



UOHSX00CZ6YJ

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0205/2019/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-01903/2020/323/VVá

Brno 17. ledna 2020

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 11. 11. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal zadavatel –

- **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 27. 8. 2019 Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0321/2019/VZ-29171/2019/512/ŠMr ze dne 24. 10. 2019, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, kde dalším účastníkem je navrhovatel –

- **ČSAD AUTOBUSY České Budějovice a.s.**, IČO 26060451, se sídlem Žižkova tř. 1914/1a, 370 01 České Budějovice, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 24. 7. 2019 Mgr. Martinem Kramářem, LL. M., ev. č. ČAK 09956, se sídlem Křížovnické náměstí 193/2, 110 00 Praha 1,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Veřejná linková osobní doprava na území Jihočeského kraje**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 28. 6. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 1. 7. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-022042 ve znění opravy ze dne 25. 7. 2019, ze dne 29. 8. 2019, ze dne 27. 9. 2019, ze dne 29. 10. 2019, ze dne 16. 12. 2019 a ze dne 6. 1. 2020, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 28. 6. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 3. 7. 2019 pod ev. č. 2019/S 126-308434,

ve znění opravy ze dne 26. 7. 2019 pod ev. č. 2019/S 143-353165, ze dne 30. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 167-409489, ze dne 27. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 187-455840, ze dne 29. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 209-511562, ze dne 18. 12. 2019 pod ev. č. 2019/S 244-601312 a ze dne 8. 1. 2020 pod ev. č. 2020/S 005-007329,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0321/2019/VZ-29171/2019/512/ŠMr ze dne 24. 10. 2019

### **r u š í m**

a věc

### **v r a c í m**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k dalšímu projednání.

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) obdržel dne 22. 8. 2019 návrh navrhovatele – ČSAD AUTOBUSY České Budějovice a.s., IČO 26060451, se sídlem Žižkova tř. 1914/1a, 370 01 České Budějovice, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 24. 7. 2019 Mgr. Martinem Kramářem, LL. M., ev. č. ČAK 09956, se sídlem Křížovnické náměstí 193/2, 110 00 Praha 1, (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Jihočeský kraj, IČO 70890650, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, 370 01 České Budějovice, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 27. 8. 2019 Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Veřejná linková osobní doprava na území Jihočeského kraje“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 28. 6. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 1. 7. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-022042 ve znění opravy ze dne 25. 7. 2019, ze dne 29. 8. 2019, ze dne 27. 9. 2019, ze dne 29. 10. 2019, ze dne 16. 12. 2019 a ze dne 6. 1. 2020, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 28. 6. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 3. 7. 2019 pod ev. č. 2019/S 126-308434, ve znění opravy ze dne 26. 7. 2019 pod ev. č. 2019/S 143-353165, ze dne 30. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 167-409489,

ze dne 27. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 187-455840, ze dne 29. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 209-511562, ze dne 18. 12. 2019 pod ev. č. 2019/S 244-601312 a ze dne 8. 1. 2020 pod ev. č. 2020/S 005-007329 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Na základě tohoto návrhu, který směřuje proti zadávacím podmínkám a rozhodnutí o námitkách, bylo dne 22. 8. 2019 zahájeno předmětné správní řízení (dále jen „**správní řízení**“).

## II. **Napadené rozhodnutí**

2. Dne 24. 10. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0321/2019/VZ-29171/2019/512/ŠMr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
3. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel pravidlo stanovené v § 245 odst. 1 zákona tím, že se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách vůbec nevyjádřil k námitce stěžovatele týkající se zadávacích podmínek, které údajně nutí dodavatele nacenit dopravní výkony, o nichž nemají k dispozici žádné informace, konkrétně pak k její části, v níž navrhovatel namítá, že *„dle smlouvy se procento přípustného navýšení rozsahu dopravního výkonu počítá z předpokládaného dopravního výkonu, což je dle přílohy č. 7 zadávací dokumentace jiná položka než referenční výkon, který je dle přílohy č. 5 a též dle bodu 8 vysvětlení č. 1 určující pro zpracování nabídky. Nejistotu v daném ohledu zvyšuje též bod 37 smlouvy, který uvádí, že nabídka dopravce má být naopak vztažena k předpokládanému (a nikoliv referenčnímu) výkonu“*, čímž se rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů.
4. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel pravidlo stanovené v § 245 odst. 1 zákona tím, že se nevyjádřil podrobně k námitkám stěžovatele týkajícím se údajně netransparentního formuláře nabídkové ceny ohledně položek mezd a údajně nejasných podmínek pro doplňování bankovní záruky, konkrétně pak k její části, v níž navrhovatel namítá, že požadavek zadavatele na to, aby předmětná bankovní záruka byla poskytnuta bankou s místem podnikání v České republice, je údajně nedůvodně diskriminační, čímž se rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů.
5. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl o zrušení rozhodnutí o námitkách jako opatření k nápravě. Výrokem IV napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl o uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku až do pravomocného skončení správního řízení. Výrokem V napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl o uložení povinnosti zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30.000 Kč
6. Úřad v napadeném rozhodnutí vysvětlil účel námitek a rozhodnutí o nich, a dospěl k závěru, že se zadavatel k jedné z námitek nevyjádřil vůbec a u dvou dalších námitek nebylo jeho vyjádření dostatečně podrobné, čímž porušil pravidlo dle § 245 odst. 1 zákona. Úřad uvedl, že je povinností zadavatele se řádně, tj. podrobně a srozumitelně, vyjádřit a vypořádat s každou jednotlivou namítanou skutečností. Rozhodnutí o námitkách musí být odůvodněno přezkoumatelným způsobem, musí být srozumitelné a musí být opřeno o relevantní důvody. I námitka, kterou považuje zadavatel za irelevantní, musí být vypořádána a zadavatel k ní musí zaujmout stanovisko. Pokud tomu tak není, je dané rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

### III. Námitky rozkladu

7. Dne 11. 11. 2019 obdržel Úřad rozklad zadavatele ze stejného dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 25. 10. 2019. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
8. Zadavatel úvodem rozkladu předesílá, že se v něm vyjadřuje pouze k výroku I a II napadeného rozhodnutí, nicméně s ohledem na skutečnost, že výroky III, IV a V napadeného rozhodnutí jsou výroky navazujícími a zadavatel nesouhlasí rovněž s nimi, podává rozklad i proti těmto navazujícím výrokům.
9. Zadavatel nesouhlasí se zjištěními a posouzeními skutkového stavu a s právními posouzeními provedenými Úřadem. Zadavatel má za to, že Úřad vycházel z neúplných a nesprávných zjištění a posouzení skutkových stavů a nesprávných právních posouzení. S ohledem na tyto skutečnosti zadavatel považuje napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné.
10. Zadavatel namítá, že Úřad v rámci své argumentace uvedené ve výroci I a II napadeného rozhodnutí vycházel pouze z izolovaného posuzování dílčích záležitostí a vyjádření zadavatele k nim se vztahujících a neposuzoval je ve vzájemné souvislosti a ve vztahu k celkovému vyjádření zadavatele vztahujícímu se k dané věci.
11. Zadavatel dále namítá, že Úřad předmětné námitky stěžovatele uvedené v námitkách a k nim v rozhodnutí o námitkách uvedené vyjádření zadavatele „*posuzoval pouze formálně bez jakéhokoliv zohlednění a bez pochopení odborného předmětu dané věci a dané oblasti*“. Zadavatel tento postup Úřadu odmítá a má za to, že Úřad v rozporu se smyslem a účelem námitek a rozhodnutí o nich nutí zadavatele (v rozporu s rozhodovací praxí), aby se vypořádal s každým dílčím aspektem argumentace navrhovatele do nejmenších dílčích záležitostí. Dle zadavatele je dostatečné a rozhodující, že navrhovateli poskytl srozumitelně a dostatečně podrobné stanovisko k podstatě namítaných skutečností, tj. k podstatě argumentace navrhovatele, tedy vyjádření zadavatele k dané věci jako celku, čímž zároveň jednotlivé dílčí aspekty námitek souhrnně vypořádal.

#### Závěr rozkladu

12. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

#### Vyjádření navrhovatele k rozkladu

13. Dle názoru navrhovatele neměl Úřad postupovat podle § 263 odst. 5 zákona a rozhodnutí zadavatele o námitkách bez dalšího rušit pro nepřezkoumatelnost. Namísto toho měl Úřad nejprve po věcné stránce přezkoumat části návrhu obsahující námitky navrhovatele, které zadavatel v rozhodnutí o námitkách vypořádal přezkoumatelným a jednoznačným způsobem. Pokud by Úřad při tomto přezkumu došel k závěru, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem, měl uložit nápravné opatření dle § 263 odst. 3 zákona spočívající ve zrušení předmětného zadávacího řízení.
14. Navrhovatel má za to, že ze systematiky a celkového účelu § 263 zákona plyne, že nápravné opatření zrušení zadávacího řízení má přednost před nápravným opatřením zrušení rozhodnutí o námitkách, a to zejména v případě, kdy návrh na přezkoumání obsahuje více

samostatných dílčích důvodů nezákonnosti podmínek zadávacího řízení. Úřad měl proto postupovat v souladu se zásadou procesní ekonomie a zabývat se prioritně těmi námitkami, které zadavatel vypořádal srozumitelným a jednoznačným způsobem. Teprve pokud by dospěl k tomu, že nejsou důvodné, bylo by namístě, aby se zabýval i námitkami nedostatečně vypořádanými a případně uložil nápravné opatření zrušení rozhodnutí o námitkách.

15. Dle navrhovatele není smyslem a účelem ukládání nápravných opatření zdržování věcného přezkumu zadávacích podmínek proto, že zadavatel například nikoliv zcela jednoznačně vypořádal marginální část argumentace stěžovatele. Úřad přistoupil k řízení tak, jako by byl přezkum zákonnosti zadávacích podmínek druhořadou záležitostí.
16. Navrhovatel dodává, že dle něj byl postup Úřadu nesprávný, že se Úřad zcela nedůvodně vyhnul meritornímu přezkumu a postupoval způsobem, který je v hrubém rozporu se základními zásadami a celkovým účelem přezkumného řízení. Navrhovatel se proto domnívá, že napadené rozhodnutí je nezákonné, když Úřad bezdůvodně rezignoval na přezkum mnoha námitek, které byly vypořádány dostatečně, a byly tak k přezkumu způsobilé.
17. Navrhovatel má za to, že předseda Úřadu by měl napadené rozhodnutí v rozsahu jeho výroků I, II a III zrušit a Úřadu uložit povinnost provést věcný přezkum těch námitek, které zadavatel vypořádal jednoznačným a srozumitelným způsobem. Pokud by předseda neshledal důvod pro zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uvedených ve vyjádření navrhovatele, měl by podaný rozklad pro nedůvodnost zamítnout a napadené rozhodnutí potvrdit.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

18. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

19. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které 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.
20. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven i právní názor, kterým je Úřad v dalším projednání věci vázán.

**V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání**

21. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá. Součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách.
22. Námitky slouží jako hlavní prostředek obrany proti domnělému porušení zákona úkonem zadavatele, které by mělo být vyřešeno primárně mezi zadavatelem a stěžovatelem v zadávacím řízení, nikoliv až ve správním řízení před Úřadem. V tomto kontextu je třeba vnímat zákonem kladený požadavek, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně vyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách.
23. Z toho důvodu by měla být argumentace zadavatele uvedená v rozhodnutí o námitkách pokud možno co nejvíce komplexní a měla by reagovat na veškerý jejich podstatný obsah. Úvahy zadavatele musí být přezkoumatelné jak co do důvodů, tak do srozumitelnosti. Navrhovatel by měl mít po zadavatelově argumentaci dostatečnou představu, zda na jeho otázky bylo zodpovězeno a zda jsou vypořádány tak, aby mohl učinit rozhodnutí podávat nebo nepodávat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele a zahájit tak správní řízení.
24. Jak jsem již uvedl v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0197,0199/2019/VZ-00212/2020/321/TMi ze dne 3. 1. 2020, *„povinnost vypořádat všechny námitky nelze chápat tak, že se zadavatel vyjádří ke každé větě, která je součástí námitek vůči zadávací dokumentaci. Podstatou této povinnosti je, aby se zadavatel ke všem námitkám v rámci celého rozhodnutí o námitkách věcně vyjádřil a neopomenul žádnou z námitek. Může tak učinit i komplexním objasněním zadávací dokumentace. Na rozhodnutí o námitkách je proto nutno nazírat jako na jeden celek a vyjádření k jednotlivým námitkám vnímat v kontextu celého rozhodnutí“*.
25. Je potřeba přisvědčit i judikatuře, kterou zadavatel uvedl v rozkladu, a sice rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 11. 2017, č. j. 7 As 182/2017-28, ve kterém je uvedeno, že *„povinnost soudu odůvodnit své rozhodnutí není nutno pojímat tak široce, že by bylo třeba vždy vyslovit podrobnou odpověď na každý argument účastníka řízení“* a dále rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 12. 2. 2019, č. j. ÚOHS-R0212/2018/VZ-04264/2019/322/PJe, ve kterém jsem uvedl, že *„k námitce obviněného, že ustanovení § 245 odst. 1 zákona by mělo být vykládáno tím způsobem, aby na zadavatele veřejných zakázek nebyly kladeny vyšší nároky než na soudy a jiné orgány veřejné moci, lze v obecné rovině přitakat“*.
26. Dále uvádím citaci z rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0190/2018/VZ-03953/2019/323/PMo ze dne 7. 2. 2019: *„Hranice mezi tím, zda se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách, či nikoliv, bude vždy odlišná případ od případu, neboť záleží, jak obecné či konkrétní námitky stěžovatel podá a jak podrobně a srozumitelně se k nim zadavatel vyjádří. Nelze tedy určit konkrétní hranici, vždy je potřeba posuzovat případ od případu. Pokud stěžovatel podá pouze obecné námitky, pak i požadavek na jejich odůvodnění bude nižší a naopak v případě konkrétních námitek bude třeba jejich podrobnější a konkrétnější odůvodnění.“*
27. Z předmětného rozhodnutí o námitkách vyplývá, že smysl námitek nebyl rozhodnutím o námitkách porušen. Ač shledávám, že některé z námitek nejsou vypořádány zcela

vyčerpávajícím způsobem, dávají navrhovateli dostatečnou odpověď na otázku, zda vypořádání akceptuje nebo zda má zájem o podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele. To vyplývá také ze skutečnosti, že navrhovatel v podaném návrhu primárně nerozporoval vypořádání námitek v rozhodnutí o námitkách, ale měl zájem o věcný přezkum Úřadem.

28. Není možné a především není účelné vyžadovat po zadavateli, aby větu od věty a slovo od slova vypořádával často velmi obsáhle podané námitky zadavatele, pokud mu dá v celkovém kontextu odpovědi na všechny jeho námitky, přičemž vyvrátí nebo potvrdí jeho úmysl zahájit správní řízení.
29. Kritériem má být to, zda má navrhovatel z rozhodnutí o námitkách dostatek informací, zda má od zadavatele dostatek jeho zásadní argumentace pro to, aby mohl podat dostatečně kvalitní návrh bez obav, že bude jeho návrh zamítnut z důvodů, které nespočívají na jeho straně. Tak by tomu bylo v situaci, pokud by při podávání návrhu výše uvedené k dispozici neměl. Tehdy by ho zadavatel mimo jiné vystavoval riziku ztráty složené kauce pro své vlastní pochybení.
30. Výše uvedené bylo v tomto případě splněno, když se zadavatel obsáhle a komplexně věnoval námitkám navrhovatele. Také platí, že pokud mohou být námitky, které jsou součástí většího celku námitek, vypořádány implicitně v kontextu celého rozhodnutí o námitkách, není nutné na ně explicitně reagovat, aby byly splněny podmínky dle § 245 odst. 1 zákona.
31. Opakuji tedy, že ač je samozřejmě po zadavateli nutno požadovat vyjádření ke všem navrhovatelovým námitkám, není účelem institutu námitek a rozhodnutí o nich, zahlcovat zadavatele rozsáhlými podáními, na jejichž každou větu by bylo nutné podrobně odpovídat. Takový postup by byl absurdní, zneužitelný a byl by v rozporu jak se smyslem institutu námitek, tak se zásadami zadávání veřejných zakázek. Úřad by se tak stal kolbištěm účastníků správního řízení, kde by se spíše řešilo, kdo sepsal delší slohovou práci, než zda je zadávací řízení v souladu se zákonem.
32. Lze dodat, že ani navrhovatel rozhodnutí o námitkách nepovažoval za nedostatečné, když jeho zrušení nepožadoval, ale podal návrh s cílem, aby bylo Úřadem zrušeno celé zadávací řízení, nikoliv pouze rozhodnutí o námitkách. Ve svém vyjádření k rozkladu navíc uvedl, že dle jeho názoru se měl Úřad zabývat primárně meritorním přezkumem, když *„závěry Úřadu o nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách se týkaly pouze dílčích částí tří z osmnácti námitek, tedy z obsahového hlediska velmi malé části argumentace navrhovatele. Úřadu proto nic nebránilo substantivně se zabývat těmi námitkami navrhovatele, které zadavatel vypořádal srozumitelně“*. Navrhovatel dále uvádí, že *„Úřad k přezkumnému řízení přistoupil tak, jako kdyby přezkum zákonnosti zadávacích podmínek byl až druhořadou a podružnou záležitostí, což je dle názoru navrhovatele v rozporu se smyslem a účelem přezkumného rozhodnutí a zakládá nezákonnost napadeného rozhodnutí“*.
33. Uvádím, že jednotlivé vytýkané námitky, které dle názoru Úřadu nebyly vypořádány, případně nebyly vypořádány dostatečně podrobně, jsem shledal vypořádanými v celkovém kontextu rozhodnutí o námitkách dostatečně tak, aby byl naplněn smysl a účel rozhodnutí o námitkách a aby nebyl tento institut užíván jak dodavateli, tak Úřadem pro to, aby bylo buď zdržováno zadávací řízení, nebo bráněno meritornímu přezkumu, byť je možno dát Úřadu za pravdu v tom, že vytýkané námitky mohly být vypořádány i obsáhleji.

34. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel pravidlo stanovené v § 245 odst. 1 zákona tím, že se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách vůbec nevyjádřil k námitce stěžovatele týkající se zadávacích podmínek, které údajně nutí dodavatele nacenit dopravní výkony, o nichž nemají k dispozici žádné informace, konkrétně pak k její části, v níž navrhovatel namítá, že „*dle smlouvy se procento přípustného navýšení rozsahu dopravního výkonu počítá z předpokládaného dopravního výkonu, což je dle přílohy č. 7 zadávací dokumentace jiná položka než referenční výkon, který je dle přílohy č. 5 a též dle bodu 8 vysvětlení č. 1 určující pro zpracování nabídky. Nejistotu v daném ohledu zvyšuje též bod 37 smlouvy, který uvádí, že nabídka dopravce má být naopak vztažena k předpokládanému (a nikoliv referenčnímu) výkonu*“.
35. Je potřeba uvést, že tato námitka je jen dílčí součástí obsáhlejší námitky týkající se nacenění ve vztahu k zadavatelem předloženým jízdním řádům. V rámci ní navrhovatel namítal mimo jiné nejasnosti v pojmech týkajících se nacenění.
36. Zadavatel se ve svém vyjádření k této námitce věnoval převážně problematice jízdních řádů a odkázal na podrobnější vypořádání na jiném místě rozhodnutí o námitkách. V další části se pak snažil vyvrátit navrhovatelovu pochybnost o kvalitě jedné z instrukcí vztahujících se k nacenění jedné ze složek nabídkové ceny.
37. Uvádím, že Úřad neposoudil námitku v kontextu celého vyjádření zadavatele k této námitce, když uvedená pasáž byla pouze dílčí součástí jedné z námitek. Tou se zadavatel zabýval, a přestože jím nebylo reagováno na konkrétní Úřadem uváděnou pasáž, byla námitka vypořádána dostatečně tak, aby byl dodržen smysl rozhodnutí o námitkách, jak je vyjádřen výše. Jak jsem již uvedl, bylo by absurdní a neúčelné vyžadovat, aby se zadavatel vyjadřoval ke každé větě či každému odstavci námitky zvlášť, pokud to její složení nevyžaduje a zadavatel se vyjádřil k námitce jako celku.
38. První částí výroku II Úřad uvedl, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně nezabýval námitkou týkající se údajně netransparentního formuláře nabídkové ceny. Tato námitka se skládá ze dvou částí. První, stěžejní část, se věnuje rozlišení fixní a variabilní složky mzdových nákladů. Ve druhé, doplňující, navrhovatel dodává, že kvůli tomuto netransparentnímu rozlišení obdrží zadavatel neporovnatelné nabídky.
39. Obsahem námitky tak bylo rozlišení mezi těmito dvěma druhy mzdových nákladů, aby navrhovatel mohl řádně zpracovat nabídkovou cenu. K tomu zadavatel uvedl, že rozdělení mzdových nákladů je vnitřní politikou dodavatelů a tedy že není oprávněn do něj zasahovat. Dodal, že variabilní náklady jsou ty, které jsou závislé na dopravním výkonu. Zadavatel tak odpověděl na stěžejní část námitky, přičemž to, zda se jedná o podmínku zákonnou, je věcí věcného přezkumu.
40. Ve světle výše uvedeného je zadavatelovo vyjádření v rozhodnutí o námitkách dostačující, ač není zcela vyčerpávající. Zadavatel se vyjádřil k tomu, jaké pohnutky ho vedly ke stanovení rozdělení mzdové položky na variabilní a fixní a uvedl, na čem závisí jejich rozdělení. Vyjádřil se tedy ke stěžejní části námitky a implicitně tak postihl i část týkající se údajné neporovnatelnosti ač tuto část podrobněji neodůvodnil. Jedná se však pouze o dílčí a nikoliv stěžejní část této námitky, a proto nepovažuji za účelné rušit rozhodnutí o námitkách při současném zanechání věcného přezkumu.



41. Ve druhé části výroku II Úřad uvedl, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně nezabýval námitkou týkající se údajně nejasných podmínek pro doplňování bankovní záruky, konkrétně pak k její části, v níž navrhovatel namítá, že požadavek zadavatele na to, aby předmětná bankovní záruka byla poskytnuta bankou s místem podnikání v České republice, která je údajně nedůvodně diskriminační.
42. K této námitce v první řadě odkazují na výše uvedenou judikaturu týkající se obecnosti námitek a jejich vypořádání. V tomto případě byla totiž námitka vyjádřena dosti obecně a nebylo by tedy žádoucí vyžadovat po zadavateli, aby se k obecné námitce vyjadřoval konkrétně a dovozoval tak za navrhovatele konkrétní prvky či důvody dané námitky. Ač Úřad vyjádřil otázky, kterými se měl zadavatel zabývat, aby naplnil požadavky zákona, uvádím, že není úkolem zadavatele tyto otázky z obecně položené námitky vyvozovat.
43. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel v námitkách omezil na konstatování, že *„požadavek zadavatele na to, aby předmětná bankovní záruka byla poskytnuta bankou s místem podnikání v České republice je dle názoru stěžovatele nedůvodně diskriminační“*, není chybou a nezákonným postupem zadavatele, který by zakládal nepřezkoumatelnost rozhodnutí o námitkách, pokud se s námitkou vypořádá obdobně obecným konstatováním za současného sdělení, že neví, v čem je spatřován diskriminační prvek. Dále dodávám, že zadavatel uvedl důvod pro tuto zadávací podmínku již v návrhu smlouvy, když celá zadávací podmínka zněla: *„Bankovní záruka musí být poskytnuta bankou s místem podnikání v České republice, spadající pod regulaci příslušných českých úřadů.“*
44. Rozhodnutí o námitkách tak naplňuje požadavky zákona ve smyslu § 245 odst. 1 zákona. Úkolem Úřadu v dalším řízení je posoudit návrh navrhovatele po věcné stránce. Zdůrazňuji, že toto rozhodnutí se zabývá pouze přezkoumatelností rozhodnutí o námitkách z důvodu tvrzeného nedostatečného vypořádání námitek a nijak nepředjímá výsledek věcného rozhodnutí, které Úřad vynese v dalším řízení.
45. Dodávám, že v průběhu správního řízení došlo ke změnám dokumentace o zadávacím řízení, které mají vliv na jeho průběh a výsledek a proto uvádím
  - k výroku I napadeného rozhodnutí, kterým Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel pravidlo stanovené v § 245 odst. 1 zákona, tím, že se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách vůbec nevyjádřil k námitce stěžovatele týkající se zadávacích podmínek, které údajně nutí dodavatele nacenit dopravní výkony, o nichž nemají k dispozici žádné informace, konkrétně pak k její části, v níž navrhovatel namítá, že *„dle smlouvy se procento přípustného navýšení rozsahu dopravního výkonu počítá z předpokládaného dopravního výkonu, což je dle přílohy č. 7 zadávací dokumentace jiná položka než referenční výkon, který je dle přílohy č. 5 a též dle bodu 8 vysvětlení č. 1 určující pro zpracování nabídky. Nejistotu v daném ohledu zvyšuje též bod 37 smlouvy, který uvádí, že nabídka dopravce má být naopak vztahena k předpokládanému (a nikoliv referenčnímu) výkonu“*, čímž se rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů, a
  - k druhé části výroku II, kterým Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel pravidlo stanovené v § 245 odst. 1 zákona, tím, že se nevyjádřil podrobně k námitkám stěžovatele týkajícím se údajně nejasných podmínek pro doplňování bankovní záruky, konkrétně pak k její části, v níž navrhovatel namítá, že požadavek zadavatele na to, aby předmětná bankovní záruka byla poskytnuta bankou s místem podnikání v České republice, je údajně

nedůvodně diskriminační, čímž se rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů,

že zadavatel přistoupil ke změně dokumentace o zadávacím řízení ve Vysvětlení, změně nebo doplnění zadávací dokumentace č. 10 ze dne 13. 12. 2019. Zadavatel v zadávací dokumentaci odstranil údaje o referenčních dopravních výkonech a zároveň odstranil požadavek na poskytnutí bankovní záruky bankou s místem podnikání v České republice spadající pod regulaci příslušných českých úřadů. Vzhledem k tomu, že se uvedená změna dokumentace o zadávacím řízení týkala i dalších zadávacích podmínek, bude nyní na Úřadu, aby posoudil dopad této změny na předmětné správní řízení.

46. Pro úplnost uvádím, že předběžné opatření vydané rozhodnutím ze dne 10. 10. 2019 č. j. ÚOHS-S0321/2019/VZ-27789/2019/512/ŠMr, kterým byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku, zůstává nadále účinným.

#### **Závěr**

47. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno. Při novém projednání věci je Úřad v souladu s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vázán právním názorem předsedy.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1, ve spojení s § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

1. Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno
2. Mgr. Martin Kramář, LL. M., Křížovnické náměstí 193/2, 110 00 Praha 1

### **Vypraveno dne:**

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