



UOHSX00BAGGL

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R142/2016/VZ-20414/2018/322/JSu

Brno 11. července 2018

V řízení o rozkladu ze dne 17. 5. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Královéhradecký kraj**, IČO 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245, 500 03 Hradec Králové, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 21. 3. 2016 advokátní kanceláří HAVEL & PARTNERS s. r. o., advokátní kancelář (do 1. 1. 2018 Havel, Holásek & Partners s. r. o., advokátní kancelář), IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 – Nové Město,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0126,S0157/2016/VZ-18600/2016/532/KSt ze dne 29. 4. 2016 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové dopravě na území Královéhradeckého kraje**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zakázce bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 17. 9. 2015 a uveřejněno dne 22. 9. 2015 pod ev. č. zakázky 519152, ve znění oprav uveřejněných dne 7. 12. 2015, dne 18. 12. 2015 a dne 15. 1. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 25. 9. 2015 pod ev. č. 2015/S 186-337174, ve znění oprav uveřejněných dne 11. 12. 2015 pod ev. č. 2015/S 240-435564, dne 22. 12. 2015 pod ev. č. 2015/S 247-449659 a dne 20. 1. 2016 pod ev. č. 2016/S 013-018674, jehož dalším účastníkem řízení je navrhovatel –

- **ARRIVA STŘEDNÍ ČECHY s. r. o.**, IČO 25620886, se sídlem Pod Hájem 97, 267 01 Králův Dvůr (do 1. 6. 2017 Boleslavská 98/6, 293 06 Kosmonosy), ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 19. 11. 2015 JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M. (C.J.), advokátem,

WEIL, GOTSHAL & MANGES s. r. o. advokátní kancelář, IČO 25621050, se sídlem Křížovnické náměstí 193/2, 110 00 Praha 1 – Staré Město, a na základě substituční plné moci ze dne 20. 11. 2015 dále zastoupena JUDr. Jiřím Kindlem, M.Jur., Ph.D., advokátem, s adresou pro doručování WEIL, GOTSHAL & MANGES s. r. o. advokátní kancelář, IČO 25621050, se sídlem Křížovnické náměstí 193/2, 110 00 Praha 1 – Staré Město,

jsem rozhodl takto:

I.

Výrok I. a VI. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 4. 2016, č. j. ÚOHS-S0126,S0157/2016/VZ-18600/2016/532/KSt ve smyslu § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

potvrzuji

a podaný rozklad v rozsahu uvedených výroků

zamítám,

II.

Výrok II. a IV. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 4. 2016, č. j. ÚOHS-S0126,S0157/2016/VZ-18600/2016/532/KSt ve smyslu § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád,

ruším

a správní řízení v rozsahu uvedených výroků

zastavuji,

neboť dle § 117a písm. f) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední nebyly shledány důvody pro uložení nápravného opatření ve smyslu § 118 téhož zákona.

III.

Výrok III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 4. 2016, č. j. ÚOHS-S0126,S0157/2016/VZ-18600/2016/532/KSt ve smyslu § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

r u š í m

a věc v tomto rozsahu

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

IV.

Výrok V. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 4. 2016, č. j. ÚOHS-S0126,S0157/2016/VZ-18600/2016/532/KSt ve smyslu § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů,

m ě n í m,

tak, že nově zní takto:

*„Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Královéhradecký kraj, IČO 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245, 500 03 Hradec Králové – uvedeného **ve výroku I.** tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ruší zadávací řízení na veřejnou zakázku „Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové dopravě na území Královéhradeckého kraje“, jehož oznámení o zakázce bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 17. 9. 2015 a uveřejněno dne 22. 9. 2015 pod ev. č. zakázky 519152, ve znění oprav uveřejněných dne 7. 12. 2015, dne 18. 12. 2015 a dne 15. 1. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 25. 9. 2015 pod ev. č. 2015/S 186-337174, ve znění oprav uveřejněných dne 11. 12. 2015 pod ev. č. 2015/S 240-435564, dne 22. 12. 2015 pod ev. č. 2015/S 247-449659 a dne 20. 1. 2016 pod ev. č. 2016/S 013-018674.“*

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 17. 9. 2015 zadavatel – Královéhradecký kraj, IČO 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245, 500 03 Hradec Králové ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 21. 3. 2016 advokátní kanceláří HAVEL & PARTNERS s. r. o., advokátní kancelář (do 1. 1. 2018 Havel, Holásek & Partners s. r. o., advokátní kancelář), IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 – Nové Město, (dále jako „**zadavatel**“), zahájil odesláním oznámení do Věstníku veřejných zakázek otevřené zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové dopravě na území Královéhradeckého kraje“, jehož oznámení o zakázce bylo ve Věstníku uveřejněno dne 22. 9. 2015 pod ev. č. zakázky 519152, ve znění oprav uveřejněných dne 7. 12. 2015, dne 18. 12. 2015 a dne 15. 1. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 25. 9. 2015 pod ev. č. 2015/S 186-337174, ve znění oprav uveřejněných dne 11. 12. 2015 pod ev. č. 2015/S 240-435564, dne 22. 12. 2015 pod ev. č. 2015/S 247-449659 a dne 20. 1. 2016 pod ev. č. 2016/S 013-018674 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 2. 3. 2016 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹), k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil z moci úřední správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0126/2016/VZ, jelikož získal pochybnosti, zda jsou zadávací podmínky veřejné zakázky v souladu se zákonem.
3. Dne 11. 3. 2016 obdržel Úřad návrh navrhovatele – ARRIVA STŘEDNÍ ČECHY s. r. o., IČO 25620886, se sídlem Pod Hájem 97, 267 01 Králův Dvůr (do 1. 6. 2017 Boleslavská 98/6, 293 06 Kosmonosy), ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 19. 11. 2015 JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M. (C.J.), advokátem, WEIL, GOTSHAL & MANGES s. r. o. advokátní kancelář, IČO 25621050, se sídlem Křížovnické náměstí 193/2, 110 00 Praha 1 – Staré Město, a na základě substituční plné moci ze dne 20. 11. 2015 dále zastoupen JUDr. Jiřím Kindlem, M.Jur., Ph.D., advokátem, s adresou pro doručování WEIL, GOTSHAL & MANGES s. r. o. advokátní kancelář, IČO 25621050, se sídlem Křížovnické náměstí 193/2, 110 00 Praha 1 – Staré Město (dále jen „**navrhovatel**“), z téhož dne (dále jen „**návrh**“), na přezkoumání úkonů zadavatele při vymezení zadávacích podmínek veřejné zakázky. Tímto dnem bylo podle § 113 zákona, zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0157/2016/VZ.
4. Dne 12. 4. 2016 Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0126,S0157/2016/VZ-15442/2016/532/KSt správní řízení vedená pod sp. zn. ÚOHS-S0126/2016/VZ a ÚOHS-S0157/2016/VZ spojil.

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.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 29. 4. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0126,S0157/2016/VZ-18600/2016/532/KSt (dále jako „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky porušil § 44 odst. 1 zákona a zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když v čl. 4.3.1. „Doba plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace, ve spojení s čl. 13.3 a čl. 13.4 přílohy č. 12 „Závazný text Návrhu smlouvy“ zadávací dokumentace stanovil počátek poskytování předmětu plnění veřejné zakázky takovým způsobem, že povinnost poskytovat službu, která je předmětem veřejné zakázky, může nastat již ve lhůtě 4 měsíců od podpisu smlouvy, přičemž tato doba není dostatečná pro zajištění autobusů potřebných pro plnění ani jedné části předmětné veřejné zakázky, neboť ve lhůtě 4 měsíců není objektivně možné počet autobusů potřebný pro poskytování služby ani v jedné části veřejné zakázky vyrobit, čímž jsou diskriminováni uchazeči, kteří nedisponují potřebným počtem autobusů o zadavatelem požadovaných specifikacích již v době zadávání předmětné veřejné zakázky. Kdy výše uvedený postup zadavatel mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a ve věci doposud nebyla uzavřena smlouva.
6. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky porušil § 44 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když v čl. 7.3 „Základní požadavky zadavatele na zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace stanovil, že nabídková cena musí zahrnovat veškeré náklady spojené s realizací celé předmětné části veřejné zakázky, včetně nákladů na přejezdové a režijní kilometry a včetně veškerých poplatků, jimiž mohou být rovněž případné poplatky za používání příjezdových a odjezdových stání na autobusových stanovištích a nádražích (tzv. cena za vjezd na autobusové nádraží), přičemž současně stanovil, že v případě, *„kde cena za vjezd stanovená jeho vlastníkem (resp. provozovatelem) bude s ohledem na vnější podmínky zakládat podezření z možného ohrožení trhu účinky omezení hospodářské soutěže nebo vyžaduje-li to mimořádná tržní situace, je Zadavatel oprávněn a připraven tuto situaci řešit v souladu s právními předpisy buď vydáním nařízení stanovícího maximální cenu za vjezd na takové autobusové nádraží tak, aby odpovídala účelně vynaloženým nákladům za služby a přiměřenému zisku, nebo určením jiného příjezdového a odjezdového stanoviště“*, avšak tyto podmínky týkající se stanovení maximální ceny za vjezd na autobusová nádraží a určení jiného příjezdového a odjezdového stanoviště dostatečně nspecifikoval, čímž se zároveň dopustil porušení zásady transparentnosti, neboť citovaná část zadávací dokumentace nevymezuje zadávací podmínky dostatečně transparentně, tedy v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a doposud nedošlo k uzavření smlouvy.
7. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky porušil § 44 odst. 1 zákona a zásadu transparentnosti v § 6 odst. 1 zákona tím, že v bodu 8.6 přílohy č. 12 „Závazný text Návrhu smlouvy“ zadávací dokumentace stanovil, že *„Objížďky bude Dopravce vykazovat měsíčně v Podrobném výkazu vyúčtování Objížďek a náklady za Objížďky budou vyúčtovány v Celkovém vyúčtování nákladů za Dopravní rok dle článku 8.16 Smlouvy (dále jen „Celkové vyúčtování nákladů“)*. *Kilometry spojené s Objížďkami budou v Celkovém vyúčtování nákladů zahrnuty v rámci zvýšení rozsahu plnění do rozsahu objednaného dopravního výkonu. (...) Objednatel nehradí vícenáklady spojené s Objížďkou*

v celkové délce trvání kratší než 14 dnů. Kilometry spojené s Objíždkami v celkové délce trvání Objížděk kratší než 14 dní nebudou zahrnuty v rámci zvýšení rozsahu plnění do rozsahu objednaného dopravního výkonu“, čímž v zadávacích podmínkách stanovil vlastní způsob úhrady nákladů spojených s objíždkami, který není stanoven v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky tak, aby bylo možné nacenit nabídku z hlediska vícenákladů vzniklých v souvislosti s objíždkami, neboť zadavatel stanovil, že nebude uchazečům hradit náklady spojené s objíždkami, které budou trvat kratší dobu než 14 dnů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

8. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky porušil § 44 odst. 1 zákona a zásadu transparentnosti v § 6 odst. 1 zákona tím, že v bodu 3. „Základní informace o zadávacím řízení“ zadávací dokumentace mimo jiné stanovil, že „*Přístupová a Příkazní smlouva budou v podstatných ohledech odpovídat vzorům, které jsou přílohou zadávací dokumentace (viz Příloha 6 a Příloha 7)*“, když takto formulované zadávací podmínky nejsou transparentní a neposkytují uchazečům jistotu, jakým způsobem budou práva a povinnosti vyplývající z výše uvedených smluv (Přístupová smlouva a Příkazní smlouva) upraveny a uchazeči si tak nemohli učinit představu o tom, v jakých ohledech mohou být předmětné smlouvy měněny, neboť není zřejmé, co se rozumí „podstatnými ohledy“, přičemž dle Úřadu tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a ve věci doposud nedošlo k uzavření smlouvy.
9. Výrokem V. napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výrocích I. až IV. napadeného rozhodnutí zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku a výrokem VI. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.

III. Rozklad zadavatele

10. Ze správního spisu je patrné, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 2. 5. 2016. Dne 17. 5. 2016 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad zadavatele z téhož dne. Rozklad zadavatele byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

11. Zadavatel v podaném rozkladu nejdříve namítá, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nevypořádal se všemi skutečnostmi, které navrhovatel ve svém návrhu rozporoval. Postup Úřadu je dle zadavatele v rozporu s judikaturou Krajského soudu v Brně (dále jako „**krajský soud**“), dle které musí být seznatelné, z jakého důvodu Úřad považuje námítky účastníka za nerozhodné, nesprávné či jinak vyvrácené. Zadavatel namítá, že Úřad v takovém případě nepůsobí jako „regulátor správní praxe“, a jeho postup je v rozporu se zásadou právní jistoty a procesní ekonomie. Zadavatel si tak nemůže být jist, zda i další tvrzená pochybení navrhovatele bude při novém zadávání veřejné zakázky Úřad považovat za souladná se zákonem či nikoli.
12. Zadavatel rovněž tvrdí, že napadené rozhodnutí neodpovídá předmětu správního řízení vedeného ex offio a vymezeného v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0126/2016/VZ-08341/2016/532/PAn ze dne 2. 3. 2016 (dále jako „**oznámení o zahájení správního řízení**“), jelikož z napadeného rozhodnutí není zřejmé řešení otázek, jež byly

předmětem řízení, konkrétně otázek týkajících se úpravy poplatků za autobusová nádraží a úpravy podoby označnicků.

13. Zadavatel je toho názoru, že Úřad porušil zásadu právní jistoty a legitimního očekávání, jelikož se zcela odchýlil od své dosavadní rozhodovací praxe. Zadavatel na podporu své argumentace odkazuje na rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-S560/2012/VZ, usnesení Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-S0300/2015/VZ, ÚOHS-S681/2013/VZ, rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R150/2013/VZ, ÚOHS-R3/2014/VZ a výsledky šetření podnětů sp. zn. ÚOHS-P1289/2015/VZ, ÚOHS-P0092/2016/VZ. Dle zadavatele Úřad do právní jistoty a legitimního očekávání zasáhl rovněž tím, že neúčelně a bez řádného odůvodnění svého postupu rozhodl o nařízení předběžného opatření spočívajícího v pozastavení zadávacího řízení veřejné zakázky.
14. Zadavatel v podaném rozkladu dále namítá, že Úřad nedostatečně zjistil skutkový stav, jelikož výroky napadeného rozhodnutí založil na důkazně nepotvrzených dohadách a spekulacích o tom, že vybraní uchazeči v důsledku zadavatelem nastavených zadávacích podmínek nebyli schopni řádně zpracovat své nabídky. Zadavatel však zdůrazňuje, že Úřad musí rozhodnout o skutku nade vši pochybnost, a pokud nebyl schopen sám věcně posoudit zadávací podmínky, měl povinnost k tomuto posouzení využít odborně způsobilý subjekt.
15. Zadavatel tvrdí, že Úřad měl zadávací podmínky veřejné zakázky k dispozici z důvodu šetření podnětů již koncem roku 2015, přičemž ani v jednom případě Úřad neshledal porušení zákona zadavatelem. Stejně tak byli dle zadavatele zástupci Úřadu účastni na jednáních s odbory, na kterých také nevznikli žádné pochybnosti o zákonnosti zadávacích podmínek veřejné zakázky. Zadavatel dále tvrdí, že jeho procesní postavení Úřad ztěžoval tím, že opakovaně odmítal vyhovět jeho žádostem o prodloužení lhůty k vyjádření a na žádost o prodloužení lhůty ze dne 22. 3. 2016 Úřad nereagoval. Posledně shrnuté dle zadavatele vzbuzuje pochybnosti o tom, zda Úřad postupoval nestranně a objektivně a zohlednil práva účastníků řízení a základní zásady činnosti správních orgánů.
16. Zadavatel v další části rozkladu rozporuje správnost právního posouzení skutkových okolností. Ke lhůtě na přípravu plnění uvádí, že takový způsob zajišťování potřebných autobusů neodpovídá praxi dopravců. Zadavatel má za to, že si dopravci oproti závěrům Úřadu standardně zajišťují dopravní kapacity v předstihu. Zadavatel je navíc toho názoru, že uchazeči nemohou vstupovat do vztahů s výrobcí až po podpisu smlouvy se zadavatelem, protože cenu autobusů musí zohlednit již v nabídkové ceně. Zadavatel proto trvá na tom, že si uchazeči již od oznámení zakázky ve Věstníku veřejných zakázek mohli začít zajišťovat (i formou „rezervace“) potřebné výrobní a technické kapacity pro plnění veřejné zakázky.
17. Zadavatel dále namítá, že tvrzení, že výrobcí autobusů nejsou schopni dodat ani počet autobusů na plnění jedné části veřejné zakázky ve lhůtě 4 měsíců, se nezakládá na zjištěných skutkových okolnostech, když oslovení výrobci jsou schopni v poměrně krátké době dodat větší množství autobusů.
18. Zadavatel rovněž odkazuje na (dle svého názoru) obdobné zakázky, v rámci kterých měli dopravci na přípravu na plnění pouze 16 týdnů resp. 4,5 měsíce, přičemž zadavatel nemá informace o tom, že by vybraní uchazeči nestihli v těchto lhůtách obstarat potřebné dopravní kapacity. Zadavatel má za to, že rovněž tyto příklady dokládají, že uchazeči jsou v praxi schopni zajistit si potřebné dopravní kapacity v zadavatelem určené lhůtě. Úřad

dle zadavatele rovněž nesprávně vypořádal otázku, že uchazeči mohli autobusy zajistit i jinými způsoby, než výrobou a koupí autobusů nových.

19. Úřad dle zadavatele v neposlední řadě sám znemožnil řádné posouzení otázky vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, když předběžným opatřením pozastavil zadávací řízení před otevřením obálek s nabídkami.
20. K výroku II. napadeného rozhodnutí, a tedy ke kalkulaci nákladů za vjezdy na autobusová nádraží (stanoviště) zadavatel v podaném rozkladu uvedl, že dle jeho názoru zadávací podmínka v čl. 7.3 zadávací dokumentace byla určena jednoznačně. Jinými slovy, dle zadavatele z uvedeného článku jednoznačně plynou podmínky, za kterých zadavatel opatření vykoná, a to konkrétně na základě právních předpisů, kterými se dle zadavatele jednoznačně rozumí zákon č. 526/1990 Sb., o cenách (dále jako „**zákon o cenách**“). Zadavatel dle svého názoru nemůže být sankcionován za to, že necituje u každé povinnosti výslovnou úpravu v konkrétním právním předpisu.
21. Zadavatel rovněž nesouhlasí s tím, že mu Úřad dává k tíži, že nestanovil maximální výši poplatku za vjezd na autobusová nádraží, jelikož zadavatel je co do využití této pravomoci limitován ustanoveními zákona o cenách a zákona č. 129/2000 Sb., o krajích (dále jen „**zákon o krajích**“). Zadavatel rovněž namítá, že žádný právní předpis mu nestanovuje povinnost uvést v zadávacích podmínkách, jakou cenu za vjezd na autobusová nádraží považuje za nepřiměřenou, přičemž takový postup je dle jeho názoru jen stěží aplikovatelný.
22. K výroku II. napadeného rozhodnutí zadavatel v neposlední řadě uvádí, že v současnosti dle jeho názoru nejsou dány podmínky pro aplikaci uvedeného opatření, neboť zadavateli nejsou známy okolnosti, že by na některém autobusovém nádraží jeho vlastník stanovil takovou cenu, která by zakládala podezření vzniku mimořádné tržní situace či možného ohrožení trhu účinky omezení hospodářské soutěže. Uchazeči jsou proto dle zadavatele povinni uvést ve svých nabídkách náklady za vjezd na autobusová nádraží na základě jednání s jejich vlastníky, přičemž na základě těchto jednání jsou jednoznačně schopni kalkulovat své nabídkové ceny. Zadavatel uvádí, že možná opatření nejsou variantami nacenění nabídek, ale pouze řešením krajní situace, která může nastat až v době plnění smlouvy.
23. K výroku III. napadeného rozhodnutí zadavatel namítá, že každá dopravní uzavírka a omezení je stanovena konkrétním časovým obdobím, konkrétními silnicemi/ulicemi, důvodem omezení a vydávajícím správním orgánem. Zadavatel proto rozporuje závěr Úřadu, že počet dní není měrnou jednotkou objížděk. Zadavatel zastává názor, že stejně jako jsou uchazeči schopni odhadnout počet kilometrů objížděk, jsou dle jeho názoru schopni odhadnout, kolik kilometrů bude najeto za prvních 14 dnů. Úřad navíc dle tvrzení zadavatele založil svůj závěr ohledně neschopnosti nacenit objížděky na hypotézách a domněnkách, aniž by jej podložil přesvědčivými podklady.
24. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na § 24 zákona č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon o pozemních komunikacích**“), dle kterého nikdo nemá nárok na náhradu případných ztrát, jež mu vzniknou v důsledku uzavírky nebo objížděky. Zadavatel uvádí, že nad rámec uvedené úpravy vyšel dopravcům vstříc tak, aby v případě dlouhodobých objížděk (delších než 14 dní) nenesli nepřiměřené náklady spojené s těmito objížděkami, přičemž pro jejich nacenění stanovil všem uchazečům stejné podmínky. Zadavatel je toho názoru, že je-li dle Úřadu v souladu se zákonem,

pokud by nechal riziko jakéhokoli rozsahu objížděk výhradně na dopravcích, tím spíše musí být v souladu se zákonem, pokud zadavatel přistoupil k úhradě alespoň části těchto nákladů v případě dlouhodobých objížděk.

25. Zadavatel dodává, že pokud je hrazení vícenákladů za objíždky možné nacenit různými způsoby, nelze dovodit porušení zákona a zadavatele postihovat pouze za to, že zvolil odlišný způsob, než jaký považuje Úřad za vhodnější.
26. K výroku IV. napadeného rozhodnutí, a tedy ke vzorům příkazní a přístupové smlouvy, zadavatel namítá, že závěry Úřadu nereflktují proces uzavírání smluv v právním prostředí. Zadavatel je toho názoru, že výrazy jako „podstatná změna“, „podstatné náležitosti“ či „podstatné ohledy“ jsou zcela běžnými právními pojmy, konkrétně zadavatel odkazuje na § 1732 odst. 1 a § 1740 odst. 3 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Dle zadavatele tedy nelze tvrdit, že pojem „podstatný“ je vágní a neurčitý, když je běžně užíván právními předpisy.
27. Zadavatel dále uvádí, že u OREDO s. r. o. zajistil poslední verze smluv, které OREDO s. r. o. používá a tyto učinil přílohou zadávací dokumentace, nicméně nelze vyloučit, že uvedená společnost do doby uzavření smlouvy na veřejnou zakázku nepřistoupí k „drobným změnám“ příkazní a přístupové smlouvy, což však zadavatel nemůže ovlivnit.
28. Zadavatel tvrdí, že Úřad zcela opomíjí skutečnost, že přístupová a příkazní smlouva není uzavírána se zadavatelem, nýbrž se třetím subjektem, přičemž uchazeči tyto smlouvy nepředkládají v rámci svých nabídek, ale k jejich uzavření je povinen až vybraný uchazeč.

Závěr rozkladu

29. Na základě výše uvedeného zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil, správní řízení v části vedené ex offio podle § 117a písm. f) zákona zastavil a návrh navrhovatele jako nedůvodný zamítl. Případně zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Původní rozhodnutí o rozkladu a soudní přezkum

30. Dne 29. 9. 2016 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R142/2016/VZ-39873/2016/322/LBa, kterým napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl (dále jako „**rozhodnutí o rozkladu**“).
31. Zadavatel následně podal správní žalobu ke krajskému soudu, kterou se domáhal zrušení napadeného rozhodnutí a rozhodnutí o rozkladu.
32. Krajský soud rozsudkem ze dne 25. 10. 2017, č. j. 62 Af 121/2016-196 (dále jako „**rozsudek krajského soudu**“) zrušil rozhodnutí o rozkladu a věc vrátil Úřadu k dalšímu projednání (výrok I.). Dále krajský soud rozhodl o tom, že Úřad nemá právo na náhradu nákladů řízení (výrok II.) a že má povinnost uhradit zadavateli (žalobci) náhradu nákladů řízení ve výši 15 342 Kč (výrok III.). Proti uvedenému rozsudku podal Úřad kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu (dále jako „**NSS**“).
33. Krajský soud se ve svém rozsudku zabýval posouzením dílčích pochybení, která v postupu zadavatele spatřoval Úřad. Krajský soud přisvědčil toliko jednomu z uvedených pochybení, když vyjádřil souhlas se závěry Úřadu, že 4 měsíční doba mezi uzavřením smlouvy

a začátkem plnění veřejné zakázky zvýhodňuje dodavatele, kteří již v okamžiku zadávání veřejné zakázky disponují požadovaným počtem autobusů. Krajský soud tedy souhlasí s Úřadem v tom, že výše uvedená zadávací podmínka je diskriminační.

34. Ve vztahu k tvrzení, že zadavatel přijme nezbytná opatření v případě, kdy jednotliví uchazeči budou hradit nepřiměřené poplatky za vjezd a výjezd z autobusových stanovišť a nádraží uvedl krajský soud, že danou podmínku nelze považovat za netransparentní. Dle krajského soudu jde o podnikatelské riziko na straně uchazečů, kteří musí počítat s tím, že výše poplatků za vjezd a výjezd z autobusových nádraží nebo stanovišť záleží na konkrétním provozovateli či majiteli takového nádraží nebo stanoviště. Dle krajského soudu si uchazeči o danou veřejnou zakázku mají být také vědomi toho, že zadavatel oprávněním přijmout nezbytné opatření, kterým sníží uvedené poplatky, disponuje. Taktéž to, že zadavatel neuvedl, za jakých podmínek v praxi uvedené oprávnění aplikuje, dle krajského soudu nezakládá netransparentnost zadávací dokumentace.
35. K tvrzenému nedostatečnému vymezení objížděk, jejichž vícenáklad nebude zadavatel hradit, uvedl krajský soud následující. Dle krajského soudu jde v tomto případě opět o podnikatelské riziko, které leží na bedrech uchazečů o danou veřejnou zakázku. Tito obecně musejí počítat s tím, že se při realizaci veřejné zakázky objeví vícenáklady, které dle smlouvy ponese jednotliví dodavatelé. V tomto případě akcentuje krajský soud to, že zadavatel alokuje na uchazeče vícenáklad pouze těch objížděk, které trvají méně než 14 dnů. Vícenáklad spojený s déle trvajícími objížděkami již ponese zadavatel. Dle krajského soudu není rozdíl mezi vymezením objížděk délkou jejich trvání a jejich kilometráží, pokud je uchazeč totiž schopen vypočítat předpokládanou kilometráž dané objížděky, je schopen také určit, o kolik km více ujede v důsledku objížděky, která trvá 14 dnů. Krajský soud dále akcentuje, že uvedené podmínky dopadají na všechny uchazeče stejně.
36. Ve vztahu k Úřadem tvrzenému pochybení, že není jisté, v jaké podobě uzavře vybraný uchazeč se třetím subjektem (obchodní společností OREDO s.r.o.) přístupovou a příkazní smlouvu uvedl krajský soud následující. Dle krajského soudu zadavatel uvedením, že přístupová a příkazní smlouva bude v podstatných ohledech podobná jako vzory přiložené k zadávací dokumentaci, měl na mysli to, že může dojít ke změnám, které ovšem neovlivní nabídkovou cenu.
37. S ohledem na to, že rozhodnutí o rozkladu potvrdilo napadené rozhodnutí jako celek, přistoupil krajský soud ke zrušení celého rozhodnutí o rozkladu.
38. O kasační stížnosti Úřadu rozhodl NSS rozsudkem ze dne 21. 3. 2018, č. j. 1 As 403/2017-50 (dále jako „**rozsudek NSS**“), kde se plně ztotožnil se závěry krajského soudu a podanou kasační stížnost zamítl.

V. Další řízení o rozkladu

39. Poté, co NSS vrátil správní spis Úřadu, pokračuje předseda Úřadu v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí. Předseda Úřadu je v dalším řízení o rozkladu vázán právním názorem krajského soudu a NSS.

Stanovisko předsedy Úřadu

40. S ohledem na závazné právní názory vyjádřené v rozsudcích krajského soudu a NSS jsem v dalším řízení o rozkladu dospěl k následujícím závěrům.
41. Výroky II., III. a IV. napadeného rozhodnutí jsou nesprávné v důsledku nesprávného právního posouzení dané věci Úřadem, kdy dílčí podmínky uvedené v zadávací dokumentaci nelze označit za netransparentní.
42. Výrok I. napadeného rozhodnutí dle závěrů krajského soudu ob stojí. Uložení nápravného opatření, byť je navázáno na pochybení uvedená ve výrocích I. až IV., ob stojí i pokud bude navázáno pouze na výrok I. napadeného rozhodnutí.
43. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem výroky II. a IV. napadeného rozhodnutí ve smyslu § 152 odst. 6 písm. a) v návaznosti na § 90 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“), zrušil a v této části správní řízení zastavil, výrok III. napadeného rozhodnutí ve smyslu § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání, výroky I. a VI. napadeného rozhodnutí ve smyslu § 152 odst. 6 písm. b) v návaznosti na § 90 odst. 5 správního řádu potvrdil a výrok V. napadeného rozhodnutí dle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu změnil.

VI. K důvodům potvrzení výroku I. a VI. napadeného rozhodnutí

44. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel postupoval v rozporu s § 44 odst. 1 zákona a zásadou zákazu diskriminace ve smyslu § 6 odst. 1 zákona, když stanovil počátek poskytování předmětu plnění veřejné zakázky takovým způsobem, že povinnost poskytovat službu, která je předmětem veřejné zakázky, může nastat již ve lhůtě 4 měsíců od podpisu smlouvy, přičemž tato doba není dostatečná pro zajištění předmětu plnění, ani jedné části veřejné zakázky, neboť ve lhůtě 4 měsíců není objektivně možné vyrobit počet autobusů potřebných k realizaci byť jen jedné části veřejné zakázky. Tímto jsou diskriminováni dodavatelé, kteří v době zadávání předmětné veřejné zakázky, nedisponují potřebným počtem autobusů, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a doposud nedošlo k uzavření smlouvy na předmět plnění veřejné zakázky.
45. Zde je nutno vyjádřit souhlas s výše uvedenými závěry Úřadu, neboť zadavatel stanovil požadavek na konkrétní stáří a konkrétní specifikace celkem u 254 autobusů (resp. v rozmezí 24 až 43 autobusů na každou část veřejné zakázky), kterými měla být veřejná zakázka plněna, a proto nemohl předpokládat, že by doba od okamžiku podpisu smlouvy po okamžik, kdy má být zahájeno plnění veřejné zakázky byla dostatečná pro to, aby si dodavatel opatřil dostatečné množství autobusů, byť jen pro jednu část veřejné zakázky. Bylo na zadavateli, aby určil výše uvedenou dobu tak, aby nedocházelo k diskriminaci skupiny dodavatelů a zde je nutno konstatovat, že jsou diskriminováni ti dodavatelé, kteří již v okamžiku zahájení zadávacího řízení nedisponují dostatečným množstvím autobusů.
46. Zde je nutno nesouhlasit s námitkou zadavatele, že uchazeči mohli využít i použité autobusy, které mohli zakoupit, nebo si je mohli pronajmout. Jak již konstatoval Úřad, dodavatelé mají právo volby, jak budou veřejnou zakázku realizovat, ovšem aby se zadavatel vyvaroval skryté

diskriminace, musí v zadávacím řízení umožnit účast jak dodavatelům, kteří chtějí veřejnou zakázku realizovat za pomoci nových autobusů, tak dodavatelům, kteří pro realizaci využijí subdodavatele.

47. Za nedůvodnou lze označit i námitku zadavatele, že většina dodavatelů si dopředu „zarezerují“ výrobní kapacity, čímž zkrátí dobu dodání. Uzavření smlouvy o smlouvě budoucí kupní, rámcové smlouvy nebo jiné zarezerování si výrobních kapacit u určitého dodavatele nutně nevede k tomu, že by došlo k dodání autobusů v kratším termínu, neboť samotné zadání výroby, včetně určení specifikací poptávaných autobusů, může nastat až v okamžiku, kdy konkrétní dodavatel uspěje v zadávacím řízení. A zde je nutno vycházet z vyjádření společností SOR Libchavy spol. s r.o., SOLARIS CZECH spol. s r.o. a MAN TRUCK & BUS Czech Republic s.r.o., ze kterých plyne, že v zadavatelem vymezené době 4 měsíců nelze dodat požadovaný počet autobusů, a to ani pro jednu část veřejné zakázky. Je tedy možno uzavřít, že stanovením doby mezi podpisem smlouvy na veřejnou zakázku a okamžikem zahájení plnění veřejné zakázky na 4 měsíce postupoval zadavatel diskriminačně, neboť znevýhodnil ty dodavatele, kteří nedisponovali již k okamžiku zahájení zadávacího řízení dostatečným počtem autobusů.
48. Krajský soud ve svém rozsudku nejprve souhlasí se skutkovými zjištěními Úřadu, ze kterých plyne, že může nastat situace, kdy vybraný uchazeč bude nucen začít plnit dle smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku v době 4 měsíců poté, co dojde k podpisu takové smlouvy. Krajský soud dále souhlasí se závěrem, že není objektivně možné obstarat požadovaný počet autobusů, a to ani k jedné dílčí části veřejné zakázky, ve lhůtě 4 měsíců.
49. Krajský soud sice dal za pravdu žalobci v tvrzení, že pouze uchazeč, který v minulosti poskytoval služby v přepravě cestujících v zadavatelem stanoveném rozsahu, projde skrze technické kvalifikační předpoklady, a tedy že uchazeči o veřejnou zakázku museli disponovat v rámci svého vozového parku určitým počtem autobusů. Zadavatel ovšem opomenul vzít v potaz to, že takový uchazeč, který požadovaným počtem autobusů disponuje, je může využívat v rámci jiných dopravních tras, které obsluhuje.
50. Dle krajského soudu je tedy úvaha Úřadu ve vztahu k tomuto výroku napadeného rozhodnutí postavena na skutkovém podkladě a je vystavěna logicky. Krajský soud tak uzavřel, že zadavatel tím, že začátek plnění veřejné zakázky stanovil již 4 měsíce po podpisu smlouvy, postupoval v rozporu se zákonem, neboť tato podmínka je ve výsledku diskriminační, neboť diskriminuje ty dodavatele, kteří v době zadávání veřejné zakázky nedisponují požadovaným počtem autobusů.
51. NSS se ve svém rozsudku k výše uvedenému nevyjádřil, neboť podatelem kasační stížnosti byl Úřad, kterému dal krajský soud v tomto rozsahu za pravdu. Je tedy logické, že Úřad v kasační stížnosti proti výše uvedenému posouzení krajského soudu nebrojil.
52. Na základě závazného právního názoru krajského soudu nezbývá než konstatovat, že zadavatel při stanovení termínu pro začátek plnění veřejné zakázky postupoval v rozporu s § 44 odst. 1 zákona a zásadou zákazu diskriminace ve smyslu § 6 odst. 1 zákona, pročež je možno konstatovat, že výrok I. napadeného rozhodnutí je správný.
53. Výrok VI. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli uhradit náhradu nákladů řízení v paušální výši 30 000 Kč. Dle § 119 odst. 2 zákona, pokud Úřad ukládá rozhodnutím nápravné opatření,

uloží zadavateli i povinnost uhradit náklady řízení v paušální výši. S ohledem na to, že napadené rozhodnutí i ve světle závazného právního názoru krajského soudu stále obsahuje výrok o uložení nápravného opatření, stále jsou naplněny podmínky ve smyslu § 119 odst. 2 zákona a Úřad tedy musí zadavateli uložit povinnost uhradit náklady řízení. Výrok VI. napadeného rozhodnutí tedy ob stojí.

VII. K důvodům zrušení výroků II. a IV. napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení

54. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel postupoval v rozporu s § 44 odst. 1 zákona a zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona, když v zadávací dokumentaci stanovil, že nabídková cena musí zahrnovat veškeré náklady spojené s realizací celé předmětné části veřejné zakázky, včetně nákladů na přejezdové a režijní kilometry a včetně veškerých poplatků, jimiž mohou být rovněž případné poplatky za používání příjezdových a odjezdových stání na autobusových stanovištích a nádražích (tzv. cena za vjezd na autobusové nádraží), přičemž současně uvedl, že v případě, *„kde cena za vjezd stanovená jeho vlastníkem (resp. provozovatelem) bude s ohledem na vnější podmínky zakládat podezření z možného ohrožení trhu účinky hospodářské soutěže nebo vyžaduje-li to mimořádní tržní situace, je Zadavatel oprávněn a připraven tuto situaci řešit v souladu s právními předpisy buď vydáním nařízení stanovícího maximální cenu za vjezd na takové autobusové nádraží tak, aby odpovídalo účelně vynaloženým nákladům za služby a přiměřenému zisk, nebo určením jiného příjezdového a odjezdového stanoviště.“* Dle napadeného rozhodnutí není uvedena podmínka stanovena jasně, tedy v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky tak, aby bylo možné nacenit nabídku z hlediska vícenákladů vzniklých v souvislosti s objíždkami, neboť zadavatel stanovil, že nebude uchazečům hradit náklady spojené s objíždkami kratšími než 14 dní, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
55. Krajský soud s uvedeným závěrem Úřadu nesouhlasí, jelikož požadavek Úřadu na konkretizaci okolností, za jakých zadavatel přistoupí k regulaci cen nebo určení jiného příjezdového nebo odjezdového stanoviště, považuje za nezákonný. Dle krajského soudu je totiž zadavatel oprávněn regulovat poplatek za vjezd na autobusové nádraží dle § 1 odst. 6 zákona o cenách bez ohledu na to, zda toto uvede v zadávací dokumentaci či nikoliv. Krajský soud konstatuje, že není nutné toto oprávnění jakkoliv přepisovat do zadávací dokumentace, neboť dodavatelé, kteří se v daném oboru pohybují, s tímto oprávněním zadavatele musí být seznámeni. Dle soudu je uvedený požadavek Úřadu také nesplnitelný, neboť nelze předvídat vývoj vztahů mezi majiteli autobusových nádraží a stanovišť a jednotlivými dodavateli během 10 let, což je doba odpovídající době, po kterou má být z veřejné zakázky plněno. Krajský soud také dodává, že vývoj uvedených poplatků a jejich zakomponování do nabídkové ceny představuje podnikatelské riziko, které musejí dodavatelé podstoupit. Krajský soud proto uzavírá, že uvedená zadávací podmínka nečiní zadávací řízení netransparentním.
56. NSS se v tomto posouzení ztotožňuje s krajským soudem a dodává, že podmínky regulace cen byly pro všechny uchazeče stanoveny stejně a dle NSS i dostatečně transparentně, neboť (stejně jako krajský soud) považuje znění § 1 odst. 6 zákona o cenách, dle kterého zadavatel přistoupí k regulaci ceny v případě „ohrožení trhu“, za totožné s tím, co je uvedeno v zadávací dokumentaci, dle které zadavatel přistoupí k regulaci cen v případě „podezření

z možného ohrožení trhu“. Dle NSS je tak řešená zadávací podmínka stanovena v souladu se zákonem.

57. Ve výroku IV. Úřad uvedl, že zadavatel nepostupoval při stanovení zadávací dokumentace v souladu se zásadou transparentnosti, neboť formuloval jednu ze zadávacích podmínek takovým způsobem, že neposkytuje uchazečům jistotu v tom, jakým způsobem bude upraven jejich smluvní vztah ke třetí straně (společnost OREDO s.r.o., která provozuje integrovaný dopravní systém Královehradeckého kraje (dále jako „IDS IREDO“)). Úřad zadavateli vytknul to, že použil formulaci „*Přístupová a Příkazní smlouva budou v podstatných ohledech odpovídat vzorům, které jsou přílohou zadávací dokumentace (viz Příloha 6 a Příloha 7).*“ a blíže nedefinoval, co znamená „*v podstatných ohledech*“.
58. Krajský soud k této části posouzení věci Úřadem uvedl následující. Krajský soud předně souhlasí s Úřadem v tom, že zadavatel je povinen vymezit zadávací podmínky tak, aby měli uchazeči o veřejnou zakázku jasnou a ucelenou představu o svých právech a povinnostech, které jim vzejdou z uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Dle krajského soudu je ovšem při úvaze, jak konkrétně je zadavatel v tomto případě povinen vymezit zadávací dokumentaci, nutno přihlídnout k okolnostem daného případu. Krajský soud dále podrobil uvedenou pasáž zadávací dokumentace jazykovému výkladu a dospěl k závěru, že zadavatel tak chtěl pouze upozornit uchazeče na to, že zde existuje možnost změny v přístupové a příkazní smlouvě, která ovšem neovlivní (případně jen nepatrně) nabídkovou cenu. Krajský soud uzavírá, že po zadavateli nelze vzhledem ke komplexnosti integrovaného dopravního systému požadovat, aby garantoval, že v průběhu zadávacího řízení nedojde k nepodstatným změnám v přístupové nebo příkazní smlouvě. Dle krajského soudu tak vymezením zadávací dokumentace, jak je uvedeno výše, nepochybil.
59. NSS v této právní otázce souhlasí se závěry krajského soudu, že použití neurčitého výrazu jako „*v podstatných ohledech*“ v daném případě nevyvolává u uchazečů tak výraznou nejistotu, jak se domníval Úřad. NSS také poukazuje na to, že zadavatel není smluvní stranou uvedených smluv, ale že tyto uzavře vybraný uchazeč s provozovatelem IDS IREDO. Dle NSS proto zadavatel nemohl v příloze k zadávací dokumentaci uvést doslovné znění obou smluv, neboť nemohl zaručit, že provozovatel IDS IREDO neprovede ve smlouvách jakoukoliv změnu formálního rázu, a proto pouze garantoval, že smlouvy nebudou změněny v podstatných ohledech. NSS dále uvádí, že je projevem přepjatého formalismu požadovat po zadavateli, aby ve smlouvě definoval pojem „*v podstatných ohledech*“, za předpokladu, že běžný význam uvedeného sousloví v konkrétním případě nezakládá žádné nejasnosti.
60. Podle § 90 odst. 4 správního řádu odvolací správní orgán přistoupí ke zrušení napadeného rozhodnutí (nebo jeho částí) a k zastavení správního řízení za předpokladu, že nastane situace, která odůvodňuje zastavení správního řízení.
61. Podle § 117a písm. f) zákona Úřad zastaví správní řízení, pokud v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a zákona. Nápravné opatření ve dle § 118 zákona lze uložit, pokud zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem pro zadávání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, podstatně tak ovlivní výběr nejvhodnější nabídky a ve věci doposud nedošlo k uzavření smlouvy. Ze závazných právních názorů krajského soudu a NSS pak plyne, že se zadavatel v postupech vymezených ve výrocih II. a IV. napadeného rozhodnutí

nedopustil pochybení, tedy postupu v rozporu se zákonem, protože nejsou splněny podmínky pro uložení nápravného opatření dle § 118 zákona. S ohledem na to, že v rozsahu výroků II. a IV. vedl Úřad správní řízení zahájené z moci úřední a nastaly okolnosti odůvodňující zastavení správního řízení ve smyslu § 117a písm. f) zákona, jsou splněny podmínky postupu podle § 90 odst. 4 správního řádu a je možno uvedené výroky napadeného rozhodnutí zrušit a správní řízení v tomto rozsahu zastavit.

VIII. K důvodům zrušení výroku III. napadeného rozhodnutí a vrácení věci v tomto rozsahu Úřadu k novému projednání

62. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad vytýká zadavateli, že nejasně určil objížďky, u kterých ponese náklad zadavatel (tedy bude hradit vícenáklad) a u kterých ponese náklad dodavatel, čímž dle Úřadu postupoval při stanovení zadávací dokumentace v rozporu se zásadou transparentnosti. Zadavatel totiž určil, že neponese vícenáklad za objížďky, které jsou kratší než 14 dnů a dle Úřadu nelze na základě tohoto údaje předpokládat, jaký vícenáklad jednotlivým dodavatelům vznikne v důsledku objížďek v délce trvání maximálně 14 dnů, protože tento vícenáklad nemohou zohlednit při určení nabídkové ceny.
63. Krajský soud se ani s tímto závěrem Úřadu neztotožnil a akcentoval zde fakt, že byť je proces kontraktace vedoucí k uzavření smlouvy formalizovaným procesem, výsledný smluvní vztah je soukromoprávním vztahem. Jednotliví dodavatelé tak ucházením se o veřejnou zakázku podstupují určité podnikatelské riziko. Dle krajského soudu lze pod takové riziko subsumovat i nejasnou představu jednotlivých dodavatelů o rozsahu vícenákladů, které vzniknou v důsledku objížďek, které mohou nastat během 10 let, tedy doby po kterou bude realizován předmět plnění veřejné zakázky. Krajský soud dále uvádí, že není sporu mezi zadavatelem a Úřadem o tom, že zadavatel mohl stanovit, že ponese vícenáklad objížďek, které dosáhnou určitého počtu kilometrů a více. Zde krajský soud konstatuje, že dodavatelé mají stejně mlhavou představu o tom, jaký vícenáklad jim vznikne v důsledku objížďek stanovených údajem délky jejich trvání a údajem jejich kilometráže. Stanovení, že zadavatel neponese vícenáklad objížďek, které budou trvat méně než 14 dnů, je tak dle krajského soudu stejně transparentní jako stanovení, že neponese vícenáklad objížďek, které nezpůsobí prodloužení nájezdu autobusů o určitý počet kilometrů. Krajský soud dále konstatoval, že na základě uvedeného ustanovení zadávací dokumentace mají všichni uchazeči stejnou výchozí pozici a uvedená zadávací podmínka nepředstavuje exces z běžné praxe.
64. NSS se ztotožňuje se závěry krajského soudu a akcentuje jeho úvahu o tom, že uvedení maximálního možného rozsahu objížďek, které nebude zadavatel v rámci vícenákladů hradit, v kilometrech namísto dnů trvání nepřispívá vyšší míře transparentnosti zadávací dokumentace a tak ani vyšší porovnatelnosti jednotlivých nabídek. Dle NSS je uvedené sdělení zadavatele nutno chápat jako upozornění adresované dodavatelům, že se nemusejí obávat výrazného zvýšení svých nákladů v důsledku dlouhotrvajících objížďek, jelikož zadavatel ponese vícenáklad takových objížďek sám.
65. Dle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu může odvolací správní orgán zrušit napadené rozhodnutí (nebo jeho část) a věc v tomto rozsahu vrátit orgánu prvního stupně k novému projednání společně s právním názorem, kterým je orgán prvního stupně vázán.

66. S ohledem na to, že v rozsahu výroku III. napadeného rozhodnutí jde o správní řízení zahájené na návrh navrhovatele, nelze v řízení o rozkladu rozhodnout podle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu, jelikož by tak navrhovateli byla uzmuta možnost bránit se proti takovému rozhodnutí opravným prostředkem (viz § 91 odst. 1 správního řádu), což je v rozporu se zásadou správního řízení dle § 4 odst. 4 správního řádu, je nutno v takovém případě přistoupit ke zrušení výroku III. napadeného rozhodnutí a vrácení věci v tomto rozsahu Úřadu k novému projednání. V tomto smyslu je také nutno poukázat na § 118 odst. 5 zákona, dle kterého je to Úřad (a nikoliv jeho předseda), kdo věcně rozhoduje o návrhu na zahájení správního řízení ve věci přezkumu postupu zadavatele.
67. Úřad v novém projednání věci zohlední závazné právní názory, které prezentovaly krajský soud a NSS ve svých rozsudcích. Úřad také zohlední fakt, že výrok o uložení nápravného opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení nadále ob stojí.

IX. K důvodům změny výroku V. napadeného rozhodnutí

68. S ohledem na to, že výrok V. napadeného rozhodnutí ve svém původním znění navázal uložení nápravného opatření (zrušení zadávacího řízení) na pochybení zadavatele vymezené ve výrocích I., II., III. a IV. napadeného rozhodnutí a ze strany krajského soudu a následně i NSS došlo k vyslovení závazného názoru, dle kterého jsou výroky II., III. a IV. napadeného rozhodnutí nesprávné, je nutno výrok V. změnit, aby takový právní názor reflektoval.
69. Dle § 118 odst. 1 zákona Úřad v reakci na pochybení zadavatele, kdy tento nedodrží postup podle zákona, což má vliv na výběr nejvhodnější nabídky a doposud nedošlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, uloží nápravné opatření. Tímto nápravným opatřením může být buďto zrušení zadávacího řízení nebo soutěže o návrh, nebo zrušení jednotlivého úkonu zadavatele.
70. Jak je patrné z výše uvedeného, pochybení zadavatele předestřené ve výroku I. napadeného rozhodnutí ob stojí a představuje postup zadavatele v rozporu se zákonem. Nemůže být pochyb o tom, že výše uvedené vymezení zadávací dokumentace mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Pokud totiž zadavatel vymeze zadávací podmínky diskriminačně, nelze pak vyloučit, že existují dodavatelé, kteří se z důvodu diskriminačních zadávacích podmínek o veřejnou zakázku ani neucházeli. Z judikaturní praxe plyne korelace mezi otevřeností soutěže při zadávání veřejné zakázky a potencialitou výhodnějších nabídek (viz např. rozsudek krajského soudu ze dne 2. 3. 2010, č. j. 62 Af 7/2010: *„Soud k tomu dodává, že v obecné rovině je třeba při tomto střetu dát přednost větší otevřenosti zadávacího řízení. Jednak je tak dodržena zásada zákazu diskriminace, neboť nedochází k omezení hospodářské soutěže dodavatelů. Navíc větší množství dodavatelů zásadně přináší větší konkurenci a v důsledku toho také výhodnější nabídkové ceny [zvýrazněno předsedou Úřadu] vztahující se k jednotlivým dílčím plněním, a tedy v konečném důsledku úsporu finančních prostředků.“*). Na základě výše uvedeného lze tedy učinit dílčí závěr, že zadavatel v této věci (a zde nelze nezmínit, že závěry Úřadu obsažené ve výroku I. napadeného rozhodnutí krajský soud ve svém rozsudku potvrdil) postupoval v rozporu se zákonem, kdy tento postup mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky a ve věci doposud nebyla uzavřena smlouva. Podmínky pro uložení nápravného opatření ve smyslu § 118 odst. 1 zákona jsou proto naplněny a s ohledem na to, že se zadavatel dopustil pochybení při vymezení zadávacích podmínek, nelze zde přistoupit k uložení nápravného opatření, které by spočívalo toliko ve zrušení

jednotlivého úkonu zadavatele, ale je nutno zrušit zadávací řízení jako takové. Výrok o uložení nápravného opatření tedy sám o sobě ob stojí, i pokud bude navázán pouze na pochybení dle výroku I. napadeného rozhodnutí. Pro právě uvedené jsem tedy přistoupil ke změně výroku V. napadeného rozhodnutí, tak jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí o rozkladu.

X. Závěr

71. Po zvážení všech aspektů věci a po přihlédnutí k závaznému právnímu názoru krajského soudu, dle kterého je výrok I. napadeného rozhodnutí správný a výroky II., III. a IV. napadeného rozhodnutí stojí na chybném právním posouzení věci, jsem přistoupil k potvrzení výroku I. napadeného rozhodnutí a k zamítnutí rozkladu v tomto rozsahu, ke zrušení výroků II. a IV. a k zastavení správního řízení v tomto rozsahu a ke zrušení výroku III. a vrácení věci v tomto rozsahu Úřadu k novému projednání.
72. Po posouzení vlivu závazného právního názoru krajského soudu na výrok V. napadeného rozhodnutí jsem přistoupil k jeho změně, kdy nyní je nápravné opatření navázáno toliko na pochybení zadavatele dle výroku I. napadeného rozhodnutí. S ohledem na to, že napadené rozhodnutí stále obsahuje výrok o uložení nápravného opatření, ob stojí i výrok VI. napadeného rozhodnutí.
73. S ohledem na to, že napadené rozhodnutí i nadále představuje rozhodnutí o nápravném opatření ve smyslu § 118 odst. 1 zákona, jsem přistoupil k potvrzení výroku VI. napadeného rozhodnutí, kterým se zadavateli ukládá povinnost náhrady nákladů řízení dle § 119 odst. 2 zákona.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 – Nové Město
2. JUDr. Karel Muzikář, LL.M. (C.J.), advokát, WEIL, GOTSHAL & MANGES s. r. o. advokátní kancelář, Křížovnické náměstí 193/2, 110 00 Praha 1 – Staré Město

Vypraveno dne:

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