



UOHSX0094UWR

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0690/2016/VZ-00578/2017/512/AKp

Brno 4. ledna 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, k výkonu dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, ve správním řízení zahájeném dne 3. 11. 2016 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – město Třebíč, se sídlem Karlovo nám. 104/55, Vnitřní Město, 674 01 Třebíč 1, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 9. 11. 2016 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem vykonávajícím advokacii jako společník spol. Kruták&Partners, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 29415349, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha – Staré Město

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky "Výběr dopravce pro uzavření smlouvy o poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících veřejnou linkovou autobusovou dopravou k zajištění dopravní obslužnosti města Třebíč a vybraných okolních obcí" zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 16. 5. 2016 a uveřejněno dne 17. 5. 2016 pod ev. č. 636244 a následně dne 27. 5. 2016 opraveno a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 20. 5. 2016 pod ev. č. 2016/S 096-172630 a opraveno dne 1. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 104-186257,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Třebíč, se sídlem Karlovo nám. 104/55, Vnitřní Město, 674 01 Třebíč 1 – **se dopustil** správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když obchodní podmínku v článku 5.8 závazného návrhu Smlouvy o poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících veřejnou linkovou autobusovou dopravou k zajištění dopravní obslužnosti města Třebíč a vybraných okolních obcí, který je součástí dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou, stanovil takto: „*Dopravce se zavazuje po celou dobu trvání Smlouvy zajistit kryté parkovací stání pro Používaná vozidla.*“, tedy tak, aby se vybraný uchazeč zavázal po celou dobu trvání smlouvy na veřejnou zakázku, tj. od 1. 1. 2017 do 31. 12. 2024, zajistit kryté parkovací stání pro používaná vozidla, ačkoliv tím významně omezil okruh možných dodavatelů, kteří jsou jinak způsobilí k plnění zakázky, což vedlo ve výše uvedeném zadávacím řízení k podání jediné nabídky od stávajícího poskytovatele služby, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel s vybraným uchazečem - společností TRADO-MAD, s.r.o., IČO: 25320807, se sídlem Komenského náměstí 137/9, Vnitřní Město, 674 01 Třebíč, dne 27. 10. 2016 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – město Třebíč, se sídlem Karlovo nám. 104/55, Vnitřní Město, 674 01 Třebíč 1 – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

pokuta ve výši 1.500.000,- Kč (jeden milion pět set tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel - město Třebíč, se sídlem Karlovo nám. 104/55, Vnitřní Město, 674 01 Třebíč 1, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 9. 11. 2016 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem vykonávajícím advokacii jako společník spol. Kruták&Partners, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 29415349, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha – Staré Město (dále jen „zadavatel“) zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) dne 16. 5. 2016 odesláním oznámení o zahájení otevřeného řízení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Výběr dopravce pro uzavření smlouvy o poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících veřejnou linkovou autobusovou dopravou k zajištění dopravní obslužnosti města Třebíč a vybraných okolních obcí“, v otevřeném řízení, přičemž oznámení o zakázce bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 17. 5. 2016 pod ev. č. 636244 a následně dne 27. 5. 2016 opraveno a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne

20. 5. 2016 pod ev. č. 2016/S 096-172630 a opraveno dne 1. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 104-186257 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle článku 4.1 Zadávací dokumentace *„výkon veřejných služeb za účelem zajištění dopravní obslužnosti města Třebíče a okolních obcí Nová Ves u Třebíče, Přibyslavice, Stařeč, Kožichovice a Střítež u Třebíče dle § 2 ZoSV, a to po dobu 8 let v rozsahu a za podmínek stanovených v této zadávací dokumentaci.“* Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla v článku 3.2 Zadávací dokumentace zadavatelem stanovena na 280.000.000,- Kč bez DPH.
3. Rozsah veřejné zakázky byl podle článku 4.2 Zadávací dokumentace následující: *„Celkový předpokládaný rozsah plnění této Veřejné zakázky je vymezen prostřednictvím předpokládaného celkového počtu Vozokm ujetých za celou dobu realizace této Veřejné zakázky, tj. za dobu 8 let trvání smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě (dále jen „Smlouva“), a činí 7.280.000 Vozokm za celou dobu plnění této Veřejné zakázky, tj. 910.000 Vozokm za kalendářní rok.“*
4. Z dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou Úřad dále zjistil, že v článku 5.8 závazného návrhu Smlouvy o poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících veřejnou linkovou autobusovou dopravou k zajištění dopravní obslužnosti města Třebíč a vybraných okolních obcí (dále jen „smlouva“), který je součástí dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou, je uvedeno: *„Dopravce se zavazuje po celou dobu trvání Smlouvy zajistit kryté parkovací stání pro Používaná vozidla.“*
5. Dále je v článku 3.1 závazného návrhu smlouvy, který je součástí dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou, uvedeno: *„Tato Smlouva se uzavírá na dobu určitou, a to od 1. 1. 2017 do 31. 12. 2024.“*
6. Zadavatel uzavřel dne 27. 10. 2016 s vybraným uchazečem – společností TRADO-MAD, s.r.o., IČO: 25320807, se sídlem Komenského náměstí 137/9, Vnitřní Město, 674 01 Třebíč (dále jen „vybraný uchazeč“) smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

7. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona obdržel dne 25. 10. 2016 nezávisle na sobě 2 podněty k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky.
8. Na základě skutečností obsažených v obou podnětech si Úřad dne 26. 10. 2016 od zadavatele vyžádal dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou.
9. Úřad zahájil správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, a to dne 3. 11. 2016, kdy byl zadavateli doručen přípis č. j. ÚOHS-S0690/2016/VZ-44482/2016/512/AKp ze dne 3. 11. 2016 o oznámení o zahájení správního řízení, jelikož na základě skutečností vyplývajících z dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou a dodatečných informací uveřejněných na profilu zadavatele získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, konkrétně, zda zadavatel dodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když v článku 5.8 závazného návrhu smlouvy, který je součástí dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou, požadoval jako obchodní podmínku, aby se vybraný uchazeč zavázal po celou dobu trvání smlouvy na

veřejnou zakázku zajistit kryté parkovací stání pro používaná vozidla, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

10. Ještě předtím než zadavatel doručil Úřadu dokumentaci pořízenou v souvislosti s veřejnou zakázkou, Úřad dále zjišťoval, zda v předmětné věci již došlo k uzavření smlouvy na plnění předmětné veřejné zakázky. Tuto skutečnost Úřad zjišťoval jednak z dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou uveřejněné na profilu zadavatele (viz https://zakazky.trebic.cz/contract_display_303.html) a jednak také z informací uveřejněných ve Věstníku veřejných zakázek a na webových stránkách města Třebíč a jelikož přezkoumáním dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou i uvedených informací nebylo zjištěno, že by ze strany zadavatele došlo k uzavření smlouvy na plnění předmětné veřejné zakázky s vybraným uchazečem, bylo zadavateli odesláno dne 3. 11. 2016 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0690/2016/VZ-44516/2016/512/AKp kterým bylo zadavateli nařízeno předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky. Výše uvedené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 4. 11. 2016
11. Následně dne 7. 11. 2016 byla Úřadu doručena vyjádření zadavatele k podnětům a rovněž zadávací dokumentace pořízená v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou, ze které Úřad zjistil, že dne 27. 10. 2016 zadavatel uzavřel smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky s vybraným uchazečem.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

12. Podle ust. § 113 zákona ve spojení s ust. § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dne 3. 11. 2016, kdy Úřad doručil zadavateli oznámení o zahájení řízení.
13. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
14. Na základě zjištění, že zadavatel s vybraným uchazečem již smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky uzavřel, Úřad přípisem č. j. ÚOHS-S0690/2016/VZ-45904/2016/512/AKp ze dne 14. 11. 2016 doručeném zadavateli téhož dne, zadavatele seznámil se skutečnostmi zjištěnými ve správním řízení a sdělil mu, že na základě výše uvedených skutečností získal pochybnost, zda zadavatel dodržel zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když v článku 5.8 závazného návrhu smlouvy, který je součástí dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou, požadoval jako obchodní podmínku, aby se vybraný uchazeč zavázal po celou dobu trvání smlouvy na veřejnou zakázku zajistit kryté parkovací stání pro používaná vozidla, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zda se tím tak nedopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když dne 27. 10. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.
15. Dne 14. 11. 2016 bylo zadavateli rovněž doručeno usnesení č. j. ÚOHS-S0690/2016/VZ-45905/2016/512/AKp ze dne 14. 11. 2016, kterým byla zadavateli určena lhůta 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které je oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a je rovněž oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.
16. Následně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0690/2016/VZ-48413/2016/512/AKp ze dne 7. 12. 2016 stanovil lhůtu, ve které se zadavatel mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

17. Dne 18. 11. 2016 odeslal Úřad celkem pěti společnostem zabývajícím se poskytováním autobusové dopravy v regionu Morava a Vysočina žádosti o vyjádření, v nichž Úřad položil těmto společnostem následující otázku: *„Bylo by v případě Vašeho zájmu o výše uvedenou veřejnou zakázku v možnostech Vaší společnosti zajistit kryté parkovací stání pro používaná vozidla ve lhůtě od 1. 1. 2017 do 31. 12. 2024? Vezměte, prosím, v úvahu, že právní forma zajištění krytého parkovacího stání není zadavatelem blíže určena, takže to může být např. koupě, nájem apod. a počet autobusů, který má zajistit plnění předmětné veřejné zakázky, tj. 910.000 Vozokm ročně, je ponechán na úvaze dodavatele.“*
18. Konkrétně byly osloveny se žádostí o vyjádření k výše uvedené otázce tyto společnosti:
- TREDOS, spol. s r.o., IČO: 26244136, se sídlem Kožichovice, Žďárského 221, PSČ 67401 (dále jen „TREDOS spol. s.r.o.“)
 - Znojenská dopravní společnost - PSOTA, s.r.o., IČO: 63496283, se sídlem Znojmo, Dobšická 3697/6, PSČ 66902 (dále jen „Znojenská dopravní společnost - PSOTA, s.r.o.“)
 - ARRIVA VÝCHODNÍ ČECHY a.s., IČO: 25945408, se sídlem Na Ostrově 177, Chrudim III, 537 01 Chrudim (dále jen „ARRIVA VÝCHODNÍ ČECHY a.s.“)
 - BÍTEŠSKÁ DOPRAVNÍ SPOLEČNOST, spol. s.r.o., IČO: 46962816, se sídlem Vlkovská 334, 595 01 Velká Bíteš (dále jen „BÍTEŠSKÁ DOPRAVNÍ SPOLEČNOST, spol. s.r.o.“)
 - ZDAR, a.s., IČO: 46965815, se sídlem Jihlavská 759/4, Žďár nad Sázavou 1, 591 01 Žďár nad Sázavou (dále jen „ZDAR, a.s.“)
19. Znojenská dopravní společnost - PSOTA, s.r.o. ve svém vyjádření ze dne 23. 11. 2016, které bylo Úřadu doručeno následující den, uvedla, že *„se do předmětného VŘ nepřihlásila a to z několika důvodů: prostým vydělením zadavatelem uvedené maximální ceny počtem ujetých kilometrů vyšla částka 38,46 Kč/km. Při podmínkách doby provozu a požadovaného průměrného stáří vozového parku naše společnost není schopna za tak nízkou cenu službu poskytnout v požadovaném rozsahu a kvalitě. Zadavatel nebyl na vyžádání schopen poskytnout rámcové oběhy a předpokládaný počet potřebných vozidel a nechal toto zcela na zájemci.“* Dále společnost uvedla, že tímto byl dle jejího názoru zvýhodněn stávající provozovatel, který uvedené informace měl. Nakonec společnost ještě dodala, že některé z požadavků – např. váha infopanelů, umístění informačního střediska - byly naopak stanoveny velmi konkrétně a tím bylo v podstatě vyloučeno jiné řešení. K výše uvedenému dotazu Úřadu společnost sdělila následující: *„náš předpoklad – odhad potřeby vozidel pro zajištění provozu výrazně překračuje počet dvacet, se zálohami okolo třiceti vozidel. Pro tento počet vozidel není naše společnost schopna zajistit kryté parkování.“*
20. BÍTEŠSKÁ DOPRAVNÍ SPOLEČNOST, spol. s.r.o. ve svém vyjádření ze dne 23. 11. 2016 doručeném Úřadu následujícího dne sdělila, že o veřejnou zakázku měla zájem, protože provozuje autobusovou dopravu v daném regionu, a to pro Jihomoravský kraj i Kraj Vysočina a také proto, že splňovala kvalifikační požadavky zadavatele a zakázku považovala kvůli jejímu předmětu za vhodnou. Dále bylo uvedeno následující: *„V možnostech naší společnosti však nebylo zajistit kryté parkovací stání pro používaná vozidla ve lhůtě od 1. 1. 2017 do 31. 12. 2024, resp. po celou dobu trvání plnění veřejné zakázky. Problematické bylo samozřejmě dodržet povinnost zajistit kryté parkovací stání již od 1. 1. 2017, tedy od počátku*

uvedeného období. Podání nabídky v zadávacím řízení na výše uvedenou veřejnou zakázku jsme zvažovali. Lhůta pro podání nabídek však končila na konci měsíce srpna 2016 (s perspektivou posuzování a hodnocení nabídek v zadávací lhůtě 9 měsíců). Zakázka měla být plněna již od nového roku 2017. Po zvážení pravděpodobného časového rámce výběru nejvhodnější nabídky nejdříve za 2 měsíce od konce lhůty pro podání nabídek a následného uzavření smlouvy došla naše společnost k závěru, že v takto krátké lhůtě od výběru nejvhodnější nabídky, resp. od podpisu smlouvy není schopna obstatat v Třebíči kryté stání pro všechna vozidla, která by byla k plnění veřejné zakázky potřebná, a že by ani nebyla schopna v tak krátké lhůtě zajistit plný počet potřebných autobusů s ohledem na dodací lhůty výrobců a specifické požadavky zadavatele. Neměli jsme zájem kryté stání ani vozidla zajišťovat před podpisem smlouvy se zadavatelem, protože takový postup je velmi rizikový a přináší zvýšené náklady, které nám nikdo nenahradí. Výše uvedené skutečnosti byly důvodem, proč se naše společnost rozhodla nabídku nepodat, přestože jsme její podání původně zvažovali. Pro upřesnění tedy uvádíme, že v průběhu plnění veřejné zakázky (v určité přiměřené lhůtě) by naše společnost byla s největší pravděpodobností schopna si zadavatelem požadované kryté stání pro vozidla zajistit, jakož i obstatat veškerá potřebná vozidla. Tuto alternativu však naše společnost musela zavrhnout, jelikož začít plnit veřejnou zakázku od 1. 1. 2017, aniž bychom splňovali všechny smluvní podmínky, by bylo porušením smlouvy, které by zadavatel jistě sankcionoval ať už finančním postihem nebo ukončením smluvního vztahu.“ Dále společnost dodala, že kromě výše uvedeného ji od podání nabídky odradila rovněž předpokládaná hodnota veřejné zakázky, která byla určena na 280.000.000,- Kč při 7.280.000 Vozokm, což dle společnosti činí cca 38,46 Kč/Vozokm. Předpokládaná hodnota podle zkušeností společnosti získaných účastí na soutěžích na plnění veřejných zakázek v dopravě odpovídá přibližně částce, kterou dopravce za plnění zakázky získá od zadavatele jako objednatel dopravy či na jízdě od cestujících. Provedením základních propočtů společnost zjistila, že předpokládaná hodnota zakázky pro ně není atraktivní a ve spojení se smluvními podmínkami, které by společnost nebyla schopna ve stanovené lhůtě splnit, se společnost rozhodla nabídku nepodat.

21. TREDOS spol. s.r.o. ve svém vyjádření ze dne 25. 11. 2016, které bylo Úřadu doručeno dne 28. 11. 2016, uvedl následující: „Vzhledem k době mezi podáním, vyhodnocením nabídek a termínu zahájení provozu jsme některé podmínky uvedené zejména v návrhu smlouvy vyhodnotili jako pro naši firmu těžko splnitelné. Mezi tyto podmínky patřila i ta uvedená v článku 5.8 návrhu Smlouvy, dle které se měl dopravce zavázat zajistit po celou dobu trvání smlouvy kryté parkovací stání pro používaná vozidla. Kromě výše uvedené podmínky nebylo v našich možnostech v tak krátké době ani zajištění dostatečného počtu vozidel v požadované specifikaci, a proto jsme naši nabídku pro účast ve výběrovém řízení ani nepodávali.“
22. Společnost ARRIVA VÝCHODNÍ ČECHY a.s. ve svém vyjádření ze dne 29. 11. 2016 doručeném Úřadu dne 30. 11. 2016 uvedla následující: „Společnost předně deklaruje, že není účastníkem zadávacího řízení předmětné veřejné zakázky. Společnost dále uvádí, že jí nejsou známy podmínky a poměry dané lokality (města Třebíče a vybraných okolních obcí) a bez jejich řádného zmapování nemůže Úřadu jednoznačně odpovědět, zda by byla schopna zajistit krytá parkovací stání autobusů dle požadavků zadavatele veřejné zakázky. Společnost nemůže v tomto ohledu vycházet ani ze zkušeností z jiných veřejných zakázek na zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících, neboť se s obdobným požadavkem zadavatele na krytá parkovací stání pro autobusy nesetkala.“

23. Společnost ZDAR, a.s. se ve stanovené lhůtě nevyjádřila.
24. Následně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0690/2016/VZ-48413/2016/512/AKp ze dne 7. 12. 2016 stanovil lhůtu, ve které se zadavatel mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
25. Dne 16. 12. 2016 doplnil Úřad správní spis vedený v posuzovaném případě o následující dokumenty jako podklady pro rozhodnutí:
 - 1) Rozpočet města Třebíč na r. 2016 (dostupné z: http://www.trebic.cz/assets/File.ashx?id_org=16973&id_dokumenty=26297),
 - 2) Oznámení o zakázce (řádné) v IS VVZ (dostupné z: <https://old.vestnikverejnychzakazek.cz/cs/Form/Display/659780>),
 - 3) Oznámení o zakázce (opravné) v IS VVZ (dostupné z: <https://old.vestnikverejnychzakazek.cz/cs/Form/Display/661436>),
 - 4) Vyjádření zadavatele k podnětu vedeného pod sp. zn. P1690/2016/VZ,
 - 5) Vyjádření zadavatele k podnětu vedeného pod sp. zn. P1693/2016/VZ.
26. Dne 16. 12. 2016 Úřad rovněž s ohledem na doplnění správního spisu o výše uvedené dokumenty jako podklady pro rozhodnutí určil usnesením č. j. ÚOHS-S0690/2016/VZ-49510/2016/512/AKp ze dne 16. 12. 2016 doručeném téhož dne zadavateli novou lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí, a to do 20. 12. 2016.

Vyjádření zadavatele

27. Ve vyjádření zadavatele ze dne 21. 11. 2016 doručeném Úřadu dne 22. 11. 2016 zadavatel nejprve odkázal na své vyjádření k podnětům ze dne 7. 11. 2016 a dále tedy rekapituloval, že požadavek na zajištění krytého stání je odůvodněn jednak potřebou zamezit tomu, aby autobusy vyjížděly v zimních obdobích k výkonům zasněžené nebo s námrazou a jednak také tím, že zadavatel nechce, aby byly autobusy odstavovány na pozemních komunikacích nebo veřejných prostranstvích. Nedostatečnost časového prostoru na vybudování krytých stání zadavatel ve svém vyjádření odmítl a uvedl, že časový prostor byl dostatečný a také že jeho požadavek bylo možné splnit několika způsoby. Opakovaně zdůrazňoval, že nepožadoval depo ani vytápěné haly, nýbrž pouze krytá stání. Zadavatel dále uvedl, že záměr zahájit zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku byl zveřejněn již v březnu roku 2015 v Úředním věstníku Evropské unie a potencionální uchazeči tak měli dostatek času se na účast v zadávacím řízení připravit. Nakonec zadavatel uvedl, že vůči podmínkám stanoveným v zadávací dokumentaci neobdržel jakékoli námítky či dotazy ze strany dodavatelů.
28. Následně Úřad dne 15. 12. 2016 obdržel od zadavatele vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 14. 12. 2016. V daném vyjádření zadavatel rekapituloval své argumenty, jež byly uvedeny již v jeho vyjádření ze dne 21. 11. 2016. Dále se zadavatel vyjadřoval k vyjádřením dopravních společností, jež byly Úřadem osloveny se žádostí o vyjádření. Zadavatel k těmto uvedl, že je přesvědčen, že na základě skutečností vyplývajících z vyjádření oslovených společností nelze učinit závěr, že došlo k porušení zákona. K tomu zadavatel dále uvedl, že o diskriminaci lze hovořit pouze v případě, když je určitá podmínka nesplnitelná obecně a objektivně (tj. pro jiné dodavatele, než je stávající poskytovatel) a nikoliv tedy v případě, pokud je nemožnost splnit určitou podmínku dána pouze subjektivními faktory na straně

dodavatele. Zadavatel v této souvislosti tvrdil, že Úřad nesprávně formuloval dotaz položený daným dopravním společností, a dále uvedl, že i když se 2 dodavatelé vyjádřili, že by nebyli schopni kryté stání zajistit, a třetí dodavatel uvedl, že je daná podmínka (na zajištění krytého parkovacího stání) těžko splnitelná, není dle něj jisté, že by danou podmínku nemohl splnit kdokoli kromě stávajícího poskytovatele. K vyjádřením dopravních společností dále uvedl, že tyto společnosti neuvedly důvod, proč by nebyly schopny danou podmínku splnit či zda se pokoušeli zjistit možnosti pro její naplnění.

29. Dne 21. 12. 2016 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 20. 12. 2016, kterým zadavatel reagoval na usnesení č. j. ÚOHS-S0690/2016/VZ-49510/2016/512/AKp ze dne 16. 12. 2016, kterým Úřad zadavateli určil novou lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí. Zadavatel v rámci tohoto vyjádření uvedl, že ani po doplnění správního spisu o výše uvedené dokumenty jako podklady pro rozhodnutí, nelze dospět k závěru, že ze strany zadavatele došlo k porušení zákona. Dále se zadavatel vyjádřil k aplikaci institutu skryté diskriminace, kdy v této souvislosti odkazoval na závěry existující judikatury a uvedl, že ke shledání skryté diskriminace má dojít jedině v případě, kdy byly zadávací podmínky excesivní a jasně vybočující z potřeb veřejné zakázky. Konkrétně odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 ze dne 5. 6. 2008, v rámci kterého byla zdůrazněna potřeba restriktivního přístupu k aplikaci institutu skryté diskriminace. Zadavatel také opět zpochybňoval vyjádření Úřadem oslovených dopravců a uvedl k nim, že jsou pouze subjektivním stanoviskem dopravců a nevyplývá z nich, že by dopravci pro splnění daného požadavku zadavatele vyvinuli jakoukoli snahu. Dále zadavatel z kontextu odpovědí Úřadem oslovených dopravců vyvodil, že tito dopravci nevyvinuli dle zadavatele žádnou hmatatelnou snahu ke splnění daného požadavku a také, že ze strany oslovených dopravců nedošlo k žádným konkrétním poptávkám. V dalším zadavatel opět rekapituloval svou argumentaci ze svých předchozích vyjádření.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

30. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele, a na základě vlastních zjištění konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když v článku 5.8 závazného návrhu smlouvy, který je součástí dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou, požadoval jako obchodní podmínku, aby se vybraný uchazeč zavázal po celou dobu trvání smlouvy na veřejnou zakázku zajistit kryté parkovací stání pro používaná vozidla, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 27. 10. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

31. Podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek.
32. Podle čl. 99 Ústavy se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky.

33. Podle § 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích, ve znění pozdějších předpisů, je obec základním územním samosprávným společenstvím občanů; tvoří územní celek, který je vymezen hranicí území obce.
34. Z výše uvedeného plyne, že město Třebíč jakožto zadavatel je základním územním samosprávným celkem.
35. Zadavatel je tak v případě zadávání veřejné zakázky veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. c) zákona, protože se na něj vztahují ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Uvedené ostatně Úřad považuje za nesporné už jen s ohledem na skutečnost, že toto není zadavatelem nikterak rozporováno.

K požadavku zajištění krytého parkovacího stání pro používaná vozidla

Relevantní ustanovení zákona

36. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
37. Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.
38. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

39. Podle článku 4.1 Zadávací dokumentace je předmětem plnění veřejné zakázky „výkon veřejných služeb za účelem zajištění dopravní obslužnosti města Třebíče a okolních obcí Nová Ves u Třebíče, Přibyslavice, Stařeč, Kožichovice a Střítež u Třebíče dle § 2 ZoSV, a to po dobu 8 let v rozsahu a za podmínek stanovených v této zadávací dokumentaci.“ Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla v článku 3.2 Zadávací dokumentace zadavatelem stanovena na 280.000.000,- Kč bez DPH.
40. Rozsah veřejné zakázky byl podle článku 4.2 Zadávací dokumentace následující: „Celkový předpokládaný rozsah plnění této Veřejné zakázky je vymezen prostřednictvím předpokládaného celkového počtu Vozokm ujetých za celou dobu realizace této Veřejné zakázky, tj. za dobu 8 let trvání smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě (dále jen „Smlouva“), a činí 7.280.000 Vozokm za celou dobu plnění této Veřejné zakázky, tj. 910.000 Vozokm za kalendářní rok.“
41. Ze zadávací dokumentace Úřad dále zjistil, že v článku 5.8 závazného návrhu smlouvy, který je součástí dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou, je uvedeno: „Dopravce se zavazuje po celou dobu trvání Smlouvy zajistit kryté parkovací stání pro Používaná vozidla.“
42. Dále je v článku 3.1 závazného návrhu smlouvy, který je součástí dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou, uvedeno: „Tato Smlouva se uzavírá na dobu určitou, a to od 1. 1. 2017 do 31. 12. 2024.“

43. Zadavatel uzavřel dne 27. 10. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku.

Právní posouzení

44. Úřad v první řadě na úvod právního posouzení věci uvádí, že podle ustanovení § 117c odst. 1 písm. a) zákona musí být podání účastníků v řízeních o přezkoumání úkonů zadavatele zahájených z moci úřední činěna v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem. Úřad nepřehlédl, že ani jedno z vyjádření zadavatele, které Úřad v řízení obdržel, tuto náležitost nespĺňovalo, jelikož ani jedno vyjádření nebylo opatřeno uznávaným elektronickým podpisem. Úřad na úvod uvádí, že byť tato vyjádření nemohl formálně akceptovat jako vyjádření v řízení, materiálně se s jejich obsahem vypořádal a proto je i uvádí v narativní části tohoto rozhodnutí. Úřad tak činí proto, aby nedošlo ke zkrácení procesních práv zadavatele, avšak připomíná, že zadavatel i v tomto nerespektuje zákon.
45. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
46. Zadavatel v zadávací dokumentaci požadoval zajištění krytého parkovacího stání pro používaná vozidla a to po celou dobu trvání smlouvy, přičemž smlouva byla uzavírána na dobu určitou od 1. 1. 2017 do 31. 12. 2024, tudíž kryté parkovací stání muselo být zajištěno již od 1. 1. 2017.
47. Obecně k zásadě zákazu diskriminace Úřad konstatuje, že je jednou ze základních zásad zakotvených v ust. § 6 odst. 1 zákona, přičemž jejím cílem je umožnit při zadávání veřejných zakázek hospodářskou soutěž v co možná největší míře. Diskriminace sama o sobě může mít dvě formy – diskriminaci zjevnou, kdy nejsou podmínky nastaveny stejně pro všechny jednotlivce srovnávaného celku, a diskriminaci skrytou, kdy jsou podmínky nastaveny pro všechny jednotlivce (zdánlivě) stejně, ale ve výsledku je dosaženo stejného účinku jako u diskriminace zjevné, tedy okruh potenciálních dodavatelů je omezen nelegitimním požadavkem, který má diskriminační efekt (k zákazu skryté diskriminace odkazuje Úřad na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, veškerá rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu dostupná online na <http://www.nssoud.cz>).
48. V posuzovaném případě, kdy zadavatel stanovil podmínku zajištění krytého stání pro všechny autobusy, které budou realizovat předmět veřejné zakázky, a to po celou dobu její realizace, se jedná o tzv. diskriminaci skrytou, neboť požadavek zadavatele na zajištění krytého parkovacího stání po celou dobu trvání smlouvy byl sice stanoven pro všechny uchazeče shodně, nicméně jím ve výsledku diskriminoval na úkor řádné a široké hospodářské soutěže všechny potenciální uchazeče, kteří nedisponovali krytým stáním odpovídajícím požadavkům zadavatele. Přitom však mohl některý z takto diskriminovaných potenciálních uchazečů podat lepší nabídku než vybraný uchazeč. Stanovením daného požadavku mohl být zvýhodněn uchazeč, který kryté stání odpovídající požadavkům zadavatele již zajištěné měl. V daném případě byl tímto zvýhodněným uchazečem současný poskytovatel veřejné linkové autobusové dopravy ve městě Třebíč, který také i přes silné konkurenční prostředí panující obecně na poměrně širokém trhu mezi společnostmi nabízejícími a poskytujícími výkon

veřejných služeb autobusovou dopravou za účelem zajištění dopravní obslužnosti jako jediný podal do zadávacího řízení svou nabídku, která tak nakonec také byla vybrána jakožto nejvhodnější.

49. V souvislosti s výše uvedeným Úřad oslovil celkem 5 společností, které se zabývají poskytováním autobusové dopravy v regionu Vysočina a Morava (jejich odpovědi uvedeny viz výše), přičemž z odpovědí celkem 3 společností (konkrétně se jednalo o společnost TREDOS spol. s.r.o., BÍTEŠSKÁ DOPRAVNÍ SPOLEČNOST, spol. s.r.o. a Znojemská dopravní společnost - PSOTA, s.r.o.) vyplynulo, že všechny tyto tři společnosti měly o předmětnou veřejnou zakázku zájem a zvažovaly podání nabídek, nicméně po prostudování zadávacích podmínek od svého záměru podat do zadávacího řízení nabídky upustily. Dále tyto společnosti shodně uvedly, že v zadávacích podmínkách shledaly mimo jiné jako zásadně problematický právě požadavek zadavatele zajistit kryté parkovací stání pro používaná vozidla po celou dobu trvání smlouvy. Také se shodně vyjádřily, že ani jedna z těchto společností by nebyla schopna za takových časových podmínek kryté parkovací stání zajistit. Další oslovená společnost (ARRIVA VÝCHODNÍ ČECHY a.s.) uvedla, že bez znalostí podmínek a poměrů dané lokality není schopna na položený dotaz odpovědět a poslední z oslovených společností (ZDAR, a.s.) se nevyjádřila. V této souvislosti Úřad poznamenává, že oslovené společnosti ve svých vyjádřeních uvedly i jiné důvody, pro které se nakonec rozhodly daného zadávacího řízení nezúčastnit, nicméně pro účely daného správního řízení tyto Úřad shledal jako bezpředmětné, jelikož se dotazované společnosti přímo vyjádřily i k požadavku zadavatele, který je předmětem tohoto řízení.
50. Úřad se nejprve bude zabývat otázkou samotného požadavku na zajištění krytého parkovacího stání pro používaná vozidla po celou dobu trvání smlouvy. Je tomu tak z toho důvodu, že za skrytou diskriminaci lze považovat pouze takové opatření, které je ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nelegitimní, tedy nejedná se o opatření vhodné, přiměřené a potřebné pro realizaci předmětu veřejné zakázky. Tedy, byť Úřad výše dovodil, že předmětné opatření mělo i praktický odrazující efekt na potenciální dodavatele, zadavatel zároveň uvedl důvody, pro které je toto opatření účelné, a tudíž nemůže být v rozporu s ustanovením § 6 odst. 1 zákona.
51. Předně Úřad považuje za vhodné uvést, že nijak nerozporuje legitimitu požadavků zadavatele, aby autobusy nevyjížděly v zimních obdobích k výkonům zasněžené nebo s námrazou a také aby nebyly autobusy odstavovány na pozemních komunikacích nebo veřejných prostranstvích, tak jak to uvedl ve svém vyjádření ze dne 21. 11. 2016. Nicméně taková snaha zadavatele však nesmí být na úkor hospodářské soutěže a porušovat zásadu zákazu diskriminace stanovenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, což dle Úřadu v daném případě zadavatel nedodržel.
52. Úřad má za to, že pokud bylo cílem zadavatele, aby autobusy nebyly odstavovány na pozemních komunikacích či veřejných prostranstvích, stačilo, aby požadoval zajištění parkovacího stání a nikoliv krytého parkovacího stání. Požadavek na zajištění krytého parkovacího stání totiž zcela zjevně primárně nemíří pouze k zajištění toho, aby autobusy nebyly odstavovány na pozemních komunikacích či veřejných prostranstvích.
53. K požadavku zadavatele, aby autobusy nevyjížděly v zimních obdobích k výkonům zasněžené, nebo s námrazou Úřad poznamenává, že v § 5 odst. 2 písm. i) a j) zákona č. 361/2000 Sb.,

o silničním provozu, ve znění pozdějších předpisů, na který zadavatel ve svém vyjádření účelově odkazoval, jsou stanoveny pouze povinnosti řidiče a nikoliv způsob, jak docílit stavu vyžadovaného zákonem. Nebylo lze přehlédnout ani to, že sám zadavatel ve svém vyjádření uvedl konkrétně následující: „[d]opravce by teoreticky mohl námrazu a zasněžení řešit i každodenním mechanickým odstraňováním zasněžení, popř. chemickým odstraněním námrazy (rozmrazovači).“, čímž v podstatě připustil, že docílit stavu odpovídajícímu požadavkům daného zákona jde skutečně i jinými způsoby než jen pomocí zastřešení. K další části argumentace zadavatele, kde tento uvádí, že „[j]ak však bylo uvedeno výše, vozidlo s námrazou či zasněžením nemůže vyjet na trasu a v případě nepříznivých klimatických podmínek by nevyhnutelně hrozilo časté zpoždění spojů a narušení plynulosti veřejné dopravy.“, Úřad uvádí, že se jedná o pouhé domněnky zadavatele, které nemá ničím podloženy a z pouhé skutečnosti řešení námrazy a zasněžení každodenním mechanickým odstraňováním zasněžení nebo pomocí rozmrazovačů, nelze automaticky vyvodit závěr, že bude nevyhnutelně hrozit časté zpoždění spojů a narušení plynulosti veřejné dopravy. Je primárně odpovědností dodavatele, aby dostal povinnosti řádně a včas plnit předmět veřejné zakázky, přičemž v případě, že zadavatel měl obavu právě o včasné a v souladu s jízdním řádem výjezdy autobusů v zimním období, mohl využít zajišťovacích a utvrzovacích institutů, což ostatně i udělal, a jeho argumentace, kterou odůvodňoval tento důvod pro vznesení požadavku na kryté parkovací stání po celou dobu realizace veřejné zakázky, je tak zjevně účelová. Přitom sám zadavatel přiznává, že jsou i jiné způsoby, jak odstranit námrazu z vozů, a tudíž není jeho požadavek na zajištění krytého parkovacího stání potřebný pro dosažení cíle, který zadavatel deklaruje, respektive, není to jediné možné řešení. Pokud zadavatel z několika možných řešení jak docílit legitimního požadavku zvolil pouze jeden, který navíc zcela zjevně (jak Úřad dovodil výše) i s ohledem na stanovené lhůty v zadávacím řízení představuje významnou překážku v hospodářské soutěži, dopouští se zadavatel skryté diskriminace.

54. Navíc požadavek na zajištění krytých parkovacích stání míří na to, že dodavatelé, ač veřejnou zakázku vůbec nemusí získat, musí vynakládat velké finanční prostředky na jejich zajištění ještě v době před uzavřením smlouvy na plnění veřejné zakázky. To, že jde o významně limitující faktor ostatně, potvrzují i vyjádření dopravců, kteří ve svých vyjádřeních nezávisle na sobě shodně uvedli, že nabídku do předmětného zadávacího řízení nepodali mimo jiné i kvůli požadavku zadavatele zajistit kryté parkovací stání pro používaná vozidla po celou dobu trvání smlouvy a dále se vyjádřili, že by nebyli schopni za takových časových podmínek kryté parkovací stání zajistit (viz body 18., 19. 20. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad nezastírá, že zadavatel ponechal na dodavateli, zda k zajištění zvolí formu koupě, nájmu či jinou, nicméně to nic nemění na tom, že se zadavatel stanovením požadavku na zajištění krytého parkovacího stání pro používaná vozidla po celou dobu trvání smlouvy dopustil skryté diskriminace.
55. S ohledem na výše uvedené tedy Úřad považuje po provedeném dokazování požadavek na zajištění krytého parkovacího stání tak, jak učinil zadavatel, jako diskriminační.
56. Úřad přitom zjistil, že požadavek na zajištění krytého parkovacího stání je navázán na lhůtu, ve které vybraný dodavatel musel tento požadavek splnit. Uzavřením smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku se totiž dodavatel měl zavázat nejen zajistit kryté parkovací stání, ale i zajistit ho po celou dobu trvání smlouvy, přičemž smlouva měla být uzavřena na

dobu určitou, konkrétně od 1. 1. 2017 do 31. 12. 2024. Úřad při posouzení této konkrétní věci považuje za potřebné pro zjištění všech okolností, za nichž byl správní delikt spáchán, zabývat se i otázkou časového prostoru poskytnutého na zajištění krytého parkovacího stání.

57. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že kryté parkovací stání by musel mít dodavatel kompletně zajištěno již k 1. 1. 2017, přičemž lhůta pro podání nabídek dle článku 10 Zadávací dokumentace končila dne 25. 8. 2016. Tedy, i kdyby zadavatel postupoval při výběru nejvýhodnější nabídky a následném uzavírání smlouvy s vybraným dodavatelem opravdu velmi rychle, tak by měl vybraný dodavatel pro zajištění krytého parkovacího stání cca 3 měsíce. Úřadu tak s ohledem na skutková zjištění, která u některých potencionálních dodavatelů učinil (viz body 18. až 22. odůvodnění tohoto rozhodnutí), vznikly pochybnosti, zda by za takových časových podmínek byl dodavatel schopen kryté parkovací stání zajistit.
58. Zadavatel poskytnutí nedostatečného časového prostoru pro zajištění krytého parkovacího stání ve svých vyjádřeních odmítl a ve své argumentaci uvedl mimo jiné následující: *„V Třebíči existuje několik lokalit, kde by bylo možné kryté stání bez problémů a bez vysokých nákladů vybudovat, a to i v průběhu diskutované tříměsíční lhůty.“*, dále že: *„že v Zadávacích podmínkách neurčil bližší podmínky kladené na krytá stání, jednalo se skutečně pouze o to, aby byla vozidla odstavována a parkována pod zastřešením zajištěným třeba i velmi jednoduchou konstrukcí – řešení bylo ponecháno na samotném dopravci“* a také, že *„Zadavatel nicméně opakovaně zdůrazňuje, že nepožadoval depo ani vytápěnou halu (budovu). Požadoval pouze a jenom krytá stání.“* Úřad k argumentaci zadavatele poznamenává, že tři z pěti oslovených dopravců nezávisle na sobě uvedli, že za takových časových podmínek by nebyli schopni kryté stání vybudovat. Úřad dále podotýká, že se jedná o společnosti, které dlouhodobě poskytují veřejné služby v přepravě a to i v kraji Vysočina, tudíž znají místní poměry a dokonce se jedná o společnosti, které o danou veřejnou zakázku měly zájem, nicméně nabídky nakonec nepodaly, přičemž jedním z důvodů byl právě i požadavek zadavatele na zajištění krytých stání po celou dobu trvání smlouvy.
59. Vzhledem k výše uvedenému učinil Úřad dílčí závěr, že stanovením požadavku na zajištění krytého parkovacího stání pro používaná vozidla po celou dobu trvání smlouvy, tj. od 1. 1. 2017 do 31. 12. 2024 významně omezil okruh možných dodavatelů, kteří jsou jinak způsobilí k plnění zakázky, což vedlo ve výše uvedeném zadávacím řízení k podání jediné nabídky od stávajícího poskytovatele služby, čímž se zadavatel dopustil skryté diskriminace a porušil tím tak svou povinnost stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když nedodržel zásadu zákazu diskriminace.
60. K další argumentaci zadavatele Úřad uvádí následující.
61. Zadavatel dále ve svém vyjádření uvedl, že *„v daném případě je třeba vzít v úvahu též skutečnost, že záměr zahájit zadávací řízení na Veřejnou zakázku byl zveřejněn v souladu s § 19 odst. 1 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů již v březnu roku 2015 v Úředním věstníku Evropské unie. Smyslem a účelem výše uvedeného ustanovení je zajištění dostatečného časového prostoru potenciálním dodavatelům k přípravě na zadávací řízení a případné plnění veřejné zakázky.“* Zadavatel také uvedl svůj výklad vztahující se k bodu 29. preambule v souvislosti s článkem 7 odst. 2 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007 ze dne 23. října 2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici a o zrušení nařízení Rady (EHS) č.

1191/69 a č. 1107/70: „Evropská úprava počítá s tím, že dopravci dostanou „avízo“ o chystaném zadání nejméně rok předem a tento čas využijí k tomu, aby se na případnou účast v zadávacím (nabídkovém) řízení a plnění veřejné zakázky náležitě připravili, včetně toho, že uvedené časové období využijí k tomu, aby po případném přidělení zakázky byli připraveni k plnění v nejkratším možném termínu.“. Úřad předně podotýká, že uvedený výklad zadavatele je účelový a odhlíží od dalších souvisejících a podstatných norem. V bodu 29. preambule daného nařízení se uvádí následující: „Uvažují-li příslušné orgány o uzavření smluv o veřejných službách, s výjimkou mimořádných opatření a smluv týkajících se malých vzdáleností, měly by přijmout opatření nezbytná k zveřejnění této skutečnosti nejméně jeden rok předem, aby mohli případní provozovatelé veřejných služeb zareagovat.“ Ze znění daného bodu je zjevné, že případní provozovatelé veřejných služeb mají dánu možnost zareagovat a nikoliv povinnost zareagovat. Nelze tedy souhlasit s výše uvedeným výkladem zadavatele, ve kterém tvrdí, že evropská úprava počítá s tím, že se dopravci budou rok předem na zadávací řízení připravovat. Výklad zadavatele je příliš extenzivní a nemá žádnou oporu v doslovném znění vykládaného ustanovení. Úřad opět zdůrazňuje, že jediné, co z evropské úpravy (konkrétně z bodu 29. preambule daného nařízení) vyplývá, je provozovatelům veřejných služeb (v posuzovaném případě tedy dopravcům) daná možnost zareagovat. Provozovatelé však mají právo se účastnit řízení a lhůty, které zadavatel stanoví, musí být vždy dostatečné k přípravě nabídek tak, aby mohla být zajištěna řádná a široká, bezdůvodně neomezená, soutěž.

62. Úřad má dále za to, že nelze dovodit z preambule výklad, podle kterého by bylo vyloučeno dovodit nedodržení zásady zákazu diskriminace jen proto, že zadavatel uveřejnil svůj záměr zahájit zadávací řízení. Úřad má za to, že nelze na potenciální dodavatele klást takové požadavky, které by pro ně byly nepřiměřeně ekonomicky zatěžující ještě předtím, než je zadávací řízení ukončeno uzavřením smlouvy s dodavatelem.
63. Tedy jak či zda vůbec dopravce zareaguje na zveřejnění záměru zahájit zadávací řízení na veřejnou zakázku, je plně v jeho kompetenci, a zadavatel tak nemůže automaticky očekávat, že budou dopravci ještě před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku činit jakékoli kroky vedoucí ke splnění požadavků zadavatele stanovených v zadávací dokumentaci, když takovou povinnost nemají. Úřad na tomto místě uvádí, že svou roli kromě neexistence jakékoliv povinnosti plynoucí z evropské úpravy pro provozovatele veřejných služeb sehrává také faktor finanční, přičemž lze v této souvislosti odcitovat část vyjádření BÍTEŠSKÉ DOPRAVNÍ SPOLEČNOSTI, spol. s.r.o., v níž uvedla následující: „Neměli jsme zájem kryté stání ani vozidla zajišťovat před podpisem smlouvy se zadavatelem, protože takový postup je velmi rizikový a přináší zvýšené náklady, které nám nikdo nenahradí.“ Je tedy naprosto nepodstatné, jak dlouho o veřejné zakázce dopravci věděli. V daném případě je totiž stěžejní jediné okamžik uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Teprve totiž uzavřením smlouvy vznikají vybranému dodavateli smluvní povinnosti, které musí začít plnit, respektive, musí začít činit takové kroky, aby smluvním povinnostem dostál, jinak se vystavuje hrozbě postihu (např. v podobě smluvní pokuty či náhrady škody atp.).
64. Úřad pro dokreslení absurdnosti požadavku zadavatele tak, jak jej nastavil, a jeho další argumentace, konstatuje, že dovedením argumentu zadavatele, že potencionální uchazeči o veřejnou zakázku mají vynakládat své náklady na splnění požadavků zadavatele stanovených v dokumentaci pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou ještě před uzavřením smlouvy na

veřejnou zakázku, ad absurdum, stalo by se z Třebíče v okamžiku zadání zakázky město třeba s pěti krytými stáními pro autobusy, z čehož by se čtyři nepoužívala.

65. Další argumentaci zadavatele, v rámci níž uvedl, že *„...požadavek na krytá stání nebyl předmětem jakýkoli námitek či dotazů ze strany dodavatelů. Zadavatel je přesvědčen, že pokud by zde skutečně byl dodavatel s reálným zájmem o plnění veřejné zakázky (a nikoli pouze „hypotetický dodavatel“ v čistě teoretické rovině) a požadavek na krytá stání byl překážkou či komplikací pro jeho účast v zadávacím řízení, pak takový dodavatel by se jistě snažil získat dodatečné informace týkající se uvedeného požadavku a pokud by si byl jist, že jej nemůže naplnit, brojil by proti němu námitkami. K ničemu takovému tak v daném případě nedošlo.“*, Úřad považuje za irelevantní a podotýká, že dle § 110 odst. 1 zákona při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), zadavateli podat zdůvodněné námitky. V daném ustanovení je tedy kterémukoli dodavateli jasně stanovena možnost podat námitky nikoli povinnost podat námitky. Tedy zda dodavatel využije této možnosti či nikoliv, je zcela ponecháno na daném dodavateli. Pokud se některý dodavatel rozhodne zákonem dané možnosti podat námitky nevyužít, nelze z této skutečnosti v žádném případě vyvozovat, že k žádnému porušení zákona úkonem zadavatele tím pádem nedošlo. To, že námitku některý dodavatel nepodal, samozřejmě neimplikuje závěr, že tento požadavek zadavatele je zákonný.
66. Jedině Úřad je totiž oprávněn rozhodnout, zda ze strany zadavatele došlo k nedodržení postupu stanoveného zákonem, což mimo jiné vyplývá např. z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 25. 11. 2015 č. j. 31 Af 194/2013-67, kde bylo konstatováno následující: *„...závěr žalovaného [Úřad] o porušení zákona není podmíněn tím, aby jednotlivé úkony žalobce (zadavatele) byly již dříve v průběhu zadávacího řízení napadeny námitkami. Subjektem, který je nadán pravomocí rozhodovat o tom, zda se zadavatel dopustil porušení zákona o veřejných zakázkách, je výlučně žalovaný [Úřad], a může tak rozhodnout i z moci úřední...“* Tedy skutečnost, zda v posuzovaném případě byly či nebyly podány námitky, Úřad samozřejmě může zohlednit při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování výše sankce, nicméně o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, Úřad rozhoduje vždy na základě vlastního posouzení.
67. V souvislosti s argumentací zadavatele, jež je uvedená v bodě 64. odůvodnění tohoto rozhodnutí, Úřad konstatuje, že zadavatel svojí argumentací prakticky konstatuje, že i v případě, že by se dopustil přezkoumávaným postupem porušení zákona, nemělo toto porušení vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Úřad proto v rámci vypořádání této námítky zadavatele zároveň posoudil, zda je naplněn tento druhý znak správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
68. K uvedené argumentaci Úřad uvádí, že v rozsudku č. j. 62 Af 13/2015-120 ze dne 23. 3. 2016, na nějž odkazoval zadavatel, je taktéž uvedeno následující: *„(...) dovození všech znaků uvedeného správního deliktu [správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona] musí mít zásadně reálnou oporu ve skutkových zjištěních a splnění žádného z nich (tedy ani znaku alespoň hypotetické možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) nelze dovozovat výlučně na základě skutkových domněnek.“*

69. V posuzovaném případě vyplynulo ze skutkových zjištění, konkrétně z vyjádření společností TREDOS spol. s.r.o., BÍTEŠSKÁ DOPRAVNÍ SPOLEČNOST, spol. s.r.o. a Znojemská dopravní společnost – PSOTA, s.r.o., že všechny tři tyto společnosti měly zájem o veřejnou zakázku a zvažovaly podat do daného zadávacího řízení nabídku, nicméně nakonec od tohoto záměru upustily a to právě z důvodu podmínek stanovených v dokumentaci pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou, mimo jiné tedy též z důvodu požadavku na zajištění krytého parkovacího stání pro používaná vozidla po celou dobu plnění smlouvy (viz body 18., 19., 20. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Je tedy naprosto zjevné, že v posuzovaném případě se Úřad neopírá o skutkovou domněnku „určitě existujících“ dodavatelů, kteří by „určitě mohli“ podat nabídku, pokud by zadavatel neporušil zákon“, ale opírá se i o reálná skutková zjištění, přesně tak jak je požadováno v citovaném rozsudku.
70. I přestože se tedy Úřad v posuzovaném případě opírá o reálná skutková zjištění a nikoli pouze o skutkové domněnky, plně odkazuje na závěr rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 61/2016-34 ze dne 28. 6. 2016, ve kterém bylo uzavřeno, že Úřad při rozhodování o spáchání správního deliktu [správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona] (ve formě ohrožovacího správního deliktu) ani nemusí zevrubně prokazovat, že v inkriminované době existoval konkrétní dodavatel, který se předmětného výběrového řízení nemohl zúčastnit (prvek alespoň potencionálního ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky). V rozsudku je dále konstatováno následující: „V takovém případě by totiž stěžovatel [Úřad] fakticky neprokazoval ohrožení výběru nejvhodnější nabídky, ale již samotné v reálu skutečné porušení povinnosti vybrat nejvhodnější nabídku. Jak totiž Krajský soud v Brně v rozsudcích ze dne 26. 9. 2012, č. j. 31 Af 23/2012 – 40, a ze dne 20. 3. 2012, č. j. 62 Af 58/2010 – 159, správně uvedl, skutková podstata předmětného správního deliktu zahrnuje jak poruchový, tak i ohrožovací delikt. V případě, že správní orgán, tedy stěžovatel, shledá, že se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu, v konkrétní věci, zda tu skutečně byla výhodnější nabídka jiného dodavatele, který od jejího podání ustoupil pouze z důvodu chybného stanovení kvalifikačních předpokladů. Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem stěžovatele, že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“ Obdobně bylo konstatováno v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 63/2016-43 ze dne 18. 8. 2016, kde bylo řečeno následující: „Lze tedy uzavřít, že stěžovatel [Úřad] není u ohrožovací formy správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (nezákonným postupem zadavatele mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky) povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. Postačí, aby stěžovatel [Úřad] v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku.“ Úřad s ohledem na výše uvedené tedy konstatuje, že jelikož se v posuzovaném případě jedná o ohrožovací delikt (mohlo dojít

k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky), není dle relevantní judikatury Úřad povinen prokazovat existenci konkrétního dodavatele, který se zadávacího řízení nemohl zúčastnit, resp. nezúčastnil kvůli tomu, že zadavatel porušil zákon.

71. Úřad se dále argumentačně vypořádal se skutečností, že v posuzovaném případě byla shledána jako diskriminační smluvní resp. obchodní podmínka. Ačkoliv jsou kompetence Úřadu vytýčeny v již citovaném ustanovení § 112 zákona, podle něhož Úřad při výkonu dohledu nad dodržováním zákona rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, je možnost Úřadu vyjadřovat se ke smluvním, resp. obchodním podmínkám omezená, nikoliv však vyloučená. Uvedený závěr má podporu např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013, v němž je uvedeno, že není na Úřadu, „*aby hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem, nejedná-li se o zjevný exces vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky a nejde-li o pravidlo pro posuzování kvalifikace a samotného hodnocení nabídek, jež by muselo být předmětem posouzení z pohledu ZVZ.*“ Z výše řečeného lze tedy dovodit, že v kompetenci Úřadu je posoudit, zda smluvní, resp. obchodní podmínky jsou skutečně přiměřené požadovanému cíli a nepředstavují exces či neúnosné narušení některého ze základních principů (zásad) zákona vymezených v § 6 odst. 1 zákona. Právě ze zde uvedeného důvodu bylo předmětné správní řízení zahájeno.
72. Ve vztahu k uzavírání smluv v rámci zakázkového práva považuje Úřad za vhodné vyjádřit se obecně k procesu uzavírání smluv a tedy i (ne)možnosti dodavatelů vstupovat do způsobu a vhodnosti nastavení smluvních podmínek. Ve vztahu k zakázkovému právu je třeba si uvědomit, že zadávací řízení podle zákona představuje specifický kontraktační proces upravený v souvislosti s vynakládáním veřejných prostředků s cílem zabezpečit jejich hospodárné využívání. Zákon tedy modifikuje proces kontraktace upravený jinak obecnými soukromoprávními předpisy, resp. stanovuje další požadavky, které zadavatel (stejně tak dodavatel) musí dodržet. Zadávání veřejných zakázek totiž představuje specifický postup uzavření smlouvy, který se v tomto ohledu výrazně liší od běžného soukromoprávního procesu kontraktace výlučně v režimu zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v platném znění, která je výrazně volnější, a která oběma stranám v procesu uzavírání smlouvy např. dovoluje měnit náležitosti a obsah smlouvy po celou kontraktační fázi, až do jejího uzavření. Naopak zákon subjektům smlouvy na veřejnou zakázku tyto možnosti limituje, a tedy limituje i jejich možnost vyjednávat.
73. Kontraktační proces v soukromém právu zahrnuje v ideálním případě prvotní ofertu jedné strany a následnou akceptaci této oferty druhou stranou, a to v případě, že druhá strana v tomto ideálním případě beze zbytku akceptuje veškeré podmínky, které jsou obsahem oferty. Právě uvedené je zcela použitelné i v rámci uzavírání smlouvy v zadávacím řízení. V soukromém právu však může být proces uzavírání smlouvy mnohem složitější, neboť se může skládat z nepřeborného množství ofert, kdy původní oferta jedné strany může být měněna dodatky, výhradami, omezeními nebo jinými změnami oferty, které představují odmítnutí nabídky, po kterém pak následuje další oferta, přičemž tento proces může v soukromém právu probíhat dle vůle stran až do konečné shody o obsahu budoucí smlouvy. Právě uvedené však v procesu zadávání veřejných zakázek není možné, nadto v otevřeném řízení, které žádá následná jednání o podobě smlouvy nepřipouští. V rámci otevřeného

zadávacího řízení je možná změna smlouvy pouze ve formálních náležitostech a nelze tedy připustit, aby zadavatel stanovil, že se o návrhu smlouvy bude „dále jednat“.

74. Postup uzavírání smluv podle zákona je upraven odlišným způsobem. Smlouva má být uzavřena v takovém znění, v jakém byla obsažena v uchazečově nabídce, tedy po obsahové stránce. Připustit lze jen změny týkající se některých „formálních“ náležitostí, které nemají dopad na práva a povinnosti smluvních stran, tedy neomezují či nerozšiřují práva a povinnosti smluvních stran. Může se tak např. jednat o upravené kontaktní údaje. Vzhledem k výše uvedenému je tedy nezbytné, aby zadavatel k formulaci smluvních podmínek přistoupil s patřičnou dávkou svědomitosti a zohlednění skutečnosti, že dodavatelům předkládá podmínky, které následně nemohou být měněny, a tedy by měly být nastaveny způsobem, aby neměly negativní dopad do průběhu samotného zadávacího řízení, stejně tak následně nečinily problémy při realizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Je nepochybné, že není povinností dodavatele účastnit se zadávacího řízení, a to např. z důvodu, že se neztotožňuje se způsobem nastavení smluvních podmínek, avšak ani není zákonem požadovaný stav, aby nepřiměřeně nastavené smluvní podmínky měly dopad do účasti v zadávacím řízení, či způsobovaly nečitelnost zadávacího řízení, potažmo následného předmětu plnění. Obecně však lze konstatovat, že je tedy na dodavateli (uchazeči), zda akceptuje navržené smluvní podmínky, či nikoliv. Zároveň nicméně platí, že smluvní podmínky nemohou být nastaveny takovým excesivním způsobem, že by měly za následek bránění v účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení či jiným způsobem negativně zasahovaly do procesu zadávání.
75. Úřad předesílá, že zákon konkrétně nestanoví, jaké smluvní podmínky mají být obsaženy ve smlouvě, která bude uzavřena na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Vymezení smluvních podmínek tudíž zákon ponechává na uvážení zadavatele, neboť právě ten má nejlepší povědomí o tom, co a za jakých podmínek potřebuje. Záleží tak na zadavateli, jaké požadavky, které nejsou povinné podle zákona, uvede či neuvede v zadávací dokumentaci a jakým způsobem si stanoví rozsah smluvních podmínek. Tento volný prostor, jak již bylo zdůrazněno výše, však není neomezený a libovolný, neboť zadavatel je povinen dbát zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, případně dalších výslovných omezení stanovených zákonem.
76. V předmětném případě tedy Úřad posuzoval, zda obchodní podmínka zadavatele, v rámci které zadavatel požadoval zajistit kryté parkovací stání pro používaná vozidla po celou dobu trvání smlouvy, byla natolik excesivní, že by jejím následkem došlo k zabránění účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení či že by jiným způsobem negativně zasáhla do procesu zadávání.
77. V souvislosti s již uvedeným závěrem judikatury, tedy že smluvní podmínky mohou být za nezákonné považovány tehdy, jsou-li zjevně excesivní, provedl Úřad průzkum u dodavatelů působících na relevantním trhu a také zohlednil relevantní judikaturu a na základě závěrů vyplývajících z vyjádření oslovených dodavatelů, z relevantní judikatury a v neposlední řadě i na základě vlastního posouzení (vše viz výše), dospěl Úřad k závěru, že obchodní podmínku zadavatele, v rámci které zadavatel požadoval zajistit kryté parkovací stání pro používaná vozidla po celou dobu trvání smlouvy, lze považovat v daném případě za zjevně excesivní, a jedná se tedy o porušení zásady zákazu diskriminace, tudíž byl Úřad také v daném případě

oprávněn posoudit vhodnost a přiměřenost dané obchodní podmínky, a tedy postupoval dle požadavku vysloveného Krajským soudem v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013.

78. Úřad proto uzavírá, že uvedený protiprávní postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel jako obchodní podmínku nestanovil požadavek na zajištění krytého parkovacího stání po celou dobu platnosti smlouvy, tj. od 1. 1. 2017 do 31. 12. 2024, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů a tyto nabídky mohly být výhodnější než nabídka vybraného uchazeče. Zadavatel dále dne 27. 10. 2016 uzavřel s vybraným uchazečem, který jako dosavadní poskytovatel splňoval předmětný řádnou hospodářskou soutěž omezující požadavek zadavatele a jako jediný podal nabídku, smlouvu č. 17/19/2260/16 o poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících veřejnou linkovou autobusovou dopravou k zajištění dopravní obslužnosti města Třebíč a vybraných okolních obcí na předmětnou veřejnou zakázku.
79. Úřad tedy s ohledem na výše uvedené konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když obchodní podmínku v článku 5.8 závazného návrhu smlouvy, který je součástí dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou, stanovil takto: *„Dopravce se zavazuje po celou dobu trvání Smlouvy zajistit kryté parkovací stání pro Používaná vozidla.“*, tedy tak aby se vybraný uchazeč zavázal po celou dobu trvání smlouvy na veřejnou zakázku zajistit kryté parkovací stání pro používaná vozidla, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky, a zadavatel s vybraným uchazečem dne 27. 10. 2016 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

K uložení pokuty

80. V šetřené věci se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když obchodní podmínku v článku 5.8 závazného návrhu smlouvy, který je součástí dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou, stanovil takto: *„Dopravce se zavazuje po celou dobu trvání Smlouvy zajistit kryté parkovací stání pro Používaná vozidla.“*, tedy tak aby se vybraný uchazeč zavázal po celou dobu trvání smlouvy na veřejnou zakázku zajistit kryté parkovací stání pro používaná vozidla, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky, a zadavatel s vybraným uchazečem dne 27. 10. 2016 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
81. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
82. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl dne 25. 10. 2016, kdy obdržel oba podněty k přezkoumání úkonů zadavatele. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 27. 10. 2016, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 3. 11. 2016. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

83. V této souvislosti Úřad uvádí, že vzhledem k nabytí účinnosti zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek ke dni 1. 10. 2016 je Úřad při rozhodování o spáchání správního deliktu povinen zohlednit článek 40 odst. 6 zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky (dále jen „Listina základních práv a svobod“), dle kterého se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Ústavní pravidlo zakotvené v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (na úrovni mezinárodního práva v čl. 15 odst. 1 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech) je základem výjimky z jinak obecně platného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější, přičemž podle judikatury vyšších soudů je v otázce použití pozdější právní úpravy příznivější pro pachatele přípustná analogie mezi soudním (trestněprávním) a správním trestáním.
84. Úřad je tedy povinen zohlednit novou právní úpravu a posoudit, zda je tato nová právní úprava pro zadavatele příznivější.
85. S ohledem na výše uvedené Úřad posoudil, zda je nová právní úprava pro zadavatele příznivější, a došel k závěru, že nová právní úprava pro zadavatele příznivější není, neboť lhůty pro zánik odpovědnosti zadavatele za správní delikt jsou v rámci obou posuzovaných právních úprav stanoveny totožně, tedy i kdyby aplikoval novou právní úpravu z hlediska posouzení odpovědnosti zadavatele za správní delikt, došel by Úřad ke stejnému závěru jako v bodě 82. odůvodnění tohoto rozhodnutí, a to, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
86. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
87. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 566.758.192,- Kč s DPH. Horní hranice možné pokuty (tj. 10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 56.675.819,-Kč.
88. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
89. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnosti správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.
90. Pokud jde o význam neurčitého právního pojmu „závažnost správního deliktu“, Úřad dále uvádí, že stupeň společenské škodlivosti správního deliktu (tedy závažnosti) je dán

především konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty deliktu. Při posuzování závažnosti správního deliktu není hlavním kritériem pouze skutková podstata správního deliktu, ale také intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je dále nutno hodnotit nejen jaké následky byly správním deliktem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).

91. V posuzovaném případě je objektem správního deliktu zájem, aby o veřejnou zakázku mohlo soutěžit co nejvíce dodavatelů, kteří jsou schopni veřejnou zakázku realizovat. V účasti těchto dodavatelů nesmí být bráněno překážkami v hospodářské soutěži.
92. Úřad z hlediska způsobu spáchání uvádí, že zadavatel spáchal správní delikt formou skryté diskriminace, což je způsob chápáný Úřadem jako velmi závažný, jelikož skrytá diskriminace představuje na první pohled neutrální kritérium, které však ve svém důsledku narušuje základní chráněný objekt zákona o veřejných zakázkách, tedy účelné a hospodárné vynakládání veřejných prostředků. Právě skrytost formy diskriminace je tím faktorem, který dle Úřadu ve vztahu ke způsobu spáchání správního deliktu činí delikt závažným.
93. Z hlediska následků správního deliktu Úřad uvádí, že následkem bylo nedůvodné omezení hospodářské soutěže. Jednání zadavatele narušilo samotný princip zadávání veřejných zakázek, tedy zachování soutěžního prostředí, které má umožnit z co možná nejširšího okruhu podaných nabídek vybrat nejvhodnější podmínky plnění pro zadavatele. Úřad při zhodnocení následků správního deliktu zohlednil v neprospěch zadavatele, že zadavatel, i když lze předmět veřejné zakázky („výkon veřejných služeb autobusovou dopravou za účelem zajištění dopravní obslužnosti“) považovat za poměrně běžný, který se navíc vyznačuje silným konkurenčním prostředím panujícím mezi společnostmi, které jej nabízejí a poskytují, obdržel pouze jednu nabídku, což svědčí o reálné deformaci soutěžního prostředí, jež mohla být způsobena právě požadavkem na zajištění krytého parkovacího stání pro používaná vozidla po celou dobu trvání smlouvy. Z obecného pohledu tak lze označit jednání zadavatele za závažné.
94. Jako polehčující okolnost vzal Úřad v úvahu skutečnost, že zadavatel po celou dobu správního řízení řádně spolupracoval, a rovněž také skutečnost, že dopravci, kteří měli o předmětnou veřejnou zakázku zájem a měli vůči zadávacím podmínkám výhrady, nepodali proti nim žádné námitky, tudíž zadavatel se tímto o jejich konkrétních výhradách nedozvěděl, a nemohl tak na ně včas zareagovat například změnou zadávacích podmínek. Úřad zároveň k těmto polehčujícím okolnostem uvádí, že je nelze považovat za okolnosti, které by „zhojily“ uvedené porušení zákona. Úřad však k těmto okolnostem přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování výše sankce.
95. Žádné další polehčující ani přitěžující okolnosti případu Úřad neshledal.
96. Úřad ke konkrétnímu významu „závažnosti správního deliktu“ v šetřeném případě shrnuje, že poté co výše posoudil způsob, následky a okolnosti spáchání správního deliktu, a intenzitu ohrožení právem chráněného zájmu, tj. zájem na efektivní hospodářské soutěži o veřejnou zakázku, dosahuje dle posouzení Úřadu společenská škodlivost správního deliktu (tedy závažnost) vyššího stupně závažnosti.

97. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. Z rozpočtu zadavatele na rok 2016 (dostupné z http://www.trebic.cz/VismoOnline_ActionScripts/File.ashx?id_org=16973&id_dokumenty=26297) vyplývá, že zadavatel ročně hospodaří s finančními prostředky v řádech stovek milionů Kč. S ohledem na právě uvedené má Úřad za to, že pokutu uloženou ve výši 1.500.000,- Kč nelze považovat nejen za likvidační (viz výše), ale ani za do jeho ekonomické podstaty nepřiměřeně zasahující (a v tomto smyslu nespravedlivou).
98. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit zejména dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Je tedy třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.
99. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad uložil pokutu ve výši 1.500.000,- Kč. Úřad uvádí, že výše sankce je vzhledem k maximální možné výši pokuty ukládána v dolní polovině sazby. Úřad konstatuje, že byť s ohledem na absolutní výši sankce, která se ve vztahu k běžně ukládaným pokutám Úřadem může jevit jako vysoká a je tak možno pokutu považovat za přísnou, při stanovení výše pokuty přihlédl k tomu, že její relativní hodnota ve vztahu k maximální možné výši pokuty dosahuje výše pouze 2,65% z maximální možné sankce. Z výše uvedených důvodů považuje Úřad výši ukládané pokuty za přiměřenou okolnostem případu a vzhledem k souvislostem případu považuje Úřad uloženou sankci za dostačující, poněvadž naplňuje obě funkce právní odpovědnosti, přičemž s ohledem na fakt, že ukládá sankci pouze ve výši 2,65% z maximální možné výše pokuty, akcentoval Úřad spíše její funkci prevenční, než sankční.
100. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

101. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 117c zákona podává v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.

místopředseda

Obdrží

Mgr. Tomáš Kruták, Revoluční 724/7, Praha 1, 110 00

Vypraveno dne

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