



UOHSX00ECWQY

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-V0007/2021/PV

Brno 21.01.2021

Číslo jednací: ÚOHS-02524/2021/500/Alv

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, k výkonu dozoru nad dodržováním postupu státu, krajů a obcí při uzavírání smluv při zajišťování dopravní obslužnosti, ve správním řízení zahájeném dne 12. 10. 2020 na žádost z téhož dne, jehož účastníkem je

- žadatel – České dráhy, a. s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha, ve věci částečného vrácení kauce složené v souvislosti s návrhem citovaného žadatele ze dne 12. 10. 2020 ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0412/2020/VZ ve věci přezkoumání úkonů objednatele – Plzeňský kraj, IČO 70890366, se sídlem Škroupova 18, 306 12 Plzeň, na základě smlouvy o zastoupení objednatele v nabídkovém řízení č. 17/2014 ze dne 6. 3. 2014 zastoupen Centrální nákup, příspěvková organizace, IČO 72046635, se sídlem Vejprnická 663/56, 318 00 Plzeň – učiněných při zajišťování dopravní obslužnosti v části 1 a 2 nabídkového řízení dle § 10 citovaného zákona „Výběr dopravce pro uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné drážní osobní dopravě na celek Jihozápad“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 3. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 3. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-010557 ve znění oprav ze dne 24. 4. 2020, 22. 6. 2020, 7. 7. 2020, 24. 7. 2020 a 7. 8. 2020,

rozhodl podle § 67 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, takto:

Žádosti žadatele – České dráhy, a. s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha – ze dne 12. 10. 2020 o vrácení části kauce ve výši 18 milionů Kč složené v souvislosti s návrhem citovaného žadatele ze dne 12. 10. 2020 ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0412/2020/VZ ve věci přezkoumání úkonů objednatele – Plzeňský kraj, IČO 70890366, se sídlem Škroupova 18, 306 12 Plzeň, na základě smlouvy o zastoupení objednatele v nabídkovém řízení č. 17/2014 ze dne 6. 3. 2014 zastoupen Centrální nákup, příspěvková organizace, IČO 72046635, se sídlem Vejprnická 663/56, 318 00 Plzeň – učiněných při zajišťování dopravní obslužnosti v části 1 a 2 nabídkového řízení dle § 10 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, „Výběr dopravce pro uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné drážní osobní dopravě na celek Jihozápad“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 3. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 3. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-010557 ve znění oprav ze dne 24. 4. 2020, 22. 6. 2020, 7. 7. 2020, 24. 7. 2020 a 7. 8. 2020, **se nevyhovuje.**

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 25 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZoVS“), k výkonu dozoru nad dodržováním postupu státu, krajů a obcí při uzavírání smluv při zajišťování dopravní obslužnosti, obdržel dne 12. 10. 2020 návrh z téhož dne navrhovatele – České dráhy, a. s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha (dále jen „navrhovatel“ nebo „žadatel“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů učiněných objednatelem – Plzeňský kraj, IČO 70890366, se sídlem Škroupova 18, 306 12 Plzeň, na základě smlouvy o zastoupení objednatele v nabídkovém řízení č. 17/2014 ze dne 6. 3. 2014 zastoupen Centrální nákup, příspěvková organizace, IČO 72046635, se sídlem Vejprnická 663/56, 318 00 Plzeň – (dále jen „objednatel“) – učiněných při zajišťování dopravní obslužnosti v části 1 a 2 nabídkového řízení dle § 10 ZoVS „Výběr dopravce pro uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné drážní osobní dopravě na celek Jihozápad“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 3. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 3. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-010557 ve znění oprav ze dne 24. 4. 2020, 22. 6. 2020, 7. 7. 2020, 24. 7. 2020 a 7. 8. 2020 (dále jen „nabídkové řízení“), na jehož základě bylo dne 12. 10. 2020 zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0412/2020/VZ (dále jen „správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0412/2020/VZ“).
2. Dne 9. 10. 2020 uhradil navrhovatel kauci v souladu s § 27 odst. 2 ZoVS na účet Úřadu ve výši 28.000.000,- Kč.
3. Ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0412/2020/VZ vydal Úřad dne 21. 12. 2020 rozhodnutí č. j. ÚOHS-41340/2020/510/MKo (dále jen „rozhodnutí Úřadu“), kterým byl návrh navrhovatele zamítnut podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) ve spojení s § 27 odst. 1 ZoVS. Proti rozhodnutí Úřadu byl navrhovatelem dne 5. 1. 2021 podán rozklad z téhož dne, který je nyní šetřen předsedou Úřadu v rozkladovém řízení vedeném pod sp. zn. R0006/2021/VZ.

4. Žadatel ve svém návrhu ze dne 12. 10. 2020, který Úřad v části vyhodnotil jako žádost o částečné vrácení složené kauce, mj. uvádí: „*Navrhovatel má za to, že v případě tohoto návrhu s ohledem na obecnou zásadu přiměřenosti a § 255 odst. 2 ZZVZ postačuje složení kauce ve výši 10 milionů Kč, avšak z procesní opatrnosti Navrhovatel složil kauci ve výši 28 milionů Kč. Navrhovatel tak požaduje, aby rozdíl mezi složenou kaucí a požadovanou kaucí, tedy v tomto případě 18 milionů Kč, byl Navrhovateli bezodkladně vrácen zpět.*“
5. K tomu Úřad uvádí následující.
6. Podle § 27 odst. 1 ZoVS se pro řízení o přezkoumání úkonů objednatele dále použijí § 250 až 252 a § 254 až 266 zákona o zadávání veřejných zakázek; § 255 odst. 1 a § 264 zákona o zadávání veřejných zakázek se nepoužijí.
7. Podle § 27 odst. 2 ZoVS platí, že návrh vedle obecných náležitostí podání musí obsahovat přesné označení objednatele, v čem je spatřováno porušení zákona nebo přímo použitelného předpisu Evropské unie, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, příslušné důkazy, a čeho se navrhovatel domáhá. Součástí návrhu zasílaného Úřadu je doklad o doručení námitek objednateli a doklad o složení kauce. Kauci složí navrhovatel ve výši 1 % z předpokládané hodnoty veřejných služeb v přepravě cestujících nebo 100 000 Kč, pokud tuto předpokládanou hodnotu nelze zjistit.
8. Podle § 174 odst. 3 zákona se za zadání koncese na služby považuje uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel
 - a) zadá poskytnutí jiných činností než podle § 14 odst. 3 písm. a) až c), dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z poskytování služeb, nebo v tomto právu společně s platbou a
 - b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb.
9. Podle § 255 odst. 1 zákona platí, že ve lhůtě pro doručení návrhu je navrhovatel, nejde-li o případ podle odstavce 2, povinen složit na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky nebo za dobu prvních čtyř let plnění v případě smluv na dobu neurčitou, nejméně však ve výši 50 000 Kč, nejvýše ve výši 10 000 000 Kč. V případě, že navrhovatel nemůže stanovit celkovou nabídkovou cenu, je povinen složit kauci ve výši 100 000 Kč. V případě návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy je navrhovatel povinen složit kauci ve výši 200 000 Kč.
10. Podle § 255 odst. 2 zákona platí, že ve lhůtě pro doručení návrhu, jde-li o řízení o přezkoumání postupu pro zadávání koncesí, je navrhovatel povinen složit na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z předpokládané hodnoty koncese uveřejněné ve Věstníku veřejných zakázek nebo na profilu zadavatele, nejméně však ve výši 50 000 Kč, nejvýše ve výši 10 000 000 Kč. V případě, že zadavatel neuveřejní ve Věstníku veřejných zakázek nebo na profilu zadavatele předpokládanou hodnotu koncese, je navrhovatel povinen složit kauci ve výši 100 000 Kč. V případě návrhu na uložení zákazu plnění koncesní smlouvy je navrhovatel povinen složit kauci ve výši 200 000 Kč.
11. V posuzovaném případě žadatel ve své žádosti odkazuje na § 27 odst. 1 ZoVS, který pro řízení o přezkoumání úkonů objednatele mj. výslovně zakazuje užití § 255 odst. 1 zákona, přičemž však dle jeho názoru nezakazuje aplikaci § 255 odst. 2 zákona. Žadatel z uvedeného

dovozuje, že by se na kauci složenou dle § 27 odst. 2 ZoVS, která má činit 1% z předpokládané hodnoty veřejných služeb v přepravě cestujících, měla uplatnit horní hranice kauce ve výši 10 milionů Kč, jak ji zná § 255 odst. 2 zákona. Zároveň žadatel odkazuje na základní zásady přiměřenosti a transparentnosti zakotvené v § 6 odst. 1 zákona a uvádí, že nelimitovaná výše kauce je dle jeho názoru nepřiměřená a může bránit právu na spravedlivý proces.

12. Úřad v této věci předně uvádí, že ZoVS v § 27 odst. 2 maximální výši kauce žádný způsobem nestanovuje a ani se o ní nezmiňuje. Z uvedeného ustanovení ZoVS tedy jednoznačně vyplývá pouze to, že má být složena kauce ve výši 1% z předpokládané hodnoty veřejných služeb nebo ve výši 100.000 Kč, pokud tuto předpokládanou hodnotu nelze zjistit.
13. Nicméně Úřad reflektuje i skutečnost, že ZoVS v § 27 odst. 1 užití § 255 odst. 2 zákona na rozdíl od § 255 odst. 1 zákona přímo nezakazuje, z čehož lze vyvodit, že aplikace § 255 odst. 2 zákona včetně limitu výše kauce tam uvedeného pro řízení o přezkoumání úkonů objednatele v případě nabídkového řízení k uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících je přípustná. Uvedený závěr nepřímo podporuje i znění důvodové zprávy vztahující se k § 27 ZoVS, kde je mj. uvedeno, že úprava je obdobná úpravě v koncesním zákoně.¹ V důvodové zprávě novely², jež § 27 ZoVS zavedla, se pak uvádí následující: *„Zákon o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů odkazoval na zákon o veřejných zakázkách formou obecných odkazů na jednotlivé postupy, přičemž navržená úprava obsahuje přímé odkazy na jednotlivá ustanovení, což povede k výraznému zpřesnění a posílení jistoty adresátů těchto právních norem.“* Úřad tedy ohledně možné aplikace limitu výše kauce uvedeného v § 255 odst. 2 zákona pro řízení o přezkoumání úkonů objednatele v případě nabídkového řízení k uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících došel ke stejnému závěru jakožto žadatel.
14. Nicméně Úřad uvádí, že, aby bylo možné aplikovat limit výše kauce dle § 255 odst. 2 zákona pro řízení o přezkoumání úkonů objednatele v případě nabídkového řízení k uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících, musí nabídkové řízení splňovat podmínky pro zadání koncese dle § 174 zákona, neboť § 255 odst. 2 zákona lze aplikovat pouze v případě, *„jde-li o řízení o přezkoumání postupu pro zadávání koncesí“*. Úřad tedy zjišťoval, zda šetřené nabídkové řízení splňuje podmínky pro zadání koncese dle § 174 zákona.
15. Podle oznámení o zahájení předmětného nabídkového řízení pro výběr dopravce byl předmět nabídkového řízení vymezen následovně:
„Předmětem tohoto Nabídkového řízení je výkon veřejných služeb za účelem zajištění dopravní obslužnosti Plzeňského kraje veřejnou drážní osobní dopravou v souladu s § 2 ZoVS, v období ode dne celostátní změny jízdních řádů v prosinci 2022 do dne předcházejícího termínu celostátní změny jízdních řádů v prosinci 2032 na části území Plzeňského kraje pro provoz vlaků v rámci celku Jihozápad, který je rozdělen na 2 části - část 1 Pošumaví (linka P11 Horažďovice předměstí - Sušice - Klatovy, linka P23 Domažlice - Klatovy) a část 2 Český les (linka P32 Poběžovice - Staňkov - Holýšov, linka P33 Domažlice - Tachov).“

¹ Pozn. Úřadu: zákon č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), byl zrušen ke dni 1. 10. 2016 a úprava koncesí byla přesunuta do zákona o zadávání veřejných zakázek.

² Zákon č. 135/2016 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o zadávání veřejných zakázek.

Úřad z uvedeného vyvodil, že předmětem daného nabídkového řízení jsou zjevně služby, resp. jejich výkon a následně proto ověřoval, zda předmětné nabídkové řízení naplňuje podmínky pro zadání koncese na služby dle § 174 odst. 3 zákona.

16. Podle § 174 odst. 3 zákona se za zadání koncese na služby považuje uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel a) zadá poskytnutí jiných činností než podle § 14 odst. 3 písm. a) až c), dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z poskytování služeb, nebo v tomto právu společně s platbou a b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb. Z jazykového výkladu daného ustanovení zákona zároveň vyplývá, že, aby se jednalo o koncesi na služby, musí být kumulativně splněny podmínky dle písm. a) a b).
17. V bodě 5.2 článku „Skutečná kompenzace“ návrhu smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících na část 1 předmětného nabídkového řízení, která je přílohou č.1a zadávací dokumentace a návrhu smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících na část 2 předmětného nabídkového řízení, která je přílohou č.1b zadávací dokumentace, je uvedeno:

„Cena v plné míře kryje veškeré náklady Dopravce nutné pro poskytování Plnění a zisk Dopravce. Smluvní strany se dohodly, že Smlouva je uzavřena jako tzv. brutto smlouva, tedy že příležitosti a rizika spojená s časovým vývojem výše výnosů nese plně Objednatel.“
18. V bodě 2.2 „Podrobné vymezení předmětu nabídkového řízení“ zadávací dokumentace ze dne 27. 3. 2020 je mj. uvedeno:

„Předmět Nabídkového řízení bude plněn na základě Smlouvy uzavřené s Dopravcem, který předloží ekonomicky nejvýhodnější nabídku. Smlouva bude uzavřena jako tzv. brutto smlouva, tedy příležitosti a rizika spojená s časovým vývojem výše výnosů ponese plně Objednatel. Výsledkem nabídkového řízení bude uzavření samostatné Smlouvy na každou část veřejné zakázky.“
19. Z uvedeného lze dle názoru Úřadu jednoznačně dovodit, že dopravce v daném případě nenese žádné riziko tržeb, když obě smlouvy výslovně uvádějí, že rizika ponese plně objednatel. Objednatel tedy s dopravcem hodlá uzavřít smlouvu o veřejných službách v přepravě cestujících, která zjevně nesplní podmínku uvedenou pod bodem b) § 174 odst. 3 zákona, tj. že by zadavatel uzavřením úplatné smlouvy přenesl na dodavatele provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb. Jak již Úřad uvedl výše, aby se jednalo o koncesi na služby, musí být kumulativně splněny podmínky dle písm. a) a b) § 174 odst. 3 zákona, přičemž Úřad právě vyvodil, že jedna z těchto podmínek, konkrétně podmínka uvedená pod písm. b) § 174 odst. 3 zákona splněna nebyla, tudíž lze uzavřít, že podmínky pro zadání koncese na služby dle § 174 odst. 3 zákona návrh smlouvy, který hodlá objednatel s dopravcem uzavřít, nesplňuje a z tohoto důvodu aplikace ustanovení § 255 odst. 2 zákona, jež je určeno pro koncese, ve smyslu určení limitu výše kauce, není dle Úřadu v posuzovaném případě možná.
20. Úřad na základě uvedeného konstatuje, že kauce složená žadatelem ve výši 28.000.000 Kč dle § 27 odst. 2 ZoVS byla složena ve správné výši, jelikož předpokládaná hodnota kompenzace za veřejné služby v přepravě cestujících na část 1 a část 2 předmětného nabídkového řízení činí 2.800.000.000 Kč bez DPH a zároveň limit pro výši kauce uvedený v § 255 odst. 2 zákona, jehož aplikaci § 27 odst. 1 ZoVS připouští, nelze v daném případě

použít, jelikož návrh smlouvy, který hodlá objednatel s dopravcem uzavřít není koncesí na služby dle § 174 odst. 3 zákona, jinými slovy nejedná se o koncesi na služby.

21. Podle § 67 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) platí, že rozhodnutím správní orgán v určité věci zakládá, mění nebo ruší práva anebo povinnosti jmenovitě určené osoby nebo v určité věci prohlašuje, že taková osoba práva nebo povinnosti má anebo nemá, nebo v zákonem stanovených případech rozhoduje o procesních otázkách.
22. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem Úřad uzavírá, že předmětné žádosti žadatele o vrácení části kauce ve výši 18 milionů Kč složené v souvislosti s návrhem navrhovatele nevyhovuje a rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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. Proti výroku tohoto rozhodnutí má včas podaný rozklad odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

České dráhy, a. s., Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha

Vypraveno dne:

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