



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



UOHSX00H1RQH

Spisová značka: ÚOHS-I0038/2022/ME
Číslo jednací: ÚOHS-00847/2023/163

Brno: 16. 1. 2023

Nejvyšší správní soud
Ke sp. zn. 5 As 340/2022

Stěžovatel: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7,
604 55 Brno, IČO 65349423,

jehož jménem jedná doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže
na základě pověření vedeného pod sp. zn. Sv 201/2021.

Žalobce: **SOR Libchavy spol. s r.o.**
se sídlem Dolní Libchavy 48,
561 16 Libchavy, IČO 15030865

Za účasti: **Kraj Vysočina**
se sídlem Žižkova 1882/57,
586 01 Jihlava, IČO 70890749

zastoupen Mgr. Janem Tejkalem, advokátem,
se sídlem Helfertova 2040/13,
613 00 Brno, IČO 28360125

Doplnění kasační stížnosti

proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9. 12. 2022, č. j. 62 Af 22/2022-234 a vyjádření
ke kasační stížnosti osoby zúčastněné na řízení

I.

Dne 9. 12. 2022 byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**stěžovatel**“ nebo „**Úřad**“) doručen rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“) z téhož dne, č. j. 62 Af 22/2022-234 (dále jen „**napadený rozsudek**“). Napadeným rozsudkem krajský soud zrušil rozhodnutí předsedy stěžovatele č. j. ÚOHS-14489/2022/163, sp. zn. ÚOHS-R0030/2022/VZ ze dne 9. 5. 2022 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“) a vrátil věc stěžovateli k dalšímu řízení (výrok I). Dále stěžovateli uložil povinnost zaplatit žalobci – SOR Libchavy spol. s r. o., IČO 15030865, se sídlem Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy, (dále jen „**žalobce**“) – náhradu nákladů řízení ve výši 4 000 Kč (výrok II) s tím, že stěžovateli ani osobě zúčastněné na řízení – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 586 01 Jihlava, zastoupen Mgr. Janem Tejkalem, advokátem, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno, IČO 28360125, (dále jen „**zadavatel**“ nebo „**OZNŘ**“) – náhradu nákladů řízení nepřiznal (výroky III a IV). Napadeným rozhodnutím bylo potvrzeno rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-05216/2022/500 ze dne 10. 2. 2022 vydané v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0333/2021/VZ (dále jen „**prvostupňové rozhodnutí**“) a zamítnut rozklad žalobce. Úřad předmětným prvostupňovým rozhodnutím konstatoval, že se návrh žalobce podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Dne 20. 12. 2022 podal stěžovatel proti napadenému rozsudku kasační stížnost. Usnesením ze dne 29. 12. 2022, které stěžovatel obdržel dne 3. 1. 2023, byl Nejvyšším správním soudem (dále jen „**NSS**“) vyzván k doplnění kasační stížnosti, a to ve lhůtě jednoho měsíce ode dne doručení usnesení. NSS dále přípisem ze dne 30. 12. 2022, doručeným dne 3. 1. 2023, stěžovatele vyzval, aby se ve lhůtě dvou týdnů ode dne doručení přípisu vyjádřil ke kasační stížnosti zadavatele.

S ohledem na znění kasační stížnosti zadavatele, od jejíhož odůvodnění se v základních rysech neodchyluje, spojuje stěžovatel doplnění vlastní kasační stížnosti s vyjádřením ke kasační stížnosti zadavatele.

II.

K neoznačení všech částí zadávací dokumentace vypracovaných osobou odlišnou od zadavatele

Zadavatel podle krajského soudu postupoval v rozporu s § 36 odst. 4 větou první zákona, jelikož neoznačil všechny části zadávací dokumentace, které byly vypracovány osobou odlišnou od zadavatele, tj. společností KPM CONSULT, a.s., IČO 25312936, se sídlem Kounicova 688/26, Veveří, 602 00 Brno, (dále jen „**KPM**“). Konkrétně se jedná o přílohu č. 11 zadávací dokumentace.

Žalovaný nemůže než v zásadě zopakovat závěry, které uvedl v napadeném rozhodnutí, neboť je i po napadeném rozsudku považuje za správné, a doplnit je o důvody nesprávnosti napadeného rozsudku.

Po posouzení obsahu dokumentu Analýza - Vypracování všeobecných kvalitativních standardů ve veřejné linkové dopravě (platných pro celý systém), dílčí část A6/1 vzor jízdního řádu, Analýza - Vypracování specifických kvalitativních standardů ve veřejné linkové dopravě ve vztahu k typu linky/spoje, dílčí část A7, (dále jen „**Analýza A7**“) a přílohy č. 11 zadávací dokumentace s názvem Technické a provozní standardy Veřejné dopravy Vysočiny pro druhé období, bylo možné konstatovat, že podobnost obsahu požadavků je zde zřejmá.

Nicméně v příloze zadávací dokumentace jsou požadavky širší a některé s jiným názvem, příp. obsahují jiné odlišnosti (například v Analýze A7 je požadováno, aby celková délka vozidla byla minimálně 11,7 metru, kdežto v příloze č. 11 zadávací dokumentace tento požadavek chybí; v příloze č. 11 zadávací dokumentace je uveden požadavek na to, aby minimálně 5 míst ve vozidle bylo vybaveno USB zásuvkou určenou k nabíjení mobilních telefonů nebo tabletů, což v Analýze A7 chybí). Nelze však s jistotou říci, zda zadavatel přejal tyto požadavky, nebo se jednalo o vstupní požadavky na výbavu, jež zadavatel definoval společnosti KPM, a se kterými ona dále při vypracování předmětných analýz počítala. Nelze tak konstatovat, zda se společnost KPM přímo podílela na tvorbě této části zadávací dokumentace. Nicméně zadavatel pro větší transparentnost mohl označit společnost KPM i u této části zadávací dokumentace. Postupem zadavatele však nebylo bráněno naplnění smyslu a účelu předmětného ustanovení zákona.

Ustanovení § 36 odst. 4 zákona implementuje čl. 24 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**zadávací směrnice**“). Dle tohoto článku platí, že „[č]lenské státy zajistí, aby veřejní zadavatelé přijali vhodná opatření k účinné prevenci, odhalování a nápravě střetu zájmů, ke kterému dochází v průběhu zadávacího řízení, a zamezili tak narušení hospodářské soutěže a zajistili rovné zacházení se všemi hospodářskými subjekty.“ Smyslem a účelem daného ustanovení zákona je tedy prevence a odhalování střetu zájmů a snaha o zamezení narušování hospodářské soutěže. Obdobné plyne taktéž z důvodové zprávy k § 36 zákona.

V řešeném případě je nepochybné, že se společnost KPM podílela na formulaci některých částí zadávací dokumentace, jak je patrné z úvodu zadávací dokumentace (dle bodu 2.3 se podílela na vypracování rámcových návrhů jízdních řádů pro druhé období a nezávazného návrhu oběhů vozidel pro druhé období). Je tak zřejmé, že pokud by existoval u této společnosti střet zájmů, bylo by možné jej odhalit již tím, že byla tato společnost vymezena v úvodu zadávací dokumentace, a to jako osoba podílející se na přípravě některých částí zadávací dokumentace. Ačkoliv by se jevílo vhodné uvést v zadávací dokumentaci také toho, s kým byly požadavky na vozidla minimálně konzultovány, nelze spatřovat v postupu zadavatele zmaření možnosti dodavatelů namítat střet zájmů.

Krajský soud pak sice uzavřel, že obecně mohlo dojít neoznačením společnosti KPM pro podíl na tvorbě zadávací dokumentace u její konkrétní části k neodhalení potenciálního střetu zájmů, vůbec se však nezabýval konkrétními okolnostmi případu či vlivem na okruh dodavatelů.

Na veřejnou zakázku se nelze dívat optikou, že se jedná o zakázku pro výrobce autobusů, protože tomu tak není. Okruhem dodavatelů v předmětné veřejné zakázce jsou dopravci poskytující služby v oblasti přepravy cestujících. Žalobce je výrobcem autobusů. Byť lze přistoupit na závěr, že se i žalobce mohl účastnit veřejné zakázky jako dodavatel prostředků plnění zakázky (poddodavatelem být nemůže, neboť poddodavatelem je ten, kdo se podílí na plnění veřejné zakázky, což zde splněno z povahy věci a činnosti žalobce není), nelze shledat překryv těchto dvou okruhů dodavatelů, jak to činí krajský soud, když uvádí, že neoznačení společnosti KPM ve vztahu k příloze č. 11 zadávací dokumentace mělo vliv právě na dodavatele, kteří jsou výrobci autobusů. Výrobci autobusů totiž nejsou dodavatelé, kteří mohou veřejnou zakázku plnit, a proto není možné takto údajné pochybení zadavatele posuzovat. Takové rozkládání jednotlivých požadavků na jednotlivé okruhy dodavatelů a relevantní trhy a odhlížení od podstaty veřejné zakázky jako celku je podle stěžovatele nesprávné.

Sám žalobce navíc v návrhu o střetu zájmu vůbec nehovořil. Dovození vlivu neoznačení společnosti KPM v tom, že není možné odhalit střet zájmů, tak jde zcela nad rámec toho, proti čemu žalobce brojil a dále omezuje působení namítaného neoznačení společnosti KPM.

Nelze pak ani předpokládat, že pokud se má neuvedení společnosti KPM ve vztahu k příloze č. 11 zadávací dokumentace projevit na úrovni výrobců autobusů, znamená to, že tyto subjekty s jinými částmi zadávací dokumentace nepracují a nemohou tak autora částí zadávací dokumentace odhalit z jejích jiných pasáží. To vyvrací tvrzení žalobce v bodu 58 návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kde je uvedeno: „Konečně ani na jiném místě zadávací dokumentace Zadavatel neuvedl, že by část týkající se technické specifikace byla vytvořena na podkladě PTK, jak mu to nařizuje § 36 odst. 4 ZZVZ“. Žalobce tak zcela zřejmě obsah zadávací dokumentace znal, což potvrzuje i jeho vědomí o tom, že se společnost KPM na tvorbě zadávacích podmínek podílela. Případný střet zájmů tak žalobce mohl namítat.

Je navíc pravděpodobné, že požadavky na vozidla byly zadavatelem sestaveny již při zadání úkolu vypracování analýz společnosti KPM. Z toho by plynulo, že se tato společnost nemohla podílet na tvorbě této části zadávací dokumentace tak, jak to prezentuje krajský soud. Uvedená úvaha je však zcela nad rámec vypořádání předmětné námítky. Předseda Úřadu je přesvědčen, že smysl a účel § 36 odst. 4 zákona byl v tomto případě zachován.

Stěžovatel dále i v souladu s kasační stížností zadavatele opakuje, že se v případě požadavků „převzatých“ z Analýzy A7 jedná o základní požadavky na vybavení vozidel, které lze považovat za běžné, a na to, aby je zadavatel zařadil do zadávací dokumentace, nepotřeboval Analýzu A7. To umocňuje i fakt, že nad rámec požadavků, které uváděla i Analýza A7, doplnil zadavatel do přílohy č. 11 i požadavky další, tedy byl schopen samostatné formulace technické specifikace. Jak uvádí zadavatel v kasační stížnosti, z překryvu mezi Analýzou A7 a přílohou č. 11 zadávací dokumentace nelze bez dalšího dovozovat, že zadavatel získal informace o tom, co by mělo být mezi požadavky na vybavení veřejné dopravy, až na základě této analýzy.

Stěžovatel tak s ohledem na výše uvedené rozporuje bod 29 napadeného rozsudku, který o převzetí požadavků hovoří jako o nezpochybnitelném faktu. K tomuto bodu je pak také vhodné dodat, že zadavatel sice vhodnost požadavků v řízení před stěžovatelem odůvodňoval i s odkazem na předmětnou analýzu, to však nic neříká o tom, na základě čeho zadavatel k požadavkům vůbec dospěl. Podle stěžovatele se opravdu jedná o takový typ požadavků, ke kterým zadavatel analýzu nepotřeboval, to však neznamená, že jí následně nemohl podpořit svoji argumentaci, pokud ji považoval za další odůvodnění správnosti svých úvah. Stěžovatel se proto nemůže ztotožnit ani s konstatováním, že společnost KPM měla jasný, jí přičitatelný podíl na obsahu přílohy č. 11 zadávací dokumentace.

Nadto není stěžovateli zřejmé (pokud připustíme, že zadavatel převzal analýzu společnosti KPM), jak by znalost konkrétního „faktického autora“ základních požadavků na vybavenost autobusů mohla mít vliv na existenci pochybností ohledně těchto požadavků a podání námitek ve vztahu k nim. I tato úvaha pak bagatelizuje jakýkoliv vliv na prevenci a odhalování střetu zájmu a snahu o zamezení narušování hospodářské soutěže, jak plyne ze zadávací směrnice. Nedává navíc žádný smysl, proč by zadavatel autorství takových požadavků zamlčoval.

Co stěžovatel v napadeném rozsudku při současném konstatování nezákonného postupu zadavatele postrádá, je určení, kde konkrétně měl tedy zadavatel v příloze č. 11 společnost KPM označit. Jestliže

i krajský soud nerozporuje, že zadavatel některé části této přílohy vytvořil sám, jak by mohlo být správné označení v úvodu přílohy, pokud by se nejednalo o autorství celé přílohy? Měl by zadavatel označit společnost KPM u každého z požadavků v příloze kromě těch, které zpracoval sám? Z odůvodnění napadeného rozsudku plyne to, že stačilo společnost KPM u přílohy č. 11 jako celku. Potom ale stěžovatel nerozumí, proč nepostačuje uvedení v jiné části zadávací dokumentace, případně v úvodu zadávací dokumentace. V případě aprobovaném krajským soudem by z označení v úvodu přílohy také nebylo zřejmé, kdo vypracoval které části, respektive by to mohlo vypadat tak, že celou přílohu zpracovala osoba odlišná od zadavatele, ačkoliv by to nebyla pravda. Úvaha, kterou předložil krajský soud, proto neobstojí a stěžovatel trvá na závěrech napadeného rozhodnutí.

Pokud snad krajský soud dospěl k závěru o důvodnosti žaloby v této části, měl také posoudit, zda se jedná o vady, které mohou způsobit závěr o zrušení zadávacího řízení žalovaným, neboť jak vyplývá z judikatury správních soudů, ne každá vada v zadávacích podmínkách musí mít nutně takový důsledek. I s ohledem na faktickou neexistenci vlivu na žalobce a výrobce autobusů obecně má stěžovatel za to, že i v případě shledání důvodnosti žaloby v této části nejsou dány důvody pro zrušení zadávacího řízení.

Vzhledem k výše uvedenému se žalovaný ve vztahu k neoznačení společnosti KPM jako autora přílohy č. 11 zadávací dokumentace v obecných rysech ztotožňuje i s důvody kasační stížnosti zadavatele.

Stěžovatel proto uzavírá, že krajský soud nesprávně posoudil povinnost zadavatele označit společnost KPM jako autora přílohy č. 11 zadávací dokumentace.

III.

K předběžným tržním konzultacím

Podle krajského soudu vedl zadavatel po zahájení zadávacího řízení předběžné tržní konzultace, jež se promítly do zadávací dokumentace, a to aniž by splnil povinnost plynoucí z § 36 odst. 4 věty druhé zákona, tj. aniž by označil v zadávací dokumentaci informace, které jsou jejich výsledkem, osoby, které se na předběžné tržní konzultaci podílely, a uvedl všechny podstatné informace, které byly obsahem předběžné tržní konzultace. K popisu skutkového stavu odkazuje stěžovatel na napadené a prvostupňové rozhodnutí.

Stěžovatel nemůže souhlasit s výkladem pojmu „předběžné tržní konzultace“ krajským soudem a podřazením jednání zadavatele v průběhu zadávacího řízení spočívajícím v ověření u výrobců autobusů, zda jsou jejich vozidla schopna splnit parametry stanovené zadavatelem, pod tento pojem a považuje jej za nesprávný a neodpovídající znění zákona ani zadávací směrnice.

Předběžné tržní konzultace zadavatel využívá pro odbornou konzultaci s externími nezávislými odborníky a dodavateli za účelem definování předmětu veřejné zakázky a zadávacích podmínek. Této konzultace zadavatel zpravidla využívá v případech, kdy sám nemá dostatečné informace o předmětu veřejné zakázky, případně má obavu z toho, aby nedefinoval předmět veřejné zakázky diskriminačním způsobem s ohledem na svou omezenou znalost způsobů řešení požadovaných potřeb.

Přestože při svém výkladu pojmu „předběžných tržních konzultací“ krajský soud v bodu 40 odůvodnění napadeného rozsudku odkazuje na komentářovou literaturu, činí tak způsobem, který její závěry pokřivuje. Stěžovatel však již v napadeném rozhodnutí citoval i pasáž,

kde táž komentářová literatura závěry krajského soudu vyvrací, tedy není vůbec zřejmé, proč ji krajský soud cituje. Konkrétně je zde uvedeno: „*S odkazem na samotný název institutu předběžné tržní konzultace budou časově probíhat před vlastním zahájením příslušného zadávacího řízení. Ačkoli evropské právo (i DZ) zmiňují předběžné tržní konzultace také ve vztahu k vedení zadávacího řízení, bude nutné s konzultacemi tohoto typu (typicky v souvislosti s volbou vhodného druhu zadávacího řízení) s ohledem na zákaz narušení hospodářské soutěže zacházet velmi opatrně. Zákon v tomto rozsahu evropskou předlohu nepřevzal a neobsahuje explicitní možnost využití konzultací při vedení zadávacího řízení (tzn. nejen při jeho plánování před zahájením).*“¹ (zvýraznění doplněno stěžovatelem).

Obdobně je pak v čl. 40 zadávací směrnice uvedeno: „*Před zahájením zadávacího řízení mohou veřejní zadavatelé vést tržní konzultace s cílem připravit zadání veřejné zakázky a informovat hospodářské subjekty o svých plánech a požadavcích při zadávání veřejných zakázek. Za tímto účelem mohou veřejní zadavatelé například vyhledat nebo přijmout poradenství od nezávislých odborníků nebo orgánů či účastníků trhu. Toto poradenství mohou využít při plánování a vedení zadávacího řízení, pokud toto poradenství nenarušuje hospodářskou soutěž a nevede k porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti.*“ (zvýraznění doplněno stěžovatelem).

Argumentaci v bodu 46 odůvodnění napadeného rozsudku považuje stěžovatel za zcela nesprávnou. I čl. 40 zadávací směrnice totiž krajský soud okleštuje na část, která konvenuje jeho závěrům. Využití poradenství při plánování a vedení zadávacího řízení se totiž podle předchozích vět daného článku vztahuje k poradenství před zahájením zadávacího řízení a informacím, které z něj zadavatel získal. Krajský soud vykládá poslední větu článku zcela izolovaně a odtrženě od vět předchozích. Přitom pokud by evropský zákonodárce chtěl časový úsek předběžných tržních konzultací vztáhnout i na vedení zadávacího řízení, formuloval by článek zcela jinak. Pokud je však článek formulován, jak formulován je, vztahuje se využití poradenství při plánování a vedení zadávacího řízení k vyhledání nebo přijmutí poradenství za účelem tržních konzultací, které je možné vést pouze před zahájením zadávacího řízení.

V této pasáži a s ohledem na výše uvedené pak stěžovatel nemůže souhlasit ani s druhou a třetí větou citované komentářové literatury, neboť nemá ani za to, že by zadávací směrnice a v návaznosti na to důvodová zpráva k zákonu konání předběžných tržních konzultací v průběhu zadávacího řízení aprobovala. V důvodové zprávě se píše: „*Využití předběžných tržních konzultací při plánování a vedení zadávacího řízení nesmí narušit hospodářskou soutěž. Pokud se na předběžných tržních konzultacích podílel pozdější účastník zadávacího řízení, musí zadavatel přijmout příslušná opatření, aby zajistil, že tím nebude narušena hospodářská soutěž. V rámci těchto opatření musí zadavatel zejména ostatním účastníkům sdělit informace z této účasti vyplývající (tyto informace budou zpravidla zapracovány do zadávací dokumentace) a stanovit odpovídající lhůty pro doručení nabídek tak, aby dostatečný čas na přípravu nabídek měli i dodavatelé, kteří se na předběžných tržních konzultacích nepodíleli*“. Podle stěžovatele i s ohledem na výklad čl. 40 zadávací směrnice zákonodárce hovoří o využití informací získaných předběžnými tržními konzultacemi při plánování a vedení zadávacího řízení, nikoliv o jejich samotném konání při vedení zadávacího řízení a získání

¹ DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ, P., ŠEBESTA, M. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 195. Pozn.: zvýrazněno předsedou Úřadu.

v této fázi. To je podle stěžovatele patrné i z dalších citovaných vět důvodové zprávy, například věty týkající se pozdějšího účastníka zadávacího řízení.

Ani čl. 41 zadávací směrnice, který krajský soud zmiňuje v bodu 43 odůvodnění napadeného rozsudku, nemůže na věci nic změnit, neboť také hovoří o přípravě zadávacího řízení, navíc pak hovoří o zájemci, uchazeči nebo podniku se vztahem k zájemci nebo uchazeči, který působil jako poradce veřejného zadavatele. Úvahy krajského soudu uvedené v tomto bodu tak nemohou obstát, pokud ze směrnice nevyplývá základní teze, kterou krajský soud dále rozvádí.

Co se týká samotných požadavků na technickou specifikaci, je zřejmé, že ty byly prokazatelně stanoveny zadavatelem již před zahájením zadávacího řízení. To, co zadavatel z komunikace s výrobcí autobusů zjistil, byl fakt, že je v části nepromítnul do nosnosti autobusů, tedy ani do celkové obsaditelnosti. Tuto úvahu pak zadavatel provedl sám, a to na základě vlastní technické specifikace. Nic z toho podle stěžovatele nepřipomíná předběžnou tržní konzultaci, jak je definována svým účelem výše. Jak již stěžovatel uvedl v bodu 93 odůvodnění napadeného rozhodnutí, obsah této komunikace se nepromítl do znění zadávací dokumentace v tom smyslu, že by měl bezprostřední vliv na tvorbu a následný obsah zadávacích podmínek. V tomto směru lze opětovně odkázat na bod 265 odůvodnění rozhodnutí předsedy stěžovatele ze dne 28. 6. 2021, č. j. ÚOHS-12706/2021/162/HSc, HBa, případně na bod 93 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde je předmětná pasáž citována.

Je nutné uzavřít, že cílem komunikace s výrobcí autobusů nebylo připravení zadávacích podmínek, ty již totiž připraveny byly, přičemž veřejná zakázka ani není zakázkou na autobusy. Cílem bylo ověřit splnitelnost nastavených podmínek, přičemž toto ověření odhalilo chybu ve výpočtu, která nebyla napravena úpravou technické specifikace na základě konzultací s výrobcí autobusů, ale na základě jednoduché opravy ve výpočtu nosnosti a obsaditelnosti.

Význam informací, které zadavatel průzkumem trhu získal, neměl žádný vliv na stanovení technické specifikace a nemohl tak mít vliv ani na žalobce, případně další dodavatele (stejně tak informace, které snad mohli tito výrobci autobusů od zadavatele získat, nemohly mít vliv na jejich případné zvýhodnění). Žalobce byl jedním z dotazovaných subjektů, tedy věděl o charakteru průzkumu trhu, a zadavatel předmětnou komunikaci učinil součástí dokumentace o zadávacím řízení. Podle stěžovatele tak ani v případě, že by NSS shledal, že se o předběžné tržní konzultace jednalo, nelze konstatovat vliv na zadávací řízení. Práva žalobce nebyla v tomto konkrétním případě dotčena ani v tom smyslu, že by nemohl namítat střet zájmů, k jehož odhalování byl koncipován právě § 36 odst. 4 zákona a jehož nedodržení žalobce rozporuje.

Pokud navíc krajský soud hovoří o možném zvýhodnění dodavatelů, opět přehlíží to, že v předmětném případě jde o dopravní služby, nikoliv o nákup autobusů. Pokud tedy zadavatel opravil počet míst v minimální obsaditelnosti jednoho z autobusů, je vliv na dodavatele v oblasti dopravních služeb mizivý či dokonce žádný. Stěžovatel nerozumí tomu, co by se pro tyto dodavatele změnilo v případě, kdy by zadavatel označil údaj o minimální obsaditelnosti jako výsledek předběžné tržní konzultace. Stěžovatel proto v údajném pochybení zadavatele na rozdíl od krajského soudu nespatřuje naplnění cílů zákona.

I v této části napadeného rozsudku podle stěžovatele chybí posouzení, zda se v případě, kdy podle krajského soudu mělo dojít k naplnění povinnosti zadavatele podle § 36 odst. 4 věty druhé zákona,

jedná o pochybení, které má mít samo o sobě (případně ve spojení s dalšími pochybeními) za následek zrušení zadávacího řízení.

Vzhledem k tomu, že zadavatel ve své kasační stížnosti z větší části převzal argumentaci stěžovatele obsaženou v napadeném rozhodnutí, nemá stěžovatel důvod s ní nesouhlasit.

Stěžovatel proto uzavírá, že krajský soud posoudil povahu komunikace zadavatele s výrobcí autobusů v rozporu se zákonem, neboť s ohledem na výše uvedené lze konstatovat pouze to, že tato komunikace nenaplnuje požadavky na předběžné tržní konzultace, tedy zadavatel ani nebyl povinen aplikovat § 36 odst. 4 větu druhou zákona.

IV.

K požadavku na obsaditelnost autobusů

Podle krajského soudu nebyl požadavek na minimální obsaditelnost autobusů nutný již ze samotné povahy veřejné zakázky, neboť se nejedná o zakázku na nákup autobusů, nýbrž jde pouze o požadavek na prostředky, jimiž má být plnění poskytováno, k němuž musely zadavatele vést jasné, srozumitelné a korektní důvody. Z Analýzy způsobu stanovení celkového počtu cestujících v dopravní obslužnosti v kraji Vysočina pro kategorie vozidel pod označením V – N z prosince 2021 (dále jen „**Analýza 2**“) může podle krajského soudu vyplývat predikce zvyšování požadavku na dopravní obslužnost odpovídající rostoucí obsazenosti autobusů, nevyplývá z ní ale požadavek na minimální obsaditelnost právě 83 osobami. Následné snížení potvrzuje, že tento požadavek nebyl nutným vyústěním analýzy. Jestliže byl za objektivně odůvodněný původně pokládán požadavek „nejméně 83“, poté (bez změny analýzy ohledně obsazenosti vozů a bez změny predikce) byl za objektivně odůvodněný pokládán požadavek „nejméně 80“, pak z ničeho neplyne, proč takový požadavek již nebylo možno dále snížit. Ze strany zadavatele nezazněl žádný srozumitelný důvod, proč by stanovení požadavku na obsaditelnost „nejméně 76“ neodpovídalo závěrům odborného posouzení.

Stěžovatel považoval jako zásadní východisko při posuzování návrhu žalobce a považuje i nadále v řízení před správními soudy fakt, že předmětem nyní řešené veřejné zakázky je dopravní obslužnost, nikoliv dodávka autobusů, tedy plnění, které poskytuje žalobce. Nejedná se tak o přímý dopad zadávacích podmínek do hospodářské soutěže mezi dopravci o veřejnou zakázku. Ačkoliv byla aktivní legitimace žalobci přiznána, neznamena to, že by se mohl předmětného zadávacího řízení účastnit. Navrhovatel totiž neposkytuje služby dopravní obslužnosti. Nelze odhlédnout také od faktu, že výběr konkrétního výrobce autobusů je na dopravcích a tito nejsou nijak smluvně vázáni, resp. povinni vybrat právě autobusy navrhovatele, a to ani v případě, že by jeho autobusy byly k plnění veřejné zakázky způsobilé.

Krajský soud však ve svých úvahách toto východisko téměř zcela pominul a pominul tak, že ve vztahu k řešené veřejné zakázce dochází k soutěži mezi dopravci, nikoliv výrobcí autobusů. Zde však lze říci, že hospodářská soutěž nebyla dotčena, poněvadž tito potenciální dodavatelé se mohou přihlásit do zadávacího řízení i bez participace navrhovatele.

Z průzkumu trhu, který provedl Úřad, neplyne, že by nesplnění požadavků obsaditelnosti u navrhovatele vylučovalo z účasti některého z dopravců. Tito naopak uvedli, že jsou schopni požadavky zadavatele splnit s autobusy jiných výrobců. Touto skutečností však dopravci nejsou nutně diskriminováni, neboť jim i nadále zůstává dostatečný počet dodavatelů autobusů,

prostřednictvím jejichž výrobků mohou plnit zakázku. Zadávací podmínky jsou samy o sobě jistou selekcí těch dodavatelů, kteří jsou schopni požadované řešení zadavateli nabídnout. Zde se však nejedná o selekci dodavatelů (neboť žalobce není dodavatelem služeb přepravy cestujících), ale selekci plnění s ohledem na cíle a požadavky zadavatele. Dopravci jsou stále schopni řešení nabídnout, jen nikoliv autobusy žalobce, které zadávací podmínky nespĺňují.

Už jen tato skutečnost nabourává argumentaci krajského soudu, neboť ačkoliv někteří dodavatelé-dopravci by rádi plnili veřejnou zakázku autobusy žalobce, existovaly i další možnosti, jak zadávací podmínky splnit a soutěže se účastnit. To ostatně potvrzuje i množství podaných nabídek – zadavatel zmiňuje celkem 55 nabídek (na všechny části dohromady). Dodavatelé, kteří se soutěže z podstaty svého zaměření mohli účastnit, proti zadávacím podmínkám nebrojili, byť někteří jako první variantu preferovali autobusy žalobce. Dodavatel, který se soutěže naopak z podstaty svého zaměření účastnit nemohl, zadávací podmínky napadl a krajský soud mu vyhověl. Omezení hospodářské soutěže na úrovni výrobců autobusů (jak zmiňuje krajský soud v bodu 54 odůvodnění napadeného rozsudku) je ale zcela potenciální.

Stěžovatel opakuje, že žalobce není soutěžitel na trhu dopravců, který by se o veřejnou zakázku mohl ucházet. Jakákoliv možnost, že by žalobce dodával autobusy některým z dopravců, je zcela hypotetická. Jen potencialita možného využití žalobce jako dodavatele autobusů nemůže podle stěžovatele znamenat omezení hospodářské soutěže, když navíc hospodářská soutěž probíhá na úrovni dopravců, nikoliv výrobců autobusů. Jsou to pak dopravci, kdo na základě odůvodněných požadavků zadavatele zajišťují vhodné prostředky pro plnění veřejné zakázky tak, aby jimi naplnily cíle zadavatele týkající se rozsahu služeb. Stěžovatel trvá na tom, že konstatovat omezení hospodářské soutěže, pokud se údajně dotčený subjekt soutěže z podstaty své činnosti účastnit nemůže, je nesmyslné.

Nadto stěžovatel nemůže souhlasit s tím, že požadavek na minimální obsaditelnost autobusů nemusel být v zadávací dokumentaci obsažen již z povahy veřejné zakázky, neboť jde pouze o požadavek na prostředky, jimiž má být plnění poskytováno, k němuž zadavatele musely vést jasné, srozumitelné a korektní důvody.

V tomto směru stěžovatel souhlasí s argumentací zadavatele. Nelze než citovat konkrétní pasáž kasační stížnosti, kde zadavatel uvádí, že „[p]ožadavek na obsaditelnost autobusu definuje službu jako takovou, protože prostřednictvím tohoto požadavku a přiřazení kategorie vozidla na konkrétní spoj, je stanoveno, kolik osob na jednotlivých spojích je dopravce povinen „odvézt““.

S ohledem na to, že analýzy nejsou součástí zadávací dokumentace, je to právě zadávací dokumentace a zadávací podmínky, ve kterých zadavatel (na základě odborných podkladů reflektujících jeho objektivní potřeby) nastavuje rozsah služby, tedy kolik cestujících fakticky na konkrétních linkách očekává. Zadavatel pak na základě analýzy přiřadil kategorii autobusů jednotlivým spojům na konkrétních linkách, aby poptávku na těchto spojích uspokojil, a to nejen v prvních letech plnění veřejné zakázky, ale s ohledem na její trvání a rostoucí poptávku samostatně i v letech pozdějších.

Stěžovatel musí konstatovat, že požadavek obsaditelnosti je zcela relevantní, poptává-li zadavatel zakázku na poskytnutí služby spočívající v zajištění dopravní obslužnosti. Zadavatel má nepochybně oprávnění specifikovat kvalitativní požadavky na vozidla, jimiž má být tato služba realizována. Stanovení minimálního požadavku na obsaditelnost má pro zadavatele hned několik výhod.

Příkladem lze uvést – větší obsaditelnost vozů zajišťuje větší pravděpodobnost přepravy potřebného počtu cestujících, zároveň může značit ekonomickou úsporu v podobě nezapojení posilových spojů. Tím, že zadavatel požaduje v rámci zajištění dopravní obslužnosti po celém kraji hned několik kategorií vozidel, odráží nepochybně vytíženost konkrétních linek a spojů, což se jeví jako logické a hospodárné řešení dopravní obslužnosti. Zároveň je takový požadavek zcela legitimní a očekávatelný. Jak konkrétně zadavatel odůvodňoval stanovení minimální obsaditelnosti ve výši 83 míst, je přehledně uvedeno v bodu 58 a 59 odůvodnění napadeného rozhodnutí – obecně jde především o demografický vývoj, počet využitých vozidel a úsporu finančních prostředků.

Jestliže krajský soud v bodu 52 rozporuje, že zadavatel nemusel stanovit požadavek na obsaditelnost, aby byly nabídky porovnatelné, nemůže s tím stěžovatel souhlasit. Jednak pro výše uvedené, jednak proto, že dodavatelé budou kalkulovat cenu dopravy. Cena dopravy se odvíjí od toho, v jakém rozsahu jsou služby poskytovány, tedy jaké kapacity musí dodavatel zajistit. Tato cena se pak odvíjí i od použitých autobusů, které rozsah služby definují. Nelze tak na dodavatelích ponechat volbu autobusů a jejich počtů pro zajištění konkrétního spoje, pokud jimi je definovaný rozsah služby a jeho faktická úprava každým dodavatelem by právě spíše zapříčinila neporovnatelnost nabídek.

V úvaze krajského soudu dále zcela chybí zohlednění faktu, že zadavatel stanovil předmětný požadavek na obsaditelnost konkrétního autobusu až pro druhé období plnění veřejné zakázky, tedy až od pátého roku plnění. To dále omezuje vliv daného požadavku a potvrzuje jeho odůvodněnost s ohledem na zvyšování nároků na přepravní kapacitu. Současně to dává žalobci čas upravit své vozy tak, aby je mohl nabídnout dodavatelům této zakázky.

Právě tento fakt nelze mít s ohledem na demografický vývoj a analýzu, která jej predikuje, zadavateli za zlé a považovat za nezákonné, že požadoval minimální obsaditelnost ve výši 83 míst. I pokud následně dospěl k tomu, že chybou nezohlednil doplňkovou výbavu a je nutné požadavek snížit na míst 80, považuje stěžovatel obě čísla za odůvodněná. Bylo-li zjištěno, že na některých spojích se obsaditelnost pohybuje okolo 80 míst, odůvodňuje to plně požadavek na kapacitu autobusů vyšší nebo rovno 80 míst. Nižší kapacita autobusů by pak mohla znamenat nutnost použití posilujících spojů, což se jeví jako značně ekonomicky nevýhodné (jak ostatně plyne již z Analýzy 2). Nasazení posilujících spojů je navíc v rozporu se záměrem zadavatele, jehož cíl je právě opačný, a to nasadit vozidla s dostatečnou kapacitní rezervou tak, aby nebylo nutné posilové spoje použít.

Pokud zadavatel chtěl mít kapacitní rezervu, měl na ni pro výše uvedené odůvodněný nárok a nelze jeho požadavek považovat za nezákonný. Jestliže poté dospěl k tomu, že musí kapacitu snížit, musel zároveň učinit úvahu o tom, jestli budou jeho cíle stále naplněny za stejných východisek, která ho vedla ke stanovení čísla 83. Stěžovatel má za to, že tato východiska jsou stále naplněna, pokud sám zadavatel považuje obsaditelnost ve výši 80 míst za dostatečnou a je ochoten se obejít bez „rezervních“ míst, která by pokrývala případný další nárůst poptávky.

Stěžovatel proto nemůže souhlasit s napadeným rozsudkem, ze kterého plyne, že odůvodněným fakticky může být jen jedno z těchto čísel. Naopak je zřejmé, že analýzám a cílům zadavatele odpovídají oba počty, byť 83 míst by pro něj s ohledem na demografický vývoj bylo lepších. To však neznamená, že cílů nebude dosaženo i při stanovení 80 míst.

Jestliže pak krajský soud v bodu 54 uvádí, že zadavatelovy argumenty neposkytují dostatečnou odpověď na to, proč nebyl požadavek na minimální obsaditelnost ve výši 80 míst podkročitelný,

je třeba zopakovat, že to vychází z Analýzy 2, kde jsou uvedeny konkrétní příklady spojů, na kterých se počet cestujících blíží 80, případně počet 80 i překračuje. S ohledem na výhled rostoucí poptávky je pak podle stěžovatele až nesmyslné konstatovat, že zadavatel neuvedl, proč je požadavek na 80 míst nepodkročitelný.

Tento závěr patrně vychází z podle stěžovatele nesprávného východiska krajského soudu, že požadavek na minimální obsaditelnost nemusí být v zadávací dokumentaci nutně stanoven. Podle krajského soudu je tak zřejmě na dopravcích, aby vypravili takové kapacity, aby zajistili splnění požadavku přepravních kapacit, a to i více autobusy. To je však zcela v rozporu s dalšími cíli zadavatele, které z analýz vyplývají, např. aby na dané trase bylo možné zajistit spojení v dopravních špičkách s co nejmenším počtem vozidel. Na to se pak nabalují i rostoucí finanční náklady.

Nad rámec výše uvedeného pak stěžovatel musí konstatovat, že nelze na zadavatele klást nepřiměřené požadavky na odůvodnění stanovených zadávacích podmínek. Zadavatel své požadavky odůvodnil, přičemž vycházejí z jeho objektivních potřeb. Zadavatel také odůvodnil, proč na některých spojích nemůže obsaditelnost podkročit 80 míst. Toto odůvodnění stěžovatel shledal za dostatečné a má za to, že jiný pohled by zadavatele ve vztahu k vlastním cílům a potřebám zatížil zcela nepřiměřeně. Požadavek na obsaditelnost navíc vyplývá z predikcí (analýz), které se vztahují k budoucímu stavu. Taková predikce nikdy nemůže být zcela objektivní, ale pokud se zakládá na objektivních východiscích, není důvod ji nepřijmout.

Je pak také vhodné poukázat na rozsudek krajského soudu č. j. 31 Af 61/2019-392 ze dne 30. 11. 2022. Tam krajský soud uvedl: „Podle názoru soudu není možné stanovit univerzální pravidlo pro posuzování toho, kdy jsou zadavatelem proklamované důvody (jeho legitimní potřeba) postačující pro stanovení určitého požadavku, takže již nelze hovořit o bezdůvodné překážce hospodářské soutěže. Posouzení se vždy musí odvíjet od konkrétních skutkových okolností. Obecně však lze říci, že požadovaná míra souvislosti mezi zadávací podmínkou a tvrzenou potřebou se do značné míry odvíjí od toho, nakolik je stanovený požadavek v daném segmentu trhu běžný a zda je jednoduše splnitelný a v porovnání s hodnotou veřejné zakázky nenákladný, nebo naopak technicky komplikovaný a znatelně navyšující cenu plnění. Požadavek, jehož splnění nemůže nikomu z dodavatelů činit jakékoliv potíže, totiž omezuje hospodářskou soutěž pouze marginálně, a není proto rozhodné, že zadavatel může hospodářskou soutěž omezit prakticky stejně marginálně stanovením jiného parametru. Je-li v takovém případě zdůvodnění požadavku racionální a mezi parametrem a legitimní potřebou zadavatele existuje alespoň v základní míře souvislost, nelze hovořit o bezdůvodné překážce hospodářské soutěže. Důvod (legitimní potřeba zadavatele) totiž existuje a s ohledem na charakter požadavku nemá valný význam hledat vhodnější překážku hospodářské soutěže.“

Pokud v této věci soud uzavřel, že požadavek na minimální objem palivových nádrží lze v segmentu výrobců autobusů na trhu považovat za snadno splnitelný a nenákladný, a tudíž kladoucí toliko zanedbatelnou, a nikoliv bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže ve smyslu § 36 odst. 1 zákona, nemá stěžovatel za to, že by byl požadavek na obsaditelnost takový, že by mohl dopravcům, kteří jsou (na rozdíl od žalobce) účastníci zadávacího řízení, působit jakékoliv potíže. Tak tomu je i s ohledem na průzkum provedený stěžovatelem a dalších několik možností autobusů, které mohou dodavatelé při plnění veřejné zakázky využít. Jak potom vyplývá ze shora popsáno, mezi parametrem na obsaditelnost a legitimní potřebou zadavatele existuje souvislost nikoliv v základní míře, ale silná souvislost pramenící i z odborného posouzení.

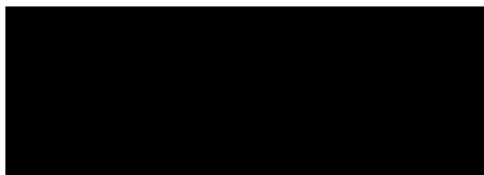
Co se týká porovnání splnitelnosti požadavku a hodnoty veřejné zakázky, je podle stěžovatele vhodné poukázat také na to, že pro námitky žalobce, který ani není způsobilým dodavatelem pro plnění veřejné zakázky, směřuje po napadeném rozsudku zadávací řízení na veřejnou zakázku na 10 let s předpokládanou hodnotou 371.236.534 Kč bez DPH za 48 měsíců ke svému zrušení, což stěžovatel považuje za nesprávné.

Ve světle citovaného rozsudku pak tím spíše nedávají smysl požadavky, které napadený rozsudek klade na odůvodnění zadávacích podmínek zadavateli. Zatímco Úřad (a očividně i senát 31 Af krajského soudu) se snaží k zadávacím podmínkám stavět racionálně a se snahou pochopit cíle zadavatelů a jejich odůvodnění, která je k jednotlivým zadávacím podmínkám vedla, napadený rozsudek jde zcela proti této snaze se svými nepřiměřeně přísnými nároky. Nejvyšší správní soud by proto měl také posoudit, který z těchto přístupů je správný a jak by měl stěžovatel na zadávací podmínky při jejich přezkumu nahlížet.

I v této části se stěžovatel v zásadě neodchyluje od argumentace zadavatele, proto nepovažuje za potřebné se k ní blíže vyjadřovat. I zde stěžovatel uzavírá, že krajský soud posoudil požadavek na minimální obsaditelnost nesprávně.

V.

Stěžovatel proto pro výše uvedené navrhuje, aby Nejvyšší správní soud vydal na základě § 110 odst. 1 zákona č 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů rozsudek, jímž napadený rozsudek zruší a věc vrátí krajskému soudu k dalšímu řízení.



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

Obdrží:

Nejvyšší správní soud, Moravské náměstí 6, 657 40 Brno

