

Datum

20. 11. 2023

Váš dopis zn.

Číslo jednací

506/23-O16

Vyřizuje

Ústecký kraj

Krajský úřad Ústeckého kraje

odbor investiční

Generální ředitelství | Odbor obchodu osobní dopravy

Stěžovatel: **České dráhy, a. s.**
Nábřeží L. Svobody 1222
110 15 Praha 1
IČO: 709 94 226

Objednatel: **Ústecký kraj**
Velká Hradební 3118/48
400 02 Ústí nad Labem
IČO: 70892156

Nabídkové řízení: „Železniční doprava v systému DÚK – elektrická páteř“
systémové číslo VZ: P23V00239958
ID: VZ-10457/2023

- **Námítky proti zadávacím podmínkám**
- **Námítky proti úkonu zadavatele ze dne 13.11.2023 a ze dne 16.11.2023**

prostřednictvím elektronického nástroje Tenderarena

I.

1. Stěžovatel (dále též i jako „**dodavatel**“), společnost České dráhy, a. s., je akciovou společností, provozující veřejnou drážní dopravu na území České republiky a má zájem provozovat drážní dopravu v rozsahu stanoveném objednatelem (dále též i „**zadavatel**“) v zadávací dokumentaci v záhlaví označeného nabídkového řízení (dále jen „**ZD**“).
2. Dodavatel předně konstatuje, že je přesvědčen, že konečná nabídka, kterou podává dne 20.11.2023, je v souladu se ZD, aplikovatelnými právními předpisy a s pokyny zadavatele. Vzhledem k tomu, že postup zadavatele v rámci jednání o nabídkách a v rámci dále popsanych úkonů zadavatele vyvolal na straně dodavatele pochybnosti o postupu zadavatele, jeho požadavcích a výkladu ZD, podává dodavatel z procesní opatrnosti tyto námitky pro případ, že by zadavatel setrval na výkladu ZD, který je popsán dále v tomto podání.
3. Stěžovatel tímto podává podle § 13 odst. 3 zák. č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZVS**“), ve spojení s § 241 a násl. zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“), tyto

n á m í t k y

proti zadávacím podmínkám uvedeným v ZD, a to jednak přímo v samotné ZD (čl. 17) a také v „Oznámení o ukončení jednání a Výzvě k podání konečných nabídek“, č.j. KUUK/163287/2023, ze dne 13. 11. 2023, (dále jen „**Oznámení**“), které bylo stěžovateli doručeno téhož dne prostřednictvím elektronického nástroje Tenderarena a také ve Vysvětlení zadávací dokumentace, č.j. KUUK/165845/2023 ze dne 16.11.2023, (dále jen „**Vysvětlení**“), které bylo stěžovateli doručeno téhož dne prostřednictvím elektronického nástroje Tenderarena, neboť je toho názoru, že objednatel stanovil zadávací podmínky uvedené v ZD a v Oznámení v rozporu se ZVS a ZZVZ.

4. Stěžovatel konkrétně napadá tyto zadávací podmínky:

- dle čl. 17 ZD, podle něhož *„Součástí konečné nabídky však budou pouze ty údaje, doklady, vzorky nebo modely, které byly na základě jednání o nabídkách změněny či upraveny“*.

- obsažené v Oznámení, a to formulaci, že: *„Zadavatel dále pro úplnost konstatuje, že předmětem jednání nebylo jednání za účelem snížení nabídkové ceny; zadavatel proto obecně nepřipouští změnu výše nabídkové ceny v rámci upravených nabídek.“ (...)* *Objednatel požaduje, aby součástí konečné nabídky byly pouze ty údaje, doklady, vzorky nebo modely, které byly na základě jednání o nabídkách změněny či upraveny. Změna Výchozího finančního modelu se může dotknout jen těch položek, které byly předmětem jednání.“*

- obsažené ve Vysvětlení, a to formulaci, že „Zadavatel se neztotožňuje s tvrzeními uvedenými dodavatelem. Ze ZoVS ani ze ZZVZ nevyplývá povinnost zadavatele v rámci případného jednání o nabídkách jednat o nabídkové ceně ani povinnost umožnit vždy automaticky v rámci podání konečných nabídek změnu výše nabídkové ceny.“

„Podmínky uvedené v Oznámení o ukončení jednání a Výzvě k podání konečných nabídek (dále rovněž jen „Výzva“) plně korespondují se zadávacími podmínkami obsaženými v zadávací dokumentaci, kde bylo výslovně uvedeno, že „Součástí konečné nabídky však budou pouze ty údaje, doklady, vzorky nebo modely, které byly na základě jednání o nabídkách změněny či upraveny.“

„Skutečnost, že dodavatel již nemusí mít možnost upravit v rámci jednání o nabídkách nabídkovou cenu, kterou uvedl ve své nabídce, tak představuje riziko dodavatele, s nímž musel každý dodavatel již při podání nabídky počítat.“

„Zadavatel v rámci výzev k jednání s dodavateli předem stanovil okruhy jednání, které budou předmětem jednání. Ze zadávací dokumentace přitom vyplývá, že účelem jednání o nabídkách může být též ověření správnosti vyplnění Finančního modelu a oprava případných chyb, což bylo i předmětem zadavatelem uskutečněného jednání.“

Stěžovatel považuje tyto zadávací podmínky za odporující ZVS a ZZVZ, kdy konkrétně spatřuje jejich nesoulad s ust. § 10 odst. 3 ZVS ve spojení s § 36 ZZVZ, § 11 odst. 2 ZVS ve spojení s § 61 ZZVZ, § 12 odst. 2 ZVS ve spojení s § 114 ZZVZ, § 6 odst. 1 ZZVZ, § 62 odst. 4 ZZVZ a § 36 odst. 5 ZZVZ. Stěžovatel uvádí, že Oznámení je dle § 28 odst. 1 písm. b) ZZVZ součástí ZD, a tedy stěžovatel podává tyto námitky včas ve stanovené lhůtě. Za součást zadávacích podmínek je třeba podle rozhodovací praxe ÚOHS považovat i Vysvětlení.

5. Uvedeným nastavením zadávacích podmínek ze strany objednatele hrozí stěžovateli újma spočívající v tom, že se nebude moci úspěšně ucházet o uzavření smlouvy s objednatelem (a případně realizovat svůj ekonomický profit z plnění smlouvy uzavírané na základě nabídkového řízení), neboť objednatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se ZVS a ZZVZ. Tento nezákonný postup objednatele vede ve svém důsledku k tomu, že stěžovateli je zadávacími podmínkami uvedenými v Oznámení výslovně zakázáno jakkoliv upravit nabídkovou cenu v jeho konečné nabídce dle jeho vlastního ekonomického uvážení. V případě, že tak ve snaze o podání ekonomicky nejvýhodnější konečné nabídky učiní, bude nucen podstoupit riziko související s tím, že nevyhoví dle jeho názoru nezákonně stanovené zadávací podmínce uvedené v Oznámení se všemi z toho plynoucími, byť jen potenciálními důsledky.
6. Postup zadavatele je současně zmatečný a vzájemně rozporný, když v čl. 17 ZD i ve Výzvě k účasti na jednání o nabídkách, č.j. KUUK/154445/2023 ze dne 25.10.2023 (dále jen „Výzva“) zadavatel uvedl, že cílem jednání o nabídkách je „zejména zlepšení nabídek ve prospěch Objednatele, jakož i ověření správnosti vyplnění Finančního modelu a oprava

případných chyb“. Z této textace je zřejmé, že pokud zadavatel přistoupil k jednáním o nabídkách, bylo jeho deklarovaným cílem naplnění všech výše uvedených záměrů, nikoliv jen některého z nich a jako hlavní záměr bylo deklarováno zlepšení nabídek. Pokud následně zadavatel tvrdí v Oznámení a Vysvětlení, že dodavatel nemohl očekávat, že bude mít možnost jednat i o ceně, pak je takové tvrzení v rozporu s čl. 17 ZD a v rozporu s Výzvou.

7. **Vzhledem k tomu, že váha kritéria nabídková cena pro hodnocení nabídek je 90 %, pak dodavatel logicky očekával, že pokud má být jednáno o zlepšení nabídek, pak jediným možným ukazatelem, o kterém lze v tomto duchu jednat, je nabídková cena.** Stěžovatel samozřejmě neměl jistotu, že zadavatel přistoupí k jednání o nabídkách, ale pokud již tak učinil, pak podle ZD z důvodu zlepšení nabídek. Pokud ve Výzvě zadavatel zakazuje uchazečům zlepšit cenu, postupuje v rozporu se ZD, ale také v rozporu se všemi zásadami zadávacího řízení. Zadavatel poukazuje na to, že ZZVZ ani ZVS neukládá povinnost o ceně jednat, nicméně je zřejmé, že základní zásady zadávání veřejných zakázek s takovým předpokladem počítají a pokud ZD dopředu tuto možnost nevyloučí, jedná se o legitimní očekávání dodavatele, a to pak zejména v situaci, kdy v této věci deklaruje zadavatel v čl. 17 ZD, že účelem jednání je zlepšení nabídek.
8. Stěžovatel napadá ZD, neboť vychází z toho, že zadavatelův výklad ZD je odrazem vůle zadavatele.
9. Stěžovatel nicméně samostatně z opatrnosti napadá také samotné úkony zadavatele v podobě Oznámení a Vysvětlení, neboť výklad ZD provedený v těchto úkonech je dle přesvědčení stěžovatele sporný a v rozporu s textací ZD a následné Výzvy, když v těchto dokumentech popírá zadavatel vlastní znění ZD a také Výzvy. Z tohoto pohledu by pak tyto úkony byly v přímém rozporu se ZD.

II.

10. Dle stěžovatele výše citované zadávací podmínky odporují ZVS a ZZVZ, přičemž tento nesoulad stěžovatel podrobně odůvodňuje následovně.

- (i) Ust. § 10 odst. 3 ZVS ve spojení s § 36 ZZVZ a § 6 odst. 1 ZZVZ – nejednoznačné a netransparentní stanovení zadávacích podmínek

11. Dle § 10 odst. 3 ZVS se pro zadávací podmínky nabídkového řízení obdobně použije § 36 ZZVZ. Jedná se o jednu z klíčových norem ZZVZ, kdy podle jejího odst. 3 platí, že zadávací podmínky stanoví zadavatel v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení s tím, že zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za úplnost a správnost zadávacích podmínek na dodavatele. Zadavatel je tedy odpovědný za jednoznačné stanovení veškerých zadávacích podmínek, které musí být specifikovány tak, aby připouštěly pouze jeden jediný

výklad. Pouze v takovém případě lze dosáhnout toho, že jednotliví dodavatelé porozumí zadávacím podmínkám stejně a předložené nabídky budou vzájemně porovnatelné. Pokud tato podmínka splněna není a zadávací podmínky jsou formulovány způsobem umožňujícím vícero možných výkladů, jedná se o pochybení na straně zadavatele, které nemůže jít následně k tíži dodavatelů.

12. Stěžovatel je toho názoru, že právě k této situaci při stanovení zadávacích podmínek ze strany objednatele došlo. Tato skutečnost se však plně projevila až po doručení Oznámení, neboť teprve v tomto dokumentu objednatel poprvé sdělil, že nepřipouští změnu výše nabídkové ceny v rámci upravených nabídek. Zadavatel v čl. 17 ZD stručně a bez jakékoliv bližší specifikace stanovil, že součástí konečné nabídky budou pouze takové údaje, doklady vzorky nebo modely (dále také jen „**údaje**“), které „*byly na základě jednání o nabídkách změněny či upraveny*“.
13. Podstatné ovšem je, že zde není výslovně uvedeno, kým, tj. z čí strany, měly být dané údaje změněny či upraveny. Tedy zda měl objednatel na mysli údaje změněné dodavatelem oproti jím původně předložené nabídce (výkladová varianta A) anebo zda úmysl objednatele směřoval k omezení pouze na takové údaje, které v návaznosti na jednání s dodavatelem on sám změnil či upravil formou změny zadávacích podmínek (varianta B).
14. Stěžovatel si vyložil danou zadávací podmínku v tom smyslu, že se jedná o takové údaje, které on sám na základě vyhodnocení výsledků jednání o nabídkách a souhrnném posouzení své původní nabídky změnil či upravil, tj. včetně údaje o nabídkové ceně, neboť tato interpretace odpovídá standardnímu postupu dodavatelů v jednacím řízení s uveřejněním (tj. aplikace varianty A). Tento výklad stěžovatele pak podporuje další znění čl. 17 ZD, kde je uvedeno, že „*účelem jednání o nabídkách je zejména zlepšení nabídek ve prospěch Objednatele*“, což lze za dané situace realizovat pouze úpravou nabídky ze strany dodavatele. Naopak objednatel patrně danou obecnou formulací zamýšlel postup odlišný (variantu B), kdy zřejmě směřoval k údajům změněným jím samotným formou změny zadávacích podmínek. Stěžovatel se tak může alespoň domnívat na základě informací obsažených v Oznámení a dále ve Vysvětlení.
15. Tato nejasnost a nejednoznačnost předmětných formulací v čl. 17 ZD a v Oznámení, které umožňují nikoliv výlučně jeden jediný výklad, představuje dle stěžovatele zásadní vadu ZD, jejíž důsledky jsou k tíži objednatele, neboť to byl on, kdo byl povinen formulovat veškeré zadávací podmínky tak, aby možnost vícero výkladu nepřipouštěly. Stěžovatel proto dovozuje, že se v tomto ohledu jedná o rozpor zadávacích podmínek s ust. § 10 odst. 3 ZVS ve spojení s § 36 odst. 3 ZZVZ a taktéž zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 ZZVZ.
16. Za předpokladu, že by byl výklad stěžovatele správný a jediný možný, pak jsou v rozporu se zákonem úkony zadavatele v podobě Oznámení a Vysvětlení, které jsou v rozporu se ZD.
17. O nejednoznačnosti ZD, případně následném nesprávném postupu zadavatele v rozporu se ZD svědčí mimo jiné i jeho tvrzení ve Vysvětlení, že dodavatel musel počítat s tím, že o ceně

se jednat nemusí a že ve Výzvě byl stanoven okruh jednání, kterým bylo ověření správnosti vyplnění Finančního modelu a oprava případných chyb.

18. Jak již stěžovatel uvedl, uvědomoval si, že k jednání o nabídkách dojít nemusí. Nicméně legitimně očekával, že pokud k němu dojde, bude předmětem jednání zlepšení nabídek ve prospěch Objednatele a také ověření a kontrola údajů ve Finančním modelu, tedy obligatorně oba tyto účely podle čl. 17 ZD. Jediný možný jazykový výklad čl. 17 ZD je takový, že součástí jednání o nabídkách bude **vždy** jednání o zlepšení nabídek a ověření správnosti vyplnění Finančního modelu. To totiž vyplývá z textu „*účelem jednání o nabídkách je zejména zlepšení nabídek ve prospěch Objednatele, jakož i ověření...*“ Nejedná se o demonstrativní výčet možných účelů, ale o stanovené obligatorní hlavní účely jednání o nabídkách, ke kterým ještě mohou přistoupit další.

19. Postup zadavatele popírá jak jím vymezený účel jednání o nabídkách, tak i základní zásady nabídkového (zadávacího) řízení.

(ii) Ust. § 11 odst. 2 ZVS ve spojení s § 61 ZZVZ – nerespektování zákonných mezí postupu objednatel v jednacím řízení s uveřejněním

20. Dle § 11 odst. 2 ZVS se pro průběh jednání o nabídkách v nabídkovém řízení obdobně použije úprava v § 61 ZZVZ. Zde je upraven postup v řízení v jednacím řízení s uveřejněním (dále jen „**JŘSU**“), včetně jednotlivých fází tohoto řízení. Ve vztahu k ukončení jednání o předběžných nabídkách se uvádí, že zadavatel je povinen oznámit účastníkům okamžik ukončení jednání a vyzve je k podání konečných nabídek. Tato právní úprava neobsahuje žádný právní podklad pro to, aby zadavatel ve fázi výzvy k podání konečných nabídek výslovně zakázal dodavatelům měnit nabídkovou cenu, tedy údaj, který je předmětem hodnocení, a to v tomto případě dokonce s váhou 90%. Není-li taková možnost v ZZVZ výslovně předvídána, není přípustné, aby si ji zadavatel stanovil až v Oznámení, neboť to se vždy musí pohybovat v zákonných mezích a respektovat veškeré zásady obsažené v ZD, ZZVZ a dále specifikované rozhodovací praxí a taková změna by byla nepřípustnou změnou ZD.

21. Tento dílčí závěr vyplývá rovněž ze systematického výkladu ZZVZ. Ten v § 116 odst. 4 uvádí, že zadavatel může rovněž stanovit pevnou cenu a hodnotit pouze kvalitu nabízeného plnění. To je jediná úprava v ZZVZ, která zadavatelům umožňuje jakkoliv limitovat nabídkovou cenu, resp. zde ji přímo stanovit pevně. Stěžovatel má za to, že pokud by zákonodárce měl v úmyslu umožnit zadavatelům jednání spočívající v tom, že ve výzvě k podání konečných nabídek mohou účastníkům zakázat jakkoliv měnit nabídkovou cenu, upravil by takovou možnost v ZZVZ výslovně. Jestliže tak neučinil, což je dle stěžovatele nesporné, není taková možnost přípustná a objednatel jedná nad rámec jeho zákonných oprávnění.

22. Nesoulad postupu objednatel s § 61 ZZVZ spatřuje stěžovatel dále v tom, že dle jeho odst. 10 může zadavatel změnit nebo doplnit v průběhu jednání zadávací podmínky, zejména

technické podmínky, vyjma minimálních technických podmínek dle odst. 4, a dále vyjma pravidel pro hodnocení nabídek. Třebaže tento zákaz změny pravidel pro hodnocení je výslovně v ZZVZ upraven až v jeho nyní účinném znění, bylo třeba takto toto zákonné ustanovení vykládat již předtím, jelikož pouze takový výklad odpovídá příslušným evropským zadávacím směrnicím, které možnost změny kritérií pro hodnocení zapovídají. Stěžovatel je toho názoru, že jestliže nesmí být v průběhu jednacího řízení dotčena pravidla pro hodnocení, není přípustný ani napadený postup zadavatele. Zakáže-li objednatel účastníkům ve výzvě ke konečné nabídce měnit nabídkovou cenu, nepochybně tím fakticky mění způsob hodnocení, resp. významně zasahuje do pravidel hodnocení, jelikož účastníci od počátku nabídkového řízení až dosud, tj. do okamžiku doručení Oznámení, vycházeli z legitimního očekávání, že nabídkovou cenu v konečné nabídce upravovat moci budou.

23. Stěžovatel rovněž rozporuje, že by zadavateli příslušelo zákonné oprávnění omezovat dodavatele v tom, které části nabídek, jež se následně promítají do hodnocení, mohou být v rámci konečné nabídky změněny či upraveny. Ani tato možnost ingerence zadavatele do tvorby konečných nabídek dodavatelů není v ZZVZ uvedena ani z něj neplyne. Dodavatelé jsou oprávněni koncipovat konečnou nabídku ve vztahu k údajům, které budou následně předmětem hodnocení, dle svého vlastního podnikatelského uvážení a po komplexním vyhodnocení výsledků jednání se zadavatelem ve fázi jednání o předběžných nabídkách. Tento postup rovněž odpovídá standardní praxi dodavatelů při účasti v JŘSU. Stěžovatel zdůrazňuje, že nabídku je nutno vnímat v celkové souvislosti, kdy jednání o jednotlivých aspektech nabídky mohou mít dopad rovněž do nabídkové ceny a jednotlivých složek ji utvářejících, přičemž míru tohoto dopadu je schopen a současně oprávněn posoudit výlučně daný dodavatel. Nelze proto souhlasit s tvrzením objednatele uvedeným v Oznámení, že „*předmětem jednání nebylo jednání za účelem snížení nabídkové ceny*“.

- (iii) Ust. § 12 odst. 2 ZVS ve spojení s § 114 ZZVZ – rozpor postupu objednatele s obecným pravidlem pro hodnocení nabídek dle ekonomické výhodnosti

24. Stěžovatel namítá, že postup objednatele odporuje vlastnímu smyslu jednání o nabídkách v nabídkovém řízení, potažmo obecnému účelu jakéhokoliv nabídkového/zadávacího řízení. Stěžovatel vychází z předpokladu, že záměrem jakéhokoliv zadavatele je/mělo by být v návaznosti na proběhlá jednání o podaných nabídkách motivovat dodavatele k podání takových konečných nabídek, které budou pro zadavatele co nejvýhodnější, tj. budou obsahovat co nejnižší nabídkovou cenu. To ostatně vyplývá i z čl. 17 ZD, kde je uvedeno, že účelem jednání o nabídkách je zejména zlepšení nabídek ve prospěch zadavatele.
25. Stěžovatel připomíná, že dle § 12 odst. 2 ZVS se v nabídkovém řízení obdobně použije § 114 ZZVZ týkající se hodnocení nabídek. Ten stanoví, že nabídky budou hodnoceny podle ekonomické výhodnosti, která se hodnotí na základě nejvýhodnějšího poměru nabídkové ceny a kvality. Jestliže objednatel při vyhlášení nabídkového řízení určil, že nabídková cena má v hodnocení váhu 90%, a následně ve výzvě k podání konečných nabídek výslovně

zakáže účastníkům nabídkovou cenu jakkoliv měnit, tedy i snižovat, jedná v rozporu s § 114 ZZVZ, neboť brání účastníkům upravit jejich předběžné nabídky tak, aby byly ekonomicky výhodnější. Takový postup lze jen obtížně vnímat jako odpovídající principům řádného hospodáře při vynakládání s veřejnými prostředky, kdy hlavní účel jakéhokoliv nabídkového/zadávacího řízení spočívá v hospodárném, efektivním a účelném vynaložení těchto prostředků.

(iv) Ust. § 6 odst. 1 ZZVZ, § 62 odst. 4 ZZVZ a § 36 odst. 5 ZZVZ – porušení zásad transparentnosti a přiměřenosti

26. Napadený postup objednatele rovněž narušuje základní zásady nabídkového/zadávacího řízení dle § 6 odst. 1 ZZVZ, tedy zásadu transparentnosti a přiměřenosti.
27. Co se týče aspektu transparentnosti, stěžovatel uvádí, že považuje napadený postup objednatele za nečitelný a nelogický a záměr objednatele za nejasný. Tím spíše v situaci, kdy objednatel stanovuje takto zásadní a současně neodůvodněné omezení pro sestavení konečných nabídek v podobě zákazu změny výše nabídkové ceny nikoliv od samého počátku nabídkového řízení, byť i tak by bylo podle stěžovatele nepřípustné, nýbrž až ve výzvě k podání konečných nabídek, čímž de facto ze své vůle zamrazí stávající pořadí nabídek dané na základě výsledku předběžného posouzení původních nabídek. Takové jednání vnímá stěžovatel jako dopředu nepředvídatelné ovlivnění procesu výběru vítězného dodavatele.
28. V tomto ohledu stěžovatel poukazuje na ustálenou interpretaci pojmu transparentnosti podle rozhodovací praxe, podle níž požadavek transparentnosti *není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelské postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele*. Bylo rovněž opakovaně dovozeno, že *úkol zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek*. Porušením této zásady pak je *jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení*. Uvedené parafráze z rozhodovací praxe dle názoru stěžovatele výstižně popisují jednání objednatele, které tak naplňuje znaky netransparentnosti.
29. Ve vztahu k zásadě přiměřenosti stěžovatel uvádí, že rozpor s ní spatřuje v nedostatečném poskytnutí lhůty pro podání konečných nabídek, která byla dne 13. 11. 2023 stanovena do 20. 11. 2023 do 12 hod, tedy v délce 3,5 pracovního dne. Dle § 62 odst. 4 ZZVZ musí být lhůta pro podání konečných nabídek přiměřená, tj. stanovená tak, aby účastníci měli dostatečný časový prostor pro přípravu a podání nabídek. Totéž vyplývá z § 36 odst. 5 ZZVZ, podle kterého musí být délka lhůt v zadávacím řízení stanovena tak, aby byla zajištěna přiměřená doba pro vyžadované úkony dodavatelů. Vzhledem k rozsahu požadavků na způsob zpracování nabídky a dále s přihlédnutím ke zcela nově a pro stěžovatele

nepředvídatelně stanovené zadávací podmínce v podobě zákazu změny výše nabídkové ceny a nezbytnosti komplexního interního posouzení vlivu této podmínky na přípravu konečné nabídky považuje stěžovatel lhůtu pro podání konečné nabídky v délce 3 a půl pracovního dne jako zjevně nepřiměřenou, a tudíž nevyhovující požadavkům ZZVZ.

III.

30. Na základě shora uvedeného stěžovatel uzavírá, že objednatel stanovením zadávacích podmínek v ZD a v Oznámení porušil výše specifikovaná ustanovení ZVS a ZZVZ. Tato porušení lze shrnout tak, že objednatel stanovil napadené zadávací podmínky nejednoznačným a netransparentním způsobem, nerespektoval zákonné mantinely pro postup zadavatele v jednacím řízení a pravidla pro hodnocení nabídek dle ekonomické výhodnosti a jeho celkový postup při nastavení předmětných zadávacích podmínek odporoval zásadám transparentnosti a přiměřenosti.
31. Z uvedených důvodů se stěžovatel námitkami domáhá změny zadávacích podmínek tak, aby byly stanoveny jednoznačně a určitě a aby je bylo možno považovat za souladné se všemi shora citovanými normami ZVS a ZZVZ. Stěžovatel především zdůrazňuje, že změněné zadávací podmínky nesmí dodavatelům bránit ve změně parametrů jejich nabídek, které budou předmětem konečného hodnocení, a to zvláště takovým, které mohou vést k ekonomickému zlepšení nabídek pro zadavatele.
32. Ve vztahu k Oznámení a Vysvětlení stěžovatel navrhuje postup dle § 49 odst. 1 ZZVZ, tj. učinění opatření k nápravě. Toto by spočívalo ve zrušení Oznámení a Vysvětlení a nahrazením novým Oznámením, které by již neobsahovalo napadenou formulaci citovanou v bodě 3. výše, resp. ani navazující větu týkající se „zbývajících částí nabídky“, neboť tato by postrádala význam.
33. V této souvislosti se stěžovatel v návaznosti na předchozí návrhy dále domáhá dostatečného prodloužení lhůty pro podání konečných nabídek, která dodavatelům umožní ve vazbě na změněné zadávací podmínky připravit optimální konečnou nabídku.
34. Alternativně navrhuje stěžovatel, aby objednatel nabídkové řízení zrušil.

Za stěžovatele

.....
[Redacted Signature]

zástupce ředitele odboru obchodu osobní dopravy, na základě plné moci

České dráhy, a.s.

Datum

7. 12. 2023

Váš dopis zn.

Číslo jednací

541/23-O16

Ústecký kraj

Krajský úřad Ústeckého kraje

odbor investiční

Vyřizuje

Generální ředitelství | Odbor obchodu osobní dopravy

Stěžovatel: **České dráhy, a. s.**
Nábřeží L. Svobody 1222
110 15 Praha 1
IČO: 709 94 226

Objednatel: **Ústecký kraj**
Velká Hradební 3118/48
400 02 Ústí nad Labem
IČO: 70892156

Nabídkové řízení: „Železniční doprava v systému DÚK – elektrická páteř“
systémové číslo VZ: P23V00239958
ID: VZ-10457/2023

Námítky proti vyloučení z nabídkového řízení

prostřednictvím elektronického nástroje Tenderarena

I.

1. Stěžovatel (dále též i jako „**dodavatel**“), společnost České dráhy, a. s., je akciovou společností, provozující veřejnou drážní dopravu na území České republiky a má zájem provozovat drážní dopravu v rozsahu stanoveném objednatelem (dále též i „**zadavatel**“) v zadávací dokumentaci v záhlaví označeného nabídkového řízení (dále jen „**ZD**“).
2. Dne 23. 11. 2023 bylo dodavateli doručeno od zadavatele podání č.j. KUUK/167507/2023, sp. zn. KUUK/039485/2023/INV/VZ-DS/0013, označené jako Oznámení o vyloučení dodavatele (dále jen „**oznámení o vyloučení**“). V něm bylo stěžovateli sděleno, že zadavatel dne 22. 11. 2023 rozhodl o jeho vyloučení z účasti v nabídkovém řízení (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“), neboť „*údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené ve Vaší konečné nabídce ze dne 20. 11. 2023 nesplňují zadavatelem stanovené zadávací podmínky*“.
3. Stěžovatel tímto podává podle § 13 odst. 3 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZVS**“), ve spojení s § 241 a násl. zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“), včas ve stanovené lhůtě tyto

n á m í t k y

proti vyloučení dodavatele z nabídkového řízení, neboť je toho názoru, že rozhodnutí o vyloučení bylo učiněno v rozporu se ZVS a ZZVZ, což podrobně zdůvodňuje v dalších bodech tohoto podání.

II.

4. Zadavatel v odůvodnění vyloučení vychází z textu Oznámení o ukončení jednání a výzvy k podání konečné nabídky ze dne 13. 11. 2013 (dál jen „**Oznámení**“ či „**výzva k podání konečných nabídek**“), v němž dodavatele informoval, že „*Součástí konečné nabídky mohou být pouze ty údaje, doklady, vzorky nebo modely, které byly na základě jednání o nabídkách změněny či upraveny, a že změna Výchozího finančního modelu se může dotknout jen těch položek, které byly předmětem jednání.*“ Dále v návaznosti na Protokol z jednání o podaných nabídkách ze dne 1. 11. 2023 (dále jen „**protokol z jednání**“) zadavatel odkazuje na předmět tohoto jednání a jeho výsledky, s tím, že „*účastník v rámci jednání potvrdil, že upraví počet záložních vlakových jednotek ve své nabídce bez dopadu do nabídkové ceny. Žádné další úpravy či změny nebyly v rámci jednání o nabídce dohodnuty. Předmětem jednání nebyla úprava nabídkové ceny nebo výše nákladů a zisku či jejich rozložení v čase.*“ Následně zadavatel uvádí, že z tohoto důvodu ve výzvě k podání konečné nabídky nepřipustil změnu výše nabídkové ceny. Tuto zadávací podmínku stěžovatel dle tvrzení zadavatele nerespektoval, když jeho konečná nabídka obsahovala „*úpravu nabídkové ceny a řady parametrů Výchozího finančního modelu, které mají na nabídkovou cenu vliv*“. Zadavatel tudíž dospěl k závěru, že konečná nabídka stěžovatele nesplňuje zadávací podmínky, a je

proto dán důvod k jeho vyloučení podle § 10 odst. 4 písm. e) ZVS ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ.

5. Stěžovatel považuje své vyloučení z účasti v nabídkovém řízení za rozporné s § 10 odst. 4 písm. e) ZVS ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ. Tento nesoulad spatřuje stěžovatel v tom, že zadavatelem stanovené zadávací podmínky, jejichž nedodržení bylo důvodem pro jeho vyloučení, odporují ZVS a ZZVS.
6. Stěžovatel považuje za zjevné, že pokud nejsou zadávací podmínky v souladu se ZVS a ZZVZ, nemůže být považováno za zákonné vyloučení dodavatele z důvodu, že právě tyto nezákonné zadávací podmínky nerespektoval.
7. Nadto je stěžovatel přesvědčen, že zadavatel způsobil vzájemnou rozpornost zadávacích podmínek a tím také zmatečnost nabídkového řízení, když si navzájem odporuje textová část zadávacích podmínek (tj. vlastní ZD) a pozdější pokyny zadavatele. Stěžovatel má za to, že textová část zadávací dokumentace neumožňuje zadavateli, pokud se rozhodl jednat o nabídkách, nejednat o nabídkové ceně. To je patrné ještě z Výzvy k účasti jednání o nabídkách ze dne 25. 10. 2023 (dále jen „**výzva k jednání**“), kde je uvedeno, že účelem jednání je zlepšení nabídek ve prospěch zadavatele, přičemž ale ve výzvě k podání konečných nabídek je obsažen pokyn, že nabídky se zlepšovat nemohou.
8. Stěžovatel uplatnil dne 20. 11. 2023 Námitky proti zadávacím podmínkám, Námitky proti úkonu zadavatele ze dne 13. 11. 2023 a ze dne 16. 11. 2023 (dále jen „**námitky proti zadávacím podmínkám**“), v nichž obsáhle popsal, z jakých důvodů dospěl k závěru o rozporu zadávacích podmínek a souvisejících úkonů zadavatele s konkrétními ustanoveními ZVS a ZZVZ. V těchto námitkách proti zadávacím podmínkám stěžovatel specifikoval, které jednotlivé zadávací podmínky napadá - k tomu viz citace obsažené v bodě 4. námitek proti zadávacím podmínkám (dále také jen „**zadávací podmínky**“). Stěžovatel spatřoval jejich nesoulad s ust. § 10 odst. 3 ZVS ve spojení s § 36 ZZVZ, § 11 odst. 2 ZVS ve spojení s § 61 ZZVZ, § 12 odst. 2 ZVS ve spojení s § 114 ZZVZ, § 6 odst. 1 ZZVZ, § 62 odst. 4 ZZVZ a § 36 odst. 5 ZZVZ. Zadavatel námitky proti zadávacím podmínkám dne 4.12. 2023 odmítl.
9. Stěžovatel si je vědom toho, že obsahem tohoto podání jsou námitky proti jeho vyloučení, nikoliv již námitky proti zadávacím podmínkám. Je však zřejmé, že obě tato podání spolu úzce souvisí, resp. na sebe navazují. Stěžovatel proto považuje za nezbytné i v těchto námitkách proti vyloučení bodově shrnout hlavní důvody nezákonnosti zadávacích podmínek, které napadal námitkami proti zadávacím podmínkám:
 - (i) Zadávací podmínky byly stanoveny nejednoznačně a připouštěly možnost vícero výkladů, což se projevilo až po doručení Oznámení. Skutečnost, že stěžovatel interpretoval zadávací podmínky týkající se možnosti úprav hodnocených parametrů konečné nabídky jinak než zadavatel, jde k tíži zadavatele, který je výlučně odpovědný za stanovení určitých a jednoznačných zadávacích podmínek.

- (ii) Zadávací podmínky nerespektovaly zákonné možnosti postupu zadavatele v jednacím řízení s uveřejněním (dále jen „JŘSU“), které zadavatele neopravňují ve výzvě k podání konečné nabídky stanovit zákaz jakékoliv změny nabídkové ceny, tím spíše, jde-li o hodnotící kritérium s váhou 90%. Zákonná úprava obecně neumožňuje zadavateli takto zásadně zasahovat do pravidel hodnocení a legitimního očekávání dodavatelů ohledně možnosti nabídkovou cenu v konečné nabídce ještě měnit, ani dodavatele omezovat v tom, které části konečné nabídky promítající se do finálního hodnocení mohou upravovat.
- (iii) Zadávací podmínky odporovaly obecným zákonným pravidlům hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti, kdy zadavatel by měl usilovat o podání nabídek s co nejnížší nabídkovou cenou. Uvede-li zadavatel, že účelem jednání o nabídkách je zejména zlepšení nabídek ve prospěch zadavatele a následně zakáže nabídkovou cenu v konečné nabídce snižovat, odporuje takový postup účelu jakéhokoliv zadávacího/nabídkového řízení.
- (iv) Zadávací podmínky porušovaly zásadu transparentnosti, když byly stanoveny nejednoznačně, nečitelně a způsobem vyvolávajícím pochybnosti o skutečném záměru jednání zadavatele. Současně je možno celkový postup zadavatele označit za vzájemně rozporný a celkově zmatečný, když na jedné straně využil svého práva jednat o nabídkách, a to s výslovně deklarovaným cílem jejich zlepšení v jeho prospěch, tedy logicky v případě hodnotícího kritéria s váhou 90% v aspektu nabídkové ceny, avšak následně dodavatelům zakázal nabídkovou cenu v konečné nabídce snížit.
- (v) Zadávací podmínky porušovaly zásadu přiměřenosti, když poskytnutá lhůta pro podání konečných nabídek činila pouze 3,5 pracovních dnů. Ve spojení se zcela nově a pro stěžovatele nepředvídatelně stanoveným zákazem úpravy nabídkové ceny v konečné nabídce, kdy tato nová podmínka odporovala jeho legitimnímu očekávání a vyvolávala nezbytnost komplexního interního posouzení dalšího postupu stěžovatele, je třeba tuto délku lhůty vnímat jako zjevně nepřiměřenou.

V podrobnostech k jednotlivým bodům výše odkazuje stěžovatel na podané námítky proti zadávacím podmínkám, na nichž v plném rozsahu trvá.

- 10. Stěžovatel dále považuje za nezbytné vyjádřit se ke sděleným důvodům svého vyloučení, tak jak byly uvedeny v rozhodnutí o vyloučení, neboť je považuje za nesprávné a zavádějící.
- 11. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení mj. uvádí, že „účastník v rámci jednání potvrdil, že upraví počet záložních vlakových jednotek ve své nabídce bez dopadu do nabídkové ceny. Žádné další úpravy či změny nebyly v rámci jednání o nabídce dohodnuty. Předmětem jednání nebyla úprava nabídkové ceny nebo výše nákladů a zisku či jejich rozložení v čase. Zadavatel proto v informaci o ukončení jednání a výzvě k podání konečných nabídek změnu výše nabídkové ceny nepřipustil.“

12. Stěžovatel k této pasáži odůvodnění vyloučení podotýká, že citovaná formulace neodpovídá znění protokolu z jednání. V něm se konstatuje, že „*zástupce dopravce vysvětlil zadavateli v rámci své nabídky předložený finanční model, tedy rozložení záložních a turnusových jednotek. Tato skutečnost bude součástí upravené nabídky.*“ Tedy není zde uvedeno, ani z žádné formulace protokolu z jednání neplyne, že by stěžovatel potvrzoval absenci „*dopadu do nabídkové ceny*“. Nad rámec uvedeného však stěžovatel obecně zdůrazňuje, že i kdyby nějaká konkrétní část nabídky, o níž se vede jednání se zadavatelem, teoreticky dopad do nabídkové ceny neměla, nezabývá to dodavatele práva svou konečnou nabídku před jejím podáním znovu komplexně vyhodnotit a tomu přizpůsobit údaj o nabídkové ceně.
13. Stěžovatel rovněž rozporuje tvrzení uvedené v rozhodnutí o vyloučení, že „*předmětem jednání nebyla úprava nabídkové ceny.*“ Ani tento závěr z protokolu o jednání nelze dovodit. Naopak se v něm uvádí, že „*účelem jednání o nabídkách je zejména zlepšení nabídek ve prospěch Objednatele.*“ Stěžovatel je toho názoru, že je-li hlavním deklarovaným účelem jednání zlepšení nabídek ve prospěch zadavatele, je s ohledem na váhu hodnotícího kritéria nabídkové ceny ve výši 90% logické, že jediným ukazatelem zlepšené nabídky ve prospěch zadavatele je právě snížená nabídková cena. Skutečnost, že se přímo v průběhu jednání o nabídce výslovně nehovoří o konkrétním vlivu na nabídkovou cenu, neznamena, že by jednání a jeho výsledky na nabídkovou cenu nemohly a neměly mít vliv. Toto je naopak běžnou praxí, neboť dodavatelé teprve v návaznosti na obsah a závěry uskutečněného jednání a v souvislosti s plánovanou změnou/úpravou nabídky znovu nabídkovou cenu kalkulují, a to ve snaze předložit zadavateli co možná ekonomicky nejvýhodnější konečnou nabídku. Výše uvedená citace z odůvodnění rozhodnutí o vyloučení je tak podle stěžovatele nesprávná, zavádějící a rozporná s tím, jak účel jednání o nabídkách specifikoval sám zadavatel.
14. Zadavatel odůvodnil vyloučení dodavatele s odkazem na § 10 odst. 4 písm. e) ZVS ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ, kdy podle tohoto ustanovení může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení „*nesplňují zadávací podmínky*“. Stěžovatel namítá, že tento důvod pro vyloučení účastníka spočívající v nesplnění zadávacích podmínek je pojmově aplikovatelný pouze tehdy, jestliže předmětné zadávací podmínky jsou v souladu se zákonem, tedy odpovídají ZVS ve spojení se ZZVZ. Jestliže tato výchozí podmínka splněna není a zadávací podmínky jsou s relevantní zákonnou úpravou v rozporu, nelze daný důvod pro vyloučení aplikovat. Stěžovatel je přesvědčen o tom, že právě tato situace v nabídkovém řízení nastala, což ostatně vyjádřil již svými námitkami proti zadávacím podmínkám.
15. Stěžovatel připomíná, že rovněž v případě postupu podle ZVS a ZZVZ subsidiárně platí obecná právní úprava obsažená v zákoně č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v platném znění, (dále jen „OZ“). Podle § 6 odst. 2 OZ „*nikdo nesmí těžit ze svého nepoctivého nebo protiprávního činu*“. Z této právní normy, která patří mezi základní zásady OZ, vyplývá, že stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu se zákonem, tj. protiprávně, nemůže na jejich následném nesplnění stavět důvod vyloučení dodavatele.

16. V této souvislosti stěžovatel podotýká, že své pochybnosti ohledně souladu zadávacích podmínek se ZVS a ZZVZ dal zadavateli najevo již v Žádosti o vysvětlení a změnu zadávací dokumentace a o prodloužení lhůty k podání konečných nabídek ze dne 15. 11. 2023 (dále je „**žádost o vysvětlení ZD**“). Zadavatel měl po obdržení této žádosti o vysvětlení ZD zákonnou možnost lhůtu pro podání konečných nabídek prodloužit, a tím vytvořit dostatečný časový prostor k vyjasnění sporných zadávacích podmínek, jejich případné změně či doplnění a konečně i k vyřízení případně podaných námitek proti zadávacím podmínkám, kdy toto vše mohlo teoreticky proběhnout před koncem prodloužené lhůty k podání konečných nabídek. Ač byl zadavatel na problematičnost daných zadávacích podmínek a nedostatečnou délku lhůty pro podání konečných nabídek výslovně upozorněn, a to obratem poté, kdy byla stěžovateli doručena výzva k podání konečné nabídky, uvedené zákonné možnosti prodloužení lhůty pro podání konečné nabídky nevyužil, třebaže mu v tom nic nebránilo. Stěžovatel tak byl tímto nepřiměřeným a „zadavatelsky nevstřícným“ přístupem postaven do situace, kdy byl nucen současně podat námítky proti zadávacím podmínkám a konečnou nabídku, u níž podstupoval riziko, že bude zadavatelem posouzena jako nevyhovující nezákonně stanoveným zadávacím podmínkám. Rovněž tento postup zadavatele vzbuzuje ve stěžovateli pochybnosti o pravých záměrech a motivech jednání zadavatele, jelikož stěžovatelem navrhované kroky (tj. prodloužení lhůty k podání konečných nabídek, úprava zadávacích podmínek, vyřízení případných námitek proti zadávacím podmínkám, byly-li by podány) mohly přispět k napravení předchozího netransparentního postupu zadavatele a současně k podání maximálního počtu ekonomicky výhodných nabídek, což by mělo být v zadavatelově zájmu.
17. Nad rámec výše uvedeného stěžovatel poukazuje na to, že pokud jde o samotnou ZD a výzvu k jednání, tak ty uváděly, že cílem jednání o nabídkách je jejich zlepšení pro zadavatele. Pokud tedy stěžovatel podal upravenou nabídku, jeho postup nemůže být hodnocen jako postup v rozporu se zadávacími podmínkami, naopak s nimi byl v souladu. Následný pokyn uvedený v Oznámení, že se nabídka měnit nesmí, je zcela nelogický a nemá oporu v ZZVZ ani v ZVS.
18. Navíc i text Oznámení je vnitřně rozporný a nelogický. V oznámení se uvádí, že *Součástí konečné nabídky mohou být pouze ty údaje, doklady, vzorky nebo modely, které byly na základě jednání o nabídkách změněny či upraveny, a že změna Výchozího finančního modelu se může dotknout jen těch položek, které byly předmětem jednání.* Pokud by kterýkoli uchazeč postupoval doslova podle tohoto pokynu, pak by součástí konečné nabídky nebyly takřka žádné údaje. Konečná nabídka musí mít stejnou strukturu, obsahovat finanční model apod., nemůže se jednat pouze o část nabídky, o které se mělo jednat. Pokud by uchazeči uposlechli tento pokyn, nebyla by žádná nabídka hodnotitelná. I tato zjevná zmatečnost pokynů zadavatele poukazuje na nezákonnost jeho postupu.

III.

19. Stěžovatel na základě shora uvedeného uzavírá, že rozhodnutí o jeho vyloučení bylo učiněno v rozporu se ZVS a ZZVZ. Dle názoru stěžovatele nebyl dán zákonný důvod pro jeho vyloučení, jelikož zadávací podmínky, pro jejichž údajné nesplnění byl stěžovatel vyloučen, byly stanoveny a zadavatelem vykládány v rozporu se ZVS ve spojení se ZZVZ. Dle názoru stěžovatele naopak jím podaná konečná nabídka byla v souladu se ZD a aplikovatelnými právními předpisy a stěžovatelem učiněné úpravy v konečné nabídce byly vedeny legitimní snahou zlepšit hodnocené parametry ve prospěch zadavatele, což je vlastní podstatou jakéhokoliv jednacího řízení v nabídkovém/zadávacím řízení.
20. Z uvedených důvodů se stěžovatel domáhá toho, aby zadavatel rozhodnutí o jeho vyloučení zrušil.
21. S ohledem na to, že v dané fázi nabídkového řízení by ani zrušení rozhodnutí o vyloučení stěžovatele neumožnilo napravit výše popsaný nezákonný postup zadavatele, navrhuje dále stěžovatel, aby zadavatel nabídkové řízení zrušil.

Za stěžovatele

.....

zástupce ředitele odboru obchodu osobní dopravy, na základě plné moci

České dráhy, a.s.