

Č. j.: 2R 54/03 – Hr

V Brně dne 15. prosince 2003

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 7.10.2003 společností Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, zast. předsedou představenstva Ing. Milanem Houfkem, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19.9.2003, č. j. VZ/S119/03-151/4338/03-Hm, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravního podniku hl. m. Prahy, akciové společnosti, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, učiněných při zadání veřejné zakázky na „dodávku 20 ks a dalších 40 ks (s využitím opčního práva) homologovaných tramvají vhodných pro provoz v podmínkách hlavního města Praha“ formou obchodní veřejné soutěže podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., vyhlášené dne 28.5.2003 uveřejněním v Obchodním věstníku č. 21/03 pod zn. 171939-21/03, doplněným dne 11.6.2003 v Obchodním věstníku pod zn. 172885-23/03,

m ě n í m

podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona, poslední odstavec výroku napadeného rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S119/03-151/4338/03-Hm ze dne 19.9.2003 takto:

- I. Zadání veřejné zakázky na „dodávku 20 ks a dalších 40 ks (s využitím opčního práva) homologovaných tramvají vhodných pro provoz v podmínkách hlavního města Praha“ vyhlášené formou obchodní veřejné soutěže podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, vyhlášené dne 28.5.2003 v Obchodním věstníku č. 21/03 pod zn. 171939-21/03, doplněným dne 11.6.2003 v Obchodním věstníku pod zn. 172885-23/03, **se n e r u š í .**
- II. Podle § 60 písm. b) v návaznosti na § 60a citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek, se zadavateli ukládá:
 - a) provést změnu podmínek předmětné obchodní veřejné soutěže tak, že v části I., bodě 3.3. písm. a) podmínek soutěže se vypouští část věty „případně v případě uplatnění dalších požadavků zadavatele nad rámec podmínek uvedených v zadávací dokumentaci“,

- b) tuto změnu podmínek soutěže vyhlásit v souladu s ustanovením § 4 odst. 1 citovaného zákona o zadávání veřejných zakázek, uveřejněním v Obchodním věstníku a na centrální adrese, a to nejpozději přede dnem uzavření smlouvy s vybraným uchazečem,
- c) zaslat informace Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o provedených změnách ve smyslu bodu II. písm. a) tohoto výroku neprodleně po jejich zveřejnění.

O d ů v o d n ě n í

Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 33 Praha 9, zast. předsedou představenstva Ing. Milanem Houfkem (dále jen „zadavatel“), vyhlásil dne 28.5.2003 zveřejněním v Obchodním věstníku č. 21/03 pod zn. 171939-21/03 a s doplněním ze dne 11.6.2003 v Obchodním věstníku č. 23/03 pod zn. 172885-23/03 formou obchodní veřejné soutěže podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“).

V podmínkách soutěže zadavatel mimo jiné v části I., bodě 3.3. podmínek soutěže stanovil, že „cenu bude možno změnit pouze:

- a) po předchozí dohodě se zadavatelem, pouze z důvodů zvýšení technických standardů, bezpečnosti či zvýšení úrovně obsluhy a údržby, případně v případě uplatnění dalších požadavků zadavatele nad rámec podmínek uvedených v zadávací dokumentaci.
- b) v letech 2006-2012 o index cen průmyslových výrobců, kdy rok 2005 je brán jako základna pro kalkulaci nárůstu.
- c) dojde-li v průběhu realizace ke změně daňových předpisů s dopadem na nabídkovou cenu.“

V soutěžní lhůtě zadavatel obdržel pouze nabídku uchazeče ŠKODA DOPRAVNÍ TECHNIKA s. r. o., se sídlem Tylova 1/57, 316 00 Plzeň.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), na základě obdržených podnětů zahájil ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadání předmětné veřejné zakázky správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako jediného účastníka označil zadavatele. Současně dne 25.7.2003 vydal pod č. j. VZ/S119/03-151/3232/03-Hm rozhodnutí, kterým jako předběžné opatření uložil zadavateli nepokračovat v zadávání veřejné zakázky a neuzavírat smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky a veřejnou zakázku nezrušit, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v uvedené veřejné zakázce. Zadavatel jako jediný účastník správního řízení obdržel oznámení o zahájení správního řízení faxem dne 25.7.2003 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno. Poštou bylo oznámení zadavateli doručeno dne 28.7.2003.

V oznámení o zahájení správního řízení Úřad shrnuje obsah obdržených podnětů, přičemž z jednoho z nich mimo jiné cituje, že v podmínkách obchodní veřejné soutěže není jednoznačně stanoven počet požadovaných tramvají, neboť uvedení možnosti dodávky

dalších 40 ks tramvají je pro uchazeče, s ohledem na plánování výrobních kapacit a při stanovení nabídkové ceny, zejména pak vliv fixních nákladů na její výši, zavádějící. Citované podněty rovněž napadaly nesrovnalosti při určení doby, místa plnění a platebních podmínek u pozáručního servisu, který je taktéž součástí dodávky. Autor citovaného podnětu se vyjadřuje i k požadavku na náhradní díly, který rovněž označuje za neurčitě formulovaný, neboť náhradní díly sice nejsou předmětem veřejné zakázky, ale jejich cena je kritériem hodnocení nabídek a zadavatel požadoval garantování jejich ceny do roku 2012, aniž by se zavázal je odebírat. Úřad vyzval zadavatele k předložení originálů kompletní dokumentace o zadání veřejné zakázky a současně mu dal možnost se v přiměřené lhůtě vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Zadavatel se k zahájení správního řízení vyjádřil dne 19.8.2003 a mimo jiné uvádí k vymezení předmětu veřejné zakázky, že z vymezení obsaženého v soutěžních podmínkách je zcela zřejmé, že zadavatel si při vyhlášení soutěže byl jist svým zájmem koupit nejméně 20 ks tramvají, a to s dodávkou v letech 2005 až 2007, a dále zájmem mít možnost koupit dalších až 40 ks tramvají v letech 2008 až 2012, přičemž počet požadovaných tramvají v rámci tohoto rozmezí ani přesná doba dodání dosud nejsou, s ohledem na předpokládaný termín dodání až po několika letech od vyhlášení soutěže, přesně známy. S odkazem na již vydaná rozhodnutí Úřadu, předsedy Úřadu i Nejvyššího soudu ČR a Vrchního soudu v Praze zadavatel formuluje stanovisko, že pro stanovení ceny za celou veřejnou zakázku je důležitá alespoň přibližná (hypotetická), maximální specifikace předmětu zakázky, která zadavateli umožní hodnotit (porovnat) celkové nabídkové ceny uchazečů na jednom společném základě; jednotkové ceny lze připustit pouze za předpokladu, že bude stanoveno konkrétní maximální množství jednotek, které bude upřesňováno podle skutečných potřeb zadavatele. Zadavatel je proto přesvědčen, že splnil požadavek ustanovení § 2h odst. 1 zákona, tedy že z hlediska určitosti netrpí vymezení předmětu veřejné zakázky žádnými nedostatky, přičemž riziko spočívající v nejistotě co do počtu v budoucnu odebraných tramvají měly dle názoru zadavatele uchazeči promítnout do nabízených podmínek dodávky, zejména pak do nabídkové ceny. Ve vztahu k podmínkám pozáručního servisu zadavatel uvádí, že tyto nebyly mezi hodnotícími kritérii a tedy podmínky nabídnuté uchazečem nemohly ovlivnit hodnocení jeho nabídky, přičemž dále se zadavatel v této věci odvolává na obchodní zvyklosti týkající se obsahu obdobných kupních smluv, podle kterých je obvyklé, že prodávající se zaváže kupujícímu v případě jeho zájmu pozáruční servis poskytovat za ceny např. podle platného ceníku služeb, přičemž se tak bude díť na základě zvláštní, v budoucnu uzavřené smlouvy. Problematiku náhradních dílů zadavatel dává do úzké souvislosti s problematikou pozáručního servisu a uvádí, že mu nemohou být známy jeho budoucí požadavky na množství i druh náhradních dílů, mimo jiné i proto, že se jedná o nový typ tramvají a zadavatel proto nemůže přihlížet ke zkušenostem z předchozích let. Na druhé straně však má zájem na tom, aby cena náhradních dílů v budoucnu výrazně nepřekročila jeho finanční kalkulace, které zpracovával v době přípravy zadání veřejné zakázky.

Dne 26.8.2003 zaslal Úřad zadavateli doplnění oznámení o zahájení správního řízení, ve kterém mimo jiné konstatuje, že v bodě 3.3. písm. a) podmínek soutěže byla umožněna jakákoliv následná změna předmětu plnění veřejné zakázky na základě uplatnění dalších požadavků zadavatele nad rámec zadávací dokumentace. Ke zjištěným skutečnostem dal Úřad zadavateli možnost se vyjádřit ve příslušné lhůtě.

Následně zadavatel dne 27.8.2003 a dne 3.9.2003 doplnil své vyjádření k zahájení správního řízení a mimo jiné se vyjadřuje k formulaci bodu 3.3. podmínek soutěže, když uvádí, že ustanovení § 5 odst. 1 písm. l) zákona zadavateli obligatorně ukládá, aby podmínky

soutěže obsahovaly podmínky, za jejichž splnění je možno překročit výši nabídkové ceny. Zákon tedy zjevně počítá s tím, že při splnění určitých podmínek může být nabídková cena překročena a vymezení těchto podmínek nechává zcela na zadavateli. K podmínce stanovené pod písmenem a) bodu 3.3. soutěžních podmínek zadavatel uvádí, že žádným způsobem nerozšiřuje předmět plnění veřejné zakázky, neboť nikdy nemůže dojít ke zvýšení maximálního počtu dodávaných tramvají. K překročení výše nabídkové ceny dojde podle vyjádření zadavatele pouze v důsledku změny obecně závazných právních předpisů, a to zejména technických, bezpečnostních, ekologických či jiných obdobných právních norem, zadavatel nehodlal a nehodlá připustit překročení výše nabídkové ceny v jiných případech. Kontrolu nad tím, aby k navýšení došlo jenom v nezbytných případech a nikoliv jednostranným úkonem uchazeče má zadavatel zajištěnu tak, že jakákoliv změna je podmíněna dohodou obou stran.

Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 19.9.2003 rozhodnutí č. j. VZ/S119/03-151/4338/03-Hm, kterým v postupu zadavatele konstatoval porušení ustanovení § 5 odst. 1 v návaznosti na § 2h odst. 1 zákona tím, že v bodu 3.3. části I. podmínek soutěže v rámci podmínek pro překročení nabídkové ceny současně připustil změnu předmětu plnění veřejné zakázky po dohodě mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, a tedy nevymezil jednoznačně předmět plnění veřejné zakázky. Úřad proto podle § 60 písm. b) v návaznosti na § 60a zákona zrušil zadání veřejné zakázky.

V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad k vymezení předmětu veřejné zakázky mimo jiné uvádí, že zadavatel jej vymezil de facto na 60 kusů s tím, že nemá povinnost odebrat všechny kusy, resp. že je povinen odebrat 20 kusů a dalších 40 podle svých potřeb. Takové vymezení označuje Úřad za logické vzhledem k objemu a dlouhodobému charakteru dodávky. Rovněž tak nepřilíš jednoznačné vymezení pozáručního servisu jako součást dodávky nepovažuje Úřad za důvod pro zrušení veřejné zakázky, neboť přihlédl především k tomu, že zadavatel svůj úmysl vysvětlil všem zájemcům o veřejnou zakázku dodatečně ve svém dopise. Ani vyžádání garance cen náhradních dílů a zařazení ceny náhradních dílů mezi kritéria hodnocení nabídek není dle názoru Úřadu v rozporu se zákonem, neboť zhodnocení budoucích nákladů na nákup náhradních dílů v případě veřejných zakázek na dodávku strojírenských výrobků nepochybně vyjadřuje ekonomickou vhodnost podaných nabídek. Důvodem pro zrušení zadání veřejné zakázky Úřad shledal formulaci bodu 3.3. písm. a) části I. podmínek soutěže, podle níž je zvýšení nabídkové ceny vázáno na dohodu mezi zadavatelem a vybraným uchazečem o změně předmětu plnění veřejné zakázky, a to jednak z důvodů zvýšení technických standardů, bezpečnosti či zvýšení úrovně obsluhy a údržby, anebo v případě uplatnění dalších, blíže nespecifikovaných požadavků zadavatele nad rámec vymezení předmětu plnění uvedeného v zadávací dokumentaci. Tuto možnost zvýšení nabídkové ceny Úřad nepovažuje za objektivní, tzn. nezávislou na vůli obou stran. Zadavatel tím dle názoru Úřadu připustil v rámci podmínek soutěže jakoukoliv následnou změnu předmětu plnění veřejné zakázky po dohodě mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, a tedy nevymezil jednoznačně předmět plnění veřejné zakázky.

Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 7.10.2003 rozklad a uvádí, že Úřad porušil základní práva a svobody zaručené ústavními předpisy, když ve svém rozhodnutí s použitím nepřipustně extenzivního výkladu veřejnoprávní normy vyslovil rozpor bodu 3.3. písm. a) části I. podmínek soutěže se zákonem, ačkoliv takový rozpor ze zákona jednoznačně nevyplývá, a tím extenzivním způsobem rozšířil omezení kladená zákonem na zadavatele. Zadavatel má za to, že podmínkou „případně v případě uplatnění dalších požadavků zadavatele nad rámec podmínek uvedených v zadávací dokumentaci“ není nijak dotčeno

vymezení předmětu plnění veřejné zakázky uvedené v ustanovení bodu 1. části I. podmínek soutěže, neboť tato závěrečná část bodu 3.3. písm. a) části I. podmínek soutěže se týká podmínek uvedených v zadávací dokumentaci, nikoliv předmětu plnění uvedeného v podmínkách soutěže. Zadávací dokumentace přitom obsahuje pouze technickou specifikaci požadovaných tramvají, jejíž případná změna nemůže mít vliv na specifikaci předmětu plnění uvedeného v podmínkách soutěže, zejména na stanovení počtu dodávaných tramvají, opčního práva zadavatele a podmínek záručního servisu. Zadavatel dovozuje, že zákon neobsahuje žádný, byť i příkladný výčet přípustných podmínek pro překročení nabídkové ceny, tedy výslovně nestanoví, které podmínky pro překročení nabídkové ceny jsou či nejsou přípustné, a naopak logickým a systematickým výkladem ustanovení § 5 odst. 1 písm. l) zákona zadavatel dochází k závěru, že zákonodárce záměrně umožnil překročení nabídkové ceny, přičemž ponechal na úvaze, zkušenostech a potřebách zadavatelů stanovení podmínek pro překročení nabídkové ceny v jednotlivých veřejných zakázkách a spokojil se v daném případě s požadavkem na uveřejnění těchto podmínek v soutěžních podmínkách, aby tak byla zachována zásada transparentnosti a nediskriminace uchazečů. Úřad dle názoru zadavatele svým postupem při vydání předmětného rozhodnutí porušil čl. 2 odst. 2, čl. 2 odst. 3 a čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod. Zadavatel se odvolává na rozhodovací praxi Ústavního soudu ČR a rovněž Evropského soudu pro lidská práva, podle které musí být právní předpis, na jehož základě je činěn zásah do práv zaručených Listinou, zcela určitý a jednoznačný a musí tak osobě, které se může takový zásah dotknout, umožnit předvídat důsledky, které z takového právního předpisu vyplývají, tak, aby mohla upravit své chování v souladu s předvídatelnými důsledky určitého aktu. Současně zadavatel cituje z nálezů Ústavního soudu tak, že „žádné ustanovení obecně závazného právního předpisu nesmí být vykládáno v neprospěch účastníka za použití nepřiměřeného, extenzivního a účelového výkladu a je povinností všech státních orgánů interpretovat právní předpisy ústavně konformním způsobem“. Zadavatel žádá, aby předseda Úřadu zrušil napadené rozhodnutí a probíhající správní řízení zastavil.

Dne 23.10.2003 doručil zadavatel Úřadu doplnění rozkladu, jehož přílohu tvořilo nezávislé právní stanovisko zpracované Ústavem státu a práva Akademie věd ČR. Zhotovitel nezávislého právního stanoviska – odborného posudku – v něm odpovídá na dotaz zadavatele, zda „je v souladu se zákonem ..., pokud zadavatel stanoví v podmínkách obchodní veřejné soutěže na plnění veřejné zakázky podmínku, při jejímž splnění je možno překročit výši nabídkové ceny“ tak, jak je formulován bod 3.3. písm. a) části I. podmínek soutěže. Dále zadavatel klade otázku, zda neznamená takovéto vymezení podmínek pro překročení výše nabídkové ceny připuštění změny předmětu plnění veřejné zakázky a tím i jeho nejednoznačné vymezení a porušení § 5 odst. 1 písm. a), popř. § 2h odst. 1 zákona.

V předmětném posudku se mimo jiné vyslovuje názor, že „pokud podmínky obchodní veřejné soutěže obsahují svou povinnou náležitost, tj. vymezení předmětu plnění veřejné zakázky, nelze tento předmět plnění považovat za nejednoznačně vymezený z toho důvodu, že zadavatel vymezil v podmínkách soutěže podmínky pro možné překročení výše nabídkové ceny tak, jak citováno“. Obě podmínky je dle názoru zhotovitele posudku nutno považovat za dvě různé a na sobě nezávislé povinné náležitosti podmínek soutěže, které stanoví ustanovení § 5 odst. 1 zákona v písmenech a) a l). Zhotovitel posudku dále konstatuje, že není možné z hlediska gramatického výkladu uvedené ustanovení bodu 3.3. písm. a) části I. podmínek soutěže interpretovat jednoznačně tak, že požadavky „nad rámec podmínek uvedených v zadávací dokumentaci“ musí nutně znamenat uplatnění požadavků zadavatele a následné poskytnutí plnění uchazečem, které bude v rozporu s původními podmínkami soutěže a se zadávací dokumentací. Pokud by změna smlouvy na plnění veřejné zakázky odporovala

původním podmínkám soutěže a zadávací dokumentaci a v rozporu se zákonem např. rozšiřovala předmět plnění veřejné zakázky, byla by taková změna podle názoru zhotovitele posudku neplatná podle § 70 zákona. Tedy na základě předmětného ustanovení podmínek soutěže by se zadavatel mohl dle názoru zhotovitele posudku potenciálně dostat do konfliktu se zákonem až v případě, kdy by toto ustanovení použil takovým způsobem, že by v rámci dodatku ke smlouvě na plnění veřejné zakázky změnil předmět tohoto plnění např. co do druhu, množství, jakosti či jiných podmínek a vlastností tak, že by taková změna odporovala původním podmínkám soutěže a/nebo zadávací dokumentaci. Závěrem předmětného posudku se tedy vyslovuje názor, že zadavatel pouze tím, že stanoví předmětnou podmínku pro překročení nabídkové ceny, neporušuje zákon, pokud zároveň řádně vymezí předmět plnění veřejné zakázky.

Dne 13.11.2003 doručil zadavatel Úřadu druhé doplnění, ve kterém mimo jiné vyjadřuje své přesvědčení, že na základě formulace bodu 3.3. písm. a) části I. podmínek soutěže nedošlo a ani nemůže dojít k rozšíření předmětu plnění veřejné zakázky, přesto však je připraven v zájmu vyvrácení všech pochybností důrazně požadovat na případném vybraném uchazeči, aby do samotné smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky nebyla uvedena podmínka zahrnutá. Přílohu tohoto doplnění rozkladu pak tvoří kopie právního stanoviska, které si zadavatel nechal vypracovat prof. Dr. JUDr. Karlem Eliášem z Fakulty právnické Západočeské univerzity v Plzni.

Tento odborný posudek rovněž odpovídá na stejnou otázku zadavatele jako v případě odborného posudku vypracovaného Ústavem státu a práva Akademie věd ČR. K formulaci bodu 3.3. písm. a) části I. podmínek soutěže zhotovitel posudku konkrétně uvádí, že předmětem plnění veřejné zakázky je 20 a případně dalších 40 ks homologovaných tramvajů, tedy určitý počet druhově určených věcí a z formulace předmětného ustanovení podmínek soutěže nelze dovodit, že by si zadavatel mohl během realizace veřejné zakázky vyhrazovat zvýšení počtu tramvajů nad uvedený počet kusů, rozšiřovat dodávku na další plnění, anebo požadovat namísto tramvajů jiné zboží, neboť i kdyby se o něčem podobném s vybraným uchazečem dohodl, jednalo by se o neplatnou změnu ve smlouvě podle druhé věty § 70 zákona. K formulaci závěrečné části bodu 3.3. písm. a) části I. podmínek soutěže, že zvýšení nabídkové ceny lze uskutečnit dohodou stran i v případě „uplatnění dalších požadavků zadavatele“, pak tyto „další požadavky“ nelze dle názoru zhotovitele posudku chápat tak, že se tím otevírá prostor nějaké libovůli. Tyto další požadavky mohou být podmíněny jen objektivně, tj. může se jednat o požadavky obdobné těm, které zadavatel blíže vyjmenoval (zvýšení technických standardů, bezpečnosti či zvýšení úrovně obsluhy a údržby), např. pokud jde o oblast ekologie, zvýšení úrovně cestování, efektivity provozu, a pod. Formulaci závěrečné části předmětného bodu podmínek soutěže totiž dle názoru zhotovitele posudku lze chápat jen ve vazbě na vymezený rámec plnění veřejné zakázky, totiž na to, že má jít o určitý počet homologovaných tramvajů dodávaných zadavateli postupně jako tramvaje vhodné pro provoz v podmínkách hlavního města Prahy. V závěru posudku se mimo jiné konstatuje, že pokud zadavatel mezi podmínkami, při jejichž splnění lze změnit nabídkovou cenu „počítá s možností učinit tak na základě dohody stran *nad rámec podmínek uvedených v zadávací dokumentaci*, pak ji nelze chápat tak, že zadavatel má úmysl měnit předmět plnění uvedený v soutěžních podmínkách (a tedy i úmysl porušovat zákon a dospět k dohodě podle § 70 zákona neplatné), nýbrž naopak se zřetelem k tomu, jak je předmět plnění vymezen, zejména tedy se zřetelem k tomu, že musí jít o dodávku tramvajů *vhodných pro provoz v podmínkách hlavního města Prahy*, přičemž tyto podmínky se mohou vzhledem k dlouhodobosti realizace zakázky v čase měnit, takže není a nemůže být předem vyloučeno, že se v průběhu několika

let objeví nové standardy technické, bezpečnostní či obdobné, jimž bude třeba objektivně dostát, přestože na ně zadávací dokumentace nepamatovala.“

Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S119/03-151/4338/03-Hm ze dne 19.9.2003 konstatoval, že zadavatel porušil ustanovení § 5 odst. 1 v návaznosti na § 2h odst. 1 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem, ale tím, že podle § 60 písm. b) zákona, v návaznosti na ustanovení § 60a zrušil zadání veřejné zakázky, nepostupoval věcně správně.

K jednotlivým námitkám zadavatele uvedeným v jeho rozkladu pak uvádím následující:

Ustanovení § 5 odst. 1 písm. a) zákona stanovuje jako obligatorní součást obsahu podmínek soutěže i „vymezení plnění veřejné zakázky“. Jaký musí být charakter tohoto vymezení vyplývá mimo jiné i z ustanovení § 2h odst. 1 zákona, podle kterého „součástí zadávací dokumentace musí být i jednoznačné vymezení množství a druhu požadovaných prací, dodávek nebo služeb.“ Z uvedeného je zřejmé, že vymezení předmětu plnění veřejné zakázky musí být jednoznačné, tedy takové, aby ani v době zadávání veřejné zakázky a ani nikdy v budoucnu nevznikly žádné důvodné pochybnosti o tom, co je předmětem plnění veřejné zakázky, tedy důvodné pochybnosti o rozsahu prováděných prací, množství a jakosti dodávaného zboží, kvality poskytovaných služeb apod. Zadavatel je tak povinen formulováním jednoznačného a přesného vymezení předmětu veřejné zakázky zamezit tomu, aby v budoucnu došlo k rozšiřování tohoto předmětu v důsledku mylného výkladu nepřesně formulovaných podmínek soutěže, resp. zadávací dokumentace, a nebo v důsledku úmyslného jednání smluvních stran, které jim takto nejednoznačná formulace svou nepřesností umožní.

Obecně platí, že pokud v průběhu plnění veřejné zakázky vyvstane nutnost změnit, resp. rozšířit předmět plnění veřejné zakázky, zadavatel je povinen opět postupovat v souladu se zákonem a při splnění všech zákonných předpokladů je možno použít např. zadání veřejné zakázky formou výzvy jednomu zájemci podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. d) zákona. V takovém případě se ovšem nejedná o změnu předmětu původní veřejné zakázky v právním slova smyslu, neboť v případě dodatečné či opakované veřejné zakázky se jedná o zcela novou veřejnou zakázku, která na původní veřejnou zakázku jenom navazuje. Předmět plnění původní veřejné zakázky je tak měněn pouze ve faktickém slova smyslu. Jiný způsob změny předmětu plnění veřejné zakázky obecně není přípustný, neboť dle ustanovení druhé věty § 70 zákona platí, že „změny ve smlouvě v rozporu s podmínkami obchodní veřejné soutěže jsou neplatné“.

Zadavatel ve svém rozkladu, resp. z přiloženého odborného posudku Ústavu státu a práva Akademie věd ČR, dovozuje, že požadavek zákona byl dostatečně naplněn, když v souladu s ustanovením § 5 odst. 1 písm. a) zákona vymezil v podmínkách soutěže pod bodem 1. části I. „předmětem veřejné obchodní soutěže je nevhodnější nabídka na dodávku 20 ks a dalších 40 ks (s využitím opčního práva) homologovaných tramvají vhodných pro provoz v podmínkách hlavního města Prahy...“. Tento bod, představující naplnění jedné z obligatorních obsahových náležitostí podmínek soutěže (§ 5 odst. 1 písm. a) zákona), je dle názoru zadavatele nutno považovat za nezávislý na jiném bodu podmínek soutěže, konkrétně

bodů 3.3. písm. a) části I., neboť tento je naplněním jiné obligatorní obsahové náležitosti podmínek soutěže – požadavku na stanovení podmínek, při jejichž splnění je možno překročit výši nabídkové ceny (§ 5 odst. 1 písm. l) zákona). Zadavatel doslova říká, že „pokud podmínky obchodní veřejné soutěže obsahují svou povinnou náležitost, tj. vymezení předmětu plnění veřejné zakázky, nelze tento předmět plnění považovat za nejednoznačně vymezený z toho důvodu, že zadavatel vymezil v podmínkách soutěže podmínky pro možné překročení výše nabídkové ceny ...“.

K tomu uvádím, že s názorem zadavatele nelze souhlasit. Z ustanovení § 5 odst. 1 písm. a) zákona nelze dovodit, že k vymezení plnění veřejné zakázky může dojít pouze v jednom bodě podmínek soutěže, resp. že vymezení tohoto plnění může být obsaženo pouze v těch částech podmínek soutěže, které zadavatel výslovně jako „vymezení“ označí a znění ostatních bodů podmínek soutěže je pro faktické vymezení předmětu plnění veřejné zakázky irelevantní. Naopak; vymezení předmětu veřejné zakázky má být obsaženo podmínkách soutěže, a pokud tedy některý bod podmínek soutěže se vymezení týká výslovně a jiný bod podmínek soutěže svou formulací významně ovlivňuje určitost, srozumitelnost a jednoznačnost tohoto vymezení, pak i k tomuto druhému bodu je přirozeně nutno přihlídnout.

V šetřeném případě bod 3.3. písm. a) části I. podmínek soutěže stanoví, že cenu bude možno změnit po předchozí dohodě „případně v případě uplatnění dalších požadavků zadavatele nad rámec podmínek uvedených v zadávací dokumentaci“. Tento bod tak výslovně připouští, že ke změně (tedy potenciálně i zvýšení) ceny veřejné zakázky může dojít tehdy, pokud se změní předmět veřejné zakázky v důsledku „zvýšení technických standardů, bezpečnosti či zvýšení úrovně obsluhy a údržby“ (tedy v důsledku objektivních příčin vyjmenovaných v první části předmětného bodu podmínek soutěže), ale i z důvodů „dalších“ požadavků, které již žádným způsobem nejsou v podmínkách soutěže vymezeny. Zadavatel pouze uvádí, že tyto „další požadavky“ půjdou nad rámec podmínek uvedených v zadávací dokumentaci. Tím se ale zadání veřejné zakázky dostává do konfliktu s ustanovením § 2h odst. 1 zákona, který zakotvuje povinnost zadavatele vymezit předmět plnění veřejné zakázky jednoznačně, neboť připuštěním jakýchkoliv „dalších“, blíže nespecifikovaných dodatečných požadavků, zadavatel přímo modifikuje vymezení veřejné zakázky, které tak ztrácí svou určitost a konkrétnost.

V této souvislosti se neztotožňuji s názorem rozkladu, resp. názorem z posudku prof. Dr. JUDr. Karla Eliáše, na který zadavatel odkazuje, podle kterého i tyto „další“ požadavky mohou být podmíněny jen objektivně, tedy že se může jednat pouze o požadavky obdobné těm, které zadavatel blíže vyjmenoval v první části předmětného bodu 3.3. písm. a) části I. podmínek soutěže, to je „z důvodů zvýšení technických standardů, bezpečnosti či zvýšení úrovně obsluhy a údržby“, neboť pro podobný výklad není žádný přímý důvod a ani zadavatel v rozkladu žádný přímý důvod nevedl. Naopak je důvodné se domnívat, že by tato formulace („případně v případě uplatnění dalších požadavků zadavatele nad rámec podmínek uvedených v zadávací dokumentaci“) mohla být v budoucnu zneužita k neodůvodněnému navyšování ceny a zejména změně předmětu plnění veřejné zakázky. Zadavatel použitím spojky „případně“ rozdělil formulaci bodu 3.3. písm. a) části I. podmínek soutěže na dvě dílčí části, z čehož lze dovozovat i rozdílnou charakteristiku podmínek obsažených v první a druhé části. Proto, pokud objektivně podmíněné důvody pro změnu ceny veřejné zakázky jsou obsaženy v této první části, nelze automaticky dovozovat, že i v druhé části jsou míněny důvody stejného charakteru, tedy důvody objektivně podmíněné.

V této souvislosti je nutno rovněž poukázat na ustanovení § 70 zákona, podle kterého změny ve smlouvě na veřejnou zakázku jsou neplatné pouze tehdy, pokud jsou v rozporu s podmínkami obchodní veřejné soutěže. Nelze proto souhlasit s názorem zadavatele, resp. názorem uvedeným v posudku Ústavu státu a práva Akademie věd ČR, na který zadavatel taktéž odkazuje, že by se zadavatel mohl potenciálně dostat do konfliktu se zákonem až v případě, kdy by předmětné sporné ustanovení použil takovým způsobem, že by v rámci dodatku ke smlouvě na plnění veřejné zakázky změnil předmět plnění veřejné zakázky tak, že by taková změna odporovala původním podmínkám soutěže. Vzhledem k tomu, že citované ustanovení zákona podmiňuje platnost či neplatnost změny ve smlouvě pouze souladem s podmínkami soutěže, pak pokud by v budoucnu zadavatel přistoupil ke změně předmětu veřejné zakázky na základě jakýchkoliv svých „dalších požadavků nad rámec podmínek uvedených v zadávací dokumentaci“, nebyl by jeho postup v rozporu s podmínkami soutěže, a ve smyslu druhé věty ustanovení § 70 zákona by pak takovéto změny ve smlouvě nevyvolaly neplatnost smlouvy a tím by byl popřen základní účel a smysl zákona. Proto jsem zadavateli uložil, aby provedl změnu podmínek soutěže tak, že citovaná část věty bude z bodu 3.3. vyhlášení podmínek soutěže vypuštěna.

K tomu dále uvádím, že lze souhlasit s názorem zadavatele uvedeným v rozkladu v posledně citovaném posudku, že „není možné z hlediska gramatického výkladu uvedené ustanovení interpretovat jednoznačně tak, že požadavky „nad rámec podmínek uvedených v zadávací dokumentaci“ (myšleno v kontextu celého bodu 3.3.písm. a) podmínek soutěže) musí nutně znamenat uplatnění požadavků zadavatelem a následné poskytnutí plnění uchazečem, které bude v rozporu s původními podmínkami soutěže a se zadávací dokumentací“. Nemám důvodu zpochybnit tvrzení zadavatele, že „nikdy nebylo jeho úmyslem prostřednictvím podmínky pro překročení nabídkové ceny zformulované v odst. 3.3. písm. a) podmínek soutěže jakkoliv rozšířit předmět plnění veřejné zakázky..“ Zadavatel dále uvedl, že je připraven v zájmu vyvrácení všech, byť i hypotetických pochybností důrazně požadovat na případném vybraném uchazeči to, aby do samotné smlouvy na plnění této veřejné zakázky shora uvedená podmínka nebyla zahrnuta“. K tomu vysvětluji, že pro zajištění právní jistoty, zákonnosti a transparentnosti postupu zadavatele při uzavírání smlouvy s vybraným uchazečem a zabránění možných pochybností o správnosti tohoto postupu zadavatele, jsem zadavateli uložil provést změnu podmínek soutěže tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí s tím, že není nutno rušit celé zadání veřejné zakázky, jak učinil Úřad napadeným rozhodnutím. Nepochybně vyplývá, že k nepřípustné změně předmětu veřejné zakázky, a tedy k nejednoznačnému vymezení předmětu plnění veřejné zakázky, lze dospět pouze výkladem druhé části bodu 3.3. písm. a) části I. podmínek soutěže, a proto jsem zadavateli uložil tuto část podmínek soutěže zrušit v souladu s ustanovením § 4 odst. 1 zákona, tedy uveřejněním v Obchodním věstníku a na centrální adrese, a to nejpozději přede dnem uzavření smlouvy s vybraným uchazečem. Zároveň jsem zadavateli uložil informovat Úřad o provedených změnách. V této souvislosti upozorňuji, že pokud by zadavatel nesplnil uloženou povinnost, vystavuje se nebezpečí opětovného zahájení správního řízení z vlastního podnětu Úřadu a samozřejmě i případné sankce za nesplnění této povinnosti.

Rovněž jsem se zabýval otázkou, zda předmětná změna podmínek soutěže by měla podstatný vliv na zpracování nabídek zájemci o veřejnou zakázku. Vzhledem k tomu, že se v případě bodu 3.3. písm. a) části I. podmínek soutěže jedná o podmínku, týkající se budoucí případné změny veřejné zakázky, tedy o podmínku s působností do budoucna, která na zpracování nabídky a ani na nabídkovou cenu neměla a nemohla mít vliv, která navíc není ani

ustanovením diskriminačním, které by mohlo omezit neurčitému počtu zájemců o veřejnou zakázku podat nabídku, nebylo nutné zadání veřejné zakázky zrušit.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutné napadené rozhodnutí změnit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22, Praha 9, zast. Ing. Milanem Houfkem,
2. spis.

