



UOHSX00CGDI9

USNESENÍ

Č. j.: ÚOHS-S0212/2019/VZ-17696/2019/522/JKr

Brno: 3. července 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 27. 5. 2019 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Jihomoravský kraj, IČO 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 31. 5. 2019 společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,
- navrhovatel – ŠKODA RAIL s.r.o., IČO 05822149, se sídlem Emila Škody 2922/1, Jižní Předměstí, 301 00 Plzeň,

ve věci přezkoumání úkonů cit. zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Pořízení nových železničních elektrických jednotek včetně full-service“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 8. 12. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 12. 2016 pod ev. č. zakázky Z2016-006086, ve znění opravy uveřejněné dne 16. 1. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 12. 2016 pod ev. č. 2016/S 240-437117, ve znění opravy uveřejněné dne 17. 1. 2017 pod ev. č. 2017/S 011-015999,

vydává toto

usnesení:

Správním řízení se podle § 257 písm. h) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zastavuje, neboť návrhu navrhovatele – ŠKODA RAIL s.r.o., IČO 05822149, se sídlem Emila Škody 2922/1, Jižní Předměstí, 301 00 Plzeň – ze dne 27. 5. 2019 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Jihomoravský kraj, IČO 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Pořízení nových železničních elektrických jednotek včetně full-service“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 8. 12. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 12. 2016 pod ev. č. zakázky Z2016-006086, ve znění opravy uveřejněné dne 16. 1. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 12. 2016 pod ev. č.

2016/S 240-437117, ve znění opravy uveřejněné dne 17. 1. 2017 pod ev. č. 2017/S 011-015999, **nepředcházely řádně a včas podané námitky.**

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Jihomoravský kraj, IČO 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 31. 5. 2019 společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)¹ jednací řízení s uveřejněním za účelem zadání veřejné zakázky „Pořízení nových železničních elektrických jednotek včetně full-service“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 8. 12. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 12. 2016 pod ev. č. zakázky Z2016-006086, ve znění opravy uveřejněné dne 16. 1. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 12. 2016 pod ev. č. 2016/S 240-437117, ve znění opravy uveřejněné dne 17. 1. 2017 pod ev. č. 2017/S 011-015999 (dále jen „veřejná zakázka“ nebo „zadávací řízení“).
2. Zadavatel se při provádění úkonů podle zákona souvisejících se zadávacím řízením nechal ve smyslu § 43 zákona smluvně zastoupit společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno.
3. Podle bodu 2.1. „Základní požadavky na železniční elektrické jednotky“ zadávací dokumentace ze dne 16. 1. 2017, která byla uveřejněna na profilu zadavatele² téhož dne (dále jen „Zadávací dokumentace“), je předmětem veřejné zakázky „*nákup nových železničních elektrických jednotek pro provozování veřejné dopravy v režimu závazku veřejné služby na vlakových linkách Integrovaného dopravního systému Jihomoravského kraje (...)* s možným dílčím přesahem do bezprostředně sousedících krajů. Zadavatel požaduje nákup nových 25 základních jednotek (EMU 310, tj. min. 310 míst k sezení) a 6 posilových jednotek (EMU 140, tj. min. 140 míst k sezení) (...).“
4. Podle bodu 2.2. „Základní požadavky na full-service“ Zadávací dokumentace je předmětem veřejné zakázky rovněž „*zajištění tzv. full-service, který zahrnuje provádění veškeré údržby dodaných jednotek nejdéle pod dobu 30 let. Zajištěním full-service se rozumí kompletní zajištění oprav, údržby, čištění a provádění jiných činností.*“
5. V bodě 5. „Hodnocení nabídek“ Zadávací dokumentace zadavatel mj. stanovil, že předběžné nabídky nebudou hodnoceny.
6. Zadavatel dne 20. 6. 2017 zaslal e-mailovou zprávou mj. společnosti ŠKODA RAIL s.r.o., IČO 05822149, se sídlem Emila Škody 2922/1, Jižní Předměstí, 301 00 Plzeň (dále jen „navrhovatel“) Výzvu k podání předběžných nabídek datovanou ke dni 15. 6. 2017 (dále jen „Výzva k podání předběžných nabídek“). V bodě 4. „Lhůta a místo podání předběžných

¹ Pokud je v tomto usnesení uveden odkaz na zákon, jedná se vždy, není-li uvedeno jinak, o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení, tj. ke dni 8. 12. 2016.

² dostupný na https://zakazky.krajbezkorupce.cz/profile_display_2.html

nabídek“ Výzvy k podání předběžných nabídek zadavatel stanovil lhůtu pro podání předběžných nabídek do 31. 8. 2017, 16:00 hod.

7. V bodě 6. „Obsah předběžných nabídek“ Výzvy k podání předběžných nabídek zadavatel mj. stanovil, že „[o] podaných nabídkách bude zadavatel s účastníky jednat. Způsob a zásady jednání s účastníky o předběžných nabídkách jsou uvedeny v čl. 4 zadávací dokumentace ve vazbě na čl. 3 této výzvy.“
8. V bodě 3. „Údaje o přístupu k zadávací dokumentaci“ Výzvy k podání předběžných nabídek zadavatel uvedl, že zadávací dokumentace je uveřejněna do konce lhůty pro podání nabídek na profilu zadavatele.
9. Ve vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 7. 8. 2017 zadavatel prodloužil lhůtu pro podání předběžných nabídek do 20. 9. 2017, 16:00 hod.
10. Jak plyne z dokumentu „Potvrzení o osobním převzetí předběžné nabídky“ navrhovatel dne 20. 9. 2017 podal předběžnou nabídku na plnění předmětné veřejné zakázky.
11. Zadavatel dne 25. 2. 2019 e-mailovou zprávou s předmětem „Pořízení nových železničních elektrických jednotek včetně full-service“ navrhovateli oznámil ve smyslu § 61 odst. 11 zákona ukončení jednání o předběžných nabídkách v předmětném zadávacím řízení (dále jen „Oznámení o ukončení jednání“). V textu Oznámení o ukončení jednání zadavatel uvádí, že v příloze zasílá „výslednou podobu návrhů Kupní smlouvy na pořízení nových železničních elektrických jednotek a Smlouvy o zajištění full-service železničních elektrických jednotek s přílohami opatřenými doplňujícími komentáři zadavatele.“ Přílohu e-mailové zprávy tvoří soubor nazvaný „smlouvy_po_jednani“ ve formátu .zip, který obsahuje návrh Smlouvy o zajištění full-service železničních elektrických jednotek (dále jen „Smlouva o zajištění full-service“ nebo „návrh Smlouvy o zajištění full-service“) vč. příloh č. 2 – 6 a 8 – 9, a dále návrh Kupní smlouvy na pořízení nových železničních elektrických jednotek (dále jen „Kupní smlouva“ nebo „návrh Kupní smlouvy“) vč. přílohy č. 1 a příloh č. 3 – 10. Z automatické potvrzující zprávy systému Microsoft Outlook plyne, že tato zpráva byla navrhovateli doručena téhož dne, tj. dne 25. 2. 2019.
12. Zadavatel dne 26. 2. 2019 zaslal e-mailovou zprávou s předmětem „Pořízení nových železničních elektrických jednotek včetně full-service - výzva k podání nabídky“ navrhovateli Výzvu k podání nabídek datovanou téhož dne (dále jen „Výzva k podání nabídek“). V bodě 5. „Požadavky zadavatele na způsob podání nabídky a lhůta k podání nabídky“ Výzvy k podání nabídek zadavatel stanovil lhůtu pro podání nabídek do 10. 5. 2019, 10:00 hod. Jako přílohy této zprávy zadavatel navrhovateli zaslal mj. návrh Kupní smlouvy vč. přílohy č. 1 (Technické podmínky Kupujícího) a návrh Smlouvy o zajištění full-service vč. přílohy č. 9 (Podmínky montáže komponent).
13. Ve vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 8. 4. 2019 zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek do 24. 5. 2019.
14. Dne 30. 4. 2019 navrhovatel podal prostřednictvím datové schránky zadavateli „Námítky proti zadávací dokumentaci, námítky proti zadávacím podmínkám, proti úkonům oznamovacím, námítky proti nezákonnému postupu zadavatele“ ze dne 30. 4. 2019 (dále jen

„Námítky“ nebo „Námítky ze dne 30. 4. 2019“). Z doručky datové zprávy plyne, že tato zpráva byla zadavateli dodána dne 30. 4. 2019.

15. Zadavatel v přípisu ze dne 15. 5. 2019 označeném jako „Rozhodnutí zadavatele o námitkách a jeho Oznámení“ (dále jen „Rozhodnutí o námitkách“) uvedl, že „[p]o přezkoumání obsahu námitek stěžovatele zadavatel námitkám vyhověl pouze částečně, konkrétně v části rozsahu čl. I. odst. 1, II. odst. 1 námitek a čl. II. odst. 4 námitek, a proto v souladu s ustanovením § 245 odst. 2 ZZVZ sděluje stěžovateli, že podané námitky odmítá“. Z doručky datové zprávy plyne, že Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli dodáno do datové schránky dne 15. 5. 2019. Zadavatel zaslal dne 15. 5. 2019 Rozhodnutí o námitkách navrhovateli rovněž e-mailovou zprávou. Z automatické potvrzující zprávy a ze zaslání zpětného emailu ze dne 15. 5. 2019 plyne, že tato e-mailová zpráva byla navrhovateli doručena téhož dne, tj. dne 15. 5. 2019.
16. Ve vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 20. 5. 2019 zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek do 19. 6. 2019, 10:00 hod.
17. Navrhovatel se s Rozhodnutím o námitkách neztotožnil, a proto podal dne 27. 5. 2019 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „Návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

18. Navrhovatel má za to, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, a to při stanovení zadávacích podmínek a rovněž při některých svých úkonech. Podle názoru navrhovatele smluvní a technické podmínky zadávacího řízení byly zásadním způsobem změněny zadavatelem až po provedeném jednání dle ust. § 61 zákona, a nebyly tedy předmětem zadávací dokumentace uveřejněné na profilu zadavatele dle § 96 zákona při zahájení zadávacího řízení. Zadavatel dle navrhovatele svým postupem porušil zákon, zejména zásady uvedené v ust. § 6 zákona a ust. 245 odst. 1 zákona, když současně s vyhověním části námitek neprovedl opatření k nápravě.
19. V Návrhu jsou vyjádřeny následující tvrzená pochybení zadavatele, kterých se dle navrhovatele dopustil v zadávacím řízení:
 - 1) Zadavatel nestanovil parametr měrného výkonu jako minimální technickou podmínku ve smyslu § 61 odst. 4 zákona, a to již „na počátku“ zadávacího řízení, ačkoliv tento parametr má naprosto zásadní význam pro výběr koncepce dodavatelem nabízených jednotek (dále též jen „**pochybnost č. 1**“ nebo „část č. 1“)
 - 2) Zadavatel nestanovil již „na počátku“ zadávacího řízení bližší podmínky týkající se práva zadavatele na dodání dalších 6 základních jednotek (EMU 310) a 5 posilových jednotek (EMU 140) včetně full-service dle čl. 12. 2. Zadávací dokumentace, nýbrž učinil tak až v čl. XIII. návrhu Kupní smlouvy, který zaslal účastníkům zadávacího řízení s Výzvou k podání nabídek. Tím, že zadavatel již v rámci čl. 12. 2. Zadávací dokumentace nedostatečně specifikoval požadavek „opčního práva“, porušil podle názoru navrhovatele ustanovení § 6 ve spojení s ustanoveními § 60 a § 100 zákona. (dále též jen „**pochybnost č. 2**“ nebo „část č. 2“)

- 3) Zadavatel si nevyhradil právo požadovat vložení dalšího dílu již „na počátku“ zadávacího řízení, nýbrž až v čl. XIII. odst. 6 návrhu Kupní smlouvy, který zaslal účastníkům zadávacího řízení s Výzvou k podání nabídek. Podle názoru navrhovatele nemůže zadavatel učinit předmětem veřejné zakázky dodávku dalších dílů, pokud si již na počátku zadávacího řízení nevyhradil právo požadovat tyto dodávky a dostatečně nepopsal další vkládaný díl, a tímto postupem tak porušil ustanovení § 6 ve spojení s ustanoveními § 60 a § 100 zákona. (dále též jen „**pochybnost č. 3**“ nebo „část č. 3“)
- 4) Zadavatel nestanovil oprávnění prodávajícího odstoupit od Smlouvy o zajištění full-service ve smyslu čl. II. odst. 3. návrhu Kupní smlouvy již dříve (před posouzením kvalifikace účastníků a podáním předběžných nabídek), nýbrž až v návrhu Kupní smlouvy. Podle názoru navrhovatele je tak více než netransparentní, pokud v průběhu zadávacího řízení zadavatel vytvoří smluvní podmínku, která může svou aplikací ukončit ¾ předmětu plnění veřejné zakázky, a to se zásadními následky i pro samotného zadavatele. (dále též jen „**pochybnost č. 4**“ nebo „část č. 4“)
- 5) Zadavatel stanovil v čl. XIII. odst. 7. návrhu Kupní smlouvy „nereálnou, nesprávnou a zmatečnou“ kalkulaci ceny vloženého (dalšího dílu), která neumožňuje stanovit cenu vloženého dílu tak, aby odpovídala skutečným nákladům. (dále též jen „**pochybnost č. 5**“ nebo „část č. 5“)
- 6) Zadavatel stanovil v příloze č. 1 návrhu Kupní smlouvy neodůvodněně konkrétní požadavek na uchycení sedadel, a to podepřením subtilní konzolou upevněnou do bočnice vozové skříně (tzv. cantilever). (dále též jen „**pochybnost č. 6**“ nebo „část č. 6“)
- 7) Zadavatel stanovil v čl. II. odst. 3. návrhu Kupní smlouvy oprávnění prodávajícího odstoupit od Smlouvy o zajištění full-service, jestliže kupující nevyužije svého práva požadovat po prodávajícím provedení výroby a dodávky dalších 6 základních jednotek (EMU 310), čímž zadavatel deformuje předmět veřejné zakázky v tom smyslu, že *„smluvní podmínky umožňují na základě ničím nelimitovaného rozhodnutí Zadavatele omezit předmět veřejné zakázky toliko na prostou dodávku elektrických jednotek.“* Neuplatněním práva na dodání dalších jednotek dle navrhovatele dojde k nepřípustné změně celkové povahy předmětu veřejné zakázky. Zadavatel není oprávněn měnit na počátku zadávacího řízení vymezený předmět veřejné zakázky prostřednictvím vyhrazení změny závazku dle § 100 zákona. (dále též jen „**pochybnost č. 7**“ nebo „část č. 7“)
- 8) Zadavatel stanovil v příloze č. 9 návrhu Smlouvy o zajištění full-service požadavek, aby poskytovatel instaloval do železničních jednotek komponenty odbavovacího systému, přičemž komponenty popsal pouze obecně, když neuvedl jejich výrobce, konkrétní typy komponentů nebo jejich podrobnější technickou specifikaci. Tyto komponenty, a tedy i složitost jejich instalace tak nejsou účastníkům známy. (dále též jen „**pochybnost č. 8**“ nebo „část č. 8“)
- 9) Zadavatel stanovil v příloze č. 9 návrhu Smlouvy o zajištění full-service povinnost poskytovatele denně provést vizuální a mechanickou kontrolu komponent

a doplňovat spotřební materiál v souladu s pokyny dodanými KORDIS. Tyto pokyny však nejsou účastníkům známy. (dále též jen „**pochybnost č. 9**“ nebo „část č. 9“)

- 10) Zadavatel stanovil v příloze č. 9 návrhu Smlouvy o zajištění full-service povinnost poskytovatele v případě závady některé z komponent nejpozději do 03:00 následujícího dne zajistit opětovnou funkčnost komponenty. Tyto komponenty, a tedy i složitost oprav jejich funkčnosti však nejsou účastníkům známy. (dále též jen „**pochybnost č. 10**“ nebo „část č. 10“)
- 11) Zadavatel stanovil v čl. IV. odst. 9. návrhu Smlouvy o zajištění full-service nezákonný požadavek na „základní platby“. Navrhovatel považuje předmětný požadavek zadavatele za nepřiměřený a neodůvodněný. (dále též jen „**pochybnost č. 11**“ nebo „část č. 11“)
- 12) Zadavatel stanovil v čl. V. návrhu Smlouvy o zajištění full-service nezákonný požadavek na tvorbu „rezervního fondu“. Navrhovatel považuje předmětný požadavek zadavatele za nepřiměřený a zbytečný. (dále též jen „**pochybnost č. 12**“ nebo „část č. 12“)
- 13) Zadavatel „neustále“ mění zadávací podmínky týkající se měrného výkonu, přičemž naposledy tak učinil ve vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 20. 5. 2019, když změnil požadavek na výši měrného výkonu na 8,5 kW/t. Tím, že zadavatel neustále mění tento zásadní parametr dodávky, znevýhodňuje podle názoru navrhovatele zejména ty účastníky zadávacího řízení, kteří měli již od začátku připraveny technické charakteristiky vozidla na původně poptávaných 11 kW/t trvalého měrného výkonu, a mají tak vzhledem k novým požadavkům připraveny k nabídce až příliš výkonná, a proto i dražší vozidla. (dále též jen „**pochybnost č. 13**“ nebo „část č. 13“)
- 14) Zadavatel stanovil v příloze č. 1 návrhu Kupní smlouvy na pořízení nových železničních elektrických jednotek (v tabulce 1 v bodu 1) požadavek na výši měrného výkonu 8,5 kW/t. Tato výše měrného výkonu podle názoru navrhovatele neodpovídá obvyklým požadavkům na obdobná vozidla pro regionální dopravu a znevýhodňuje dodavatele, kteří nabízejí méně výkonná vozidla. (dále též jen „**pochybnost č. 14**“ nebo „část č. 14“)
- 15) Zadavatel blíže nespecifikoval „vkládaný díl“ ve smyslu přílohy č. 1 Zadávací dokumentace, resp. „další díl“ ve smyslu čl. XIII. odst. 6. návrhu Kupní smlouvy a nestanovil další s tímto vkládaným (dalším) dílem související podmínky, a to vše již „na počátku“ zadávacího řízení. (dále též jen „**pochybnost č. 15**“ nebo „část č. 15“)
- 16) Zadavatel neprovedl opatření k nápravě současně s Rozhodnutím o námitkách ze dne 15. 5. 2019, kterým vyhověl námitce navrhovatele směřující proti definici měrného výkonu ve výši 11 kW/t jako maximálního disponibilního výkonu, ale učinil tak až dne 20. 5. 2019. (dále též jen „**pochybnost č. 16**“ nebo „část č. 16“)
- 17) Zadavatel v Rozhodnutí o námitkách neuvedl „*veškeré, určité a úplné informace*“ o změně požadavku na měrný výkon a jeho výši, když sděloval, jaké provede opatření k nápravě, nýbrž uvedl pouze, že „*upraví zadávací podmínky tak, že měrný výkon definuje při zohlednění výkonu trvalého a jeho hodnotu přizpůsobí tomu, že při jejím zjištění nebude vycházeno z maximálního, ale trvalého výkonu.*“ (dále též jen „**pochybnost č. 17**“ nebo „část č. 17“)

18) Zadavatel v návaznosti na vyhovění námitce navrhovatele směřující proti definici měrného výkonu ve výši 11 kW/t jako maximálního disponibilního výkonu neinformoval současně s navrhovatelem, tj. již 15. 5. 2019, kdy byl navrhovatel informován prostřednictvím Rozhodnutí o námitkách, ostatní účastníky zadávacího řízení o zamýšlených změnách zadávacích podmínek (tedy že „*upraví zadávací podmínky tak, že měrný výkon definuje při zohlednění výkonu trvalého a jeho hodnotu přizpůsobí tomu, že při jejím zjištění nebude vycházeno z maximálního, ale trvalého výkonu*“). (dále též jen „**pochybnost č. 18**“ nebo „část č. 18“)

20. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad předmětné zadávací řízení zrušil.
21. Současně s Návrhem navrhovatel požádal o nařízení předběžných opatření podle § 61 odst. 1 správního řádu, a to předběžného opatření spočívajícího v uložení zákazu pokračovat v zadávacím řízení na veřejnou zakázku a předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku, a to až do právní moci rozhodnutí, kterým bude předmětné správní řízení ukončeno.
22. Navrhovatel se v Návrhu vyjadřuje k výši kauce v šetřeném případě, kterou je navrhovatel povinen složit na účet Úřadu v souvislosti s podáním Návrhu. Navrhovatel uvádí, že z procesní opatrnosti složil kauci ve výši 10 000 000 Kč. Současně však navrhovatel prezentuje názor, že v šetřeném případě nelze stanovit celkovou nabídkovou cenu, protože je navrhovatel povinen složit kauci pouze ve výši 100 000 Kč.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

23. Dnem 27. 5. 2019, kdy Úřad Návrh obdržel, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
24. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 256 zákona jsou:
- zadavatel,
 - navrhovatel.
25. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0212/2019/VZ-14987/2019/522/JKr ze dne 29. 5. 2019.
26. Dne 31. 5. 2019 obdržel Úřad podání navrhovatele z téhož dne, kterým navrhovatel doplňuje Návrh ze dne 27. 5. 2019. Navrhovatel uvádí v předmětném přípisu informace týkající se problematiky měrného výkonu, ke které se vyslovoval již v Návrhu. Navrhovatel na podporu svého pohledu na stanovení měrného výkonu ve výši 8,5 kW/t coby hodnoty neobvyklé, nepřiměřené a diskriminační předkládá Úřadu odborné posouzení – sdělení Západočeské univerzity v Plzni, Fakulty strojní ze dne 31. 5. 2019.
27. Dne 6. 6. 2019 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k Návrhu z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele“) a dokumentaci o zadávacím řízení.

Vyjádření zadavatele

28. Zadavatel ve vyjádření uvádí, že v rámci šetřeného zadávacího řízení postupoval v souladu se zákonem, včetně postupu při vyřizování Námitek, informování o záměru provést opatření

k nápravě, provádění této nápravy a při stanovení nové hodnoty měrného výkonu. Zadavatel je názoru, že předmět veřejné zakázky vymezil zcela legitimně a zákonně s ohledem na své oprávněné potřeby. Zadavatel odmítá jakékoli upřednostňování určitého dodavatele stanovením zadávacích podmínek, resp. konkrétních požadavků.

29. Ve vyjádření zadavatel rovněž uvádí, že vzhledem k tomu, že podrobnosti vyhrazených změn závazku (dodávka 6 jednotek EMU 310 a 5 jednotek EMU 140 a vložení dalšího dílu) byly obsaženy ve Výzvě k podání nabídek učiněné dne 26. 2. 2019, konkrétně v návrhu Kupní smlouvy, zadavatel si tyto změny vyhradil v zadávací dokumentaci v souladu s § 100 odst. 1 zákona. Zadavatel rovněž odmítá, že by způsobem stanovení ceny za vložení dalšího dílu preferoval jakéhokoli účastníka. Způsob stanovení ceny je pro všechny účastníky stejný.
30. Zadavatel poukazuje na to, že dle § 61 odst. 10 zákona je možné změnit nebo doplnit zadávací podmínky, vyjma minimálních technických podmínek.
31. V souvislosti s nastavením obchodních podmínek navrhovatel uvádí, že jako nezákonná smluvní ujednání je možná posoudit pouze ta, která představují zjevný exces, který by způsoboval nemožnost plnění zakázky podle smlouvy. Zadavatel zdůvodňuje stanovení požadavku na „základní platbu“, „rezervní fond“ a oprávnění dodavatele odstoupit od Smlouvy o zajištění full-service. Tyto požadavky považuje za legitimní. K oprávnění dodavatele odstoupit od Smlouvy o zajištění full-service uvádí, že toto je stanoveno ve prospěch dodavatele a jeho stanovením nedochází ke změně předmětu veřejné zakázky v průběhu zadávacího řízení. Doplňuje, že nemá zájem na tom, aby neuplatnil právo na dodávku dalších jednotek.
32. Požadavek na způsob uchycení sedadel tzv. cantilever zadavatel nepovažuje za diskriminační a nepřiměřený. Tento požadavek dle zadavatele není nestandardní. Zadavatel poukazuje na jeho výhody, přičemž dodává, že tento i jiný způsob uchycení mají svoje výhody a nevýhody. Dle zadavatele je pouze na něm, pro jaké řešení se rozhodne.
33. V případě požadavků týkajících se komponentů odbavovacího systému zadavatel rozporuje, že by tyto komponenty byly zařízení nová, specifická a neznámá. Odborně způsobilé osobě musí být dle zadavatele v současné době používaná zařízení, včetně jejich spolehlivosti a případné poruchovosti, známa. Dodává, že povinností dodavatele při poruše těchto zařízení je výměna „kus za kus“, přičemž náhrady nefunkčních komponentů bude dodávat zadavatel. Uzavírá, že dodavatel údržbu komponent zajišťovat nebude, pouze zajistí výměnu nefunkční komponenty za komponentu funkční.
34. K otázce včasnosti podání námitek zadavatel uvádí následující.
35. Proti způsobu, jakým zadavatel přistoupil k přijetí nápravného opatření, měl dodavatel brojit samostatnými námitkami. Vzhledem k tomu, že navrhovatel úkony zadavatele související s přijetím opatření k nápravě prostřednictvím námitek nenapadl, mělo by být dle názoru navrhovatele správní řízení v rozsahu této části Návrhu zastaveno podle ust. § 257 písm. h) zákona.
36. Proti případným pochybením při stanovení rozsahu minimálních technických podmínek (konkrétně v souvislosti s požadavkem na měrný výkon), měl navrhovatel dle názoru

zadavatele brojít včasnými námitkami podle ust. § 242 odst. 4 věta za středníkem zákona, tj. do uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek.

37. Pokud jde o námitky vůči právu na dodání dalších jednotek a na vložení dalšího dílu, resp. k určitosti zadávací dokumentace, dle zadavatele se měl navrhovatel proti tomuto brojít námitkami, které měl v souladu s ust. § 242 odst. 4 věta za středníkem zákona podat do konce lhůty pro podání předběžných nabídek. Zadavatel se dovolává toho, že navrhovatel během celého procesu jednání o návrhu Kupní smlouvy nezpochybnil právo zadavatele požadovat dodávku dalších jednotek, případně vložení dalšího dílu. Navrhovatel tak dle zadavatele s danou úpravou souhlasil, případně s ní byl alespoň srozuměn.
38. Podrobnosti týkající se práva na dodání dalších jednotek a na vložení dalšího dílu byly předmětem jednání s účastníky a navrhovatel měl dle zadavatele dostatek prostoru na uvedené reagovat již dříve.
39. Zadavatel se domnívá, že podání námitek proti úpravě čl. XIII. „Opční právo a vložení dílu“ návrhu Kupní smlouvy je nutné považovat za zneužití práva. Pokud navrhovatel nezákonnost úpravy začal tvrdit až následně před koncem lhůty pro podání nabídek, nelze na zadavateli spravedlivě požadovat, aby takový výkon práva strpěl. Zadavatel se tedy dovolává toho, že podané námitky v této části nesledují zákonem stanovený legitimní cíl (úspěch v zadávacím řízení), nýbrž jimi navrhovatel vyvíjí nedovolený nátlak na zadavatele.
40. Vzhledem k tomu, že zadavatel odkazuje rovněž na **obsah Rozhodnutí o námitkách**, Úřad z obsahu tohoto rozhodnutí uvádí ve vztahu včasnosti podání námitek následující.
41. Zadavatel v Rozhodnutí o námitkách uvádí, že navrhovateli zaslal návrh Smlouvy o zajištění full-service, včetně přílohy týkající se montáže komponent a včetně úpravy základní platby, k vyjádření již v průběhu jednání o předběžných nabídkách, přičemž navrhovatel žádné výhrady ve smyslu nedostatečné konkrétnosti dané přílohy, resp. proti danému vymezení povinností ve vztahu ke komponentům odbavovacího systému nevznesl, ani nesdělil žádné argumenty k diskriminačnímu charakteru, případně nepřiměřenosti požadavku na základní platbu.
42. Zadavatel dále uvádí, že zaslal navrhovateli návrh Kupní smlouvy s ujednáním o možném odstoupení od Smlouvy o zajištění full-service v průběhu jednání o předběžných nabídkách. Stěžovatel však žádné námitky týkající se se tohoto ujednání nepodal. Okolností, které dle názoru navrhovatele zakládají nezákonný postup zadavatele, si dle zadavatele byl stěžovatel vědom již v předchozích fázích zadávacího řízení, přesto se proti němu neohradil.
43. Námitky stěžovatele ze dne 30. 4. 2019 týkající se požadavku na rezervní fond zadavatel odmítl mj. pro jejich opožděnost.

Další průběh správního řízení

44. Usnesením č. j. ÚOHS-S0212/2019/VZ-16534/2019/522/JKr ze dne 13. 6. 2019 určil Úřad zadavateli lhůtu k podání informace o dalších úkonech, které provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořázené v souvislosti s provedenými úkony.

45. V návaznosti na další úkony provedené v zadávacím řízení doručil zadavatel Úřadu dne 18. 6. 2019 další dokumenty, které považuje za součást dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
46. Dne 18. 6. 2019 Úřad obdržel podání zadavatele, ve kterém zadavatel označuje konkrétní dokumenty z dokumentace o zadávacím řízení, z nichž vyplývá, že navrhovatel obdržel Výzvu k podání nabídek.
47. V návaznosti na další úkony provedené v zadávacím řízení doručil zadavatel Úřadu ve dnech 20. 6. 2019 a 24. 6. 2019 další dokumenty, které považuje za součást dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
48. Dne 25. 6. 2019 Úřad umožnil zástupci navrhovatele nahlédnout do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0212/2019/VZ.
49. Rozhodnutím č. j. UOHS-S0212/2019/VZ-18540/2019/522/JKr ze dne 3. 7. 2019 Úřad zamítl žádosti navrhovatele na nařízení předběžných opatření.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

50. Úřad přezkoumal náležitosti návrhu a na základě zjištěných skutečností dospěl k závěru, že se správní řízení podle ustanovení § 257 písm. h) zákona zastavuje, neboť návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Zjištění Úřadu

51. V bodě 2. 1. „Základní požadavky na železniční elektrické jednotky“ Zadávací dokumentace³ zadavatel mj. stanovil:

„V souladu s § 61 odst. 4 ZZVZ zadavatel níže uvádí požadavky na plnění veřejné zakázky představující minimální technické podmínky na dodávané železniční elektrické jednotky:

(...)

6. možnost navýšení kapacity jednotky – dodatečné vložení dílu“

52. V bodě 12. 2. Zadávací dokumentace zadavatel stanovil:

„Zadavatel si dle § 100 ZZVZ vyhrazuje právo na dodání dalších 6 základních jednotek (EMU 310) a 5 posilových jednotek (EMU 140) za shodných podmínek jako bude dodávka 25 základních jednotek (EMU 310) a 6 posilových jednotek (EMU 140), a to včetně full-service dle odst. 2.2.“

53. V bodě 3 „požadavky na pořizované elektrické jednotky“ přílohy č. 1 „Technické požadavky na nové železniční elektrické jednotky pro Jihomoravský kraj“ Zadávací dokumentace zadavatel uvedl následující: *„Technické požadavky na jednotky (požadavky označené kurzívou*

³ Úřad pro úplnost doplňuje, že zde citované části Zadávací dokumentace (vč. příloh) jsou obsahově totožné se zněním zadávací dokumentace ze dne 12. 12. 2016, kterou zadavatel uveřejnil na svém profilu téhož dne.

s podtržením⁴ představují minimální technické požadavky dle odst. 2.1. a 2.2 zadávací dokumentace):

a) **jednopodlažní jednotka střídavé elektrické trakce 25 kV 50Hz**, s měrným výkonem alespoň 11 kW/t, umožňující jízdu rychlostí 160 km/h, se schopností jízdy v rychlostním profilu s nedostatkem převýšení $l = 1500$ mm v obloucích, zrychlení nejméně 1,1 m/s², minimální adhezni hmotnost jednotky 40 %, (...)

h) **možnost navýšení kapacity jednotky – dodatečné vložení dílu, (...)**“.

54. V čl. II. odst. 3. návrhu Kupní smlouvy (ve znění, které zadavatel zaslal e-mailovou zprávou navrhovateli dne 25. 2. 2019 a uveřejnil na svém profilu zadavatele dne 26. 2. 2019) zadavatel stanovil:

„Kupující⁵ je oprávněn ve lhůtě 1 měsíce ode dne účinnosti Smlouvy vznést jednorázový požadavek a Prodávající⁶ je povinen v případě takového požadavku provést výrobu a dodávku dalších 6 kusů Jednotky EMU 310 (dále jen ‚**Opce na EMU 310**‘) a umožnit Kupujícímu nabytí vlastnického práva k těmto Jednotkám a s těmito Jednotkami souvisejícím dodávkám dle odst. 1 tohoto článku. Pro Jednotky pořízené v rámci Opce na EMU 310 platí totožné dodací a platební podmínky jako pro Jednotky dle odst. 1 tohoto článku Smlouvy. Jestliže Kupující nevyužije práva Opce na EMU 310 v příslušné lhůtě dle tohoto odstavce, je Prodávající oprávněn odstoupit od Smlouvy na full-service jako celku. U 5 Jednotek z Opce na EMU 310 je předpoklad jejich spolufinancování z dotace. V případě uplatnění Opce na EMU 310 platí, že poslední Jednotka z Opce na EMU 310 určená k dodání je Jednotkou, jejíž cena nebude spolufinancována z dotace.“

55. V čl. V. „Tvorba rezervního fondu“ návrhu Smlouvy o zajištění full-service (ve znění, které zadavatel zaslal e-mailovou zprávou navrhovateli dne 25. 2. 2019 a uveřejnil na svém profilu zadavatele dne 26. 2. 2019) zadavatel stanovil:

„1. Pro pokrytí nákladů, které budou Poskytovatelem⁷ v rámci plánované údržby vynaloženy na opravy vyšších stupňů vázaných na proběh Jednotek a nákladů na renovaci Jednotek v rozsahu dle přílohy č. 3 Smlouvy bude vytvářen rezervní fond na opravy vyšších stupňů a renovace (dále jen ‚**rezervní fond**‘). Opravou vyššího stupně je rozuměn každý úkon údržby, který má být dle přílohy č. 1 Smlouvy na Jednotce proveden v údržbovém cyklu stanoveném na minimálně 300.000 km (dále jen ‚**Oprava vyššího stupně**‘).

2. Rezervní fond bude tvořen tak, že Objednatel⁸ % (doplní účastník minimálně ve výši 25 %) měsíční zálohy dle čl. IV. odst. 1 Smlouvy zaplatí na vázaný účet, zřízený Poskytovatelem pouze za tímto účelem.

(...)

⁴ Úřad uvádí, že příslušné požadavky namísto podtržení „vytučil“.

⁵ tj. zadavatel – pozn. Úřadu

⁶ tj. dodavatel – pozn. Úřadu

⁷ tj. dodavatelem – pozn. Úřadu

⁸ tj. zadavatel – pozn. Úřadu

6. Poskytovatel nejpozději měsíc před platbou první měsíční zálohy za poskytování full-service dle čl. IV. odst. 2 Smlouvy smlouvou s bankou doloží, že za účelem tvorby rezervního fondu nechal zřídit vázaný účet. (...)

Existence vázaného účtu (...) je podmínkou pro poskytování plateb za full-service činnosti dle čl. IV. Smlouvy Poskytovateli. (...)

56. V čl. XIII. „Opční právo a vložení dílu“ návrhu Kupní smlouvy (ve znění, které zadavatel zaslal e-mailovou zprávou navrhovateli dne 25. 2. 2019 a uveřejnil na svém profilu zadavatele dne 26. 2. 2019) zadavatel stanovil:

„1. Rozhodne-li se Kupující využít právo Opce na EMU 140, je povinen tak učinit jednorázově písemným oznámením o uplatnění práva Opce doručeným Prodávajícímu (dále jen **„Oznámení o uplatnění Opce“**), které bude obsahovat počet Jednotek, které Kupující požaduje na základě Oznámení o uplatnění Opce dodat (maximum je 5 Jednotek) a požadované termíny jejich dodání (stanovené vždy kalendářním měsícem). Učiní-li Kupující Oznámení o uplatnění Opce po uplynutí 1 roku od účinnosti Smlouvy, nezavazuje takové jednání Prodávajícího k dodání Jednotek, pokud Prodávající Oznámení o uplatnění Opce neakceptuje podle odst. 3.

(...)

4. Bez ohledu na skutečnost, zda Prodávající učiní Akceptační oznámení ve lhůtě a s obsahem dle odst. 3 tohoto článku, Prodávajícímu vznikne povinnost dodat Kupujícímu Jednotky uvedené v Oznámení o uplatnění Opce, a to za totožných podmínek, jaké se vztahují na dodání Jednotek podle čl. II. odst. 1 této Smlouvy, s výjimkou odchylné úpravy pro tyto Jednotky vyplývající z odstavce 5 tohoto článku a odchylné úpravy dodání podle odst. 2. tohoto článku.

5. Odlišně od podmínek stanovených v čl. VII. odst. 5, 6, 7, 8 této Smlouvy platí pro Jednotky EMU 140 dodávané na základě Oznámení o uplatnění Opce následující ujednání:

(...)

Neuplatní se režim případné nižší kupní ceny dle čl. VII. odst. 12 Smlouvy.

6. Rozhodne-li se Kupující využít práva požadovat vložení dalšího dílu, je povinen tak učinit písemným oznámením doručeným Prodávajícímu do 3 let od účinnosti Smlouvy (dále jen **„Žádost o vložení dalšího dílu“**), které bude obsahovat počet EMU 140, u nichž Kupující požaduje vložit další díl a požadované termíny dodání Jednotek EMU 140 s vloženými díly (stanovené vždy kalendářním měsícem) s tím, že od využití práva na vložení dalšího dílu do termínu dodání musí uplynout nejméně 36 měsíců. Platí, že Prodávající je na základě všech žádostí o vložení dalšího dílu oprávněn současně požadovat vložení dalšího dílu maximálně u 4 kusů Jednotek EMU 140. (...)

7. Kupující se zavazuje zaplatit Prodávajícímu za vložení dalšího dílu Jednotky EMU 140 cenu ve výši stanovené dle vzorce:

$$C = K/D$$

C – cena za vložení jednoho dílu

K – cena jednotky EMU 140 dle čl. VII. odst. 2 Smlouvy

D – počet dílů jednotky EMU 140 před vložením dílu

Cena bude uhrazena na základě faktury, jejíž přílohou bude protokol dokládající vložení dílu u příslušné Jednotky EMU 140 dle předchozího odstavce potvrzený Kupujícím. Pro fakturu platí obdobně úprava čl. VII. odst. 10 Smlouvy.“

57. V bodě 1 „Základní technické požadavky“ přílohy č. 1 návrhu Kupní smlouvy (ve znění, které zadavatel zaslal e-mailovou zprávou navrhovateli dne 25. 2. 2019 a uveřejnil na svém profilu zadavatele dne 26. 2. 2019) zadavatel stanovil mj. požadavek: *„Minimální měrný výkon (definovaný jako maximální (dostupný) výkon jednotky / (provozní hmotnost jednotky + zatížení 40 t (EMU 310), resp. 18 t (EMU 140)): 11 kW / t.“*
58. V bodě 3 „Sedadla“ přílohy č. 1 návrhu Kupní smlouvy (ve znění, které zadavatel zaslal e-mailovou zprávou navrhovateli dne 25. 2. 2019 a uveřejnil na svém profilu zadavatele dne 26. 2. 2019) zadavatel stanovil mj. požadavek: *„Uchycení sedadel řešit s ohledem na maximálně jednoduché čištění jednotky, bez nedostupných míst, požadováno podepření subtilní konzolou upevněnou do bočnice vozové skříň (tzv. cantilever). Subtilním konstrukčním řešením (tvar, poloha uchycení, rozměry apod.) se rozumí takové, které umožňuje dosažení maximální délky pro nohy cestujícího na zadním sedadle a nebrání strojovému čištění podlahy.“*
59. V příloze č. 9 „Podmínky montáže komponent“ návrhu Smlouvy o zajištění full-service (ve znění, které zadavatel zaslal e-mailovou zprávou navrhovateli dne 25. 2. 2019 a uveřejnil na svém profilu zadavatele dne 26. 2. 2019) zadavatel stanovil mimo jiné tyto podmínky:

- v části **„Podmínky montáže komponent“**:

„Do Jednotek budou Poskytovatelem instalovány následující komponenty odbavovacího systému:

- a) samostatné řídicí jednotky odbavovacího systému včetně anténového systému,*
- b) jízdenkové automaty,*
- c) validátory a označovače jízdenek (Objednatel může spojit obě zařízení do jednoho). “*

- v části **„Postup v případě závady komponent či jiného důvodu pro výměnu komponent“**:

„V případě, že Poskytovatel zjistí nebo dostane informaci o závadě některé z komponent, je povinen nejpozději do 03:00 následujícího dne provést výměnu vadné komponenty za jinou a zajistit opětovnou funkčnost odbavovacího systému. Předpokladem pro výkon těchto činností, je proškolení pracovníků Poskytovatele, které zajistí Objednatel.(...)“

Součástí povinností Poskytovatele je 1x denně provést vizuální a mechanickou kontrolu funkčnosti komponent, kontrolu bankovních terminálů (kombinované čtečky bezkontaktních bankovních karet a čipových karet v jízdenkových automatech a validátorech) v souladu s pokyny dodanými a aktualizovanými KORDIS, doplnění příslušného spotřebního materiálu, zejména jízdenkového papíru a pásek do tiskáren v jízdenkových automatech, validátorech a označovacích jízdenek a průběžné dodávání spotřebního materiálu, zejména jízdenkového

papíru a pásek do tiskáren odbavovacího systému Dopravci do provozní zásoby v dostatečném množství pro každou jednotku v rozsahu dle pokynů KORDIS JMK, a.s.“

60. V čl. IV. odst. 9 návrhu Smlouvy o zajištění full-service (ve znění, které zadavatel zaslal e-mailovou zprávou navrhovateli dne 25. 2. 2019 a uveřejnil na svém profilu zadavatele dne 26. 2. 2019) zadavatel stanovil:

„Vůči části ceny za provádění full-service činností ve výši měsíčního finančního závazku Poskytovatele (viz níže v tomto odstavci), maximálně však 20 % z 1/12 odhadované roční platby za full-service Jednotky EMU 140 a EMU 310 („základní platba“), se Objednatel do budoucna vzdává práva na uplatnění jakýchkoli námitek z této Smlouvy. Poskytovatel je povinen základní platbu použít na umoření svého závazku vůči bance, zahraniční bance nebo spořitelnímu a úvěrnímu družstvu financující výstavbu depa/poskytovateli depa (účastník zvolí podle toho, zda depo bude v jeho vlastnictví, či bude mít depo poskytnuto k užívání). Za každý kalendářní měsíc je Poskytovatel povinen Objednateli nejpozději do skončení dalšího kalendářního měsíce doložit, že základní platbu prokazatelně odeslal na účet banky, zahraniční banky nebo spořitelního a úvěrního družstva financující výstavbu depa/poskytovateli depa (účastník zvolí podle toho, zda depo bude v jeho vlastnictví, či bude mít depo poskytnuto k užívání). V případě, že Poskytovatel uvedené nedoloží, vyhrazuje si Objednatel právo, po dobu, kdy bude Poskytovatel v prodlení se splněním povinnosti dle předchozí věty, základní platbu na základě výzvy zasílat bance, zahraniční bance nebo spořitelnímu a úvěrnímu družstvu financující výstavbu depa/poskytovateli depa (tímto se považuje příslušná část ceny za provádění full-service činností Poskytovateli za zaplacenou) (účastník zvolí podle toho, zda depo bude v jeho vlastnictví, či bude mít depo poskytnuto k užívání). Za situace, kdy depo bude ve vlastnictví Poskytovatele a současně bude plně umožněn případný závazek vůči bance, zahraniční bance nebo spořitelnímu a úvěrnímu družstvu financující výstavbu depa, úprava tohoto odstavce se nadále neuplatní.

Za účelem stanovení základní platby je Poskytovatel povinen nejpozději před zahájením poskytování full-service činností Objednateli předložit právní titul, z něhož vyplyne oprávnění k užívání depa, včetně výše měsíčního finančního závazku Poskytovatele vůči poskytovateli depa plnění spočívající v užívání depa/výše měsíčního finančního závazku Poskytovatele vůči bance, zahraniční bance nebo spořitelnímu a úvěrnímu družstvu financující výstavbu depa, z něhož výslovně vyplyne rovněž spojení tohoto závazku s financováním výstavby depa (účastník zvolí podle toho, zda depo bude v jeho vlastnictví, či bude mít depo poskytnuto k užívání. (...)

61. Navrhovatel v Námitkách ze dne 30. 4. 2019 brojil proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky, a sice smluvním a technickým podmínkám, které jsou dle jeho názoru diskriminační, nepřiměřené, nepřesné, neúplné a neurčité. Konkrétně se Námitky týkají následujících skutečností:

- stanovení definice měrného výkonu jako „maximálního (disponibilního)“ výkonu jednotky,
- nestanovení měrného výkonu jako minimální technické podmínky ve smyslu § 61 odst. 4 zákona,

- stanovení požadavku na uchycení sedadel podepřením subtilní konzolou upevněnou do bočnice vozové skříně (tzv. cantilever),
- stanovení oprávnění prodávajícího odstoupit od Smlouvy o zajištění full-service jako celku, jestliže kupující nevyužije svého práva požadovat po prodávajícím dodání dalších 6 základních jednotek (EMU 310),
- nestanovení oprávnění prodávajícího odstoupit od Smlouvy o zajištění full-service jako celku již dříve (před posouzením kvalifikace účastníků a podáním předběžných nabídek), nýbrž až v návrhu Kupní smlouvy,
- nedostatečné specifikace komponent odbavovacího systému, které bude poskytovatel full-service instalovat do železničních jednotek,
- neobeznámení s pokyny KORDIS, dle nichž bude poskytovatel denně provádět vizuální a mechanickou kontrolu komponent a doplňovat spotřební materiál,
- nedostatečné specifikace komponent odbavovacího systému, jejichž opětovnou funkčnost bude zajišťovat poskytovatel full-service,
- stanovení požadavku na „základní platbu“,
- stanovení požadavku na tzv. „rezervní fond“,
- nestanovení bližších podmínek týkajících se práva zadavatele na dodání dalších 6 základních jednotek (EMU 310) a 5 posilových jednotek (EMU 140) včetně full-service dle čl. 12. 2. Zadávací dokumentace již „na počátku“ zadávacího řízení (tj. v samotné Zadávací dokumentaci), nýbrž až v čl. XIII. návrhu Kupní smlouvy, který zadavatele zaslal účastníkům zadávacího řízení s Výzvou k podání nabídek,
- nevyhrazení práva požadovat vložení dalšího dílu již „na počátku“ zadávacího řízení, nýbrž až v čl. XIII odst. 6 návrhu Kupní smlouvy, který zaslal účastníkům zadávacího řízení s Výzvou k podání nabídek,
- stanovení kalkulace ceny vloženého (dalšího dílu), která neumožňuje stanovit cenu vloženého dílu tak, aby odpovídala skutečným nákladům.

Navrhovatel v Námitkách dále brojil proti oznámení „Vysvětlení zadávací dokumentace dle ust. § 98 a § 99 zákona“ ze dne 16. 4. 2019 (vysvětlení týkající se měrného výkonu a odmítnutí upřesnění vydání úschovní dokumentace), ze dne 25. 4. 2019 (vysvětlení týkající se požadavku na tzv. rezervní fond) a 29. 4. 2019 (vysvětlení týkající se uchycení sedadel pomocí tzv. cantileveru).

62. K oprávnění podat námitky Navrhovatel v Námitkách uvádí, že *„podává námitky proti dále jmenovaným smluvním a technickým podmínkám zadávacího řízení, které byly stanoveny nebo zásadním způsobem změněny Zadavatelem až po provedeném jednání dle ust § 61 Zákona a nebyly tedy předmětem zadávací dokumentace uveřejněné na profilu zadavatele dle § 96 Zákona při zahájení zadávacího řízení. Z tohoto důvodu nelze aplikovat ust. § 242 odst. 4 věty za středníkem Zákona, neboť ve lhůtě pro podání předběžných nabídek nebyly tyto smluvní a technické podmínky nikomu známy, popřípadě nebyly v nyní stanoveném znění. Stěžovatel je v předmětné fázi zadávacího řízení (ve lhůtě pro podání nabídek)*

oprávněně podávat námitky proti těmto technickým a smluvním zadávacím podmínkám, které jsou nově stanoveny a na základě ust. § 98 Zákona Zadavatelem upřesňovány, a to v rozporu se Zákonem. Zadávací podmínky, jež jsou předmětem těchto námitek, byly stanoveny nebo zásadním způsobem změněny až ve Výzvě Zadavatele k podání nabídek, která je dle ust. § 28 odst. 1 písm. b) Zákona též považována za zadávací dokumentaci, avšak zpřístupňovanou v příslušné fázi zadávacího řízení.“

63. V Rozhodnutí o námitkách zadavatel ke způsobu vypořádání námítka navrhovatele týkající se požadavku na měrný výkon uvedl:

„Zadavatel tedy upraví zadávací podmínky tak, že měrný výkon definuje při zohlednění výkonu trvalého a jeho hodnotu přizpůsobí tomu, že při jejím zjištění nebude vycházeno z maximálního, ale trvalého výkonu. (...)

Zadavatel vyhověl námitkám, směřujícím proti způsobu stanovení měrného výkonu a jako opatření k nápravě zajistí objektivizaci parametru měrného výkonu tak, že při jeho zjišťování dodavatelé vyjdou z údaje o trvalém výkonu jednotky. Zadavatel současně hodnotu měrného výkonu přizpůsobí tomu, že při jejím zjištění nebude vycházeno z maximálního, ale trvalého výkonu.“

64. Zadavatel dne 20. 5. 2019 uveřejnil na svém profilu zadavatele vysvětlení zadávací dokumentace z vlastního podnětu zadavatele, ve které uvedl mj.:

„Zadavatel z důvodu objektivizace parametru měrného výkonu upravuje zadávací podmínky tak, že měrný výkon nově definuje při zohlednění výkonu trvalého a jeho hodnotu stanoví na 8,5kW/t tak, aby bylo zohledněno, že nebude vycházeno z maximálního, ale trvalého výkonu. Zadavatel příslušné změny provedl v příloze č. 1 návrhu kupní smlouvy (ZÁKLADNÍ TECHNICKÉ PARAMETRY). Uvedená změna umožní podání porovnatelných nabídek.“

65. V bodě 1 „Základní technické požadavky“ přílohy č. 1 návrhu Kupní smlouvy, ve znění, které zadavatel uveřejnil na svém profilu zadavatele dne 20. 5. 2019, stanovil mj. požadavek: *„Minimální měrný výkon (definovaný jako trvalý výkon jednotky / (provozní hmotnost jednotky + zatížení 40 t (EMU 310), resp. 18 t (EMU 140)): 8,5 kW / t.“*

Relevantní ustanovení zákona

66. Dle ustanovení § 28 odst. 1 písm. a) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávacími podmínkami veškeré zadavatelem stanovené

1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
4. pravidla pro hodnocení nabídek,
5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.

67. Dle ustanovení § 28 odst. 1 písm. b) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávací dokumentací veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky, sdělované nebo

zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení, včetně formulářů podle § 212 zákona a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu.

68. Dle § 61 odst. 4 zákona zadavatel v zadávací dokumentaci označí, které požadavky na plnění veřejné zakázky představují minimální technické podmínky, které musí nabídka splňovat.
69. Dle § 61 odst. 10 zákona zadavatel může v průběhu jednání změnit nebo doplnit zadávací podmínky, zejména technické podmínky, vyjma minimálních technických podmínek podle odstavce § 61 odst. 4 zákona. O takové změně nebo doplnění zadávacích podmínek musí zadavatel účastníky zadávacího řízení písemně informovat a poskytnout jim přiměřenou dobu pro úpravu předběžných nabídek. Změněné zadávací podmínky musí nadále splňovat podmínky pro použití jednacího řízení s uveřejněním.
70. Dle § 61 odst. 11 zákona je zadavatel povinen okamžik ukončení jednání nebo způsob jeho určení oznámit účastníkům zadávacího řízení. Zadavatel vyzve účastníky zadávacího řízení k podání nabídek. Výzva k podání nabídek musí obsahovat náležitosti stanovené v příloze č. 6 k tomuto zákonu.
71. Dle § 98 odst. 1 zákona může zadavatel zadávací dokumentaci vysvětlit, pokud takové vysvětlení, případně související dokumenty, uveřejní na profilu zadavatele, a to
 - a) nejméně 5 pracovních dnů před uplynutím lhůty pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek, nebo
 - b) v případech, kdy je lhůta pro podání nabídek zkrácena podle § 57 odst. 2 písm. b) nebo § 59 odst. 5, nejméně 4 pracovní dny před uplynutím lhůty pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek.
72. Dle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma.
73. Dle ustanovení § 241 odst. 2 zákona se námitky podle § 241 odst. 1 zákona podávají písemně a lze je podat proti
 - a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek,
 - b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo
 - c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
74. Podle § 242 odst. 1 zákona není-li dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
75. Podle § 242 odst. 2 zákona námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.

76. Podle § 242 odst. 4 zákona pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty; v případě jednacího řízení s uveřejněním musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek.
77. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
78. Podle § 245 odst. 2 zákona pokud zadavatel neshledá důvody pro vyhovění, námitky rozhodnutím odmítne. Za odmítnutí se považuje i částečné vyhovění námitkám nebo provedení jiného opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel v námitkách domáhal. Provede-li zadavatel jiné opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel domáhá, je stěžovatel oprávněn podat nové námitky i proti takovému opatření k nápravě.
79. Podle § 245 odst. 3 zákona platí, že zadavatel odmítne rovněž námitky, které
- a) nejsou podané oprávněnou osobou podle § 241 zákona,
 - b) jsou podány opožděně, nebo
 - c) nesplňují náležitosti podle § 244 zákona.
80. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.

Právní posouzení

81. Dle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona (pozn. Úřadu: ustanovení § 254 zákona upravuje postup v situaci podání návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku). Z citovaného ustanovení zákona tak jednoznačně plyne, že podání řádných a včasných námitek je podmínkou pro meritorní projednání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.
82. Z ustanovení § 241 zákona vyplývá, že námitky může podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona hrozí nebo vznikla újma. Námitky se podávají písemně a lze je podat proti všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté zákona, včetně stanovení zadávacích podmínek. Dle § 242 odst. 4 zákona pak platí, že pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty; v případě jednacího řízení s uveřejněním musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek.
83. V šetřeném případě se Úřad předně zabýval tím, zda byla naplněna základní podmínka pro to, aby se mohl Návrhem věcně zabývat, spočívající ve splnění povinnosti navrhovatele

před podáním Návrhu podat zadavateli řádně a včas námitky. Řádnost a včasnost podaných námitek je nutné posuzovat zejména s ohledem na jejich obsah a dodržení lhůty pro jejich podání.

84. Z předložené dokumentace o zadávacím řízení nevyplývá (a navrhovatel to ani netvrdí), že by v průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku před podáním Návrhu k Úřadu doručil navrhovatel zadavateli jiné podání než Námitky ze dne 30. 4. 2019, jehož obsahem by byly námitky ve smyslu § 241 a násl. zákona. Z uvedeného důvodu Úřad vycházel dále při posouzení splnění předmětné povinnosti navrhovatele (podmínky vedení správního řízení) toliko z obsahu Námitek ze dne 30. 4. 2019, jakožto jediných námitek navrhovatele, které předcházely podání Návrhu.
85. Úřad pro přehlednost rozčlenil pochybnosti navrhovatele uvedené v Návrhu na ty, které se týkají zadávacích podmínek (stanovených před a po konci lhůty pro podání předběžných nabídek) a ty, které se týkají postupu zadavatele v souvislosti s vyřízením Námitek, resp. prováděním opatření k nápravě v návaznosti na Rozhodnutí o námitkách.

Námitky směřující proti zadávacím podmínkám

86. Úřad v obecné rovině uvádí, že námitky jsou institutem, který představuje primární ochranu dodavatelů před případným nezákonným postupem zadavatele. Zákon vymezuje konkrétní časové okamžiky v průběhu zadávacího řízení, v jejichž rámci je z pohledu stěžovatele nutné využít práva k podání námitek. Každé zadávací řízení prochází určitými fázemi a možnost obrany proti postupu zadavatele vždy odpovídá té které fázi zadávacího řízení, ve které se předmětné zadávací řízení nachází. Uvedený přístup koresponduje se zásadou právní jistoty jak všech účastníků zadávacího řízení, resp. potenciálních dodavatelů, tak i samotného zadavatele, neboť si nelze představit situaci, kdy např. v pokročilé či závěrečné fázi zadávacího řízení, kdy má dojít k provedení výběru dodavatele, budou rozporovány zadávací podmínky, podle kterých celé zadávací řízení probíhalo. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 67/2010 ze dne 25. 1. 2011, jehož závěry, byť byl vydán ve vztahu k dnes již neúčinnému zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, lze použít i ve vztahu k aktuální účinné právní úpravě. Z uvedeného rozsudku mj. vyplývá, že *„[k]oncepce citovaných ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek je (...) založena na souslednosti jednotlivých kroků a na různých prostředcích ochrany proti případným nezákonnostem v oblasti veřejných zakázek, které je třeba využít bezprostředně poté, co žadatel některá pochybení zadavatele zjistí. Jde o to, že celý tento proces musí být nejen maximálně transparentní a férový, nýbrž také efektivní a zamezující zbytečným obstrukcím a opakovanému přezkumu stejných námitek, které mohly být daleko smysluplněji uplatněny dříve.“*
87. Jinými slovy smyslu a účelu zákona neodpovídá takový postup, kdy uchazeč o veřejnou zakázku vyčkává s podáním námitek proti požadavkům zadavatele uvedeným v zadávací dokumentaci, tedy proti zadávacím podmínkám, do pozdější fáze zadávacího řízení, kdy mu zadávací podmínky způsobí újmu v podobě například vyřazení jeho nabídky. Pokud má dodavatel za to, že zadávací dokumentace obsahuje podmínky odporující zákonu, zákon vyžaduje, aby tyto argumenty uplatnil formou námitek proti zadávacím podmínkám ve lhůtách k tomu určených.

88. Úřad na tomto místě nicméně dodává, že v úvahu přicházející výjimkou z tohoto striktního přístupu je situace, kdy určitá nejasnost zadávacích podmínek, resp. jejich výkladu, vyvstane až následně v průběhu zadávacího řízení, konkrétně ve fázi posouzení, případně hodnocení nabídek, tedy pokud zjednodušeně řečeno nastane situace, kdy tuto nejasnost nebylo možné identifikovat dříve. V této souvislosti lze příkladně odkázat na závěry vyplývající z rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 5 Afs 75/2009 ze dne 6. 11. 2009, kdy Nejvyšší správní soud dovodil, že jelikož se nejasnost zadávací dokumentace projevila až při hodnocení nabídky, nebylo reálně možné ze strany stěžovatele tuto nejasnost identifikovat, a tedy ji rozporovat ve lhůtě pro podání námitek proti zadávacím podmínkám. Obdobně lze pak poukázat na výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci 2 Afs 67/2010 ze dne 25. 1. 2011, kde Nejvyšší správní soud konstatoval, že *„je nutno od sebe odlišovat situace, kdy podle okolností konkrétního případu lze po uchazeči spravedlivě požadovat, aby napadl zákonnost zadávacích podmínek, neboť si této nezákonnosti mohl a měl být vědom, od případů, kdy se tato nezákonnost skutečně vyjeví až při hodnocení jednotlivých nabídek. Jde tak o odlišení případů protizákonných zadávacích podmínek per se od podmínek, které samy o sobě protizákonné být nemusí, nicméně tato protizákonnost se projeví až jejich aplikací.“* Úřad dodává, že uvedená judikatura se vztahuje k již neúčinné právní úpravě, avšak uvedené závěry lze analogicky aplikovat na zákon, neboť princip podání námitek zůstal zachován.
89. Ustanovení § 242 odst. 4 zákona konstruuje zvláštní lhůtu pro podání námitek výhradně proti zadávací dokumentaci, resp. jedná se o ustanovení speciální vůči obecné lhůtě pro podání námitek ve smyslu § 242 odst. 1 zákona. Jak vyplývá z ustanovení § 242 odst. 4 zákona, pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty. V případě jednacím řízení s uveřejněním se však uvedené pravidlo neuplatní. Zákon v § 242 odst. 4 věta za středníkem zákona stanoví pro případ podávání námitek proti zadávací dokumentaci v jednacím řízení s uveřejněním speciální pravidlo. V případě jednacím řízení s uveřejněním musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek. Z logiky věci lze toto pravidlo vztáhnout toliko na námitky směřující proti zadávacím podmínkám, které zadavatel stanovil do konce lhůty pro podání předběžných nabídek. Nelze však přehlížet specifičnost jednacím řízení s uveřejněním spočívající v tom, že zadavatel je v tomto druhu zadávacího řízení v zásadě oprávněn měnit zadávací podmínky i po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek (srov. § 61 odst. 10 zákona). Úřad je názoru, že v zájmu zachování možnosti ochrany dodavatelů před nesprávným postupem zadavatelů při stanovení zadávacích podmínek, jsou-li tyto stanoveny až po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek, je nutné právní úpravu vyložit a aplikovat v souladu se závěry judikatury týkající se výkladu a aplikace právních norem⁹ tak, aby dodavatelé mohli uplatnit zákonem dané možnosti ochrany i vůči těmto později (po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek) stanoveným zadávacím podmínkám. V situaci, kdy pravidlo obsažené v ustanovení § 242 odst. 4 věta před středníkem zákona nemůže na jednacím řízení s uveřejněním dopadat (vzhledem k tomu, že se

⁹ Viz k tomu např. plenární náleží Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 33/97 ze dne 17. 12. 1997, příp. usnesení Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 1773/07 ze dne 23. 1. 2008.

vztahuje na jiné druhy zadávacích řízení a pro jednací řízení s uveřejněním je stanoveno pravidlo zvláštní), je nutno podání námitek proti zadávacím podmínkám stanoveným ve fázi jednacího řízení po konci lhůty pro podání předběžných nabídek podřadit pod jiné ustanovení § 242 zákona. Úřad má za to, že s ohledem na znění § 61 odst. 10 zákona (podle kterého je zadavatel v případě změny nebo doplnění zadávacích podmínek povinen účastníky zadávacího řízení o takovéto změně či doplnění písemně informovat) je třeba na danou situaci nahlížet prizmatem ust. § 242 odst. 2 zákona, které se uplatní právě i v případě jednacího řízení s uveřejněním (resp. v zákoně není výslovně uvedeno, že by ji při použití tohoto druhu zadávacího řízení nebylo možno uplatnit).

90. Z dokumentace o zadávacím řízení Úřad zjistil, že v šetřeném případě zadavatel stanovil lhůtu pro podání předběžných nabídek do 31. 8. 2017, 16:00 hod. a tuto ve lhůtě pro podání předběžných nabídek prodloužil do 20. 9. 2017 v 16:00 hod. Posledním dnem, kdy mohl navrhovatel zadavateli doručit námítka proti zadávacím podmínkám stanoveným před koncem lhůty pro podání předběžných nabídek, byl tedy den 20. 9. 2017 do 16:00 hod. V případě námitek směřujících proti zadávacím podmínkám stanoveným po konci lhůty pro podání předběžných nabídek, tj. po 31. 8. 2017, 16:00 hod., byl navrhovatel povinen dle § 242 odst. 2 zákona doručit námítka zadavateli do 15 dnů od uveřejnění napadaných zadávacích podmínek, resp. od jejich doručení navrhovateli např. v rámci postupu dle ust. § 61 odst. 10 zákona.

Námítka směřující proti zadávacím podmínkám stanoveným před koncem lhůty pro podání předběžných nabídek

91. V případě **pochybnosti č. 1** uvedené v Návrhu, která se týká stanovení požadavku na měrný výkon, resp. nestanovení tohoto požadavku jako minimální technické podmínky ve smyslu § 61 odst. 4 zákona, Úřad uvádí následující. Požadavek na měrný výkon byl stanoven již v bodě 3 písm. a) přílohy č. 1 Zadávací dokumentace, přičemž nebyl stanoven jako minimální technická podmínka ve smyslu § 61 odst. 4 zákona (viz k tomu bod 53 odůvodnění tohoto usnesení). Informace, že tento požadavek nebyl minimální technickou podmínkou, byla tedy navrhovateli dostupná již před koncem lhůty pro podání předběžných nabídek. Právě v tomto období, tj. do 20. 9. 2017, 16:00 hod., kdy v předmětném zadávacím řízení skončila lhůta pro podání předběžných nabídek, tak měl navrhovatel možnost namítnout nesprávnost postupu, jakým byl požadavek na měrný výkon stanoven. Námítka proti zadávací dokumentaci musí být podle § 242 odst. 4 věta za středníkem zákona v případě jednacího řízení s uveřejněním doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek. To však navrhovatel – jak vyplývá z dokumentace o zadávacím řízení – neprovedl, když Námítka týkající se této pochybnosti doručil zadavateli až dne 30. 4. 2019 v rámci Námitek z téhož dne. V této souvislosti Úřad rovněž s ohledem na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 67/2010-105 ze dne 25. 11. 2011 uvádí, že v daném případě nic nebránilo navrhovateli případné nedostatky zadávací dokumentace rozporovat ve lhůtě k tomu určené (ostatně ani sám navrhovatel nic takového netvrdí). Vzhledem ke skutečnosti, že navrhovatel nepodal námítka týkající se pochybnosti č. 1 ve lhůtě dle § 242 odst. 4 věta za středníkem zákona, tj. v předmětném případě do dne 20. 9. 2017, 16:00 hod., nýbrž až dne 30. 4. 2019, tj. podal ji opožděně, Úřad konstatuje, že Návrhu ve vztahu

k uvedené pochybnosti, resp. této části Návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, a proto nezbyvá, než správní řízení v této části s ohledem na § 257 písm. h) zákona zastavit.

92. V případě **pochybnost č. 2** uvedené v Návrhu, která se týká tvrzeného nedostatečného stanovení bližších zadávacích podmínek souvisejících s právem zadavatele na dodání dalších základních a posilových jednotek včetně full-service již v rámci Zadávací dokumentace, Úřad uvádí následující. Informace o rozsahu zadavatelem stanovených zadávacích podmínek souvisejících s uvedeným právem byla navrhovatelí dostupná (konkrétně v bodě 12.2. Zadávací dokumentace – viz k tomu bod 52 odůvodnění tohoto usnesení) již před koncem lhůty pro podání předběžných nabídek. Právě v tomto období, do 20. 9. 2017, 16:00 hod., kdy v zadávacím řízení skončila lhůta pro podání předběžných nabídek, tak měl navrhovatel možnost namítnout v zadávací dokumentaci chybějící bližší podmínky. Námitky proti zadávací dokumentaci musí být podle § 242 odst. 4 věta za středníkem zákona v případě jednacího řízení s uveřejněním doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek. To však navrhovatel – jak vyplývá z dokumentace o zadávacím řízení – neprovedl, když Námitku týkající se této pochybnosti doručil zadavateli až dne 30. 4. 2019 v rámci Námitky z téhož dne. V této souvislosti Úřad rovněž s ohledem na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 67/2010-105 ze dne 25. 11. 2011 uvádí, že v daném případě nic nebránilo navrhovatelí případné nedostatky zadávací dokumentace rozporovat ve lhůtě k tomu určené (ostatně ani sám navrhovatel nic takového netvrdí). Vzhledem ke skutečnosti, že navrhovatel nepodal námitku týkající se pochybnosti č. 2 ve lhůtě dle § 242 odst. 4 věta za středníkem zákona, tj. v předmětném případě do dne 20. 9. 2017, 16:00 hod., nýbrž až dne 30. 4. 2019, tj. opožděně, Úřad konstatuje, že Návrhu ve vztahu k uvedené pochybnosti, resp. této části Návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, a proto nezbyvá, než správní řízení v této části s ohledem na § 257 písm. h) zákona zastavit.

Námitky směřující proti zadávacím podmínkám stanoveným po konci lhůty pro podání předběžných nabídek

93. V případě **pochybnosti č. 3** uvedené v Návrhu, která se týká tvrzeného nestanovení práva zadavatele požadovat vložení dalšího dílu, resp. skutečnosti, že si toto právo zadavatel vyhradil až v čl. XIII odst. 6 návrhu Kupní smlouvy, který zaslal účastníkům zadávacího řízení s Výzvou k podání nabídek, Úřad uvádí následující. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že technický požadavek na „možnost navýšení kapacity jednotky – dodatečné vložení dílu“ bez dalšího byl stanoven již v bodě 2.1. Zadávací dokumentace, resp. v bodě 3 písm. h) přílohy č. 1 Zadávací dokumentace (a to jako minimální technická podmínka), tj. před uplynutím lhůty pro podání předběžných nabídek, zatímco právo zadavatele požadovat vložení dalšího dílu zadavatel stanovil v čl. XIII. odst. 6. návrhu Kupní smlouvy (viz k tomu bod 56. odůvodnění tohoto usnesení). Úřad z dokumentace o zadávacím řízení zjistil, že informace o konkrétní podobě předmětných zadávacích podmínek (nikoli pouze jako podkladu k jednání) byla navrhovatelí dostupná až z výsledné podoby návrhu Kupní smlouvy, kterou navrhovatel obdržel od zadavatele dne 25. 2. 2019 jako přílohu Oznámení o ukončení jednání z téhož dne. Následujícího dne, tj. 26. 2. 2019, zadavatel návrh Kupní smlouvy uveřejnil rovněž na svém profilu zadavatele a zaslal jej navrhovatelí s Výzvou k podání nabídek. V případě této pochybnosti tedy Návrh směřuje proti zadávacím podmínkám stanoveným až po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek, neboť možnost

dodatečného vložení dílu byla sice (obecně) zmíněna již v Zadávací dokumentaci, nicméně právo požadovat vložení dalšího dílu si zadavatel nově vyhradil až v rámci Kupní smlouvy. Navrhovatel tak mohl reálně brojit proti samotnému stanovení práva zadavatele požadovat vložení dalšího dílu a rovněž proti podmínkám, které zadavatel v této souvislosti vymezil, resp. proti skutečnosti, kdy ke stanovení předmětné zadávací podmínky v průběhu zadávacího řízení došlo, až v návaznosti na stanovení těchto zadávacích podmínek, resp. v návaznosti na jejich oznámení zadavatelem, tj. od 25. 2. 2019. Pochybnost navrhovatele ohledně postupu zadavatele tedy vyvstala až po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek. Vzhledem k této skutečnosti Úřad pro posouzení včasnosti námitek aplikoval ust. § 242 odst. 2 zákona.

94. Lhůta pro podání námitek v délce 15 dnů určená podle § 242 odst. 2 zákona běžela v případě pochybnosti č. 3 od 25. 2. 2019 do 12. 3. 2019. Jen pro úplnost Úřad uvádí, že v případě aplikace ustanovení § 242 odst. 1 zákona by lhůta pro podání námitek v případě této pochybnosti běžela do téhož data, tj. rovněž do 12. 3. 2019. Navrhovatel podal námitku týkající se pochybnosti č. 3 až dne 30. 4. 2019 v rámci Námitek z téhož dne. Vzhledem ke skutečnosti, že navrhovatel nepodal námitku týkající se této pochybnosti ve lhůtě dle § 242 odst. 2 zákona, tj. v předmětném případě do dne 12. 3. 2019, nýbrž až dne 30. 4. 2019, tj. opožděně, Úřad konstatuje, že Návrhu ve vztahu k uvedené pochybnosti, resp. této části Návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, a proto nezbyvá, než správní řízení v této části s ohledem na § 257 písm. h) zákona zastavit.
95. V případě **pochybnosti č. 4** uvedené v Návrhu, která se týká nestanovení práva prodávajícího odstoupit od Smlouvy o zajištění full-service, resp. skutečnosti, že toto právo zadavatel neučinil součástí zadávacích podmínek již před posouzením kvalifikace účastníků a podáním předběžných nabídek, nýbrž je zahrnuto až v návrhu Kupní smlouvy, Úřad uvádí následující. Uvedené oprávnění je stanoveno v čl. II. odst. 3. návrhu Kupní smlouvy (viz k tomu bod 54 odůvodnění tohoto usnesení). Úřad z dokumentace o zadávacím řízení zjistil, že informace o stanovení tohoto oprávnění zadavatele jako zadávací podmínky (nikoli pouze jako podkladu k jednání) byla navrhovateli dostupná až z výsledné podoby návrhu Kupní smlouvy, kterou navrhovatel obdržel od zadavatele dne 25. 2. 2019 jako přílohu Oznámení o ukončení jednání z téhož dne. V případě této pochybnosti tedy Návrh směřuje proti zadávacím podmínkám stanoveným až po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek. Navrhovatel tak mohl reálně brojit proti stanovení práva prodávajícího odstoupit od Smlouvy o zajištění full-service, resp. proti skutečnosti, kdy ke stanovení předmětné zadávací podmínky v průběhu zadávacího řízení došlo, až v návaznosti na stanovení této zadávací podmínky, resp. v návaznosti na její oznámení zadavatelem, tj. od 25. 2. 2019. Pochybnost navrhovatele ohledně postupu zadavatele tedy vyvstala až se stanovením předmětné podmínky až po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek. Vzhledem k této skutečnosti Úřad pro posouzení včasnosti námitek aplikoval ust. § 242 odst. 2 zákona.
96. Lhůta pro podání námitek v délce 15 dnů určená podle § 242 odst. 2 zákona proto běžela v případě pochybnosti č. 4 od 25. 2. 2019 do 12. 3. 2019. Jen pro úplnost Úřad uvádí, že v případě aplikace ustanovení § 242 odst. 1 zákona by lhůta pro podání námitek v případě této pochybnosti běžela do téhož data, tj. rovněž do 12. 3. 2019. Navrhovatel podal námitku týkající se této pochybnosti až dne 30. 4. 2019 v rámci Námitek z téhož dne. Vzhledem ke

skutečnosti, že navrhovatel nepodal námitku týkající se této pochybnosti ve lhůtě dle § 242 odst. 2 zákona, tj. v předmětném případě do dne 12. 3. 2019, nýbrž až dne 30. 4. 2019, tj. opožděně, Úřad konstatuje, že Návrhu ve vztahu k uvedené pochybnosti, resp. této části Návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, a proto nezbyvá, než správní řízení v této části s ohledem na § 257 písm. h) zákona zastavit.

97. V případě **pochybností č. 5-7** uvedených v Návrhu Úřad uvádí následující. Tyto pochybnosti se týkají zadávacích podmínek obsažených v návrhu Kupní smlouvy, konkrétně v jejím čl. II. odst. 3. (oprávnění prodávajícího odstoupit od Smlouvy o zajištění full-service), čl. XIII. odst. 7 (kalkulace ceny vloženého, resp. dalšího dílu) a v její příloze č. 1 (požadavek na uchycení sedadel způsobem „cantilever“) (viz k tomu body 54, 56 a 58 odůvodnění tohoto usnesení). Úřad z dokumentace o zadávacím řízení zjistil, že informace o stanovení předmětných zadávacích podmínek (nikoli pouze jako podkladu k jednání) byla navrhovateli dostupná až z výsledné podoby návrhu Kupní smlouvy, kterou navrhovatel obdržel od zadavatele dne 25. 2. 2019 jako přílohu Oznámení o ukončení jednání z téhož dne. V případě těchto pochybností tedy Návrh směřuje proti zadávacím podmínkám stanoveným až po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek. K tomu Úřad uvádí, že navrhovatel mohl brojit proti stanovení předmětných zadávacích podmínek až v návaznosti na jejich stanovení, resp. na jejich oznámení zadavatelem, tj. od 25. 2. 2019. Navrhovatel tedy mohl pochybnosti vůči zadavateli uplatnit formou námítky až po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek. Vzhledem k této skutečnosti Úřad pro posouzení včasnosti námítek aplikoval ust. § 242 odst. 2 zákona.
98. Lhůta pro podání námítek v délce 15 dnů určená podle § 242 odst. 2 zákona proto běžela v případě pochybností č. 5-7 od 25. 2. 2019 do 12. 3. 2019. Jen pro úplnost Úřad uvádí, že v případě aplikace ustanovení § 242 odst. 1 zákona by lhůta pro podání námítek v případě těchto pochybností běžela do téhož data, tj. do 12. 3. 2019. Navrhovatel podal námitky týkající se těchto pochybností až dne 30. 4. 2019 v rámci Námítek z téhož dne. Vzhledem ke skutečnosti, že navrhovatel nepodal námitky týkající se těchto pochybností ve lhůtě dle § 242 odst. 2 zákona, tj. v předmětném případě do dne 12. 3. 2019, nýbrž až dne 30. 4. 2019, tj. opožděně, Úřad konstatuje, že Návrhu ve vztahu k uvedeným pochybnostem, resp. těmto částem Návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, a proto nezbyvá, než správní řízení v těchto částech s ohledem na § 257 písm. h) zákona zastavit.
99. V případě **pochybností č. 8-12** uvedených v Návrhu Úřad uvádí následující. Tyto pochybnosti se týkají zadávacích podmínek obsažených v návrhu Smlouvy o zajištění full-service, konkrétně v jejím čl. IV. odst. 9. (požadavek na „základní platbu“), čl. V. (požadavek na „rezervní fond“) a v její příloze č. 9 (požadavek na instalaci komponent odbavovacího systému, provádění mj. kontroly komponent dle pokynů a na zajištění opětovné funkčnosti komponent) (viz k tomu body 55, 59 a 60 odůvodnění tohoto usnesení). Úřad z dokumentace o zadávacím řízení zjistil, že informace o stanovení předmětných zadávacích podmínek (nikoli pouze jako podkladu k jednání) byla navrhovateli dostupná až z výsledné podoby návrhu Smlouvy o zajištění full-service, kterou navrhovatel obdržel od zadavatele dne 25. 2. 2019 jako přílohu Oznámení o ukončení jednání z téhož dne. V případě těchto pochybností tedy Návrh směřuje proti zadávacím podmínkám stanoveným až po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek. K tomu Úřad uvádí, že navrhovatel mohl brojit proti stanovení

předmětných zadávacích podmínek až v návaznosti na jejich stanovení, resp. na jejich oznámení zadavatelem, tj. od 25. 2. 2019. Navrhovatel tedy mohl pochybnosti vůči zadavateli uplatnit formou námítky až po uplynutí lhůty pro podání předběžných nabídek. Vzhledem k této skutečnosti Úřad pro posouzení včasnosti námitek aplikoval ust. § 242 odst. 2 zákona.

100. Lhůta pro podání námitek v délce 15 dnů určená podle § 242 odst. 2 zákona proto běžela v případě pochybností č. 8-12 od 25. 2. 2019 do 12. 3. 2019. Jen pro úplnost Úřad uvádí, že v případě aplikace ustanovení § 242 odst. 1 zákona by lhůta pro podání námitek v případě těchto pochybností běžela do téhož data, tj. do 12. 3. 2019. Navrhovatel podal námítky týkající se těchto pochybností až dne 30. 4. 2019 v rámci Námitek z téhož dne. Vzhledem ke skutečnosti, že navrhovatel nepodal námítky týkající se těchto pochybností ve lhůtě dle § 242 odst. 2 zákona, tj. v předmětném případě do dne 12. 3. 2019, nýbrž až dne 30. 4. 2019, tj. opožděně, Úřad konstatuje, že Návrhu ve vztahu k uvedeným pochybnostem, resp. těmto částem Návrhu nepředcházely řádně a včas podané námítky, a proto nezbyvá, než správní řízení v těchto částech s ohledem na § 257 písm. h) zákona zastavit.
101. V případě **pochybností č. 13, 14 a 15** uvedených v Návrhu Úřad uvádí následující. Pochybnost č. 13 směřuje proti „neustálým“ změnám zadávacích podmínek týkajících se měrného výkonu, přičemž poslední touto změnou byla změna výše měrného výkonu na hodnotu 8,5 kW/t provedená dne 20. 5. 2019 v příloze č. 1 návrhu Kupní smlouvy, který navrhovatel obdržel od zadavatele dne 25. 2. 2019 (viz k tomu bod 65. odůvodnění tohoto usnesení). Pochybnost č. 14 pak směřuje proti samotné hodnotě daného parametru, tj. 8,5 kW/t. Pochybnost č. 15 směřuje proti nedostatečné specifikaci „vkládaného, resp. dalšího dílu“ a nedostatečnému stanovení s tímto dílem souvisejících podmínek již na počátku předmětného zadávacího řízení.
102. Navrhovatel v Námítkách neprezentoval pochybnosti, úvahy či argumenty týkající se pochybností č. 13, 14 a 15 uvedených v Návrhu. Jinými slovy, z Námitek ze dne 30. 4. 2019 nevyplývá, že by navrhovatel na tyto pochybnosti, resp. rozporované skutečnosti zadavatele upozornil. Vzhledem k této skutečnosti a s přihlédnutím k tomu, že podání Návrhu nepředcházely jiné námítky, Úřad konstatuje, že Návrhu ve vztahu k uvedeným pochybnostem, resp. těmto částem Návrhu nepředcházely řádně a včas podané námítky, a proto nezbyvá, než správní řízení v těchto částech s ohledem na § 257 písm. h) zákona zastavit.

Námítky směřující proti postupu zadavatele v souvislosti s vyřízením Námitek, resp. prováděním opatření k nápravě v návaznosti na Rozhodnutí o námítkách

103. V případě **pochybností č. 16-18** uvedených v Návrhu, Úřad uvádí následující. Pochybnost č. 16 směřuje proti údajně opožděnému provedení opatření k nápravě zadavatelem v návaznosti na vyřízení Námitek v Rozhodnutí o námítkách ze dne 15. 5. 2019, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne. Pochybnost č. 17 směřuje proti tomu, že dle názoru navrhovatele zadavatel neuvedl v Rozhodnutí o námítkách ze dne 15. 5. 2019, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, "veškeré, určité a úplné informace" o zamýšleném opatření k nápravě, tj. ke změně požadavku na měrný výkon a jeho výši. Pochybnost č. 18 směřuje proti tomu, že dle názoru navrhovatele zadavatel v návaznosti na vyhovění námítce

navrhovatele vztahující se k definici měrného výkonu ve výši 11 kW/t jako maximálního disponibilního výkonu neinformoval současně s navrhovatelem, tj. již 15. 5. 2019 (kdy byl navrhovatel informován prostřednictvím Rozhodnutí o námitkách), i ostatní účastníky zadávacího řízení o zamýšlených změnách zadávacích podmínek.

104. Z dokumentace o zadávacím řízení neplyne, že by navrhovatel podal zadavateli před podáním Návrhu námitky odpovídající pochybnostem č. 16-18 uvedeným v Návrhu (a navrhovatel ani netvrdí, že by tak učinil). Pro úplnost Úřad doplňuje, že ve vztahu k pochybnostem č. 16 a 17 vychází z toho, že navrhovatel brojí proti způsobu, jakým zadavatel provedl nápravné opatření. V této části nebyly námitky navrhovatele odmítnuty, zadavatel jim vyhověl, zjevně však způsobem, který ne zcela odpovídá tomu, čeho se navrhovatel domáhal. V takovém případě je třeba na vzniklou situaci aplikovat ust. § 245 odst. 2 i.f. zákona, tj. proti přijetí takového (jiného než požadovaného) opatření k nápravě bylo na místě podat nové námitky. Úřad proto konstatuje, že Návrhu ve vztahu k uvedeným pochybnostem, resp. těmto částem Návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, a proto nezbyvá, než správní řízení v těchto částech s ohledem na § 257 písm. h) zákona zastavit.

Shrnutí

105. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že Návrhu (v celém jeho rozsahu, tj. výše vymezeným pochybnostem navrhovatele č. 1-18) nepředcházely řádně a včas podané námitky a zároveň se v daném případě nejedná o správní řízení vedené ve věci návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy ve smyslu § 254 zákona, a Úřad proto rozhodl o zastavení správního řízení dle § 257 písm. h) zákona, jak je uvedeno ve výroku tohoto usnesení.
106. Úřad pro úplnost poznamenává, že z důvodu procesní ekonomie již považoval za neúčelné stanovit účastníkům řízení lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí ve smyslu § 261 odst. 3 zákona, neboť Úřad je povinen dle § 6 odst. 2 správního řádu postupovat tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady a dotčené osoby co možná nejméně zatěžoval. Za situace, kdy je zřejmé, že je dán důvod pro zastavení správního řízení podle § 257 písm. h) zákona, by vyjádření účastníků řízení k otázkám, jejichž závazné posouzení mělo být obsahem rozhodnutí za situace, kdy by nebyl dán důvod pro zastavení správního řízení, a jejichž okruh (tedy předmět řízení) byl vymezen na základě podaného návrhu navrhovatele, účastníkům řízení mohlo způsobit toliko zbytečné náklady, aniž by takové vyjádření mohlo ovlivnit výsledek správního řízení. Z toho důvodu Úřad lhůtu podle § 261 odst. 3 zákona účastníkům řízení nestanovil.

POUČENÍ

Proti tomuto usnesení 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. Včas podaný rozklad nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, Jakubská 121/1, 602 00 Brno
2. ŠKODA RAIL s.r.o., Emila Škody 2922/1, Jižní Předměstí, 301 00 Plzeň

Vypraveno dne

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