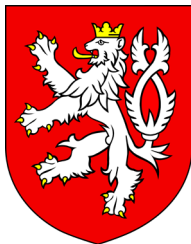




UOHSX0069UZY

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R391/2013/VZ-27697/2014/322/KHo

Brno 29. prosince 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 26. 11. 2013 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 27. 11. 2013 zadavatelem –

- **městem Litoměřice**, IČO 00263958, se sídlem Mírové náměstí 15/7, 412 01 Litoměřice, ve správním řízení zastoupeném na základě plné moci ze dne 20. 5. 2013 JUDr. Ing. Světlanou Semrádovou Zvolánkovou, advokátkou, ev. č. ČAK: 02808, IČO 44346000, se sídlem Karlovo náměstí 287/18, 120 00 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S281/2013/VZ-22000/2013/512/PDr ze dne 11. 11. 2013 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Provozovatel MHD v Litoměřicích**“, zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 6. 3. 2013 a bylo uveřejněno dne 7. 3. 2013 pod evidenčním číslem zakázky 342838 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 8. 3. 2013 pod evidenčním číslem 2013/S 048-078149,

jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- **Dopravní podnik měst Chomutova a Jirkova a.s.**, IČO 64053466, se sídlem Školní 999/6, 430 01 Chomutov, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci Mgr. Michaelou Wažikovou, advokátkou, ev. č. ČAK: 13330, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., IČO 29415349, se sídlem Politických vězňů 1272/21, Nové Město, 110 00 Praha 1,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S281/2013/VZ-22000/2013/512/PDr ze dne 11. 11. 2013

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Zadavatel – město Litoměřice, IČO 00263958, se sídlem Mírové náměstí 15/7, 412 01 Litoměřice (dále jen „**zadavatel**“) zahájil dne 6. 3. 2013 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> veřejné zakázky s názvem „Provozovatel MHD v Litoměřicích“, jež bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 7. 3. 2013 pod evidenčním číslem zakázky 342838 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 8. 3. 2013 pod evidenčním číslem 2013/S 048-078149 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadavatel se v souladu s § 151 zákona při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením nechal zastoupit JUDr. Ing. Světlanou Semrádovou Zvolánkovou, advokátkou, ev. č. ČAK: 02808, IČO 44346000, se sídlem Karlovo náměstí 287/18, 120 00 Praha 2.
3. Podle čl. 3.1 zadávací dokumentace bylo předmětem veřejné zakázky zajištění výběru dopravce k zabezpečení výkonu veřejných služeb v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou za účelem zajištění dopravní obslužnosti města Litoměřice. Vedle služeb v přepravě cestujících (provozování městské autobusové dopravy) měly být součástí plnění veřejné zakázky i analytické a optimalizační služby v dopravě a technologické zpracování objednaného dopravního výkonu (tvorba jízdních řádů).
4. Zadavatel v čl. 3.3 zadávací dokumentace stanovil, že plnění veřejné zakázky proběhne od 1. 1 2014 do 31. 12 2023. Zadavatel zde upozornil na to, že takto stanovený počátek je založen na předpokladu, že dojde k úspěšnému ukončení zadávacího řízení a smlouvu bude možné uzavřít minimálně 65 dnů před plánovaným zahájením plnění předmětu veřejné zakázky (před zahájením provozu). V případě, že nebude možné z objektivních důvodů tyto podmínky splnit, a nedohodnou-li se zadavatel a vybraný uchazeč jinak, bude plnění předmětu veřejné zakázky zahájeno až 65 dnů po uzavření smlouvy.
5. Zadavatel v čl. 4.5 ve spojení s čl. 13.1 zadávací dokumentace stanovil, že veškeré informace a doklady prokazující splnění kvalifikace je uchazeč povinen prokázat ve lhůtě pro podání nabídek, tj. do 23. 5. 2013 do 10:00.

---

<sup>1</sup> Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona.

6. V bodu III.2.3) oznámení o zakázce a následně v čl. 4.9.2 zadávací dokumentace zadavatel stanovil požadavek na přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici podle § 56 odst. 2 písm. h) zákona. Dle čl. 4.9.2 zadávací dokumentace „*Tento kvalifikační předpoklad splní uchazeč, který doloží, že má zajištěna vozidla, jejichž počet dosahuje minimálního počtu vozidel potřebných pro plnění Veřejné zakázky (tj. minimálního počtu uvedenému v Příloze č. 4 Zadávací dokumentace<sup>2</sup>), přičemž tato vozidla musí současně splňovat k datu 1. lednu 2014 požadavek Zadavatele na stáří vozového parku dopravce, tj., že nasazená vozidla musí být prvně uvedena do provozu po 1.1.2013 včetně (kromě náhradních) a vozidla musí splňovat i další požadavky Zadavatele na vozidla (pohon, nízkopodlažnost, apod.). Zadavatel k prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu akceptuje i dokumenty, z nichž bude vyplývat, že uchazeč bude schopen pro případ, že bude v tomto Zadávacím řízení vybrán jako vítězný uchazeč, využít (či pořídit) ke dni zahájení plnění Veřejné zakázky (1.1.2014) požadovaná vozidla (např. smlouvy o smlouvách budoucích, smlouvy s odkládací podmínkou) a současně, že má zajištěno k zabezpečení splnění uvedených předpokladů dostatečné financování.*“
7. Zadavatel v čl. 9.1 zadávací dokumentace zvolil jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky ekonomickou výhodnost nabídky a stanovil tato dílčí hodnotící kritéria:
- Celková nabídková cena – váha 75 %
  - Péče o komfort a bezpečnost cestujících – váha 10 %
  - Kvalita analytických a optimalizačních služeb – váha 15 %.
8. U dílčího hodnotícího kritéria „Kvalita analytických a optimalizačních služeb“ zadavatel stanovil následující dvě hodnotící subkritéria:
- Metodika – váha 50 %
  - Návrh nové linky – váha 50 %.
9. K hodnotícímu subkritériu „Návrh nové linky“ zadavatel v čl. 9.4 zadávací dokumentace uvedl, že: „*Návrh nové linky MHD uchazeč předloží v nabídce jako samostatnou část nabídky (...) Návrh nové linky MHD bude tvořen: (i) návrhem jízdního řádu pro navrhovanou novou linku MHD, (ii) mapou Města Litoměřice s vyznačením vedení navržené linky a zastávek navržené linky (mapa může být použita i z internetových vyhledávačů, např. Mapy.cz, googlemaps.com, apod.) a (iii) textovou částí obsahující popis a odůvodnění návrhu nové linky MHD.*“ Dále zadavatel uvedl, že textová část návrhu nové linky bude obsahovat „*relevantní podklady a data, na základě kterých uchazeč tvořil Návrh nové linky MHD, jakož i informaci o uchazečem zamýšlených a předpokládaných přínosů nové linky MHD k rozvoji dopravní obslužnosti města Litoměřice (je-li to možné, přínosy budou i kvantifikovány) a informaci o provázanosti nové linky MHD se stávajícími linkami MHD v Litoměřicích (uchazeč bude přesně specifikovat, jaké změny vyvolá nová linka MHD na stávajících linkách MHD).*“

---

<sup>2</sup> Příloha č. 4 zadávací dokumentace stanoví minimální počet vozidel požadovaný zadavatelem pro zajištění předpokládaného ročního výkonu v rámci veřejné zakázky (včetně náhradních vozidel) takto:

Kategorie vozidla: autobus malý (M) – počet vozidel: 1

Kategorie vozidla: autobus velký (V) – počet vozidel: 3.

10. Proti zadávacím podmínkám, konkrétně proti nastavení dílčího hodnotícího subkritéria „Návrh nové linky“ a proti technickému kvalifikačnímu předpokladu stanovenému v čl. 4.9.2 zadávací dokumentace, podal navrhovatel – Dopravní podnik měst Chomutova a Jirkova a.s., IČO 64053466, se sídlem Školní 999/6, 430 01 Chomutov (dále jen „**navrhovatel**“) námitky, které byly zadavateli doručeny dne 22. 4. 2013. Zadavatel rozhodnutím ze dne 2. 5. 2013, jež bylo navrhovateli doručeno téhož dne, námitkám nevyhověl.
11. Dne 10. 5. 2013 byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) doručen návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky a návrh na nařízení předběžného opatření. Tímto dnem bylo ve smyslu § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení.
12. Dne 14. 6. 2013 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S281/2013/VZ-11121/2013/512/PDr z téhož dne, jímž zadavateli z moci úřední uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení a současně zamítl návrh navrhovatele na uložení pozastavení zadávacího řízení.

## **II. Napadené rozhodnutí**

13. Dne 12. 11. 2013 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S281/2013/VZ-22000/2013/512/PDr ze dne 11. 11. 2013 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
14. Výrokem I. písm. a) napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když v čl. 4.9.2 zadávací dokumentace stanovil technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 2 písm. h) zákona na doložení zajištění vozidel potřebných pro plnění veřejné zakázky splňujících požadavky zadavatele (uvedení do provozu po 1. 1. 2013 včetně, pohon, nízkopodlažnost, apod.), který vedl k podstatnému omezení hospodářské soutěže, a současně by tento kvalifikační předpoklad bylo vzhledem k potřebám zadavatele možné nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
15. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad ve vztahu k výroku I. písm. a) uvedl, že neshledal žádné objektivní důvody pro to, aby dodavatelé již ke dni 23. 5. 2013, tedy ke konci lhůty pro podání nabídek, dokládali, že mají pro plnění veřejné zakázky zajištěna vozidla splňující všechny požadavky zadavatele, když k vlastnímu plnění veřejné zakázky mělo dojít podle návrhu smlouvy až od 1. 1. 2014. Dle Úřadu byl tento požadavek zadavatele na prokázání kvalifikace nepřiměřený, neboť zadavatel mohl jeho naplnění dosáhnout až v rámci následného smluvního vztahu s vybraným uchazečem, a to například formou příslušných smluvních podmínek.
16. Úřad dále poukázal na tvrzení navrhovatele, podle kterého nejsou autobusy na CNG v oblasti městské autobusové dopravy příliš rozšířené, a splnění tohoto kvalifikačního předpokladu může být zvýhodňující pro několik málo uchazečů. Dle Úřadu vedlo stanovení tohoto kvalifikačního předpokladu k podstatnému omezení hospodářské soutěže, neboť mohl potenciální uchazeče od podání nabídky odradit. Vzhledem k tomu, že postup zadavatele mohl vést k nedůvodnému omezení okruhu možných dodavatelů, porušil zadavatel svým postupem zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona.

17. Úřad s odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 1/2011-83 ze dne 19. 7. 2012 a rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 69/2012-55 ze dne 28. 3. 2013 v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že sporný technický kvalifikační předpoklad stanovený v čl. 4.9.2 zadávací dokumentace nezaručuje kvalitu dodavatelem poskytnutých služeb v budoucnu. Mnohem vhodnější důkaz o schopnosti dodavatele řádně a kvalitně realizovat veřejnou zakázku by bylo možné spatřovat například v předložení seznamu obdobných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních letech.
18. Výrokem I. písm. b) napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 78 odst. 4 zákona, když v čl. 9.1 zadávací dokumentace stanovil pomocné kritérium č. 2 – Návrh nové linky – dílčího hodnotícího kritéria „Kvalita analytických a optimalizačních služeb“ tak, aniž by vyjadřovalo vztah užitné hodnoty a ceny, a aby se vztahovalo k nabízenému plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
19. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí ve vztahu k výroku I. písm. b) dospěl na základě zjištění vyplývajících ze zadávací dokumentace k závěru, že realizace nové linky MHD není součástí předmětu plnění veřejné zakázky a není zřejmé, jak toto kritérium souvisí s výběrem ekonomicky nejvýhodnější nabídky, resp. není zřejmé, že by se týkalo nabídky a její ekonomické výhodnosti, neboť samotné navržení nové linky MHD dodavatelem zadavateli nenapovídá, jak kvalitně bude tento dodavatel služby, které jsou předmětem veřejné zakázky, poskytovat.
20. Úřad dále uvedl, že ze zadávacích podmínek nevyplývá, že by navržená nová linka měla být zrealizována a její cena zahrnuta do nabídkové ceny. Pokud chtěl zadavatel MHD rozšířit o novou linku, měl dle Úřadu svoje požadavky promítnout do zadávacích podmínek veřejné zakázky.
21. Úřad konstatoval, že předmětem plnění byly i analytické a optimalizační služby, které podle čl. 10.1. závazného návrhu smlouvy (příloha č. 7 zadávací dokumentace) měly spočívat v analýze dopravních a přepravních potřeb ve městě Litoměřice a následném návrhu optimalizace MHD ve městě Litoměřice. Hodnocení kvality poskytování těchto analytických a optimalizačních služeb bylo zadavatelem zohledněno v rámci hodnotícího subkritéria „Metodika“ a odměna za tyto analytické a optimalizační služby měla být zohledněna již v nabídkové ceně. S ohledem na tyto skutečnosti Úřad uzavřel, že součástí předmětu plnění veřejné zakázky byly analytické a optimalizační služby, nikoliv však návrh nové linky.
22. K možnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky Úřad uvedl, že vzhledem k tomu, že zadavatel porušil ustanovení zákona již při stanovení způsobu hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího subkritéria „Návrh nové linky“ v zadávací dokumentaci, odrazil by se tento postup zadavatele i ve vlastním hodnocení nabídek. Uvedený postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
23. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele dle § 118 odst. 1 zákona ruší předmětné zadávací řízení.
24. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavateli podle § 119 odst. 2 zákona ukládá povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

### III. Námitky rozkladu

25. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad ze dne 26. 11. 2013, který Úřadu doručil dne 27. 11. 2013. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 13. 11. 2013. Zadavatel uplatnil rozklad v zákonné lhůtě. Zadavatel uplatnil rozklad proti napadenému rozhodnutí v celém jeho rozsahu.

#### *Námitky týkající se nedostatku aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu*

26. Zadavatel namítá, že se Úřad ve správním řízení nezabýval aktivní legitimací navrhovatele k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel k tomu blíže namítá, že předpokladem pro podání návrhu podle § 114 zákona je hrozba či vznik újmy, z čehož vyplývá, že osobou oprávněnou podat návrh může být pouze osoba, která je způsobilá účastnit se zadávacího řízení, resp. plnit předmět veřejné zakázky. Zadavatel je přitom přesvědčen, že navrhovatel nesplňuje uvedené podmínky aktivní legitimace pro podání návrhu, a to z následujících důvodů.
27. Navrhovatel je akciovou společností zřízenou a ovládanou statutárním městem Chomutov a městem Jirkov, které společně vlastní 100 % akcií navrhovatele. Účelem navrhovatele, ke kterému byl zřízen, je provozování hromadné dopravy na území měst Chomutova a Jirkova, jakož i přilehlých obcí. Zadavatel uvádí, že navrhovatel je subjektem zřízeným a podporovaným veřejnoprávním subjektem. I v případě, že by veřejnoprávní subjekty nepodporovaly navrhovatele přímou finanční podporou, umožňují mu působit nejméně na území svých zřizovatelů monopolisticky, přičemž tohoto zázemí může využívat při vstupu na jiný geograficky determinovaný trh, kde již konkurenci vystaven je. Z těchto důvodů nelze dle zadavatele vyloučit, že by účast navrhovatele v zadávacím řízení vedla k deformaci soutěžního prostředí a jednalo by se o nedovolenou veřejnou podporu.
28. Zadavatel poznamenává, že právě z uvedeného důvodu stanoví omezení v účasti v nabídkových či zadávacích řízeních pro tzv. vnitřní poskytovatele i čl. 5 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007 ze dne 23. října 2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici a o zrušení nařízení Rady (EHS) č. 1191/69 a č. 1107/70 (dále jen „nařízení“). Zadavatel k této části rozkladu uzavírá, že Úřad měl návrh navrhovatele odmítnout, jako návrh podaný osobou, která k tomu není dle zákona oprávněna.

#### *Námitky týkající se oprávněnosti stanovení požadavku na prokázání zajištění autobusů v rámci technických kvalifikačních předpokladů*

29. K přiměřenosti technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v čl. 4.9.2 zadávací dokumentace zadavatel v rozkladu uvádí, že tuto je třeba posuzovat s ohledem na význam a předmět veřejné zakázky, kterým bylo zajištění dopravní obslužnosti na území zadavatele ve smyslu zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů (dále jen „zákon o veřejných službách v přepravě cestujících“). Zadavatel uvádí, že případné selhání při zadání veřejné zakázky by mělo zásadní význam a negativně by se projevilo na životním standardu většiny obyvatel města Litoměřice. Vzhledem k této skutečnosti zadavatel využil možnosti, kterou mu dává § 56 odst. 2 písm. h) zákona, a stanovil požadavek na předložení přehledu autobusů, kterými bude dodavatel předmět veřejné zakázky plnit.

30. Zadavatel s odkazem na judikaturu Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu vztahující se k účelu kvalifikačních předpokladů uvádí, že stanovil kvalifikační předpoklady takovým způsobem, aby pro hodnocení měl k dispozici pouze nabídky uchazečů, u kterých bude prokázáno, že mají potřebnou kvalifikaci, a především požadované prostředky pro plnění veřejné zakázky. Jelikož klíčovým nástrojem pro plnění veřejné zakázky byly autobusy, je dle zadavatele zcela logické, že se při stanovování kvalifikačních předpokladů zaměřil právě na tento nástroj.
31. Zadavatel dále upozorňuje na časové hledisko dané věci. Předmět veřejné zakázky měl být plněn od 1. 1. 2014, přičemž zadávací řízení bylo zahájeno dne 6. 3. 2013 a lhůta pro prokázání kvalifikace končila dne 23. 5. 2013. Běžná dodací lhůta autobusů přitom běžně činí šest měsíců ode dne objednání. Z tohoto důvodu by pro řádné zajištění plnění předmětu veřejné zakázky měl mít uchazeč požadované autobusy zajištěny již při podání nabídky, a to bez ohledu na to, zda zadavatel uvedený kvalifikační předpoklad stanovil. Tento závěr dle zadavatele podtrhuje i navrhovatelem zmíněná skutečnost, že autobusy s pohonem na CNG nejsou na trhu obvyklé.
32. Zadavatel namítá, že závěr Úřadu, podle kterého bylo možné předmětný kvalifikační předpoklad nahradit odpovídajícími obchodními podmínkami, zcela popírá časové hledisko. Zadavatel mohl buď stanovit jednoznačný kvalifikační předpoklad, nebo mohl povinnost zajistit si pro plnění veřejné zakázky požadované autobusy zakotvit do smlouvy. Zadavatel v této souvislosti uvádí, že pokud by se spokojil s pouhou smluvní úpravou, vystavoval by se riziku, že ke dni uzavření smlouvy by již vybraný uchazeč nebyl objektivně schopen tomuto závazku dostát. Důsledkem by mohlo být odmítnutí uzavřít se zadavatelem smlouvu, popř. prodlení vybraného uchazeče se splněním této povinnosti.
33. Zadavatel dále namítá, že stanovení povinnosti zajistit autobusy až v rámci smluvních podmínek by bylo popřením základního smyslu kvalifikace. Zadavatel by de facto hodnotil nabídky uchazečů, o jejichž způsobilosti plnit veřejnou zakázku by se staral až po vyhodnocení nabídek v rámci uplatňování smluvních závazků. Zadavatel zdůrazňuje, že obvyklé dodací podmínky uchazečům o veřejnou zakázku objektivně neumožňovaly poptávat autobusy až po uzavření smlouvy a každý uchazeč, který by ke dni prokazování kvalifikace neměl potřebné autobusy zajištěny, by pro zadavatele představoval významné riziko dodavatele schopného plnit předmět veřejné zakázky.
34. Zadavatel zdůrazňuje, že požadavky na splnění kvalifikačních předpokladů stanovil dostatečně široce, když uvedl, že uchazeč musí mít vozidla k dispozici buď nyní, nebo jejich využívání či pořízení má pro případ plnění veřejné zakázky zajištěné (uzavřením smlouvy o smlouvě budoucí či smlouvy s odkládací podmínkou).
35. Další námitka zadavatele směřuje proti nesprávné aplikaci závěrů rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 69/2012-55 ze dne 28. 3. 2013 v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zadavatel je přesvědčen, že skutkový stav uvedeného rozsudku je zcela nepřiléhavý a na posuzovanou věc neaplikovatelný. Podstatou uvedeného rozsudku byla povinnost uchazečů prokázat, že disponují obalovnou obalových směsí, přičemž obalované směsi jsou zcela běžným stavebním materiálem bez významnější dodací lhůty a představují pouze marginální stavební materiál v rámci šetřené veřejné zakázky. Zadavatel cituje část uvedeného rozsudku, ve kterém Nejvyšší správní soud uvedl, že požadavek na doložení

dokladu prokazující dispozici obalovnou by mohl být odůvodněn objektivními okolnostmi veřejné zakázky, resp. legitimními ekonomickými zájmy zadavatele (např. velmi obtížnou opatřitelností materiálu nebo jeho dominantní rolí v rámci dané zakázky). Zadavatel shrnuje, že předmět veřejné zakázky tento požadavek zadavatel v rámci prokazování kvalifikace odůvodňuje, neboť autobusy na CNG nejsou příliš rozšířené a s ohledem na dodací lhůty je jejich opatření obtížné. Nadto jsou autobusy pro plnění veřejné zakázky dominantní.

36. Zadavatel dále namítá, že se napadené rozhodnutí odchyluje od dosavadní rozhodovací praxe a mělo by být v rámci zachování zásady legitimního očekávání revokováno. V této souvislosti zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu sp. zn. S496/2012/VZ ze dne 22. 1. 2013 a rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. R29/2013/VZ ze dne 14. 6. 2013, ve kterých Úřad, resp. předseda Úřadu shledali oprávněný požadavek zadavatele, aby uchazeči prokázali, že mají k dispozici provozovny pro parkování autobusů. Zadavatel je přitom přesvědčen, že autobusy hrají při plnění veřejné zakázky významnější roli než parkovací místa.
37. Zadavatel podotýká, že pokud by postupoval dle doporučení Úřadu, tedy tak, že by namísto sporného kvalifikačního předpokladu požadoval, aby uchazeči prokázali, že v posledních třech letech realizovali významnou službu spočívající v zajištění dopravní obslužnosti prostřednictvím autobusů na CNG, dopustil by se nepřiměřeného omezení hospodářské soutěže. Z pohledu zkušeností a dovedností totiž neexistuje významnější rozdíl mezi tím, zda dodavatel zajišťuje dopravní obslužnost autobusy s naftovým či jiným obvyklým pohonem, nebo zda je zajišťuje autobusy na CNG.
38. K této části rozkladu zadavatel shrnuje, že uvedený požadavek považuje za zcela přiměřený, a to s ohledem na délku dodacích lhůt, dominantní roli tohoto nástroje, nemožnost úpravy v rámci obchodních podmínek a nezastupitelnost jinými kvalifikačními předpoklady.

*Námítky týkající se důvodnosti pomocného hodnotícího kritéria „Návrh nové linky“*

39. Zadavatel namítá, že pomocné hodnotící kritérium „Návrh nové linky“ má jednoznačný vztah k nabízenému plnění, neboť předmětem veřejné zakázky jsou rovněž analytické a optimalizační služby. Tyto služby spočívají v analýze dopravních a přepravních potřeb, přičemž by mezi takové služby mělo patřit i zpracování podkladů pro novou autobusovou linku. Zadavatel uvádí, že odměna vybraného uchazeče za poskytování analytických a optimalizačních služeb je zahrnuta v nabídkové ceně a vybraný uchazeč tak bude tyto služby poskytovat v rámci odměny za zajištění dopravní obslužnosti.
40. Zadavatel uvádí, že hodnotící kritéria musí být nastavena tak, aby vybraný uchazeč plnil předmět veřejné zakázky při zachování nejlepšího možného poměru cena/kvalita. Zadavatel proto vedle cenového kritéria stanovil dvě dílčí hodnotící kritéria, jimiž měla být hodnocena kvalita poskytovaných služeb za nabízenou cenu. Kvalita analytických a optimalizačních služeb měla být hodnocena prostřednictvím „Metodiky“ a „Návrhu nové linky“. Dle zadavatele se jedná o vysoce odborné služby, a proto se zadavatel nemohl spokojit s hodnocením pouze metodiky, co by teoretické složky, ale i kvality, použitelnosti a praktičnosti typového výstupu uchazeče spočívajícího právě v návrhu nové linky.
41. Přestože se návrh nové linky nikterak neodrazí ve smluvním závazku realizovat takový návrh, shledává zadavatel vztah užitné hodnoty zpracovaného návrhu nové linky a nabídkové ceny v možnosti zhodnotit kvalitu zpracovaného návrhu, který typově reprezentuje budoucí



výstupy uchazeče, které lze při poskytování analytických a optimalizačních služeb očekávat. Zadavatel uvádí, že způsob zpracování návrhu nové linky mu napoví, do jaké míry je dopravní analytik uchazeče schopen reagovat na potřeby obyvatel města.

42. Závěrem této části rozkladu zadavatel poukazuje na skutečnost, že obdobným způsobem se hodnotí i kvalita jiných služeb, u kterých je kladen důraz na vysokou odbornost poskytovatelů. Jako příklad zadavatel uvádí veřejné zakázky na poskytování právních služeb, u nichž zadavatelé pravidelně požadují zpracování vzorového případu či zpracování odborného stanoviska. Tyto rozборы přitom samy o sobě nemají pro zadavatele hospodářský význam a slouží pouze jako typová ukázka odborné úrovně jejich zpracovatelů. Zadavatel shrnuje, že stanovené hodnotící kritérium jednoznačně cílí ke zvýhodnění těch uchazečů, kteří nabízejí za srovnatelných finančních podmínek kvalitnější plnění.

#### **Závěr rozkladu**

43. Vzhledem k tomu, že Úřad v řízení předcházejícím vydání napadeného rozhodnutí nezjistil správně a především v plné šíři skutkový stav, navrhuje zadavatel, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání, neboť v řízení bude třeba provést další rozsáhlé šetření skutkového stavu.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

44. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.
45. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S281/2013/VZ-23352/2013/512/PDr ze dne 28. 11. 2013 určil navrhovateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podanému rozkladu. Usnesením č. j. ÚOHS-S281/2013/VZ-23644/2013/512/PDr ze dne 4. 12. 2013 Úřad stanovenou lhůtu přiměřeně prodloužil.
46. Dne 10. 12. 2013 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele ze dne 9. 12. 2013, v němž navrhovatel uvádí, že s napadeným rozhodnutím zcela souhlasí a argumentaci zadavatele uvedenou v rozkladu považuje za nepřesvědčivou a neodůvodněnou.
47. K namítanému nedostatku legitimace k podání návrhu navrhovatel uvádí, že nařízení se na něj neuplatní, a to vzhledem k datu platnosti nařízení a smlouvy uzavřené s akcionáři navrhovatele. Navrhovatel dále namítá, že je podnikatelem, na kterého se vztahují vlivy hospodářské soutěže stejnou měrou jako na všechny ostatní soutěžitele a je taktéž nucen se přizpůsobovat konkurenčnímu trhu.
48. K nezákonnosti technického kvalifikačního předpokladu stanoveného v čl. 4.9.2 zadávací dokumentace navrhovatel uvádí, že nastavený požadavek je zcela prokazatelně nesplnitelný pro dodavatele, kteří jsou sektorovými zadavateli, a tento požadavek mohl být zcela nepochybně nastaven jako smluvní podmínka zadavatele. Dle navrhovatele se jedná o klasický příklad porušení § 50 odst. 4 zákona.
49. Co se týká dílčího hodnotícího subkritéria „Návrh nové linky“, považuje jej navrhovatel za nepřípustné a nezákonné, neboť nevyjadřuje vztah užitné hodnoty a ceny a nemá přímou vazbu na plnění předmětu veřejné zakázky. Uvedené subkritérium má dle navrhovatele

rovněž diskriminační dopad, neboť zadavatel neposkytl dostatečné údaje a podklady ke zpracování příslušné části nabídky. Dané kritérium přitom může být vzhledem k obdobným nabídkovým cenám pro dané služby zcela zásadní a může tak zcela zásadně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

50. Navrhovatel namítá, že návrh nové linky nebude představovat jakýkoli vymahatelný závazek a nemusí být vůbec realizován. Dovedeno ad absurdum, uchazeč si může pro účely zpracování nabídky objednat přípravu hodnoceného návrhu nové linky na špičkové úrovni od třetí osoby, která však na reálném plnění veřejné zakázky nebude vůbec participovat. Navrhovatel má za to, že, aby bylo hodnocení objektivní, nestačí, že se zadavatel o kvalitách služeb pouze „přesvědčí“ ve fázi hodnocení, nýbrž že kvalitu demonstrovanou v rámci předmětného subkritéria přetaví do vymahatelného smluvního závazku.
51. Vzhledem k výše uvedenému navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zadavatele zamítl.
52. Dne 31. 12. 2013 obdržel Úřad smlouvu o závazku veřejné služby a úhrady prokazatelné ztráty z provozu městské hromadné dopravy pro období 1. 10. 2009 – 31. 12. 2019 uzavřené dne 5. 10. 2009 mezi navrhovatelem a statutárním městem Chomutov.
53. Usnesením č. j. ÚOHS-R391/2013/VZ-19856/2014/322/KHo ze dne 15. 10. 2014 předseda Úřadu uložil navrhovateli předložit kopie veškerých smluv o veřejných službách v přepravě cestujících uzavřených na základě přímého zadání ve smyslu § 18 zákona o veřejných službách v přepravě cestujících, včetně smluv takto uzavřených před účinností uvedeného zákona, pokud závazky z nich vzniklé stále trvaly ke konci lhůty pro podání nabídek na veřejnou zakázku.
54. Dne 23. 10. 2014 Úřad obdržel podání navrhovatele, jehož přílohou byly dvě smlouvy o závazku veřejné služby a úhrady prokazatelné ztráty z provozu městské hromadné dopravy pro období 1. 10. 2009 – 31. 12. 2019 uzavřené dne 5. 10. 2009 se statutárním městem Chomutov a dne 23. 9. 2009 s městem Jirkov. Dále Úřad obdržel čtyři smlouvy o závazku veřejné služby a úhrady prokazatelné ztráty z provozu městské autobusové dopravy pro období 1. 11. 2009 – 31. 12. 2019 uzavřené dne 1. 11. 2009 s obcí Černovice, dne 1. 11. 2009 s obcí Droužkovice, dne 1. 11. 2009 s obcí Spořice a dne 1. 11. 2009 s obcí Údlice.
55. Navrhovatel v tomtéž podání zdůraznil, že všechny předložené smlouvy byly ve smyslu přechodných ustanovení čl. 8 odst. 3 písm. d) nařízení uzavřeny přede dnem 3. 12. 2009, z čehož vyplývá, že tyto smlouvy nejsou z pohledu nařízení relevantní a zůstávají v platnosti do uplynutí doby jejich platnosti.
56. Usnesením č. j. ÚOHS-R391/2013/VZ-22810/2014/322/KHo ze dne 31. 10. 2014 předseda Úřadu uložil zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
57. Dne 7. 11. 2014 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 4. 11. 2014, v němž zadavatel uvedl, že svůj názor k otázce aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu vyjádřil ve svém rozkladu, a dále sdělil, že se jeho procesní stanovisko ve věci nezměnilo.

### **Stanovisko předsedy Úřadu**

58. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
59. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem I. písm. a) napadeného rozhodnutí rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 50 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když v čl. 4.9.2 zadávací dokumentace stanovil technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 2 písm. h) zákona na doložení zajištění vozidel potřebných pro plnění veřejné zakázky splňujících požadavky zadavatele (uvedení do provozu po 1. 1. 2013 včetně, pohon, nízkopodlažnost, apod.), který vedl k podstatnému omezení hospodářské soutěže, a současně by tento kvalifikační předpoklad bylo vzhledem k potřebám zadavatele možné nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
60. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem I. písm. b) napadeného rozhodnutí rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 78 odst. 4 zákona, když v čl. 9.1 zadávací dokumentace stanovil pomocné kritérium č. 2 – Návrh nové linky – dílčího hodnotícího kritéria „Kvalita analytických a optimalizačních služeb“ tak, aniž by vyjadřovalo vztah užitné hodnoty a ceny, a aby se vztahovalo k nabízenému plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
61. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem II. napadeného rozhodnutí rozhodl, že jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele dle § 118 odst. 1 zákona ruší předmětné zadávací řízení.
62. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem III. napadeného rozhodnutí rozhodl, že se zadavateli podle § 119 odst. 2 zákona ukládá povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
63. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke změně či zrušení napadeného rozhodnutí.

### **V. K námitkám rozkladu**

#### *K aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu*

64. Zadavatel v rozkladu namítá, že navrhovatel nebyl oprávněn účastnit se předmětného zadávacího řízení, a nemohl tak vůbec podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel uvádí, že navrhovatel je subjektem zřízeným a podporovaným veřejnoprávními subjekty, konkrétně statutárním městem Chomutov a městem Jirkov, na jejichž území působí monopolisticky. Dle zadavatele nelze vyloučit, že by účast navrhovatele v zadávacím řízení vedla k deformaci soutěže a jednalo by se o nedovolenou veřejnou podporu. Z tohoto

důvodu dle zadavatele stanoví omezení vnitřních provozovatelů v účasti v nabídkových či zadávacích řízeních i čl. 5 odst. 2 nařízení. K těmto námitkám uvádím následující.

65. Z odstavce 5 recitálu nařízení vyplývá, že veřejné služby v přepravě cestujících jsou službami obecného hospodářského zájmu, které však v současné době nemohou být provozovány na obchodním základě, a proto nařízení umožňuje příslušným orgánům členských států poskytovat finanční kompenzace provozovatelům veřejných služeb. Z poslední věty odstavce 5 recitálu nařízení pak vyplývá, že pokud si členské státy zvolí možnost vyloučit z oblasti působnosti tohoto nařízení určitá obecná pravidla, měl by se použít obecný režim pro státní podpory. Výkladem *a contrario* lze dospět k závěru, že, pokud je kompenzace poskytována v souladu se stanovenými pravidly, nebude se zpravidla jednat o nedovolenou státní podporu ve smyslu čl. 107 Smlouvy o fungování Evropské unie.
66. Navrhovatel v řízení o rozkladu doručil Úřadu celkem šest smluv o závazku veřejné služby a úhrady prokazatelné ztráty z provozu městské hromadné dopravy, které byly uzavřeny ještě před vstupem nařízení v platnost a před účinností zákona o veřejných službách v přepravě cestujících. I tehdejší právní úprava – zákon č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě, ve znění pozdějších předpisů, a nařízení vlády č. 493/2004 Sb., kterým se upravuje prokazatelná ztráta ve veřejné linkové dopravě a kterým se konkretizuje způsob výkonu státního odborného dozoru v silniční dopravě nad financováním dopravní obslužnosti – však počítala s nutností finanční kompenzace poskytované provozovatelům veřejných služeb, byť se terminologicky označovala jako „prokazatelná ztráta“. S ohledem na skutečnost, že poskytování určité finanční kompenzace je pojmovým znakem veřejných služeb v přepravě cestujících, který je předpokládán právem Evropské unie i vnitrostátní legislativou, mám za to, že se nemůže automaticky jednat o nedovolenou státní podporu ve smyslu čl. 107 Smlouvy o fungování Evropské unie, jak v rozkladu namítá zadavatel.
67. Nadto uvádím, že zákon nezakazuje dodavatelům, kterým byla či je poskytována určitá finanční výhoda z veřejných prostředků, účastnit se zadávacích řízení, a zadavatelé nejsou oprávněni vyloučit z tohoto důvodu uchazeče z účasti v zadávacím řízení. Zákon však v § 77 upravuje postup zadavatele při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny. Dle tohoto ustanovení a zejména pak podle jeho odstavce 5 může být skutečnost, že nabídková cena je mimořádně nízká v důsledku získané podpory, jež nebyla poskytnuta v souladu s právními akty Evropské unie, důvodem pro vyřazení nabídky. Zadavateli by tak pouze příslušelo posoudit, zda nabídková cena navrhovatele není mimořádně nízká z důvodu prokazatelné ztráty, která mu je hrazena na základě smluv o závazku veřejné služby a úhrady prokazatelné ztráty z provozu městské hromadné dopravy.
68. K námitce zadavatele týkající se zákazu tzv. vnitřních provozovatelů účastnit se nabídkových či zadávacích řízení vyplývajícího z čl. 5 odst. 2 nařízení předně uvádím, že zadavatel nesprávně toto omezení rozšiřuje i na zadávací řízení, ve kterém byla veřejná zakázka zadávána.
69. Přestože je napadené rozhodnutí z hlediska aplikace zákona, tedy ustanovení dopadajících na postup zadavatele v zadávacím řízení, správné, Úřad v něm nikterak neodůvodnil, proč bylo třeba aplikovat zákon, a nikoliv zákon o veřejných službách v přepravě cestujících, který upravuje postup objednatelů v nabídkových řízeních. Skutečnost, zda byla veřejná zakázka zadávána v zadávacím řízení podle zákona či v nabídkovém řízení podle zákona

o veřejných službách v přepravě cestujících, je pro vypořádání této námitky zadavatele zásadní. Na postup zadavatele této veřejné zakázky je třeba aplikovat zákon jako rozhodnou právní úpravu z níže uvedených důvodů.

70. Nařízení bylo do českého právního řádu provedeno zákonem o veřejných službách v přepravě cestujících, který na mnoha místech na nařízení přímo odkazuje. Podle čl. 5 odst. 1 nařízení se smlouvy o veřejných službách uzavírají v souladu s pravidly stanovenými tímto nařízením. Zakázky na služby nebo veřejné zakázky na služby, jak jsou definovány ve směrnici 2004/17/ES nebo ve směrnici 2004/18/ES, v přepravě cestujících autobusem či tramvají se však zadávají v souladu s postupy stanovenými podle uvedených směrnic, pokud tyto smlouvy nemají podobu koncesí na služby, jak jsou definovány v uvedených směrnících. Mají-li být smlouvy uzavřeny v souladu se směrnicemi 2004/17/ES nebo 2004/18/ES, nepoužijí se odstavce 2 až 6 tohoto článku.
71. Citovaný článek nařízení dostal svojí vnitrostátní podobu v § 21 zákona o veřejných službách v přepravě cestujících, podle jehož odstavce 1 je jednou z podmínek pro postup podle § 9 až § 20 zákona o veřejných službách v přepravě cestujících, tj. pro postup v nabídkovém řízení, skutečnost, že kompenzace nevylučuje obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících. Podle § 21 odst. 2 zákona o veřejných službách v přepravě cestujících, nejsou-li splněny podmínky podle odstavce 1, použije se na výběr dopravce zákon o veřejných zakázkách.
72. Z čl. 7 závazného návrhu smlouvy, který je přílohou zadávací dokumentace, vyplývá, že kompenzace (zde nazývaná jako odměna) představuje rozdíl mezi cenou dopravního výkonu a tržbami z jízdného získanými dopravcem. Odměna je určena tímto vzorcem:

$$O = D_{km0} \times C_{DV} \pm D_{km1} \times V - T$$

Kde:

$D_{km0}$  znamená dopravní výkon za příslušné období určený Objednatelem pro příslušné období mezi změnami Jízdních řádů na základě objednávky dle této Smlouvy v km

$D_{km1}$  znamená rozdíl mezi skutečným a sjednaným výkonem za stejné období v km

$C_{DV}$  znamená cenu dopravního výkonu za příslušné období v Kč/km

$V$  znamená variabilní náklady v Kč/km

$T$  znamená tržby z jízdného bez DPH získané Dopravcem od cestujících v souvislosti s poskytováním Veřejných služeb dle této Smlouvy v příslušném zúčtovacím období v Kč

73. Z uvedeného vzorce vyplývá, že podmínka existence ekonomického rizika dopravce není splněna, neboť čím nižší budou tržby, tím vyšší bude odměna hrazená zadavatelem, coby objednatel veřejných služeb. Při neměnném dopravním výkonu tak bude příjem dopravce – tvořený odměnou hrazenou zadavatelem (O) a tržbami z jízdného (T) – vždy stejný. Jelikož nižší tržby budou dle uvedeného vzorce kompenzovány vyšší odměnou hrazenou zadavatelem, nemůže být splněna podmínka přenosu rizika spojeného z výší tržeb jízdného na dopravce. Zadavatel tedy postupoval v souladu se zákonem i s § 21 zákona o veřejných službách v přepravě cestujících, když pro zadání veřejné zakázky zvolil otevřené řízení podle § 27 zákona, a Úřad postupoval v napadeném rozhodnutí rovněž správně, když na postup

zadavatele aplikoval rozhodná ustanovení zákona, a nikoliv zákon o veřejných službách v přepravě cestujících.

74. Zadavatel nemožnost navrhovatele účastnit se předmětného zadávacího řízení opírá o čl. 5 odst. 2 nařízení, podle kterého, není-li to vnitrostátním právem zakázáno, může kterýkoli příslušný místní orgán, bez ohledu na to, zda se jedná o samostatný orgán nebo skupinu orgánů poskytujících integrované veřejné služby v přepravě cestujících, rozhodnout o tom, že bude veřejné služby v přepravě cestujících poskytovat sám, nebo že uzavře smlouvu o veřejných službách přímo s právně samostatným subjektem, nad kterým vykonává příslušný místní orgán, nebo v případě skupiny přinejmenším jeden příslušný místní orgán, kontrolu podobnou té, kterou vykonává nad svými vlastními útvary. Pokud příslušný místní orgán vydá takové rozhodnutí, platí následující:

(...)

b) podmínkou pro použití tohoto odstavce je, že vnitřní provozovatel a všechny subjekty, které tento provozovatel může být i minimálně ovlivňovat, vykonává svou činnost ve veřejné přepravě cestujících na území v působnosti příslušného místního orgánu, bez ohledu na jakékoli vnější linky nebo jiné vedlejší části dané činnosti zasahující do území v působnosti sousedních příslušných místních orgánů, a neúčastní se nabídkových řízení týkajících se poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících organizovaných mimo území v působnosti příslušného místního orgánu.

75. Čl. 5 odst. 2 nařízení (§ 18 písm. d) zákona o službách v přepravě cestujících) tedy stanoví podmínky pro přímé zadání veřejné služby, kterými je mj. podmínka, že vnitřní provozovatel se neúčastní nabídkových řízení týkajících se poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících organizovaných mimo území v působnosti příslušného místního orgánu. Navrhovatel v řízení o rozkladu předložil Úřadu smlouvy, z nichž vyplývá, že v minulosti uzavřel smlouvy o poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících na základě přímého zadání ve smyslu čl. 5 odst. 2 nařízení, a proto by se na něj měl vztahovat zákaz účastnit se nabídkových řízení stanovený v citovaném čl. 5 odst. 2 písm. b) nařízení.
76. V této souvislosti je nutné zdůraznit, že čl. 5 odst. 2 písm. b) nařízení hovoří výlučně o nabídkových řízeních, která jsou upravena v čl. 5 odst. 3 nařízení, resp. § 10 až § 20 zákona o veřejných službách v přepravě cestujících, a mám za to, že toto ustanovení nelze rozšiřovat i na zadávací řízení ve smyslu zadávacích směrnic, resp. zákona.
77. K tomuto závěru lze dospět na základě jazykového výkladu. Jak jsem již uvedl, čl. 5 odst. 2 písm. b) nařízení používá výlučně termín „nabídková řízení“, přičemž zadávací směrnice 2004/18/ES a 2004/17/ES používají termín „zadávací řízení“. Rovněž další jazykové verze uvádí odlišnou terminologii pro řízení nabídková a zadávací. Např. anglická verze používá pro nabídková řízení pojem *competitive tendering procedures* a pro zadávací řízení *public procurement procedures*, francouzská verze *les procédures de mise en concurrence/ les procédures de passation des marchés publics*, německá verze *wettbewerbliches Vergabeverfahren/ Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags*. Jelikož evropský zákonodárce (nejen) terminologicky odlišil nabídková a zadávací řízení, přičemž čl. 5 odst. 2 písm. b) nařízení hovoří výlučně o nabídkových řízeních, mám za to, že zákaz vyplývající z tohoto ustanovení nelze bez dalšího rozšířit i na zadávací řízení. Pokud by evropský

zákonodárce chtěl zakázat vnitřním provozovatelům účast v zadávacích řízeních, nepochybně by to v citovaném ustanovení výslovně stanovil.

78. K totožnému závěru lze dle mého názoru dospět i na základě systematického výkladu. Čl. 5 odst. 1 nařízení stanoví podmínky, kdy jsou smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících uzavírány v souladu s nařízením a kdy se postupuje podle směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES. Dle poslední věty čl. 5 odst. 1 nařízení platí, že, mají-li být smlouvy uzavřeny v souladu se zadávacími směrnicemi, nepoužijí se odstavce 2 až 6 článku 5 nařízení.
79. Evropský zákonodárce zde tedy stanovil, že smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících mohou být dle povahy závazku uzavírány buď v nabídkových řízeních, popř. přímým zadáním podle nařízení, nebo mohou být smlouvy uzavírány na základě zadávacích řízení, přičemž výslovně stanovil, že pokud se postupuje v souladu se zadávacími směrnicemi, čl. 5 odst. 2 – 6 nařízení, tedy i sporný odst. 2 písm. b), se nepoužijí. Z uvedeného je zřejmé, že evropský zákonodárce si musel být vědom eventuální dvojakosti postupu v nabídkovém, resp. zadávacím řízení. Tím, že pro postup v zadávacím řízení výslovně vyloučil použití čl. 5 odst. 2 – 6 nařízení, a dále tím, že zákaz stanovený v čl. 5 odst. 2 písm. b) nařízení vztáhl pouze na nabídková řízení, je dle mého názoru nepochybné, že úmyslem zákonodárce nebylo stanovit zákaz vyplývající z čl. 5 odst. 2 písm. b) zákona i na zadávací řízení, jak v rozkladu uvádí zadavatel.
80. S ohledem na výše uvedené skutečnosti uzavírám, že, jelikož zadavatel postupoval při zadání veřejné zakázky v otevřeném řízení podle zákona a zákaz vnitřních provozovatelů vyplývající z čl. 5 odst. 2 písm. b) nařízení, resp. z § 18 písm. d) zákona o veřejných službách v přepravě cestujících, se na účast v zadávacích řízeních podle zákona nevztahuje, považuji námitku zadavatele týkající se nedostatku legitimace navrhovatele k podání návrhu za nedůvodnou.
81. Z tohoto důvodu považuji za nadbytečné zabývat se námitkami navrhovatele, podle nichž se čl. 5 odst. 2 písm. b) nařízení na navrhovatele neuplatní, neboť předložené smlouvy o závazku veřejné služby a úhrady prokazatelné ztráty z provozu městské hromadné dopravy byly uzavřeny před uplynutím přechodného období stanoveného v čl. 8 odst. 3 písm. d) nařízení.

*K požadavku na prokázání zajištění autobusů v rámci technických kvalifikačních předpokladů*

82. Zadavatel v rozkladu namítá, že pro posouzení přiměřenosti technického kvalifikačního předpokladu, v rámci něhož požadoval, aby uchazeči doložili, že mají zajištěna vozidla, která k 1. 1. 2014 budou splňovat požadavek, že byla poprvé uvedena do provozu 1. 1. 2013 či později, jakož i další požadavky (pohon, nízkopodlažnost apod.), je rozhodující, že autobusy byly klíčovým nástrojem pro plnění veřejné zakázky. K této námitce uvádím následující.
83. Nikterak nezpochybňuji, že autobusy byly v posuzovaném případě pro plnění veřejné zakázky zásadní, stejně jako nerozporuji účel, k němuž má sloužit prokazování kvalifikace dodavatelů, a na který se zadavatel ve svém rozkladu s odkazem na rozsudky Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu odvolává. Mám však za to, že účel prokazování splnění kvalifikačních předpokladů musí být v souladu s principy a cíli právní úpravy zadávání veřejných zakázek. Podle důvodové zprávy k zákonu je cílem zákona „zejména zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky“. Hospodárnost

nakládání nejen s veřejnými prostředky je pak neoddělitelně spojena s existencí hospodářské soutěže, neboť účinná hospodářská soutěž mezi ekonomickými subjekty zpravidla povede ke snižování cen a zvyšování kvality. Z uvedeného je zřejmé, že existence hospodářské soutěže je předpokladem pro naplnění cílů právní úpravy zadávání veřejných zakázek, a proto bylo do zákona s účinností od 1. 4. 2012 zakotveno ustanovení § 50 odst. 4, podle kterého není veřejný zadavatel oprávněn stanovit takové kvalifikační předpoklady, které by vedly k podstatnému omezení hospodářské soutěže, a současně by kvalifikační předpoklady bylo vzhledem k potřebám zadavatele možné nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek.

84. Z uvedeného vyplývá, že veřejní zadavatelé jsou při stanovení kvalifikačních předpokladů vázáni nejen tím, aby rozsah požadované kvalifikace bezprostředně souvisel s předmětem veřejné zakázky, jak jim ukládá § 50 odst. 3 zákona, ale i zákazem požadovat prokázání takových kvalifikačních předpokladů, které by vedly k podstatnému omezení hospodářské soutěže a současně by je veřejní zadavatelé mohli zakotvit do smluvních podmínek. Zákonodárce tedy jednoznačně upřednostnil ochranu hospodářské soutěže mezi dodavateli, to však za podmínky, že požadavky na kvalifikaci je možné nahradit odpovídajícími smluvními podmínkami.
85. V posuzovaném případě byly přitom podmínky § 50 odst. 4 zákona splněny, neboť zadavateli nic nebránilo zakotvit tento svůj požadavek do závazného návrhu smlouvy. K naplnění podmínky podstatného omezení hospodářské soutěže se pak vyjadřuji níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu, neboť k tomuto závěru lze dospět v rámci vypořádání následující námitky rozkladu zadavatele.
86. Zadavatel v rozkladu dále namítá, že, jelikož běžná dodací lhůta autobusů činí šest měsíců, měl mít uchazeč pro řádné zajištění plnění veřejné zakázky autobusy zajištěny již ke konci lhůty pro podání nabídek, tedy dne 23. 5. 2013. Dále zadavatel namítá, že pokud by se zadavatel spokojil s pouhou smluvní úpravou, vystavoval by se riziku, že ke dni uzavření smlouvy by vybraný uchazeč nemusel svému závazku dostát a mohl by odmítnout uzavřít se zadavatelem smlouvu. K tomu uvádím, že tyto námitky považuji za pouhé domněnky a hypotézy, a to z následujících důvodů.
87. Podle § 43 odst. 1 věty první zákona je zadávací lhůtou lhůta, po kterou jsou uchazeči svými nabídkami vázáni.
88. Podle § 43 odst. 3 zákona začíná zadávací lhůta běžet okamžikem skončení lhůty pro podání nabídek a končí dnem doručení oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Zadávací lhůta se prodlužuje uchazečům, s nimiž může zadavatel v souladu se zákonem uzavřít smlouvu, až do doby jejího uzavření podle § 82 odst. 4 zákona nebo do zrušení zadávacího řízení.
89. Podle § 67 odst. 1 věty první zákona může zadavatel u veřejné zakázky v oznámení otevřeného řízení, užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním, zjednodušeného podlimitního řízení nebo soutěžního dialogu požadovat, aby uchazeči k zajištění plnění svých povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení poskytli jistotu.
90. Podle § 67 odst. 7 zákona, pokud uchazeč v rozporu s tímto zákonem nebo zadávacími podmínkami zrušil nebo změnil nabídku, odmítl-li uzavřít smlouvu podle § 82 odst. 2 a 4



zákona nebo nesplnil-li povinnost poskytnout zadavateli řádnou součinnost k uzavření smlouvy podle § 82 odst. 4 zákona, má zadavatel právo na plnění z bankovní záruky nebo na pojistné plnění z pojištění záruky nebo mu připadá poskytnutá peněžní jistota včetně úroků zúčtovaných peněžním ústavem.

91. Podle § 82 odst. 4 zákona je vybraný uchazeč povinen poskytnout zadavateli řádnou součinnost potřebnou k uzavření smlouvy tak, aby byla smlouva uzavřena ve lhůtě podle odstavce 2 tohoto ustanovení. Odmítne-li vybraný uchazeč uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li řádnou součinnost, aby mohla být smlouva ve lhůtě podle odstavce 2 uzavřena, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí. Odmítne-li uchazeč druhý v pořadí uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li řádnou součinnost k jejímu uzavření, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil jako třetí v pořadí. Uchazeč druhý či třetí v pořadí, se kterým má být uzavřena smlouva, je povinen poskytnout zadavateli součinnost potřebnou k uzavření smlouvy ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení výzvy k uzavření smlouvy.
92. Z citovaných ustanovení vyplývá, že po dobu zadávací lhůty jsou uchazeči svojí nabídkou vázáni, a to i předloženým a řádně podepsaným návrhem smlouvy. Zákon v § 82 odst. 4 předpokládá, že vybraný uchazeč může odmítnout smlouvu na veřejnou zakázku uzavřít, popř. neposkytnout k jejímu uzavření řádnou součinnost, a pro tento případ zákon umožňuje, aby byla smlouva uzavřena s uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí, a následně i s třetím uchazečem v pořadí. Jelikož neuzavřením smlouvy s vybraným uchazečem může zadavateli vzniknout škoda, zakotvuje zákon v § 67 institut jistoty, který opravňuje zadavatele k plnění z poskytnuté formy jistoty, a nepochybně působí preventivně k tomu, aby nebyly podávány takové nabídky, kterým uchazeči nebudou sto dostát.
93. S ohledem na právě uvedené mám za to, že zadavatel nemůže předpokládat, že pokud by předmětný požadavek zakotvil jako smluvní podmínku, a nikoliv jako kvalifikační předpoklad, vystavil by se nebezpečí, že by s ním vybraný uchazeč odmítl uzavřít smlouvu, popř. by svoji povinnost při realizaci veřejné zakázky nesplnil. Výše citovaná ustanovení zákona jsou konstruována tak, že v případě, že dodavatelé podají v zadávacím řízení nabídku, musejí si být vědomi toho, že jsou svojí nabídkou po dobu zadávací lhůty vázáni, a pokud by nabídku nepřipustně zrušili, změnili nebo by odmítli uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku, měl by zadavatel právo na plnění z poskytnuté jistoty. Z čl. 5 zadávací dokumentace ostatně vyplývá, že zadavatel požadoval, aby uchazeči nejpozději s podáním nabídky poskytli jistotu ve výši 1 000 000 Kč.
94. K tomu lze dodat, že příprava nabídky na veřejnou zakázku je spojena s časovými a finančními náklady a nelze dopředu předvídat, že by uchazeči předložili nabídky s vědomím, že zadávací podmínky nebudou schopni splnit. Pro úplnost uvádím, že pokud by uchazeč, s nímž byla smlouva na veřejnou zakázku uzavřena, neposkytl řádné plnění, má zadavatel možnost zakotvit si již do návrhu smlouvy vhodný zajišťovací instrument dle předpisů soukromého práva.
95. Vzhledem k předpokládanému počátku plnění veřejné zakázky, který činil sedm měsíců od konce lhůty pro podání nabídek, a vzhledem k obvyklé délce dodací lhůty autobusů, lze se zadavatelem souhlasit v tom, že mnozí dodavatelé by skutečně tento požadavek

zadavatele nesplnili ani v případě, že by byl zakotven jako smluvní podmínka. Na druhé straně však nelze zcela vyloučit, že některý z dodavatelů by byl schopen tento požadavek, pokud by byl zakotven jako smluvní podmínka, splnit, a jeho nabídka by současně mohla být výhodnější než nabídky ostatních uchazečů.

96. Z uvedeného vyplývá, že stanovení předmětného požadavku v rámci technických kvalifikačních předpokladů mohlo vést k podstatnému omezení hospodářské soutěže, čímž došlo k naplnění i druhé podmínky stanovené v § 50 odst. 4 zákona.
97. K námitce zadavatele, že způsob prokázání tohoto kvalifikačního předpokladu stanovil značně široce, když připustil, že uchazeč může doložit i uzavřenou smlouvu o smlouvě budoucí či smlouvu s odkládací podmínkou, uvádím, že ani tato skutečnost nemůže ničeho změnit na závěru, že zadavatel stanovením předmětného požadavku v rámci technické kvalifikace omezil soutěžní prostředí. K tomuto závěru mě vede následující úvaha.
98. Dodavatel, který by měl zájem účastnit se zadávacího řízení a nedisponoval by požadovanými autobusy, by se snažil uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí, popř. smlouvu s odkládací podmínkou s takovým subjektem, který již požadovanými autobusy disponuje. Pokud by se tento subjekt chtěl zadávacího řízení veřejné zakázky sám účastnit, bylo by nelogické, aby s dodavatelem smlouvu o smlouvě budoucí uzavřel, neboť by tím snížil své šance uspět v zadávacím řízení veřejné zakázky. Dodavatel, který se chtěl zadávacího řízení tímto způsobem účastnit, by tak mohla být účast v zadávacím řízení znemožněna, neboť by nebyl schopen požadovanou kvalifikaci ve lhůtě pro podání nabídek prokázat. Naopak v případě, že by zadavatel předmětný požadavek stanovil jako smluvní podmínku, mohl by se zadávacího řízení pravděpodobněji zúčastnit dodavatel i výše uvedený subjekt, neboť v případě neúspěchu by se takový subjekt logicky snažil, aby jeho autobusy byly využity a tyto autobusy by formou prodeje či nájmu mohl poskytnout vybranému uchazeči coby subdodavatel, tj. aniž by se jeho ekonomické zájmy dostávaly do přímého rozporu s ekonomickými zájmy dodavatele. K uvedenému dodávám, že tento příklad je nastíněn jako modelový. Je z něj však zřejmé, že stanovení předmětného požadavku dle čl. 4.9.2 zadávací dokumentace v rámci technických kvalifikačních předpokladů mohlo vést k omezení hospodářské soutěže.
99. K námitce zadavatele, v rámci níž s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 69/2012-55 ze dne 28. 3. 2013 uvádí, že předmětný požadavek byl oprávněn stanovit v rámci technické kvalifikace, neboť autobusy na CNG, jako nepříliš rozšířené, jsou těžko opatřitelné, a nadto jsou pro plnění veřejné zakázky dominantní, uvádím následující.
100. Ke klíčové roli autobusů při plnění veřejné zakázky jsem se vyjádřil již v odstavci 83 tohoto rozhodnutí o rozkladu, kde jsem uvedl, že ani tato skutečnost nemůže být důvodem pro připuštění omezení hospodářské soutěže mezi dodavateli, neboť jen zajištěním účinné hospodářské soutěže mohou být naplněny cíle právní úpravy zadávání veřejných zakázek.
101. K namítané těžké opatřitelnosti autobusů na CNG uvádím, že je sice pravda, že tyto autobusy nejsou rozšířené srovnatelně jako autobusy jezdící na motorovou naftu coby „běžný“ pohon, nelze je však označit za nepříliš rozšířené. Z veřejně dostupného článku „V Česku jezdí již více než 400 CNG autobusů“ uveřejněného dne 23. 4. 2013, tedy přibližně v době zahájení předmětného zadávacího řízení, na internetových stránkách <http://mhdzive.cz/cng/58-v-cesku-jezdi-jiz-vice-nez-400-cng-autobusu> jsem zjistil, že v České republice jezdilo v rozhodné

době přibližně 400 autobusů na pohon CNG, a to například pro MHD v Jihlavě, Kladně či v Havířově. Dále jsem zjistil, že v době zahájení zadávacího řízení byly v provozu městské autobusy na pohon CNG vícera výrobců, např. společnosti SOR Libchavy spol. s r.o., IČO 15030865, se sídlem Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy, společnosti Iveco Czech Republic, a. s., IČO 48171131, se sídlem Dobrovského 74, Pražské Předměstí, 566 01 Vysoké Mýto či společnosti TEDOM a.s., divize autobusy, IČO 28466021, se sídlem Výčapy 195, 674 01 Výčapy (ta však, jak vyplývá z internetových stránek <http://bus.tedom.cz/>, ukončila svoji činnost v lednu 2012). S ohledem na tyto skutečnosti a vzhledem k tomu, že zadavatel požadoval pro plnění veřejné zakázky pouze čtyři kusy autobusů, jak vyplývá z přílohy č. 4 zadávací dokumentace, nelze považovat autobusy na pohon CNG, které by splňovaly i další požadavky zadavatele stanovené v zadávací dokumentaci, za natolik specifickou komoditu, která by opravňovala zadavatele ke stanovení tohoto požadavku v rámci technické kvalifikace, následkem čehož mohla být omezena hospodářská soutěž.

102. K námitce zadavatele, že se Úřad napadeným rozhodnutím odchýlil od své dosavadní rozhodovací praxe, konkrétně od rozhodnutí č. j. ÚOHS-S496/2012/VZ-1505/2013/521/JHn ze dne 22. 1. 2013, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R29/2013/VZ-11128/2013/310/PMa ze dne 14. 6. 2013, kde byl jako oprávněný shledán požadavek zadavatele na prokázání dispozice smluvně zajištěných prostor (provozoven) pro parkování autobusů v rámci technických kvalifikačních předpokladů, uvádím následující.
103. Přestože jsem si vědom, že správní orgán má podle § 2 odst. 4 správního řádu povinnost postupovat tak, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly, ukládá stejné ustanovení správního řádu správnímu orgánu, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu. Výše jsem přitom uvedl, proč považuji právní posouzení předmětného požadavku zadavatele na dispozici uchazečů se specifikovanými městskými autobusy v rámci technických kvalifikačních předpokladů provedené Úřadem v napadeném rozhodnutí za zcela správné.
104. Blíže k zásadě legitimního očekávání odkazuji na odůvodnění rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 32/2010-286 ze dne 3. 6. 2010, ve kterém Krajský soud v Brně uvedl následující: *„tu soud nutně musí zohledňovat jednu ze základních zásad, jíž je správní řízení ovládáno – zásadu předvídatelnosti rozhodnutí správního orgánu korespondující se zásadou legitimního očekávání účastníka správního řízení (...) nemůže však rezignovat na respektování jiných zásad, jež nejsou k zásadě právě uvedené zásadami nikterak podřadnými: jde o zásadu legality (§ 2 odst. 1 správního řádu) a zásadu rozumného uspořádání v souladu s okolnostmi daného případu a s veřejným zájmem (§ 2 odst. 4 správního řádu). (...) Správní orgán má nepochybně povinnost zastávat v obdobných věcech obdobný právní názor, zásadně za týchž skutkových okolností při aplikaci téže normy dospívat k týmž právním závěrům, to však neznamená, že by jednou vyřčené právní závěry měly být absolutně neměnnými.“*
105. Z citovaného rozsudku vyplývá, že zásada legitimního očekávání není absolutní, nýbrž je třeba ji poměřovat i ve vztahu k ostatním zásadám, které správní řízení ovládají. Mám za to, že napadené rozhodnutí nelze považovat za odchýlení se od rozhodovací praxe, neboť případ tohoto správního řízení se od zadavatelem odkazovaného případu odlišuje. Tuto odlišnost spatřuji v tom, že okruh eventuelních „subdodavatelů“ parkovacích ploch pro autobusy je kvalitativně i kvantitativně zcela odlišný od okruhu eventuelních

„subdodavatelů“, resp. subjektů schopných uchazečům o veřejnou zakázku dodat čtyři kusy autobusů podle specifikace čl. 4.9.2 zadávací dokumentace.

106. V rámci další námitky svého rozkladu rozporuje zadavatel doporučení Úřadu, který v odstavci 42 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že předmětný technický kvalifikační předpoklad „*zadavateli nijak nezaručuje kvalitu dodavatelem poskytnutých služeb v budoucnu, a mnohem vhodnější důkaz o schopnosti dodavatele řádně a kvalitně realizovat danou veřejnou zakázku lze spatřovat například v předložení seznamu obdobných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních letech.*“ Zadavatel namítá, že pokud by požadoval, aby uchazeči prokázali, že v posledních třech letech realizovali významnou službu spočívající v zajištění dopravní obslužnosti prostřednictvím autobusů na CNG, dopustil by se nepřiměřeného omezení hospodářské soutěže, neboť z pohledu zkušeností a dovedností neexistuje významnější rozdíl mezi tím, zda dodavatel zajišťuje dopravní obslužnost autobusy s naftovým či jiným obvyklým pohonem, nebo zda je zajišťuje autobusy na CNG.
107. K této námitce uvádím, že Úřad se v odstavci 42 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyjadřuje k tomu, že předmětný technický kvalifikační předpoklad, tj. požadavek na doložení dispozice uchazečů autobusy, které splňují specifické podmínky, ničeho nevyovídá o kvalitě nabízených služeb. Pokud zadavatel chtěl mít prokázáno, nakolik kvalitně by uchazeči veřejnou zakázku realizovali, doporučil zde Úřad zadavateli, že vhodnějším důkazem by bylo stanovení požadavku na předložení seznamu významných služeb poskytnutých uchazečem v posledních letech. Z formulace odstavce 42 odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, že se jedná o obecné doporučení Úřadu a nikterak z něj nevyplývá, že by Úřad požadoval, aby tento seznam významných služeb byl omezen pouze na služby spočívající v zajištění dopravní obslužnosti prostřednictvím autobusů na pohon CNG, jak namítá zadavatel v rozkladu. Z tohoto důvodu považuji tuto námitku zadavatele za nedůvodnou.
108. I přes nedůvodnost uvedené námitky je však třeba dát zadavateli za pravdu v tom, že odstavec 42 odůvodnění napadeného rozhodnutí je do jisté míry matoucí. Ze správního spisu jsem zjistil, že zadavatel v žádném svém vyjádření v průběhu správního řízení neargumentoval tím, že účelem požadavku na dispozici dodavatele autobusy stanovený v čl. 4.9.2 zadávací dokumentace bylo ověření kvality poskytovaných služeb. Není mi proto zřejmé, proč Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí poukázal na nevhodnost předmětného požadavku zadavatele k prokázání kvality plnění poskytovaného dodavatelem, a eventuální nahrazení technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. h) zákona za předložení seznamu významných služeb podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona nepovažují s ohledem na skutkové okolnosti případu za vhodné, což však nemá vliv na zákonnost a správnost napadeného rozhodnutí.

*K pomocnému hodnotícímu kritériu „Návrh nové linky“*

109. K námitce zadavatele, že pomocné hodnotící kritérium „Návrh nové linky“ má jednoznačný vztah k nabízenému plnění, neboť předmětem veřejné zakázky jsou rovněž analytické a optimalizační služby, mezi které mělo patřit i zpracování podkladů pro novou autobusovou linku, přičemž odměna za tyto služby měla být zahrnuta v nabídkové ceně, uvádím, že tyto skutečnosti z dokumentace o veřejné zakázce nevyplývají.

110. Dle čl. 3.1 zadávací dokumentace tvořily předmět veřejné zakázky rovněž analytické a optimalizační služby v dopravě a technologické zpracování objednávaného dopravního výkonu (tvorba jízdních řádů).
111. Podle čl. 10.1 závazného návrhu smlouvy (příloha č. 7 zadávací dokumentace) měly tyto analytické a optimalizační služby spočívat „*v analýze dopravních a přepravních potřeb ve Městě Litoměřice a následném návrhu optimalizace MHD ve Městě Litoměřice. Výstupem z analytických a optimalizačních služeb Dopravce bude optimalizační návrh (...) Optimalizační návrhy budou sloužit Objednateli jako podklady pro posouzení možného dalšího rozvoje městské autobusové dopravy ve Městě Litoměřice. Odměna za analytické a optimalizační služby dle této Smlouvy je již zohledněna v nabídkové ceně Dopravce nabídnuté v Zadávacím řízení (...)*“.
112. Z čl. 9.3 zadávací dokumentace dále vyplývá, že úroveň nabídnutých analytických a optimalizačních služeb měla být hodnocena v rámci subkritéria „Metodika“ dílčího hodnotícího kritéria „Kvalita analytických a optimalizačních služeb“, neboť v rámci tohoto hodnotícího subkritéria měli uchazeči uvést „*na základě jakých principů bude se získanými daty dále pracovat při přípravě návrhu optimalizace MHD, přičemž u principů pro práci s daty pro optimalizaci uvede důležitost (hierarchii) jednotlivých principů při tvorbě návrhu optimalizace. Zadavatel dále v Metodice uvede způsob, kterým umožní Zadavateli podílet se na formulování optimalizačního návrhu (zacílení optimalizace) a dále v jaké formě bude návrh optimalizace Zadavateli předkládán.*“
113. Z dokumentace o veřejné zakázce tedy nikterak nevyplývá, že by návrh či realizace nových linek byly předmětem veřejné zakázky. To ostatně dokládají i čl. 4.1 a násl. závazného návrhu smlouvy. Podle čl. 4.1 závazného návrhu smlouvy „*Objednatel stanoví v rámci Oblasti Linky a Spoje, na nichž je Dopravce povinen provozovat Veřejnou linkovou dopravu. Objednatel dále pro dané Linky a Spoje stanoví Jízdní řády, které je Dopravce povinen akceptovat a podle nichž je povinen Veřejnou linkovou dopravu provozovat.*“ Podle čl. 4.2 závazného návrhu smlouvy „*Prvotní návrhy Jízdních řádů a časových poloh Spojů pro každou Linku zpracovává na základě požadavku Objednatele Dopravce (...) Na základě uvedených prvotních návrhů Jízdních řádů a časových poloh Spojů pro každou Linku vypracuje Objednatel připomínky a seznam požadovaných korekcí časových poloh Spojů. Dopravce vypracuje konečnou podobu Jízdních řádů a předloží je ke schválení Objednateli. Schválené Jízdní řády Objednatel následně bez zbytečného odkladu poskytne Dopravci.*“
114. Z právě citovaných ustanovení závazného návrhu smlouvy je zřejmé, že oprávnění navrhovat linky a jízdní řády mělo příslušet vždy zadavateli (jakožto Objednateli), přičemž z žádného ustanovení závazného návrhu smlouvy neplyne, že by toto oprávnění mohlo přejít na vybraného uchazeče (jakožto Dopravce). Vzhledem k právě uvedenému považuji závěr Úřadu, že zadavatel nestanovil dílčí hodnotící subkritérium „Návrh nové linky“ tak, aby se vztahovalo k nabízenému plnění a aby vyjadřovalo vztah užitné hodnoty a ceny, za správný a zákonný. Uvedenou námitku zadavatele tak považuji za nedůvodnou.
115. K námitce zadavatele, v rámci níž poukazuje na skutečnost, že obdobným způsobem, tedy zpracováním vzorového případu, se běžně hodnotí kvalita i jiných služeb, přičemž tyto rozborů nemají samy o sobě pro zadavatele hospodářský význam, uvádím následující.

116. Se zadavatelem je třeba souhlasit v tom, že vypracování případové studie či odborného stanoviska může být v případě řady veřejných zakázek vhodným dílčím hodnotícím kritériem, a to i přesto, že se jedná o zadání pouze pro účely hodnocení, které se zpravidla bude od služeb skutečně poskytovaných lišit. Rozhodné však je to, že služby, které tvoří předmět veřejné zakázky a mají být v budoucnu zadavateli poskytovány, jsou obdobného charakteru jako toto zkušební zadání pro účely hodnocení nabídek. To ovšem v posuzovaném případě není splněno. Vybraný uchazeč nejenže nebude realizovat linku, jenž ve své nabídce navrhne, vybraný uchazeč nebude oprávněn navrhnout, resp. realizovat ani jinou novou linku v rámci plnění veřejné zakázky, neboť dle čl. 4.1 závazného návrhu smlouvy stanoví linky a spoje zadavatel. Tuto námitku zadavatele proto považuji za nedůvodnou.
117. Vzhledem k tomu, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem již při stanovení dílčího hodnotícího kritéria „Návrh nové linky“, považuji za nadbytečné vyjadřovat se k námitce navrhovatele, kterou vznesl ve svém vyjádření k rozkladu zadavatele ze dne 9. 12. 2013 a podle níž zadavatel pro zpracování návrhu nové linky neposkytl dostatečné údaje a podklady.

*Přezkum výroků II. a III. napadeného rozhodnutí*

118. Jelikož zadavatel napadá rozkladem napadené rozhodnutí v celém jeho rozsahu, přezkoumal jsem také zákonnost výroků II. a III. napadeného rozhodnutí, jimiž Úřad uložil nápravné opatření podle § 118 odst. 1 zákona a dále zadavateli uložil povinnost uhradit náklady řízení.
119. Ztotožňuji se s Úřadem, který v odstavci 83 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že, jelikož zadavatel postupoval v rozporu se zákonem již při stanovení samotných podmínek zadávacího řízení, nelze dosáhnout nápravy jinak než zrušením zadávacího řízení. Postup Úřadu, který výrokem II. napadeného rozhodnutí zrušil předmětné zadávací řízení, tak považuji za správný a zákonný.
120. Co se týká povinnosti uhradit náklady řízení, kterou Úřad zadavateli uložil výrokem III. napadeného rozhodnutí, uvádím, že v posuzovaném případě byly splněny podmínky předpokládané v § 119 odst. 2 zákona pro uložení této povinnosti a Úřad správně aplikoval vyhlášku č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách. Vzhledem k uvedeným skutečnostem považuji postup Úřadu při stanovení povinnosti zadavatele uhradit náklady řízení za správný a zákonný.

**VI. Závěr**

121. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré podklady rozhodnutí, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
122. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

1. JUDr. Ing. Světlana Semrádová Zvolánková, advokátka, Karlovo náměstí 287/18, 120 00 Praha 2
2. Mgr. Michaela Wažiková, advokátka, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., Politických vězňů 1272/21, Nové Město, 110 00 Praha 1

### **Vypraveno dne:**

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