



UOHSX00CH4L8

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0089/2019/VZ-20213/2019/321/HBa

Brno: 23. července 2019

V řízení o rozkladu ze dne 10. 5. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne podaném zadavatelem –

- **Zlínský kraj**, IČO 70891320, se sídlem třída Tomáše Bati 21, 760 01 Zlín, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 24. 6. 2016 společností RTS, a.s., IČO 25533843, se sídlem Lazaretní 13, 615 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 4. 2019, č. j.: ÚOHS-S0088/2019/VZ-11863/2019/541/SKu, vydanému ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „**Zajištění dopravní obslužnosti Zlínského kraje veřejnou linkovou dopravou na období 2018-2027**“ rozdělené na šest částí, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 6. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 6. 2016 pod ev. č. 527646, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 8. 2016, dne 23. 8. 2016, dne 31. 8. 2016, dne 12. 9. 2016, dne 16. 9. 2016, dne 3. 10. 2016, dne 28. 11. 2016, dne 16. 12. 2016, dne 20. 3. 2017, dne 15. 3. 2018, dne 24. 9. 2018, dne 12. 11. 2018, dne 23. 11. 2018, dne 27. 12. 2018, dne 18. 1. 2019 a dne 24. 1. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 126-226543, ve znění oprav uveřejněných dne 12. 8. 2016, dne 25. 8. 2016, dne 1. 9. 2016, dne 16. 9. 2016, dne 21. 9. 2016, dne 6. 10. 2016, dne 30. 11. 2016, dne 17. 12. 2016, dne 21. 3. 2017, dne 15. 3. 2018, dne 22. 9. 2018, dne 14. 11. 2018, dne 23. 11. 2018, dne 22. 12. 2018, dne 18. 1. 2019 a dne 25. 1. 2019, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- **BusLine LK s.r.o.**, IČO 05666384, se sídlem Na Rovinkách 211, 513 01 Semily,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 4. 2019, č. j.: ÚOHS-S0088/2019/VZ-11863/2019/541/SKu

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 28. 2. 2019 návrh ve smyslu § 113 zákona (dále jen „**návrh**“) z téhož dne podaný navrhovatelem - BusLine LK s.r.o., IČO 05666384, se sídlem Na Rovinkách 211, 513 01 Semily (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele - Zlínský kraj, IČO 70891320, se sídlem třída Tomáše Bati 21, 760 01 Zlín (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Zajištění dopravní obslužnosti Zlínského kraje veřejnou linkovou dopravou na období 2018-2027“ rozdělené na šest částí, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 6. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 6. 2016 pod ev. č 527646, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 8. 2016, dne 23. 8. 2016, dne 31. 8. 2016, dne 12. 9. 2016, dne 16. 9. 2016, dne 3. 10. 2016, dne 28. 11. 2016, dne 16. 12. 2016, dne 20. 3. 2017, dne 15. 3. 2018, dne 24. 9. 2018, dne 12. 11. 2018, dne 23. 11. 2018, dne 27. 12. 2018, dne 18. 1. 2019 a dne 24. 1. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 7. 2016 pod ev. č 2016/S 126-226543, ve znění oprav uveřejněných dne 12. 8. 2016, dne 25. 8. 2016, dne 1. 9. 2016, dne 16. 9. 2016, dne 21. 9. 2016, dne 6. 10. 2016, dne 30. 11. 2016, dne 17. 12. 2016, dne 21. 3. 2017, dne 15. 3. 2018, dne 22. 9. 2018, dne 14. 11. 2018, dne 23. 11. 2018, dne 22. 12. 2018, dne 18. 1. 2019 a dne 25. 1. 2019 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

---

<sup>1</sup> 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.

2. Navrhovatel brojil proti nepřiměřené době trvání zadávacího řízení, proti účelovému postupu dle zákona, namísto zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále též „ZZVZ“), proti nejednoznačnému vymezení předmětu veřejné zakázky, nedostatečně vymezenému rozsahu a podmínkám změn vozového parku, proti technickým a provozním standardům na mezikrajských linkách, proti technické podmínce spočívající v minimálním počtu míst na stání, proti rozporuplnému požadavku na homologaci vozidel, proti netransparentně nastavenému počátku plnění, proti diskriminačnímu požadavku na technickou kvalifikaci spočívajícím v požadavku na minimální celkový objem kilometrů a proti vyřízení dodatečných informací bez prodloužení lhůty k podání nabídek.
3. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0088/2019/VZ-07886/2019/541/SKu ze dne 19. 3. 2019 nařídil z moci úřední podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona ve věci předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na plnění veřejné zakázky. Účinky předběžného opatření dosud trvají.

## II. Napadené rozhodnutí

4. Úřad po přezkoumání postupu zadavatele vydal dne 26. 4. 2019 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0088/2019/VZ-11863/2019/541/SKu (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým vyslovil, že
  - I. zadavatel nedodržel postup stanovený v § 98 odst. 4 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když při zadávání veřejné zakázky omezil v bodě 7.1.1 „prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů“ svazku 2 „požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatele“ zadávací dokumentace prokázání splnění kvalifikace prostřednictvím předložení seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních třech letech dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona tak, že uchazeč disponující osvědčením významné služby s vyšším počtem kilometrů, než je minimální požadovaný objem jednotlivé části veřejné zakázky, může použít toto osvědčení i pro další části veřejné zakázky, avšak každý kilometr uvedený v osvědčení může být použit pouze jedenkrát, čímž se jeho postup stal netransparentním a v rozporu se zásadou zákazu diskriminace, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
  - II. Zadavatel nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky stanovil současně, že dopravce je povinen při podpisu smlouvy předložit návrh Smlouvy o podmínkách přepravy v IDS JMK se společností KORDIS JMK, a. s., a zároveň, že dopravce je povinen na dotčených mezikrajských linkách dodržovat technické a provozní standardy a zajistit odbavování cestujících podle Smlouvy o podmínkách přepravy v IDS JMK se společností KORDIS JMK, a. s., čímž se zadávací dokumentace stala vnitřně rozpornou a postup zadavatele netransparentním, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
  - III. Zadavatel nevymezil technické podmínky na homologaci vozidel objektivně a jednoznačně, neboť uvedl, že požaduje homologaci podle platných právních předpisů, avšak současně upřesnil, že technické řešení vozidel musí splňovat parametry vyplývající z neplatné směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/85/ES (o zvláštních ustanoveních pro vozidla používaná k přepravě osob, která

mají více než osm sedadel kromě řidiče a o změně směrnic 70/156/EHS a 97/27/ES) ze dne 20. 11. 2001, čímž se zadávací dokumentace stala vnitřně rozpornou a postup zadavatele netransparentním, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

- IV. Jako opatření k nápravě Úřad zrušil dle § 118 odst. 1 zákona zadávací řízení.
- V. Úřad zadavateli uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

### III. Námitky rozkladu

- 5. Napadené rozhodnutí obdržel zadavatel dne 26. 4. 2019 a svůj rozklad ze dne 10. 5. 2019 doručil Úřadu téhož dne. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
- 6. Zadavatel rozklad k výroku I odůvodňuje tím, že rozdělil zadávací řízení na šest částí. Tímto nepovinným rozdělením zadávacího řízení chtěl dosáhnout co možná největšího počtu podaných nabídek. Současně však zadavatel potřeboval akcentovat, že předmětem každé z částí zakázky je totožná služba v jednom čase a na jednom místě. Pokud chce uchazeč podat nabídku do více částí zadávacího řízení, zadavatel vyžaduje více zkušeností, resp. větší technickou, materiální a personální základnu. Proto nelze jednu referenci použít na více částí VZ. Úřad už rozhodoval v obdobné věci a postup zadavatele potvrdil. Nyní však Úřad tyto skutečnosti opomněl. Napadené rozhodnutí popírá účel požadavku na kvalifikaci uchazečů. Okolnosti, z nichž Úřad dovozuje netransparentnost postupu zadavatele, jsou hypotetické.
- 7. K výroku II zadavatel uvádí, že zadávací dokumentace není ani netransparentní, ani rozporná. Postup zadavatele nemohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Dodatečnými informacemi docházelo ke zpřesnění zadávací dokumentace, konkrétně i původní široce definované povinnosti vyplývající z čl. 10.7 smlouvy. Odbavování jízdních dokladů mezi kraji se týká jen oblasti Uherské Hradiště a Kroměříž. Zadavatel ponechal technické řešení odbavování na uchazečích. O možnosti zapůjčení zadavatel nikde nehovořil. Pokud byl někdo v omylu, byl to jen navrhovatel, jiný uchazeč neměl s podmínkou problém.
- 8. K výroku III zadavatel uvedl, že opomněl v zadávacích podmínkách odkaz na starou směrnici. Je však zřejmé, že doprava musí být provozována jen podle platných předpisů a těmi se bude řídit i v budoucnu, až současná úprava přestane platit. Námitka je účelová, všem uchazečům byly podmínky homologace jasné.
- 9. Úřad se nevyjádřil k argumentaci zadavatele uvedené v jeho vyjádření k návrhu, v případě výroku I nevzal v úvahu svou rozhodovací praxi, konkrétně rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S769/2013 a sp. zn. ÚOHS-S855/2014, v případě výroků II a III nesprávně zhodnotil postup zadavatele a konečně nerozhodl o zbývajících částech návrhu. Zadavatel se domnívá, že návrh je účelový. Navrhovatel byl schopen podat nabídku do libovolných částí veřejné zakázky.

### Závěr rozkladu

- 10. Zadavatel navrhuje, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno a věc vrácena Úřadu k novému projednání.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

11. 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 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

##### **Stanovisko předsedy Úřadu**

12. Po projednání rozkladu a veškerého 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 jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
13. Výroky I – III napadeného rozhodnutí vycházejí z nesprávného právního posouzení věci. Z tohoto důvodu jsou rušeny, jakož i na nich závislé výroky IV a V napadeného rozhodnutí.
14. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení jednotlivých výroků napadeného rozhodnutí a vrácení věci k dalšímu řízení a rozhodnutí.

#### **V. K důvodům zrušení výroku I napadeného rozhodnutí**

15. Výrokem I Úřad vytýká zadavateli, že v technických kvalifikačních předpokladech připouští, aby jedna reference byla použita pro více částí veřejné zakázky, ale každý kilometr, aby byl použit pouze jednou. Výrok I je odůvodněn tak, že v případě veřejné zakázky rozdělené na části je nutno v každé jednotlivé části postupovat samostatně ve smyslu § 98 odst. 4 zákona. To platí i pro stanovení technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 zákona, neboť toto ustanovení speciální pravidla nestanoví. Zadavatel za této situace dodavatelům sice umožňuje použít tytéž reference pro více částí veřejné zakázky, avšak současně stanovuje, že každý kilometr uvedený v požadovaném osvědčení může být použit pouze jednou. Tím dodavatelům znemožňuje použití osvědčení pro více částí veřejné zakázky současně. Rovněž tím provazuje technické kvalifikační předpoklady mezi jednotlivými dílčími částmi veřejné zakázky. Tím se vytrácí smysl rozdělení veřejné zakázky na části. Pokud zadavatel tvrdí, že cílí na zkušeného dodavatele, není toto jeho odůvodnění objektivní. Je běžné, že dodavatelé reference používají opakovaně nebo současně ve více zadávacích řízeních, což však již zadavatel nezohledňuje.
16. Dle napadeného rozhodnutí navíc mimo neobjektivitu tohoto kvalifikačního předpokladu vnáší zadavatel svým požadavkem do zadávacího řízení nejednoznačnost a netransparentnost. Pokud by totiž dodavatel podal nabídku do více částí veřejné zakázky, aniž by naplňoval potřebný počet kilometrů pro obě části současně, není zřejmé, ve které části by kvalifikaci prokázal. Tím by se následný postup zadavatele stal netransparentním, neboť zadavatel pro takovou situaci nestanovuje pravidlo, a přestože může dodavatele vyzvat k objasnění nabídky, v konečném důsledku by bylo na uvážení zadavatele, ve které části by reference akceptoval, což je v rozporu se zásadou transparentnosti.

17. Zadavatel v podaném rozkladu s odůvodněním napadeného rozhodnutí rozsáhle polemizuje. Zakázku rozdělil na šest částí a neomezil uchazeče v tom, do kolika částí mohou podat své nabídky. Obojím mínil dosáhnout co nejširší soutěže o zakázku. Současně však zadavatel nyní sporným kvalifikačním požadavkem hodlal zajistit, že nabídku do více částí veřejné zakázky podají uchazeči s odpovídající technickou, materiální, personální a ekonomickou základnou. Proto nelze jednu referenci, resp. jeden kilometr použít jako kvalifikaci ve více částech veřejné zakázky. Úřad už rozhodoval v obdobné věci a postup zadavatele potvrdil. Napadené rozhodnutí dle zadavatele popírá účel požadavku na kvalifikaci uchazečů. Úřad dovozuje netransparentnost postupu zadavatele z hypotetické situace, což je dle zadavatele nepřípustné.
18. K námitkám rozkladu jakož i k odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádím následující.
19. Pro posouzení nastavení technických kvalifikačních předpokladů, které stanovil zadavatel, je rozhodující, zda umožňují dodržet zákon stran odděleného postupu v jednotlivých částech zadávacího řízení. Rovněž je podstatné, zda jsou tyto předpoklady přiměřené a nediskriminační.
20. Ve věci není sporu o tom, že zadavatel využil svého oprávnění daného mu § 98 zákona a zakázku rozdělil na šest částí, přičemž ve smyslu § 98 odst. 3 zákona neomezil práva uchazečů podat nabídku do libovolných částí veřejné zakázky. Z tohoto postupu je evidentní snaha zadavatele umožnit co nejširší soutěž o zakázku.
21. V této situaci pak zadavatel bodem 7 svazku 2 zadávací dokumentace požadoval prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů seznamem významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech, přičemž pro každou část veřejné zakázky stanovil minimální požadovaný objem referenčních kilometrů. Pro vyloučení pochybností pak tamtéž uvedl, že pro výpočet objemu kilometrů lze dopravní výkony počítat. Při vyšším počtu kilometrů významné služby, než byl minimální požadovaný objem jednotlivé části veřejné zakázky, mohlo být osvědčení o významné službě použito i pro další dílčí jednotlivou část veřejné zakázky. Současně však žádný kilometr nemohl být použit více než jednou.
22. Ze srovnání požadovaných významných služeb v bodu 7.1 technických kvalifikačních předpokladů a předpokládaného ročního výkonu v jednotlivých částech veřejné zakázky vyplývá, že zadavatel požaduje pro jednotlivé části veřejné zakázky reference za tři roky v objemu jen o málo přesahujícím poptávaný roční výkon v příslušné části veřejné zakázky.
23. Je pravdou, že při rozdělení veřejné zakázky na části musí zadavatel vycházet z toho, že při výběru dodavatele v každé části veřejné zakázky postupuje odděleně. Společným pro všechny části veřejné zakázky je zahájení zadávacího řízení. Další průběh zadávacího řízení již pro každou část veřejné zakázky probíhá z právního hlediska samostatně, byť v praxi bývají kroky zadavatele z praktických důvodů koordinovány.
24. Ačkoliv jsou jednotlivé části veřejné zakázky od sebe odděleny, nelze na ně hledět automaticky jako na zcela oddělená zadávací řízení. I zákonodárce připouští určité propojení částí veřejné zakázky, neboť zadavatel může stanovit počet částí, na které mohou dodavatelé podávat nabídky. Pro ilustraci lze uvést, že dle ZZVZ je zadavatel oprávněn stanovit i to, kolik částí může být maximálně zadáno jednomu účastníkovi zadávacího řízení. Pro zákon i ZZVZ pak

platí, že to, zda zadavatel umožní podání nabídky jen na jednu nebo na více částí, je zcela na jeho rozhodnutí a zadavatel není v tomto směru nijak limitován.

25. Oddělený postup v jedné části zadávacího řízení neznamena ignoranci průběhu zadávání jiné části veřejné zakázky. Takový výklad oddělenosti jednotlivých částí by zadavateli znemožňoval např. realizovat případný požadavek dle § 98 odst. 3 zákona, tedy požadavek na to, aby se jeden uchazeč hlásil do omezeného počtu částí veřejné zakázky. K průběhu zadávání jiné části veřejné zakázky je z hlediska zadavatele nutné přihlídnout i později než ve fázi podávání nabídek – a to ve fázi výběru dodavatele a uzavření smlouvy, zvolil-li zadavatel v zadávacích podmínkách omezení počtu částí, které lze zadat jednomu uchazeči (viz § 101 odst. 3 ZZVZ).
26. Aby zadavatel mohl svá různá omezení stran účasti v jednotlivých částech veřejné zakázky aplikovat, je nejenže oprávněn, ale nepochybně povinen svůj postup v jednotlivých částech veřejné zakázky koordinovat. V popisovaných případech zákon byť mlčky implikuje, že zadavatel své kroky v jednotlivých částech veřejné zakázky nutně podmiňuje vývojem v jiných částech veřejné zakázky.
27. Platí-li pak premisa, že co není zakázáno, je dovoleno, není žádné zákonné překážky, aby zadavatel v pojednávané věci při posouzení kvalifikace nezkoumal, jakými referencemi dodavatel svou kvalifikaci v té které části veřejné zakázky prokazuje a zda tedy při nabídkách do více částí zakázky dodavatel respektuje pravidlo použití jednoho referenčního kilometru pouze jednou. V tom, že zadavatel při posouzení technické kvalifikace přihlídně k tomu, v jaké části veřejné zakázky a v jakém rozsahu uchazeč referenci používá, nelze spatřovat překážku odděleného postupu v jednotlivých částech veřejné zakázky.
28. Při vymezení požadavků na technickou kvalifikaci je zadavatel povinen zvažovat zejména zásadu zákazu diskriminace a přiměřenosti ve vztahu k vlastním požadavkům na schopnost dodavatelů příslušnou veřejnou zakázku realizovat. V obecné rovině lze stran diskriminace skryté v požadavcích na kvalifikaci odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, podle něhož je za formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních třeba považovat i *„takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přičemž je zřejmé, že ji mohou splnit pouze někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými (tzv. diskriminace skrytá). Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným v § 6 zákona, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.“* Nejvyšší správní soud však v tomtéž rozsudku připustil limity konceptu diskriminace, a vyjádřil se v tom smyslu, že *„samotná podstata zákazu skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potenciální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch*

*uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takové (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci...v absolutním měřítku i samotný požadavek na kvalifikaci je v rozporu se zásadou rovnosti...Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu.“ Nejvyšší správní soud tudíž připustil, že „nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat. V každém případě musí být při rozhodování ponechán prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané veřejné zakázky.“*

29. Z pojmového znaku kvalifikace je tedy patrné, že při dodržení shora uvedených zásad a principů může kvalifikace ve svém důsledku legálně omezovat účast v daném zadávacím řízení některým „méně kvalifikovaných“ dodavatelům, jsou-li jinak kvalifikační podmínky přiměřené a nediskriminační.
30. Co se týká přiměřenosti stanoveného pravidla, nelze přehlédnout, že zadavatelovy požadavky na počet referenčních kilometrů jsou adekvátní rozsahu jednotlivých částí veřejné zakázky. Jak již bylo řečeno, zadavatel požaduje referenční kilometry za tři roky v objemu jen málo přesahujícím předpokládaný roční objem jednotlivých částí veřejné zakázky.
31. Zadavatel učinil zadost povinnosti rozšířit maximálně soutěž o zakázku tím, že veřejnou zakázku rozdělil na části, neomezil počet částí, v nichž může jeden uchazeč podat nabídku, a referenční objem kilometrů stanovil spíše nižší. Podá-li za těchto okolností uchazeč nabídky do více částí veřejné zakázky, je požadavek na to, aby byl každý referenční kilometr použit pouze jednou, přiměřený a odůvodněný racionální snahou zajistit uchazeče způsobilého k plnění více částí veřejné zakázky.
32. Přiměřenost požadavku zadavatele nelze posuzovat podle toho, že uchazeč může použít svou referenci v jiném zadávacím řízení jiného zadavatele. Jiné zadávací řízení se řídí jinými zadávacími podmínkami, jiným harmonogramem a svou účast si musí uchazeč vyhodnotit sám. Za posuzované zadávací řízení a jeho výsledek odpovídá zadavatel, který technickými kvalifikačními předpoklady neposuzuje ani tak kapacitní možnosti uchazeče, ale především jeho zkušenosti s plněním veřejné zakázky určitého objemu. Možnost používat reference opakovaně v různých veřejných zakázkách je dána tím, že jimi má být prokázána jistá zkušenost dodavatele, zatímco rozhodnutí dodavatele realizovat více veřejných zakázek, ať již u jednoho zadavatele či více, je otázkou jeho kapacitních možností. Kapacitní možnosti uchazečů jsou v posuzovaném zadávacím řízení reflektovány v požadavcích na počet autobusů v jednotlivých částech veřejné zakázky.
33. Pokud by zadavatel setrval pouze na tom, že požaduje určitý počet referenčních kilometrů pro jednotlivou část veřejné zakázky, avšak neomezil by možnost použít referenční kilometr opakovaně, může vzniknout situace, kdy ve všech částech zadávacího řízení podá vítěznou



nabídku uchazeč s jedinou referencí. Zadavatel se pak snadno ocitne v situaci, kdy bude povinen uzavřít smlouvy na plnění částí veřejné zakázky se subjektem, který s plněním veřejné zakázky v rozsahu všech jejích částí nebude mít žádnou zkušenost. Nabízí se otázka, jestli by takto nastavené technické kvalifikační předpoklady splňovaly svůj účel.

34. Nelze souhlasit s tím, že se zadavatelovým požadavkem vytrácí smysl rozdělení veřejné zakázky na části, protože se zúží okruh potenciálních dodavatelů (bod 79 napadeného rozhodnutí). Zadavatel nastavil výchozí parametry zadávacího řízení tak, že umožňují širokou účast. Mínil-li se dodavatel kvalifikovat do více částí veřejné zakázky, zadavatel od něj racionálně požaduje „vyšší“ kvalifikaci. Ani tu však nelze považovat za nepřiměřenou.
35. Pokud závěr bodu 79 napadeného rozhodnutí uvádí, že *„je zřejmé, že zadavatel k nastavení technických kvalifikačních předpokladů přistoupil, jako by se jednalo o jednu zakázku“*, je takový závěr nesprávný. Zadavatel evidentně nepožaduje prokázání technických kvalifikačních předpokladů v rozsahu, který by odpovídal hodnotě celé veřejné zakázky. Naopak rozdělením na části a požadavkem na nízký objem referenčních kilometrů zpřístupňuje zadávací řízení řadě menších dopravců. To, že v případě více nabídek žádá použít jeden referenční kilometr pouze jednou, je pochopitelný korektiv jinak vstřícně nastavených kvalifikačních předpokladů.
36. Zadavatel veřejnou zakázku nepochybně na části rozdělit nemusel, případně ji mohl rozdělit na méně částí. Pokud by takto postupoval, jeho požadavky na objem referenčních kilometrů by mohly být o řád vyšší, než jak je nyní nastaven, a stále by se jednalo o požadavky přiměřené předmětu plnění veřejné zakázky. Takovým nastavením by byla soutěž o zakázku omezena a priori, nicméně by o legalitě takového postupu nebylo sporu.
37. Nelze souhlasit ani s tím, že zadavatel záměrně vzájemně provazuje technické kvalifikační předpoklady mezi jednotlivými částmi veřejné zakázky (bod 78 napadeného rozhodnutí). Zadavatel nepodmiňuje účast v jedné části veřejné zakázky ne/účastí v jiné. Nespojuje požadované kvalifikační předpoklady. Toliko umožňuje použití jedné reference ve více částech veřejné zakázky definovaným způsobem, který je jasně odůvodněn.
38. V bodě 82 a násl. napadeného rozhodnutí se Úřad zabývá nejednoznačností a netransparentností postupu zadavatele. V případě, kdy dodavatel podá nabídku do dvou částí veřejné zakázky, aniž by předloženým osvědčením naplňoval potřebný počet kilometrů, může dle Úřadu vzniknout situace, kdy nebude zřejmé, do které části veřejné zakázky se kvalifikoval. Úřad v této souvislosti uzavírá, že přestože by zadavatel byl oprávněn vyzvat dodavatele k objasnění předložené nabídky, v konečném důsledku by bylo pouze na jeho uvážení, ve které části veřejné zakázky by reference akceptoval a ve které nikoli, což by byl postup zjevně rozporný se zásadou transparentnosti.
39. I tento bod napadeného rozhodnutí napadá zadavatel rozkladem a je nutno mu přisvědčit v tom, že se jedná o hypotetický popis pochybení uchazeče a následný hypotetický popis nezákonné reakce zadavatele. Při existenci možnosti žádat o vysvětlení nejasností v nabídce či o doplnění dokladů, je spekulace o tom, že zadavatel s nejasnou nabídkou naloží netransparentně, přinejmenším předčasná.
40. Závěrem k této části konstatuji, že zadavatel nepochybil, když při rozdělení zakázek do více částí žádal, aby každý referenční kilometr byl v rámci celého zadávacího řízení použit pouze

jednou. Takto nastavené technické kvalifikační předpoklady v tomto případě nejsou nepřiměřené ani diskriminační a neomezují podstatně hospodářskou soutěž ve smyslu ustanovení § 50 odst. 4 zákona. Nejdou-li konkrétní zadávací podmínky proti zákonu a jeho zásadám, není důvod zadavatele omezovat v jeho právu nastavit si zadávací podmínky dle své úvahy a potřeb.

#### **VI. K důvodům zrušení výroku II napadeného rozhodnutí**

41. Výrokem II deklaroval Úřad, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky stanovil v bodě 10.7 závazného návrhu smlouvy o veřejných službách, který tvoří přílohu č. 7 zadávací dokumentace, že dopravce, který zajišťuje veřejné služby dle této smlouvy na mezikrajských linkách do Jihomoravského kraje, je povinen při podpisu této smlouvy předložit zadavateli návrh Smlouvy o podmínkách přepravy v IDS JMK se společností KORDIS JMK, a. s., a zároveň, že dopravce je povinen na dotčených mezikrajských linkách dodržovat technické a provozní standardy a zajistit odbavování cestujících podle Smlouvy o podmínkách přepravy v IDS JMK se společností KORDIS JMK, a. s., a dle jejích příloh v platném znění, přičemž z dodatečných informací č. 18 ze dne 28. 11. 2018 vyplývá, že odbavovací technika od KORDIS JMK není předmětem zakázky a zadavatel nepožaduje montáž shodného zařízení, které bude součástí vybavení dodaného společností KORDIS JMK, a. s. do vozidel v IDS JMK, čímž se stala zadávací dokumentace vnitřně rozpornou a postup zadavatele netransparentním, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
42. Z bodu 7 závazného návrhu smlouvy vyplývá, že se vybraný dopravce zavazuje předložit při podpisu smlouvy na veřejnou zakázku podepsanou Smlouvu o podmínkách přepravy v IDS JMK se společností KORDIS JMK, a. s. a na mezikrajských linkách do Jihomoravského kraje dodržovat technické a provozní standardy IDS JMK.
43. Úřad k tomu v bodu 97 napadeného rozhodnutí dodává, že dle čl. IV odst. 14 smlouvy o podmínkách přepravy v IDS JMK se společností KORDIS JMK, a. s. se dopravce zavazuje na vlastní náklady pořídit a instalovat palubní počítače a odbavovací zařízení do svých vozidel v souladu s přílohou č. 3 této smlouvy.
44. Rozpor v zadávacích podmínkách nastává dle napadeného rozhodnutí proto, že zadavatel v odpovědi na dotaz č. 2 dodatečných informací č. 18 uvedl, že „*zadavatel potvrzuje platnost Technických a provozních standardů (P34 v aktuálním znění, viz DI 16), včetně článku 1.2.2.15. Odbavovací technika od KORDIS JMK není předmětem zakázky a zadavatel nepožaduje montáž shodného zařízení, které bude součástí vybavení dodaného KORIDS JMK do vozidel v IDS JMK.*“ Rozpor pak dle bodu 106 napadeného rozhodnutí spočívá v tom, že zadavatel nepožaduje montáž odbavovacích zařízení, kterými jsou vybavena vozidla v IDS JMK, tedy odbavovacími zařízeními, jež jsou v souladu s požadovanými technickými a provozními standardy IDS JMK, a tedy že tyto technické a provozní standardy upravující požadavky na odbavovací systém dle IDS JMK nemusí být ze strany dodavatele dodrženy, přestože zadavatel na dodržení technických a provozních standardů trvá (viz znění závazného návrhu smlouvy a smlouvy o podmínkách přepravy v IDS JMK se společností KORDIS, a. s.).

45. Zadavatel v rozkladu namítá, že své požadavky stran IDS JMK vymezil přesně v bodu 10.7 závazného návrhu smlouvy. Volbu technických zařízení, kterými budou uchazeči zajišťovat odbavení cestujících v IDS JMK, ponechal na uchazečích, přičemž nejekonomičtější se zadavateli jeví drobná hardwarová úprava odbavovací techniky standardně používané v oblastech Uherské Hradiště a Kroměříž. O zapůjčení odbavovací techniky zadavatel nikdy nehovořil. Jako rozporuplnou vnímal zadávací dokumentaci dle zadavatele jen navrhovatel, ostatní uchazeči tuto zadávací podmínku jako rozporuplnou nevnímali.
46. Stěžejní pro posouzení důvodnosti rozkladové námítky je posouzení, zda se odpověď na otázku č. 2 dodatečných informací č. 18 stala zadávací dokumentace nesrozumitelnou či neurčitou, nebo šířeji zda je zadávací dokumentace v požadavku na odbavovací techniku linek zasahujících do Jihomoravského kraje nesrozumitelná.
47. Ze zadávací dokumentace je zřejmé, že zadavatel pro řádný průběh dopravy na linkách do Jihomoravského kraje požaduje, aby uchazeč předložil podepsanou smlouvu o podmínkách přepravy v IDS JMK se společností KORDIS JMK, a. s. Současně požaduje, aby uchazeč dodržoval technické a provozní standardy platné v IDS JMK (viz bod 10.7 závazného návrhu smlouvy na plnění veřejné zakázky).
48. Z těchto dokumentů, které dal zadavatel uchazečům k dispozici coby součást zadávací dokumentace, vyplývá povinnost dopravce na vlastní náklady pořídit a instalovat palubní počítače a odbavovací zařízení v souladu s přílohou č. 3 smlouvy o podmínkách přepravy v IDS JMK.
49. Přílohou č. 3 smlouvy o podmínkách přepravy v IDS JMK jsou Technické a provozní standardy pro dopravce jiných objednatelů. Z těch vyplývá, že dopravce zajišťující dopravu na území Jihomoravského kraje je povinen mít odbavovací zařízení určitých obecně stanovených parametrů, certifikované společností KORIDS JMK, a. s. Z těchto standardů však nevyplývá konkrétní značka či typ zařízení (viz např. body 4.9 a 5.9 Technických a provozních standardů KORDIS JMK, a. s.). Certifikace pak dle článku 9 Technických a provozních standardů spočívá v ověření kompatibility vozidla a jeho vybavení s technicko-provozními standardy.
50. Dotaz č. 2 dodatečných informací č. 18 reagoval na to, že dne 3. 10. 2018 uzavřela společnost KORDIS JMK, a. s. smlouvu se společností Herman systems s. r. o. o dodávce 1000 kusů palubních počítačů pro regionální a vybrané městské autobusy IDS JMK. Tato technika měla zůstat ve vlastnictví KORDIS JMK, a. s., který ji měl zapůjčovat dopravcům provozujícím linky v IDS JMK. Dotaz sám pak směřoval k tomu, zda bude odbavovací technika společnosti Herman systems s. r. o. zapůjčována i dopravcům zajišťujícím do Jihomoravského kraje. Pokud ano, šlo by dle tazatele o zvýhodňování dopravců, kteří by takovou techniku získali zapůjčenu.
51. Na tento dotaz zadavatel reagoval tak, jak bylo shora citováno, totiž že uvedl, že odbavovací technika KORDIS JMK, a. s. není předmětem zakázky a zadavatel montáž shodného zařízení nepožaduje.
52. Z kontextu dotazu samotného i odpovědi na něj je zřejmé, že zadavatel i tazatel hovoří o konkrétním zařízení společnosti Herman systems s. r. o. Dotaz i odpověď na něj jsou srozumitelné a jednoznačné. Zadavatel v odpovědi jednoznačně uvádí, že toto zařízení poskytováno nebude, ale nebude ani vyžadováno.

53. Pokud smlouva s KORDIS JMK, a. s. ani Technické a provozní standardy KORDIS JMK, a. s. nevyžadují montáž konkrétního zařízení a pokud i zadavatel v odpovědi na dotaz č. 2 potvrzuje, že montáž konkrétního zařízení nepožaduje, nejsou smluvní podmínky KORDIS JMK, a. s. a odpověď č. 2 zadavatele v žádném rozporu.
54. Odpověď zadavatele ohledně toho, že montáž zařízení společnosti Herman systems s. r. o. nepožaduje, nelze v žádném případě vykládat tak, že zadavatel náhle upouští od požadavku na soulad odbavovacího zařízení s podmínkami IDS JMK (bod 106 napadeného rozhodnutí). Zadavatel v odpovědi na dotaz č. 2 neříká nic více a nic méně než to, že nepožaduje shodné zařízení, jako bude dodávat do vozidel v IDS JMK společnost KORDIS JMK, a. s.
55. Zadavatel si je vědom – a vyplývá to i ze zadávací dokumentace – že požadavky na odbavovací zařízení v režimu IDS JMK jsou splnitelné různými způsoby a jejich volbu ponechává na uchazečích limitovaných v tomto směru podmínkami IDS JMK a svými finančními a technickými možnostmi.
56. Zadávací podmínku týkající se požadavků na odbavovací techniku tak shledávám určitou a srozumitelnou. Zadavatel odpoví na dotaz č. 2 dodatečných informací č. 18 nepopírá své požadavky na odbavovací techniku vozidel mezikrajských linek a ty nadále nechává na požadavcích KORDIS JMK, a. s., pouze ke specifickému dotazu vysvětluje, že nepožaduje montáž zařízení konkrétní značky.
57. Z výroku zadavatele, že nepožaduje montáž shodných zařízení, která používá KORDIS JMK, a. s., nelze dovodit, že „zadavatel již nadále nepožaduje odbavovací zařízení, která by splňovala technické a provozní standardy IDS JMK ... a tedy že tyto technické a provozní standardy upravující požadavky na odbavovací systém dle IDS JMK nemusí být ze strany dodavatele dodrženy“ (cit. bod 106 napadeného rozhodnutí). Ze žádných dalších dokumentů ani odpovědí na dotazy nevyplývá nic, co by správnosti takového výkladu, tedy výkladu učiněného v bodu 106 napadeného rozhodnutí, nasvědčovalo.
58. Takový výklad popírá účel a smysl tohoto konkrétního požadavku zadavatele, kterým je řádný provoz mezikrajských linek, tzn. v souladu s požadavky svými, jakož i s požadavky KORDIS JMK, a. s. Navíc takový výklad evidentně popírá i dosavadní praxi stran, což musí být navrhovateli coby profesionálu v oblasti dopravy známo. Proti uvedenému výkladu hovoří i další vyjádření zadavatele - v dokumentaci o zadávacím řízení např. odpověď na dotaz č. 4 dodatečných informací č. 23. V ní zadavatel deklaruje, že respektuje požadavek KORDIS JMK, a. s. na jednotný obsah smluv o provozování mezikrajských linek a nebude proto do smlouvy, která je uchazečům předkládána k podpisu, zasahovat. Zadavatel tedy nejenže má zájem na uzavření a plnění smlouvy s KORDIS JMK, a. s., ale jde tak daleko, že respektuje i nenapsaný požadavek KORDIS JMK, a. s. na to, aby smlouva nebyla vůbec měněna.
59. Z uvedených důvodů, tedy proto, že v zadávací dokumentaci nespátřuji rozpor uvedený ve výroku II napadeného rozhodnutí, tento výrok ruším.

## **VII. K důvodům zrušení výroku III napadeného rozhodnutí**

60. Ve výroku III napadeného rozhodnutí je zadavateli vytýkáno, že nedodržel postup stanovený v § 45 odst. 1 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 a § 6 odst. 1 zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nevymezil technické podmínky na homologaci vozidel v příloze č. 5 „technické a provozní standardy“ závazného návrhu smlouvy o veřejných službách, který

tvoří přílohu č. 7 zadávací dokumentace, objektivně a jednoznačným způsobem, když v článku 1 „Standarty vozidel IDS ZK“ citované přílohy stanovil požadavek na homologaci vozidel dle platných právních předpisů, avšak současně tamtéž upřesnil, že technické řešení vozidel musí splňovat parametry vyplývající z neplatné směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/85/ES (o zvláštních ustanoveních pro vozidla používaná k přepravě osob, která mají více než osm sedadel kromě řidiče a o změně směrnic 70/156/EHS a 97/27/ES) ze dne 20. 11. 2001 (dále též „**směrnice 2001**“), čímž se stala zadávací dokumentace vnitřně rozpornou a postup zadavatele netransparentním, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

61. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí se podává, že zadavatel odkazem na zrušenou směrnici 2001 vnesl do zadávací dokumentace rozpor, neboť po uchazečích požaduje autobusy homologované současně podle předpisů platných a současně podle této směrnice. Mimoto nelze požadavek zadavatele splnit již z povahy věci, neboť nové nařízení č. 661/2009 nařízení Evropského parlamentu a Rady o požadavcích pro schvalování typu motorových vozidel, jejich přípojných vozidel a systémů, konstrukčních částí a samostatných technických celků určených pro tato vozidla z hlediska obecné bezpečnosti (dále též „**nařízení 2009**“) užívá jiné definiční označení pro vozidla, jež mají prostor pro stojící cestující.
62. Zjištěný skutkový stav je takový, že zadavatel v bodě 7.3 Závazné technické podmínky svazku 1 zadávací dokumentace stanovil, že vozidla musí být homologována dle platných právních předpisů a technických norem Evropské unie a České republiky. Dále tamtéž uvedl, že podrobná technická specifikace včetně dalších požadavků na vozidla je uvedena v textu závazného návrhu smlouvy a v její příloze obsahující technické a provozní standardy.
63. V závazném návrhu smlouvy, konkrétně v příloze č. 5 čl. 1 se zadavatel k požadavku na homologaci vyjadřuje takto: *„Jejich technické řešení musí splňovat parametry definované ve Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2001/85/ES o zvláštních ustanoveních pro vozidla používaná k přepravě osob, která mají více než osm sedadel kromě řidiče a o změně směrnic 70/156/EHS a 97/27/ES (...) a všechna provozovaná vozidla musí být homologována výhradně pro třídy „I“, „II“, případně „A“ dle výše uvedené směrnice, tzn. musí umožňovat přepravu stojících cestujících.“*
64. Napadené rozhodnutí situaci právně hodnotí tak, že zadavatel nevyjádřil svůj požadavek na technické řešení autobusů jednoznačně. Interpretační nejistota pak nemůže stíhat žádného z uchazečů, nýbrž jde k tíži zadavateli.
65. Toto právní posouzení neshledávám zcela korektním, a to z následujících důvodů. Z ustanovení § 556 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (dále též „**občanský zákoník**“) plyne, že co je vyjádřeno slovy nebo jinak, vyloží se podle úmyslu jednajícího, byl-li takový úmysl druhé straně znám, anebo musela-li o něm vědět. Nelze-li zjistit úmysl jednajícího, přisuzuje se projevu vůle význam, jaký by mu zpravidla přikládala osoba v postavení toho, jemuž je projev vůle určen.
66. Vnesl-li zadavatel do zadávací dokumentace nejasnost, je třeba zabývat se tím, zda šlo o nejasnost, která byla odstranitelná za použití přiměřené metody interpretace. Citované ustanovení občanského zákoníku *„kombinuje subjektivní metodu výkladu, podle níž je třeba právní jednání interpretovat podle úmyslu jednajícího, s metodou objektivní, podle níž se právní jednání posuzuje podle toho, jaký význam by mu přisoudila rozumná osoba ve stejném*

*postavení jako účastníci a za stejných okolností, za kterých bylo jednání učiněno.“ (viz HANDLAR, Jiří. § 556 []). In: BÍLKOVÁ, Jana, ČERNÝ, Michal, ČUHELOVÁ, Kateřina, DAVID, Ludvík, DÁVID, Radovan, DOBROVOLNÁ, Eva, FOJTÍK, Lumír, HANDLAR, Jiří, HAVLAN, Petr, HOLEJŠOVSKÝ, Josef, HORECKÝ, Jan, HULMÁK, Milan, HURDÍK, Jan, HRDLIČKA, Miloslav, KOUKAL, Pavel, LASÁK, Jan, LAVICKÝ, Petr, LAZÍKOVÁ, Jarmila, LEBEDA, Martin, PODIVÍNOVÁ, Martina Kuloglija, PONDIKASOVÁ, Tereza, RONOVSÁ, Kateřina, RUBAN, Radek, ŠEVČEK, Marek, TŮMA, Pavel, VÍTEK, Jindřich. Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2014, s. 1989.)*

67. Úmysl zadavatele je ze zadávací dokumentace naprosto zřejmý, jde o zajištění autobusové dopravy osob v určité kvalitě, objemu a časovém rámci, to vše dle platných právních předpisů (v této souvislosti dlužno poznamenat že i dle nařízení vlády č. 63/2011 Sb., které stanovuje mj. stáří vozidel linkové dopravy).
68. Zadavatel se se svým požadavkem obrací na profesionály v oblasti veřejné dopravy, jimž je legislativní rámec provozování veřejné dopravy důvěrně znám. Jsou si tak nepochybně vědomi toho, že vozidlo je homologováno vždy podle předpisů účinných v době homologace, přičemž změna těchto předpisů se netýká již homologovaných vozidel (samozřejmě s definovanými výjimkami). Jsou si rovněž vědomi limitů stáří vozidel linkové dopravy, které stará vozidla z provozu postupně eliminuje. A v neposlední řadě si jsou vědomi, že homologační standardy se zpřísnují ve prospěch prvků ekologických a bezpečnosti provozu na pozemních komunikacích.
69. Nález Ústavního soudu ze dne 12. 6. 2000 sp. zn. I. ÚS 331/98 hovoří o tom, že *„Při výkladu právních úkonů je nepsaným pravidlem právním též předpoklad, podle něhož žádný normotvůrce nezamýšlí dát jím tvořenému aktu absurdní nebo nerozumné důsledky. Soud by se měl proto při výkladu smlouvy vyhnout zejména takovému výkladu, který je pochybný, zejména s ohledem na absurdní či problematické důsledky, k nimž vede.“*
70. Při vědomí citovaného nálezu Ústavního soudu a při vědomí úmyslu zadavatele pak nelze z toho, že zadavatel ponechal v příloze závazného návrhu smlouvy odkaz na zrušený právní předpis, dovozovat ještě další variantu úmyslu zadavatele – požadavek, aby byla doprava realizována výhradně vozidly homologovanými podle zrušené směrnice 2001.
71. Taková interpretace je absurdní, což muselo být uchazečům coby profesionálním provozovatelům veřejné dopravy zřejmé. Rozpor, který výrok III v zadávací dokumentaci nachází, je pouze zdánlivý. Nelze si dost dobře představit, že by *„osoba v postavení toho, jemuž je projev vůle určen“* - tedy v tomto případě provozovatel autobusové dopravy - vykládala čl. 1 přílohy 5 závazného návrhu smlouvy tak, že jím zadavatel odmítá jakákoli později homologovaná vozidla, tedy vozidla novější, splňující přísnější ekologické a bezpečnostní standardy.
72. V bodu 121 napadeného rozhodnutí Úřad k zadavatelovu odkazu na směrnici 2001 dodává, že zadavatelův požadavek na homologaci podle směrnice 2001 nelze splnit už jen proto, že se nařízením 2009 změnilo označení vozidel.
73. K tomuto argumentu uvádím, že homologace motorových vozidel se v první řadě řídí rámcovou směrnicí Evropského parlamentu a Rady č. 2007/46/ES ze dne 5. září 2007, kterou se stanoví rámec pro schvalování motorových vozidel a jejich přípojných vozidel, jakož

i systémů, konstrukčních částí a samostatných technických celků určených pro tato vozidla (dále též „směrnice 2007“).

74. Nařízení 2009 je zvláštním nařízením pro účely postupu Společenství pro schvalování typu motorových vozidel stanoveného směrnicí 2007/46/ES. Dotýká se příloh IV, VI, XI a XV směrnice 2007.
75. Ačkoliv nařízení 2009 výslovně ruší směrnici 2001, směrnice 2007 na směrnici 2001 v mnoha bodech stále odkazuje, viz konsolidované znění směrnice 2007. Mimoto ačkoliv směrnice 2007 v příloze II obsahuje již novou kategorizaci vozidel, nadále v některých ustanoveních užívá označení třídy vozidel I, II, III, A, B a totéž platí o nařízení 2009. Rozdělení vozidel do uvedených tříd je bez ohledu na zrušení směrnice 2001 užíváno i v dalších právních předpisech.
76. Článek 3 nařízení 2009 definuje specificky to, že
- „vozidlem třídy I M2 nebo M3“ se rozumí vozidlo kategorie M2 nebo M3 s kapacitou více než 22 cestujících kromě řidiče, které je konstruováno tak, že má prostor pro stojící cestující, který umožňuje jejich častý pohyb; a*
- „vozidlem třídy A M2 nebo M3“ se rozumí vozidlo kategorie M2 nebo M3 s kapacitou nejvýše 22 cestujících kromě řidiče, které je určeno k přepravě stojících cestujících, má sedadla a je vybaveno pro stojící cestující.“*
77. Směrnice 2001 ve své příloze I mimochodem definuje pojmy takto: „2.1 „Vozidlem“ se rozumí vozidlo kategorie M2 nebo M3 podle definice ve v části A přílohy II směrnice 70/156/EHS. U vozidel s kapacitou větší než 22 cestujících kromě řidiče existují tři třídy:
- „třída I“ – vozidla zkonstruovaná s prostory pro stojící cestující a umožňující častý pohyb cestujících;*
- „třída II“ – vozidla vyrobená v zásadě pro přepravu sedících cestujících a zkonstruovaná k tomu, aby umožnila i přepravu stojících cestujících v uličkách nebo v prostoru pro stání, který není větší než prostor pro dvě zdvojená sedadla;*
- třída III“ – vozidla zkonstruovaná výlučně pro přepravu sedících cestujících. Určité vozidlo může být považováno za vozidlo patřící do více než do jedné třídy. V takovém případě musí být toto vozidlo schváleno pro každou třídu, do které náleží.*
- U vozidel s kapacitou nepřekračující 22 cestujících kromě řidiče existují dvě třídy:*
- „třída A“ – vozidla zkonstruovaná pro dopravu stojících cestujících; vozidla této třídy mají sedadla a musí být vybavena pro stojící cestující;*
- třída B“ – vozidla nezkonstruovaná pro dopravu stojících osob; vozidla této třídy nejsou vybavena pro stojící cestující.“*
78. Zadavatel v čl. 1 přílohy č. 5 závazné smlouvy uvedl, že požaduje výhradně vozidla homologovaná pro třídy I, II a případně A dle výše uvedené směrnice, „tzn. musí umožňovat přepravu stojících cestujících“. Z porovnání směrnice 2001 a nařízení 2009 je zřejmé, že označení I a A pro vozidla kategorie M2 a M3 nadále představuje označení vozidel vhodných pro přepravu stojících cestujících. To, že zadavatel v zadávací dokumentaci výslovně

vyměňuje vozidla určitých tříd, zcela koresponduje s jeho vysvětlením, že požaduje jen vozidla umožňující i přepravu stojících cestujících.

79. K této části odůvodnění svého rozhodnutí proto uzavírám, že ze zadávací dokumentace je zcela zřejmý úmysl zadavatele získat službu provozovanou vozidly řádně homologovanými. Pokud se v zadávací dokumentaci objevuje odkaz na již zrušenou směrnici 2001, jedná se o lapsus, z něhož nelze rozumně dovodit, že by snad zadavatel požadoval výhradně vozidla homologovaná v období účinnosti této směrnice. Používá-li zadavatel klasifikaci vozidel dle tříd, je zřejmé, že sleduje záměr, který v zadávací dokumentaci výslovně vyjadřuje, a sice to, aby vozidla umožňovala přepravu stojících cestujících. Interpretační nejistota uchazečů, kterou argumentuje napadené rozhodnutí, je vyloučena, neboť jiný výklad existence odkazu na zrušený předpis by vedl k absurdním a zadavatelem zjevně nezamýšleným důsledkům nejen pro zadávací řízení, ale zejména pro pozdější plnění veřejné zakázky.
80. Ačkoliv si jsem vědom toho, že zadávání veřejných zakázek je formalizovaný proces, má i jeho formálnost své limity. Zadávací dokumentace je rozsáhlý soubor dokumentů postihující v detailech řadu vysoce specializovaných oblastí. Smyslem dohledové činnosti Úřadu pak není postih každého pochybení zadavatele, jehož se v zadávací dokumentaci dopustí, nýbrž jen takových pochybení, která mají reálný dopad do práv uchazečů o veřejnou zakázku.

#### **VIII. K důvodům zrušení výroků IV a V napadeného rozhodnutí**

81. Tímto rozhodnutím ruším výroky I - III, na jejichž základě Úřad uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení a povinnost uhradit náklady správního řízení. Výrok IV o uložení nápravného opatření a výrok V o povinnosti uhradit náklady správního řízení jsou výroky závislémi, které ve smyslu § 82 odst. 3 správního řádu tvoří s výroky I – III nedílný celek a samy o sobě nemohou obstát. Z tohoto důvodu jsem přistoupil i k jejich zrušení.
82. Z obsahu návrhu i z odůvodnění napadeného rozhodnutí je patrné, že návrh obsahoval výtky proti dalším částem zadávacích podmínek, kterými se Úřad z důvodu procesní ekonomie nezabýval (body 128 a 129 napadeného rozhodnutí). Vzhledem k tomu, že je napadené rozhodnutí v celém rozsahu rušeno, je v dalším správním řízení Úřad povinen posoudit další části návrhu. Ve věci je stále účinné předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu, viz bod 3 tohoto rozhodnutí.

#### **IX. Závěr**

83. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání.
84. V dalším řízení se bude Úřad zabývat dosud nevypořádanými námitkami navrhovatele proti postupu zadavatele vyjádřenými v návrhu. V závislosti na jejich posouzení pak ve věci znovu rozhodne.



## **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.

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

1. RTS, a.s., Lazaretní 13, 615 00 Brno
2. BusLine LK s.r.o., Na Rovinkách 211, 513 01 Semily

### **Vypraveno dne:**

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