



UOHSX00G48GY

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0040/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-16557/2022/162

Brno 18. 5. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 22. 3. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **město Jindřichův Hradec**, IČO 00246875, se sídlem Klášterská 135, 377 01 Jindřichův Hradec, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 3. 3. 2021 společností B&C Dopravní systémy s.r.o., IČO 28699572, se sídlem Husova 517, 411 17 Libochovice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0628/2021/VZ, č. j. ÚOHS-08166/2022/500 ze dne 7. 3. 2022, vydaném ve správním řízení zahájeném na návrh navrhovatele -

- **ČSAD Jindřichův Hradec s.r.o.**, IČO 60071109, se sídlem U Nádraží 694, 377 14 Jindřichův Hradec,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Městská hromadná doprava v Jindřichově Hradci na období 2023-2032“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 7. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 8. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-028171, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 8. 2021 pod ev. č. 2021/S 149-397419, ve znění pozdějších oprav,

jsem podle § 152 odst. 2 a § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů s přihlédnutím k návrhu a stanovisku rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0628/2021/VZ, č. j. ÚOHS-08166/2022/500 ze dne 7. 3. 2022, podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů **ve výroku II**

r u š í m.

II.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0628/2021/VZ, č. j. ÚOHS-08166/2022/500 ze dne 7. 3. 2022, podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) téhož zákona **ve výroku III**

m ě n í m

tak, že tento nově zní:

Zadavatel – město Jindřichův Hradec, IČO 00246875, se sídlem Klášterská 135, 377 01 Jindřichův Hradec – **stanovil zadávací podmínky** v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Městská hromadná doprava v Jindřichově Hradci na období 2023-2032“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 7. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 8. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-028171, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 8. 2021 pod ev. č. 2021/S 149-397419, ve znění pozdějších oprav, **v rozporu s § 36 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 2 citovaného zákona**, tím, že v bodě 13.2 písm. b) zadávací dokumentace u hodnoticího kritéria č. 2 s názvem „Cena dopravního výkonu za každý 1 km realizovaný nad rámec předpokládaného rozsahu veřejných služeb v čl. 3. odst. 3.4 Zadávací dokumentace v Kč bez DPH“ stanovil, že *»Cena dopravního výkonu za každý 1 km realizovaný nad rámec předpokládaného rozsahu veřejných služeb uvedeného v čl. 3. odst. 3.4 Zadávací dokumentace v Kč bez DPH“ musí být stanovena v rozmezí 30–60 % „Základní ceny dopravního výkonu na 1 km v Kč bez DPH“.* Pokud bude *»Cena dopravního výkonu za každý 1 km realizovaný nad rámec předpokládaného rozsahu veřejných služeb uvedeného v čl. 3. odst. 3.4 Zadávací dokumentace v Kč bez DPH“ stanovena mimo rozmezí 30–60 % „Základní ceny dopravního výkonu na 1 km v Kč bez DPH“, bude taková nabídka pro nesplnění zadávacích podmínek zadavatelem vyřazena a nebude dále posuzována. Účastník, který takovou nabídku podal, bude*

vyločen ze zadávacího řízení.«, a tedy pro účely hodnocení stanovil dolní hranici nejnižší možné hodnotitelné ceny dopravního výkonu za každý 1 km realizovaný nad rámec předpokládaného rozsahu veřejných služeb, s jejímž nedodržením spojil následek v podobě vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení, čímž vytvořil bezdůvodné překážky hospodářské soutěže a znevýhodnil dodavatele, kteří by byli schopni nabídnout nižší nabídkovou cenu než 30 % „Základní ceny dopravního výkonu na 1 km v Kč bez DPH“.

III.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0628/2021/VZ, č. j. ÚOHS-08166/2022/500 ze dne 7. 3. 2022, podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) téhož zákona **ve výroku IV**

m ě n í m

tak, že tento nově zní:

Zadavatel – město Jindřichův Hradec, IČO 00246875, se sídlem Klášterská 135, 377 01 Jindřichův Hradec – **stanovil zadávací podmínky** v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Městská hromadná doprava v Jindřichově Hradci na období 2023-2032“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 7. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 8. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-028171, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 8. 2021 pod ev. č. 2021/S 149-397419, ve znění pozdějších oprav, **v rozporu s § 36 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 2 citovaného zákona**, tím, že v bodě 13.2 písm. c) zadávací dokumentace u hodnotícího kritéria č. 3 s názvem „Úspora za každý 1 km nerealizovaný z předpokládaného rozsahu veřejných služeb uvedeného v čl. 3. odst. 3.4 Zadávací dokumentace v Kč bez DPH“ stanovil, že *»„Úspora za každý 1 km nerealizovaný z předpokládaného rozsahu veřejných služeb uvedeného v čl. 3. odst. 3.4 Zadávací dokumentace v Kč bez DPH“ musí být stanovena v rozmezí 30–60 % „Základní ceny dopravního výkonu na 1 km v Kč bez DPH“. Pokud bude „Úspora za každý 1 km nerealizovaný z předpokládaného rozsahu veřejných služeb uvedeného v čl. 3. odst. 3.4 Zadávací dokumentace v Kč bez DPH“ stanovena mimo rozmezí 30–60 % „Základní ceny dopravního výkonu na 1 km v Kč bez DPH“, bude taková nabídka pro nesplnění zadávacích podmínek zadavatelem vyřazena a nebude dále posuzována. Účastník, který takovou nabídku podal, bude vyloučen ze zadávacího řízení.*«, a tedy pro účely hodnocení stanovil horní hranici nejvyšší možné úspory za každý 1 km nerealizovaný z předpokládaného rozsahu veřejných služeb, s jejímž nedodržením spojil následek v podobě vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení, čímž vytvořil bezdůvodné překážky hospodářské soutěže a znevýhodnil dodavatele, kteří by byli schopni nabídnout vyšší úsporu než 60% „Základní ceny dopravního výkonu na 1 km v Kč bez DPH“.

IV.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0628/2021/VZ, č. j. ÚOHS-08166/2022/500 ze dne 7. 3. 2022, podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona **ve výrocích V, VI a VII**

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení a správního řízení

1. Zadavatel – město Jindřichův Hradec, IČO 00246875, se sídlem Klášterská 135, 377 01 Jindřichův Hradec, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 3. 3. 2021 společností B&C Dopravní systémy s.r.o., IČO 28699572, se sídlem Husova 517, 411 17 Libochovice (dále jen „**zadavatel**“) zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, otevřené řízení na veřejnou zakázku „Městská hromadná doprava v Jindřichově Hradci na období 2023-2032“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 7. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 8. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-028171, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 8. 2021 pod ev. č. 2021/S 149-397419, ve znění pozdějších oprav (dále jen jako „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 13. 12. 2021 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona k doзору nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami návrh navrhovatele – ČSAD Jindřichův Hradec s.r.o., IČO 60071109, se sídlem U Nádraží 694, 377 14 Jindřichův Hradec (dále jen „**navrhovatel**“) na zahájení přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“).
3. Dle navrhovatele zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem. Konkrétně pak zadavateli vytýkal, že znemožňuje dopravcům zajistit řádné plnění veřejné zakázky, přenáší rizika spojená s plněním veřejné zakázky na dodavatele a v zadávacím řízení postupuje netransparentně a diskriminačně.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 7. 3. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0628/2021/VZ, č. j. ÚOHS-08166/2022/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

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

5. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že správní řízení se v části návrhu týkající se rozporu postupu zadavatele s článkem 7 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007 o veřejných službách v přepravě cestujících pro železnici a silnici a o zrušení nařízení Rady (EHS) č. 1191/69 a č. 1107/70, podle ustanovení § 257 písm. h) zákona zastavuje, neboť předmětné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
6. Úřad k výroku I uvedl, že po provedeném posouzení dospěl k závěru, že navrhovatel v námitkách (a ani následně v návrhu) neuvedl konkrétní datum či okamžik, kdy se o domnělém porušení zákona dozvěděl. Pakliže navrhovatel tento konkrétní okamžik v námitkách neuvedl, nelze považovat tyto námitky za řádně podané, neboť nesplňují zákonnou náležitost dle § 244 odst. 2 zákona.
7. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v zadávacím řízení na veřejnou zakázku v rozporu s § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou přiměřenosti zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 citovaného zákona, když v bodě 4.1 zadávací dokumentace stanovil takové podmínky, jimiž pro případ prodloužení zadávacího řízení garantoval vybranému dodavateli lhůtu na přípravu plnění citované veřejné zakázky v délce pouze 6 měsíců, přestože za stávající situace na trhu výrobců autobusů nelze v této lhůtě zajistit 7 nových autobusů určených pro provoz městské hromadné dopravy, čímž uvedenou lhůtu pro přípravu plnění veřejné zakázky v případě prodloužení zadávacího řízení stanovil nepřiměřeně a zároveň tím vytvořil bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže, neboť mohl od účasti v zadávacím řízení odradit dodavatele, kteří by v této lhůtě nebyli schopni plnění veřejné zakázky v souladu se zadávacími podmínkami připravit.
8. K výroku II Úřad po provedeném dokazování a posouzení věci dospěl k závěru, že dodavatelé nemohou standardním způsobem získat nové autobusy pro plnění veřejné zakázky ve lhůtě 6 měsíců, a proto v zadavatelem garantované lhůtě není možné zajistit adekvátní přípravu na plnění veřejné zakázky. Úřad tak má za to, že lhůta na zajištění vozidel je krátká, a tedy nepřiměřená. Současně Úřad nepřijal argumentaci zadavatele, že doba 6 měsíců pro pořízení vozidel je předpokládána jako doba minimální, a že při objektivním prodloužení dodací lhůty vozidel nad 6 měsíců bude zadavatel na základě dohody akceptovat i delší dodací lhůtu vozidel.
9. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v zadávacím řízení na veřejnou zakázku v rozporu s § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 2 zákona tím, že v bodě 13.2 písm. b) zadávací dokumentace u hodnoticího kritéria č. 2 stanovil, že *»Cena dopravního výkonu za každý 1 km realizovaný nad rámec předpokládaného rozsahu veřejných služeb uvedeného v čl. 3. odst. 3.4 Zadávací dokumentace v Kč bez DPH“ musí být stanovena v rozmezí 30–60 % „Základní ceny dopravního výkonu na 1 km v Kč bez DPH“.* Pokud bude *„Cena dopravního výkonu za každý 1 km realizovaný nad rámec předpokládaného rozsahu veřejných služeb uvedeného v čl. 3. odst. 3.4 Zadávací dokumentace v Kč bez DPH“ stanovena mimo rozmezí 30–60 % „Základní ceny dopravního výkonu na 1 km v Kč bez DPH“, bude taková nabídka pro nesplnění zadávacích podmínek zadavatelem vyřazena a nebude dále posuzována. Účastník, který takovou nabídku podal, bude vyloučen ze zadávacího řízení.*«, a tedy pro účely hodnocení stanovil dolní hranici nejnižší možné hodnotitelné ceny dopravního výkonu za každý 1 km realizovaný nad rámec předpokládaného rozsahu veřejných služeb, v důsledku čehož by při hodnocení nabídek v hodnoticím kritériu č. 2 byli znevýhodněni dodavatelé, kteří by byli schopni nabídnout cenu nižší než 30 % *„Základní ceny dopravního*

výkonu na 1 km v Kč bez DPH“, avšak vzhledem k citovanému ustanovení zadávací dokumentace ji nabídnout nemůžou, a tedy tím vytvořil bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

10. Výrokem IV napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v zadávacím řízení na veřejnou zakázku v rozporu s § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 2 zákona tím, že v bodě 13.2 písm. c) zadávací dokumentace u hodnotícího kritéria č. 3 stanovil, že *»„Úspora za každý 1 km nerealizovaný z předpokládaného rozsahu veřejných služeb uvedeného v čl. 3. odst. 3.4 Zadávací dokumentace v Kč bez DPH“ musí být stanovena v rozmezí 30–60 % „Základní ceny dopravního výkonu na 1 km v Kč bez DPH“. Pokud bude „Úspora za každý 1 km nerealizovaný z předpokládaného rozsahu veřejných služeb uvedeného v čl. 3. odst. 3.4 Zadávací dokumentace v Kč bez DPH“ stanovena mimo rozmezí 30–60 % „Základní ceny dopravního výkonu na 1 km v Kč bez DPH“, bude taková nabídka pro nesplnění zadávacích podmínek zadavatelem vyřazena a nebude dále posuzována. Účastník, který takovou nabídku podal, bude vyloučen ze zadávacího řízení.«*, tedy pro účely hodnocení stanovil horní hranici nejvyšší možné úspory za každý 1 km nerealizovaný z předpokládaného rozsahu veřejných služeb, v důsledku čehož by při hodnocení nabídek v hodnotícím kritériu č. 3 byli znevýhodněni dodavatelé, kteří by byli schopni nabídnout úsporu vyšší než 60 % „Základní ceny dopravního výkonu na 1 km v Kč bez DPH“, avšak vzhledem k citovanému ustanovení zadávací dokumentace ji nabídnout nemůžou, a tedy tím vytvořil bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
11. K výrokům III a IV Úřad dospěl k závěru, že kritérium hodnocení „ohraničené“ spodní hranicí v případě ceny dopravního výkonu za každý 1 km realizovaný nad rámec předpokládaného rozsahu veřejných služeb jde proti smyslu předmětného kritéria hodnocení, jehož účelem je dosažení nejnižší ceny, kterou zadavatel za předmět plnění veřejné zakázky uhradí. Dle Úřadu v důsledku faktického znemožnění uplatnění nižší nabídkové ceny, než je jím stanovená hranice nemohl zadavatel nejnižší nabídkové ceny dosáhnout. Obdobné závěry pak Úřad vztáhl i na „ohraničení“ horní hranice u kritéria č. 3, tj. úspory za každý 1 km nerealizovaný z předpokládaného rozsahu veřejných služeb. Pokud zadavatel stanoví nejnižší hodnotitelnou nabídkovou cenu, pak omezuje cenotvorbu dodavatelů s tím důsledkem, že těm, co by byli schopni nabídnout nižší cenu (resp. vyšší nabídnutou úsporu), ztěžuje účast v zadávacím řízení tím, že nemohou uplatnit svoji konkurenční výhodu. Dle Úřadu je výhradně na dodavateli, aby provedl cenovou kalkulaci své nabídky a vzal v úvahu všechny souvislosti pro stanovení nákladů a rozpočtování zisku. Dle závěrů Úřadu proto zadavatel diskriminoval ty z dodavatelů, kteří byli schopni poskytnout nižší cenu dopravního výkonu za každý 1 km realizovaný nad rámec předpokládaného rozsahu veřejných služeb než za cenu, jejíž spodní hranici fakticky pevně stanovil zadavatel, a taktéž diskriminoval ty z dodavatelů, kteří by byli schopni poskytnout vyšší úsporu za každý 1 km nerealizovaný z předpokládaného rozsahu veřejných služeb.
12. Výrokem V napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku.
13. Výrokem VI napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem.

14. Výrokem VII napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli povinnost k úhradě nákladů správního řízení ve výši 30 000 Kč.

III. Rozklad zadavatele

15. Dne 22. 3. 2022 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 7. 3. 2022 a navrhovateli dne 8. 3. 2022. Rozklad byl tedy zadavatelem podán v zákonné lhůtě.
16. Podaným rozkladem zadavatel napadl výroky II, III, IV, V a VI napadeného rozhodnutí.

Námítky rozkladu zadavatele

17. Zadavatel má za to, že Úřad nesprávně posoudil podmínky stanovené v bodu 4.1 zadávací dokumentace jako nezákonné a nepřiměřené. Dle jeho názoru Úřad při posouzení vycházel z průzkumu, který byl časově zařazen do jiného období, než které je relevantní pro danou veřejnou zakázku. K tomu upozornil na skutečnost, že rozhodným okamžikem pro posouzení možnosti dodavatelů získat nové autobusy pro realizaci veřejné zakázky je nejdříve datum 1. 7. 2022. Zadavatel si byl vědom toho, že situace u výrobců autobusů je ovlivněna situací na trhu se součástkami, a právě z tohoto důvodu nastavil zadávací podmínky tak, že lhůta 6 měsíců byla stanovena jako minimální.
18. Společně s podaným rozkladem zadavatel předložil vyjádření dvou výrobců autobusů, jimiž dokládal, že tito výrobci jsou schopni dodat nové autobusy nejpozději do 6 měsíců. Zadavatel má také za to, že Úřad se měl zabývat otázkou tzv. skladových autobusů, které nemusí být vyrobeny a mají je výrobci k dispozici.
19. Zadavatel nesouhlasí s dílčími závěry Úřadu, že část ustanovení, které řeší dobu nad 6 měsíců by nemělo být relevantní. K tomu zadavatel odkázal na zásadu poctivého obchodního styku, z níž je třeba vycházet. Rovněž k tomu poukázal na závěry rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0093/2018/VZ ze dne 23. 8. 2018, které vyznívají v tom duchu, že nelze každé jednání zadavatele považovat za *a priori* nepoctivé a obcházející zákon.
20. K výroku III a IV zadavatel uvedl, že s posouzením provedeným Úřadem nesouhlasí. Má za to, že jeho postup byl namístě, neboť vycházel z analýz a zkušeností administrátora veřejné zakázky. Z těchto analýz jednoznačně vyplývalo, že by dodavatelé při neomezení předmětných kritérií mohli manipulovat s nabídkovou cenou. K tomu zadavatel předložil modelové příklady, na nichž demonstruje, že jím zvolené rozmezí nabídkové ceny u kritérií 2 a 3 zabraňuje tomu, aby díky nabídnutí ceny mimo zvolenou hranici veřejnou zakázku nevyhrál uchazeč, jehož nabídková cena bude následně v rámci realizace fakticky vyšší.
21. Současně zadavatel poukázal na skutečnost, že výsledkem zadávacího řízení je uzavření smlouvy v tzv. brutto režimu. Zadavatel tedy platí dodavateli veškeré jeho náklady spojené s plněním předmětu veřejné zakázky, přičemž musí uhradit vždy alespoň fixní část nákladů, a to i v případě, že dojde ke snížení rozsahu poskytovaných služeb.
22. Podaným rozkladem zadavatel napadl rovněž výroky V a VI napadeného rozhodnutí, neboť má za to, že z jeho strany nedošlo k porušení zákona, a proto ani tyto výroky neobstojí.

Závěr rozkladu

23. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil napadené rozhodnutí a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu

24. Úřad obdržel vyjádření od navrhovatele. V tomto vyjádření navrhovatel setrval na svých dřívějších tvrzeních. K vyjádřením předloženým zadavatelem uvedl, že tyto je nutné posoudit jako účelová. Dle jeho názoru Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když postup zadavatele posoudil jako nezákonný.

IV. Řízení o rozkladu

25. 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

26. 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 předseda Úřadu podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy.
27. Zadavatel podaným rozkladem nebrojil proti výroku I napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že jde o výrok, který může stát samostatně, napadené rozhodnutí v tomto výroku nabylo samostatně právní moci ve smyslu § 73 správního řádu.
28. Zadavatel v úvodní části podaného rozkladu výslovně neuvedl, že brojí i proti výroku VII napadeného rozhodnutí, avšak své rozkladové námítky směřoval i proti tomuto výroku. Jelikož se jedná o závislý výrok, předseda Úřadu proto přistoupil k přezkoumání napadeného rozhodnutí v rozsahu výroků II až VII.
29. Po provedeném posouzení předseda Úřadu dospěl k závěru, že je dán důvod pro částečné zrušení napadeného rozhodnutí, a to v jeho výroku II, a dále pro změnu napadeného rozhodnutí v jeho výrocích III a IV.
30. Ve vztahu k výroku II napadeného rozhodnutí dospěl předseda Úřadu k závěru, že postup zadavatele nelze považovat za rozporný se zákonem. Úřad neposoudil postup zadavatele správně a v souladu se zákonem, a proto nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí v tomto výroku. S ohledem na posouzení správnosti a zákonnosti ostatních výroků však nebylo účelné vracet věc Úřadu k dalšímu řízení.
31. Současně pak předseda Úřadu dospěl k závěru, že Úřad nesprávně posoudil podstatu pochybení, která byla vymezena ve výrocích III a IV. Dle předsedy Úřadu v napadeném rozhodnutí Úřad správně vymezil, že zadavatel porušil s § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 2 zákona, současně správně vymezil, že k tomuto porušení došlo stanovením podmínek v bodech 13.2 písm. b) zadávací dokumentace u hodnoticího kritéria č. 2 a 13.2 písm. c) zadávací dokumentace u hodnoticího

kritéria č. 3, avšak nesprávně posoudil, že podstata pochybení zadavatele spočívá v tom, že stanovil horní a dolní hranici nabídkové ceny za každý 1 km realizovaný nad rámec a každý 1 km nerealizovaný z předpokládaného rozsahu veřejné zakázky, čímž stanovil pravidla, která při hodnocení nabídek některé dodavatele znevýhodňují. Dle názoru předsedy Úřadu podstata pochybení zadavatele spočívá nikoliv ve stanovení uvedené horní a dolní hranice pro účely hodnocení, nýbrž v tom, že s případným nedodržením uvedených hranic zadavatel spojil následek v podobě vyloučení účastníka ze zadávacího řízení.

32. Z hlediska souladnosti postupu správního orgánu se zásadou hospodárnosti a efektivnosti správního řízení je nutné v těch případech, kdy je to možné, upřednostnit postup dle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, tedy změnu napadeného rozhodnutí, před postupem stanoveným v tomtéž ustanovení pod písm. b), tedy před zrušením a vrácením věci k novému projednání správním orgánem v I. stupni. Takové závěry je možné nalézt i v judikatuře správních soudů, konkrétně např. v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 12. 2018, č. j. 6 As 286/2018-34, 3837/2019 Sb. NSS, v němž je uvedeno: *„pokud je možné napadené rozhodnutí změnit, je odvolací orgán povinen tak v zájmu hospodárnosti řízení učinit. Za tímto účelem je oprávněn provést v odvolacím řízení potřebné důkazy a doplnit další nezbytné podklady, musí s nimi ovšem seznámit účastníky řízení a umožnit jim se k nim vyjádřit. Stejně tak je odvolací orgán oprávněn zaujmout jiný právní názor a posoudit zjištěný skutkový stav po právní stránce odlišně než správní orgán prvního stupně.“* V uvedeném rozhodnutí Nejvyšší správní soud dále výslovně zdůraznil, že *„není namístě, aby správní soudy podporovaly již tak dosti rozšířený alibismus a přehnanou opatrnost nadřízených správních úřadů, jež odmítají převzít odpovědnost za výsledek správního řízení, neboť takový přístup by vedl k neefektivnímu a nehospodárnému oddalování konečného vyřešení případu“*.
33. Po posouzení daného případu předseda Úřadu dospěl k závěru, že k naplnění zásady efektivnosti a rychlosti daného řízení může dojít právě tím, že bude napadené rozhodnutí ve výrocích III a IV částečně změněno a ve výrocích V až VII potvrzeno, a to i přesto, že jsou dány důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí v jeho výroku II. Je totiž zřejmé, že pokud by předseda Úřadu vrátil věc k novému projednání, Úřad by po vrácení věci již neprováděl žádné nové posouzení věci a na základě vysloveného právního názoru by znovu uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení. V takovém případě by ovšem došlo ke zbytečnému prodloužení řízení u správního orgánu, což není pro účastníky zadávacího řízení žádoucí.
34. S ohledem na závěry vyslovené ve výše citovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu předseda Úřadu nejprve přistoupil k přezkoumání, zda by nově provedené právní posouzení mohlo být pro účastníka s ohledem na dosavadní průběh překvapivé, přičemž dospěl k závěru, že tomu tak není. Vzhledem k povaze nově vymezeného pochybení zadavatele, které vychází z týchž zadávacích podmínek a týká se stále týchž právních ustanovení, je zřejmé, že nejde o posouzení prizmatem jiných právních norem, ale toliko o precizaci, v čem přesně spočívá porušení zákona zadavatelem při nastavení předmětných zadávacích podmínek. Předseda Úřadu stejně jako Úřad v napadeném rozhodnutí podrobili přezkumu stejnou zadávací podmínku, kterou zadavatel stanovil již na počátku zadávacího řízení. Nejde tudíž o takové posouzení, k němuž by zadavatel mohl vznášet nová tvrzení či důkazy. Nový výrok proto neobsahuje prvek překvapivosti a zadavateli nebylo tímto postupem upřeno právo bránit

se proti rozhodnutí řádnými opravnými prostředky. Částečná změna napadeného rozhodnutí tak je možná.

35. Současně předseda Úřadu přezkoumal, zda změnou rozhodnutí nedochází vůči zadavateli k porušení zásady zákazu *reformatio in peius*, přičemž má za to, že uvedená zásada není změnou rozhodnutí prolomena, neboť na postavení zadavatele se změnou výroků nic nemění. Zadavateli je i po změně rozhodnutí přičítáno porušení zákona na tomtéž skutkovém (dotčena jsou stejná ustanovení zadávací dokumentace) a právním základu (vytýkáno je zadavateli porušení týchž ustanovení zákona), jako tomu bylo před změnou výroku.
36. Dále předseda Úřadu uvádí, že pro změnu rozhodnutí nevyšla najevo potřeba provedení jiných důkazů a opatření jiných podkladů rozhodnutí, ke kterým by měl zadavatel mít možnost nově se vyjádřit, neboť rozhodnutí stojí na stejném skutkovém stavu, jaký zjistil Úřad před vydáním napadeného rozhodnutí.
37. Zadavatel podaným rozkladem dále napadal výroky V, VI a VII napadeného rozhodnutí. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí předseda Úřadu nedospěl k závěru, že nastaly důvody pro jejich změnu či zrušení, a proto napadené rozhodnutí v těchto výrociích potvrdil a podaný rozklad v rozsahu námitek směřujících k těmto výrokům zamítl.

V. K právnímu posouzení daného případu

K výroku II napadeného rozhodnutí

38. Úřad nejprve posoudil povahu lhůty stanovené zadavatelem v čl. 4. 1. zadávací dokumentace, přičemž dospěl k závěru, že: *„Přestože zadavatel uvádí v textu této zadávací podmínky spojení ‚alespoň 6 měsíců‘, které naznačuje to, že teoreticky délka této lhůty může být vyšší než 6 měsíců, Úřad má za to, že pro vybraného dodavatele je stále směrodatné určení konkrétně garantovaného času, tj. 6 měsíců. Vybraný dodavatel totiž nemá jakoukoli záruku toho, že zadavatel by mu v případě potřeby poskytl na přípravu plnění veřejné zakázky lhůtu delší, neboť prostřednictvím uvedené zadávací podmínky se zavázal poskytnout právě 6 měsíců, a uvedení slova ‚alespoň‘ na této skutečnosti nic nemění, neboť vyjadřuje pouze možnost (tj. nikoliv povinnost) zadavatele stanovit lhůtu delší.“*
39. V rámci provedení dokazování Úřad oslovil se žádostí o poskytnutí informací výrobce a distributory autobusů (Iveco Czech Republic, a. s., SOR Libchavy spol. s r.o., Volvo Group Czech Republic, s.r.o., EvoBus Česká republika s.r.o., MAN Truck & Bus Czech Republic s.r.o., SOLARIS CZECH spol. s r.o. a ŠKODA TRANSPORTATION a.s.). Z doručených odpovědí jednotlivých výrobců autobusů Úřad v bodu 117 napadeného rozhodnutí dovodil, že: *„(...) de facto žádný z výrobců nedokáže garantovat dodání požadovaných autobusů ve lhůtě 6 měsíců (pouze společnost Volvo Group Czech Republic, s.r.o. by teoreticky mohla dokázat dodat autobusy v této lhůtě, neboť uvedla termín dodání 5-7 měsíců, nicméně ani u této společnosti není jisté, že by autobusy stihla skutečně do 6 měsíců dodat). Pouze dva z výrobců autobusů by v období od zahájení zadávacího řízení, tj. od 30. 7. 2021, do současnosti dokázali předat hotová vozidla dopravci do 7 měsíců (Volvo Group Czech Republic, s.r.o. a MAN Truck & Bus Czech Republic s.r.o.) a další výrobce (SOR Libchavy spol. s r.o.) by to dokázal za 8 měsíců. Další tři oslovení výrobci (SOLARIS CZECH spol. s r.o., Iveco Czech Republic, a. s. a ŠKODA TRANSPORTATION a.s.) uvedli ve svých odpovědích delší lhůtu pro možné dodání, které může v konečném důsledku nastat i za více než rok. Poslední z oslovených výrobců autobusů,*

společnost EvoBus Česká republika s.r.o., dokonce uvedl, že nemůže sdělit závazný termín dodávky kvůli současnému problému s nedostatkem čipů.“ Na základě poskytnutých informací tedy Úřad uzavřel, že dodavatelé nemohou standardním způsobem získat nové autobusy pro plnění veřejné zakázky ve lhůtě 6 měsíců.

40. Z provedeného posouzení a dokazování pak Úřad uzavřel, že v zadavatelem garantované lhůtě 6 měsíců není možné zajistit adekvátní přípravu na plnění veřejné zakázky, když pouze doba dodání požadovaných nových autobusů, s kterými má být plnění veřejné zakázky provozováno, přesahuje tuto zadavatelem garantovanou lhůtu. Úřad tak má za to, že lhůta na zajištění vozidel určených k plnění veřejné zakázky je krátká, a tedy nepřiměřená.
41. Zadavatel v podaném rozkladu uvedl, že si vyžádal vyjádření ohledně doby dodání autobusů v měsíci březnu 2022, a to od Úřadem již osloveného výrobce MAN Truck & Bus Czech Republic s.r.o., který aktualizoval své vyjádření tak, že v současné době je schopen dodat předmětná vozidla v termínu 6 měsíců. Dále zadavatel oslovil společnost TURANCAR CZ s.r.o. (výhradní zastoupení prodeje autobusů ISUZU v ČR), která sdělila, že je schopna dodat předmětná vozidla v termínu 3 až 5 měsíců. Zadavatel tedy namítal, že pokud by šetření bylo prováděno v období leden až březen 2022, pak by z něho měl být učiněn závěr, že převážná část výrobců či distributorů je schopna předmětná vozidla dodat ve lhůtě 6 měsíců.
42. Po posouzení závěrů Úřadu učiněných v napadeném rozhodnutí má předseda Úřadu za to, že námitky zadavatele uvedené v podaném rozkladu jsou důvodné. Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně posoudil požadavek zadavatele jakožto nepřiměřený.
43. Z dokazování učiněného Úřadem v průběhu správního řízení vyplývá, že minimálně jeden výrobce autobusů byl schopen dodat autobusy ve lhůtě 5 až 7 měsíců. Další dva výrobci pak uvedli, že by byli schopni autobusy dodat do 7 měsíců. Ostatní výrobci autobusů uvedli lhůty delší.
44. Z podkladů předložených zadavatelem společně s podaným rozkladem však vyplývá, že v březnu 2022, kdy zadavatel oslovoval výrobce autobusů, byli minimálně 2 z nich schopni dodat autobusy ve lhůtě do 6 měsíců.
45. Z dokazování provedeného Úřadem i z podkladů předložených zadavatelem tak jednoznačně vyplývá, že situace u výrobců autobusů se v průběhu času výrazným způsobem mění. Nelze tak vyloučit, že pokud by byli osloveni výrobci autobusů v současné chvíli, mohla by být lhůta pro výrobu autobusů kratší a mohlo by se stát, že by více z nich bylo schopno dodat autobusy ve lhůtě do 6 měsíců. Nicméně by také mohla nastat situace úplně opačná, tedy že by žádný z již oslovených výrobců nebyl schopen autobusy ve lhůtě 6 měsíců dodat. Takovou proměnlivost na trhu však nelze přičítat k tíži zadavatele, jak to fakticky učinil Úřad v daném případě. Aby totiž bylo možné provést relevantní posouzení přiměřenosti lhůty stanovené zadavatelem, bylo by nutné vycházet z průzkumu, který by byl datován k rozhodnému okamžiku. Na tomto místě považuje předseda Úřadu za podstatné upozornit na skutečnost, že souhlasí s tvrzením zadavatele, podle něhož je nutné za takový rozhodný okamžik považovat nejdříve datum 1. 7. 2022, neboť lhůta pro přípravu plnění veřejné zakázky je zadavatelem garantována v minimální délce 6 měsíců a předpokládaný termín zahájení plnění veřejné zakázky je 1. 1. 2023. Nelze proto pro účely posouzení přiměřenosti lhůty stanovené zadavatelem vycházet z odpovědí, které se vztahovaly k období od zahájení

zadávacího řízení, neboť rozhodný okamžik pro případnou objednávku autobusů vybraným dodavatelem ještě nenastal.

46. Závěr Úřadu je proto založen na nesprávném posouzení, neboť nevzal v úvahu proměnlivost lhůty pro dodání autobusů v čase s ohledem na neustále měnící se situaci na trhu a současně nevymezil správným způsobem rozhodný okamžik, k němuž průzkum trhu směřoval. Takový závěr tedy nemůže obstát, neboť jak již bylo uvedeno výše, Úřad tímto způsobem klade k tíži zadavatele okolnosti, které zadavatel nemůže ani ovlivnit a ani předvídat.
47. Současně lze za nesprávný považovat i dílčí závěr Úřadu, z něhož vycházel při poměření výsledků průzkumu s podmínkami stanovenými zadavatelem. Zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil lhůtu 6 měsíců, jako lhůtu minimální, avšak Úřad v napadeném rozhodnutí o této lhůtě uvažuje pouze v intencích 6 měsíců. Předseda Úřadu nijak nepolemizuje s tím, že stanovenou podmínkou zadavatel „garantuje“ dobu alespoň 6 měsíců s tím, že delší lhůta je vyjádřena jako možná, a nikoliv povinná. Nicméně Úřad následně veškeré své závěry vztahuje právě ke lhůtě 6 měsíců a pomíjí fakultativní možnost prodloužení. Tím staví zadávací podmínky do takového světla, jako by v nich skutečně bylo stanoveno toliko 6 měsíců. Tento dílčí závěr však neodpovídá bodu 4. 1 zadávacích podmínek, v němž zadavatel stanovil, že: *„V případě, že bude s vybraným dodavatelem uzavřena Smlouva v době kratší než 6 měsíců před předpokládaným zahájením plnění předmětu Veřejné zakázky, bude Doba plnění posunuta tak, aby doba od uzavření Smlouvy s vybraným dodavatelem do zahájení plnění předmětu Veřejné zakázky činila alespoň 6 měsíců, pokud se zadavatel s dodavatelem nedohodnou jinak, a to z toho důvodu, aby vybraný dodavatel měl dostatek času na zajištění vozidel pro účely plnění předmětu Veřejné zakázky.“* Výklad provedený Úřadem tedy nepředstavuje výklad skutečného obsahu zadávacích podmínek.
48. Úřad rovněž dle názoru předsedy Úřadu nesprávně vyložil požadavek zadavatele na pořízení „nových“ autobusů. Zadavatel v zadávacích podmínkách, konkrétně v bodu 11 s názvem „STÁŘÍ A TECHNICKÝ STAV VOZIDEL“ přílohy č. 5 smlouvy, stanovil následující: *„Objednavatel vyhodnotil své ekonomické možnosti pro realizaci zabezpečení městské autobusové dopravy. Po provedené analýze došel k závěru, že jeho požadavkům nejvíce vyhovují nově pořízená vozidla, která budou provozována po celou dobu plnění smlouvy. **Objednatel požaduje všechna základy vozidla standardu jako vozidla nově pořízená výhradně k realizaci veřejné zakázky s využitím na celou dobu zakázky/plnění (vozidla po ukončení zakázky/plnění budou ve stáří 10 let).** V případě, kdy vozidlo bylo zakoupeno pro účel plnění zakázky v roce 2022, tj. v předcházejícím roce před rokem zahájení plnění zakázky), objednatel připouští stáří vozidla v okamžiku zahájení plnění veřejné zakázky 1 rok a po ukončení plnění zakázky stáří 11 let. Vozidla nesmí být před zahájením provozu pro účely plnění zakázky provozována jinak než pouze pro manipulační nebo servisní jízdy. **Důvodem tohoto požadavku je řádně zabezpečit požadovanou kvalitu poskytování služby a transparentní využívání vozidel dle smlouvy.**“*
49. Nelze tedy jednoznačně uzavřít, že se má jednat pouze o autobusy nově vyrobené pro účely této konkrétní veřejné zakázky, neboť takový požadavek zadavatele z uvedeného bodu explicitně nevyplývá. I v tomto dílčím závěru lze dospět k závěru, že Úřad „posunul“ požadavek zadavatele do roviny, v níž ale fakticky není. Lze dát Úřadu zapravdu, že požadavek může být splněn spíše vozidly, která budou pro účely veřejné zakázky nově nakoupena, ale to ještě samo o sobě neznamená, že musí jít o vozidla nově vyrobená, neboť Úřad nevzal v úvahu možnost tzv. skladových vozů, která mohou mít výrobci k prodeji. Současně však Úřad nijak nešetřil

situaci u samotných dodavatelů jako potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku a v zásadě pouze uzavřel, že nejsou schopni nové autobusy ve stanovené lhůtě nakoupit. Je nutné si uvědomit, že za situace, kdy předmětem veřejné zakázky není nákup autobusů, nýbrž služba spočívající v zajištění hromadné dopravy, je na samotném dodavateli, jakými konkrétními autobusy bude veřejnou zakázku zajišťovat. Úřad rovněž nemůže vycházet z obecného zjištění situace na trhu, pokud současně nezjistil, kterými konkrétními autobusy hodlá případný dodavatel plnění veřejné zakázky zajišťovat. K tomu je ovšem nutné podotknout, že není vůbec jisté, zda by dodavatel nové autobusy skutečně pořizoval a zda by je vůbec pořizoval od některého z oslovených výrobců. Jde tak o další neznámou, kterou se Úřadu nepodařilo objasnit pro učinění dostatečně odůvodněného závěru o nepřiměřenosti lhůty stanovené zadavatelem.

50. S ohledem na zde uvedené tak má předseda Úřadu za to, že závěry Úřadu jsou založeny na nesprávném posouzení věci, které vychází z nesprávně vyložených či neúplně zjištěných skutečností. Napadené rozhodnutí ve výroku II proto nelze považovat za zákonné, neboť nedostojí požadavku na dostatečné odůvodnění podle § 68 odst. 3 správního řádu. Současně pak Úřadem zjištěné skutečnosti nelze považovat za takový zjištěný skutkový stav, o němž nepanují důvodné pochybnosti.
51. Zadavatel v podaném rozkladu nejen řádně tvrdil, ale současně i prokázal, že existují důvodné pochybnosti o skutečnostech zjištěných Úřadem v rámci průzkumu trhu výrobců autobusů. Současně pak předseda Úřadu při provedeném přezkumu napadeného rozhodnutí zjistil, že některé dílčí závěry Úřadu, které v konečném důsledku vedly Úřad k závěru o nepřiměřenosti lhůty stanovené zadavatelem, vychází z nepřesně vyložených zadávacích podmínek. Nastaly tedy důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí v jeho výroku II dle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu, a proto předseda Úřadu rozhodl tak, jak uvedeno ve výroku I tohoto rozhodnutí o rozkladu.

K výrokům III a IV napadeného rozhodnutí

52. Úřad v napadeném rozhodnutí ve výrocih III a IV dovedil, že zadavatel porušil § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace dle § 6 odst. 2 citovaného zákona tím, že v bodě 13.2 písm. b) zadávací dokumentace u hodnotícího kritéria č. 2 s názvem „Cena dopravního výkonu za každý 1 km realizovaný nad rámec předpokládaného rozsahu veřejných služeb v čl. 3. odst. 3.4 Zadávací dokumentace v Kč bez DPH“, a dále v bodě 13.2 písm. c) zadávací dokumentace u hodnotícího kritéria č. 3 s názvem „Úspora za každý 1 km nerealizovaný z předpokládaného rozsahu veřejných služeb uvedeného v čl. 3. odst. 3.4 Zadávací dokumentace v Kč bez DPH“ stanovil pro účely hodnocení dolní hranici ceny dopravního výkonu a horní hranici nejvyšší možné úspory za každý 1 km nerealizovaný z předpokládaného rozsahu veřejných služeb. Dle názoru Úřadu tím zadavatel znemožnil dodavatelům, aby zadavateli nabídli nižší nabídkovou cenu za každý km realizovaný nad rámec a aby nabídli vyšší úsporu za každý nerealizovaný km rozsahu veřejné zakázky, čímž vytvořil bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
53. Předseda Úřadu předně poukazuje na skutečnost, že po přezkoumání napadeného rozhodnutí a posouzení obsahu obou výše vymezených zadávacích podmínek dospěl k závěru, že se zadavatel skutečně dopustil porušení § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace podle § 6 odst. 2 zákona, avšak nikoliv tím, že stanovil dolní hranici ceny za každý

km realizovaný nad rámec rozsahu veřejné zakázky (dle výroku III) a horní hranici úspory za každý nerealizovaný km z předpokládaného rozsahu veřejné zakázky (dle výroku IV), nýbrž tím, že jako důsledek nedodržení těchto mezních stanovil vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení. Právě to, že nedodržení vymezených hranic zadavatel spojil s důvodem pro vyloučení, považuje předseda Úřadu za rozporné se zákonem.

54. Zadavatel v podaném rozkladu odůvodňoval potřebu stanovení rozmezí pro hodnocení výše uvedených kritérií tím, že vycházel z provedených analýz externí společností, přičemž k tomu předložil velmi podrobné propočty jednotlivých nákladů dle variabilní a fixní nákladové složky a dále dle rentability. Po posouzení předloženého propočtu má předseda Úřadu za to, že zadavatel dostatečně zdůvodnil potřebu stanovení rozmezí pro tato dílčí kritéria hodnocení. Samotné stanovení rozmezí dle názoru předsedy Úřadu odráží konkrétní ekonomickou úvahu zadavatele pro danou veřejnou zakázku a nelze je považovat za svévoli zadavatele. Současně je toto rozmezí stanoveno zadávací dokumentací vůči všem dodavatelům stejně a garantuje jim minimální výši rentability nákladů v případě, že se rozhodnou své nabídkové ceny nabídnout v daném rozmezí.
55. Nicméně je třeba uvést, že pokud by dodavatelé chtěli využít svých ekonomických možností a nabídnout cenu nižší, případně úsporu vyšší, bylo by to dle podmínek stanovených v zadávací dokumentaci důvodem pro jejich vyloučení. Právě v tom ovšem tkví nezákonnost postupu zadavatele.
56. Zákon v § 48 odst. 1 zákona vymezuje, že zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
57. Podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil.
58. V daném případě však zadavatel v bodu 13.2 písm. b) zadávacích podmínek uvedl: *„Pokud bude ‚Cena dopravního výkonu za každý 1 km realizovaný nad rámec předpokládaného rozsahu veřejných služeb uvedeného v čl. 3. odst. 3.4 Zadávací dokumentace v Kč bez DPH‘ stanovena mimo rozmezí 30–60 % ‚Základní ceny dopravního výkonu na 1 km v Kč bez DPH‘, bude taková nabídka pro nesplnění zadávacích podmínek zadavatelem vyřazena a nebude dále posuzována. Účastník, který takovou nabídku podal, bude vyloučen ze zadávacího řízení.“* A dále v bodu 13.2 písm. c) zadávacích podmínek, uvedl: *„Pokud bude ‚Úspora za každý 1 km nerealizovaný z předpokládaného rozsahu veřejných služeb uvedeného v čl. 3. odst. 3.4 Zadávací dokumentace v Kč bez DPH‘ stanovena mimo rozmezí 30–60 % ‚Základní ceny dopravního výkonu na 1 km v Kč bez DPH‘, bude taková nabídka pro nesplnění zadávacích podmínek zadavatelem vyřazena a nebude dále posuzována. Účastník, který takovou nabídku podal, bude vyloučen ze zadávacího řízení.“* (pozn. ztůčnění provedeno předsedou Úřadu)
59. K tomu dále považuje předseda Úřadu za vhodné upozornit, že Úřad v napadeném rozhodnutí, konkrétně v bodu 139, správně vymezil, že zákon dává zadavateli nástroj, jak může nabídnutou cenu, pokud se mu bude zdát velmi nízká, zpochybnit, a to prostřednictvím institutu mimořádně nízké nabídkové ceny. Spojením následku vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení při nabídnutí nižší či vyšší nabídkové ceny, než je stanovena v zadávací dokumentaci, zadavatel institut mimořádně nízké nabídkové ceny fakticky nezákonně vyprazdňuje. Takový závěr Úřadu je správný, a to především proto, že zadavatel s nedodržením předmětných

zadávacích podmínek spojil následek vyloučení ze zadávacího řízení. Je povinností zadavatele, v případě, že identifikuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, nejprve vyzvat zadavatele, aby mu vysvětlil, z jakého důvodu takovou cenu nabídl. K povinnosti zadavatele vyzvat dodavatele ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny se vyjadřoval i Soudní Dvůr Evropské Unie ve svém rozsudku C-599/10 ze dne 29. 3. 2012, v němž uvedl: „*Je třeba připomenout, že článek 55 směrnice 2004/18 stanoví, že pokud se pro danou zakázku zdají být nabídky mimořádně nízké v poměru k výrobkům, stavebním pracím nebo službám, jež mají být poskytovány, nemůže zadavatel tyto nabídky odmítnout, aniž nejdříve písemně požádal o upřesnění základních prvků nabídky, které považuje za důležité.*“ Zákon tedy zadavateli stanovuje povinnost zabývat se mimořádně nízkou nabídkovou cenou a neumožňuje mu se této své povinnosti zbavit. Současně zákon dává dodavatelům možnost nabídnout takovou cenu, která se zadavateli může jevit jako mimořádně nízká, avšak ze zákona mají právo na to, aby takovou cenu mohli před zadavatelem obhájit. Zda se jim to podaří, je už věcí individuálních okolností daného případu. Nelze však takovou možnost dodavatelům upřít a také se zadavatel nemůže své povinnosti zbavit tak, jako to učinil v daném případě. Zadavatel totiž pomyslně přeskočil právo dodavatele na obhajobu nabídnuté ceny a přistoupil k případné nabídkové ceně mimo dané rozmezí, jako by se již dopředu jednalo o neodůvodněnou mimořádně nízkou nabídkovou cenu, čímž by byl naplněn důvod pro vyloučení dodavatele. Takový postup ovšem zákon neumožňuje.

60. Zadavatel tedy nepostupoval správně a v souladu se zákonem, když v zadávací dokumentaci stanovil podmínky uvedené pod body 13.2 písm. b) a 13.2 písm. c). Ačkoliv tedy předseda Úřadu spatřuje porušení zákona zadavatelem z jiného důvodu než Úřad v napadeném rozhodnutí, jde o totožné zadávací podmínky, přičemž jako rozporná se zákonem je posouzena jiná dílčí část těchto podmínek.
61. Podle § 263 odst. 3 zákona stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu s tímto zákonem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.
62. Důsledkem nezákonného postupu zadavatele je proto nezákonnost zadávacích podmínek, která musí nutně vést ke zrušení zadávacího řízení, neboť již neexistuje mírnější nápravné opatření, kterým by bylo možné nezákonný postup zadavatele zhojit.

K výroku V napadeného rozhodnutí

63. Na základě výše uvedeného došlo k naplnění podmínek pro uložení nápravného opatření, Úřad výrokem V zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku.
64. K tomu předseda Úřadu uvádí, že přijetí takového opatření považuje za zcela souladné s ohledem na zjištěnou nezákonnost postupu zadavatele, neboť nezákonné nastavení zadávacích podmínek nelze zhojit jinak.
65. Napadené rozhodnutí je tedy ve výroku č. V správné a zákonné. S ohledem na závěry vyslovené v tomto rozhodnutí tak nelze námitky směřující proti tomuto výroku považovat za důvodné, neboť s ohledem na zjištěné porušení zákona zadavatelem byly naplněny podmínky pro uložení nápravného opatření.

K výroku VI napadeného rozhodnutí

66. Podle § 263 odst. 8 zákona 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.
67. Úřad výrokiem VI napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že až do pravomocného skončení řízení vedeného před Úřadem uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.
68. Vzhledem k tomu, že v řízení byly splněny zákonné podmínky pro uložení zákazu uzavřít smlouvu, je třeba i tuto část napadeného rozhodnutí považovat za správnou a zákonnou.

K výroku VII napadeného rozhodnutí

69. Podle § 266 odst. 1 zákona v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, byla zadavateli uložena povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
70. S ohledem na skutečnost, že v tomto rozhodnutí byl shledán postup zadavatele nezákonným a byl dán důvod pro uložení nápravného opatření, došlo i k naplnění podmínek pro uložení povinnosti k úhradě nákladů řízení. I v tomto výroku je tak napadené rozhodnutí správné a zákonné.

Shrnutí

71. Z obsahu podaného rozkladu vyplývá, že zadavatel rozporoval správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí a rovněž zákonnost postupu Úřadu ve správním řízení. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí však byly námitky zadavatele shledány důvodnými toliko ve vztahu k výroku II, přičemž napadené rozhodnutí bylo v tomto výroku zrušeno. Jako částečně důvodné pak předseda Úřadu shledal i námitky zadavatele ve vztahu k výrokům III a IV. To však nic nemění na skutečnosti, že se zadavatel dopustil nezákonného postupu.

Závěr

72. Po posouzení dané věci a zvážení všech jejích aspektů předseda Úřadu dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí v jeho výroku II, a proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I tohoto rozhodnutí. Dále pak vyvstala potřeba napadené rozhodnutí ve výrocích III a IV částečně změnit, přičemž předseda tuto změnu provedl výrokem II a III tohoto rozhodnutí o rozkladu. Protože i po výše uvedené změně platí, že ve správním řízení bylo shledáno nezákonné nastavení zadávacích podmínek zadavatelem, pak bylo třeba potvrdit i rozkladem napadený výrok V napadeného rozhodnutí, jímž Úřad uložil nápravné opatření zrušením zadávacího řízení. Výroky VI a VII pak v představují tzv. závislé výroky, které závisejí na výroku V napadeného rozhodnutí, a nebylo je proto nutné zrušit či změnit, neboť výrok V napadeného rozhodnutí se tímto rozhodnutím o rozkladu potvrzuje.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. B&C Dopravní systémy s.r.o., , se sídlem Husova 517, 411 17 Libochovice
2. ČSAD Jindřichův Hradec s.r.o., se sídlem U Nádraží 694, 377 14 Jindřichův Hradec

Vypraveno dne

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