 kusů nízkopodlažních městských tramvají, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem uzavřel dne 29. 6. 2012 kupní smlouvu.
26. Úřad dále konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, ve znění účinném ke dni uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace a rovného zacházení stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného

zákona, když dne 2. 4. 2014 uzavřel dodatek č. 3 ke kupní smlouvě ze dne 29. 6. 2012, kterým prodloužil termín plnění předmětné kupní smlouvy oproti původním zadávacím podmínkám ve veřejné zakázce, což mohlo mít vliv na účast i dalších potenciálních dodavatelů v původním zadávacím řízení na veřejnou zakázku s takto nově nastavenými podmínkami týkajícími se termínu plnění, konkrétně prodloužení termínu dodání druhé tramvaje o 18 měsíců, a současně znemožnil uchazečům, kteří podali nabídku do původního zadávacího řízení, podat za takto nově nastavených podmínek výhodnější nabídku nežli vybraný uchazeč a umožnil tak podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy na jmenovanou veřejnou zakázku, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

### **Relevantní ustanovení zákona**

27. Podle § 2 odst. 1 zákona se za zadavatele veřejné zakázky pro účely tohoto zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
28. Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud
  1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
  2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
29. Podle § 2 odst. 7 zákona vykonává-li veřejný zadavatel nebo dotovaný zadavatel jednu či více relevantních činností podle § 4 zákona, platí pro něj ustanovení zákona vztahující se na sektorového zadavatele za předpokladu, že veřejná zakázka má být zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti.
30. Podle § 4 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností pro účely tohoto zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním dopravních sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti drážní, tramvajové, trolejbusové nebo lanové dopravy a provozování veřejné autobusové dopravy; dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována podle podmínek stanovených příslušným správním orgánem, zejména pak podmínek týkajících se poskytování či provozování dopravní sítě, přepravní kapacity nebo frekvence poskytování takové činnosti.
31. Podle § 6 zákona, ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení, je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
32. Podle § 6 odst. 1 zákona, ve znění účinném ke dni uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
33. Dle § 50 odst. 3 zákona je veřejný zadavatel povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.
34. V § 63 odst. 1 zákona je stanoveno, že sektorový zadavatel je oprávněn stanovit jakékoliv objektivní požadavky, které umožňují objektivní posouzení kvalifikace dodavatele.

35. V § 63 odst. 4 zákona je stanoveno, že sektorový zadavatel vymezí rozsah informací a dokladů v rámci požadované kvalifikace s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky. Požadavky na kvalifikaci uvede sektorový zadavatel v oznámení o zahájení zadávacího řízení, ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, popřípadě ve výzvě k potvrzení zájmu o účast.
36. Dle § 63 odst. 8 zákona ustanovení § 50 odst. 2 věty druhé a § 50 odst. 3 platí pro sektorového zadavatele obdobně.
37. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení i ve znění účinném ke dni uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

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

38. Úřad uvádí, že pro potřeby další části odůvodnění tohoto rozhodnutí se jeví vhodným na tomto místě učinit závěr, do které kategorie zadavatelů, konkretizovaných v § 2 odst. 1 zákona (viz bod 27. odůvodnění tohoto rozhodnutí), náležel v šetřeném případě zadavatel.
39. Z výpisu z obchodního rejstříku zadavatele vyplývá, že tento je akciovou společností. Z výroční zprávy zadavatele za rok 2015 (dostupná na [http://www.dpmost.cz/data/vyrocní\\_zpravy/vz2015.pdf](http://www.dpmost.cz/data/vyrocní_zpravy/vz2015.pdf)) je dále zřejmé, že jeho jedinými akcionáři jsou Statutární město Most a město Litvínov. Z výpisu z obchodního rejstříku zadavatele konečně vyplývá, že předmětem podnikání zadavatele je, mimo jiného, i „provozování tramvajové dráhy a drážní dopravy osob“ a „silniční motorová doprava - osobní provozovaná vozidly určenými pro přepravu více než 9 osob včetně řidiče“.
40. Z dikce ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona vyplývá, že do kategorie veřejných zadavatelů se řadí i tzv. jiná právnická osoba, která byla ustanovena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, jež nemají průmyslovou či obchodní povahu, a současně je tato jiná právnická osoba v určitém vztahu ke konkrétnímu veřejnému zadavateli – tento vztah může být založen buď na základě převážného financování této jiné právnické osoby ze strany veřejného zadavatele, případně na tom, že konkrétní veřejný zadavatel může fakticky ovlivňovat činnost této jiné právnické osoby (typicky formou jmenování či volby nadpoloviční většiny členů orgánů této jiné právnické osoby). Jak bylo popsáno již výše, Dopravní podnik měst Mostu a Litvínova, a.s. je akciovou společností, jejímiž jedinými akcionáři jsou Statutární město Most a město Litvínov. Nemůže být proto sporu o tom, že je zde naplněna první ze shora popsaných podmínek pro konstatování, že Dopravní podnik měst Mostu a Litvínova, a.s. je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona. Jestliže 100 % akcií drží Statutární město Most a město Litvínov, která jsou veřejnými zadavateli podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona, pak předpoklad výše popsaného „ovládání“ Dopravního podniku měst Mostu a Litvínova, a.s., coby tzv. jiné právnické osoby, je beze zbytku splněn.
41. Pokud jde o naplnění i druhé z podmínek pro učinění závěru, že Dopravního podniku měst Mostu a Litvínova, a.s. je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, a sice podmínky uspokojování potřeb veřejného zájmu, pak Úřad konstatuje následující. Platí, že za potřeby veřejného zájmu je třeba považovat takové potřeby, které jsou spojeny s obecným



zájmem nad jejich výkonem a které se stát prostřednictvím orgánů státní správy (resp. územní samosprávné celky na základě zvláštních právních předpisů) rozhodne uspokojovat sám nebo si nad jejich uspokojováním ponechává rozhodující vliv. Úřad opakuje, že do předmětu podnikání Dopravního podniku měst Mostu a Litvínova, a.s. náleží, mimo jiného, i „provozování tramvajové dráhy a drážní dopravy osob“ a „silniční motorová doprava - osobní provozovaná vozidly určenými pro přepravu více než 9 osob včetně řidiče“. Lze tak dovodit, že provozování dráhy, drážní dopravy a městské hromadné dopravy nemá sloužit k uspokojení potřeb konkrétních jednotlivců, případně úzké skupiny osob, nýbrž k uspokojení potřeb samotného státu, tedy České republiky, potažmo jejich obyvatel. Provozování dráhy a drážní dopravy a silniční motorové dopravy osobní provozované vozidly určenými pro přepravu více než 9 osob tudíž není adresnou činností, ale naopak činností, která slouží k zajištění potřeb veřejnosti jako celku. Vzhledem k právě řečenému Úřad tudíž dovozuje, že je tímto splněna i druhá z podmínek vymezených v § 2 odst. 2 písm. d) zákona. Nezbývá proto než konstatovat, že Dopravní podnik měst Mostu a Litvínova, a.s. je bezpochyby veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

42. Úřad se bude v dalším zabývat otázkou, zda byl zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky oprávněn postupovat dle ustanovení zákona platných pro sektorové zadavatele.
43. Podle § 2 odst. 7 zákona vykonává-li veřejný zadavatel nebo dotovaný zadavatel jednu či více relevantních činností podle § 4, platí pro něj ustanovení zákona vztahující se na sektorového zadavatele za předpokladu, že veřejná zakázka má být zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti.
44. Úřad uvádí, že relevantní činnost je třeba chápat jako takovou činnost, která souvisí s poskytováním služeb v určitém odvětví (sektoru). Tato odvětví jsou přitom velice různorodá. Jejich společným znakem je však skutečnost, že subjekty, jež vykonávají relevantní činnost, tuto činnost vykonávají ve veřejném zájmu.
45. Podle § 4 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností pro účely tohoto zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním dopravních sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti drážní, tramvajové, trolejbusové nebo lanové dopravy a provozování veřejné autobusové dopravy; dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována podle podmínek stanovených příslušným správním orgánem, zejména pak podmínek týkajících se poskytování či provozování dopravní sítě, přepravní kapacity nebo frekvence poskytování takové činnosti.
46. Výše bylo řečeno, že do předmětu podnikání Dopravního podniku měst Mostu a Litvínova, a.s. spadá, mimo jiného, i provozování tramvajové dráhy a drážní dopravy osob a silniční motorová doprava osobní provozovaná vozidly určenými pro přepravu více než 9 osob včetně řidiče. S ohledem na tento fakt Úřad konstatuje, že provozování shora uvedených činností lze podřadit pod relevantní činnost ve smyslu § 4 odst. 1 písm. f) zákona (viz předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu, aby však v šetřeném případě zadavatel mohl postupovat podle ustanovení zákona vztahujících se na sektorové zadavatele, musí být ve smyslu § 2 odst. 7 zákona Úřadem ještě zjištěno, zda šetřená veřejná zakázka byla zadávána v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. Předmětem plnění veřejné zakázky byla dodávka nízkopodlažních městských tramvají (viz bod 5. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel tedy poptával nízkopodlažní tramvaje za účelem zajištění

řádného provozování městské hromadné dopravy, které je, jak bylo Úřadem konstatováno, výkonem relevantní činnosti. Vzhledem k právě řečenému má Úřad za prokázané, že předmět šetřené veřejné zakázky, tzn. dodávka nízkopodlažních městských tramvají, přímo souvisí s výkonem relevantní činnosti, a proto při jejím zadávání platila podle § 2 odst. 7 zákona pro Dopravní podnik měst Mostu a Litvínova, a.s., tj. pro zadavatele, ta ustanovení zákona, která se vztahují na sektorové zadavatele.

#### **K výroku I. tohoto rozhodnutí**

47. Podle ustanovení § 63 odst. 4 zákona je sektorový zadavatel povinen vymezit rozsah informací a dokladů v rámci požadované kvalifikace s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky. Požadavky na kvalifikaci uvede sektorový zadavatel v oznámení o zahájení zadávacího řízení, ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, popřípadě ve výzvě k potvrzení zájmu o účast.
48. Úřad k citovanému ustanovení nejprve v obecné rovině uvádí, že ačkoliv se právní úprava problematiky požadavků sektorového zadavatele na prokazování kvalifikace dodavatelů oproti právní úpravě prokazování kvalifikace u veřejných zadavatelů vyznačuje značnou volností, je sektorový zadavatel, shodně jako zadavatel veřejný, povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Sektorový zadavatel tedy musí před zahájením zadávacího řízení velmi důkladně zvážit, splnění jakých kvalifikačních požadavků je nezbytné, aby dodavatelé byli schopni splnit příslušnou veřejnou zakázku, s tím, že způsob stanovení prokázání kvalifikace musí být vždy stanoven v souladu s § 6 zákona, přičemž otázka nediskriminačního stanovení kvalifikačních kritérií musí být zadavatelem pečlivě zvážena a následně posuzována v každém jednotlivém případě, a to podle charakteru veřejné zakázky.
49. Je nepochybné, že záměr zadavatele zajistit specifikováním kvalifikačních předpokladů, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky, je zcela legitimní a se zákonem plně konzistentní. Zadavateli nelze upírat právo na stanovení technických kvalifikačních předpokladů, které budou zaručovat bezproblémovou, kvalitní a včasnou realizaci veřejné zakázky. Požadavky zadavatele však vždy musí být přiměřené ve vztahu k charakteru předmětu veřejné zakázky, přičemž požadavky na prokázání kvalifikace musí být vždy stanoveny na základě příslušného ustanovení v zákoně, musí se vztahovat k předmětu veřejné zakázky, tedy musí odpovídat druhu, složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky.
50. Problematikou stanovení odpovídajících kvalifikačních předpokladů se zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 9 Afs 87/2008-81 ze dne 9. 7. 2009, podle kterého musí zadavatel vždy pečlivě zvážit, jaké minimální kvalifikační požadavky jsou pro provedení veřejné zakázky nezbytné, přičemž se musí vyvarovat těch požadavků, které s předmětem veřejné zakázky nesouvisí věcně či bezprostředně. Stanovením kvalifikačních kritérií zadavatel může omezit výběr potenciálních dodavatelů, to je však možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi, navíc tyto požadavky musí být vždy přiměřené ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. Stanovení kvalifikačních kritérií, včetně jejich minimální úrovně, však rozhodně nemůže vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení, či k jakémukoliv zvýhodnění některého z potenciálních dodavatelů. Naopak, jejich účelem je zabezpečit účast všech možných

dodavatelů, kteří jsou zakázku způsobilí splnit. Nastavení kvalifikačních předpokladů, které nemají vazbu na předmět a rozsah zadávané veřejné zakázky a které znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, lze považovat za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacím řízení.

51. V šetřeném případě byla předmětem plnění veřejné zakázky dodávka 2 kusů nízkopodlažních městských tramvají, přičemž zadavatel v čl. 4 zadávací dokumentace stanovil, že předpokládaný termín dodávky první tramvaje byl do 30. 12. 2012 a termín dodávky druhé tramvaje do 30. 6. 2013, a dále v čl. 6 zadávací dokumentace mimo jiné stanovil: „Zadavatel požaduje v nabídkách prokázat kvalifikaci v tomto rozsahu: ... k prokázání technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 zákona uchazeč doloží: splnění tohoto kvalifikačního kritéria, pokud během posledních tří let před vyhlášením zadávacího řízení na plnění veřejné zakázky realizoval výrobu a dodávku minimálně 5 ks nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce ...“. Kupní smlouva na předmět plnění byla s vybraným uchazečem uzavřena dne 29. 6. 2012. Předmětem plnění veřejné zakázky dle zadávací dokumentace a v návaznosti na datum podepsání kupní smlouvy tedy bylo dodání jedné tramvaje do 6 měsíců a druhé tramvaje do 12 měsíců od podpisu smlouvy, tj. celkem dvou tramvají v horizontu jednoho roku.
52. K požadovaným kvalifikačním předpokladům zadavatel ve svém vyjádření ze dne 4. 10. 2016 mimo jiného uvedl, že požadavky zadavatele byly stanoveny s ohledem na náročný provoz podniku a kvalifikace nebyla vymezena nepřiměřeně, přičemž tuto okolnost dovozuje především z toho, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel 3 nabídky.
53. V návaznosti na výše uvedené se Úřad zabýval otázkou, zda vymezení požadavku na splnění technického kvalifikačního předpokladu spočívajícího v realizaci výroby a dodávek minimálně 5 kusů nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce v období tří let před vyhlášením zadávacího řízení na veřejnou zakázku, odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
54. V šetřeném případě, kdy zadavatel požadoval dodávku 2 kusů nízkopodlažních městských tramvají, a to v rozmezí jednoho roku (smlouva uzavřena 29. 6. 2012, termín dodávky první tramvaje do 30. 12. 2012, termín dodávky druhé tramvaje do 30. 6. 2013), je požadavek na prokázání kvalifikace spočívající v prokázání vyrobení a dodání 5 ks nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce během posledních tří let s ohledem na svůj rozsah nepřiměřený předmětu veřejné zakázky. V daném případě se jedná o více než dvojnásobek objemu předmětu plnění, přičemž tento skrytě diskriminační požadavek tak, jak je nastaven, již ve svém důsledku nevede k ověření schopnosti dodavatele plnit předmět veřejné zakázky, ale dochází zde k neodůvodněnému omezení soutěže. V této souvislosti Úřad uvádí, že si lze představit dodavatele, který disponuje v každém inkriminovaném roce referencemi na výrobu a dodávku 2-3 kusů nízkopodlažních drážních vozidel, což jej bezesporu činí kvalifikovaným k dodání dvou kusů nízkopodlažních tramvají v rámci plnění předmětu veřejné zakázky, avšak při nastavení předmětného kvalifikačního požadavku zadavatelem tomu tak není, přičemž Úřad neshledal žádný objektivní důvod, proč by tomu tak být nemělo. Zadavatel nastavením tohoto skrytě diskriminačního kvalifikačního kritéria mohl omezit okruh potenciálních zájemců o veřejnou zakázku, kteří by byli schopni splnit předmět veřejné zakázky, avšak kteří nespĺňovali tento požadavek zadavatele. Nelze vyloučit, že na relevantním trhu existuje dodavatel, který v posledních 3 letech před

vyhlášením předmětného zadávacího řízení nevyrobil a zároveň nedodal v každém kalendářním roce alespoň 5 kusů nízkopodlažních drážních vozidel, avšak se svojí výrobní kapacitou by byl schopen splnit předmět veřejné zakázky. Požadavek na prokázání vyrobení a zároveň dodání 5 kusů nízkopodlažních drážních vozidel v jednotlivém kalendářním roce (v součtu pak 15 kusů vozidel za poslední tři roky) se tedy ve vztahu k předmětu veřejné zakázky (dodávka 2 kusů nízkopodlažních tramvají během jednoho roku) jeví jako nepřiměřený.

55. Na základě rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 As 63/2016 ze dne 18. 8. 2016 pak Úřad k výše uvedenému doplňuje, že v daném případě se jednalo o ohrožovací formu správního deliktu, přičemž Úřad není povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. Takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se na velkém území. V daném případě se jednalo o nadlimitní veřejnou zakázku, kdy zahájení otevřeného zadávacího řízení se uveřejňuje rovněž v Úředním věstníku Evropské unie, přičemž ze samotné dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že o zadávací dokumentaci si žádaly i subjekty nacházející se jak na území Evropské unie, tak i mimo něj.
56. K části vyjádření zadavatele ze dne 4. 10. 2016, týkající se dotazu na dodavatele, jež si vyzvedli zadávací dokumentaci a nepodali nabídku (viz bod 21. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí následující. Zadavatel Úřadu poskytl vyjádření čtyř dodavatelů k nepodání nabídky (vyjádření společnosti Cegelec a. s. ze dne 5. 8. 2016, společnosti MOVO spol. s r. o. ze dne 8. 8. 2016, společnosti SOLARIS CZECH spol. s r. o. ze dne 9. 8. 2016 a společnosti Krnovské opravny a strojírny s. r. o. ze dne 5. 8. 2016), přičemž z těchto čtyř odpovědí vyplývá, že dva z těchto dodavatelů nejsou výrobci tramvají, jeden nedisponoval odpovídajícím typem nízkopodlažní tramvaje ve svém výrobním programu a jeden dodavatel pak uvedl, že nabídku nepodal, protože se soutěže účastnil jako subdodavatel. Z žádné odpovědi nevyplývá, zda tito dodavatelé splňovali či nesplňovali nastavené technické kvalifikační kritérium, neboť vzhledem k výše uvedenému (tedy že fakticky nemohli plnit předmět veřejné zakázky), nemuseli se otázkou splnění předmětného kvalifikačního kritéria vůbec zabývat (v opačném případě by pak logicky někteří z těchto dodavatelů ani předmětné kvalifikační kritérium splnit nemohli, např. výrobce elektrických zařízení a trakčních motorů pravděpodobně nevyrobil a nedodal v daném období žádné drážní vozy). Úřad opakovaně uvádí, že na relevantním trhu však mohl v daném období existovat dodavatel, který požadavek zadavatele k prokázání technických kvalifikačních předpokladů nesplňoval, avšak jednalo se o tradičního výrobce nízkopodlažních tramvají a jiných drážních vozidel.
57. K argumentu zadavatele, že oslovil dodavatele, jež si vyzvedli zadávací dokumentaci, aniž následně podali nabídku, s dotazem, proč nebyla nabídka podána (viz bod 21. odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad uvádí, že zadavatel sice na podporu svých tvrzení předložil odpovědi dotazovaných dodavatelů, avšak jednalo se pouze o vyjádření reprezentativního vzorku uchazečů a nikoliv o vyjádření všech, jež si požádali o poskytnutí zadávací dokumentace či snad dokonce všech dodavatelů působících na relevantním trhu, jež by mohli předmět veřejné zakázky plnit. Dále vzhledem k tomu, že zahájení otevřeného zadávacího řízení bylo uveřejněno rovněž v Úředním věstníku Evropské unie a s nastavením zadávacích podmínek se tak mohl seznámit široký okruh dodavatelů ať už na území Evropské

unie, či mimo něj, nelze vyloučit, že některý potenciální uchazeč mohl naznat, že nesplňuje nastavené technické kvalifikační kritérium, ač by byl schopen plnit předmět veřejné zakázky. Předmětný argument zadavatele, že jím oslovení uchazeči ve svých odpovědích vždy uvedli, že nabídku nepodali z důvodu, že nemají požadovaný předmět dodávky ve svém portfoliu a nikoliv, že by nesplňovali nastavené technické kvalifikační kritérium, je tedy pro účely zjištění, zda předmětný kvalifikační předpoklad byl nepřiměřený a mohl mít vliv na účast potenciálních dodavatelů, zcela irelevantní.

58. K šetřené věci Úřad dále uvádí, že v průběhu celého zadávacího řízení musí zadavatel dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace zakotvené v § 6 zákona, přičemž v souladu s nimi musí postupovat rovněž při vymezování technických kvalifikačních předpokladů. K problematice zásady zákazu diskriminace se vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, kde ohledně smyslu § 6 zákona mj. uvedl, že *„smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)“*.
59. Jak dále uvedl Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku, *„Restriktivní výklad skryté diskriminace je dále podporován i tím, že – kromě podmínky zjevné nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky – musí být též zřejmé, že v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřeně nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými“*. Za skrytou diskriminaci lze tedy označit situaci, kdy zadavatel stanoví technické kvalifikační předpoklady na úrovni, která je nepřiměřená složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky, a znemožní tím některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, přičemž takto požadovanou úroveň lze považovat za tzv. zjevně nepřiměřenou. V šetřeném případě spočívala zjevně nepřiměřená úroveň vymezení technických kvalifikačních předpokladů v požadavku na prokázání realizace výroby a dodávky minimálně 5 kusů nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce během posledních tří let před vyhlášením zadávacího řízení na plnění veřejné zakázky.
60. Vzhledem k uvedeným skutečnostem Úřad konstatuje, že zadavatel zjevně nepřiměřeným vymezením úrovně technického kvalifikačního předpokladu, který neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, porušil rovněž zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 zákona, neboť svým postupem mohl znemožnit některým potenciálním uchazečům účastnit se zadávacího řízení. Úřad dodává, že zadavatel svým postupem v zadávacím řízení, který byl v rozporu s ustanovením § 63 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona, mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť není vyloučeno, že existovali dodavatelé, kteří by se v případě „mírněji“ nastaveného předmětného požadavku na prokázání technické kvalifikace byli schopni účastnit soutěže o veřejnou zakázku a případně předložit zadavateli výhodnější nabídku.

## K výroku II. tohoto rozhodnutí

61. Jak již bylo uvedeno výše (viz body 5. až 17. odůvodnění tohoto rozhodnutí), zadavatel vymezil v čl. 4 zadávací dokumentace termín plnění předmětu veřejné zakázky, a to dodávku druhé tramvaje nejpozději do 30. 6. 2013. V kupní smlouvě uzavřené s vybraným uchazečem dne 29. 6. 2012 je shodně stanoven termín dodání druhé tramvaje do 30. 6. 2013, přičemž současně byla do smlouvy začleněna ujednání o možnosti odstoupení od smlouvy. Dne 2. 4. 2014 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dodatek č. 3 ke kupní smlouvě, kterým byl změněn termín dodání druhé tramvaje do 30. 12. 2014 (tedy termín plnění části předmětu veřejné zakázky byl posunut o rok a půl).
62. Z vyjádření zadavatele ze dne 4. 10. 2016 k uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě a ke změně termínu plnění předmětu veřejné zakázky vyplývá, že zadavatel uzavřel předmětný dodatek v důsledku pozastavení financování ze strany dotačního orgánu, přičemž tuto okolnost zadavatel nezavinil ani nemohl nijak ovlivnit. Zadavatel také uvedl, že v rámci kupní smlouvy si v čl. IX. vyhradil právo odstoupení od smlouvy z důvodu spolufinancování projektů a na základě tohoto článku pak uzavřel předmětný dodatek č. 3 ke kupní smlouvě. Dle vyjádření zadavatele pak uzavření dodatku nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky (viz bod 22. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
63. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že problematika týkající se podstatné změny smlouvy, případně zadávacích podmínek, je již v rozhodovací praxi Úřadu ustálena. Úřad konstatuje, že o podstatnou změnu smlouvy, která byla uzavřena v souladu se zadávacími podmínkami dané veřejné zakázky, se jedná zejména v těch případech, pokud v průběhu plnění veřejné zakázky nastane skutečnost, která mění původní znění smlouvy takovým způsobem, že tato změna mohla mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by byla známa uchazečům již při zadávání původní veřejné zakázky na danou smlouvu, mohla zapříčinit rozšíření okruhu dodavatelů ochotných zúčastnit se zadávacího řízení při nově nastavených zadávacích podmínkách. V tomto ohledu je proto nezbytné, aby každá změna zadávacích podmínek byla doprovázena vždy adekvátním postupem zadavatele pro zajištění principu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
64. K uvedenému Úřad konstatuje, že otázkou, za jakých podmínek mohou být změněny smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, se zabýval také Soudní dvůr Evropské unie (dále jen „SDEU“) ve věci *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku*, v rozsudku č. j. C-454/06 ze dne 19. 6. 2008, kde mimo jiné uvedl, že *„změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata.“*
65. K předmětné problematice Úřad dále odkazuje například na pravomocné rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S67/2010/VZ-12665/2010/540/DCh ze dne 22. 11. 2010, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R211/2010/VZ-7189/2011/310/EKu ze dne 12. 5. 2011, kde je stanoveno, že *„návrh smlouvy o dílo je závazný jak pro uchazeče, tak i pro zadavatele“*. Dále je v citovaném rozhodnutí v návaznosti na změnu doby plnění smlouvy o dílo oproti původním zadávacím podmínkám uvedeno, že zadavatel změnou doby plnění smlouvy uzavřením dodatku k této smlouvě *„zvýhodnil vybraného uchazeče oproti jiným*

*uchazečům, resp. potencionálním dodavatelům, neboť ostatní uchazeči při vypracování resp. podávání svých nabídek vycházeli z původně stanovených podmínek zadání“.*

66. Úřad tedy konstatuje, že na základě výše uvedeného nelze přistoupit na argument zadavatele, že uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě nemohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, když z důvodu zastavení financování ze strany dotačního orgánu na danou akci v rámci realizace předmětné veřejné zakázky prodloužil předmětným dodatkem původní termín dokončení plnění smlouvy o dílo ze dne 30. 6. 2013 celkem o cca 18 měsíců, přičemž doba plnění v původních zadávacích podmínkách a v návrhu kupní smlouvy na veřejnou zakázku byla stanovena jako maximální. Úřad uvádí, že nelze v průběhu plnění veřejné zakázky s ohledem na možnost či nemožnost získání dotační podpory dodatečně upravovat pevně stanovené smluvní podmínky, které byly stanoveny v rámci původní veřejné zakázky. Takovýto postup je v zásadním rozporu s principy ukotvenými v § 6 odst. 1 zákona účinného ke dni uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, jelikož tímto postupem dochází k narušení legitimního očekávání dodavatelů ve vztahu k naplnění zadávacích podmínek ze strany zadavatele.
67. Z již zmiňovaného rozsudku Pressetext, který zavedl pojem tzv. „podstatné změny smlouvy“, vyplývá, že podstatnou změnu lze, zjednodušeně řečeno, definovat jako takovou změnu původně sjednané smlouvy, která vykazuje záměr smluvních stran stanovit nové smluvní podmínky a tudíž fakticky uzavřít novou smlouvu. Podstatná změna je přitom bez zahájení nového zadávacího řízení způsobila narušit konkurenční prostředí mezi potenciálními dodavateli a tím negativně ovlivnit efektivní a hospodárné vynakládání veřejných prostředků.
68. Podle SDEU, zadavatel má zhodnotit, zda některý ze znaků podstatné změny je naplněn, tj. provést test přípustnosti změny smlouvy. SDEU v předmětném rozsudku zároveň pojem „podstatná změna“ definoval, když stanovil tři varianty změny smlouvy na veřejnou zakázku, kdy při naplnění jejich definičních znaků je nutné změnu považovat za podstatnou. Konkrétně se jedná o:
- změny, jež zavádějí podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně vybrána, nebo
  - změny, které značnou měrou veřejnou zakázku rozšiřují o služby, které původně nebyly předpokládány, nebo
  - změny, jež způsobem, který nebyl v podmínkách původní veřejné zakázky předpokládán, mění hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla veřejná zakázka zadána.
69. Z rozsudku Pressetext rovněž vyplývá, že pokud zadavatel chce provést změnu ve smlouvě na plnění konkrétní veřejné zakázky bez využití nového zadávacího řízení dle zákona, může provést pouze změnu nepodstatnou, tzn. toliko takovou změnu, která neovlivňuje potenciální okruh dodavatelů, zásadním způsobem nezasahuje a nemění zadávací podmínky a také nemění nabídku vybraného uchazeče v částech, které byly stanoveny jako hodnotící kritéria.

70. Ve věci Presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku pak SDEU na základě svých výše uvedených argumentů dospěl v rozsudku č. j. C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 k závěru, že v tehdy šetřeném případě zadavatel uzavřením dodatku č. 1 umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem na základě předmětné veřejné zakázky, a to především z důvodu změny doby plnění a tato skutečnost mohla způsobit situaci, že v rámci předmětné veřejné zakázky mohli ostatní uchazeči předložit pro zadavatele výhodnější nabídku nebo mohli mít o tuto zakázku zájem i jiní potencionální dodavatelé, pokud by zadavatel tyto nové podmínky nastavil i vůči nim.
71. Ke stejnému závěru dospěl i Úřad v nyní šetřeném případě, kdy zadavatel uzavřel dodatek č. 3 ke kupní smlouvě, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z kupní smlouvy oproti původním zadávacím podmínkám ve veřejné zakázce, kterou uzavřel s vybraným uchazečem, a to především z důvodu změny doby plnění. Tato skutečnost rovněž mohla způsobit situaci, že v rámci předmětné veřejné zakázky mohli ostatní uchazeči předložit pro zadavatele výhodnější nabídku nebo mohli mít o tuto zakázku zájem i jiní potencionální dodavatelé, pokud by zadavatel tyto nové podmínky nastavil i vůči nim.
72. V souvislosti s výše uvedeným Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 92/2008-101 ze dne 3. 6. 2010, kde je uvedeno, že *„při zadávání veřejných zakázek má tedy zvláštní význam zásada rovného zacházení. Tato zásada v sobě obsahuje rovnost příležitostí všech uchazečů a zadavatel ji musí dodržovat v každé fázi procesu zadávání veřejné zakázky. Jejím cílem je podporovat rozvoj zdravé a účinné hospodářské soutěže.“* V předmětném rozsudku je dále uvedeno, že *„nabídky všech soutěžitelů podléhají stejným podmínkám. Zásada rovného zacházení přitom implikuje povinnost transparentnosti, aby mohlo být ověřeno, zda je tato zásada dodržována. Jejím cílem je v zásadě vyloučit existenci rizika upřednostňování a svévole zadavatele.“*
73. K dané problematice Úřad doplňuje, že zásada rovného zacházení se všemi zájemci a uchazeči o danou veřejnou zakázku je určitou specifikací obecnější zásady nediskriminace. Podstatou této zásady je pravidlo, že žádný z dodavatelů, zájemců nebo uchazečů nesmí být přímo nebo nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn nebo nezvýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení.
74. Úřad dále odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-153 ze dne 5. 6. 2008, kde je v souvislosti se zásadou zákazu diskriminace konstatováno, že se jedná o porušení této zásady v případech *„pokud zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku.“* Na tuto myšlenku Úřad dále navazuje odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 131/2007-137 ze dne 12. 5. 2008 tím, že porušení zásady nediskriminace v zadávacím řízení *„by nesporně nastalo, pokud by zadavatel v téže situaci a v týchž otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo obsahově jinak než ke zbylým, popř. pokud by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči.“*
75. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že se zadavatel uzavřením dodatku č. 3 dopustil porušení zásady zákazu diskriminace a rovného zacházení stanovených v § 6 odst. 1 zákona, účinného ke dni uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, jak mezi uchazeči, kteří podali nabídku do řádného zadávacího řízení, tak i mezi ostatními dodavateli, neboť tím, že



umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy oproti původním zadávacím podmínkám ve veřejné zakázce, svým postupem omezil soutěžní prostředí a znemožnil tak těmto dodavatelům podat nabídku, která mohla být v souladu s hodnotícími kritérii a s takto nově nastavenými podmínkami vybrána jako ekonomicky výhodnější.

76. V tomto ohledu je zásadní uvést, že porušení zásad stanovených v § 6 odst. 1 zákona, účinného ke dni uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, se ve vztahu k zadávacímu řízení může tedy projevit i po uzavření smlouvy, přičemž dodržování těchto zásad také v průběhu plnění předmětné smlouvy je jediným možným nástrojem jak zajistit, aby zadavatelé, byť po uzavření smlouvy, neovlivnili nastavení původních zadávacích podmínek.
77. Úřad konstatuje, že dodržování zásad uvedených v § 6 odst. 1 zákona, účinného ke dni uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, zajišťuje, aby postupem zadavatele nebylo narušeno soutěžní prostředí, přičemž nelze připustit situaci, kdy by zadavatelé mohli svévolně skrze uzavírání dodatků ke smlouvě měnit práva a povinnosti z nich vyplývající. Tento stav je ze zákona zajištěn právě povinností zadavatele dodržet zásady definované v § 6 odst. 1 citovaného zákona, a to i v situaci, kdy už došlo k uzavření smlouvy. V daném případě Úřad shledal v postupu zadavatele rozpor s těmito zásadami, a proto dospěl k závěru, že zadavatel se dopustil porušení zákona ve vztahu k § 6 odst. 1 citovaného zákona tím, že uzavřel dodatek č. 3, kterým umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku, spočívající v prodloužení termínu plnění smlouvy oproti původním zadávacím podmínkám.
78. Jak je již z výše uvedeného patrné, skutečnost, že zadavatel umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy oproti zadávacím podmínkám nikterak neprolamuje ani konstatování zadavatele, že termín plnění smlouvy prodlužoval výhradně z důvodu pozastavení financování ze strany dotačního orgánu v rámci veřejné zakázky, jelikož tento důvod nemůže být považován za objektivně akceptovatelnou okolnost, která by liberovala nezákonnost v postupu zadavatele v případě prodloužení termínu plnění veřejné zakázky.
79. K části vyjádření zadavatele ze dne 4. 10. 2016, ve které zadavatel uvedl, že v rámci kupní smlouvy si zadavatel v čl. IX. vyhradil právo odstoupení od smlouvy z důvodu spolufinancování projektu z prostředků Evropské unie – Regionální operační program NUTS II Severozápad a na základě tohoto článku pak byl uzavřen i dodatek č. 3 (viz bod 22. odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad uvádí, že toto si zadavatel vyhradil v článku IX. bodu 4. kupní smlouvy, v čl. IX. bodu 5. kupní smlouvy si pak zadavatel vyhradil, že se může s kupujícím dohodnout na posunutí termínu dodání druhé tramvaje. Úřad konstatuje, že uvedené body 4 a 5 čl. IX nebyly vůbec součástí návrhu kupní smlouvy (viz body 13. a 14. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a žádná ustanovení v tomto smyslu nebyla rovněž součástí zadávacích podmínek, tedy i když de facto v uzavřené kupní smlouvě si zadavatel nad rámec původně stanovených zadávacích podmínek (návrhu smlouvy) vyhradil, že z objektivních důvodů může změnit termín plnění předmětu veřejné zakázky, dodatkem ke smlouvě nelze měnit takové části, jež by zavedly podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky (tedy v původních zadávacích podmínkách), připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně vybrána.

80. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad proto konstatuje, že se v šetřeném případě zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, ve znění účinném ke dni uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, tím, že nedodržel zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když dne 2. 4. 2014 uzavřel dodatek č. 3 ke kupní smlouvě ze dne 29. 6. 2012, kterým prodloužil termín plnění předmětné kupní smlouvy oproti původním zadávacím podmínkám ve veřejné zakázce, což mohlo mít vliv na účast i dalších potenciálních dodavatelů v původním zadávacím řízení na veřejnou zakázku s takto nově nastavenými podmínkami týkajícími se termínu plnění, konkrétně prodloužení termínu dodání druhé tramvaje o 18 měsíců, a současně znemožnil uchazečům, kteří podali nabídku do původního zadávacího řízení, podat za takto nově nastavených podmínek výhodnější nabídku nežli vybraný uchazeč a umožnil tak podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy na jmenovanou veřejnou zakázku oproti zadávacím podmínkám, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Z tohoto důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

#### **IV. K ULOŽENÍ SANKCE**

81. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení a rovněž ve znění účinném ke dni uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
82. Z výroku I. tohoto rozhodnutí vyplývá, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, ve znění účinném ke dni zahájení předmětného zadávacího řízení, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 63 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když v zadávací dokumentaci o veřejné zakázce stanovil k prokázání technických kvalifikačních předpokladů skrytě diskriminační požadavek na doložení seznamu významných dodávek v posledních 3 letech před vyhlášením předmětného zadávacího řízení, a to výrobu a dodávku minimálně 5 kusů nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce, avšak tento požadavek na kvalifikaci nevymezil s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky, kterým byla dodávka 2 kusů nízkopodlažních městských tramvajů, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem uzavřel dne 29. 6. 2012 kupní smlouvu.
83. Z výroku II. tohoto rozhodnutí vyplývá, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, ve znění účinném ke dni uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, tím, že nedodržel zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když dne 2. 4. 2014 uzavřel dodatek č. 3 ke kupní smlouvě ze dne 29. 6. 2012, kterým prodloužil termín plnění předmětné kupní smlouvy oproti původním zadávacím podmínkám ve veřejné zakázce, což mohlo mít vliv na účast i dalších potenciálních dodavatelů v původním zadávacím řízení na jmenovanou veřejnou zakázku s takto nově nastavenými podmínkami týkajícími se termínu plnění, konkrétně prodloužení termínu dodání druhé tramvaje o 18 měsíců, a současně znemožnil uchazečům, kteří podali nabídku do původního zadávacího řízení, podat za takto nově nastavených podmínek

výhodnější nabídku nežli vybraný uchazeč a umožnil tak podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy oproti zadávacím podmínkám veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.

84. Vzhledem ke zjištěným správním deliktům Úřad přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka již byla zadána a nápravy tak nelze dosáhnout.
85. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. Úřad dodává, že předmětné ustanovení bylo s účinností ode dne 6. 3. 2015 novelizováno, přičemž podle § 121 odst. 3 zákona účinného do 30. 9. 2016 a rovněž dle § 270 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, účinného od 1. 10. 2016, odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil správní řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
86. Úřad v šetřeném případě aplikoval výjimku zakotvenou v ustanovení čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod a posoudil případ podle pozdějšího zákona (zákona účinného v době vydání tohoto rozhodnutí), neboť došel k závěru, že je pro zadavatele příznivější. Při posuzování příznivosti právní úpravy vycházel Úřad zejména ze skutečnosti, že zákon účinný v době zahájení zadávacího řízení umožňoval oproti stávající právní úpravě zahájit správní řízení s větším časovým odstupem od okamžiku spáchání správního deliktu či od okamžiku, kdy se o něm Úřad dozvěděl. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona proto Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správních deliktů dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 30. 6. 2016, přičemž správní řízení ve věci spáchání správních deliktů bylo zahájeno dne 26. 9. 2016 doručením oznámení o zahájení správního řízení ze dne 21. 9. 2016 zadavateli. K uplynutí lhůty vymezené zákonem pro zahájení správního řízení tedy nedošlo. V daném případě došlo ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku dne 29. 6. 2012, ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí uzavřením dodatku č. 3 ke smlouvě na veřejnou zakázku dne 2. 4. 2014. Z výše uvedeného je zřejmé, že odpovědnost zadavatele za uvedené správní delikty nezanikla.
87. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroci I. a II. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkívá v absorpci sazeb (poena maior absorbet minore – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní

předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

88. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je právní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu.
89. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestaného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, za který správní delikt je možno v šetřeném případě uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
90. V daném případě se zadavatel dopustil celkem dvou správních deliktů, a to obou podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v rozhodném znění. V případě správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí lze podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, ve znění účinném ke dni zahájení předmětného zadávacího řízení, uložit pokutu do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000,- Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
91. S ohledem na celkovou hodnotu plnění veřejné zakázky, která byla dle článku VIII. kupní smlouvy uzavřené dne 29. 6. 2012 stanovena ve výši 53 400 000,- Kč (včetně DPH), horní hranice pokuty za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí činí 5 % z této částky, tj. 2 670 000,- Kč.
92. V případě správního deliktu uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí lze podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, ve znění účinném ke dni uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, uložit pokutu do 10 % ceny zakázky nebo do 20 000 000,- Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
93. S ohledem na celkovou hodnotu plnění veřejné zakázky, která byla dle článku VIII. kupní smlouvy uzavřené dne 29. 6. 2012 stanovena ve výši 53 400 000,- Kč (včetně DPH), horní hranice pokuty za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí činí 10 % z této částky, tj. 5 340 000,- Kč.
94. S ohledem na zásadu absorpce lze v daném případě uložit pokutu pouze za správní delikt přísněji postižitelný a k druhému správnímu deliktu je možno přihlídnout v rámci přitěžujících okolností. V daném případě je přísněji postižitelným správní delikt uvedený ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Úřad tedy uložil sankci za ten delikt, který byl spáchán v souvislosti s uzavřením dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, čímž došlo ke změně doby plnění předmětu veřejné zakázky oproti původním zadávacím podmínkám. Maximální výše pokuty činí v daném případě 5 340 000,- Kč. Spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí vzal Úřad v úvahu jako přitěžující okolnost při úvaze o určení výše pokuty

uložené zadavateli ve spojitosti se spácháním správního deliktu uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

95. Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
96. Úřad při stanovení výše pokuty vzal v první řadě v úvahu závažnost správního deliktu, za který ukládá sankci. Zadavatel se dopustil správního deliktu tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace a rovného zacházení stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, ve znění účinném ke dni uzavření dodatku č. 3 ke kupní smlouvě, když uzavřel s vybraným uchazečem dne 2. 4. 2014 dodatek č. 3, kterým umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy na veřejnou zakázku oproti zadávacím podmínkám, a to tak, že uzavřením citovaného dodatku prodloužil termín plnění předmětné smlouvy. Úřad vzal v úvahu zejména tu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších možných dodavatelů v řádném zadávacím řízení, tak jak by bylo možné učinit, pokud by tyto podstatné změny zadávacích podmínek byly potenciálním uchazečům známy již v původním zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku a prakticky tak tímto jednáním omezil soutěžní prostředí, neboť je obecně známo, že dodavatelé si vybírají účast v zadávacím řízení mj. s ohledem na konkrétní termíny plnění. Ve vztahu k závažnosti spáchaného správního deliktu pak nelze než uvést, že ačkoliv zadavatel nepostupoval zcela mimo režim zákona, jelikož soutěž na veřejnou zakázku fakticky proběhla, následnou změnou termínu plnění oproti zadávacím podmínkám však omezil účast dalších potenciálních dodavatelů, čímž došlo k omezení základního účelu procesu zadávání veřejné zakázky, a delikt zadavatele je tak nutné považovat za závažný.
97. K okolnostem spáchání správního deliktu zadavatelem Úřad jednak uvádí, že v daném případě nedošlo ke změně ceny, která byla vybrána na základě určité soutěže v původním zadávacím řízení a dále, že zadavatel podle svého vyjádření ze dne 4. 10. 2016 prodloužil termín plnění smlouvy oproti původním zadávacím podmínkám z důvodu pozastavení financování ze strany dotačního orgánu, přičemž se jednalo o okolnost, kterou zadavatel nezavinil a nemohl ovlivnit. Úřad k těmto okolnostem přihlédl jako k polehčujícím, avšak současně uvádí, že tyto polehčující okolnosti nelze považovat za okolnosti, které by „zhojily“ uvedené porušení zákona.
98. Co se týče následků správního deliktu, Úřad konstatuje, že tím, že v daném případě došlo k narušení spravedlivé soutěže a není tak zřejmé, zda byla vybrána nejvýhodnější nabídka při nově nastavených podmínkách plnění předmětu veřejné zakázky, nelze vyloučit nehospodárné využití veřejných prostředků a současně ovlivnění konkurenčního prostředí v daném tržním odvětví.
99. V neprospěch zadavatele přihlédl Úřad ke skutečnosti, že se zadavatel dopustil rovněž dalšího správního deliktu, a to správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 63 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když v zadávací dokumentaci o veřejné zakázce stanovil k prokázání technických kvalifikačních předpokladů skrytě diskriminační požadavek na doložení seznamu významných dodávek v posledních 3 letech před vyhlášením předmětného zadávacího řízení, a to výrobu a dodávku minimálně 5 kusů nízkopodlažních drážních vozidel v každém kalendářním roce,

avšak tento požadavek na kvalifikaci nevymezil s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky, kterým byla dodávka 2 kusů nízkopodlažních městských tramvají, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem uzavřel dne 29. 6. 2012 kupní smlouvu.

100. Úřad dále přihlédl ke skutečnosti, že od spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí uplynuly již více než 2 roky, což Úřad zohlednil při stanovení výše pokuty v souladu se závěry uvedenými v rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 123/2013 ze dne 9. 4. 2015, ve kterém Krajský soud dovodil, že *„je-li základním požadavkem na zákonnost uložené pokuty její proporcionalita, pak hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddělitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejnosti a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložením konkrétní sankce dosaženo.“*
101. Výše uvedený závěr o zohlednění časového hlediska při stanovení výše sankce vyjádřil opakovaně Krajský soud v Brně rovněž v rozhodnutí sp. zn. 62 Af 105/2014 ze dne 1. 2. 2016. Je tedy nepochybné, že se jedná o zásadní okolnost při stanovení výše sankce za spáchání správního deliktu, přičemž Úřad při stanovení výše sankce v šetřeném případě zohlednil relativně dlouhou dobu od porušení zákona zadavatelem a rozhodnutím o výši sankce za toto porušení. Ačkoliv v šetřeném případě došlo ke spáchání správního deliktu před více než 2 lety, nelze na uložení pokuty zcela rezignovat nebo uložit pokutu v symbolické výši v řádu stovek korun, neboť stále je nutné v daném případě zohlednit skutečnost, že odpovědnost za správní delikt zadavatele nezanikla.
102. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta byt' uložena v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad přihlédl k finančním možnostem zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Z údajů uvedených ve výroční zprávě zadavatele za rok 2015 (dostupná na [http://www.dpmost.cz/data/vyrocní\\_zpravy/vz2015.pdf](http://www.dpmost.cz/data/vyrocní_zpravy/vz2015.pdf)) vyplývá, že objem finančních prostředků, s nimiž zadavatel hospodaří, se pohybuje v řádech desítek milionů korun. Úřad při stanovování výše pokuty naznal, že vzhledem k objemu finančních prostředků, kterými zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, nemá pokuta ve výši 150 000,- Kč likvidační charakter.

103. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit mimo jiné dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Je tedy třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu.
104. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností a důkazů, a to jak jednotlivě, tak v jejich vzájemné souvislosti, Úřad rozhodl o sankci za porušení právní povinnosti tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
105. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

### Obdrží

DOPRAVNÍ PODNIK měst Mostu a Litvínova, a.s., tř. Budovatelů 1395/23, 434 01 Most

### Vypraveno dne

úsk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy