



UOHSX008LAJS

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R53/2016/VZ-04957/2017/323/RBu/LVa

Brno 10. února 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 12. 2. 2016, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném zadavatelem –

- společností **KRODOS BUS a. s.**, IČO 26950529, se sídlem Skopalíkova 2385/45, 767 01 Kroměříž, zastoupenou na základě plné moci ze dne 20. 2. 2015 JUDr. Pavlem Vyroubalem, advokátem ev. č. ČAK 2998, se sídlem Palackého 168, 755 01 Vsetín

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0197/2013/VZ-03200/2016/552/DBo ze dne 27. 1. 2016, vydanému ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „**Dodávka meziměstských nízkopodlažních autobusů o délce cca 12m**“, zadávané v otevřeném nadlimitním řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 2. 3. 2012 pod evidenčním číslem zakázky 208652, na jejíž realizaci byla dne 18. 6. 2012 uzavřena kupní smlouva č. 120009 se společností TEZAS servis a. s., IČO 24765180, se sídlem Panelová 289/6, 190 15 Praha 9,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0197/2013/VZ-03200/2016/552/DBo ze dne 27. 1. 2016

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil dne 9. 7. 2013 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem – společností KRODOS BUS a. s. IČO 26950529, se sídlem Skopalíkova 2385/45, 767 01 Kroměříž, zastoupeným ve správním řízení na základě plné moci ze dne 14. 3. 2013 JUDr. Danielem Ševčíkem, Ph.D., advokátem ev. č. ČAK 04739, se sídlem Koblišná 19, 602 00 Brno, (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky „Dodávka meziměstských nízkopodlažních autobusů o délce cca 12m“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), na jejíž realizaci byla dne 18. 6. 2012 uzavřena kupní smlouva č. 120009 se společností TEZAS servis a. s., IČO 24765180, se sídlem Panelová 289/6, 190 15 Praha 9 (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Za účastníka správního řízení zahájeného z moci úřední Úřad označil zadavatele.
2. Úřad si na základě podnětu vyžádal od zadavatele dokumentaci k veřejné zakázce. Předmět veřejné zakázky zadavatel vymezil jako dodání 10 kusů nízkopodlažních autobusů v délce cca 12m, podle podrobné specifikace uvedené v technických podmínkách, které byly součástí zadávací dokumentace. Specifikace se týkala obsaditelnosti vozu, karoserie, povrchové úpravy a olakování, vnitřní výbavy, elektra, zasklení, ventilace a topení, motoru, převodovky, brzd, kol a pneumatik. Zadavatel stanovil v bodě 4 zadávací dokumentace tyto parametry: motor Euro 5 – SCR, zdvihový objem max. 8 000 ccm, výkon min 240 kW při 2 050 ot. /min, kroutící moment 1 500 Nm a větší, v rozsahu 1 1120 – 1 550 ot./min, nástupní výška předních dveří max. 320 mm, středních dveří max. 330 mm a rozměr pneu 275/70 R 22,5. Dále zadavatel v bodě 15 zadávací dokumentace určil jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky a vymezil dílčí hodnotící kritéria následujícím způsobem: nabídková cena s váhou 45 %, záruka na vady vozidla s váhou 10 % a vzdálenost autorizovaného servisu s váhou 45 %. Zadávací dokumentace byla poskytnuta 9 zájemcům a zadavatel obdržel celkem 2 nabídky. Následně dne 3. 5. 2012 zadavatel vyloučil jednoho uchazeče z účasti v zadávacím řízení, neboť nabídka tohoto uchazeče nebyla v souladu s požadavky zadavatele, uvedenými v zadávací dokumentaci. Zadavatel následně

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

dne 18. 6. 2012 uzavřel s vybraným uchazečem kupní smlouvu, přičemž výše peněžitého závazku ze smlouvy činila 53 003 580 Kč s DPH.

3. Úřad získal pochybnosti, zda se zadavatel nedopustil spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona jednak tím, že stanovil jako hodnotící kritérium „vzdálenost autorizovaného servisu“ s váhou 45%, které nevyjadřovalo vztah užitné hodnoty a ceny, a jednak tím, že stanovil příliš specifické požadavky na předmět plnění, čímž mohl zaručit konkurenční výhodu vybranému uchazeči v rozporu se zákonem a mohl se tak v obou případech dopustit diskriminace uchazečů.
4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 26. 11. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S197/2013/VZ-23142/2013/532/DBo (dále jen „**původní rozhodnutí**“). Původním rozhodnutím Úřad ve výroku I. rozhodl tak, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup podle § 78 odst. 4 zákona a porušil povinnost uloženou v § 6 zákona, neboť stanovil jako hodnotící kritérium „vzdálenost autorizovaného servisu“ s váhou 45 %, které nevyjadřovalo vztah užitné hodnoty a ceny, čímž se dopustil porušení zákazu diskriminace uchazečů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel dne 18. 6. 2012 kupní smlouvu s vybraným uchazečem. Dále ve výroku II. Úřad rozhodl tak, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup dle § 45 odst. 3 zákona a porušil povinnost uloženou v § 6 zákona, když stanovil technické podmínky takto: motor Euro 5 – SCR, zdvihový objem max. 8 000 ccm, výkon min 240 kW při 2 050 ot. /min, kroutící moment 1 500 Nm a větší, v rozsahu 1 120 – 1 550 ot./min, nástupní výška předních dveří max. 320 mm, středních dveří max. 330 mm a rozměr pneu 275/70 R 22,5, čímž zaručil konkurenční výhodu vybranému uchazeči a dopustil se porušení zákazu diskriminace uchazečů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel dne 18. 6. 2012 kupní smlouvu s vybraným uchazečem. Výrokem III. Úřad za spáchané správní delikty uložil zadavateli pokutu ve výši 500 000 Kč.
5. Ve správním řízení o rozkladu zadavatele ze dne 10. 12. 2013, předseda Úřadu podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R410/2013/VZ-25975/2014/323/BRy ze dne 8. 12. 2014 (dále jen „**druhostupňové rozhodnutí**“) původní rozhodnutí ze dne 26. 11. 2013 zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání (z důvodu nesprávného právního posouzení a nedostatečně zjištěného skutkového stavu).

II. Napadené rozhodnutí

6. Po novém přezkoumání všech rozhodných skutečností a zohlednění druhostupňového rozhodnutí vydal Úřad 27. 1. 2016 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0197/2013/VZ-03200/2016/552/DBo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Napadeným rozhodnutím Úřad ve výroku I. rozhodl tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky porušil povinnost uloženou v § 6 zákona, v souvislosti s § 78 odst. 6 zákona, neboť v bodě IV.2.1) „Kritéria pro zadání zakázky“ v Oznámení o zakázce, ev. č. formuláře 7202011009390, stanovil jako jedno z dílčích hodnotících kritérií „vzdálenost autorizovaného servisu“ s váhou 45 %, přičemž takto

stanovenou váhou daného dílčího hodnotícího kritéria se dopustil porušení zásady zákazu diskriminace uchazečů, kteří neposkytovali autorizovaný servis přímo v místě sídla a provozovny zadavatele, a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 18. 6. 2012 kupní smlouvu s uchazečem TEZAS servis a. s., IČO 247 65 180, se sídlem Panelová 289, 190 15 Praha 9 - Satalice.

7. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání nadlimitní veřejné zakázky nedodržel postup podle § 45 odst. 3 zákona ve spojení s § 6 zákona, když stanovil technické podmínky takto:

- motor Euro 5 – SCR,
- zdvihový objem max. 8 000 ccm,
- výkon min. 240 kW při 2 050 ot./min,
- krouticí moment 1 500 Nm a větší, v rozsahu 1 120 – 1 550 ot./min,

čímž zaručil konkurenční výhodu vybranému uchazeči a dopustil se porušení zákazu diskriminace uchazečů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dále zadavatel uzavřel dne 18. 6. 2012 kupní smlouvu s uchazečem TEZAS servis a. s., IČO 247 65 180, se sídlem Panelová 289, 190 15 Praha 9 - Satalice.

8. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. napadeného rozhodnutí zadavateli uložil pokutu ve výši 500 000 Kč.
9. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval postavením zadavatele, příslušností Úřadu, stanovením dílčího hodnotícího kritéria a stanovením technických podmínek.
10. Ohledně postavení zadavatele Úřad dovedl, že zadavatel je zadavatelem dle zákona, a ohledně příslušnosti Úřadu dovedl, že je v daném případě orgánem oprávněným k vykonávání dohledu nad postupem zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky.
11. Co se týká otázky, zda je možné do správního spisu zařazovat cizojazyčné dokumenty, Úřad odkázal na usnesení Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 12/2014-60 ze dne 14. 4. 2015, a uvedl, že *„v probíhajícím správním řízení nebyly nikým vzneseny námitky týkající se cizojazyčného dokumentu, jenž je obsahem daného správního spisu, ani nikdo nevznesl požadavek na jeho překlad do českého jazyka. Úřad tedy svým postupem, kdy do spisu založil cizojazyčný dokument, který nebyl jako provedený důkaz následně nikým zpochybněn z důvodu nepřiloženého překladu do českého jazyka, nezatížil dané řízení vadou, která by mohla způsobit nepřezkoumatelnost rozhodnutí.“*
12. K výroku I. napadeného rozhodnutí, spolu s vypořádáním námitek původního rozkladu Úřad provedl hypotetickou kalkulaci hodnocení stanoveného zadavatelem a dospěl k závěru, že *„nastavená zadávací podmínka, ve spojení s přiřazenou váhou 45 %, zvýhodnila vybraného uchazeče, jenž poskytoval služby autorizovaného servisu jak v místě sídla zadavatele, tak v místě jeho provozovny. Tímto postupem zadavatel zaručil konkurenční výhodu vybranému uchazeči a mohl tak odradit potenciální uchazeče od podání nabídky na předmětnou veřejnou zakázku, čímž mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.“*

13. K výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad na podporu informací získaných ve správním řízení vyzval k vyjádření, zda v době zahájení předmětného zadávacího řízení byly schopny dodat, bez ohledu na jiné okolnosti, které by bránily se zúčastnit zadávacího řízení, autobusy v zadavatelem požadované konfiguraci, následující společnosti: SOLARIS CZECH spol. s r. o., ZLINER s. r. o., SOR Libchavy spol. s r. o., MAN Truck and Bus Czech Republic s. r. o. Úřad zjistil, že čtyři dodavatelé (TURANCAR CZ s. r. o., SOR Libchavy spol. s r. o., SOLARIS CZECH spol. s r. o., MAN Truck and Bus Czech Republic s. r. o.), kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, by nemohli podat svoji nabídku i proto, že jejich výrobky nesplňovaly veškeré požadované technické podmínky specifikované zadavatelem v zadávací dokumentaci. Po posouzení věci ve všech okolnostech a po vypořádání námitek původního rozkladu, Úřad konstatoval, že *„žádný z argumentů uvedených zadavatelem nikterak neprokázal oprávněnost nastavení technických parametrů jakými jsou: zdvihový objem motoru max. 8 000cm³, mechanická synchronizovaná převodovka 6 stupňů vpřed a jeden vzad, točivý (kroutcí) moment motoru v hodnotě 1 500 Nm a vyšší dosažený v rozsahu 1 120 – 1 550 ot./min, výkon motoru 240 kW při 2 050 ot./min při maximálním zdvihovém objemu 8 000cm³. Naopak požadované podmínky mají tendenci směřovat k jedinému typu autobusu, kterým je autobus CROSSWAY LE line 12 m nabízený vybraným uchazečem“.*

III. Námitky rozkladu

14. Proti napadenému rozhodnutí podal dne 12. 2. 2016 zadavatel (nyní zastoupen na základě plné moci ze dne 20. 2. 2015 JUDr. Pavlem Vyroubalem, advokátem ev. č. ČAK 2998, se sídlem Palackého 168, 755 01 Vsetín) rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 28. 1. 2016. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
15. V části rozkladu nazvané „K postavení zadavatele“ zadavatel namítá, že Úřad nedbal závazného pokynu ze strany předsedy Úřadu, na základě kterého bylo nutno stanovit, z jakých právních závěrů Úřad dovozuje, že účastník je skutečně zadavatelem dle zákona. Zadavatel rovněž prohlásil, že *„nevykonává autobusovou přepravu na základě zvláštního či výhradního práva, které by mu mělo být uděleno obcí, popř. Zlínským krajem“.*
16. K výroku I. napadeného rozhodnutí, konkrétně pak v „Bodu 1.“ kapitoly nazvané „K výroku I. napadeného rozhodnutí“ rozkladu, zadavatel k hypotetické kalkulaci uvádí, že takováto extrémní kalkulace by v reálu nebyla možná, neboť hodnoty 0,1 u fiktivního uchazeče (vzdálenost servisu 100 metrů) by nebylo možno dosáhnout, jelikož tato hodnota byla dána pouze jako ochranná hodnota pro případ, že by některý z uchazečů uvedl do kolonky vzdálenost servisu číslo „0“. Rovněž k nové argumentaci týkající se výroku I. napadeného rozhodnutí zadavatel na tomtéž rozkladu uvádí, že subjekt poskytující autorizovaný servis měl možnost, stejně jako uchazeč, jehož nabídka byla vybrána jako nejvýhodnější, pronajmout si v místě provozovny nebytové prostory za účelem zřízení autorizovaného servisu, příp. umístit svůj mobilní autorizovaný servis, ať už v místě provozovny či v jeho těsné blízkosti, klidně téměř před branou provozovny, což situace provozoven uchazeče umožňuje.
17. V „Bodu 2.“ rozkladu zadavatel rovněž připojil další argumentaci, která byla součástí rozkladu proti původnímu rozhodnutí ve věci Úřadu tak, aby nebylo nutno porovnávat původní rozklad s tímto odůvodněním rozkladu. Konkrétně zde zadavatel uvádí, že závěry vyvozené

Úřadem z rozhodnutí č. j. 3 R 030/06-Fr ze dne 31. 8. 2006 jsou nesprávné, dále že zadavatel nevyločil uchazeče schopné poskytnout servisní služby formou mobilního servisu nebo servisního technika, a že Úřad v rámci napadeného rozhodnutí vycházel z informací, které nejsou obsahem spisu.

18. K výroku II. napadeného rozhodnutí zadavatel namítá, že Úřad v tomto případě nejednal transparentně, když v napadeném rozhodnutí nebylo uvedeno, jaké kritérium Úřad zvolil pro stanovení okruhů těch potenciálních zájemců, kteří byli Úřadem osloveni, když je zřejmé, že oslovení nebyli všichni. Zadavatel dále namítá nesprávný postup Úřadu při posuzování parametrů, a to zdvihový objem motoru, jeho vazbu na výši pojistného, když si o těchto odborných otázkách dělá Úřad úvahu sám, neboť má zadavatel za to, že k tomu není Úřad oprávněn, a je-li řešena ve věci otázka servisního technika, je nezbytně nutné provést její ověření pomocí odborných osob, nejlépe znalců.
19. K výroku III. napadeného rozhodnutí zadavatel uvádí, že *„vzhledem k tomu, že v rámci zrušovacího rozhodnutí Předsedy nebylo k argumentaci účastníka přijato ničeho v podobě závazného pokynu, předkládá i nadále účastník veškeré námitky a argumentace v nezměněné podobě, jelikož o těch nebylo dosud rozhodnuto“*.

Závěr rozkladu

20. Zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
23. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích I. a II. napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
24. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení či změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K postavení zadavatele a příslušnosti Úřadu

25. Domnívám se, že Úřad se v napadeném rozhodnutí dostatečně zabýval odůvodněním skutečností, které ho vedou k závěru, že zadavatel je zadavatelem podle zákona, a že tento závěr, ke kterému dospěl, je správný. V následujících odstavcích se tomuto problému budu věnovat podrobněji.

26. V bodech 75 a 76 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad odkázal na § 2 odst. 1 zákona, který vyjmenovává druhy zadavatelů a § 2 odst. 6 písm. a) zákona, který definuje sektorového zadavatele (jelikož zadavatel v šetřeném případě je právě sektorovým). Dále se (v bodu 77 odůvodnění napadeného rozhodnutí) Úřad věnoval pojmu relevantní činnost, která je pro definici sektorového zadavatele podstatná, přičemž odkázal na § 4 odst. 1 písm. f), dle kterého se relevantní činností rozumí mimo jiné i provozování veřejné autobusové dopravy.
27. Úřad poukázal na to, že skutečnost, že zadavatel provozuje veřejnou autobusovou dopravu, vyplývá z obchodního rejstříku a z výroční zprávy zadavatele za rok 2012, přičemž je patrné, že tuto činnost musí vykonávat podle podmínek stanovených příslušným správním orgánem a na základě zvláštního či výhradního práva.
28. Nelze tedy souhlasit s tvrzením zadavatele, že Úřad pouze „*odcitoval ustanovení zákona*“. Úřad zjistil, že zadavatel provozuje veřejnou autobusovou dopravu (přičemž tuto činnost lze vykonávat pouze podle podmínek stanovených příslušným správním orgánem a na základě zvláštního či výhradního práva – jde o koncesovanou živnost dle přílohy č. 3 zákona č. 455/1991 Sb., živnostenský zákon, ve znění pozdějších předpisů, což znamená, že k provozování této živnosti je nutné státní povolení v podobě koncese), čímž naplnil definici sektorového zadavatele. Jinými slovy, Úřad konkrétní skutečnosti porovnal s citovanými ustanoveními zákona, a dospěl k závěru, že citovaná ustanovení zákona jsou na šetřený případ aplikovatelná, a tedy že zadavatel je skutečně sektorovým zadavatelem. Úřad tedy splnil povinnost uloženou mu druhostupňovým rozhodnutím, spočívající v tom, že má uvést, z jakých zákonných ustanovení a východisek dovozuje, že je orgánem oprávněným k výkonu dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek.
29. Je pravdou, že Úřad se mohl této otázce věnovat podrobněji, avšak za situace, kdy postavení zadavatele jako zadavatele dle zákona v tomto konkrétním zadávacím řízení dosud nikdo nezpochybnil ani nerozporoval (dokonce sám zadavatel se za zadavatele označil), nepovažuji za chybné, že se touto otázkou z důvodu procesní ekonomie a hospodárnosti Úřad nezabýval podrobněji i přesto, že se jedná o správní řízení o spáchání správního deliktu. Nadto uvádím, že zadavatel mohl případnou nepříslušnost Úřadu namítat již dříve, a nikoli až po vydání napadeného rozhodnutí, jakožto v pořadí druhého prvostupňového rozhodnutí v téže věci. Ustanovení § 36 odst. 1 správního řádu stanoví, že účastníci (správního řízení) jsou oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy po celou dobu řízení *až do vydání rozhodnutí*. Ustanovení § 36 odst. 3 správního řádu pak stanoví, že účastníkům před vydáním rozhodnutí ve věci musí být dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Ustanovení § 39 odst. 1 správního řádu stanoví, že správní orgán určí účastníkovi (správního řízení) přiměřenou lhůtu k provedení úkonu. Zadavatel již z oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S197/2013/VZ-9995/2013/532/DBo ze dne 9. 7. 2013 mohl seznat, že je Úřadem považován za zadavatele a mohl proti tomuto tvrzení brojit. Ani tehdy, ani v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S197/2013/VZ-12870/2013/532/DBo, kterým mu byla stanovena lhůta k navrhování důkazů a činění jiných návrhů a k vyjádření se k podkladům rozhodnutí, zadavatel však skutečnost, že není zadavatelem dle zákona, nenamítal. Nečinil tak ani v návaznosti na usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S197/2013/VZ-19227/2013/532/DBo, kterým mu byla opětovně stanovena lhůta pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí. Zadavatel tedy nedostál své povinnosti vyjadřovat se do vydání rozhodnutí a opožděně tak činí až nyní,

v řízení o druhém rozkladu. Nemůže tím pádem uspět s tvrzením, že se tím, co nenamítal, Úřad nezabýval dostatečně.

30. Pro úplnost ke skutečnosti, že je zadavatel sektorovým zadavatelem, a Úřad je příslušný k výkonu dozoru nad zadavatelem prováděným zadávacím řízením, uvádím podrobný rozbor vedoucí k uvedenému závěru.
31. Zadavatel je provozovatelem veřejné autobusové dopravy. Proti této skutečnosti zadavatel v průběhu řízení nic nenamítal, a tato skutečnost vyplývá mimo jiné z obchodního rejstříku, z webových stránek zadavatele, a např. z výroční zprávy zadavatele za rok 2012 (jak zmiňuje Úřad v bodu 79 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Ve svém vyjádření ze dne 18. 3. 2013 zadavatel uvedl, že vykonává dopravní obslužnost. Jak také Úřad v bodu 79 uvádí, zadavatel zajišťuje dopravní obslužnost pro obce v rámci bývalého okresu Kroměříž (což plyne z výše uvedené výroční zprávy). Z webových stránek zadavatele (<https://www.krodosbus.cz/>) můžeme zjistit, že zadavatel provozuje mimo jiné linkovou dopravu. Z webových stránek Koordinátora veřejné dopravy Zlínského kraje, s.r.o. (www.koved.cz), vyplývá, že zadavatel je jedním z 11 dopravců zajišťujících veřejnou dopravu v závazku veřejné služby Zlínského kraje. Dále z Plánu dopravní obslužnosti území - Zlínský kraj na léta 2012-2019 (umístěného na webové adrese <https://www.kr-zlinsky.cz/plan-dopravni-obslužnosti-uzemi-zlinsky-kraj-na-leta-2012-2019-cl-80.html>, dokument „aktualizace Plánu DO území ZK 2012_2019“) je možno zjistit, že Zlínský kraj uzavřel s dopravcem KRODOS BUS a.s. (zadavatelem) v roce 2006 kmenovou smlouvu podle zákona č. 111/1994 Sb. o silniční dopravě, v platném znění, s platností od roku 2006. Předmětná smlouva byla dodatkem z listopadu 2009 prodloužena do 31. 12. 2019. Tato smlouva je smlouvou o veřejných službách v přepravě cestujících. V Dopravním plánu zlínského kraje (dostupném na stejné webové adrese, dokument „dopravni_plan_ZK_2012“) se uvádí, že všechny uvedené regionální linky (příčemž v seznamu jsou i linky zadavatele) jsou zařazeny do základní dopravní obslužnosti Zlínského kraje a jsou tedy krajem objednávané, a dále, že Zlínský kraj má s dopravci uzavřenu smlouvu o závazku veřejné dopravy platnou do roku 2019 mimo jiné se zadavatelem. Tamtéž je seznam autobusových linek a počty spojů dle dopravců, ze kterých je seznatelné, že v oblasti bývalého okresu Kroměříž je veřejná autobusová doprava zajišťována z převážné části zadavatelem (lze dojít k závěru, že např. mezi obcemi Kroměříž, Holešov, Bystřice pod Hostýnem, Morkovice, Chropyně, Dřínov, Kyselovice, Hulín a dalšími je veřejná autobusová doprava téměř výhradně provozována zadavatelem).
32. Z těchto skutečností (jak správně dovodil i Úřad) vyplývá, že tato autobusová doprava musí být poskytována podle podmínek stanovených příslušným správním orgánem. Je tedy splněna podmínka relevantní činnosti podle § 4 odst. 1 písm. f) zákona.
33. Dále je třeba posoudit, zda činnost zadavatele nespadá pod výjimku uvedenou v § 4 odst. 3 zákona. Pokud by totiž tato veřejná autobusová doprava mohla být poskytována i jinými osobami na celém území státu nebo ve vymezené oblasti za stejných podmínek, nepovažovala by se tato činnost za relevantní. Vzhledem ke skutečnostem uvedeným v bodu 31 odůvodnění tohoto rozhodnutí a k tomu, že zadavatel má se Zlínským krajem, případně dotčenými městy, uzavřený smluvní vztah, který řeší výši příspěvku za ztrátu, která vzniká v provozování veřejné autobusové dopravy, a podmínky, za nichž je tento příspěvek hrazen (jak zadavatel tvrdí i v rozkladu), lze dovodit, že je naplněna i podmínka, že zadavatel provozování veřejné autobusové dopravy vykonává za podmínek, které jiné osoby nemají,

neboť nelze předpokládat, že za situace, kdy již má kraj dopravní obslužnost zajištěnu pomocí určitého dopravce a rozhodne se mu z toho důvodu hradit případné ztráty z této činnosti, bude kraj ochoten za stejných podmínek uzavřít obdobnou smlouvu týkající se stejného území ve stejném časovém období s jiným subjektem.

34. Poslední podmínkou plynoucí z § 2 odst. 6 zákona, kterou je třeba naplnit, je, zda zadavatel tuto relevantní činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva (druhá varianta, a sice že nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv, na šetřený případ zjevně nedopadá). Z živnostenského rejstříku můžeme zjistit, že zadavatel má koncesované živnostenské oprávnění na předmět podnikání „*Silniční motorová doprava - osobní provozovaná vozidla určenými pro přepravu více než 9 osob včetně řidiče, - osobní provozovaná vozidla určenými pro přepravu nejvýše 9 osob včetně řidiče*“. Jelikož koncesované živnostenské oprávnění je bezpochyby takovýmto zvláštním či výhradním právem, je i tato podmínka splněna.
35. Takovéto posouzení věci koresponduje i s rozhodovací praxí Úřadu, kdy např. v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S611/2014/VZ-21185/2014/532/ZČa ze dne 7. 10. 2014 Úřad na základě stejných skutkových zjištění dospěl ke stejným závěrům, když uvedl, že „*[z] výpisu živnostenského rejstříku zadavatele vyplývá, že zadavatel má koncesované živnostenské oprávnění na předmět podnikání ‚Silniční motorová doprava - osobní provozovaná vozidla určenými pro přepravu více než 9 osob včetně řidiče, - osobní provozovaná vozidla určenými pro přepravu nejvýše 9 osob včetně řidiče‘. Z internetových stránek zadavatele Úřad dále zjistil, že ‚Rozhodující podnikatelskou aktivitou je zajišťování pravidelné autobusové dopravy v regionu Uherskohradištska s návazností na krajské město Zlín. Důležitou součástí je také provozování Městské hromadné dopravy v Uherském Hradišti a dálkových linek do Brna a Prahy.‘ Z uvedeného vyplývá, že zadavatel provozuje veřejnou autobusovou dopravu, přičemž z důvodu, že je tato veřejná autobusová doprava poskytována pro obce ve Zlínském kraji, je zřejmé, že tuto autobusovou dopravu musí poskytovat podle podmínek stanovených příslušným správním orgánem. Na základě uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel vykonává relevantní činnost § 4 odst. 1 písm. f) zákona. Zároveň je zřejmé, že zadavatel tuto činnost musí vykonávat na základě zvláštního či výhradního práva, které mu bylo uděleno obcí, popř. Zlínským krajem. (...) Na základě výše uvedeného tedy Úřad konstatuje, že se v šetřeném případě jedná o sektorového zadavatele podle § 2 odst. 6 písm. a) zákona ve spojení s § 4 odst. 1 písm. f) zákona a zadavatel byl povinen zadávat veřejnou zakázku podle ustanovení zákona platných pro sektorového zadavatele.*“ Postup Úřadu je v této věci tedy konzistentní.
36. Ke skutečnosti, že výše příspěvku ani nedosahovala hranice nadlimitní veřejné zakázky, uvádím, že samotná výše příspěvku není bez dalšího určující, jelikož se neposuzuje výše příspěvku, ale hodnota celé veřejné zakázky, přičemž v šetřeném případě hranice pro nadlimitní veřejnou zakázku dle nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu, překročena byla, jelikož cena veřejné zakázky je 53 003 580 Kč a konkrétní limit pro sektorové zadavatele v případě veřejných zakázek na dodávky dle § 2 odst. 1 písm. c) uvedeného nařízení vlády činí 10 489 000 Kč. Je tedy nutno dojít k závěru, že dohledová pravomoc Úřadu je v šetřeném

případě dána, přičemž na bližší odůvodnění týkající se této části lze odkázat na body 81 – 85 odůvodnění napadeného rozhodnutí, se kterými se plně ztotožňuji. Z těchto důvodů shledávám námitku zadavatele nedůvodnou.

Ke kalkulaci týkající se vzdálenosti servisu

37. Není zřejmé, co zadavatel míní tvrzením týkajícím se bodu 107 odůvodnění napadeného rozhodnutí, ve kterém Úřad prováděl hypotetickou kalkulaci vedoucí k závěru, že zadavatelem nastavený způsob hodnocení vede bez ohledu na body přidělené v rámci ostatních dílčích hodnotících kritérií v podstatě vždy k výběru uchazeče, který v rámci dílčího hodnotícího kritéria „Vzdálenost autorizovaného servisu“ nabídne co nejmenší vzdálenost od sídla zadavatele. K tomuto zadavatel uvádí, že *„takováto extrémní kalkulace by v reálu nebyla možná, neboť hodnota 0,1 u fiktivního uchazeče (...) by nebylo možno dosáhnout, jelikož tato hodnota byla dána pouze jako ochranná hodnota pro případ, že by některý z uchazečů uvedl do kolonky vzdálenost servisu číslo 0.“* Možná je jak situace, že uchazeč uvede do kolonky vzdálenost servisu číslo 0 (jak se také stalo u vybraného uchazeče, jelikož tento uchazeč má svá autorizovaná servisní střediska na adrese shodné se sídlem zadavatele i na adrese shodné s požadovanou provozovnou) a možné (a velmi pravděpodobné) je i to, že jiný uchazeč uvede vzdálenost mnohem větší. Z tohoto tvrzení zadavatele by bylo možno vyvozovat, že zadavatel nepředpokládal obdržení nabídky, kde bude uvedena nulová vzdálenost servisu, avšak v rozkladu zadavatel uvádí, že účastníci měli možnost pronajmout si v místě provozovny nebytové prostory za účelem zřízení autorizovaného servisu, že již při vypisování zadávacího řízení měl *„povědomí o tom, že se na adrese jeho provozovny nachází servis vybraného uchazeče“* a *„také v souvislosti s touto skutečností zadavatel úmyslně stanovil, že pro kritérium vzdálenosti lze použít také vzdálenost od sídla zadavatele“*, a dokonce, že *„[z]adavatel si uvědomuje, že bylo chybou stanovit tak nízký náhradní výpočtový koeficient v případě, kdy uchazeč uvede vzdálenost jako nulovou“*. Dále zadavatel v rozkladu uvádí, že by bylo vhodnější stanovit náhradní výpočtový koeficient nikoli 0,1 km, ale 1 km a následně (z tohoto nerealizovaného přepočtu), že pro všechny potenciální uchazeče existovaly reálné možnosti, jak dosáhnout hodnocení jejich nabídky jako nejvýhodnější. Ostatně v bodu 110 odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad k úpravě tohoto výpočtu vyjádřil v tom smyslu, že při fiktivní kalkulaci zadavatel nevycházel z podmínek stanovených v zadávací dokumentaci, *„nýbrž si zcela svévolně zvolil odlišnou výchozí hodnotu u vybraného uchazeče, jež nebyla nikde definována“*. Argumentaci zadavatele ohledně tohoto problému tedy shledávám nanejvýš zmatečnou a lichou, nicméně pro úplnost se stručně vyjádřím k tomu, proč shledávám postup Úřadu ohledně posouzení tohoto dílčího hodnotícího kritéria správným.
38. Předmětem kritiky Úřadu byla nikoli skutečnost, že se zadavatel rozhodl hodnotit mimo jiné vzdálenost autorizovaného servisu, ale to, že tomuto dílčímu hodnotícímu kritériu nepřičítal relevantní váhu. Na správné stanovení dílčích hodnotících kritérií je kladen značný důraz, jelikož jsou klíčem k přidělení veřejné zakázky konkrétnímu uchazeči. Zvolený způsob přiřazení vah jednotlivým dílčím hodnotícím kritériím nevyjadřoval vztah užitné hodnoty a ceny a byl nepřímou diskriminační vůči některým uchazečům. Není tedy nijak relevantní, že uchazeči měli teoreticky možnost pronajmout si prostory v sídle zadavatele, jelikož přiřazení váhy 45% tomuto dílčímu hodnotícímu kritériu je hrubě neúměrné, protože (jak dokázal Úřad již zmíněným hypotetickým výpočtem uvedeným v bodu 107 odůvodnění

napadeného rozhodnutí) zadavatelem nastavený způsob hodnocení vede bez ohledu na body přidělené v rámci ostatních dílčích hodnotících kritérií v podstatě vždy k výběru uchazeče, který v rámci dílčího hodnotícího kritéria „Vzdálenost autorizovaného servisu“ nabídne co nejmenší vzdálenost od sídla zadavatele, byť jiní uchazeči nabídnou jinak mnohem lepší podmínky. Z těchto důvodů shledávám námitku zadavatele nedůvodnou.

K odkazu na rozhodnutí Úřadu č. j. 3 R 030/06-Fr ze dne 31. 8. 2006

39. K uvedenému rozhodnutí se Úřad vyjadřoval v původním rozhodnutí, přičemž konstatoval, že zde bylo Úřadem kritérium vzdálenosti shledáno diskriminačním, a tudíž nevhodným. Zadavatel uvádí, že ani v původním rozhodnutí Úřad a priori nevyločil užití tohoto dílčího hodnotícího kritéria, pokud jde skutečně o kritérium, které má ekonomické dopady na straně zadavatele a jde tak o hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky. K tomuto uvádím, že ani v nyní šetřeném případě není použití tohoto dílčího hodnotícího kritéria samo o sobě shledáno nevhodným (viz bod 99 a 115 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Problémem je však váha přiřazená tomuto dílčímu hodnotícímu kritériu, kterou zadavatel nijak nezdůvodnil a Úřad posoudil jako neúměrně velkou, a ve svém důsledku působící diskriminačně vůči dodavatelům poskytujícím služby autorizovaného servisu mimo místo sídla a provozovny zadavatele, s čímž se plně ztotožňuji. Nadto dodávám, že v odůvodnění napadeného rozhodnutí již Úřad na své rozhodnutí č. j. 3 R 030/06-Fr nikde neodkazuje. Námitku zadavatele směřující proti odkazu na rozhodnutí Úřadu č. j. 3 R 030/06-Fr shledávám nedůvodnou.

K vyloučení mobilních servisů a servisních techniků

40. Domnívám se, že ohledně otázky vyloučení mobilních servisů a servisních techniků zadavatel nepřináší v porovnání s předchozí fází řízení žádnou novou argumentaci, tudíž v této části plně odkazují na body 103 – 104 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad uvedl následující: *„již z názvu daného dílčího kritéria je zřejmé, co zadavatel zamýšlel preferovat, což vyjádřil pojmem ‚vzdálenost‘. Zadavatel dále stanovil objektivní hodnocení tohoto kritéria, jímž byl součet vzdáleností v km mezi umístěním autorizovaného servisu a umístěním jeho sídla a zároveň mezi umístěním autorizovaného servisu a umístěním jeho provozovny. Pokud by Úřad přijal argument zadavatele, že samotný autorizovaný servis nijak nedefinoval a tudíž uchazeči mohli nabídnout mobilní servis či servisní techniku, tak by toto dílčí kritérium nebylo jednoznačné, připouštělo by více výkladů a zároveň by tyto nabízené varianty nemohly obstát v hodnocení při měření vzdálenosti, neboť by bylo zcela nejednoznačné a nemožné určit jejich přesné umístění, aby mohla být změřena jejich vzdálenost po pozemních komunikacích. Možnost poskytnout službu mobilního servisu či činnosti servisní technika nelze proto ztotožnit s požadavkem autorizovaného servisu, kdy je nutné přesně určit jeho umístění, resp. místo, odkud by měla být měřena jeho vzdálenost k požadovaným cílům. Skutečnost, kdy v podstatě neexistovala jiná možnost, jak splnit požadavek zadavatele, uvedený v daném dílčím hodnotícím kritériu, než disponovat autorizovaným servisem, který by mohl obstát v hodnocení při měření jeho vzdálenosti nedefinované zadavatelem, ve spojení s přiřazenou váhou 45 %, mohla odradit potenciální dodavatele, jež nemají autorizovaný servis v místě sídla, resp. provozovny zadavatele, od podání nabídky.“* S tímto posouzením věci Úřadem se plně ztotožňuji, neboť argumentace zadavatele v podstatě odporuje znění zadávacích podmínek.

K informacím, které nejsou obsahem spisu

41. Zadavatel se domnívá, že Úřad vychází z informací, které nejsou obsahem spisu, konkrétně zadavatel uvádí, že Úřad vychází „z domněnky, že nejvýznamnější součástí provozních nákladů jsou ceny servisních služeb a náhradních dílů.“ Zadavatel je však toho názoru, že „[p]ři standardním záručním vztahu ale tyto náklady jdou v průběhu záruky na účet uchazeče, nikoli zadavatele.“
42. Domnívám se, že tato konkrétní otázka byla správně posouzena již v rámci původního rozhodnutí (konkrétně jeho bodu 43 a následující), kdy Úřad konstatoval, že „existenci autorizovaného servisu jako klíčového faktoru pro zajištění záručních i mimozáručních oprav, pravidelných servisních prohlídek i nepravidelných oprav v důsledku poškození dopravních nehod, kdy odtah autobusu je nákladný, nezpochybňuje, ale neztotožňuje se s názorem zadavatele v otázce legitimacy stanovení vzdálenosti jako klíčového faktoru tohoto dílčího hodnotícího kritéria v posuzované věci.“ Nesouhlasím s tvrzením zadavatele, že by Úřad vycházel z informací, které nejsou obsahem spisu. Úřad pouze z obsahu spisu vyvodil jisté závěry, konkrétně závěr o tom, že poměrná hodnota přiřazená danému hodnotícímu kritériu „Vzdálenost autorizovaného servisu“ neodpovídá jeho užitné hodnotě vzhledem k ceně. Nelze předpokládat, že by náklady na dopravu autobusů do autorizovaného servisu byly vyšší, než cena samotných servisních služeb. Takové nastavení dílčích hodnotících kritérií, které provedl zadavatel, odporuje ustanovení § 78 odst. 4 zákona, který stanoví, že rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny, a zároveň odporuje též zásadě zákazu diskriminace zakotvené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Z ustanovení § 6 zákona vyplývá, že povinnost nediskriminačního zacházení se všemi uchazeči o veřejnou zakázku je jedním ze základních principů, které musí zadavatelé v procesu zadávání veřejných zakázek aplikovat. K tomuto se Úřad blíže vyjádřil také zejména v bodech 94 – 100 napadeného rozhodnutí. Navíc fakt, že již při stanovování hodnotícího kritéria zadavatel kalkuloval s umístěním autorizovaného servisu v místě sídla, resp. provozovny zadavatele, může vyvolávat spekulace o tom, že již při vypracovávání zadávací dokumentace předvídal nebo mohl předvídat uchazeče o tuto veřejnou zakázku. Z těchto důvodů považuji tuto námitku zadavatele za nedůvodnou.

Ke stanovení okruhu potenciálních zájemců, kteří byli Úřadem osloveni

43. Domnívám se, že není nutné, aby Úřad uváděl, jaké kritérium zvolil pro stanovení okruhů těch potenciálních zájemců, kteří byli Úřadem osloveni, když je zřejmé, že oslovení nebyli všichni. Předně je třeba uvést, že ono dotazování Úřad provedl pouze v rámci podnětového řízení, které je na rozdíl od správního řízení podstatně méně formálním a Úřad v jeho rámci provádí skutková zjištění pouze za účelem dosažení závěru, zda je v dané věci nutno zahájit správní řízení, ve kterém teprve bude formálně zjišťovat veškeré podrobnosti případu ve své úplnosti. Ustanovení § 52 správního řádu (které se navíc váže ke správnímu řízení) stanoví, že správní orgán provede důkazy, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci. Domnívám se, že pokud ke zjištění stavu věci dostačují informace v menším rozsahu (vyžádané od menšího množství subjektů), není nutné vyžadovat informací více. Například v případě, kdy by si zadávací dokumentaci vyzvedlo 100 subjektů, nebylo by zajisté v souladu se zásadou procesní ekonomie požadovat vyjádření od všech, když v daném případě by teoreticky informace od pouhého jednoho dodavatele o tom, že se zadávacími podmínkami cítil

diskriminován, postačovala k zahájení správního řízení. Nadto uvádím, že Úřad nemá povinnost postupovat transparentně – zásada transparentnosti je zásadou zadávacího řízení, kterou je vázán zadavatel při zadávání veřejných zakázek dle zákona. Správní orgán (Úřad) je vázán povinností postupovat tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, stanovenou v § 3 správního řádu a povinností uvést v rozhodnutí důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu správních předpisů a informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí, přičemž shledávám, že v šetřeném případě Úřad z tohoto hlediska postupoval zcela správně a v souladu s relevantními právními předpisy. Z tohoto důvodu hodnotím tuto námitku zadavatele jako nedůvodnou.

K postupu Úřadu při posuzování vypsáných parametrů

44. Nesouhlasím s názorem zadavatele, že Úřad postupoval nesprávně, když si neověřil otázku požadovaných parametrů motoru a jejich vazbu na výši pojistného pomocí odborných osob, nejlépe znalců. Závislost výše pojistného na typu motoru totiž není otázkou, ke které by bylo nutno přibírat znalce, jelikož spadá do oblasti obecných znalostí o vztahu ceny a její přidané hodnoty, a významu pojistných podmínek. Zadavatel opíral své tvrzení o oprávněnosti specifického vymezení požadavků jednak velké množství norem a dále o kalkulace vedoucí k určení výše pojistného.
45. K tvrzení, že nutnost specifického vymezení plyne z určitých norem, uvádím, že Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/46/ES ze dne 5. 9. 2007, na kterou zadavatel v této souvislosti odkazuje, neobsahuje jakékoli údaje či informace, které by zadavatelem provedené specifické vymezení technických požadavků odůvodňovaly, a Technické normy pro provoz autobusů v hromadné dopravě přes výzvu Úřadu zadavatel nepředložil. Skutečnost, že by požadavek na motor EURO 5 – SCR byl oprávněný z důvodu nižší spotřeby paliva, zadavatel kromě odkazu na své zkušenosti nijak neprokázal – pouze zpochybnil zdroje, ze kterých Úřad čerpal informace o parametrech motoru a jejich projevech, avšak v konečném důsledku faktické závěry Úřadu nijak nepopřel, natož aby opačné tvrzení opřel o relevantní důkazy.
46. K tvrzení, že nutnost specifického vymezení se odvíjí od závislosti pojistného, uvádím, že tento aspekt byl hodnocen právě za zohlednění vyjádření odborných osob, konkrétně Úřad přihlédl ke stanovisku společnosti LIBRA pojišťovací makléři, s.r.o., ze dne 5. 1. 2012, ze kterého plyne, že parametr velikosti zdvihového motoru je při kalkulaci pojistného používán jen některými pojišťovacími společnostmi, k prohlášení pojistného makléře, společnosti MORAVAINVEST s.r.o., ze dne 5. 3. 2015, ze kterého plyne, že stanovení sazeb pojistného je ovlivněno mimo jiné také objemem motoru. Z uvedených vyjádření však neplyne, že by velikost zdvihového objemu motoru byla jakkoli zásadní veličinou pro kalkulaci výše pojistného (jak uvedl i Úřad v bodu 145 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Tento závěr je podpořen i tím, že z pojistných smluv zadavatele bylo zjištěno, že výše ročního pojistného u všech jeho autobusů činí stejnou částku i přes to, že některé autobusy požadovaný zdvihový objem motoru splňovaly a jiné nikoli. I tuto námitku zadavatele tedy shledávám nedůvodnou.

Ke stanovení výše sankce

47. Zadavatel v tomto ohledu poukazuje na princip proporcionality, v souladu s nímž se mu dle ustanovení § 120 zákona jeví uložení pokuty jako nadbytečné, jelikož finanční sankce ve formě krácení dotace již byla zadavateli udělena. Zadavatel brojí proti tomu, že k tomuto Úřad nijak nepřihlížel. Zadavatel se též domnívá, že napadené rozhodnutí je v rozporu se zákonem a zásadami správního trestání a dále že je nepřezkoumatelné.
48. K tvrzení zadavatele, že mu již byla finanční sankce (ve formě krácení dotace) poskytovatelem dotace udělena, odkazují na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 23/2012 – 102 ze dne 28. 11. 2012, kde Nejvyšší správní soud uvedl, že *„žádost o zohlednění okolnosti, že pokud bude stěžovateli udělena v dané věci správní pokuta, tak bude krácena dotace (případně vymáhána sankce) za porušení rozpočtových pravidel, je ze své podstaty zcela nepřijatelná a pro rozhodování nepodstatná. Nelze požadovat ani po správním orgánu, ani po soudu, aby „přehlédly“ porušení zákona z důvodu, že stěžovatel ponese ještě jiné důsledky svého protiprávního jednání“*. Je zřejmé, že Úřad je povinen při posuzování možného spáchání správního deliktu a při stanovení výše pokuty posuzovat postup zadavatele podle zákona, bez ohledu na následky, jež pro zadavatele mohou v budoucnu plynout z jiných předpisů či pravidel.
49. K určení konkrétní výše pokuty uvádím, že spadá do diskreční pravomoci Úřadu. Správní uvážení je možné tehdy, poskytuje-li zákon volný prostor k rozhodování v hranicích, které stanoví (při určování výše pokuty za správní delikty to je v hranicích sankčních sazeb podle § 120 odst. 2 zákona). Subjektu vykonávajícímu veřejnou správu je tak ponechán určitý prostor pro formulaci vlastního řešení – rozhodnutí. Správní uvážení bylo v tomto správním řízení Úřadem aplikováno ke stanovení výše sankce za nedodržení zákona, tj. ke stanovení výše pokuty. Při určení výměry pokuty tak bylo na správním uvážení Úřadu, jakým způsobem vyhodnotí způsob spáchání správního deliktu, okolnosti, za nichž byl spáchán, a jeho následky a jaký vliv bude mít tato úvaha Úřadu na vyhodnocení závažnosti spáchaného správního deliktu.
50. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, jakým způsobem aplikuje na šetřený případ zásadu absorpce, jak určil horní hranici možné pokuty, co bral v úvahu při posouzení závažnosti deliktu (způsob spáchání – zaručení konkurenční výhody vybranému uchazeči a vytvoření neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, následky spáchání deliktu – vyloučení otevřené hospodářské soutěže o veřejnou zakázku a konkurenčního prostředí mezi uchazeči). Lze tedy shrnout, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečně zhodnotil způsob spáchání správního deliktu, jeho následky a rovněž i polehčující a přitěžující okolnosti, za nichž byl tento delikt spáchán. Z těchto důvodů považuji napadené rozhodnutí za přezkoumatelné.
51. Zdůrazňuji, že rozhodnutí o uložení pokuty je nepřezkoumatelné, je-li její výše odůvodněna pouhým zopakováním skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty či funkcí pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda, a jakým způsobem byla tato kritéria správním orgánem hodnocena. Z judikatury Nejvyššího správního soudu vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudek NSS č. j. 8 As 5/2005-53 ze dne 29. 6. 2005). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost. Úřad tak

při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochybnosti o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu.

52. Z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že výše pokuty uložená v tomto případě uvedeným požadavkům vyhovuje. Sankci za spáchání správního deliktu lze chápat jako právní následek porušení zákona, který pro pachatele znamená určitou majetkovou újmu nebo omezení jeho práva. Účelem jejího ukládání je působit na pachatele správního deliktu takovým způsobem, aby se již v budoucnosti nedopouštěl protiprávního jednání. Sankce má tak působit výchovně a preventivně, má však i reparační charakter, neboť do určité míry napravuje následek porušení právní povinnosti. Domnívám se, že výše uložené pokuty splňuje obě tyto funkce. Zároveň mám za to, že represivní funkce, tedy postih za porušení zákonem stanovené povinnosti byla uplatněna přiměřeně, když při maximální možné pokutě ve výši 2 650 179 Kč byla tato uložena pod 20% možné výše.
53. V souvislosti s výše uvedeným odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 14/2013 ze dne 23. 10. 2014, kde „[s]oud zde považuje za nutné zdůraznit též funkci postihu; konkrétní forma postihu (pokuta) a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobci, zároveň musí být postih dostatečně znatelný v žalobcově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce likvidačním. V opačném případě by totiž postih delikventa smysl postrádal.“ Výše pokuty uložená Úřadem v napadeném rozhodnutí je přiměřená a Úřad při jejím ukládání postupoval zcela v mezích správního uvážení, které dle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Azs 105/2004 – 72 ze dne 19. 7. 2004 spočívá v tom, že zákon „poskytuje volný prostor k rozhodování v hranicích, které stanoví“. Vzhledem k tomu, že z výroční zprávy zadavatele za rok 2015 vyplývá, že vygeneroval zisk ve výši 5 537 000 Kč, nelze dojít k závěru, že Úřadem ukládaná sankce by pro něj mohla být likvidační. S námitkou zadavatele, že je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů se tak neztotožňuji, odůvodnění uložení dané pokuty ze strany Úřadu považuji na rozdíl od zadavatele za dostatečně konkrétní.
54. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem kromě věcné správnosti napadeného rozhodnutí přezkoumal i jeho zákonnost ve všech napadených výročích a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil spáchání správního deliktu. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly naplněny všechny znaky skutkových podstat správních deliktů uvedených v napadeném rozhodnutí, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.
55. K námitce zadavatele týkající se údajné nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí uvádím, že s ní nesouhlasím. Otázka přezkoumatelnosti rozhodnutí byla opakovaně řešena i soudní judikaturou, například Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 30 Af 102/2013 -

165 ze dne 10. 12. 2015 mimo jiné konstatoval: „*Nepřezkoumatelnost rozhodnutí může nastat z důvodu jeho nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí. Obecně lze za nesrozumitelné považovat takové rozhodnutí, z jehož výroku nelze zjistit, jakým způsobem bylo rozhodnuto, jehož výrok je vnitřně rozporný nebo nelze rozeznat, co je výrok a co odůvodnění, dále takové rozhodnutí, z něhož není patrné, které osoby jsou jeho adresátem a kdo byl rozhodnutím zavázán, apod. V případě nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů pak soud posuzuje, zda se žalovaný v rozhodnutí vypořádal se všemi žalobcem uplatněnými okolnostmi a zda srozumitelným způsobem uvedl, jaké skutečnosti vzal při svém rozhodování za prokázané a kterým naopak nepřisvědčil, jakými úvahami byl ve svém rozhodování veden, o které důkazy opřel svá skutková zjištění a které důvody jej vedly k vyslovení závěrů obsažených ve výsledném rozhodnutí.*“ Obdobně se vyjádřil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 7 As 291/2015 – 26 ze dne 2. 6. 2016: „*Má-li být soudní rozhodnutí přezkoumatelné, musí z něj být zřejmé, jaký skutkový stav vzal správní soud za rozhodný a jak uvážil o pro věc podstatných skutečnostech, resp. jakým způsobem postupoval při posuzování těchto skutečností. Uvedené musí nalézt svůj odraz v odůvodnění dotčeného rozhodnutí. Je tomu tak proto, že jen prostřednictvím odůvodnění lze dovodit, z jakého skutkového stavu správní soud vyšel a jak o něm uvážil.*“ Zde citované soudní závěry jsou plně aplikovatelné i na napadené rozhodnutí, které shledávám plně přezkoumatelným, neboť je postaveno na zákonných ustanoveních, obsahuje důkazy pro podporu tvrzených skutečností a úvahy Úřadu v něm obsažené jsou zcela zřejmé, logické a konzistentní. Je nutno zcela přisvědčit argumentaci Úřadu uvedené v bodu 169 odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť skutečnost, že zadavateli již byla za totožné jednání uložena jiná sankce, není zohlednitelná z hlediska posouzení toho, zda byl nebo nebyl spáchán správní delikt. Tento závěr je plně v souladu i s aktuální judikaturou, na kterou Úřad taktéž odkázal. Není tedy pravdou, že by Úřad svůj závěr, proč uložení jiné sankce považuje za irelevantní, nezdůvodnil. Napadené rozhodnutí považuji za přezkoumatelné a námitku zadavatele tudíž za nedůvodnou.

Posouzení z hlediska pozdější právní úpravy

56. Dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“).
57. Podle čl. 40 odst. 6 usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**Listina**“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Shodný princip je vyjádřen i v § 2 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“). Toto pravidlo zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v oblasti správního trestání.
58. V souvislosti s citovaným článkem Listiny uvádím, že konstantní soudní judikatura (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 A 126/2002-27 ze dne 27. 10. 2004) dospěla k závěru, že „*[t]restání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle*

vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu. Je totiž zřejmé, že rozhraničení mezi trestnými (a tedy soudem postižitelnými) delikty a delikty, které stíhají a trestají orgány exekutivy, je výrazem vůle suverénního zákonodárce; není odůvodněno přirozenoprávními principy, ale daleko spíše je výrazem trestní politiky státu (...) Pro české právo to pak znamená, že i ústavní záruka článku 40 odst. 6 Listiny o tom, že je nutno použít pozdějšího práva, je-li to pro pachatele výhodnější, platí jak v řízení soudním, tak v řízení správním (...) Přijetí tohoto principu pak znamená, že nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová právní úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání". K totožnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudku č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 a dalších.

59. K posouzení příznivější právní úpravy ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uvádím následující. Deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím se opírá o závěr Úřadu, že v daném případě zadavatel nedodržel zásadu zákazu diskriminace v § 6 zákona v souvislosti s § 78 odst. 6 zákona, když stanovil jako jedno z dílčích hodnotících kritérií „vzdálenost autorizovaného servisu“ s váhou 45 %, přičemž takto stanovenou váhou daného dílčího hodnotícího kritéria se dopustil porušení zásady zákazu diskriminace uchazečů, kteří neposkytovali autorizovaný servis přímo v místě sídla a provozovny zadavatele, a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
60. Dále se deliktní odpovědnost zadavatele konstatovaná napadeným rozhodnutím opírá o závěr Úřadu, že v daném případě zadavatel nedodržel postup podle § 45 odst. 3 citovaného zákona ve spojení s § 6 citovaného zákona, když stanovil technické podmínky takto:
- motor Euro 5 – SCR,
 - zdvihový objem max. 8 000 ccm,
 - výkon min. 240 kW při 2 050 ot./min,
 - krouticí moment 1 500 Nm a větší, v rozsahu 1 120 – 1 550 ot./min,
- čímž zaručil konkurenční výhodu vybranému uchazeči a dopustil se porušení zákazu diskriminace uchazečů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
61. V ustanovení § 6 ZZVZ je taktéž zakotvena zákazu diskriminace, která odpovídá zásadě zákazu diskriminace upravené v § 6 zákona. Ustanovení § 36 odst. 1 ZZVZ stanoví, že zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Dále § 114 odst. 1 ZZVZ stanoví, že zadavatel musí v zadávací dokumentaci stanovit pravidla pro hodnocení nabídek, která zahrnují a) kritéria hodnocení, b) metodu vyhodnocení nabídek v jednotlivých kritériích a c) váhu nebo jiný matematický vztah mezi kritérii. Posuzované jednání zadavatele by tedy i dle ZZVZ bylo správním deliktem, konkrétně upraveným v § 268 odst. 1 písm. b) ZZVZ a za tento správní delikt by měla být uložena sankce dle § 268 odst. 2 písm. a), přičemž její maximální výše je stejná, jakou lze za posuzované jednání uložit i dle zákona. Nadto k postavení zadavatele uvádím, že dle § 4 odst. 5 ZZVZ se za zadavatele považuje i jiná osoba (kromě osob vyjmenovaných ve zbytku

§ 4 ZZVZ), která zahájila zadávací řízení, ačkoli k tomu nebyla povinna, a to ve vztahu k tomuto zadávacímu řízení a do jeho ukončení.

62. Z uvedeného vyplývá, že i podle pozdější právní úpravy by se jednalo o správní delikty dle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kterým zadavatel nedodržel § 6 odst. 2, § 36 odst. 1 a § 114 odst. 1 ZZVZ, přičemž tímto postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele.
63. Vzhledem k výše uvedenému tak není pozdější právní úprava, ani co se týče posouzení jednání zadavatele, ani co se týče uložitelné sankce, pro zadavatele příznivější.
64. Ve světle výše uvedeného konstatuji, že v šetřeném případě nelze aplikovat výjimku ze zákazu retroaktivity, neboť právní úprava dle ZZVZ není pro zadavatele právní úpravou příznivější, tudíž je třeba správní delikt posuzovat podle právní úpravy účinné v době jeho spáchání, tedy dle zákona. Šetřený správní delikt zadavatele naplňuje stejné znaky skutkové podstaty, přičemž i výše sazby pokuty a kritéria závažnosti jsou totožná, jak dle ZZVZ, tak i podle zákona.

VI. Závěr

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

JUDr. Pavel Vyroubal, Palackého 168, 755 01 Vsetín

Vypraveno dne

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