



UOHSX00EFYFO

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0016/2021/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-05385/2021/163/PMo

Brno 16.03.2021

V řízení o rozkladu ze dne 14. 1. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Jihomoravským krajem**, IČO 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 16. 7. 2020 společností 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 sp. zn. ÚOHS-S0425/2020/VZ č. j. ÚOHS-41950/2020/532/MMa ze dne 30. 12. 2020, vydanému ve správním řízení zahájeném na základě návrhu ze dne 14. 10. 2020 navrhovatele –

- společnosti **BORS Břeclav a.s.**, IČO 49969242, se sídlem Bratislavská 2284/26, 690 02 Břeclav, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 15. 9. 2020 Dr. Vítem Horáčkem, advokátem, ev. č. ČAK 03955, IČO 66224284, se sídlem Václavská 316/12, 120 00 Praha 2,

ve věci přezkoumání úkonů výše specifikovaného zadavatele učiněných při zadávání částí 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 a 31 veřejné zakázky s názvem „**Výběr autobusových dopravců od 2021 - částí 1 až 34**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 31. 3. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 4. 2020 pod ev. č. Z2020-011036, ve znění

opraw uveřejněných dne 24. 4. 2020, dne 11. 5. 2020, dne 22. 5. 2020 a dne 1. 6. 2020, a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 3. 4. 2020 pod ev. č. 2020/S 067-159624, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 4. 2020 pod ev. č. 2020/S 081-191900, dne 8. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 090-215310, dne 25. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 100-242098 a dne 2. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 105-254718,

jsem podle § 90 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 257 písm. i) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0425/2020/VZ č. j. ÚOHS-41950/2020/532/MMA ze dne 30. 12. 2020

r u š í m

a správní řízení zahájené na návrh ze dne 14. 10. 2020, vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0425/2020/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání částí 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 a 31 veřejné zakázky s názvem „Výběr autobusových dopravců od 2021 - části 1 až 34“, zadávané v otevřeném řízení,

z a s t a v u j i .

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“¹) k doзору nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel dne 14. 10. 2020 návrh (dále jako „**návrh**“) navrhovatele – společnosti BORS Břeclav a.s., IČO 49969242, se sídlem Bratislavská 2284/26, 690 02 Břeclav, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 15. 9. 2020 Dr. Vítem Horáčkem, advokátem, ev. č. ČAK 03955, IČO 66224284, se sídlem Václavská 316/12, 120 00 Praha 2, (dále jako „**navrhovatel**“) – z téhož dne na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Jihomoravského kraje, IČO 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 16. 7. 2020 společností Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno, (dále jako „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání částí 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 a 31 veřejné zakázky s názvem „Výběr autobusových dopravců od 2021 - části 1 až 34“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 56 odst. 1 zákona.

dne 31. 3. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 4. 2020 pod ev. č. Z2020-011036, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 4. 2020, dne 11. 5. 2020, dne 22. 5. 2020 a dne 1. 6. 2020, a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 3. 4. 2020 pod ev. č. 2020/S 067-159624, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 4. 2020 pod ev. č. 2020/S 081-191900, dne 8. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 090-215310, dne 25. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 100-242098 a dne 2. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 105-254718, (dále jako „**veřejná zakázka**“). Veřejná zakázka byla zadavatel rozdělena na 34 částí.

2. Návrhem směřujícím do částí 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 a 31 veřejné zakázky se navrhovatel u Úřadu domáhal, aby byla zadavateli uložena nápravná opatření spočívající ve zrušení všech rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacích řízeních na části 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 a 31, nebo aby zrušil předmětná zadávací řízení na veřejnou zakázku.
3. Předmětem veřejné zakázky dle bodu 5.6 zadávací dokumentace byl výkon veřejných služeb za účelem zajištění dopravní obslužnosti v souladu se zákonem č. 129/2000 Sb., o krajích, ve znění pozdějších předpisů a § 2 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů na území Jihomoravského kraje.
4. Dnem 14. 10. 2020, kdy Úřad návrh obdržel, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0425/2020/VZ.

II. **Napadené rozhodnutí**

5. Dne 30. 12. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0425/2020/VZ č. j. ÚOHS-41950/2020/532/MMa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
6. Úřad ve výrocích I až VIII napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel nedodržel při zadávání částí 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 a 31 veřejné zakázky postup stanovený v § 48 odst. 3 zákona, když z předmětných částí zadávacího řízení vyloučil navrhovatele z důvodu, že nezajistil platnost jistoty poskytnuté formou bankovní záruky po celou dobu trvání zadávací lhůty, ačkoli z obsahu bankovních záruk ze dne 10. 6. 2020 vyplývá, že jejich platnost je po celou dobu trvání zadávací lhůty zajištěna, když též důvod zániku bankovních záruk uvedených v předmětných bankovních zárukách pod bodem 3, kterým zadavatel odůvodnil vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, jednoznačně váže zánik bankovních záruk na § 41 odst. 6 zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smluv.
7. Úřad proto výroky IX až XVI napadeného rozhodnutí jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výrocích I až IV napadeného rozhodnutí podle § 263 odst. 2 zákona zrušil přezkoumávané úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení, a sice úkony zadavatele související s vyloučením navrhovatele ze zadávacího řízení na části 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 a 31 veřejné zakázky, včetně jednotlivých oznámení o vyloučení ze dne 4. 9. 2020 a současně všech následných úkonů, které zadavatel v zadávacím řízení na předmětné části veřejné zakázky učinil.

8. Výroky XVII až XXIV napadeného rozhodnutí pak Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacích řízeních na části 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 a 31 veřejné zakázky a výrokem XXV uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení.

III. Rozklad zadavatele

9. Dne 14. 1. 2021 byl Úřadu proti napadenému rozhodnutí doručen rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 30. 12. 2020. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
10. Zadavatel v rozkladu namítá, že Úřad nesprávně vyložil bankovní záruku, což má za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.
11. Zadavatel nesouhlasí s tím, že při výkladu klíčového termínu „*má dojít k vrácení jistoty*“ je s přihlédnutím k výkladu předmětného ustanovení bankovní záruky jako celku jednoznačné, že bankovní záruka zanikne až v okamžiku, kdy se banka na základě objektivně předložených skutečností dozví, že nastaly skutečnosti „*předvídané*“ v § 41 odst. 6 zákona (tj. uplynula zadávací lhůta, nebo účastníku zadávacího řízení zanikla účast v zadávacím řízení).
12. Zadavatel má tudíž za to, že Úřad nesprávně vyložil předmětné ustanovení bankovní záruky, neboť závazek banky ve vztahu k zániku bankovní záruky, který je formulován tak, že „*dnem, kdy budeme hodnověrným způsobem informováni, že má dojít k vrácení jistoty ve smyslu § 41 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek*“, je způsobilý vyvolat následek v podobě vyloučení účastníka ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 3 zákona. Podle zadavatele totiž není pravdou, že by za všech okolností musely nastat důvody předvídané v § 41 odst. 6 zákona.

Závěr rozkladu

13. S ohledem na shora uvedené důvody zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu

14. Dne 25. 1. 2021 bylo Úřadu doručeno vyjádření navrhovatele z téhož dne k předmětnému rozkladu. Navrhovatel ve svém vyjádření uvádí, že Úřad postupoval správně, když rozhodl tak, jak rozhodl a (protiprávní) úkony zadavatele zrušil s tím, že úlohou Úřadu není vykládat bankovní záruku, ale posoudit, zda zadavatel postupoval správně při hodnocení nabídek. Dle navrhovatele Úřad správně konstatoval, že zadavatel správně nepostupoval.
15. Navrhovatel tak navrhuje, aby Úřad rozkladu zadavatele nevyhověl a napadené rozhodnutí v plném rozsahu potvrdil.

IV. Další postup v zadávacím řízení

16. Dne 15. 1. 2021 rozhodl zadavatel o přijetí opatření k nápravě dle § 49 odst. 1 zákona, kterým zrušil úkony učiněné v zadávacím řízení, a to rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, dále rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podané vybraným dodavatelem a výzvu dle § 122 odst. 3 zákona vybranému dodavateli k předložení dokladů a informací ze dne 27. 11. 2020.

17. Dle odůvodnění tak zadavatel učinil s ohledem na nápravná opatření uložená Úřadem v napadeném rozhodnutí.

V. Řízení o rozkladu

18. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.
19. Dne 8. 3. 2021 vydal předseda Úřadu usnesení sp. zn. ÚOHS-R0016/2021/VZ, č. j. ÚOHS-07834/2021/163/PMo, kterým určil účastníkům řízení dle § 261 odst. 3 zákona lhůtu sedmi dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které byli oprávněni vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
20. Dne 15. 3. 2021 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele, v rámci něhož poukázal na skutečnost, že jeho argumentace byla Úřadem aprobována. Dle navrhovatele zadavatel přijetím nápravných opatření zpochybnil svůj rozklad, který je zřejmě nedůvodný a neopodstatněný. Navrhovatel má tedy za to, že zadavatel svým postupem navodil stav, který by měl nastat dle napadeného rozhodnutí.
21. Navrhovatel tak v závěru svého vyjádření navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
23. Jelikož jsem zjistil, že ve smyslu § 90 odst. 4 správního řádu v návaznosti na § 257 písm. i) zákona nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího jsem napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

VI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení

24. Podle § 249 zákona platí, že řízení o přezkoumání úkonů zadavatele se zahajuje na písemný návrh stěžovatele nebo z moci úřední.
25. Podle § 152 odst. 5 správního řádu, nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání.
26. Podle § 90 odst. 4 správního řádu, jestliže odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.
27. Dle § 257 písm. i) zákona je jedním ze zákonem aprobovaných důvodů pro zastavení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele i situace, kdy zadavatel zruší přezkoumávané úkony nebo přijme požadované opatření k nápravě. Stěžejní skutečností

v přezkoumávaném případě je, že dne 15. 1. 2021 zadavatel ve vztahu k zadávacím řízením na části 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 a 31 veřejné zakázky rozhodl o přijetí opatření k nápravě, kterými zrušil úkony učiněné v těchto zadávacích řízeních, a sice rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacích řízení, rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky vybraného dodavatele a výzvu dle § 122 odst. 3 zákona vybranému dodavateli k předložení dokladů a informací ze dne 27. 11. 2020. Zrušené úkony se shodují s těmi, které navrhovatel žádal zrušit ve svém návrhu k Úřadu, když v závěru návrhu uvedl: „*Navrhovatel se tak dle § 251 odst. 1 domáhá, aby Úřad zahájil řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a současně rozhodl tak, že: I. zruší všechna rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení ze dne 4. září 2020, anebo alternativně II. zruší zadávací řízení veřejné zakázky*“. O výše uvedené skutečnosti není mezi účastníky řízení o rozkladu žádného sporu.

28. Před účinností výše uvedeného ustanovení zákona byl důvod pro zastavení řízení zakotven v § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, podle něž platí, že řízení o žádosti správní orgán usnesením zastaví, jestliže se žádost stala zjevně bezpředmětnou. Ve věci zastavení správního řízení judikoval např. Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 8 As 103/2011 tak, že důvod pro zastavení řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu je dán tehdy, pakliže se žádost stane zjevně bezpředmětnou. Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 50/2011 judikoval, že pokud nastanou důvody předvídané v § 66 správního řádu nebo důvody pro zastavení řízení podle zákona, pak je třeba správní řízení zastavit. Na rozdíl od přerušení řízení totiž při zastavení řízení podle § 66 není dán prostor pro správní uvážení, a pokud nastanou důvody zde nebo ve zvláštních zákonech uvedené, musí tak správní orgán učinit.
29. Přestože se uvedená judikatura vztahuje k ustanovení § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, tedy k právní úpravě, která se v daném případě vzhledem k existenci lex specialis v podobě § 257 písm. i) zákona neaplikuje, je možné tuto judikaturu vzhledem ke kontinuitě a obdobnosti právní úpravy vztáhnout i na právě přezkoumávaný případ.
30. Ve správním řízení tedy sice došlo k meritornímu přezkumu úkonů zadavatele, kdy Úřad v napadeném rozhodnutí shledal, že zadavatel při zadávání předmětných částí veřejné zakázky nedodržel postup dle § 48 odst. 3 zákona, za což mu Úřad v souladu s ustanovením § 263 odst. 2 zákona napadeným rozhodnutím uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení přezkoumávaných úkonů, resp. úkonů spočívajících ve vyloučení navrhovatele ze zadávacích řízení, včetně oznámení o vyloučení ze dne 4. 9. 2020 a všech následných úkonů, které zadavatel v zadávacím řízení na předmětné části veřejné zakázky učinil, avšak v průběhu řízení před Úřadem, resp. jeho předsedou, bylo následně zjištěno, že zadavatel zrušil úkony napadené navrhovatelem a následně přezkoumávané Úřadem.
31. Z dikce ustanovení § 257 písm. i) zákona je zřejmé, že pokud zadavatel v průběhu správního řízení zruší přezkoumávané úkony, je naplněna podmínka pro obligatorní zastavení řízení, což dokládá i komentářová literatura k § 257 zákona: „*Komentované ustanovení obsahuje taxativní výčet případů, kdy ÚOHS zastavuje vedené správní řízení. Jedná se tak o případy, kdy není vydáno meritorní rozhodnutí, ale jsou naplněny podmínky pro zastavení správního řízení z procesních důvodů. Komentované ustanovení tak představuje zvláštní právní úpravu k obecné právní úpravě zastavování správních řízení z procesních důvodů, jak je obsažena v § 66 spr. řádu.*“ (viz Vilém PODEŠVA, Lukáš SOMMER, Jiří VOTRUBEC, Martin FLAŠKÁR, Jiří HARNACH, Jan MĚKOTA a Martin JANOUŠEK. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář [Systém ASPI]. Wolters Kluwer). Ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu pak stanovuje

předsedovi Úřadu jako odvolacímu orgánu povinnost bez dalšího zrušit napadené rozhodnutí a zastavit správní řízení v případě, že zjistí, že nastala skutečnost odůvodňující zastavení řízení. Předsedovi Úřadu tak dle zákona v situaci, kdy zadavatel zrušil napadené úkony, nezbývá než zrušit napadené rozhodnutí a správní řízení zastavit dle § 90 odst. 4 správního řádu v návaznosti na § 257 písm. i) zákona, poněvadž návrh navrhovatele se zrušením napadených úkonů zadavatelem stal bezpředmětným.

32. K výše uvedenému doplňuji, že jsem s ohledem na obsah správního spisu, jakož i další okolnosti dané věci, včetně vyjádření účastníků, nenaznal, že by jiné rozhodnutí o rozkladu mohlo mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků ve smyslu věty poslední ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu. Zde především poukazuji, že náhradou škody se v uvedeném kontextu rozumí náhrada škody podle zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád).

VII. Závěr

33. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení správního řízení, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení ve smyslu § 90 odst. 4 správního řádu v návaznosti na § 257 písm. i) zákona.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., Helfertova 2040/13, 613 00 Brno
2. Dr. Vít Horáček, advokát, Václavská 316/12, 120 00 Praha 2

Vypraveno dne:

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