



UOHSX00E3986

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0293/2020/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-35558/2020/500/JBě

Brno 6. listopadu 2020

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 24. 7. 2020 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – Dopravní společnost Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČO 06231292, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem,
- navrhovatel – IB Group Czech Republic s.r.o., IČO 27111636, se sídlem Havlíčkova 161, 280 02 Nebovidy,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání sektorové veřejné zakázky „Nákup autobusů určených pro veřejnou linkovou dopravu osob na území Ústeckého kraje, délky 9,9 – 11 m“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení zadávací řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 24. 3. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 3. 2020 pod ev. č. Z2020-010166, ve znění oprav uveřejněných dne 6. 5. 2020, 18. 5. 2020 a 3. 7. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 3. 2020 pod ev. č. 2020/S 062-149413, ve znění oprav uveřejněných dne 6. 5. 2020, 18. 5. 2020 a 3. 7. 2020,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – IB Group Czech Republic s.r.o., IČO 27111636, se sídlem Havlíčkova 161, 280 02 Nebovidy – ze dne 24. 7. 2020 **se** podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Dopravní společnost Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČO 06231292, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem (dále jen „zadavatel“) – zahájil jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) dne 24. 3. 2020 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání sektorové veřejné zakázky „Nákup autobusů určených pro veřejnou linkovou dopravu osob na území Ústeckého kraje, délky 9,9 – 11 m,“ přičemž předmětné oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 3. 2020 pod ev. č. Z2020-010166, ve znění oprav uveřejněných dne 6. 5. 2020, 18. 5. 2020 a 3. 7. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 3. 2020 pod ev. č. 2020/S 062-149413, ve znění oprav uveřejněných dne 6. 5. 2020, 18. 5. 2020 a 3. 7. 2020 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem veřejné zakázky je dle čl. 5 „Předmět veřejné zakázky“ zadávací dokumentace uzavření rámcové dohody podle § 131 zákona na dobu určitou 2 let od nabytí její účinnosti, přičemž předmětem uvedené rámcové dohody bude stanovení postupu při zadávání jednotlivých veřejných zakázek na dodávku nejvýše 90 ks částečně nízkopodlažních autobusů délky 9,9 – 11 m dle technické specifikace a s pohonem na motorovou naftu, včetně provedení montáže jednotlivých komponent odbavovacího systému a dalších vybraných zařízení.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí dle čl. 7 „Předpokládaná hodnota veřejné zakázky“ zadávací dokumentace činí 477 000 000,- Kč.
4. Z čl. 10 „Požadavky na kvalifikaci účastníků“ zadávací dokumentace mj. vyplývá, že zadavatel požaduje k prokázání technické kvalifikace doložení seznamu významných dodávek poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku, včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele, a to na dodávky celkem nejméně 20 autobusů s pohonem na motorovou naftu.
5. Z čl. 11 „Požadavek na způsob zpracování nabídkové ceny a na uvedení délky záruční doby na Vozidla“ zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel požaduje minimální délku záruční doby 36 měsíců a že *„účastník není oprávněn předložit nabídku, v níž by záruční doba přesahovala 60 měsíců.“*
6. Hodnocení nabídek bude dle čl. 12 „Hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace provedeno dle jejich ekonomické výhodnosti, to podle dílčích kritérií „celková nabídková cena bez DPH“ (s váhou kritéria 95 %) a „délka záruční doby v měsících“ (a váhou kritéria 5 %).
7. Dne 30. 6. 2020 obdržel zadavatel námitky dodavatele – IB Group Czech Republic s.r.o., IČO 27111636, se sídlem Havlíčkova 161, 280 02 Nebovidy (dále jen „navrhovatel“) – z téhož dne, směřující proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky.
8. Rozhodnutím ze dne 15. 7. 2020 zadavatel námitky navrhovatele dle § 245 odst. 2 zákona odmítl.
9. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval vyřízení svých námitek za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 24. 7. 2020 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen

„Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 24. 7. 2020.

II. OBSAH NÁVRHU

10. Návrhem ze dne 24. 7. 2020 brojí navrhovatel proti zadávacím podmínkám, které jsou dle jeho názoru rozporné se zásadou transparentnosti, přiměřenosti a s povinností zadavatele poskytnout zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, a proti rozhodnutí o námitkách, jejichž odůvodnění nepovažuje za souladné se zákonem. Navrhovatel uvádí, že v důsledku tvrzených pochybení zadavatele nemohl uspokojit potřeby zadavatele prostřednictvím dodání autobusů značky King Long, jež distribuuje.
11. Navrhovatel v první řadě považuje za diskriminační požadavek zadavatele na pohon poptávaných vozidel na motorovou naftu, a to zejména ve spojení s požadavkem na prokázání technické kvalifikace prostřednictvím referencí významných dodávek pouze dodávkami autobusů s tímto pohonem, aniž by pracoval s parametry ceny či obsaditelnosti vozidel. Dle názoru navrhovatele nemůže být uvedený požadavek odůvodněn nedostupností alternativní infrastruktury pro doplňování pohonných hmot, když zadavatel zároveň poptával autobusy na CNG pohon, a když navrhovatel nabízel zahrnutí vybudování potřebné infrastruktury do nabídkové ceny na veřejnou zakázku. V této souvislosti navrhovatel uvádí, že distribuuje i vozidla s alternativním pohonem, zejména pak na čistě elektrický pohon, která mohou dle jeho názoru vyjít jako nejvhodnější z pohledu nákladů životního cyklu, na které by měl zadavatel, pokud požaduje řešení šetrné k životnímu prostředí, brát zřetel, zvláště pak vzhledem ke skutečnosti, že poptává zajištění dopravní obslužnosti pro oblast Ústeckého kraje, která je uhelným regionem. V souvislosti s výše uvedeným požadavkem na reference navrhovatel dále uvádí, že typ pohonu není u dodávky autobusů rozhodujícím, nýbrž naopak nahodilým prvkem. Vozidla na alternativní pohon by dle navrhovatele dále přispěla k diverzifikaci vozové flotily zadavatele. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel stanovil požadavek na denní oběh vozidel i více než 500 km až v rámci rozhodnutí o námitkách v souvislosti s odůvodněním nepoužitelnosti autobusů na elektrický pohon.
12. Navrhovatel dále brojí proti požadavku na rozmezí délky poptávaných autobusů, přičemž uvádí, že zadavatel uvedeným požadavkem dodavatele nepřiměřeně a neodůvodněně omezuje dodavatele, a že za objektivní lze považovat požadavek na minimální obsaditelnost či případný požadavek na minimální velikost vnitřního prostoru autobusů. Navrhovatel odkazuje na § 7 odst. 1 písm. c) vyhlášky č. 209/2018 Sb., o hmotnostech, rozměrech a spojitelnosti vozidel, ve znění pozdějších předpisů, která stanoví pouze nejvyšší bezpečnou délku vozidel, a to mimo jiné 13,5 m pro autobusy se dvěma nápravami. Navrhovatel dále uvádí, že pokud zadavatel tvrdí, že na některých linkách není možné provozovat vozidla delší než 11 m, měl by poukázat na konkrétní problematická místa.
13. Dle další námitky navrhovatele nevymezil zadavatel dostatečně předmět veřejné zakázky co do rozsahu dodávek, když v rámcové dohodě formuloval závazek k odběru 10 vozidel s opcí pro dalších 80 vozidel. Výše uvedené zadavatel nekonkretizoval ani na žádost navrhovatele o vysvětlení zadávacích podmínek, ačkoli dle navrhovatele musí mít alespoň přibližnou představu, kolik vozidel bude na základě rámcové dohody objednávat. V důsledku příliš širokého a neurčitého vymezení předmětu veřejné zakázky může dle navrhovatele dojít

k podání vzájemně neporovnatelných nabídek, zejména za situace, kdy někteří dodavatelé budou mít k dispozici interní informaci o plánovaném počtu objednaných vozidel. V této souvislosti považuje navrhovatel za nepřiměřený požadavek na prokázání technické kvalifikace dodávkou 20 ks vozidel, když dodávka vozidel na základě rámcové dohody uzavřené zadavatelem a vybraným dodavatelem může mít reálný rozsah toliko 10 vozidel. Zadavatel tak dle názoru navrhovatele znevýhodňuje menší dodavatele, stejně jako dodavatele, kteří „*neznají zadavatelem v zadávací dokumentaci nesdělené skutečnosti, podle nichž se zadavatel bude rozhodovat, v jakém rozsahu dodávku uskuteční.*“ Navrhovatel dále uvádí, že riziko, že zadavatel nepoptá další autobusy nad rámec garantovaných 10 ks není sdílené, neboť za riziko zadavatele nelze považovat skutečnost, že neobdrží plnění, o které nebude mít zájem.

14. Navrhovatel dále namítá nejasná a nepřiměřená ustanovení vzoru kupní smlouvy ohledně záruky v oblasti práv duševního vlastnictví. Uvedená nejasnost spočívá dle navrhovatele v tom, že dle článku V odstavce 3 kupní smlouvy se dodavatel zaručuje, že je oprávněn poskytnout předmět plnění či jeho části, které jsou předmětem práv duševního vlastnictví, dle odstavce 4 téhož článku poskytuje dodavatel časově neomezenou záruku za to, že užívání vozidel neporuší ani nebude mít za následek porušení jakéhokoli práva duševního vlastnictví dodavatele či třetích osob, zatímco v článku X odstavci 2 vzoru kupní smlouvy poskytuje dodavatel za každé vozidlo záruku mimo jiné v tom smyslu, že nebude porušovat práva duševního vlastnictví či jiná práva dodavatele ani třetích osob, přičemž uvedená záruka je omezena záruční dobou dle nabídky dodavatele. Uvedený nesoulad zadavatel dle navrhovatele neobjasnil ani na dotaz navrhovatele ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 ze dne 22. 6. 2020 (dále jen „vysvětlení ZD 6“), a částečně jej objasnil až v rozhodnutí o námitkách ze dne 15. 7. 2020 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), když mimo jiné uvedl, že „*dodavatel se zaručuje za to, že má všechna oprávnění či licence k výrobě a dodávce autobusů, které hodlá nabízet, dotčenými právy duševního vlastnictví jsou např. práva k patentům, vynálezům a užitným vzorům.*“ Uvedená neurčitost a nepřiměřenost však dle navrhovatele setrvává i po vysvětlení ZD 6, neboť může například nastat situace, kdy zadavatel neoprávněně instaluje na vozidla polepy porušující práva duševního vlastnictví třetích osob a dodavatel za to bude odpovídat. Navrhovatel k tomu uvádí, že protože zadavatel nijak nepřiblížil obsah záruky v oblasti práv duševního vlastnictví, musel by v případě dodávky autobusů provést podrobný právní audit závazků k výrobcí, rizik ukončení spolupráce s výrobcem v budoucnosti, rozsahu licencí a jejich případného zániku.
15. Za nepřiměřenou považuje navrhovatel taktéž výši bankovní záruky, která činí 10 % z kupní ceny vozidel, a to z toho důvodu, že je to zadavatel, kdo volí, kolik vozidel na základě uzavřené rámcové dohody objedná, čímž se výše bankovní záruky může dostat na velmi vysokou částku a celkově veřejnou zakázku prodražit.
16. Za nedostatečně konkrétní a nepřiměřené považuje navrhovatel dále požadavky zadavatele na rating banky vystavující výše uvedenou bankovní záruku, když požaduje, aby uvedená banka v kategorii dlouhodobá bankovní depozita disponovala minimální ratingovou známkou „*Moody's – Baa3, S&P / Fitch – BBB.*“ I přes odpověď na dotaz v rámci vysvětlení ZD 6, dle které může zadavatel rating ověřovat s využitím „*veškerých relevantních informací, které bude mít v daném ohledu k dispozici,*“ přičemž banka musí požadavky na ratingovou známku splňovat po celou dobu platnosti a účinnosti bankovní záruky, a když přestane tyto

požadavky splňovat, je dodavatel povinen zajistit vystavení nové bankovní záruky u jiné banky, není navrhovateli zřejmé, jakým způsobem bude zadavatel rating ověřovat, když ve veřejných zdrojích nejsou dostupné ucelené oficiální informace o ratingu jednotlivých bank, které by bylo možné sledovat za účelem vyhovění předmětnému požadavku zadavatele. Nadepsaný požadavek zadavatele je tak dle navrhovatele nedostatečně konkrétní a nepřiměřeně dodavatele zatěžuje ohledně potřeby dohledávání informací a rizika změny ratingu banky. Dle navrhovatele uvedl zadavatel ve vztahu k uvedenému požadavku v rozhodnutí o námitkách nové informace, když jmenoval příklady bank splňující požadavek na rating, jakož i skutečnost, že absence hodnocení od jedné z agentur nebude v jeho očích předmětnou banku diskvalifikovat.

17. Navrhovatel napadá rovněž úpravu odstoupení od smlouvy, kterou považuje za neurčitou a nepřiměřenou, a to z toho důvodu, že dle článku XV vzoru kupní smlouvy nemusí zadavatel v případě odstoupení od smlouvy vrátit dodavateli dodaná vozidla, přičemž práva z vadného plnění stále trvají a poskytnuté licence nezanikají. Vyloučením ustanovení § 1977, § 2002 a § 2004 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“) zadavatel dle navrhovatele fakticky vyloučil možnost dodavatele odstoupit od smlouvy při podstatném porušení této smlouvy ze strany zadavatele. Zmiňovaná nejasnost a neurčitost citované úpravy spočívá dle navrhovatele dále v tom, že zadavatel ani na jeho dotaz neuvedl, za jakých podmínek dodaná vozidla vrátí a kdy si je naopak ponechá. Navrhovatel uvádí, že zadavatel nemůže vyloučit zákonnou úpravu odstoupení od smlouvy ve svůj prospěch tak, že i při podstatném porušení smlouvy z jeho strany nebude mít dodavatel možnost smluvní závazek opustit, a že v případě odstoupení si může zadavatel již poskytnuté plnění ponechat, neboť by tak došlo ke zvýhodnění zadavatele oproti dodavateli, a to zvláště s ohledem na to, že zadavatel předem nestanovil žádná vodítka, v jaké situaci vozidla vrátí a kdy si je naopak ponechá. Navrhovatel dodává, že zadavatel se s příslušnou námitkou v rámci rozhodnutí o námitkách řádně nevypořádal. Dle názoru navrhovatele neobstojí prohlášení zadavatele, že dodavatel může od kupní smlouvy odstoupit v případě prodlení zadavatele s úhradou kupní ceny, neboť navrhovatel namítal faktický dopad citovaných smluvních ujednání, tj. že zadavatel je i v případě odstoupení od smlouvy oprávněn ponechat si dodaná vozidla. Následkem skutečnosti, že zadavatel je oprávněn odepřít převzetí nevyhovujících vozidel, tak dle navrhovatele fakticky přesunuje fázi hodnocení splnění zadávacích podmínek až na dobu, kdy budou autobusy vyrobeny a dodány. Uvážení zadavatele, zda dodané plnění přijme či nikoli, popírá dle navrhovatele smysl zadávacího řízení, ve kterém by mělo být zadavateli dodáno plnění dle jeho požadavků za nejvýhodnější možnou cenu, nikoli jakékoli plnění za nejnižší cenu.
18. Navrhovatel dále brojí proti požadavku zadavatele na dojezdovou vzdálenost vozidel, který považuje za rozporný s požadavkem na úspornost vozidel (*stanoveným v souvislosti se zadávacím řízením na autobusy na CNG pohon – pozn. Úřadu*), protože jej lze dosáhnout vozidly s velkými nádržemi bez ohledu na spotřebu. Zadavatel měl dle navrhovatele namísto modelové trasy popsané zastávkami uvést přesné jízdní vzdálenosti a údaje o převýšení, aby jednotlivá dodavatelé nevycházeli z různé pochopeného zadání. Online mapové aplikace, na které je odkazováno ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 ze dne 13. 5. 2020 (dále jen „vysvětlení ZD 4“), nelze dle navrhovatele použít jako nástroj pro odborné stanovení ceny. Dle navrhovatele není dále jasné, jak bude zadavatel splnění uvedeného požadavku hodnotit či za jakých okolností bude jeho nesplnění považovat za vadu krytou zárukou za jakost.

Navrhovatel rovněž podotýká, že skutečná spotřeba i dojezdová vzdálenost záleží na stylu řidičů a že průjezd modelovou trasou se může lišit podle aktuálního provozu. V důsledku stanoveného požadavku na dojezdovou vzdálenost vznikne dle navrhovatele neoprávněná výhoda dodavatelům, kteří přijmou riziko, že v reálném provozu se případné nesplnění předmětné podmínky jako záruční vada neprojeví, či že takovou vadu se zadavatelem vypořádají. Navrhovatel má rovněž za to, že se zadavatel s uvedenou námitkou v rozhodnutí o námitkách dostatečně nevypořádal. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel uvedl v rozhodnutí o námitkách nad rámec zadávacích podmínek novou informaci, když uvedl, že u vozidel je z hlediska pohonu třeba zohlednit denní oběh 500 km, přičemž není zřejmé, zda tato vzdálenost odpovídá stanovené modelové trase.

19. Navrhovatel brojí taktéž proti pravidlům pro postup zadavatele v případě dodávky plnění nesplňujícího technickou specifikaci, která považuje za netransparentní, když ze skutečnosti, že ve vysvětlení ZD 4 zadavatel uvedl, že nesplnění kterékoli technické podmínky bude znamenat vadu vozidla, kvůli které lze vozidlo reklamovat, a ve vysvětlení ZD 6 uvedl, že podáním nabídky vyjadřuje dodavatel srozumění a souhlas s technickou specifikací a podpisem rámcové dohody a dalších dílčích smluv se jí zavazuje bezvýhradně dodržet, přičemž zadavatel je oprávněn dodaná vozidla nesplňující technickou specifikaci odmítnout převzít, a v případě zjištění nesouladu dodaných vozidel s technickou specifikací až po předání je oprávněn uplatnit nároky z vad plnění či záruky za jakost. Právě uvedené dle navrhovatele vyznívá tak, že je možné dodat vozidla nesplňující technické podmínky a přesto se stát vybraným dodavatelem. Dle názoru navrhovatele by měl zadavatel požadovat přesnou technickou specifikaci vozidel a soulad poskytovaného plnění se zadávacími podmínkami ověřit ihned, neboť za současného stavu může být zadavateli dodáno „cokoli,“ přičemž zadavatel teprve následně rozhodne, zda se mu dodané plnění hodí či nikoli, což poskytuje velký prostor pro netransparentní postup zadavatele. Navrhovatel dodává, že zadavatel se s předmětnou námitkou řádně nevypořádal v rozhodnutí o námitkách.
20. Závěrem navrhovatel navrhuje, aby Úřad zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušil.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

21. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 24. 7. 2020 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
22. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
23. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-22804/2020/541/AHr ze dne 27. 7. 2020 (dále jen „oznámení o zahájení správního řízení“), ve kterém mimo jiné uvedl, že v souladu s § 251 odst. 5 zákona mohou účastníci řízení v zákonem stanovené lhůtě navrhnout důkazy, uvádět skutečnosti či činit jiné návrhy.
24. Dne 3. 8. 2020 obdržel Úřad od zadavatele prostřednictvím datové schránky vyjádření k návrhu navrhovatele. Společně se svým vyjádřením doručil zadavatel Úřadu taktéž část dokumentů tvořících dokumentaci o zadávacím řízení.

Vyjádření zadavatele ze dne 3. 8. 2020

25. Zadavatel se nejprve vyjadřuje k námitce navrhovatele týkající se požadavku na naftový pohon vozidel, přičemž uvádí, že jeho cílem je postupně budovat diverzifikovanou flotilu vozidel k zajišťování základní dopravní obslužnosti na linkách v různých oblastech Ústeckého kraje, které mají různé profily, délky, šířku pozemních komunikací, vytiženost apod., přičemž vychází ze své zkušenosti se zajišťováním dopravní obslužnosti, z předpokládaného způsobu využití poptávaných vozidel na příslušných linkách a dále z potřeby zajistit dostatečný uživatelský komfort cestujících a vysokou kvalitu služeb. Zadavatel musí dle svého vyjádření taktéž zohledňovat, jakými vozidly již disponuje a jaká další vozidla souběžně poptává či plánuje poptávat. V této souvislosti zadavatel poznamenává, že neomezuje svůj vozový park pouze na vozidla na CNG pohon, neboť současně s naftovými autobusy, jež jsou předmětem plnění šetřené veřejné zakázky, poptával taktéž autobusy délky 11 – 13 m a 14 – 16 m s pohonem na CNG, byť byla příslušná zadávací řízení zadavatelem z objektivních důvodů zrušena. Zadavatel dále uvádí, že má v úmyslu provozovat poptávané autobusy převážně v oblastech, kde v současnosti nemá k dispozici plnicí stanice na CNG či jinou infrastrukturu spojenou s jiným než naftovým typem pohonu, přičemž vybudování alternativní infrastruktury by vyžadovalo významné finanční a časové náklady. Uvedený požadavek odpovídá dle zadavatele stejně jako požadavek na délku vozidel jeho odůvodněným potřebám, není namířen proti konkrétnímu autobusu či výrobci a jedná se o požadavek, který je na trhu běžný či dokonce převažující, přičemž téměř všichni výrobci či dodavatelé nabízejí naftový pohon ve svém základním portfoliu. Zmíněný požadavek tak dle zadavatele neklade na výrobce či dodavatele nepřiměřené nároky a není překážkou hospodářské soutěže. K tvrzení navrhovatele, že vybudování dobíjecích míst v areálech zadavatele či jeho partnerů není žádnou „revoluční investicí,“ a že by zadavatel měl vybudování předmětné infrastruktury zajistit, aby následně mohl poptávat autobusy na elektrický pohon, zadavatel opakovaně poukazuje na velkou finanční a časovou náročnost takové investice, a dodává, že elektrický pohon (kterým disponují autobusy dodávané navrhovatelem) není jediným typem alternativního pohonu, a že nelze dovozovat povinnost zadavatele zajistit si před zahájením zadávacího řízení na dodávky autobusů zajistit vybudování infrastruktury na všechny myslitelné typy pohonu.
26. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel stanovil požadavek na dojezdovou vzdálenost vozidel více než 500 km až v rozhodnutí o námitkách, zadavatel konstatuje, že předmětný požadavek je vymezen v článku 3 technických podmínek prostřednictvím konkrétní modelové trasy, která odpovídá svou délkou a náročností skutečným linkám, na nichž má zadavatel v úmyslu poptávaná vozidla provozovat. Zadavatel dodává, že délka modelové trasy je zjištělná z veřejně dostupných informací (např. z jakékoli běžně přístupné mapové aplikace) či z jejího reálného průjezdu.
27. Zadavatel dále uvádí, že požadavek na naftový pohon není namířen proti žádnému konkrétnímu autobusu či výrobci, a že naftová vozidla jsou na trhu zcela běžná či dokonce převažující, a že předmětný požadavek není nepřiměřený ani není omezením hospodářské soutěže. Naftová vozidla jsou dle zadavatele dlouhodobě osvědčená a prověřená v podmínkách místní regionální dopravy, z čehož pro zadavatele plyne nižší míra rizika nečekaných provozních či jiných komplikací. V této souvislosti zadavatel poukazuje na tvrzení

navrhovatele v návrhu, dle kterého je navrhovatel schopen dodat vozidlo s pohonem dle přání zákazníka.

28. Tvrzení navrhovatele, že by byl schopen do své nabídkové ceny zahrnout náklady na vybudování infrastruktury potřebné pro alternativní pohon autobusů, nedává dle zadavatele smysl, neboť předmětem plnění veřejné zakázky je dodávka autobusů, nikoli vybudování infrastruktury. Uvedené náklady by navíc dle svého vyjádření musel zadavatel nést sám, neboť základní zásady platné pro zadávací řízení neumožňují stanovit předmět plnění veřejné zakázky tak, že by zadavatel po dodavatelích autobusů na určitý typ pohonu nad rámec dodávky autobusů požadoval i vybudování nové infrastruktury, kdežto po dodavatelích autobusů na jiný typ pohonu nikoli. Zadavatel rovněž odmítá tvrzení navrhovatele, že měl zajištění dopravní obslužnosti řešit prostřednictvím soutěžního dialogu, neboť takový postup po něm nelze důvodně požadovat. Uvedené tvrzení svědčí dle zadavatele o účelovosti podaného návrhu.
29. Zadavatel dále poukazuje na skutečnost, že dodavatel brojil rovněž proti požadavku na pohon autobusů na CNG, stanovený v rámci zadávacích podmínek na veřejnou zakázku na autobusy délky 11 – 13 m a 14 – 16 m, když mu přitom nic nebránilo, aby se souběžně zúčastnil jak zadávacího řízení na autobusy na naftový pohon, tak zadávacího řízení na autobusy na pohon na CNG, případně aby se zúčastnil toho zadávacího řízení, které mu více vyhovuje.
30. K tvrzení navrhovatele o údajné nevhodnosti technického kvalifikačního kritéria – reference dodávkou nejméně 20 ks autobusů na naftový pohon – zadavatel uvádí, že typ pohonu vozidel je charakteristika odlišující jednotlivé typy autobusů do té míry, že kvalifikace vztahující se k dodávce autobusů s jedním typem pohonu není bez dalšího dostatečná k prokázání kvalifikace k dodávce autobusů s jiným typem pohonu. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel „*vůbec nepracuje s parametry jako obsaditelnost nebo cena vozidla,*“ zadavatel uvádí, že cena vozidla je předmětem hodnocení a minimální obsaditelnost je jedním z technických požadavků, tedy že oba uvedené parametry jsou v zadávacích podmínkách zohledněny, a jejich promítání do požadavků k prokázání kvalifikace by již bylo nadbytečné. Právě uvedené platí dle zadavatele zvláště v situaci, kdy zadavatel požaduje předložení zmíněné reference v menším rozsahu, než je jedna třetina maximálního možného množství autobusů dodaných na základě předmětné veřejné zakázky.
31. K části návrhu směřující proti požadavku na délku poptávaných autobusů zadavatel stejně jako v případě požadavku na pohon autobusů na motorovou naftu poukazuje na svůj dlouhodobý cíl budovat dostatečně diverzifikovanou flotilu vozidel, stejně jako na své zkušenosti se zajišťováním dopravní obslužnosti v dané oblasti a na skutečnost, že musí vždy zohledňovat, jakými vozidly disponuje a jaká vozidla souběžně poptává či plánuje poptávat. V této souvislosti zadavatel uvádí, že aktuálně disponuje 71 novými vozidly na naftový pohon délky 12 m k zajišťování dopravy zejména na linkách v oblastech Ústecka, Děčínska a Bíliny, a opakuje, že současně s autobusy poptávanými v rámci šetřeného zadávacího řízení poptával též autobusy délky 11 – 13 m a 14 – 16 m na CNG pohon, určené k provozování převážně v oblastech Ústecka a Děčínska, kde by kratší autobusy nebyly schopny zajistit dostatečný uživatelský komfort, a kde jsou v současnosti k dispozici plnicí stanice CNG. Ve vztahu k autobusům délky 9,9 – 11 m, jež jsou předmětem plnění šetřené veřejné zakázky, zadavatel uvádí, že požadavek na délku je odůvodněn tím, že poptávaná vozidla jsou určena

k obsluze linek zejména v oblastech Litoměřicka, Lounska, Lounska-západ, Litvínovska, Podbořanska a Šluknovska, kam se z důvodu obecně užších či členitějších silnic delší vozidla dle zkušenosti zadavatele nehodí, neboť delší vozidla kladou na těchto linkách na řidiče větší nároky na manévrovací schopnosti, čímž vzniká vyšší riziko nehod a vyšší opotřebení. K dokreslení uvedených skutečností přikládá zadavatel fotodokumentaci vybraných obtížných úseků daných tras. Výhradu navrhovatele, že odůvodnění předmětného požadavku je příliš obecné, zadavatel považuje za nekorektní a nedůvodnou, neboť stanovená velikostní kategorie neomezuje hospodářskou soutěž, nýbrž se jedná o typ vozidel, jež jsou zahrnuta v základní nabídce téměř všech zadavateli známých dodavatelů na trhu včetně navrhovatele.

32. Zadavatel dále uvádí, že samotná obsaditelnost není jediným hlediskem ovlivňujícím jeho požadavky na rozměry autobusu, neboť získání dostatečného prostoru ve vozidlech je ovlivněno i celkovou délkou a vnitřní prostorností autobusu. Délka autobusu je nadto dle zadavatele jednou ze základních charakteristik, kterou k označení používají sami výrobci. Zadavatel má v této souvislosti zájem na dostatečném prostoru pro sedící i stojící cestující, usnadnění pohybu ve vozidle a zajištění dostatečného prostoru pro cestující na vozíku či s kočárkem, což nelze dle jeho názoru vyjádřit pouhým údajem o požadované obsaditelnosti. Dle vyjádření zadavatele není možné stanovit „prostorový požadavek“ na každý jednotlivý prvek či část autobusu, neboť autobusy různých výrobců jsou různě uspořádány a stanovení exaktních požadavků na vnitřní geometrii by vytvářelo zbytečné riziko omezení okruhu způsobilých dodavatelů. Zadavatel dodává, že stanovením předmětného požadavku na délku vozidel nemíní vyloučit žádného konkrétního výrobce autobusů, a že se jedná o běžné velikostní rozmezí, pročež uvedený požadavek neklade na výrobce či dodavatele nepřiměřené nároky a není překážkou hospodářské soutěže.
33. K tvrzení navrhovatele ohledně údajně neodůvodněného omezení délky autobusů nad rámec ustanovení § 7 odst. 1 písm. c) body 2 až 4 vyhlášky č. 209/2018 Sb., o hmotnostech, rozměrech a spojitelnosti vozidel, v platném znění, zadavatel uvádí, že uvedená vyhláška stanoví pouze nejvyšší přípustné délky vozidel, a že sám při stanovení požadavku na rozmezí délky vycházel ze svých odůvodněných potřeb, předpokládaného způsobu využití, aktuálního stavu svého vozového parku apod., jak již uvedl výše. Zadavatel nemůže být dle svých slov nucen poptávat či připouštět jiné velikosti autobusů než jaké aktuálně potřebuje. Výrobce King Long, jehož autobusy navrhovatel dle svých slov distribuuje, má přitom dle zadavatele dle veřejně dostupných zdrojů ve svém portfoliu linková vozidla, která velikostně, co do typu pohonů i ohledně dalších základních parametrů splňují požadavky zadavatele. Z právě uvedeného dle zadavatele vyplývá, že navrhovatel nemůže být v šetřeném zadávacím řízení nijak znevýhodněn, a že jeho námitky i návrh mají účelový charakter.
34. K tvrzení navrhovatele o nedostatečném vymezení předmětu plnění veřejné zakázky co do rozsahu dodávek zadavatel uvádí, že předmětem veřejné zakázky je uzavření rámcové dohody na dodávku nejvýše 90 ks částečně nízkopodlažních autobusů délky 9,9 – 11 m na motorovou naftu, a že s výjimkou 10 autobusů nebude mít zadavatel povinnost poptávat od vybraného dodavatele další vozidla. Zadavatel dále poukazuje na specifika rámcové dohody oproti kupní smlouvě na dodávky, zejména na skutečnost, že dodavatelé nemohou v případě uzavření rámcové dohody spoléhat na konkrétní zisk či obrát za určité období, a že v případě neuzavření kupní smlouvy na více než zadavatelem garantovaných 10 autobusů nemohou

pociťovat žádnou újmu, neboť plnění poskytují až v případě uzavření konkrétní kupní smlouvy na základě rámcové dohody, nikoli po uzavření samotné rámcové dohody. Zadavatel pak poskytuje peněžní protiplnění rovněž až v případě uzavření konkrétní kupní smlouvy, přičemž míra rizika je dle jeho názoru sdílená, což je v oblasti veřejných zakázek např. dle rozhodnutí předsedy Úřadu č. j.: ÚOHS-R0166/2018/VZ-00267/2019/321/ZSř ze dne 4. 1. 2019 přípustné. Zadavatel dle svého tvrzení dostal svým zákonným povinnostem ve smyslu nadepsané námítky navrhovatele tím, že jednoznačně identifikovat jak minimální garantované množství poptávaných autobusů, tak maximální množství autobusů, jež lze na základě rámcové dohody požadovat, přičemž stanovil i časový rozsah rámcového stavu. Zadavatel dále uvádí, že požadavek na množství dodaných autobusů stanovil popsáním způsobem z toho důvodu, že v současnosti nemůže s jistotou v tomto smyslu předvídat své budoucí potřeby, jež závisí též na faktorech mimo kontrolu zadavatele (zejm. na rozsahu dopravní obslužnosti, jež bude zadavateli stanovena ze strany Ústeckého kraje). Zadavatel rovněž poukazuje na skutečnost, že v čl. II odst. 2 a 3 vzoru rámcové dohody zaručuje dodavateli poptávaných autobusů prostřednictvím nastavení dodacích termínů, že jeho výrobní nebo dodací kapacity nebudou přetíženy objednávkou většího počtu autobusů. Možnost, že zadavatel nebude mít o část z maximálně přípustného plnění od dodavatele zájem, nepovažuje zadavatel na rozdíl od navrhovatele za reálné riziko, neboť autobusů, které neobjedná, nebude dodavatel povinen vyrábět. Z uvedených důvodů považuje zadavatel dotčená ustanovení rámcové dohody za vyvážená a přiměřená. Zadavatel dále podotýká, že předmětná zadávací podmínka není namířena proti konkrétnímu dodavateli či skupině dodavatelů, a že by bylo rozporné se zásadami hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti, aby byl zadavatel povinen garantovat odběr plnění, pro nějž nebude mít upotřebení. Zadavatel dále odmítá tvrzení navrhovatele, dle kterého budou „*zvýhodnění ti uchazeči, kteří mají 'interní' informace o skutečných potřebách zadavatele, které zadavatel neuvedl v zadávací dokumentaci,*“ či že nabídky podané uchazečem předpokládajícím dodání 10 vozidel a uchazečem předpokládajícím dodání 90 vozidel budou „*nepochybně vzájemně neporovnatelné,*“ a uvádí, že zadávací podmínky jsou v daném ohledu transparentní a stanovené pro všechny dodavatele rovnocenně.

35. K tvrzení navrhovatele týkajícímu se údajně nejasných a nepřiměřených ustanovení smlouvy ohledně záruky v oblasti práv duševního vlastnictví zadavatel s odkazem na vysvětlení ZD 4 uvádí, že prohlášení a záruka ve smyslu čl. V odst. 4 vzoru kupní smlouvy („*Podpisem této Kupní smlouvy Prodávající rovněž poskytuje Kupujícímu časově neomezené prohlášení a záruku za to, že užívání Vozidel v souladu s podmínkami této Kupní smlouvy, resp. technickou dokumentací a příslušnými právními předpisy neporuší, ani nebude mít za následek porušení jakéhokoliv práva duševního vlastnictví Prodávajícího či třetích osob. Prodávající je povinen zajistit, aby byl obdobný souhlas ve prospěch Kupujícího a osob určených Kupujícím výslovně udělen rovněž ze strany všech jeho poddodavatelů či spolupracujících osob, a to v každé příslušné smlouvě, na základě které má či může dojít k vytvoření práva duševního vlastnictví.*“) jsou časově neomezené, a že uvedená povinnost prodávajícího dle čl. V odst. 4 vzoru kupní smlouvy se uplatní nad rámec záruky na jakost vozidel ve smyslu čl. X, která je časově omezená. Jedná se tedy o prohlášení a záruku za to, že dodané autobusy či některé jejich díly či komponenty neporušují práva duševního vlastnictví prodávajícího či třetí osoby, přičemž dané prohlášení musí z povahy věci pokrývat celé období, kdy zadavatel bude dodané autobusy používat. Zadavatel dle svého vyjádření

po dodavateli nepožaduje, aby mu poskytl záruku za něco, co sám „způsobí či nezpůsobí užíváním daných vozidel,“ jak tvrdí navrhovatel. Uvedený požadavek není dle zadavatele nikterak nepřiměřený, neboť prodávající coby zkušený profesionál musí být schopen zaručit, že zadavatel bude oprávněn dodané autobusy používat v souladu s účelem kupní smlouvy, aniž by porušoval práva duševního vlastnictví, a prodávající nemůže důvodně tvrdit, že neví, zda má k dispozici všechna oprávnění a licence k výrobě a dodávce autobusů, neboť jinak by své výrobky vůbec nemohl nabízet na trhu. Navrhovatel tedy nemusí za účelem splnění předmětné zadávací podmínky provádět podrobný právní audit, jak uvádí v návrhu. V této souvislosti poukazuje zadavatel na skutečnost, že sám navrhovatel v návrhu připouští, že „závazky k výrobcí má vyřešené.“

36. Zadavatel rovněž odmítá tvrzení navrhovatele, že informace týkající se záruky v oblasti práv duševního vlastnictví uvedené ve vysvětlení ZD 6 představují nové informace, které nejsou součástí návrhu smlouvy, neboť příslušný dotaz směřoval na to, zda je prohlášení za práva duševního vlastnictví časově neomezené, a zadavatel uvedený dotaz zodpověděl.
37. Tvrzení navrhovatele, že by údajně dle vzoru smlouvy měl odpovídat za to, že zadavatel „instaluje polepy, k jejichž použití nebude mít oprávnění,“ považuje zadavatel za nepřiléhavé, neboť v takovém případě by porušení práv duševního vlastnictví nezpůsobilo plnění dodané navrhovatele, nýbrž úprava vozidel zadavatelem, za kterou by zadavatel odpovídal. Zadavatel rovněž nesdílí přesvědčení navrhovatele, že napadené ustanovení návrhu kupní smlouvy je nejasné či neurčité, a dodává, že závaznou interpretaci smluvních ustanovení může poskytnout pouze příslušný soud.
38. K námitce navrhovatele týkající se údajně nepřiměřené výše bankovní záruky ve smyslu čl. VI odst. 1 návrhu kupní smlouvy zadavatel uvádí, že se jedná o ustanovení v obdobném typu obchodních vztahů zcela přiměřené a standardní, že jeho prostřednictvím sleduje ochranu svého právního postavení a získání zajištění pro případ, že dodavatel poruší své povinnosti a zadavateli z takového porušení vzniknou určité nároky. Předmětnou zárukou je přitom dle zadavatele zajištěna pouze část jeho potenciálních nároků z kupní smlouvy. Zadavatel dále uvádí, že se jedná o záruku ve výši 10 % kupní ceny konkrétních objednaných vozidel, nikoli z maximálního množství vozidel, které lze na základě rámcové dohody objednat. Zadavatel dále poukazuje na skutečnost, že návrh navrhovatele směřuje v části týkající se výše bankovní záruky proti nastavení obchodní podmínky, která není excesivní, a že případné negativně pocítované efekty obchodních podmínek může každý z potenciálních dodavatelů zahrnout do své nabídkové ceny.
39. K námitce navrhovatele týkající se stanovení požadavků na rating banky vystavující bankovní záruku, které navrhovatel považuje za nedostatečně konkrétní a nepřiměřené, odkazuje zadavatel na dotčená ustanovení návrhu kupní smlouvy (tj. čl. VI odst. 2) a uvádí, že požadavek na rating banky je nezbytný k alespoň minimální ochraně jeho právního postavení. Zadavatel dále uvádí, že bankovní záruka je jediný zajišťovací institut, který kupní smlouva obsahuje, a že je pro něj důležité, aby měl ekonomicky odůvodněný předpoklad, že v případě uplatnění daného zajištění bude zajišťující banka schopna uspokojit jeho nároky. K agenturám Moody's, S&P a Fitch zadavatel uvádí, že jimi udělované ratingové známky jsou tradičním a všeobecně uznávaným standardem, a že mu není znám jiný obdobně reprezentativní systém hodnocení kredibility bank. Zadavatel dodává, že uvedenými ratingovými známkami jsou na požadované úrovni hodnoceny hlavní bankovní instituce

působící v ČR, např. Česká spořitelna, Komerční banka, ČSOB, Raiffeisenbank, Moneta a Sberbank, jak vyplývá z informací veřejně dostupných na webových stránkách uvedených institucí. Zadavateli tak není zřejmé, proč by navrhovatel jakožto obchodní subjekt se sídlem a činností v ČR nemohl pro účely zajištění požadované bankovní záruky využít některou z nich. Navrhovatel není dle zadavatele za tímto účelem nucen provádět složitý průzkum trhu. Zadavatel dále uvádí, že uvedený ratingový požadavek (Moody's – Baa3, S&P a Fitch – BBB) nelze považovat za nepřiměřený, neboť banky působící v ČR jej zpravidla s rezervou několika pásem splňují, přičemž uvedený požadavek je stanoven o jeden stupeň nad tzv. spekulativním pásmem). Za nedůvodnou považuje zadavatel argumentaci navrhovatele, že některé banky nejsou hodnoceny všemi zmíněnými agenturami, neboť jednak v ČR existuje několik bank, které takto hodnoceny jsou, a jednak absence hodnocení banky u jedné nebo dvou zmiňovaných agentur není pro zadavatele důvodem pro neakceptování bankovní záruky vydané takovou bankou. V této souvislosti zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele, že se na uvedené skutečnosti ptal a neobdržel dostatečnou odpověď, neboť navrhovatel se dle vyjádření zadavatele dotazoval pouze na to, z jakých zdrojů bude zadavatel zjišťovat rating bank, načež mu zadavatel poskytl odpověď v rámci vysvětlení ZD 6.

40. K tvrzenému riziku spočívající v tom, že banka vystavující bankovní záruku přestane v průběhu platnosti bankovní záruky splňovat nadepsané ratingové či jiné relevantní požadavky, uvádí zadavatel, že je uvedené riziko zcela logické a přiměřené, neboť dodavatel se může jakožto klient vystavující banky nechat informovat, pokud by nesplnění ratingových požadavků hrozilo. V této souvislosti zadavatel dodává, že banky obvykle sdělují informace o snížení ratingové známky v dostatečném předstihu, a opakuje, že některé banky splňují předmětný požadavek s rezervou několika pásem. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že by měl v zadávací dokumentaci uvést seznam bank, které jeho požadavku vyhoví, neboť předložení a udržování bankovní záruky v souladu s podmínkami kupní smlouvy je dle jeho soudu odpovědností dodavatele. K samotnému ověřování ratingu zadavatel uvádí, že platí oficiální údaje zmíněných agentur, a že splnění této podmínky bude ověřovat z jemu dostupných veřejných údajů, jak uvedl ve vysvětlení ZD 6. Stejně jako v případě argumentace k předchozí námitce poukazuje zadavatel na skutečnost, že předmětná námitka navrhovatele směřuje proti nastavení určité obchodní podmínky, která není excesivní.
41. K části návrhu směřující proti smluvní úpravě odstoupení od smlouvy zadavatel konstatuje, že navrhovatel napadá údajnou nepřiměřenost ustanovení čl. XV s tím, že zadavatel „*prakticky zcela vyloučil možnost zadavatele od smlouvy odstoupit i přes podstatné porušení ze strany zadavatele.*“ Právě uvedené dle zadavatele neodpovídá skutečnosti, neboť prodávající může dle čl. XV odst. 3 odstoupit od kupní smlouvy v případě prodlení kupujícího s placením kupní ceny. Uvedené rozložení smluvních povinností je dle zadavatele přiměřené a vyvážené. Zadavatel v této souvislosti označuje za nepravdivé tvrzení navrhovatele, že se s příslušnou námitkou nevypořádal již v rozhodnutí o námitkách. Zadavatel nesouhlasí ani s tvrzením navrhovatele, že čl. XV odst. 4 návrhu kupní smlouvy vylučuje kogentní ustanovení občanského zákoníku, neboť se dle jeho názoru jedná o ustanovení dispozitivní. K otázce kogentní či dispozitivní povahy zákonných ustanovení zadavatel v této souvislosti uvádí, že závaznou interpretaci smluvních ustanovení může poskytnout pouze příslušný soud, na který se navrhovatel může obrátit.

42. Zadavatel nesouhlasí ani s přesvědčením navrhovatele, že ustanovení kupní smlouvy, dle kterého je zadavatel oprávněn ponechat si při odstoupení od smlouvy již dodaná vozidla (čl. XV), je netransparentní a pro dodavatele nevýhodné, neboť předmětné právo kupujícího vzniká jen v případě definovaných závazných porušení smlouvy ze strany prodávajícího, popř. „zásadních selhání typu *insolvence*,” a z dotčeného ustanovení vyplývá, že se smluvní strany v případě ponechání si určitých vozidel kupujícím vzájemně finančně vyrovnají. Uvedené ustanovení je tak z pohledu zadavatele vyvážené a žádným způsobem navrhovatele nepoškozuje. K právě uvedenému zadavatel dodává, že nelze předjímat okolnosti, za jakých zadavatel v případě odstoupení od smlouvy dodaná vozidla vrátí či si je ponechá, neboť bude záležet na konkrétní situaci.
43. K námitce navrhovatele týkající se oprávnění (ale nikoli povinnosti) zadavatele odepřít převzetí nevyhovujících vozidel zadavatel uvádí, že nesouvisí s režimem odstoupení od smlouvy, ale spíše s ustanovením č. IV odst. 4 návrhu kupní smlouvy, dle kterého je kupující oprávněn odmítnout převzetí vozidel neodpovídajících kupní smlouvě. Uvedené oprávnění považuje zadavatel za standardní úpravu odpovědnosti za vady a dodává, že nelze z jeho strany předem přesně definovat, které vady plnění bude považovat za dostatečný důvod pro odepření převzetí vozidel. Zadavatel poznamenává, že převzetí vadného plnění neznamená, že by dodavateli předmětné vady odpouštěl, neboť dle čl. IV odst. 3 návrhu kupní smlouvy bude o případných vadách, nedodělcích či jiných nedostacích sepsán předávací protokol, v němž bude mj. uveden závazný termín pro bezplatné odstranění vad ze strany dodavatele. Z téhož ustanovení rovněž vyplývá, že neuvedení určité vady v protokolu či její nedostatečný popis nebrání pozdějšímu uplatnění práv z vadného plnění vzhledem k vadám existujícím v době předání. Navrhovatel dle shrnutí zadavatele nenapadá samotnou zadávací podmínku, nýbrž jím předjímaný nezákonný či svévolný postup zadavatele.
44. K tvrzenému nezákonnému požadavku na dojezdovou vzdálenost poptávaných vozidel zadavatel cituje článek 3 technických podmínek a uvádí, že v témž uvedl přesnou modelovou trasu sestávající z 26 reálně existujících zastávek v jednom i druhém směru, přičemž zároveň upravil související podmínky pro testování dojezdové vzdálenosti. Dodavatelé tak dle názoru zadavatele přesně vědí, kudy modelová trasa vede a v jakém režimu bude dojezdová vzdálenost testována, přičemž další potřebné informace jako je délka, převýšení apod. si mohou dodavatelé zjistit z veřejně dostupných informací. Zadavatel rovněž poukazuje na skutečnost, že ostatní podmínky testování jsou upraveny všeobecně používanou metodikou UITP SORT, verze 2014, která komplexním způsobem upravuje pravidla pro stanovení spotřeby pohonných hmot. Zadavatel tak dle svého názoru stanovil předmětnou zadávací podmínku zcela transparentním a k dodavatelům vstřícným způsobem, přičemž zmiňovanou modelovou trasu stanovil s ohledem na své odůvodněné a legitimní potřeby, neboť se jedná o jednu z reálných tras, na níž budou poptávané autobusy provozovány. K námitce navrhovatele, že by bylo vhodnější vycházet z kombinované spotřeby uvedené v technickém průkazu a objemu palivové nádrže zadavatel uvádí, že ne všechny autobusy mají v technickém průkazu uvedený údaj o spotřebě, přičemž pro dodavatele těchto autobusů by byla navrhovatelem nastíněná zadávací podmínka diskriminační.
45. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele, dle kterého z vysvětlení ZD 6 nepřímo vyplývá, že zadavatel bude ověřovat splnění svých požadavků v pracovní den, ač to není uvedeno v zadávací dokumentaci, neboť v čl. 3 odrážce třetí technických podmínek je výslovně

stanoveno, že autobus „v souladu s pravidly silničního provozu a v souladu s níže uvedeným jízdním řádem projede **v rámci pracovního dne celkem šestnáctkrát (...)**.“ Zadavatel nesouhlasí ani s tvrzením navrhovatele, že až v rozhodnutí o námitkách uvedl novou informaci o dojezdové vzdálenosti 500 km, a že není jasné, zda uvedený modelový sled zastávek této vzdálenosti odpovídá, neboť požadavek na dojezdovou vzdálenost je stanoven v rámci technických podmínek prostřednictvím (šestnáctinásobku) modelové trasy, jejíž délka – přesahující 500 km – je zjištělná z veřejně dostupných informací.

46. K poslední námitce navrhovatele, týkající se údajně netransparentních pravidel pro postup zadavatele v případě dodávky plnění nespĺňujícího technickou specifikaci, zadavatel s odkazem na vysvětlení ZD 6 uvádí, že podáním nabídky vyjadřují dodavatelé srozumění a souhlas s technickými podmínkami a podpisem rámcové dohody, resp. kupních smluv se vybraný dodavatel zavazuje uvedené technické podmínky bezvýhradně dodržet. V případě nesouladu dodaných vozidel s technickými podmínkami je zadavatel dle svého vyjádření oprávněn převzetí dodaných vozidel odepřít (čl. IV návrhu kupní smlouvy), v případě zjištění takového nesouladu po předání vozidel se uplatní nároky zadavatele za vad vadného plnění, resp. ze záruky za jakost (čl. X návrhu kupní smlouvy). Právě uvedené dle zadavatele neznamená, jak dle jeho názoru nesmyslně uvádí navrhovatel, že „z hlediska dodavatelů je možné dodat vozidla nespĺňující technické podmínky zadavatele a přesto zakázku vyhrát,“ či že by si měl zadavatel „vyžádat přesnou technickou specifikaci vozidel a soulad poskytovaného plnění se zadávací dokumentací ověřit hned na začátku (...).“ neboť dodaná vozidla musí spĺňovat technické podmínky, jinak je zadavatel nemusí převzít, a budou-li mít dodaná vozidla skryté vady, popř. vady vzniknuvší v průběhu záruční doby, bude zadavatel oprávněn uplatnit příslušné nároky vyplývající z kupní smlouvy. Žádný z potenciálních dodavatelů tak nemůže dle zadavatele důvodně vycházet z předpokladu, že zadavateli bez následku nabídne a následně dodá nevyhovující vozidla, neboť zadávací dokumentace je nastavena tak, aby dostatečně chránila právní postavení zadavatele před dodáním nekvalitního či jinak nevyhovujícího plnění. Pokud by zadavatel požadoval, aby dodaná vozidla obsahovala přesnou specifikaci, jak navrhuje navrhovatel, neochránil by se před situací, kdy by vybraný dodavatel sice v nabídce přesnou specifikaci vozidel potvrdil, avšak dodaná vozidla by takové specifikaci neodpovídala. Riziko, že vybraný dodavatel dodá jiné plnění než uvedené ve smlouvě tak existuje i v případě, že tento vybraný dodavatel ve své nabídce předloží technické parametry, kterými „zopakuje“ technickou specifikaci stanovenou zadavatelem. V této souvislosti zadavatel opakovaně zdůrazňuje, že převzetím vadného vozidla zadavatel dodavateli uvedené vady nijak „nepromíjí.“ S ohledem na výše uvedené je navrhovatel přesvědčen, že navrhovatel nenapadá samotnou zadávací podmínku, nýbrž jím předjímaný nezákonný postup zadavatele. Závěrem svého vyjádření zadavatel uvádí, že by měl Úřad vedené správní řízení zastavit pro nedůvodnost podaného návrhu.

Další průběh správního řízení

47. Dne 30. 7. 2020 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky a dne 31. 7. 2020 prostřednictvím doručovací služby zbývající část dokumentace o zadávacím řízení.
48. Usnesením č. j. ÚOHS-31961/2020/541/AHr ze dne 14. 10. 2020 určil Úřad lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům tohoto rozhodnutí. Uvedené usnesení bylo zadavateli i navrhovateli doručeno téhož dne.

49. Dne 1. 9. 2020 obdržel Úřad od zadavatele celkem 9 datových zpráv, jež obsahovaly informace o dalších provedených úkonech ve smyslu výše uvedeného usnesení. Z obdržených dokumentů mj. vyplývá, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek, tj. do 18. 8. 2020 do 10:00 hodin, celkem 4 nabídky, a to nabídky společností SOR Libchavy spol. s r. o., Zliner s. r. o., NMN Group s. r. o. a Otokar Otomotive, a že dne 19. 8. 2020 proběhlo jednání hodnotící komise.
50. Dne 14. 9. 2020 a 16. 9. 2020 obdržel Úřad od zadavatele datové zprávy, jež obsahovaly informace o dalších úkonech provedených v průběhu správního řízení – odeslání výzvy účastníkům ke sdělení původu nabízených dodávek a odpověď na žádost účastníka o doručení protokolu z podání nabídek.

Vyjádření navrhovatele ze dne 21. 10. 2020

51. Dne 21. 10. 2020 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele z téhož dne, v němž navrhovatel nejprve opětovně rekapituluje skutečnosti vytýkané zadavatele, načež uvádí, že je návrh je důvodný proto, že zadavatel porušil základní zásady zakotvené v § 6 zákona, podle něž musí být dle jeho názoru každá zadávací podmínka odůvodněná, transparentní a přiměřená a nesmí žádnému z dodavatelů poskytovat neoprávněnou výhodu, což vyplývá taktéž z § 36 odst. 1 zákona. Dle vyjádření navrhovatele porušil zadavatel současně i povinnost stanovit a poskytnout zadávací podmínky dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast v zadávacím řízení. Dle názoru navrhovatele by tak Úřad měl dle § 263 odst. 3 zákona zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušit.

Vyjádření zadavatele ze dne 21. 10. 2020

52. Dne 21. 10. 2020 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel nejprve uvádí, že v plném rozsahu trvá na své argumentaci a důkazní materii obsažené v jeho vyjádření k návrhu navrhovatele ze dne 3. 8. 2020 a podotýká, že Úřad měl již meritorně rozhodnout, když si nad rámec uvedených rozkladů žádné nové podklady neopatřil. V souvislosti s meritorním posouzením návrhu odkazuje zadavatel na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 61/2019-248 a č. j. 31 Af 59/2019-124 ze dne 8. 9. 2020, ve kterých se uvedený ve vztahu k požadavku zadavatele na minimální objem palivových nádrží soud zabýval otázkou, za jakých podmínek mohou technické požadavky zadavatele klást bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, a uvádí, že závěry uvedených rozsudků jsou aplikovatelné na šetřenou situaci pro účely posouzení, zda technické požadavky či jiné zadávací podmínky vytvářely bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže ve smyslu § 36 odst. 1 zákona. V této souvislosti zadavatel dále uvádí, že pro posouzení, zda byla určitá zadávací podmínka stanovena důvodně a odpovídala legitimním potřebám zadavatele, se musí odvíjet od konkrétních skutkových okolností, přičemž míra souvislosti mezi zkoumanou zadávací podmínkou a tvrzenou potřebou zadavatele se do značné míry odvíjí od toho, nakolik je stanovený požadavek v daném segmentu trhu běžný a zda je jednoduše splnitelný a v porovnání s hodnotou veřejné zakázky nenákladný, nebo naopak technicky komplikovaný a znatelně navyšující cenu plnění. Požadavek, jehož splnění nemůže dodavatelům důvodně činit potíže, totiž dle zadavatele omezuje hospodářskou soutěž pouze marginálně. Existuje-li v takovém případě souvislost mezi zvoleným parametrem a legitimní potřebou zadavatele alespoň v základní míře, nelze hovořit o bezdůvodné překážce hospodářské soutěže. Současně v případě spíše marginálních položek není nutné ze strany zadavatele poskytovat

podrobné zdůvodnění konkrétní hodnoty zvoleného parametru, nebyl-li zvolený požadavek vysloveně excesivní. Posouzení uvedené excesivnosti určitého požadavku pak musí dle zadavatele vycházet z reálné situace na trhu, zjištění na základě prověřených důkazů, nikoli pouze z nepodložených tvrzení navrhovatele, neboť navrhovatel je zpravidla konkurentem ostatních účastníků zadávacího řízení, který má vlastní zájmy na jeho výsledku.

53. Zadavatel trvá na to, že jeho požadavky nejsou v žádném ohledu excesivní, nestandardní či neodůvodněné a nekladou tak bezdůvodné překážky hospodářské soutěži. Jako příklad takových požadavků uvádí zadavatel požadavek na naftový pohon autobusů, který představuje zcela standardní a běžný prvek vozidel nabízených na trhu, či požadavek na délku autobusů, který odpovídá nejběžnější velikostní kategorii na trhu a odpovídající autobusy tak nabízí celá řada výrobců. Ve vztahu k požadavku na dojezdovou vzdálenost zadavatel odkazuje na svá dřívější vysvětlení prostřednictvím konkrétně a podrobně stanovené modelové trasy a uvádí, že daná zadávací podmínka je stanovena transparentně a není tak diskriminační ani omezující. Za naprosto neopodstatněnou považuje zadavatel argumentaci navrhovatele ohledně rozsahu dodávek, neboť dostatečně vysvětlil, že použil zákonem předvídaný institut rámcové dohody, a že podmínky její realizace nastavil v zákonných mezích. Zkreslená a neopodstatněná jsou pak dle zadavatele všechna tvrzení navrhovatele ohledně údajně nevyvážených ustanovení kupní smlouvy (zejména ohledně záruk týkajících se duševního vlastnictví, bankovní záruky či možnosti odstoupení). Zadavatel uvádí, že podrobně vysvětlil, že kupní smlouva obsahovala vyvážené smluvní podmínky stanovené transparentně a nediskriminačně pro všechny dodavatele. K tomu zadavatel dodává, že závazná interpretace smluvního ustanovení náleží případně soudu, a navrhovatel tak může uplatnit prostředky soukromoprávní ochrany. V řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže takové otázky nemohou být dle zadavatele posuzovány. Právě uvedené platí dle zadavatele obdobně o všech námitkách navrhovatele, k čemuž zadavatel odkazuje na svou argumentaci uvedenou ve vyjádření ze dne 3. 8. 2020 a v rozhodnutí námitkách.
54. Zadavatel shrnuje, že ve světle kritérií uvedených ve výše citovaných rozsudcích krajského soudu v Brně je zřejmé, že žádný z vytýkaných zadávacích podmínek ani jejich vzájemná kombinace nemohla vytvořit bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže. Napadená smluvní ustanovení jsou pak dle zadavatele přiměřená a vyvážená, nikoli excesivní, přičemž zadavatel dodává, že smluvní ujednání Úřadu zásadně nepřísluší přezkoumávat, a to i s ohledem na to, že smluvním stranám jsou zachovány i klasické prostředky ochrany ve formě soudní žaloby. Zadavatel má s ohledem na vše shora uvedené za to, že Úřad by měl správní řízení pro nedůvodnost návrhu zastavit.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

55. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

56. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
57. Podle § 6 odst. 2 zákona musí ve vztahu k dodavatelům zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
58. Podle § 28 odst. 1 písm. b) zákona se zadávací dokumentací rozumí veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky, sdělované nebo zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení, včetně formulářů podle § 212 a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu.
59. Podle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
60. Podle § 36 odst. 3 věty první zákona stanoví zadavatel zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení.
61. Podle § 41 odst. 1 zákona platí, že stanoví-li zadavatel lhůtu, může v zadávací dokumentaci požadovat, aby účastník zadávacího řízení poskytl ve lhůtě pro podání nabídek jistotu.
62. Podle § 96 odst. 1 zákona uveřejní zadavatel zadávací dokumentaci s výjimkou formulářů podle § 212 a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu na profilu zadavatele ode dne uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo od odeslání výzvy k podání žádosti o účast podle § 58 odst. 5 nejméně do konce lhůty pro podání nabídek; to neplatí pro jednacím řízení bez uveřejnění.
63. Podle § 1977 občanského zákoníku platí, že poruší-li strana prodlením svou smluvní povinnost podstatným způsobem, může druhá strana od smlouvy odstoupit, pokud to prodávajícímu oznámí bez zbytečného odkladu poté, co se o prodlení dozvěděla.
64. Podle § 2002 odst. 1 občanského zákoníku platí, že poruší-li strana smlouvu podstatným způsobem, může druhá strana bez zbytečného odkladu od smlouvy odstoupit. Podstatné je takové porušení povinnosti, o němž strana porušující smlouvu již při uzavření smlouvy věděla nebo musela vědět, že by druhá strana smlouvu neuzavřela, pokud by toto porušení předvíдалa; v ostatních případech se má za to, že porušení podstatné není.
65. Podle § 2002 odst. 2 občanského zákoníku může strana od smlouvy odstoupit bez zbytečného odkladu poté, co z chování druhé strany nepochybně vyplývá, že poruší smlouvu podstatným způsobem, a nedá-li na výzvu oprávněné strany přiměřenou jistotu.
66. Podle § 2004 odst. 1 občanského zákoníku se odstoupením od smlouvy zrušuje závazek od počátku.
67. Podle § 2004 odst. 2 občanského zákoníku platí, že plnil-li dlužník zčásti, může věřitel od smlouvy odstoupit jen ohledně nesplněného zbytku plnění. Nemá-li však částečné plnění pro věřitele význam, může věřitel od smlouvy odstoupit ohledně celého plnění.
68. Podle § 2004 odst. 3 občanského zákoníku platí, že zavazuje-li smlouva dlužníka k nepřetržité či opakované činnosti nebo k postupnému dílčímu plnění, může věřitel od smlouvy odstoupit

jen s účinky do budoucna. To neplatí, nemají-li již přijatá dílčí plnění sama o sobě pro věřitele význam.

69. Podle § 2029 odst. 1 občanského zákoníku vzniká finanční záruka prohlášením výstavce v záruční listině, že uspokojí věřitele podle záruční listiny do výše určité peněžní částky, nesplní-li dlužník věřiteli určitý dluh, anebo splní-li se jiné podmínky určené v záruční listině. Je-li výstavcem banka, zahraniční banka nebo spořitelní a úvěrní družstvo, jedná se o bankovní záruku.
70. Podle § 2029 odst. 2 občanského zákoníku vyžaduje záruční listina písemnou formu.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

71. V příloze č. 1 „Technická specifikace Vozidla“ vzoru kupní smlouvy (dále jen „technické podmínky“) stanovil zadavatel požadavek na délku poptávaných vozidel tak, že nesmí být menší než 9,9 m a nesmí překročit 11 metrů.
72. V čl. 3 „Motor, podvozek a agregáty“ technických podmínek zadavatel stanovil, že „*motor musí splňovat normu Euro 6, palivo motorová nafta.*“
73. V tomtéž článku technických podmínek zadavatel uvedl, že dojezdová vzdálenost vozidel musí být taková, aby byl v kterémkoli ročním období umožněn minimálně jednodenní oběh plně obsazeného vozidla bez nutnosti doplnění paliva a aby po dokončení zmíněného jednodenního oběhu činil stav paliva v nádrži či nádržích nejméně 15 % maximální kapacity nádrže či nádrží (za předpokladu, že vozidlo zahájilo oběh s plnou nádrží či nádržemi). Zadavatel dále stanovil, že pro účely tohoto požadavku odpovídá „jednodenní oběh“ vymezené modelové trase, kterou předmětné vozidlo projede celkem šestnáctkrát, tj. osmkrát ve směru z výchozí zastávky Bohušovice nad Ohří, železniční stanice, do konečné zastávky Verneřice a osmkrát zpět. Dodavatelé měli vycházet z toho, že plně obsazeným vozidlem se rozumí vozidlo se všemi obsazenými místy pro sezení (včetně sklopných sedadel) i stání ve smyslu technických podmínek při průměrné váze cestujícího 80 kg.
74. Vysvětlením ZD 4 změnil zadavatel výše uvedený požadavek tak, že dojezdová vzdálenost musí být taková, aby byl umožněn minimálně jednodenní oběh vozidla bez nutnosti doplnění paliva a aby po dokončení zmíněného jednodenního oběhu činil stav paliva nejméně 15 % celkové kapacity nádrže či nádrží vozidla (za předpokladu, že vozidlo zahájilo oběh s plnou nádrží či nádržemi). Podmínky ohledně projetí modelovou trasou změnil zadavatel tak, že předmětné vozidlo projede tuto modelovou trasu v souladu s pravidly silničního provozu v rámci pracovního dne celkem šestnáctkrát, tj. osmkrát ve směru z výchozí zastávky Bohušovice nad Ohří, železniční stanice, do konečné zastávky Verneřice a zpět, to vše při dodržení předpokladů a podmínek, jež jsou uvedeny pod tabulkami znázorňujícími modelovou trasu. Ve vztahu k tabulkám znázorňujícími modelovou trasu zadavatel dále mimo jiné uvedl, že vozidlo nebude v průběhu projíždění uvedenou modelovou trasou obsazeno cestujícími, a že v souvislosti s modelovou trasou bude ohledně ostatních podmínek testování vozidel vycházeno z provozního cyklu dle metodiky UITP SORT 3 (snadná příměstská doprava), verze 2014. Zadavatel dále výslovně stanovil, že v rámci nabídky ani v souvislosti s dodáním vozidel nepožaduje předložení certifikátu či protokolu o provedeném testu UITP SORT 3.

75. Z čl. 3 technických podmínek, ve znění vysvětlení ZD 4, vyplývá, že zadavatel k vymezení modelové trasy pro denní „oběh“ vozidel uvedl následující:
- „výchozí „jízdní doba“ uvedená jako „0:00“ neoznačuje konkrétní denní dobu, ale výchozí časový okamžik zahájení jízdy Vozidla;
 - „jízdní doba“ uvedená u jednotlivých zastávek (např. „0:11“ u zastávky „Lovečkovice“, příp. „1:02“ u zastávky „Bohušovice n.Ohří,„sídliště“) znamená, že Vozidlo musí prostorem dané zastávky projet v průběhu stanovené konkrétní minuty, počítáno od zahájení jízdy (tj. v případě zmíněné zastávky „Lovečkovice“ v době jízdy 0h:10m:01s - 0h:11m:00s, resp. V případě zmíněné zastávky „Bohušovice n.Ohří,„sídliště“ v době jízdy 1h:01m:01s - 1h:02m:00s);
 - vozidlo nebude v průběhu realizace níže uvedené modelové trasy obsazeno cestujícími;
 - v souvislosti s modelovou trasou bude ohledně ostatních podmínek testování Vozidla (tj. podmínek, které tyto zadávací podmínky výslovně neupravují, popř. které neplynou přímo z povahy modelové trasy) vycházeno z provozního cyklu dle metodiky UITP SORT 3 (snadná příměstská doprava), verze 2014. Zadavatel zároveň výslovně stanoví, že v rámci nabídky, ani v souvislosti s dodáním Vozidla nepožaduje předložení certifikátu či protokolu o provedeném testu UITP SORT 3.“
76. Z vysvětlení ZD 4 dále vyplývá, že „požadavek na dojezdovou vzdálenost Vozidla je součástí technických podmínek vozidla, které budou tvořit přílohu č. 1 k příslušné kupní smlouvě na dodávku vozidla. Nesplnění kterékoliv technické podmínky by tudíž bylo znamenalo vadu vozidla s tím, že v takovém případě by se postupovalo dle příslušných ustanovení kupní smlouvy (zejména jejího čl. X – záruční doba a reklamace). Posouzení, zda určité dodané Vozidlo splňuje požadavek na dojezdovou vzdálenost, provede zadavatel tak, že prověří reálnou dojezdovou vzdálenost na stejné modelové trase a za stejných podmínek, které jsou stanoveny v zadávací dokumentaci.“
77. V rámci vysvětlení ZD 6 zadavatel k dojezdové vzdálenosti mj. uvedl, že stanovil modelovou trasu s použitím reálně existujících zastávek, jejichž přesnou polohu včetně informací o převýšení apod. je možné zjistit z veřejně dostupných zdrojů (např. z mapových aplikací) či prohlídkou v terénu, přičemž je na každém účastníkovi, aby si opatřil informace, které v daném ohledu považuje za potřebné. K tvrzení tazatele, jehož dotaz zadavatel v rámci vysvětlení ZD 6 odpovídal, že průjezd modelovou trasou se může lišit v provozu, který závisí mj. na denní době, zadavatel uvedl, že modelovou trasu vymezil dostatečným počtem cyklů (celkem šestnáct projetí, což odpovídá cca 17 hodinám jízdy), což povede k minimalizaci vlivu odchylek ve stylu jízdy spojeného s případnou rozdílnou hustotou provozu v různých denních dobách během pracovního dne.
78. V čl. 4 „Interiér“ písm. a) „Obsaditelnost vozidla“ technické specifikace zadavatel stanovil, že poptávané autobusy musí být obsaditelné alespoň 64 cestujícími, z toho minimálně 32 sedícími (tj. minimálně 32 pevných sedadel), přičemž vybraná vozidla musí být vyhrazena pro osoby se sníženou schopností pohybu a orientace v souladu s právními předpisy ČR. Vozidlo mělo být dále vybaveno minimálně 2 sklopnými sedadly v místě prostoru pro kočárek, která se nezapočítávají do celkového minimálního počtu pevných sedadel.

79. Vysvětlením ZD 4 změnil zadavatel výše uvedený požadavek na obsaditelnost tak, že vozidlo musí být vybaveno pevnými sedadly pro minimálně 32 sedících cestujících (tj. minimálně 32 pevných sedadel) a zároveň se musí jednat o vozidlo třídy I nebo II ve smyslu čl. 2.1.1.1. a 2.1.1.2 předpisu Evropské hospodářské komise Organizace spojených národů (EHK OSN) č. 107 – Jednotná ustanovení pro schvalování vozidel kategorie M2 nebo M3 z hlediska jejich celkové konstrukce (o závaznosti uvedeného předpisu na území EU bylo rozhodnuto rozhodnutím Rady EU 2006/874/ES ze dne 28. 11. 2006).
80. Z článku 10 „Požadavky na kvalifikaci“ zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel požadovat prokázání splnění technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. b) zákona doložením *„seznamu významných dodávek poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením tohoto zadávacího řízení, včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele, a to na dodávky celkem nejméně 20 (slovy: dvaceti) autobusů s pohonem na motorovou naftu.“*
81. Z čl. II odst. 1 rámcové dohody vyplývá, že *„[k]upující je povinen bez zbytečného odkladu po podpisu této Rámcové dohody zaslat Prodávajícímu Výzvu k poskytnutí plnění (jak je tento pojem definován níže) ohledně dodávky 10 Vozidel. Smluvní strany se dále dohodly, že, s výjimkou povinnosti Kupujícího ve smyslu předchozí věty, nezakládá tato Rámcová dohoda povinnost Kupujícího poptávat od Prodávajícího jakákoliv Vozidla, ani kdykoliv po dobu trvání této Rámcové dohody učinit další Výzvu k poskytnutí plnění (jak je tento pojem definován níže), tj. Prodávající není na základě této Rámcové dohody oprávněn požadovat zadání a Kupující není povinen po dobu trvání této Rámcové dohody zadávat Prodávajícímu jakékoliv zakázky na poskytování plnění, které je předmětem této Rámcové dohody.“*
82. Z čl. II odst. 2 rámcové dohody mj. vyplývá, že konkrétní kupní smlouvy budou uzavírány ve smyslu § 169 odst. 2 zákona na základě písemných výzev kupujícího v jakékoli skladbě a počtu až do vyčerpání celkového počtu vozidel. Z uvedeného ustanovení dále vyplývá, že kupující je oprávněn požadovat dodání vozidel v termínu nejméně 14 a nejvíce 24 měsíců od uzavření příslušné kupní smlouvy, a že volbu termínu provede vždy kupující v rámci výzvy k poskytnutí plnění.
83. Z čl. II odst. 3 rámcové dohody vyplývá, že kupující v rámci výzev k poskytnutí plnění zajistí takové nastavení dodacích termínů, aby na žádné období po sobě jdoucích tří kalendářních měsíců nepřipadaly dodací termíny k více než 10 vozidlům dodávaným na základě jedné nebo více kupních smluv uzavřených na základě rámcové dohody.
84. Z čl. IV odst. 3 kupní smlouvy vyplývá, že mezi smluvními stranami bude při předání vozidel vyhotoven předávací protokol, v němž budou mj. uvedeny *„případné vady, nedodělky či jiné nedostatky předávaných Vozidel a dokumentace, které byly Kupujícím zjištěny při předání,“* přičemž *„[u] těchto vad, nedodělků či nedostatků bude uvedeno též vyjádření Prodávajícího a Smluvními stranami dohodnutý závazný termín pro jejich bezplatné odstranění ze strany Prodávajícího; nebude-li takový termín mezi stranami dohodnut, má Kupující právo jej jednostranně určit takovým způsobem, že jeho délka bude odpovídat povinnosti Prodávajícího odstranit předmětné vady či nedodělky bezodkladně a zároveň bude reflektovat technickou povahu příslušné vady či nedodělku. Smluvní strany se dohodly, že vyhotovení předávacího protokolu (či neuvedení určité vady v protokolu či její nedostatečný popis tamtéž) nebrání tomu, aby Kupující uplatnil u Prodávajícího později*

kteroukoliv vadu či nedostatek, který příslušné Vozidlo mělo v době jeho předání Prodávajícím Kupujícímu, a nijak neomezuje práva Kupujícího z vadného plnění ve vztahu k takové vadě.“

85. *Z čl. IV odst. 4 kupní smlouvy vyplývá, že „[k]upující je dle svého volného uvážení oprávněn (nikoliv však povinen) odmítnout převzetí kteréhokoliv Vozidla (vč. související technické dokumentace), které v jakémkoliv ohledu neodpovídá Kupní smlouvě (včetně Technických podmínek), o čemž bude mezi Smluvními stranami vyhotoven písemný protokol. Pokud Kupující převzetí určitého Vozidla dle předchozí věty odmítne, Prodávající je s dodávkou takového Vozidla v prodlení a jeho povinnost toto Vozidlo dodat ve stavu plně souladném s touto Kupní smlouvou přetrvává. V takovém případě budou v příslušném předávacím protokolu uvedeny důvody pro odmítnutí převzetí, resp. výčet Kupujícími zjištěných vad Vozidla (popř. vad související technické dokumentace).“*
86. *Z vysvětlení ZD 6 vyplývá, že „[p]odáním nabídky dodavatel vyjadřuje s touto specifikací srozumění a souhlas, a podpisem rámcové dohody, resp. dílčích kupních smluv se jí zavazuje bezvýhradně dodržet. Jak plyne z kupní smlouvy (viz. čl. IV kupní smlouvy), nebude-li dodané vozidlo odpovídat závazné technické specifikaci, zadavatel je oprávněn převzetí daného vozidla odepřít. Bude-li nesoulad s technickou specifikací zjištěn po předání, uplatní se nároky zadavatele z vad dodaného plnění, resp. ze záruky za jakost (viz čl. X kupní smlouvy).“*
87. *Z čl. V odst. 3 kupní smlouvy vyplývá, že podpisem kupní smlouvy poskytuje prodávající kupujícímu „závazné prohlášení a záruku za to, že je oprávněn poskytnout Kupujícímu předmět plnění dle této Kupní smlouvy či jeho části, které jsou předmětem práv duševního vlastnictví, včetně práv chráněných patentem dle příslušných ustanovení zákona č. 527/1990 Sb., o vynálezech, průmyslových vzorech a zlepšovacích návrzích, v platném znění, práv chráněných užitečným vzorem ve smyslu zákona č. 478/1992 Sb., o užitečných vzorech, v platném znění, práv chráněných průmyslovým vzorem ve smyslu zákona č. 207/2000 Sb., o ochraně průmyslových vzorů, v platném znění, nebo jsou předmětem ekvivalentní či obdobné právní ochrany dle zahraničních právních řádů a na území České republiky požívají obdobné právní ochrany jako patent, užitečný vzor či průmyslový vzor, a Prodávající výslovně uděluje Kupujícímu časově, územně (tj. jsou uděleny jak ve vztahu k území České republiky, tak k zahraničí) a užitelsky neomezenou, přenosnou, neexkluzivní licenci (oprávnění) k užívání, změnám, provozu, údržbě, úpravám a opravám, Vozidel, všech jejich částí a součástí.“*
88. *Z čl. V odst. 4 kupní smlouvy vyplývá, že „[p]odpisem této Kupní smlouvy Prodávající rovněž poskytuje Kupujícímu časově neomezené prohlášení a záruku za to, že užívání Vozidel v souladu s podmínkami této Kupní smlouvy, resp. technickou dokumentací a příslušnými právními předpisy neporuší, ani nebude mít za následek porušení jakéhokoliv práva duševního vlastnictví Prodávajícího či třetích osob. Prodávající je povinen zajistit, aby byl obdobný souhlas ve prospěch Kupujícího a osob určených Kupujícími výslovně udělen rovněž ze strany všech jeho poddodavatelů či spolupracujících osob, a to v každé příslušné smlouvě, na základě které má či může dojít k vytvoření práva duševního vlastnictví.“*
89. *Ve vysvětlení ZD 6 zadavatel k dotazu navrhovatele, co je bližším obsahem záruky, pokud jde o duševní vlastnictví, ve spojení s žádostí navrhovatele o objasnění, zda je záruka „v tomto ohledu“ časově omezená (čl. X odst. 2 kupní smlouvy) nebo ne (čl. V odst. 4 kupní smlouvy, uvedl, že povinnost prodávajícího zajistit, že užívání dodaných vozidel nebude mít za*

následek porušení jakéhokoli práva duševního vlastnictví prodávajícího či třetích osob (čl. V odst. 4 kupní smlouvy) je časově neomezená a uplatní se nad rámec záruky za jakost vozidel ve smyslu čl. X kupní smlouvy, která je časově omezená.

90. Z čl. VI odst. 1 kupní smlouvy vyplývá, že *„[s]mluvní strany si potvrzují, že Prodávající za účelem zajištění řádného plnění svých povinností z Kupní smlouvy obstaral a Kupujícímu před podpisem této Kupní smlouvy předložil originální vyhotovení záruční listiny potvrzující existující platnou a účinnou bankovní záruku (finanční záruku vystavenou bankou dle specifikace uvedené v čl. VI. odst. 2 této Kupní smlouvy) za řádné plnění Kupní smlouvy (dále jen „záruka za plnění“). Záruka za plnění je vystavena na částku odpovídající 10 % z kupní ceny všech Vozidel dodávaných na základě této Kupní smlouvy (bez DPH).“*
91. Z odst. 2 písm. a) téhož článku kupní smlouvy vyplývá, že *„[p]rodávající je povinen zajistit, aby záruka za plnění byla vystavena bankou, která (i) je držitelem bankovní licence opravňující ji k podnikání v oblasti poskytování bankovních služeb v rámci Evropského hospodářského prostoru, (ii) v níž nebyla zavedena nucená správa, ani ve vztahu k ní nebylo vydáno rozhodnutí o úpadku, nedošlo k zamítnutí návrhu na prohlášení konkurzu pro nedostatek majetku, a dle veřejně dostupných informací zavedení nucené správy, resp. rozhodnutí o úpadku, resp. zamítnutí návrhu na prohlášení konkurzu pro nedostatek majetku ve vztahu k takové bance nehrozí a (iii) má (v kategorii dlouhodobá bankovní depozita) minimálně ratingovou známku Moody's – Baa3, S&P / Fitch – BBB-. Pro vyloučení pochybností platí, že Kupující nebude akceptovat záruku za plnění vystavenou jiným subjektem, než bankou splňující výše uvedené podmínky, jako např. korporátní záruku.“*
92. Z odst. 2 písm. e) téhož článku kupní smlouvy vyplývá, že *„[p]řestane-li v průběhu období, po které má Prodávající povinnost udržovat záruku za plnění v platnosti, příslušná banka splňovat kteroukoliv z podmínek uvedených v odst. 2 písm. a) tohoto článku, je Prodávající bezodkladně povinen zajistit vystavení nové záruky za plnění bankou, která uvedené podmínky splňuje. Prodávající je povinen zajistit, aby záruka za plnění byla příslušnou bankou splňující podmínky dle odst. 2 písm. a) tohoto článku vystavena a nepřetržitě po příslušnou dobu udržována ve prospěch Kupujícího.“*
93. Ve vysvětlení ZD 6 zadavatel na dotaz navrhovatele, z jakých zdrojů bude požadovaný rating ověřovat a k jakému datu (tj. zda zadavateli postačí splnění tohoto požadavku ke dni vystavení záruky, nebo bude třeba při změně ratingu dodat novou bankovní záruku, přičemž v ideálním případě žádal navrhovatel o uvedení seznamu bank, které požadavku zadavatele vyhovuje) zadavatel s odkazem na čl. VI. odst. 2 písm. e) kupní smlouvy uvedl, že je povinností prodávajícího zajistit, aby jím poskytnutá bankovní záruka po celou dobu její platnosti a účinnosti splňovala požadavky stanovené v čl. VI odst. 2 písm. a) kupní smlouvy, včetně požadavku na rating vystavující banky. K ověřování plnění uvedené povinnosti prodávajícího zadavatel uvedl, že *„může využít veškeré relevantní informace, které bude mít v daném ohledu k dispozici.“*
94. Z čl. X odst. 2 kupní smlouvy vyplývá, že na každé jednotlivé vozidlo poskytuje prodávající záruku za jakost *„od jeho převzetí dle čl. IV odst. 3 Kupní smlouvy, tj. od podpisu předávacího protokolu oprávněným zástupcem Kupujícího. Zárukou za jakost ve vztahu k Vozidlu se Prodávající zavazuje, že příslušné Vozidlo bude po celou dobu trvání příslušné záruční doby (i) v souladu s touto Kupní smlouvou, Technickými podmínkami, příslušnými právními předpisy,*

technickými normami a jinými závaznými specifikacemi (dle stavu platného ke dni předání příslušného Vozidla) či požadavky stanovenými příslušnými správními či jinými veřejnoprávními orgány (ii) plně způsobilé pro použití k účelu stanovenému v této Kupní smlouvě, popř. obvyklému účelu, a mající vlastnosti smlouvené v této Kupní smlouvě, resp. vlastnosti obvyklé pro stejné či obdobné typy Vozidel dodávaných mezi nespřízněnými stranami za podmínek běžných v obchodním styku, a (iii) nebude porušovat práva duševního vlastnictví či jiná práva Prodávajícího, ani jiných třetích osob.“

95. Z čl. XV odst. 3 kupní smlouvy vyplývá, že prodávající je oprávněn odstoupit od kupní smlouvy pouze v případě, že se kupující dostane do prodlení s uhrazením splatné kupní ceny za určité vozidlo po celkovou dobu přesahující 2 kalendářní měsíce, a uvedené porušení neodstraní ani v dodatečně nápravné lhůty nikoli kratší než 1 kalendářní měsíc od doručení písemné výzvy kupujícímu obsahující upozornění na možnost odstoupení od kupní smlouvy prodávajícím a důvody pro takové možné odstoupení, nebo v případě, že bude příslušným insolvenčním soudem rozhodnuto o úpadku kupujícího nebo bude insolvenční návrh nebo návrh na prohlášení konkursu ohledně kupujícího zamítnut pro nedostatek majetku nebo bude-li insolvenční řízení ve vztahu ke kupujícímu ukončena pro splnění rozvrhového usnesení, nebo se kupující bude nacházet v platební neschopnosti nebo bude předlužen nebo kupující vstoupí do likvidace nebo v jeho obchodní činnosti bude pokračovat insolvenční správce či likvidátor, nebo pokud příslušný soud vydá vykonatelné rozhodnutí o nařízení výkonu rozhodnutí postižením závodu (dříve podniku) anebo soudem pověřený exekutor vydá v exekučním řízení vedeném proti Kupujícímu jako povinnému exekuční příkaz na provedení exekuce postižením závodu (dříve podniku).
96. Z čl. XV odst. 4 kupní smlouvy mj. vyplývá, že *„[v]e vztahu k oprávnění Prodávajícího odstoupit od Kupní smlouvy se nepoužijí ustanovení § 1912, § 1977 až § 1980, § 2002 až § 2003, § 2004 odst. 2 a 3 občanského zákoníku.“*
97. Z odst. 5 písm. a) téhož článku kupní smlouvy vyplývá, že
- (1) *„v případě odstoupení Kupujícího není Kupující povinen (ale je oprávněn) vrátit všechna či jen některá Vozidla dodaná Prodávajícím před ukončením Kupní smlouvy. V případě, že si Kupující po odstoupení určitá Vozidla ponechá, Smluvní strany se vzájemně finančně vyrovnají tak, že Prodávající je oprávněn požadovat uhrazení kupní ceny za Vozidla, která si Kupující ponechal, snížená o hodnotu jakékoliv vady, nedodělků či jiného nedostatku na Vozidlech k okamžiku odstoupení (cena se však nesnižuje o běžné provozní opotřebení Vozidel z důvodu jejich provozování Kupujícími). Vrátí-li Kupující Prodávajícímu určitá Vozidla, je Prodávající povinen zároveň vrátit Kupujícímu veškerá finanční plnění dříve poskytnutá Prodávajícímu za vrácené plnění, snížená o provozní či jiné opotřebení či znehodnocení Vozidel. Navrácené plnění je Kupující povinen předat Prodávajícímu ve stavu, v jakém bylo předáno Kupujícímu ze strany Prodávajícího, s přihlédnutím k běžnému provoznímu či jinému opotřebení. Pro vyloučení pochybností si Smluvní strany navzájem potvrzují, že v případě odstoupení od Kupní smlouvy pouze ve vztahu k určitým Vozidlům se Smluvní strany vypořádají dle tohoto odstavce pouze v rozsahu těch Vozidel, jichž se odstoupení týká;*

- (2) *v případě odstoupení Prodávajícího, je Kupující oprávněn si ponechat Vozidla, za něž řádně uhradil kupní cenu, avšak Prodávající je oprávněn požadovat vrácení těch Vozidel, za něž kupní cena nebyla uhrazena a náhradu škody (včetně ušlého zisku) vzniklé z důvodu porušení povinnosti ze strany Kupujícího, které bylo důvodem pro odstoupení;*
- (3) *po účinnosti odstoupení nadále trvají práva Kupujícího vyplývající z vad poskytnutého plnění a z bankovních záruk;*
- (4) *odstoupení od Kupní smlouvy se nedotýká existence případných nároků Smluvních stran na náhradu škody vzniklé porušením Kupní smlouvy, uhrazení smluvní pokuty, řešení sporů mezi Smluvními stranami, ani jiných ustanovení, která dle projevené vůle Smluvních stran nebo vzhledem ke své povaze a smyslu mají trvat i po ukončení této Kupní smlouvy;*
- (5) *nezanikají licence ani jiná práva udělená Kupujícímu ve smyslu čl. V shora (Dokumentace; Práva duševního vlastnictví);*
- (6) *částka, na jejíž zaplacení z jakéhokoliv titulu bude mít případně Prodávající v případě odstoupení od Kupní smlouvy právo, v žádném případě nesmí překročit cenu, kterou by byl Kupující povinen Prodávajícímu zaplatit, kdyby došlo k řádnému splnění Kupní smlouvy;*
- (7) *ostatní práva a povinnosti Smluvních stran z Kupní smlouvy okamžikem účinnosti odstoupení zanikají, ledaže Kupní smlouva výslovně stanoví jinak.“*

98. Z vysvětlení ZD 6 vyplývá, že zadavatel k dotazu navrhovatele, za jakých podmínek zadavateli vrátí dodaná vozidla v případě odstoupení od smlouvy a kdy si je naopak ponechá, uvedl, že to nelze předjímat, neboť bude postupovat v souladu s čl. XV kupní smlouvy a jeho rozhodnutí bude záviset na konkrétních okolnostech a situaci. K dotazu navrhovatele, v jehož rámci navrhovatel navrhuje, aby si zadavatel měl vyžádat přesnou technickou specifikaci vozidel a soulad poskytovaného plnění se zadávacími podmínkami ověřit hned na začátku, zadavatel v rámci vysvětlení ZD 6 dále uvedl, že „*součástí zadávacích podmínek je podrobná technická specifikace vozidel. Podáním nabídky dodavatel vyjadřuje s touto specifikací srozumění a souhlas, a podpisem rámcové dohody, resp. dílčích kupních smluv se jí zavazuje bezvýhradně dodržet. Jak plyne z kupní smlouvy (viz. čl. IV kupní smlouvy), nebude-li dodané vozidlo odpovídat závazné technické specifikaci, zadavatel je oprávněn převzetí daného vozidla odepřít. Bude-li nesoulad s technickou specifikací zjištěn po předání, uplatní se nároky zadavatele z vad dodaného plnění, resp. ze záruky za jakost (viz čl. X kupní smlouvy).“*

Právní posouzení

99. Úřad v obecné rovině uvádí, že požadavky na předmět plnění veřejné zakázky zadavatel stanoví na základě svých potřeb s ohledem na poptávané plnění. Veškeré požadavky však musí vždy vycházet z objektivně zdůvodnitelných potřeb zadavatele. I při existenci konkrétní potřeby, na základě které zadavatel specifikuje určitý technický parametr výrobku, stavebních prací nebo poptávané služby, kterým provádí kvalitativní vymezení předmětu veřejné zakázky, musí zadavatel dodržet základní zásady zadávacího řízení, jež nachází své vyjádření v ustanovení § 6 zákona, aby bylo dosaženo účelu předpokládaného zákonem, a to uskutečnění soutěže o konkrétní veřejnou zakázku za splnění základních zásad veřejného

zadávání, a to zásad transparentnosti, nediskriminace, přiměřenosti a rovného zacházení. Jedním z důsledků zadávacího řízení je omezení okruhu dodavatelů pro účely uzavření smlouvy a s tím související výběr vhodného dodavatele k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky. Uvedené omezení se děje prostřednictvím nastavení parametrů předmětu plnění, popř. nastavením požadavků na kvalifikaci (způsobilost účastníka zadávacího řízení) – kupříkladu požadovaný minimální obrat, předložení seznamu významných služeb, apod.; samotný výběr pak prostřednictvím hodnocení na základě předem stanovených kritérií hodnocení. Uvedené (zadávací) podmínky pak dle § 36 odst. 1 zákona nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. V této souvislosti Úřad konstatuje, že konkurenční výhoda nebo vytváření bezdůvodných překážek hospodářské soutěži dle § 36 odst. 1 zákona může vzniknout nejen přímou, ale i nepřímou (skrytou) diskriminací.

100. Problematiku povinnosti dodržování zásady zákazu diskriminace s důrazem na skrytou diskriminaci řeší např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, ze kterého vyplývá, že *„(...) Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. (...) V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“ poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky (...).“*
101. K výše citovanému rozsudku Úřad uvádí, že ačkoli se uvedené závěry týkají stanovení požadavků zadavatele na kvalifikaci, je toto rozhodnutí rovněž příléhavé i ve vztahu ke stanovení technických požadavků na předmět plnění veřejné zakázky. Podstata citovaného rozhodnutí totiž spočívá v uchopení „zjevné nepřiměřenosti“ v jednání zadavatele, a to bez rozdílu, zda k tomuto mělo dojít nastavením požadavků na samotný předmět plnění, či nastavením požadavků na kvalifikaci, resp. způsobilost dodavatelů. Úřad dále upozorňuje, že samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi stanovené požadavky na předmět plnění mohli splnit všichni dodavatelé předmětného plnění. Takový požadavek by ostatně nebyl ani reálně proveditelný a byl by v rozporu se smyslem a účelem zákona, kterým je zajistit právě to, aby nabídku sice mohlo podat široké spektrum dodavatelů, nicméně pouze těch, kteří jsou schopni předmět plnění řádně, v požadovaných specifikacích, resp. v požadované specifikaci či parametrech dodat. Odvrácenou stranou stanovení určitých striktních podmínek na předmět plnění veřejné zakázky je tedy selekce těch dodavatelů, jež ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci pak nelze hovořit jako o skryté diskriminaci. Úřad dále uvádí, že byť se citovaný rozsudek týkal předchozí právní úpravy, tj. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jsou závěry v něm vyjádřené plně aplikovatelné i na současnou právní úpravu, tj. na zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, neboť smysl a účel nastavení zadávacích podmínek (zadávací dokumentace) je shodný (viz § 44 předchozí právní úpravy a § 36 zákona). Uvedené přitom platí i ve vztahu k navazující odkazované judikatuře.

102. Úřad dále odkazuje na závěry rozsudku sp. zn. 5 Afs 131/2007 ze dne 12. 5. 2008, v němž Nejvyšší správní soud uvedl, že: „*Porušení zásady nediskriminace zadávacího řízení by nesporně nastalo, pokud by zadavatel v téže situaci a v týchž otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo obsahově jinak než ke zbylým, popř. pokud by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči*“. Zásada zákazu diskriminace je tedy obligatorním principem při realizaci zadávacích řízení a je na ni kladen důraz i v rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie, který se otázkou zákazu diskriminace v jakýchkoliv formách na jakékoli úrovni také několikrát zabýval, a to např. v rozsudku ze dne 27. 10. 2005 ve věci C-158/03 Komise Evropských společenství proti Španělskému království. Za skrytou formu nepřipustné diskriminace je pak třeba považovat např. takový postup, kdy zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových podmínek plnění veřejné zakázky, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů, kteří by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Tedy postup zadavatele, kdy někteří z dodavatelů mají znemožněno účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní, je postupem diskriminačním, který odporuje základním zásadám uvedeným v § 6 zákona.
103. V souvislosti s problematikou specifikace předmětu plnění v návaznosti na potřeby zadavatele lze odkázat například na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 3/2015-29 ze dne 19. 12. 2016, v němž se uvedený soud vyjádřil následovně: „*Předně soud považuje za nutné konstatovat, že každý zadavatel při zadávání veřejné zakázky reaguje na svoji potřebu a k té samozřejmě směřuje svou snahu o uzavření smlouvy prostřednictvím veřejné zakázky. Podle názoru soudu je naprosto v pořádku, pokud zadavatel reaguje vypsáním zakázky na svoji vzniklou potřebu řešení určité situace. Z povahy věci tak samotná potřeba zadavatele v sobě implikuje omezení pro její řešení, neboť určité zájmy zadavatelů v sobě implikují pouze limitní množství řešitelů*.“ Dále lze odkázat například na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 87/2008 ze dne 9. 7. 2009, v němž jmenovaný soud konstatoval, že „*[p]ředmět veřejné zakázky vychází z potřeb zadavatele a může mít nejrůznorodější charakter daný jeho věcným obsahem, potřebami zadavatele, jeho finančními možnostmi, apod.*“ Obecně je třeba ve vztahu k procesu zadávání veřejných zakázek konstatovat, že v zadávacím řízení lze ve své podstatě každou zadávací podmínku či požadavek zadavatele považovat za do určité míry limitující a omezující, nicméně takto je konstruován celý zákon o zadávání veřejných zakázek a určitá míra omezení volnosti, jak pro zadavatele, tak dodavatele, je zákonem předvídaná a povolená. Zadavatel v případě, že klade na dodavatele (účastníky) určitá omezení – požadavky na dodávané plnění, je vázán jednotlivými zákonnými ustanoveními, stejně tak pak je povinen reflektovat ve vztahu ke všem jeho úkonům, tedy i nastavení zadávacích podmínek, ustanovení § 6 zákona, v němž jsou vyjádřeny základní zásady zadávacího řízení. Zadavatel je tedy povinen dodržovat při formulaci technických podmínek zásadu nediskriminace a přiměřenosti a současně platí, že nesmí bezdůvodně zvýhodnit či znevýhodnit některé dodavatele. Uvedené však neznamená, že je zadavatelům upírána možnost stanovit technické podmínky podle svých potřeb. Technická specifikace pak ovšem musí vycházet z objektivně zdůvodnitelných požadavků zadavatele. Výše uvedené závěry již ostatně byly Úřadem opakovaně vyřčeny, kdy lze např. odkázat na rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-S230/2009/VZ-1726/2010/520/DŘI ze dne 3. 3. 2010. Obdobně se vyjádřil také

Krajský soud v Brně ve své aktuální rozhodovací praxi, konkrétně v rozsudku č. j. 31 Af 59/2019-124 a v rozsudku č. j. 31 Af 61/2019-248 ze dne 8. 9. 2020 ze dne 8. 9. 2020, když mj. uvedl, že *„[I]ze souhlasit s obecnou tezí, že prakticky každá zadávací podmínka vytváří překážku hospodářské soutěže, neboť jejím účelem je specifikace požadovaného plnění, tj. vyloučení možnosti poskytnout plnění jiné,“* přičemž tato teze sama o sobě nic nevyovídá o tom, zda je určitá podmínka v rozporu s § 36 odst. 1 zákona, a že *„[t]ento rozpor může vyvolat pouze podmínka, která vytváří překážku hospodářské soutěže bezdůvodně. O bezdůvodnosti lze hovořit tehdy, jestliže zadavatel není schopen logicky zdůvodnit (nikoliv nutně již v rámci zadávacích podmínek), proč danou podmínku stanovil, nebo jestliže důvod, který uvedl, daná podmínka nesleduje (buď proto, že není vůbec způsobilá naplnit zadavatelem uvedený cíl, nebo proto, že se podle zjištěných skutkových okolností jedná toliko o zástupný důvod).“*

104. Úřad dále konstatuje, že zákon ukládá zadavateli v souvislosti se zadávacími podmínkami rovněž povinnost stanovit a poskytnout dodavatelům zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení ve smyslu § 36 odst. 3 zákona, přičemž zadavatel zároveň nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele. Zadávací dokumentaci, jež v sobě obsahuje zadávací podmínky, je nutno považovat za soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek, které tvoří nejvýznamnější dokument, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, a proto musí být zpracována dostatečně konkrétně a podrobně tak, aby dodavatelé mohli podat vzájemně porovnatelné nabídky. Zvláštní důraz je kladen právě na specifikaci předmětu veřejné zakázky, který v podaných nabídkách současně ovlivňuje další aspekty, zejména výši nabídkové ceny. V tomto smyslu se vyjádřil rovněž Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 9 Afs 30/2010-182 ze dne 16. 11. 2010, když uvedl, že *„(...) zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za jeho zpracování je plně odpovědný zadavatel a je povinen ho zpracovat dostatečně kvalitně a s patřičnou odborností tak, aby na jeho základě bylo možno podat odpovídající a především vzájemně porovnatelné nabídky.“* V této souvislosti Úřad poznamenává, že požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti zadávací dokumentace plyne rovněž z výše uvedené obecné zásady transparentnosti zakotvené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, kterou se již opakovaně zabývaly správní soudy, např. například Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 či Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010, i Úřad.
105. Ve vztahu k šetřenému případu Úřad konstatuje, že navrhovatel v rámci svého návrhu brojí proti požadavkům zadavatele na jednotlivé technické parametry poptávaných autobusů, vymezeným v technických podmínkách, v rovině jejich domnělého nastavení v rozporu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek zakotvenými v ustanovení § 6 zákona zejména se zásadami transparentnosti, přiměřenosti a zákazu diskriminace, ve spojení s ustanovením § 36 odst. 1 zákona, dle kterého nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu či vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, jakož i s ustanovením § 36 odst. 3 věty první zákona, dle kterého musí být zadávací podmínky stanoveny a poskytnuty dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro jejich účast v zadávacím řízení. Za netransparentní, nepřiměřenou, neurčitou a diskriminační označuje navrhovatel taktéž některá ustanovení rámcové dohody či kupní smlouvy. Navrhovatel rovněž uvádí, že se zadavatel

v rozhodnutí o námitkách dostatečně nevypořádal ve smyslu § 245 odst. 1 zákona se všemi navrhovatelem namítanými skutečnostmi. K jednotlivým námitkám navrhovatele uvádí Úřad následující.

K požadovanému pohonu autobusů na motorovou naftu

106. Jak vyplývá z návrhu, navrhovatel považuje za diskriminační a bezdůvodně omezující hospodářskou soutěž požadavek zadavatele na dodávku autobusů s pohonem pouze na motorovou naftu, a to jak ve vztahu k poptávaným autobusům, tak ve vztahu k požadavku na prokázání technické kvalifikace prostřednictvím referenční dodávky nejméně 20 ks autobusů na motorovou naftu. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel nemá pro svůj požadavek žádný objektivní důvod. K právě uvedenému Úřad konstatuje, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách v reakci na příslušnou námitku navrhovatele odůvodnil svůj nadepsaný požadavek tak, že uvedl, že jeho cílem je postupně budovat diverzifikovanou flotilu vozidel k zajišťování základní dopravní obslužnosti na linkách nacházejících se v různých oblastech Ústeckého kraje a majících různé profily, délky, šířku pozemních komunikací, vytíženost apod., a že přitom vychází ze své zkušenosti se zajišťováním dopravní obslužnosti, z předpokládaného způsobu využití poptávaných vozidel na příslušných linkách a dále z potřeby zajistit dostatečný uživatelský komfort cestujících a vysokou kvalitu služeb. Zadavatel dále uvedl, že musí vždy zohledňovat, jakými vozidly již disponuje a jaké vozidla v současné době poptává či plánuje poptávat. Autobusy poptávané v rámci šetřené veřejné zakázky pak zadavatel dle dotčené části odůvodnění rozhodnutí o námitkách hodlá provozovat převážně v oblastech Ústeckého kraje, kde v současnosti nemá k dispozici plnicí stanice CNG či jinou infrastrukturu spojenou s jiným typem pohonu, než je pohon na motorovou naftu, přičemž vybudování alternativní infrastruktury by dle jeho slov vyžadovalo významné dodatečné finanční náklady v řádu až desítek milionů Kč (v závislosti na druhu infrastruktury a způsobu provedení) i výrazné časové zpoždění spojené s nutností přípravy příslušných projektů, získáním stavebního povolení, pronájmem pozemků, zřízením přípojných míst, zajištěním dovozu potřebného média do čerpacích stanic aj. Z uvedených důvodů, zvláště pak s poukazem na to, že zadavatel nehodlá poptávané autobusy provozovat v relativně malém a homogenním prostředí, nýbrž v příměstské či meziměstské dopravě, kde linky končí v mnoha obcích v Ústeckém kraji, a kde denní oběhy dosahují i více než 500 km, by tak dle zadavatele nebyla vozidla na alternativní pohon včetně elektrického pro zajištění dopravní obslužnosti ve zmiňovaných oblastech vhodná.
107. V návaznosti na právě uvedené jakož i na část odůvodnění tohoto rozhodnutí pojednávající o povinnosti zadavatele postupovat při zadávání veřejných zakázek v souladu se zásadami vymezenými v § 6 zákona Úřad konstatuje, že pro řádný přezkum technických podmínek veřejné zakázky Úřadem z hlediska dodržení základních zásad zadávání veřejných zakázek je klíčové, aby měl Úřad možnost seznámit se s důvody, které zadavatele k nastavení konkrétních technických požadavků vedly. Úřad totiž může činit závěry o opodstatněnosti technických specifikací zadavatele pouze, má-li na podporu takových tvrzení k dispozici dostatečný důkazní materiál. Jinými slovy platí, že zadavatel musí být schopen stanovené požadavky odůvodnit svými objektivními potřebami, a to zejména v situaci, kdy jsou tyto požadavky napadeny námitkami či návrhem na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Na druhou stranu však nelze odhlédnout od skutečnosti, že účelem námitek jakožto procesního institutu, jak vyplývá z rozsáhlé rozhodovací praxe Úřadu

zabývající se otázkou přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách, je primární ochrana dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele, z čehož kromě požadavku na soulad rozhodnutí zadavatele o námitkách se zásadou transparentnosti (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010-159) vyplývá i zájem na tom, aby dodavatelé formulovali své námitky proti zadávacím podmínkám (zde technickým požadavkům) tak, aby bylo zřejmé, v čem konkrétně spočívá neodůvodněná překážka hospodářské soutěže, kterou daná zadávací podmínka klade, či jaké konkrétní negativní důsledky z ní pro zmiňovaného dodavatele plynou, resp. z jakých důvodů se nemůže v důsledku předmětné zadávací podmínky účastnit zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Jedině za splnění těchto podmínek má zadavatel možnost na výtky navrhovatele v rozhodnutí o námitkách dostatečně reagovat.

108. Úřad dále konstatuje, že typ pohonu autobusu je jednou z jeho základních charakteristik, kterou používají i sami výrobci, a že zadavatel současně s šetřeným zadávacím řízením zahájil taktéž otevřené zadávací řízení na veřejnou zakázku „*Nákup autobusů určených pro veřejnou linkovou dopravu osob na území Ústeckého kraje, délky 11 – 13 m a s pohonem na CNG*“ a veřejnou zakázku „*Nákup autobusů určených pro veřejnou linkovou dopravu osob na území Ústeckého kraje, délky 14 – 16 m a s pohonem na CNG*“. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel poptával dvě různé varianty pohonu autobusů, a je tedy zřejmé, že jeho cílem bylo, aby jeho vozová flotila byla s ohledem na potřeby regionální dopravy diverzifikovaná. Na právě uvedeném úmyslu zadavatele ničeho nemění ani skutečnost, že zadavatel zadávací řízení na dodávku autobusů délky 11 až 13 m a 14 až 16 m zrušil, a to z důvodů podle § 127 odst. 2 písm. e) zákona a § 127 odst. 2 písm. d) zákona. V této souvislosti Úřad poukazuje na skutečnost, že navrhovatel považoval za diskriminační požadavek na pohon autobusů taktéž v případě zmiňovaných zadávacích řízení, kde byla požadována dodávka autobusů s pohonem na CNG, a současně v této skutečnosti spatřoval důvod, pro který nemůže být požadavek zadavatele na pohon na motorovou naftu odůvodněn absencí alternativní infrastruktury. Navrhovatel totiž opomenul, že z dokumentace o zadávacím řízení nikterak nevyplývá, že by zadavatel hodlal provozovat poptávané autobusy s pohonem na motorovou naftu na stejných linkách, na kterých hodlal provozovat zmiňované autobusy s pohonem na CNG. Skutečnost, že by plnicí infrastruktura na CNG byla zadavateli dostupná na jiných trasách, totiž bez dalšího neznamena, že by byla dostupná i na trasách, na nichž hodlá provozovat autobusy, které jsou předmětem plnění šetřené veřejné zakázky. Nelze rovněž odhlédnout od toho, že absence alternativní infrastruktury není jediná skutečnost, kterou zadavatel předmětný požadavek odůvodnil. Pokud tak zadavatel v rozhodnutí o námitkách odůvodnil nastavení parametru pohonu autobusů charakterem tras, na kterých bude uvedené autobusy provozovat, ve spojení s absencí alternativní plnicí (či nabíjecí) infrastruktury, jakož i potřebnou délkou denních oběhů, je takové odůvodnění s ohledem na skutečnost, že se jedná o parametr běžný, který navíc pro rozlišení různých typů autobusů používají sami výrobci, zcela dostatečné, a tudíž se v případě tohoto požadavku nemůže jednat o bezdůvodné omezení hospodářské soutěže.
109. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel stanovil požadavek na dojezdovou vzdálenost „*i více než 500 km*“ až v rozhodnutí o námitkách (viz bod č. 11 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad shodně se zadavatelem konstatuje, že toto tvrzení neodpovídá zjištěným skutečnostem, neboť požadavek na dojezdovou vzdálenost poptávaných vozidel byl jednoznačně stanoven v článku 3 technických podmínek prostřednictvím modelové trasy vymezené jednotlivými

zastávkami (viz bod č. 73 odůvodnění tohoto rozhodnutí), a navrhovateli tak nic nebránilo zjistit délku této modelové trasy z některé z veřejně dostupných mapových aplikací či jiným způsobem, např. měřeným průjezdem uvedených zastávek. Pro úplnost Úřad podotýká, že uvedená vzdálenost „i více než 500 km“ byla zadavatelem v rozhodnutí o námitkách zmíněna v souvislosti s denními oběhy autobusů příměstské či meziměstské dopravy v oblasti Ústeckého kraje obecně, nikoli v souvislosti se zmiňovanou modelovou či jinou konkrétně vymezenou trasou. Z uvedených důvodů tedy nelze přisvědčit navrhovateli, že se jedná o novou skutečnost, kterou zadavatel vyjevil až v rozhodnutí o námitkách.

110. K argumentaci navrhovatele, že by byl v případě, že by to zadavatel připustil, schopen zahrnout náklady na vybudování infrastruktury pro alternativní typ pohonu autobusů do nabídkové ceny a podat konkurenceschopnou nabídku, neboť vybudování např. infrastruktury pro elektrobusy, tj. dobíjecího místa, je méně nákladné než vybudování benzinové pumpy či plničky CNG, Úřad konstatuje, že zadavatel je na základě svých objektivně odůvodnitelných potřeb oprávněn poptávat autobusy na naftový pohon, a navrhovatel nemůže zadavateli určovat, jaké plnění má poptávat. Právě uvedené platí jak ve vztahu k typu pohonu poptávaných autobusů, tak ve vztahu k vymezení předmětu plnění veřejné zakázky v širším slova smyslu, tj. ve vztahu k zahrnutí plnicí či dobíjecí infrastruktury do předmětu plnění této veřejné zakázky. V této souvislosti Úřad uvádí, že každá zadávací podmínka určitým způsobem omezuje okruh potenciálních dodavatelů, avšak zásadu zákazu diskriminace, kterou navrhovatel argumentuje, nelze interpretovat tak extenzivně, že by byl zadavatel nucen vymežit předmět plnění veřejné zakázky tak široce, že by mohl obdržet nabídky plnění, které by neodpovídalo objektivně odůvodnitelným potřebám zadavatele či které by bylo z hlediska splnění účelu předmětné veřejné zakázky neefektivní (např. zadavatel by nemohl dodaná vozidla provozovat na celé modelové trase, pro kterou tato vozidla poptával, případně by takový provoz přinášel nepřiměřené komplikace). K tvrzení navrhovatele, že i kdyby zadavatel nebyl s to předmět veřejné zakázky vymežit tak, aby umožnil účast dodavatelům s více typy pohonu autobusů, mohl by za tímto účelem mj. vést řízení se soutěžním dialogem, Úřad konstatuje, že navrhovatel nemůže zadavateli určovat ani to, jaký druh zadávacího řízení by měl pro zadání veřejné zakázky použít. Zadavatel je totiž při stanovení předmětu plnění veřejné zakázky či výběru druhu zadávacího řízení povinen postupovat tak, aby dodržel příslušná pravidla stanovená zákonem, nikoli tak, aby vyhověl navrhovateli. Nastíněný postup by naopak mohl být za situace, kdy by zadavatel stanovil zadávací podmínky s cílem, aby přesně odpovídaly technické specifikaci autobusů distribuovaných navrhovatelem, považován za rozporný se zásadou rovného zacházení a zákazu diskriminace. Ze všech shora uvedených důvodů tak nelze ze strany Úřadu uzavřít jinak, než že zadavatel postupoval při stanovení požadavku na pohon poptávaných autobusů na motorovou naftu v souladu se zákonem.
111. Úřad dále uvádí, že navrhovatel v souvislosti se svou námitkou týkající se požadavku zadavatele na typ pohonu poptávaných autobusů brojil i proti požadavku na prokázání splnění technické kvalifikace předložením reference dodávkou alespoň 20 autobusů na naftový pohon. K právě uvedenému Úřad konstatuje, že požadavek na reference pouze dodávkou naftových autobusů nelze považovat za nepřiměřený, neboť předmětem plnění veřejné zakázky, resp. jednotlivých kupních smluv, je dodávka autobusů na naftový pohon (přičemž požadavek na typ pohonu autobusu byl odůvodněn objektivními potřebami zadavatele, jak vyplývá z bodu č. 108 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak Úřad konstatoval

v odkazovaném bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí, pohon autobusů je jedním z jeho základních charakteristik, a v šetřeném případě odpovídá odůvodněným potřebám zadavatele. Aby bylo možné zaručit dodání plnění, které odpovídá potřebám zadavatele, nejví se z pohledu Úřadu nikterak nepřiměřené, aby zadavatel požadoval doložit zkušenosti s dodávkou autobusů, které se shodují v jedné ze základních charakteristik, tj. druhu pohonu, přičemž předložením reference na dodávku autobusů s jiným pohonem nelze zaručit požadované zkušenosti dodavatele. Nelze tak souhlasit s tvrzením navrhovatele uvedeným v souvislosti s požadavkem zadavatele na předložení reference, že typ pohonu není u dodávky autobusu rozhodujícím, nýbrž naopak do značné míry nahodilým prvkem. K výhradě navrhovatele, že zadavatel v souvislosti s vymezením referenčních dodávek vůbec nepracuje s parametry jako obsaditelnost nebo cena vozidla, Úřad přisvědčil zadavateli, že uvedené parametry byly zohledněny v zadávacích podmínkách (cena vozidel jako předmět hodnocení a minimální obsaditelnost jako jeden z požadavků technických podmínek), a že zohledňování minimální obsaditelnosti či dokonce nabídkové ceny, která bez dalšího vůbec nevyovídá o technických vlastnostech předmětných vozidel, by bylo nadbytečné pro účely zjištění, zda je určitý dodavatel schopen dodat autobusy na naftový pohon.

112. V návaznosti na právě uvedené Úřad dodává, že navrhovatel brojí proti zmiňovanému požadavku na referenční dodávku taktéž z hlediska rozsahu požadované referenční dodávky (viz bod č. 13 odůvodnění tohoto rozhodnutí), když v souvislosti se svou námitkou proti údajně neurčitě vymezení předmětu veřejné zakázky (viz tamtéž) uvádí, že uvedený požadavek na prokázání technické kvalifikace je nepřiměřený v kontextu skutečnosti, že dodávka vozidel na základě rámcové dohody uzavřené zadavatelem a vybraným dodavatelem může mít reálný rozsah toliko 10 vozidel. V této souvislosti odkazuje Úřad na své rozhodnutí č. j. ÚOHS-13539/2020/513/EPi ze dne 6. 5. 2020, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-23901/2020/321/VJu ze dne 4. 8. 2020. V odkazovaném případě brojil navrhovatel mj. proti skutečnosti, že zadavatel požadoval „celou řadu kvalifikačních předpokladů, které jsou však potřebné pouze k disponibilní části plnění,“ neboť byl přesvědčen, že předmětné kvalifikační předpoklady nejsou nijak spojeny s definovaným objemem plnění veřejné zakázky, a že slouží pouze k omezení okruhu potenciálních dodavatelů. K předmětnému tvrzení Úřad v citovaném rozhodnutí uvedl, že „[z]adávací dokumentaci, resp. zadávací podmínky je nutné vnímat jako celek, a to ve všech vzájemných souvislostech. Z rozsahu zadávacích podmínek týkajících se disponibilního, resp. rámcového plnění, lze dle Úřadu usuzovat, že záměrem zadavatele je skutečně toto plnění odebrat. Jen stěží si lze představit, že by se zadavatel takto rozsáhle zabýval plněním, které ve skutečnosti nemá v úmyslu odebrat. Nadstavbové funkcionality jsou v rámci zadávacích podmínek zohledněny v předpokládané hodnotě, kritériích technické kvalifikace, ve smlouvě o dílo i v technické specifikaci veřejné zakázky (viz výše uvedená zjištění vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení). Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel s touto částí plnění veřejné zakázky v nějakém rozsahu počítá a je tedy oprávněn na ni navázat i kritéria technické kvalifikace, neboť s ohledem na ustanovení § 79 odst. 1 zákona je oprávněn ověřit, zda konkrétní dodavatel má dostatečné lidské zdroje i odborné znalosti a zkušenosti k plnění této části veřejné zakázky. Nelze mít ani za to, že tento postup není v souladu s § 73 odst. 6, dle kterého musí být kritéria technické kvalifikace stanovena přiměřeně k rozsahu a složitosti předmětu plnění, neboť zadavatel předpokládá plnění, jehož součástí mají být i nadstavbové funkcionality, na něž jsou navázána navrhovatelem napadaná kritéria technické kvalifikace.“

V návaznosti na citované rozhodnutí Úřad uvádí, že také v šetřeném případě zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky zohlednil maximální možný počet autobusů, jež lze na základě rámcové dohody dodat, když určil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 477 000 000,- Kč (viz bod č. 3 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Požadavek zadavatele na předložení reference na dodávku minimálně 20 ks (naftových) autobusů je tak objektivně zdůvodnitelný, neboť ze zadávacích podmínek vyplývá záměr zadavatele odebrat až 90 ks autobusů. Skutečnost, že zadavatel garantuje uzavření kupní smlouvy na dodávku toliko 10 autobusů, totiž neznamena, že zadavatel více autobusů neobjedná. Je třeba mít na zřeteli, že přezkoumávané zadávací řízení směřuje k uzavření rámcové dohody, přičemž mezi specifika rámcových dohod patří mj. skutečnost, že *„nezakládá povinnost zadavatele poptávat od účastníka plnění v jakémkoli rozsahu či skladbě (...), tj. uchazeč není na základě Rámcové dohody oprávněn požadovat zadání (...),“* jak vyplývá např. z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0288/2018/VZ-27473/2018/521/RŠu ze dne 19. 9. 2018, jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0166/2018/VZ-00267/2019/321/ZSř ze dne 4. 1. 2019. V odkazovaném případě Úřad dále dovodil, že *„možnost zadavatele „nepoptávat“ plnění není v daném případě výsledkem prosté libovůli zadavatele, neboť ten je odkázán na rozhodnutí třetích osob, od kterých se bude jeho následná poptávka odvíjet. Úřad tedy shrnuje, že tuto zadávací podmínku považuje za zdůvodněnou.“* V návaznosti na citované rozhodnutí Úřad konstatuje, že také v šetřeném případě platí, že počet poptávaných autobusů do jisté míry závisí mj. na *„rozsahu dopravní obslužnosti, jež bude zadavateli stanovena ze strany zřizovatele Ústeckého kraje,“* jak vyplývá z vyjádření zadavatele k návrhu. To znamená, že i v šetřeném případě lze považovat požadavek zadavatele na předložení reference dodávkou alespoň 20 autobusů za objektivně zdůvodněný a nikoli za nepřiměřený, mj. i vzhledem ke skutečnosti, že 20 autobusů představuje méně než jednu čtvrtinu maximálního možného množství autobusů, které lze na základě uzavřené rámcové dohody dodat.

K požadované délce autobusů

113. Z návrhu dále vyplývá, že navrhovatel považuje za neodůvodněné, nepřiměřené, diskriminační a vytvářející bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže také požadavek zadavatele na délku autobusů v rozmezí 9,9 až 11 m, přičemž za relevantní považuje toliko požadavek na minimální obsaditelnost vozidel vymezený v čl. 4 písm. a) technických podmínek. K právě uvedenému Úřad stejně jako v námitce navrhovatele týkající se pohonu poptávaných vozidel (viz bod č. 107 odůvodnění tohoto rozhodnutí) konstatuje, že pro řádný přezkum technických podmínek veřejné zakázky Úřadem z hlediska dodržení základních zásad zadávání veřejných zakázek je klíčové, aby měl Úřad možnost seznámit se s důvody, které zadavatele k nastavení konkrétních technických požadavků vedly. Jinými slovy platí, že zadavatel musí být schopen stanovené požadavky odůvodnit svými objektivními potřebami, a to zejména v situaci, kdy jsou tyto požadavky napadeny námitkami či návrhem na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. V situaci, kdy zadavatel napadenou zadávací podmínku odůvodní svými objektivními potřebami, zatímco navrhovatel ve svých námitkách či návrhu specifikuje dopad napadené zadávací podmínky ve smyslu předchozí věty odůvodnění tohoto rozhodnutí velmi obecně až vágně, pak nelze ze strany Úřadu považovat napadanou zadávací podmínku bez dalšího za překážku hospodářské soutěže, neboť akceptováním takového přístupu by bylo možné vždy docílit zrušení zadávacího řízení,

což je ovšem akceptovatelné pouze za situace, kdy zadávací podmínky jsou prokazatelně nastaveny v rozporu se zákonem.

114. V návaznosti na právě uvedené Úřad konstatuje, že délka autobusů je jednou z jejich základních charakteristik, kterou používají pro označení různých typů vozidel i sami výrobci, a že zadavatel současně s šetřeným zadávacím řízením zahájil taktéž otevřené zadávací řízení na veřejnou zakázku „Nákup autobusů určených pro veřejnou linkovou dopravu osob na území Ústeckého kraje, délky 11 – 13 m a s pohonem na CNG“ a veřejnou zakázku „Nákup autobusů určených pro veřejnou linkovou dopravu osob na území Ústeckého kraje, délky 14 – 16 m a s pohonem na CNG“. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel poptával několik variant délky autobusů, a to vždy v určitém rozmezí. Je tedy zřejmé, že cílem zadavatele bylo disponovat více velikostmi (kategoriemi) autobusů tak, aby jeho flotila byla variabilní s ohledem na potřeby regionální dopravy. Na právě uvedeném úmyslu zadavatele ničeho nemění ani skutečnost, že zadavatel zadávací řízení na dodávku autobusů délky 11 až 13 m a 14 až 16 m zrušil, a to z důvodů podle § 127 odst. 2 písm. e) zákona a § 127 odst. 2 písm. d) zákona.
115. V šetřeném případě navrhovatel brojí jak proti maximální přípustné délce autobusů, tak proti délce minimální. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách ke zmiňované výhradě navrhovatele uvedl, že důvodem stanovení rozmezí délky 9,9 až 11 m byla jeho snaha o vybudování diverzifikované flotily vozidel, zajištění dostatečného uživatelského komfortu, jakož i charakterem oblastí, v nichž budou poptávaná vozidla převážně provozována a pro které nejsou z důvodu obecně užších či členitějších silnic (Litoměřicko, Lounsko) jakož i s ohledem na větší nároky na manévrovací schopnosti delší autobusy vhodným a dostatečně bezpečným řešením. Úřad konstatuje, že podobu zmiňovaných tras dokládá také fotodokumentace vybraných obtížných úseků, kterou zadavatel přiložil ke svému vyjádření k návrhu navrhovatele. Ve vztahu k výhradě navrhovatele ke spodnímu limitu délky požadovaných autobusů tak zadavatel argumentoval potřebou zajištění dostatečného komfortu pro cestující, včetně cestujících s kočárky či na invalidních vozících. Naopak ve vztahu k výhradě navrhovatele k hornímu limitu délky autobusů zadavatel argumentovat převážně charakterem oblastí, ve kterých budou poptávaná vozidla provozována.
116. V návaznosti na právě uvedené Úřad uvádí, že horní hranici přípustného délkového rozmezí vozidel napadá navrhovatel s tím, že uvedený požadavek omezuje maximální délku autobusů nad rámec pravidel vyhlášky č. 209/2018 Sb., o hmotnostech, rozměrech a spojitelnosti vozidel, ve znění pozdějších předpisů (dále jen vyhláška č. 209/2018 Sb.), která pro dvounápravové autobusy stanoví limit 13,5 m a pro třínápravové autobusy 15 m. Úřad poznamenává, že ačkoli citovaná vyhláška v obecné rovině označuje za maximální bezpečnou délku dvounápravových či třínápravových autobusů 13,5 m, resp. 15 m, nelze v situaci, kdy zadavatel odůvodní stanovení nižšího délkového limitu svými objektivními potřebami, natož pak i s ohledem na bezpečnost dopravy, považovat postup zadavatele, spočívající v omezení nejvyšší možné délky autobusů nad rámec omezení vyplývající z uvedené vyhlášky, za rozporný se zákonem.
117. Pokud tak zadavatel v rozhodnutí o námitkách odůvodnil nastavení parametru délky autobusů odkazem na požadovaný uživatelský komfort cestujících ve spojení s charakterem tras, na kterých budou poptávaná vozidla převážně provozována, a na základní charakteristiku kategorie autobusu, je takové odůvodnění s ohledem na skutečnost, že se

jedná o parametr běžný a navíc nastavený v dostatečném rozmezí přesahujícím téměř do další kategorie, zcela dostatečné, a tudíž se v případě tohoto požadavku nemůže jednat o bezdůvodné omezení hospodářské soutěže. V souvislosti s navrhovatelem napadenou minimální akceptovatelnou délkou autobusů Úřad uvádí, že vnitřní prostor autobusu podstatně ovlivňuje celkový komfort cestujících, a je z logiky věci do velké míry dán jeho délkou, přičemž zajištění dostatečného prostoru pro sedící i stojící cestující, usnadnění pohybu cestujících po vozidle a zajištění dostatečného prostoru cestujících na vozíku či s kočárkem, nelze zaručit samotným požadavkem na obsaditelnost, jak správně uvádí zadavatel. K navazující argumentaci navrhovatele, že pokud zadavateli záleží na velikosti prostoru pro cestující na invalidním vozíku či s kočárkem či na velikosti uličky, měl by stanovit minimální požadavky na velikost příslušných prostor autobusů, nikoli jejich délku, Úřad konstatuje, že nelze přijmout názor, že takto základní parametr, navíc nastavený v dostatečném rozmezí, musí být ze strany zadavatele zcela nepřiměřeně odůvodněn složitými parametry požadovaného vnitřního prostoru. Je zcela zjevné, že nastavení délky autobusu s tolerancí cca 10 % nemohlo směřovat ani na žádný konkrétní výrobek, což ostatně navrhovatel ani netvrdí.

118. Vzhledem k tomu, že navrhovatel k dopadu požadované délky autobusů na hospodářskou soutěž toliko uvádí, že uvedený požadavek omezuje maximální délku autobusů nad rámec pravidel vyhlášky č. 209/2018 Sb., která pro dvounápravové autobusy stanoví limit 13,5 m a pro třínápravové autobusy 15 m, aniž by uvedl, jaké negativní důsledky pro něj z dané zadávací podmínky plynou, resp. z jakých důvodů se nemůže v důsledku dané zadávací podmínky zadávacího řízení účastnit (srov. bod č. 113 odůvodnění tohoto rozhodnutí), nelze ze strany Úřadu uzavřít jinak, než že zadavatel postupoval při stanovení požadavku na rozmezí délky poptávaných autobusů 9,9 až 11 m v souladu se zákonem.

K vymezení předmětu veřejné zakázky co do rozsahu dodávek

119. Úřad konstatuje, že navrhovatel spatřoval pochybení zadavatele ve vztahu k vymezení předmětu veřejné zakázky co do jeho rozsahu v tom smyslu, že zadavatel dle jeho názoru vymezil předmět zmiňované veřejné zakázky příliš široce a fakticky neurčitě, když rámcovou dohodou garantoval odběr toliko 10 z možných 90 autobusů. Uvedené pochybení zadavatel dle navrhovatele nenapravit ani vysvětlením ZD 6, když k požadavku navrhovatele na konkretizaci tohoto rozsahu uvedl, že nebude zadávací dokumentaci v daném ohledu měnit. V návaznosti na právě uvedené Úřad s ohledem na to, že předmětem přezkoumávaného zadávacího řízení je uzavření rámcové dohody, v obecné rovině konstatuje, že rámcová dohoda je zvláštním druhem smlouvy v oblasti zadávání veřejných zakázek, která vymezuje pouze smluvní základ pro opakovaná plnění předem obtížně předvídatelného rozsahu, se stejným nebo obdobným předmětem a mezi stejnými subjekty. Plnění veřejných zakázek je poté realizováno až na základě následných objednávek, resp. na základě uzavírání jednotlivých dílčích smluv, které jsou uzavírány v souladu s rámcovou dohodou. Smyslem rámcových dohod není jednoznačný závazek směřující k realizaci plnění veřejné zakázky. Dodavatelé tak nemohou v případě uzavření rámcové dohody spoléhat na konkrétní zisk či obrát za určité období, jak je tomu v případě uzavření „klasické“ smlouvy, jejímž předmětem je poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací. Konkrétní plnění nemusí být ze strany zadavatele ani vůbec požadováno, nedojde-li k uzavírání dílčích smluv. Samotným uzavřením rámcové dohody tak z pohledu dodavatele nevzniká žádný právní nárok na plnění předmětu

veřejné zakázky, resp. z pohledu zadavatele nevzniká žádná povinnost poptávat plnění pouze na základě rámcové dohody. Lze tedy souhlasit se zadavatelem, že možnost nepoptávat plnění vysoutěžené na základě rámcové dohody odpovídá zákonné koncepci rámcové dohody.

120. Úřad připouští, že se možnost „nepoptávat“ plnění z pohledu potenciálních dodavatelů jeví jako nekomfortní, neboť se jedná o vysoce specializovanou veřejnou zakázku s vysokou předpokládanou hodnotou. Úřad ale dodává, že možnost „nepoptávat“ plnění vychází z obecného principu rámcové dohody. Je pak pouze na konkrétním dodavateli, aby si vyhodnotil, zda mu takto stanovené podmínky vyhovují, či nikoliv a zda je míra podnikatelského rizika, kterou pro něho může představovat odebrání, nebo neodebrání konkrétního plnění, přijatelná. Pokud by na postup zadavatele Úřad pohlížel z pohledu navrhovatele, je třeba říct, že by prakticky nebylo možné uzavřít žádnou rámcovou dohodu (podle § 131 a násl. zákona), ačkoli zákon její uzavření předpokládá a upravuje.
121. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel v čl. II odst. 2 rámcové dohody stanovil, že je povinen určit dodací termín pro předmětné autobusy v délce nejméně 14 měsíců, a zároveň v čl. II odst. 3 rámcové dohody stanovil, že zajistí takové nastavení dodacích termínů, aby na žádné období po sobě jdoucích tří kalendářních měsíců nepřipadaly dodací termíny k více než 10 vozidlům dodaných na základě kupních smluv uzavřených na základě předmětné rámcové dohody, nelze akceptovat ani tvrzení navrhovatele, že zadavatel nutí dodavatele, aby udržovali kapacity na dodávky velkého množství autobusů pouze z důvodu možné opce, čímž skrytě diskriminuje menší dodavatele. V důsledku nastavení dostatečně dlouhých dodacích termínů ve spojení s limitovaným počtem vozidel, která lze během určitého období poptávat, totiž není ze strany dodavatelů potřebné, aby udržovali své výrobní či skladovací kapacity pro množství autobusů značně překračující aktuálně objednaný počet. Lze konstatovat, obdobně jako zadavatel uvádí ke vzniku újmy navrhovatele obecně, že pokud navrhovatel připraví své kapacity na to, že bude dodávat více vozidel, než odpovídá poptávce zadavatele na nastávající období, nemůže v případě, že zadavatel již další vozidla neobjedná, pociťovat žádnou újmu, neboť je nutné uvažovat v tom smyslu, že dodavatel zatím zadavateli toto „nadbytečné“ plnění neposkytl a nese si toliko své běžné provozní náklady, popř. náklady na přípravu nabídky. Míru podnikatelského rizika na straně navrhovatele či jiných potenciálních dodavatelů tak nelze v uvedeném kontextu považovat za nepřiměřenou. Soutěže o veřejnou zakázku se tak mohou účastnit i hospodářské subjekty, které budou poptávané autobusy teprve vyrábět, a současně není nutné rezervovat výrobní kapacity výhradně pro zadavatele, neboť jak již bylo uvedeno výše, nastavená doba dodání autobusů pro zadavatele dle názoru Úřadu umožňuje případně dokončit výrobu autobusů pro jiný subjekt a současně včas zahájit výrobu pro zadavatele.
122. Úřad dále uvádí, že nelze přijmout ani tvrzení navrhovatele, že nabídky podané účastníkem předpokládajícím dodávku 10 autobusů a účastníkem předpokládajícím dodávku 90 autobusů budou nepochybně vzájemně neporovnatelné, neboť zadavatel v zadávacích podmínkách zcela jednoznačně a shodně ve vztahu ke všem potenciálním dodavatelům garantuje pouze odběr 10 autobusů. Každý potenciální dodavatel tak musí před podáním nabídky na veřejnou zakázku zvážit míru podnikatelského rizika jak ve vztahu k možnosti, že zadavatel projeví zájem pouze o garantovaných 10 autobusů, tak ve vztahu k možnosti, že zadavatel poptá větší či maximální množství autobusů. Pokud navrhovatel uvádí, že budou

zvýhodnění ti účastníci, kteří mají „interní“ informace o skutečných potřebách zadavatele, které zadavatel neuvedl v zadávací dokumentaci, pak je třeba konstatovat, že se jedná pouze o domněnku navrhovatele, která nemá oporu ve zjištěných skutečnostech. Navrhovatel nadto ani neuvádí, jakým způsobem by měli být tito dodavatelé disponující domnělými informacemi o skutečných potřebách zadavatele zvýhodnění.

123. Úřad dále poznamenává, že tvrzení navrhovatele, že míra podnikatelského rizika není v daném případě sdílená, nýbrž leží pouze na straně dodavatele, neboť za riziko na straně zadavatele nelze považovat to, že zadavatel neobdrží něco, oč nebude mít zájem, svědčí o nesprávné interpretaci argumentace zadavatele. Zadavatel totiž podnikatelské riziko na své straně spatřuje v tom, že mu nebude dodáno plnění sjednané kupní smlouvou, nikoli v tom, že mu nebude dodáno plnění, které si neobjednal. V souvislosti se stanoviskem zadavatele, že má zájem mít možnost poptávat konkrétní počty autobusů v závislosti na svých budoucích potřebách, které v současné době nemůže s jistotou předvídat, a jež závisí též na faktorech mimo jeho kontrolu, mj. na rozsahu dopravní obslužnosti, jež mu bude k zajištění stanovena ze strany Ústeckého kraje, nelze opomenout, že zavázal-li by se zadavatel k odběru určitého počtu jednotek, mohl by se s ohledem na § 131 odst. 5 zákona (dle kterého nelze provést podstatnou změnu rámcové dohody po dobu jejího trvání bez provedení nového zadávacího řízení, a to ani při zadávání dílčích veřejných zakázek na základě rámcové dohody) ocitnout v situaci, kdy pro tyto jednotky nebude mít uplatnění. S ohledem na výše uvedené, jakož i na skutečnost, že možnost zadavatele nepoptávat více než garantovaných 10 autobusů nelze považovat za výsledek prosté libovůle, když je budoucí potřebné množství autobusů do jisté míry závislé mj. na rozhodnutí zřizovatele zadavatele – Ústeckého kraje – je třeba považovat vymezení předmětu veřejné zakázky, co do rozsahu dodávek (viz bod č. 111 odůvodnění tohoto rozhodnutí), za souladné se zákonem.

K ustanovením kupní smlouvy ohledně záruky v oblasti práv duševního vlastnictví

124. Za nejasná a nepřiměřená považuje navrhovatel také ustanovení kupní smlouvy upravující záruku v oblasti práv duševního vlastnictví, konkrétně čl. V odst. 4 kupní smlouvy, upravující časově neomezenou záruku, a čl. X odst. 2 kupní smlouvy, jež hovoří o záruce časově omezené. Z obdržené dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že zadavatel ve vysvětlení ZD 6 k otázce navrhovatele, co je obsahem záruky v oblasti práv duševního vlastnictví a zda je tato záruka časově omezená či nikoli, mj. uvedl, že závazek prodávajícího zajistit, že užívání dodaných vozidel nebude mít za následek porušení jakéhokoli práva duševního vlastnictví prodávajícího či třetích osob (čl. V odst. 4 kupní smlouvy), je časově neomezený a uplatní se nad rámec záruky za jakost (čl. X kupní smlouvy), která je časově omezená. Z právě uvedeného je dle Úřadu zřejmé, že zadavatel v citovaném vysvětlení příslušný dotaz navrhovatele beze zbytku zodpověděl. Z uvedeného důvodu neobstojí tvrzení navrhovatele, že smluvní ustanovení jsou nejasná mj. z důvodu, že se ve smlouvě dodavatel zaručuje za totéž na dobu omezenou i neomezenou.
125. Navrhovatel je však přesvědčen, že zadavatel (částečně) vyložil obsah předmětných ustanovení až v rozhodnutí o námitkách, když k čl. V odst. 4 kupní smlouvy uvedl, že se jedná o „*prohlášení a záruku za to, že dodané autobusy (nebo některé jejich díly či komponenty) neporušují práva duševního vlastnictví (např. práva k patentům a vynálezům, k užitným vzorům apod.) prodávajícího či třetí osoby. Dané prohlášení tedy z povahy věci musí pokrývat celé období, kdy bude zadavatel dodané autobusy používat, a tento závazek prodávajícího je*

proto v návrhu kupní smlouvy stanoven bez časového omezení.“ S právě uvedeným názorem navrhovatele se dle Úřadu nelze ztotožnit, neboť citovanou částí rozhodnutí o námitkách nereagoval zadavatel na uvedený dotaz navrhovatele, který ostatně zodpověděl již ve vysvětlení ZD 6, jak bylo uvedeno výše, nýbrž na tvrzení navrhovatele, že navrhovatel nemůže zadavateli poskytnout záruku za cokoli, co sám zadavatel způsobí či nezpůsobí užíváním dodaných vozidel, natož na neomezenou dobu do budoucnosti, a že z důvodu, že zadavatel „nijak nepřiblížil obsah této záruky,“ musela by jeho dodávka být spojena s podrobným právním auditem (viz bod č. 14 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Nad rámec výše uvedeného Úřad považuje přinejmenším za neobvyklé, aby navrhovatel jakožto zkušený profesionál v oblasti dodávky autobusů spatřoval v citované části rozhodnutí o námitkách nové skutečnosti oproti vysvětlení ZD 6, když zadavatel toliko uvedl, že právy duševního vlastnictví se v dané souvislosti rozumí např. práva k patentům a vynálezům, k užitým vzorům atd. či že příslušný závazek je v kupní smlouvě stanoven bez časového omezení, neboť musí z povahy věci pokrývat celé období, po které bude zadavatel dodané autobusy používat. V této souvislosti Úřad podotýká, že sám navrhovatel v návrhu uvedl, že za uvedené skutečnosti by se zaručit mohl, neboť závazky k výrobci má v tomto ohledu vyřešené, a že práva k patentům, vynálezům a užitným vzorům použitým na autobusech se vyčerpávají jejich použitím v rámci dokončeného autobusu, který dále distribuuje.

126. Navrhovatel ve svém návrhu dále trvá na tom, že nemůže zadavateli poskytnout záruku za cokoli, co sám zadavatel způsobí či nezpůsobí užíváním dodaných vozidel, přičemž v návrhu nově uvádí příklad s polepy autobusů (viz bod č. 14 odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad uvádí, že z citovaných smluvních ustanovení ani z vysvětlení ZD 6 nevyplývá, že by měl dodavatel poptávaných autobusů poskytovat časově neomezenou záruku v oblasti práv duševního vlastnictví ve vztahu k něčemu, co není součástí předmětu plnění veřejné zakázky, a jako zcela neopodstatněná se v tomto kontextu jeví i výše uvedená námitka navrhovatele, že by dodávka autobusů z jeho strany musela být spojena s podrobným právním auditem (viz předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí). V této souvislosti Úřad konstatuje, že po zadavateli nelze rozumně požadovat, aby při stanovení zadávacích podmínek veřejné zakázky předvídal veškeré extenzivní až absurdní způsoby možné interpretace jednotlivých smluvních ustanovení, které navrhovatel navíc zadavateli nevyjevil v žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace, ačkoli k tomu měl příležitost. Úřad opětovně zdůrazňuje, že zadavatel se ve vysvětlení ZD 6 k dotazu položenému navrhovatelem beze zbytku vyjádřil. Pokud měl navrhovatel přesto obavy týkající se vzniku odpovědnosti za něco, co sám nezpůsobí, či nutnosti provádět podrobný právní audit, mohl zadavatele požádat o objasnění těchto skutečností. Závěrem Úřad konstatuje, že s ohledem na vše výše uvedené považuje za prokázané, že i za předpokladu, že by ze samotných smluvních ustanovení týkajících se záruky v oblasti práv duševního vlastnictví, tj. čl. V odst. 4 a čl. X odst. 2 kupní smlouvy vyplývala určitá nejasnost ohledně obsahu uvedených záruk, zejména co do trvání příslušného závazku, byla tato případná nejasnost odstraněna vysvětlením ZD 6, ve kterém zadavatel mj. uvedl, že záruka ve smyslu č. V odst. 4 kupní smlouvy je časově neomezená a uplatní se nad rámec záruky podle čl. X kupní smlouvy, která je časově omezená. Je tak zřejmé, že zadavatel stanovil citovaná smluvní ustanovení ohledně práv v oblasti duševního vlastnictví v souladu se zákonem. Nad rámec uvedeného Úřad poznamenává, že smluvní ustanovení upravující záruku v oblasti práv duševního vlastnictví lze v šetřeném případě považovat za obchodní podmínku, která s ohledem na zjištěné skutečnosti není excesivní.

V této souvislosti odkazuje Úřad na obecně přijímanou zásadu, formulovanou Krajským soudem v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013, že „[o]bchodní podmínky, které jsou součástí závazných návrhů rámcové dohody a kupních smluv, zejména nesmí porušovat zásady, na kterých zákon spočívá, a nesmí být zjevně excesivní. V tomto smyslu je však též omezen jejich přezkum ze strany Úřadu. Zadavatel také nesmí stanovením obchodních podmínek obcházet stanovení jiných zadávacích podmínek, například podmínek kvalifikace.“

K výši bankovní záruky za plnění kupní smlouvy

127. Navrhovatel dále v rámci návrhu brojí proti finanční záruce za řádné plnění kupní smlouvy, stanovené ve formě bankovní záruky ve výši 10 % z kupní ceny všech vozidel dodaných na základě uvedené kupní smlouvy, neboť považuje uvedenou výši záruky za nepřiměřenou. Úřad v první řadě uvádí, že právní úprava finanční (bankovní) záruky je obsažena v § 2029 až § 2039 občanského zákoníku, a vzniká prohlášením výstavce, kterým je v případě, že se jedná o bankovní záruku, banka, v záruční listině, že uspokojí věřitele do výše určité peněžní částky, nesplní-li dlužník věřiteli určitý dluh, anebo splní-li se jiné podmínky určené v záruční listině. Finanční záruka je tudíž zvláštním druhem ručení, jež umožňuje věřiteli vymáhat splnění závazku na výstavci, jestliže dlužník nesplní závazek, jenž je uvedenou finanční zárukou zajištěn. Vznik uvedeného závazku výstavce se stane perfektním doručením listiny s jeho jednostranným projevem vůle věřiteli. Výstavce pak plní svůj dluh z finanční záruky za podmínky, že je k tomu písemně vyzván věřitelem, přičemž vystavující banka obvykle nezkontroluje, zda k porušení závazku zajištěného finanční zárukou skutečně došlo (srov. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0534/2016/VZ-38141/2016/513/IH ze dne 15. 9. 2016). Vystavení záruční listiny s bankou obvykle předchází uzavření smlouvy s dlužníkem, kde se banka v roli výstavce zavazuje, že za úplatu vystaví záruční listinu k zajištění dluhu dlužníka. V návaznosti na právě uvedené Úřad zdůrazňuje, že se jedná o finanční záruku ve smyslu ustanovení § 2029 a následujících občanského zákoníku, kterou nelze zaměňovat s jistotou poskytovanou účastníkem zadávacího řízení ve lhůtě pro podání nabídek ve smyslu § 41 zákona.
128. Předmětem posouzení Úřadu v šetřeném případě je, zda zadavatel dodržel zásadu přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, když stanovil bankovní záruku za účelem řádného zajištění povinností prodávajícího vyplývajících z kupní smlouvy ve výši 10 % z kupní ceny dodaných vozidel. Úřad nejprve zjišťoval, zda v jeho aplikační praxi byl v minulosti podobný požadavek na výši bankovní záruky posuzován a jakým způsobem byl z hlediska zákona hodnocen. K právě uvedenému Úřad konstatuje, že v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S262/2013/VZ20122/2013/521/GSt ze dne 16. 10. 2013, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R360/2013/VZ-24784/2013/310/BV ze dne 18. 12. 2013, a jehož předmětem bylo primárně posouzení oprávněnosti požadavku zadavatele na předložení příslibu bankovní záruky jako takového v nabídce, mj. konstatoval, že zadavatel musí při požadavku na předložení bankovní záruky brát zřetel na základní zásady podle § 6 odst. 1 zákona a zároveň dbát na přiměřenost (proporcionalitu) požadavku na zajištění plnění veřejné zakázky pomocí zajišťovacího institutu bankovní záruky, resp. jejího příslibu. Úřad v citovaném rozhodnutí dospěl k závěru, že proporcionalitu konkrétního požadavku je třeba vždy poměřovat vzhledem k předmětu plnění veřejné zakázky. V odkazovaném případě Úřad shledal, že v součtu zadavatel požadoval bankovní záruky za řádné dokončení díla a záruční

opravy v hodnotě 75 mil. Kč, což činí 22 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky (bankovní záruka za řádné dokončení díla činila 15 % a bankovní záruka za záruční opravy činila 7 %), tudíž bankovní záruky nejsou zadavatelem požadovány v nepřiměřené výši ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky, když pokrývají přibližně pětinu daného plnění. Návrh navrhovatele v dané věci tak byl zamítnut, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. K obdobnému závěru dospěl Úřad ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S402/2013/VZ-3627/2014/514/ZČa ze dne 18. 2. 2014, ve kterém nepovažoval za nepřiměřené bankovní záruky za řádné dokončení díla a odstranění vad v celkovém součtu tvořící 14,17 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Za nepřiměřeně vysoké shledal Úřad naopak finanční záruky za dodržení podmínek, kvality a termínu provedení díla a odstranění vad díla v záruční době v hodnotě 20 mil. Kč, což činí 92 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky (bankovní záruka za dodržení podmínek, kvality a termínu provedení díla činila 69 % a bankovní záruka za odstranění vad díla v záruční době činila 23 %) v již zmiňovaném rozhodnutí č. j. S0534/2016/VZ-38141/2016/513/IHI ze dne 15. 9. 2016.

129. V posuzovaném případě navrhovatel namítá, že záruka za plnění kupní smlouvy ve výši 10 % z kupní ceny dodaných autobusů je nepřiměřená mj. z toho důvodu, že je to zadavatel, komu náleží volba, kolik autobusů na základě uzavřené rámcové dohody objedná, a zmiňovaná bankovní záruka se tak může dostat na velmi vysokou částku a tím veřejnou zakázku prodražit. K právě uvedenému Úřad konstatuje, že otázku přiměřenosti výše bankovní záruky je již ze samotného jazykového významu pojmu přiměřenost nutné posuzovat s ohledem na vzájemný poměr ceny veřejné zakázky (zde ve vztahu k jednotlivým kupním smlouvám, které budou uzavřeny na základě rámcové dohody), nikoli na výši bankovní záruky jako takovou. Z napadeného ustanovení kupní smlouvy totiž vyplývá, že poměr kupní ceny dodaných autobusů a odpovídající hodnoty finanční záruky zůstane vždy zachován, a to bez ohledu na to, kolik autobusů zadavatel na základě rámcové dohody od dodavatele objedná. Dle Úřadu by naopak bylo zcela nelogické a nepřiměřené, aby zůstávala nezměněná výše bankovní záruky bez ohledu na množství objednaných autobusů. Pro úplnost Úřad k citované námitce navrhovatele uvádí, že se na základě zmiňovaného smluvního ustanovení nelze rozumně domnívat, že by měl dodavatel zadavateli předložit záruční listinu ohledně autobusů, které zadavatel od dodavatele neobjednal, či dokonce záruční listinu o bankovní záruce pokrývající najednou odpovídající podíl z kupní ceny maximálního množství autobusů, které je zadavatel oprávněn na základě rámcové dohody od dodavatele objednat. Vzhledem k výše uvedenému, jakož i vzhledem ke skutečnosti, že ze shora citované rozhodovací praxe Úřadu vyplývá, že záruku ve výši 10 % z ceny veřejné zakázky nelze obecně považovat za nepřiměřenou, konstatuje Úřad, že zadavatel stanovil citovaný požadavek na předložení bankovní listiny v souladu se zákonem. Nad rámec uvedeného Úřad poznamenává, že smluvní ustanovení upravující bankovní záruku lze v šetřeném případě navzdory tvrzení navrhovatele považovat za obchodní podmínku, která s ohledem na zjištěné skutečnosti není v daném případě excesivní.

K požadavkům zadavatele na rating banky vystavující bankovní záruku

130. V návaznosti na předchozí námitku brojí navrhovatel též proti podmínkám pro vystavení bankovní záruky a udržování této bankovní záruky v platnosti (čl. VI odst. 2 a 3 kupní smlouvy) ve smyslu požadavku zadavatele na minimální úroveň ratingu vystavující banky. Jak vyplývá z čl. VI odst. 2 písm. a) kupní smlouvy, zadavatel požadoval, aby banka vystavující

bankovní záruku ve smyslu čl. VI odst. 1 citované kupní smlouvy disponovala v kategorii dlouhodobá bankovní depozita alespoň ratingovou známkou Baa3 u agentury Moody's nebo alespoň ratingovou známkou BBB- u agentur S&P či Fitch („*ratingovou známkou Moody's – Baa3, S&P / Fitch – BBB-*“). Navrhovateli nebylo z citovaného ustanovení zřejmé, z jakých zdrojů a k jakému datu bude zadavatel splnění nadepsaného požadavku ověřovat – zda zadavateli postačí splnění tohoto požadavku ke dni vystavení záruky, nebo bude třeba při změně ratingu dodat novou bankovní záruku – a proto zadavatele požádal o vysvětlení uvedené nejasnosti. K předmětné žádosti navrhovatele zadavatel ve vysvětlení ZD 6 uvedl, že pro ověření splnění stanovené povinnosti navrhovatele může využít veškeré relevantní informace, které bude mít v daném ohledu k dispozici. K obsahu uvedené povinnosti dodavatele zadavatel uvedl, že dodavatel musí zajistit, aby jím předložená bankovní záruka splňovala požadavky zadavatele včetně požadavku na rating po celou dobu její platnosti. V této souvislosti Úřad uvádí, že povinnost navrhovatele bezodkladně zajistit vystavení nové záruky v situaci, kdy banka vystavující bankovní záruku přestane uvedeně požadavky splňovat, jednoznačně vyplývá ze samotné kupní smlouvy, konkrétně z čl. VI odst. 2 písm. e), který stanoví, že „*[p]řestane-li v průběhu období, po které má Prodávající povinnost udržovat záruku za plnění v platnosti, příslušná banka splňovat kteroukoliv z podmínek uvedených v odst. 2 písm. a) tohoto článku, je Prodávající bezodkladně povinen zajistit vystavení nové záruky za plnění bankou, která uvedené podmínky splňuje.*“ Ačkoli tedy zadavatel ve vysvětlení ZD 6 uvedené dotazy zodpověděl, považuje navrhovatel i nadále výše formulovaný požadavek za nedostatečně konkrétní a nepřiměřený, a to dle svých slov i z hlediska zátěže, kterou dle jeho názoru představuje dohledávání informací o ratingu, jakož i rizika, že banka vystavující bankovní záruku přestane v průběhu platnosti uvedené bankovní záruky požadavky na minimální ratingovou známkou splňovat.

131. Dříve než Úřad přikročí k posouzení výše uvedených tvrzení navrhovatele, považuje za vhodné zdůraznit, že stejně jako lze z hlediska zadavatele shledat důvodným požadavek na poskytnutí bankovní záruky za plnění smlouvy, neboť se jedná o zajišťovací institut sloužící k ochraně jeho právního postavení, který v případě uplatnění pokryje alespoň částečně jeho nároky, je rovněž odůvodněný požadavek zadavatele, aby banka vystavující bankovní záruku splňovala určité předpoklady, neboť tak bude mít zadavatel jistotu (či alespoň vysokou míru pravděpodobnosti), že předmětná banka bude schopná svůj závazek sjednaný v záruční listině splnit. Jinými slovy lze říci, že stanovením požadavku na určitou úroveň ratingu lze ze strany zadavatele zabezpečit, aby sjednaná bankovní záruka v případě potřeby splnila svůj účel, protože předmětný požadavek nelze považovat za excesivní. Právě k ověření schopnosti bankovních institucí plnit své závazky slouží zadavatelem zmiňované ratingové agentury, přičemž z veřejně dostupných informací lze shledat, že se jedná o jediné agentury, které se takovým komplexním hodnocením bank zabývají. V kontextu právě uvedeného tak nelze za nepřiměřený považovat ani požadavek zadavatele, aby banka vystavující bankovní záruku disponovala určitým ratingovým hodnocením právě od zmiňovaných agentur. O odůvodněnosti posledně uvedeného požadavku svědčí dle Úřadu také skutečnost, že zadavatel nepovažuje za relevantní ratingovou známkou udělenou pouze některou z agentur Moody's, S&P nebo Fitch, nýbrž kteroukoli z nich.
132. K tvrzení navrhovatele týkajícímu se nepřiměřené administrativní zátěže spojené s nutností v průběhu doby, kdy má být plnění kupní smlouvy zajištěno bankovní zárukou, (opakovaně) ověřovat, zda nedošlo k poklesu ratingové známky pod zadavatelem požadovanou hranici,

pak Úřad uvádí, že ratingové známky požadované zadavatelem, tzn. známka Baa3 u agentury Moody's a známka BBB- u agentur S&P a Fitch, zaujímají shodně desáté místo v ratingové hodnotící stupnici¹ – „Střední kvalita – nižší“ – a nachází se pouze jeden stupeň nad tzv. spekulativním pásmem. V návaznosti na právě uvedené Úřad ověřil informace o ratingu jednotlivých bank působících na území České republiky uváděné zadavatelem v rámci rozhodnutí o námitkách a návrhu, a konstatuje, že Česká spořitelna² i Komerční banka³ disponují v příslušné kategorii u agentury Moody's ratingovou známkou A1, tj. 5 stupňů nad požadovaným minimem, a u agentur S&P a Fitch ratingovou známkou A, tj. 4 stupně nad požadovaným minimem, Československá obchodní banka⁴ ratingovou známkou A1 u agentury Moody's a A+ u agentury S&P, Moneta⁵ ratingovou známkou A2 u agentury Moody's a BBB u agentury S&P a Raiffeisenbank⁶ známkou A3 u agentury Moody's. Z uvedeného je zřejmé, že zmiňované banky přesahují minimální ratingovou známku požadovanou zadavatelem minimálně o jeden (v případě Monety a ratingové agentury S&P), ve většině případů však o několik stupňů. Z citovaných zdrojů dle Úřadu rovněž vyplývá, že uvedené ratingové známky lze považovat za relativně stabilní v tom smyslu, že běžně nedochází k jejich propadu o několik pásem. Nelze tedy souhlasit s tvrzením navrhovatele, že by pro něj nutnost ověřování, zda jím vybraná banka splňuje zadavatelem požadovanou ratingovou známku, znamenala nepřiměřenou administrativní zátěž, a to mj. i vzhledem ke skutečnosti, že vybraný dodavatel by po vystavení bankovní záruky nebyl nucen sledovat rozsáhlá data ohledně udělovaných ratingových známek na finančním trhu, neboť by postačilo, aby se zaměřil právě a pouze na jím vybranou banku, přičemž může volit z dostatečného počtu bank.

133. Úřad dále konstatuje, že administrativní zátěž spojenou s ověřováním, zda banka, jež vystavila bankovní záruku, splňuje požadavek zadavatele na minimální úroveň ratingu, nelze považovat za nepřiměřenou taktéž z toho důvodu, že potenciální dodavatelé vystupují na relevantním trhu jako podnikatelé, tedy profesionálové, o nichž lze předpokládat, že v rámci své obchodní praxe pravidelně vstupují do jednání s bankovními institucemi, přičemž i volbu banky lze v kontextu výše uvedeného považovat za součást podnikatelského rizika. Úřad rovněž poukazuje na skutečnost, že zadavatelem uváděné ratingové agentury jsou v souvislosti s hodnocením kredibility bank nejnámější a nejčastěji používané, jak vyplývá také ze shora odkazovaných informací o jednotlivých bankovních institucích, a lze tak důvodně předpokládat, že i podnikatelé v pozici významných bankovních klientů jsou s nimi obeznámeni. K navrhovatelem tvrzené nepřiměřenosti uvedeného požadavku z hlediska rizika, že jím vybraná banka přestane v průběhu platnosti a účinnosti vystavené bankovní záruky minimální požadovanou ratingovou známkou disponovat, odkazuje Úřad na své závěry uvedené ve vztahu k předchozímu tvrzení navrhovatele (tj. k tvrzení o nepřiměřenosti požadavku zadavatele z hlediska nutnosti ověřování ratingu), zejména na skutečnost, že zmiňované bankovní instituce zpravidla požadovaný rating překračují s rezervou několika

¹ dostupné na: <https://www.fxstreet.cz/rating-sp-moodys-a-fitch.html>

² dostupné na: <https://www.csas.cz/cs/o-nas/kdo-jsme>

³ dostupné na: <https://www.kb.cz/cs/o-bance/pro-investory/ratingova-hodnoceni>

⁴ dostupné na: <https://www.csob.cz/portal/csob/o-csob-a-skupine>

⁵ dostupné na: <https://investors.moneta.cz/financni-vysledky>

⁶ dostupné na: <https://www.rb.cz/informacni-servis/pro-media/tiskove-zpravy/tiskove-zpravy-2019/tiskove-zpravy-201907/02072019-hodnoceni-od-agentury-moodys>

stupňů, že k náhlým poklesům ratingové známky zpravidla nedochází a že navrhovatel musí s jistou mírou podnikatelského rizika počítat.

134. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel částečně vyhověl jeho shora uvedené žádosti o vysvětlení až v rozhodnutí o námitkách, když uvedl příklady bank působících na území ČR, které splňují jeho požadavek na minimální úroveň ratingu, a že pokud by měl navrhovatel tyto příklady k dispozici dříve, mohl by je využít při přípravě případné nabídky, konstatuje Úřad, že navrhovatel tyto informace *de facto* k dispozici měl, respektive mohl mít, pokud by příslušné informace stejně jako zadavatel vyhledal ve veřejně dostupných zdrojích, např. na webových stránkách jednotlivých bank, neboť informace o požadované minimální ratingové známce, uvedené v čl. VI odst. 2 kupní smlouvy, měl prokazatelně k dispozici a mohl tak zjistit, které banky uvedenou známkou disponují. K tvrzení navrhovatele, že až z rozhodnutí o námitkách vyplynulo, že zadavatel bude ověřovat splnění požadavku na ratingovou známku výstavce z posledních dostupných informací zveřejněných samotnou bankou, konstatuje Úřad, že uvedené sdělení není nikterak v rozporu s informací poskytnutou zadavatelem ve vysvětlení ZD 6, dle které může k ověřování ratingu výstavce využít veškeré relevantní informace, které bude mít v daném ohledu k dispozici. K právě uvedenému Úřad poznamenává, že z hlediska dodavatele není zdroj a čas ověření ratingu zadavatelem vůbec relevantní, neboť povinností dodavatele je zajistit, aby jím vybraná banka disponovala požadovanou ratingovou známkou po celou dobu platnosti a účinnosti bankovní záruky, nikoli pouze v momentu ověření zadavatelem či pouze podle některého konkrétního zdroje.
135. Jak Úřad uvedl výše (viz bod č. 16 odůvodnění tohoto rozhodnutí), navrhovatel v návrhu dále tvrdí, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl novou informaci nad rámec vysvětlení ZD 6, a sice že absence hodnocení ratingovou známkou dodavatelem zvolené banky od jedné či dvou zmíněných ratingových agentur nebude v jeho očích předmětnou banku diskvalifikovat. K citovanému tvrzení Úřad konstatuje, že zadavatel citovaným sdělením reagoval na námitku navrhovatele, že některé banky nejsou hodnoceny všemi zmíněnými agenturami. V této souvislosti Úřad dále uvádí, že z čl. VI odst. 2 kupní smlouvy nikterak nevyplývá, že by zadavatel požadoval, aby výstavce bankovní záruky disponoval ratingovou známkou od všech tří zmiňovaných agentur, a to zejména v kontextu skutečnosti, že zadavatelem uváděné ratingové známky se shodně nacházejí na 10. stupni ratingové stupnice⁷, a zmíněné ratingové známky tak lze dle Úřadu v zásadě považovat za rovnocenné. Naopak z žádosti navrhovatele o informace citované ve vysvětlení ZD 6 nelze dle Úřadu dovozovat, že by jeho dotaz směřoval ke zjištění, zda zadavatel v předmětném ustanovení kupní smlouvy uvedl zmiňované ratingové agentury jako alternativy či nikoli. Zadavatel tak nemohl vstupovat do myšlenkových pochodů navrhovatele a poskytnout ve vysvětlení ZD 6 informace, o které navrhovatel nežádal. V návaznosti na právě uvedené Úřad poznamenává, že navrhovatel námitkami nenapadal požadavek na konkrétní úroveň ratingu, nýbrž administrativní zátěž spojenou s opakovaným ověřováním tohoto ratingu u vystavující banky. Jak Úřad dovodil výše, předmětný požadavek zadavatele je v kontextu zjištěných skutečností odůvodněný jeho objektivními potřebami ve smyslu ochrany jeho právního postavení, a zároveň jej ve vztahu k odpovídajícím povinnostem navrhovatele nelze považovat za nepřiměřený. Závěrem Úřad poznamenává, že se zároveň nejedná o obchodní podmínku, která by byla excesivní.

⁷ dostupné na: <https://www.fxstreet.cz/rating-sp-moodys-a-fitch.html>

K úpravě odstoupení od kupní smlouvy

136. Jak vyplývá z obsahu návrhu, navrhovatel považuje ustanovení čl. XV kupní smlouvy upravující účinky odstoupení za nezákonná, neurčitá a nepřiměřená. Nezákonnost a nepřiměřenost předmětného ustanovení je přitom dle navrhovatele dána tím, že zadavatel ve vztahu k odstoupení prodávajícího (tj. dodavatele) vyloučil mj. ustanovení § 1977, § 2002 a § 2004 občanského zákoníku (z ustanovení čl. XV odst. 4 kupní smlouvy vyplývá, že zadavatel nevyloučil § 2004 občanského zákoníku jako celek, nýbrž toliko jeho odst. 2 a 3 – pozn. Úřadu), neurčitost a netransparentnost předmětného ustanovení spočívá dle navrhovatele v tom, že mu není zřejmé, za jakých podmínek si zadavatel v případě odstoupení od kupní smlouvy z jeho strany ponechá vozidla, která mu již byla dodána, a za jakých podmínek je dodavateli vrátí (čl. XV odst. 5 písm. a) kupní smlouvy).
137. K vyloučení ustanovení § 1977 občanského zákoníku, dle kterého platí, že poruší-li smluvní strana prodlením svou smluvní povinnost podstatným způsobem, může druhá strana od smlouvy odstoupit, pokud to prodlávajícímu oznámí bez zbytečného odkladu poté, co se o prodlení dozvěděla, Úřad uvádí, že právo dodavatele odstoupit od kupní smlouvy v případě prodlení zadavatele s placením kupní ceny je upraveno v čl. XV odst. 3 písm. a), dle kterého lze ze strany prodávajícího od kupní smlouvy odstoupit, dostane-li se kupující do prodlení s uhrazením splatné kupní ceny za určité vozidlo po dobu přesahující dva kalendářní měsíce, a uvedené porušení neodstraní ani v dodatečné nápravné lhůtě nikoli kratší než 1 měsíc od doručení písemné výzvy kupujícího. Vzhledem k tomu, že základními pojmovými znaky kupní smlouvy jsou závazek prodávajícího předat předmět koupě a závazek kupujícího uhradit kupní cenu, lze dle Úřadu konstatovat, že ochrana právního postavení dodavatele poskytnutá posledně citovaným smluvním ustanovením v zásadě odpovídá ochraně poskytované § 1977 občanského zákoníku. Nelze tedy uzavřít, že právní postavení dodavatele není v uvedeném ohledu v důsledku vyloučení § 1977 občanského zákoníku chráněno.
138. K vyloučení ustanovení § 2002 občanského zákoníku, dle kterého platí, že poruší-li strana smlouvu podstatným způsobem, může druhá strana bez zbytečného odkladu od smlouvy odstoupit, přičemž podstatné je takové porušení povinnosti, o němž strana porušující smlouvu již při uzavření smlouvy věděla nebo musela vědět, že by druhá strana smlouvu neuzavřela, pokud by toto porušení předvíдалa; v ostatních případech se má za to, že porušení podstatné není [písm. a)], a že strana může od smlouvy odstoupit bez zbytečného odkladu poté, co z chování druhé strany nepochybně vyplyne, že poruší smlouvu podstatným způsobem, a nedá-li na výzvu oprávněné strany přiměřenou jistotu [písm. b)], odkazuje Úřad na svou argumentaci k vyloučení § 1977 občanského zákoníku, z které mj. vyplývá, že za porušení smlouvy podstatným způsobem ze strany kupujícího lze považovat zejména prodlení kupujícího s hrazením kupní ceny. Úřad dodává, že z čl. XV odst. 3 písm. b) kupní smlouvy vyplývá, že prodávající je oprávněn odstoupit od kupní smlouvy taktéž v případě, že bylo příslušným insolvenčním soudem rozhodnuto o úpadku kupujícího nebo byl insolvenční návrh nebo návrh na prohlášení konkursu ohledně kupujícího zamítnut pro nedostatek majetku nebo bylo-li insolvenční řízení ve vztahu ke kupujícímu ukončeno pro splnění rozvrhového usnesení, nebo se kupující nachází v platební neschopnosti nebo je předlužen nebo kupující vstoupí do likvidace nebo v jeho obchodní činnosti pokračuje insolvenční správce či likvidátor, nebo pokud příslušný soud vydá vykonatelné rozhodnutí o nařízení

výkonu rozhodnutí postižením závodu anebo soudem pověřený exekutor vydá v exekučním řízení vedeném proti kupujícímu jako povinnému exekuční příkaz na provedení exekuce postižením závodu. V této souvislosti je třeba odmítnout tvrzení navrhovatele, že se zadavatel v rámci rozhodnutí o námitkách řádně nevypořádal s tvrzením navrhovatele, že zadavatel nemůže zcela vyloučit zákonnou úpravu odstoupení od smlouvy ve svůj prospěch tak, že i při podstatném porušení smlouvy z jeho strany nebude mít dodavatel možnost smluvní závazek opustit, a že zadavatel bude i v případě odstoupení oprávněn ponechat si již dodané autobusy, když zadavatel nestanovil žádná vodítka, kdy dodaná vozidla vrátí a kdy si je naopak ponechá. Zadavatel totiž v rámci rozhodnutí o námitkách reagoval na uvedené tvrzení navrhovatele tak, že vyložil obsah ustanovení čl. XV odst. 3 kupní smlouvy, který předvídá situace, za nichž je prodávající oprávněn odstoupit od kupní smlouvy, a uvedl, že takové rozložení smluvních povinností považuje za přiměřené a vyvážené.

139. K vyloučení § 2004 odst. 2 a 3 občanského zákoníku, dle kterých platí, že plnil-li dlužník zčásti, může věřitel od smlouvy odstoupit jen ohledně nesplněného zbytku plnění, ledaže by částečné plnění nemělo pro věřitele význam (odst. 2), a zavazuje-li smlouva dlužníka k nepřetržité a opakované činnosti nebo k postupnému dílčímu plnění, může věřitel od smlouvy odstoupit jen s účinky do budoucna, ledaže by již přijatá dílčí plnění neměla sama o sobě pro věřitele význam (odst. 3), Úřad konstatuje, že navrhovatel napadá v této souvislosti nejen tvrzenou nezákonnost a nepřiměřenost vzniknuvší v důsledku vyloučení citovaných ustanovení občanského zákoníku, nýbrž i související neurčitost a netransparentnost ustanovení čl. XV odst. 5 písm. a) kupní smlouvy (viz výše). Jak vyplývá z návrhu ve spojení s vysvětlením ZD 6, navrhovatel žádal zadavatele o objasnění, za jakých podmínek v případě odstoupení od smlouvy již dodaná vozidla dodavateli vrátí a kdy si je naopak ponechá, načež zadavatel uvedl, že to nelze předjímat, neboť jeho rozhodnutí v uvedeném smyslu bude záviset na konkrétních okolnostech a situaci. V návaznosti na právě uvedené Úřad k vytykávané nezákonnosti vyloučení citovaného ustanovení občanského zákoníku uvádí, že právní úprava obsažená v občanském zákoníku je koncipována převážně jako dispozitivní, a poukazuje na ustanovení § 1 odst. 2, dle kterého platí, že nezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona; zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti. Vyloučení ustanovení § 2004 odst. 2 a 3 (jakož i taktéž zmiňovaných § 1977 a § 2002) občanského zákoníku by tak ve smyslu právě uvedeného bylo dle Úřadu možné považovat za nezákonné pouze tehdy, jednalo-li by se o ustanovení, od nichž se nelze odchýlit. Závazná intepretace (soukromoprávních) smluvních ustanovení včetně účinků vyloučení určitých ustanovení občanského zákoníku však není předmětem rozhodovací praxe Úřadu; tuto intepretaci je oprávněn poskytovat toliko soud. Předmětem posouzení ze strany Úřadu je v dané souvislosti toliko to, zda nejsou uvedené smluvní ustanovení excesivní. V návaznosti na právě uvedené Úřad k vytykávané nepřiměřenosti vyloučení § 2004 odst. 2 a 3 občanského zákoníku konstatuje, že navrhovatel nezohlednil, že zadavatel je v případě, že si již dodaná vozidla po odstoupení od kupní smlouvy ponechá, povinen za tato vozidla uhradit kupní cenu sníženou o hodnotu případných vad, nedodělků či jiných nedostatků, jak vyplývá z čl. XV odst. 5 písm. a) kupní smlouvy. Navrhovatel dále nezohlednil, že možnost zadavatele odstoupit od kupní smlouvy nezávisí na jeho libovůli, nýbrž může být uplatněna pouze v předem stanovených případech (čl. XV odst. 1 kupní smlouvy). Napadené smluvní ustanovení ve spojení s vyloučením § 2004

odst. 2 a 3 občanského zákoníku tak nelze bez dalšího dle Úřadu považovat za excesivní, přičemž na kupní smlouvu je třeba pohlížet jako na celek, když uvedená smlouva může např. obsahovat ustanovení, která „vyloučenou“ právní úpravu na straně dodavatele kompenzují jiným dostatečným způsobem. Úřad však nemůže na základě návrhu navrhovatele tuto skutečnost posoudit, neboť navrhovatel ani neuvádí, jak konkrétně jej vyloučení těchto ustanovení poškozuje.

140. K vytýkané neurčitosti čl. XV odst. 5 písm. a) kupní smlouvy, která, jak bylo uvedeno výše, spočívá v tom, že navrhovateli není zřejmé, „*za jakých podmínek zadavatel vozidla zadavateli vrátí a kdy si je naopak ponechá,*“ Úřad uvádí, že nelze po zadavateli rozumně požadovat, aby již v době před uzavřením rámcové dohody, potažmo kupní smlouvy na dodávky natolik technicky komplexního plnění, jako jsou poptávané autobusy, přesně předvídal veškeré varianty ve smyslu dodávky nevyhovujícího plnění, které mohou v budoucnu nastat. Lze naopak konstatovat, že zadavatel tím, že v dotčeném ustanovení kupní smlouvy (na něž odkázal rovněž ve vysvětlení ZD 6, když k dotazu navrhovatele uvedl, že bude postupovat v souladu s tímto ustanovením, přičemž jeho rozhodnutí bude záviset na konkrétních okolnostech a situaci), poskytl dodavatelům podrobné podmínky upravující účinky odstoupení od kupní smlouvy (vrácení dodaných vozidel v případě odstoupení prodávajícího, trvání nároků z vadného plnění, právo na náhradu škody, trvání licencí, limitace částky vrácené prodávajícímu, zánik ostatních práv a povinností). V kontextu ustanovení čl. XV kupní smlouvy, resp. v kontextu kupní smlouvy jako celku (*srov. předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí*), tak nelze odst. 5 písm. a) předmětného ustanovení považovat za netransparentní.
141. Konečně k tvrzení navrhovatele, že skutečnost, že zadavatel je oprávněn odepřít převzetí nevyhovujících vozidel, fakticky přesunuje fázi hodnocení splnění zadávacích podmínek až na dobu, kdy budou autobusy vyrobeny a dodány, Úřad konstatuje, že uvedená námitka souvisí s dodací podmínkou uvedenou v čl. IV odst. 4 kupní smlouvy (jak správně uvádí zadavatel), a bude tak vypořádána v rámci argumentace Úřadu k tvrzené netransparentnosti pravidel pro postup zadavatele v případě dodávky plnění nesplňujícího technickou kvalifikaci (viz dále).

K požadované dojezdové vzdálenosti vozidel

142. Navrhovatel svým návrhem dále brojí proti požadavku zadavatele na dojezdovou vzdálenost poptávaných vozidel, stanoveném v čl. 3 technických podmínek (viz bod č. 73 odůvodnění tohoto rozhodnutí), ve znění vysvětlení ZD 4 (viz bod č. 74 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Uvedený požadavek je dle názoru navrhovatele rozporný s požadavkem na úspornost vozidel (*stanoveným v souvislosti se zadávacím řízením na autobusy na CNG pohon – pozn. Úřadu*). V této souvislosti Úřad konstatuje, že zadavatel v šetřeném zadávacím řízení poptává, na rozdíl od navrhovatelem zmiňovaných zadávacích řízení, autobusy na motorovou naftu, a to s ohledem na své objektivně odůvodnitelné potřeby, jak bylo dovozeno výše (srov. body č. 106 až 109 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Nelze tak bez dalšího akceptovat tvrzení navrhovatele, že je zadavatel povinen jako zásadní hledisko zohledňovat vlastnost autobusu požadovanou v souvislosti se zadávacím řízením na odlišný typ autobusu (pohon na CNG), když typ pohonu autobusu s hlediskem úspornosti úzce souvisí. Úřad podotýká, že navrhovatel nemůže zadavateli určovat ani to, že měl při stanovení dané technické podmínky vycházet z kombinované spotřeby uvedené v technickém průkazu a objemu

nádrže, když mezi požadavkem zadavatele a legitimní potřebou zadavatele spočívající ve schopnosti zvládnout denní nájezd vozidel bez nutnosti dotankování v průběhu denního provozu zjevně existuje souvislost.⁸

143. Z návrhu dále vyplývá, že navrhovatel v souvislosti s dojezdovou vzdáleností namítá netransparentnost předmětné zadávací podmínky, popřípadě její nestanovení v podrobnostech nezbytných po účast dodavatele v zadávacím řízení, resp. s tím, že zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele, když uvádí, že zadavatel měl namísto modelové trasy popsané zastávkami uvést přesné jízdní vzdálenosti a údaje o převýšení na trase, aby jednotliví dodavatelé nevycházeli z různě pochopeného zadání. Dle navrhovatele taktéž není jasné, jak bude zadavatel splnění uvedeného požadavku hodnotit či za jakých okolností bude jeho nesplnění považovat za vadu krytou zárukou za jakost. K uvedenému Úřad konstatuje, že online mapové aplikace ve spojení se zadavatelem vymezenou modelovou trasou, včetně uvedení časů průjezdu jednotlivými zastávkami, skutečnost, že vozidlo nebude v době testování obsazeno cestujícími, popřípadě i metodikou UITP SORT 3 (snadná příměstská doprava), verze 2014, na nichž zadavatel odkazuje ohledně dalších podmínek testování dojezdové vzdálenosti, poskytují dodavatelům dostatečně podrobné informace pro podání nabídky. Seznámení se s citovanou metodikou ze strany dodavatele však není nutným předpokladem pro sestavení nabídky. I za předpokladu, že by se navrhovatel chtěl se zněním metodiky UITP SORT 3 v uvedené verzi seznámit a např. nasimulovat přesné podmínky za kterých bude probíhat testování autobusů, aby si sám ověřil, že opravdu splňuje deklarované vlastnosti, tj. dojezdnost vozidel ve spojení s požadovaným zůstatkem motorové nafty v nádrži, mohl by tak bez větších obtíží učinit, neboť se jedná o mezinárodně unifikovaný standard dopadající na trh s autobusy pro příměstskou dopravu, na kterém se potenciální dodavatelé předmětu plnění veřejné zakázky logicky pohybují, jehož pořízení není vzhledem k předmětu plnění veřejné zakázky nijak nepřiměřeně nákladné.⁹
144. K tvrzení navrhovatele, že mu ani po vysvětlení ZD 4, ve kterém zadavatel odkázal na online mapové aplikace, není jasné, jak bude zadavatel splnění požadavku na dojezdovou vzdálenost hodnotit, popřípadě za jakých okolností bude jeho nesplnění považovat za vadu krytou zárukou za jakost, Úřad nejprve opětovně konstatuje, že dojezdová vzdálenost není předmětem hodnocení nabídek, nýbrž technickou podmínkou. Z uvedeného tak vyplývá, že zadavatel provede testovací jízdu za výše vymezených podmínek, při které ověří, zda bude palivová nádrž testovaného vozidla po projetí modelové trasy (osmkrát v každém směru) obsahovat 15 % paliva z celkové kapacity. Případné nesplnění předmětného požadavku pak dle Úřadu bude znamenat nesplnění technických podmínek. Ke druhé části zmiňovaného tvrzení navrhovatele, tj. že není jasné, za jakých okolností bude zadavatel považovat nesplnění uvedené technické podmínky za vadu krytou zárukou za jakost, odkazuje Úřad na

⁸ Srov. rozsudky Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 59/2019-124 ze dne 8. 9. 2020 a č. j. 31 Af 61/2019-248 ze dne 8. 9. 2020.

⁹ Z informace z archivu webové stránky asociace UITP (dostupné na: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-_FG8UrQb0QJ:www.uitp.org/sites/default/files/Update%2520-%2520List%2520publications%2520231117.pdf+&cd=2&hl=cs&ct=clnk&gl=cz) vyplývá, že metodika UITP SORT 3, verze 2014, byla v roce 2017 dostupná pro členy této asociace za poplatek 90 EUR, a pro ostatní subjekty byla dostupná za poplatek 180 EUR.

čl. X odst. 2 kupní smlouvy, dle kterého se zárukou za jakost vozidla prodávající zavazuje, že „*příslušné Vozidlo bude po celou dobu trvání příslušné záruční doby (i) v souladu s touto Kupní smlouvou, Technickými podmínkami, příslušnými právními předpisy, technickými normami a jinými závaznými specifikacemi (dle stavu platného ke dni předání příslušného Vozidla) či požadavky stanovenými příslušnými správními či jinými veřejnoprávními orgány (ii) plně způsobilé pro použití k účelu stanovenému v této Kupní smlouvě, popř. obvyklému účelu, a mající vlastnosti smluvené v této Kupní smlouvě, resp. vlastnosti obvyklé pro stejné či obdobné typy Vozidel dodávaných mezi nespřízněnými stranami za podmínek běžných v obchodním styku (...).*“ Z citovaného ustanovení kupní smlouvy je tak dle Úřadu zjevné, že situace, kdy dodané vozidlo nebude splňovat požadavky zadavatele na dojezdovou vzdálenost, tj. jednu z technických podmínek, bude uvedené nesplnění kryté zárukou za jakost vždy. Nadto zadavatel ve vysvětlení ZD 4 k dotazu uvedl, že „*požadavek na dojezdovou vzdálenost Vozidla je součástí technických podmínek vozidla, které budou tvořit přílohu č. 1 k příslušné kupní smlouvě na dodávku vozidla. Nesplnění kterékoliv technické podmínky by tudíž bylo znamenalo vadu vozidla s tím, že v takovém případě by se postupovalo dle příslušných ustanovení kupní smlouvy (zejména jejího čl. X – záruční doba a reklamace). Posouzení, zda určité dodané Vozidlo splňuje požadavek na dojezdovou vzdálenost, provede zadavatel tak, že prověří reálnou dojezdovou vzdálenost na stejné modelové trase a za stejných podmínek, které jsou stanoveny v zadávací dokumentaci.*“

145. Odmítnout je třeba tvrzení navrhovatele, že z vysvětlení ZD 6 nepřímě vyplývá, že zadavatel bude posuzovat splnění výše uvedeného požadavku v pracovní den, neboť tento údaj je výslovně uveden v čl. 3 technických podmínek (srov. bod č. 73 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel v dané souvislosti uvedl, že nemá k dispozici jiné informace, než které v daném ohledu poskytl v rámci zadávací dokumentace. Úvaha navrhovatele, dle které lze z údajné absence konkrétní informace o dni testování usuzovat, že zadavatel má další, dosud neuveřejněná pravidla či metodiku pro testování, které odmítá sdělit, je tak zcela nepodložená. K tvrzení navrhovatele, že požadavek na dojezdovou vzdálenost vozidel není přiměřený a poskytuje neoprávněnou výhodu dodavatelům, kteří přijmou riziko, že se v reálném provozu jako záruční vada buď neprojeví, nebo tuto záruční vadu se zadavatelem vypořádá, Úřad přisvědčil zadavateli, že není zřejmé, v čem konkrétně navrhovatel spatřuje uvedenou nepřiměřenost, neboť jistá míra podnikatelského rizika je dána na straně všech potenciálních dodavatelů, přičemž je na těchto dodavatelích, aby možná rizika zvažili a kvalifikovaně se rozhodli, zda se daného zadávacího řízení budou účastnit či nikoli.
146. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel až v rozhodnutí o námitkách specifikoval dojezdovou vzdálenost, když uvedl, že musí být zohledněn denní oběh i více než 500 km, odkazuje Úřad na bod č. 109 odůvodnění tohoto rozhodnutí, ve kterém se již s předmětnou námitkou vypořádal.
147. Závěrem Úřad nad rámec výše uvedeného konstatuje, že požadavek na dojezdovou vzdálenost nelze považovat ani za nepřiměřený ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky, neboť jej zadavatel odůvodnil svými objektivními a legitimními potřebami, zejména tím, že modelová trasa odpovídá jedné z reálných tras, na které budou poptávané autobusy provozovány, a že je z pohledu zadavatele nezbytné, aby dodané autobusy zmíněnou vzdálenost bez problémů zvládly realizovat bez nutnosti dotankování a s odpovídající

rezervou. V uvedeném smyslu se zadavatel v rozhodnutí o námitkách s tvrzeními navrhovatele vypořádal.

K pravidlům pro postup zadavatele v případě dodávky plnění nesplňujícího technickou specifikaci

148. V návaznosti na vysvětlení ZD 4, ve kterém zadavatel v souvislosti s dotazem na dojezdovou vzdálenost vozidel uvedl, že nesplnění kterékoli technické podmínky by znamenalo vadu vozidla, ohledně níž by zadavatel vozidlo reklamoval (srov. bod č. 144 odůvodnění tohoto rozhodnutí), ve spojení s vysvětlením ZD 6, ve kterém zadavatel mj. uvedl, že zadavatel je oprávněn dodané vozidlo při nesplnění technické kvalifikace oprávněn odmítnout převzít, a zjistí-li nesoulad s technickou specifikací po předání, uplatní se nároky zadavatele z vadného plnění či záruka za jakost, navrhovatel uvádí, že obě vysvětlení ZD vyznívají v tom smyslu, že lze zadavateli dodat plnění nesplňující podmínky technické kvalifikace, a přesto veřejnou zakázku vyhrát. Zadavatel by si tak dle navrhovatele měl vyžádat přesnou technickou specifikaci vozidel a soulad poskytovaného plnění se zadávací dokumentací „*ověřit hned na začátku, neboť to je smyslem stanovení technické specifikace.*“ Dotčená ustanovení kupní smlouvy tak navrhovatel považuje za netransparentní, zvláště s ohledem na to že zadavatel je oprávněn ponechat si nevyhovující vozidla.
149. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel by si měl vyžádat přesnou technickou specifikaci vozidel a soulad dodaných vozidel se zadávací dokumentací „*hned na začátku,*“ konstatuje Úřad ve shodě se zadavatelem, že stanovením takové podmínky by zadavatel ničeho nedocílil, neboť by jej neochránila před situací, kdy by dodavatel předložil technickou specifikaci vozidel odpovídající zadávacím podmínkám, avšak dodaná vozidla by této specifikaci neodpovídala. Soulad technické specifikace nabízeného plnění s technickými podmínkami tvořícími součást zadávací dokumentace totiž dodavatel vyjadřuje již podáním nabídky, popř. podpisem rámcové dohody, resp. dílčích kupních smluv, jak vyplývá z výše citovaného vysvětlení ZD 6, dle kterého platí, že „*[p]odáním nabídky dodavatel vyjadřuje s touto specifikací srozumění a souhlas, a podpisem rámcové dohody, resp. dílčích kupních smluv se jí zavazuje bezvýhradně dodržet.*“
150. K argumentu navrhovatele, že jeho námitka nebyla motivována obavou o ochranu zadavatele, neboť její podstata tkvěla v tom, že dotčené ustanovení kupní smlouvy dle jeho názoru vytváří prostor pro netransparentní postup zadavatele, který může vést až k situaci, že si zadavatel ponechá autobusy odlišné od těch, které původně poptával, jakož i k navrhovatelově námitce uplatňované v souvislosti s úpravou účinků odstoupení od kupní smlouvy, dle které skutečnost, že zadavatel je oprávněn odepřít převzetí nevyhovujících vozidel, fakticky přesunuje fázi hodnocení splnění zadávacích podmínek až na dobu, kdy budou autobusy vyrobeny a dodány (viz bod č. 141 odůvodnění tohoto rozhodnutí), uvádí Úřad, že zmiňovaná pravidla pro postup zadavatele nepovažuje za netransparentní. Z vysvětlení ZD 4 a 6 totiž vyplývá, že nároky z vadného plnění uplatní zadavatel tehdy, pokud dodaná vozidla převezme, přičemž splnění technické specifikace nelze z podstaty věci ověřit dříve než při seznámení se s dodanými vozidly a související dokumentací. Předmětné námitky navrhovatele mohou dle Úřadu svědčit o možném zaměňování podmínek technické kvalifikace, posuzovaných na základě předložených nabídek, a soulad faktických vlastností vozidel s vlastnostmi deklarovanými v nabídce a zároveň požadovanými zadavatelem v rámci zadávací dokumentace, konkrétně technických podmínek. Úřad podotýká, že mu není zřejmé, na základě jakých podkladů předjímá navrhovatel možnost, že by měl zadavatel

zájem ponechat si vozidla (zásadně) neodpovídající jeho požadavkům, neboť z ustanovení čl. IV odst. 4 kupní smlouvy mj. vyplývá, že převzetí vozidla neodpovídajícího kupní smlouvě nezbavuje prodávajícího povinnosti dodat uvedené vozidlo do souladu s kupní smlouvou (včetně technických podmínek), přičemž se má za to, že dodavatel je s dodáním takového vozidla v prodlení. Z uvedeného je zřejmé, že ze strany dodavatele není možné „bez následků“ dodat vozidlo nespĺňující zadávací podmínky. Úřad uvádí, že v uvedeném smyslu se zadavatel v rozhodnutí o námitkách s tvrzeními navrhovatele vypořádal.

151. Úřad proto s ohledem na výše uvedené konstatuje, že v rovině namítaných skutečností neshledal porušení zákona ze strany zadavatele, když ve vztahu k námitce týkající se požadavku na pohon autobusu na motorovou naftu, délkové rozmezí autobusů a dojezdovou vzdálenost dospěl k závěru, že zadavatel odůvodnil napadené zadávací podmínky svými objektivními potřebami. Úřad konstatuje, že neshledal porušení zákona zadavatelem ani ve vztahu k vymezení předmětu veřejné zakázky co do rozsahu dodávek, neboť stanovil pravidla pro určení dodacích termínů tak, že není ze strany dodavatelů potřebné, aby udržovali své výrobní či skladovací kapacity pro množství autobusů značně překračující aktuálně objednaný počet, pročež míru podnikatelského rizika dodavatele nelze v uvedeném kontextu považovat na nepřiměřenou. Porušení zákona neshledal Úřad ani ve vztahu k napadeným ustanovením kupní smlouvy, neboť dovedl, že nejsou excesivní. Úřad uzavírá, že žádnou z napadených zadávacích podmínek nelze z výše uvedených důvodů považovat za bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže.
152. S ohledem na výše uvedené rozhodl Úřad o zamítnutí návrhu navrhovatele tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se Úřadu podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Dopravní společnost Ústeckého kraje, příspěvková organizace, Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem
2. IB Group Czech Republic s.r.o., Havlíčkova 161, 280 02 Nebovidy

Vypraveno dne

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