



UOHSX006DIER

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R142/2014/VZ-14134/2015/321/PMa

Brno: 12. června 2015

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 30. 4. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jenž podal zadavatel –

- **Statutární město Přerov**, IČO 00301825, se sídlem Bratrská 709/34, 750 11 Přerov 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S767/2013/VZ-8351/2014/521/SWa ze dne 17. 4. 2014 ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše uvedeným zadavatelem při uzavření „**Smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou dle zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, v platném znění**“ ze dne 22. 11. 2011,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) 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-S767/2013/VZ-8351/2014/521/SWa ze dne 17. 4. 2014

potvrzuji

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o veřejných zakázkách**“)¹ obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – statutární město Přerov, IČO 00301825, se sídlem Bratrská 709/34, 750 11 Přerov 2 (dále jen „**zadavatel**“), při uzavření „Smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou dle zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, v platném znění“ ze dne 22. 11. 2011 (dále jen „**smlouva**“).
2. Na základě obdrženého podnětu k přezkoumání postupu zadavatele si Úřad vyžádal od zadavatele veškerou spisovou dokumentaci související s uvedenou smlouvou. Po přezkoumání obsahu podnětu a zadavatelem předložené dokumentace nabytí Úřad pochybnosti, zda byl zadavatel při uzavření smlouvy oprávněn postupovat podle § 18 písm. b) zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o veřejných službách**“), když nebyla naplněna podmínka uvedená v § 21 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných službách, jelikož způsob kompenzace vylučuje obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného k zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících. Vzhledem k tomu, že podle § 21 odst. 2 zákona o veřejných službách nejsou-li splněny podmínky podle § 21 odst. 1 zákona o veřejných službách, použije se na výběr dopravce ve veřejné linkové dopravě zákon o veřejných zakázkách, vznikla pochybnost, že zadavatel pro zadání veřejné zakázky na zajištění dopravní obslužnosti nezvolil příslušný druh zadávacího řízení podle § 21 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách a neprovedl zadávací řízení. Úřad tedy zahájil správní řízení z moci úřední.
3. Zadavatel se k zahájení řízení vyjádřil dopisem ze dne 9. 1. 2014, v němž konstatoval, že se žádného pochybení v průběhu zadávacího řízení nedopustil. Dále zadavatel uvedl, že dle 16. 11. 2009 uzavřel se společností Slovenská autobusová doprava Trnava, akciová společnost, IČO 36249840, se sídlem Nitranská 5, 917 02 Trnava, Slovenská republika (dále jen „**SAD Trnava**“), smlouvu o závazku veřejné služby (dále jen „**původní smlouva**“) za účelem zajištění dopravní obslužnosti statutárního města Přerov veřejnou linkovou autobusovou dopravou. Původní smlouva byla ukončena výpovědí společností SAD Trnava ze dne 30. 5. 2011, která zanikla uplynutím šestiměsíční výpovědní lhůty ke dni 30. 11. 2013.

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

V důsledku předčasného ukončení původní smlouvy hrozil ve statutárním městě Přerov výpadek veřejné linkové dopravy a dopravní obslužnosti, kterým by byly ohroženy desítky tisíc obyvatel Přerova a okolí.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 17. 4. 2014 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S767/2013/VZ-8351/2014/521/SWa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v němž konstatoval, že se zadavatel při uzavření „Smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou dle zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, v platném znění“ ze dne 22. 11. 2011 se společností Dopravní a logistická společnost s.r.o., IČO 28360311, se sídlem U Žebračky 3042/18a, 750 02 Přerov, dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že veřejnou zakázku na služby spočívající v zajištění dopravní obslužnosti zadal postupem podle § 18 písm. b) zákona o veřejných službách, ačkoliv nebyly splněny podmínky podle § 21 odst. 1 zákona o veřejných službách, a pro zadání uvedené veřejné zakázky nezvolil příslušný druh zadávacího řízení podle § 21 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky. Za spáchání uvedeného správního deliktu Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli pokutu ve výši 250 000 Kč.
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že zadavatel uzavřel dne 22. 11. 2011 s vybraným uchazečem na základě přímého zadání podle § 18 písm. b) zákona o veřejných službách smlouvu, jejímž předmětem je podle čl. 3.1 smlouvy zajištění veřejné linkové autobusové dopravy a dopravní obslužnosti statutárního města Přerov. Zadavatel zdůvodnil svůj postup existencí mimořádné situace (§ 22 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných službách), která opravňuje zadavatele k uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících přímým zadáním v případě, že dojde k přerušení poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících nebo takovéto přerušení bezprostředně hrozí. Smlouva byla uzavřena na období od 1. 12. 2011 do 30. 11. 2013. Zadavatel se v článku 3.2 smlouvy za plnění předmětu smlouvy zavázal hradit dopravci kompenzaci. Podle finančního modelu nákladů, výnosů a čistého příjmu k zajištění dopravní obslužnosti statutárního města Přerov, který předložil dopravce zadavateli dne 15. 11. 2011, činila předpokládaná výše kompenzace za dobu trvání smlouvy 48 462 052 Kč.
6. Ze zadávací dokumentace Úřad zjistil, že míra rizika byla mezi vybraného uchazeče a zadavatele rozložena tak, že pokud skutečně dosažené tržby dosáhnou alespoň 50 % předpokládaného objemu tržeb podle výchozího finančního modelu nákladů, výnosů a čistého příjmu dopravce, ztrátu vypočtenou jako rozdíl mezi dosaženými tržbami a součtem všech dopravcem vynaložených nákladů na zajištění dopravní obslužnosti a přiměřeného zisku dopravce uhradí zadavatel. Naopak v případě, že by skutečně dosažené tržby z jízdného dosáhly méně než 50 % předpokládaného objemu tržeb, zadavatel by dopravci neuhradil kompenzaci vůbec a ztrátu by tak nesl výlučně vybraný uchazeč. Na základě takto stanovené výše kompenzace Úřad dovodil, že v projednávaném případě se nejedná o přenos obchodního rizika spojeného s výší tržeb z jízdného na dopravce, neboť konstrukce podmínek úhrady kompenzace spíše představuje pojistku řádného plnění

smluvních povinností vybraného uchazeče. Za předpokladu, že dopravce bude řádně plnit povinnosti ze smlouvy, bude mu zcela kompenzován rozdíl mezi dosaženými příjmy z tržeb a skutečnými náklady vynaloženými na zajištění dopravní obslužnosti.

7. Na základě výše uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že nebyla naplněna podmínka přenosu podstatné části rizik na dopravce, která by šetřený smluvní vztah umožňovala definovat jako koncesi na služby. Šetřený smluvní vztah tedy nenaplnuje podmínku stanovenou v § 21 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných službách. Zadavatel tudíž nebyl oprávněn při zadání služeb na zajištění dopravní obslužnosti postupovat podle zákona o veřejných službách, ale měl v souladu s § 21 odst. 2 zákona o veřejných službách na výběr dopravce použít zákon o veřejných zakázkách. S ohledem na předpokládanou výši kompenzace za dobu trvání smlouvy v částce 48 462 052 Kč Úřad dovodil, že zadavatel měl postupovat podle ustanovení zákona o veřejných zakázkách, která upravují zadávání nadlimitních veřejných zakázek a zakázku zadat v otevřeném, případně užším řízení. Postup zadavatele při uzavření smlouvy s vybraným uchazečem formou přímého zadání podle § 18 písm. b) zákona o veřejných službách přitom mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, neboť zadavatel nezveřejnil oznámení o veřejné zakázce v informačním systému o veřejných zakázkách ani v Úředním věstníku Evropské unie. Nelze totiž vyloučit, že pokud by zadavatel zadal veřejnou zakázku na zajištění dopravní obslužnosti postupem podle zákona o veřejných zakázkách, obdržel by i nabídky jiných uchazečů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější plnění.
8. Při stanovení výše uložené pokuty Úřad přihlédl ke skutečnosti, že zadavatel svým postupem zcela vyloučil soutěž dodavatelů. Nezákonné omezení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je považováno za nejzávažnější porušení zákona. Dále Úřad zohlednil ekonomickou situaci zadavatele, konkrétně Úřad vzal v potaz rozpočet zadavatele na rok 2014, z něž vyplývá, že příjmy zadavatele se pohybují v řádu stovek milionů Kč. Uloženou pokutu ve výši 250 000 Kč tedy nelze považovat za likvidační.

III. Námitky rozkladu

9. V zákonné lhůtě podal proti napadenému rozhodnutí zadavatel rozklad ze dne 30. 4. 2014, který byl Úřadu doručen téhož dne. V rozkladu zadavatel namítá, že závěr Úřadu o nutnosti užití zákona o veřejných zakázkách při uzavření smlouvy není správný, neboť je výsledkem zavádějícího výkladu rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ve věci C-206/08 ze dne 10. 9. 2009 (dále jen „rozsudek SDEU“), kterým Úřad pominul skutečnost, že o koncesi se jedná, pokud dodavatel zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu převezme provozní riziko, kterému je vystaven veřejný zadavatel, i když je toto riziko od začátku velmi omezené díky veřejnoprávním podmínkám, za nichž je veřejná služba zajišťována. V této souvislosti zadavatel odkazuje na další rozhodnutí SDEU, v nichž byl zmíněný závěr o omezení provozního rizika přenášeného na koncesionáře potvrzen.
10. Dále zadavatel poukazuje na skutečnost, že existuje poměrně malý počet subjektů působících na trhu, které by byly schopny v relativně krátkém čase začít plnit závazek veřejné služby v oblasti dopravní obslužnosti v požadovaném rozsahu. Zadavatel konstatuje, že

omezené konkurenční prostředí, limitované množství dopravců schopných v daném čase a místě poskytovat veřejnou službu spolu se zákonnou povinností zadavatele zajistit dopravní obslužnost, tvoří veřejnoprávní podmínky způsobující, že bylo nutné nastavit rozvržení a přenos rizik tržeb právě tak, jak je uvedeno v čl. 10.8 smlouvy.

11. Na základě výše uvedených skutečností zadavatel dovozuje, že závazek veřejné služby vyplývající ze smlouvy vykazuje všechny znaky koncese tak, jak jsou definovány ve směrnici 2004/17/ES nebo ve směrnici 2004/81/ES a jak jsou vykládány SDEU, neboť riziko tržeb dopravce je článkem 10.8 smlouvy kráceno, nikoli však zcela vyloučeno. Zadavatel se domnívá, že obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb není článkem 10.8 smlouvy vyloučeno, pouze je mezi smluvní strany rozloženo.
12. Zadavatel namítá, že závěr Úřadu, že je velmi nepravděpodobné, že by poptávka po veřejné hromadné dopravě klesla o více než 50% oproti předchozímu období, je spekulativní a ničím nepodložený. Odkaz na počet přepravených osob v letech 1999, 2002 a 2003 považuje zadavatel za neaktuální a navíc nic nevypovídající o současném či budoucím vývoji počtu cestujících. Dle zadavatele přichází v úvahu možnost, že v případě navýšení ceny jízdného, by pokles tržeb mohl být výrazný. Zadavatel považuje napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné, když v něm není odůvodněno, proč není splněna podmínka podstatné části rizik, když zákon o veřejných službách ani nařízení o podstatnosti přenosu rizik nehovoří. Zadavatel se domnívá, že Úřad neoprávněně zúžil okruh případných rizik, neboť zákon o veřejných službách nepoužívá pojem nesprávného odhadu tržeb, nýbrž riziko spojené s výší tržeb.
13. V další části rozkladu se zadavatel vyjadřuje k závěru Úřadu, že eventuální zadávací řízení podle zákona o veřejných zakázkách by bylo možné zrealizovat ve lhůtě 6 měsíců. Zadavatel odkazuje na Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007 ze dne 23. 10. 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**“), dle kterého platí, že pokud příslušné orgány uvažují o uzavření smluv o veřejných službách, měly by přijmout opatření nezbytná ke zveřejnění této skutečnosti nejméně jeden rok předem, aby mohli případní provozovatelé veřejných služeb zareagovat. Zadavatel připomíná, že Nařízení se týká všech smluv o veřejných službách v přepravě cestujících, přičemž je lhostejné, zda se k jejich uzavření užije postup pro smlouvu koncesní nebo postup podle předpisů o veřejných zakázkách. Zadavatel považuje zadání veřejné zakázky ve lhůtě 6 měsíců za nereálné i z toho důvodu, že je potřeba před zahájením zadávacího řízení zpracovat zadávací dokumentaci, což je v případě této veřejné zakázky časově náročné. Navíc všechny úkony zadavatele schvaluje Rada města Přerova.
14. K výši uložené pokuty zadavatel uvádí, že Úřad vydal napadené rozhodnutí až téměř dva roky poté, co obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele. Z této skutečnosti zadavatel dovozuje, že uložení sankce za správní delikt má v tomto případě výrazný represivní efekt a mnohem menší funkci preventivní, a to navzdory tvrzení Úřadu obsaženému v bodu 54. napadeného rozhodnutí. Zadavatel dále připomíná, že při ukládání pokuty měl Úřad přihlídnout k tomu, že je povinností zadavatele zabezpečit dopravní obslužnost, přičemž

nepřichází v úvahu, aby tato služba nebyla občanům řádně a včas poskytována. Vyjma výše uvedené argumentace považuje zadavatel odůvodnění výše sankce za nedostatečné, když není zřejmé, z jakého důvodu je tvrzený správní delikt nejzávažnější. Zadavatel trvá na svém závěru, že z objektivního hlediska nebylo možné ve lhůtě 6 měsíců provést zadávací nebo nabídkové řízení v souladu s Nařízením, zákonem o veřejných službách či zákonem o veřejných zakázkách. Zadavatel se neztotožňuje s názorem, že neexistují žádné polehčující okolnosti, neboť zadavatel je obcí, která má zákonné povinnosti především vůči svým občanům, má tedy povinnost vyloučit riziko, že nebude zajištěna dopravní obslužnost v jeho územním obvodu. Dále zadavatel poukazuje na skutečnost, že veřejné rozpočty jsou zákonem o veřejných službách chráněny před neekonomickým vynakládáním veřejných finančních prostředků a uzavřením Smlouvy nemohlo dojít k nadbytečnému vynaložení těchto prostředků.

15. Závěrem zadavatel poukazuje na skutečnost, že smlouva přímým zadáním byla uzavřena na dobu 2 let za účelem zajištění nezbytných kroků k zadání veřejné zakázky. Ohledně případné delší výpovědní lhůty zadavatel konstatoval, že takové ustanovení ve smlouvě uzavřené podle soukromého práva by mohlo zakládat nerovnost mezi účastníky, případně rozpor se zásadami poctivého obchodního styku, a tudíž by mohlo být neplatné.

Závěr rozkladu

16. Na základě v rozkladu uvedených skutečností zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

17. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci postupu podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s § 88 odst. 1 věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

18. 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 s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
19. Úřad svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S767/2013/VZ-8351/2014/521/SWa ze dne 17. 4. 2014 rozhodl správně a v souladu se zákonem, když konstatoval spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí a za jeho spáchání uložil zadavateli pokutu. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

20. První námitka zadavatele spočívá v argumentaci, že Úřad nepřesně interpretoval závěry obsažené v rozsudku SDEU, které se týkalo zadávání zakázek subjektem působícím v oblasti

vodního hospodářství, když nevzal v úvahu, že z uvedeného rozhodnutí vyplývá, že provozní riziko přenášené na koncesionáře je velmi omezené díky speciálním veřejnoprávním podmínkám, za nichž je služba poskytována. Z bodu 17 až 24 napadeného rozhodnutí je zřejmé, která ustanovení zákona o veřejných zakázkách a zákona o veřejných službách vzal Úřad při přezkumu případu v potaz, Úřad také zohlednil Nařízení a směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES. Přestože Úřad v bodě 28 napadeného rozhodnutí, v němž odkazuje na rozsudek SDEU, neuvedl celou právní větu, k níž SDEU v bodě 80 citovaného rozhodnutí dospěl, nelze se domnívat, že Úřad k závěru, že přenos provozního rizika je velmi omezený díky veřejnoprávním podmínkám, nepřihlédl. Ze zmíněného rozsudku SDEU lze dovodit, že provozní riziko je velmi malé kvůli povaze poskytované služby. Jak v případě řešeném SDEU, který se týkal distribuce vody občanům, tak v předmětné veřejné zakázce týkající se autobusové přepravy občanů, se jedná o služby, jejichž úprava podléhá veřejnému právu, tyto služby jsou v daném území poskytovány jediným subjektem a slouží k zajištění potřeb občanů. Ze všech těchto podmínek tedy vzniká omezení provozního rizika, které nemůže odpovídat hospodářskému riziku existujícímu na volném trhu. Z právní věty obsažené v rozsudku SDEU tedy vyplývá závěr, že přestože provozní riziko je velmi nízké, neboť služba je poskytována jediným subjektem k zajištění potřeb občanů a pro poskytovatele služeb neexistuje přímá konkurence, přesto musí dojít k tomu, aby veřejný zadavatel určité omezené provozní riziko, které je s poskytováním služby spojeno, převedl na poskytovatele služeb zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu. Konkrétně SDEU uvádí, že poskytovatel služeb musí být vystaven alespoň nějakému riziku. Pokud veřejný zadavatel nadále fakticky nese riziko a nevystavuje poskytovatele služeb tržním rizikům, měl zadavatel pro zadání poskytování služby využít postupu pro zadávání veřejných zakázek. Z této premisy Úřad vyšel při posouzení případu.

21. Lze tedy shrnout, že Úřad na základě čl. 10.8 smlouvy upravujícího podmínky, za kterých se zadavatel zavázal hradit dopravci kompenzaci, správně dovodil, že nedošlo k přenosu provozního rizika z veřejného zadavatele na dopravce. Riziko tržeb, tedy provozní riziko, zadavatel ve smlouvě upravil tak, že pokud dopravce obdrží alespoň 50% předpokládaného objemu tržeb, uhradí zadavatel dopravci ztrátu vypočtenou jako rozdíl mezi dosaženými tržbami a součtem všech dopravcem vynaložených nákladů na zajištění dopravní obslužnosti a přiměřeného zisku dopravce. Pouze v případě, že by tržby z prodeje jízdného byly nižší než 50% předpokládaného objemu tržeb, zadavatel by nemusel dopravci kompenzaci hradit vůbec a ztrátu by nesl vybraný uchazeč. Z uvedeného je zřejmé, že na základě uvedeného ustanovení smlouvy dodavateli nezbylo v podstatě žádné tržní riziko spojené s poskytováním služby. Na základě statistických údajů o počtu přepravených osob uvedených v bodě 34. napadeného rozhodnutí lze dovodit, že v oblasti přepravy cestujících veřejnou linkovou je velmi nepravděpodobné, že by dopravce dosáhl o více než polovinu nižších tržeb, než činí odhad dopravce. Nastavením podmínek pro úhradu kompenzace tedy došlo k faktickému vyloučení rizika spojeného s poskytováním služeb. Vzhledem k tomu, že zadavatel stanovením podmínek pro vyplacení kompenzace snížil provozní riziko dopravce na minimum, je potřeba dovodit, že nebyly naplněny podmínky zákona o veřejných službách pro uzavření smlouvy přímým zadáním, zadavatel měl postupovat podle zákona o veřejných zakázkách a zakázku na zajištění dopravní obslužnosti zadat v některém zadávacím řízení.

22. Zadavatel kromě odkazu na čl. 10.8 smlouvy v rozkladu neuvádí žádné další skutečnosti, z nichž by bylo možné dovodit, že provozní riziko bylo na vybraného uchazeče skutečně přeneseno. Ani po posouzení zbývajících ustanovení smlouvy jsem nedospěl k závěru, že by z jejího obsahu mohlo vyplynout, že došlo k přenosu rizika tržeb.
23. Na závěr Úřadu o tom, že zadavatel nebyl oprávněn veřejnou zakázku zadat dle zákona o veřejných službách v situaci, kdy vyloučil obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného, nemůže mít vliv ani skutečnost, že zadavatel je povinen zajistit dopravní obslužnost ve svém územním obvodu a při výběru dopravce má dle jeho tvrzení poměrně omezený výběr. I kdyby zadavatel neměl jinou možnost, než z důvodu zajištění dopravní obslužnosti nastavit přenos rizika tržeb tak, jak je uvedeno ve smlouvě, tato skutečnost nic nemění na situaci, že zadavatel postupoval neoprávněně dle zákona o veřejných službách, přestože měl zvolit příslušný druh zadávacího řízení dle zákona o veřejných zakázkách, a následně přímým zadáním zakázky porušil právo Evropské unie a na něj navazující národní právní předpisy týkající se zadávání veřejných zakázek. Z výše citovaného rozsudku SDEU vyplývá, že pokud nelze ve smlouvě nalézt tržní riziko pro poskytovatele služeb, je potřeba veřejnou zakázku zadat dle právních předpisů upravujících zadávání veřejných zakázek. Z vyjádření zadavatele ze dne 9. 1. 2014 přitom vyplývá, že rozložení ztrát z tržeb jízdného bylo ve smlouvě nastaveno tak, že dopravce nese obchodní riziko pouze za vlastní pochybení, nikoliv za veškerá rizika spojená s výkonem osobní přepravy, neboť rozložení rizik mezi dopravce a zadavatele bylo konstruováno tak, že dopravce nenese riziko vyplývající z výkyvů tržeb způsobených externími faktory, ale je sankcionován pro případ, že by k výraznému výpadku v tržbách z jízdného došlo v důsledku závažného pochybení dopravce při plnění povinností vyplývajících ze smlouvy (viz bod 33. napadeného rozhodnutí).
24. V návaznosti na výše uvedenou argumentaci se nemohu ztotožnit s tvrzením zadavatele, že postupoval v souladu s právem Evropské unie, zákonem o veřejných službách, jakož i výkladem SDEU vyplývajícím z citovaného rozsudku, neboť riziko tržeb dopravce fakticky vyloučil. V citované právní větě obsažené v rozsudku SDEU se uvádí, že je nezbytné, aby veřejný zadavatel zcela nebo ve významném rozsahu převedl provozní riziko, kterému je vystaven. V posuzovaném případě si však zadavatel provozní riziko v podstatě ponechal, když určil, že dopravce nese ztrátu sám pouze v případě, že tržby klesnou o více než polovinu předpokládané hodnoty. Tvrzení zadavatele nelze opřít ani o ustanovení § 21 odst. 1 zákona o veřejných službách, dle kterého kompenzace nemá vylučovat obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného, když zadavatel smlouvou přenesl na dopravce pouze ztráty plynoucí z jeho případného porušení povinností stanovených ve smlouvě, které nelze považovat za obchodní riziko spojené s výší tržeb, ale spíše jako sankci za nesplnění povinností dopravce. Z uvedeného je tedy zřejmé, že nedošlo ke zúžení okruhu případných rizik Úřadem, jak se domnívá zadavatel, nýbrž k vyloučení rizika spojeného s výší tržeb zadavatelem konstrukcí úhrady kompenzace v návaznosti na odhad tržeb. Jak jsem uvedl již výše, skutečnost, že musí dojít k podstatnému přenosu rizik je zřejmá z výkladu předpisů Evropské unie provedeného SDEU.
25. Tvrzení Úřadu, že je velmi nepravděpodobné, že by poptávka po veřejné hromadné dopravě klesla o více, než 50% oproti předchozímu období, vychází zejména z tvrzení zadavatele,

který ve svém vyjádření uvedl, že pokles tržeb o více než 50% by mohl nastat pouze v případě pochybení na straně dopravce, nikoliv na základě externích vlivů, mezi něž patří poptávka po veřejné hromadné dopravě. Dále je poptávka po veřejné hromadné dopravě v rámci území statutárního města Přerova dána povahou samotné služby. Výše uvedené závěry Úřad podpořil veřejně dostupnými statistickými údaji o počtu přepravených osob, z jejichž údajů se vzhledem k absenci novějších statistik týkající se přepravy osob na území statutárního města Přerova, dá vycházet i v současnosti, a z nichž vyplývá, že k poklesům počtu přepravovaných osob mezi lety 1999 a 2002 a dále mezi lety 2002 a 2003 docházelo o méně než 10%. Zadavatel navíc v dokumentu Strategie dopravní obslužnosti města Přerova na období 2007-2013 předpokládá, že snižující se počet cestujících se zastaví zavedením Integrovaného dopravního systému Olomouckého kraje.

26. Nelze se přiklonit ani k argumentaci zadavatele, že pokud by došlo k navýšení cen jízdného, mohlo by dojít k výraznému poklesu tržeb. Z čl. 10.8 smlouvy vyplývá, že v případě, že bude změněn Tarif IDSOK, bude odhad tržeb, který vychází z hodnot srovnatelného minulého období přímo úměrně upraven. Na základě výše uvedených skutečností však nelze předpokládat, že by navýšení cen jízdného mohlo zapříčinit pokles tržeb o více než 50%.
27. Zadavatel ve svém rozkladu odůvodňuje nemožnost realizovat zadávací řízení dle zákona o veřejných zakázkách ve výpovědní lhůtě původní smlouvy, která činila 6 měsíců, povinností zveřejnit záměr uzavřít smlouvu o veřejných službách nejméně jeden rok předem, aby mohli případní provozovatelé veřejných služeb reagovat. Tato povinnost podle názoru zadavatele vyplývá z Nařízení, konkrétně bodu 20 a 29 preambule, čl. 7 odst. 2 Nařízení a z Metodické pomůcky Ministerstva dopravy. Lze souhlasit se zadavatelem, že v preambuli nařízení se hovoří o tom, že pokud příslušné orgány uvažují o uzavření smluv o veřejných službách, měly by přijmout opatření nezbytná ke zveřejnění této skutečnosti nejméně jeden rok předem bez vymezení, jakým způsobem jsou tyto smlouvy uzavírány, zda v rámci nabídkového řízení dle zákona o veřejných službách či v rámci zadávacího řízení dle zákona o veřejných zakázkách. Je však potřeba si uvědomit, že obsah preambule nařízení je deklaratorní, tudíž nemá závazný charakter, navíc z formulace „*měly by přijmout opatření nezbytná k zveřejnění*“ uvedené v bodu 29 preambule nelze dovodit, že se jedná o povinnost, ale spíše o doporučení. Povinnost zveřejnit záměr uzavřít smlouvu o veřejných službách je dále upravena v čl. 7 odst. 2 Nařízení, které výslovně zmiňuje pouze nabídkové řízení a přímé zadání podle Nařízení. Tuto povinnost převzal zákon o veřejných službách, který upravuje nabídkové řízení a přímé zadání na národní úrovni, v zákoně o veřejných zakázkách však taková povinnost pro zadavatele stanovená není. Skutečnost, že zadavatel měl přijmout opatření ke zveřejnění svého záměru uzavřít smlouvu o veřejných službách nejméně rok předem, nemůže vést k závěru, že i když zadavatel nesplnil podmínky pro uzavření smlouvy přímým zadáním dle zákona o veřejných službách, neboť nedošlo k převedení rizika ze zadavatele na dopravce, je přesto oprávněn uzavřít smlouvu na základě přímého zadání. Co se týče odkazu na metodiku Ministerstva dopravy je potřeba si uvědomit, že tato metodika neobsahuje závazný výklad právních norem, navíc se ani nevyjadřuje k otázce případného postihu za nezveřejnění záměru ve stanovené lhůtě, pokud zadavatel postupuje podle zákona o veřejných zakázkách.

28. Zadavatel v rozkladu uvádí další skutečnosti, kterými odůvodňuje své tvrzení, že veřejnou zakázku nebylo možné zadat ve lhůtě 6 měsíců, a to konkrétně nutnost zpracovat zadávací dokumentaci a schválení úkonů zadavatele orgánem obce. Je potřeba podotknout, že zadavatel byl v době uzavření původní smlouvy na zajištění přepravy cestujících veřejnou linkovou dopravou srozuměn se skutečností, že výpovědní lhůta byla ve smlouvě stanovena v délce 6 měsíců a že během této doby bude mít v případě výpovědi povinnost uzavřít novou smlouvu. Délka výpovědní lhůty byla stanovena smluvními stranami, tedy zadavatelem a původním dodavatelem. Zároveň zadavatel věděl, jaké jsou zákonem stanovené podmínky pro zadání veřejné zakázky dle zákona o veřejných zakázkách. Argumentace zadavatele, že zakázku objektivně nemohl v tak krátké lhůtě zadat dle zákona, nemůže vyvrátit fakt, že zadavatel uzavřením smlouvy přímým zadáním porušil zákon, když pro takový postup nebyly naplněny podmínky. V takové situaci Úřad nemohl postupovat jinak, než napadeným rozhodnutím konstatovat, že zadavatel neoprávněným zadáním veřejné zakázky spáchal správní delikt i bez ohledu na to, zda zadavatel mohl či nemohl objektivně veřejnou zakázku v uvedené lhůtě zadat dle zákona o veřejných zakázkách. S ohledem na lhůty pro podání nabídek stanovené zákonem, na něž Úřad odkázal v bodě 39 napadeného rozhodnutí, však Úřad správně dovodil, že bylo možné zadávací řízení na veřejnou zakázku i v poměrně krátké výpovědní lhůtě zrealizovat. K tvrzení zadavatele, že úkony zadavatele podléhají schválení orgánem obce, uvádím, že tato skutečnost nemůže mít vliv na povinnost zadavatele dodržovat zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel je povinen dopředu s nutností schválení svých úkonů počítat a přizpůsobit tomu svůj postup při zadávání veřejných zakázek. Jak jsem konstatoval již výše, polemika nad tím, zda závěr Úřadu, že předmětnou veřejnou zakázku lze zadat ve lhůtě 6 měsíců, odpovídá skutečnosti či nikoliv, nemá vliv na správnost rozhodnutí Úřadu, že se zadavatel dopustil správního deliktu. Rovněž tvrzení zadavatele o délce vedeného správního řízení i ostatních správních řízení je potřeba odmítnout, neboť se netýkají předmětu řízení.
29. Ze stejných důvodů se nemohu ztotožnit s tvrzením zadavatele, že vybraný uchazeč potřebuje dostatečný časový prostor k přípravě plnění smlouvy, neboť se opět jedná o okolnosti, kterými má zadavatel v úmyslu obhájit svůj závěr, proč nebylo možné veřejnou zakázku zadat v zadávacím řízení. V této souvislosti lze poukázat na skutečnost, že smlouva byla uzavřena dne 22. 11. 2011, přičemž její plnění dopravce zahájil v prosinci téhož roku. Došlo tedy k situaci, kdy vybraný uchazeč zahájil přepravu osob mnohem rychleji, než jak tvrdí zadavatel, čímž bylo vyvráceno uvedené tvrzení zadavatele
30. Část rozkladu, v níž zadavatel uvádí, z jakých důvodů uzavřel smlouvu na dobu 2 let, neobsahuje námitky směřující proti žádnému z výroků rozhodnutí. Shledaná pochybení zadavatele při zadání veřejné zakázky se netýkala doby plnění smlouvy, objasnění stanovení délky plnění tedy nemůže mít vliv na správnost výroku napadeného rozhodnutí.
31. Co se týče námitek zadavatele směřujících k možnosti stanovení délky výpovědní lhůty a její případné neplatnosti, souhlasím se zadavatelem, že se jedná o otázky soukromoprávní, tyto však Úřadu nepřísluší posuzovat. Z napadeného rozhodnutí nevyplývá, že se zadavatel měl vzniklé situaci vyhnout tím, že by v původní smlouvě stanovil delší výpovědní lhůtu, Úřad se k otázce stanovení délky výpovědní lhůty v napadeném rozhodnutí vůbec nevyjadřuje. Ze

závěru Úřadu, že 6 měsíční výpovědní lhůta byla stanovena i s ohledem na potřebu zadavatele zajistit plnění předmětu původní smlouvy zadáním nové veřejné zakázky, vyplývá, že zadavatel musel při uzavření původní smlouvy počítat se situací, že může dojít k výpovědi smlouvy a v takové situaci bude mít pouze 6 měsíců na to, aby zajistil nového dopravce v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, případně se zákonem o veřejných službách. Bylo tedy povinností zadavatele se na tuto situaci řádně předem připravit, aby došlo k zadání zakázky v souladu s právními předpisy. Přestože jsem si vědom, že na zadavatele jsou v oblasti zadávání zakázek týkajících se zajištění přepravy osob kladeny vysoké nároky vyplývající z veřejnoprávních předpisů, které musí být zohledněny při uzavírání soukromoprávních smluv s dopravci, nelze hovořit o konfliktu práva veřejného a soukromého, které by neumožnilo vybrat dopravce v souladu s právním řádem. Zákon o veřejných službách stanoví podmínky, za kterých je možné v mimořádných případech uzavřít smlouvu o veřejných službách v přepravě cestujících přímým zadáním. Při splnění těchto podmínek je pak možné smlouvu uzavřít na časově omezené období a současně zveřejnit záměr uzavřít novou smlouvu o veřejných službách v přepravě cestujících. Zadavatel však podmínky pro přímé zadání nesplnil.

32. Dalšími námitkami rozkladu zadavatel brojí proti výši uložené pokuty. Úřad v bodě 50 napadeného rozhodnutí řádně zdůvodnil, proč se zadavatel dopustil nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona, když uvedl, že zadavatel svým jednáním zcela vyloučil soutěžní prostředí. Výše jsem uvedl důvody, které vyvrací názor zadavatele, že nebylo možné ve lhůtě 6 měsíců provést zadávací nebo nabídkové řízení v souladu s nařízením, zákonem o veřejných službách či zákonem o veřejných zakázkách. Tvrzení zadavatele vede k závěru, že k situaci, v níž se ocitl, by docházelo při každé výpovědi jednotlivých smluv o zajištění přepravy cestujících, přičemž zadavatel by neměl možnost tento stav jakkoliv zvrátit a nenesl by odpovědnost za zadání veřejné zakázky v souladu s právními předpisy. Takový výklad však není možné přijmout.
33. K námitce, že Úřad nepřihlédl k okolnosti, že zadavatel má povinnost zajistit na svém území dopravní obslužnost, uvádím, že tuto skutečnost nelze posoudit jako polehčující okolnost, a to z toho důvodu, že povinnost vyplývající ze zákona č. 128/2000 Sb., o obcích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o obcích**“), nemůže odůvodňovat porušení zákona o veřejných zakázkách.
34. Nemohu se ztotožnit ani s námitkou zadavatele, že Úřad nepovažuje za nutné dodržet povinnost zveřejnit záměr uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě jeden rok předem. Tento závěr z napadeného rozhodnutí nevyplývá. Napadeným rozhodnutím Úřad konstatoval, že zadavatel pochybil, když postupoval podle zákona o veřejných službách a uzavřel smlouvu přímým zadáním. Současně Úřad dospěl k závěru, že zadavatel měl veřejnou zakázku zadat v odpovídajícím druhu zadávacího řízení. Jak jsem uvedl výše, nejedná se o povinnost zveřejnit záměr uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě, ale o doporučení, které je zakotveno v preambuli Nařízení, která má deklaratorní povahu. Tím, že zadavatel neoprávněně uzavřel smlouvu přímým zadáním, došlo k tomu, že zadavatel nezveřejnil zadání veřejné zakázky v informačním systému o veřejných zakázkách a v Úředním věstníku Evropské unie, čímž znemožnil účast dalších případných dodavatelů.

35. Je potřeba odmítnout námitku zadavatele, že uzavřením smlouvy nemohlo dojít k nadbytečnému vynaložení veřejných finančních prostředků, neboť veřejné rozpočty jsou chráněny zákonem o veřejných službách. Pokud by zadavatel postupoval podle zákona o veřejných zakázkách a veřejnou zakázku zadal v zadávacím řízení, proběhla by řádná soutěž o cenu či ekonomickou výhodnost nabídky, a mohlo by dojít k poskytnutí veřejné služby za nižší cenu, než která byla uhrazena vybranému dopravci.
36. Závěry Úřadu týkající se uložené pokuty považuji za zcela srozumitelné, přičemž je z nich seznatelné, jakými skutečnostmi a úvahami se Úřad při svém rozhodování o uložení pokuty řídil, zejména pak, že přihlédl k závažnosti správního deliktu, ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům i k okolnostem, za nichž byl spáchán. V ustanovení § 121 odst. 2 zákona je uveden výčet skutečností, k nimž je možno při určení výměry pokuty přihlídnout. Z uvedeného ustanovení vyplývá, že pro určení výměry pokuty je rozhodná závažnost správního deliktu, přičemž je zde uveden demonstrativní výčet skutečností, k nimž má být při posouzení závažnosti správního deliktu přihlídnuto. Zákon uvádí, že při posouzení závažnosti správního deliktu má být přihlídnuto zejména ke způsobu jeho spáchání, k následkům správního deliktu a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí klasifikoval správní delikt jako dosahující nejzávažnější intenzity, přičemž konstatoval, že neshledal žádné polehčující ani přitěžující okolnosti. Úřad dále zohlednil ekonomickou situaci zadavatele. Úřad z hlediska následků spáchání správního deliktu vzal při stanovení výše pokuty v úvahu tu skutečnost, že zadavatel tím, že veřejnou zakázku zadal mimo režim zákona o veřejných zakázkách, omezil soutěžní prostředí, přičemž s ohledem na předmět veřejné zakázky lze předpokládat, že by zadavatel při dodržení postupů stanovených zákonem o veřejných zakázkách obdržel nabídky od více dodavatelů. Následkem uvedeného postupu zadavatele byla eliminace možnosti potenciálních dodavatelů podat svoji nabídku, přičemž nelze vyloučit, že tito případní dodavatelé mohli nabídnout výhodnější plnění, než vybraný uchazeč. Tento postup, kdy zadavatelé při zadávání veřejné zakázky vůbec nepostupují podle zákona, dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona, neboť zadavatelé tím v rozporu se zákonem omezují, resp. vylučují, soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních zásad zakotvených v ustanovení § 6 zákona.
37. Nad rámec námitek vznesených v této souvislosti zadavatelem doplňuji, že rozhodnutí o uložení pokuty je nepřezkoumatelné, je-li její výše odůvodněna pouhým zopakováním skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty či funkcí pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda, a jakým způsobem byla tato kritéria správním orgánem hodnocena. Z judikatury Nejvyššího správního soudu vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudek NSS č. j. 8 As 5/2005-53 ze dne 29. 6. 2005). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost. Úřad tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit,

řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu. Z napadeného rozhodnutí a po doplnění předsedou Úřadu v tomto rozhodnutí je zřejmé, že výše pokuty uložená v tomto případě uvedeným požadavkům vyhovuje.

38. Negativní důsledky porušení zákona (tedy omezení soutěže o veřejnou zakázku) již v tuto chvíli není možné účinně zhojit způsobem, který by potenciálním dodavatelům umožnil se o veřejné zakázky ucházet, protože smlouva již byla uzavřena. Sankci za spáchání správního deliktu lze chápat jako právní následek porušení zákona, který pro pachatele znamená určitou majetkovou újmu nebo omezení jeho práva. Účelem jejího ukládání je působit na pachatele správního deliktu takovým způsobem, aby se již v budoucnosti nedopouštěl protiprávního jednání. Sankce má tak působit výchovně a preventivně, má však i reparační charakter, neboť do určité míry napravuje následek porušení právní povinnosti. Domnívám se, že výše uložené pokuty splňuje obě tyto funkce.
39. Při stanovení výše uložené pokuty Úřad přihlédl k rozpočtu zadavatele na rok 2014, z něž je zřejmé, že příjmy zadavatele se pohybují v řádu stovek milionů Kč. Pro aktualizaci doplňuji, že z internetových stránek zadavatele (www.prerov.eu) vyplývá, že dle schváleného rozpočtu zadavatele na rok 2015 zadavatel i v tomto roce hospodaří s prostředky ve výši stovek milionů Kč. Aby tedy zadavatel pocítil sankci ve své materiální sféře, a tím byla naplněna represivní funkce postihu, bylo nutné výši pokuty stanovit přiměřeně k výši zadavatelových příjmů. Současně došlo ke splnění preventivní funkce sankce, jejímž cílem je odradit jiné nositele obdobných povinností od podobného jednání.

VI. Závěr

40. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem dospěl k závěru, že Úřad postupoval v souladu se zákonem, když rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Za spáchání uvedeného správního deliktu byla zadavateli uložena pokuta, jejíž výši považuji za přiměřenou.
41. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Statutární město Přerov, Bratrská 709/34, 750 11 Přerov 2

Vypraveno dne:

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