



UOHSX00G0FCL

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0028/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-12940/2022/161

Brno 26. 4. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 18. 2. 2022, který byl doručen Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podán navrhovatelem –

- **SOR Libchavy spol. s r.o.**, IČO 15030865, se sídlem Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0346/2021/VZ, č. j. ÚOHS-04005/2022/500 ze dne 2. 2. 2022, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 16. 8. 2021 na návrh výše označeného navrhovatele z téhož dne na přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Dopravní podnik Ostrava a.s.**, IČO 61974757, se sídlem Poděbradova 494/2, 702 00 Ostrava, ve správním řízení zastoupena společností Advokátní kancelář Brož, Sedlatý s.r.o., IČO 24827452, se sídlem Vinohradská 828/151, 130 00 Praha,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Dodávka až 10 ks nových jednočlánkových autobusů na vodíkový pohon (H2)**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 4. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 4. 2021 pod ev. č. Z2021-014742, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 30. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 084-217856, ve znění pozdějších oprav,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona a s přihlédnutím ke stanovisku rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0346/2021/VZ, č. j. ÚOHS-04005/2022/500 ze dne 2. 2. 2022, ve znění opravných usnesení sp. zn. ÚOHS-S0346/2021/VZ, č. j. ÚOHS-04327/2022/500 ze dne 4. 2. 2022 a sp. zn. ÚOHS-S0346/2021/VZ, č. j. ÚOHS-04549/2022/500 ze dne 7. 2. 2022,

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Dopravní podnik Ostrava a.s., IČO 61974757, se sídlem Poděbradova 494/2, 702 00 Ostrava, ve správním řízení zastoupen společností Advokátní kancelář Brož, Sedlatý s.r.o., IČO 24827452, se sídlem Vinohradská 828/151, 130 00 Praha (dále jen „**zadavatel**“), zahájil dne 26. 4. 2021 podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Dodávka až 10 ks nových jednočlánekových autobusů na vodíkový pohon (H2)“, přičemž toto oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 29. 4. 2021 pod ev. č. Z2021-014742, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 30. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 084-217856, ve znění pozdějších oprav (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Podle čl. I. závazného návrhu kupní smlouvy na veřejnou zakázku (dále jen „**smlouva**“) měla být předmětem veřejné zakázky dodávka 10 kusů nových nízkopodlažních jednočlánekových autobusů v celoplošně nízkopodlažní úpravě s pohonem na vodík pro městskou hromadnou dopravu (dále též jen „**vodíkové autobusy**“), včetně souvisejících dodávek a služeb dle stanovených zadávacích podmínek. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil zadavatel v bodě 2 zadávací dokumentace na veřejnou zakázku (dále jen „**ZD**“) v částce 185 000 000 Kč.
3. V bodě 6.14 ZD zadavatel stanovil podmínky technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona, v jejichž rámci požadoval předložení seznamu významných dodávek (dále též jen „**referenční zkušenost**“), z něhož bude vyplývat, že „*dodavatel realizoval 1 významnou zakázku, jejímž předmětem bylo dodání nejméně 1 ks nového jednočlánekového autobusu s pohonem na vodík pro provoz s cestujícími v nízkopodlažní úpravě k provozu na pozemních komunikacích jako vozidlo městské hromadné přepravy v kterémkoli členském státu Evropské*

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 56 odst. 1 zákona.

unie nebo Evropského hospodářského prostoru nebo Švýcarské konfederace nebo jiném státě, který má s Českou republikou nebo s Evropskou unií uzavřenou mezinárodní smlouvu z těchto států k zadání veřejné zakázky, a zároveň autobus splňoval požadavky normy EHK OSN č. 107. Vozidlem městské hromadné dopravy v nízkopodlažní úpravě se pro účely prokázání shora uvedené kvalifikace rozumí vozidlo, které splňuje podmínku nízkopodlažnosti v rozsahu min. 35 % plochy vozidla určené pro stojící cestující, invalidní vozík nebo kočárek.“

4. Zadavatel v původním znění ZD požadoval předložení referenční zkušenosti s dodávkou vodíkového autobusu za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku, přičemž v návaznosti na žádost dodavatele a vysvětlení ZD č. 2 ze dne 21. 5. 2021 (dále jen „**vysvětlení ZD č. 2**“) prodloužil tuto dobu na 15 let.
5. Proti zadávacím podmínkám na veřejnou zakázku podal stěžovatel – SOR Libchavy spol. s r.o., IČO 15030865, se sídlem Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy (dále jen „**navrhovatel**“), dne 20. 7. 2021 námitky ve smyslu § 241 zákona z téhož dne (dále jen „**první námitky**“), v nichž namítal, že trh s vodíkovými autobusy není v České republice dosud rozvinutý, načež požadavek na referenční zkušenost působí nepřiměřeně a diskriminačně vůči dodavatelům, kteří by přes absenci požadované zkušenosti byli schopni předmět plnění veřejné zakázky dodat. Dne 28. 7. 2021 doručil navrhovatel zadavateli další námitky ve smyslu § 241 zákona z téhož dne (dále jen „**druhé námitky**“), jimiž doplnil argumentaci prvních námitek. Zadavatel rozhodnutím ze dne 4. 8. 2021 a rozhodnutím ze dne 12. 8. 2021 první i druhé námitky odmítl.
6. Dne 16. 8. 2021 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami, návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ve smyslu § 250 zákona z téhož dne (dále jen „**návrh**“). Podaným návrhem, reflektujícím obsah prvních i druhých námitek, se navrhovatel domáhal zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.
7. Dnem doručení návrhu Úřadu došlo, podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), k zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0346/2021/VZ.

II. Napadené rozhodnutí

8. Dne 2. 2. 2022 vydal Úřad na základě posouzení obsahu návrhu, výsledků provedeného průzkumu trhu a dalších skutečností rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0346/2021/VZ, č. j. ÚOHS-04005/2022/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jímž rozhodl o tom, že se návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona.
9. S ohledem na potřebu odstranění formálních vad napadeného rozhodnutí vydal Úřad dne 4. 2. 2022 usnesení sp. zn. ÚOHS-S0346/2021/VZ, č. j. ÚOHS-04327/2022/500 a dne 7. 2. 2022 usnesení sp. zn. ÚOHS-S0346/2021/VZ, č. j. ÚOHS-04549/2022/500, na jejichž základě odstranil zřejmé nesprávnosti v bodech 44 a 53 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
10. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí poukázal, že zadavatel je obecně oprávněn za účelem jistoty kvalitního plnění stanovit podmínky technické kvalifikace podle § 79 zákona, učiní-li tak v souladu se zásadami, na kterých zákon spočívá, a přiměřeně předmětu a rozsahu veřejné zakázky.

11. V uvedeném kontextu Úřad konstatoval, že referenční zkušenost zjevně není nepřiměřená vymezenému předmětu plnění veřejné zakázky, nicméně nelze přehlížet ani situaci na daném trhu. V návaznosti na to se Úřad ve správním řízení podrobně zabýval situací na trhu s vodíkovými autobusy, načež dospěl k závěru, že na evropském trhu působí sice relativně malý počet dodavatelů, neboť se jedná o trh s nízkou poptávkou, avšak současně vodíkové autobusy představují reálně existující a obchodovaný produkt, který nelze vnímat jako zcela unikátní technologické novum. Úřad také poukázal, že podmínky technické kvalifikace může splnit 6 oslovených dodavatelů, kteří se tak mohli účastnit zadávacího řízení na veřejnou zakázku, což lze s ohledem na potřebu zajistit kvalitního dodavatele pro plnění veřejné zakázky považovat za dostatečnou hospodářskou soutěž.
12. V návaznosti na provedený průzkum trhu Úřad dospěl k závěru, že okruh dodavatelů, kteří jsou způsobilí realizovat předmět veřejné zakázky, je totožný s okruhem dodavatelů, schopným též prokázat podmínky technické kvalifikace, načež požadavek na referenční zkušenost na dodávku vodíkových autobusů neshledal ani excesivním ani diskriminačním.

III. Námitky rozkladu navrhovatele

13. Dne 18. 2. 2022 podal navrhovatel proti napadenému rozhodnutí rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 3. 2. 2022. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
14. Navrhovatel v rozkladu namítá, že Úřad pro účely posuzování diskriminačního charakteru referenční zkušenosti nesprávně vymezil relevantní trh, neboť nepostupoval v souladu s právem hospodářské soutěže, konkrétně s pravidly pro určení výrobkového a zeměpisného trhu dle Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C 372/03) a s pravidly na ochranu před zneužitím dominantního postavení v souladu s výkladem čl. 102 Smlouvy o fungování Evropské unie.
15. K určení výrobkového trhu navrhovatel podrobně vysvětluje, že dle výkladové praxe představují městské autobusy (vedle autobusů pro meziměstskou přepravu a dálkových autobusů) samostatně relevantní výrobkový trh, a to bez ohledu na způsob pohonu, neboť autobusy s různým pohonem jsou vzájemně zastupitelné a jsou dodávány stejným okruhem dodavatelů. Navrhovatel je proto přesvědčen, že přestože vodíkové autobusy nevyrábí, jako významný dodavatel městských autobusů patří na relevantní trh, načež by na něj mělo být nahlíženo též jako na relevantního (způsobilého) dodavatele předmětu veřejné zakázky.
16. Navrhovatel k tomu doplňuje, že již v návrhu podrobně zdůvodnil, že je připraven své výrobní portfolio o nabídku vodíkových autobusů rozšířit, k čemuž je dostatečně odborně způsobilý, přičemž tak dosud neučinil toliko z důvodu minimální poptávky. Ke specifitě poptávky navrhovatel doplňuje, že vodíkové autobusy jsou příležitostně dodávány převážně veřejným zadavatelům (dopravním podnikům) dle konkrétně stanovených požadavků, přičemž v České republice se jedná o nové plnění, nikoliv o běžně obchodovaný produkt. To však neznamená, že by navrhovatel nemohl vodíkový autobus vyrobit, přičemž (zadavatelem i Úřadem připomínaná) bezpečnost vozidla je zajištěna zejména jeho homologací.
17. Stanovená podmínka referenční zkušenosti tak dle jeho názoru v rozporu s právem hospodářské soutěže vytváří nedůvodné překážky vstupu potenciálních soutěžitelů na rozvíjející se trh.

18. V uvedené souvislosti má navrhovatel také za nevypořádanou svou námitku, že vodíkový pohon obvykle dodává kvalifikovaný a homologovaný poddodavatel, což mohl zadavatel (méně diskriminačně) zohlednit v zadávacích podmínkách tak, že bude alternativně požadovat dílčí referenci na dodávku vodíkového pohonu (spolu s dílčí referencí na městský autobus bez vodíkového pohonu).
19. K určení zeměpisného trhu navrhovatel rovněž podrobně vysvětluje, že existují specifické bariéry pro vstup na trh v České republice, na němž působí převážně 4 dodavatelé městských autobusů s celkovým podílem 93,2 %, a to navrhovatel, dodavatel Iveco Czech Republic, a.s., IČO 48171131, se sídlem Dobrovského 74, 566 01 Vysoké Mýto, dodavatel ŠKODA ELECTRIC a.s., IČO 47718579, se sídlem Průmyslová 610/2a, 301 00 Plzeň (dále jen „**dodavatel Škoda**“) a dodavatel SOLARIS CZECH spol. s r.o., IČO 25914723, se sídlem Radvanická 802/13, 715 00 Ostrava (dále jen „**dodavatel Solaris**“). Z šesti Úřadem zjištěných dodavatelů splňujících podmínky kvalifikace a způsobilých dodat vodíkové autobusy pak působí na českém trhu pouze 2, a to dodavatel Škoda a dodavatel Solaris, kteří také podali nabídku.
20. Navrhovatel je proto přesvědčen, že vymezení relevantního trhu pro veřejnou zakázku jako trh vodíkových autobusů v Evropě je věcně nesprávné a Úřad měl předmětný trh vymezit jako trh městských autobusů v České republice.
21. Navrhovatel považuje za nesprávné a nepodložené též úvahy Úřadu v bodech 126-134 odůvodnění napadeného rozhodnutí, z nichž má dle názoru navrhovatele vyplývat amatérský přístup navrhovatele k výrobě vodíkových autobusů spočívající v propojení starých elektrických autobusů s vodíkovou technologií, aniž by si k takovým závěrům Úřad sám obstaral jakékoliv důkazy. K tvrzení Úřadu, že navrhovatel sám v tomto směru žádné důkazy nedoložil, navrhovatel kontruje, že svou odbornou způsobilost k výrobě vodíkového autobusu nepovažoval za spornou a dokládá „Rozhodnutí o výsledku veřejné soutěže“ ze dne 6. 12. 2021, na jehož základě měla být navrhovateli poskytnuta dotace na výzkum a vývoj vodíkového autobusu, přičemž časový plán ukončení označeného projektu koresponduje s termínem plnění veřejné zakázky.
22. Za nesprávný má navrhovatel též Úřadem provedený průzkum trhu, neboť Úřad měl namísto kladení zavádějících a návodných otázek zjišťovat u oslovených dodavatelů spíše to, jakým způsobem by bylo vhodné podmínky technické kvalifikace stanovit. Úřad pak dle názoru navrhovatele může stěžít na takovém průzkumu (též s ohledem na kvalitu odpovědí) stavět relevantní závěry.
23. Závěrem navrhovatel rozvíjí argumentaci týkající se skutečnosti, že trh s vodíkovými autobusy vykazuje znaky rozvíjejícího se trhu, u kterého je nutno potenciální soutěžitele v zájmu hospodářské soutěže posuzovat benevolentněji, což měl Úřad rovněž nesprávně zohlednit.

Závěr rozkladu

24. Navrhovatel závěrem rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání, popřípadě aby napadené rozhodnutí změnil tak, že podanému návrhu vyhoví.

IV. Řízení o rozkladu

25. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

26. Dne 4. 3. 2022 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele z téhož dne. Zadavatel ve svém vyjádření k rozkladu uvedl, že navrhovatel svou argumentací nedůvodně zužuje relevantní trh a poukázal na nejistotu včasné dodávky plnění u dodavatele, který se teprve dostává do fáze výzkumu a vývoje, přičemž žádný vodíkový autobus dosud nevyrobil. Zadavatel odkázal na svá předcházející vyjádření a navrhl rozklad zamítnout.

Doplnění rozkladu navrhovatele

27. Dne 15. 3. 2022 obdržel Úřad doplnění rozkladu navrhovatele z téhož dne, v němž navrhovatel poukázal na aktuální rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 295/2020-143 ze dne 23. 2. 2022 a vyjádřil právní názor, že tímto rozsudkem dochází k zásadní změně rozhodovací praxe týkající se posuzování diskriminačních zadávacích podmínek, přičemž aplikace jeho právních názorů vede k závěru, že referenční zkušenost byla nastavena nepřiměřeně a v rozporu s § 6 odst. 1 a § 36 odst. 1 zákona.

Stanovisko předsedy Úřadu

28. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu uplatněných rozkladových námitek jsem dospěl k následujícímu závěru.
29. Úřad nerozhodl v napadeném rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.
30. Ke svému stanovisku sděluji, že rozklad navrhovatele byl dne 18. 3. 2022 projednán rozkladovou komisí, načež rozkladová komise předsedovi Úřadu navrhla, aby napadené rozhodnutí podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 správního řádu potvrdil a rozklad navrhovatele zamítl.
31. Své stanovisko odůvodnila rozkladová komise zejména tím, že je to zadavatel, kdo nese riziko nekvalitního plnění, přičemž v konkrétním případě byla minimální úroveň pro splnění sporné podmínky technické kvalifikace (referenční zkušenosti) vymezena přiměřeně předmětu veřejné zakázky. Rozkladová komise rovněž uvedla, že při hodnocení okruhu možných dodavatelů sice nelze odhlížet od reálných podmínek na trhu v České republice, nelze však opomíjet ani trh evropský, na kterém soutěž o veřejné zakázky na dodávku vodíkových autobusů fakticky probíhá a na kterém působí přiměřený počet způsobilých dodavatelů.
32. Rozkladová komise se proto přiklonila k legitimní potřebě zadavatele zajistit zkušeného dodavatele pro realizaci veřejné zakázky, a proto podmínku referenční zkušenosti shledala jako odůvodněnou, nikoliv diskriminační. Rozkladová komise rovněž poukázala,

že v obdobných případech je nutno vždy hodnotit konkrétní skutkové okolnosti, načež nelze vyloučit vývoj rozhodovací činnosti v této oblasti.

33. V návaznosti na vlastní posouzení věci, jakož i po zohlednění návrhu rozkladové komise a odůvodnění jejího stanoviska, jsem dospěl k závěru, že právě konkrétní skutkové okolnosti nyní řešené věci odůvodňují závěr, že stanovená podmínka referenční zkušenosti odporuje zásadě zákazu diskriminace dle § 6 odst. 1 zákona a v tomto smyslu vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže v rozporu s § 36 odst. 1 zákona, což Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně posoudil, neboť zejména dostatečně nezohlednil skutečnost, že trh vodíkových autobusů představuje rozvíjející se trh se všemi z toho vyplývajícími důsledky.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

34. Jak již bylo výše poukázáno, Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že požadavek na referenční zkušenost nevytvořil bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže, neboť jeho prostřednictvím zadavatel vyloučil ze soutěže o veřejnou zakázku toliko dodavatele, kteří vodíkový autobus dosud nedodali a nejsou tudíž k plnění veřejné zakázky způsobilí. Vůči dodavatelům vodíkových autobusů na evropském trhu pak požadavek referenční zkušenosti nebyl diskriminační, neboť na takto vymezeném trhu existuje přiměřený počet dodavatelů způsobilých uvedenou podmínku technické kvalifikace splnit.
35. Navrhovatel naproti tomu uplatnil v rozkladu širší spektrum námitek, jejichž souhrnnou podstatu představuje tvrzení, že Úřad vedle tvrzených procesních pochybení nesprávně posoudil diskriminační charakter stanovené podmínky referenční zkušenosti, neboť nesprávně vymezil relevantní trh a nepodloženě zpochybnil schopnost navrhovatele předmět veřejné zakázky realizovat.
36. V návaznosti na vlastní posouzení věci konstatuji, že jsem označený stěžejní závěr Úřadu shledal věcně nesprávným, neboť považuji za důvodné tvrzení navrhovatele, že Úřad nedostatečně zohlednil specifika trhu s vodíkovými autobusy, zejména skutečnost, že se jedná o rozvíjející se trh, na kterém s ohledem na dosavadní nízkou poptávku disponuje požadovanou referenční zkušeností jen velmi omezený počet dodavatelů.
37. K odlišnému právnímu posouzení uvádím pro přehlednost nejprve základní východiska hodnocení diskriminačního charakteru zadávacích podmínek.
38. Stanovení kritérií technické kvalifikace podle § 79 zákona k prokázání odborných zkušeností dodavatele ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a splnění podmínek účasti patří k zákonným oprávněním zadavatele, který jejich prostřednictvím ověřuje a zajišťuje způsobilost dodavatele řádně realizovat předmět veřejné zakázky. Přistoupí-li zadavatel ke stanovení podmínek technické kvalifikace, je tak povinen učinit v souladu s dalšími ustanoveními zákona a zejména v intencích jeho zásad. K tomu na relevantní právní úpravu poukazují.
39. Podle § 79 odst. 1 věty první zákona stanoví zadavatel podmínky technické kvalifikace za účelem prokázání lidských a technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě.
40. Podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona může zadavatel k prokázání podmínek technické kvalifikace požadovat seznam významných dodávek nebo významných služeb poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí

a identifikace objednatele. Zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.

41. Podle § 73 odst. 6 zákona platí, že pokud zadavatel prokázání podmínek technické kvalifikace požaduje, je povinen v zadávacích podmínkách přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit, jaká kritéria technické kvalifikace požaduje a minimální úroveň pro jejich splnění.
42. Podle § 6 odst. 1 a 2 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti a ve vztahu k dodavatelům zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace.
43. Podle § 6 odst. 3 zákona nesmí zadavatel omezovat účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří mají sídlo v členském státě Evropské unie, Evropského hospodářského prostoru nebo Švýcarské konfederaci nebo v jiném státě, který má s Českou republikou nebo s Evropskou unií uzavřenu mezinárodní smlouvu zaručující přístup dodavatelům z těchto států k zadávané veřejné zakázce.
44. Podle § 6 odst. 4 zákona je zadavatel při postupu podle zákona povinen (s ohledem na smysl a povahu veřejné zakázky) dodržovat zásady sociálně odpovědného zadávání, environmentálně odpovědného zadávání a inovací ve smyslu zákona; svůj postup je zadavatel povinen řádně odůvodnit.
45. Podle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo či nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
46. V intencích citované právní úpravy se zadavateli nabízí určitý prostor pro legitimní úvahu o tom, jaké plnění bude požadovat a zda bude v zájmu zajištění kvality plnění veřejné zakázky požadovat též splnění technické kvalifikace (zde seznamu významných dodávek v podobě referenční zkušenosti), potažmo jakou minimální úroveň pro jejich splnění případně stanoví.
47. Ke smyslu stanovení podmínek technické kvalifikace lze odkázat například na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 15/2009-71 ze dne 10. 3. 2011, v němž bylo konstatováno: *„Má-li soud vyjít ze samotného účelu stanovení technických kvalifikačních předpokladů, pak ten směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky toliko takovými dodavateli, kteří k tomu prokazatelně mají dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno zadavatelovo riziko, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění, jež je veřejnou zakázkou. Zadavatelem uplatněné požadavky na splnění technických kvalifikačních požadavků tedy mají zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky účinně ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení po přidělení veřejné zakázky též plnit.“*
48. Stěžejní mantinel pro legitimní úvahu zadavatele pak představuje povinnost zadavatele postupovat v souladu se zásadou zákazu diskriminace a nevytvářet bezdůvodné překážky hospodářské soutěži. Zadavatel musí v tomto smyslu stanovit zadávací podmínky přiměřeně složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky, aby nedocházelo k bezdůvodnému vylučování dodavatelů, kteří by jinak byli způsobilí veřejnou zakázku kvalifikovaně plnit. Obecně pak platí,

že čím přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím větší budou nároky na odůvodnění nezbytnosti takových požadavků, neboť v jejich důsledku dochází k většímu omezení hospodářské soutěže (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 69/2012-55 ze dne 28. 2. 2013).

49. K tomu lze odkázat například na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 23/2020-144 ze dne 28. 2. 2022, v němž bylo s odkazem na komentářovou literaturu k dané problematice shrnuto: *„Ačkoli je zadavatel bezpochyby oprávněn stanovit i takové zadávací podmínky, v jejichž důsledku bude vyloučena určitá skupina dodavatelů na trhu z možnosti ucházet se o veřejnou zakázku, musí respektovat zákonné mantinely, které jsou zákonem vymezeny a odrážejí složitost a rozsah předmětu veřejné zakázky. Po zadavateli nelze spravedlivě požadovat, aby stanovené zadávací podmínky měly na všechny dodavatele stejný dopad. Případné omezení by však mělo být vždy odůvodnitelné oprávněnými potřebami zadavatele. Zadavatel tak může podle § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek omezit hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku prostřednictvím zadávacích podmínek, musí ale unést důkazní břemeno, že se nejedná o bezdůvodnou překážku v hospodářské soutěži dodavatelů o veřejnou zakázku, resp. že se nejedná o bezdůvodné přímé či nepřímé konkurenční zvýhodnění (protěžování) určitého dodavatele či skupiny dodavatelů stanovenými zadávacími podmínkami. Na případnou bezdůvodnost omezování hospodářské soutěže je nutné pohlížet z pohledu předmětu veřejné zakázky a z něj vyplývajících oprávněných požadavků zadavatele (viz Dvořák, D., Machurek, T. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praha: C. H. Beck, 2017).“*
50. Hledání rovnovážného bodu mezi potřebou zajistit kvalifikovaného dodavatele pro plnění veřejné zakázky na straně jedné a povinností nevytvářet bezdůvodné překážky hospodářské soutěže na straně druhé může pro zadavatele v praxi představovat obtížnou právní otázku. V případných pochybnostech, které z povahy věci svědčí spíše pro nižší míru důvodnosti či nezbytnosti zvažovaného omezení, je však třeba v intencích zásad dle § 6 zákona upřednostnit zájem na zachování širší hospodářské soutěže.
51. Ke skutkovým okolnostem nyní projednávané věci připomínám, že předmět veřejné zakázky tvoří dodávka 10 kusů vodíkových autobusů pro provozování městské hromadné dopravy (a související dodávky a služby). Vymezení předmětu veřejné zakázky v požadované specifikaci nezpochybnuje ani navrhovatel. V rámci referenční zkušenosti zadavatel požadoval prokázání seznamu významných dodávek, z něhož bude vyplývat dodávka alespoň 1 kusu vodíkového autobusu jako vozidla městské hromadné přepravy v kterémkoli členském státu Evropské unie nebo Evropského hospodářského prostoru nebo Švýcarské konfederace nebo v jiném státě, který má s Českou republikou nebo s Evropskou unií uzavřenou mezinárodní smlouvu z těchto států k zadané veřejné zakázce (vymezené místo dodání dále též jen jako „evropský trh“) za období posledních 15 let před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku.
52. Z označených skutkových okolností vyplývá, že rozsah dodávky dle předmětu veřejné zakázky tvoří desetinásobek rozsahu dodávky (druhově stejného plnění) požadované v rámci referenční zkušenosti, přičemž zadavatel současně v souladu se zněním ustanovení § 79 odst. 2 písm. b) zákona v zájmu zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže prodloužil referenční dobu pro prokázání seznamu významných dodávek v reakci na žádost dodavatele na 15 let (na základě vysvětlení ZD č. 2).

53. Minimální úroveň pro splnění referenční zkušenosti tedy byla na první pohled stanovena **přiměřeně rozsahu** předmětu veřejné zakázky, neboť zadavatel požaduje prokázání zkušenosti s obdobným druhem plnění, jaké sám poptává, a to současně v podstatně menším kvantitativním rozsahu.
54. Navrhovatel však namítá, že vodíkové autobusy představují v důsledku nízké poptávky natolik výjimečné plnění, že referenční zkušenost mohou na českém trhu prokázat toliko 2 dodavatelé, čímž dochází k diskriminaci jiných způsobilých dodavatelů (včetně navrhovatele), aniž by k tomu byly z hlediska složitosti předmětu veřejné zakázky dány relevantní důvody. Zadavatel naproti tomu ve vyjádření k rozkladu argumentuje tím, že referenční zkušenost omezil na vodíkové autobusy právě z toho důvodu, že se jedná o specifické plnění, načež by jej nezkušený dodavatel nemusel být schopen v požadované kvalitě vyrobit či dodat. Riziko nedodání by pak pro zadavatele mohlo být dále spojeno se ztrátou zajištěného financování prostřednictvím dotace či s nemožností zajištění dopravní obslužnosti na území statutárního města Ostravy.
55. Klíčovou otázkou tedy zůstává, zda byla referenční zkušenost stanovena **přiměřeně též složitosti** veřejné zakázky.
56. V uvedené souvislosti je třeba vzít v úvahu, že v nyní řešené věci je předmětem přezkumu z hlediska zákonnosti referenční zkušenost jakožto fakultativní podmínka technické kvalifikace. Podmínky technické kvalifikace představují pro okruh možných dodavatelů prvotní síť, které má potenciál uzamykat okruh možných dodavatelů, neboť reflektuje předchozí zkušenosti dodavatelů bez ohledu na aktuální schopnost těchto dodavatelů předmět veřejné zakázky řádně plnit. V tomto smyslu by tedy podmínky technické kvalifikace měly být nastaveny co nejopatrněji, neboť v případě nových či rozvíjejících se trhů s předmětem veřejné zakázky může podmínka vyžadující předcházející zkušenost s konkrétním specifickým plněním (bez ohledu na jeho náročnost či důkladné posouzení jeho složitosti) vytvářet nepřekonatelnou bariéru pro vstup na daný trh.
57. Stanovení konkrétních podmínek technické kvalifikace může mít na okruh potenciálních dodavatelů obdobný dopad jako stanovení ostatních zadávacích podmínek (zejména podmínek vymezujících předmět plnění veřejné zakázky či obchodních a smluvních podmínek), zpravidla však působí výrazně přísněji. Obecně lze konstatovat, že dodavatel, který se na předmět veřejné zakázky nespécializuje, logicky nedisponuje ani předmětem plnění ani požadovanou referenční zkušeností a přirozeně ani nebude mít zájem se zadávacím řízením na veřejnou zakázku účastnit. Účast takovýchto a priori nezpůsobilých dodavatelů nelze v zadávacím řízení ani očekávat. Na straně druhé jsou však požadavky na předmět plnění veřejné zakázky či smluvních podmínek pro případné nové dodavatele podstatně snáze splnitelné, neboť v rozhodné míře závisí na jejich úsilí a podnikatelských dovednostech. Složitost předmětu veřejné zakázky tedy představuje kruciólní otázku pro posouzení důvodnosti (nezbytnosti) stanovené podmínky referenční zkušenosti.
58. Je tak třeba rozlišit situaci, v níž zadavatel stanoví jako podmínku technické kvalifikace požadavek obvyklý či snadno splnitelný, který nevyvolá významné omezení hospodářské soutěže, a dále situaci, v níž zadavatel stanoví specifickou podmínku, splnitelnou jen ze strany (velmi) omezeného počtu potenciálních dodavatelů. Ve druhém jmenovaném případě je nutné důkladně se zabývat tím, nakolik lze požadavek na prokázání zkušenosti s totožným

plněním považovat za nezbytný pro zajištění dodavatele způsobilého veřejnou zakázku po materiální stránce též plnit a případně též tím, zda by jej nebylo možno nahradit v zájmu zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže požadavkem mírnějším. Povinnost dostatečného odůvodnění nezbytnosti stanoveného požadavku (zde referenční zkušenosti) pak tíží zadavatele.

59. Uvedené stanovisko vyplývá též z navrhovatelem odkazovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 295/2020-143 ze dne 23. 2. 2022, v němž bylo konstatováno: *„Pokud jde o srovnání podmínek běžných, pro všechny potenciální dodavatele nenákladných a snadno splnitelných, a na straně druhé podmínek komplikovaných, pro některé dodavatele obtížně splnitelných, či nikoli nevýznamně navyšujících cenu nabízeného plnění, lze krajskému soudu přisvědčit do té míry, že zdůvodnění prvně popsanych ‚jednoduchých podmínek‘ zadavatelem může být rovněž jednoduché, přičemž bude postačovat, aby zadavatel poskytl základní racionální zdůvodnění, které osvětlí existující souvislost mezi zadávací podmínkou a legitimní potřebou zadavatele, aniž by bylo nutno následně zkoumat, zda nemohl zvolit řešení vhodnější v zájmu zachování hospodářské soutěže. Jednoduchá podmínka, jejíž splnění nemůže být pro žádného dodavatele obtížné a která nemá výraznější dopady na cenu plnění, totiž klade hospodářské soutěži natolik marginální překážku, že není třeba zadavatele nutit k poměřování případných dalších možných alternativ.“*
60. V uvedeném kontextu nemohu souhlasit s navrhovatelem, že rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 295/2020-143 ze dne 23. 2. 2022 došlo k zásadnímu posunu v rozhodovací praxi ve vztahu k posuzování diskriminační povahy zadávacích podmínek, neboť povinnost zohlednit konkrétní okolnosti zadání veřejné zakázky, včetně situace na trhu, představuje standardní posuzovací měřítko v rozhodovací praxi Úřadu i soudů.
61. Povinnost přihlídnout ke kontextu stanovených zadávacích podmínek vyplývá například již z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 15/2009-71 ze dne 10. 3. 2011, v němž bylo konstatováno: *„Výčet přiměřených – a tím i zákonně stanovených kvalifikačních předpokladů (technických, specifikovaných podle § 56 odst. 7 ZVZ, ale i ekonomických a finančních, specifikovaných podle § 55 odst. 3 ZVZ) není ve svém souhrnu kategorií rigidní, ve vztahu ke všem zadávacím řízením za různých faktických podmínek na trhu neměnnou. Závěr žalovaného ohledně přiměřenosti – a tím i zákonnosti stanovených kvalifikačních předpokladů nemůže být výsledkem jeho arbitrární úvahy abstrahující od podmínek na trhu, na němž soutěž o získání veřejné zakázky měla probíhat, ani od konkrétních důsledků, které takto stanovené kvalifikační předpoklady s ohledem na podmínky panující na trhu mohly z pohledu účasti dodavatelů v soutěži o získání veřejné zakázky vyvolat. Jestliže tedy žalovaný požadavek zadavatele na předložení seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních třech letech posuzoval právě s ohledem na podmínky panující na trhu (především to, že jde o trh relativně ‚mladý‘), na počet aktivních dodavatelů na trhu a na to, komu byly v minulosti zadány veřejné zakázky obdobného charakteru, pak postupoval způsobem, který zdejší soud považuje za správný, plně odpovídající smyslu přezkumu podle ZVZ.“*
62. Jak vyplývá ze skutkových zjištění učiněných Úřadem (srov. zejména body 95-100 odůvodnění napadeného rozhodnutí), trh s vodíkovými autobusy není ani v evropském kontextu dostatečně rozvinutý, což je dáno nízkou poptávkou, zejména z důvodu vyšší pořizovací ceny, potřeby zajistit nezbytnou infrastrukturu a omezeného okruhu potenciálních odběratelů (zejména velká města čerpající finanční prostředky z dotačních fondů). Úřad současně

připouští, že vodíková technologie jako pohon městských autobusů nepředstavuje novum, přičemž užší okruh dodavatelů vodíkových autobusů na trhu může být, spíše než technologickou náročností, způsoben tím, že vstup na tento trh může být ze strany případných nových subjektů vnímán jako podnikatelsky riskantní. Konkrétní technologická náročnost výroby vodíkových autobusů pak nebyla Úřadem (nad rámec obecných úvah o nevhodnosti navrhovatelem předestřené řešení, které nebylo a nemělo být předmětem přezkumu) relevantním způsobem zkoumána, přičemž lze podotknout, že se jedná o otázku technického charakteru, k jejímuž posouzení Úřad obecně nemá dostatek odborných znalostí.

63. Úřad v návaznosti na provedený průzkum trhu zjistil, že na evropském trhu figuruje až 6 dodavatelů vodíkových autobusů, způsobilých podmínku referenční zkušenosti splnit. V této souvislosti považují za vhodné podotknout, že zadávací podmínky stanoví zadavatel, načež není žádoucí, aby se Úřad soutěžitelů na trhu dotazoval na návrhy vhodnějších formulací referenční zkušenosti, jak navrhuje navrhovatel v rozkladu. Úřadem formulované dotazy v rámci průzkumu trhu mám za přiměřené zjišťovaným skutkovým otázkám. S ohledem na Úřadem učiněná zjištění je však třeba konstatovat, že ani v evropském kontextu tak není trh s vodíkovými autobusy příliš rozšířený, přičemž je nutno přihlídnout též ke skutečnosti, že řada z evropských dodavatelů se z důvodů na vlastní straně zadávacích řízení v České republice standardně neúčastní a podání nabídky (přizpůsobené konkrétním požadavkům zadavatele) ani nezvažuje.
64. Skutečnost, že účast zahraničních dodavatelů v zadávacím řízení na veřejnou zakázku není žádným způsobem omezována, ještě neznamená, že tito dodavatelé tvoří přirozený a obvyklý okruh možných dodavatelů na předmět veřejné zakázky. Jinými slovy, existence zahraničního dodavatele, způsobilého splnit podmínky technické kvalifikace, není sama o sobě způsobilá vyvrátit potenciálně diskriminační charakter stanovené referenční zkušenosti, neboť přihlídnout je nutno za daných okolností též k faktické situaci na českém trhu.
65. Pohlédneme-li na reálnou situaci na trhu v České republice, z veřejně dostupných informací vyplývá, že v České republice byl dosud dodán jeden vodíkový autobus do zkušebního provozu v Neratovicích (srov. <https://elektrickevozy.cz/clanky/prvni-vodikovy-autobus-v-cr-trihybus-vyjel-do-ulic-pred-12-lety>) a vypsáno jedno zadávací řízení na dodávku vodíkových autobusů zadavatelem Ústí nad Labem na veřejnou zakázku s názvem „Rámcová dohoda na dodávku až 20 ks autobusů s vodíkovým pohonem“, na kterou byla dne 30. 9. 2021 uzavřena smlouva (dostupná na <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/17905259?backlink=wtdmm>). Nahodilá dodávka vodíkového autobusu pak nemusí nutně vypovídat o tom, že její dodavatel je dostatečně kvalifikován pro plnění veřejné zakázky a garantuje její řádnou realizaci, načež referenční zkušenost nemusí nutně představovat vhodné síto k rozlišení způsobilých dodavatelů od těch nezpůsobilých.
66. Závěry Úřadu ve vztahu k relevantnímu trhu s vodíkovými autobusy pro účely zadávacího řízení na veřejnou zakázku jsem proto shledal nepřipustně zjednodušenými. Za zjednodušenou, potažmo zavádějící však považují též rozkladovou argumentaci navrhovatele týkající se nesprávného vymezení relevantního trhu dle právních předpisů upravujících ochranu hospodářské soutěže, neboť se jedná o oddělené právní otázky s odlišným náhledem na danou problematiku. Zadavatel poptává vodíkové autobusy, v tomto smyslu je tedy „relevantní trh“ pro veřejnou zakázku dán okruhem dodavatelů schopných zadavateli vodíkové autobusy za stanovených podmínek dodat. Vymezení předmětu veřejné

zakázky navrhovatel, jak v rozkladu sám tvrdí, nepochybně ani nenapadá, načež hodnocení relevantního trhu optikou právních předpisů upravujících hospodářskou soutěž (například z hlediska zastupitelnosti výrobků) postrádá v uvedeném kontextu jakoukoliv relevanci.

67. Takto vymezený trh sice nelze s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem dané věci bez dalšího omezit na dodavatele, kteří vodíkový autobus za specifikovaných podmínek již dodali, nelze jej ale ani zjednodušeně ztotožnit s dodavatelem městských autobusů v České republice, neboť ne všichni dodavatelé městských autobusů mohou být způsobilí vodíkový autobus dodat a účast zahraničních dodavatelů na českém trhu je v souladu s § 6 odst. 3 zákona obecně podporována a garantována. Zohlednění evropského trhu tedy bylo ze strany Úřadu namístě, přičemž obvyklá účast dodavatelů na českém trhu představuje v tomto kontextu významné (nikoliv jediné) hledisko při posuzování diskriminačního charakteru stanovené zadávací podmínky.
68. V každém případě je pak možno konstatovat, že referenční zkušenost představuje ve smyslu shora citované judikatury **podmínku komplikovanou** či složitou (nikoliv jednoduchou či snadno splnitelnou), neboť i v evropském kontextu ji může splnit (s ohledem na zjištěná specifika) jen velmi omezený počet dodavatelů.
69. Za těchto okolností tedy bylo namístě zabývat se tím, jakým způsobem byl požadavek referenční zkušenosti ze strany zadavatele **odůvodněn**, zda byl pro zajištění řádné realizace veřejné zakázky skutečně **nezbytný** a zda jej případně **nebylo možno nahradit požadavkem mírnějším**, tedy požadavkem, který nevyvolá nepřiměřené omezení hospodářské soutěže a zachová určitou míru otevřenosti trhu.
70. Zadavatel požadavek referenční zkušenosti zdůvodnil zejména potřebou zajistit bezpečnost poptávaných vodíkových autobusů a rovněž schopnost dodavatele dodržet stanovený termín dodání. Ve vztahu k prvnímu jmenovanému důvodu však lze souhlasit s navrhovatelem, že bezpečnost vozidel je zajištěna zejména platnou legislativou a procesem homologace, načež nelze považovat za důvodnou obavu, že budou zadavateli dodána vozidla nezpůsobilá provozu. V tomto smyslu považuji ve shodě s navrhovatelem za nepodloženou též argumentaci Úřadu v bodech 124-125 odůvodnění napadeného rozhodnutí, zpochybňující a zlehčující schopnost navrhovatele vodíkový autobus vyrobit. Pro takový závěr absentují v napadeném rozhodnutí relevantní skutková zjištění.
71. Implicitní zjištění Úřadu, že poptávaný předmět veřejné zakázky – vodíkové autobusy – představuje natolik specifické a složité plnění, ve vztahu ke kterému tvoří referenční zkušenost nezbytný předpoklad jeho řádného plnění, tedy nebyl ze strany Úřadu dostatečně odůvodněn. V tom shledávám dílčí nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.
72. Druhý zadavatelem označený hlavní důvod stanovení referenční zkušenosti v definovaném znění, tj. riziko nedodání či pozdního plnění, považuji za legitimní. Ani v tomto případě se však nejedná o důvod, který by bez dalšího odůvodňoval „složitou“ zadávací podmínku referenční zkušenosti zahrnující dodávku vodíkového autobusu. I v tomto případě totiž měl zadavatel k dispozici i jiné a mírnější prostředky, jak uvedeného legitimního cíle dosáhnout, například formou nastavení příslušných smluvních a zajišťovacích podmínek.
73. V daném kontextu není nijak zpochybňováno oprávnění zadavatele podmínky technické kvalifikace stanovit, přičemž byla-li by referenční zkušenost kvalifikována jako „jednoduchá“

zadávací podmínka ve smyslu shora citované judikatury, jednalo by se o požadavek zjevně přiměřený.

74. S ohledem na významné omezení hospodářské soutěže a uzamykací efekt na trh si však lze v daném případě představit i řadu jiných (méně specifických) způsobů, jakými by bylo možné způsobilého dodavatele, který odpovědně přistupuje ke svým závazkům, zajistit. Dospěl jsem proto k závěru, že podmínka referenční zkušenosti nebyla s ohledem na zásadní limitující dopad na relevantní trh dostatečně odůvodněna. S přihlédnutím k presumpci odbornosti dodavatele nelze automaticky předpokládat, že by nabídku podávali dodavatelé, kteří vodíkové autobusy vůbec nebudou schopni dodat či by na sebe přebírali nepřiměřené riziko v podobě významných smluvních sankcí. Riziko vadného plnění je pak objektivně dáno vždy, a to obecně vzato i u dodavatele, který podmínky referenční zkušenosti naplní.
75. V uvedeném kontextu je třeba vzít v úvahu též formulaci podmínky referenční zkušenosti a její vypovídací hodnotu pro kvalifikaci dodavatele. Jakkoliv lze mít formulaci referenční zkušenosti jakožto seznamu významných dodávek obecně za relevantní, zadavatel jejím prostřednictvím připustil jako způsobilého dodavatele, který již alespoň jednou alespoň jeden vodíkový autobus v období 15 let před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku dodal. Takový dodavatel může mít potřebné odborné zkušenosti, ale může jít obecně vzato například i o nahodilou dodávku formou dalšího prodeje, s nižší vypovídací hodnotou o kvalifikaci dodavatele. Naproti tomu v kontextu referenční zkušenosti je nezpůsobilý dodavatel, který má s ohledem na perspektivu rostoucí poptávky (a dotační politiku Evropské unie) zájem se etablovat na trh s vodíkovými autobusy, a to včetně zavedení případných technologických inovací. Odhlédneme-li od konkrétních okolností nyní řešené věci, druhý jmenovaný dodavatel, jemuž je podmínkou referenční zkušenosti bráněno ve vstupu na trh, může být typově zjevně kvalifikovanější než ten první jmenovaný.
76. V uvedené věci není nijak rozhodná skutečnost, že navrhovatel (jakožto typově druhý jmenovaný dodavatel) dosud žádný vodíkový autobus nedodal, neboť Úřad navrhovatele jako osobu neoprávněnou k podání návrhu v dané věci neshledal a ke zpochybnění schopnosti navrhovatele vodíkový autobus vyrobit (či alespoň formou dalšího prodeje dodat) absentují ve správním spisu relevantní skutková zjištění.
77. Významnou skutečnost v nyní řešené věci představuje zejména nízká poptávka ve spojení se známou vodíkovou technologií, kdy řada dodavatelů navzdory dostupnému know-how nemusela (a v souladu s legitimní podnikatelskou strategií ani nemohla) být dostatečně motivována k výrobě vodíkových městských autobusů, které jsou zpravidla dodávány v souladu se stanovenými požadavky na konkrétní zakázku. Zde doplňuji, že v jediném srovnatelném zadávacím řízení na dodávku vodíkových autobusů (shora označená rámcová dohoda zadavatele Ústí nad Labem) zadavatel v rámci podmínek technické kvalifikace (bod 3.3.4 zadávací dokumentace na předmětnou veřejnou zakázku) připustil splnění stanoveného seznamu významných dodávek vedle dodávky vodíkového autobusu alternativně též dodávkou elektrického autobusu.
78. Připuštění správnosti Úřadem učiněného závěru by fakticky mohlo mít (s přihlédnutím k racionálnímu jednání jiných zadavatelů) za následek trvalé zvýhodnění dodavatelů, kteří již někdy (nahodile) vodíkový autobus dodali (jimž by tímto byla zajištěna neodůvodněná exkluzivita pro další dodávky), a současně vyloučení nových dodavatelů, kteří by s ohledem

na inovace technologií a zvýšenou poptávku měli zájem na trh s vodíkovými autobusy vstoupit.

79. Dospěl jsem proto k závěru, že Úřad **nedostatečně zohlednil skutečnost, že trh s vodíkovými autobusy představuje rozvíjející se trh**, v čemž jsem shledal též nesprávné posouzení věci.
80. V tomto smyslu se dle mého stanoviska jedná o obdobnou situaci, jaká byla řešena v rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0121/2021/VZ, č. j. ÚOHS-27598/2021/500/ISO ze dne 13. 8. 2021, potvrzeném rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0134/2021/VZ, č. j. ÚOHS-36080/2021/162/JSr ze dne 8. 11. 2021, v němž bylo konstatováno, že stanovení zadávacích podmínek, které bezdůvodně brání účasti v zadávacím řízení dodavatelům, kteří se na relevantním trhu teprve etablojí a dosud veřejné zakázky nezískávali, odporuje zásadě zákazu diskriminace, vyjádřené v § 6 odst. 2 a § 36 odst. 1 zákona.
81. Nezbytnost podmínky referenční zkušenosti, zejména ve vazbě na složitost předmětu plnění veřejné zakázky, která by potenciálně mohla zakládat důvod pro odlišné právní posouzení, pak není v napadeném rozhodnutí dostatečně podložena ani odůvodněna. Z výše uvedených důvodů jsem shledal napadené rozhodnutí nezákonným, a to v intenzitě odůvodňující jeho zrušení, neboť zjištěné vady nelze odstranit v řízení odvolacím.

K nezákonnosti napadeného rozhodnutí

82. Podle § 152 odst. 5 správního řádu platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání, nevylučuje-li to povaha věci. Podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu, nestanoví-li zvláštní zákon jinak, lze v řízení o rozkladu rozhodnutí, které vydal ústřední správní úřad v prvním stupni, zrušit nebo změnit, pokud se tím plně vyhoví rozkladu a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků.
83. Podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a věc vrátí k novému projednání správnímu orgánu, který rozhodnutí vydal; v odůvodnění tohoto rozhodnutí vysloví odvolací správní orgán právní názor, jímž je správní orgán, který napadené rozhodnutí vydal, při novém projednání věci vázán; proti novému rozhodnutí lze podat odvolání.
84. Výše jsem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí spočívá na nedostatečně zjištěném skutkovém stavu a nesprávném právním posouzení, neboť závěry Úřadu spočívají na nedostatečném zohlednění skutečnosti, že trh s vodíkovými autobusy představuje rozvíjející se trh, a nejsou dostatečně podloženy a odůvodněny. Napadené rozhodnutí je proto nezákonné, a to v intenzitě odůvodňující jeho zrušení, neboť skutková zjištění učiněná Úřadem neodůvodňují závěry vyjádřené ve výroku napadeného rozhodnutí.
85. Úřad se proto při novém projednání věci (v závislosti na dalším postupu) bude podrobněji zabývat skutečností, že trh s vodíkovými autobusy představuje rozvíjející se trh a dopadem označené skutečnosti na odůvodnění nezbytnosti referenční zkušenosti ze strany zadavatele. Své závěry Úřad podrobně a srozumitelně odůvodní.
86. Jak jsem výše vysvětlil, Úřad v napadeném rozhodnutí nepostupoval v souladu se zákonem a správním řádem, což má za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí. Byly tak splněny podmínky předvídané § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, a proto napadené rozhodnutí ruším a věc vracím Úřadu k novému projednání, neboť uvedené vady napadeného rozhodnutí

není možné zhojit jinak než vydáním nového rozhodnutí ve věci. Úřad je při novém rozhodování vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.

VI. Závěr

87. Úřad v napadeném rozhodnutí nepostupoval v souladu se zákonem a správním řádem, což má za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí. Byly tak splněny podmínky předvídané § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, a proto napadené rozhodnutí ruším a věc vracím Úřadu k novému projednání, neboť zjištěné vady napadeného rozhodnutí není možné zhojit jinak než vydáním nového rozhodnutí ve věci. Úřad je při novém rozhodování vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.
88. Předseda Úřadu při zrušení prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání z důvodu zachování účelu správního řízení obvykle nařizuje předběžné opatření, kterým zadavateli uloží zákaz uzavřít smlouvu na předmět plnění dané veřejné zakázky. V tomto případě by bylo uložení předběžného opatření v tomto rozhodnutí o rozkladu nadbytečné, neboť rozhodnutím Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0346/2021/VZ, č. j. ÚOHS-33306/2021/500/Alv ze dne 4. 10. 2021 bylo předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku zadavateli již uloženo a doposud nebylo zrušeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. Advokátní kancelář Brož, Sedlatý s.r.o., Vinohradská 828/151, 130 00 Praha
2. SOR Libchavy spol. s r.o., Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy

Vypraveno dne:

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