



UOHSX0093YQ6

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0722/2016/VZ-02335/2017/542/PKn

Brno: 20. ledna 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 18. 11. 2016 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 22. 11. 2016 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,
- navrhovatel – Iveco Czech Republic, a. s., IČO 48171131, se sídlem Dobrovského 74, 566 01 Vysoké Mýto, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 20. 10. 2016 Mgr. Jiřím Černým, advokátem, ev. č. ČAK 4631, PETERKA & PARTNERS advokátní kancelář s.r.o., IČO 26169720, se sídlem Karlovo náměstí 671/24, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení veřejné zakázky „Autobus standardní, nízkopodlažní, 300 ks“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 7. 7. 2016 a uveřejněno dne 8. 7. 2016 pod ev. č. 641920, ve znění oprav uveřejněno dne 9. 9. 2016, dne 20. 9. 2016, dne 14. 11. 2016, dne 21. 11. 2016 a dne 16. 1. 2017 a jehož oznámení bylo v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 13. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 133-240774, ve znění oprav uveřejněno dne 14. 9. 2016, dne 24. 9. 2016, dne 16. 11. 2016, dne 19. 11. 2016 a dne 14. 1. 2017,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – Iveco Czech Republic, a. s., IČO 48171131, se sídlem Dobrovského 74, 566 01 Vysoké Mýto – ze dne 18. 11. 2016 **se** podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 22. 11. 2016 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zadávací řízení veřejné zakázky „Autobus standardní, nízkopodlažní, 300 ks“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 7. 7. 2016 a uveřejněno dne 8. 7. 2016 pod ev. č. 641920, ve znění oprav uveřejněno dne 9. 9. 2016, dne 20. 9. 2016, dne 14. 11. 2016, dne 21. 11. 2016 a dne 16. 1. 2017 a jehož oznámení bylo v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 13. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 133-240774, ve znění oprav uveřejněno dne 14. 9. 2016, dne 24. 9. 2016, dne 16. 11. 2016, dne 19. 11. 2016 a dne 14. 1. 2017 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Z bodu 2. 1 „Předmět veřejné zakázky“ zadávací dokumentace ze dne 5. 10. 2016 (dále jen „zadávací dokumentace“) vyplývá, že účelem zadávacího řízení na veřejnou zakázku je uzavření rámcové smlouvy na dodávku až 300 kusů standardních nízkopodlažních autobusů s celovozovou kompresorovou klimatizací, vybavených odbavovacím a informačním systémem (OIS) pro zadavatele, přičemž rámcová smlouva bude uzavřena na dobu pěti let.
3. Podle bodu 3. 3 „Předpokládaná hodnota této veřejné zakázky“ zadávací dokumentace činí předpokládaná hodnota předmětné veřejné zakázky 1 650 000 000 Kč bez DPH za celou dobu trvání rámcové smlouvy.
4. Zadavatel v bodu 12 „Způsob hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace stanovil jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky ekonomickou výhodnost nabídky, které bylo tvořeno dílčími hodnotícími kritérii, a to: výše celkové nabídkové ceny dle přílohy č. 8 zadávací dokumentace s váhou 75 % a náklady na pohonné hmoty na jeden kilometr s váhou 25 %.
5. V bodě 6. 2 zadávací dokumentace ze dne 7. 7. 2016 (dále jen „zadávací dokumentace v původním znění“) zadavatel požadoval po vybraném uchazeči v rámci poskytnutí součinnosti před uzavřením rámcové smlouvy přistavení a předvedení předváděcího vozu nízkopodlažního autobusu, který má být předmětem plnění veřejné zakázky.
6. Zadavatel v čl. 5.5 „Náklady na pohonné hmoty na jeden kilometr“ zadávací dokumentace v původním znění stanovil, že uchazeči v rámci nabídky uvedou náklady na pohonné hmoty na jeden kilometr, které jsou předmětem hodnocení, přičemž se jedná o náklady na ujetí

jednoho kilometru při referenční spotřebě naměřené nezávislou akreditovanou zkušebnou dle metodiky UITP SORT cyklus 2 v posledním znění a referenční ceně nafty 30,- Kč bez DPH za litr.

7. V rámci dodatečných informací č. 3 ze dne 19. 9. 2016 zadavatel provedl změnu zadávacích podmínek, a to způsobem, že zadavatel již nepožaduje poskytnutí specifické součinnosti před uzavřením smlouvy a místo toho požaduje v rámci prokázání technické kvalifikace předložení vzorku jednoho kusu standardního nízkopodlažního autobusu, který splňuje minimální technické parametry dle přílohy č. 10 zadávací dokumentace a jednoho kusu testovací sestavy OIS, která splňuje minimální technické parametry dle přílohy č. 9 zadávací dokumentace. Zadavatel současně změnil požadavek na měření spotřeby paliva, přičemž uvedl, že nejvhodnějším řešením způsobu měření spotřeby paliva je měření spotřeby dle metodiky UITP SORT cyklus 2 pouze v rámci jedné akreditované zkušebny určené zadavatelem tak, aby výsledky tohoto měření byly s ohledem na způsob provádění měření pro účely hodnocení nabídek co možná nejvíce porovnatelné.
8. Dne 26. 10. 2016 podal uchazeč – Iveco Czech Republic, a. s., IČO 48171131, se sídlem Dobrovského 74, 566 01 Vysoké Mýto, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 20. 10. 2016 Mgr. Jiřím Černým, advokátem, ev. č. ČAK 4631, PETERKA & PARTNERS advokátní kancelář s.r.o., IČO 26169720, se sídlem Karlovo náměstí 671/24, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“), námitky proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky, které byly doručeny zadavateli téhož dne. Zadavatel rozhodnutím ze dne 7. 11. 2016, které navrhovatel obdržel dne 8. 11. 2016, námitkám navrhovatele ze dne 26. 10. 2016 nevyhověl.
9. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval vyřízení námitek za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 18. 11. 2016 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 18. 11. 2016.

II. OBSAH NÁVRHU

10. Navrhovatel nejprve shrnuje průběh zadávacího řízení a konstatuje, že na základě dodatečných informací č. 3 zadavatel požaduje prokázání technické kvalifikace nikoli předložením seznamu významných dodávek, nýbrž i předložením vzorku jednoho kusu nízkopodlažního autobusu, který splňuje minimální technické parametry dle přílohy č. 10 zadávací dokumentace a jednoho kusu testovací soustavy OIS, která splňuje minimální technické parametry dle přílohy č. 9 zadávací dokumentace.
11. Navrhovatel dále konstatuje, že: *„Zadavatel nově požaduje, aby měření spotřeby paliva dle metodiky UITP SORT cyklus 2 provedené pro účely stanovení nákladů na pohonné hmoty (představujících hodnotící kritérium s vahou 25 %) proběhlo pouze v rámci jedné akreditované zkušebny určené zadavatelem, přičemž k měření spotřeby musí uchazeči před podáním nabídek poskytnout nízkopodlažní autobus, který bude mít veškeré parametry významné z hlediska spotřeby paliva totožné s nabízeným autobusem a který má najeto mezi 20.000 km a 60.000 km (de facto tedy zadavatel požaduje předání dalšího vzorku nabízeného autobusu, na němž určená laboratoř provede před podáním nabídek měření).“*
12. V návaznosti na výše uvedené navrhovatel podotýká, že zadavatel změnil svůj původní požadavek na prokázání spotřeby nabízeného autobusu, a tedy nákladů na pohonné hmoty,

ve dvou ohledech, tj. zadavatel nadále neumožňuje, aby uchazeči předložili protokol měření spotřeby paliva podle metodiky UITP SORT cyklus 2 v posledním znění vyhotovený autorizovanou zkušebnou působící na území Evropské unie, která provedla příslušné měření pro uchazeče a dále požaduje, aby měření zkušebnou určenou zadavatelem bylo provedeno na vzorcích autobusů, které jednotliví uchazeči předloží krátce před podáním nabídek.

13. Navrhovatel má za to, že zadavatel změnou zadávací dokumentace stanovil zcela zjevně nepřiměřený požadavek na prokázání technické kvalifikace.
14. Dále je navrhovatel toho názoru, že způsob úpravy postupu pro měření spotřeby nabízených autobusů v rámci zadávací dokumentace, a tedy i postup pro stanovení nákladů na pohonné hmoty na jeden kilometr v nabídkách uchazečů, je v rozporu se zásadami transparentnosti a zákazu diskriminace.
15. Výše uvedená pochybení jsou dle názoru navrhovatele rozporná s ustanovením § 56 odst. 5 písm. c) zákona a ustanovením § 6 odst. 1 zákona.
16. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel přistoupil ke změně způsobu prokazování splnění technické kvalifikace pro dodávky autobusů, aniž by měl jakýkoliv legitimní důvod, tj. námitky uchazeče, stanovisko o nezákonnosti původního způsobu prokazování kvalifikace apod., což na straně navrhovatele vzbuzuje pochybnosti o transparentnosti celého zadávacího řízení. Navrhovatel zdůrazňuje, že zadavatelem nově stanovený požadavek je pro uchazeče po finanční a administrativní stránce výrazně náročnější, a pro posouzení přiměřenosti a přípustnosti tohoto požadavku je tedy nezbytná existence významných objektivních důvodů pro změnu požadavků zadavatele, zdůvodnění, proč původní požadavek zadavatele pozbyl vhodnosti a přiměřenosti a z jakého důvodu nebylo možné zadávací řízení dokončit dle původní zadávací dokumentace. Navrhovatel konstatuje, že argumenty zadavatele spočívají zejména v tvrzení, že zákon zadavateli umožňuje s ohledem na přiměřenost a vhodnost kvalifikačních předpokladů zadávací podmínky změnit.
17. Dále navrhovatel uvádí, že: *„Požadavek na předvedení předváděcího vozu je možná přiměřený ve vztahu k uchazeči, který již veřejnou zakázku získal a pro něhož jsou náklady vzhledem k příjmům ze získané veřejné zakázky přijatelné. Ve vztahu k zájemcům o veřejnou zakázku jde však o požadavek zcela nepřiměřený, jelikož jsou uchazeči nuceni vynaložit náklady na pouhou účast v zadávacím řízení v situaci, kdy si nemohou být jisti, že se jim vrátí. To je zesíleno i rizikem, že zadavatel může v této fázi zadávací řízení kdykoli bez udání důvodu zrušit (...).“*
18. V návaznosti na výše uvedené navrhovatel konstatuje, že zadavatel se při odůvodnění požadavku na předložení vzorku omezil pouze na tvrzení, že tento způsob má zajistit prokázání schopnosti dodavatele dodat výrobek, který je na trhu dostupný a který splňuje minimální technické parametry stanovené zadavatelem. Pro prokázání kvalifikačních předpokladů je podle zadavatele nutné předvedení předmětného vzorku, jelikož dle zadavatele u některých parametrů není možné ověřit jejich splnění jinak než samotným předvedením (např. způsoby otevírání dveří).
19. Navrhovatel podotýká, že v rámci zadávacího řízení má být ověřována způsobilost uchazeče předmět veřejné zakázky vyrobit a dodat, a nikoliv skutečnost, zda je uchazeč schopen předložit již vyrobený produkt, který bude mít přesně takové parametry, jaké zadavatel

požaduje. Navrhovatel se domnívá, že pro ověření způsobilosti produkt vyrobit a dodat postačuje seznam referencí či předložení výkresové dokumentace, příp. dalších dokladů. Ve světle výše uvedeného má navrhovatel za to, že požadavek zadavatele na předložení vzorku je zcela nepřiměřený a dodává, že požadované parametry vzorku nejsou zcela běžné, a tak dle názoru navrhovatele nelze souhlasit s tvrzením zadavatele, že uchazeč nemůže mít problém s opatřením vzorku, pokud autobus standardních parametrů skutečně vyrábí či prodává širokému spektru zákazníků.

20. Dále navrhovatel odkazuje na dodatečné informace č. 9 ze dne 16.11.2016, kde zadavatel na dotaz uchazeče, jenž se vztahuje k parametru bezpečnosti dveří (resp. otevírání dveří), který vzorek tohoto uchazeče zjevně nesplnil, dle názoru navrhovatele jasně neodpověděl, ačkoliv zadavatelé dotazy obdobného typu běžně zodpovídají. Na místo toho však zadavatel předmětnému uchazeči umožnil předložit opětovně vzorek ke kontrole a pro realizaci technického řešení vzorku mu poskytl delší čas prodloužením lhůty pro podání nabídek o jeden měsíc, což formálně odůvodnil formulací „s ohledem na povahu dodatečné informace“, ačkoliv poskytnuté informace nebyly takové povahy, že by zakládaly důvod pro prodloužení lhůty pro podání nabídek. Právě uvedené tak dle názoru navrhovatele snižuje transparentnost zadávacího řízení.
21. Navrhovatel se domnívá, že požadavkem na vzorek zadavatel omezil „cenovou soutěž“ a že již samotný další průběh zadávacího řízení potvrzuje naprostou nevhodnost a nepřiměřenost změny zadávacích podmínek.
22. Následně navrhovatel ke způsobu měření spotřeby paliva nabízených autobusů uvádí, že názor zadavatele, že protokoly vydané různými zkušebnami neposkytují relevantní údaj o spotřebě nabízených autobusů, považuje za nesprávný a není toho názoru, že zadavatelem stanovená nová úprava měření spotřeby směřuje k zajištění co možná nejvyšší transparentnosti a porovnatelnosti nabídek.
23. Navrhovatel konstatuje, že všechny zkušebny, které jsou akreditovány pro provádění testů dle metodiky UITP SORT, poskytují za všech okolností porovnatelné výsledky, bez ohledu na to, v jakých podmínkách a jakou zkušebnou byl test proveden. Samotná metodika počítá s až 5% statistickou odchylkou měření, oproti níž se možné odlišnosti odvíjející se od postupů jednotlivých zkušeben jeví jako zcela irelevantní. Porovnatelnost je tak dle navrhovatele dána již úpravou metodiky UITP SORT. Dále navrhovatel dodává, že *„je zcela legitimní, aby výrobci prováděli testy na vozidlech připravených a vhodně vybavených přímo pro účely provedení měření, za ideálních externích podmínek atd., pokud přitom dodržují všechna pravidla stanovená metodikou UITP SORT a jsou ochotni zaručit, že rovněž následně dodávané autobusy budou dosahovat srovnatelných výsledků.“* Z předpokladů jednotného přístupu zkušeben a kvalifikované aktivní účasti výrobce na měření dle navrhovatele vychází i samotná metodika UITP SORT.
24. Požadavek, aby uchazeči předložili konkrétní laboratoři v krátké době vzorek, vede dle názoru navrhovatele k tomu, že ještě před podáním nabídek de facto probíhá „náhodná soutěž“, a to:
 - a. *„Zda se uchazečům vůbec v daném čase podaří zajistit vzorek, který by odpovídal specifickým požadavkům zadavatele,*

- b. *Do jaké míry se uchazečům před měřením podaří ověřit vlastnosti vzorku z hlediska spotřeby a připravit jej pro samotné měření,*
 - c. *Do jaké míry se uchazečům podaří dohodnout v určené zkušební odpovídající podmínky (zejm. dle metodiky UITP SORT je významná úloha řidiče, přičemž ze zadávacích podmínek neplyne, že by uchazečům bylo umožněno, aby při měření řídil autobus jimi určený řidič),*
 - d. *Jaké budou aktuální vnější podmínky při měření a další faktory, které jej ovlivňují (například spuštění systému regenerace výfukového systému).“.*
25. Navrhovatel má za to, že pro uchazeče není snadné si zapůjčit vzorky od svých zákazníků, a to vzhledem ke specifikům dodávek a časovému aspektu předmětného zadávacího řízení.
26. Navrhovatel uvádí, že může obstarat pouze jediné vozidlo, které splňuje veškeré požadavky zadavatele, avšak toto nemusí disponovat takovými parametry rozhodnými pro spotřebu, které chtěl navrhovatel zadavateli nabídnout, jelikož je aktuálně schopen s ohledem na technický vývoj nabídnout vozidla s parametry lepšími. Modifikace zadávací dokumentace tedy dle navrhovatele způsobuje, že uchazeči nemohou do soutěže zapojit vozidla s nejlepšími parametry, nýbrž vozidla, která jsou „kombinací řady náhodných faktorů k dispozici v daném časovém úseku jako vzorek“.
27. Dále navrhovatel konstatuje, že: „*Netransparentnost předmětného zadávacího řízení je zesílena i nejasností, jaké parametry musí splňovat měřený vzorek ve vztahu k nové emisní normě Euro 6 Step C, účinné od 1.1.2017. Nelze souhlasit s tvrzením zadavatele, že je vyloučeno, aby nová emisní norma měla dopad na spotřebu paliva. Mezi změnou normy a nutností provést konstrukční úpravy pohonného systému, které povedou rovněž k odlišné spotřebě vozidel, existuje přímá souvislost. Aby tedy zadavatel získal co nejvíce porovnatelné nabídky, musí uchazeči vědět, jaké normě má jejich vzorek vyhovět. Pokud zadavatel uvádí, že je mu lhostejné, jakou normu musí měřené vzorky splňovat, zatěžuje předmětné zadávací řízení ještě více netransparentností.*“ V této souvislosti navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S247/2009/VZ-16577/2009/510/MCh ze dne 21. 12. 2009.
28. Možnou újmu navrhovatel spatřuje ve skutečnosti, že se za stávajícího stavu nebude moci zúčastnit zadávacího řízení, ačkoli je objektivně způsobilý k plnění předmětu veřejné zakázky. Následkem posledně uvedeného tedy navrhovatel nebude moci realizovat zisk za provedení veřejné zakázky. Dále navrhovatel spatřuje možnou újmu ve vynaložení nadbytečných nákladů, a to především na pořízení vzorků.
29. V návaznosti na vše výše uvedené se navrhovatel u Úřadu domáhá zrušení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele a uložení nápravného opatření v podobě zrušení změny zadávací dokumentace provedené zadavatelem prostřednictvím dodatečných informací č. 3 ze dne 19. 9. 2016 a dalších na tuto změnu navazujících úkonů zadavatele v zadávacím řízení. Navrhovatel v rámci svého návrhu současně podává návrh na vydání předběžného opatření spočívajícího v pozastavení předmětného zadávacího řízení.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

30. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 18. 11. 2016 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
31. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
32. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0722/2016/VZ-46641/2016/542/PKn ze dne 22. 11. 2016, ve kterém mimo jiné uvedl, že v souladu s § 114 odst. 11 zákona mohou účastníci řízení v zákonem stanovené lhůtě navrhnout důkazy, uvádět skutečnosti a činit jiné návrhy.
33. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0722/2016/VZ-46645/2016/542/PKn ze dne 22. 11. 2016 určil zadavateli lhůtu k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 28. 11. 2016

34. Dne 28. 11. 2016 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel v obecné rovině k návrhu uvedl, že jak v námitkách, tak i v návrhu navrhovatel opomíjí tu skutečnost, že zadavatel zadává veřejnou zakázku jako zadavatel sektorový ve smyslu § 2 odst. 6 zákona při výkonu relevantní činnosti dle § 4 odst. 1 písm. f) zákona a tudíž se na zadavatele, jenž rovněž naplňuje definici veřejného zadavatele dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona, aplikuje ustanovení § 2 odst. 7 zákona. Navrhovatel dle zadavatele tedy chybně odkazuje na ustanovení zákona, která platí pouze ve vztahu k veřejnému zadavateli, nikoliv k sektorovému.
35. Co se týče stanovení požadavků na kvalifikaci v případě sektorového zadavatele, zadavatel uvedl, že je tento vázán ustanovením § 63 odst. 1 a 4 zákona. Při stanovení požadavků na prokázání kvalifikace není sektorový zadavatel omezen třemi oblastmi kvalifikace, jako je tomu u veřejného zadavatele, nicméně požadavky stanovené sektorovým zadavatelem musí být vždy omezeny pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky a dále musí splňovat určité základní předpoklady jako objektivnost, zákaz diskriminace a přiměřenost ve vztahu k rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky. Dle zadavatele jsou tyto podmínky naplněny.
36. Zadavatel k tvrzení navrhovatele, že v rámci dodatečných informací č. 8 uveřejněných dne 11. 11. 2016 zadavatel některým námitkám de facto vyhověl, když v několika detailech upravil zadávací dokumentaci, uvedl, že námitkám nevyhověl v plném rozsahu, neboť nevyhověl ani jednomu bodu požadavku navrhovatele, tím pádem nemohl námitkám vyhovět ani „de facto“. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách informoval navrhovatele, že s ohledem na možné nejasnosti zadávacích podmínek poskytne dodatečné informace, ve kterých dojde k vyjasnění některých zadávacích podmínek, které navrhovatel napadal. Tak se stalo dodatečnými informacemi č. 8 ze dne 11. 11. 2016.
37. Zadavatel k námitce navrhovatele ohledně nepřiměřeného požadavku na prokázání technické kvalifikace na úvod svého vyjádření nejdříve zkonstatoval, že změna zadávací

dokumentace ohledně technické kvalifikace do velké míry souvisí se změnou zadávacích podmínek, která byla provedena v souvislosti s měřením spotřeby paliva a úpravou kapitoly 6 zadávací dokumentace. Změnou zadávacích podmínek došlo k odstranění potřeby dvojího přistavování vozidla (před podáním nabídek a dále před podpisem smlouvy), a to s ohledem na požadavek stanovený v čl. 6.2 zadávací dokumentace, aby vybraný uchazeč v rámci součinnosti před uzavřením smlouvy přistavil na žádost předváděcí vozidlo, které má být předmětem plnění a splňuje minimální technické parametry dle přílohy č. 10 zadávací dokumentace (tj. shodné parametry, které zadavatel klade na předložený vzorek), a to do 10 pracovních dnů od doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky. Dle zadavatele se tak nejednalo o smluvní povinnost, jak se navrhovatel mylně domnívá. Tato skutečnost vyplývá nejen ze zadávací dokumentace (jednalo se o oprávnění zadavatele před uzavřením smlouvy), ale taktéž z rozhodnutí o námitkách. S ohledem na původní znění zadávacích podmínek museli dodavatelé počítat s tím, že by reálně byli povinni přistavit vozidlo pro ověření splnění minimálních technických parametrů, a to do 10 pracovních dnů od doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky (v případě, že by byla jejich nabídka vybrána jako nejvhodnější a zadavatel by svého oprávnění využil). Navrhovatel byl tedy dle zadavatele s tímto obeznámen, přičemž mohl důvodně předpokládat, že by k předložení vozidla byl vyzván v měsíci listopadu roku 2016.

38. Co se týče požadavku navrhovatele, aby byly zadávací podmínky navráceny do své původní podoby, zadavatel k tomuto uvedl, že se navrhovatel evidentně nebrání povinnosti, aby již v průběhu zadávacího řízení měl k dispozici vozidlo, které splňuje minimální technické parametry. Dle zadavatele spočívá rozdíl pouze v okamžiku, kdy je zadavatelem požadováno přistavení vozidla, jak již ostatně uvedl v rozhodnutí o námitkách.
39. Zadavatel tedy konstatoval, že navrhovatel již od zahájení zadávacího řízení věděl, že by mohla nastat situace, kdy by už v listopadu roku 2016 byl zadavatelem vyzván k předložení vozidla splňující minimální technické parametry. Podle zadavatele by i v tomto případě byl vybraný uchazeč *„povinen vynaložit náklady pouze na účast v zadávacím řízení, přičemž pokud by předložené vozidlo nevyhovělo zadávacím podmínkám, znamenalo by to dle původního znění zadávací dokumentace neposkytnutí řádné součinnosti se všemi s tím spojenými důsledky, tzn. i včetně nevratnosti vynaložení nákladů na přistavení vozidla před podpisem smlouvy v rámci součinnosti.“* Nejistota navrhovatele s ohledem na možné zrušení zadávacího řízení je tedy dle zadavatele irelevantní, neboť i z původních zadávacích podmínek vyplývala stejná možnost zrušení zadávacího řízení. Zadavatel konstatoval, že dodavatelé obecně v zadávacím řízení nesou riziko, že náklady na účast v řízení budou zmařeny buď tím, že nabídka dodavatele nebude vybrána jako nejvhodnější nebo v důsledku zrušení zadávacího řízení.
40. Argument navrhovatele, že předložený způsob je pro něj výrazně náročnější po administrativní a finanční stránce, považuje zadavatel za zcela irelevantní. To by platilo pouze v případě, kdy by současná situace představovala natolik podstatnou změnu ve srovnání s původním zněním zadávacích podmínek, kterého se navrhovatel dovolává.
41. Zadavatel dále uvedl, že je pro něj nezbytné, aby mohl provést kontrolu splnění minimálních technických parametrů. Důvodem, proč zadavatel změnil způsob kontroly splnění minimálních technických parametrů z fáze před podpisem smlouvy do fáze prokazování kvalifikace, byla mj. důvodná obava zadavatele, že způsob, který zvolil původně, by mohl být

v případě přezkumu shledán jako požadavek neoprávněný, který jde nad rámec toho, co je možné v rámci zákona u součinnosti před podpisem smlouvy požadovat. Proto v rámci komplexního posuzování změny ohledně měření spotřeby paliva zadavatel využil institutu technické kvalifikace spočívající v předložení vzorku zboží, konkrétně autobusu.

42. K parametrům vzorku autobusu zadavatel konstatoval, že si je vědom skutečnosti, že by pro dodavatele mohlo být časově a finančně náročné, aby za účelem prokazování kvalifikace zajistili vzorek, který by nabízenému vozidlu odpovídal ve všech aspektech. Zadavatel z tohoto důvodu vybral pouze takové parametry, které považuje za základní, esenciální. Splnění těchto parametrů je nutné ověřit ještě před tím, než dojde k samotnému podpisu rámcové smlouvy. Zadavatel je toho názoru, že jej nelze nutit, aby specifikoval předmět plnění a zároveň neměl možnost si ještě před podpisem smlouvy ověřit, zda plnění odpovídá jeho požadavkům. Jedním z esenciálních parametrů pro zadavatele je například systém otevírání dveří, kdy zadavatel požaduje, aby v případě jejich otevření nedocházelo ke kontaktu se zastávkou. Jestliže by zadavatel neměl možnost fyzické kontroly, mohlo by dojít k situaci, kdy zadavatel podepíše rámcovou smlouvu, ale záhy se zjistí, že dodavatel je neschopen tento požadavek splnit. To by v konečném důsledku znamenalo nemožnost reálného plnění a nutnost realizace zcela nového zadávacího řízení. Určité parametry vozidla tedy zadavatel nemůže posoudit a ověřit pouze na základě technické dokumentace či fotek vozidla, ale jedině jeho fyzickým ohledáním. Účelem požadavku na předložení a předvedení vzorku je obava zadavatele, že mu budou dodána vozidla, která nesplňují základní parametry.
43. Co se týče odůvodňování případných změn zadávacích podmínek, dle zadavatele nevyplývá ze zákona povinnost odůvodňovat změnu zadávacích podmínek, pokud je naplněna podmínka, že provedenou změnu zadavatel oznámí stejným způsobem, jako oznámil původní znění zadávacích podmínek.
44. Zadavatel dále uvedl, že nenahradil, ale pouze rozšířil způsob prokazování technické kvalifikace, a to o nový předpoklad, který spočívá v předložení a předvedení vzorku autobusu. S ohledem na to, že zadavatel požaduje prokázat schopnost dodavatele dodat vozidlo, které splňuje pouze určité minimální parametry (nikoliv všechny, které vyplývají z technické specifikace), je takové nastavení podmínek technické způsobilosti zcela přiměřené s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky. V praxi sektorových zadavatelů je požadavek na předložení vzorku autobusu zcela běžný, přičemž zadavatelé často požadují takový vzorek, který musí zcela odpovídat nabízenému plnění.
45. Zadavatel zcela nesouhlasí se závěrem navrhovatele, že účelem požadavku této technické způsobilosti je zjištění schopnosti předložit již vyrobený produkt, který bude mít přesně takové parametry, které jsou zadavatelem požadovány. Zadavatel nepožaduje předložit konečný výrobek, nýbrž vzorek, který bude splňovat pouze základní předpoklady, které jsou pro zadavatele na základě jeho zkušeností a znalostí trhu podstatné.
46. Pokud dodavatel není schopen prokázat kvalifikaci požadovaným způsobem, je oprávněn ji prokázat náhradním způsobem v souladu s § 64 odst. 4 zákona. Jelikož se jedná o možnost danou zákonem, zadavatel takovému způsobu nemůže bránit. Zadavatel uvedl, že je pouze oprávněn z objektivních důvodů náhradní způsob prokázání kvalifikace odmítnout, přičemž riziko neprokázání nese sám dodavatel.

47. Zadavatel dále uvedl, že z námitek navrhovatele ani z jeho návrhu nevyplývá, jaké konkrétní požadavky stanovené v příloze č. 10 zadávací dokumentace navrhovatel považuje za problematické, když pouze tvrdí, že požadavky na vzorek nejsou zcela běžné. Tato skutečnost tak zadavateli znemožňuje posoudit argumentaci navrhovatele o nepřiměřenosti tohoto požadavku.
48. Zadavateli není jasný argument navrhovatele, že *„pokud by dodavatel předkládal totožný vzorek autobusu za účelem prokázání splnění technické kvalifikace i měření spotřeby paliva, musel by tento splňovat řadu specifických parametrů a nikoli pouze parametry esenciální a zcela běžné.“*. Zadavateli není zřejmé, v čem jsou specifické parametry rozhodné pro měření spotřeby paliva, pokud by tedy stejné vozidlo bylo přistaveno pro oba účely, když jde o parametry týkající se rozměru, hmotnosti, použité převodovky, motoru, přičemž tyto parametry musí splňovat každý autobus.
49. Dle zadavatele je argumentace, kterou navrhovatel uvedl ve vztahu k obecné možnosti prokázání kvalifikačního kritéria, zcela irelevantní. Zadavatel podotýká, že *„jednak nastíněný problém ze strany navrhovatele se netýká jeho samotného, ale jiného dodavatele, jednak se jedná o otázku posuzování prokázání splnění kvalifikace, nikoliv však otázku nastavení kvalifikace, kterou navrhovatel namítá. V daném případě totiž dotčený dodavatel nezpochybňoval samotný požadavek na předložení vzorku a jeho vymezení, ale doptával se na možnost náhradního prokazování splnění kvalifikace a otázku, zda zadavatel nehodlá od daného technického parametru ustoupit.“*
50. Co se týče tvrzení navrhovatele, že zadavatel věcně neodpověděl na dotaz týkající se možnosti řešit nesoulad vzorku s požadavky zadavatele čestným prohlášením, zadavatel uvedl, že dal formulaci příslušné dodatečné informace č. 9 ze dne 16. 11. 2016 jasně najevo, že nadále trvá na splnění minimálních technických parametrů podle přílohy č. 10 zadávací dokumentace, když odmítl z přílohy vypustit příslušný technický požadavek. Zadavatel v další části vyjádření znovu odkázal na § 64 odst. 4 zákona a dále uvedl, že jeho způsob odpovědi v předmětných dodatečných informacích nemůže mít za následek shledání možné netransparentnosti zadávacího řízení předmětné veřejné zakázky tak, jak byla judikována správními soudy.
51. Zadavatel k otázce informování dodavatelů o možnosti opětovně předložit příslušný vzorek tak, aby byl dodavateli vydán doklad o prokázání splnění technické kvalifikace (v souladu s čl. 4 zadávací dokumentace) zopakoval to, co již uvedl v příslušných dodatečných informacích. Podle zadavatele nebrání pravidla stanovená zadávací dokumentací ani samotný zákon tomu, aby dodavatelé, kteří předložili vzorek, jenž nesplňuje stanovené minimální technické požadavky, předložili vzorek opakovaně. Zadavatel rovněž uvedl, že sám navrhovatel této možnosti již využil v případě testovací soustavy OIS.
52. K argumentu navrhovatele ohledně prodlužování lhůty pro podání nabídek zadavatel uvedl, že je tento zcela vytržený z kontextu. Lhůta pro podání nabídek byla prodloužena v souladu s § 40 odst. 3 věta první zákona v návaznosti na § 42 odst. 7 zákona. Zadavatel je při jakékoliv změně zadávacích podmínek (v daném případě se jednalo o změnu závazného vzoru smlouvy o výpůjčce) povinen lhůtu pro podání nabídek vždy prodloužit. Zadavatel dále uvedl, že *„důvodem pro prodloužení lhůty pro podání nabídek pak zcela nepochybně nebyla odpověď na dotaz dodavatele v jeho žádosti o dodatečné informace, ale právě změna*

příslušného článku závazného vzoru smlouvy o výpůjčce.“. Argumentace neprodloužením lhůty pro podání nabídek v případě dodatečných informací č. 5 je dle zadavatele taktéž zcestná, jelikož v těchto dodatečných informacích vůbec nedošlo k informování o změně zadávacích podmínek, ale pouze o vysvětlení (objasnění) způsobu předložení příslušných dokladů.

53. Zadavatel ve svém vyjádření ohledně stanoveného postupu pro měření spotřeby nabízených autobusů na úvod uvedl, že změna zadávací dokumentace nestanovila požadavek na předložení dalšího vzorku vozidla (jak již ostatně konstatoval v rozhodnutí o námitkách). Je na úvaze dodavatele, zda ke splnění tohoto požadavku s ohledem na měření spotřeby paliva přistaví stejné vozidlo, které bylo či bude přistaveno jako vzorek k prokázání technické kvalifikace, nebo zda předloží dvě různá vozidla, která splňují požadavky zadavatele.
54. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel zpochybňuje samotný systém akreditace jednotlivých zkušeben, které provádějí testy dle metodiky UITP SORT Cyklus 2, když odmítá přijmout protokoly od různých zkušeben, zadavatel uvedl, že *„vůbec jakkoliv nezpochybňuje samotný systém akreditace jednotlivých zkušeben a samotnou metodiku UITP SORT Cyklus 2, jak deklaroval i v samotném rozhodnutí o námitkách. Dle metodiky měření spotřeby paliva UITP SORT Cyklus 2 postupují veškeré akreditované zkušebny, tudíž postupy by měly být v zásadě stejné. Avšak dle zkušeností zadavatele metodika stanoví obecný rámec, který je následně jednotlivými zkušebnami doplňován vlastními postupy, které však nejsou v rozporu s danou metodikou. Z tohoto důvodu se naměřené výsledky v rámci různých zkušeben mohou lišit, aniž by však tyto odlišnosti byly v rozporu s příslušnou metodikou. Odlišnosti tedy nic nemění na relevantnosti takto získaných podkladů, avšak ještě zpřesňují naměřené hodnoty.“*. Ke změně, kdy byla určena jedna akreditovaná zkušebna, a došlo k úpravě podmínek samotného měření, přistoupil zadavatel na základě žádosti o dodatečné informace od jiného dodavatele.
55. V postupech při měření spotřeby paliva mezi jednotlivými zkušebnami, které postupují podle stejné metodiky, tedy mohou být rozdíly (např. s ohledem na dopočítávání některých částí cyklů, na zohlednění aktuálních klimatických podmínek apod.). Tyto rozdíly sice nezasahují do vlastního procesu měření, nicméně dle zadavatele je bezpodmínečně žádoucí, aby v přístupu k měření každého vozidla byla zajištěna maximální jednotnost, pro maximální porovnatelnost údajů, které mají být na základě přepočtu předvídaného zadávací dokumentací fakticky předmětem hodnocení. Dle zadavatele úprava zadávacích podmínek nezpochybňuje samotnou metodiku, ale naopak omezením možných nejistot její výsledky pro vzájemné porovnání uchazečů ještě mnohem více zpřesňuje. Zadavatel tedy uzavírá, že jím vybraná jediná zkušebna zvyšuje míru jistoty, že naměřené hodnoty budou maximálně porovnatelné, měření bude prováděno za srovnatelných podmínek a výstupy pro hodnocení budou jednotného charakteru. Tím současně zvyšuje jistotu uchazečů v tom smyslu, že jejich nabídky budou posouzeny nediskriminačně a transparentně.
56. Dále zadavatel nezpochybňuje, že *„z důvodu do určité míry odlišného způsobu měření podle metodiky UITP SORT Cyklus 2 se může odchylna při měření stejného vozidla v různých zkušebnách lišit naměřená spotřeba o 5 % v rámci určité statistické odchylny. Přesto je nutné si uvědomit, že těchto 5 % např. při průměrné spotřebě vozidla 50 litrů na 100 km činí 2,5 litru, která může mít vliv na hodnocení v rámci předmětného dílčího hodnotícího kritéria, a tedy i celkovém hodnocení. Zadavatel taktéž s ohledem na zamezení této skutečnosti*

s ohledem na již zmiňovanou snahu o maximální porovnatelnost hodnot, které vstupují do procesu hodnocení nabídek, přistoupil k měření spotřeby pouze v rámci jedné zkušebny.“

57. Dle zadavatele zadávací dokumentace ve znění po úpravách žádným způsobem neomezuje relevantně soutěžit, proto není zadavateli jasné, v čem konkrétně byly podle navrhovatele změnou zadávací dokumentace vneseny do zadávacího řízení prvky nahodilosti, netransparentnosti a skryté diskriminace. Zadavatel podotkl, že s ohledem na skutečnost, že navrhovatel ročně vyrobí přes 3 700 kusů autobusů, nemůže být pro navrhovatele problém dodat vozidlo, které musí splňovat pouze základní parametry shodné s nabízenými autobusy.
58. Ohledně ověření vlastností vzorků zadavatel uvedl, že je to otázka pouze několika hodin. K otázce přípravy vozidla pro měření zadavatel s ohledem na povahu navrhovatele, který bezesporu absolvoval již celou řadu měření spotřeby podle metodiky UITP SORT Cyklus 2, předpokládá, že mu musí být známa časová náročnost přípravy a případné ověření požadovaných parametrů.
59. Dále zadavatel k vnějším podmínkám při měření uvedl, že samotná metodika UITP SORT Cyklus 2 stanovuje klimatické podmínky, za kterých by mělo měření spotřeby paliva probíhat (např. nemožnost měření při sněžení a dešti). K vlivu aktuálních povětrnostních podmínek dle zadavatele přistupují zkušebny různě. To ve svém důsledku může mít vliv na skutečnou porovnatelnost nabídek (některé zkušebny dle zadavatele provádí korekce v naměřené spotřebě, např. zadavatelem určená zkušebna, jiné zkušebny však takové korekce neprovádí). K otázce vlivu spuštění systému regenerace filtru pevných částic zadavatel odkazuje na rozhodnutí o námitkách, kdy jsou mu specifika regenerace filtru pevných částic známa a není třeba uchazečům zdůrazňovat, že je vhodné, aby použitý autobus k měření spotřeby byl ve stavu, který nebude vyžadovat v průběhu měření aktivaci této regenerace. Dále zadavatel uvedl, že i pokud by během měření došlo k regeneraci filtru pevných částic, bude toto měření vyřazeno ze souboru měření a neprojeví se ve výsledném hodnocení měření spotřeby paliva.
60. K tomu, aby měl uchazeč vůbec šanci uspět v zadávacím řízení, musí vzorek, který bude předkládat pro účely měření spotřeby paliva splňovat dle navrhovatele určité specifické nároky. Zadavatel konstatoval, že rozsah 20 000 km až 60 000 km vyplývá ze samotné metodiky UITP SORT Cyklus 2, a to jako nejvhodnější rozsah pro porovnatelnost výsledků měření spotřeby pohonných hmot. V původních zadávacích podmínkách zadavatel rovněž požadoval předložení protokolu o měření spotřeby paliva podle metodiky UITP SORT Cyklus 2, které bylo provedeno na vozidle se stejnými parametry rozhodnými pro měření spotřeby paliva jako nabízené vozidlo, tato podmínka tudíž zůstává stejná. Zadavatel pouze přidal podmínku týkající se rozsahu najetí kilometrů, a to s ohledem na porovnatelnost měření. Navrhovatel dle zadavatele mylně uvádí, že musí u vozidla přistaveného k měření zaručit, že dodávané autobusy budou tomuto vozidlu zcela přesně odpovídat po najetí 20 000 km až 60 000 km. Navrhovatel opomíjí skutečnost, že pro účely možného přeměření spotřeby paliva dodávaných vozidel je stanovena odchylka 5 % oproti hodnotám, které jsou uváděny v protokolu o měření spotřeby, jež má dodavatel přiložit k nabídce.
61. Zadavatel k tvrzení navrhovatele ohledně ztížené možnosti zajistit v krátkém termínu vhodný vzorek autobusu, který bude splňovat specifické požadavky, uvedl, že v rámci měření

spotřeby paliva nemusí být přistaven totožný autobus, který má být předmětem dodávek, nýbrž takový, který bude mít shodné parametry rozhodné pro měření spotřeby paliva s nabízenými autobusy. Navrhovatel pak podle zadavatele neuvedl žádný technický parametr, který je podle něj specifický a který by mohl mít dopad na měření spotřeby a nemožnost jeho provedení.

62. Zadavatel dále podotkl, že k obstarání vozidla určeného k přeměření spotřeby a samotnému provedení přeměření spotřeby má navrhovatel skoro čtyři měsíce (od uveřejnění dodatečných informací č. 3 ze dne 19. 9.2016 do konce lhůty pro podání nabídek, která byla tehdy stanovena na 13. 1. 2017).
63. K argumentu navrhovatele, že požadavek zadavatele na poskytnutí vzorku autobusu pro účely měření spotřeby paliva zcela znemožňuje uchazečům soutěžit s reálnými hodnotami spotřeby paliva, zadavatel konstatoval, že mu není jasné, proč dle navrhovatele nastavení zadávacích podmínek znemožňuje dodavatelům soutěžit s reálnými hodnotami spotřeby paliva. Základním předpokladem je, že vozidlo splňující veškeré parametry rozhodné pro měření spotřeby paliva shodné s nabízeným autobusem, bude mít z povahy věci obdobnou spotřebu jako nabízený autobus. Zadavatel již v dodatečných informacích č. 3 a rozhodnutí o námitkách uvedl, že si je vědom toho, že ačkoliv se jedná o zkušební měření, v reálném provozu může být spotřeba vyšší. Ze zkušeností zadavatele nicméně vyplývá, že reálná spotřeba v běžném provozu výrazně nepřesahuje naměřenou spotřebu (odchylky se pohybují pouze v řádu procent).
64. Zadavatel dále odmítl tvrzení navrhovatele, že tím, že nový požadavek zadavatele na měření spotřeby paliva ovlivnil specifikaci nabízeného autobusu, je samozřejmě ovlivněna i cena nabízeného autobusu. Zadavatel k tomu pouze konstatoval, že je vždy rizikem dodavatele s jakou obchodní strategií přistoupí do konkrétního zadávacího řízení, zejména pokud jde o vícekritériální hodnocení nabídek.
65. Podle zadavatele nastavení zadávacích podmínek žádným způsobem neomezuje účast v zadávacím řízení, neboť dodavatel je povinen přistavit k měření spotřeby paliva pouze takový autobus, který musí mít veškeré parametry významné z hlediska spotřeby paliva totožné s nabízeným autobusem. K tomuto mají dodavatelé řadu možností (např. výroba vozidla, vypůjčení vozidla od svého zákazníka, atd.). V rámci stanoveného způsobu měření spotřeby získá zadavatel hodnoty, které jsou v maximální míře porovnatelné pro účely měření spotřeby, neboť proces měření bude ve všech případech stejný. Zadavatel dále uvedl, že pokud je dodavatel *„schopen vyrobit poptávané vozidlo, nelze předpokládat, že naměřené spotřeby u různých vozidel se budou diametrálně lišit, pokud dodavatel provedl již obdobné měření v minulosti, přesto by taková skutečnost mohla mít vliv na reálnou porovnatelnost nabídek v příslušném dílčím hodnotícím kritériu. Údaj z tohoto měření pak dle zadavatele představuje naopak hodnověrnější údaj, než za situace, kdy dodavatel má možnost výběru zkušebny a v rámci takového měření může dojít k okolnostem, které mají za následek „machinaci“ s výsledky měření spotřeby, což nelze obecně vyloučit.“*
66. K tvrzení navrhovatele, že netransparentnost zadávacího řízení je zesílena i nejasností, jaké parametry musí splňovat vzorek pro měření spotřeby paliva ve vztahu k nové emisní normě Euro 6 Step C účinné od 1. 1. 2017, zadavatel zcela odkázal na své rozhodnutí o námitkách, kde konstatoval, že nepovažuje změnu v emisní normě za parametr, který by byl významný

z hlediska měření spotřeby paliva, a je tedy lhostejné, jestli uchazeč předloží vozidlo splňující emisní normu Euro 6 Step A nebo Step C. Zadavatel ve svém vyjádření pouze navíc uvedl, že „*navrhovatel neposkytl žádné relevantní informace o skutečnosti, že technické úpravy v souvislosti s emisní normou Euro 6 Step C mají vůbec dopad na měření spotřeby paliva, tudíž jakýmkoliv způsobem nevyvrací názor zadavatele, že změna emisní normy nemá dopad na takové měření.*“.

67. Zadavatel dále k návrhu uvedl, že je na pováženou, pokud by bylo návrhu navrhovatele vyhověno a zadávací podmínky byly „vráceny“ do původního znění, nebude pro navrhovatele s ohledem na jeho argumentaci problém případně přistavit vozidlo, které musí splňovat stejné technické podmínky jako požadovaný vzorek ve fázi po výběru nejvhodnější nabídky a před podpisem rámcové smlouvy, ve lhůtě 10 dnů od doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky. Rovněž by navrhovatel neměl problém předložit protokol z měření spotřeby paliva na vozidle, které má stejné technické parametry, které jsou rozhodné pro měření spotřeby paliva, jako nabízené vozidlo.
68. Zadavatel tedy závěrem navrhl, aby Úřad podanému návrhu v plném rozsahu nevyhověl a návrh zamítl dle § 118 odst. 5 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 zákona, a dále aby rovněž nevyhověl návrhu na vydání předběžného opatření dle § 117 odst. 1 písm. b) zákona.

Další průběh správního řízení

69. Dne 14. 12. 2016 vydal Úřad rozhodnutí o předběžném opatření č. j. ÚOHS-S0722/2016/VZ-49272/2016/542/PKn, kterým nařídil na návrh navrhovatele ze dne 18. 11. 2016 předběžné opatření, jímž bylo zadavateli uloženo pozastavení zadávacího řízení veřejné zakázky.
70. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0722/2016/VZ-49491/2016/542/PKn ze dne 16. 12. 2016 zrušil předběžné opatření nařízené rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0722/2016/VZ-49272/2016/542/PKn ze dne 14. 12. 2016.
71. Dne 23. 12. 2016 obdržel Úřad rozklad navrhovatele ze dne 22. 12. 2016 proti rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0722/2016/VZ-49491/2016/542/PKn ze dne 16. 12. 2016, kterým Úřad zrušil předběžné opatření nařízené rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0722/2016/VZ-49272/2016/542/PKn ze dne 14. 12. 2016.
72. Úřad dne 23. 12. 2016 vydal usnesení č. j. ÚOHS-S0722/2016/VZ-49933/2016/542/PKn, v němž stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž byli oprávněni vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ze dne 23. 12. 2016

73. Dne 23. 12. 2016 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel doplnil své vyjádření k návrhu, jež bylo Úřadu doručeno dne 28. 11. 2016. Zadavatel v rámci doplnění vyjádření uvedl, že ke dni 23. 12. 2016 mu byly přistaveny jako vzorky celkem tři vozidla, z toho jedno od navrhovatele, přičemž všechna tato vozidla splnila veškeré požadavky zadavatele. K uvedenému dni byly zadavateli také předloženy tři vzorky testovací sestavy OIS, z toho jedna od navrhovatele, a rovněž všechny tři vzorky splnily požadavky zadavatele.

74. Ke svému požadavku na předložení vzorku autobusu splňující minimální parametry dle přílohy č. 10 zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že zvažuje revizi této části technické kvalifikace, a to zejména v závislosti na výsledcích předložení vzorků tak, aby bylo nezpochybnitelné, že tento požadavek není jakkoliv diskriminační. Zadavatel k tomuto také uvedl, že tento požadavek stále považuje za oprávněný a v souladu se zákonem i rozhodovací praxí Úřadu a správních soudů. Jakožto sektorový zadavatel je oprávněn stanovit jakékoliv objektivní požadavky, které umožňují objektivní posouzení kvalifikace dodavatele. Účelem tohoto technického kvalifikačního předpokladu je osvědčit, že dodavatel je schopen skutečně dodat předmět veřejné zakázky, přičemž zadavatel podotýká, že veřejný zadavatel je přímo na základě § 56 odst. 1 písm. e) zákona oprávněn požadovat mimo jiné předložení vzorku zboží určeného k dodání.
75. Jak zadavatel dále uvedl, při stanovení daného technického kvalifikačního předpokladu vycházel z vlastní zkušenosti týkající se dodávky 250 ks nízkopodlažních tramvají v roce 2006, kdy dodavatel nabízel „papírově“ něco, co v době zadávacího řízení reálně neexistovalo. Zadavatel tak tehdy neměl možnost vyzkoušet alespoň prototyp tramvaje před uzavřením smlouvy a následkem byly a jsou značné technické problémy při realizaci této zakázky a při provozu těchto tramvají. Z tohoto důvodu se zadavatel domnívá, že je oprávněn požadovat předložení vzorku v zájmu ověření, zda konkrétní zboží splňuje zadavatelem požadované vlastnosti. Zadavatel si uvědomuje náročnost požadavku na přístavení vzorku autobusu, který zcela odpovídá stanovené technické specifikaci autobusů, proto stanovil pro vzorek pouze takové minimální technické parametry, které dávají zadavateli možnost posouzení esenciálních parametrů, které jsou pro zadavatele důležité a dle názoru zadavatele nijak neomezují možnost předložení vzorku.
76. K námitkám a návrhu navrhovatele zadavatel zopakoval, že navrhovatel neuvedl žádný technický požadavek uvedený v příloze č. 10 zadávací dokumentace, který není schopen splnit a prokázat, což se prokázalo i tím, že navrhovatel příslušný vzorek autobusu řádně předložil.
77. K otázce měření spotřeby v zadavatelem stanovené zkušební zadavatel uvedl, že tři dodavatelé včetně navrhovatele již přistavili vzorek autobusu, který plně vyhověl požadavkům zadavatele, tedy tito dodavatelé byli a jsou schopni předložit příslušný autobus i pro měření spotřeby paliva do akreditované zkušebny stanovené zadavatelem. Dle informací zadavatele, které byly poskytnuty akreditovanou zkušebnou (aniž by došlo k porušení Smlouvy o spolupráci při měření spotřeby paliva) byla ke dni 20. 12. 2016 k měření spotřeby přistavena vozidla od tří dodavatelů. Dle zadavatele z uvedeného plyne, že navrhovatel, který namítal způsob měření spotřeby, ve skutečnosti s realizací samotného měření, tj. přístavení vozidla, které má shodné technické parametry rozhodné pro měření paliva jako nabízený autobus, nemá problém, když zřejmě řádně přistavil vozidlo k měření spotřeby paliva dle požadavků zadavatele.
78. Vzhledem k tomu, že navrhovatel uvedl svoji újmu spočívající v tom, že se nebude moci účastnit zadávacího řízení, avšak následně zadavateli přistavil příslušný vzorek vozidla, jenž splnil veškeré podmínky na vzorky kladené zadavatelem, pak dle zadavatele v části návrhu týkajícího se stanovení technické kvalifikace nemůže navrhovateli hrozit vznik újmy, a je tak návrh v této části neoprávněný.

Vyjádření navrhovatele ze dne 2. 1. 2017

79. Dne 2. 1. 2017 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele z téhož dne, v němž navrhovatel rekapituluje průběh zadávacího řízení, řízení před Úřadem, dále uvádí souhrn své argumentace obsažené v návrhu a vyjadřuje se k argumentaci zadavatele použité v předmětném správním řízení.
80. Ve vztahu k průběhu měření navrhovatel konstatuje, že zadavatel uzavřel s vybranou zkušební smlouvu o spolupráci, přičemž dle odst. 3.3 smlouvy objednatel zejména neodpovídá za řádné provedení měření ze strany poskytovatele. Navrhovatel se domnívá, že je ohroženo postavení dodavatelů, jelikož tito nemají se zkušební smluvní vztah, a nemohou tedy od předmětné zkušebny vymáhat řádné provedení měření. Navrhovatel má za to, že zadavatel je jedinou osobou, vůči které by se dodavatelé mohli domáhat zajištění řádného provedení měření, což však není reálně možné, jelikož zadavatel není přímo do provádění měření zapojen.
81. V návaznosti na výše uvedené navrhovatel konstatuje, že dle odst. 5.2 smlouvy o spolupráci je poskytovatel povinen provádět měření za rovných podmínek a žádného ze zájemců nijak nezvýhodnit nebo neznevýhodnit. Poskytovatel je především povinen provádět měření tak, aby podmínky těchto měření byly identické a aby žádný ze zájemců nebyl povinen hradit ve spojitosti s provedením samotného měření jakékoli náklady či poplatky. Navrhovatel je toho názoru, že ze smlouvy neplyne, co jsou podmínky měření a jak zkušebna konkrétně nespécifikovanou identičnost podmínek zajistí. Navrhovatel dále uvádí, že smlouva nestanoví žádný kontrolní mechanismus ze strany zadavatele ani ze strany dodavatele, což je dle názoru navrhovatele problematické, jelikož mezi dodavatelem a zkušební smlouvou není smluvní vztah.
82. K argumentaci zadavatele navrhovatel zejména uvádí, že požadavek zadavatele na předložení vzorku považuje za nepřiměřený, jelikož se k tomuto vztahuje celá řada parametrů a dochází k omezení možnosti dodavatelů nabídnout výrobek, který tito nabídnout chtějí.
83. Navrhovatel je toho názoru, že kvalifikační předpoklady nemohou představovat prostředek k vyloučení rizika, že dodavatel následně nebude schopen plnění sjednané ve smlouvě skutečně dodat. K tomuto účelu dle navrhovatele slouží zejména „vhodná smluvní dokumentace, která plní preventivní funkci (tj. hrozbou sankce nutí dodavatele, aby dodal řádné plnění v souladu s nabídkou a uzavřenou smlouvou) a případné následné uložení sankce, pokud není dodáno zboží řádně v souladu se smlouvou“. Navrhovatel má za to, že kvalifikační předpoklady slouží k prokázání schopnosti dodavatele požadované plnění zadavateli dodat, pokud bude nabídka tohoto vybrána jako nejvhodnější, přičemž tato skutečnost je prokazována prostřednictvím referencí, tj. předložením informací o významných dodávkách.
84. Dle názoru navrhovatele by byla relevantním kvalifikačním předpokladem z hlediska „kvantitativních parametrů“ (počet dodaných autobusů) kupříkladu referenční zakázka na dodávky vyššího počtu autobusů jednomu zadavateli.
85. Navrhovatel konstatuje, že nezpochybňuje možnost opakovaného předložení vzorku, avšak poukazuje na nepřiměřené prodloužení lhůty pro podání nabídek v délce jednoho měsíce, přestože došlo k marginální úpravě zadávacích podmínek, tj. ke zvýšení smluvní pokuty.

Navrhovatel tento úkon zadavatele považuje za účelový, jelikož směřuje k vytvoření dodatečného časového prostoru pro opakované předložení vzorku ze strany dodavatelů, jejichž vzorky byly zadavatelem posouzeny jako neodpovídající zadávací dokumentaci.

86. Dále navrhovatel podotýká, že šetřené požadavky zadavatele jsou v rozporu s metodikou UITP SORT, jelikož tato „*počítá s aktivní účastí výrobce na měření, který autobus pro měření připraví, provede test a odpovídá za výsledky a zejména pro měření poskytne svého řidiče*“.
87. Navrhovatel má za to, že pokud by zadavatel získal pochybnost o správnosti údajů o spotřebě paliva obsažených v nabídce, nic mu nebrání v souladu se zadávací dokumentací přistoupit k přeměření spotřeby paliva.
88. Podle názoru navrhovatele není podstatné, že tři dodavatelé včetně navrhovatele již předložili „*vyhovující vzorky*“, avšak zcela zásadní je, že předmětné požadavky zadavatele mohly vést k tomu, že někteří potenciální uchazeči o veřejnou zakázku byly „*odrazeni a vzorky zadavateli ani nepředložili*“.
89. Svou újmu navrhovatel spatřuje v omezení možnosti nabídnout nejlevnější autobus dle své vlastní volby, přičemž důsledkem výše uvedeného je hrozba, že nabídka navrhovatele nebude zadavatelem vybrána jako nejvhodnější a navrhovatel nebude moci realizovat zisk spojený s plněním veřejné zakázky.
90. Dále navrhovatel uvádí, že ani původní znění zadávacích podmínek nepovažuje za zcela ideální, avšak má za to, že není účelné domáhat se zrušení předmětného zadávacího řízení, a to především s ohledem na vysoké finanční náklady spojené se zadávacím řízením.
91. V návaznosti na výše uvedené se navrhovatel domáhá zrušení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele a uložení nápravného opatření v podobě zrušení změny zadávací dokumentace provedené zadavatelem prostřednictvím dodatečných informací č. 3 ze dne 19. 9. 2016 a dalších na tuto změnu navazujících úkonů zadavatele v zadávacím řízení.

Vyjádření zadavatele ze dne 12. 1. 2017

92. Dne 12. 1. 2017 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel zrekapituloval průběh řízení před Úřadem, dále odkázal na rozhodnutí o námitkách a své dřívější přípis, přičemž zadavatel má za to, že v nich vyvrátil veškeré argumenty navrhovatele, které se týkají údajně nezákonného jednání zadavatele s ohledem na nastavení technické kvalifikace a nastavení způsobu hodnocení nabídek v návaznosti na požadavek měření spotřeby paliva ve zkušebně určené zadavatelem.
93. K požadavku na technickou kvalifikaci spočívající v předložení vzorku autobusu zadavatel opětovně uvedl, že ke dni 12. 1. 2017 mu byly přistaveny jako vzorky celkem tři vozidla, přičemž tato vozidla splnila veškeré požadavky zadavatele. K uvedenému dni byly zadavateli předloženy rovněž tři vzorky testovací soustavy OIS, které splnily požadavky zadavatele.
94. Zadavatel dále uvedl, že pokud navrhovatel přistavil příslušný vzorek vozidla, který splnil podmínky zadavatele, pak požadavek na prokázání technické kvalifikace nemůže být vůči navrhovateli považován za nepřiměřený a diskriminační. Dle zadavatele proto navrhovateli nehrozí vznik žádné újmy, a návrh je tak v části týkající se stanovení technické kvalifikace neoprávněný.

95. Zadavatel taktéž zopakoval, že svůj požadavek na předložení vzorku považuje za oprávněný a jakožto sektorový zadavatel může stanovit jakékoliv objektivní požadavky, které umožňují objektivní posouzení kvalifikace dodavatele.
96. Argument navrhovatele, že požadavek na předložení vzorku vozidla je nepřiměřený, neboť lze zvolit jiný, méně náročný způsob prokázání kvalifikace, zadavatel odmítl. Dle zadavatele požadavek směřuje k samotnému předmětu veřejné zakázky, tzn. schopnosti dodat to, co je předmětem veřejné zakázky. Určité parametry vzorku je nutné ověřit si v praxi, nikoliv pouze na základě „papírové dokumentace“. Zadavatel na závěr zopakoval, že navrhovatel neuvedl žádný technický požadavek stanovený v příloze č. 10 zadávací dokumentace, který není schopen splnit a prokázat.
97. K otázce měření spotřeby v zadavatelem stanovené zkušební zadavatel opětovně uvedl, že pro účely měření byla do akreditované zkušebny přistavena celkem tři vozidla. Z toho lze dle zadavatele usoudit, že vozidlo pro měření předložil i navrhovatel. Zadavatel má tedy za to, že navrhovatel nemá s realizací samotného měření problém.
98. Zadavatel dále uvedl, že způsob nastavení hodnocení s ohledem na měření spotřeby paliva po dodatečných informacích č. 3 nemůže znamenat hodnocení neporovnatelných nabídek. Měření spotřeby v jedné zkušební má, jak již zadavatel několikrát uvedl, přispět k větší porovnatelnosti nabídek pro účely jejich hodnocení a k rovnému přístupu mezi dodavateli.
99. Dle zadavatele nelze požadavek na měření spotřeby chápat jako rozšíření technické kvalifikace, jelikož se jedná o typický případ hodnocení nákladů životního cyklu, kdy podle zkušeností zadavatele náklady na pohonné hmoty za celou životnost autobusu mohou dosahovat pořizovací ceny autobusu. Zadavatel uvedl, že navrhovatel v tomto případě nesprávně zaměňuje technickou kvalifikaci a vlastní hodnocení.
100. Dále podle zadavatele navrhovatel na jednu stranu uznává běžnou praxi zadavatelů a oprávněnost vyžadovat si protokoly z měření spotřeby pro účely podání nabídek, na druhou však uvádí, že v tomto případě jsou hodnoceny náklady, které byly změřeny na vzorku a nikoliv náklady, které mohou autobusy dosahovat. K tomuto zadavatel uvedl, že: *„Jak v případě, kdy by dodavatel předkládal svůj vlastní protokol, tak v případě, kdy jde o měření v zadavatelem stanovené zkušební, tak v obou případech muselo měření spotřeby probíhat na vozidle, které má takové vlastnosti rozhodné pro měření spotřeby paliva, které jsou shodné s nabízeným vozidlem.“*
101. Zadavatel konstatoval, že navrhovatel v průběhu správního řízení neuvedl žádné konkrétní informace o tom, že ve skutečnosti nabízí zadavateli jiné vozidlo (s ohledem na předložení vzorku autobusu), než měl v úmyslu nabídnout. Dle zadavatele jsou tvrzení navrhovatele pouze obecná.
102. Zadavatel rovněž uvedl, že do procesu měření prováděného jednou akreditovanou zkušebnou nezasahuje úmyslně. Důvodem je zachování nezávislosti zkušebny při měření a objektivnost samotného měření.
103. V rámci zadávacích podmínek zadavatel stanovil možnost přeměření spotřeby paliva na již dodaných autobusech s určitým sankčním mechanismem. Tato skutečnost dle zadavatele řeší až následek, nikoliv příčinu. Zadavatel uvedl, že: *„Pokud by např. došlo k situaci, kdy dodavatel předloží vlastní protokol z měření a v rámci tohoto měření by došlo např. k úpravě*

řídící jednotky apod. (příčemž takové případy se již v minulosti vyskytly), tudíž naměřená spotřeba je nižší než u běžně dodávaných vozidel, přičemž tato skutečnost by ovlivnila výsledek zadávacího řízení, jde o jednoznačný dopad přímo do soutěže o veřejnou zakázku, nikoliv pouze jen o možnost zadavatele vymáhat sankční plnění. Z tohoto důvodu je tedy mechanismus spoléhání se pouze na možnost přeměření spotřeby paliva po uzavření smlouvy nedostatečný.“. Tímto způsobem měření spotřeby se zadavatel snažil zajistit maximálně transparentní a nediskriminační prostředí.

104. V návaznosti na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby Úřad podaný návrh zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona, jelikož nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření navrhovaného navrhovatelem podle § 118 odst. 1 zákona, resp. podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona, jelikož návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

105. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech. Po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastních zjištění rozhodl ve smyslu ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele ze dne 18. 11. 2016, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.

Posouzení právního postavení zadavatele

106. Podle § 2 odst. 1 zákona se za zadavatele veřejné zakázky pro účely tohoto zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
107. 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.
108. Podle § 2 odst. 6 zákona je sektorovým zadavatelem osoba vykonávající některou z relevantních činností podle § 4 zákona, pokud
- a) tuto relevantní činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva, nebo
 - b) nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv; dominantní vliv veřejný zadavatel uplatňuje v případě, že
 1. disponuje většinou hlasovacích práv sám či na základě dohody s jinou osobou, nebo
 2. jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
109. 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.

110. 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.
111. 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, náleží v šetřeném případě zadavatel.
112. Z výpisu z obchodního rejstříku vyplývá, že zadavatel je akciovou společností. Z výroční zprávy zadavatele za rok 2015 (dostupná na <http://www.dpp.cz/vyrocní-zpravy/>) je dále zřejmé, že jeho jediným akcionářem je hlavní město Praha. Z výpisu z obchodního rejstříku zadavatele taktéž vyplývá, že předmětem podnikání zadavatele je, mimo jiného, i „*silniční motorová doprava - osobní provozovaná vozidla určenými pro přepravu více než 9 osob včetně řidiče*“.
113. 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 hl. m. Prahy, akciová společnost, je akciovou společností, jejímž jediným akcionářem je hlavní město Praha. Nemůže být proto sporu o tom, že je zde naplněna první ze shora popsaných podmínek (tj. zda se jedná o jinou právnickou osobu v určitém vztahu ke konkrétnímu veřejnému zadavateli) pro konstatování, že Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona. Jestliže 100 % akcií drží hlavní město Praha, které je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona, pak předpoklad výše popsaného „ovládání“ Dopravního podniku hl. m. Prahy, akciová společnost, coby tzv. jiné právnické osoby, je beze zbytku splněn.
114. Pokud jde o naplnění i druhé z podmínek pro učinění závěru, že Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona, a sice podmínky uspokojování potřeb veřejného zájmu, jež nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, 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 hl. m. Prahy, akciová společnost, náleží, mimo jiného, i „*silniční motorová doprava - osobní provozovaná vozidla určenými pro přepravu více než 9 osob včetně řidiče*“. Lze tak dovodit, že silniční motorová doprava osobní, která je provozovaná vozidly určenými pro přepravu více než 9 osob, nemá sloužit k uspokojení potřeb

konkrétních jednotlivců, případně úzké skupiny osob, nýbrž k uspokojení potřeb samotného státu, tedy České republiky, potažmo jejích obyvatel. Provozování 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, která současně s ohledem na způsob zajišťování těchto služeb nemá obchodní ani průmyslovou povahu. Vzhledem k právě řečenému Úřad tudíž dovozuje, že je tímto splněna i druhá z podmínek vymezených v § 2 odst. 2 písm. d) zákona. Nezbyvá proto než konstatovat, že Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, je bezpochyby veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona.

115. Úřad se bude v dalším zabývat otázkou, zda byl zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky oprávněn postupovat dle ustanovení zákona platných pro sektorové zadavatele.
116. 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.
117. 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.
118. 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.
119. Výše bylo řečeno, že do předmětu podnikání Dopravního podniku hl. m. Prahy, akciová společnost, spadá, mimo jiného, i 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 uvedené činnosti 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 je dodávka až 300 ks nízkopodlažních autobusů. Zadavatel tedy poptává dodavatele nízkopodlažních standardních autobusů 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 až 300 ks nízkopodlažních autobusů s celovozovou kompresorovou klimatizací, vybavených odbavovacím a informačním systémem (OIS), a to dle požadavku zadavatele, přímo souvisí s výkonem relevantní činnosti, a proto při jejím zadávání platila podle § 2 odst. 7 zákona pro zadavatele ta ustanovení zákona, která se vztahují na sektorové zadavatele.

Relevantní ustanovení zákona

120. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
121. Podle § 50 odst. 3 zákona je veřejný zadavatel povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.
122. V § 63 odst. 1 zákona je stanoveno, že sektorový zadavatel je oprávněn stanovit jakékoliv objektivní požadavky, které umožňují objektivní posouzení kvalifikace dodavatele.
123. V § 63 odst. 4 zákona je stanoveno, že sektorový zadavatel vymezení 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.
124. Podle § 63 odst. 8 zákona platí ustanovení § 50 odst. 2 věty druhé zákona a § 50 odst. 3 zákona pro sektorového zadavatele obdobně.
125. Podle § 65 odst. 1 zákona je dodavatel v otevřeném řízení povinen prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání nabídek. V případě otevřeného řízení se zavedením dynamického nákupního systému je dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace nejpozději s podáním předběžné nabídky.
126. Podle § 118 odst. 5 zákona Úřad návrh zamítne, pokud
 - a) nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odstavce 1 nebo 2,
 - b) byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle odstavce 2, ale zadavatel prokáže naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle odstavce 3 nebo naplnění důvodu podle odstavce 4,
 - c) návrh nebyl podán oprávněnou osobou, nebo
 - d) návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení nebo v soutěži o návrh.

Skutečnosti zjištěné z předložené dokumentace

127. V bodě 6. 2 zadávací dokumentace v původním znění zadavatel k součinnosti před uzavřením smlouvy uvedl: *„Zadavatel si dále vyhrazuje právo požadovat po vybraném uchazeči v rámci poskytnutí součinnosti před uzavřením rámcové smlouvy přistavení a předvedení předváděcího vozu nízkopodlažního autobusu, který má být předmětem plnění této zakázky, a to nejpozději do 10 pracovních dnů od doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky... Vrácení předváděcího vozidla bude zadavatelem uskutečněno týž den na stejném místě, a to po provedení kontroly, zda předváděcí vůz splňuje základní požadavky zadavatele, které jsou uvedeny v příloze č. 10 této zadávací dokumentace.“*
128. V dodatečných informacích č. 3 ze dne 19. 9. 2016 zadavatel poskytl následující dodatečné informace podle § 49 odst. 4 zákona bez předchozí žádosti: *„S ohledem na výše uvedenou změnu zadávacích podmínek v souvislosti s měření spotřeby paliva dle metodiky UITP SORT cyklus 2 zadavatel provedl taktéž změnu, která se týká podmínek zadavatele na součinnosti před uzavřením smlouvy (kap. 6 zadávací dokumentace v původním znění). Zadavatel již*

nepožaduje poskytnutí této specifické součinnosti před uzavřením smlouvy a místo toto pro ověření, zda nabízené autobusy splňují minimální technické podmínky, resp. zda testovací sestava OIS splňuje minimální technické podmínky, zadavatel nově požaduje v rámci prokázání technické kvalifikace předložení vzorku jednoho kusu standardního nízkopodlažního autobusu, který splňuje minimální technické parametry dle přílohy č. 10 zadávací dokumentace, a předložení vzorku jednoho kusu testovací sestavy OIS, který splňuje minimální technické parametry dle přílohy č. 9 zadávací dokumentace. V případě vzorku testovací sestavy OIS zadavatel dále uvádí, že přílohu č. 12 zadávací dokumentace tvoří vzorové datové soubory pro účely předvedení funkčnosti tohoto vzorku testovací sestavy OIS ze strany uchazečů. Bližší informace jsou uvedeny v čl. 4.6 a 4.9 zadávací dokumentace, která tvoří přílohu těchto dodatečných informací.“

129. Podle bodu 4.6 „Technické kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace prokazuje dodavatel splnění technických kvalifikačních předpokladů mj. předložením vzorku jednoho kusu nízkopodlažního standardního autobusu, který splňuje minimální technické parametry dle přílohy č. 10 zadávací dokumentace a předložením vzorku jednoho kusu testovací sady OIS, která splňuje minimální technické parametry dle přílohy č. 9 této zadávací dokumentace.
130. V bodu 4.9 „Předložení vzorků“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že: *„Pokud tato zadávací dokumentace vyžaduje k prokázání technické kvalifikace předložení vzorku, uchazeč předloží příslušný vzorek na místo určené zadavatelem v rámci některého z provozů zadavatele na území hlavního města Praha... K předložení příslušného vzorku však musí dojít nejpozději 4 pracovní dny před koncem lhůty pro podání nabídky. Zadavatel uvádí, že příslušný vzorek musí být předložen před uplynutím lhůty pro prokázání kvalifikace, tj. před koncem lhůty pro podání nabídek... O předložení vzorku bude sepsán protokol podepsaný oprávněnými (pověřenými) zástupci obou stran. Na základě provedené kontroly, případně i zkušební jízdy, zadavatel odešle do dvou (2) pracovních dnů uchazeči písemné potvrzení o úspěšném prokázání splnění tohoto technického kvalifikačního předpokladu, který slouží jako doklad pro prokázání splnění kvalifikace, a to pro každý výše uvedený vzorek samostatně. Tento doklad je povinen uchazeč předložit v rámci své nabídky.“*
131. Podle bodu 6 „Měření spotřeby“ zadávací dokumentace požaduje zadavatel pro účely měření nákladů na pohonné hmoty při referenční spotřebě dle metodiky UITP SORT cyklus 2 v posledním znění, aby všichni uchazeči toto měření provedli v akreditované zkušebně společnosti TÜV SÜD Czech s.r.o. na adrese Úhelnice 41, 294 06 Kněžmost, se kterou zadavatel pro tyto účely uzavře smluvní vztah garantující níže uvedené skutečnosti, jakož i důvěrnost veškerých informací vzešlých z měření spotřeby a rovný přístup vůči všem dodavatelům. K měření spotřeby musí být přistaven standardní nízkopodlažní autobus, který bude mít veškeré parametry významné z hlediska spotřeby paliva totožné s nabízeným autobusem a který má najeto mezi 20 000 km a 60 000 km. Měření proběhne dále za níže uvedených podmínek:
- a) *„Uchazeč poskytne nezbytnou organizační součinnost, zejména při zajištění technických podkladů nezbytných pro instalaci měřícího zařízení a zdárný průběh měření.*
 - b) *Uchazeč je povinen provést základní přípravu vozidla, tj. naložení hrubé zkušební zátěže a vytažení palivových hadic.*

c) *V rámci fyzického měření spotřeby paliva nelze použít žádné pomocné softwarové či hardwarové nástroje (obecně nazývané pojmem „drive assistant“), které by během jakékoliv části procesu měření nahrazovaly činnost řidiče vozu.*

d) *Veškerý software všech prvků kinematického řetězce musí být shodného provedení s nabízeným vozem.*

e) *Způsob pohonu a regulace chlazení či dalších prvků poháněných od motoru a převodovky (např. chlazení, kompresor, servořízení atd.) musí být shodný s nabízeným vozem. Vozidlo musí být vybaveno dostatečným počtem alternátorů k pokrytí spotřeby elektrické energie.*

f) *Veškeré náplně provozních kapalin a maziv musí být z hlediska svých užitných vlastností a provozního množství (objemu) shodné s kapalinami a mazivami užitými v rámci výroby nabízeného vozu, nebo doporučenými výrobcem jako alternativní produkty, které lze plnohodnotně použít pro běžný provoz vozu.*

g) *V rámci fyzického měření spotřeby paliva není dovoleno trvale či přerušovaně odpojovat jakékoliv zařízení či spotřebič, jehož deaktivace by měla vliv na výsledky měření. Výjimku pro akceptaci takové funkce lze připustit pouze v případě, že se tak standardně děje a bude dít i na nabízeném voze v rámci běžného provozu. Klimatizace bude odpojována po celou dobu odpojována po dobu zkoušky.*

h) *Rozměry vozidla musí odpovídat provedení nabízeného vozu (tzn. musí zůstat například zachované přídavné výměníky tepla na střeše, pakliže jsou sériově instalovány).“.*

Zadavatel nebude akceptovat jakýkoliv jiný protokol z měření spotřeby paliva, než od výše uvedené zkušebny, přičemž se musí jednat o měření, které proběhlo až po 20. 9. 2016 a vydaný protokol z měření spotřeby paliva bude vydaný výhradně pro účely předmětného zadávacího řízení, což akreditovaná zkušebna výslovně uvede v rámci protokolu o měření spotřeby paliva.

„Náklady na samotné měření, tj. bez nákladů na přistavení vozidla, uhradí zadavatel, a to pro jedno kompletní měření jednoho (1) ks autobusu pro účely tohoto zadávacího řízení.“.

Samotné měření spotřeby paliva bude dle uvedeného bodu zadávací dokumentace provedeno v rámci pěti jízdních cyklů SORT 2 tam a zpět, přičemž na základě těchto pěti měření bude následně eliminován nejlepší a nejhorší výsledek tam i zpět, a ze zbylých tří výsledků měření bude vypočten průměr. V předmětném bodu zadávací dokumentace je dále uvedeno, že naměřené hodnoty nebudou sděleny ze strany zkušebny zadavateli do konce lhůty pro podání nabídek, a že zkušebna nebude tyto informace poskytovat jiným dodavatelům.

K výroku rozhodnutí

K požadavku zadavatele na předložení vzorku autobusu

132. Úřad k šetřenému případu v obecné rovině konstatuje, že zákonná úprava požadavků sektorového zadavatele na kvalifikaci je ve srovnání s úpravou platnou pro veřejného zadavatele volnější. Sektorový zadavatel není při stanovení požadavků na prokázání splnění kvalifikace omezen určenými oblastmi kvalifikace, ale při splnění zákonem stanovených podmínek je do značené míry ponecháno na uvážení sektorového zadavatele, jaké

kvalifikační požadavky bude po dodavatelích požadovat. Požadavky sektorového zadavatele na kvalifikaci musí jednak splňovat podmínku objektivnosti, kdy musí být možno splnění kvalifikace objektivně posoudit (tj. výsledek posouzení prokázání splnění kvalifikace konkrétním dodavatelem by neměl záviset na subjektu, který toto posouzení provádí), současně musí být požadavky zadavatele na kvalifikaci stanoveny přiměřeně ve vztahu k rozsahu a složitosti předmětu plnění zadávané veřejné zakázky a musí být dána jejich bezprostřední souvislost s předmětem veřejné zakázky. Sektorový zadavatel je rovněž povinen při vymezení požadavků na kvalifikaci postupovat v souladu se zásadami dle § 6 odst. 1 zákona, zejména pak stanovit své požadavky transparentně a nediskriminačně.

133. Úřad v této souvislosti poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 87/2008 ze dne 9. 7. 2009 (jehož závěry lze obdobně aplikovat i v šetřeném případě), podle kterého *„Předmět veřejné zakázky vychází z potřeb zadavatele a může mít nejrůznorodější charakter daný jeho věcným obsahem, potřebami zadavatele, jeho finančními možnostmi, apod. Odpovědnost za stanovení kvalifikačních kritérií je proto plně na zadavateli. Zadavatel podle předmětu veřejné zakázky volí konkrétní další kvalifikační kritéria, kterými vymezuje odpovídající úroveň způsobilosti dodavatele poskytnout, dodat nebo provést předmět veřejné zakázky. Pokud ve vztahu k veřejné zakázce dospěje k závěru, že splnění dalších kvalifikačních kritérií není nutné, nemusí jejich prokazování požadovat vůbec. Pokud však dospěje k závěru opačnému, musí pečlivě vážit, jaké minimální kvalifikační požadavky jsou pro provedení jím zadávané veřejné zakázky nezbytné. Musí se přitom vyvarovat všech požadavků, které s předmětem zadávané zakázky nesouvisí věcně či bezprostředně. ... Stanovení kvalifikačních kritérií proto 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 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 potenciálních dodavatelů, kteří jsou způsobilí předmětnou zakázku splnit.“*. Dále v citovaném rozsudku Nejvyšší správní soud konstatoval, že nastavení kvalifikačních předpokladů, které nemají vazbu na předmět nebo rozsah zadávané veřejné zakázky, ale pouze znemožní některým dodavatelům se o veřejnou zakázku ucházet, lze považovat za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacím řízení.
134. V návaznosti na výše uvedené Úřad uvádí, že účelem požadavků na kvalifikaci je tedy objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Způsobilost dodavatelů se hodnotí zejména s ohledem na jejich dovednosti, zkušenosti, výkonnost a spolehlivost. Zadavatel si musí být vědom toho, že vymezením kvalifikačních předpokladů, zejména stanovením příliš přísných kritérií prokázání způsobilosti dodavatele, může výrazným způsobem ovlivnit okruh dodavatelů, mezi jejichž nabídkami bude v závěrečné fázi zadávacího řízení vybírat. Z uvedeného důvodu je zadavatel při stanovení kvalifikačních předpokladů vždy povinen respektovat zásady nediskriminace, transparentnosti a rovného zacházení ve smyslu § 6 odst. 1 zákona.

135. K významu § 6 odst. 1 zákona (dříve § 6 zákona) se ve svém rozhodnutí č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 ze dne 5. 6. 2008 rovněž vyjádřil Nejvyšší správní soud, který konstatoval, že *„Toto ustanovení totiž v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. ... 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 práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)“*. Nejvyšší správní soud dále v citovaném rozhodnutí uvedl, že *„... za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.“*
136. Z výše uvedeného vyplývá, že stanovení kvalifikačních předpokladů nesmí vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení či jakémukoliv zvýhodnění některého z dodavatelů. Účelem kvalifikace je zabezpečit účast všech potenciálních dodavatelů, kteří jsou způsobilí předmětnou veřejnou zakázku plnit. Zásada nediskriminace se pak při vymezení požadavků zadavatele na prokázání splnění kvalifikace promítá do § 50 odst. 3 zákona, dle kterého je zadavatel povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky, a v případě sektorového dodavatele (tedy v šetřeném případě) jsou tyto požadavky dále doplněny v § 63 odst. 1 zákona, podle kterého je sektorový zadavatel oprávněn stanovit jakékoliv objektivní požadavky, které umožňují objektivní posouzení kvalifikace dodavatele.
137. Požadavky na prokázání technických kvalifikačních předpokladů zadavatel stanovil v čl. 4 „Kvalifikace dodavatele“, bodu 4.6 „Technické kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace, přičemž navrhovatel rozporuje požadavek zadavatele spočívající v předložení vzorku jednoho kusu nízkopodlažního standardního autobusu, který splňuje minimální technické parametry dle přílohy č. 10 zadávací dokumentace, neboť je takto stanovený požadavek k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dle navrhovatele v rozporu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona a základními zásadami stanovenými v § 6 odst. 1 zákona. Dle navrhovatele se jedná o požadavek zcela zjevně nepřiměřený ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky. Změna požadavku zadavatele na předložení vzorku již ve fázi podání nabídek, tedy nikoliv až v rámci součinnosti před uzavřením smlouvy, nebyla dle navrhovatele uskutečněna na základě dotazu dodavatele, ale z vůle zadavatele, což dle navrhovatele vyvolává obavy o transparentnost zadávacího řízení.
138. K možnému porušení § 56 odst. 5 písm. c) zákona zadavatelem Úřad s odkazem na výše uvedené konstatuje, že obecné požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů, které

platí i pro sektorové zadavatele, jsou uvedeny v § 50 odst. 3 zákona, podle kterého musí být tyto omezeny pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Při stanovování kvalifikačních předpokladů sektorovým zadavatelem platí rovněž ustanovení § 63 odst. 1 zákona, podle kterého je zadavatel oprávněn stanovit jakékoliv objektivní požadavky, které umožňují objektivní posouzení kvalifikace dodavatele a dále § 63 odst. 4 zákona, podle kterého musí sektorový zadavatel vymežit rozsah informací a dokladů v rámci požadované kvalifikace s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu veřejné zakázky. Úřad konstatuje, že ustanovení § 63 odst. 4 zákona týkající se stanovení kvalifikačních předpokladů sektorovým zadavatelem a jejich prokazování odkazuje pouze na jejich návaznost na předmět a rozsah veřejné zakázky, avšak neukládá zadavateli přesný postup, jakým má kvalifikační předpoklady stanovit. Ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) zákona je v rámci zákona systematicky řazeno v hlavě V. „Kvalifikace“ dílu 1 „Požadavky veřejného zadavatele na kvalifikaci“ a na sektorového zadavatele se nevztahuje. Proto nemohlo být v šetřeném případě zadavatelem citované ustanovení zákona zadavatelem porušeno.

139. V návaznosti na výše uvedené Úřad uvádí, že ačkoliv je do velké míry ponecháno na uvážení sektorového zadavatele, jaké kvalifikační předpoklady bude po dodavatelích požadovat při splnění zákonem stanovených podmínek, a ačkoliv sektorový zadavatel není při stanovení požadavků na prokázání splnění kvalifikace omezen určenými oblastmi kvalifikace, tj. nevztahují se na něj (s výjimkou případů, kdy postupuje podle § 63 odst. 2 zákona, případně § 63 odst. 3 zákona) ustanovení hlavy V. „Kvalifikace“ dílu 1 „Požadavky veřejného zadavatele na kvalifikaci“, která mimo jiné stanovují požadavky na prokázání splnění základních, profesních a technických kvalifikačních předpokladů dodavatele, nic mu nebrání, když se těmito ustanoveními „inspirované“ a stanoví si obdobný kvalifikační předpoklad. Je-li tedy veřejný zadavatel v souladu se zákonem oprávněn požadovat po dodavatelích prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 1 písm. e) zákona, tj. může k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky požadovat vzorky, popisy nebo fotografie zboží určeného k dodání, jehož účelem je obecně dosáhnout toho, aby veřejný zadavatel měl v době před zahájením vlastního plnění veřejné zakázky jasné povědomí o tom, jak dodavatelem navrhované zboží vypadá a jaké má technické vlastnosti (vzorky, popisy), je tím spíše sektorový zadavatel (který není takto striktně omezen při stanovování požadavků na prokázání splnění kvalifikace jako veřejný zadavatel) oprávněn použít obdobný požadavek na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele. Lze tedy uzavřít, že pokud bylo Úřadem výše dovozeno, že zadavatel je oprávněn požadovat vzorek jakožto kvalifikační předpoklad, který slouží k prokázání skutečnosti, že dodavatel je schopen kvalifikovaně plnit předmět veřejné zakázky, je v souladu se zákonem, že zadavatel k požadavku na předložení vzorku jednoho kusu nízkopodlažního standardního autobusu, který splňuje minimální technické parametry dle přílohy č. 10 zadávací dokumentace, jako k požadavku na prokázání kvalifikace přistupuje. Proto i předmětem přezkumu Úřadu v šetřeném případě je otázka stanovení požadavku zadavatele na předložení výše specifikovaného vzorku autobusu jakožto požadavku zadavatele na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele.
140. Z výše uvedených závěrů rozsudků Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 87/2008 ze dne 9. 7. 2009 a č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 ze dne 5. 6. 2008 je zřejmé, že nastavení kvalifikačních předpokladů, které nemají vazbu na předmět (jeho druh, složitost, technickou náročnost)

nebo rozsah (velikost) zadávané veřejné zakázky, ale pouze znemožní některým dodavatelům se o veřejnou zakázku ucházet, lze považovat za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacím řízení. Dále se tedy Úřad zabýval otázkou, zda požadavek zadavatele na předložení vzorku dle bodu 4. 6 „Technické kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace odpovídá předmětu a zároveň rozsahu zadávané veřejné zakázky.

141. Jak vyplývá z bodu 2.1 „Předmět veřejné zakázky“ zadávací dokumentace, účelem zadávacího řízení na veřejnou zakázku je uzavření rámcové smlouvy na dodávku až 300 kusů standardních nízkopodlažních autobusů pro zadavatele, přičemž rámcová smlouva bude uzavřena na dobu pěti let. Konkrétní specifikace autobusů je dle uvedeného bodu zadávací dokumentace stanovena v přílohách závazného vzoru rámcové smlouvy, která tvoří přílohu č. 3 zadávací dokumentace. Technická specifikace předmětných autobusů je vymezena v příloze č. 1 „Rámcové smlouvy o dodávce autobusů“, která tvoří přílohu č. 3 zadávací dokumentace. Zadavatel v uvedeném dokumentu přesně vymezuje široký okruh parametrů, které musí jím poptávané autobusy splňovat.
142. Jak vyplývá z bodu 4.6 „Technické kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace, zadavatel požaduje prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů mj. předložením vzorku jednoho kusu nízkopodlažního standardního autobusu, který splňuje minimální technické parametry dle přílohy č. 10 zadávací dokumentace, kde je uvedeno pouze několik požadavků z velkého množství požadavků zadavatele na předmět plnění veřejné zakázky vymezených v příloze č. 1 „Rámcové smlouvy o dodávce autobusů“, a to požadavky na rozměry karoserie, nájezdové úhly, světlou výšku, počet a rozměry dveří, palivo, bezpečnost dveří a převodovku. Další požadavky, kterými zadavatel specifikuje parametry předmětu plnění veřejné zakázky, na předložení vzorku v příloze č. 10 zadávací dokumentace uvedeny nejsou.
143. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel v šetřeném případě nepožaduje, aby předložený vzorek autobusu splňoval všechny požadavky zadavatele na předmět plnění veřejné zakázky, ale pouze některé ze zadavatelem požadovaných parametrů tak, aby měl zadavatel možnost splnění uvedených parametrů ještě před výběrem nejvhodnější nabídky ověřit. Úřad konstatuje, že zadavatel nepožaduje k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů kompletní vzorek autobusu, jenž má být předmětem samotných dodávek (tzn. finální výrobek), nýbrž vzorek splňující pouze několik zadavatelem požadovaných technických parametrů, na kterém si může zadavatel ověřit schopnost dodavatele dodat předmět plnění odpovídající základním požadavkům zadavatele. Úřad konstatuje, že zájem zadavatele ověřit si vlastnosti a funkčnost poptávaného zboží, aby byl srozuměn s tím, jaké zboží pořizuje, je plně akceptovatelný. Úřad rovněž uvádí, že požadavek zadavatele není v tomto směru samoučelný. Jeho smyslem je, aby se zadavatel ujistil, že mu budou dodána vozidla, která splňují určité parametry, které lze dle názoru Úřadu označit jako základní parametry. Přestože předložení vzorku nepochybně způsobí zvýšení nákladů na straně uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku, nelze zadavateli upírat právo na ověření si základních parametrů poptávaného plnění a funkčnosti jeho dílčích systémů, které lze ověřit pouze na základě předložení vzorku, neboť ze samotné podstaty ověřovaných charakteristických vlastností autobusu, kdy je, jak upozorňuje zadavatel, například ověřovaná funkce dveří zabraňující sevření cestujícího při jejich zavírání, je zřejmé, že ověření požadovaných funkčních vlastností nelze nahradit požadavkem na předložení

dokumentu v papírové podobě, neboť ověření požadovaných vlastností je spjato se samotným fyzickým průběhem zkoušky, a nikoliv pouze s administrativním posouzením deklarovaných vlastností. V této souvislosti je nutné rozlišit mezi posuzováním vlastností, které lze jednoznačně ověřit i bez fyzického předložení vzorku, např. ověření požadavku na počet dveří (to je možné učinit rovněž z technické dokumentace), a ověřením vlastností, jejichž charakter je bezprostředně spjat se samotným fyzickým ohledáním. V případě první skupiny vlastností je možné učinit ověření pouze na základě předložení „dokumentu v papírové podobě“ (např. technické dokumentace), avšak v druhém případě je nutné předložit vzorek k fyzickému ověření požadovaných vlastností, tak jako tomu bylo v šetřeném případě. Úřad konstatuje, že požadavek zadavatele na předložení jednoho kusu nízkopodlažního standardního autobusu, který splňuje minimální technické parametry dle přílohy č. 10 zadávací dokumentace, vychází z objektivních a předem definovaných příčin, a jedná se proto o požadavek zadavatele odpovídající předmětu veřejné zakázky.

144. Co se týká rozsahu veřejné zakázky, Úřad uvádí, že předmětem plnění veřejné zakázky je dodávka 300 kusů autobusů, přičemž předpokládaná hodnota šetřené veřejné zakázky činí dle bodu 3.3 „Předpokládaná hodnota této veřejné zakázky“ 1 650 000 000 Kč bez DPH. Jedná se tedy o nadlimitní veřejnou zakázku na dodávky, a lze tak předpokládat, že dodavatel bude moci dodávat velký objem zboží (autobusů) v poměrně vysoké hodnotě. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětem veřejné zakázky je dodávka 300 kusů autobusů ve výše uvedené předpokládané hodnotě, dospěl Úřad k závěru, že požadavek zadavatele na předložení 1 kusu „vzorku“ autobusu, který musí splňovat pouze některé předem definované parametry, tj. nemusí se v dané fázi zadávacího řízení jednat o finální produkt, odpovídá rozsahu předmětu veřejné zakázky. Požadavek na předložení jednoho kusu „vzorku“ autobusu je ve vztahu k celkovému dodávanému počtu autobusů, jakož i k předpokládané hodnotě posuzované veřejné zakázky marginální, a tudíž z pohledu Úřadu nemůže pro potenciální dodavatele, kteří se opravdu o získání této veřejné zakázky ucházejí, představovat překážku pro podání nabídky, resp. nemůže se jednat o požadavek, který by podstatně omezoval hospodářskou soutěž. Úřad současně podotýká, že vzorky, které jsou zadavateli předloženy, jsou uchazečům následně vráceny, tedy v podobě předložení vzorků se nejedná o investici uchazeče, která by ve vztahu k celkovému rozsahu a hodnotě veřejné zakázky byla nepřiměřená. Nadto dodavatel nemusí vynakládat finanční prostředky na výrobu takového vzorku autobusu pouze pro účely splnění zadavatelem požadované kvalifikace, neboť se může jednat o vzorek autobusu, který již byl dodavatelem v minulosti vyroben a dodavatel si jej tak může vypůjčit od svého zákazníka.
145. Úřad dále uvádí, že v rámci předložení vzorku nedochází k jeho znehodnocení, tj. není vystaven takovým zkouškám, které by měly za následek faktické zničení předloženého autobusu, např. nárazovým testům apod. V daném případě jsou „pouze“ ověřeny některé vlastnosti předloženého vzorku, aniž by toto ověření bylo spojeno se vznikem nepřiměřených či excesivních nákladů.
146. Úřad k porovnání hodnoty požadovaného vzorku s celkovým rozsahem předmětné veřejné zakázky konstatuje, že je vždy nutné posuzovat důvody, pro které byly tyto vzorky vyžádány, jakými objektivními příčinami byl zadavatel veden při formulaci takového požadavku atd. Pouze na základě mechanického porovnání hodnoty vzorku s předpokládanou hodnotou veřejné zakázky nelze činit závěry, vždy je nutné posuzovat požadavek zadavatele

na předložení vzorku ve vztahu k důvodům tohoto požadavku zadavatele, aby bezdůvodně nedocházelo k podstatnému omezení hospodářské soutěže. Obecně přitom platí, že jakékoliv stanovení kvalifikačních předpokladů je způsobilé omezit okruh možných uchazečů o veřejnou zakázku na ty, kteří poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně realizovat, tj. požadavek na vzorek může sám o sobě omezovat hospodářskou soutěž tím, že se jí neúčastnili ti dodavatelé, jež takovým vzorkem nedisponují. Za nepřipustné považuje zákon pouze takové omezení hospodářské soutěže, které nese znaky bezdůvodného podstatného omezení hospodářské soutěže, což se však, jak vyplývá z výše uvedených závěrů Úřadu, v daném případě nestalo.

147. Z výše uvedeného Úřad dovozuje, že požadavek zadavatele na předložení vzorku autobusu uvedený v bodu 4. 6 „Technické kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace odpovídá předmětu i rozsahu veřejné zakázky, a nelze jej tak považovat za diskriminační ve smyslu rozsudků Nejvyššího správního soudu č.j. 9 Afs 87/2008 ze dne 9. 7. 2009 a č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 ze dne 5. 6. 2008.
148. K námitce navrhovatele, že změna požadavku zadavatele na předložení vzorku autobusu na základě dodatečných informací č. 3 ze dne 19. 9. 2016 je netransparentní, neboť zadavatel tuto změnu provedl svévolně bez předchozího dotazu některého z dodavatelů, Úřad konstatuje, že v souladu s § 49 odst. 4 zákona je zadavatel oprávněn poskytnout dodavatelům dodatečné informace k zadávacím podmínkám i bez předchozí žádosti. Takto poskytnuté dodatečné informace upravující zadávací podmínky však nesmí být v rozporu se zákonem, což bylo v šetřeném případě, jak vyplývá z výše uvedeného, naplněno, a předmětná změna zadávacích podmínek tak nevnáší do zadávacího řízení na veřejnou zakázku prvky netransparentnosti. Úřad v této souvislosti uvádí, že je právem zadavatele provádět při dodržení souvisejících zákonných ustanovení (např. týkajících se prodloužení lhůty pro podání nabídek) změny zadávací dokumentace, přičemž zadavatel není povinen takto provedené změny zdůvodňovat.
149. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel neodpověděl na dotaz týkající se možnosti nahradit předložení vzorku čestným prohlášením v rámci dodatečných informací č. 9 ze dne 16. 11. 2016, Úřad pro úplnost konstatuje následující. Zadavatel v citovaných dodatečných informacích uvedl, že nelze předjímat dodavatelem navrhovaný způsob prokázání splnění kvalifikačních předpokladů, nicméně trvá na splnění tohoto technického kvalifikačního předpokladu, přičemž způsob jeho prokázání vyplývá ze zadávací dokumentace. Na tomto místě Úřad uvádí, že proces zadávání veřejných zakázek je založen na souslednosti jednotlivých kroků, přičemž posouzení kvalifikace je záležitostí výhradně hodnotící komise (případně zvláštní komise pro posouzení kvalifikace), která jako jediná může činit v dané věci příslušné závěry. Zadavatel tak ve vztahu ke způsobu prokázání technických kvalifikačních předpokladů, a to možnosti nahradit předložení vzorku autobusu se specifickými funkcemi k zajištění ochrany cestujících při otevírání a zavírání dveří čestným prohlášením, v dodatečných informacích v souladu se zákonem toliko vyložil, jaké možnosti jsou dány tímto zákonem, aniž by předjímal, zda dodavatelem navrhovaný způsob prokázání splnění kvalifikačních předpokladů bude považovat za dostačující. V této souvislosti Úřad dodává, že v případě předložení vzorku autobusu před lhůtou pro podání nabídek je dle bodu 4.9 zadávací dokumentace ze strany zadavatele vydáno písemné potvrzení, přičemž tento doklad je uchazeč povinen předložit v rámci své nabídky. V dané fázi zadávacího řízení je pouze

vydán doklad, který musí být součástí nabídky, avšak není ze strany zadavatele učiněn závěr o splnění kvalifikace jako celku, a to právě s ohledem na fázi zadávacího řízení, neboť stále běží lhůta pro podání nabídek. Co se týká navrhovatelem namítaného prodloužení lhůty pro podání nabídek na základě citovaných dodatečných informací, jehož důvodem byl dle navrhovatele uvedený dotaz jednoho z dodavatelů, Úřad konstatuje, že na základě uvedených dodatečných informací bylo kromě zodpovězení citovaného dotazu také změněno ustanovení 9.1 závazného vzoru smlouvy o výpůjčce týkající se možné smluvní pokuty, čímž došlo k úpravě zadávacích podmínek, a tak byl zadavatel povinen postupovat podle § 42 odst. 7 zákona. Nelze tak konstatovat, že prodloužení lhůty pro podání nabídek na základě citovaných dodatečných informací bylo provedeno účelově z důvodu dotazu uchazeče týkajícího se předložení vzorku.

150. K námitce zadavatele, že návrh je v této části neoprávněný, jelikož navrhovatel již zadavateli přistavil příslušný vzorek vozidla, který splňuje veškeré podmínky na vzorky kladené zadavatelem, a proto již navrhovateli nemůže hrozit vznik újmy (blíže viz bod 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad konstatuje, že skutečnost, že navrhovatel předložil vzorek splňující požadavky zadavatele stanovené v příloze č. 10 zadávací dokumentace, je z hlediska posouzení oprávněnosti podat návrh irelevantní. Úřad má za prokázané, že obsahem návrhu je vyjádření újmy, která navrhovateli hrozí, což ostatně ani zadavatel nerozporuje. Směřuje-li výtky proti zadávacím podmínkám s návrhovým tvrzením, že určitá zadávací podmínka je nezákonná, neznamená sám o sobě fakt, že navrhovatel tuto případně nezákonně nastavenou podmínku splnil, že tím padá argumentace o nezákonnosti a postup zadavatele je plně v souladu se zákonem a žádná újma navrhovateli vzniknout nemohla. Absence újmy má za následek, že by věc nemohla být meritorně posouzena. To však v této konkrétní věci nenastalo. Navrhovatel tedy byl osobou oprávněnou k podání návrhu a tuto oprávněnost nepozbyl.
151. Úřad tedy tuto část odůvodnění uzavírá s tím, že posoudil požadavek zadavatele na předložení vzorku autobusu stanovený v bodu 4.6 „Technické kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace z hlediska požadavků zákona, a konstatuje, že zadavatel nestanovil uvedený požadavek na předložení vzorku autobusu v rozporu s § 63 odst. 4 zákona a se zásadami transparentnosti a zákazu diskriminace podle § 6 odst. 1 zákona, a proto neshledal důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.

K požadavku zadavatele na provedení měření spotřeby paliva jím učenou akreditovanou zkušebnou

152. Ke způsobu hodnocení nabídek dle hodnotících kritérií Úřad v obecné rovině uvádí, že ve vztahu k šetřené veřejné zakázce relevantní právní úprava umožňuje zadavatelům volit jedno ze dvou hodnotících kritérií, a to buď nejnížší nabídkovou cenu, nebo ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž v druhém jmenovaném případě zákon obsahuje demonstrativní výčet subkritérií, která mohou zadavatelé použít. U dílčích hodnotících kritérií musí být dán vztah užitné hodnoty a ceny.
153. Úřad připouští, že hodnocení pouze na základě nejnížší ceny s sebou může v praxi přinášet negativní důsledky, a to v případech, ve kterých je namísto kvality preferována cena, ačkoliv se nejedná o plně zaměnitelné plnění jako například u služeb intelektuálního rázu. Úřad má za to, že nekvalitní plnění veřejné zakázky může ve svém důsledku vyústit v ne hospodárné vynakládání veřejných prostředků v dispozici zadavatele.

154. S ohledem na znění § 78 odst. 4 zákona, v rámci kterého jsou uvedeny možnosti použití hodnotícího kritéria „ekonomická výhodnost nabídek“, je zřejmé, že cílem zákonodárce je umožnit zvýšení kvality realizace předmětu plnění veřejných zakázek v porovnání se zakázkami „soutěženými“ na základě nabídkové ceny. Hodnotící kritérium „ekonomická výhodnost nabídek“ přitom může být stanoveno na základě nejnižších nákladů, které mohou zahrnovat náklady životního cyklu.
155. K problematice nákladů životního cyklu Úřad v obecné rovině uvádí, že účelem hodnocení nákladů životního cyklu je, aby zadavatelé mohli v rámci hodnocení reflektovat i náklady na předmět plnění, které souvisejí s celým jeho životním cyklem, a nikoliv pouze náklady na jeho pořízení, když lze důvodně předpokládat, že provozní náklady na předmět plnění mohou často ve svém důsledku i převyšovat náklady na pořízení takového předmětu plnění, potažmo mohou být tyto nižší pořizovací náklady často vykoupeny dražšími náklady, které zadavatel bude muset dodatečně vynaložit v průběhu životního cyklu předmětu plnění. Úřad v této souvislosti dodává, že náklady životního cyklu jsou především ostatní pořizovací náklady, náklady související s užíváním předmětu veřejné zakázky, náklady na údržbu a náklady spojené s koncem životnosti.
156. Jak již Úřad uvedl v bodu 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel v článku 12 „Způsob hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace stanovil, že dílčím hodnotícím kritériem č. 2 jsou „Náklady na pohonné hmoty na jeden (1) kilometr“ s váhou 25 %.
157. Úřad má za to, že náklady na pohonné hmoty jsou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky pro zadavatele zcela zásadním údajem, jelikož přímo ovlivňují objem finančních prostředků, které bude muset zadavatel v budoucnu v souvislosti s provozem standardních nízkopodlažních autobusů vynaložit. Úřad považuje za vhodné a účelné, aby zadavatel zjistil již v průběhu zadávacího řízení co nejpřesnější údaje o nákladech na pohonné hmoty, resp. o spotřebě motorového vozidla, jelikož tyto náklady budou mít nepochybně zásadní vliv na cenu provozu předmětných autobusů.
158. Ve světle výše uvedeného tedy má Úřad za to, že v šetřeném případě je stanovení dílčího hodnotícího kritéria č. 2 „Náklady na pohonné hmoty na jeden (1) kilometr“ s váhou 25 % souladné se zákonem, přičemž dodává, že ani účastníci správního řízení tuto skutečnost nečiní spornou.
159. Navrhovatel však zpochybňuje oprávněnost postupu zadavatele, který pro účely zjištění údajů o spotřebě paliva nabízených autobusů určil jednu zkušebnu, v rámci níž má dojít k měření spotřeby paliva, čímž dodavatelům neumožnil předložit výsledky měření získané z jiných zkušeben, přestože tato měření proběhla taktéž v souladu s jím určenou metodikou.
160. Jak již Úřad uvedl v bodu 131. odůvodnění tohoto rozhodnutí, v článku 6. „Měření spotřeby“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil následující: *„Pro účely stanovení nákladů na pohonné hmoty při referenční spotřebě dle metodiky UITP SORT cyklus 2 v posledním znění zadavatel požaduje, aby všichni uchazeči toto měření provedli v akreditované zkušebně společnosti TÜV SÜD Czech s.r.o. na adrese Úhelnice 41, 294 06 Kněžmost, se kterou zadavatel pro tyto účely uzavře smluvní vztah garantující níže uvedené skutečnosti, jakož i důvěrnost veškerých informací vzešlých z měření spotřeby a rovný přístup vůči všem dodavatelům.*

Za tímto účelem je dodavatel povinen kontaktovat tuto zkušebnu pro účely domluvení termínu měření spotřeby pohonných hmot dle metodiky UITP SORT cyklus 2. Zadavatel uvádí, že k měření spotřeby musí být přistaven standardní nízkopodlažní autobus, který bude mít veškeré parametry významné z hlediska spotřeby paliva totožné s nabízeným autobusem a který má najeto mezi 20.000 km a 60.000 km.

(...) Samotné měření spotřeby paliva bude provedeno v rámci pěti (5) jízdních cyklů SORT 2 tam a zpět, přičemž na základě těchto pěti (5) měření bude následně eliminován nejlepší a nejhorší výsledek tam i zpět, a ze zbylých tří (3) výsledků měření bude vypočten průměr, (...)“.

161. Úřad v úvodu odůvodnění části vztahující se k požadavku zadavatele na provedení měření spotřeby paliva akreditovanou zkušebnou uvádí, že zadavatel v článku 6. „Měření spotřeby“ zadávací dokumentace stanovil požadavek na stanovení nákladů na pohonné hmoty při referenční spotřebě dle metodiky UITP SORT cyklus 2. Měření spotřeby paliva v jízdních cyklech SORT (Standardized On Road Tests) se provádí u autobusů, přičemž uvedenou metodiku zaštiťuje organizace UITP (Mezinárodní svaz veřejné dopravy). V rámci uvedené metodiky jsou stanoveny tři druhy cyklů, které se odlišují jízdním profilem. V šetřeném případě zadavatel stanovil požadavek na doložení nákladů při referenční spotřebě stanovené pro cyklus 2, tj. smíšený cyklus.
162. Ačkoliv v daném případě není předmětem sporu samotný požadavek na stanovení nákladů za použití referenční spotřeby získané měřením pomocí metodiky UITP SORT cyklus 2, považuje Úřad na tomto místě za vhodné uvést, že daná metodika vznikla spoluprací subjektů působících v oblasti vývoje a výroby prostředků hromadné dopravy s cílem stanovení standardizovaných pravidel pro měření spotřeby pohonných hmot. Lze tedy konstatovat, že daná metodika komplexním způsobem upravuje pravidla pro stanovení spotřeby pohonných hmot, přičemž v rámci dané metodiky jsou stanovena pravidla pro samotný průběh testů, tj. průběh jednotlivých fází (akcelerace, jízda konstantní rychlostí, brzdění, doba běhu motoru na volnoběžné otáčky apod.), podmínky samotného měření, externí podmínky apod.
163. V šetřeném případě zadavatel stanovil požadavek na určení nákladů na pohonné hmoty při referenční spotřebě dle metodiky UITP SORT cyklus 2 v rámci jedné akreditované zkušebny, a to zkušebny společnosti TÜV SÜD Czech s.r.o., se sídlem Úhelnice 41, 294 06 Kněžmost (dále jen „společnosti TÜV SÜD Czech s.r.o.“). Úřad se tedy zabýval uvedeným požadavkem zadavatele na stanovení nákladů na pohonné hmoty při referenční spotřebě dle metodiky UITP SORT cyklus 2 v rámci zkušebny společnosti TÜV SÜD Czech s.r.o., přičemž uvádí následující.
164. Úřad v rámci předchozích částí odůvodnění tohoto rozhodnutí dovodil, že stanovené dílčí hodnotící kritérium „Náklady na pohonné hmoty na jeden (1) kilometr“ s váhou 25 % představuje způsob jak v rámci předmětné veřejné zakázky vybrat takovou nabídku, která zajistí pro zadavatele optimální poměr mezi pořizovacími a provozními náklady. Z tohoto pohledu Úřad opakuje, že dané hodnotící kritérium s váhou 25 % má významný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. S ohledem na skutečnost, že hodnotící kritérium je založeno na výpočtu nákladů, které vycházejí z naměřené spotřeby pohonných hmot a fixní ceny nafty, je zřejmé, že právě spotřeba pohonných hmot představuje významný prvek v rámci

zadávacího řízení. Této skutečnosti byl ze strany zadavatele přizpůsoben proces stanovení referenční spotřeby autobusů, resp. nákladů na jeden kilometr, a to tak, že zadavatel stanovil požadavek na měření spotřeby pouze v rámci jedné určené zkušebny společnosti TUV SÚD Czech s.r.o.

165. Úřad na tomto místě uvádí, že ke stanovení konkrétní akreditované zkušebny provádějící měření spotřeby paliva ze strany zadavatele namísto jakékoli akreditované zkušebny na území Evropské unie vybrané ze strany uchazeče o veřejnou zakázku došlo v návaznosti na dotaz uchazeče o veřejnou zakázku, který zadavatele upozornil na možné riziko netransparentnosti zadávacího řízení a diskriminace uchazečů o veřejnou zakázku v případě, že by již ve fázi hodnocení nabídek bylo zřejmé, že spotřeba deklarovaná v rámci hodnotícího kritéria neodpovídá skutečným spotřebám z provozu. Zadavatel byl tedy nucen reagovat na tento dotaz a při stanovení jedné jediné akreditované zkušebny pro provedení požadovaného měření spotřeby paliva byl zjevně veden snahou o dosažení co nejvíce transparentního prostředí pro soutěž o veřejnou zakázku.
166. V souvislosti s požadavkem zadavatele na měření spotřeby pouze v rámci jedné určené zkušebny Úřad proto uvádí, že daným postupem není ze strany zadavatele zpochybňována samotná metodika UITP SORT cyklus 2, potažmo akreditace jednotlivých zkušeben, ale uvedený požadavek legitimním způsobem odráží snahu zadavatele o transparentní průběh zadávacího řízení. Jak bylo řečeno výše, naměřená spotřeba zásadním způsobem ovlivňuje výsledek zadávacího řízení. Za situace, kdy existuje možnost do určité míry eliminovat, případně minimalizovat některé faktory ovlivňující naměřenou spotřebu, jeví se jako zcela opodstatněný požadavek zadavatele, který k takovému cíli směřuje.
167. Ačkoliv použitá metodika poskytuje vzájemně porovnatelné výsledky, nelze v daném případě abstrahovat od skutečnosti, že daná porovnatelnost je relativní, resp. naměřené výsledky jsou zatíženy určitou odchylkou měření a dále jsou údaje o naměřené spotřebě paliva získány za různých podmínek (ačkoliv tyto podmínky odpovídají metodice UITP SORT cyklus 2).
168. V šetřeném případě Úřad posoudil požadavek zadavatele na použití výsledků získaných pouze z jedné zkušebny a konstatuje, že v takovém případě lze dosáhnout výsledků, které jsou zatíženy stejnou odchylkou měření, tzn. takto naměřené výsledky jsou mezi sebou lépe porovnatelné, neboť je eliminován vliv rozdílů v odchylce měření jednotlivých zkušeben. Vhodnost stanovení požadavku na měření spotřeby paliva v rámci jedné zkušebny lze demonstrovat na následujícím případě, kdy dochází k eliminaci rozdílů v měření vycházejících z různých podmínek. V rámci metodiky UITP SORT cyklus 2 je v bodě 1.2. „Longitudinal gradient“ části „Sheet 1: External test conditions“ stanoveno, že testovací dráha má být vodorovná s maximálním sklonem 1,5%. V daném případě není rozhodující, zda je dráha z určitého pohledu se záporným nebo kladným sklonem, neboť jízdní test je prováděn v obou směrech. Skutečnost, zda byly výsledky naměřeny na různých tratích (s různým sklonem, maximálně však dle dané metodiky 1,5%) nebo na jedné jediné trati (rovněž s určitým sklonem), se následně promítne do naměřené spotřeby. Je tedy zřejmé, že v případě použití shodné testovací dráhy je eliminována možnost rozdílů vzniklých při měřeních na různých dráhách. Na uvedeném případě lze názorně demonstrovat, že existují určité faktory, které lze požadavkem na měření v jedné zkušebně (při shodných podmínkách) určitým způsobem eliminovat, aniž by bylo nutné činit závěr, že výsledky změřené v jiné zkušebně při použití stejné metodiky nejsou platné.

169. Vzhledem k tomu, že ke stanovení hodnot měřených veličin jsou rovněž používány různé měřicí přístroje (např. průtokoměr paliva, snímače rychlosti apod.), je v případě jejich použití pro všechny měřené vzorky (autobusy) možné dosáhnout menšího rozptylu měření. V rámci měření veličin a následného statistického zpracování hodnot je v případě použití stejných přístrojů menší rozptyl měření. Jinak řečeno, hodnoty změřené pomocí identické měřicí soustavy vykazují menší rozptyl v měření než v případě, kdy je toto měření provedeno na různých přístrojích (byť i tyto přístroje jsou řádně kalibrované a tudíž vhodné pro použití dle dané metodiky).
170. S ohledem na skutečnost, že v případě měření spotřeby v rámci jedné zkušebny je možné dosáhnout výsledků s menší odchylkou měření a získat tak přesnější naměřené hodnoty, nelze považovat postup zadavatele, který stanovil požadavek na určení nákladů na pohonné hmoty při referenční spotřebě dle metodiky UITP SORT cyklus 2 v rámci jedné akreditované zkušebny za rozporný se zákonem, resp. za neodůvodněný. V tomto případě je nutné akcentovat snahu zadavatele k dosažení vzájemně co nejvíce porovnatelných výsledků, neboť při přibližné spotřebě předmětných autobusů kolem 50 litrů paliva na 100 km, se různá aplikace metodiky UITP SORT cyklus 2 promítne do naměřených hodnot. V případě měření v rámci jedné zkušebny je tak objektivně možné dosáhnout výsledků, které jsou vzájemně lépe porovnatelné, resp. jsou minimalizovány rozdíly pramenící z různé aplikace metodiky UITP SORT cyklus 2, jakož i odchylek měření vzniklých v průběhu provádění těchto měření.
171. V této souvislosti i sám navrhovatel připustil možnost ovlivnění výsledku měření v závislosti na osobě řidiče, která provádí předmětný test v rámci příslušné metodiky. Pokud tedy v šetřeném případě zadavatel požaduje, aby se měření neúčastnil řidič určený uchazečem, nelze sice jednoznačně konstatovat, že daný vliv řidiče by byl eliminován, avšak je pravděpodobnější, že stejná měření provedené v rámci jedné zkušebny budou vykazovat stejný vliv řidiče na naměřené výsledky než v případě výsledků získaných v rámci všech dostupných zkušeben. V souvislosti s právě uvedeným Úřad k tvrzení navrhovatele, že zadavatel postupuje v rozporu s metodikou UITP SORT cyklus 2, pokud neumožňuje, aby se měření účastnil řidič určený výrobcem, tj. dodavatelem, pro úplnost dodává, že daná metodika toliko doporučuje, aby byl autobus určený pro měření spotřeby paliva řízen řidičem výrobce, tj. není vyloučeno, aby bylo měření provedeno za účasti řidiče dané zkušebny.
172. Vzhledem k tomu, že k metodice UITP SORT cyklus 2 je možné přistoupit různým způsobem, přičemž samotná metodika počítá s korekcí některých hodnot (např. vlivem teploty paliva), je požadavek zadavatele vedoucí k eliminaci různého přístupu k dané metodice nutné považovat jako prostředek k zajištění vyšší míry transparentnosti zadávacího řízení.
173. Na tomto místě Úřad uvádí, že daná metodika UITP SORT cyklus 2 pracuje s množstvím parametrů, které ve větší či menší míře ovlivňují naměřené hodnoty a není účelem jednotlivé parametry a jejich vliv na výsledky měření podrobně analyzovat, neboť ani takto podrobný rozbor parametrů nemůže ovlivnit závěr, že požadavkem na provedení měření v rámci jedné zkušebny bude dosaženo přesnějších výsledků.
174. Úřad je tedy toho názoru, že samotná metodika představuje spíše určitý závazný rámec obecného charakteru než naprosto detailní, přesný a striktní přístup (koncept) řešící

veškerou šíři dané problematiky, přičemž je zjevné, že i při dodržení předmětné metodiky dochází v rámci různých zkušeben k určité odlišnosti výsledků (samotná metodika počítá s tolerancí 5 % v prováděném měření). Předmětná odlišnost má dle názoru Úřadu potenciál způsobit stav, v rámci kterého zadavatel obdrží nabídky s různou odchylkou měření. Stanovení požadavku na provedení měření v rámci jedné zkušebny lze docílit eliminací některých aspektů ovlivňujících měření a docílit tak porovnání nabídek se stejnou tolerancí naměřených hodnot. Za situace, kdy prokazatelně existuje způsob, jak lze dosáhnout vzájemně porovnatelných nabídek s větší přesností, nelze dát k tíži zadavatele tu skutečnost, že se nespokojil s tolerancí 5 %, která vychází z metodiky, ale stanovil požadavek na měření v rámci jedné zkušebny, čímž docílil snížení rozdílů v měření vznikajících při aplikaci metodiky UITP SORT cyklus 2 různými zkušebnami.

175. Snahu zadavatele o zajištění objektivnosti měření spotřeby paliva dokládá i smlouva o spolupráci při měření spotřeby paliva autobusů uzavřená mezi zadavatelem a vybranou akreditovanou zkušebnou, tj. společností TÜV SÜD Czech s.r.o., ze dne 23. 11. 2016, která zaručuje zajištění rovných podmínek, jelikož je zde mimo jiné uvedeno, že předmětná akreditovaná zkušebna je povinna provádět měření za rovných podmínek a žádného ze zájemců nesmí zvýhodnit či neznevýhodnit (zejména je povinna provádět měření tak, aby podmínky těchto měření byly identické) a že nejméně do uplynutí lhůty pro podání nabídek na veřejnou zakázku je povinna zachovávat mlčenlivost, tj. není oprávněna zveřejnit důvěrné informace (skutečnosti týkající se měření) či je zpřístupnit zadavateli a třetím osobám. Úřad dodává, že za důvěrné jsou dle výše specifikované smlouvy považovány zejména informace o identitě uchazeče o veřejnou zakázku, o datu provedení měření, výsledcích měření, informacích o spotřebě a identifikaci autobusu. Úřad má tedy za prokázané, že zadavatel nebude mít do konce lhůty pro podání nabídky informace o provedených měřeních a nebude tedy narušena transparentnost šetřeného zadávacího řízení.
176. V souvislosti s požadavkem zadavatele na stanovení nákladů za použití referenční spotřeby získané měřením pomocí metodiky UITP SORT cyklus 2 v rámci jedné zkušebny Úřad dodává, že náklady spojené s měřením spotřeby jsou, jak vyplývá z bodu 3.2. Smlouvy o spolupráci při měření spotřeby paliva autobusů ze dne 23. 11. 2016, hrazeny zadavatelem a nepředstavují pro uchazeče náklady, které by případně mohly ovlivnit rozhodnutí ohledně případné účasti v zadávacím řízení.
177. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že požadavek zadavatele na stanovení nákladů za použití referenční spotřeby získané měřením pomocí metodiky UITP SORT cyklus 2 v rámci jedné zkušebny nelze považovat za stanovený v rozporu se zákonem, neboť tento požadavek vychází z objektivních předpokladů k dosažení co nejpřesnějších hodnot nákladů na pohonné hmoty na jeden kilometr. V postupu zadavatele tak lze naopak spatřovat snahu o objektivizaci daných parametrů a získaných výsledků.
178. V návaznosti na výše uvedené Úřad dodává, že pokud by i přes výše uvedené opatření zadavatele podporující regulérnost zadávacího řízení v rámci měření došlo ke vzniku pochybností o neoprávněném nakládání s údaji či nesprávnosti samotného měření, mohl by dotčený uchazeč využít zákonného institutu podání námitek a docílit tak nápravy nezákonného stavu.

179. K argumentu navrhovatele o nepřiměřenosti požadavku zadavatele ve vztahu ke stanovení nájezdu testovaného vzorku, a to v rozpětí 20 000 až 60 000 km, Úřad uvádí, že uvedené kilometrové rozpětí vychází z metodiky UITP SORT cyklus 2, přičemž daný požadavek je odůvodněný ve vztahu k veřejné zakázce, neboť se jedná o parametr, kterým je zajišťována vzájemná porovnatelnost výsledků při měření spotřeby autobusů. V této souvislosti Úřad dodává, že by nebylo účelné provádět měření u nových autobusů (s minimálním nájezdem) z důvodu nutnosti jejich záběhu k dosažení reálných výsledků spotřeby. Maximální omezení nájezdu ve výši 60 000 km je rovněž odůvodněno potřebou vzájemné porovnatelnosti výsledků tak, aby bylo umožněno uchazečům dodat již používaný autobus a provést tak porovnání naměřených výsledků u autobusů s podobným kilometrovým nájezdem. Úřad dále uvádí, že s ohledem na délku lhůty vyplývající ze zadávacích podmínek pro přistavení autobusu za účelem měření spotřeby nelze považovat požadavek na měření spotřeby autobusu s kilometrovým nájezdem v rozmezí 20 000 až 60 000 km za stanovený v rozporu se zákonem, neboť uchazečům byla poskytnuta dostatečná doba k zajištění odpovídajícího autobusu, který splňuje požadavky zadavatele stanovené v zadávací dokumentaci.
180. V souvislosti s tvrzením navrhovatele, že zadavatel požadavkem na měření spotřeby paliva v rámci jedné akreditované zkušebny určené zadavatelem fakticky požaduje předložení dalšího vzorku a údaj týkající se technické způsobilosti dodavatele se tak stává předmětem hodnocení, Úřad uvádí, že požadavek na přistavení standardního nízkopodlažního autobusu k provedení měření spotřeby paliva zadavatelem určenou zkušebnou slouží pouze pro účely hodnocení v rámci veřejné zakázky a nelze jej považovat za požadavek ověřující schopnost dodavatele veřejnou zakázku plnit (tj. kvalifikaci dodavatele), neboť toto je vyloučeno již ze samotného nastavení daného požadavku, dle kterého se takto přistavený autobus ani nedostane do dispozice zadavatele a zadavatel by tak ani nemohl provést ověření prokázání splnění předmětné kvalifikace. Zároveň však ze zadávací dokumentace nevyplývá, že by uchazeč musel jak pro účely prokázání kvalifikace, tak pro účely měření spotřeby paliva přistavit totožný autobus či naopak nemohl pro každý účel přistavit dva různé autobusy.
181. Úřad v návaznosti na výše uvedené tedy konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě nepostupoval při stanovení požadavku na předložení vzorku autobusu a při vymezení požadavku na stanovení nákladů na pohonné hmoty při referenční spotřebě dle metodiky UITP SORT cyklus 2 v rámci akreditované zkušebny společnosti TÚV SÚD Czech s.r.o. v rozporu se zákonem. S ohledem na výše uvedené Úřad neshledal důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona. Současně důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 2 zákona nemohou být dány, neboť v posuzované věci nebyla uzavřena smlouva a nebyl logicky ani podán návrh na uložení zákazu plnění smlouvy dle § 114 odst. 2 zákona.
182. Vzhledem ke všem výše uvedeným skutečnostem Úřad podaný návrh podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

1. JUDr. Vilém Podešva, LL.M., advokát, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4
2. Mgr. Jiří Černý, advokát, PETERKA & PARTNERS advokátní kancelář s.r.o., Karlovo náměstí 671/24, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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

