UOHSX00G1YQL

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0030/2022/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-14489/2022/163 Brno 9. 5. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 25. 2. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-05216/2022/500 ze dne 10. 2. 2022 vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0333/2021/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Kraj Vysočina**, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 586 01 Jihlava, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 24. 5. 2021 společností Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022**“ rozdělené na části

- **„Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 1**“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007591, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112075, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147515, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172159,

dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179234, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230891, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258676, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290031,

- **„Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 2**“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007592, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112073, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147514, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172154, dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179236, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230894, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258687, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290025,
- **„Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 3**“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007593, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 3. 5. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112076, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147519, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172170, dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179244, dne 5. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 087-226212, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230892, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258667, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290028,
- **„Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 4**“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007594, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112078, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147521, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172169, dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179233, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230887, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258674, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290026,
- **„Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 5**“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007595, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112072, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147518, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172160, dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179232, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230895, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258680, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290016,
- **„Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 6**“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007596, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021,

6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112071, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147522, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172161, dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179230, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230890, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258672, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290034,

- **„Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 7**“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007597, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112070, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147520, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172157, dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179235, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230896, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258679, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290030,
- **„Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 8**“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007598, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112069, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147517, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172158, dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179238, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230893, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258677, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290023,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-05216/2022/500 ze dne 10. 2. 2022 vydané v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0333/2021/VZ

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 1. 3. 2021 zahájil zadavatel – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 586 01 Jihlava, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 24. 5. 2021 společností Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno, (dále jen „**zadavatel**“), jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)[1], odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení ve smyslu § 56 odst. 1 zákona na veřejnou zakázku „Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022“ rozdělenou na části

- „Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 1“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007591, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112075, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147515, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172159, dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179234, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230891, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258676, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290031,
- „Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 2“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007592, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112073, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147514, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172154, dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179236, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230894, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258687, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290025,
- „Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 3“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007593, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 3. 5. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112076, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147519, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172170, dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179244, dne 5. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 087-226212, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230892, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258667, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290028,

[1] Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

- „Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 4“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007594, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112078, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147521, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172169, dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179233, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230887, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258674, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290026,
- „Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 5“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007595, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112072, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147518, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172160, dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179232, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230895, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258680, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290016,
- „Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 6“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007596, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112071, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147522, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172161, dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179230, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230890, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258672, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290034,
- „Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 7“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007597, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112070, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147520, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172157, dne 12. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 070-179235, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230896, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258679, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290030,
- „Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022 - část č. 8“ zadávaná v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 3. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4. 3. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-007598, ve znění oprav uveřejněných ve dnech 22. 3. 2021, 6. 4. 2021, 12. 4. 2021, 7. 5. 2021, 24. 5. 2021 a 7. 6. 2021 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 045-112069, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 3. 2021 pod ev. č. 2021/S 058-147517, dne 6. 4. 2021 pod ev. č. 2021/S 066-172158, dne 12. 4. 2021

pod ev. č. 2021/S 070-179238, dne 7. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 089-230893, dne 21. 5. 2021 pod ev. č. 2021/S 098-258677, dne 9. 6. 2021 pod ev. č. 2021/S 110-290023,

(dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Dle bodu 3.1 zadávací dokumentace k jednotlivým částem veřejné zakázky je předmět plnění definován jako „*výkon veřejných služeb v přepravě cestujících za účelem zajištění dopravní obslužnosti v souladu se zákonem č. 129/2000 Sb., o krajích, ve znění pozdějších předpisů, a § 2 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ‚zákon o veřejných službách') na území Kraje Vysočina*“.

3. Dne 14. 7. 2021 obdržel zadavatel od navrhovatele – SOR Libchavy spol. s r.o., IČO 15030865, se sídlem Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy, (dále jako „**navrhovatel**“) – námitky proti zadávacím podmínkám z téhož dne (dále jako „**námitky**“). O těchto námitkách rozhodl zadavatel dne 28. 7. 2021 rozhodnutím o námitkách (dále jako „**rozhodnutí o námitkách**“) tak, že je odmítá. Rozhodnutí o námitkách bylo doručeno navrhovateli dne 29. 7. 2021.

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) obdržel dne 9. 8. 2021 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jako „**návrh**“), a to do všech osmi částí veřejné zakázky.

5. Dnem 9. 8. 2021, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

6. Návrhem navrhovatel brojil proti zadávacím podmínkám, o nichž má za to, že byly zadavatelem stanoveny v rozporu se zákonem, a to netransparentně a diskriminačně. Navrhovatel namítal, že zadavatel nedůvodně formuluje detailní technické požadavky na autobusy, aniž by taková míra detailu byla odůvodněna předmětem plnění, tj. reálnou potřebou zadavatele. Problematické navrhovatel spatřuje zejména stanovení požadavku na obsaditelnost autobusů kategorie V – N, včetně následného snížení hodnoty obsaditelnosti v důsledku zohlednění výbavy autobusu a vlivu na celkovou hmotnost autobusu. Navrhovatel rovněž rozporoval, že zadavatel provedl předběžné tržní konzultace s výrobci autobusů, přičemž tuto skutečnost nezaznamenal do zadávací dokumentace. Navrhovatel proto navrhl, aby Úřad zrušil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.

II. Napadené rozhodnutí

7. Dne 10. 2. 2022 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-05216/2022/500 vydané v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0333/2021/VZ (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

8. Úřad návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

9. Úřad se předně v odůvodnění napadeného rozhodnutí zabýval aktivní legitimací navrhovatele, přičemž dospěl k závěru, že navrhovatel je osobou oprávněnou k podání námitek, jakožto návrhu podle § 250 odst. 1 zákona.

10. K požadavku na technické parametry autobusů, konkrétně k požadavku na minimální obsaditelnost vozidel Úřad v obecné rovině uvedl, že tento požadavek nepovažuje

za neoprávněný a neúměrný tomu, že zadavatel poptává zakázku na poskytnutí služby spočívající v zajištění dopravní obslužnosti. Zadavatel má možnost definovat, jakými prostředky mají dopravci tuto službu zajistit. Nasazení konkrétní kategorie autobusů na příslušné linky odráží vytíženost konkrétní linky a spoje a může znamenat pro zadavatele ekonomickou úsporu. Ponechání volby vozidla vč. jeho kapacity na dodavatelích by dle Úřadu vneslo do zadávacích podmínek prvek neurčitosti. Původní požadavek zadavatele na minimální obsaditelnost autobusů kategorie V – N (83 míst) Úřad shledal za odůvodněný a adekvátní, jelikož vychází ze stávajícího stavu, kdy se maximální obsazenost u některých spojů blíží zadavatelem stanovené kapacitě, přičemž se počítá s přiměřenou rezervou a je zohledněna vytíženost konkrétních spojů v konkrétních časech. Tento požadavek zadavatel odůvodnil rovněž vypracovanou Analýzou nákladů na vozidla (pořizovací náklady a provozní náklady) v průběhu kontraktu podle jejich stáří ve variantách (přesný popis postupu výpočtu a odborných odhadů), Dílčí část A11, z června 2015, (dále jako „**Analýza 1**“), a také Analýzou způsobu stanovení celkového počtu cestujících v dopravní obslužnosti v kraji Vysočina pro kategorie vozidel pod označením V – N z prosince 2021 (dále jako „**Analýza 2**“). Úřad rovněž stanovení kapacity vozidel až pro druhé období plnění veřejné zakázky považuje za logické, jelikož pro toto období jsou kladeny přísnější nároky a dodavatelé mají dostatek času zajistit vhodná vozidla splňující požadovanou kapacitu (příp. výrobci tato vozidla vyrobit).

11. Ke snížení obsaditelnosti (z 83 míst na 80 míst) se Úřad dotazoval zadavatele k uvedení odůvodnění daného snížení. Zadavatel přitom uvedl, že ke snížení došlo v důsledku zohlednění požadavku na dvojí zasklení, tj. doplňková výbava vozu. Tato výbava vozu nebyla v původní analýze 1 i následné analýze 2 zohledněna, a proto ji zadavatel musel zohlednit následně, jelikož na této výbavě trvá. S ohledem na zdůvodnění zadavatele, vč. provedeného matematického výpočtu, považuje Úřad snížení požadavku na obsaditelnost za objektivně odůvodnitelné. Úřad rovněž provedl průzkum trhu, ze kterého zjistil, že požadavek splňuje několik dopravců. Z provedeného dokazování taktéž neplyne, že by stanovené zadávací podmínky byl schopen splnit pouze jeden dodavatel, jak tvrdil navrhovatel.

12. Úřad rovněž dotazování výrobců ze strany zadavatele po vypsání veřejné zakázky nepovažuje za vedení předběžných tržních konzultací a zadavateli tak nevznikla žádná povinnost uvést obsah tohoto dotazování, resp. průzkumu trhu v zadávací dokumentaci.

III. Rozklad navrhovatele

13. Dne 25. 2. 2022 podal navrhovatel rozklad z téhož dne proti napadenému rozhodnutí, které mu bylo doručeno dne 10. 2. 2022. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

14. Navrhovatel v rozkladu konstatoval, že zadavatel stanovil konkrétní technické požadavky na autobusy kategorie V – N v rozporu se zásadou přiměřenosti, když nedůvodně formuloval detailní požadavky, aniž by taková míra detailu byla odůvodněna reálnou a objektivní potřebou zadavatele.

15. Navrhovatel předně uvedl, že *„z jednotlivých na sebe navazujících kroků zadavatele je patrné, že jeho cílem není nalezení (ekonomicky) nejvýhodnějšího řešení, ale zadání veřejné zakázky ‚preferovanému' dodavateli. Především je to zřejmé již z prvotního nastavení požadavků na obsaditelnost vozidel, když zadavatel stanovil jako minimální počet osob v autobuse na 83,*

aniž to bylo řádně odůvodněno (k problematice analýzy viz níže). Následně tento svůj požadavek, ‚podepřený' právě zmíněnou analýzou z roku 2021, snížil na číslo 80 míst, a to na základě výzvy některého nebo některých dodavatelů (aniž bylo kdy specifikováno jak tato výzva, tak i identifikace takto zvýhodněných výrobců). Tím však zadavatel popřel své předchozí jednání, pokud počet osob ve výši 83 odůvodňoval svými potřebami s odkazem na ‚komplexní' analýzu". Navrhovatel shrnuje, že již původní požadavek na obsaditelnost nebyl nastaven podle objektivních potřeb zadavatele, když v průběhu zadávacího řízení bylo možné hodnotu obsaditelnosti měnit. Technické požadavky na autobusy tak byly stanoveny v rozporu se zásadou přiměřenosti a nastavené podmínky celkové kapacity cestujících bezdůvodně omezují hospodářskou soutěž, jakožto omezují navrhovatele v účasti. Navrhovatel se domnívá, že na trhu existují pouze tři dodavatelé schopni dodat autobus s požadovanými parametry, což dovozuje z průzkumu trhu provedeného Úřadem. Zadavatel dle navrhovatele původní požadavek na 83 míst nikterak neodůvodnil. Odůvodnění uvedené v Analýze 2 je zcela nedostatečné, neboť není jasné, z čeho byla hodnota 83 dovozena. Analýza 2 rovněž neobsahuje žádný výpočet kapacity autobusů V – N. Navrhovatel rovněž argumentuje údaji dopravce ZDAR, a.s., IČO 46965815, se sídlem Jihlavská 759/4, Žďár na Sázavou, (dále jako „**ZDAR**"), na kterých demonstruje nepravdivost údajů uvedených v Analýze 2, přičemž tyto údaje jsou shrnuty v příloze č. 1 a 2 rozkladu. Údaje uvedené v Analýze 2 tak dle navrhovatele jsou nepravdivé nebo je nelze ověřit. Navrhovatel rovněž uvádí, že není zřejmé, jaké konkrétní důvody vedly zadavatele ke snížení požadavku na kapacitu autobusů kategorie V – N. Navrhovatel je přesvědčen, že postupem zadavatele byl diskriminován, jelikož požadavek na minimální obsaditelnost fakticky vyloučil navrhovatele z možnosti ucházet se (zprostředkovaně) o veřejnou zakázku. Zejména pokud ke snížení kapacity došlo na popud jiných dodavatelů, kdežto žádosti navrhovatele nebylo ze strany zadavatele vyhověno. Zadavatel neuvedl, proč by kapacita 76 míst (jakou disponuje navrhovatel) nebyla dostačující. Navrhovatel je významným dodavatelem, což dokládají zjištění Úřadu plynoucí z provedeného průzkumu trhu, kdy by většina dodavatelů volila vozidla navrhovatele.

16. Postup zadavatele nebyl dle navrhovatele transparentní, jelikož není zřejmé, jakým způsobem došlo ke změně kapacity autobusů kategorie V – N, tj. jakou další doplňkovou výbavu zadavatel zohlednil při stanovení obsaditelnosti předmětné kategorie autobusů. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel nezohlednil ostatní doplňkovou výbavu. Zohlednění jen části výbavy pak zapříčinilo netransparentnost postupu zadavatele.

17. Navrhovatel je rovněž přesvědčen, že zadavatel provedl předběžné tržní konzultace s výrobci autobusů, načež jejich obsah, vč. označení výrobců, neuvedl v zadávací dokumentaci, čímž porušil povinnost danou § 36 odst. 4 zákona.

18. Navrhovatel dále rozporuje odůvodnění napadeného rozhodnutí, jež shledává nepřezkoumatelným, zejména v části týkající se snížení požadavku, kdy navrhovatel postrádá bližší odůvodnění a výpočet. Úřad se dle navrhovatele taktéž nevyjádřil k navrhovatelem tvrzeným nedostatkům Analýzy 2.

19. Navrhovatel jako přílohu podaného rozkladu přiložil „Rozbor nepravdivých dat analýzy" a „Statistická data nástupu cestujících" získaná od společnosti ZDAR.

20. Závěrem rozkladu navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a vrátil věc Úřadu k novému projednání. Navrhovatel rovněž navrhuje provedení ústního jednání z důvodu efektivního ověření skutkového stavu.

Závěr rozkladu

21. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

22. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 7. 3. 2022 doručeném Úřadu téhož dne uvádí, že vozidla kategorie V – N mají být využívána až pro druhé období plnění veřejné zakázky, tudíž mají dodavatelé a výrobci (tj. i navrhovatel) dostatek času upravit jimi nabízený produkt tak, aby splňoval zadavatelem poptávaná kritéria. Jedná se o podnikatelské rozhodnutí navrhovatele, které nelze přičítat k tíži zadavatele. Obsaditelnost vozidla patří mezi základní parametry a z pohledu zadavatele tak tento požadavek není excesivní. Zároveň neshledává svůj postup netransparentním, jelikož popsal, z jakého důvodu snížil hodnotu obsaditelnosti. Zadavatel dále nesouhlasí s tím, že by napadené rozhodnutí bylo nepřezkoumatelné. V této souvislosti uvádí, že určení hodnoty kapacity vozidla nemusí být dáno matematickým výpočtem, postačí, když bude odůvodněno jinak, což zadavatel učinil, jak je patrné z odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zadavatel rovněž konstatuje, že dlouhodobé úvahy ohledně vytíženosti spojů nelze posuzovat na základě mimořádných situací (př. údajů z období pandemie COVID-19). Vlastní analýza navrhovatele se navíc vztahuje pouze ke konkrétnímu dopravci, přičemž vychází právě z údajů z doby pandemie. Zadavatel dodává, že nárůst cestujících ovlivňuje taktéž růst cen pohonných hmot. Dle zadavatele nelze shledávat průzkum trhu provedený s některými výrobci autobusů za předběžné tržní konzultace, jelikož nenaplňují jejich podstatu.

23. Zadavatel dále odkazuje na svá předchozí vyjádření a dále uvádí, že rozklad shledává nedůvodným. V důsledku tohoto navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl.

IV. Řízení o rozkladu

24. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 a podle § 88 odst. 1 správního řádu, a proto předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

25. Úřadu bylo dne 14. 3. 2022 doručeno doplnění rozkladu, v němž navrhovatel upozornil na nový rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 2. 2022, sp. zn. 6 As 295/2020, na základě jehož závěrů dochází dle navrhovatele ke změně rozhodovací praxe týkající se aplikace zadávacích podmínek deformujících hospodářskou soutěž, zejména v otázce nezbytnosti poměřování požadavků s těmi potenciálně méně restriktivními alternativami.

26. Předseda Úřadu v řízení o rozkladu vyzval zadavatele usnesením ze dne 5. 4. 2022, č. j. ÚOHS-11547/2022/163, doručeným zadavateli dne 6. 4. 2022 k provedení úkonu – zaslání sdělení, v jehož rámci by měl zadavatel *„jednoznačně uvést, s jakými funkcionalitami (klimatizace, tažné zařízení, dvojí zasklení, dvě místa pro kočárek/invalidní vozík, příp. jiné) počítal při výpočtu obsaditelnosti autobusů kategorie V-N pro druhé období a jak s nimi počítal,*

a zároveň, aby zadavatel předložil veškeré analýzy související s výpočtem obsaditelnosti této kategorie autobusů“. K vyjádření byla stanovena lhůta sedm kalendářních dní od data doručení usnesení.

27. Dne 13. 4. 2022 obdržel předseda Úřadu vyjádření zadavatele z téhož dne, jehož přílohou byly všechny požadované analýzy, tj. Analýza 1, Analýza 2, Analýza - Vypracování všeobecných kvalitativních standardů ve veřejné linkové dopravě (platných pro celý systém), dílčí část A6 (dále jako „**Analýza A6**“), 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 jako „**Analýza A7**“)[2].

28. Zadavatel ve svém vyjádření dále uvedl, že nepřistupoval ke stanovení požadavku na obsaditelnost vozidel tak, že by stanovil obsaditelnost vozidla a od té by odečítal počty osob podle hmotnosti doplňkové výbavy. Zadavatel uvádí, že z jeho pohledu je „*obsaditelnost vozidla dílčím požadavkem stejně jako částečná nízkopodlažnost, šířka dveří, přívěsné zařízení nebo klimatizace*“. Zadavatel uvádí, že nadefinoval požadavky na vozidla co do obsaditelnosti a následně nadefinoval požadavky na jednotlivé prvky výbavy vozidel, přičemž: „*Funkcionality, které byly u vozidel požadovány, jsou tak obsaženy v analýze A7 a jsou případně podrobněji popsány v analýze A6, kde je např. podrobněji popsáno, jaké parametry by měla mít klimatizace vozidla apod., přičemž parametry byly definovány nikoli nahodile, ale Zadavatelem zajištěným odborníkem*.“

29. Závěrem svého vyjádření vyslovuje zadavatel přesvědčení, že jím zvolený přístup k nastavení požadavků u vozidel jednotlivých kategorií je plně v souladu se zákonem. Zadavatel zároveň uvádí, že je to právě on, kdo rozhoduje o podobě a požadavcích na předmět plnění.

30. Dne 20. 4. 2022 vydal předseda Úřadu usnesení č. j. ÚOHS-13057/2022/163, jímž ukládá navrhovateli lhůtu k provedení úkonu ve smyslu § 39 odst. 1 správního řádu ve spojení s § 261 odst. 3 zákona – k vyjádření se k doplněným podkladům rozhodnutí.

31. Dne 28. 4. 2022 doručil navrhovatel předsedovi Úřadu své vyjádření k podkladům rozhodnutí a k vyjádření zadavatele ze dne 13. 4. 2022. Ve vyjádření navrhovatel uvedl, že zadavatel stanovil původní požadavek obsaditelnosti autobusů kategorie V – N bez ohledu na jakékoliv požadované prvky výbavy a až následně zohlednil pouze jeden z požadavků, tj. požadavek dvojího zasklení. Navrhovatel se domnívá, že při stanovení požadavků nemohla být zohledněna ostatní doplňková výbava, jelikož tato nebyla v okamžiku stanovení daného požadavku známa (navrhovatel odkazuje na bod 34 odůvodnění rozhodnutí o námitkách). Zároveň navrhovatel rozporuje část vyjádření zadavatele ze dne 13. 4. 2022, ve které je uvedeno, že zadavatel nepostupoval při zohlednění doplňkové výbavy tak, že by jejich hmotnost odečítal od počtu míst autobusu. Tímto postupem zadavatel dle vyjádření účelově vyloučil navrhovatele z možnosti poskytnout dopravcům jím vyráběné autobusy. Z vyjádření zadavatele ze dne 13. 4. 2022 dle navrhovatele dále plyne, že zadavatel nadefinoval požadavky obsaditelnosti z důvodu rozdělení vozidel do kategorií, které vytvořil zcela uměle dle své libovůle. Požadavek obsaditelnosti tak nemohl odpovídat objektivní potřebě zadavatele. Navrhovatel taktéž konstatuje, že se zadavatel nemůže zbavit odpovědnosti odkazem

[2] Všechny Analýzy byly vypracovány společností KPM CONSULT, a.s., IČO 25312936, se sídlem Kounicova 688/26, Veveří, 602 00 Brno.

na společnosti KPM CONSULT, a.s., IČO 25312936, se sídlem Kounicova 688/26, Veveří, 602 00 Brno, (dále jako „**KPM**“), o jejíž odbornosti má navrhovatel rovněž pochybnosti. Navrhovatel dále rozporuje některé závěry plynoucí z analýz, přičemž konstatuje, že tyto dokumenty nepředstavují relevantní podklad, jenž by odůvodňoval objektivní potřebu zadavatele. Dle navrhovatele nebyla společnost KPM uvedena v zadávací dokumentaci ve vztahu ke všem částem zadávací dokumentace, na jejichž tvorbě se podílela (např. vymezení parametrů autobusů). Zadavatel tak dle navrhovatele postupoval v rozporu s § 36 odst. 4 zákona.

32. Navrhovatel dále setrvává na svém závěru, dle kterého zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, proto navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil napadené rozhodnutí a vrátil věc Úřadu k novému projednání.

Stanovisko předsedy Úřadu

33. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu dospěla rozkladová komise jmenovaná podle § 152 odst. 3 správního řádu k závěru, že je nezbytné postupem dle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu zrušit napadené rozhodnutí a vrátit věc Úřadu k novému projednání, poněvadž zadavatel vedl s výrobci autobusů předběžné tržní konzultace, aniž by jejich výsledek zaznamenal do zadávací dokumentace. Tímto postupem měl porušit § 36 odst. 4 zákona a zapříčinit netransparentnost svého postupu.

34. Po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem ovšem dospěl k závěru, že se v případě dotazování výrobců autobusů (včetně navrhovatele) nejednalo o předběžné tržní konzultace. Ačkoliv by se mohlo z hlediska charakteru dotazování jednat o hraniční případ, je nezbytné zohlednit rovněž časové hledisko provedení dotazování. Rozkladová komise tím, že nevzala v úvahu časové aspekty, tj. okamžik, kdy k dotazování výrobců došlo, neučinila správný závěr o postupu zadavatele (podrobněji viz níže). Pokud jde o odůvodnění požadavků zadavatele na autobusy, neměla rozkladová komise proti napadenému rozhodnutí námitky. Z tohoto důvodu je nezbytné odchýlit se od návrhu rozkladové komise a přistoupit k vypořádání všech rozkladových námitek navrhovatele.

35. Zároveň jsem nepovažoval za nezbytné vést v této věci ústní jednání, jelikož je skutkový stav zjištěn do takové míry, že bylo možné rozhodnout bez jeho nařízení.

36. Z výše uvedených důvodů jsem tak podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a dospěl jsem k následujícímu závěru.

37. Úřad tím, že rozhodl tak, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. Prostudováním veškerého spisového materiálu jsem dále vyhodnotil, že rozkladové námitky nejsou důvodné. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu navrhovatele.

V. K námitkám rozkladu

K otázce nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí

38. Navrhovatel v rozkladu namítá, že Úřad zatížil své rozhodnutí vadou nepřezkoumatelnosti, jelikož z rozhodnutí neplyne, jaká objektivní potřeba vedla zadavatele ke snížení požadované kapacity autobusu kategorie V – N. Není tedy zřejmé, jakým způsobem zadavatel dospěl k hodnotě 80 míst po snížení požadavku obsaditelnosti. Zadavatelem předložený výpočet snížení kapacity autobusů je dle navrhovatele nesprávný a rovněž zcela absentuje v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

39. K nepřezkoumatelnosti rozhodnutí lze předně uvést, že „*za nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů jsou považována zejména taková rozhodnutí, u nichž není z odůvodnění zřejmé, jakými úvahami se soud řídil při hodnocení skutkových i právních otázek a jakým způsobem se vyrovnal s argumenty účastníků řízení*“.[3]

40. Tvrzení navrhovatele o nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí však nelze přisvědčit. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, z jakých tvrzení zadavatele Úřad zjistil, proč zadavatel přistoupil ke snížení kapacity autobusů kategorie V – N (viz bod 218 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Ke snížení tak dle odůvodnění zadavatele došlo v důsledku nezohlednění potřeby dvojího zasklení v požadavku obsaditelnosti (z původních 83 míst). Rozsáhlejší odůvodnění snížení požadavku obsaditelnosti je uvedeno ve vyjádření zadavatele ze dne 16. 9. 2021, v němž byla uvedena úvaha zadavatele a taktéž výpočet, ze kterého je patrné, jakým způsobem byla zohledněna hmotnost této funkcionality (tj. změna hmotnosti při dvojitém zasklení oproti jednoduchému zasklení). Pro doplnění lze uvést, že důvod snížení kapacity autobusů byl zadavatelem uveden, byť stručněji, již v bodech 34 a 36 odůvodnění rozhodnutí o námitkách, a to v reakci na námitky navrhovatele. Předmětný výpočet, vč. úvahy zadavatele, je zaznamenán v bodech 82 – 84 odůvodnění napadeného rozhodnutí. V těchto bodech je shrnut obsah daného vyjádření, ze kterého Úřad nepochybně při posouzení věci vycházel. V bodě 218 je navíc na tento výpočet a úvahu zadavatele odkazováno. Skutečnost, že Úřad neopakoval tento výpočet spolu s úvahou zadavatele opětovně i v bodě 218, kde toliko obecně uvedl, že vychází z daného výpočtu a odůvodnění zadavatele, nelze shledat za vadu napadeného rozhodnutí. Důvod, pro který došlo ke snížení obsaditelnosti autobusů kategorie V – N, je tak zjistitelný z odůvodnění napadeného rozhodnutí, jakožto z obsahu správního spisu. Není tak pravdou, že by Úřad zatížil své rozhodnutí vadou nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů tím, že by v napadeném rozhodnutí neuvedl úvahy zadavatele, jež jej vedly ke snížení kapacity autobusu, jakožto výpočet obsaditelnosti, jak namítá navrhovatel. Vše výše uvedené nalezneme v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad tedy jednoznačně uvedl, z čeho při posouzení vycházel a k jakým závěrům dospěl. Námitka navrhovatele je tak nedůvodná.

41. Navrhovatel dále spatřuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v tom, že se Úřad nevypořádal s tvrzeními navrhovatele rozporujícími závěry Analýzy 2. K této námitce předseda Úřadu konstatuje, že z bodů 216, 226 – 229 odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé vypořádání námitek vztahujících se k Analýze 2. Úřad konkrétně v bodě 227 uvádí,

[3] Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 10. 2018, č. j. 4 As 132/2018 – 63.
Pozn. předsedy Úřadu: i když se zmiňovaný rozsudek týká přezkumu soudního rozhodnutí, je nepochybné, že jsou závěry v něm uvedené zcela aplikovatelné i na rozhodnutí správního orgánu.

že byť Analýza 2 nevychází z nejaktuálnějších údajů obsaditelnosti jednotlivých spojů získaných od dopravců, je třeba zohlednit skutečnost, že zadavatel při stanovení kapacity musel vycházet z dat dlouhodobých. Je proto logické, že data, ze kterých analýza vychází, jsou sesbírána z několika let předcházejících vypsání této veřejné zakázky a tato data bylo nutné dále zpracovat (a tento proces je taktéž časově náročný). Zároveň se pak jeví jako vhodné, že Analýza 2 nekladla příliš velký důraz na data získaná v období pandemie zapříčiněné onemocněním Covid-19, jelikož tato data mohou být do jisté míry zkreslená danou situací. Současně bylo nezbytné při stanovení kapacity vozů zohlednit délku trvání veřejné zakázky a možnost změny v poptávce cestujících po dopravních službách, jak ostatně konstatoval i Úřad v napadeném rozhodnutí. Za logické odůvodnění lze považovat rovněž tvrzení, že dochází k demografickému vývoji a růstu počtu obyvatel v dané oblasti. Vliv na množství přepravovaných cestujících pak nepochybně bude mít i růst cen pohonných hmot. Z výše uvedeného je patrné, že se Úřad zabýval námitkami navrhovatele vztahujícími se k Analýze 2, avšak nevyhověl jim. To však neznamená, že je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné.

42. Tvrdí-li tedy navrhovatel, že se Úřad nevypořádal s některými námitkami navrhovatele, nelze s tímto souhlasit, poněvadž i ty, jež nebyly výslovně dementovány v napadeném rozhodnutí, byly vyvráceny již samotným kontextem napadeného rozhodnutí. Nelze tak přisvědčit námitce nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí už jen z toho důvodu, že „*nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nedostatek důvodů musí být vykládána ve svém skutečném smyslu, tj. jako nemožnost přezkoumat určité rozhodnutí pro nemožnost zjistit v něm jeho obsah nebo důvody, pro které bylo vydáno (srov. usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 19. 2. 2008, č. j. 7 Afs 212/2006-74, publ. pod č. 1566/2008 Sb. NSS). Není přípustné institut nepřezkoumatelnosti libovolně rozšiřovat a vztáhnout jej i na případy, kdy se správní orgán, resp. soud podstatou námitky účastníka řízení řádně zabývá a vysvětlí, proč nepovažuje argumentaci účastníka za správnou, byť výslovně v odůvodnění rozhodnutí nereaguje na všechny myslitelné aspekty vznesené námitky a dopustí se (toliko) dílčího nedostatku odůvodnění*. (…) *Přehlédnout pak nelze ani fakt, že správní orgány a soudy nemají povinnost vypořádat se s každou dílčí námitkou, pokud proti tvrzení účastníka řízení postaví právní názor, v jehož konkurenci námitky jako celek neobstojí; takový postup shledal ústavně konformním i Ústavní soud (srov. nález ze dne 12. 2. 2009, sp. zn. III. ÚS 989/08, a rozsudek NSS ze dne 12. 3. 2015, čj. 9 As 221/2014-43).*“[4]

43. Dílčím závěrem k námitce nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí lze ve smyslu uvedené judikatury aprobované i Ústavním soudem konstatovat, že Úřad není povinen výslovně reagovat na všechny námitky uplatněné v návrhu, pokud jsou tyto vypořádány v kontextu celého rozhodnutí. Úřad se v tomto případě námitkami navrhovatele uplatněnými v návrhu zabýval, všechny relevantní námitky vypořádal a své závěry náležitě odůvodnil způsobem, ze kterého je patrný postup a myšlenky, jež jej vedly k těmto závěrům. Vypořádání Úřadu s relevantními námitkami v napadeném rozhodnutí je tudíž zcela dostatečné a vyhovující požadavkům kladeným na odůvodnění rozhodnutí. S ohledem na výše uvedené nelze mít napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné. Zároveň nelze mít napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné ani z důvodu nesrozumitelnosti, jelikož navrhovatel byl schopen v podaném rozkladu koncipovat určité, jasné a věcné námitky.

[4] Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 2. 2019, č. j. 8 Afs 267/2017-38.

K požadavku na obsaditelnost autobusů kategorie V – N

44. Navrhovatel primárně rozporuje stanovení požadavku obsaditelnosti autobusů kategorie V – N. Namítá, že ze zadávací dokumentace neplyne, jak zadavatel dospěl k požadavku na kapacitu ve výši 83 míst a zda při stanovení kapacity vozidla zohlednil hmotnost požadované doplňkové výbavy.

45. Úřad v napadeném rozhodnutí shledal stanovení požadavku za objektivně odůvodnitelné, odpovídající potřebám zadavatele, přičemž vyšel z předložené Analýzy 1 a 2 a vyjádření zadavatele učiněných v průběhu správního řízení.

46. Vzhledem k obsahu rozkladových námitek je nutné posoudit, zda lze požadavek na minimální obsaditelnost vozidla považovat za důvodný a zda je kapacita vozidla ve výši 83 míst u kategorie autobusů V – N odůvodnitelná, tj. zda zadavatel postupoval v souladu s § 6 odst. 2 a § 36 zákona.

47. Podle § 6 odst. 2 zákona je zadavatel povinen ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

48. Podle § 36 odst. 1 zákona platí, že zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

49. Předně je vhodné uvést, že předmětem nyní řešené veřejné zakázky je dopravní obslužnost, nikoliv dodávka autobusů. Posouzení diskriminační povahy zadávacích podmínek tak bude provedeno ve vztahu k tomu, zda tyto podmínky mohly diskriminovat výrobce autobusů v možnosti poskytnout dopravcům svá vozidla. Nejedná se tak o přímý dopad zadávacích podmínek do hospodářské soutěže mezi dopravci o veřejnou zakázku. Ačkoliv byla aktivní legitimace navrhovateli, jakožto výrobci autobusů, přiznána, neznamená to, že by se mohl předmětného zadávacího řízení účastnit samostatně. 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.

50. Zadávací podmínky by měly být koncipovány tak, aby na jedné straně byla zaručena spravedlivá soutěž dodavatelů schopných realizovat veřejnou zakázku, na straně druhé, aby plnění veřejné zakázky dle zadávacích podmínek bylo způsobilé naplnit potřeby a legitimní očekávání zadavatele. Zadavatel je oprávněn blíže vymezit požadavky na předmět plnění, resp. předmět jímž bude veřejná zakázka plněna, přičemž toto bližší vymezení nelze automaticky považovat za diskriminační jednání, a to ani v případě, že zvolenými požadavky vyloučí z účasti v zadávacím řízení výrobek některého z dodavatelů na trhu. K jisté selekci účastníků zadávacího řízení (v tomto případě výrobců vozidel užitých při poskytování služby), kteří budou schopni splnit požadavky zadavatele a kteří nikoliv, bude téměř vždy nějakým způsobem docházet. Nicméně je nezbytné trvat na tom, aby požadavky zadavatele byly logicky zdůvodněné. K tomu například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 2. 2016, č. j. 7 As 7/2016-44[5].

[5] Ačkoliv se daný rozsudek týká spíše otázky technické specifikace u veřejné zakázky na dodávku, lze analogicky použít jeho závěry i na nyní řešenou veřejnou zakázku.

51. Zadavatel obecně k požadavku na minimální obsaditelnost vozidel již v rozhodnutí o námitkách[6] sdělil, že: „*…záměrem stanovení požadavků na vozidla, jejichž prostřednictvím bude Veřejná zakázka realizována, je dostatečně definovat požadavek na vozidla tak, aby poskytovaná služba od vybraného dodavatele skutečně odpovídala požadavkům Zadavatele. Jedná se o parametry komfortu, mezi něž spadají požadavky na vybavení vozidel, klimatickou pohodu apod., včetně požadavku na obsaditelnost vozidel, která se jednak promítá do komfortu cestujících a jednak souvisí s počtem cestujících na jednotlivých turnusech. Požadavkem Zadavatele je, aby bylo na příslušných spojích zajištěno odbavení cestujících, Zadavatel proto stanovuje požadavek na minimální počet míst celkem/míst k sezení ve vozidlech, aby došlo s co největší pravděpodobností k odbavení potřebného počtu cestujících. Vybraný dodavatel se na základě závazku ze smlouvy na Veřejnou zakázku nezavazuje odbavit všechny cestující, přičemž takový požadavek ani nelze na dopravce klást, nicméně Zadavatel prostřednictvím zadávacích podmínek může dopravce zavázat k nasazení takových vozidel, jejichž prostřednictvím bude odbavení potřebného počtu cestujících fakticky zajištěno*.“

52. Vzhledem k odůvodnění zadavatele lze souhlasit s Úřadem v tom, 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. Předseda Úřadu se zcela ztotožňuje s body 192 – 212 odůvodnění napadeného rozhodnutí a v tomto rozsahu nepovažuje námitky navrhovatele za důvodné.

53. K samotnému požadavku na minimální obsaditelnost autobusů kategorie V – N ve výši 83 míst zadavatel uvedl, že vycházel ze závěrů Analýzy 1, jež byla následně podpořena také závěry Analýzy 2. Ve vyjádření k návrhu ze dne 19. 8. 2021 zadavatel konstatoval, obdobně jako v rozhodnutí o námitkách, že „*prostřednictvím jednoznačně stanovených zadávacích podmínek definoval takové požadavky, aby byla zajištěna maximální možná míra odbavení cestujících*“. Ve vyjádření ze dne 16. 9. 2021 taktéž uvedl, že při stanovení kapacity vycházel z doporučení stanovených Analýzou 1, dle níž existuje na trhu několik dopravců splňujících požadavek obsaditelnosti.

54. Výše uvedené potvrdil taktéž průzkum trhu provedený Úřadem, dle něhož celkem 12 dodavatelů z dotazovaných subjektů sdělilo, s jakými výrobci uvažuje spolupracovat v rámci plnění předmětu nyní řešené veřejné zakázky. Celkem tři dodavatelé uvedli, že je požadavek na minimální obsaditelnost nijak neomezil (ČSAD Kyjov Bus a.s., ICOM transport a.s., TRADO-BUS, s.r.o.), jeden z dodavatelů doposud neví, jaká vozidla by nabídnul a zbývající dotazovaní dopravci shledali zadávací podmínku za problematickou z důvodu vyloučení vozidel navrhovatele. Nicméně i tito dopravci by byli schopni poptat a zajistit vozidla od výrobců, kteří

[6] Viz bod 17 (například pro část 1 veřejné zakázky).

by daný požadavek zadavatele splnili. Ačkoliv je poměr dopravců vnímajících požadavek minimální obsaditelnosti autobusů kategorie V – N za problematický daleko vyšší, nelze z tohoto usuzovat, že se skutečně jedná o diskriminační požadavek zadavatele. Na trhu totiž existuje stále několik výrobců autobusů splňujících požadované parametry (například: Iveco, SETRA, Man, Mercesed-Benz). Lze však říci, že ve vztahu k předmětu plnění dochází k soutěži mezi dopravci, nikoliv mezi výrobci autobusů (kam spadá i navrhovatel). Z předmětného průzkumu trhu lze vyčíst, že na trhu prokazatelně existuje vícero výrobců schopných svými výrobky splnit požadavky zadavatele. S ohledem na smluvní volnost jednotlivých dopravců lze navíc těžko posoudit, zda k diskriminaci navrhovatele skutečně dochází, jelikož tento nemusí být dopravci pro spolupráci vybrán. Je také nutné reflektovat, že dodávka autobusů splňujících požadavky zadavatele bude potřeba až pro druhé období plnění veřejné zakázky, tj. v horizontu několika let od zadání veřejné zakázky. Není tak v tuto chvíli zřejmé, zda by navrhovatel vůbec mohl na zakázce nějakým způsobem participovat.

55. Ve vztahu k řešené veřejné zakázce dochází k soutěži mezi dopravci. Zde však lze říci, že hospodářská soutěž nebyla dotčena, poněvadž tito potenciální dodavatelé se mohou přihlásit do zadávacího řízení i bez participace navrhovatele. Z provedeného průzkumu trhu 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. Obecně tak platí, jak již uvedl Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 19. 12. 2016, č. j. 31 Af 3/2015-29: „*Z povahy věci tak samotná potřeba zadavatele v sobě implikuje omezení pro její řešení, neboť určité zájmy zadavatelů v sobě implikují pouze limitní množství řešitelů.*“ Může se proto stát, že zadávací podmínka stanovená zadavatelem může mít negativní dopad na určité množství dodavatelů, resp. v tomto případě dopravců spolupracujících s navrhovatelem, jehož výrobek nesplňuje podmínky zadavatele. Tito dopravci však nemusí být nutně tímto 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. Protože autobusy jsou významně podstatné pro plnění veřejné zakázky, je vhodné posoudit, zda byl požadavek zadavatele diskriminační ve vztahu k navrhovateli.

56. Komentářová literatura k § 36 zákona taktéž uvádí: „*Zásadní v této souvislosti je, že nepřípustné je ‚bezdůvodné' vytvoření překážky hospodářské soutěže. Prakticky veškeré zadávací podmínky totiž omezují okruh potenciálních dodavatelů, a tím vytvářejí překážku soutěže o veřejnou zakázku. Například stanovení konkrétních technických parametrů vyřazuje ze soutěže všechny dodavatele, jejichž výrobky požadované parametry nesplňují. Zadavatel je však oprávněn takové zadávací podmínky stanovit, pokud je to odůvodněno jeho potřebami, které prostřednictvím veřejné zakázky naplňuje*.“[7]

57. K tomu, aby předmětná zadávací podmínka splnila požadavky § 6 odst. 2 a § 36 odst. odst. 1 zákona, je proto ve světle výše uvedeného nutno posoudit, zda lze požadavek minimální kapacity 83 míst (resp. následně 80 míst) považovat za odůvodněný.

[7] DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ, P., ŠEBESTA, M. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 209.

58. Zadavatel si nechal od společnosti KPM, zpracovatele všech analýz souvisejících s touto veřejnou zakázkou, zpracovat rovněž Analýzu 2. V této analýze bylo podrobněji vysvětleno, jakým způsobem došla KPM k rozporované kapacitě autobusů kategorie V – N. Pro stanovení kapacity 83 míst byl dle předmětné analýzy rozhodující zejména demografický vývoj společnosti, jakožto jiné vnější vlivy (vyšší fluktuace v ranní hodinách, dopravní špička v pondělí a pátek, pokles průměrného věku cestujících, v důsledku kterého se očekává nárůst cestujících dojíždějících do škol aj). V bodě 3. 2 Analýzy 2 zaznělo, že kapacity jednotlivých kategorií vozidel byly *„stanoveny tak, aby na dané trase bylo možné zajistit spojení v dopravních špičkách s co nejmenším počtem vozidel. Právě z těchto důvodů je požadována taková kapacita pro jednotlivé kategorie vozidel*“. Z dané Analýzy 2 je dále patrné, že hledisko potřebného počtu vozidel se stalo klíčovým zejména v důsledku růstu mezd řidičů a podílu personálních nákladů v nabídkových cenách dopravců. Pořizovací ceny vozů naopak nerostly dle zadavatele tak rapidně, na základě čeho dle zadavatele klesl jejich relativní význam. V důsledku tohoto trendu se tak *„hledisko ‚potřebný počet (někým řízených) vozidel' stalo nejdůležitějším optimalizačním kritériem při návrhu obsluhy území autobusovou dopravou*“.[8] S tímto souvisí také stanovení výpočtu odměn pro dopravce za ujetý kilometr, uvedený v bodě 3. 2 návrhu smlouvy, příloze č. 2a a příloze č. 2b návrhu smlouvy, aplikovatelný se zohledněním kategorie vozů. Pro hospodaření zadavatele je tak vhodnější nastavit minimální kapacitu vozidel tak, aby skutečně nebylo nutné zajišťovat posilující spoje (například v době dopravní špičky), obstarávat dalšího řidiče pro tento spoj a hradit dopravci další ujeté kilometry.

59. Jelikož společnost KPM dále v Analýze 2 predikovala nárůst přepravní kapacity, jeví se logické, že dané autobusy musí mít minimálně pro druhé období kapacitu dimenzovanou tak, aby případně byly schopny vyhovět možnému zvýšení nároků na kapacitní požadavek přepravy cestujících. Z obsahu uvedené Analýzy je dále zjistitelné, že tato vychází z let 2015 – 2017, což je patrné z bodu 4.1 Analýzy 2. Společnost KPM tak vycházela z téměř dvouletého vzorku dat, na základě kterého byla schopna určit odpovídající poptávku po přepravě na jednotlivých linkách. Bylo-li taktéž zjištěno, že na některých spojích se obsaditelnost pohybuje okolo 80 míst[9], odůvodňuje to plně požadavek na kapacitu autobusů vyšší nebo rovna 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. Nelze odhlédnout také od skutečnosti, že požadavek na minimální kapacitu se týká až vozidel pro druhé období plnění veřejné zakázky, tj. za 5 let od zadání veřejné zakázky. Požadavek zadavatele tak odráží možný budoucí vývoj dopravní obslužnosti a poptávky po ní, která dle predikce poroste. Ačkoliv se může budoucí vývoj změnit, což zadavatel nemůže nijak ovlivnit, je nutno vycházet ze skutečností zjistitelných v době vypsání veřejné zakázky, resp. v době tvorby zadávacích podmínek. Jeví se proto logické, že zadavatel, resp. společnost KPM vymezila kapacitu na až 83 míst, když již nyní (dle dat sesbíraných v uplynulých letech) je u některých spojů naplněna kapacita blížící se 80 místům

[8] Viz bod 3.2 Analýzy 2.

[9] Například: na trase Jihlava – Polná – Žďár nad Sázavou je skokový nárůst frekvence v pátky, u spoje 42 až 72 cestujících, u spoje 16 dokonce až 78 cestujících. Obsazení spojů v odpolední špičce z Jihlavy směr Brtnice, Třebíč. Obdobně pak také Moravské Budějovice – Třebíč. Na trase Jihlava-Měřín-Velké Meziříčí – Brno až 81 osob. K tomu blíže body 5.1 a násl. Analýzy 2.

a je predikován růst přepravy cestujících. Se zohledněním výše uvedeného lze mít stanovenou kapacitu za odůvodněnou.

60. Rozporuje-li navrhovatel v rozkladu, resp. v příloze č. 1 rozkladu data, ze kterých Analýza 2 vycházela, nelze se s jeho tvrzeními ztotožnit. Navrhovatel získal data, jak tvrdí, z let 2018-2021 od jednoho z účastníků zadávacího řízení na nyní řešenou veřejnou zakázku, stávajícího dopravce, společnosti ZDAR. Analýza 2 však vychází z dat sesbíraných v letech 2015-2017, což plyne z bodu 4.1 Analýzy 2. Data navrhovatele a společnosti KPM vychází ze zcela odlišných, nepřekrývajících se období. Je logické, že nevykazují totožné závěry. Nutno podotknout, že tvrzený pokles v letech 2019 – 2021 nepochybně souvisí s pandemií Covid-19. Ačkoliv navrhovatel tvrdí, že již v roce 2021 byl běžný provoz na autobusových linkách, ničím toto tvrzení nedokládá. Přestože již mohl být v průběhu roku 2021 zaznamenán dopravcem ZDAR běžný provoz na autobusových linkách, neznamená to, že existence pandemie neměla vliv na počet přepravovaných cestujících, kteří mohli volit i nadále bezpečnější způsob dopravy, příp. využívat možnosti práce z domova. Skutečnost, že přeprava osob v roce 2021, jak tvrdí navrhovatel, již dosahovala počtu 80 % přepravovaných osob z roku 2017, značí spíše vzrůstající tendenci (v následujících letech) a svědčí ve prospěch zadavatele a závěrů Analýzy 2.

61. Navrhovatel dále v bodě 4 přílohy 1 rozkladu tvrdí, že u spoje č. 16 směr z Jihlavy do Žďáru nad Sázavou je vyšší vytíženost toliko do zastávky Polná, navrhuje proto, aby byl spoj rozdělen a obsluhován autobusy jiné kategorie. Navrhovatel tak po zadavateli požaduje zásah do jím stanovených požadavků. Je však nutné si uvědomit, že je to zadavatel, kdo stanovuje zadávací podmínky, do kterých promítá své potřeby. Zadavatel jakožto subjekt na straně poptávky nemusí přizpůsobovat své požadavky veškerým subjektům na straně nabídky. Pokud zadavatel stanoví požadavky odůvodněně, není jeho povinností přizpůsobovat své požadavky možnostem jiných dodavatelů. Zadavatel přitom jasně uvedl, že nechce využívat možnosti zapojení posilových spojů, resp. má zájem na eliminaci množství použitých vozidel s ohledem na rostoucí náklady na provoz takového vozidla.

62. K dalším tvrzením navrhovatele učiněným v rámci přílohy č. 1 rozkladu lze uvést, že skutečně není možné s přesností predikovat budoucí vývoj poptávky po přepravě cestujících. Je však zcela pochopitelné, že zadavatel zohlední počty přepravovaných cestujících v uplynulých letech a při stanovení minimálního počtu přepravených osob požaduje rovněž jistou rezervu, a to právě z důvodů finanční náročnosti zajištění posilových spojů. Tvrzení uvedená v bodě 8 přílohy č. 1 rozkladu se předsedovi Úřadu jeví spíše jako spekulace, jelikož ani navrhovatel není schopen s jistotou říci, že se by se kapacita vozidel v době dopravní špičky na nejvytíženějších spojích již nikdy nenaplnila.

63. Výše uvedená tvrzení navrhovatele tak nejsou způsobilá rozporovat závěry Analýzy 2, jíž zadavatel dokládá důvodnost stanovení kapacity 83 míst pro vozidla kategorie V – N. Předseda Úřadu má stanovení předmětné kapacity za odůvodněné, jelikož výše minimální požadované kapacity vychází z několika faktorů, jak je ostatně popsáno výše. Zadavatel odůvodnil svůj požadavek logickou úvahou shrnutou v Analýze 2 a v několika jeho vyjádřeních. Pro doplnění je možné uvést, že požadovaná obsaditelnost autobusů nemusí být zadavatelem odůvodněna pomocí přesného výpočtu, naopak postačí, když tento požadavek bude dostatečně odůvodněn jiným způsobem.

64. K rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 2. 2022, č. j. 6 As 295/2020 – 143, na nějž navrhovatel upozornil v doplnění rozkladu ze dne 14. 3. 2022, předseda Úřadu uvádí následující. Předmětný rozsudek se týká otázky zákonnosti vedení jednacího řízení bez uveřejnění, resp. příčinné souvislosti mezi nezákonností původního otevřeného řízení a nepodáním žádné nabídky. Dle daného rozsudku je nezbytné vždy posoudit zákonnost zadávacích podmínek, jsou-li rozporovány jakožto důvod pro nepodání nabídek do původního otevřeného řízení. Navrhovatel vychází z bodu 45 odůvodnění daného rozsudku, ze kterého plyne, že pokud se nejedná o jednoduchou zadávací podmínku, pak je nezbytné poměřit možné alternativy takto stanovené zadávací podmínky. Optikou daného rozsudku však byly posouzeny alternativní možnosti řešení (ty, které nabízí navrhovatel), přičemž zadavatel i Úřad dospěli k závěru, že tato alternativní řešení nejsou příliš vhodná. K tomuto lze odkázat například na body 206 – 208, 223 odůvodnění napadeného rozhodnutí, případně okrajově na vyjádření zadavatele k návrhu.

65. Předmětný rozsudek navíc není na nyní projednávaný případ aplikovatelný také z toho důvodu, že předmětem plnění nyní projednávané zakázky je dopravní obslužnost. Výběr autobusů je v tomto případě dostatečný a možné vyloučení jednoho výrobku není důvodem nepodání nabídek do zadávacího řízení. V tomto případě z dokumentace o zadávacím řízení plyne, že bylo podáno několik nabídek do všech částí veřejné zakázky. V odkazovaném případě však nebyla podána nabídka žádná, a to v důsledku diskriminačně nastavených zadávacích podmínek pro samotný předmět plnění.

66. Ohledně argumentace navrhovatele, že zadavatel nezohlednil při stanovení obsaditelnosti autobusů předmětné kategorie doplňkovou výbavu, lze uvést následující. Zadavatel ve svých vyjádřeních trvá na tom, že dané funkcionality zohlednil již na počátku tvorby zadávacích podmínek, resp. že byly zohledněny již při stanovení kapacity dané kategorie autobusů, jak uvádí například ve vyjádření k návrhu ze dne 19. 8. 2021 (bod 56) nebo vyjádření ze dne 16. 9. 2021 (bod 9). Ve svém vyjádření ze dne 13. 4. 2022 zadavatel dále uvedl, že při stanovení předmětného požadavku nejdříve společnosti KPM definoval požadavky na vozidla co do obsaditelnosti a následně definoval požadavky na výbavu vozidel. Nedošlo tak k žádnému odečítání od původně stanovené hodnoty obsaditelnosti, neboť požadavek obsaditelnosti je dle zadavatele jedním z několika jeho požadavků. Zadavatel mj. požadoval také klimatizaci, nízkopodlažnost, přívěsné zařízení, což plyne z přílohy č. 11 s názvem Technické a provozní standardy VDV pro druhé období, jakožto z Analýzy A7[10] (podrobněji k tažnému zařízení – body 1.2 a 1.4) a z Analýzy A6[11] (kde jsou například podrobněji popsány požadavky na klimatizaci). Z vyjádření zadavatele ze dne 13. 4. 2022, jakožto z jeho příloh, proto lze dovodit, že zbylé požadavky na doplňkovou výbavu byly v rámci celkové obsaditelnosti vozidel zohledněny. Počítalo se s nimi tedy již v okamžiku formulace předmětné zadávací podmínky. Patrně již ve fázi vytváření Analýzy 1. Jestliže se již při stanovení kapacity autobusů kategorie V – N počítalo s doplňkovou výbavou, nevidí předseda Úřadu jako problematickou skutečnost, že zadavatel nemá k dispozici přesný výpočet hmotnosti doplňkové výbavy.

[10] Uvedeno, jaké konkrétní funkcionality byly vyžadovány pro kategorii autobusů V – N, viz bod 1.2.3.
[11] Z Analýzy A6 lze obecně zjistit, jaké požadavky jsou kladeny na výbavu vozidel, viz strana 2 – 16.

67. Přestože navrhovatel v průběhu správního řízení uvedl hmotnosti dílčích funkcionalit a jejich vliv na přípustnou kapacitu autobusu[12], nelze uvedené zohlednit. Lze si totiž představit, že jak klimatizační jednotka, tak tažné zařízení od různých výrobců může mít rozdílnou hmotnost (vzhledem ke konkrétnímu výrobku, materiálu, mechanismu fungování). Předseda Úřadu nemá v úmyslu navrhovatelem uváděné počty míst, o které se v důsledku započtení hmotnosti doplňkové výbavy do celkové hmotnosti vozidla sníží kapacita autobusu předmětné kategorie, nikterak rozporovat. Je však nutno vycházet z toho, že hodnoty uváděné navrhovatelem platí primárně pro vozidlo navrhovatele (SOR CN 12). Neznamená to tedy, že u vozidel jiných výrobců bude nutnost snížit kapacitu o tolik míst, o kolik je nutno snížit kapacitu vozidla navrhovatele. Každé vozidlo je totiž jinak konstruované. Nejeví se proto logické argumentovat počty míst ke snížení, jestliže má navrhovatel platnost daného tvrzení ověřené toliko na vlastních vozidlech, nikoliv na vozidlech konkurence. Nehledě na to, že navrhovatel své výpočty nijak nedoložil, ani nepodložil.

68. Dle průzkumu trhu provedeného Úřadem je zřejmé, že na trhu existuje několik výrobců splňujících požadavky zadavatele (kombinace doplňkové výbavy s požadovanou minimální obsaditelností). Jak již zaznělo výše, zadavatel nemůže přizpůsobovat své požadavky možnostem dodavatelů (v tomto případě výrobců autobusů), aby se tito mohli podílet na plnění veřejné zakázky. Pokud jejich vozidla nesplňují zadavatelem stanovené požadavky, a tyto požadavky jsou důvodné, pak nemůže být takový dodavatel se svým návrhem úspěšný. Zadavatel navíc v tomto případě počítal s tím, že vozidla navrhovatele budou v rámci plnění veřejné zakázky použita. V bodě 79 odůvodnění vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 27. 1. 2022 zadavatel sdělil, že: „*Veřejná zakázka může být plněna prostřednictvím vozidel Navrhovatele, a to dokonce hned ve čtyřech ze sedmi uvažovaných kategorií, které se nakonec rozšířily ještě o kategorii minibusu na celkových osm kategorií vozidel. Je tak zřejmé, že Zadavatel již od počátku s vozidly Navrhovatele v Analýze výslovně počítal a nelze tak dospět k závěru, že by měl v úmyslu Navrhovatele diskriminovat*.“

69. Navrhovatel taktéž namítá neodůvodněnost změny parametru obsaditelnosti vozidel kategorie V – N, kdy zadavatel nově požaduje vozidla s kapacitou 80 míst.

70. Z vyjádření zadavatele ze dne 16. 9. 2021 je však patrné, že zadavatel snížil kapacitu předmětných autobusů z důvodu předchozího nezohlednění požadavku na dvojí zasklení. Kapacita čítající 83 míst tak počítala pouze s jednoduchým sklem. V důsledku zvýšení hmotnosti a vlivu této skutečnosti na kapacitní podmínky vozidla, bylo nezbytné upravit požadavek obsaditelnosti autobusů této kategorie.

71. Zadavatel ke snížení kapacity dále uvedl, že: „*Vyhodnotil, že v souvislosti s požadavkem na dvojité zasklení, s kterým nebylo v Analýze počítáno, je třeba provést snížení požadavků na obsaditelnost relevantních kategorií vozidel.*

Konkrétní propočet snížení počtu míst u vozidel kategorie V – N byl proveden následně. Dvojí zasklení může mít vliv na hmotnost vozidla v rozsahu cca 200 – 300 kg, průměrně tedy 250 kg. Zadavatel na rozdíl od Navrhovatele vycházel z hodnot průměrné váhy dospělých osob v letech 2016/2017, nikoli 2010. Průměrná váha dospělého muže dle statistik činí 92,1 kg a dospělé ženy 73,8 kg; váha průměrného dospělého člověka v České republice tak činí 77,95 kg.

[12] Viz replika navrhovatele ze dne 13. 10. 2021.

S ohledem na prováděné studie lze přitom konstatovat, že průměrná hmotnost člověka se zvyšuje; to ostatně vyplývá jak ze Zadavatelem aplikované studie, tak z rozdílu mezi zjištěnými výsledky mezi studií předloženou Navrhovatelem v roce 2010 a předloženou Zadavatelem z roku 2016/2017. Zadavatel taktéž opět na rozdíl od Navrhovatele zohledňuje skutečnost, že cestující s sebou zpravidla mají příruční zavazadla (batohy, kabelky, cestovní tašky). Váha takového zavazadla se může pohybovat kolem 5 kg. Jedná se samozřejmě o faktor, který však Zadavatel odpovědně při výpočtu počtu míst k sezení zohlednil.

*Zadavatel tak na základě výše uvedeného dospěl k závěru ohledně počtu míst ve vozidle na základě následujícího propočtu. Průměrný dospělý člověk váží zaokrouhleně 78 kg a s sebou má zavazadlo o hmotnosti 5 kg. Váha pro jednoho cestujícího tak odpovídá cca 83 kg. S ohledem na navýšení hmotnosti vozidla v důsledku dvojího zasklení v průměru 250 kg pak Zadavatel musel snížit počet míst ve vozidle o 3 cestující (83 kg * 3 = 249 kg)*."

72. Na základě výše uvedené úvahy došlo ze strany zadavatele k úpravě zadávacích podmínek tak, že se pro vozidla kategorie V – N snížila požadovaná kapacita o tři místa. Zadavatel přistoupil k přepočtu kapacity vozidel předmětné kategorie v souvislosti s tím, že jednak navrhovatel v rámci e-mailové komunikace ze dne 22. 3. 2021 připomněl nutnost zohlednění doplňkové výbavy (zejména chybějícího dvojího zasklení), a také vzhledem k žádosti dopravce ZDAR o vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 4. 5. 2021[13]. Ke změně předmětného požadavku obsaditelnosti pak došlo dne 19. 5. 2021 Vysvětlením, změnou nebo doplněním zadávací dokumentace č. 10, resp. č. 13[14] (všechny tyto skutečnosti jsou zjistitelné ze správního spisu). Zadavatel odůvodnil svůj postup již v rozhodnutí o námitkách, jakožto i v průběhu správního řízení. K tomuto také viz bod 40 odůvodnění tohoto rozhodnutí.

73. K vyjádření navrhovatele ze dne 28. 4. 2022 předseda Úřadu konstatuje, že některé námitky byly vypořádány již v rámci předcházejících bodů tohoto rozhodnutí. K některým dílčím tvrzením navrhovatele se však předseda Úřadu vyjádří nyní.

74. Ačkoliv bylo vyjádření zadavatele ze dne 13. 4. 2022 po argumentační stránce velmi strohé, nelze z něj dovodit, že by zadavatel stanovil požadavek obsaditelnosti pouze za účelem rozdělení vozidel do kategorií. Zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že „*nadefinoval požadavky na vozidla co do obsaditelnosti, a to zejména z důvodu rozdělení vozidel do jednotlivých kategorií **za účelem efektivního pokrytí svých přepravních potřeb***."[15] Skutečnost, že zadavatel stanovil požadavek obsaditelnosti právě vzhledem ke svým potřebám, je patrná z výše citovaného, jakožto z vyjádření zadavatele učiněných v průběhu správního řízení (k tomu viz vypořádání předsedy Úřadu učiněné výše). Nelze tak dovodit, že by definice požadavku obsaditelnosti sloužila pouze k roztřídění autobusů do požadovaných kategorií. S první dílčí námitkou se předseda Úřadu neztotožňuje.

75. Rovněž nelze přisvědčit tvrzení navrhovatele, dle kterého nebyly při stanovení původního požadavku obsaditelnosti ve výši 83 míst zohledněny prvky doplňkové výbavy, poněvadž

[13] Znění dotazu je patrné například z dokumentu Vysvětlení, změna nebo doplnění zadávací dokumentace č. 10, dotaz č. 6 k části 1 veřejné zakázky.

[14] Zadavatel v důsledku administrativního pochybení nepromítl avizovanou změnu obsaditelnosti do přílohy č. 11 zadávací dokumentace s názvem Technické a provozní standardy Veřejné dopravy Vysočiny pro druhé období, a učinil tak až v rámci Vysvětlení, změna, doplnění zadávací dokumentace č. 13.

[15] Pozn.: Zvýrazněno předsedou Úřadu.

předseda Úřadu dovodil opak, jak je patrné výše. Při stanovení původního požadavku již v rámci Analýzy 1 nebylo zřejmě písemně vymezeno, s jakou výbavou se pro jednotlivé kategorie vozidel počítá. Nicméně nelze tvrdit, že zadavatel, resp. společnost KPM s žádnou doplňkovou výbavou při stanovení obsaditelnosti nepočítala. Zadavatel v zadání pro společnost KPM nejprve definoval požadavky obsaditelnosti a následně požadavky na výbavu. Nelze však říci, že již samotné definování požadavku obsaditelnosti v sobě zahrnovalo přesné stanovení kapacity vozu. To bylo úkolem společnosti KPM. Z vyjádření zadavatele tak nelze dovodit, že by počet míst nezohledňoval rozporované funkcionality. Nehledě na skutečnost, že například požadavek klimatizace, tažného zařízení či místa pro kočárek/invalidní vozík jsou zcela standardní požadavky.

76. Navrhovatel dále z formulace vymezené v bodě 34 odůvodnění rozhodnutí o námitkách dovozuje, že si zadavatel protiřečí, jelikož zde uvádí, že „*původní požadavek na obsaditelnost vozidel v počtu 83 míst vycházel z kapacity vozidla bez bližší specifikace vybavenosti*“. Přestože toto tvrzení zadavatele uvedené v rozhodnutí o námitkách může být zavádějící, neznačí, že by výbava zohledněna nebyla. Původní požadavek, jak plyne ze spisového materiálu, byl orientačně stanoven v Analýze 1, a to skutečně bez bližší specifikace vybavenosti. Pojem „bližší specifikace vybavenosti“ lze chápat jako přesné vymezení požadavků zadavatele, vč. všech podrobných nároků na tyto funkcionality. Neznamená to však, že tyto požadavky nebyly jako takové zohledněny od počátku. V Analýze 1 skutečně nenalezneme tuto bližší specifikaci. Nicméně ji najdeme v Analýze A7 a Analýze A6, na kterou je v bodě 1.1 Analýzy 1 odkazováno tak, že: „*Zadání studie je úzce provázáno s podmínkami, které jsou specifikovány zejména v částech A6 a A7.*“ Dle bodu 1.1.5.1. Analýzy 1: „*Ceny uvedené v tabulce jsou uvažovány včetně zohlednění výbavy (doplňkové výbavy) dle specifikací zpracovaných v části A6[16] (elektronické panely, klimatizace, vnitřní informační systém atd.)*.“ Je tak zřejmé, že se s požadavky na výbavu počítalo již při stanovení požadavku obsaditelnosti, avšak blíže byly tyto funkcionality specifikovány v Analýze A6 a A7. Uvedené podporuje také bod 17 odůvodnění rozhodnutí o námitkách, v němž zadavatel uvedl, že se rovněž počítá s požadavkem na klimatickou pohodu, apod. Vymezení požadavků zadavatele procházelo viditelně dlouhou úvahou, kdy si zadavatel nechal vypracovat několik analýz zohledňujících dopravní obslužnost kraje tak, aby co nejlépe zajistil potřebnou dopravní obslužnost. Nelze mu tak přičítat k tíži, že již v Analýze 1 blíže nespecifikoval zohledněnou výbavu vozidel, pro jejíž bližší specifikaci odkázal na další Analýzy vypracované totožnou společností.

77. Navrhovatel dále tvrdí, že zadavatel popírá veškerou svou předchozí argumentaci tvrzením, že nepostupoval při stanovení požadavku obsaditelnosti tak, že doplňkovou výbavu od kapacity vozidel odečítal. S tímto se rovněž nelze ztotožnit, jelikož předseda Úřadu nepožadoval uvedení přesného výpočtu zohlednění hmotnosti požadovaných funkcionalit. Dle předsedy Úřadu postačuje k posouzení této otázky tvrzení, že je obsaditelnost jedním z mnoha požadavků na vozidla kategorie V – N. Z tohoto plyne, že jak s obsaditelností, tak další výbavou (klimatizace, tažné zařízení aj.), bylo počítáno od počátku. Nelze tak přisvědčit námitkám navrhovatele, že zadavatel nezohlednil požadovanou výbavu. Uvedené podporuje také to, že již v zadávací dokumentaci, konkrétně v příloze č. 11, byly uvedeny minimální požadavky na vozidla, a tyto jsou dle zadavatele kladeny na roveň požadavku obsaditelnosti. S každým jedním tímto požadavkem tak bylo při koncipování technických požadavků na autobusy počítáno stejně. Nelze také odhlédnout od skutečnosti, že z proběhnuvšího

průzkumu trhu vyplynulo, že tyto požadavky je schopno splnit několik výrobců autobusů. K tvrzením týkajícím se odbornosti společnosti KPM předseda Úřadu nepřihlíží, jelikož odbornost této společnosti není předmětem tohoto řízení a pro účely posouzení věci není tato otázka relevantní.

78. Relevanci předseda Úřadu přikládá dílčí námitce, dle níž zadavatel postupoval v rozporu s § 36 odst. 4 zákona, jelikož neoznačil všechny části zadávací dokumentace, které byly vypracovány osobou odlišnou od zadavatele, tj. společností KPM. Po posouzení obsahu Analýzy A7 a přílohy č. 11 zadávací dokumentace s názvem Technické a provozní standardy Veřejné dopravy Vysočiny pro druhé období, lze konstatovat, že podobnost obsahu požadavků je zde znatelná. Nicméně v příloze zadávací dokumentace jsou požadavky širší a některé s jiným názvem, příp. 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 tuto společnost taktéž u této části zadávací dokumentace. Postupem zadavatele však nebylo bráněno naplnění smyslu a účelu předmětného ustanovení zákona.

79. Podle § 36 odst. 4 věty první zákona platí, že pokud některou část zadávací dokumentace vypracovala osoba odlišná od zadavatele, s výjimkou advokáta nebo daňového poradce, označí zadavatel tuto část spolu s identifikací osoby, která ji vypracovala.

80. Předmětné ustanovení 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 předmětného článku zadávací směrnice platí: „*Členské 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 zájmu, jakožto snaha o zamezení narušování hospodářské soutěže. Obdobné plyne taktéž z důvodové zprávy k § 36 zákona.

81. V nyní řešeném případě je nepochybné, že se společnost podílela na formulaci některých částí zadávací dokumentace, jak je patrno 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 dokumentaci. Ačkoliv by se jevilo 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. Je navíc velmi pravděpodobné, že požadavky na vozidla již byly zadavatelem sestaveny při zadání úkolu vypracování analýz společností KPM. Z toho by plynulo, že se společnost nemohla podílet na tvorbě této části zadávací dokumentace.

Uvedená úvaha je však zcela nad rámec vypořádání předmětné námitky. Předseda Úřadu je přesvědčen, že smysl a účel § 36 odst. 4 zákona byl v tomto případě zachován.

82. Tvrzením navrhovatele učiněným v rámci vyjádření ze dne 28. 4. 2022 předseda Úřadu nepřisvědčil a většina námitek již byla vypořádána v kontextu výše uvedeného.

83. Dílčím závěrem lze shrnout, že s ohledem na předmět veřejné zakázky, kterým je dlouhodobé zajištění veřejné autobusové dopravy na území Kraje Vysočina, je pochopitelné, že zadavatel má objektivní zájem na tom, aby dopravní obslužnost v daném kraji byla zajištěna autobusy zaručujícími kvalitní přepravu cestujících (komfort má zajišťovat mj. vymezený minimální počet míst u jednotlivých kategorií autobusů). Jedná se tak o objektivně odůvodněný požadavek zadavatele. Za diskriminační neshledává předseda Úřadu ani samotnou výši kapacity stanovené zadavatelem, jelikož i tato je logicky zdůvodněná.

84. Námitky navrhovatele jsou proto nedůvodné.

K předběžným tržním konzultacím

85. Navrhovatel ve správním řízení taktéž namítá, že zadavatel nedodržel povinnost plynoucí z § 36 odst. 4 zákona. Dle předmětného ustanovení je zadavatel povinen označit v zadávací dokumentaci informace, které jsou výsledkem předběžné tržní konzultace, vč. označení osob, které se na předběžných tržních konzultacích podílely. Navrhovatel tvrdí, že e-mailová komunikace s výrobci autobusů (tj. i s navrhovatelem) realizovaná v březnu a následně také v květnu roku 2021 naplňuje znaky předběžné tržní konzultace ve smyslu § 33 zákona a zadavatel proto měl uvést údaje vztahující se k této komunikaci v zadávací dokumentaci.

86. Úřad však neshledal, že by komunikace mezi zadavatelem a výrobci autobusů měla charakter předběžné tržní konzultace. Naopak dovodil, že se jedná o průzkum trhu, pakliže zadavatel obdržel informace, které mohou být taktéž získány prostřednictvím webových stránek či studiem produktových listů aj. V souvislosti s takovým průzkumem trhu dle Úřadu zákon nespojuje povinnost uveřejnění informací z něho vzešlých v zadávací dokumentaci. Stěžejní je proto v tomto případě posoudit povahu dotazování provedeného zadavatelem a následně zhodnotit, zda zadavatel svým postupem skutečně porušil zákon či nikoliv.

87. Předně je vhodné uvést, že zadavatel se v tomto případě dotazoval prostřednictvím e-mailu tří výrobců na trhu, zda jsou jejich vozidla schopna splnit parametry stanovené zadavatelem. Navrhovatele, jakožto jednoho z výrobců se dotazoval nejdříve a podrobněji. Zadavatel konkrétně uvedl, že: „*Jeden z dopravců vznesl dotaz na specifikaci jednoho velikostního typu vozidel v provedení LOW ENTRY. Ve veřejné zakázce je pro dopravce závazné splnit počet míst celkem/k sezení a minimální délka vozidla je jen orientační a není závazná, ale i tak bych si chtěl ověřit následující. U daného typu velikosti požadujeme 83 míst celkem a 43 míst k sezení s tím, že dvě mohou být formou sklopných při nevyužití plochy pro kočárek anebo invalidní vozík. Například vámi nabízené vozidlo SOR CN 12 má uvedeno 41 míst k sezení. U dané kategorie požadujeme prostor pro dva kočárky nebo vozíku pro invalidy a v daném místě je možné umístit výše uvedené sklopné sedačky. Můj dotaz zní, zda u vozidla SOR CN 12 splňujeme možnou konfiguraci 83 celkem a z toho 43 míst k sezení s tím, že dvě mohou být sklopná v prostoru pro kočárky. Vycházím s toho, že 41 míst uvádíte a dvě bychom doplnili v prostoru pro kočárky = 43*.“ Navrhovatel v rámci své odpovědi uvedl připomínky k obsaditelnosti a provedl výpočet. V rámci této komunikace se navrhovatel dále dotazoval zadavatele, zda tento požaduje

nějakou doplňkovou výbavu (klimatizace, dvojité zasklení, tažné zařízení). Následně se zadavatel dotazoval jiných výrobců (Daimler a Iveco), zda vozidla, jimiž disponují, jsou schopna splnit požadavky zadavatele. Tito dva výrobci uvedli, že jejich vozidla jsou schopna splnit požadavky zadavatele, byť jeden z nich konstatoval, že je schopen splnit požadavky zadavatele s drobnými výhradami (nesouvisejícími s celkovou obsaditelností vozidla). Z obsahu e-mailové komunikace tak plyne, že se zadavatel po vypsání veřejné zakázky dotazoval výrobců na trhu, zda jejich vozidla splňují podmínky vymezené zadávací dokumentací. K dotazování zadavatel přistoupil na základě dotazu dopravce týkajícího se velikostního typu vozidla, což okrajově souvisí s obsaditelností autobusu. Ze skutkových zjištění také plyne, že předmětné dotazování bylo uskutečněno v období od 18. března do 10. května 2021, přičemž ke změně zadávací podmínky spočívající ve snížení požadavku obsaditelnosti došlo ke dni 19. 5. 2021. Otázkou tak zůstává, zda předmětnou komunikaci shledat za předběžné tržní konzultace či nikoliv.

88. Institut předběžných tržních konzultací je vymezen v § 33 zákona. Dle předmětného ustanovení je zadavatel oprávněn vést tržní konzultace s odborníky či dodavateli s cílem připravit zadávací podmínky a informovat dodavatele o svých záměrech a požadavcích, pokud to nenarušuje hospodářskou soutěž; ustanovení § 211 odst. 1 se použije obdobně.

89. 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. V komentářové literatuře k § 33 zákona je dále poznamenáno, že: *„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).“*[16]

90. Obdobně je pak v čl. 40 směrnice Evropského Parlamentu a Rady č. 2014/24/EU ze dne 26. února 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES 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.“*[17]

[16] 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.

[17] Pozn.: zvýrazněno předsedou Úřadu

91. S ohledem na výslovný požadavek plynoucí ze směrnice (aby tržní konzultace byly vedeny ve fázi před zahájením zadávacího řízení): *„bude nutné případné tržní konzultace k záměru vedení zadávacího řízení (například ohledně volby vhodného druhu zadávacího řízení a s tím spojeného procesního postupu zadavatele) směřovat již do fáze před vlastním zahájením zadávacího řízení.“*[18]

92. Jak již bylo uvedeno výše, veřejná zakázka byla vypsána k datu 1. 3. 2021. Předmětné dotazování výrobců autobusů proběhlo v období od 18. března do 10. května 2021. Je tedy zřejmé, že se nemohlo z časového hlediska jednat o předběžné tržní konzultace ve smyslu § 33 zákona, byť svou povahou by dotazování eventuálně mohlo naplňovat podstatu tržních konzultací.

93. Po bližším prostudování obsahu e-mailové komunikace mezi zadavatelem a výrobci autobusů je zřejmé, že zadavatel byl upozorněn ze strany navrhovatele na chybějící započtení funkcionality dvojího zasklení, a to tak, že se navrhovatel toliko doptal, zda bude zohledněna do celkové obsaditelnosti i doplňková výbava. Navrhovatel, ani jiný dotazovaný výrobce, ve své odpovědi však neuvedl žádnou úvahu nad vlivem hmotnosti dvojitého skla na celkovou nosnost autobusu, jakožto neuvedl ani žádný výpočet, který by byl pro zadavatele vodítkem pro snížení obsaditelnosti. Jakkoliv zde jistá komunikace s několika výrobci autobusů proběhla, pak samotná skutečnost, že následně byly upraveny zadávací podmínky (snížení počtu sedadel), není výlučně výsledkem této komunikace. Samotné požadavky na technickou specifikaci autobusů byly prokazatelně stanoveny zadavatelem již před zahájením zadávacího řízení a snížení počtu sedadel pak bylo výsledkem úvahy zadavatele o tom, jak se hmotnost dvojitého zasklení promítne do nosnosti autobusu. Nešlo však o nastavení na základě „požadavků“ některých dodavatelů autobusů. Lze proto konstatovat, že se obsah této komunikace nepromítl do znění zadávací dokumentace v tom smyslu, že by měl bezprostřední vliv na tvorbu a následný obsah zadávacích podmínek. Jak již uvedl předseda Úřadu v bodě 265 odůvodnění rozhodnutí ze dne 28. 6. 2021, č. j. ÚOHS-12706/2021/162/HSc, HBa: *„Je nutno si uvědomit, že § 33 zákona hovoří **o předběžných tržních konzultacích obecně,** zatímco povinnost zveřejnění dle § 36 odst. 4 zákona se týká **konkrétních informací**, které se promítly do zadávací dokumentace a byly výsledkem určité předběžné tržní konzultace. Povinnost identifikovat podílející se osoby a všechny podstatné informace se rovněž vztahuje ke konkrétní předběžné tržní konzultaci, která byla do zadávací dokumentace prostřednictvím uvedené konkrétní informace promítnuta. Zadavatel tak nemá povinnost dle § 36 odst. 4 zákona zveřejnit v zadávací dokumentaci všechny informace ze všech předběžných tržních konzultací a rovněž není povinen odůvodňovat, proč určité návrhy neakceptoval.* (…) *Platí totiž, že zákon konkrétně nespecifikuje, jakým způsobem mají být dané informace zveřejněny.*“

94. Rozkladová komise se na jednání zabývala podrobně obsahem komunikace mezi zadavatelem a výrobci autobusů, přičemž usoudila, že obsahově by dotazy zadavatele a následné odpovědi spadaly pod charakter předběžných tržních konzultací. Závěr Úřadu, že jde o průzkum trhu, tak shledala nesprávným a předpokládala, že bude třeba, aby se tímto aspektem Úřad znovu zabýval a posoudil dopad nezveřejnění této skutečnosti v zadávací dokumentaci na transparentnost zadávacího řízení. Neučinila však závěr, že by muselo jít nutně o pochybení

[18] DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ, P., ŠEBESTA, M. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 196.

fatální, pokud jde o jeho důsledky. Nutno dále říci, že rozkladová komise při svém posouzení vycházela z nesprávného skutkového zjištění ohledně okamžiku dotazování. Při posuzování charakteru komunikace tak nebyl zohledněn časový aspekt, tj. kdy k dotazování zadavatele došlo. Z tohoto důvodu se předseda Úřadu odklonil od závěru rozkladové komise, jelikož v průběhu přípravy tohoto rozhodnutí byly zjištěny časové okolnosti předmětné komunikace s výrobci.

95. Dílčím závěrem lze shrnout, že dotazování, kdy zadavatel zjišťoval, zda vybraní výrobci splňují zadávací podmínku obsaditelnosti, neprobíhalo v důsledku omezené znalosti zadavatele o způsobech řešení jím požadovaných potřeb. Cílem dané komunikace nebylo připravit zadávací podmínky, jelikož tyto již byly prokazatelně vypracovány. Z obsahu e-mailové komunikace vyplývá, že si zadavatel na základě dotazu některého z dopravců snažil ověřit splnitelnost jím nastavených podmínek, přičemž z odpovědi navrhovatele zjistil, že evidentně opomněl započíst požadavek dvojího zasklení do celkové hmotnosti vozidla, jež se promítne také do celkové obsaditelnosti vozu. Navrhovatel navíc věděl, že k dotazování výrobců dochází, jelikož byl jedním z těch, se kterými zadavatel komunikoval. Zadavatel učinil předmětnou komunikaci také součástí dokumentace o zadávacím řízení. Práva navrhovatele tak nebyla v tomto konkrétním případě dotčena ani v tom smyslu, že by navrhovatel nemohl namítat střet zájmů, k jehož odhalování byl koncipován právě § 36 odst. 4 zákona, jehož nedodržení navrhovatel rozporuje. Skutečnost, že zadavatel nevyhověl navrhovateli a nesnížil požadovanou kapacitu tak, aby vozidla navrhovatele splňovala požadavky stanovené zadávací dokumentací, neznamená, že změna zadávací dokumentace byla výsledkem prováděného dotazování, ani že by navrhovatel byl jakkoliv zkrácen na svých právech tím, že dané dotazování nebylo označeno jako „předběžné tržní konzultace“, jak je nesprávně označováno navrhovatelem. Předseda Úřadu za této situace neshledal žádoucím vracet věc Úřadu k novému projednání, ale doplnil úvahy týkající se shora uvedeného.

K dalším námitkám

96. Navrhovatel v rozkladu taktéž namítá, že Úřad žádným způsobem nezohledňuje skutečnost, že je navrhovatel postupem zadavatele diskriminován. Navrhovatel spatřuje své znevýhodnění v tom, že došlo ke snížení požadavku obsaditelnosti na základě jiných žádostí dodavatelů, nikoliv k žádosti navrhovatele. Stanovením minimální obsaditelnosti zadavatel fakticky vyloučil navrhovatele z možnosti spolupráce s vybraným dodavatelem. Nelze totiž dle navrhovatele pominout, že dle Úřadem provedeného průzkumu trhu by s navrhovatelem chtěla spolupracovat většina oslovených dodavatelů. Zadavatel dle navrhovatele taktéž nedoložil, že by nepostačila kapacita autobusů předmětné kategorie ve výši navrhované navrhovatelem (75 míst), tj. o 5 % nižší kapacita. Navrhovatel je proto přesvědčen, že k diskriminaci jeho vozidel došlo, jelikož za diskriminační lze považovat jakékoliv zadávací podmínky, jež nejsou objektivně odůvodněny a vylučují, byť i jednoho, dodavatele (výrobce) ze soutěže o zakázku. Dle navrhovatele se toto děje opakovaně, kdy je zadavateli napříč trhem diskriminován.

97. Výše uvedené námitce nelze přisvědčit, poněvadž Úřad nedospěl k závěru, že by byl navrhovatel nastavením zadávacích podmínek diskriminován. Nemohl tak zohlednit navrhovatelem tvrzené znevýhodnění. Úřad ani předseda Úřadu navíc nemůže v rámci tohoto správního řízení zohledňovat postupy jiných zadavatelů napříč trhem, kteří by se dle slov

navrhovatele měli snažit o jeho znevýhodnění. Tuto otázku je možné posoudit toliko ve vztahu k nyní řešené veřejné zakázce a zadavateli.

98. Úřad z průzkumu trhu zjistil, že alespoň 3 dotazovaní dopravci nespatřovali nastavení požadavku minimální obsaditelnosti za problematické, zbývající dopravci sice uvedli, že daný požadavek není vhodný, avšak také sdělili, že jsou schopni splnit požadavky zadavatele vozidlem jiného výrobce/vícero výrobců. Z uvedeného průzkumu trhu tak plyne, že předmětný požadavek je do jisté míry omezující, když vylučuje v rámci kategorie autobusů V – N navrhovatele z možnosti nabídnout dopravcům své vozidlo, a to alespoň v této době. Zda bude situace jiná v době, kdy zadavatel požaduje nasazení sporných autobusů, není zřejmé. Neznamená to však, že je daný požadavek diskriminační. K určité selekci dodavatelů bude totiž vždy docházet již samotnými požadavky zadavatele.

99. K porušení zásady zákazu diskriminace však dochází tehdy, pokud zadavatel stanoví požadavky, které není schopen odůvodnit ve vztahu k předmětu plnění, v důsledku čehož účelově a v rozporu se zákonem nedůvodně omezuje hospodářskou soutěž. Z provedeného posouzení však bylo v tomto případě zjištěno, že předmětný požadavek zadavatele je odůvodněný objektivní potřebou zadavatele a současně je tento požadavek přiměřený, neboť se jedná o standardní parametr, kterému je schopno vyhovět několik výrobců, aniž by museli upravovat svůj vozový park.

100. Ačkoliv tedy navrhovatel spatřuje své znevýhodnění v tom, že došlo ke snížení kapacity vozidla kategorie V – N na základě žádosti jiných dopravců, nelze s tímto souhlasit. Jak zadavatel uvedl již v bodě 58 vyjádření k návrhu, požadavek obsaditelnosti nebyl upraven v důsledku přizpůsobování technických požadavků konkrétním dopravcům, ale proto, že zadavatel opomněl do hmotnosti vozidla započítat hmotnost dvojího zasklení. Stanovení požadavku obsaditelnosti, jakožto jeho snížení, nepůsobí vůči navrhovateli diskriminačně.

101. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel neodůvodnil, proč nepostačuje kapacita navrhovaná navrhovatelem, lze plně odkázat na bod 57 odůvodnění vyjádření zadavatele k návrhu, s nímž se předseda Úřadu zcela ztotožňuje. Zadavatel zde uvádí, že „*kdyby požadavek 80 míst upravil na 76 míst, mohl by podat námitky jiný dodavatel, který by tvrdil, že má vozidlo se 73 místy, a že to oproti 76 místům je rozdíl pouhé 3 místa, a pak další, který by měl levnější vozidlo s kapacitou 70 míst, a další třeba 68 místy a tak dále a tak dále. Tímto způsobem nelze k dané situaci přistupovat. Vždy je třeba stanovit konkrétní hranici a k argumentu, že někdo má levnější vozidlo (protože je menší) s nižší kapacitou, nelze přihlédnout, protože by došlo k popření stanovení zadávacích podmínek*“. Nelze navíc odhlédnout od faktu, že je to právě zadavatel, kdo stanovuje zadávací podmínky tak, aby odpovídaly jeho potřebám. Touto potřebou je v nyní řešené veřejné zakázce zajištění odbavení potřebného (co největšího) počtu cestujících bez nutnosti zajištění posilových spojů.

102. Navrhovatel taktéž opětovně namítá netransparentnost postupu zadavatele spočívající ve snížení požadavku obsaditelnosti. K této námitce se již předseda Úřadu vyjádřil výše, přičemž neshledal v postupu zadavatele nezákonnost, ani netransparentnost.

K zákonnosti napadeného rozhodnutí

103. Předseda Úřadu dále napadené rozhodnutí přezkoumal z hlediska zákonnosti, načež dospěl k závěru, že Úřad rozhodl v souladu se zákonem a dalšími právními předpisy.

104. K zákonnosti napadeného rozhodnutí lze poukázat na to, že Úřad zjistil skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Úřad také řádně označil všechny podklady, z nichž při vydání napadeného rozhodnutí vycházel, načež uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a na jejichž základě dospěl ke svým závěrům. Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití a výsledné napadené rozhodnutí lze považovat za logické, srozumitelné a plně přezkoumatelné. Současně nebyla zjištěna procesní vada, která by mohla mít za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.

Shrnutí

105. Závěrem lze shrnout, že požadavek zadavatele na minimální obsaditelnost autobusů kategorie V – N je důvodným požadavkem, jelikož kvalita vozidel úzce souvisí s předmětem nyní řešené veřejné zakázky. Původní požadavek na kapacitu ve výši 83 míst byl zadavatelem dostatečně odůvodněn. Z dokumentace o zadávacím řízení, jakožto z vyjádření zadavatele v průběhu správního řízení, taktéž plyne důvod pro snížení kapacity autobusů předmětné kategorie.

106. Předseda Úřadu neshledal napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným, jelikož jsou z jeho odůvodnění zřejmé skutečnosti, ze kterých Úřad při posouzení projednávaného případu vycházel. Z napadeného rozhodnutí je tak patrná úvaha Úřadu, jakožto relevantní skutková zjištění a právní závěry.

VI. Závěr

107. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží
Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., Helfertova 2040/13, 613 00 Brno
SOR Libchavy spol. s r.o., Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy

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