

Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 15.8.2007, bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy ÚOHS č.j. R101/2005/02-13907/2007/310-Hr ze dne 14.8.2007

Č. j.: VZ/S 184/05-151/5463/05-če

V Brně dne 5. prosince 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 5.10.2005 podle § 96 odst. 2 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb. a zákona č. 377/2005 Sb., na návrh z téhož dne společnosti INEKON GROUP, a. s., U Průhonu 12, č.p. 773, 170 00 Praha 7 – Holešovice, za niž jedná Ing. Josef Hušek, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 4.10.2005 Mgr. Vlastislavem Kusákem, advokátem, Národní 32, 110 00 Praha 1, na zahájení řízení o přezkoumání rozhodnutí zadavatele ze dne 21.9.2005 – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, za niž jednají Radovan Šteiner a Ing. Tomáš Jílek, předseda a člen představenstva společnosti, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 11.10.2005 JUDr. Miroslavem Janstou, advokátem, Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1 – o námitkách ze dne 12.9.2005 proti způsobu zadání veřejné zakázky zadávané pod názvem „Uzavření rámcové smlouvy na dodávku nízkopodlažních tramvají“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 23.6.2005 pod ev. č. 50010106 a dne 24.6.2005 v Úředním věstníku EU č. 120/2005 pod ev. č. 118654, rozhodl **takto**:

Podle § 101 odst. 5 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb. a zákona č. 377/2005 Sb., **se řízení** o přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Uzavření rámcové smlouvy na dodávku nízkopodlažních tramvají“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 23.6.2005 pod ev. č. 50010106 a dne 24.6.2005 v Úředním věstníku EU č. 120/2005 pod ev. č. 118654, **zastavuje**, neboť nebylo shledáno porušení zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb.

Odůvodnění

Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, za niž jednají Radovan Šteiner a Ing. Tomáš Jílek, předseda a člen představenstva, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 11.10.2005 JUDr. Miroslavem Janstou, advokátem, Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle

§ 84 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb. a zákona č. 124/2005 Sb. (dále jen „zákon“), dne 23.6.2005 pod ev.č. VZ 50007976 na centrální adrese a dne 24.6.2005 pod ev.č. 118654 v Úředním věstníku EU č. 120/2005, v oznámení otevřeného řízení svůj úmysl zadat nadlimitní veřejnou zakázku na dodávky pod názvem „Uzavření rámcové smlouvy na dodávku nízkopodlažních tramvají“. Pozn. pokud Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) dále uvádí odkaz na zákon o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu orgánu dohledu nebo v době provedení jednotlivých úkonů zadavatele.

V oznámení zadávacího řízení zadavatel stanovil následující dílčí kritéria pro zadání veřejné zakázky vč. váhy:

1. Nabídková cena (váha 50 %).
2. Délka záruční lhůty (váha 10 %).
3. Svislá statická síla působící na kolejnice při normálním obsazení vozidla (váha 8 %).
4. Svislá statická síla působící na kolejnice při plném obsazení vozidla (váha 8 %).
5. Využití adheze vozidla (váha 6 %).
6. Poloměr opotřebení kola (váha 6 %).
7. Střední provozní zrychlení (váha 3 %).
8. Střední zpomalení při provozním brzdění (váha 3 %).
9. Střední zpomalení při nouzovém a záchranném brzdění (váha 3 %).
10. Výše smluvní pokuty za prodlení s dodáním tramvají (váha 3 %).

Z dokumentace o zadání veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“) vyplývá, že zadávací dokumentaci vyzvedlo 14 dodavatelů. Následně společnosti Bombardier Transportation Austria GmbH & Co.KG (dále jen „Bombardier“), dopisem ze dne 28.6.2005, ALSTOM Transport S.A. (dále jen „ALSTOM“) dopisem ze dne 29.7.2005 a INEKON GROUP, a. s. (dále jen „INEKON“), dopisem ze dne 25.7.2005 zadavatele požádali o prodloužení lhůty pro podání nabídek. Zadavatel dopisy ze dne 18.7.2005, resp. 2.8.2005, jmenovaným subjektům sdělil, že lhůta pro podání nabídek je stanovena v souladu s ust § 54 odst. 2 zákona a zadavatel ji nemá v úmyslu změnit. Společnost INEKON dopisem ze dne 8.8.2005 podala u zadavatele námitky proti údajně nepřiměřeně krátké lhůtě pro podání nabídek a neurčitosti předmětu veřejné zakázky (počet tramvají). Zadavatel dopisem ze dne 18.8.2005 námitkám nevyhověl. Společnost ALSTOM dopisem ze dne 12.8.2005 podala u zadavatele námitky proti údajně nepřiměřeně krátké lhůtě pro podání nabídek. Zadavatel dopisem ze dne 18.8.2005 námitkám nevyhověl.

Z protokolu o otevírání obálek ze dne 29.8.2005 je zřejmé, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel 3 nabídky, a to od uchazečů Bombardier, INEKON a ŠKODA TRANSPORTATION s. r. o. (dále jen „ŠKODA“). Komise pro posouzení a hodnocení nabídek jmenovaná zadavatelem po otevření obálek s nabídkami a kontrole jejich obsahu zjistila, že nabídky uchazečů Bombardier a INEKON nesplnily požadavky zadavatele. Zadavatel dopisy ze dne 2.9.2005 jmenovaným uchazečům oznámil, že je ze zadávacího řízení vyloučil. Uchazeč INEKON dopisem ze dne 12.9.2005, který zadavatel podle podacího razítka obdržel dne 16.9.2005, podal zadavateli námitky proti způsobu zadání veřejné zakázky. Zadavatel dopisem ze dne 21.9.2005 uchazeči sdělil, že podaným námitkám nevyhovuje. Uchazeč INEKON sdělení zadavatele podle dodejky obdržel dne 26.9.2005. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.10.2005, komise posoudila a vyhodnotila jako ekonomicky nejvýhodnější nabídku uchazeče ŠKODA. Zadavatel dopisem ze dne 11.10.2005 jmenovanému uchazeči zaslal rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky.

Uchazeč INEKON GROUP, a. s., U Průhonu 12, č.p. 773, 170 00 Praha 7 – Holešovice, za niž jedná Ing. Josef Hušek, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 4.10.2005 Mgr. Vlastislavem Kusákem, advokátem, Národní 32, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“), dopisem ze dne 5.10.2005 podal u orgánu dohledu návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, přičemž dne 30.9.2005 uhradil správní poplatek a složil na účet orgánu dohledu kauci ve výši 1 000 000,-- Kč.

Navrhovatel v návrhu uvedl, že zadavatel svým jednáním zřejmě porušil zásady transparentnosti a rovného zacházení. Porušení zákona navrhovatel spatřuje:

1. v nedodržení povinnosti k předběžnému oznámení,
 2. v neurčitosti veřejné zakázky,
 3. v nepřiměřenosti lhůty pro podání nabídek,
 4. ve zvýhodněním jednoho z uchazečů,
- přičemž k jednotlivým bodům dále uvádí.

Ad 1. Jedná se o nadlimitní veřejnou zakázku. Podle § 29 zákona měl zadavatel povinnost učinit předběžné oznámení, kterou však nedodržel.

Ad 2. Zákon upravuje postupy při zadávání veřejných zakázek, vč. uzavírání smlouvy (§ 66 zákona), které musí splňovat všechny obecně závazným právním předpisem stanovené náležitosti právního úkonu, tj. vážnost, určitost a srozumitelnost. Základní podmínky smlouvy jsou stanoveny v zadávacích podmínkách, které musí být formulovány dostatečně určitě. To platí i pro případy, kdy zadavatel bude uzavírat rámcovou smlouvu. Požadavek určitosti je konstatován také např. v rozhodnutích orgánu dohledu S24/02, resp. Vrchního soudu 2A4/2000. Předmětná veřejná zakázka však určitá není, neboť zadavatel neuvádí kolik kusů tramvají chce na základě rámcové smlouvy odebrat (20 až 250), jisté je jen že jich bude minimálně 20. Na základě takto stanovených podmínek však nelze uzavřít smlouvu, neboť nejsou stanoveny její základní parametry, tj. množství a rozložení dodávek v čase. Díky neurčitosti zadání není možné objektivně kalkulovat cenu tramvaje. Každý uchazeč tak logicky musí jednorázové náklady (vývoj, technologická příprava, apod.) rozpočítat do série 20 tramvají, jejichž odběr je garantován, čímž se veřejná zakázka prodraží. Neurčitostí zadání zadavatel podle názoru navrhovatele porušil § 48 odst. 1 zákona.

Ad 3. Zadavatel požaduje unikátní technické řešení tramvaje (100% nízkopodlažnost). Z uvedeného důvodu všichni potenciální uchazeči, s výjimkou společnosti ŠKODA, zadavatele požádali o prodloužení lhůty pro podání nabídek, s vědomím, že nabídku nelze v 60denní lhůtě objektivně připravit. Zákon má všem zájemcům poskytnout rovné šance na získání veřejné zakázky. Současně zadavatele vede k tomu, aby své prostředky vynakládal co nejefektivněji, tedy aby pro výběr získal co nejvíce kvalitních nabídek. V šetřeném případě není potřeba plnění akutní (první dodávky tramvají budou v roce 2009). Neexistuje tedy objektivní důvod, proč by zadavatel nemohl na základě reakce potenciálních dodavatelů lhůtu pro podání nabídek přiměřeně prodloužit. Základní premisa je uvedena v § 54 odst. 1 zákona – „lhůtu zadavatel stanoví podle druhu a charakteru veřejné zakázky“. Minimální lhůty lze očekávat u nekomplikovaných zakázek cenově na hranici nadlimitní veřejné zakázky. V zakázce v objemu cca 17,5 miliardy Kč s dobou plnění v délce 10 let je podle názoru navrhovatele evidentní, že stanovením lhůty pro podání nabídek na hranici zákonného minima zadavatel požadavek na přiměřenost podle druhu a charakteru veřejné zakázky nedodržel.

Ad 4. Navrhovatel předpokládá zvýhodnění jednoho z uchazečů tím, že měl zřejmě přístup k podmínkám zadání dříve než byly zveřejněny. Požadovaná tramvaj vyžaduje unikátní technické řešení. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel při přípravě zadání musel využít pomoci odborného subjektu, kterým je v oblasti tramvají společnost VÚKV, a. s.,

(bývalý Výzkumný ústav kolejových vozidel) patřící do koncernu ŠKODA HOLDING a. s., kam náleží i uchazeč ŠKODA. Navrhovatel se domnívá, že tímto způsobem unikly „údaje o připravované veřejné zakázce, čímž byl uchazeč ŠKODA zvýhodněn, neboť se mohl na veřejnou zakázku připravit dříve než byla zveřejněna (ESD C-243/89)“.

V závěru návrhu navrhovatel konstatuje, že z výše uvedených důvodů je jedinou možnou nápravou uložit zadavateli předmětnou veřejnou zakázku zrušit.

Dnem 5.10.2005, kdy orgán dohledu návrh obdržel, bylo podle § 96 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu. Účastníky správního řízení jsou podle § 99 zákona:

- zadavatel,
- navrhovatel,
- uchazeč ŠKODA TRANSPORTATION s. r. o., Tylova 1/57, 316 00 Plzeň, za niž jednají Ing. Pavel Novotný a Ing. Tomáš Krsek, jednatelé společnosti, kterému byla veřejná zakázka přidělena.

Orgán dohledu dopisem ze dne 7.10.2005 zadavatele vyrozuměl o podaném návrhu a současně ho požádal o vyjádření k návrhu a zaslání dokumentace o zadání veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“), jejíž část obdržel dne 17.10.2005, ale pouze v kopiích (vyjádření zadavatele k návrhu obdržel orgán dohledu dne 18.10.2005). Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu účastníkům řízení dopisem ze dne 18.10.2005, ve kterém jim poskytl lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí, navrhnout doplnění šetření, popřípadě nahlédnout do spisu. Současně zadavatele vyzval k doplnění podkladů pro správní řízení.

Zadavatel ve stanovisku ze dne 17.10.2005 k jednotlivým bodům návrhu uvedl:

Ad 1. Jedním z předpokladů vzniku povinnosti podle § 29 odst. 1 zákona je skutečnost, že zadavatelem schválil rozpočet, ve kterém byly vyčleněny prostředky pro realizaci zakázky. Fakt, že při schvalování rozpočtu zadavatele nebylo počítáno s realizací předmětné veřejné zakázky a tudíž ani nebyly vyčleněny odpovídající finanční prostředky, však není důvodem, pro který by nebylo možné veřejnou zakázku v příslušném roce zadat. Zákon v žádném ustanovení nestanoví, že uveřejnění předběžného oznámení je podmínkou pro zahájení zadávacího řízení. Zadavatel odkazuje rovněž na stanovisko Ministerstva pro místní rozvoj ČR (dále jen „MMR“), ve kterém je uvedeno, že porušením zákona není situace, kdy zadavatel zahájí zadávací řízení, které nebylo předběžně oznámeno a jehož potřeba vznikla až v průběhu kalendářního roku, pokud zadání veřejné zakázky nemohl v době uveřejňování předběžných oznámení předpokládat. Zadavatel uvádí, že při schvalování rozpočtu pro rok 2005 se zadáním předmětné veřejné zakázky neuvažoval.

Ad 2. Míra podrobnosti a určitosti zadávací dokumentace je odvislá od specifik veřejné zakázky a účelu smlouvy, která má být uzavřena. Předmět veřejné zakázky je v zadávací dokumentaci vymezen velmi podrobně, určitě a srozumitelně, v rozsahu nezbytném pro zpracování nabídky. Účelem rámcové smlouvy je stanovení základních podmínek mezi smluvními stranami. Zákon v § 16 uvádí pouze dvě náležitosti rámcové smlouvy, a to cenové ujednání a ujednání o předpokládaném množství. Rámcová smlouva je pouze obecným smluvním základem, na jehož základě nedochází ke konkrétnímu plnění. Podrobnosti, tj. specifikace množství plnění, termíny dodávek, apod., jsou sjednávány až v následných smlouvách, uzavíraných na základě jednacího řízení bez uveřejnění. Určitost zadávacích podmínek v šetřeném případě odpovídá institutu rámcové smlouvy, která by měla

být na základě veřejné zakázky uzavřena. V situaci, kdy zadavatel nemá přesnou představu o tom jaké množství tramvají v jednotlivých letech na základě finančních možností reálně objedná, se institut rámcové smlouvy jeví jako optimální.

Ad 3. Podmínky pro stanovení lhůty pro podání nabídek jsou uvedeny v § 54 zákona. Zadavatel v šetřeném případě stanovil lhůtu pro podání nabídek v délce 60 dnů, tj. v souladu s minimální lhůtou dle § 54 odst. 2 písm. a) zákona. O její přiměřenosti nasvědčuje i fakt, že ve stanovené lhůtě obdržel nabídku zpracovanou v souladu se zadávacími podmínkami. Zadavatel při stanovení lhůty vycházel z potřeby realizovat zadávací řízení co nejdříve tak, aby s výsledkem řízení mohl kalkulovat v připravovaném strategickém plánu, zpracovávaném na cca 10leté období, jehož aktualizaci bude provádět před koncem roku 2005.

Ad 4. Zadavatel uvádí, že Výzkumný ústav kolejových vozidel byl přeměněn na obchodní společnost, čímž ztratil statut nezávislého subjektu, přičemž neexistuje povinnost vyžadovat od něj jakákoliv stanoviska či posouzení. Zadavatel disponuje vlastními odbornými kapacitami a nemusí proto své záměry nechat zpracovávat či konzultovat třetí osobou. Zadavatel neposkytl VÚKV, a. s., ani žádnému jinému subjektu před uveřejněním oznámení zadávacího řízení technickou specifikaci požadovaných tramvají a ani ji s nikým nekonzultoval.

S odkazem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby orgán dohledu návrh zamítl a správní řízení zastavil.

Zadavatel dne 25.10.2005 doplnil dokumentaci ve smyslu požadavků orgánu dohledu uvedených v oznámení o zahájení řízení.

Orgán dohledu dopisem ze dne 25.10.2005 požádal VÚKV, a. s., Bucharova 1314/8, 158 00 Praha 5 (dále jen „VÚKV“), o písemné vyjádření k obsahu návrhu, tedy zejména zda se podílel na přípravě zadání předmětné veřejné zakázky a zda nedošlo k přenosu relevantních informací k uchazeči ŠKODA, které by mohly být využity při přípravě nabídky před zveřejněním zadávacího řízení. VÚKV dopisem ze dne 31.10.2005 orgánu dohledu sdělil, že se na přípravě zadání předmětné veřejné zakázky žádným způsobem nepodílel a tudíž ani nemohlo k žádnému přenosu informací do jmenované společnosti dojít.

Navrhovatel v reakci na stanovisko zadavatele k návrhu v dopise ze dne 31.10.2005 uvedl, že zadavatel potvrzuje, že se v případě šetřené veřejné zakázky jedná o značnou investici a že zpracovává strategický 10letý plán. Navrhovatel z toho vyvozuje, že pokud chtěl zadavatel nakupovat nové tramvaje v roce 2009, měl o této skutečnosti povědomí již od roku 1999. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel musel technické podklady pro zadání veřejné zakázky připravovat minimálně od počátku roku 2005 a je proto nepravděpodobné, že rezervy na náklady spojené s přípravou veřejné zakázky objevil až v průběhu roku. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel stanovisko MMR ČR nevykládá správně. Ze stanoviska vyplývá, že pokud se v průběhu roku objeví určitá potřeba (např. z důvodu mimořádné situace), která nelze naplánovat, pak by bylo absurdní, aby taková veřejná zakázka nešla zadat pouze z důvodu, že ji zadavatel předběžně neoznámil. V šetřeném případě se však o mimořádnou situaci nejednalo, neboť nelze předpokládat, že potřeba až 250 ks tramvají v průběhu deseti let (s čtyřletým odstupem od zahájení plnění) vznikla zadavateli neplánovaně. Ustanovení o rámcových smlouvách je nezbytné interpretovat ve světle práva ES, ze kterého jednoznačně vyplývá, že zadavatelé nesmí rámcové smlouvy zneužít k narušení hospodářské soutěže. Navrhovatel proto navrhuje posoudit skutečnost, zda předmětná rámcová smlouva nepovede k narušení hospodářské soutěže tím, že vybraný uchazeč získá jejím uzavřením výsadní postavení na relevantním trhu dodávek nových tramvají. Navrhovatel trvá na tom, že

zadavatel nestanovil s ohledem na charakter veřejné zakázky přiměřenou lhůtu pro podání nabídek, o čemž svědčí situace, kdy tři ze čtyř z potenciálních uchazečů uvádí, že nemohli v dané lhůtě nabídku zodpovědně připravit. Navrhovatel z této skutečnosti rovněž vyvozuje, že uchazeč, který byl schopen v dané lhůtě nabídku připravit, musel být nějakým způsobem zvýhodněn oproti ostatním uchazečům.

Orgán dohledu v reakci na dopis navrhovatele v rámci sekce ochrany hospodářské soutěže posoudil argumentaci navrhovatele, zda by zadáním předmětné veřejné zakázky mohlo dojít k „ohrožení hospodářské soutěže na relevantním trhu nových tramvajů“. Sekce ochrany hospodářské soutěže ve stanovisku ze dne 3.11.2005 uvedla, že „není možné směřovat dva případy, a to veřejnou zakázku a zakázanou dohodu ve smyslu § 3 platného zákona o ochraně hospodářské soutěže, neboť je logické, že pokud bude vybrána jediná společnost na dodávku požadovaného typu tramvajů, potom tato firma nutně musí po celou dobu, kdy bude tramvaje dodávat, vystupovat vůči odběrateli jako monopolista, konkurenční společnosti se mohou zúčastnit výběrového řízení o nejlepší návrh a tím se zapojit do soutěže“.

Orgán dohledu – vycházející z přezkumu obdržené dokumentace a vlastních zjištění – zadavatele dopisem ze dne 31.10.2005 požádal o doplnění podkladů pro rozhodnutí.

Navrhovatel dopisem ze dne 3.11.2005 navrhl, aby si orgán dohledu v souvislosti s posouzením „přiměřenosti“ lhůty pro podání nabídek vyžádal stanoviska společností Bombardier a ALSTOM.

Zadavatel dopisem ze dne 7.11.2005 k žádosti orgánu dohledu o doplnění podkladů sdělil, že v lednu 2004 uzavřel se společností ŠKODA DOPRAVNÍ TECHNIKA s. r. o. smlouvu na dodávku tramvajů s využitím opčního práva, které uplatnil na počátku roku 2005. Dodávka prvních dvou tramvajů na základě této smlouvy byla sjednána do konce roku 2005. Poslední tramvaje mají být dodány v roce 2010. Zastarávání vozového parku tramvajů však bude pokračovat a je proto žádoucí zajistit kontinuitu jeho obnovy i po roce 2009. Vývojové trendy směřují k plně nízkopodlažním tramvajím. V průběhu roku 2005 byly technickými složkami zadavatele stanoveny požadavky, které má tato tramvaj splňovat. Při hledání optimálního okamžiku k zahájení zadávacího řízení vycházel zadavatel z následujících předpokladů: cílem zadání je zajištění kontinuity obnovy vozového parku, dodávka prvních kusů tramvajů by se tedy měla uskutečnit již v průběhu roku 2009. Proces vývoje a výroby nového typu tramvaje je časově velmi náročný (zadavatel předpokládá min. 3 roky) a nelze předpokládat, že by potenciální dodavatel přistoupil k vývoji a výrobě prototypu před uzavřením smlouvy. Na základě zhodnocení uvedených předpokladů představenstvo zadavatele usnesením č. 6/2005/2.1 ze dne 2.5.2005 rozhodlo o zajištění obnovy vozového parku v letech 2009 až 2018, a to nákupem až 250 ks plně nízkopodlažních tramvajů. S ohledem na reálnou dodací lhůtu i na časovou náročnost zadávacího řízení, nepovažuje zadavatel jeho zahájení v průběhu roku 2005 za předčasné. Jedná se o značnou finanční investici, rozloženou do dlouhého časového období, přičemž otázka financování není dosud definitivně vyřešena. Z uvedeného důvodu také v rozpočtu zadavatele nebyly zatím vyčleněny prostředky pro realizaci veřejné zakázky. K článkům „Tramvaje pro Prahu“ (magazín DP Aréna, obdobně Blesk) zadavatel uvádí, že se jedná o tramvaje Škoda 14 T, které budou dodány na základě smlouvy uzavřené v obchodní veřejné soutěži vyhlášené dne 28.5.2003. Nejedná se tedy o tramvaje, které zadavatel poptává v šetřené veřejné zakázce. Na žádost orgánu dohledu zadavatel doložil předmětné usnesení statutárního orgánu zadavatele ze dne 2.5.2005.

Dne 9.11.2005 obdržel orgán dohledu dopis společnosti Bombardier, ve kterém je uvedeno, že se tato společnost dozvěděla o podání návrhu, přičemž upozorňuje na možné porušení zákona, a to neuskutečněním předběžného oznámení veřejné zakázky, znemožněním korektní kalkulace vzhledem k tomu, že počet kusů tramvají byl definován rozporně, a neumožněním podání variant v soutěži.

Orgán dohledu přezkoumal na základě § 96 zákona případ ve všech vzájemných souvislostech. Po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace, stanovisek účastníků řízení, návrhu a na základě vlastních zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky „Uzavření rámcové smlouvy na dodávku nízkopodlažních tramvají“ neporušil zákon. K tomu uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti v členění odpovídajícímu jednotlivým bodům návrhu.

Ad 1. Povinnost k předběžnému oznámení.

Podle § 29 odst. 1 písm. a) zákona je zadavatel na počátku kalendářního roku, nejpozději však do 30 dnů po schválení příslušného rozpočtu, z něhož bude veřejná zakázka hrazena, povinen předběžně oznámit veřejné zakázky, které hodlá zadat v tomto kalendářním roce, pokud celková předpokládaná cena všech těchto zakázek – jde-li o veřejné zakázky na dodávky – činí v souhrnu nejméně 750 000 EUR.

Zadavatel v rámci správního řízení doložil (viz Usnesení představenstva Dopravního podniku hl. m. Prahy, akciová společnost, č. 6/2005/2.1. ze dne 2.5.2005 ke zprávě o obnově vozového parku tramvají nákupem nových, nízkopodlažních, homologovaných tramvají), že o zadání předmětné veřejné zakázky rozhodl dne 2.5.2005, kdy představenstvo společnosti schválilo na základě důvodové zprávy „zajištění obnovy vozového parku tramvají nákupem 250 ks nízkopodlažních homologovaných tramvají v letech 2009 až 2018“. Současně uložilo technické složce zadavatele zveřejnit zadání předmětné veřejné zakázky, a to v termínu do 31.8.2005.

Z doložených dokladů tedy vyplývá, že:

- Zadavatel na počátku kalendářního roku 2005 nevěděl, že bude předmětná veřejná zakázka realizována. O této skutečnosti rozhodl statutární orgán zadavatele až dne 2.5.2005, na základě posouzení a vyhodnocení analýzy stavu vozového parku tramvají zadavatele (viz důvodová zpráva a návrh dalšího postupu jako příloha usnesení statutárního orgánu zadavatele).
- Příslušný rozpočet, ze kterého bude veřejná zakázka hrazena bude schvalován – vzhledem k dodacím podmínkám viz bod 8.1. zadávací dokumentace (zadavatel předpokládá dobu plnění od 1.1.2009 do 31.12.2018) a platebním podmínkám viz bod 9.2. zadávací dokumentace (úhrady dílčí dodávky v průběhu příslušného roku plnění) – nejdříve koncem roku 2008, resp. počátkem roku 2009.

Z ustanovení § 29 odst. 1 zákona vyplývá, že povinnost předběžného oznámení veřejné zakázky je časově vázána k počátku kalendářního roku – pokud v té době zadavatel ví, že bude veřejnou zakázku v příslušném kalendářním roce zadávat – anebo ke lhůtě do 30 dnů od schválení příslušného rozpočtu, z něhož bude veřejná zakázka hrazena.

Na základě uvedeného orgán dohledu konstatuje, že pokud zadavatel zahájil zadávací řízení za účelem zadání předmětné veřejné zakázky, jejíž potřeba vznikla až v průběhu kalendářního roku a s jejímž zadáním tedy nemohl v době uveřejňování předběžných oznámení na počátku kalendářního roku uvažovat, a pokud současně rozpočet, ze kterého bude veřejná zakázka hrazena, bude schvalován před uzavřením jednotlivé dílčí kupní

smlouvy realizované na základě rámcové smlouvy, a to ne dříve než v roce 2009, potom zadavatel nemohl z uvedených důvodů reálně dodržet podmínky časové lhůty, na které je povinnost předběžného oznámení vázána. Skutečnost, že zadavatel veřejnou zakázku předběžně neoznámil, tedy nelze považovat v uvedených souvislostech za porušení ustanovení § 29 odst. 1 zákona.

Orgán dohledu při posuzování uvedeného aspektu přihlédl i ke skutečnosti, že evropské zadávací právo předepisuje pro veřejné zakázky na dodávky, jejichž hodnota pravděpodobně překročí 750 tis. ECU, povinnost činit předběžné oznámení (tato povinnost je také transponována do ust. § 29 zákona). Orgán dohledu však v této věci vycházel z výkladu uvedeného v rozhodnutí Evropského soudního dvora ESD č. C – 225/98 ze dne 26.9.2000, podle kterého ze zadávacích směrnic – s přihlédnutím k jejich systematice – výslovně nevyplývá povinnost učinit předběžné oznámení před zahájením zadávacího řízení. Spojení povinnosti nastává pouze v případě, že zadavatel využije možnost zkrácení lhůty pro podání nabídek, což v šetřeném případě zadavatel neučinil.

Ad 2. Určitost veřejné zakázky.

Podle § 48 odst. 1 až 3 zákona vymezuje zadávací dokumentace předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, vč. požadovaného množství. Zadávací dokumentace obsahuje technické specifikace předmětu veřejné zakázky. Zadavatel je při vymezení předmětu veřejné zakázky povinen použít klasifikaci zboží, služeb a stavebních prací stanovenou prováděcím právním předpisem. Zadávací dokumentace musí obsahovat obchodní podmínky, požadavek na způsob zpracování nabídkové ceny, včetně platebních podmínek, podmínky, za nichž je možno překročit výši nabídkové ceny, a jiné požadavky pro realizaci veřejné zakázky. Za její správnost a úplnost odpovídá zadavatel.

Podle § 16 zákona se rámcovou smlouvou rozumí smlouva uzavřená mezi zadavatelem v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací a uchazečem, případně uchazeči, na podkladě otevřeného nebo užšího řízení, jejímž obsahem je stanovení smluvních podmínek pro veřejné zakázky, zejména s ohledem na ceny nebo předpokládané množství, které mají být zadány v určitém časovém období.

Zadavatel předmět veřejné zakázky specifikoval v bodě 2. zadávací dokumentace jako „uzavření rámcové smlouvy (§ 16 zákona), jejímž obsahem bude stanovení základních podmínek pro dodávky až 250 ks zcela nových nízkopodlažních tramvají a poskytnutí jejich záručního servisu“. Předmět veřejné zakázky je v zadávací dokumentaci klasifikován v SKP kódem 352000 a v CPV kódem 35220000-2. Dobu plnění podle bodu 3. zadávací dokumentaci zadavatel předpokládá v letech 2009 až 2018, přičemž první dodávky nebude požadovat dříve než v roce 2009. V bodě 8. zadávací dokumentace zadavatel specifikoval obchodní podmínky, přičemž podle bodu 8.1. budou jednotlivé dodávky tramvají realizovány vždy za podmínek sjednaných v dílčích kupních smlouvách, uzavřených na základě rámcové smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel předpokládá, že na základě takových smluv budou v každém kalendářním roce plnění, tj. od 1.1.2009 do 31.12.2018, odebrány vždy alespoň 2 tramvaje. Současně předpokládá, že v žádném kalendářním roce nebude odebráno více než 50 tramvají. Podle bodu 8.2. zadávací dokumentace tvoří její přílohu č. 1 „technická specifikace“, ve které zadavatel stanovil základní technické požadavky na popotávané tramvaje (pokud to specifikace nevyklučuje, je uchazeč oprávněn nabídnout vyšší kvalitu). Podle bodu 9.1. zadávací dokumentace se nabídkovou cenou rozumí cena za splnění maximálního, zadavatelem předpokládaného objemu, tj. za dodávku 250 ks tramvají, přičemž tuto nabídkovou cenu uchazeč vypočítá tak, že cenu za 1 ks tramvaje vynásobí číslem 250. Nabídková cena bude stanovena jako nejvýše přípustná, kterou lze překročit pouze za

podmínek stanovených v bodě 10. zadávací dokumentace, musí zahrnovat též dopravu a pojištění pro transport, příp. náklady na vývoj tramvají, tj. veškeré náklady, jejichž vynaložení uchazeči předpokládají při plnění veřejné zakázky. Platební podmínky zadavatel specifikoval v bodě 9.2. zadávací dokumentace. Podle bodu 1.1. „technická specifikace“ zadavatel v tomto dokumentu definoval základní technické požadavky na poptávané tramvaje, přičemž dodavatel vyprojektuje, zkonstruuje, vyrobí, dodá a uvede do provozu vozidla, která budou odpovídat požadavkům uvedeným v této specifikaci.

Zadávací dokumentace obsahuje v úhrnu celkem 20 jednotlivých hlavních bodů, ve kterých zadavatel, kromě výše uvedeného, dále podrobně uvedl a specifikoval svoje požadavky pro realizaci veřejné zakázky. Po posouzení obsahu zadávací dokumentace orgán dohledu konstatuje, že její obsah odpovídá požadavkům na vymezení předmětu veřejné zakázky, tak jak jsou uvedeny v § 48 zákona, a to adekvátně ustanovení § 16 zákona, týkajícího se obsahu rámcové smlouvy, tj. stanovení smluvních podmínek pro veřejné zakázky, zejména s ohledem na ceny nebo předpokládané množství, které mají být zadány v určitém časovém období.

Navrhovatel v předmětné části návrhu namítá, že zadavatel neuvedl kolik kusů tramvají chce na základě rámcové smlouvy přesně odebrat a že na základě takto stanovených podmínek nelze uzavřít smlouvu, protože nejsou stanoveny její základní parametry, tj. množství a rozložení dodávek v čase, čímž nelze objektivně kalkulovat cenu tramvaje. Orgán dohledu k uvedenému konstatuje, že vzhledem k objemu a dlouhodobému charakteru dodávky (od roku 2009 do roku 2018) je logické, že si zadavatel ponechal možnost neodebrat celý počet požadovaných tramvají, neboť si v takovém časovém horizontu nemůže být jist konkrétním rozsahem svých potřeb ani finančními možnostmi. Skutečnost, že takto vymezený předmět veřejné zakázky klade značná rizika na uchazeče, kteří mají garantovat nabídkovou cenu po celou dobu plnění veřejné zakázky, je nepochybná, ale současně není v rozporu se zákonem, neboť dodavatelé měli možnost míru podnikatelského rizika promítnout do nabídkové ceny.

Podle § 48 odst. 1 zákona vymezuje zadávací dokumentace předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, vč. požadovaného množství. Z uvedeného je zřejmé, že vymezení předmětu musí být takové, aby v době zadávání veřejné zakázky ani v budoucnu nevznikly žádné důvodné pochybnosti o tom, co je předmětem veřejné zakázky, zejména v souvislosti s technickými specifikacemi dodávky a požadovaného množství. Zadavatel je povinen zamezit tomu, aby nemohlo dojít ke změnám předmětu veřejné zakázky, ať už v kvalitativní nebo kvantitativní rovině, v důsledku nejasně formulovaných zadávacích podmínek nebo úmyslným jednáním smluvních stran. Stanovením určitého intervalu předpokládaného počtu kusů odebraných tramvají (20 až 250) v průběhu let 2009 až 2018 zadavatel – adekvátně úrovni znalosti svých potřeb a možností k datu zahájení zadávacího řízení – vymezil předmět veřejné zakázky v souladu s cit. ustanovení § 48 zákona. V této souvislosti orgán dohledu rovněž připomíná skutečnost, že předmětem veřejné zakázky je uzavření rámcové smlouvy, tedy „stanovení smluvních podmínek pro veřejné zakázky, zejména s ohledem na ceny nebo předpokládané množství“, jak je výslovně uvedeno v § 16 zákona.

Orgán dohledu při posuzování tohoto aspektu zadávacích podmínek přihlédl k rozhodnutím orgánu dohledu čj. VZ/S119/03 ze dne 19.9.2003 a předsedy ÚOHS č.j. 2R 54/03-Hr ze dne 15.12.2003, ve kterých skutečnost, že zadavatel kvantitativně vymezil předmět veřejné zakázky v určitém rozpětí, čímž si ponechal možnost neodebrat celý poptávaný počet tramvají, neboť si nemohl být jist budoucím rozsahem potřeb ani

finančními možnostmi, nebyla posouzena jako nejednoznačnost ve vymezení předmětu veřejné zakázky.

Orgán dohledu na základě výše uvedených skutečností dospěl k závěru, že zadavatel v šetřeném případě vymezil zadávací podmínky, upřesněné v zadávací dokumentaci, v souladu s § 48 zákona tak, že uchazeči o veřejnou zakázku mohli na základě poskytnutých informací zpracovat srovnatelné nabídky.

K rozhodnutí orgánu dohledu čj. S 24/02 ze dne 14.2.2002, na které navrhovatel odkazuje v souvislosti s údajnou neurčitostí předmětu veřejné zakázky, orgán dohledu uvádí, že v uvedeném případě nebyly technické podmínky určující požadavky na jakost a technické vlastnosti předmětu veřejné zakázky stanoveny dostatečně určité, což nelze konstatovat v šetřeném případě. Obdobně v navrhovatelem zmíněném rozhodnutí Vrchního soudu čj. 2A4/2000 ze dne 29.6.2002, posuzujícím transparentnost zadávacího procesu ve vztahu ke stanovení jednoznačných a srozumitelných zadávacích a soutěžních podmínek, nespátřuje orgán dohledu z výše uvedených důvodů žádnou analogii se šetřeným případem.

Ad 3. Přiměřenost lhůty pro podání nabídek.

Podle § 54 odst. 1 zákona stanoví zadavatel lhůtu pro podání nabídky podle druhu a charakteru veřejné zakázky. Podle § 54 odst. 2 písm. a) zákona u nadlimitní veřejné zakázky nesmí být v otevřeném řízení lhůta pro podání nabídky kratší než 52 dny. Podle § 54 odst. 6 písm. a) zákona počíná lhůta pro podání nabídky běžet dnem následujícím po dni uveřejnění oznámení otevřeného řízení.

Oznámení předmětného zadávacího řízení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 23.6.2005, přičemž zadavatel v oznámení stanovil lhůtu pro podání nabídek do 22.8.2005. Lhůta pro podání nabídky tak v šetřeném případě činila celkem 60 dnů, tedy více než činí zákonem předepsaná minimální lhůta.

V § 54 odst. 1 zákona je uvedeno, že zadavatel lhůtu pro podání nabídky stanoví podle „druhu a charakteru veřejné zakázky“. Pojmy „druh“ ani „charakter“ veřejné zakázky však zákon v žádném svém ustanovení ani prováděcím předpisu dále nespécifikuje. Zákon rozlišuje veřejné zakázky podle předmětu na dodávky, služby a stavební práce, aniž by toto rozlišení mělo na stanovení lhůty pro podání nabídek jakýkoliv vliv. Naopak na stanovení délky lhůty pro podání nabídek, resp. její minimální hodnoty, má – a to ve vzájemné vazbě – vliv skutečnost, zda se jedná o nadlimitní nebo podlimitní veřejnou zakázku (§§ 14 a 15 zákona) a druh zadávacího řízení zvolený zadavatelem (§ 25 zákona). Podle § 54 odst. 3 zákona pak lze zákonem stanovené minimální lhůty u nadlimitních veřejných zakázek, za podmínky uveřejnění předběžného oznámení, ještě dále zkrátit.

Jak vyplývá z dokumentace, zadavatel po zveřejnění zadávacích podmínek obdržel písemné žádosti společností ALSTOM a INEKON o prodloužení lhůty pro podání nabídek. Oba subjekty následně podaly u zadavatele proti údajně nepřiměřeně krátké lhůtě pro podání nabídek námítky. Z dokumentace rovněž vyplývá, že nabídky uchazečů Bombardier a INEKON neobsahují technické řešení tramvaje, což oba uchazeči odůvodňují příliš krátkou lhůtou pro vypracování nabídky. Orgán dohledu proto nepovažoval za nutné od uvedených subjektů vyžadovat jejich další stanovisko k délce lhůty pro podání nabídek, jak v dopise ze dne 3.11.2005 navrhoval navrhovatel. Z uvedených skutečností by bylo možné usuzovat, že lhůta pro podání nabídek stanovená v šetřeném případě zadavatelem byla dle názoru uvedených společností příliš krátká.

Na straně druhé stojí skutečnost, že uchazeči ŠKODA zadavatelem stanovená lhůta postačovala k tomu, aby podal úplnou nabídku, z čehož lze naopak usoudit, že relevantní nabídku v zadavatelem stanovené lhůtě zpracovat lze (k údajnému zvýhodnění tohoto uchazeče se orgán dohledu vyjádří v bodě 4. odůvodnění).

Orgán dohledu na základě uvedeného konstatuje, že nemůže zadavateli namítat nepřiměřenost stanovené délky lhůty pro podání nabídek, pokud existuje argument, že by, byť pouze jeden, z uchazečů byl schopen ve stanovené lhůtě zpracovat a podat vhodnou nabídku v souladu se zadávacími podmínkami zadávané veřejné zakázky a současně neexistuje žádné zákonné ani obecně závazné pravidlo nebo norma, podle kterých by bylo možno objektivně posoudit „přiměřenost“ zadavatelem stanovené délky lhůty pro podání nabídky, adekvátně ke v zákoně pouze obecně použitým pojmům „druhu“ či „charakteru“ veřejné zakázky.

Orgán dohledu v této souvislosti připomíná rovněž podle jeho názoru důležitou skutečnost uvedenou v bodě 1.1. „technické specifikace“, že teprve na základě zadání předmětné veřejné zakázky „dodavatel vyprojektuje, zkonstruuje, vyrobí, dodá a uvede do provozu vozidla, která budou odpovídat požadavkům uvedeným v této specifikaci“. Z uvedeného orgán dohledu vyvozuje, že přiměřenost lhůty pro podání nabídky nelze posuzovat ve vztahu k vývoji požadovaného typu tramvaje, který nelze předpokládat před uzavřením smlouvy, ale pouze k době přípravy a zpracování vlastní nabídky. Orgán dohledu po posouzení výše uvedených skutečností konstatuje, že neshledal, že by zadavatel stanovením lhůty pro podání nabídek v délce 60 dnů jednal v rozporu s ustanovením § 54 zákona.

Ad 4. Zvýhodnění uchazeče.

Podle § 25 odst. 1 zákona je zadavatel v zadávacím řízení povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči, s výjimkami uvedenými v § 87, zákazu diskriminace a transparentnosti.

Navrhovatel v předmětné části návrhu vyslovuje domněnku, že „při přípravě veřejné zakázky mohly cestou zpracování stanoviska či posouzení odborným subjektem (VÚKV) v předstihu uniknout údaje o připravované veřejné zakázce, čímž mohl být zvýhodněn jeden z uchazečů“. Aby ověřil argumentaci navrhovatele, požádal orgán dohledu o vyjádření k této věci přímo VÚKV, který dopisem ze dne 31.10.2005 orgánu dohledu sdělil, že se „žádným způsobem na přípravě zadání předmětné veřejné zakázky nepodílel a tudíž ani nemohlo dojít k přenosu relevantních informací do společnosti ŠKODA“. Vzhledem k tomu, že navrhovatel svoje podezření blíže nespécifikoval, považoval orgán dohledu negativní vyjádření VÚKV za dostatečný argument, aby možnost zvýhodnění uchazeče ŠKODA touto cestou posoudil jako neopodstatněnou. K námitkám navrhovatele, který zvýhodnění uchazeče ŠKODA vidí rovněž v situaci, kdy „tři ze čtyř z potenciálních uchazečů tvrdí, že nemohli v dané lhůtě zodpovědně připravit nabídku“ z čehož dále vyvozuje, že „uchazeč, schopný v této lhůtě relevantní nabídku podat, musel být nějakým způsobem zvýhodněn“, orgán dohledu konstatuje, že není vyloučeno, že schopnost reagovat na zadání zadavatele může být dána rovněž technickou připraveností uchazeče, vyplývající z vlastního vývoje, zohledňujícího trendy v tramvajové dopravě a konstrukci. Orgán dohledu konstatuje, že z dokumentace, ani z podkladů pořízených v průběhu správního řízení, žádné možné zvýhodnění některého z uchazečů nezjistil.

V rozsudku ESD č. C 243/89 ze dne 22.6.1993, zmiňovaném v této souvislosti navrhovatelem v návrhu, dospěl soud k názoru, že zadavatel porušil principy rovného přístupu k uchazečům. V šetřeném případě, jak vyplývá z výše uvedeného, princip stejného zacházení

se všemi uchazeči porušen nebyl, neboť všichni měli možnost podat nabídku za stejných podmínek a jak orgán dohledu ověřil, vybraná nabídka byla podána v souladu s těmito podmínkami.

Orgán dohledu na návrh navrhovatele posoudil v rámci sekce ochrany hospodářské soutěže oprávněnost argumentace navrhovatele, zda by zadáním předmětné veřejné zakázky nemohlo dojít k „k ohrožení hospodářské soutěže na relevantním trhu nových tramvají“. Negativní vyjádření sekce ochrany hospodářské soutěže ze dne 3.11.2005 orgán dohledu cituje výše v odůvodnění.

Závěrem orgán dohledu konstatuje, že při rozhodování podle § 101 odst. 5 zákona v situaci, kdy neshledá porušení zákona, orgán dohledu správní řízení rozhodnutím zastaví. Navrhovatel v návrhu uvádí, že zadavatel svým jednáním porušil zásady transparentnosti a rovného zacházení, přičemž porušením zákona spatřuje v nedodržení povinnosti k předběžnému oznámení, v neurčitosti veřejné zakázky, v nepřiměřenosti lhůty pro podání nabídek a ve zvýhodnění jednoho z uchazečů. S odkazem na výše uvedené orgán dohledu konstatuje, že v kontextu šetřeného případu neshledal, že by zadavatel nesplnil povinnosti či porušil zákaz stanovený zákonem uváděné navrhovatelem, tj. konkrétně odkazovaná ustanovení § 29 odst. 1 písm. a) zákona, § 48 odst. 1 až 3 zákona, § 54 odst. 1 zákona a § 25 odst. 1 zákona. Orgán dohledu posoudil postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky a na základě zhodnocení všech důkazů, a to jak jednotlivě, tak i v jejich vzájemné souvislosti, rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže - odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

Mgr. Jindřiška Koblihová
náměstek předsedy ÚOHS pověřený řízením
sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Mgr. Vlastislav Kusák, advokát, Národní 32, 110 00 Praha 1

JUDr. Miroslav Jansta, advokát, Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1

ŠKODA TRANSPORTATION s. r. o., Tylova 1/57, 316 00 Plzeň

Na vědomí:

INEKON GROUP, a. s., U Průhonu 12, 170 00 Praha 7 – Holešovice

Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9

