UOHSX007X7L8

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0203/2015/VZ-001172/2016/531/PPo Brno 11. ledna 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 25 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve správním řízení zahájeném dne 3.4.2015, na návrh ze dne 2.4.2015, jehož účastníky jsou

- objednatel – Jihočeský kraj, IČO 70890650, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, 370 01 České Budějovice, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 10.4.2015 JUDr. Markem Bilejem, advokátem, ev. číslo ČAK 11396, IČO 71462147, KŠD LEGAL advokátní kancelář s.r.o., se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4,
- navrhovatel – České dráhy, a.s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 19.3.2015 JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M., advokátem, ev. číslo ČAK 08185, IČO 63656744, WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o. advokátní kancelář, IČO 25621050, se sídlem Křižovnické náměstí 193/2, 110 00 Praha 1,
- vybraný dopravce – GW Train Regio a.s., IČO 28664116, se sídlem U Stanice 827/9, 400 03 Ústí nad Labem - Střekov, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 29.4.2015 JUDr. Jaromírem Bayerem, advokátem, ev. číslo ČAK 02276, IČO 13494414, se sídlem Jeremiášova 1705/18, 370 01 České Budějovice,

ve věci přezkoumání úkonů objednatele učiněných v nabídkovém řízení „Provozní soubor Šumava“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 10.7.2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15.7.2014 pod ev. č. 104659, ve znění opravy uveřejněné dne 15.8.2014, 10.9.2014, 17.9.2014, 24.10.2014 a 28.11.2014, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12.7.2014, pod ev. č. 2014/S 132-236951,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – České dráhy, a.s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1 – ze dne 2.4.2015 **se** v níže konkretizovaných částech, a to

- v části IV.A. návrhu, která se týká lhůty pro zahájení nabídkového řízení,
- v části IV.B. návrhu, která se týká požadavku na složení jistoty podle § 67 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v oznámení nabídkového řízení,
- v části IV.C. návrhu, která se týká délky zadávací lhůty a lhůty pro zahájení plnění smlouvy,
- v části IV.D.I. návrhu, která se týká ukazatelů pro výpočet platby kompenzace,
- v části IV.D.II. návrhu, která se týká způsobu rozdělování nákladů spojených s poskytováním služeb,
- v části IV.D. III. návrhu, která se týká způsobu rozdělování příjmů z prodeje jízdenek,
- v části IV.E. návrhu, která se týká náležitostí dokumentace nabídkového řízení podle § 10 odst. 3 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů,
- v části IV.F. návrhu, která se týká pravidel pro poskytování a čerpání dotací,
- v části IV.G. návrhu, která se týká požadavku na prokázání profesního kvalifikačního předpokladu prostřednictvím subdodavatele,
- v části IV.H. návrhu, která se týká zajištění ochrany práv cestujících podle nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1371/2007 ze dne 23. října 2007 o právech a povinnostech cestujících v železniční přepravě,
- v části IV.I. návrhu, která se týká stanovení dílčích hodnotících kritérií,
- v části IV.J. návrhu, která se týká stanovení požadavků na vlastnosti vozidel,
- v části IV.K. návrhu, která se týká jednotlivých ustanovení návrhu smlouvy a dodatečných informací,
- v části IV.O. návrhu, která se týká prodloužení délky lhůty pro podání nabídek ve vztahu k provedeným změnám zadávacích podmínek,
- v části IV.P. návrhu, která se týká umožnění plnění předmětu nabídkového řízení subdodavatelem,

podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, *per analogiam* **zamítá**, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.

ODŮVODNĚNÍ

I. NABÍDKOVÉ ŘÍZENÍ

1. Objednatel – Jihočeský kraj, IČO 70890650, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, 370 01 České Budějovice, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 10.4.2015 JUDr. Markem Bilejem, advokátem, ev. číslo ČAK 11396, IČO 71462147, KŠD LEGAL advokátní kancelář s.r.o., se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4 (dále jen „objednatel“) – odeslal dne 10.7.2014 oznámení nabídkového řízení „Provozní soubor Šumava“ k uveřejnění, které bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15.7.2014 pod ev. č. 104659, ve znění opravy uveřejněné dne 15.8.2014, 10.9.2014, 17.9.2014, 24.10.2014 a 28.11.2014, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12.7.2014, pod ev. č. 2014/S 132-236951 (dále jen „nabídkové řízení“) podle zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů (dále jen „zákon o veřejných službách“).

2. V čl. II.1.2) oznámení o zahájení nabídkového řízení pro výběr dopravce k uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících objednatel vymezil, že předmětem nabídkového řízení má být *„zajištění dopravní obslužnosti veřejnými službami v přepravě cestujících veřejnou drážní dopravou vlaky regionální dopravy na tratích provozního souboru „Šumava“, které jsou vymezeny jako Trať č. 194 České Budějovice - Černý Kříž, Trať č. 197 Číčenice - Volary - Nové Údolí a Trať č. 198 Strakonice - Volary ve smyslu § 3 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících*.“

3. Předpokládaná hodnota kompenzace za veřejné služby podle čl. II.2.1) oznámení o zahájení nabídkového řízení pro výběr dopravce k uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících byla stanovena objednatelem ve výši 2 250 000 000,- Kč bez DPH.

4. V čl. 18. „HODNOCENÍ NABÍDEK“, konkrétně v části 18.1 „Výčet hodnotících kritérií“, dokumentace nabídkového řízení objednatel uvedl, že nabídky budou hodnoceny podle ekonomické výhodnosti. Dílčí hodnotící kritéria stanovil objednatel v totožné části dokumentace nabídkového řízení následovně:

   - výše požadované jednotkové kompenzace v cenové hladině roku 2014 pro rozsah veřejných služeb v období platnosti jízdního řádu 2016/2017 – váha 70 %,
   - kvalita a vybavení vozidel – váha 20 %,
   - variabilní část kompenzace při změně rozsahu dopravního výkonu v cenové hladině roku 2014 – váha 10 %.

5. Z protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení a předběžném hodnocení nabídek ze dne 22.1.2015 vyplývá, že všichni 3 uchazeči prokázali splnění kvalifikace v plném rozsahu.

6. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 3.12.2014 vyplývá, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel objednatel celkem 3 nabídky, a to včetně nabídky podané uchazečem – České dráhy, a.s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 19.3.2015 JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M., advokátem, ev. číslo ČAK 08185, IČO 63656744, WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o. advokátní kancelář, IČO 25621050, se sídlem Křižovnické náměstí 193/2, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“).

7. Z protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení a předběžném hodnocení nabídek ze dne 22.1.2015 vyplývá, že všichni 3 uchazeči prokázali splnění kvalifikace v plném rozsahu.

8. Ze Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20.2.2015 plyne, že hodnotící komise po provedeném hodnocení doporučila objednateli jako nejvhodnější nabídku, nabídku podanou uchazečem – GW Train Regio a.s., IČO 28664116, se sídlem U Stanice 827/9, 400 03 Ústí nad Labem - Střekov, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 29.4.2015 JUDr. Jaromírem Bayerem, advokátem, ev. číslo ČAK 02276, IČO 13494414, se sídlem Jeremiášova 1705/18, 370 01 České Budějovice (dále jen „vybraný dopravce“).

9. Dne 19.3.2015 obdržel objednatel námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky od navrhovatele z téhož dne.

Obsah námitek

10. Navrhovatel námitkami brojí proti rozhodnutí objednatele o výběru nejvhodnější nabídky. Navrhovatel argumenty, jimiž napadá předmětné rozhodnutí objednatele, v námitkách strukturuje do bodů (písmen) A. až R.

11. V bodu A. námitek navrhovatel předně uvádí, že objednatel nedodržel lhůtu stanovenou v čl. 7 odst. 2 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 zrušení nařízení Rady (EHS) č. 1191/69 a č. 1107/70 (dále jen „nařízení Evropského parlamentu a Rady“) a § 19 odst. 1 zákona o veřejných službách. Navrhovatel konstatuje, že řádné oznámení předběžných informací nabídkového řízení bylo uveřejněno v Úředním věstníku Evropské unie v lednu roku 2012. Avšak dne 4.6.2014, kdy bylo uveřejněno opravné oznámení předběžných informací, došlo k zásadním změnám, a to konkrétně ke změně doby provozování veřejné drážní dopravy, která byla prodloužena z 10 let na 15 let, a dále ke změně výše předpokládané hodnoty kompenzace za veřejné služby, jež byla navýšena z 1 mld. na 2,25 mld. Kč. Podle slov navrhovatele tak objednatel podle čl. 7 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady a § 19 odst. 1 zákona o veřejných službách mohl předmětné nabídkové řízení zahájit nejdříve dne 4.6.2015, což se ovšem nestalo, neboť nabídkové řízení bylo zahájeno již přibližně měsíc po uveřejnění opravného oznámení předběžných informací, a to dne 15.7.2014.

12. V bodu B. námitek navrhovatel vyjadřuje přesvědčení, že objednatel porušil § 67 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), neboť jeho požadavek na složení jistoty nebyl uveden v oznámení nabídkového řízení, a to ani v řádném ani opravném formuláři, přestože z čl. 12. „JISTOTA“ dokumentace nabídkového řízení vyplývá, že objednatel požadoval poskytnutí jistoty ve výši 10 000 000 Kč.

13. V bodu C. námitek navrhovatel napadá délku zadávací lhůty a lhůty pro zahájení plnění smlouvy na předmět nabídkového řízení, které byly, podle jeho slov, nezákonné, netransparentní a diskriminační. Navrhovatel odkazuje na čl. 5 odst. 3 nařízení Evropského parlamentu a Rady, podle něhož „*Postup přijatý pro nabídkové řízení musí být otevřený všem provozovatelům, spravedlivý a musí dodržovat zásady transparentnosti a zákazu diskriminace*.“ Navrhovatel podotýká, že zadávací lhůta byla objednatelem stanovena přibližně 3x delší než je běžně komentářovou literaturou uváděna jako lhůta maximální. Dále

se navrhovatel v této části námitek vyjadřuje ke lhůtě pro zahájení plnění a cituje ze sdělení Komise o výkladových pokynech pro nařízení Evropského parlamentu a Rady. Navrhovatel k tomu uvádí, že lhůta pro podání nabídek uplynula dne 3.12.2014 a zadávací lhůta uplyne nejdříve dne 3.12.2015, avšak plnění vyplývající ze smlouvy má začít již v prosinci roku 2016. Uvedená skutečnost tak znamená, že navrhovatel, stejně jako i ostatní uchazeči, by museli dodat vozidla ve lhůtě jednoho roku od uzavření smlouvy (nebo ještě v kratší době s ohledem na podané námitky a eventuální zahájení řízení o přezkoumání úkonů objednatele). Navrhovatel namítá, že jako sektorový zadavatel je povinen postupovat podle zákona o veřejných zakázkách, tudíž s ohledem na tyto lhůty bude obtížné zajistit dodávku vozidel ve lhůtě jednoho roku od uzavření smlouvy.

14. V bodu D., části I., námitek navrhovatel poukazuje na to, že návrh smlouvy (tímto je myšlena příloha č. 8 „Závazný návrh smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících“ k dokumentaci nabídkového řízení, pozn. Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže), (dále jen „návrh smlouvy“) nesplňuje základní obsahové náležitosti nařízení Evropského parlamentu a Rady. Konkrétně navrhovatel uvádí, že objednatel v rozporu s čl. 4 odst. 1 písm. a) a čl. 4 odst. 1 písm. b) nařízení Evropského parlamentu a Rady předem nestanovil ukazatele, na základě kterých se vypočítá platba případné kompenzace, objektivním a transparentním způsobem, čímž způsobil neporovnatelnost podaných nabídek. Navrhovatel uvádí, že podle výše uvedených článků nařízení Evropského parlamentu a Rady musí smlouva „*jasně vymezit závazky veřejné služby, které musí provozovatel veřejných služeb plnit (…)*“ a rovněž „*objektivním a transparentním způsobem předem stanovit ukazatele, na základě kterých se vypočítá platba případné kompenzace.*“

15. Návrh smlouvy stanovený objednatelem podle navrhovatele obsahuje ustanovení, která jsou se shora popsanými požadavky v rozporu, přičemž jako příklad uvádí konkrétní ustanovení návrhu smlouvy – čl. 8 odst. 5 návrhu smlouvy (inflační navýšení ceny), čl. 8 odst. 7 návrhu smlouvy (změna ceny dopravního výkonu), čl. 16 odst. 2 návrhu smlouvy (tarifní problematika a úprava kompenzace). Podle slov navrhovatele obsahu návrhu smlouvy odporují i údaje, které objednatel poskytl v rámci dodatečných informací ze dne 21.10.2014 (konkrétně rozšíření víkendového provozu v zimním období a doplňkové výkony), a dodatečných informací ze dne 19.8.2014. Z výše řečeného je zřejmé, že objednatel v návrhu smlouvy nevymezil způsob výpočtu kompenzace v souladu s nařízením Evropského parlamentu a Rady, což se projevilo ve značných cenových rozdílech nabídnutých dopravci (uchazeči) v nabídkách.

16. Navrhovatel dále v bodu D., části II., námitek vyjadřuje přesvědčení, že objednatel v rozporu s čl. 4 odst. 1 písm. c) nařízení Evropského parlamentu a Rady nevymezil způsob rozdělování nákladů spojených s poskytováním služeb. Objednatel v dodatečné informaci ze dne 18.9.2014 uvedl, že pokud dojde ke změně podmínek přístupu na dopravní cestu, což si vyžádá dodatečné investice od dopravce, bude tato situace řešena formou dodatku ke smlouvě v souladu s čl. 8 návrhu smlouvy. Uvedený článek návrhu smlouvy však nepředpokládá uzavření dodatku v souvislosti s investicemi dopravce nebo způsobenými změnou podmínek přístupu na dopravní cestu. Návrh smlouvy proto podle navrhovatele nesplňuje požadavky stanovené čl. 4 odst. 1 písm. c) nařízení Evropského parlamentu a Rady, neboť řádně nevymezuje způsoby rozdělování všech nákladů spojených s poskytováním služeb podle smlouvy.

17. V bodu D., části III., námitek navrhovatel podotýká, že objednatel v rozporu s čl. 4 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady v návrhu smlouvy nevymezil způsob rozdělování příjmů z prodeje jízdenek, ačkoliv uvedené ustanovení nařízení Evropského parlamentu a Rady toto předpokládá.

18. V bodu E. námitek se navrhovatel věnuje náležitostem nabídkového řízení podle § 10 odst. 3 zákona o veřejných službách. Navrhovatel poukazuje na to, že předmětné ustanovení zákona o veřejných službách v návaznosti na čl. 7 preambule nařízení Evropského parlamentu a Rady stanoví požadavek na vymezení veřejných služeb v přepravě cestujících v dokumentaci nabídkového řízení. Uvedený požadavek je blíže specifikován v § 36 písm. d) zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o dráhách"), a v § 46 odst. 2 vyhlášky č. 175/2000 Sb., o přepravním řádu pro veřejnou drážní a silniční osobní dopravu, ve znění pozdějších předpisů. Podle navrhovatele však dokumentace nabídkového řízení požadavek na vzájemné uznávání jízdních dokladů dopravců neobsahuje.

19. V bodu F. námitek navrhovatel poukazuje na skutečnost, že návrh smlouvy porušuje pravidla pro poskytování a čerpání dotací v případě, že k financování nových vozidel budou využity finanční prostředky z evropských fondů. Navrhovatel se domnívá, že je povinností objednatele vytvořit podmínky pro to, aby dopravci nebyly kompenzovány náklady, které již jednou byly proplaceny z jiného veřejného zdroje.

20. V bodu G. námitek navrhovatel napadá vymezení požadavku na prokázání profesního kvalifikačního předpokladu, konkrétně licence k provozování veřejné drážní dopravy, prostřednictvím subdodavatele. Navrhovatel uvádí, že z čl. 11. „KVALIFIKAČNÍ PŘEDPOKLADY", konkrétně z části 11.2 „Subdodavatelé", dokumentace nabídkového řízení a z čl. 19 odst. 2 návrhu smlouvy vyplývá, že dopravce je oprávněn využívat k plnění svých povinností subdodavatele v rozsahu, který připouští čl. 4 odst. 7 nařízení Evropského parlamentu a Rady. Podle uvedeného článku nařízení Evropského parlamentu a Rady je dopravce povinen poskytovat *„(…)* ***převážnou část*** (zvýrazněno navrhovatelem, pozn. Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže) *veřejných služeb v přepravě cestujících sám*", tedy nikoli prostřednictvím subdodavatele. Objednatel však v reakci na dotaz jednoho z uchazečů v rámci dodatečných informací ze dne 18.9.2014 umožnil splnění profesního kvalifikačního předpokladu (tj. předložení licence k provozování veřejné drážní dopravy) prostřednictvím subdodavatele s podmínkou, že uchazeč licenci získá nejpozději ke dni účinnosti smlouvy. Navrhovatel uvádí, že zákon o veřejných zakázkách stanoví prokázání kvalifikace subdodavatelem pouze tehdy, pokud takovou část zakázky může (musí) příslušný subdodavatel plnit, a má tudíž za to, že umožněním prokázání předmětného profesního kvalifikačního předpokladu prostřednictvím subdodavatele se objednatel dopustil nezákonného a diskriminačního jednání.

21. V bodu H. námitek navrhovatel vyjadřuje názor, že návrh smlouvy nezajišťuje ochranu práv cestujících podle nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1371/2007 ze dne 23. října 2007 o právech a povinnostech cestujících v železniční přepravě (dále jen „nařízení č. 1371/2007"). Navrhovatel poukazuje na konkrétní články nařízení č. 1371/2007 (čl. 9 odst. 4, čl. 8 odst. 2 a 3, čl. 23), a uvádí, že tím, že objednatel připustil, aby vlak nebyl vybaven členem vlakového doprovodu, postupoval v rozporu s citovaným nařízením. Bezpečnost cestujících nelze podle navrhovatele zajistit automatizovaným systémem,

zejména pokud jde o osoby se zdravotním postižením. Navrhovatel podotýká, že prodej jízdenek strojvedoucím během jízdy a v zastávce na železniční stanici není možný, protože tento postup neumožnuje dodržení jízdních řádů určených objednatelem. Navrhovatel dovozuje, že, s ohledem na nabídkové ceny vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s., IČO 25827405, se sídlem Vítkovická 3133/5, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava (dále jen „uchazeč ARRIVA MORAVA a.s.“), tito do jejich nabídkových cen nezapočítali náklady související s doprovodným vlakovým personálem, na rozdíl od navrhovatele, tudíž nabídky jednotlivých uchazečů jsou neporovnatelné.

22. V bodu I. námitek navrhovatel uvádí, že objednatel stanovil dílčí hodnotící kritéria v rozporu se zásadami uvedenými v § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. U dílčího hodnotícího kritéria „variabilní část kompenzace“ objednatel přiznal lepší bodové hodnocení těm uchazečům, kteří poskytli nižší hodnotu variabilní části kompenzace. Navrhovatel podotýká, že objednatel na základě smlouvy č. 010/09/043/00/00, uzavřené mezi objednatelem a navrhovatelem dne 1.12.2009, není oprávněn objednat větší dopravní výkon než 1 337 000 km. V případě nižšího dopravního výkonu je podle navrhovatele pro objednatele výhodnější vyšší hodnota variabilní části kompenzace, objednatel však udělil lepší bodové ohodnocení těm nabídkám, které pro něj byly méně výhodné. Z uvedeného důvodu považuje navrhovatel hodnocení nabídek za netransparentní a diskriminační. Navrhovatel dále poukazuje na to, že váha dílčího hodnotící kritéria „variabilní část kompenzace“ ve výši 10 %, vůči váze dílčího hodnotícího kritéria „výše požadované jednotkové kompenzace“ ve výši 70 %, neodpovídá možnostem uplatnění variabilní části kompenzace, z čehož navrhovatel dovozuje, že hodnocení nabídek bylo nezákonné, netransparentní a diskriminační.

23. V bodu J. námitek navrhovatel konstatuje, že objednatel stanovil diskriminační a netransparentní požadavky na vlastnosti vozidel. Konkrétně navrhovatel uvádí požadavek objednatele na maximální rychlost vlaku 100 km/hod, který považuje za nedůvodný a diskriminační, neboť nejvyšší povolená rychlost na daných tratích je v současné době 50 - 70 km/hod. Podle navrhovatele jsou tratě č. 197 a 198 tratěmi horského rázu, u nichž v nejbližších 15 letech nedojde ke zvýšení rychlosti na více než 80 km/hod. Rovněž požadavek objednatele uvedený v čl. 1 odst. 2 přílohy č. 7 k dokumentaci nabídkového řízení, týkající se schopnosti úvratě, tedy změny směru jízdy, v době nejvýše tři minuty pobytu ve stanici, je podle navrhovatele neopodstatněný a nereálný, protože samotné obdržení povolení k odjezdu z dopravny trvá z technických důvodů více než 3 minuty.

24. V bodu K. námitek navrhovatel dále uvádí, že návrh smlouvy a dodatečné informace poskytnuté objednatelem jsou vzájemně rozporné a obsahují nejasná ustanovení. Navrhovatel cituje z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 40/2013 ze dne 18.9.2014, jenž se týkal formulace zadávací dokumentace. Podle navrhovatele uchazeči vycházeli z rozdílné interpretace zadávacích podmínek, což poté vedlo k rozdílnému bodovému ocenění podaných nabídek. Navrhovatel následně uvádí jednotlivé příklady rozporných ustanovení:

    (i) dodatečné informace ze dne 12.8.2014 nejsou v souladu s čl. 8 odst. 3 návrhu smlouvy,

    (ii) čl. 2 odst. 2 části A přílohy č. 7 k dokumentaci nabídkového řízení je nesrozumitelný, jelikož z něj není zřejmé, o jaká frekvenční data se jedná,

(iii) čl. 12 odst. 4 písm. d) návrhu smlouvy není v souladu s dodatečnou informací ze dne 12.9.2014,

(iv) dodatečné informace ze dne 12.8.2014 ve vztahu k dodatečným informacím ze dne 19.8.2014 a dodatečným informacím ze dne 21.10.2014, pokud jde o odpovědnost objednatele za výnosy nižší než „minimální“,

(v) návrh smlouvy neřeší, který subjekt je oprávněn stanovit tarif a přepravní podmínky, tzn. zda objednatel nebo dopravce,

(vi) čl. 5 přílohy č. 7 k dokumentaci nabídkového řízení, jelikož blíže nevymezuje pojem „mimořádná situace“,

(vii) nejasné vymezení pojmů „rychlá výměna cestujících“, „krátká doba otevírání a zavírání“ a další pojmy,

(viii) čl. 11 odst. 6 návrhu smlouvy je diskriminační vůči navrhovateli,

(ix) čl. 22 odst. 8 návrhu smlouvy je v rozporu se zákonem č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, jakož i s judikaturou soudů,

(x) čl. 11 odst. 5 návrhu smlouvy bez přiměřeného důvodu stanovuje povinnost dopravce předkládat objednateli výkaz skutečných nákladů a výnosů,

(xi) čl. 3 části A přílohy č. 7 k dokumentaci nabídkové řízení, pokud jde o počet míst pro jízdní kola.

25. V bodu L. námitek navrhovatel předesílá, že vybraný dopravce a uchazeč ARRIVA MORAVA a.s. v jejich nabídkových cenách nezohlednili náklady na přístup k zařízení služeb. Navrhovatel uvádí, že na tratích č. 194, 197 a 198 provozního souboru Šumava je pro provozování veřejné drážní dopravy nezbytný přístup k zařízení služeb. Žádný z uchazečů však podle slov navrhovatele nedisponuje depem, které je ve vlastnictví navrhovatele, a rovněž žádný z uchazečů nepožádal navrhovatele o přístup k tomuto zařízení služeb, tudíž je zřejmé, že uchazeči tuto nákladovou položku, tj. náklady za depo, v nabídkách nezohlednili, což způsobilo neporovnatelnost nabídek a porušení zásad rovného zacházení a transparentnosti podle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Nabídky těchto uchazečů tak lze, v důsledku výše řečeného, považovat za nabídky obsahující mimořádně nízkou nabídkovou cenu.

26. V části M. námitek se navrhovatel věnuje zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, kterou označuje za rozpornou se zákonem o veřejných zakázkách. Navrhovatel uvádí, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek musí obsahovat podrobné odůvodnění postupu hodnotící komise při posuzování a hodnocení nabídek tak, aby její závěry byly přezkoumatelné. Navrhovatel vyjadřuje názor, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek v šetřeném případě požadavky zákona o veřejných zakázkách nesplňuje, a je tudíž nepřezkoumatelná. Navrhovatel, za účelem podpory právě řečeného, odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 A 6/2002 ze dne 30.11.2004 a dále na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 57/2012 ze dne 7.2.2013. Konkrétně navrhovatel uvádí příklady neadekvátního zdůvodnění závěrů hodnotící komise učiněných ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek:

- Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek uvádí, že *„nabídka [všech uchazečů] splnila jak zákonné požadavky, tak požadavky stanovené zadavatelem dle zadávacích podmínek“*. Tento dílčí závěr však objednatel nedoplnil odpovídajícím slovním komentářem.
- Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek uvádí, že hodnotící komise posoudila nabídky *„z hlediska toho, zda (…) nabídka uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu“.* Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek však již blíže neuvádí, k jakému závěru hodnotící komise dospěla a jaké důvody ji k tomu vedly.
- Hodnotící komise ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek neuvedla výčet konkrétních položek nadstandardů, které se jednotliví uchazeči zavázali dodržet nad rámec technických požadavků stanovených objednatelem a které byly hodnoceny v rámci dílčího hodnotícího kritéria „kvalita a vybavení vozidel“.

27. V bodu N. námitek navrhovatel uvádí, že nabídková cena vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s. je mimořádně nízká, přičemž v dalším předkládá konkrétní důvody, které jej k danému závěru vedly. Navrhovatel konstatuje, že v případě vybraného dopravce činila nabídková cena 1,785 mld. Kč a v případě uchazeče ARRIVA MORAVA a.s. 1,805 mld. Kč. Ve srovnání s předpokládanou hodnotou kompenzace za veřejné služby ve výši 2,25 mld. Kč se jedná přibližně o 25% nižší hodnoty, což je podle navrhovatele v oblasti železniční dopravy významný rozdíl. Z uvedených skutečností je podle navrhovatele zřejmé, že nabídková cena těchto uchazečů je mimořádně nízká.

28. Co se týče výše variabilní složky kompenzace nabídnuté těmito uchazeči, navrhovatel je považuje také za mimořádně nízké. Navrhovatel nabídl variabilní složku kompenzace ve výši 97,77 Kč bez DPH, vybraný dopravce ve výši 72,817 Kč bez DPH, a uchazeč ARRIVA MORAVA a.s. ve výši 25,- Kč bez DPH. V rámci jednání o nabídkách následně vybraný dopravce snížil výši variabilní složky kompenzace ze 72,817 Kč na 25,20 Kč. Navrhovatel uvádí, že variabilní složka kompenzace nabídnutá ze strany vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s. nepokrývá všechny náklady (např. náklady na trakční energii, mzdové náklady, zákonné a sociální pojištění, úhradu za použití dopravní cesty apod.), a je tudíž nereálná, jelikož minimální výše variabilní složky kompenzace by měla činit podle výpočtů provedených navrhovatelem alespoň 54 Kč/vlkm. Hodnotící komise se však podle navrhovatele touto problematikou nezabývala a tento fakt ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek řádně neodůvodnila.

29. Navrhovatel objednateli v této části námitek navrhuje vypracování znaleckého posudku, který by stanovil minimální výši variabilních nákladů na provoz drážní dopravy podle smlouvy na předmět plnění nabídkového řízení.

30. V bodu O. námitek navrhovatel předesílá, že objednatel v průběhu nabídkového řízení zásadním způsobem měnil zadávací podmínky, aniž by přiměřeně prodlužoval lhůtu pro podání nabídek. Podle navrhovatele objednatel změnil zadávací podmínky nabídkového řízení celkem pětkrát, což pro ilustraci dokládá v přiložené tabulce, v níž specifikuje povahu provedených změn a délku lhůty pro podání nabídek. Navrhovatel vyjadřuje přesvědčení, že povaha všech provedených změn byla zásadní a navrhovateli nebylo umožněno adekvátně reagovat na tyto změny zadávacích podmínek. Tímto postupem tak objednatel podle

navrhovatele porušil § 40 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách a zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace vymezené v § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.

31. V bodu P. námitek navrhovatel poukazuje na fakt, že objednatel v rozporu s čl. 4 odst. 7 nařízení Evropského parlamentu a Rady umožnil, aby dopravce poskytoval prostřednictvím subdodavatele veřejné služby až do 49,99 % rozsahu poskytovaných dopravních služeb. Navrhovatel se domnívá, že postup objednatele, který umožňuje vybranému dopravci zadat až 49,99 % předmětu plnění nabídkového řízení subdodavatelům, je v rozporu s čl. 4 odst. 7 nařízení Evropského parlamentu a Rady. Podle navrhovatele je pojem „převážná část" třeba interpretovat jako část, která podstatným způsobem převyšuje 50 %, jelikož cílem čl. 4 odst. 7 nařízení Evropského parlamentu a Rady je umožnit soutěž o veřejné služby samotným dopravcům a nikoliv operátorům a organizátorům veřejné dopravy.

32. V bodu Q. námitek se navrhovatel vyjadřuje k negativním dopadům postupu objednatele na regionální zaměstnanost a odkazuje na čl. 4 odst. 5 nařízení Evropského parlamentu a Rady, který vymezuje např. možnost objednatele požadovat po dopravci plynulý přechod zaměstnanců k novému dopravci. Podmínkou však podle navrhovatele je, aby tento požadavek byl specifikován v dokumentaci nabídkového řízení a ve smlouvách o veřejných službách, což se v šetřeném případě nestalo, proto tento postup objednatele může vést k tomu, že mnozí zaměstnanci navrhovatele budou propuštěni. Objednatel tak podle navrhovatele porušil svou povinnost vymezenou v § 1 odst. 4 a § 2 odst. 3 zákona č. 129/2000 Sb., o krajích, ve znění pozdějších předpisů, a rovněž povinnost vyplývající z § 2 odst. 2 a § 8a odst. 1 písm. b) a q) zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů.

33. V bodu R. námitek navrhovatel konečně poukazuje na skutečnost, že dne 6.3.2015 požádal objednatele o poskytnutí protokolů ze všech jednání hodnotící komise, včetně příloh a dokumentů, na které tyto protokoly odkazují, a protokolů o jednání o nabídkách s ostatními uchazeči. Objednatel však navrhovateli poskytl pouze protokol o otevírání obálek, zprávu o posouzení a hodnocení nabídek, protokol o posouzení kvalifikace, a seznam dokladů prokazujících splnění technických kvalifikačních předpokladů. Navrhovatel se tak domnívá, že uvedený postup objednatele je v rozporu se zásadou transparentnosti a odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 57/2012 ze dne 7.2.2013.

34. Navrhovatel s ohledem na všechny shora uvedené argumenty požaduje zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a zrušení nabídkového řízení.

Rozhodnutí objednatele o námitkách

35. O námitkách navrhovatele rozhodl objednatel svým rozhodnutím ze dne 27.3.2015, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, tak, že jim v bodech vymezených písm. L., N. a R. podle § 13 odst. 2 zákona o veřejných službách, ve spojení s § 111 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, nevyhověl. Část námitek vymezenou v písm. M. objednatel podle § 13 odst. 2 zákona o veřejných službách, v návaznosti na § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, odmítl. O námitkách vymezených v bodech A., B., C., D (a to ve všech částech, tzn. části I. až III.), E., F., G., H., I., J., K., O., P. a Q. podle § 13 odst. 2 zákona o veřejných službách, ve spojení s § 111 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, objednatel nerozhodoval.

36. Z rozhodnutí o námitkách vyplývá, že námitky navrhovatele vymezené v písm. A. a O. objednatel považoval za námitky proti jinému úkonu objednatele ve smyslu § 110 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, o nichž nerozhodl, neboť byly podány, podle jeho názoru, opožděně.

37. Dále je z rozhodnutí o námitkách zřejmé, že námitky vymezené písm. B., C., D. (částech I. až III., tzn. ve všech částech), E., F., G., H., I., J., K., P. a Q. objednatel považoval za námitky proti zadávacím podmínkám, u nichž již marně uplynula lhůta pro jejich podání stanovená v § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, tj. lhůta 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, a tudíž o těchto námitkách objednatel, jak bylo řečeno již výše, s odkazem na § 111 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, nerozhodoval. Objednatel nicméně v rozhodnutí o námitkách podotkl, že i pokud by tyto námitky byly podány včas, musel by je přesto v souladu s § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách odmítnout.

38. K písm. L. námitek, jež se týkalo zohlednění nákladů na přístup k zařízení služeb v nabídkách vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s., objednatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že uvedenou námitku nepovažuje za důvodnou. Právě řečené odůvodňuje skutečností, že uchazeči byli povinni zohlednit veškeré náklady na budoucí provoz veřejné drážní dopravy a objednatel není oprávněn uchazečům určovat, jakou infrastrukturu mají k plnění předmětu nabídkového řízení využívat. Objednatel doplňuje, že předložené ekonomické modely uchazečů a způsob jejich sestavení byly porovnatelné a hodnotící komise tyto ekonomické modely podrobila důkladnému posouzení, a to i pokud jde o otázku mimořádně nízké nabídkové ceny.

39. K námitce vymezené v písm. M., týkající se náležitostí zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, objednatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že navrhovatel nevymezil újmu, která mu v důsledku domnělého porušení zákona o veřejných zakázkách vznikla, a dále nestanovil rozhodný okamžik, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem objednatele dozvěděl. Z uvedeného důvodu tudíž objednatel tuto námitku podle § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách odmítl. Nad rámec uvedeného se objednatel věcně k námitce vyjádřil, když konstatoval, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek obsahuje náležitosti vymezené v § 80 zákona o veřejných zakázkách a obsahuje rovněž způsob hodnocení nabídek podle stanovených hodnotících kritérií.

40. O námitce uvedené v bodu N. námitek, kterou objednatel posoudil jako námitku proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, objednatel rozhodl tak, že jí nevyhověl, a to z dále popsaných důvodů. Objednatel uvedl, že hodnotící komise nabídkové ceny vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s. nepovažovala za mimořádně nízké. Nabídka vybraného dopravce byla o cca 25 % nižší než předpokládaná hodnota kompenzace za veřejné služby, což podle rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) nelze kvalifikovat jako mimořádný odklon od předpokládané hodnoty kompenzace za veřejné služby.

41. Objednatel uvádí, že podané nabídky posuzoval podle sestavených ekonomických modelů, jakož i podle předpokládané hodnoty kompenzace za veřejné služby, kterou v současné době hradí navrhovateli. Objednatel připomíná, že výše hrazené kompenzace navrhovateli činí v současné době v průměru 112 Kč/vlkm.

42. Objednatel podotýká, že na základě porovnání podaných nabídek nevyvstal důvod považovat nabídky vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s. za mimořádně nízké, naopak, nabídky těchto uchazečů směřují k úspoře veřejných financí. Nadto objednatel upozorňuje, že nabídka navrhovatele ve výši 163,87 Kč/vlkm je v porovnání s výší hrazeného plnění navrhovateli v současné době o desítky procent vyšší (viz předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí) a v rámci jednání o nabídkách ji navrhovatel ani nesnížil. Pokud se jedná o variabilní část kompenzace, pak její výše podle objednatele vychází z možností a nákladových kalkulací navrhovatele, přičemž navrhovatel nepředložil žádné argumenty pro tvrzení, že nabídky ostatních uchazečů jsou mimořádně nízké.

43. K písm. R. námitek, které se týkalo zpřístupnění všech protokolů z jednání hodnotící komise, objednatel konstatuje, že postupoval v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, neboť poskytl veškeré protokoly, jejichž poskytnutí mu uvedený zákon ukládá. Rozsudek Nejvyššího správního soudu, na nějž navrhovatel odkazuje, objednatel považuje za nepříhodný, neboť tento se týká žádosti o poskytnutí informací podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů.

44. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval vyřízení námitek za učiněné v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, podal Úřadu návrh ze dne 2.4.2015 na zahájení řízení o přezkoumání úkonů objednatele (dále jen „návrh“). Návrh byl Úřadu doručen dne 3.4.2015 a stejnopis návrhu byl objednateli doručen taktéž dne 3.4.2015.

II. OBSAH NÁVRHU

45. Navrhovatel podaným návrhem brojí proti rozhodnutí objednatele o výběru nejvhodnější nabídky. V úvodu návrhu navrhovatel primárně zdůrazňuje, že nabídkové řízení jako celek je nelegální, neboť objednatel nesplnil podmínky pro jeho zahájení vymezené obecně závaznými právními předpisy.

46. V části III. návrhu se navrhovatel vyjadřuje k jím podaným námitkám. Navrhovatel konstatuje, že námitky považuje za podané řádně a včas. K tvrzení objednatele, že námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky představovaly de facto námitky proti zadávacím podmínkám, navrhovatel poznamenává, že námitky v celém rozsahu směřovaly proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Pokud jimi navrhovatel napadal některá pochybení objednatele, která měla svůj původ v dřívějších fázích nabídkového řízení, pak proto, že tato pochybení se projevila až ve fázi posouzení a hodnocení nabídek. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R95/2010/VZ-16174/2010/310/EKu ze dne 4.11.2010.

47. Navrhovatel v další části návrhu uvádí příklady jednotlivých nedostatků nabídkového řízení, které se, podle jeho slov, projevily až v rozhodnutí objednatele o výběru nejvhodnější nabídky. Jedná se zejména o nedostatky, které navrhovatel blíže konkretizoval v bodech C., D., H., K., L. a R. jeho námitek.

48. K tvrzení objednatele, že námitky navrhovatele neobsahovaly veškeré obligatorní náležitosti ve smyslu zákona o veřejných zakázkách, pak navrhovatel uvádí, že námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podle § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách nemusí obsahovat popis toho, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla. Pokud by snad Úřad dospěl k názoru, že námitky navrhovatele by tuto

náležitost, tj. uvedení újmy, měly obsahovat, pak navrhovatel odkazuje na první stranu námitek, v níž je újma navrhovatele výslovně uvedena a specifikována. Navrhovatel podotýká, s odkazem na rozhodovací praxi Úřadu, že vyjádření újmy obecným způsobem, tj. např. v nemožnosti získat veřejnou zakázku či jako hrozbu nezískání veřejné zakázky, je pro podání námitek zcela dostačující.

49. K argumentu objednatele uvedenému v rozhodnutí o námitkách, že dílčí námitky navrhovatele označené písmeny A., M. a O. neobsahují údaj o skutečnostech rozhodných pro stanovení okamžiku, kdy se navrhovatel o domnělém porušení zákona úkonem objednatele dozvěděl, navrhovatel uvádí, že rovněž tento údaj nemusí byt dle § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách v námitkách proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky obsažen. S ohledem na to, že se veškerá pochybení objednatele projevila až v rámci hodnocení nabídek, je zřejmé, že se navrhovatel o nezákonném postupu objednatele dozvěděl až poté, co mu bylo doručeno rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.

50. K závěru objednatele, že námitky označené písmeny F., G. a H. neobsahují údaj o tom, v čem navrhovatel spatřuje porušení zákona objednatelem, navrhovatel uvádí, že jednání, kterým se objednatel dopustil nezákonného postupu, bylo v předmětných částech námitek jednoznačně popsáno, včetně identifikace porušeného právního předpisu závazného pro postup objednatele v nabídkovém řízení, proto uvedené tvrzení objednatele navrhovatel odmítá jako nepravdivé a neopodstatněné.

51. Závěrem části III. návrhu navrhovatel konstatuje, že postup objednatele při vyřizování námitek navrhovatele byl formalistický, nezákonný a v rozporu s ustálenou rozhodovací praxí Úřadu.

52. V další části, tj. v části IV., návrhu navrhovatel konkretizuje, v čem spatřuje nezákonný postup objednatele v předmětném nabídkovém řízení. Úřad uvádí, že argumenty vyjádřené v této části návrhu jsou do značné míry identické s argumenty, které již navrhovatel vznesl v bodech (písmenech) A. až R. jím podaných námitek. V podrobnostech tudíž Úřad odkazuje na obsah námitek (viz body 10. až 34. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Nad rámec obsahu námitek navrhovatel v návrhu uvádí následující skutečnosti. Úřad pro úplnost dodává, že navrhovatel v návrhu používá stejnou systematiku, jako tomu bylo i v případě námitek. Jinak řečeno, např. bod (písmeno) A., části IV., návrhu se týká stejných údajných pochybení objednatele, jako tomu bylo v bodu (písmenu) A. námitek.

53. V bodu A. části IV. návrhu nad rámec obsahu námitek navrhovatel dodává, že pokud by Úřad nezakročil proti nabídkovému řízení, které bylo zcela evidentně zahájeno před uplynutím roční notifikační lhůty stanovené v nařízení Evropského parlamentu a Rady, vznikl by tímto nebezpečný precedent.

54. V bodu B. části IV. návrhu navrhovatel doplňuje, že v důsledku pochybení objednatele, který v oznámení nabídkového řízení neuvedl požadavek na složení jistoty, se seznámil s povinností složit jistotu opožděně, což se negativně projevilo v jeho nabídce a podstatně tak ovlivnilo i výběr nejvhodnější nabídky.

55. V bodu C. části IV. návrhu, který se týká délky zadávací lhůty a lhůty pro zahájení plnění smlouvy, jež byly, podle slov navrhovatele, nezákonné, netransparentní a diskriminační, se navrhovatel ohrazuje proti tvrzení objednatele uvedeném v rozhodnutí o námitkách, že

všichni uchazeči byli v rámci jednání o nabídkách dotazováni na dobu nezbytně nutnou k uvedení vozidel do provozu. Navrhovatel uvádí, že předmětné tvrzení objednatele je odrazem netransparentnosti nabídkového řízení.

56. V bodu D.I. části IV. návrhu navrhovatel doplňuje, že vyjádření objednatele uvedené v rozhodnutí o námitkách nevysvětluje rozpor mezi ustanovením čl. 8 návrhu smlouvy a dodatečnými informacemi ze dne 1.10.2014.

57. V bodu D.II. části IV. návrhu navrhovatel namítá, obdobně jako v námitkách, že objednatel v rozporu s čl. 4 odst. 1 písm. c) nařízení Evropského parlamentu a Rady nevymezil způsob rozdělování nákladů spojených s poskytováním služeb.

58. V bodu D.III. části IV. návrhu navrhovatel uvádí, že nesouhlasí s interpretací objednatele uvedenou v rozhodnutí o námitkách, v němž objednatel odkazuje na čl. 6 odst. 1 návrhu smlouvy, neboť taková interpretace je účelová a nemá oporu v textu dokumentace nabídkového řízení ani v textu návrhu smlouvy.

59. V bodu E. části IV. návrhu navrhovatel dále poukazuje na to, že objednatel má povinnost vytvořit dopravcům podmínky pro plnění jejich zákonných povinností. Navrhovatel přitom odkazuje na stanovisko Úřadu č. j. ÚOHS-C90/2014/VP-124/2015/420/GKi ze dne 6.1.2015, z něhož vyplývá, že zúčtovací centrum nemůže provozovat některý z dopravců z peněz hrazených z veřejných prostředků, neboť by tímto byl porušen zákaz poskytnutí veřejné podpory. Z uvedeného důvodu je podle navrhovatele povinností objednatele vytvořit předpoklady pro splnění zákonných povinností dopravců a zajistit provozovatele zúčtovacího centra, jakož i pravidla pro rozdělování příjmů z jízdenek mezi různé dopravce.

60. V bodu F. části IV. návrhu navrhovatel poukazuje na skutečnost, že návrh smlouvy porušuje pravidla pro poskytování a čerpání dotací, pokud k financování nových vozidel budou využity finanční prostředky z evropských fondů. Navrhovatel vytkl objednateli způsob čerpání dotací již v námitkách, přičemž objednatel o této námitce z procesních důvodů nerozhodl. Navrhovatel se domnívá, že je povinností objednatele vytvořit podmínky pro to, aby dopravci nebyly kompenzovány náklady, které již jednou byly proplaceny z jiného veřejného zdroje.

61. V bodu G. části IV. návrhu nad rámec obsahu námitek odkazuje navrhovatel na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S772/2013/VZ-6408/2014/511/ABr ze dne 25.3.2014, z něhož cituje závěry Úřadu týkající se prokázání kvalifikačního předpokladu prostřednictvím subdodavatele.

62. Úřad uvádí, že body (písmena) H., I., J. a K. části IV. návrhu zcela kopírují obsah námitek přednesených navrhovatelem v totožných bodech (písmenech) jeho námitek.

63. V bodu L. části IV. návrhu se navrhovatel neztotožňuje s názorem objednatele, že tento nemůže určovat uchazečům, jakou infrastrukturu mají či nemají využívat k plnění předmětu nabídkového řízení. Tento argument považuje navrhovatel za neakceptovatelný, neboť zákon o veřejných zakázkách neumožňuje podávání nabídek, ve kterých uchazeči nezohlednili veškeré náklady spojené s předmětem plnění. Navrhovatel je přesvědčen, že budoucí náklady nepůjdou k tíži vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s., ale naopak dojde k navýšení kompenzace. Uvedený postup však nelze uplatnit vůči navrhovateli, který, z logiky věci, nemůže sám sobě platit staniční poplatky. Navrhovatel se tak domnívá, že shora jmenovaní uchazeči podali vzájemně neporovnatelné nabídky, když nezapočítali veškeré nákladové položky. Nabídky vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s. lze podle

navrhovatele současně považovat za nabídky obsahující mimořádně nízkou nabídkovou cenu.

64. V bodu M. části IV. návrhu, jenž se týká náležitostí zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, navrhovatel k argumentu objednatele, že hodnotící komise posoudila nabídky uchazečů z hlediska mimořádné nízké nabídkové ceny, uvádí, že hodnotící komise se otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s. nezabývala. Nadto ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek není vůbec uvedeno, k jakému závěru hodnotící komise dospěla a na základě jakých důvodů.

65. V bodu N. části IV. návrhu navrhovatel, nad rámec obsahu námitek, doplňuje, že postup objednatele, resp. hodnotící komise, byl v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách a s rozhodovací praxí Úřadu, např. s rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S585/2013/VZ-23735/2013/522/ZPr ze dne 4.12.2013.

66. Navrhovatel v návrhu Úřadu navrhuje, aby si nechal zpracovat znalecký posudek, který stanoví minimální výši variabilních nákladů na provoz drážní dopravy podle smlouvy na šetřené nabídkové řízení. K argumentu objednatele, že rozdíl 25 % mezi vítěznou nabídkovou cenou a předpokládanou hodnotou kompenzace za veřejné služby nelze považovat za mimořádnou odchylku od předpokládané hodnoty kompenzace za veřejné služby, navrhovatel uvádí, že uvedené tvrzení je nepravdivé, jelikož dle jeho zkušeností jsou relevantní pouze rozdíly v řádu jednotek procent. K tvrzení objednatele, že uchazeči ARRIVA MORAVA a.s. a vybraný dopravce nenabídli mimořádně nízkou nabídkovou cenu, neboť jejich nabídkové ceny jsou pouze o cca 20 % nižší než kompenzace hrazená v současnosti navrhovateli ze strany objednatele, navrhovatel uvádí, že uvedené srovnání nemá relevantní vypovídací hodnotu, neboť návrh smlouvy je odlišný v komparaci se současnou smlouvou. Tuto část návrhu navrhovatel uzavírá tvrzením, že nabídkové ceny vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s., s ohledem na argumenty uvedené shora, jsou mimořádně nízké.

67. Úřad uvádí, že body (písmena) O., P. a Q. části IV. návrhu zcela kopírují obsah námitek přednesených navrhovatelem v totožných bodech (písmenech) jeho námitek.

68. V bodu R. části IV. návrhu, nad rámec obsahu námitek, navrhovatel podotýká, že nesouhlasí s názorem objednatele, že rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 57/2012 ze dne 7.3.2013 nelze na daný případ aplikovat. Postup objednatele, který navrhovateli neposkytl veškeré požadované doklady, označuje navrhovatel za netransparentní a rozporný se zákonem o veřejných zakázkách.

69. V části V. návrhu navrhovatel shrnuje své argumenty a dílčí závěry učiněné výše a konstatuje, že nabídkové řízení jako celek je nelegální.

70. V části VI. návrhu navrhovatel Úřadu navrhuje, aby vydal předběžné opatření, jímž objednateli uloží zákaz uzavřít smlouvu v předmětném nabídkovém řízení.

71. V poslední části návrhu, tzn. v části VII., navrhovatel Úřadu navrhuje, aby jako opatření k nápravě podle § 31 odst. 1 zákona o veřejných službách zrušil rozhodnutí objednatele o výběru nejvhodnější nabídky a aby zrušil šetřené nabídkové řízení.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

72. Podle § 26 zákona o veřejných službách ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů objednatele dnem 3.4.2015, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.

73. Účastníky správního řízení podle § 29 zákona o veřejných službách jsou:

- objednatel,
- navrhovatel, a
- vybraný dopravce.

74. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům pod č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-8719/2015/531/JDo ze dne 8.4.2015. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-9500/2015/531/JDo ze dne 17.4.2015 určil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko. Citovaným usnesením Úřad objednateli dále určil lhůtu k provedení úkonu, a to informování Úřadu o dalších úkonech, které objednatel provede v šetřeném nabídkovém řízení v průběhu správního řízení.

75. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-10711/2015/531/JDo ze dne 30.4.2015 o předběžném opatření Úřad objednateli uložil na návrh navrhovatele zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném nabídkovém řízení.

76. Usnesením č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-10902/2015/531/JDo ze dne 5.5.2015 Úřad na žádost objednatele ze dne 30.4.2015 prodloužil účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.

77. Sdělením č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-11253/2015/531/JDo ze dne 11.5.2015 Úřad nevyhověl žádosti vybraného dopravce ze dne 7.5.2015 o prodloužení lhůty určené usnesením č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-10902/2015/531/JDo ze dne 5.5.2015.

78. Usnesením č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-10751/2015/531/JDo ze dne 12.5.2015 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření objednatele k návrhu ze dne 10.4.2015

79. Objednatel se k návrhu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 10.4.2015, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž konstatuje následující.

80. Objednatel v úvodu svého stanoviska vyjadřuje přesvědčení, že návrh je nedůvodný a neopodstatněný, a zdůrazňuje, že v rámci nabídkového řízení postupoval transparentně a nediskriminačně.

81. V části II. vyjádření se objednatel obecně vyjadřuje k námitkám, jež byly podány navrhovatelem proti jeho rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Objednatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že při vyřizování námitek postupoval formalisticky a rovněž odmítá tvrzení navrhovatele, že se jednalo o námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, neboť podle objednatele většina vznesených námitek směřovala evidentně proti zadávacím podmínkám. Objednatel zdůrazňuje, že navrhovatel byl v průběhu nabídkového řízení velmi aktivní a podával žádosti o dodatečné informace podle § 49 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, avšak námitky proti zadávacím podmínkám nebo jiným úkonům

v nabídkovém řízení nepodal. Uvedená skutečnost rovněž vyplývá z protokolu o jednání o nabídkách, v němž je zachyceno prohlášení navrhovatele, že *„v plném rozsahu akceptuje zadávací podmínky“*. Podle názoru objednatele se žádná námitka proti zadávacím podmínkám nemohla projevit až v rámci rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.

82. Objednatel dále podotýká, že z nabídkových cen uchazečů nelze dovozovat zahrnutí nákladů na vlakové čety, jak tvrdí navrhovatel. Vlak může být provozován bez vlakové čety v režimu O/O-S a přitom splňovat právní předpisy. Objednatel poukazuje na skutečnost, že navrhovatel tento režim provozu využívá na tratích v České republice (tedy i v Jihočeském kraji), proto tuto námitku navrhovatele pokládá za čistě účelovou.

83. K otázce přístupu k zařízení služeb, které je ve vlastnictví navrhovatele, objednatel v obecné rovině uvádí, že se jedná o okolnost stojící mimo nabídkové řízení, kterou objednatel nemůže ovlivnit či zohlednit. Nadto objednatel upozorňuje na skutečnost, že v současné době je plánován převod majetku z navrhovatele na Správu železniční dopravní cesty, státní organizaci, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha - Nové Město (dále jen „Správa železniční dopravní cesty“), což dokládá článkem ze dne 6.4.2015 uveřejněném na webových stránkách http://www.dnoviny.cz. Na základě uvedeného tak lze podle objednatele předpokládat, že v okamžiku zahájení plnění smlouvy na předmět šetřeného nabídkového řízení navrhovatel již nebude vlastníkem těchto zařízení a na Správu železniční dopravní cesty bude převedeno cca 400 zaměstnanců navrhovatele.

84. Co se týče délky zadávací lhůty, pak je objednatel přesvědčen, že tato délka odpovídala obtížnosti nabídkového řízení, a proto odmítá jakoukoliv formu diskriminace namítané navrhovatelem. K době plnění smlouvy vymezené v čl. 3 odst. 1 návrhu smlouvy pak objednatel uvádí, že doba plnění smlouvy začne pro období let 2016/2017.

85. K neposkytnutí všech navrhovatelem požadovaných dokumentů z jednání hodnotící komise a z jednání o nabídkách s uchazeči objednatel uvádí, že uvedený požadavek navrhovatele nemá oporu v právních předpisech, přičemž dokumenty, které byl oprávněn podle zákona o veřejných zakázkách poskytnout, navrhovateli obratem poskytl.

86. K tvrzení navrhovatele, které se týká nezákonného hodnocení variabilní složky kompenzace, jakožto dílčího hodnotícího kritéria, objednatel uvádí, že uchazečům byl předem znám předpokládaný rozsah ročního dopravního výkonu, jenž byl stanoven v čl. 4 odst. 2 návrhu smlouvy. Záleželo na uchazečích, jakou výši variabilní složky kompenzace nabídnou. Objednatel odmítá tvrzení navrhovatele, že ostatním uchazečům byla známa skutečnost, že v průběhu plnění smlouvy na předmět nabídkového řízení bude snižován objednaný dopravní výkon.

87. Objednatel trvá na tom, že nabídky uchazečů byly porovnatelné a již od okamžiku otevírání obálek s nabídkami bylo zjevné, že nabídky ostatních uchazečů jsou odlišné od nabídky navrhovatele. Objednatel se domnívá, že navrhovatel předložil nabídkovou cenu výrazně převyšující ceny v železniční dopravě v České republice, a poznamenává, že nabídnutá výše variabilní části kompenzace ve výši 164 Kč/vlkm byla nabídnuta záměrně za účelem blokace nabídkového řízení.

88. Objednatel v dalším zdůrazňuje, že ačkoliv nebylo jeho povinností vyjadřovat se k námitkám, které byly navrhovatelem podány opožděně, přesto se k těmto námitkám věcně vyjádřil.

Podle názoru objednatele tak postupoval v souladu se zákonem o veřejných službách i zákonem o veřejných zakázkách.

89. V části III. vyjádření se objednatel vyjadřuje k jednotlivým bodům (písmenům) návrhu navrhovatele, přičemž konstatuje následující.

90. K namítané skutečnosti uvedené v bodu A. návrhu objednatel sděluje, že o této námitce nerozhodoval z důvodu její opožděnosti. Objednatel doplňuje, že podle čl. 7 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady byl povinen uveřejnit informace vymezené pod body a) až c) uvedeného článku nařízení Evropského parlamentu a Rady, což učinil. V řádném oznámení předběžných informací byla předpokládaná délka smlouvy uvedena jako „minimálně 10 let“, nikoliv přesně 10 let, jak tvrdí navrhovatel, tudíž zpřesnění v opravném oznámení předběžných informací neznamená podstatnou změnu nabídkového řízení. Co se týče předpokládané hodnoty kompenzace za veřejné služby, pak tato je pouze odhadovanou hodnotou, která není pro objednatele závazná. V rámci opravného oznámení předběžných informací bylo nutno zohlednit inflaci, nárůst cen pohonných hmot a pokles tržeb z osobní přepravy. Objednatel zdůrazňuje, že veškeré informace požadované čl. 7 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady byly v nezměněné podobě obsaženy jak v řádném oznámení, tak i v opravném oznámení ze dne 4.6.2014. Nadto nařízení Evropského parlamentu a Rady nestanovuje povinnost prodloužení lhůty před zahájením nabídkového řízení, a to ani při změně údajů, které jsou povinně uveřejňovány. Čl. 7 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady pouze určuje, že opravou nesmí být dotčeno datum zahájení nabídkového řízení. Objednatel se domnívá, že notifikační povinnost bezezbytku splnil. Pokud má navrhovatel za to, že objednatel pochybil, pak měl navrhovatel objednatele upozornit již ve chvíli, kdy se o uvedeném pochybení dozvěděl. Objednatel poukazuje na to, že od okamžiku uveřejnění opravného oznámení předběžných informací do konce lhůty pro podaní nabídek uplynulo půl roku a připomíná, že o záměru uskutečnit nabídkové řízení byl navrhovatel písemně vyrozuměn již v roce 2010 dopisem hejtmana Jihočeského kraje generálnímu řediteli navrhovatele ze dne 11.10.2010. Nadto objednatel uvádí, že navrhovatel byl opětovně dopisem ze dne 11.2.2013 podle § 20 zákona o veřejných službách informován o plánovaném zahájení nabídkového řízení, neboť musel byt vyzván k možnému převodu vozidel na nového dopravce. Objednatel se tak v důsledku shora uvedených skutečností domnívá, že notifikační povinnost provedl v souladu s nařízením Evropského parlamentu a Rady a zákonem o veřejných službách.

91. K bodu B. návrhu objednatel uvádí, že o námitce týkající se neuvedení požadavku na složení jistoty v oznámení nabídkového řízení nerozhodl z důvodu její opožděnosti. Objednatel odkazuje na čl. III.1.1) oznámení o zakázce ze dne 10.7.2014, uveřejněné dne 12.7.2014 v Úředním věstníku Evropské unie a na dokumentaci nabídkového řízení, v nichž byl požadavek na složení jistoty ve výši 10 000 000,- Kč uveden.

92. K bodu C. návrhu, v němž je objednateli vytýkáno, že délka zadávací lhůty a lhůta pro zahájení plnění jsou nezákonné, netransparentní a diskriminační, objednatel uvádí následující skutečnosti. Objednatel o této námitce navrhovatele nerozhodl z důvodu její opožděnosti, přičemž v podrobnostech odkazuje na rozhodnutí o námitkách. Nad rámec právě řečeného objednatel doplňuje, že v souladu se zákonem o veřejných zakázkách musí být délka zadávací lhůty stanovena přiměřeně k veřejné zakázce, k níž je stanovována. Objednatel zvolil zadávací lhůtu delší, což je podle něj plně ospravedlnitelné s ohledem

na složitost nabídkového řízení, obsáhlost a podrobnost vyřizování dotazů uchazečů během lhůty pro podání nabídek. Objednatel současně upozorňuje na fakt, že odůvodnění délky zadávací lhůty provedl již v rámci jeho dodatečných informací ze dne 1.10.2014, přičemž navrhovatel proti tomuto odůvodnění nijak nebrojil. V protokolu o jednání o nabídkách ze dne 13.2.2015 je zaznamenána odpověď navrhovatele týkající se doby uvedení jím nabízených kolejových vozidel do provozu. Konkrétně se objednatel dotazoval: „*Jakou nejkratší dobu potřebujete na fyzické uvedení do provozu Vámi nabízených kolejových vozidel pro základní výkony (tj. minimálně 80 % výkonů) ode dne potvrzení definitivního výsledku tohoto nabídkového řízení?*“

Navrhovatel odpověděl: „*Zajistíme kontinuálnost provozu. Modernizace započne ve chvíli, kdy bude definitivně skončeno toto nabídkové řízení. Zhotovitelé jsou předjednání. Čím dříve se však dozvíme výsledky později, tím se nám zakázka prodraží. Odhadujeme, že příprava všech vozidel nutných k realizaci zakázky bude ukončena do 20 měsíců od zahájení modernizace*“.

93. Objednatel dále poukazuje na to, že navrhovatel v nabídce nabídl vozidla, která má v provozu, pouze s úpravami jím nabízených nadstandardních vybavení, z čehož je zřejmé, že by navrhovateli stačila ke splnění nabídky lhůta kratší než jeden rok. Podle objednatele tak argumentace navrhovatele není konzistentní, neboť shora citovaná odpověď navrhovatele je v rozporu s tvrzením uvedeným v návrhu.

94. K bodu D., části I., návrhu, v němž navrhovatel uvádí, že smlouva na plnění předmětu nabídkového řízení nesplňuje základní obsahové náležitosti stanovené nařízením Evropského parlamentu a Rady, objednatel uvádí, že o uvedené námitce nerozhodl z důvodu její opožděnosti. Objednatel odkazuje na odůvodnění obsažené v rozhodnutí o námitkách, a doplňuje, že z čl. 8 odst. 7 návrhu smlouvy vyplývá, že v případě splnění podmínek stanovených v čl. 8 návrhu smlouvy dojde případně k uzavření dodatku.

95. K bodu D., části I., linea (i), návrhu objednatel uvádí, že v případě změny právních předpisů, které budou mít vliv na cenu trakčního paliva, dojde ke změně kompenzace v souladu s návrhem smlouvy. Aplikací čl. 8 odst. 7 návrhu smlouvy bude vyvoláno jednání s dopravcem o dodatku. Uvedená skutečnost byla rovněž uvedena v dodatečných informacích ze dne 1.10.2014. Objednatel odmítá tvrzení navrhovatele o selektivním přístupu k jednotlivým dopravcům, neboť návrh smlouvy k takovému jednání nedává prostor.

96. K bodu D., části I., linea (ii), návrhu objednatel sděluje, že pravidla stanovení výše kompenzace jsou vymezena v čl. 8 odst. 4 a v čl. 8 odst. 7 návrhu smlouvy jednoznačně a transparentně. Objednatel uvádí, že v případě uzavření dodatku dříve, než bude známa výše inflace, dojde podle smlouvy k úpravě výše kompenzace dodatkem smlouvy, a to na základě jednání smluvních stran. Podle objednatele je způsob úpravy kompenzace nastaven ve smlouvě jednoznačně a neumožňuje jednostranný postup ze strany objednatele.

97. K bodu D., části I., linea (iii), návrhu objednatel uvádí, že zavedení integrovaného tarifního systému do vlakové přepravy bude možné pouze po dohodě s dopravcem. Smlouva tudíž nemůže stanovit konkrétní parametry tarifního systému, neboť v době zveřejnění dokumentace nabídkového řízení není tento projekt integrovaného dopravního systému Jihočeského kraje zpracován.

98. K bodu D., části I., linea (iv), návrhu objednatel sděluje, že změny rozsahu objednaných dopravních výkonů mohou být realizovány pouze v souladu s čl. 7 návrhu smlouvy. Smlouva nemůže upravovat jednostrannou možnost rozšíření provozu v zimním období. Bude to vždy objednatel, který bude roční dopravní výkon objednávat a v případě akceptace dopravcem bude dopravci náležet příslušná kompenzace.

99. K bodu D., části I., linea (v), návrhu objednatel předesílá, že pravidla pro doplňkové výkony jsou vymezeny v čl. 5 přílohy 7 dokumentace nabídkového řízení, přičemž jejich schválení je vyhrazeno objednateli. Tato výhrada byla přitom v dokumentaci nabídkového řízení jasně specifikována. Podle objednatele je samozřejmé, že dopravce nemůže na tratě nasadit vozidla, která nesplňují dané podmínky. Objednatel se domnívá, že realizace doplňkových výkonů po dohodě s objednatelem chrání obě strany smluvního vztahu.

100. K bodu D., části I., linea (vi), návrhu objednatel uvádí, že nemůže zasahovat do smluvního vztahu mezi dopravcem a provozovatelem dráhy. Kapacita dopravní cesty je podle objednatele dostatečná, proto rámcová smlouva s provozovatelem dráhy (tedy Správou železniční dopravní cesty) má význam jen z hlediska stanovení celkového rozsahu požadované kapacity. Záleží na dopravci, jak se vypořádá s požadavky provozovatele dráhy a jaké si sjedná smluvní podmínky. Objednatel rovněž odkazuje na dodatečné informace ze dne 19.8.2014, v nichž je výslovně uvedeno, že objednateli nepřísluší vstupovat do smluvního vztahu mezi dopravcem a provozovatelem dráhy.

101. K bodu D., části I., linea (vii), návrhu objednatel sděluje, že podmínky změny rozsahu dopravních výkonů upravuje čl. 7 návrhu smlouvy. Pokud dojde ke změně rozsahu dopravních výkonů, je možné navýšení počtu nasazovaných vozidel. Uvedený článek návrhu smlouvy a dodatečné informace ze dne 12.8.2014 nejsou podle objednatele v rozporu s čl. 13 odst. 5 návrhu smlouvy. Ke zvýšení počtu nasazovaných vozidel v důsledku změny rozsahu dopravních výkonů může dojít jen se souhlasem objednatele. Dodatečné informace ze dne 12.8.2014 se týkají situace, kdy dojde k navýšení dopravních výkonů v důsledku vyššího rozsahu objednávky. Tento požadavek bude objednatel řešit nejdříve formou úpravy oběhů vozidel bez navýšení jejich počtu, a až teprve poté, kdy by se toto řešení ukázalo jako nemožné, by došlo k navýšení počtu vozidel.

102. K bodu D., části I., linea (viii), návrhu objednatel sděluje, že v rámci dodatečných informací ze dne 12.8.2014 odkázal na úpravu variabilní části kompenzace v rámci smlouvy. Nejedná se přímo o indexaci variabilní části kompenzace, nicméně tato informace zmatečně nijak nepůsobí.

103. K bodu D., části II., návrhu, který se týká údajného postupu objednatele v rozporu s čl. 4 odst. 1 písm. c) nařízení Evropského parlamentu a Rady, když objednatel nevymezil způsob rozdělování nákladů spojených s poskytováním služeb, objednatel uvádí, že o této námitce nerozhodl z důvodu její opožděnosti, přičemž odkazuje na rozhodnutí o námitkách. Nadto objednatel doplňuje, že zabezpečovací zařízení radioblok nebylo ke dni zahájení nabídkového řízení schváleným zabezpečovacím zařízením na železniční síti v České republice, přičemž v okamžiku podání návrhu u Úřadu se nacházelo teprve ve fázi zkušebního provozu. Vymezení výchozích nákladů a skutečných nákladů je prováděno v souladu s vyhláškou č. 296/2010 Sb., o postupech pro sestavení finančního modelu a určení maximální výše kompenzace, ve znění pozdějších předpisů. V případě vzniku

neočekávaných nákladů, u nichž je možné změnit výši kompenzace, se postupuje podle čl. 8 odst. 4 písm. b) a c) návrhu smlouvy.

104. K bodu D., části III., návrhu, který se týká argumentu navrhovatele, že objednatel v rozporu s čl. 4 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady nevymezil v návrhu smlouvy způsob rozdělování příjmů z prodeje jízdenek, objednatel sděluje, že o této námitce navrhovatele nerozhodl z důvodu její opožděnosti, přičemž v podrobnostech odkazuje na rozhodnutí o námitkách. Nad rámec právě řečeného objednatel uvádí, že z čl. 13 odst. 13.1 dokumentace nabídkového řízení a z čl. 6 odst. 1 návrhu smlouvy vyplývá, že smlouva s dopravcem je tzv. „netto smlouvou“, což znamená, že dopravce má nárok na kompenzaci podle nabídky a veškerá rizika spojená s časovým vývojem výše výnosů (vč. např. příjmů z prodeje jízdenek) nese dopravce.

105. K bodu E. návrhu, v němž navrhovatel vytýká objednateli, že v dokumentaci nabídkového řízení neuvedl náležitosti podle § 10 odst. 3 zákona o veřejných službách, konstatuje objednatel následující. Objednatel předně uvádí, že odkazy navrhovatele na nařízení č. 1371/2007, zákon o dráhách nebo vyhlášku č. 175/2000 Sb., o přepravním řádu pro veřejnou drážní a silniční osobní dopravu, ve znění pozdějších předpisů, nejsou případné, neboť tyto právní předpisy, resp. jejich ustanovení, upravují pravidla pro dopravce a chrání cestující ve vztahu k dopravcům. Podle objednatele navrhovatel pojem „síťový charakter drážní dopravy“ vykládá příliš extenzivně a jeho výklad nemá oporu v žádném právním předpise. Je v zájmu dopravce, aby dodržoval právní předpisy a s dalšími dopravci uzavřel dohody o vzájemném uznávání jízdních dokladů. Objednatel zdůrazňuje, že nabídkové řízení je v souladu s § 10 odst. 3 zákona o veřejných službách a provozní soubor Šumava představuje ucelený soubor s navazující vlakovou a autobusovou dopravou. Navrhovatelem zmiňované stanovisko Úřadu č. j. ÚOHS-C90/2014/VP-124/205/420/GKi ze dne 6.1.2015 podle objednatele na veřejné služby jím poptávané nedopadá. Extenzivní výklad navrhovatele, že by objednatel měl zajistit provozovatele zúčtovacího centra a pravidla pro rozdělování příjmů z prodeje jízdenek, je nad rámec uvedeného stanoviska. Objednatel se domnívá, že požadavek na dohodu o vzájemném uznávání jízdních dokladů mezi jednotlivými dopravci by byl diskriminační a přinášející navrhovateli zásadní konkurenční výhodu.

106. K namítanému porušení pravidel pro poskytování a čerpání dotací, uvedenému v bodu F. návrhu, objednatel uvádí, že v případě financování nákupu vozidel z prostředků Evropské unie je na uchazeči, coby příjemci podpory, aby dodržel pravidla financování poskytovatele dotace. Objednatel nenese v tomto ohledu žádnou odpovědnost. Současně má objednatel za to, že financování nákupu vozidel z prostředků Evropské unie a poskytování kompenzace za realizaci veřejných služeb v přepravě cestujících není dvojí podporou, neboť poskytováním kompenzace za veřejné služby se objednatel nepodílí na nákupu vozidel. Objednatel konečně uvádí, že žádný z uchazečů nezačlenil do nabídky pořízení nových vozidel financovaných z prostředků Evropské unie, a jak již objednatel opakovaně uvedl, není oprávněn do této záležitosti vstupovat.

107. K argumentu navrhovatele, jenž byl vznesen v bodě G. jím podaného návrhu, a sice, že prokázání profesního kvalifikačního předpokladu, tj. licence k provozování veřejné drážní dopravy, prostřednictvím subdodavatele je v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, objednatel uvádí, že z § 8 odst. 2 zákona o veřejných službách vyplývá, že dopravce musí mít

licenci k provozování drážní dopravy nejpozději ke dni účinnosti smlouvy na předmět plnění nabídkového řízení. Objednatel uvádí, že zákon o veřejných službách, který stanoví jinou dobu prokázání splnění tohoto profesního kvalifikačního předpokladu, má přednost před zákonem o veřejných zakázkách, neboť se jedná o zvláštní právní úpravu. Nadto objednatel poznamenává, že žádný z uchazečů tento profesní kvalifikační předpoklad prostřednictvím subdodavatele neprokazoval.

108. K bodu H. návrhu, který se týkal tvrzení, že návrh smlouvy, resp. smlouva na plnění předmětu nabídkového řízení, nezajišťuje ochranu práv cestujících podle nařízení č. 1371/2007, objednatel uvádí, že citované nařízení upravuje povinnosti provozovatelů drážní dopravy, nikoliv objednatelů. Podle objednatele záleží na uchazeči, zda do nabídky zahrne náklady na dodržování právních předpisů, včetně přímo aplikovatelných předpisů Evropské unie. Objednatel podotýká, že režim O/O-S, tedy vedení vlaku pouze strojvedoucím, je v regionální dopravě běžný a nedochází jím k porušování práv cestujících. K tvrzení navrhovatele o neporovnatelnosti nabídek ostatních dvou uchazečů, a to v souvislosti s nezapočítáním vlakového doprovodu do nákladových položek, objednatel uvádí, že odpovědi ostatních uchazečů ve vztahu k zabezpečení vlakového doprovodu jsou zaznamenány v protokolech z jednání o nabídkách ze dne 13.2.2015. Objednatel doplňuje, že postupoval v souladu s nařízením č. 1371/2007 a odkazuje na část „A“ přílohy č. 7 dokumentace nabídkového řízeni, která stanovuje pravidla v souladu s čl. 8 odst. 2 a 3 a s čl. 23 citovaného nařízení.

109. K argumentu navrhovatele, jenž byl obsažen v bodě I. jeho návrhu, a sice že hodnotící kritéria byla objednatelem stanovena diskriminačně, objednatel konstatuje, že vymezení hodnotících kritérií považuje za transparentní, nediskriminační a zákonné. Objednatel dále poznamenává, že dopravní výkon v rozsahu 1 337 000 vlkm je maximální a z ekonomického hlediska je důležitější využití variabilní části kompenzace pro doplňkové výkony. Veřejné služby jsou poptávány v předmětném nabídkovém řízení na dobu 15 let, z čehož je zřejmé, že po skončení stávající smlouvy s navrhovatelem na zajištění obslužnosti Jihočeského kraje dojde ke zrušení omezení dopravního výkonu v rozsahu 1 337 000 vlkm/rok. Objednatel nesouhlasí s porovnáváním vah dílčího hodnotícího kritéria „variabilní část kompenzace“ a dílčího hodnotícího kritéria „výše požadované jednotkové kompenzace“, když tato porovnání pokládá za nepříhodná a nijak nesouvisející s možností navýšení dopravního výkonu o max. 10 %. Objednatel znovu opakuje, že bylo pouze na uchazečích, jakou výši variabilní části kompenzace nabídnou.

110. K bodu J. návrhu, v němž navrhovatel objednateli vytýká, že porušil § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když stanovil požadavky na vlastnosti vozidel diskriminačně a netransparentně, objednatel uvádí, že jeho požadavek na maximální rychlost 100 km/hod u poptávaných vozidel je naprosto důvodný, neboť např. na trati Rožnov - Boršov lze v dohledné době očekávat zvýšení rychlosti. Objednatel podotýká, že v případě kopcovitých tratí je nezbytné mít rezervu danou měrným výkonem a maximální rychlostí. Uvedený požadavek na rychlost vozidel splnili všichni uchazeči, včetně navrhovatele, navíc navrhovatel nabídl vozidla, která má běžně k dispozici, proto objednatel odmítá tvrzení navrhovatele, že při snížení požadavku na rychlost by bylo snazší a levnější vozidla obstarat. Pokud jde o požadavek objednatele na schopnost obratu 3 minuty ve stanici, pak objednatel uvádí, že tento požadavek se netýká provozu radiobloku na trati Číčenice - Volary.

V ostatních případech je podle objednatele schopnost obratu technicky proveditelná. Objednatel přitom odkazuje na závěry Úřadu obsažené v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S407/2012/VZ-726/2013/514/PVé ze dne 10.1.2013.

111. K bodu K. návrhu, prostřednictvím něhož navrhovatel napadá skutečnost, že návrh smlouvy a dodatečné informace poskytnuté objednatelem v průběhu nabídkového řízení obsahují celou řadu nejasných a vzájemně si odporujících údajů, uvádí objednatel následující. Objednatel předně podotýká, že dokumentace nabídkového řízení je vytvořena a formulována jasně a srozumitelně, bez možnosti dvojího výkladu, o čemž ostatně svědčí i fakt, že žádný z uchazečů do okamžiku podání nabídek nevznesl jedinou námitku vůči zadávacím podmínkám. Úřad na tomto místě opakuje, že bod K. návrhu byl po obsahové stránce zcela totožný s bodem (písmenem) K. námitek. Bod K. námitek byl přitom navrhovatelem dále členěn (linea (i) až (xi)). Objednatel se tudíž v dalším vyjadřuje k jednotlivým částem bodu K. návrhu.

112. K bodu K., linea (i), návrhu objednatel uvádí, že dodatečné informace ze dne 12.8.2014 obsahovaly sdělení, že soupravové jízdy si má dopravce, tj. uchazeč, v nabídce kalkulovat v rámci vlastních nákladů, tedy tyto nejsou zahrnuty do objednaného rozsahu výkonů. Navrhovatelem tvrzená nesrovnalost mezi předmětnými dodatečnými informacemi a návrhem smlouvy vedoucí údajně k rozdílnému nacenění nabídek, není podle objednatele nijak blíže specifikována.

113. K bodu K., linea (ii), návrhu objednatel opět odkazuje na opožděnost podané námitky. Podle objednatele je nepochybné, že se jedná o skutečnost v daném čase skutečného provozu, nikoliv o předpokládaná frekvenční data.

114. K bodu K., linea (iii), návrhu objednatel uvádí, že informace o prodeji jízdenek je konzistentní. Pokud není k dispozici osobní pokladna nebo prodejní automat, musí být zajištěno odbavení ve vlaku bez přirážky. Je přitom plně na dopravci, zda přirážku bude vybírat či nikoliv, pokud se cestující mohl odbavit, ale neučinil tak např. z časových důvodů.

115. K bodu K., linea (iv), návrhu objednatel konstatuje, že z důvodu ochrany obchodního tajemství zveřejnil pouze kumulované údaje, nikoliv konkrétní údaje o tržbách navrhovatele podle jednotlivých tratí. Objednatel uvádí, že uvedené údaje byly toliko spodní mezí pro odhad výnosů v rámci jednotlivých nabídek a jednotliví uchazeči k tomuto údaji přistoupili s různou strategií.

116. K bodu K., linea (v), návrhu objednatel sděluje, že rizika v části výnosů z jízdenek jsou rizikem dopravce a z žádné části dokumentace nabídkového řízení nelze dovozovat, že tarif musí být schválen objednatelem. Objednatel dodává, že všichni uchazeči, včetně navrhovatele, v nabídce kalkulovali s vlastními tarify. Výše tohoto tarifu podléhá regulaci Ministerstva financí České republiky a jeho schválení objednatelem přichází do úvahy v rámci zavedení integrovaného dopravního systému.

117. K bodu K., linea (vi), návrhu objednatel odkazuje na § 49 zákona o dráhách, přičemž dále doplňuje, že „mimořádnou situací“ se rozumí přerušení nebo zastavení železniční dopravy v konkrétním úseku či místě železniční tratě, a to i z viny dopravce. Pokud není zajištěna náhradní přeprava cestujících, pak příslušný výkon není zahrnut do kompenzace.

Z uvedeného je tak zřejmé, že mohou být použita i vozidla nesplňující požadavky nabídkového řízení nebo náhradní autobusová přeprava.

118. K bodu K., linea (vii), návrhu objednatel předesílá, že pojmy „rychlá výměna cestujících“ a „krátká doba otevírání nebo zavírání dveří“ nelze upřesnit, neboť záleží na počtu nastupujících a vystupujících cestujících a rovněž na rozsahu přepravy jízdních kol. Požadavky na šířku dveří, bezbariérový nástup a výstup, způsob ovládání dveří, včetně možnosti nadstandardního vybavení vozidel, upravuje dokumentace nabídkového řízení.

119. K bodu K., linea (viii), návrhu objednatel uvádí, že smlouva na plnění předmětu nabídkového řízení upravuje práva a povinnosti mezi objednatelem a vybraným dopravcem a nevztahuje se na jiné právní vztahy mezi objednatelem a navrhovatelem, z čehož lze dovodit, že právo zápočtu splatné pohledávky vůči nárokům dopravce se týká pouze závazků vyplývajících ze smlouvy na plnění předmětu šetřeného nabídkového řízení.

120. K bodu K., linea (ix), návrhu objednatel sděluje, že aplikace čl. 22 odst. 8 návrhu smlouvy je možná pouze v případě kumulativního splnění několika podmínek. Musí totiž dojít k podstatnému porušení smlouvy objednatelem, na základě něhož dopravce smlouvu vypoví. Uvedené oprávnění je v čl. 22 odst. 7 návrhu smlouvy zrcadlově stanoveno taktéž ve prospěch objednatele. Výše citované články návrhu smlouvy jsou podle objednatele plně v souladu s právními předpisy. Nadto objednatel vyslovuje přesvědčení, že posuzování smluvních vztahů nespadá do kompetence Úřadu.

121. K bodu K., linea (x), návrhu objednatel uvádí, že předkládání výkazu skutečných nákladů a výnosů slouží pro jeho kontrolu, zda nedochází k nadměrné kompenzaci. Jestliže bude dopravce požadovat ochranu takových informací, objednatel ji zajistí. Požadavek na předkládání předmětných výkazů objednatel nepovažuje za nepřiměřený, přičemž poukazuje na skutečnost, že navrhovatel předkládá dané výkazy objednateli i v současnosti.

122. K bodu K., linea (xi), návrhu objednatel sděluje, že jeho požadavek na počet přepravovaných kol v závislosti na počtu sedadel považuje za jednoznačný a srozumitelný.

123. K bodu L. návrhu, v němž je objednateli vytýkáno, že vybraný dopravce a uchazeč ARRIVA MORAVA a.s. v jejich nabídkových cenách nezohlednili náklady na přístup k zařízení služeb, objednatel uvádí, že nemůže uchazečům určovat, jakou infrastrukturu mají či nemají využívat k plnění předmětu nabídkového řízení. Hodnotící komise sestavené ekonomické modely předložené uchazeči detailně posoudila, a to včetně otázky mimořádně nízké nabídkové ceny. Objednatel dodává, že nemůže zohledňovat právní postavení navrhovatele, neboť se jedná o skutečnost, která stojí vně nabídkového řízení, a dále poznamenává, že zařízení služeb nemusí dopravci vůbec využívat. Průchod k vlakům na nádražích a zastávkách je bezplatný a nástupištní a kolejová infrastruktura, včetně celé řady čekáren, patří Správě železniční dopravní cesty. Vzhledem k tomu, že ostatní dopravci nemusí využívat zařízení navrhovatele, neexistuje žádný důvod, aby ostatní uchazeči žádali navrhovatele o zpřístupnění tohoto zařízení a započítali tuto nákladovou položku do nabídkové ceny. Podle objednatele je závěr navrhovatele, že ostatní uchazeči tyto náklady do nabídek nezahrnuli, vzhledem k tomu, že žádná jednání mezi navrhovatelem a těmito uchazeči neproběhla, ryze spekulativní.

124. K bodu M. návrhu, jenž se týká nesplnění zákonných požadavků na obsah zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, objednatel uvádí, že povinnosti hodnotící komise ve vztahu ke zprávě o posouzení a hodnocení nabídek jsou upraveny v § 80 zákona o veřejných zakázkách. Podle objednatele zpráva o posouzení a hodnocení nabídek vyhotovená v šetřeném nabídkovém řízení tyto náležitosti splňuje. Odkaz navrhovatele na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 A 6/2012 ze dne 30.11.2012, podle slov objednatele, na šetřený případ nedopadá, neboť tento se týká obsahu a odůvodnění hodnocení nabídek.

125. Objednatel v dalším sděluje, že posouzení nabídek z hlediska splnění požadavků objednatele obsažených v dokumentaci nabídkového řízení a zákonných požadavků nevyžaduje další slovní komentář ze strany hodnotící komise. Objednatel předesílá, že žádná z nabídek neobsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Hodnotící komise se otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny zabývala, a to v jednotlivých položkách a částech nabídek. Podle názoru objednatele zákon o veřejných zakázkách neupravuje povinnost hodnotící komise zdůvodňovat, proč nabídkovou cenu konkrétního uchazeče neposoudila jako mimořádně nízkou; tuto „zdůvodňovací povinnost“ má podle zákona o veřejných zakázkách hodnotící komise pouze v případě, pokud existuje podezření na výskyt mimořádně nízké nabídkové ceny.

126. Objednatel konečně uvádí, že výčet konkrétních položek nadstandardů je součástí nabídek uchazečů a objednatel není oprávněn sdělovat detaily. Objednatel doplňuje, že vybraný dopravce a uchazeč ARRIVA MORAVA a.s. nabídli shodně plný počet 11 nadstandardů.

127. K bodu N. návrhu, jenž se týká tvrzení navrhovatele, že nabídkové ceny vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s. jsou mimořádně nízké, objednatel uvádí, že hodnotící komise nepovažovala nabídkové ceny daných uchazečů za mimořádně nízké. Nabídky těchto uchazečů byly cenově srovnatelné, obsahující obdobnou výši základní kompenzace a variabilní složky kompenzace, což podle objednatele může indikovat, že dvě ze tří nabídek neobsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Hodnotící komise, vzhledem k její odbornosti, byla schopna posoudit reálnost nabídek. Vítězná nabídka byla o cca 25 % nižší než přepokládaná hodnota kompenzace za veřejné služby, přičemž takový rozdíl nelze považovat za mimořádný odklon od předpokládané hodnoty kompenzace za veřejné služby. Navíc přepokládaná hodnota výše kompenzace za veřejné služby představovala objednatelem odhadnutou výši kompenzace, která se odvíjí od nákladů na dopravním trhu. Podle objednatele je naopak nabídka navrhovatele mimo realitu. Objednatel předesílá, že z důvodu *„dosavadní absence soutěžního prostředí tak byla předpokládaná hodnota zakázky poměrně vyšší, než nabídka vítězného uchazeče a uchazeče druhého v pořadí. Navrhovatelovo tvrzení o zkušenostech z obdobných soutěží je fikcí, neboť obdobné řízení dosud nebylo v České republice realizováno na regionální úrovni a na rychlíkových tratích jich proběhlo zanedbatelné množství, z nichž se však většina ani nedokončila. Navrhovatel tak bez jakéhokoliv podkladu uvádí, že vítězná výše kompenzace je výrazně nižší, než výše kompenzace realizovaná dopravními podniky v České republice.“*

128. V současné době objednatel hradí navrhovateli kompenzaci v průměru 112,- Kč/vlkm. Jinému železničnímu dopravci pak objednatel v současnosti hradí kompenzaci ve výši 61,- Kč/vlkm. Porovnáním nabídek všech uchazečů dospěl objednatel k závěru, že nabídky vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s., které jsou o cca 20 % nižší, než

v současné době hrazené plnění navrhovateli, nelze považovat za mimořádně nízké. Nabídka navrhovatele ve výši 163,87,- Kč/vlkm je o desítky procent vyšší než současné plnění, přičemž objednatel poukazuje na fakt, že v rámci jednání o nabídkách navrhovatel svoji nabídkovou cenu nesnížil. Požadavek navrhovatele na vypracování znaleckého posudku za účelem stanovení minimální výše variabilních nákladů objednatel považuje za nadbytečný a obstrukční.

129. K bodu O. návrhu, prostřednictvím něhož navrhovatel objednateli vytýká, že v průběhu nabídkového řízení opakovaně a zásadním způsobem měnil zadávací podmínky, aniž by však přiměřeně prodlužoval lhůtu pro podání nabídek, konstatuje objednatel následující. Objednatel uvádí, že poslední změna zadávacích podmínek byla provedena dne 28.11.2014, o čemž byli všichni zájemci, kteří si zažádali o dokumentaci nabídkového řízení, v souladu s § 49 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách informováni. Od tohoto okamžiku se tak navrhovatel mohl seznámit se změnou zadávacích podmínek a případně ji napadnout námitkami. Objednatel doplňuje, že žádná změna dokumentace nabídkového řízení nerozšířila okruh potenciálních uchazečů, neboť provedené změny nebyly podstatného charakteru, jelikož se týkaly převážně toliko úpravy provozního konceptu a oprav menších nepřesností. Ve vztahu k provoznímu konceptu, jakožto dokumentu orientační povahy, pak objednatel poznamenává, že konkrétní jízdní řád může být sestaven až pro první období reálného provozu, a to v návaznosti na dálkovou dopravu a další dokumenty Správy železniční dopravní cesty.

130. K bodu P. návrhu, jímž je navrhovatelem napadáno, že objednatel v rozporu s čl. 4 odst. 7 nařízení Evropského parlamentu a Rady umožnil, aby dopravce poskytoval prostřednictvím subdodavatele veřejné služby až do výše 49,99 % poskytovaných dopravních služeb, objednatel sděluje, že z podaných nabídek vyplývá, že žádný z uchazečů předmět nabídkového řízení nebude plnit za pomoci subdodavatele. Objednatel konečně zdůrazňuje, že nikdy neuvedl, že by umožnil plnění prostřednictvím subdodavatele až do výše 49,99 % předmětu plnění nabídkového řízení. Předmětné tvrzení navrhovatele je pouhou spekulací, která nemá reálný základ.

131. K bodu Q. návrhu, který se týká tvrzení, že postup objednatele má negativní dopad na regionální zaměstnanost, objednatel uvádí, že čl. 4 odst. 5 nařízení Evropského parlamentu a Rady obsahuje možnost, tedy nikoliv povinnost, příslušných orgánů (tj. objednatele), požadovat od vybraného provozovatele veřejných služeb, aby zaměstnancům, kteří byli dříve zaměstnáni za účelem poskytování služeb, přiznal práva. Podle objednatele lze očekávat, že jiný dopravce by dobrovolně převzal nezbytnou část provozního personálu, zejména strojvedoucí. Z uvedeného důvodu tedy nehrozí regionální nezaměstnanost. Nový dopravce zabezpečí veřejné služby svými zaměstnanci, čili na pracovním trhu Jihočeského kraje vznikne dostatek nových pracovních míst, která nahradí stávající pracovní místa.

132. K bodu R. návrhu, prostřednictvím něhož je objednateli vytýkáno, že v důsledku toho, že navrhovateli neposkytl protokoly z jednání hodnotící komise, dopustil se porušení zákona o veřejných zakázkách, objednatel sděluje, že v nabídkovém řízení postupoval plně v souladu s citovaným zákonem. Objednatel uvádí, že postupoval v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, když na základě žádosti navrhovatele ze dne 6.3.2015 neposkytl navrhovateli všechny požadované dokumenty, ale pouze ty, u kterých mu to zákon

o veřejných zakázkách ukládá. Zadavatel zdůrazňuje, že žádné ustanovení zákona o veřejných zakázkách neukládá objednateli povinnost poskytovat uchazečům protokoly z jednání hodnotící komise. Pokud by si navrhovatel tyto dokumenty, tj. protokoly z jednání hodnotící komise, vyžádal po skončení nabídkového řízení podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů, pak by bylo povinností objednatele mu je poskytnout. Objednatel odmítá, vzhledem k fázi, v níž se šetřené nabídkové řízení nachází, i odkaz navrhovatele na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 57/2012 ze dne 7.2.2013.

133. V části IV. vyjádření objednatel shrnuje argumenty uvedené výše a konstatuje, že navrhovatel je veden snahou zmařit předmětné nabídkové řízení. Objednatel je přesvědčen, že v průběhu nabídkového řízení postupoval transparentně, nediskriminačně a v souladu se zákonem o veřejných službách a zákonem o veřejných zakázkách. Objednatel zdůrazňuje, že návrh smlouvy obsahuje veškeré podmínky a povinnosti uvedené v nařízení Evropského parlamentu a Rady a zajišťuje ochranu práv cestujících upravenou v nařízení č. 1371/2007. Objednatel se domnívá, že u námitek navrhovatele, které byly podány opožděně nebo byly odmítnuty, není dán důvod pro zahájení správního řízení z moci úřední, a podotýká, že navrhovatel plně akceptoval zadávací podmínky nabídkového řízení, což je zdokumentováno i v protokolu z jednání o nabídkách ze dne 22.1.2015.

134. K návrhu navrhovatele na vydání předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu pak objednatel uvádí, že podmínky pro vydání předběžného opatření podle § 61 správního řádu nejsou splněny, neboť většinou námitek navrhovatele by se Úřad z důvodu jejich opožděnosti neměl zabývat. Nařízení předběžného opatření může způsobit újmu objednateli i ostatním účastníkům nabídkového řízení.

135. S ohledem na všechny výše popsané skutečnosti objednatel Úřadu navrhuje, aby správní řízení v bodech A., B., C., D., E., F., G., H., I., J., K., O., P. a Q. návrhu zastavil, a aby návrh v ostatních bodech zamítl.

Doplnění návrhu na nařízení předběžného opatření

136. Dne 28.4.2015 Úřad od navrhovatele obdržel písemnost z téhož dne, nazvanou „Doplnění návrhu na nařízení předběžného opatření“. Obsahem uvedené písemnosti jsou navrhovatelem popisované nové skutečnosti, s nimiž se seznámil na základě nahlížení do správního spisu. Konkrétně navrhovatel uvádí, že odpovědi vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s., jež jsou zaznamenány v protokolu o jednání o nabídkách ze dne 13.2.2015, týkající se členů vlakového doprovodu, jsou podle navrhovatele v rozporu s čl. 12 odst. 4 písm. a) návrhu smlouvy.

137. Navrhovatel dále namítá, že vybraný dopravce v rámci jednání o nabídkách dne 13.2.2015 uvedl, že při nárazové přepravě větších neohlášených skupin lze přepravu zajistit autobusem. Podle navrhovatele však návrh smlouvy neumožňuje zajišťovat dopravní potřeby autobusem, neboť příloha č. 7 k dokumentaci nabídkového řízení, část A, čl. 2 vyžaduje, aby kapacita vlaků byla *„dimenzována alespoň tak, aby každý cestující měl k dispozici jedno místo k sezení (…)“.*

138. V návaznosti na výše řečené se navrhovatel domnívá, že vybraný dopravce a uchazeč ARRIVA MORAVA a.s. nesplnili zadávací podmínky, tudíž jejich nabídky měly být vyřazeny a shora

jmenovaní uchazeči měli být vyloučeni z účasti v nabídkovém řízení. Podle navrhovatele tudíž pouze předběžné opatření může zabránit uzavření smlouvy na plnění předmětu nabídkového řízení s uchazečem, jehož nabídka měla být vyřazena.

Vyjádření navrhovatele ze dne 28.4.2015

139. K usnesení č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-9500/2015/531/JDo ze dne 17.4.2015 se navrhovatel vyjádřil přípisem ze dne 28.4.2015 nazvaným „Replika navrhovatele k vyjádření zadavatele ze dne 10.4.2015“, který Úřad obdržel dne 28.4.2015.

140. Navrhovatel předně uvádí, že objednatel ve vyjádření k návrhu ze dne 10.4.2015 nevyvrátil pochybnosti o zákonném postupu v nabídkovém řízení, proto setrvává na svém návrhu, na který v plném rozsahu odkazuje, přičemž uvádí další zjištění a skutečnosti.

141. Navrhovatel předesílá, že vybraný dopravce a uchazeč ARRIVA MORAVA a.s. nesplnili zadávací podmínky, tudíž objednatel byl povinen tyto uchazeče vyloučit z nabídkového řízení. Navrhovatel tento dílčí závěr odůvodňuje skutečností, že vybraný dopravce a uchazeč ARRIVA MORAVA a.s. během jednání o nabídkách dne 13.2.2015 výslovně uvedli, že vlaky budou osazeny průvodčími pouze částečně. Právě řečené je však podle názoru navrhovatele v rozporu s čl. 12 odst. 4 písm. a) návrhu smlouvy, z něhož vyplývá, že vlak musí být vybaven nejméně jedním členem vlakového doprovodu, který provádí mimo jiné kontrolu jízdních dokladů cestujících průběžně po celou dobu jízdy vlaku.

142. Dále navrhovatel konstatuje, že vybraný dopravce v jednání o nabídkách ze dne 13.2.2015 uvedl, že při nárazové přepravě větších neohlášených skupin lze přepravu zajistit autobusem. Podle navrhovatele však návrh smlouvy neumožňuje zajišťovat dopravní potřeby autobusem, neboť autobusem lze provozovat pouze náhradní autobusovou dopravu v případech, kdy není možné zajistit provoz drážní dopravy na dráze. Navrhovatel na základě shora uvedených skutečností dovozuje, že nabídky vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s., vzhledem k tomu, že tito uchazeči nesplnili zadávací podmínky, měly být vyřazeny a uchazeči měli být vyloučeni z účasti v nabídkovém řízení.

143. Navrhovatel vyjadřuje přesvědčení, že se objednatel účelově vyhýbá vypořádání námitek vznesených navrhovatelem, a to s cílem skrýt vlastní pochybení, jichž se v nabídkovém řízení dopustil. Jako konkrétní příklad uvádí tvrzení objednatele obsažená na stranách 21, 24, 30 a 38 jeho vyjádření k návrhu ze dne 10.4.2015.

144. Navrhovatel dále napadá postoj objednatele, který mu odmítl poskytnout na základě žádosti ze dne 9.3.2015 o poskytnutí informací podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů, nabídky ostatních uchazečů, a domnívá se, že je krácen na právu účinně se bránit proti nezákonnému postupu objednatele v nabídkovém řízení.

145. Navrhovatel odmítá aplikaci závěrů obsažených v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S407/2012/VZ-726/2013/514/PVé ze dne 10.1.2013, na které odkazuje objednatel, neboť uvedené rozhodnutí Úřadu bylo zrušeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R25/2013/VZ-14811/2013/310/PMa ze dne 7.8.2013. Podle navrhovatele zrušené rozhodnutí Úřadu nelze na daný případ použít, neboť v podmínkách šetřeného případu jsou jeho závěry nepoužitelné.

146. Dále se ve svém stanovisku navrhovatel věnuje jednotlivým bodům vyjádření objednatele ze dne 10.4.2015.

147. K otázce včasnosti a řádnosti námitek podaných navrhovatelem navrhovatel sděluje, že zadávací, resp. smluvní, podmínky byly nezákonné od počátku nabídkového řízení, avšak jejich nezákonnost se projevila až po podání nabídek, neboť uchazeči pochopili zadávací podmínky různě, v důsledku čehož byly podány neporovnatelné nabídky. Zadávací podmínky umožňovaly rozdílný výklad, což dokládá i sám objednatel, který ve svém vyjádření ze dne 10.4.2015 předkládá vlastní interpretaci konkrétních ustanovení návrhu smlouvy, což přináší další nejasnosti, stran skutečného významu příslušných ustanovení návrhu smlouvy.

148. K tvrzení objednatele, že navrhovatel nepoukázal na podezření na nepřiměřeně nízké nabídkové ceny ostatních uchazečů již dříve, ačkoliv o nabídkových cenách věděl od otevírání obálek s nabídkami dne 3.12.2014, navrhovatel uvádí, že je povinností objednatele postupovat podle zákona o veřejných zakázkách a v případě, že předložené nabídky obsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu, musí objednatel tyto uchazeče vyzvat k jejímu zdůvodnění. Navrhovatel předpokládal, že objednatel bude postupovat podle shora uvedeného zákona a ostatní uchazeče vyzve ke zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen, což se však nestalo.

149. K argumentu objednatele, že vlaky lze provozovat i bez vlakové čety, navrhovatel sděluje, že z čl. 12 odst. 4 písm. b) návrhu smlouvy vyplývá, že „*každý člen vlakového doprovodu musí být schopen poskytnout cestujícímu informace o spojení veřejnou dopravou v rámci České republiky, o tarifu Dopravce, případně i o jiných tarifech, které jsou ve vlacích tvořících Dopravní výkon uznávány*“. Rovněž čl. 12 odst. 4 písm. a) návrhu smlouvy určuje, že vlak musí být vybaven nejméně jedním členem vlakového doprovodu, který provádí mimo jiné kontrolu jízdních dokladů cestujících průběžně po celou dobu jízdy vlaku. Z uvedených ustanovení návrhu smlouvy je tak zřejmé, že dané povinnosti nelze přenášet na strojvedoucího, který se musí věnovat řízení vlaku. I pokud by navrhovatel připustil interpretaci objednatele, že vlaky lze provozovat bez vlakové čety, pak s ohledem na podmínky nabídkového řízení by takový provoz nebyl možný, protože by neumožňoval dodržení jízdních řádů stanovených objednatelem.

150. Dále navrhovatel nesouhlasí s tvrzením objednatele, že konec roku 2016 byl v dokumentaci nabídkového řízení stanoven pouze jako předpokládaný okamžik zahájení plnění a že ustanovení čl. 3 odst. 1 návrhu smlouvy umožňuje, aby v případě vzniku objektivní překážky, jejíž překonání nebude rozšiřovat předmět zakázky, byla doba zahájení plnění smlouvy upravena v závislosti na průběhu nabídkového řízení. Podle navrhovatele je uvedené tvrzení nepravdivé a podotýká, že čl. 3 odst. 1 návrhu smlouvy vymezuje, že veřejné služby v drážní dopravě budou dopravcem provozovány v období od začátku platnosti jízdního řádu pro období 2016/2017, aniž by byl v návrhu smlouvy zakotven jakýkoliv mechanismus umožňující posunutí termínu zahájení plnění smlouvy v závislosti na délce nabídkového řízení.

151. K argumentu objednatele, že navrhovatel během jednání o nabídkách prohlásil, že zadávací podmínky v plném rozsahu akceptuje, navrhovatel uvádí, že v době, kdy s uchazeči probíhalo jednání o nabídkách, nebylo možné odhalit, že zadávací podmínky budou různými uchazeči pochopeny různě. Nadto žádné prohlášení uchazeče nemůže objednatele zbavit odpovědnosti za zákonný postup v nabídkovém řízení.

152. Tvrzení objednatele, že již v okamžiku otevírání obálek s nabídkami bylo zjevné, že existují zcela odlišné nabídky a nabídka navrhovatele byla nepřiměřeně vysoká, navrhovatel považuje za nepravdivé, neboť na řadě železničních linek v České republice platí objednatelé dopravcům vyšší kompenzaci, než jakou v posuzovaném případě nabídl navrhovatel. Navrhovatel do nabídkové ceny promítl, na rozdíl od ostatních uchazečů, veškeré náklady, které mu budou v souvislosti s plněním smlouvy vznikat.

153. K argumentu objednatele, že navrhovatel nabídl nepřiměřeně vysokou cenu, navrhovatel uvádí, že modernizace vozidel za účelem splnění požadavků objednatele stanovených v dokumentaci nabídkového řízení bude časově i technicky náročná. Navrhovatel odmítá názor objednatele, že nabídkovou cenu převyšující 164,- Kč/vlkm nabídl za účelem blokace nabídkového řízení a oponuje, že nabídkovou cenu nabídl po posouzení všech nákladů a rizik, které souvisí s plněním smlouvy na předmět nabídkového řízení, tak, aby byl schopen garantovat její řádné plnění.

154. S ohledem na výše řečené navrhovatel vyslovuje dílčí závěr, a sice že objednatel ve svém vyjádření k návrhu neuvádí žádné relevantní tvrzení, které by vyvracelo, že námitky navrhovatele proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky byly v celém rozsahu podány včas a řádně.

155. K argumentu objednatele, jenž se týká lhůty pro zahájení nabídkového řízení ve smyslu čl. 7 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady a § 19 odst. 1 zákona o veřejných službách, navrhovatel uvádí, že je nepochybné, že při podstatné změně údajů v oznámení podle čl. 7 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady se jedná o nové oznámení a roční notifikační lhůta pro zahájení nabídkového řízení začíná běžet znovu od uveřejnění takové změny, tudíž není rozhodující, zda se změna týká pouze údajů uvedených v čl. 7 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady. Navrhovatel je přesvědčen, že změny spočívající v prodloužení doby provozování veřejné drážní dopravy z 10 let na 15 let a zdvojnásobení předpokládané kompenzace za veřejné služby z 1 mld. na 2,25 miliardy Kč, jsou podstatnými změnami, které vyžadovaly nový běh roční lhůty. Navrhovatel zdůrazňuje, že smyslem roční notifikační lhůty dle čl. 7 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady je, aby se potenciální uchazeči mohli připravit na svou účast v nabídkovém řízení, přičemž je logické, že se potenciální uchazeči zajímají o konkrétní podmínky nabídkového řízení.

156. V další části svého vyjádření se navrhovatel věnuje délce zadávací lhůty, kterou považuje za nezákonnou a diskriminační. V reakci na tvrzení objednatele, že k obstarání požadovaných vozidel postačí lhůta kratší než 1 rok, navrhovatel uvádí, že technické požadavky na vozidla jsou velmi specifické a vyžadují rozsáhlou modernizaci vozového parku, která potrvá cca 15 měsíců od uzavření smlouvy s dodavatelem vozidel. Navrhovatel je přitom sektorovým zadavatelem, proto při nákupu vozidel musí postupovat podle zákona o veřejných zakázkách. Navrhovatel dále poukazuje na fakt, že ve lhůtě jednoho roku či v dokonce ještě kratší lhůtě nebude možné provést zadávací řízení na výběr dodavatele vozidel. Navrhovatel poznamenává, že sice již vedl předběžná jednání s potenciálními dodavateli, avšak proces modernizace a výběru dodavatele vozidel bude zahájen až po skončení nabídkového řízení. K tvrzení objednatele, že navrhovatel zaměňuje pojmy „zadávací lhůta“ a „datum uzavření smlouvy“, navrhovatel uvádí, že tyto pojmy nezaměňuje, pouze poukazuje na krátkou lhůtu na obstarání vozidel, jestliže by objednatel využil celou délku zadávací lhůty a k uzavření smlouvy na plnění předmětu nabídkového řízení by tak došlo těsně před jejím uplynutím.

157. V další části svého vyjádření navrhovatel poukazuje na absenci základních obsahových požadavků vymezených v nařízení Evropského parlamentu a Rady v návrhu smlouvy. Tvrzení objednatele, že ke změně smlouvy na plnění předmětu nabídkového řízení dojde sjednáním dodatku s dopravcem, považuje navrhovatel za nesmyslné a nemající oporu v návrhu smlouvy. Navrhovatel uvádí, že pouze pokud by k úpravě výše kompenzace docházelo v důsledku změny daňové legislativy, pak jedině tehdy by byl takový postup transparentní. Pokud však úprava výše kompenzace má být závislá na uzavření dodatku, pak takový postup je nepředvídatelný.

158. K tvrzení objednatele, že smlouva na plnění předmětu nabídkového řízení nemůže stanovit jasné parametry tarifní problematiky při vzniku integrovaného dopravního systému, jelikož v době zveřejnění dokumentace nabídkového řízení, jakož ani v současné době, není projekt integrovaného dopravního systému Jihočeského kraje zpracován, navrhovatel sděluje, že touto argumentací objednatel připustil, že návrh smlouvy je v rozporu s čl. 4 odst. 1 písm. b) nařízení Evropského parlamentu a Rady, neboť nestanoví objektivním a transparentním způsobem ukazatele, na základě kterých se vypočítá platba případné kompenzace. Uvedené pochybení objednatele se projevilo v nabídkách uchazečů, neboť vybraný dopravce a uchazeč ARRIVA MORAVA a.s. nejistotu ohledně výše kompenzace v případě zavedení integrovaného dopravního systému ve svých nabídkách, na rozdíl od navrhovatele, nezohlednili.

159. K otázce rozšíření provozu o víkendech v zimním období a v reakci na tvrzení objednatele, že návrh smlouvy nemůže předem stanovit jednostrannou možnost rozšíření provozu v zimním období, navrhovatel uvádí, že návrh smlouvy je v rozporu s čl. 4 odst. 1 písm. b) nařízení Evropského parlamentu a Rady, neboť předem nestanoví jasné parametry, za jakých okolností bude provoz o víkendech v zimním období rozšířen.

160. K argumentu objednatele, že nemůže zasahovat do smluvního vztahu mezi dopravcem a provozovatelem dráhy a že je pouze na dopravci, jak se vypořádá s požadavky provozovatele dráhy a případnými sankcemi za nevyužití kapacity dráhy, navrhovatel sděluje, že skutečnost, že objednatel nemůže zasahovat do vztahu mezi dopravcem a provozovatelem dráhy nezbavuje objednatele povinnosti nastavit zadávací podmínky takovým způsobem, aby uchazeči mohli ocenit všechny náklady vznikající při plnění smlouvy na předmět nabídkového řízení.

161. K argumentu objednatele, jenž se týká změn dopravních výkonů podle čl. 13 odst. 5 návrhu smlouvy, navrhovatel konstatuje, že tvrzení objednatele nemá žádnou oporu v textu návrhu smlouvy, podle něhož má objednatel v případě změny rozsahu dopravních výkonů dopravci hradit variabilní složku kompenzace.

162. K namítanému rozporu mezi dodatečnou informací ze dne 12.8.2014 a čl. 8.2 návrhu smlouvy navrhovatel uvádí, že z argumentace objednatele obsažené v jeho vyjádření k návrhu vyplývá, že dodatečná informace ze dne 12.8.2014 nebyla pravdivá.

163. K argumentu objednatele, jenž se týká pravidel pro poskytování a čerpání dotací, navrhovatel uvádí, že výše kompenzace za poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících se odvíjí i od výše odpisů dlouhodobého hmotného majetku, jejichž výše závisí právě na tom, zda dopravce na pořízení daného dlouhodobého majetku čerpal nebo nečerpal určitou dotaci. Vybraný dopravce a uchazeč ARRIVA MORAVA a.s. tak mohli

nezákonné pokyny objednatele zohlednit ve svých nabídkách, což mělo za následek neporovnatelnost podaných nabídek.

164. K tvrzení objednatele, že dopravní výkon 1 337 000 vlkm je maximální, který může objednatel objednat, navrhovatel uvádí, že svou argumentací objednatel potvrdil, že v rámci dílčího hodnotícího kritéria „variabilní části kompenzace“ hodnotil lépe nižší hodnoty, ačkoliv při snižování objednaného dopravního výkonu by pro něj byly výhodnější hodnoty vyšší.

165. K argumentu objednatele, že porovnávání váhy dílčího hodnotícího kritéria „variabilní část kompenzace“ a váhy dílčího hodnotícího kritéria „výše požadované jednotkové kompenzace“ je nepřípadné a nesouvisí s možností využití navýšení dopravního výkonu maximálně o 10 %, navrhovatel uvádí, že je nesmyslné, aby váha kritéria „variabilní část kompenzace“ představovala 14 % váhy kritéria „výše požadované jednotkové kompenzace“, neboť taková váha zjevně neodpovídá možnosti uplatnění variabilní části kompenzace při následném plnění smlouvy na předmět nabídkového řízení a činí pravidla pro výpočet kompenzace nejasnými.

166. Navrhovatel dále uvádí, že požadavek na maximální rychlost vlaku 100 km/hod objednatel stanovil bezdůvodně. Pokud jde o výkonovou rezervu na kopcovitých tratích, pak navrhovatel poznamenává, že maximální rychlost a výkon jsou odlišné technické parametry, přičemž maximální rychlost nevypovídá o schopnosti vlaku plynule obsluhovat tratě v kopcovitém terénu. Pokud jde o schopnost úvratě v době nejvýše tří minut pobytu ve stanici a tvrzení objednatele, že tento požadavek se netýká případného provozu radiobloku na trati Číčenice - Volary, bude-li povolen jeho trvalý provoz, pak toto tvrzení objednatele navrhovatel považuje za neopodstatněné, neboť podmínky nabídkového řízení nepřipouštějí z požadavku na schopnost úvratě 3 minuty ve stanici žádné výjimky.

167. V další části svého vyjádření se navrhovatel věnuje rozporným údajům obsaženým v návrhu smlouvy a údajům, které objednatel v průběhu nabídkového řízení poskytl prostřednictvím dodatečných informací. Pokud jde o rozpor mezi čl. 12 odst. 4 písm. d) návrhu smlouvy a dodatečných informací ze dne 12.9.2014, pak na argument objednatele, že odbavení ve vlaku bez přirážky musí být zajištěno tam, kde není k dispozici osobní pokladna či prodejní automat, přičemž pokud se cestující neodbaví, ačkoliv mohl, může dopravce přirážku vybírat, navrhovatel sděluje, že takové tvrzení objednatele je nedůvodné a rovněž nemá oporu v textu návrhu smlouvy.

168. K argumentu objednatele, že z žádné části dokumentace nabídkového řízení nelze dovozovat, že tarif musí být schválen objednatelem, navrhovatel odkazuje na čl. 16 odst. 3 návrhu smlouvy, a uvádí, že jedinou možnou interpretací daného článku je, že stanovení tarifu vyžaduje souhlas objednatele.

169. Navrhovatel v dalším odmítá argument objednatele, jenž se týká výkladu čl. 5 přílohy č. 7 k dokumentaci nabídkového řízení ve vztahu k § 49 zákona o dráhách. Navrhovatel uvádí, že uvedené ustanovení předmětného zákona neupravuje „mimořádné situace“, nýbrž „mimořádné události“. Pojem „mimořádná situace“, užitý objednatelem v dokumentaci nabídkového řízení, který není legislativně zakotven, tak má nejasný význam.

170. K dalším argumentům objednatele, které se týkají neurčitosti pojmů „rychlá výměna cestujících“, „krátká doba otevírání a zavírání“ apod., použitých v příloze č. 7 dokumentace

nabídkového řízení, navrhovatel uvádí, že objednatel se snaží přenést odpovědnost za nejasnost dokumentace nabídkového řízení na navrhovatele.

171. K argumentům objednatele, které se týkají nezohlednění nákladů na přístup k zařízení služeb v nabídkových cenách vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s., navrhovatel uvádí, že objednatel mohl formulovat zadávací podmínky nabídkového řízení tak, aby neznevýhodňovaly navrhovatele na úkor ostatních uchazečů. Pokud by ostatní uchazeči nepotřebovali přístup k zařízení služeb navrhovatele, pak není třeba, aby smlouva na plnění předmětu nabídkového řízení umožňovala navýšení kompenzace hrazené těmto uchazečům o staniční poplatky. Pokud jde o budoucí převod nádraží a příslušných pozemků z navrhovatele na Správu železniční a dopravní cesty, pak navrhovatel dodává, že prozatím k žádnému převodu nedošlo. Podle navrhovatele bylo povinností objednatele přezkoumat, zda uchazeči ve svých nabídkách zohlednili veškeré náklady, které jim v souvislosti s plněním smlouvy budou vznikat, což se však v uvedeném případě nestalo a objednatel tak obdržel neporovnatelné nabídky.

172. K argumentům objednatele ve vztahu k mimořádně nízké nabídkové ceně vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s. navrhovatel obdobně jako v návrhu předkládá důvody, které jej vedou k závěru, že nabídková cena těchto uchazečů je ve vztahu k předmětu nabídkového řízení nereálná a mimořádně nízká. Navrhovatel uvádí, že vypracování znaleckého posudku, který by prokázal, že výše variabilní složky kompenzace vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s. je mimořádně nízká, navrhl objednateli, avšak tento si nepřeje, aby přiměřenost variabilní složky kompenzace byla odborně přezkoumána. V uvedené věci odkazuje navrhovatel na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S585/2013/VZ-23735/2013/522/ZPr ze dne 4.12.2013, a zdůrazňuje, že ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek není zřejmé, k jakému závěru hodnotící komise při posuzování otázky mimořádně nízkých nabídkových cen dospěla.

173. K tvrzení objednatele, že protokoly z jednání hodnotící komise údajně nemůže poskytnout dříve, než bude skončeno nabídkové řízení, a to mimo jiné z důvodu, že se nabídkové řízení může kdykoliv vrátit do některé z předchozích fází a jakýkoliv únik informací by mohl porušit rovnost stran, transparentnost nabídkového řízení a mohl by diskriminovat některého z uchazečů, navrhovatel uvádí, že možnost vrácení nabídkového řízení do některé z předchozích fází je čistě spekulativní, neboť v posuzovaném případě může dojít buď ke zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, a potom by došlo k novému posouzení a hodnocení nabídek, nebo ke zrušení celého řízení, v důsledku čehož by nebylo možné o podaných nabídkách jednat.

174. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti tak navrhovatel požaduje, aby Úřad zrušil rozhodnutí objednatele o výběru nejvhodnější nabídky a aby zrušil celé nabídkové řízení.

Vyjádření objednatele k doplnění návrhu na nařízení předběžného opatření

175. V reakci na doplnění návrhu na nařízení předběžného opatření navrhovatelem ze dne 28.4.2015, doručil objednatel Úřadu dne 30.4.2015 písemnost nazvanou „Vyjádření zadavatele k doplnění návrhu na nařízení předběžného opatření“ z téhož dne.

176. Objednatel zásadně nesouhlasí s dílčím závěrem navrhovatele, že informace poskytnuté vybraným dopravcem a uchazečem ARRIVA MORAVA a.s. v rámci jednání o nabídkách

ze dne 13.2.2015 jsou v rozporu s čl. 12 odst. 4 písm. a) návrhu smlouvy, neboť uvedené ustanovení návrhu smlouvy výslovně určuje, že vlak musí být vybaven nejméně jedním členem vlakového doprovodu, přičemž tento člen může být nahrazen jiným způsobem zajišťujícím prodej jízdenek, tj. shora citovaný článek návrhu smlouvy umožňuje alternativu vedení vlaku bez vlakového doprovodu.

177. K druhé námitce navrhovatele, a sice že vybraný dopravce v průběhu jednání o nabídkách uvedl, že nárazovou přepravu větších neohlášených skupin zajistí nikoliv vlaky, nýbrž autobusy, což je evidentně podle navrhovatele v rozporu s návrhem smlouvy, objednatel uvádí, že vybraný dopravce svou odpovědí uvedenou v protokolu o jednání o nabídkách ze dne 13.2.2015 nikterak nezpochybnil své závazky vyplývající z návrhu smlouvy či jiné povinnosti. Z odpovědi vybraného dopravce podle objednatele bez dalšího vyplývá, že vybraný dopravce pouze ve výjimečných případech nárazového překročení kapacity (tj. frekvence pro sedící a stojící osoby) zajistí nad rámec svých povinností i autobus.

178. Objednatel tudíž zastává názor, že vybraný dopravce a uchazeč ARRIVA MORAVA a.s. splnili zadávací podmínky a nebyl proto dán důvod pro vyřazení jejich nabídek.

179. V kontextu shora uvedeného tak objednatel považuje návrh na nařízení předběžného opatření za nedůvodný a čistě účelový.

Vyjádření vybraného dopravce ze dne 30.4.2015

180. K usnesení č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-9500/2015/531/JDo ze dne 17.4.2015 se vybraný dopravce vyjádřil přípisem ze dne 30.4.2015, který Úřad obdržel téhož dne.

181. Úvodem vybraný dopravce vyjadřuje přesvědčení, že nabídkové řízení bylo vedeno v souladu se zákonem o veřejných službách, zákonem o veřejných zakázkách, jakož i ostatními obecně závaznými právními předpisy České republiky a přímo použitelnými právními předpisy Evropské unie. Dokumentace nabídkového řízení byla podle jeho názoru jasná a srozumitelná. Vybraný dopravce se proto domnívá, že návrh navrhovatele má ryze obstrukční charakter, jehož cílem má být zrušení nabídkového řízení nebo alespoň jeho prodloužení.

182. Vybraný dopravce se v další části stanoviska vyjadřuje k jednotlivým bodům (písmenům) návrhu.

183. Vybraný dopravce uvádí, že námitka navrhovatele uvedená pod bodem A. návrhu nemůže směřovat proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, ale jedná se o námitku proti jinému úkonu objednatele ve smyslu § 110 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách. Vybraný dopravce konstatuje, že čl. 7 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady nestanovuje, že v případě změny povinně zveřejňovaných informací je nutné znovu dodržet lhůtu jednoho roku před zahájením nabídkového řízení. Vybraný dopravce je přesvědčen, že v posuzovaném případě prodloužení doby, po kterou se má služba poskytovat, z minimálně 10 let na 15 let, nelze považovat za změnu služby jako takové, ale jedná se toliko o upřesnění. K argumentu navrhovatele, že v důsledku tohoto pochybení objednatele došlo k zásadnímu ovlivnění nabídkového řízení, vybraný dopravce uvádí, že navrhovatel byl o záměru objednatele vyhlásit šetřené nabídkové řízení vyrozuměn s několikaročním předstihem oproti ostatním uchazečům, což vyplývá z dopisů objednatele adresovaných navrhovateli. Podle vybraného dopravce změny v opravném oznámení

předběžných informací nemohly ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť v dostatečném předstihu byly všem dopravcům známy veškeré relevantní údaje o nabídkovém řízení.

184. K bodu B. návrhu, jenž se týká neuvedení požadavku na složení jistoty v oznámení nabídkového řízení, vybraný dopravce sděluje, že tato námitka nemůže směřovat proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, neboť toto údajné pochybení objednatele nemá žádnou souvislost s nabídkou vybraného dopravce ani jejím hodnocením, ale jedná se o námitku proti jinému úkonu objednatele ve smyslu § 110 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách. Vybraný dopravce pak v uvedené věci odkazuje na argumentaci objednatele, a doplňuje, že otázka poskytnutí jistoty byla předmětem dodatečných informací a jejich zveřejněním musely být rozptýleny veškeré pochybnosti.

185. K bodu C. návrhu vybraný dopravce konstatuje, že tato námitka nemůže směřovat proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, ale jedná se o námitku proti zadávacím podmínkám ve smyslu § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Vybraný dopravce podotýká, že lhůty v nabídkovém řízení byly stanoveny transparentně a nediskriminačně s ohledem na složitost nabídkového řízení, přičemž poukazuje na to, že v šetřeném případě se jedná o významnou zakázku ve smyslu § 16a zákona o veřejných zakázkách. Rovněž lhůta pro zahájení plnění smlouvy odpovídá reálným možnostem pořízení vozidel.

186. K bodu D. návrhu vybraný dopravce uvádí, že se jedná o námitku proti zadávacím podmínkám ve smyslu § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, neboť text návrhu smlouvy byl součástí nabídkové dokumentace, a pokud měl navrhovatel za to, že je v rozporu s nařízením Evropského parlamentu a Rady či jinými právními předpisy, měl proti této zadávací podmínce podat námitky v zákonné lhůtě. Vybraný dopravce považuje návrh smlouvy za souladný s nařízením Evropského parlamentu a Rady, jakož i s dalšími obecně závaznými právními předpisy, a odkazuje na vyjádření objednatele ze dne 10.4.2015, s nímž se ztotožňuje. Nad rámec vybraný dopravce dodává, že předmětem přezkumu Úřadem může být posuzování, zda smlouvy na veřejnou zakázku jsou v souladu s hmotným právem. Úřad je v šetřeném případě příslušný rozhodovat pouze o tom, zda objednatel v nabídkovém řízení postupoval v souladu s relevantními právními předpisy (tj. zákonem o veřejných zakázkách, zákonem o veřejných službách a nařízením Evropského parlamentu a Rady). Navrhovatel se podle slov vybraného dopravce snaží rozšířit působnost Úřadu, který je za dané situace oprávněn posoudit zákonnost nabídkového řízení, nikoliv soulad dokumentů tvořících součást dokumentace nabídkového řízení s hmotným právem neupravujícím nabídkové řízení.

187. K bodu E. návrhu vybraný dopravce opět uvádí, že tato námitka nemůže směřovat proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, nýbrž proti zadávacím podmínkám. Vybraný dopravce uvádí, že „provozní soubor Šumava“ jednoznačně splňuje požadavek podle § 10 odst. 3 zákona o veřejných službách. Požadavek navrhovatele na zajištění vzájemného uznávání jízdních dokladů s jinými dopravci poskytujícími veřejnou službu v České republice, ve smyslu předpisů upravujících drážní dopravu, považuje vybraný dopravce za absurdní, neboť je povinností jednotlivých dopravců, aby dostáli svým povinnostem vyplývajících z právních předpisů. Vybraný dopravce upozorňuje na skutečnost, že navrhovatel má s vybraným dopravcem uzavřenou smlouvu o uznávání jízdních dokladů a vzájemném odbavení cestujících, přičemž tato smlouva nezavazuje navrhovatele

k uznávání jízdních dokladů jen na vybraných tratích a lze ji proto bez dalšího použít i na provozní soubor Šumava.

188. K bodu F. návrhu vybraný dopravce konstatuje, že pokud měl navrhovatel pochybnosti o obsahu nabídkové dokumentace, konkrétně návrhu smlouvy, který podepsal a odeslal objednateli, měl vznést námitky podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Po výběru nejvhodnější nabídky nelze podle vybraného dopravce zkoumat jednotlivé zadávací podmínky. Vybraný dopravce souhlasí s názorem objednatele, že v případě nákupu vozidel z dotačních prostředků evropských fondů by se nejednalo o dvojí podporu stejného projektu, neboť pořízení nových vlakových vozidel je zcela odlišným projektem od kompenzace vlakové dopravy jejím objednatelem. Vybraný dopravce se ohrazuje proti tvrzení navrhovatele, že by tuto variantu použil ve své nabídce. Nadto vybraný dopravce poukazuje na skutečnost, že navrhovatel pořizuje vozidla z dotačních prostředků evropských fondů a současně pobírá dotovanou kompenzaci od jednotlivých krajů, tudíž pak sám vědomě porušuje zákon.

189. K bodu G. návrhu, který se týká prokazování profesního kvalifikačního předpokladu, konkrétně licence k provozování veřejné drážní dopravy, prostřednictvím subdodavatele, vybraný dopravce konstatuje, že uvedená námitka nemůže směřovat proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, ale jedná se o námitku proti zadávacím podmínkám. Vybraný dopravce je přesvědčen, že možnost prokázání tohoto profesního kvalifikačního předpokladu je v souladu se zákonem o veřejných zakázkách. Pokud jde o licenci k provozování veřejné drážní dopravy, pak vybraný dopravce sděluje, že danou licenci je třeba mít až ke dni účinnosti smlouvy na plnění předmětu nabídkového řízení, nikoliv již při prokazování kvalifikace v nabídkovém řízení.

190. Pokud jde o bod H. návrhu, pak vybraný dopravce v tomto ohledu odkazuje na svoji argumentaci, kterou poskytl k bodu D. návrhu. Tvrzení navrhovatele, že vybraný dopravce neocenil v důsledku nesprávných dodatečných informací plnění svých povinností dle nařízení č. 1371/2007, vybraný dopravce odmítá jako spekulativní. Vybraný dopravce podotýká, že zná povinnosti, které pro něj jako pro provozovatele veřejné železniční přepravy vyplývají, a uvádí, že rozdílnost nabídek navrhovatele a dopravců, kteří se umístili na prvních dvou místech nabídkového řízení, je dána tím, že oba tito dopravci jsou schopni provozovat železniční přepravu na železničních tratích ekonomicky výhodněji než navrhovatel.

191. K bodu I. návrhu vybraný dopravce sděluje, že hodnotící kritéria byla stanovena již na počátku nabídkového řízení, tudíž námitka proti hodnotícím kritériím musí být posouzena jako námitka proti zadávacím podmínkám. Vybraný dopravce dodává, že hodnotící kritéria jsou jednoznačná, transparentní a nediskriminační.

192. K bodu J. návrhu vybraný dopravce uvádí, že požadované vlastnosti vozidel byly stanoveny již na počátku nabídkového řízení, proto tato námitka musí být posouzena jako námitka proti zadávacím podmínkám. Vzhledem k tomu, že žádný z uchazečů nebyl při posouzení a hodnocení nabídek vyřazen, je zcela evidentní, že všichni dopravci, kteří podali nabídku, tedy i navrhovatel, tyto údajně diskriminační a netransparentní požadavky splnili a jejich nabídky jsou tudíž bez dalšího vzájemně porovnatelné.

193. K bodu K. návrhu vybraný dopravce konstatuje, že tato námitka nemůže směřovat proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, ale jedná se o námitku proti zadávacím

podmínkám. Podle vybraného dopravce navrhovatel neuvedl, proč se údajná nejasnost návrhu smlouvy, resp. rozpornost návrhu smlouvy a konkrétních dodatečných informací, měla projevit až po rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.

194. Pokud jde o bod L. návrhu, pak vybraný dopravce plně odkazuje na vyjádření objednatele ze dne 10.4.2015, přičemž nad rámec v něm obsažených informací dodává, že ve své nabídce ocenil veškeré náklady, a to včetně nákladů na přístup k zařízení služeb. Nabídka vybraného dopravce počítala jak s variantou, že mu přístup bude umožněn na základě nájemní smlouvy za podmínek obdobných nájmům, které má již s navrhovatelem uzavřeny, tak i s variantou, že nebude užívat žádná zařízení služeb a bude si je muset obstarat jiným způsobem. Vybraný dopravce odmítá tvrzení navrhovatele, že tyto náklady nevzal vůbec v potaz.

195. K bodu M. návrhu, v němž navrhovatel namítá, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek nesplňuje obsahové náležitosti podle zákona o veřejných zakázkách, vybraný dopravce konstatuje, že tato námitka nesměřuje proti rozhodnutí o výběru o nejvhodnější nabídky, ale proti jinému úkonu objednatele. Co se týče věcného obsahu námitky navrhovatele, je vybraný dopravce přesvědčen, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek v šetřeném případě splňuje veškeré náležitosti podle § 80 zákona o veřejných zakázkách.

196. K bodu N. návrhu, jenž se týká mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s., vybraný dopravce konstatuje, že § 77 zákona o veřejných zakázkách, který upravuje institut mimořádně nízké nabídkové ceny, neukládá hodnotící komisi povinnost zdůvodňovat závěr, že nabídka konkrétního uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Vybraný dopravce poukazuje na skutečnost, že dva ze tří uchazečů, tzn. vybraný dopravce a uchazeč ARRIVA MORAVA a.s., podali cenově srovnatelné nabídky, z čehož lze dovodit, že nabídková cena navrhovatele je mimořádně vysoká. Podle názoru vybraného dopravce navrhovatel zcela rezignoval na reálnou soutěž a ve své nabídce požadoval kompenzaci o cca jednu třetinu vyšší, než je mu v současné době hrazena ze strany objednatele, přičemž v rámci jednání o nabídkách ani jednu ze složek kompenzace neupravil. Navrhovatel jeho nabídkovou cenou výrazně překročil současnou průměrnou výši dotace (kompenzace) v Jihočeském kraji. Naopak nabídky vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s. ukazují na odhodlání zakázku získat a za nabídnutou cenu ji plnit. Po jednání o nabídkách oba tito uchazeči téměř srovnali jejich nabídkové ceny, což nesvědčí o stanovení mimořádně nízké, tj. v praxi neudržitelné, ceny, ale o stanovení ceny na minimální hranici, za kterou se dopravcům plnění soutěžené veřejné služby ještě stále vyplatí.

197. K bodu O. návrhu vybraný dopravce předně sděluje, že se nemůže jednat o námitku proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Vybraný dopravce dále uvádí, že minimální lhůta pro podání nabídek v šetřeném případě byla podle zákona o veřejných zakázkách 78 dní, objednatel však stanovil, vzhledem k předmětu plnění, předmětnou lhůtu na 97 dní. Na základě dodatečných dílčích změn objednatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek o dalších 44 dní, přičemž při vydání dodatečných informací č. 7 dne 5.9.2014, které lze charakterizovat jako nejzásadnější, prodloužil lhůtu k podání nabídek tak, že od data uveřejnění těchto informací na portálu zadavatele měli uchazeči k podání nabídek opět celých 78 dní. Vybraný dopravce je tak přesvědčen, že objednatel stanovil dostatečnou lhůtu k přípravě nabídek.

198. K bodu P. návrhu vybraný dopravce uvádí, že uvedená námitka jednoznačně směřuje proti zadávacím podmínkám a odkazuje na argumentaci objednatele k předmětnému bodu návrhu. Vybraný dopravce se ohrazuje proti spekulacím navrhovatele, že počítal s plněním veřejné služby prostřednictvím subdodavatele.

199. K bodu Q. návrhu vybraný dopravce konstatuje, že uvedená námitka směřuje proti zadávacím podmínkám, resp. že tato problematika (dopad postupu objednatele na regionální zaměstnanost) nespadá do přezkumné pravomoci Úřadu. Nad rámec právě řečeného vybraný dopravce dodává, že potřebný personál by získal ze současných pracovníků navrhovatele.

200. Pokud jde o bod R. návrhu, pak vybraný dopravce odkazuje na argumentaci objednatele, jež tento k danému bodu návrhu poskytl a kterou vybraný dopravce pokládá za správnou a jedinou možnou.

201. Závěrem svého vyjádření vybraný dopravce konstatuje, že pouze námitky uvedené pod body L. a N. návrhu mohou být považovány za námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Ostatní námitky nesouvisí s rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky, proto není důvod, aby Úřad ukládal objednateli předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu. Vybraný dopravce je přesvědčen, že cílem návrhu navrhovatele je toliko snaha o prodloužení nabídkového řízení, a proto navrhuje, aby Úřad návrh zamítl.

Vyjádření objednatele ze dne 11.5.2015

202. V reakci na vyjádření navrhovatele ze dne 28.4.2015 doručil objednatel dne 11.5.2015 Úřadu své vyjádření z téhož dne.

203. Objednatel se primárně věnuje argumentu navrhovatele, jehož obsahem je tvrzení, že vybraný dopravce a uchazeč ARRIVA MORAVA a.s. měli být vyloučeni z účasti v nabídkovém řízení, a to vzhledem k tomu, že během jednání o nabídkách dne 13.2.2015 výslovně uvedli, že vlaky budou osazeny průvodčími pouze částečně, čímž se měli dopustit porušení čl. 12 odst. 4 písm. a) návrhu smlouvy (viz bod 141. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Objednatel zdůrazňuje, že informace obsažené v protokolech o jednání o nabídkách se shora uvedenými uchazeči ze dne 13.2.2015 nebyly v rozporu s čl. 12 odst. 4 písm. a) návrhu smlouvy, neboť z uvedeného ustanovení návrhu smlouvy výslovně vyplývá možnost vedení vlaku bez vlakového doprovodu, což představuje alternativu způsobu prodeje jízdenek.

204. K další namítané skutečnosti, a sice že vybraný dopravce a uchazeč ARRIVA MORAVA a.s. v rozporu s návrhem smlouvy předpokládali provozování drážní dopravy autobusy, nikoliv vlaky, odkazuje objednatel na odpověď vybraného dopravce zaznamenanou v protokolu o jednání o nabídkách ze dne 13.2.2015, na dotaz, jak bude zajišťovat nárazovou přepravu neohlášených skupin cestujících či vyššího počtu jízdních kol. Objednatel konstatuje, že vybraný dopravce nikterak nezpochybnil svou povinnost zajišťovat přepravu výhradně kolejovými vozidly, tzn. vlaky.

205. Objednatel znovu opakuje, že Úřad by se neměl většinou námitek vznesených navrhovatelem zabývat, neboť byly podány opožděně. Další argumenty objednatele uvedené v tomto vyjádření jsou v fakticky shodné s argumenty uvedenými v jeho vyjádření k návrhu ze dne 10.4.2015 (viz body 79. až 135. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

Stanovisko vybraného dopravce ze dne 11.5.2015

206. Dne 12.5.2015 obdržel Úřad doplněné stanovisko vybraného dopravce ze dne 11.5.2015.

207. Vybraný dopravce konstatuje, že se ztotožňuje s argumentací objednatele, která se týká provozu vlaku bez vlakové čety v režimu O/O-S (tzn. přítomnost pouze strojvedoucího bez dalšího člena vlakového doprovodu). Vybraný dopravce se v dalším ohrazuje proti tvrzení navrhovatele, že bude poskytovat dopravu autobusem. Vybraný dopravce zdůrazňuje, že bude disponovat dostatečným počtem vlakových souprav, přičemž je připraven, v případě nenadálých situací, nasadit i posilové drážní vozidlo. Teprve za situace, že by i takové zesílení kapacity bylo nedostačující, přidá vybraný dopravce posilový autobus.

208. K rozsahu přezkumné pravomoci Úřadu vybraný dopravce sděluje, že Úřad může nabídkové řízení zrušit pouze tehdy, pokud objednatel nepostupoval v souladu se zákonem o veřejných službách, zákonem o veřejných zakázkách nebo nařízením Evropského parlamentu a Rady. Případný rozpor zadávacích podmínek s jinými právními předpisy tak nemůže vést ke zrušení nabídkového řízení.

209. Pokud jde o navrhovatelem tvrzené nedodržení lhůty pro zahájení nabídkového řízení, pak vybraný dopravce doplňuje, že v takovém případě nelze, s ohledem na systematiku zákona o veřejných službách, zrušit nabídkové řízení, ale pouze uložit sankci za správní delikt podle § 33 odst. 1 písm. h) zákona o veřejných službách.

210. V další části stanoviska vybraný dopravce předkládá po obsahové stránce totožné argumenty, jako tomu bylo již v rámci jeho vyjádření ze dne 30.4.2015. Zvýšenou pozornost přitom věnuje jím nabídnuté ceně, když uvádí, že do této ceny zakalkuloval veškeré náklady, které by mu při plnění předmětu nabídkového řízení vznikaly, přičemž podotýká, že se v žádném případě nejedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu.

Vyjádření navrhovatele ze dne 18.5.2015

211. K usnesení č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-10751/2015/531/JDo ze dne 12.5.2015 se navrhovatel vyjádřil přípisem ze dne 18.5.2015, který Úřad obdržel téhož dne.

212. Navrhovatel v úvodu svého vyjádření konstatuje, že objednatel ani vybraný dopravce v průběhu správního řízení nevyvrátili pochybnosti o zákonnosti postupu objednatele v nabídkovém řízení; naopak jejich tvrzení dokládají, že postup objednatele byl nezákonný, nesprávný a diskriminační.

213. Pokud se jedná o zajištění přítomnosti člena vlakového doprovodu v každém vlaku, pak navrhovatel v reakci na vyjádření objednatele ze dne 30.4.2015 a 11.5.2015 konstatuje, že v nich uvedená tvrzení objednatele jsou nepravdivá a zavádějící, neboť objednatel pominul skutečnost, že při prodeji jízdenek již nelze zajistit plnění dalších povinností vyplývajících z návrhu smlouvy a z nařízení č. 1371/2007. Podmínky nabídkového řízení tudíž sice umožňovaly alternativní zajištění prodeje jízdenek, avšak tím rozhodně nezbavovaly uchazeče povinnosti zajistit v každém vlaku alespoň jednoho člena vlakového doprovodu. Navrhovatel dovozuje, že vzhledem ke skutečnosti, že vybraný dopravce i uchazeč ARRIVA MORAVA a.s. v rámci jednání o nabídkách shodně prohlásili, že vlaky budou osazeny průvodčími pouze částečně, měl zadavatel povinnost oba uchazeče z nabídkového řízení vyloučit.

214. Navrhovatel nesouhlasí s tvrzením objednatele, že vybraný dopravce údajně nejednal v rozporu s podmínkami nabídkového řízení, když v rámci jednání o nabídkách dne 13.2.2015 uvedl, že při nárazové přepravě větších neohlášených skupin lze přepravu zajistit autobusem. Navrhovatel zdůrazňuje, že tento postup by byl zcela evidentně v rozporu s návrhem smlouvy.

215. Dále se navrhovatel vyjadřuje k argumentu objednatele, že při zahájení plnění nabídkového řízení by vždy postupoval v souladu se zákonem o veřejných službách a návrhem smlouvy, a uvádí, že čl. 3 odst. 1 návrhu smlouvy stanoví počátek provozování drážní dopravy, aniž by však byl v návrhu smlouvy zakotven jakýkoliv mechanismus umožňující posunutí termínu zahájení plnění smlouvy v závislosti na délce nabídkového řízení. Navrhovatel odmítá argument objednatele, že předmětem přezkumného řízení není postup objednatele a dalších uchazečů v průběhu zadávací lhůty. Podle jeho názoru musí být předmětem správního řízení i posouzení, zda stanovená zadávací lhůta umožňuje splnit podmínky nabídkového řízení a zda není diskriminační.

216. K argumentům objednatele a vybraného dopravce, které se týkají otázky nedodržení notifikační lhůty před zahájením nabídkového řízení, navrhovatel uvádí, že Úřad může zrušit nabídkové řízení ve všech případech uvedených v § 31 zákona o veřejných službách bez ohledu na skutečnost, zda takové pochybení je zároveň správním deliktem ve smyslu § 33 zákona o veřejných službách.

217. V další části svého stanoviska se navrhovatel vyjadřuje k jednotlivým obsahovým požadavkům nařízení Evropského parlamentu a Rady v návrhu smlouvy. Navrhovatel opětovně předesílá, že objednatel v návrhu smlouvy nestanovil objektivní kritéria výpočtu a změny kompenzace, nýbrž naopak si v návrhu smlouvy ponechal nepřípustně širokou míru diskrečního uvážení, zda a jakým způsobem bude kompenzace v průběhu trvání smlouvy na předmět plnění nabídkového řízení měněna. Dále navrhovatel k tvrzení objednatele, že je pouze na uchazečích, jaká rizika zohlední v nabídkách, uvádí, že je sice obecně přípustné, aby uchazeči nesli nahodilá rizika, ale není podle něj možné, aby objednatel přenášel vlastní rizika (např. neurčené změny kompenzace) na uchazeče.

218. K doplňkovým výkonům a údajně vzájemně rozporným argumentům objednatele a vybraného dopravce navrhovatel konstatuje, že podle návrhu smlouvy vybraný dopravce nemůže nasadit vozidla nižší kvality na všechny spoje, které neobsluhují celý traťový úsek. Uvedené oprávnění má podle návrhu smlouvy pouze objednatel, a to za předem vymezených podmínek.

219. K argumentu vybraného dopravce uvedenému v jeho stanovisku ze dne 30.4.2015, jenž se týká nemožnosti Úřadu přezkoumávat hmotněprávní náležitosti smlouvy na předmět plnění nabídkového řízení, navrhovatel uvádí, že nařízení Evropského parlamentu a Rady upravuje komplexní postup objednatele při zadávání smluv o veřejných službách včetně povinných náležitostí těchto smluv. Úřad je tudíž podle navrhovatele povinen zkoumat, zda smlouva o veřejných službách splňuje náležitosti stanovené v nařízení Evropského parlamentu a Rady.

220. V další části svého vyjádření se navrhovatel věnuje otázce nezohlednění nákladů na přístup k zařízení služeb v nabídkových cenách vybraného dopravce a uchazeče ARRIVA MORAVA a.s. a problematice uznávání jízdních dokladů a odbavení cestujících. Navrhovatel v tomto směru odkazuje na své závěry obsažené v návrhu, přičemž vyslovuje nesouhlas

s argumenty objednatele a vybraného dopravce, které tito přednesli v průběhu správního řízení.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 29.6.2015

221. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0203/2015/VZ-16006/2015/531/JDo ze dne 29.6.2015 rozhodl tak, že návrh navrhovatele ze dne 2.4.2015 v části IV.A. návrhu, v části IV.B. návrhu, v části IV.C. návrhu, v části IV.D.I. návrhu, v části IV.D.II. návrhu, v části IV.D. III. návrhu, v části IV.E. návrhu, v části IV.F. návrhu, v části IV.G. návrhu, v části IV.H. návrhu, v části IV.I. návrhu, v části IV.J. návrhu, v části IV.K. návrhu, v části IV.O. návrhu, v části IV.P. návrhu – zamítl (výrok I.)

222. Ve výroku II. shora citovaného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že objednatel nedodržel v nabídkovém řízení postup stanovený v § 12 odst. 2 zákona o veřejných službách, v návaznosti na § 77 odst. 1 a § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když při posouzení nabídky vybraného dopravce nedodržel zásadu transparentnosti tím, že se věcně nezabýval otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny, resp. mimořádně nízké kompenzace, v nabídce vybraného dopravce, a to ani poté, co obdržel věcné námitky, které toto namítaly, přičemž tento postup objednatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

223. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu objednatele (viz předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad výrokem III. shora specifikovaného rozhodnutí zrušil úkony objednatele spojené s posouzením výše nabídkové ceny vybraného dopravce ve vztahu k předmětu nabídkového řízení, které byly zdokumentovány v protokolu o posouzení prokázání splnění kvalifikace a posouzení nabídek ze dne 19.12.2014, v protokolu o posouzení kvalifikace a o posouzení nabídek ze dne 13.1.2015, v protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení a předběžném hodnocení nabídek ze dne 22.1.2015, v protokolu o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20.2.2015, ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20.2.2015, a současně zrušil i všechny následující úkony učiněné objednatelem v nabídkovém řízení, včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 5.3.2015.

224. Konečně Úřad výrokem IV. předmětného rozhodnutí uložil objednateli povinnost zaplatit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.

225. Proti výroku I. výše zmíněného rozhodnutí podal navrhovatel dne 14.7.2015 rozklad, který byl Úřadu doručen téhož dne. Úřad na tomto místě uvádí, že jelikož rozklad navrhovatele ze dne 14.7.2015 směřoval pouze do výroku I. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0203/2015/VZ-16006/2015/531/JDo ze dne 29.6.2015, zbývající výroky (tj. výroky II. až IV.) předmětného rozhodnutí nabyly dne 15.7.2015 právní moci.

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 11.12.2015

226. Po projednání rozkladu předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R205/2015/VZ-43984/2015/321/TNo ze dne 11.12.2015, které nabylo právní moci dne 14.12.2015 (dále jen „druhostupňové rozhodnutí“), zrušil podle § 152 odst. 5 písm. a) v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 správního řádu, prvostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-16006/2015/531/JDo

ze dne 29.6.2015 ve výroku I. (dále jen „napadené rozhodnutí“) a věc vrátil Úřadu v tomto rozsahu k novému projednání.

227. V druhostupňovém rozhodnutí bylo primárně konstatováno, že ve výroku *„rozhodnutí správního orgánu musí být dle § 68 odst. 2 správního řádu uvedeno právní ustanovení, podle nichž bylo rozhodováno. Výrok I. napadeného rozhodnutí, nejen, že neobsahuje odkaz na příslušné ustanovení, nicméně ani právní předpis, podle kterého Úřad v prvním stupni postupoval. Dle obsahu odůvodnění napadeného rozhodnutí byla důvodem takového postupu dle Úřadu existence mezery v právu, pro kterou Úřad ve výroku neuvedl, podle jakého právního předpisu rozhodoval. Z kontextu odůvodnění napadeného rozhodnutí a s ohledem na skutečnost, že Úřad návrh navrhovatele v konkretizovaných částech zamítl, lze dovodit, že zřejmě rozhodoval podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, nicméně tato úvaha je pouhou domněnkou, neschopnou zasáhnout sama o sobě do práv a povinností účastníků řízení, neboť nositelem autoritativního zásahu do práv a povinností je vždy výrok rozhodnutí správního orgánu a nikoliv jeho odůvodnění. (…)“*

228. V předmětném druhostupňovém rozhodnutí bylo v dalším uvedeno, že je žádoucí, aby *„správní rozhodnutí ve výrokové části obsahovala uvedení právních ustanovení, podle kterých rozhoduje spolu s uvedením znění tohoto konkrétního právního ustanovení. Z hlediska zákonnosti napadeného rozhodnutí však postačí, pokud bude ve výroku uvedeno alespoň číslo paragrafu ustanovení, podle kterého správní orgán rozhodoval bez citace tohoto ustanovení, nebo slovně uvedeno znění ustanovení, bez čísla paragrafu tohoto ustanovení. (…) Na tuto zákonnou povinnost však nelze úplně rezignovat neuvedením ani znění právního ustanovení, ani čísla paragrafu příslušného právního předpisu, podle kterého Úřad rozhodoval, neboť z pohledu opravných prostředků a s nimi spojených práv účastníků řízení je rozklad přípustný vždy proti výrokové části rozhodnutí, případně společně s odůvodněním a v nyní šetřené věci navrhovatel de facto nevěděl, proti čemu se odvolává, neboť Úřad mu nesdělil důvod, který ho vedl k zamítnutí návrhu navrhovatele.“*

229. Jak bylo dále ve shora citovaném druhostupňovém rozhodnutí řečeno, Úřad *„v bodě 261 napadeného rozhodnutí dovodil, že zákon o veřejných službách neupravuje situaci, kdy by Úřad zamítl návrh navrhovatele, resp. by zastavil správní řízení, jestliže by bylo zjištěno, že návrh byl podán tzv. „neoprávněnou osobou“, neboť tento důvod zamítnutí návrhu je upraven pouze v § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách a nikoliv v zákoně o veřejných službách, který se vztahuje na předmětné nabídkové řízení. V této souvislosti tedy lze souhlasit s posouzením Úřadu v napadeném rozhodnutí, že se jedná o tzv. „mezeru v zákoně“, neboť zákon o veřejných službách neobsahuje úpravu, která by umožnila zamítnout návrh, který podala osoba k tomu neoprávněná. (…) V bodě 262 napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že „zákon o veřejných službách je speciálním právním předpisem ve vztahu k zákonu o veřejných službách. Jestliže proto zákon o veřejných službách v některém z jeho ustanovení (viz např. § 13 odst. 2 předmětného zákona) na zákon o veřejných zakázkách výslovně neodkazuje, není možné tento zákon, tj. zákon o veřejných zakázkách, aplikovat. Jinak řečeno, nelze nedokonalost zákona o veřejných službách, týkající se toho, že jak má být Úřadem postupováno, jestliže byl návrh podán tzv. „neoprávněnou osobou“, „překlenout“ aplikací § 118 odst. 5 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jelikož zákon o veřejných službách na předmětné ustanovení zákona o veřejných zakázkách*

neodkazuje.“ Tento bod napadeného rozhodnutí, který je klíčový pro další postup v šetřené věci, je třeba označit za nepřezkoumatelný (…).“

230. Podle druhostupňového rozhodnutí v souladu *„s rozhodovací praxí ve správním soudnictví byl tedy Úřad povinen přezkoumatelným způsobem vymezit vzájemný vztah mezi zákonem o veřejných službách a zákonem o veřejných zakázkách. Za správný postup tak nelze považovat, pokud se Úřad omezil pouze na tvrzení, že zákon o veřejných službách je k zákonu o veřejných zakázkách ve vztahu speciality a pokud zákon o veřejných službách přímo neodkazuje na zákon o veřejných zakázkách, nelze tento aplikovat. (…) Úřad v napadeném rozhodnutí měl nejprve uvést přezkoumatelné a srozumitelné úvahy, které ho vedly k závěru, že zákon o veřejných službách je jako celek předpisem speciálním vůči zákonu o veřejných zakázkách. Z hlediska uvedeného závěru je tak třeba napadené rozhodnutí považovat za nepřezkoumatelné, případně vnitřně logicky rozporné, neboť Úřad uvedl, že zákon o veřejných službách je jako celek speciálním předpisem, ale současně uvedl, že pro aplikaci zákona o veřejných zakázkách musí být v zákoně o veřejných službách výslovný odkaz na zákon o veřejných zakázkách. Je zřejmé, že pokud by Úřad osvědčil svůj závěr o tom, že zákon o veřejných službách je ve vztahu speciality k zákonu o veřejných zakázkách, mohl by bezesporu na daný případ přímo aplikovat příslušná ustanovení ze zákona o veřejných zakázkách. Jiná situace by ovšem nastala, pokud by Úřad dospěl k závěru, že zákon o veřejných službách není jako celek ve vztahu speciality k zákonu o veřejných zakázkách. Za takové situace by byl ovšem Úřad povinen zkoumat, zda mezi těmito dvěma právními předpisy není dán vztah subsidiarity. (…)“*

231. K posouzení vztahu mezi zákonem o veřejných zakázkách a zákonem o veřejných službách v otázce speciality předmětné druhostupňové rozhodnutí odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 78/2007 ze dne 10.4.2008; pokud jde o vztah subsidiarity právních předpisů, pak dané rozhodnutí odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu 7 Afs 75/2011 ze dne 27.9.2012.

232. V dalším zmíněné druhostupňové rozhodnutí odkazuje na rozsudek Nejvyššího soudu č. j. 31 Cdo 4781/2009 ze dne 16.5.2012, z něhož vyplývá, že *„pokud existují dva předpisy, z nichž jeden je ve vztahu speciality vůči druhému a zároveň komplexně upravuje určitou problematiku, stále není vyloučena aplikace předpisu obecného v případech, které speciální právní předpis neupravuje. V šetřené věci není podstatné, že se jedná o vztah mezi zákonem č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, jež byl zrušen k 1.1.2014, jako předpisem speciálním vůči zákonu č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, který byl taktéž zrušen ke dni 1.1.2014, ani že problematika řešená před Nejvyšším soudem České republiky je odlišná, neboť závěry, ohledně aplikace obecného předpisu v případě komplexní úpravy určité problematiky předpisem speciálním, lze aplikovat i na nyní šetřenou věc, protože platí pro všechny právní předpisy bez výjimky skrze celé spektrum českého právního řádu.“*

233. Dále je ve druhostupňovém rozhodnutí uvedeno, že pokud by *„Úřad aplikoval závěry uvedené v citovaném rozsudku na nyní šetřenou věc, mohl by dojít k závěru, že pokud je zákon o veřejných službách speciální právní předpis vůči zákonu o veřejných zakázkách, který je obecným právním předpisem, v případě problematiky zamítnutí návrhu podaného „neoprávněnou osobou“, která není v zákoně o veřejných službách upravena, mohl by dojít k závěru, že je možné zamítnout návrh ve smyslu § 118 odst. 5 písm. c) zákona*

o veřejných zakázkách. Pokud by nicméně Úřad došel i přes výše uvedené k závěru, že aplikací zákona o veřejných zakázkách nelze zhojit nedostatek zákona o veřejných službách, neboť tyto dva právní předpisy nejsou ve vztahu speciality ani subsidiarity, pak by bylo namístě, aby se zabýval možností použití analogie."

234. Současně je v předmětném druhostupňovém rozhodnutí v dalším konstatováno, že za situace, že by Úřad *„uvažoval o použití analogie, byl by povinen přihlédnout k tomu, že zákon o veřejných službách vůbec neřeší situaci, kdy je zamítán návrh, neboť byl podán neoprávněnou osobou, přestože obsahuje ustanovení o tom, že námitky v nabídkovém řízení lze podat pouze do pěti dnů od uplynutí lhůty pro podání nabídek. V nyní šetřené věci bylo zjištěno, že námitky byly prokazatelně podány až po této lhůtě."*

235. K postupu Úřadu v novém projednání věci pak druhostupňové rozhodnutí stanoví, že *„Úřad přezkoumatelným a jasným způsobem postaví najisto, zda jsou zákon o veřejných službách a zákon o veřejných zakázkách ve vztahu speciality či subsidiarity a zda tak lze aplikovat § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách na zamítnutí návrhu navrhovatele v konkretizovaných částech z důvodu, že nebyl podán oprávněnou osobou. Pokud Úřad dovodí, že zákon o veřejných službách a zákon o veřejných zakázkách nejsou ve vztahu speciality či subsidiarity, přezkoumatelným a jasným způsobem postaví najisto, zda lze v daném případě použít analogii, a to v souladu s výše uvedenými závěry. Úřad je při posuzování výše uvedeného povinen vycházet z řádně zjištěného skutkového stavu věci a své úvahy podepřít důkazními prostředky a vypořádat se plně s veškerými námitkami zadavatele, včetně námitek, které zadavatel uvádí v rozkladu, jimiž brojí proti napadenému rozhodnutí."*

Nové projednání věci Úřadem

236. Úřad poté, co mu byla věc vrácena k novému projednání, přípisem č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-44440/2015/531/JDo ze dne 17.12.2015 účastníky řízení vyrozuměl o pokračování řízení. Současně Úřad účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-44465/2015/531/JDo z téhož dne určil lhůtu, ve které mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.

237. Usnesením č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-45991/2015/531/JDo ze dne 23.12.2015 Úřad účastníkům řízení určil lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

238. Dne 23.12.2015 obdržel Úřad žádost navrhovatele z téhož dne o prodloužení lhůty určené Úřadem usnesením č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-46160/2015/531/JDo ze dne 23.12.2015.

239. Usnesením č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-46160/2015/531/PPo ze dne 23.12.2015 Úřad účastníkům řízení na žádost navrhovatele předmětnou lhůtu přiměřeně prodloužil.

240. Sdělením č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-46365/2015/531/JDo/VNe ze dne 29.12.2015 Úřad nevyhověl žádosti objednatele ze dne 28.12.2015 o prodloužení lhůty určené usnesením č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-46160/2015/531/JDo ze dne 23.12.2015.

241. Usnesením č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-46496/2015/530/MDl ze dne 30.12.2015 Úřad účastníkům řízení určil lhůty, ve kterých mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření vybraného dopravce ze dne 21.12.2015

242. Vybraný dopravce se k usnesení č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-44465/2015/531/JDo ze dne 17.12.2015 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 21.12.2015, které Úřad obdržel dne 22.12.2015, přičemž konstatuje následující.

243. Vybraný dopravce předně uvádí, že respektuje právní názor vyjádřený v druhostupňovém rozhodnutí, aby se Úřad v novém projednání věci vypořádal s tím, zda je naplněn procesní rámec pro věcný přezkum. Podle názoru vybraného dopravce bylo Úřadu druhostupňovým rozhodnutím uloženo rozhodnout stejně, jako tomu bylo již v napadeném rozhodnutí, Úřad se má „pouze" navíc vypořádat s procesními nedostatky.

244. Vybraný dopravce předesílá, že souhlasí se závěrem obsaženým v napadeném rozhodnutí, že zákon o veřejných službách neupravuje situaci, jak postupovat v případě, že je návrh podán tzv. osobou neoprávněnou, stejně tak souhlasí i se závěrem, že nelze bez dalšího použít zákon o veřejných zakázkách. Vybraný dopravce má za to, že zákon o veřejných službách obsahuje samostatnou úpravu řízení o přezkoumání úkonů objednatele, přičemž není možné dovozovat, že by se jednalo o úpravu speciální ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách, potažmo že by byl zákon o veřejných zakázkách v tomto ohledu subsidiárně aplikovatelný na zákon o veřejných službách. Pokud jde o možnost použití analogie, jak bylo uvedeno ve druhostupňovém rozhodnutí, pak dle názoru vybraného dopravce je tato zásadně přípustná.

245. S ohledem na výše popsané vybraný dopravce uzavírá, že Úřad by měl správní řízení o přezkoumání úkonů objednatele v části IV.A. návrhu, v části IV.B. návrhu, v části IV.C. návrhu, v části IV.D.I. návrhu, v části IV.D.II. návrhu, v části IV.D. III. návrhu, v části IV.E. návrhu, v části IV.F. návrhu, v části IV.G. návrhu, v části IV.H. návrhu, v části IV.I. návrhu, v části IV.J. návrhu, v části IV.K. návrhu, v části IV.O. návrhu a v části IV.P. návrhu analogicky podle § 24f zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon"), zastavit.

Vyjádření navrhovatele ze dne 22.12.2015

246. Navrhovatel se k usnesení č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-44465/2015/531/JDo ze dne 17.12.2015 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 22.12.2015, jež Úřad obdržel téhož dne, když uvádí následující.

247. Navrhovatel konstatuje, že dle jeho názoru není možné návrh zamítnout podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách. Navrhovatel podotýká, že zákon o veřejných službách a zákon o veřejných zakázkách neupravují tutéž materii v různém rozsahu, nýbrž upravují rozdílný způsob zadávání vzájemně odlišných smluv. Jedná se tudíž o úpravu kontraktačních procesů při zadávání smluv ve zcela odlišných oblastech, resp. smluv o zcela odlišných parametrech, a vzhledem k tomu nejsou předmětné právní předpisy ve vzájemném vztahu subsidiarity a speciality. Právě řečené navrhovatel v další části svého vyjádření podrobně zdůvodňuje.

248. Navrhovatel má za to, že ustanovení § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách nejde ve zde posuzovaném případě použít ani analogicky. Navrhovatel je přesvědčen, že pro aplikaci analogie nejsou dány zákonné předpoklady, což v dalším zevrubně popisuje.

249. Navrhovatel v další části svého vyjádření předesílá, že byl v šetřeném nabídkovém řízení objednatelem diskriminován, přičemž za účelem podpory daného závěru odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0585/2015/VZ-37580/2015/532/KSt ze dne 3.11.2015. Diskriminační jednání objednatele spatřuje navrhovatel v tom, že délka zadávací lhůty a lhůty pro zahájení plnění smlouvy byly nezákonné, jakož i v tom, že objednatel stanovil diskriminační požadavky na vlastnosti vozidel.

250. S ohledem na vše výše řečené proto navrhovatel setrvává na svém návrhu a požaduje, aby Úřad posuzované nabídkové řízení zrušil.

Vyjádření objednatele ze dne 6.1.2016

251. Objednatel se k usnesení č. j. ÚOHS-S203/2015/VZ-46496/2015/530/MDl ze dne 30.12.2015 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 6.1.2016, jež Úřad obdržel téhož dne, přičemž sděluje následující.

252. Objednatel předně setrvává na závěru, že v šetřeném nabídkovém řízení postupoval transparentně a nediskriminačně a vytvořil pro všechny dodavatele stejné a rovné podmínky umožňující férovou soutěž.

253. Pokud jde o procesní postup Úřadu v napadeném rozhodnutí, jehož vyústěním byl závěr, že navrhovatel není v příslušných částech návrhu osobou oprávněnou k jeho podání, pak s tímto postupem se objednatel ztotožňuje. Objednatel má za to, že mezi zákonem o veřejných službách a zákonem o veřejných zakázkách není dán poměr speciality, což blíže zdůvodňuje konkrétními argumenty. Podle slov objednatele by bylo možné v šetřeném případě aplikovat subsidiárně ustanovení § 24f koncesního zákona a správní řízení zastavit. Objednatel vyjadřuje přesvědčení, že není vyloučena ani aplikace § 66 odst. 1 písm. b), případně § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu.

254. Jestliže by Úřad neshledal objednatelem výše naznačené postupy za aplikovatelné, pak navrhovatel konstatuje, že pro rozhodnutí věci není vyloučena ani aplikace analogie legis. Objednatel nesouhlasí s názorem navrhovatele, že užití analogie není přípustné (viz bod 248. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž za účelem zdůvodnění přípustnosti jejího použití předkládá podrobnou argumentaci.

255. K tvrzení navrhovatele, že v průběhu posuzovaného nabídkového řízení došlo k jeho diskriminování (viz bod 249. odůvodnění tohoto rozhodnutí), objednatel uvádí, že dané tvrzení nemá žádný reálný základ, přičemž podotýká, že zadávací lhůta a lhůta pro zahájení plnění smlouvy byly pro všechny uchazeče stejné a sám navrhovatel v průběhu nabídkového řízení uvedl, že jsou z jeho pohledu dostatečné.

256. Vzhledem k výše popsaným skutečnostem proto objednatel v závěru jeho vyjádření navrhuje, aby Úřad správní řízení o přezkoumání úkonů objednatele v části IV.A. návrhu, v části IV.B. návrhu, v části IV.C. návrhu, v části IV.D.I. návrhu, v části IV.D.II. návrhu, v části IV.D. III. návrhu, v části IV.E. návrhu, v části IV.F. návrhu, v části IV.G. návrhu, v části IV.H. návrhu, v části IV.I. návrhu, v části IV.J. návrhu, v části IV.K. návrhu, v části IV.O. návrhu a v části IV.P. návrhu zastavil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

257. Úřad přezkoumal na základě § 25 a následujících ustanovení zákona o veřejných službách případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů a stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl tak, že návrh navrhovatele ze dne 2.4.2015 v části IV.A. návrhu, v části IV.B. návrhu, v části IV.C. návrhu, v části IV.D.I. návrhu, v části IV.D.II. návrhu, v části IV.D. III. návrhu, v části IV.E. návrhu, v části IV.F. návrhu, v části IV.G. návrhu, v části IV.H. návrhu, v části IV.I. návrhu, v části IV.J. návrhu, v části IV.K. návrhu, v části IV.O. návrhu, v části IV.P. návrhu –podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách *per analogiam* zamítl, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona o veřejných službách

258. Podle § 12 odst. 2 zákona o veřejných službách se pro posouzení a hodnocení nabídek použijí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně s tím, že hodnotícím kritériem pro výběr dopravce je pouze ekonomická výhodnost nabídky.

259. Podle § 13 odst. 2, věty druhé, zákona o veřejných službách pro podání námitek, způsob jejich vyřízení a zákaz uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících se použijí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně.

260. Podle § 25 odst. 1 zákona o veřejných službách dohled nad dodržováním postupu při uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících na základě nabídkového řízení nebo přímým zadáním a jejích změnách podle tohoto zákona vykonává Úřad.

261. Podle § 26 zákona o veřejných službách se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu zahajuje na písemný návrh osoby, která podala námitky podle § 13 odst. 2 nebo § 19 odst. 3 nebo z moci úřední.

262. Podle § 31 odst. 1 zákona o veřejných službách nedodrží-li objednatel postup stanovený tímto zákonem nebo přímo použitelným předpisem Evropských společenství, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících přímým zadáním, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad uloží nápravné opatření tím, že zruší nabídkové řízení nebo jednotlivý úkon objednatele.

Relevantní ustanovení zákona o veřejných zakázkách

263. Podle § 17 písm. l) zákona o veřejných zakázkách se pro účely tohoto zákona zadávacími podmínkami rozumí veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky.

264. Podle § 110 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách lze námitky podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.

265. Podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách musí námitky proti zadávacím podmínkám stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.

266. Podle § 110 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách musí námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení.

267. Podle § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách se námitky podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle odstavců 2, 3 a 5 musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle odstavce 2, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovatele. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.

268. Podle § 111 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách zadavatel přezkoumá podané námitky v plném rozsahu a do 10 dnů od obdržení námitek odešle stěžovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu. Vyhoví-li zadavatel námitkám, uvede v rozhodnutí způsob provedení nápravy.

269. Podle § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách pokud zadavatel námitkám nevyhoví, uvědomí stěžovatele v písemném rozhodnutí o možnosti podat ve lhůtě podle § 114 odst. 4 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.

K výroku tohoto rozhodnutí

K včasnosti podání námitek

270. Jak bylo popsáno již výše, navrhovatel dne 19.3.2015 doručil objednateli své námitky z téhož dne. Navrhovatel přitom dané námitky nazval jako „Námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky v nabídkovém řízení „Provozní soubor Šumava“. Navrhovatel tyto námitky vnitřně rozčlenil na body (písmena) A. až R., přičemž v každém z těchto bodů napadal konkrétní pochybení objednatele, jež mělo, podle přesvědčení navrhovatele, vliv na výběr nejvhodnější nabídky v šetřeném nabídkovém řízení.

271. Z rozhodnutí o námitkách ze dne 27.3.2015 je zřejmé, že o konkrétních bodech námitek objednatel nerozhodoval, jelikož je považoval za opožděné, tzn. za námitky podané v rozporu s požadavky § 110 zákona o veřejných zakázkách (viz body 35. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

272. Úřad uvádí, že mezi účastníky řízení je sporu stran toho, zda konkrétní body námitek byly ze své povahy námitkami proti zadávacím podmínkám, či námitkami proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Zatímco objednatel a vybraný dopravce jsou přesvědčeni, že převážná většina bodů námitek směřuje evidentně vůči zadávacím podmínkám a tyto námitky tak byly navrhovatelem podány opožděně, navrhovatel, z logiky věci, zaujímá názor diametrálně odlišný, když uvádí, že veškerá pochybení objednatele, jež jsou napadána

námitkami, vyvstala až v důsledku rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, a tudíž byly všechny námitky (tzn. body A. až R. námitek) podány v souladu se zákonem o veřejných zakázkách.

273. Úřad nejprve v obecné rovině konstatuje, že podle § 13 odst. 2 zákona o veřejných službách se pro podání námitek a způsob jejich vyřízení použijí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně. Současně je možno dodat, že na základě § 26 zákona o veřejných službách se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu zahajuje na písemný návrh osoby, která podala námitky podle § 13 odst. 2 nebo § 19 odst. 3 nebo z moci úřední.

274. Jak je zřejmé z předchozího bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí, podávání námitek v nabídkovém řízení se řídí zákonem o veřejných zakázkách. Podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách přitom platí, že námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli, resp. objednateli, nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Zadávacími podmínkami se podle § 17 písm. l) zákona o veřejných zakázkách rozumí veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky.

275. Úřad uvádí, že ustanovení § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách upravuje speciální lhůtu pro podání námitek proti zadávacím podmínkám. Smyslem tohoto ustanovení je zabránit účelovému podávání námitek až na základě znalosti výsledku nabídkového řízení, tedy typicky tehdy, až se konkrétní uchazeč dozví o výběru nejvhodnější nabídky, tzn. nabídky podané konkurenčním uchazečem.

276. Námitky proti zadávacím podmínkám musí navrhovatel doručit objednateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Jak bylo Úřadem zjištěno, konec lhůty pro podání nabídek byl objednatelem stanoven na 3.12.2014. Jestliže by tedy bylo Úřadem dovozeno, že konkrétní body námitek skutečně směřovaly proti zadávacím podmínkám, pak lze konstatovat, že posledním dnem, kdy navrhovatel mohl své právo na podání námitek vůči zadávacím podmínkám uplatnit, byl 8.12.2014. Takto však neučinil a lhůta marně uběhla.

277. Navrhovatel v bodu (písmenu) A. námitek uvádí, že objednatel nedodržel lhůtu stanovenou v čl. 7 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady a v § 19 odst. 1 zákona o veřejných službách, když dne 4.6.2014 uveřejnil opravné oznámení předběžných informací k nabídkovému řízení, přičemž tímto opravným oznámením změnil dobu provozování veřejné drážní dopravy a současně navýšil i předpokládanou hodnotu kompenzace za veřejné služby tvořící předmět šetřeného nabídkového řízení. Navrhovatel proto uvádí, že, vzhledem k provedeným změnám, byl objednatel oprávněn nabídkové řízení zahájit nejdříve dne 4.6.2015, což se však nestalo, jelikož objednatel nabídkové řízení zahájil již dne 15.7.2014 (viz bod 11. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomuto tvrzení uvádí Úřad následující. Objednatel dne 30.5.2014 uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek opravný formulář oznámení předběžných informací nabídkového řízení pod ev. č. 104659. Následně byl dne 4.6.2014 pod ev. č. 2014/S 106-186586 opravný formulář oznámení předběžných informací uveřejněn i v Úředním věstníku Evropské unie. Navrhovatel tak ode dne uveřejnění předmětného opravného oznámení v Úředním věstníku Evropské unie, tj. ode dne 4.6.2014, kdy změna zadávacích podmínek (tj. změna délky provozování veřejné drážní dopravy

a změna výše předpokládané hodnoty kompenzace za veřejné služby) provedená objednatelem vešla ve „všeobecnou známost“, mohl proti těmto změnám, jestliže je považoval za rozporné se shora specifikovanými právními předpisy, podat námitku, a to, Úřad opakuje, nejpozději do 8.12.2014. To však navrhovatel neučinil, neboť tuto námitku vznesl až v rámci celého „balíku“ námitek, tzn. námitek, které podal dne 19.3.2015, Úřad tudíž konstatuje, že námitka konkretizovaná v bodě A. námitek, jež byla Úřadem posouzena bez nejmenších pochyb jako námitka proti zadávacím podmínkám, byla navrhovatelem podána opožděně, čili v rozporu s požadavkem § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

278. Pokud jde o bod B. námitek, který se týká neuvedení požadavku na složení jistoty podle § 67 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách v oznámení nabídkového řízení (viz bod 12. odůvodnění tohoto rozhodnutí), pak Úřad konstatuje následující. Z dokumentace nabídkového řízení vyplývá, že požadavek na složení jistoty ve výši 10 000 000,- Kč byl objednatelem vymezen v čl. 12 „JISTOTA“ dokumentace nabídkového řízení. Úřad ve vztahu k předmětné námitce navrhovatele uvádí, že o požadavku objednatele na povinnost složení jistoty musel navrhovatel vědět od okamžiku, kdy se seznámil s dokumentací nabídkového řízení. Jestliže měl navrhovatel za to, že objednatel pochybil, když jeho požadavek na složení jistoty nevymezil v oznámení nabídkového řízení, měl navrhovatel jím tvrzené pochybení napadnout námitkou ve lhůtě k tomu zákonem o veřejných zakázkách určené, tzn. nejpozději dne 8.12.2014. Navrhovatel však tuto námitku vznesl až po rozhodnutí objednatele o výběru nejvhodnější nabídky, čili opožděně. Jelikož se nejednalo o možné pochybení objednatele, které by „vyšlo najevo“ až na základě rozhodnutí objednatele o výběru nejvhodnější nabídky, nezbývá než uzavřít, že předmětná námitka, jakožto námitka proti zadávacím podmínkám, byla navrhovatelem podána v rozporu s § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, na který (jehož aplikaci) výslovně zákon o veřejných službách v § 13 odst. 2 odkazuje.

279. V bodu C. námitek navrhovatel napadá délku zadávací lhůty a délku lhůty pro zahájení plnění smlouvy na předmět nabídkového řízení, které byly, podle jeho názoru, nezákonné, netransparentní a diskriminační (viz bod 13. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad uvádí, že z čl. 19 „LHŮTA VÁZANOSTÍ NABÍDKAMI A PROHLÁŠENÍ DOPRAVCE:“ dokumentace nabídkového řízení je zřejmé, že objednatel stanovil zadávací lhůtu v délce 365 dnů. Dále z čl. 4 „PŘEDPOKLÁDANÝ ROZSAH ZAKÁZKY A DOBA PLNĚNÍ ZAKÁZKY“ dokumentace nabídkového řízení vyplývá, že objednatel předpokládal zahájení plnění předmětu nabídkového řízení od začátku platnosti jízdního řádu pro období 2016/2017 v prosinci 2016, přičemž toto plnění mělo být podle totožného článku dokumentace nabídkového řízení vítězným uchazečem realizováno po dobu patnácti období platnosti jízdního řádu, tedy do konce platnosti jízdního řádu pro období 2030/2031. Úřad konstatuje, že z právě řečeného je zřejmé, že navrhovatel o délce zadávací lhůty, jakož i o lhůtě pro zahájení plnění předmětu nabídkového řízení, musel prokazatelně vědět již z dokumentace nabídkového řízení, tudíž mohl proti daným lhůtám brojit námitkami ode dne, kdy obdržel, resp. kdy se seznámil, s dokumentací nabídkového řízení. Navrhovatel však námitku proti údajně nesprávně stanoveným lhůtám podal až dne 19.3.2015. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětná námitka byla Úřadem bez dalšího posouzena jako námitka proti zadávacím podmínkám, nezbývá, ve světle shora popsaného, než konstatovat, že tato námitka měla být navrhovatelem vznesena nejpozději dne 8.12.2014. Jelikož navrhovatel danou námitku podal až dne 19.3.2015, tzn. více jak 3 měsíce od skončení lhůty pro podání nabídek, je zcela

evidentní, že taktéž tato námitka byla navrhovatelem podána opožděně a tedy v rozporu s § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

280. Bod D. námitek byl navrhovatelem dále rozdělen na 3 části (D.I. až D.III.). V bodu D., části I., námitek navrhovatel poukazuje na to, že návrh smlouvy nesplňuje základní obsahové náležitosti nařízení Evropského parlamentu a Rady (viz bod 14. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V bodu D., části II., námitek navrhovatel předesílá, že objednatel v návrhu smlouvy, v rozporu s požadavky nařízení Evropského parlamentu a Rady, nevymezil způsob rozdělování nákladů spojených s poskytováním služeb (viz bod 16. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Konečně v bodu D., části III., námitek navrhovatel konstatuje, že objednatel v rozporu s nařízením Evropského parlamentu a Rady nevymezil v návrhu smlouvy způsob rozdělování příjmů z prodeje jízdenek (viz bod 17. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad uvádí, že podle čl. 2 „ZÁKLADNÍ INFORMACE O DOKUMENTACI NABÍDKOVÉHO ŘÍZENÍ“ dokumentace nabídkového řízení byl přílohou č. 8 této dokumentace „Závazný návrh smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících“, tzn. návrh smlouvy. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že nemůže být pochyb o tom, že navrhovateli byl znám obsah návrhu smlouvy minimálně ode dne, kdy obdržel, resp. kdy se seznámil, s dokumentací nabídkového řízení. Jestliže tudíž navrhovatel v bodu D. námitek uvádí, že návrh smlouvy nesplňuje obsahové náležitosti nařízení Evropského parlamentu a Rady, resp. že „něco“ neupravuje (viz výše), pak je třeba konstatovat, že i tento bod námitek musí být považován za rozporný s § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Úřad předesílá, že navrhovatelem námitkami napadané „nedokonalosti“ návrhu smlouvy jsou námitkami směřujícími proti zadávacím podmínkám. Nemůže být proto pochyb o tom, že předmětné námitky měly být navrhovatelem vzneseny nejpozději dne 8.12.2014, což se však nestalo, jelikož navrhovatel tyto námitky uplatnil až dne 19.3.2015. Úřad tudíž vyslovuje dílčí závěr, a sice ten, že námitky obsažené v bodě D. námitek, a to ve všech částech tohoto bodu, byly podány opožděně, čili v rozporu s § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

281. Co se týče bodu E. námitek, jímž navrhovatel napadá to, že dokumentace nabídkového řízení neupravuje, v rozporu s příslušnými právními předpisy, požadavek na vzájemné uznávání jízdních dokladů (viz bod 18. odůvodnění tohoto rozhodnutí), dospěl Úřad k následujícímu závěru. S odkazem na předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad konstatuje, že s obsahem dokumentace nabídkového řízení musel být navrhovatel seznámen ode dne, kdy se seznámil se samotnou dokumentací nabídkového řízení. Pokud je tak navrhovatel přesvědčen, že dokumentace nabídkového řízení neobsahuje požadavek na vzájemné uznávání jízdních dokladů dopravců, pak měl možnost proti tomuto brojit námitkami podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, jelikož se zcela evidentně jedná o námitky vůči zadávacím podmínkám. Navrhovatel však, podle jeho slov, tento „nedostatek“ dokumentace nabídkového řízení napadl až v rámci námitek ze dne 19.3.2015, tudíž Úřad uvádí, že i námitky blíže konkretizované v bodě E. námitek byly podány opožděně, tj. v rozporu s § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

282. V bodu F. námitek navrhovatel uvádí, že návrh smlouvy porušuje pravidla pro poskytování a čerpání dotací v případě, že k financování nových vozidel budou použity finanční prostředky z evropských fondů (viz bod 19. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad opětovně konstatuje, že navrhovateli musel být znám obsah návrhu smlouvy minimálně ode dne, kdy obdržel, resp. kdy se seznámil, s dokumentací nabídkového řízení. Jedná se přitom bez

nejmenších pochyb o námitku proti zadávacím podmínkám. Navrhovatel tak měl danou námitku vznést nejpozději dne 8.12.2014. V důsledku toho, že předmětná námitka byla navrhovatelem uplatněna až v rámci námitek ze dne 19.3.2015, Úřad konstatuje, že i tato námitka byla podána opožděně, tedy nikoliv v souladu s požadavky § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

283. Pokud jde o bod G. námitek, který se týká prokázání profesního kvalifikačního předpokladu, tj. licence k provozování veřejné drážní dopravy, prostřednictvím subdodavatele (viz bod 20. odůvodnění tohoto rozhodnutí), konstatuje Úřad následující. Požadavky objednatele na profesní kvalifikační předpoklady byly vymezeny v čl. 11 „KVALIFIKAČNÍ PŘEDPOKLADY“, konkrétně v části 11.9 „Profesní kvalifikační předpoklady“, dokumentace nabídkového řízení. Problematika prokazování shora specifikovaného profesního kvalifikačního předpokladu prostřednictvím subdodavatele byla rovněž předmětem dodatečných informací ze dne 18.9.2014, konkrétně odpovědi objednatele na dotaz č. 1 těchto dodatečných informací. Úřad tudíž nemůže souhlasit s názorem navrhovatele, že údajné diskriminační jednání objednatele, spočívající v umožnění prokázání předmětného profesního kvalifikačního předpokladu osobou subdodavatele, vyvstalo až v rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Úřad uvádí, že, jak bylo popsáno výše, možnost prokazovat tento profesní kvalifikační předpoklad prostřednictvím subdodavatele, byla objednatelem formulována již v dokumentaci nabídkového řízení, přičemž byla v dalším upřesněna v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 18.9.2014. Vzhledem k právě řečenému Úřad podotýká, že pokud navrhovatel považoval analyzovaný požadavek objednatele za rozporný s právními předpisy, měl proti němu brojit ve lhůtě stanovené v § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, neboť se zcela evidentně jedná o zadávací podmínku. Nezbývá proto než uzavřít, že námitka konkretizovaná v bodě G. námitek byla navrhovatelem podána opožděně.

284. V bodu H. námitek vyjadřuje navrhovatel názor, že návrh smlouvy, v rozporu s požadavky nařízení č. 1371/2007, nezajišťuje ochranu práv cestujících (viz bod 21. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak již bylo Úřadem zevrubně komentováno výše, návrh smlouvy byl součástí dokumentace nabídkového řízení. Nemůže být přitom pochyb o tom, že navrhovateli byl znám obsah návrhu smlouvy minimálně ode dne, kdy obdržel, resp. kdy se seznámil, s dokumentací nabídkového řízení. Úřad tudíž konstatuje, že rovněž námitka obsažená v bodě H. námitek ze dne 19.3.2015 je námitkou proti zadávacím podmínkám, z čehož vyplývá, že byla navrhovatelem uplatněna opožděně, tzn. v rozporu s § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

285. V bodu I. námitek navrhovatel uvádí, že objednatel stanovil dílčí hodnotící kritéria v rozporu se zásadami uvedenými v § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, jelikož váha dílčího hodnotícího kritéria „variabilní část kompenzace“ ve výši 10 %, vůči váze dílčího hodnotícího kritéria „výše požadované kompenzace“ ve výši 70 %, neodpovídá možnostem uplatnění variabilní části kompenzace (viz bod 22. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad konstatuje, že stanovení dílčích hodnotících kritérií, včetně uvedení jejich vah, bylo objednatelem provedeno v čl. 18 „HODNOCENÍ NABÍDEK, konkrétně v části 18.1 „Výčet hodnotících kritérií“, dokumentace nabídkového řízení. Úřad tudíž opětovně předesílá, že o obsahu dílčích hodnotících kritérií, jakož i o jejich váhách, musel navrhovatel vědět již ode dne, kdy se seznámil se samotnou dokumentací nabídkového řízení. Vzhledem k této

skutečnosti je proto zřejmé, že námitky obsažené v bodě I. námitek ze dne 19.3.2015 byly navrhovatelem podány opožděně, neboť se jedná o námitky směřující proti zadávacím podmínkám, u nichž lhůta pro jejich řádné uplatnění podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách marně uplynula již dne 8.12.2014.

286. Navrhovatel v bodu J. námitek předesílá, že objednatel stanovil diskriminační a netransparentní požadavky na vlastnosti vozidel. Současně je navrhovatel přesvědčen, že i požadavek objednatele na schopnost úvratě, tzn. změnu směru jízdy, v době nejvýše 3 minuty pobytu ve stanici, je neopodstatněný a nereálný (viz bod 23. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad uvádí, že technické požadavky na vlastnosti vozidel určených k plnění předmětu nabídkového řízení, jakož i požadavek na schopnost úvratě, byly vymezeny v čl. 1, části A – Obligatorní požadavky, přílohy č. 7 „Podrobné požadavky objednatele na kvalitu a vybavení vozidel“ dokumentace nabídkového řízení, přičemž byly dále objednatelem upřesněny dodatečnými informacemi ze dne 19.8.2014. Konkrétně se v těchto dodatečných informacích uvádí:

Dotaz č. 21.1.

„Proč je požadována min. rychlost 100 km/h, když je na zmíněných tratích rychlost nižší (80 km/h)?

Odpověď na dotaz č. 21.1.

Zadavatel si vyhradil právo žádat takové technické požadavky u vozidel určených k plnění zakázky, které odpovídají délce veřejné zakázky a předpokládanému zkvalitnění využívané infrastruktury.

Dotaz č. 21.3.

Proč jsou navrženy max. obratové doby 3 min., když např. technologické doby pro přepnutí Radiobloku jsou 7 min.?

Odpověď na dotaz č. 21.3.

Zadavatel sděluje, že max. obratová doba 3 minuty je navržen s ohledem na používání moderního systému odbavovacího zařízení, informačního systému a jeho aktuálního softwaru, který daný požadavek splňuje.“

287. Z výše uvedeného je zřejmé, že požadavky na vlastnosti vozidel, včetně požadavku na schopnost úvratě, musely být navrhovateli známy již ode dne, kdy se seznámil s dokumentací nabídkového řízení, resp. ode dne kdy obdržel shora konkretizované dodatečné informace. Navrhovatel tak proti obsahu předmětných požadavků objednatele, tzn. proti zadávacím podmínkám, mohl podat námitky minimálně ode dne, v němž obdržel dodatečné informace ze dne 19.8.2014. Nejednalo se tedy v žádném případě o skutečnosti, které by vyvstaly až na základě rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Jelikož navrhovatel námitky vůči požadavkům objednatele na vlastnosti vozidel a schopnost úvratě uplatnil až v rámci jeho námitek ze dne 19.3.2015, nelze konstatovat jinak, než že i námitky uvedené v bodě J. námitek byly navrhovatelem podány v rozporu s § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

288. V bodu K. námitek navrhovatel uvádí, že návrh smlouvy a jednotlivé dodatečné informace poskytnuté objednatelem jsou vzájemně rozporné a obsahují nejasná ustanovení (viz bod 24.

odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak již Úřad opakovaně uvedl výše, návrh smlouvy byl součástí, tzn. nedílnou přílohou, dokumentace nabídkového řízení. Navrhovatel přitom údajný vzájemný rozpor mezi požadavky stanovenými v návrhu smlouvy a dodatečnými informacemi poskytnutými objednatelem v celém průběhu nabídkového řízení, resp. až do okamžiku, kdy došlo k výběru nejvhodnější nabídky, nikterak nerozporoval. Navrhovatel tak učinil až námitkami ze dne 19.3.2015. Vzhledem k výše řečenému Úřad konstatuje, že námitky obsažené v bodě K. námitek ze dne 19.3.2015 jsou námitkami vůči zadávacím podmínkám, přičemž je zcela evidentní, že předmětné námitky byly navrhovatelem podány opožděně, tedy až po lhůtě stanovené v § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

289. Pokud jde o bod O. námitek, v němž navrhovatel namítá, že objednatel v průběhu nabídkového řízení celkem pětkrát změnil zadávací podmínky, aniž by v důsledku provedených změn přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek, v důsledku čehož se, podle názoru navrhovatele, dopustil porušení § 40 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách (viz bod 30. odůvodnění tohoto rozhodnutí), pak Úřad uvádí následující. Úřadem bylo zjištěno, že poslední změna dokumentace nabídkového řízení byla objednatelem provedena v návaznosti na dodatečné informace ze dne 25.11.2014. Objednatel v důsledku provedené změny nově stanovil lhůtu pro podání nabídek, a to na 3.12.2014 (na 12:00 hodin), o čemž uchazeče informoval právě předmětnými dodatečnými informacemi. Následně objednatel prodloužení lhůty pro podání nabídek oznámil i ve Věstníku veřejných zakázek dne 28.11.2014. Úřad uvádí, že nemůže být sporu o tom, že lhůtu pro podání nabídek je třeba považovat za zadávací podmínku. Jestliže měl navrhovatel za to, že objednatel v nabídkovém řízení postupuje v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, když v reakci na provedené změny zadávacích podmínek přiměřeně neprodlužuje lhůtu pro podání nabídek, měl vznést námitky podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, tj. námitky proti zadávacím podmínkám. Navrhovatel však předmětné údajné pochybení napadl až námitkami proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. S ohledem na výše popsané skutečnosti tudíž Úřad konstatuje, že námitky obsažené v bodě O. námitek ze dne 19.3.2015 byly navrhovatelem taktéž podány opožděně.

290. Konečně navrhovatel v bodu P. námitek uvádí, že objednatel v rozporu s nařízením Evropského parlamentu a Rady umožnil, aby vítězný uchazeč poskytoval veřejné služby až do 49,99 % rozsahu poskytovaných dopravních služeb prostřednictvím subdodavatele (viz bod 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomuto Úřad předně podotýká, že po pečlivém přezkumu dokumentace nabídkového řízení, včetně všech jejích příloh, nedohledal, že by objednatel výslovně připustil plnění předmětu nabídkového řízení až do 49,99 % prostřednictvím subdodavatele. Úřad nicméně dodává, že tato skutečnost je pro rozhodnutí věci fakticky irelevantní, jelikož se bez nejmenších pochyb jedná o zadávací podmínku. Vzhledem k tomu, že proti této zadávací podmínce navrhovatel nebrojil ve lhůtě podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, nýbrž až v rámci námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 19.3.2015, dospěl Úřad k závěru, že i námitka obsažená v bodu P. námitek byla podána opožděně.

291. Jak bylo Úřadem popsáno a bez nejmenších pochyb prokázáno výše, konkrétní body námitek ze dne 19.3.2015, ačkoliv byly navrhovatelem jako celek označeny za „námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky“, byly námitkami proti zadávacím podmínkám, tudíž byly podány opožděně, tj. v rozporu s § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

K tomu Úřad předesílá, že ani ve druhostupňovém rozhodnutí nebyla tato skutečnost nijak vyvrácena, resp. druhostupňové rozhodnutí s ní nevyjadřuje nesouhlas. Lze proto vyslovit dílčí závěr, a sice ten, že konkrétní body námitek ze dne 19.3.2015 byly námitkami proti zadávacím podmínkám, a jako takové byly podány v rozporu s ustanovením § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

Právní posouzení věci Úřadem

292. Jak bylo podrobně popsáno v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí, konkrétní body námitek navrhovatele ze dne 19.3.2015 (viz výše) byly námitkami proti zadávacím podmínkám, a jako takové byly podány opožděně, tj. v rozporu s § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, a jak již Úřad uvedl např. v bodu 273. odůvodnění tohoto rozhodnutí, dle § 13 odst. 2 zákona o veřejných službách se pro podání námitek a způsob jejich vyřízení použijí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně. Vyvstává zde tudíž otázka, resp. předmětem posouzení je, zda navrhovateli u těchto „opožděných" námitek svědčilo právo na následné podání návrhu a jeho věcný přezkum Úřadem.

293. Úřad předně uvádí, že výrokem I. napadeného rozhodnutí zamítl ty části návrhu navrhovatele, kterým nepředcházely včas uplatněné námitky. Úřadem byly tudíž výrokem I. napadeného rozhodnutí (a nejinak je tomu i ve výroku tohoto rozhodnutí) zamítnuty části návrhu, jež „navazovaly" na opožděně podané námitky, jimiž navrhovatel brojil vůči zadávacím podmínkám nabídkového řízení (jedná se o námitky blíže komentované v bodech 270. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad v dalším konstatuje, že tyto části návrhu byly výrokem I. napadeného rozhodnutí zamítnuty bez toho, že by Úřad v předmětném výroku uvedl konkrétní ustanovení příslušného právního předpisu (předpisů). Závěry, jež Úřad vedly k tomu, že dané části návrhu ve výroku I. napadeného rozhodnutí zamítnul bez dalšího, tzn. nikoliv podle konkrétního ustanovení zákona o veřejných službách či zákona o veřejných zakázkách, případně podle ustanovení jiného právního předpisu, Úřad nicméně podrobně vyložil v odůvodnění napadeného rozhodnutí (zejména v bodech 258. a násl. napadeného rozhodnutí).

294. Ve druhostupňovém rozhodnutí, kterým došlo ke zrušení napadeného rozhodnutí, bylo, mimo jiné, konstatováno, že podle § 68 odst. 2 správního řádu musí výrok rozhodnutí správního orgánu, k tomu, aby vůbec mohl být za výrok v tomto smyslu považován, obsahovat dva základní atributy. Ve výroku rozhodnutí správního orgánu musí být primárně uvedeno řešení otázky, jež je předmětem řízení, druhým nezbytným atributem je pak konkretizace právního ustanovení, podle něhož (nichž) bylo správním orgánem rozhodováno. Z právě řečeného lze dovodit, že podle druhostupňového rozhodnutí musí výrok rozhodnutí správního orgánu, čili i výrok rozhodnutí Úřadu, vždy obsahovat číslo paragrafu, podle něhož Úřad rozhodnul, případně musí být ve výroku slovně uvedeno znění ustanovení právního předpisu, na základě něhož Úřad rozhodnul, bez čísla paragrafu tohoto ustanovení právního předpisu. Jestliže tedy Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí neuvedl odkaz na žádnou právní normu ani slovní důvod, jenž by z konkrétní právní normy vyplýval, musí být napadené rozhodnutí, pokud jde o výrok I., podle závěrů druhostupňového rozhodnutí, považováno dle názoru druhostupňového orgánu za nezákonné (viz bod 20. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí).

295. Je vhodné na tomto místě podotknout, že § 68 odstavec 2 správního řádu jasně stanovuje, že ve výrokové části (tzn. nemusí to být primárně ve výroku, jak dovozuje druhostupňové rozhodnutí na mnoha místech textu – viz např. formulace *„(…) je nutno konstatovat, že napadené rozhodnutí je* »*ve výroku I.*« nezákonné *z důvodu nepřezkoumatelnosti, neboť z něj není jasné, na základě jakého právního předpisu, jakého konkrétního ustanovení a z jakého důvodu Úřad rozhodl tak, že návrh navrhovatele v konkretizovaných částech zamítl.“* užitá v bodě 31. druhostupňového rozhodnutí) musí být uvedeno mj. právní ustanovení, podle kterého bylo rozhodováno.

296. Výrok rozhodnutí nelze ztotožňovat s výrokovou částí, byť se tak v druhostupňovém rozhodnutí často děje (srov. např. závěr v bodu 31. odůvodnění, dle kterého je uzavřeno na nezákonnost výroku I. napadeného rozhodnutí, když v něm není uvedeno, na základě jakého právního ustanovení bylo rozhodnuto). Úřad považuje za dobré zdůraznit, že jde-li o – v případě uvedení příslušného ustanovení právního předpisu, na jehož základě bylo správní rozhodnutí vydáno – povinnou součást výrokové části rozhodnutí, pak jde především o ustanovení právních předpisů, které zakládají věcnou příslušnost správního orgánu a které upravují pravomoc správního orgánu vydávat rozhodnutí v té věci, jež je předmětem řízení. To bylo v posuzovaném případě v napadeném rozhodnutí naplněno.

297. Současně Úřad je nucen zdůraznit, že zásadní je tzv. materiální pojetí správního rozhodnutí, přičemž z výrokové části bylo zcela nepochybné, že předchozí prvostupňové rozhodnutí bylo vydáno v mezích zákonem stanovené kompetence a zákonem stanoveným způsobem a obsahovalo ostatní podstatné náležitosti rozhodnutí, a proto domnělé (druhostupňovým orgánem dovozené, byť tak tomu není, neboť prvostupňový orgán jasně vyložil, proč návrh ve výroku I. zamítl a proč takto postupoval) opomenutí by ani nemělo žádný vliv na zákonnost rozhodnutí. Současně Úřad považuje za vhodné odmítnout tvrzení, že „nemá jasno, podle kterého předpisu má rozhodovat“ (srov. bod 33. druhostupňového rozhodnutí). Úřad v této otázce měl a má jasno v náhledu na předmětnou problematiku, což je ostatně zcela zřejmé z předchozího prvostupňového (zrušeného) rozhodnutí, tak též z odůvodnění tohoto rozhodnutí. Nicméně při respektu k závěrům druhoinstančního rozhodnutí, jimiž je vázán, postupoval tak, jak mu bylo uloženo, přestože již samotné úvahy uvedené v druhostupňovém rozhodnutí, např. o subsidiaritě, považuje v této věci za právně zcela nepřiléhavé a tím i liché.

298. K tomu Úřad předně uvádí, že je i nadále přesvědčen o správnosti svého postupu, resp. že nemohlo jít o takovou vadu, která by v tomto případě měla za následek nezákonnost rozhodnutí (viz shora). Dobré je připomenout, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že návrh v jasně specifikovaných částech zamítl, přičemž uvedl ve výroku I. konkrétní ustanovení právního předpisu (předpisů), na základě nichž předmětné části návrhu zamítl. Výrok I. napadeného rozhodnutí, stejně tak jeho odůvodnění (úvahy Úřadu), byly určité a přezkoumatelné, avšak v daném případě, jak Úřad dovodil ve zrušeném rozhodnutí, existuje „mezera v zákonné úpravě“, kdy není výslovně upravena situace pro zamítnutí návrhu v případě jeho podání neoprávněnou osobou, přičemž s tímto závěrem, což je vhodné zdůraznit, se ztotožňuje i druhostupňové rozhodnutí (viz bod 36. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí), což je při jeho závěrech paradoxní. Vzhledem k výše uvedenému se Úřad proto ne zcela ztotožňuje se závěry obsaženými v druhostupňovém rozhodnutí, že vzhledem k tomu, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí absentuje číslo

paragrafu právního předpisu, resp. slovní znění tohoto paragrafu, trpí výrok I. napadeného rozhodnutí nezákonností. Výše uvedené lze demonstrovat např. na závěru obsaženém v komentáři k danému ustanovení správního řádu: *„… Jde především o ustanovení právních předpisů, které zakládají věcnou příslušnost správního orgánu (§ 10 správního řádu) a upravují pravomoc správního orgánu vydávat rozhodnutí v té záležitosti, která je předmětem řízení.“*[1] Úřad zdůrazňuje, že při formulaci výroku I. napadeného rozhodnutí pečlivě a náležitým způsobem posoudil, zda existuje ustanovení příslušného právního předpisu, podle něhož by bylo možné návrh zamítnout, přičemž dospěl k závěru, že tomu tak není. Vzhledem k tomu, že byl však Úřad přesvědčen, že prokazatelně existují důvody, pro něž je třeba tyto části návrhu zamítnout (návrhu v těchto částech nevyhovět), aniž by současně tímto Úřad postupoval nezákonně, výrokem I. napadeného rozhodnutí předmětné části návrhu zamítnul. Příčiny, na základě nichž Úřad rozhodnul tímto způsobem, byly obšírně popsány v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Navzdory tomu, že Úřad vyjadřuje nesouhlas se závěrem druhostupňového rozhodnutí, že je výrok I. napadeného rozhodnutí v důsledku chybějícího ustanovení konkrétního právního předpisu nezákonným, je Úřad v novém projednání věci vázán závazným právním názorem vyjádřeným v tomto druhostupňovém rozhodnutí a toto bude plně respektovat, přestože závěry považuje za právně-teoreticky liché. Úřad se proto v novém projednání věci, s odkazem na závazné stanovisko druhostupňového rozhodnutí, nejprve věnoval zjištění, zda a případně v jakém vztahu mezi sebou jsou zákon o veřejných službách a zákon o veřejných zakázkách, potažmo, jestliže mezi předmětnými právními předpisy není dán žádný vztah (speciality či subsidiarity), zda by bylo možné v šetřeném případě použít institut analogie. Úřad předesílá, že smyslem tohoto postupu je eventuální „nalezení“ konkrétního ustanovení, resp. vícero ustanovení, příslušného právního předpisu, jež by mohl Úřad na věc aplikovat, tak, aby vyhověl požadavku druhostupňového rozhodnutí, že výrok rozhodnutí Úřadu musí obsahovat konkrétní paragraf (paragrafy) příslušného právního předpisu (předpisů), nebo alespoň slovně musí být uvedeno znění ustanovení příslušného právního předpisu (předpisů) podle něhož (nichž) bylo Úřadem rozhodováno.

299. Vázán právním stanoviskem druhostupňového rozhodnutí tudíž Úřad pečlivě přezkoumal vztah mezi zákonem o veřejných službách a zákonem o veřejných zakázkách, přičemž dospěl k následujícímu závěru.

300. S ohledem na požadavek druhostupňového rozhodnutí se Úřad nejprve zabýval tím, zda mezi zákonem o veřejných službách, pokud jde o řešenou otázku, existuje vztah subsidiarity. Tu Úřad vycházel i rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 75/2011 ze dne 27.9.2012, na který ostatně odkazuje i druhostupňové rozhodnutí. V předmětném rozsudku vyslovil Nejvyšší správní soud závěr, že *„subsidiární použití právních předpisů umožňuje jejich aplikaci v případě, že daný právní předpis určitý procesní institut neupravuje a odkazuje na možnost použít pro tyto případy jiný právní předpis.“* Úřad uvádí, že § 31 odst. 2 zákona o veřejných službách upravuje samostatně důvod, při jehož nastání je Úřad povinen návrh zamítnout. Citované ustanovení, ale ani žádné jiné ustanovení, zákona o veřejných službách, neodkazuje na zákon o veřejných zakázkách, pokud se jedná o další možnosti zamítnutí podaného návrhu. Je tudíž zcela zřejmé, že nelze subsidiárně, pokud se jedná o zamítnutí návrhu, aplikovat příslušné ustanovení zákona o veřejných zakázkách, a to vzhledem k tomu,

[1] JUDr. Josef Vedral, Ph. D. Správní řád. Komentář. Praha: BOVA POLYGON, 2012. s. 609. ISBN 978-80-7273-166-4.

že, Úřad opakuje, zákon o veřejných službách na zákon o veřejných zakázkách ve vztahu k zamítnutí návrhu neodkazuje. S ohledem na výše řečené tak Úřad konstatuje, že vztah subsidiarity mezi zákonem o veřejných službách a zákonem o veřejných zakázkách se v případě zamítnutí návrhu neuplatní. Proto Úřad považuje za zcela nepřípadné i výzvy druhostupňového orgánu, aby se touto otázkou prvostupňový orgán v novém rozhodnutí zabýval, když je právně zcela zřejmé, že subsidiární použití jiných právních předpisů není v této věci vůbec možné. Nicméně Úřad tak přesto učinil se shora uvedeným závěrem.

301. Pokud jde o případný vztah speciality mezi celým zákonem o veřejných službách a celým zákonem o veřejných zakázkách, pak Úřad předesílá, že ani tento vztah se mezi zmíněnými právními předpisy neuplatní, což Úřad považuje za nutné akcentovat právě i k tomu, co bylo dovozováno v druhostupňovém rozhodnutí ohledně této otázky. Úřad sděluje, že smysl speciality mezi právními předpisy tkví v tom, že pokud určitý právní předpis, jenž je předpisem speciálním, konkrétní otázku neřeší (neupravuje), je tato otázka řešena právním předpisem ve vztahu ke speciálnímu předpisu obecným. Je přitom třeba podotknout, že vztah speciality se mezi příslušnými právními předpisy aplikuje v jejich celé šíři. Jedná se o vztah mezi zákony.

302. Úřad i v návaznosti na argumentaci obsaženou v druhostupňovém rozhodnutí, kterou nepovažuje za právně teoreticky (i prakticky samozřejmě) správnou, uzavírá, že vztah speciality mezi celým zákonem o veřejných službách a celým zákonem o veřejných zakázkách není dán, což ostatně nečiní sporným ani žádný z účastníků řízení. Úřad má za to, že není možné jeden z těchto právních předpisů aplikovat vždy tehdy, jestliže by druhý z nich určitou oblast (institut) neupravoval. Podle názoru Úřadu jsou zákon o veřejných službách a zákon o veřejných zakázkách dva samostatné právní předpisy, jejichž vznik byl zapříčiněn nutností implementace unijních norem do českého právního řádu (směrnic a nařízení). K tomu Úřad považuje za vhodné upozornit (zejména druhostupňový orgán při jeho závěrech) na názor Ministerstva dopravy, které je faktickým gestorem zákona o veřejných službách, a s nímž se v této věci Úřad ztotožňuje, že se vztah speciality mezi zákonem o veřejných zakázkách a zákonem o veřejných službách neuplatní. Právě řečené ostatně vyplývá i z dokumentu „Uplatňování legislativních norem v oblasti výběru dopravce pro zabezpečení dopravní obslužnosti veřejnými službami v přepravě cestujících“, dostupný na http://www.google.cz/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiR7dvC3tvJAhUI3iwKHSx7D2AQFggjMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.mdcr.cz%2FNR%2Frdonlyres%2F4D600A07-4AEC-484A-B8BC5E0DDBF07BD4%2F0%2FMETODICKAPOMUCKAKONECNAcerven2014.doc&usg=AFQjCNFtW-rPnAROlnLBlW7iPAVVdsrrzA, jenž byl vydán právě Ministerstvem dopravy. Na straně 4 předmětného dokumentu je, mimo jiné, výslovně řečeno, že *„Při stanovení podmínek pro provedení nabídkového řízení zákon o veřejných službách na mnohých místech odkazuje na zákon o veřejných zakázkách. Tyto odkazy mají povahu delegace, a neumožňují tedy zákon o veřejných zakázkách použít i v jiných ohledech, než je aplikace těch ustanovení, na které zákon o veřejných službách výslovně odkazuje.“*

303. Úřad v dalším konstatuje a upozorňuje, že není možno se ztotožnit se závěry druhostupňového rozhodnutí obsažené v bodě 37 odůvodnění, kde je bod 262 odůvodnění napadaného rozhodnutí v níže citované části *„zákon o veřejných službách je speciálním právním předpisem ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách. Jestliže proto zákon*

o veřejných službách v některém z jeho ustanovení (…) na zákon o veřejných zakázkách výslovně neodkazuje, není možné tento zákon, tj. zákon o veřejných zakázkách, aplikovat." vykládán tak, že snad Úřad v napadeném (zrušeném) prvostupňovém rozhodnutí dovodil, že by zákon o veřejných službách byl ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách lex specialis. Úřad sice užil sousloví „*zákon o veřejných službách je speciálním právním předpisem*", kdy jiná rozhodující osoba připouští, že v této věci mohlo být v předchozím zrušeném rozhodnutí zvoleno formulačně vhodnější slovo namísto slova „speciálním", avšak v daném případě onou „specialitou" zákona o veřejných službách bylo zcela zřejmě myšleno, že se jedná o samostatný právní předpis, který řeší samostatnou problematiku, tedy, že tyto zákony jsou fakticky zcela samostatnými právními předpisy. Avšak v případě, kdy nejde o účelové vytržení dané věty z kontextu celého odůvodnění napadaného rozhodnutí, je evidentní, jaký byl záměr původního napadeného rozhodnutí. Jinými slovy řečeno, názoru Úřadu, že v případě zákona o veřejných službách a zákona o veřejných zakázkách se jedná o dva samostatné právní předpisy, ostatně odpovídala i následující argumentace podaná Úřadem v odůvodnění napadeného rozhodnutí, jakož z něj vycházel i výrok I. napadeného rozhodnutí. S odkazem na shora popsané proto Úřad shrnuje, že ani vztah speciality mezi zákonem o veřejných službách a zákonem o veřejných zakázkách není dán, stejně tak tento vztah Úřad nikdy nedovozoval, a to ani v napadeném rozhodnutí, jak bylo výše vysvětleno.

304. Poslední možností způsobu vypořádání se s výše konkretizovanými částmi návrhu, kterou Úřadu druhostupňové rozhodnutí předestřelo, je posouzení, zda v šetřeném případě nemohlo být pro rozhodnutí věci užito analogie. Druhostupňový orgán uvedl, že přichází do úvahy jen jedna z možností (subsidiarita, specialita či analogie) a takto zavázal Úřad na předmětný případ aplikovat. Úřad výše vyložil, proč shora dvě uvedené možnosti nelze v daném případě aplikovat. Použití analogie tak, jak uvedl ve svém rozhodnutí druhostupňový orgán, považuje Úřad za právně nesprávné, ovšem je nucen závěry druhostupňového orgánu respektovat. Pokud jde o institut analogie, pak Úřad primárně v obecné rovině uvádí, že analogii je možno chápat jako jednu z metod, kdy výklad konkrétní právní normy (resp. právního pojmu či právního institutu) je založen na podobnosti s jinou právní normou. Použití analogie sestává z určitých, na sebe úzce navazujících kroků. Primární je přitom zjištění, že určitá situace není právem (právním předpisem) upravena. Na dané prvotní zjištění navazuje nutnost nalezení obdobné právní úpravy. V pořadí třetím „krokem" je posléze konstatování, že zjištěná právní mezera je relevantní (v opačném případě nelze analogii využít). Konečně poslední fáze spočívá ve vyloučení případů, kdy analogie není přípustná. Stručně řečeno, smysl analogie tkví ve snaze o vyplnění (překlenutí) mezery v konkrétním právním předpise. Možný náhled na definování analogie poskytl Nejvyšší správní soud např. ve svém rozsudku č. j. 2 As 21/2005 ze dne 1.3.2006, v němž judikoval, že *„o analogii půjde vždy tam, kdy se na určitou situaci přímo právním předpisem neupravenou, užije ustanovení určitého právního předpisu, které na ni přímo nedopadá, ale které je svým obsahem nejbližší. Podmínkou tedy bude určitá mezera v zákoně, kterou je třeba vyplnit."* S odkazem na shora řečené Úřad zdůrazňuje, že analogii nelze užít nahodile. Vždy je třeba mít na paměti, že postupem pomocí analogie lze propojit výlučně to, „co si je skutečně podobné". Je tedy třeba vycházet nejen z jazykového výkladu konkrétních právních norem, nýbrž je nutno brát do úvahy kupříkladu i teleologický výklad těchto norem, jakož i ratio legis konkrétního zákona apod.

305. Úřad dále uvádí, že použití analogie je obecně chápáno jako určité ultima ratio, přičemž správní orgány by k ní měly přistupovat výhradně v tom případě, že jiné prostředky ke zjištění obsahu právní normy nepřichází do úvahy, tj. když tyto ostatní prostředky selhávají. Jak Úřad popsal v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí, zbývající eventuality, jež byly uvedeny v druhostupňovém rozhodnutí, prostřednictvím nichž by mohlo dojít k překlenutí zjištěné mezery v zákoně o veřejných službách (v podrobnostech viz výše), tzn. vztah speciality, případně subsidiarity, mezi zákonem o veřejných službách a zákonem o veřejných zakázkách, není možné v šetřeném případě aplikovat. Dle úvah druhostupňového orgánu by použití analogie mohlo být tímto „prostředkem poslední instance“, čili ultimou ratio.

306. Úřad v dalším předesílá, že existuje, resp. je nutno rozlišovat, mezi analogií zákona (analogií legis) a analogií práva (analogií iuris). V případě analogie legis se na skutkovou podstatu konkrétním zákonem neřešenou aplikuje právní norma, jež je obsažena v totožném předpisu, a která upravuje skutkovou podstatu svým charakterem „nejpodobnější“. Za situace, kdy nelze postupovat dle analogie legis, přichází do úvahy analogie iuris, tzn. „zacelení mezery v zákoně“ aplikací právní zásady (právní normy) příslušného právního odvětví (např. správního práva), eventuálně právní zásady (právní normy) z celého „spektra“ správního řádu. K tomu Úřad dále sděluje, že z rozhodovací praxe soudů (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 A 1018/2002 - 29 ze dne 24.6.2003 či rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 17/2010 - 294 ze dne 26.8.2010) vyplývá, že i analogie iuris, ačkoliv její možnost aplikace je složitější, resp. méně žádoucí, než je tomu v případě analogie legis, je shledávána za přípustnou. Právě řečené je možné ostatně dokumentovat i tím, že samy soudy analogii iuris aplikují u správního práva trestního s trestním právem. Použití analogie iuris tak není ve veřejném právu a priori vyloučeno, tudíž není, dle názoru druhostupňového orgánu zřejmě vyloučena ani aplikace analogie iuris Úřadem v rámci jeho přezkumné činnosti, byť se tak může stát toliko při splnění všech striktně daných podmínek.

307. Jak bylo Úřadem popsáno výše, představuje použití analogie prostředek poslední instance, čili tzv. ultima ratio. Z právě řečeného, a ostatně i z kontextu shora předestřených závěrů, vyplývá, že analogie nesmí být nadužíváno. Základní podmínkou, resp. měřítkem, pro použití analogie je, že její aplikací nedojde k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně spočívá právní zájem. Opětovně je tak třeba zdůraznit, že analogie může být ze strany správních orgánů použita (připuštěna) pouze k vyplňování mezer procesní úpravy. Analogie tak rozhodně nesmí spočívat v používání celých (komplexních) právních institutů, nýbrž k vykrývání jen těch marginálních částí, jež jsou regulovány toliko rámcově, tzn. nikoliv v potřebné celistvosti. V tomto ohledu má Úřad, vázán závěry druhostupňového rozhodnutí, za to, že výše popsaná podmínka pro použití analogie je v šetřeném případě splněna. Jak Úřad dovodil v napadeném rozhodnutí (přičemž s tímto závěrem se ztotožňuje i druhostupňové rozhodnutí, viz opětovně bod 36. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí), existuje mezera v zákoně o veřejných službách, a to konkrétně v tom smyslu, že daný právní předpis výslovně neupravuje situaci pro zamítnutí návrhu v případě jeho podání tzv. neoprávněnou osobou, jak na tuto situaci pamatuje právě zákon o veřejných zakázkách. Použití analogie v posuzovaném případě má proto vést k vyřešení otázky, jakým způsobem má být z procesního hlediska Úřadem vypořádán návrh, jemuž nepředcházely včas podané (uplatněné) námitky. S ohledem na tento závěr není použití analogie ve zde šetřené věci

nijak extenzivní. Analogie zde bude využito k vyplnění (vykrytí) nepatrné (marginální) části, což je obecně připuštěno, jak vyplývá ze shora řečeného.

308. Konečně je nutno uvést, že pokud určitý právní předpis upravuje konkrétní institut speciálně, čili pouze pro potřeby svojí regulace, pak není možné pomocí analogie tento institut použít pro jiný právní předpis, kde je nutno se „přidržet" obecné úpravy. Je tedy třeba vždy určit, který právní předpis obsahuje obecnou úpravu a jehož ustanovení tak lze v analogii využít. Jak bylo opakovaně řečeno již výše, Úřad při posuzování případu shledal, že zákon o veřejných službách obsahuje mezeru ve své současné právní úpravě, a to konkrétně v tom smyslu, že předmětný zákon neupravuje situaci, jak má být Úřadem vypořádán návrh, kterému nepředcházely včas podané námitky. Úřad přitom konstatuje, že podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách Úřad návrh zamítne, jestliže byl podán tzv. neoprávněnou osobou, tj. mimo jiné i osobou, jež podala námitky předcházející návrhu opožděně (v podrobnostech viz níže). Úřadem bylo současně prokázáno, že konkrétní body námitek navrhovatele směřovaly proti zadávacím podmínkám, přičemž byly podány opožděně, tzn. v rozporu s ustanovením § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Platí, že podle § 13 odst. 2 zákona o veřejných službách se pro podání námitek a způsob jejich vypořádání použijí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně, čili i § 110 odst. 3 daného zákona, který navrhovateli umožňuje podat námitky proti zadávacím podmínkám nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Je evidentní, že takové námitky byly podány opožděně, a proto opožděné námitky, jimiž se pochopitelně nemá objednatel dle zákona o veřejných zakázkách zabývat, nemohou způsobit, že by při absenci stejného textu v zákoně o veřejných službách, jako je uveden v § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, Úřad musel věcně přezkoumávat postup objednatele na základě návrhu, který je odůvodněn pozdě uplatněnými námitkami. Takový závěr by byl absurdní a v rozporu s právními předpisy. Jak je dále zřejmé z § 26 odst. 2 zákona o veřejných službách, řízení o přezkoumání úkonů objednatele se zahajuje na návrh osoby, která podala námitky podle § 13 odst. 2 předmětného zákona. Ze shora řečeného Úřad dovozuje, že jedním z předpokladů pro to, aby se navrhovatel v režimu zákona o veřejných službách prostřednictvím návrhu vůbec mohl domáhat svých práv, je, že podal (uplatnil) včas námitky. Úřad nicméně opakuje, že zákon o veřejných službách, rozdílně od § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, neřeší, jak má Úřad již jen čistě procesně „naložit" s takovým návrhem, u kterého zjistí, že mu nepředcházely včas podané námitky, resp. je zřejmé, že tento návrhu je nutné zamítnout (nelze mu vyhovět). Absentuje však v zákoně o veřejných službách stejné ustanovení, jako je v § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách. S odkazem na toto ustanovení se pak návrhy podané v režimu zákona o veřejných zakázkách, jimž předcházely opožděné námitky, zamítají. K tomu Úřad podotýká, že popsanou situaci zcela jistě nelze považovat za úmysl zákonodárce, nýbrž se jedná právě o již zmiňovanou mezeru v zákoně. Úmyslem zákonodárce naopak musí být, aby byl návrh, jemuž nepředcházely včas podané námitky, ze strany Úřadu konkrétním způsobem vypořádán, a aby tak byla zajištěna právní jistota účastníků řízení. Ve světle shora popsaného proto Úřad shrnuje, že v kontextu závěrů obsažených v druhostupňovém rozhodnutí se v šetřené věci uchýlil, resp. byl dle závěrů obsažených v druhostupňovém rozhodnutí, nucen se uchýlit, k použití analogie, a sice k analogii iuris, k čemuž v dalším uvádí následující.

309. Jak bylo v podrobnostech popsáno již výše, použití analogie je vázáno na celou řadu striktních podmínek. Primárním předpokladem je, že při posuzování konkrétního případu

vyvstane ona „mezera v zákoně“. Tento předpoklad shledává Úřad v šetřené věci za prokazatelně splněný, což bylo ostatně potvrzeno i druhostupňovým rozhodnutím – viz formulace *„(…) lze souhlasit s posouzením Úřadu v napadeném rozhodnutí, že se jedná o tzv. „mezeru v zákoně“, neboť zákon o veřejných službách neobsahuje úpravu, která by umožnila zamítnout návrh, který podala osoba k tomu neoprávněná.“* užitá v bodě 36. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí. Úřadem bylo zjištěno, že zákon o veřejných službách nikterak neřeší situaci, jak má Úřad postupovat, jestliže zjistí, že podanému návrhu nepředcházely včas uplatněné námitky. Tento stav přitom, Úřad opětovně předesílá, rozhodně nelze pokládat za chtěný, neboť je způsobilý vyvolat právní nejistotu účastníků řízení. Je proto evidentní, že tento „stav nejistoty“ musí být „nějak“ napraven, čili musí dojít k vyplnění této mezery v zákoně, a to právě využitím analogie.

310. Další podmínkou, jež musí být pro použití analogie splněna, je, že ostatní (jiné) prostředky, jimiž by mohla být zjištěná mezera překlenuta, nepřicházejí do úvahy. Výše v tomto rozhodnutí bylo zevrubně popsáno, a Úřad tedy již pro úplnost konstatuje, že ostatní prostředky, jež byly předestřeny druhostupňovým rozhodnutím k zacelení zjištěné mezery v právu, z nichž jeden Úřad musí dle závěru druhostupňového orgánu vybrat, aby se přímo ve výroku objevil odkaz na ustanovení stejné jako v § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, a sice eventuální vztah speciality, případně subsidiarity, mezi zákonem o veřejných službách a zákonem o veřejných zakázkách, se ukázaly jako zcela neuplatnitelné, čili nepřicházející do úvahy. Úřad proto dospěl k závěru, že zjištěnou mezeru v zákoně o veřejných službách není možné z těch institutů, z nichž byl na základě druhostupňového rozhodnutí Úřad nucen vyjít, vyplnit (zacelit) jinak, než za pomoci analogie.

311. Výše bylo řečeno, že použití analogie nesmí vést k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a dodržování spočívá právní zájem. Taktéž ve druhostupňovém rozhodnutí bylo zdůrazněno, že případné použití analogie v šetřené věci Úřadem musí být ve prospěch ochrany práv účastníků řízení. Úřad je nucen konstatovat, že při nemožnosti uplatnit jiné, shora uvedené instituty dle druhostupňového rozhodnutí, tato podmínka musí být ve zde posuzované věci splněna. Pokud by prostřednictvím analogie nedošlo k vyplnění zjištěné mezery v zákoně o veřejných službách, nebylo by fakticky možné, aby se Úřad z procesního hlediska vypořádal s návrhem, jemuž prokazatelně nepředcházely včas podané námitky, nebyl-li shledán předchozí postup Úřadu ve zrušeném rozhodnutí zákonným. Jak bylo popsáno již výše, úmyslem zákonodárce zcela jistě nebylo, aby návrh, jemuž předcházely opožděně podané námitky, nebyl Úřadem „nějak“ procesně vypořádán. Lze se domnívat, že žádoucím stavem bylo, aby Úřad, jestliže zjistí, že návrh na přezkoumání úkonů konkrétního objednatele není „perfektní“, jelikož mu nepředcházely včas uplatněné námitky, takový návrh zamítnul (mu nevyhověl). Pokud by tomu tak nebylo a Úřad by měl o takovém návrhu věcně rozhodovat, byl by zcela popřen smysl ustanovení § 13 odst. 2 zákona o veřejných službách, které „odkazuje“ v případě podání námitek na zákon o veřejných zakázkách, čili i na § 110 odst. 3 předmětného zákona, dle něhož je možné námitky proti zadávacím podmínkám uplatnit nejdéle do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Je tedy evidentní, že pokud by měl Úřad o návrhu, kterému nepředcházely včas podané námitky, věcně rozhodovat, ztrácela by lhůta pro podání námitek vůči zadávacím podmínkám svůj smysl, neboť za takové situace by navrhovatel tyto námitky mohl podat fakticky „kdykoliv“, tj. až do okamžiku uzavření smlouvy v nabídkovém řízení, což by objednatele obecně vystavovalo značné nejistotě. Tím, že zákonodárce v § 110 odst. 3 zákona o veřejných

zakázkách stanovuje přesnou lhůtu, během které lze uplatnit námitky proti zadávacím podmínkám, zcela nepochybně sleduje, aby dané námitky byly uplatňovány právě v této lhůtě, a nedocházelo jimi k zatěžování zadávacího, resp. nabídkového řízení v jeho dalších fázích. S ohledem na shora popsané je Úřad nucen konstatovat, vychází-li ze závěrů druhostupňového orgánu, že tím, že v šetřeném případě aplikuje analogii a návrh navrhovatele v konkrétních částech zamítne (v podrobnostech viz níže), nebudou poškozena práva účastníků řízení. Postupem per analogiam bude moci být o návrhu z procesního hlediska konkrétním způsobem rozhodnuto, čímž bude naplněn (v důsledku mezery v zákoně nevyjádřený) úmysl zákonodárce, aby byl každý návrh podaný v režimu zákona o veřejných službách „nějak“ vypořádán, a dojde tím i k nastolení právní jistoty účastníků řízení.

312. Úřad na tomto místě opakuje, že analogie může sloužit pouze k vyplňování mezer procesní úpravy. Úřad má za to, že i tato podmínka je v posuzovaném případě zcela splněna, jelikož analogie bude sloužit pouze k vyřešení otázky, jakým způsobem má být Úřadem vypořádán návrh, jemuž nepředcházely včas podané námitky. Nejedná se tak o nepřípustné nadužití analogie.

313. Úřad dodává, že vzal do úvahy i skutečnost, na kterou byl upozorněn druhostupňovým rozhodnutím, a sice že zákon o veřejných službách vůbec neřeší situaci, kdy je zamítán návrh, neboť byl podán neoprávněnou osobou, přestože obsahuje ustanovení o tom, že námitky v nabídkovém řízení lze podat pouze do 5 dnů od uplynutí lhůty pro podání nabídek. Úřad sděluje, že s ohledem právě na ten fakt, že námitky proti zadávacím podmínkám v nabídkovém řízení je možno uplatnit ve shora uvedené lhůtě, svědčí o tom, že, jak Úřad zevrubně popsal na jiném místě odůvodnění tohoto rozhodnutí, úmysl zákonodárce, byť není ve věci směrodatný, směřoval k tomu, aby návrh, jemuž nepředcházely včas podané námitky, byl považován za návrh, jemuž nelze vyhovět. V důsledku opomenutí zákonodárce však zřejmě paragraf, který by výslovně určoval, jak má být Úřadem vypořádán návrh, jemuž nepředcházely včas podané námitky, do zákona o veřejných službách vtělen nebyl, v důsledku čehož vznikla ona již opakovaně zmiňovaná mezera v zákoně, kterou byl Úřad nucen překlenout (zacelit), s odkazem na závěry druhostupňového orgánu, prostřednictvím analogie, neboť jak již Úřad opakovaně v odůvodnění tohoto rozhodnutí uvedl, vztah speciality či subsidiarity mezi zákonem o veřejných službách a zákonem o veřejných zakázkách lze v tomto ohledu zcela vyloučit a jediným možným východiskem tedy je užití analogie.

314. K samotné aplikaci analogie ve zde řešené věci sděluje Úřad následující.

315. Úřad uvádí, že § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách upravuje situaci, kdy Úřad návrh na přezkoumání úkonů konkrétního zadavatele zamítne, a to tehdy, jestliže byl takový návrh podán tzv. „neoprávněnou osobou“. Předmětné sousloví označuje, jak už ostatně samotný název napovídá, osobu, která ze zákona vyplývajících důvodů nebyla oprávněna podat návrh. Tímto důvodem může být přitom i skutečnost, že navrhovatel podal námitky, jež musí předcházet návrhu, v rozporu s § 110 zákona o veřejných zakázkách. Typickým příkladem oné „neoprávněné osoby“ je navrhovatel, který podal námitky proti zadávacím podmínkám, případně proti určitému úkonu zadavatele, opožděně, a tudíž mu vůbec nesvědčí právo podat návrh.

316. Jak bylo Úřadem popsáno a bez nejmenších pochyb prokázáno výše, konkrétní body námitek ze dne 19.3.2015, ačkoliv byly navrhovatelem jako celek označeny za „námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky“, byly námitkami proti zadávacím podmínkám, tudíž byly podány opožděně, tj. v rozporu s § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, což ostatně nečiní sporným ani druhostupňové rozhodnutí.

317. Úřad dále konstatuje, že § 30 zákona o veřejných službách upravuje taxativní okruh případů, kdy Úřad zahájené správní řízení zastaví. Úřad nicméně předesílá, že mezi tyto případy nespadá „podání návrhu neoprávněnou osobou“. Jak vyplývá z § 31 odst. 2 zákona o veřejných službách, Úřad návrh na přezkoumání úkonů objednatele zamítne, jestliže nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Úřad uvádí, že ani podle § 31 odst. 2 zákona o veřejných službách nepřipadá do úvahy zamítnutí návrhu z důvodu, že by tento byl podán tzv. „neoprávněnou osobou“.

318. Podle § 26 zákona o veřejných službách platí, že řízení o přezkoumání úkonů objednatele se u Úřadu zahajuje, mimo jiné, na písemný návrh osoby, která podala námitky podle § 13 odst. 2 citovaného zákona. Z právě řečeného lze dovodit, že podání návrhu na přezkoumání úkonů objednatele musí předcházet podání námitek. Jinak řečeno, bez předchozího řádného podání námitek není možné iniciovat správní řízení, jehož předmětem je přezkoumání úkonů učiněných objednatelem v konkrétním nabídkovém řízení. Úřad přitom opakuje, že na základě § 13 odst. 2 zákona o veřejných službách se pro podání námitek v nabídkovém řízení použijí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně. Úřad uvádí, že podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách musí stěžovatel zadavateli námitky proti zadávacím podmínkám doručit nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Úřad výše popsané shrnuje do dílčího závěru a konstatuje, že k tomu, aby navrhovatel mohl podat návrh na přezkum zadávacích podmínek nabídkového řízení, musí ve stejné věci uplatnit námitky v souladu s § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách; při nedodržení lhůty určené v § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách nedochází k naplnění dikce § 26 zákona o veřejných službách, resp. nedochází k tomu, že by Úřad podaný návrh věcně přezkoumával.

319. Jak bylo řečeno již výše, zákon o veřejných službách neupravuje situaci, kdy by Úřad zamítl návrh navrhovatele, resp. by zastavil správní řízení, jestliže by bylo zjištěno, že návrh byl podán tzv. „neoprávněnou osobou“. Úřad však zdůrazňuje, že výklad § 26 zákona o veřejných službách, v návaznosti na § 13 odst. 2 citovaného zákona, vede k jednoznačnému závěru, a sice k tomu, že podání návrhu v nabídkovém řízení musí předcházet řádně a včas podané námitky. Jinými slovy, předchozí podání námitek v téže věci je obligatorním předpokladem pro následné „řádné“ podání návrhu. S ohledem na právě řečené tak lze dovodit, že zákon o veřejných službách implicitně „počítá“ s tzv. „neoprávněnou osobou“, avšak již nijak, Úřad opakuje, neřeší, jaké následky mají nastat, jestliže je návrh takovou osobou podán. Úřad tudíž uvádí, že zákon o veřejných službách, pokud jde o neoprávněnou osobu, zjednodušeně řečeno, stojí „na půli cesty“ – na jedné straně explicitně stanovuje, že přezkoumání úkonů objednatele je zahájeno na základě návrhu osoby, která podala námitky podle § 13 odst. 2 zákona o veřejných službách (jenž fakticky odkazuje na § 110 zákona o veřejných zakázkách), na straně druhé však již nikterak neřeší, jak má být postupováno, jestliže je návrh „neoprávněnou osobou“ v praxi skutečně podán. Tento stav, Úřad opětovně předesílá, rozhodně není možné považovat za úmysl zákonodárce, ale za mezeru v zákoně.

320. Vzhledem ke shora popsaným skutečnostem je zřejmé, že jestliže navrhovatel nepodal ve smyslu § 13 odst. 2 zákona o veřejných službách, v návaznosti na § 110 zákona o veřejných zakázkách, včasné námitky, musí být v režimu zákona o veřejných službách považován de facto za „neoprávněnou osobou" k podání návrhu.

321. Úřad výše dospěl k závěru, že nebylo úmyslem (vůlí) zákonodárce, aby v zákoně o veřejných službách absentovala úprava situace, jak má být postupováno, jestliže je návrh podán tzv. „neoprávněnou osobou". Úřad je přitom současně přesvědčen, že zákonodárce, s ohledem na popsanou absenci, nezamýšlel, aby byl návrh, který byl v nabídkovém řízení podán „neoprávněnou osobou", Úřadem věcně přezkoumáván. Naopak z textace např. právě již jmenovaného § 26 zákona o veřejných službách lze zcela jednoznačně a logicky dovodit, současně i s přihlédnutím k § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, kde je, mimo jiného, výslovně uvedeno *„Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci."*, že podmínkou podání návrhu, který má být orgánem dohledu, tedy Úřadem, věcně přezkoumán, je předchozí podání námitek. V opačném případě je Úřad povinen za takové situace návrh zamítnout.

322. Jelikož bylo Úřadem bez nejmenších pochyb zjištěno a prokázáno, že konkrétní body námitek ze dne 19.3.2015 byly navrhovatelem podány opožděně, dospěl Úřad k závěru, že navrhovatel v těch částech návrhu, jež na tyto opožděné námitky navazují, není tzv. „osobou oprávněnou k podání návrhu". S ohledem na skutečnost, že zákon o veřejných službách v důsledku mezery v zákoně neupravuje situaci, jak má být Úřadem vypořádán návrh, který byl podán neoprávněnou osobou, přičemž bylo dovozeno, že úmyslem zákonodárce nebylo, aby byl takový návrh ze strany Úřadu věcně přezkoumáván, nýbrž aby byl zamítnut, a taktéž vzhledem k tomu, že nevypořádání návrhu by ohrožovalo právní jistotu účastníků řízení, když nejprve ověřil, zda jsou splněny všechny nezbytné předpoklady, uchýlil se Úřad pro rozhodnutí věci v kontextu se závěry obsaženými v druhostupňovém rozhodnutí k použití analogie. V důsledku závazného právního stanoviska obsaženého ve druhostupňovém rozhodnutí, že každý výrok rozhodnutí správního orgánu, čili i Úřadu, musí obsahovat konkrétní paragraf (paragrafy) příslušného právního předpisu (předpisů), příp. alespoň slovní znění daného ustanovení, a současně s odkazem na shora řečené, postupoval Úřad v posuzovaném případě prostřednictvím analogie iuris (jejíž použití není, jak bylo popsáno výše, vyloučeno) a návrh navrhovatele v části IV.A. návrhu, v části IV.B. návrhu, v části IV.C. návrhu, v části IV.D.I. návrhu, v části IV.D.II. návrhu, v části IV.D. III. návrhu, v části IV.E. návrhu, v části IV.F. návrhu, v části IV.G. návrhu, v části IV.H. návrhu, v části IV.I. návrhu, v části IV.J. návrhu, v části IV.K. návrhu, v části IV.O. návrhu, v části IV.P. návrhu –podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách *per analogiam* zamítl, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

K dalším namítaným skutečnostem

323. Úřadu byla druhostupňovým rozhodnutím uložena povinnost, aby se v novém projednání věci vypořádal s veškerými námitkami, které navrhovatel[2] uvádí v rozkladu. Pokud jde o splnění dané povinnosti, pak Úřad sděluje, že navrhovatel primárně v rozkladu vyjadřuje názor, že námitky, jež předcházely těm částem návrhu, které byly výrokem I. napadeného

[2] Pozn.: v druhostupňovém rozhodnutí je uvedeno „s veškerými námitkami zadavatele"; v důsledku toho, že zadavatel rozklad nepodal, jedná se o zjevnou písařskou chybu.

rozhodnutí zamítnuty, byly podány včas. Tato argumentace byla fakticky již vypořádána v bodech 270. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí, na které Úřad tímto v plném rozsahu odkazuje.

324. Navrhovatel dále v rozkladu namítal, že Úřad do výrokové části napadaného rozhodnutí nezahrnul rozhodnutí o všech námitkách navrhovatele, a sice že vybraný dopravce během jednání o nabídkách dne 13.2.2015 uvedl, že vlaky v jeho případě budou osazeny průvodčími pouze částečně, což navrhovatel pokládá za porušení čl. 12 odst. 4 písm. a) návrhu smlouvy, a dále, že vybraný dopravce na jednání o nabídkách dne 13.2.2015 výslovně uvedl, že při nárazové přepravě větších neohlášených skupin cestujících bude přepravu zajišťovat prostřednictvím autobusů. K tomu Úřad podotýká, že s těmito námitkami se již vypořádal v bodě 305. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad uvádí, že základním předpokladem pro to, aby navrhovatel mohl podat návrh na přezkoumání úkonů objednatele, je, že v téže věci podal námitky. Úřad uvádí, že shora popsané argumenty nebyly obsaženy v námitkách navrhovatele ze dne 19.3.2015. Sám navrhovatel přitom v průběhu správního řízení uvedl, že se o výše popsaných skutečnostech dozvěděl na základě nahlédnutí do správního spisu, jenž Úřad vede k šetřenému nabídkovému řízení. Úřad tudíž konstatuje, že navrhovatel danými tvrzeními (námitkami) doplnil jeho návrh až v průběhu správního řízení, aniž by však tento údajně nezákonný postup objednatele napadal námitkami podle zákona o veřejných zakázkách. Vzhledem k této skutečnosti Úřad uvádí, že k výše popsaným argumentům navrhovatele nepřihlížel, přičemž je, ve světle shora popsaného, zřejmé, že o nich nemohlo být ani rozhodováno ve výrokové části napadeného rozhodnutí.

325. Konečně navrhovatel v rozkladu uvedl, že podle jeho názoru nelze zamítnout návrh navrhovatele, pokud tuto možnost zákon o veřejných službách výslovně nepřipouští, přičemž Úřad se tímto faktem vůbec nezabýval, když ve výroku I. napadeného rozhodnutí nepřípustně použil postup stanovený zákonem o veřejných zakázkách. Pokud jde o tuto námitku rozkladu, pak Úřad konstatuje, že v odůvodnění tohoto rozhodnutí podrobně popsal, z jakých příčin bylo nutno v posuzovaném případě přistoupit k aplikaci zákona o veřejných zakázkách. S ohledem na tuto skutečnost proto Úřad i tuto námitku navrhovatele považuje za vypořádanou.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

1. JUDr. Marek Bilej, advokát, KŠD LEGAL advokátní kancelář s.r.o., Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4
2. JUDr. Karel Muzikář, LL.M., advokát, WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o. advokátní kancelář, Křižovnické náměstí 193/2, 110 00 Praha 1
3. JUDr. Jaromír Bayer, advokát, Jeremiášova 1705/18, 370 01 České Budějovice

Vypraveno dne

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