



UOHSX00CJ3FJ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0251/2019/VZ-24109/2019/511/MMi

Brno: 30. srpna 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 25 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 24. 6. 2019 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- navrhovatel – BusLine LK s.r.o., IČO 05666384, se sídlem Na Rovinkách 211, 513 01 Semily, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 19. 6. 2019 Mgr. Jiřím Hoňkem, advokátem, ev. č. ČAK 04726, se sídlem Opletalova 1284/37, 110 00 Praha
- objednatel - město Břeclav, IČO 00283061, se sídlem náměstí T. G. Masaryka 42/3, 690 02 Břeclav,

ve věci přezkoumání úkonů objednatele učiněných v nabídkovém řízení „Provozování městské autobusové hromadné dopravy v Břeclavi v letech 2019-2029“, jehož oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 3. 2019 pod ev. č. Z2019-007981,

rozhodl takto:

I.

Objednatel – město Břeclav, IČO 00283061, se sídlem náměstí T. G. Masaryka 42/3, 690 02 Břeclav – **stanovil zadávací podmínky nabídkového řízení** „Provozování městské autobusové hromadné dopravy v Břeclavi v letech 2019-2029“, jehož oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 3. 2019 pod ev. č. Z2019-007981, **v rozporu s § 21 odst. 1 písm. c) zákona č. 194/2010 Sb.**, o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, tím, že způsob poskytování kompenzace dopravci objednatelem vymezil v zadávací dokumentaci tak, že je vyloučeno obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb

z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících, když v závazném návrhu smlouvy, jež je součástí zadávacích podmínek výše uvedeného nabídkového řízení, stanovil:

- V čl. 7.2.: „Není-li v této Smlouvě ujednáno jinak, má Dopravce po celou dobu účinnosti této Smlouvy nárok na uhrazení odměny za řádné poskytování Služby ve výši Základní výměry odměny dle čl. 7.1. této Smlouvy.“
- V čl. 7.3.: „Dopravce bude Základní výměru odměny čerpat
7.3.1. z části plateb cestujících, skutečně vybraných Dopravcem v souladu s Tarifními podmínkami, které jsou obsahem Přílohy č. 3 této Smlouvy;
7.3.2. ze skutečných plateb obchodní společnosti KORDIS JMK, a.s. v souladu se smlouvou Dopravce s touto společností, která je spolu se všemi přílohami jako Příloha č. 4 nedílnou součástí této Smlouvy;
7.3.3. ze skutečných plateb Objednatele, jejichž výše je ujednána v čl. 8 této Smlouvy.“
- V čl. 8.1.: „Měsíční výše plateb Objednatele Dopravci za řádné poskytování Služby je stanovena jako rozdíl mezi Základní výměrou odměny dle čl. 7.1. této Smlouvy a součtem výše plateb cestujících, skutečně vybraných Dopravcem podle čl. 7.3.1. této Smlouvy a výše plateb obchodní společnosti KORDIS JMK, a.s. podle čl. 7.3.2. této Smlouvy za daný kalendářní měsíc“,

v důsledku čehož nebyla splněna podmínka pro konání nabídkového řízení podle § 10 a násl. citovaného zákona.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu objednatele uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 27 odst. 1 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 263 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, **ruší nabídkové řízení** „Provozování městské autobusové hromadné dopravy v Břeclavi v letech 2019-2029“, jehož oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 3. 2019 pod ev. č. Z2019-007981.

III.

Objednateli – město Břeclav, IČO 00283061, se sídlem náměstí T. G. Masaryka 42/3, 690 02 Břeclav – **se** podle § 27 odst. 1 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v nabídkovém řízení „Provozování městské autobusové hromadné dopravy v Břeclavi v letech 2019-2029“, jehož oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 3. 2019 pod ev. č. Z2019-007981, a to až do pravomocného skončení správního řízení o přezkoumání úkonů objednatele vedeného pod sp. zn. S0251/2019/VZ.

IV.

Podle § 27 odst. 1 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, **se**

objednateli – město Břeclav, IČO 00283061, se sídlem náměstí T. G. Masaryka 42/3, 690 02 Břeclav – **ukládá**

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. NABÍDKOVÉ ŘÍZENÍ

1. Objednatel - město Břeclav, IČO 00283061, se sídlem náměstí T. G. Masaryka 42/3, 690 02 Břeclav (dále jen „objednatel“) – zahájil dne 11. 3. 2019 uveřejněním oznámení o zahájení nabídkového řízení nabídkové řízení „Provozování městské autobusové hromadné dopravy v Břeclavi v letech 2019-2029“ (dále jen „nabídkové řízení“). Oznámení o zahájení nabídkového řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno pod ev. č. zakázky Z2019-007981.
2. Společnost BusLine LK s.r.o., IČO 05666384, se sídlem Na Rovinkách 211, 513 01 Semily, (dále jen „navrhovatel“) dne 3. 6. 2019 podala námitky proti zadávacím podmínkám z téhož dne (dále jen „námitky“).
3. Objednatel svým rozhodnutím ze dne 12. 6. 2019 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“) námitky navrhovatele odmítl. Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 17. 6. 2019.
4. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 24. 6. 2019 návrh z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů objednatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Ve správním řízení je navrhovatel zastoupen na základě plné moci ze dne 19. 6. 2019 Mgr. Jiřím Hoňkem, advokátem, ev. č. ČAK 04726, se sídlem Opletalova 1284/37, 110 00 Praha.

II. OBSAH NÁVRHU

5. V úvodu návrhu navrhovatel sděluje, že se námitkami domáhal zrušení *»nabídkového, resp. zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Provozování městské autobusové hromadné dopravy v Břeclavi v letech 2019-2029“«*. Dále navrhovatel uvádí, že objednatel jeho námitky v celém rozsahu odmítl, a proto podává návrh na přezkoumání úkonů zadavatele.
6. Navrhovatel dále uvádí, že plně odkazuje na své námitky a trvá na tom, že objednatel použil netransparentní formu *»zadání veřejné zakázky“* a že požadavky na kvalifikaci byly stanoveny nezákonně.
7. K tomu navrhovatel uvádí, že objednatel je nerozhodný v tom, zda realizuje nabídkové řízení podle § 10 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných službách v přepravě“), nebo otevřené zadávací řízení podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“).

8. Navrhovatel zdůrazňuje, že ani v rozhodnutí o námitkách objednatel jednoznačně neuvedl, zda koná nabídkové řízení dle zákona o veřejných službách v přepravě nebo zadávací řízení dle zákona o zadávání veřejných zakázek.
9. Dle navrhovatele nejsou splněny podmínky pro konání nabídkového řízení uvedené v § 21 odst. 1 zákona o veřejných službách v přepravě, když mechanismus kompenzace zvolený objednatel vylučuje obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného.
10. Navrhovatel v návrhu reaguje na tvrzení objednatel z rozhodnutí o námitkách, že dopravce nenese riziko pouze zdánlivě a že průběhu 10 let účinnosti smlouvy se bude navýšovat pouze část kompenzace vázaná na vstupní náklady, zatímco u jiných možných nákladů dopravce může docházet k takovým výkyvům cen, které nebudou dostatečně kompenzovány úpravou dle koeficientu obecně vyjadřujícího míru růstu spotřebitelských cen. K tomu navrhovatel uvádí, že pro použití zákona o veřejných službách v přepravě je *„rozhodné to, zda kompenzace nevylučuje obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb, tedy výnosové riziko dopravce, nikoli jeho nákladové riziko“* a že námitky se týkaly výnosového rizika dopravce. Objednatel však dle navrhovatele v rozhodnutí o námitkách rozebírá nákladové riziko dopravce, *„které není rozhodným kritériem pro odlišení případů, ve kterých se vede zadávací řízení a ve kterých se vede nabídkové řízení“*.
11. Navrhovatel uvádí, že z čl. 8.1. závazného vzoru smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících vyplývá, že *„doprovce žádné obchodní riziko spojené s výší tržeb z jízdného nenese (doprovci bude hrazena základní výměra odměny; pakliže vybere nějaké jízdné, toto se od základní výměry odměny odečte; v souladu s bodem 3.2.1 smlouvy má navrhovatel platby cestujících za faktický pouhý nástroj hrazení části předem stanovené odměny)“*.
12. Dále navrhovatel v návrhu objednateli vytýká nezákonné požadavky na kvalifikaci, když podle něj objednatel *„nezákonně požaduje nad rámec zákona to, aby dopravce nebyl ani jeden rok ze tří bezprostředně předcházejících účetních období ve ztrátě, a u technické kvalifikace nezákonně nad rámec zákona požaduje u významných služeb údaj o tom, zda byly „dodávky“ splněny nebo jsou plněny řádně a odborně“*.
13. Navrhovatel odkazuje na § 78 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek, kterým v rozhodnutí o námitkách zdůvodňoval svůj požadavek na absenci ztráty, uvádí, že § 78 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek *„umožňuje zadavateli v odůvodněných případech zvýšit požadavek na obrát, nikoliv konstruovat požadavek zcela jiný, zákonem nedovolený, konkrétně požadavek na absenci ztráty“*. Navrhovatel dále uvádí, že pro požadavek na absenci ztráty není zákonná výjimka stanovena.
14. Dle navrhovatele objednatel v rozhodnutí o námitkách k námitce nezákonného požadavku na osvědčení řádného a odborného splnění odkazuje na § 79 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek s tím, že dle tohoto ustanovení je rovnocenným dokladem k prokázání kvalifikace doklad o uskutečnění plnění dodavatele, a dále objednatel upozorňuje na oprávnění ověřovat pravdivost předložených údajů. K tomu navrhovatel uvádí, že ustanovení § 79 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek stanoví, jaký doklad může být rovnocenný dokladu o splnění zákonně stanoveného požadavku, neumožňuje však požadovat doklad zcela jiný, k doložení požadavku zákonem nedovolený. Navrhovatel dále uvádí, že ani z oprávnění objednatel kontrolovat pravdivost předkládaných dokladů neplyne, že by objednatel mohl požadovat doklady nad rámec zákona.

15. Závěrem navrhovatel žádá Úřad, aby „zadávací“ řízení zrušil.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

16. Podle § 26 zákona o veřejných službách v přepravě ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů objednatele dne 24. 6. 2019, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Objednateli byl stejnopis návrhu doručen taktéž dne 24. 6. 2019.

17. Účastníky správního řízení podle § 27 správního řádu jsou:

- navrhovatel,
- objednatel.

18. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0251/2019/VZ-17973/2019/511/MMi ze dne 27. 6. 2019.

19. Objednatel se vyjádřil k návrhu svým přípisem ze dne 4. 7. 2019, který byl Úřadu doručen téhož dne (dále jen „vyjádření k návrhu“).

Vyjádření objednatele k návrhu

20. V úvodu svého vyjádření k návrhu objednatel odkazuje na své rozhodnutí o námitkách a sděluje, že na něm trvá.

21. Objednatel vyjadřuje nesouhlas s tvrzením navrhovatele, že dopravce neponese riziko spojené s výší tržeb. Stejně tak objednatel nesouhlasí s navrhovatelem v tom, že „výkyvy v ostatních veličinách“ jsou kompenzované pomocí koeficientů. K tomu dodává, že pomocí „koeficientů jsou kompenzovány pouze některé veličiny, navíc inflační koeficienty na tyto veličiny dopadají ne zcela přílehavě“.

22. Ke koeficientu navyšujícímu mzdové náklady uvedl objednatel následující: *»Např. mzdové náklady se budou navyšovat o koeficient, vyjadřující míru růstu „průměrné měsíční mzdy podle odvětví“, a to pro „dopravu a skladování“ Sekce CZ – NACE, publikovaný Českým statistickým úřadem, což již vzhledem k jeho označení nevyjadřuje zcela přesně koeficient růstu mzdových nákladů jako takových, a stejně tak nevyjadřuje přesně růst mzdových nákladů řidičů MHD (jen těžko lze předpokládat, že by vláda „usměrnila“ výši mzdy např. skladníků, a že by tak učinila stejně razantním způsobem, jako tomu učinila v případě řidičů MHD v nedávné době«.*

23. Objednatel dále uvádí, že totéž dopadá i na koeficient vyjadřující míru růstu indexu spotřebitelských cen *„topné oleje, pohonné hmoty a oleje“.*

24. Pokud jde o namítané požadavky na kvalifikaci, objednatel nesouhlasí s navrhovatelem v tom, že požadavek, aby dodavatelé nebyli ve ztrátě, jde nad rámec zákona. K tomu uvádí, že § 78 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek *„umožňuje zadavatelům nepoužít odst. 2 cit. ustanovení co do výše obratu, a to v odůvodněných případech“.* Objednatel má poskytování veřejné služby dopravní obslužnosti pro občany okresního města a potřebu objednatele mít dostatečné záruky schopnosti dodavatele tuto veřejnou službu plnit za dostatečné důvody pro to, aby kritériem ekonomické kvalifikace byla také absence ztráty.

25. Objednatel dále nesouhlasí s navrhovatelem, že požadavek, aby nabídky obsahovaly osvědčení o řádném a odborném plnění, je nezákonný. Dle objednatele má prokazování

referenčních zakázek a jejich řádného plnění poskytnout objednateli dostatečné záruky schopnosti dodavatele plnit veřejnou službu.

26. Objednatel tvrdí, že zadávací podmínky navrhovateli nebránily podat nabídku. Objednatel dodává, že lhůtu pro podání nabídek stanovil v délce téměř tří měsíců, a že kdyby navrhovatel opravdu hodlal podat nabídku, mohl a měl vůči objednateli učinit žádost o vysvětlení zadávací dokumentace, případně podat námitky dříve, než v poslední den lhůty pro podání nabídek, čímž dle objednatele znemožnil reagovat na námitky a případně upravit zadávací podmínky.
27. Objednatel poukazuje na to, že jiný dopravce nabídku podal, tedy že „*zadávací podmínky nebránily nikomu podat nabídku na konkrétní znění zadávacích podmínek*“. Dále poukazuje na to, že navrhovatel v návrhu sice uvedl vzniklou či hrozící újmu, učinil tak však dle objednatele naprosto formálně a tvrzená újma nesouvisí s vytýkanými porušeními zákona. Objednatel vyjádřil názor, že námitky a návrh tedy ve skutečnosti nesplňují požadavek dle § 244 odst. 3 a § 251 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Z toho důvodu objednatel navrhuje řízení zastavit dle § 257 písm. h) zákona o zadávání veřejných zakázek, případně návrh zamítnout dle § 265 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek.

Další průběh správního řízení

28. Usnesením č. j. ÚOHS-S0251/2019/VZ-19293/2019/511/MMi ze dne 15. 7. 2019 stanovil Úřad objednateli lhůtu k předložení dokladu, ze kterého bude vyplývat oprávnění společnosti ŠLOMO HAMA s.r.o. podat vyjádření k návrhu za objednatele.
29. Objednatel přípisem ze dne 17. 7. 2019 Úřadu sdělil, že společnost ŠLOMO HAMA s.r.o. byla oprávněna podat vyjádření k návrhu a také zaslat dokumentaci nabídkového řízení.
30. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0251/2019/VZ-19819/2019/511/MMi ze dne 19. 7. 2019 stanovil objednateli dodatečnou lhůtu k zaslání dokumentace nabídkového řízení dle § 263 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek a dále objednateli stanovil lhůtu k podání informace o úkonech učiněných v nabídkovém řízení.
31. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0251/2019/VZ-20745/2019/511/MMi ze dne 30. 7. 2019 stanovil účastníkům řízení lhůtu 7 dnů, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
32. Dne 1. 8. 2019 navrhovatel nahlédl do správního spisu.
33. Dne 5. 8. 2019 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0251/2019/VZ-21395/2019/511/MMi z téhož dne, kterým nařídil předběžné opatření spočívající v uložení zakazu objednateli uzavřít smlouvu v nabídkovém řízení.
34. Navrhovatel se k podkladům rozhodnutí vyjádřil přípisem ze dne 6. 8. 2019, které bylo Úřadu doručeno téhož dne (dále jen „*vyjádření k podkladům rozhodnutí*“).

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí

35. Navrhovatel v úvodu samotného vyjádření k podkladům rozhodnutí sděluje, že objednatel nesouhlasí s navrhovatelem pouze v tom, že dopravce neponese riziko spojené s výší tržeb. Dále navrhovatel uvádí, že se objednatel nevěnuje tvrzení navrhovatele, že objednatel jednoznačně nevěděl, zda koná nabídkové řízení dle zákona o veřejných službách v přepravě nebo zadávací řízení dle zákona o zadávání veřejných zakázek. Navrhovatel upozorňuje, že

objednatel uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení nabídkového řízení, ale v tomto oznámení užívá termín „veřejná zakázka“, kterou by dle navrhovatele musel objednatel zadávat v zadávacím řízení. Navrhovatel dále upozorňuje, že objednatel zaměňuje nabídkové řízení a zadávací řízení i v dokumentu označeném „Zadávací podmínky nabídkového řízení (podle ust. § 10 zákona č. 194/2010 Sb. a ust. § 36 zákona č. 134/2016 Sb.)“.

36. Navrhovatel v návaznosti na skutečnosti popsané v předchozím odstavci uzavírá, že objednatel *„bud' dosud neví, jaké řízení koná, nebo se domnívá, že může obě řízení kombinovat“*. Navrhovatel má oba tyto závěry za nepřijatelné.
37. Navrhovatel shodně s návrhem dále ve vyjádření k podkladům rozhodnutí tvrdí, že nejsou splněny podmínky podle § 21 odst. 1 zákona o veřejných službách v přepravě pro konání nabídkového řízení, neboť mechanismus kompenzace zvolený objednatelem vylučuje obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného. Dle navrhovatele objednatel argumentuje pouze nákladovým rizikem, ale pro konání nabídkového řízení je důležité výnosové riziko dopravce. Dle navrhovatele objednatel materiálně vede zadávací řízení, ale opakované odkazy na nabídkové řízení (např. body 2.1. a 2.5. zadávacích podmínek) a nesprávné použití oznámení o zahájení nabídkového řízení vyvolává u dodavatelů podstatné pochybnosti o tom, *„jakým postupem hodlá veřejné služby v přepravě cestujících zadat (zda platí pravidla pro nabídkové řízení dle ZVS, nebo pravidla pro otevřené řízení dle ZZVZ) a podle jakého finančního modelu hodlá dodavateli poskytované služby hradit (zejména zda dodavatel ponese výnosové riziko, nebo zda dodavatel výnosové riziko neponese)“*.
38. Navrhovatel dále shodně s návrhem a námitkami poukazuje na nezákonné požadavky na ekonomickou a technickou kvalifikaci. V případě požadavku ekonomické kvalifikace na absenci ztráty navrhovatel opakuje, že § 78 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek umožňuje *„zadavateli v odůvodněných případech navýšit podmínku minimální výše ročního obratu, nikoliv konstruovat požadavek zcela jiný, zákonem nedovolený, konkrétně požadavek na absenci ztráty“*. K požadavku objednatele na „osvědčení řádného a odborného splnění/plnění významných služeb“ navrhovatel uvádí, že ustanovení § 79 zákona o zadávání veřejných zakázek neumožňuje ve vztahu k významným službám požadovat *„písemné osvědčení vydané odběratelem, které musí zahrnovat cenu, dobu a místo dodávek, a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto dodávky splněny nebo jsou plněny řádně a odborně“*.
39. Na tvrzení objednatele, že *„prokazování referenčních zakázek a jejich řádného plnění není samoúčelné, [...] má poskytnout zadavateli dostatečné záruky schopnosti dodavatele plnit veřejnou službu“* navrhovatel reaguje tím, že v rámci požadavků na kvalifikaci je uplatněný požadavek na řádné a odborné plnění významných služeb nezákonný. K tomu navrhovatel dodává, že argument objednatele o potřebě dostatečných záruk je vyvrácen mimo jiné i § 48 odst. 5 písm. d) a f) zákona o zadávání veřejných zakázek, *„kterými zadavatel může na jím naznačené eventuality reagovat“*. K tomu navrhovatel dodává, že na rozdíl od prokazování kvalifikace, je prokázání důvodů pro vyloučení účastníka zadávacího řízení plně na zadavateli. Navrhovatel tedy považuje přenos požadavků vyplývajících z § 48 odst. 5 písm. d) a f) zákona o zadávání veřejných zakázek od zadavatele na dodavatele za nezákonný.

40. V závěru se navrhovatel věnuje tvrzení objednatele z vyjádření k návrhu, že navrhovateli zadávací podmínky nebránily podat nabídku a že navrhovatelem tvrzená újma se zcela míjí obsahem jeho námitek i návrhu. K tomu navrhovatel uvádí, že v návrhu vymezil hrozící újmu v podobě ušlého zisku, „*kteřý nebude moci realizovat, jestliže se nebude moci o plnění veřejné zakázky ucházet a tuto plnit s ohledem na nezákonnost zadávacích podmínek*“. Dle navrhovatele nezákonné zadávací podmínky vždy brání dodavatelům podat nabídku a plnit veřejnou zakázku. Dále dle navrhovatele nelze po dodavatelích požadovat, aby se snažili o uvedení zadávacích podmínek do zákonného stavu, nebo aby nezákonné podmínky akceptovali.
41. Dle navrhovatele tvrzení, že nezákonnost zadávacích podmínek ovlivnila výběr dodavatele, osvědčuje skutečnost, že jediným účastníkem zadávacího řízení je dosavadní dopravce provozující objednatelem poptávané veřejné služby v přepravě.
42. Navrhovatel s ohledem na skutečnosti uvedené ve vyjádření k podkladům rozhodnutí žádá Úřad, aby „*zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušil*“.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

43. Úřad přezkoumal na základě § 25 a následujících ustanovení zákona o veřejných službách v přepravě případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace nabídkového řízení a stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o tom, že objednatel stanovil zadávací podmínky nabídkového řízení v rozporu s § 21 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných službách v přepravě tím, že způsob poskytování kompenzace dopravci objednatelem vymezil v zadávací dokumentaci tak, že je vyloučeno obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících, v důsledku čehož nebyla splněna podmínka pro konání nabídkového řízení podle § 10 a násl. zákona o veřejných službách v přepravě, a proto přistoupil ke zrušení nabídkového řízení. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení právních předpisů

44. Podle ustanovení § 10 odst. 1 zákona o veřejných službách v přepravě se nabídkové řízení zahajuje uveřejněním oznámení o zahájení nabídkového řízení.
45. Podle ustanovení § 10 odst. 2 zákona o veřejných službách v přepravě objednatel uveřejní oznámení o zahájení nabídkového řízení ve Věstníku veřejných zakázek podle zákona o zadávání veřejných zakázek.
46. Podle ustanovení § 10 odst. 3 zákona o veřejných službách v přepravě se pro zadávací podmínky nabídkového řízení použijí § 36 a 37 a pro zadávací dokumentaci § 98 až 102 zákona o zadávání veřejných zakázek obdobně s tím, že objednatel vymezí veřejné služby v přepravě cestujících tak, aby
 - a) tvořily ucelené technické a provozní soubory a v případě veřejné drážní osobní dopravy na dráze celostátní nebo regionální nenarušovaly síťový charakter drážní dopravy a
 - b) byly dopravně provázané s jinými veřejnými službami v přepravě cestujících.

47. Podle ustanovení § 13 odst. 3 zákona o veřejných službách v přepravě se pro podání námitek, způsob jejich vyřízení a zákaz uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících použijí § 242 až 247 zákona o zadávání veřejných zakázek obdobně.
48. Podle ustanovení § 21 odst. 1 zákona o veřejných službách v přepravě se při zajišťování veřejných služeb v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou a na dráze tramvajové § 9 až 20 použijí v případech, kdy
 - a) cestující platí dopravci jízdné,
 - b) dopravci je uděleno výlučné právo nebo poskytována za předem sjednaných podmínek z veřejných rozpočtů kompenzace a
 - c) kompenzace nevyklučuje obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících.
49. Podle ustanovení § 21 odst. 2 zákona o veřejných službách v přepravě nejsou-li splněny podmínky podle odstavce 1, použije se na výběr dopravce ve veřejné linkové dopravě a na dráze tramvajové zákon o zadávání veřejných zakázek.
50. Podle ustanovení § 27 odst. 1 zákona o veřejných službách v přepravě se pro řízení o přezkoumání úkonů objednatele použijí § 251 až 253 a § 256 až 267 zákona o zadávání veřejných zakázek; § 256 odst. 1 a § 265 zákona o zadávání veřejných zakázek se nepoužijí.
51. Podle ustanovení § 244 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek musí být v námitkách uvedeno, kdo je podává, v čem je spatřováno porušení tohoto zákona zadavatelem a čeho se stěžovatel domáhá. V případě, že účastník zadávacího řízení podává proti svému vyloučení námitky z důvodu obnovení své způsobilosti podle § 76, v námitkách neuvádí, v čem je spatřováno porušení zákona; uvede však popis nápravných opatření, která přijal k obnovení své způsobilosti.
52. Podle ustanovení § 244 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek v případě námitek proti zadávacím podmínkám, proti volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, proti postupu, který směřuje k zadání zakázky mimo zadávací řízení, nebo proti dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 212 odst. 2 musí být také uvedeno, jaká újma stěžovateli vznikla či hrozí.
53. Podle ustanovení § 263 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu s tímto zákonem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.
54. Podle § 263 odst. 8 zákona o zadávání veřejných zakázek ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace nabídkového řízení

55. Objednatel v čl. 2 „Právní statut veřejné zakázky“ dokumentu nazvaného „Zadávací podmínky nabídkového řízení (podle ust. § 10 zákona č. 194/2010 Sb. a ust. § 36 zákona č. 134/2016 Sb.)“ (dále jen „zadávací podmínky“) v bodě 2.5. uvedl: „*druh nabídkového řízení - otevřené zadávací řízení dle ust. § 10 ZVSP a § 56 ZZVZ*“.

56. Přílohou zadávacích podmínek je vzor Smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících „Provozování městské autobusové hromadné dopravy v Břeclavi v letech 2019-2029“ (dále jen „vzor smlouvy“).
57. Objednatel v čl. 7.1. vzoru smlouvy uvedl, že „Dopravce uplatnil v nabídkovém řízení na tuto Smlouvu nabídkovou cenu ve výši Kč bez DPH za kalendářní měsíc poskytování Služby v rozsahu specifikovaném v čl. 4.1. této Smlouvy“. Dále v tomto článku je uvedeno, že pro dopravcem uplatněnou nabídkovou cenu se zavádí zkratka „Základní výměra odměny“.
58. Objednatel v čl. 7.2. vzoru smlouvy uvedl, že „Není-li v této Smlouvě ujednáno jinak, má Dopravce po celou dobu účinnosti této Smlouvy nárok na uhrazení odměny za řádné poskytování Služby ve výši Základní výměry odměny dle čl. 7.1. této Smlouvy“.
59. Objednatel v čl. 7.3. vzoru smlouvy uvedl, že „Dopravce bude Základní výměru odměny čerpat
- 7.3.1. z části plateb cestujících, skutečně vybraných Dopravcem v souladu s Tarifními podmínkami, které jsou obsahem Přílohy č. 3 této Smlouvy;*
- 7.3.2. ze skutečných plateb obchodní společnosti KORDIS JMK, a.s. v souladu se smlouvou Dopravce smlouvy s touto společností, která je spolu se všemi přílohami jako Příloha č. 4 nedílnou součástí této Smlouvy;*
- 7.3.3. ze skutečných plateb Objednatele, jejichž výše je ujednána v čl. 8 této Smlouvy“.*
60. Objednatel v čl. 7.4. vzoru smlouvy uvedl, že „Dopravce tímto prohlašuje, že si je vědom toho, že v závislosti na konkrétních podmínkách může být skutečná platba dle čl. 7.3.2. této Smlouvy záporná, tj. může se jednat o platbu Dopravce obchodní společnosti KORDIS JMK, a.s.“
61. Objednatel v čl. 8.1. vzoru smlouvy uvedl, že „Měsíční výše plateb Objednatele Dopravci za řádné poskytování Služby je stanovena jako rozdíl mezi Základní výměrou odměny dle čl. 7.1. této Smlouvy a součtem výše plateb cestujících, skutečně vybraných Dopravcem podle čl. 7.3.1. této Smlouvy a výše plateb obchodní společnosti KORDIS JMK, a.s. podle čl. 7.3.2. této Smlouvy za daný kalendářní měsíc“.
62. Objednatel v čl. 7.3. vzoru smlouvy uvedl, že „Počínaje platbami za měsíc leden roku 2020 se bude
- 9.4.1. část Kompenzace, připadající na mzdové náklady v poměru podle Dopravcem vyplněného výchozího finančního modelu, který je Přílohou č. 4 zadávacích podmínek nabídkového řízení na tuto Smlouvu, se bude v každém kalendářním roce navyšovat o koeficient, vyjadřující míru růstu „průměrné měsíční mzdy podle odvětví“, a to pro „dopravu a skladování“ Sekce CZ – NACE, publikovaný Českým statistickým úřadem za kalendářní rok předcházející;*
- 9.4.2. část Kompenzace, připadající na pohonné hmoty a oleje v poměru podle Dopravcem vyplněného výchozího finančního modelu, který je Přílohou č. 4 zadávacích podmínek nabídkového řízení na tuto Smlouvu, se bude v každém kalendářním roce navyšovat o koeficient, vyjadřující míru růstu indexu spotřebitelských cen „topné oleje, pohonné hmoty a oleje“, publikovaný Českým statistickým úřadem za kalendářní rok předcházející;*

9.4.3. zbylá část Kompenzace se bude v každém kalendářním roce navyšovat o koeficient, vyjadřující míru růstu spotřebitelských cen, publikovaný Českým statistickým úřadem za kalendářní rok předcházející.“

63. Objednatel v rozhodnutí o námitkách k námitce navrhovatele, podle níž dopravce nenese obchodní riziko spojené s vyšší tržeb z jízdného, uvedl, že navrhovatel pominul, že se smlouva má uzavřít s dobou účinnosti na 10 let. K tomu dále uvedl:

„Po tuto dobu se bude měnit (zpravidla navyšovat) pouze část kompenzace připadající na mzdové náklady, a na pohonné hmoty a maziva, a to podle příslušných inflačních koeficientů publikovaných Českým statistickým úřadem, které však doléhají na tyto části kompenzace pouze obecně, a zbylá část kompenzace se bude měnit (zpravidla navyšovat) pouze o koeficient obecně vyjadřující míru růstu spotřebitelských cen.

Rozhodně tak nelze říci, že vybraný dodavatel neponese žádné obchodní riziko změny vstupních cen jeho plnění, které budou spojeny z tržeb z jízdného, protože se vztahují na zbytek výše kompenzace a nejsou kryty tržbami z jízdného a jejich změnami.

Míra obchodního rizika vybraného dodavatele nebude po dobu účinnosti smlouvy eliminována ani tržbami z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících, ani platbami obchodní společnosti KORDIS JMK, a.s.

Riziko diskrepance mezi reálným dopadem implementace inflačních doložek a skutečnými náklady na plnění smlouvy tedy i nadále ponese vybraný dodavatel.“

K uvedení újmy v námitkách a návrhu navrhovatele

64. Objednatel ve svém vyjádření k návrhu uvádí, že navrhovatelem vytýkané nezákonné zadávací podmínky mu nebránily podat nabídku. Navrhovatel dle objednatele sice v námitkách i návrhu uvedl, jaká újma mu vznikla či hrozí, avšak učinil tak naprosto formálně. Újma označená navrhovatelem v návrhu se dle objednatele míjí s obsahem jeho námitek i návrhu a nemá „žádnou souvislost s údajnými porušeními zákona vytčenými navrhovatelem v námitkách a následně v návrhu“. Dle objednatele námitky a návrh ve skutečnosti nenaplnují požadavek § 244 odst. 3 ani § 251 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, objednatel má tedy za to, že návrhu nepředcházely „řádně uplatněné námitky, a proto by mělo být řízení o návrhu zastaveno podle § 257 písm. h) ZVZ“.
65. Úřad z dokumentace nabídkového řízení zjistil, že navrhovatel v námitkách uvedl následující: „Stěžovateli hrozí postupem zadavatele újma spočívající v nemožnosti veřejnou zakázku z důvodu nezákonně stanovených zadávacích podmínek plnit. Zadávací podmínky stěžovateli zabraňují podat nabídku. Újma hrozící stěžovateli má tedy podobu ušlého zisku v souvislosti s plněním zakázky.“ V návrhu újmu specifikoval obdobně.
66. Dle § 244 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek v případě námitek proti zadávacím podmínkám musí být také uvedeno, jaká újma stěžovateli vznikla či hrozí.
67. Předně je Úřad nucen konstatovat, že újma je pojem zjevně širší než pojem škoda. Újma nemusí a v určitých fázích ani nemůže být přesně vyčíslena, a proto stačí obecné vymezení následku jednání objednatele vůči stěžovateli. Újma v sobě zahrnuje jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, kterou není možné přesně stanovit. Navíc zákonodárce v ustanovení § 244 odst. 3 zákona připouští i uvedení pouhé potenciality, tj. hrozby újmy na právech eventuálního dodavatele.

68. Z dokumentace nabídkového řízení plyne, že mezi účastníky správního řízení není sporu o tom, že navrhovatel ve svých námitkách újmu, spočívající v nemožnosti účastnit se nabídkového řízení, uvedl. Objednatel je však přesvědčen, že taková újma navrhovateli vzniknout nemohla.
69. Úřad uvádí, že předmětem námitek i návrhu navrhovatele je netransparentní postup objednatele, nesplnění podmínek pro konání nabídkového řízení a nezákonné požadavky na kvalifikaci. Netransparentnost postupu objednatele navrhovatel spatřuje v tom, že není jednoznačné, zda objednatel vede zadávací či nabídkové řízení. Vzhledem k tomu, že pro každé z těchto řízení platí jiná právní úprava a postup v těchto řízeních se v některých aspektech liší, Úřad konstatuje, že navrhovatelem popsaná újma je v daném případě relevantní. Situaci, kdy navrhovatel dle svého tvrzení nemá jistotu v tom, v jakém řízení zadavatel požadovanou službu fakticky poptává, a nemá tudíž jistotu v tom, podle jaké právní úpravy bude zadavatel v řízení postupovat, Úřad považuje za relevantní skutečnost vedoucí k rozhodnutí nepodat nabídku. Vzhledem k tomu Úřad dospěl k závěru, že navrhovateli skutečně mohla být v důsledku namítané nezákonnosti zadávacích podmínek způsobena újma spočívající v nemožnosti podat nabídku a v nemožnosti plnit předmět nabídkového řízení.
70. Navrhovatel v námitkách jasně uvedl, v čem spatřuje svou újmu plynoucí z údajně nezákonně stanovených zadávacích podmínek, a jak Úřad dovodil výše, tato újma mu mohla reálně vzniknout. Navrhovatel je tak osobou oprávněnou jak námitky, tak i následný návrh podat, a současně podané námitky splňují veškeré zákonné náležitosti. Úřad dodává, že mezi účastníky není sporu o tom, zda byly námitky podány včas, tedy že byly podány před uplynutím lhůty pro podání nabídek.
71. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že navrhovatel v námitkách i návrhu specifikoval, jaká újma mu v důsledku tvrzeného porušení zákona objednatelem vznikla nebo hrozí, přičemž nelze vyloučit, že tato újma navrhovateli skutečně vznikla nebo mu může hrozit. Úřad tak neshledal, že by byl důvod pro zastavení správního řízení dle § 257 písm. h) zákona o zadávání veřejných zakázek, jak navrhoval objednatel.

K výroku I. rozhodnutí

72. Z obsahu návrhu plyne, že navrhovatel považuje zadávací podmínky za netransparentní, neboť není zřejmé, zda objednatel vede zadávací řízení dle zákona o zadávání veřejných zakázek, nebo nabídkové řízení dle zákona o veřejných službách v přepravě. K tomu navrhovatel uvádí, že nejsou splněny podmínky pro konání nabídkového řízení, neboť způsob kompenzace v zadávacích podmínkách vylučuje obchodní riziko dopravce spojené s vyšší tržeb z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících. Navrhovatel dále namítá nezákonné požadavky objednatele na kvalifikaci.
73. Podle § 10 zákona o veřejných službách v přepravě se nabídkové řízení zahajuje uveřejněním oznámení o zahájení nabídkového řízení. Jak Úřad zjistil z dokumentace nabídkového řízení, dne 11. 3. 2019 objednatel ve Věstníku veřejných zakázek uveřejnil formulář CZ07 - Oznámení o zahájení nabídkového řízení pro výběr dopravce k uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících. Uveřejněním tohoto formuláře tedy objednatel zahájil nabídkové řízení podle zákona o veřejných službách v přepravě.

74. Úřad se nejprve zabýval námitkou navrhovatele, že nebyla splněna podmínka pro konání nabídkového řízení, neboť je vyloučeno obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících.
75. V ustanovení § 21 odst. 1 zákona o veřejných službách v přepravě jsou upraveny tři podmínky pro konání nabídkového řízení. Mezi účastníky nabídkového řízení není sporu o tom, že první dvě podmínky (placení jízdného dopravci cestujícími a poskytování kompenzace) jsou v šetřeném případě splněny. Otázkou, kterou se Úřad s ohledem na obsah návrhu zabýval, je splnění třetí podmínky tohoto ustanovení, tedy zda kompenzace nevyklučuje obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících. Aby byla tato podmínka splněna, musí dopravce při poskytování veřejných služeb nést určité riziko, konkrétně nesmí být na základě smlouvy s objednatelem plně chráněn proti výkyvům v příjmech z tržeb z jízdného od cestujících.
76. Jak plyne z čl. 7.1. vzoru smlouvy, dopravce si v rámci své nabídky určí základní výši odměny za kalendářní měsíc poskytování služeb. Dle čl. 7.2. vzoru smlouvy má dopravce nárok na uhrazení odměny dle čl. 7.1. vzoru smlouvy. Ze vzoru smlouvy tedy vyplývá, že dopravce každý měsíc obdrží tutéž výši odměny za poskytování služeb. Tato odměna je dle čl. 7.3. vzoru smlouvy tvořena třemi složkami: jízdným vybraným od cestujících, platbami společnosti KORDIS JMK, a.s. a kompenzací poskytovanou objednatelem. Objednatel stanovil metodu pro výpočet měsíční kompenzace jako rozdíl mezi základní odměnou a součtem plateb cestujících a výše plateb společnosti KORDIS JMK, a.s. Objednatel tedy vždy doplatí dopravci částku, která po součtu prvních dvou složek odměny chybí do základní výše odměny dopravce. Z čl. 7.4. vzoru smlouvy sice vyplývá, že platby společnosti KORDIS JMK, a.s. mohou být záporné (tedy že bude platit dopravce určenou částku společnosti KORDIS JMK, a.s.), ale vzhledem k metodě výpočtu kompenzace bude tato případná platba dopravce společnosti KORDIS JMK, a.s. zahrnuta do kompenzace od objednatele. Fakticky to znamená, že dopravce tedy bez ohledu na výši vybraného jízdného každý měsíc obdrží za poskytování služby částku určenou v čl. 7.1. smlouvy. Při takto nastaveném výpočtu kompenzace je tak dopravce zcela nezávislý na výši vybraného jízdného od cestujících i na platbách (a to ať od dopravce či dopravci) společnosti KORDIS JMK, a.s.
77. Jak Úřad uvedl v bodě 62. odůvodnění tohoto rozhodnutí, objednatel v rozhodnutí o námitkách argumentoval tím, že dopravce nenese obchodní riziko spojené s výší tržeb pouze zdánlivě, jelikož se má smlouva uzavřít na dobu 10 let. Po tuto dobu se bude dle čl. 9.4. vzoru smlouvy kompenzace navyšovat podle příslušných ustanovení smlouvy, avšak toto navyšování kompenzace nemusí pokrýt skutečný nárůst nákladů. Dopravce tedy dle objednatele nese riziko změny vstupních cen jeho plnění. K tomu dále objednatel dodal, že míra obchodního rizika vybraného dodavatele nebude eliminována ani tržbami z jízdného, ani platbami společnosti KORDIS JMK, a.s.
78. K tomu Úřad uvádí následující. Z formulace podmínky stanovené v ustanovení § 21 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných službách v přepravě je zřejmé, že kompenzace nesmí vylučovat obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících. K naplnění tohoto zákonného požadavku tedy nepostačí, že dopravce ponese jakékoliv obchodní riziko (např. riziko změny vstupních cen plnění dopravce, jak uvádí objednatel), ale **riziko musí být spojené s výší tržeb z jízdného**. Jak Úřad konstatoval v bodě 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí, mechanismus výpočtu kompenzace dopravci

zaručuje každý měsíc částku, kterou si dokonce sám určil ve své nabídce a to **bez ohledu na výši jízdného**, které vybere od cestujících. Obchodní riziko spojené s výší tržeb z jízdného tedy v daném případě vyloučeno je, neboť bez ohledu na to, jakou částku na jízdném vybere, obdrží dopravce každý měsíc odměnu v pevně stanovené výši.

79. Sám objednatel v rozhodnutí o námitkách uvedl: „*Zdánlivě tedy dopravce nenese žádné obchodní riziko spojené s výší tržeb z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících. Tak je tomu však pouze v době podání nabídky a v prvním úplném kalendářním roce účinnosti smlouvy.*“ Sám objednatel tedy připustil, že do doby první sjednané změny výše kompenzace dopravce neponese žádné obchodní riziko spojené s výší tržeb z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě. Vzhledem k tomu, že zadávací podmínky neobsahují žádná ustanovení, z nichž by vyplývalo, že dojde ke změně výpočtu kompenzace (pouze k jejímu navýšování dle příslušných indexů), má Úřad za to, že dopravce neponese riziko spojené s výší tržeb z jízdného po celou dobu účinnosti smlouvy. Dopravce po celou dobu účinnosti smlouvy obdrží každý měsíc pevně sjednanou odměnu, pouze bude docházet k tomu, že jedna z jejích složek – kompenzace poskytovaná zadavatelem – bude navýšována podle koeficientů sjednaných ve vzoru smlouvy.
80. Zákon o veřejných službách v přepravě stanovuje v rámci podmínek pro konání nabídkového řízení mimo jiné podmínku existence obchodního rizika dopravce spojeného s výší tržeb z jízdného. Pokud je takové riziko vyloučeno, není podmínka pro konání nabídkového řízení splněna. Riziko změny vstupních cen plnění dopravce, kterým argumentuje objednatel, skutečností, s níž by zákon spojoval možnost použití nabídkového řízení, není. Argumentaci objednatele, v rámci níž obhájuje možnost použití nabídkového řízení existencí rizika vstupních cen plnění dopravce, tedy nelze akceptovat.
81. Z výše popsaných skutečností plyne, že objednatel zadavatel zákonem předvídaným způsobem zahájil nabídkové řízení dle zákona o veřejných službách v přepravě, přičemž Úřad zjistil, že objednatel zvolenou metodou pro výpočet kompenzace stanovenou v zadávacích podmínkách je dopravce zcela chráněn proti výkyvům v příjmech z tržeb jízdného od cestujících, a tedy není splněna podmínka pro konání nabídkového řízení vyplývající z ustanovení § 21 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných službách v přepravě. Tím, že objednatel v zadávacích podmínkách vymezil způsob určení a úhrady odměny dopravci a způsob poskytování kompenzace dopravci objednatel tak, že je vyloučeno obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících, stanovil objednatel zadávací podmínky nabídkového řízení v rozporu se zákonem o veřejných službách v přepravě cestujících.
82. Úřad uzavírá, že objednatel stanovil zadávací podmínky nabídkového řízení v rozporu s § 21 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných službách v přepravě tím, že způsob poskytování kompenzace dopravci objednatel vymezil v zadávací dokumentaci tak, že je vyloučeno obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících, v důsledku čehož nebyla splněna podmínka pro konání nabídkového řízení podle § 10 a násl. citovaného zákona. Proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
83. S odkazem na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 2/1999 ze dne 24. 6. 1999 a rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 51/2010 ze dne 5. 1. 2011 se Úřad v duchu

zásady procesní ekonomie již nezabýval částmi návrhu napadajícími nezákonné požadavky na kvalifikaci (viz bod 12. odůvodnění tohoto rozhodnutí), neboť posouzení těchto částí návrhu by bylo nadbytečné v situaci, kdy existuje jiný důvod pro uložení nápravného opatření, přičemž přezkoumání dalších důvodů, které dle navrhovatele svědčí o porušení zákona objednatel, by v předmětném případě nemohlo mít vliv na rozhodnutí ve věci, resp. na uložení nápravného opatření, neboť nápravným opatřením uloženým ve výroku II. tohoto rozhodnutí zrušil Úřad nabídkové řízení.

K výroku II. rozhodnutí

84. Podle ustanovení § 27 odst. 1 zákona o veřejných službách v přepravě se pro řízení o přezkoumání úkonů objednatele dále použijí § 251 až 253 a § 256 až 267 zákona o zadávání veřejných zakázek; § 256 odst. 1 a § 265 zákona o zadávání veřejných zakázek se nepoužijí.
85. Podle ustanovení § 263 odst. 3 zákona o zadávání veřejných zakázek stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu s tímto zákonem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.
86. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě objednatel stanovil zadávací podmínky nabídkového řízení v rozporu se zákonem o veřejných službách v přepravě, jako opatření k nápravě Úřad zrušil nabídkové řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výroku III. rozhodnutí

87. Podle ustanovení § 27 odst. 1 zákona o veřejných službách v přepravě se pro řízení o přezkoumání úkonů objednatele dále použijí § 251 až 253 a § 256 až 267 zákona o zadávání veřejných zakázek; § 256 odst. 1 a § 265 zákona o zadávání veřejných zakázek se nepoužijí.
88. Podle § 263 odst. 8 zákona o zadávání veřejných zakázek ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
89. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že objednatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v nabídkovém řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se objednatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
90. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení nabídkového řízení, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí objednateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít smlouvu na plnění předmětu nabídkového řízení.

K výroku IV. rozhodnutí

91. Podle ustanovení § 27 odst. 1 zákona o veřejných službách v přepravě se pro řízení o přezkoumání úkonů objednatele dále použijí § 251 až 253 a § 256 až 267 zákona o zadávání veřejných zakázek; § 256 odst. 1 a § 265 zákona o zadávání veřejných zakázek se nepoužijí.

92. Podle § 266 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti objednatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů objednatele, kterou je povinen objednatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
93. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení nabídkového řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
94. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2019000251.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Včas podaný rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona o zadávání veřejných zakázek odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Mgr. Jiří Honěk, advokát, Opletalova 1284/37, 110 00 Praha
2. město Břeclav, náměstí T. G. Masaryka 42/3, 690 02 Břeclav

Vypraveno dne

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