



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců Mgr. Jana Jiráska, Ph.D., a Mgr. Petra Pospíšila v právní věci

žalobkyně: **KRODOS BUS a. s.**
sídlem Skopalíkova 2385/45, 767 01 Kroměříž
zastoupená advokátem JUDr. Pavlem Vyroubalem
sídlem Palackého 168, 755 01 Vsetín

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, 602 00 Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10. 2. 2017, č. j. ÚOHS-R53/2016/VZ-04957/2017/323/RBu/LVa

takto:

- I. Žaloba **se zamítá.**
- II. Žalobkyně **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Žalobkyně se podanou žalobou domáhala zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda“) ze dne 10. 2. 2017, č. j. ÚOHS-R53/2016/VZ-04957/2017/323/RBu/LVa, jímž předseda zamítl rozklad žalobkyně a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 27. 1. 2016, č. j. ÚOHS-S0197/2013/VZ-03200/2016/552/DBo. Tímto rozhodnutím byla žalobkyně shledána vinnou ze spáchání dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách.
2. Prvního správního deliktu se žalobkyně měla dopustit tím, že při zadávání veřejné zakázky „Dodávka meziměstských nízkopodlažních autobusů o délce cca 12 m“ v otevřeném řízení porušila povinnost podle § 6 ve spojení s § 78 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách, neboť jako jedno z dílčích hodnotících kritérií stanovila „vzdálenost autorizovaného servisu“ s váhou 45 %, přičemž takto stanovenou váhou porušila zásadu zákazu diskriminace uchazečů, kteří neposkytovali autorizovaný servis přímo v místě sídla a provozovny zadavatele.
3. Druhého správního deliktu se měla žalobkyně dopustit tím, že při zadávání téže zakázky nedodržela postup podle § 45 odst. 3 ve spojení s § 6 zákona o veřejných zakázkách stanovením následujících technických podmínek, kterými zaručila konkurenční výhodu vybranému uchazeči a dopustila se porušení zákazu diskriminace uchazečů:
 - motor Euro 5 – SCR;
 - zdvihový objem max. 8 000 ccm;
 - výkon min. 240 kW při 2 050 ot./min;
 - kroutící moment 1 500 Nm a větší v rozsahu 1 120 – 1 550 ot./min.
4. V obou případech mohl tento postup podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, přičemž žalobkyně uzavřela dne 18. 6. 2012 kupní smlouvu s uchazečem TEZAS servis a. s., IČO24765180, sídlem Panelová 289, 190 15 Praha 9. Za tato jednání byla žalobkyni žalovaným uložena pokuta ve výši 500 000 Kč.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

5. Žalobkyně namítla, že žalovaný vydal rozhodnutí mimo svoji pravomoc, neboť žalobkyně v dané věci nebyla sektorovým zadavatelem, jelikož nevykonává autobusovou přepravu na základě zvláštního či výhradního práva, které by jí mělo být uděleno obcí nebo krajem. Na tom nic nemění skutečnost, že žalobce má se Zlínským krajem uzavřenu smlouvu na úhradu prokazatelné ztráty, neboť tuto skutečnost nelze za zvláštní či výhradní právo považovat.
6. Při stanovení kritéria „vzdálenost autorizovaného servisu“ s váhou 45 % žalobkyně nepochybila, neboť nebyla naplněn další znak skutkové podstaty správního deliktu, tj. že tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Žalovaný v tomto směru nevedl dokazování a neuvádí nic, co by naplnění tohoto znaku skutkové podstaty nasvědčovalo. Žalovaný pouze uvažoval o tom, zda případný mobilní servis je schopen splnit znaky servisu autorizovaného. Žalobkyně rovněž setrvává na svém tvrzení, že z důvodu určitosti následné smlouvy o dodávkách je nutno stanovit předmět zakázky dostatečně určitě, srozumitelně a řádně jej specifikovat. Žalobkyně postupovala při

stanovení specifikace předmětu plnění řádně a požadovaný předmět plnění bylo schopno dodat vícero subjektů.

7. Žalobkyně konečně napadá též výši sankce uložené v 20 % zákonného rozpětí, kterou má za nepřiměřeně vysokou a neodpovídající kritériím, jež stanovuje judikatura v obdobných případech. Jedná se o první pochybení žalobkyně tohoto druhu, přičemž výše pokuty dosahuje 10 % ze zisku, který žalobkyně vykazala v účetní závěrce. Žalobkyně je podnikatelkou v oblasti veřejné autobusové dopravy, kde výše zisku a jeho použití je regulováno poměrně přísnou právní úpravou a smluvními podmínkami zakotvenými ve smlouvě o úhradě prokazatelné ztráty. Nejedná se tedy o zcela standardizovaný podnikatelský subjekt s volnou tvorbou a volným užitím zisku. Pokutu proto žalobkyně považuje za likvidační a žádá, aby byla přiměřeně snížena.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě

8. Žalovaný se ve vyjádření k žalobě vypořádal s námitkami žalobce obdobně jako v napadeném rozhodnutí. Zdůraznil, že žalobkyně vykonává relevantní činnost (veřejnou autobusovou dopravu) na základě koncese a smlouvy se Zlínským krajem řešící výši příspěvku za ztrátu, která vzniká v provozu veřejné autobusové dopravy. Žalobkyně tak provozuje veřejnou autobusovou dopravu za podmínek, které jiné osoby nemají. Žalobkyně nadto tuto námitku uplatnila až v rozkladu, a proto se žalovanému jeví jako účelová.
9. Žalobkyně byla žalovaným sankcionována nikoliv za to, že se rozhodla hodnotit mimo jiné vzdálenost autorizovaného servisu, ale za přiřazení neúměrně velké váhy tomuto hodnotícímu kritériu. To bez ohledu na body přidělené v rámci dalších dílčích hodnotících kritérií vedlo vždy k výběru uchazeče, který nabídne nejmenší vzdálenost autorizovaného servisu od sídla zadavatele. Pokud jde o mobilní servis či servisní techniku, žalovaný se pouze neztotožnil s žalobkyní, že uchazeči mohli ke splnění uvedeného hodnotícího kritéria nabídnout i takovou službu, neboť pak by toto dílčí hodnotící kritérium bylo nejednoznačné. K naplnění skutkové podstaty správního deliktu spáchaného žalobkyní pak není zapotřebí, aby k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky skutečně došlo, ale postačuje i pouhá potencialita podstatného ovlivnění takového výběru. Podle žalovaného je běžnou praxí, že technické podrobnosti týkající se předmětu plnění se do smlouvy na veřejnou zakázku doplní teprve uchazečem při podání nabídky stejně jako nabídková cena, a není je tudíž nutné stanovovat již při zadání zakázky. Žalovaný ve správním řízení oslovil čtyři dodavatele autobusů, zda byli schopni v rozhodné době dodat autobusy s požadovanými technickými parametry, přičemž tři odpověděli, že nikoliv, a jeden neodpověděl.
10. K výši sankce žalovaný uvedl, že žalobkyně svými neúměrně přísnými požadavky v podstatě vyloučila hospodářskou soutěž mezi uchazeči, neboť zadáním kritériím byl schopen vyhovět pouze jeden výrobek jednoho konkrétního dodavatele. Toto pochybení je spíše závažnějším porušením zákona, a nelze tudíž tvrdit že sankce v rozsahu 20 % zákonného rozpětí je neúměrně vysoká. Žalobkyně dále neprovozuje pouze dopravu v závazku veřejné služby Zlínského kraje, a je tak omezena v nakládání jen s částí svého zisku. Nadto lze stěží považovat za likvidační pokutu v rozsahu 10 % zisku shromážděného za pouhý rok, neboť výši pokuty je třeba posuzovat vzhledem k celé majetkové podstatě žalobkyně.

IV. Ústní jednání

11. Soud ve věci nařídil ústní jednání na den 6. 10. 2020, při němž účastníci setrvali na svých stanoviscích; žalobkyně doplnila, že čas dal za pravdu jejím námitkám, neboť v rámci výběrových řízení na dopravce v jednotlivých krajích dochází k pronajímání provozoven k opravám v rámci jednoho areálu cizímu dopravci. Váha 45 % u kritéria vzdálenost autorizovaného servisu byla přiměřená i proto, že čas ukázal, že se servisy z důvodu tlaku na cenu spojily s provozováním dopravy.
12. Soud při jednání doplnil dokazování listinami (viz č. l. 87 – 125 soudního spisu). Z výpisu z živnostenského rejstříku soud zjistil, že žalobkyně je od 22. 12. 2004 držitelkou koncesované živnosti s předmětem podnikání silniční motorová doprava – osobní provozovaná vozidly určenými pro přepravu více než 9 osob včetně řidiče a silniční motorová doprava – osobní provozovaná vozidly určenými pro přepravu nejvýše 9 osob včetně řidiče. Z printscreenu internetových stránek žalobkyně mimo jiné plyne, že žalobkyně provozuje mimo zájezdové převážně linkovou dopravu se základnami na území kroměřížského okresu v Kroměříži, Holešově, Bystřici pod Hostýnem a Koryčanech; v kroměřížské a holešovské provozovně nabízí svou činnost opravárenské středisko pro autobusy a užitková vozidla. Z printscreenu internetových stránek KOVED koordinátora veřejné dopravy Zlínského kraje je zřejmé, že žalobkyně je zařazena mezi dopravce poskytující veřejnou dopravu v závazku veřejné služby a v této souvislosti je jí hrazena prokazatelná ztráta. Součástí internetové stránky Plán dopravní obslužnosti území Zlínského kraje na webových stránkách Zlínského kraje je též dokument – Plán dopravní obslužnosti území – Zlínský kraj na léta 2012 – 2016 a jeho aktualizace na léta 2012 – 2019. Z těchto dokumentů je rovněž zřejmé, že žalobkyně v uvedených letech s dalšími dopravci spoluzajišťovala veřejnou linkovou dopravu cestujících ve Zlínském kraji, a to na základě smlouvy z roku 2006, přičemž obsluhovala 58 linek.
13. Jelikož žalobkyně se v žalobě odkazovala na „smlouvu na úhradu prokazatelné ztráty“, soud vyžádal od Zlínského kraje příslušné smluvní ujednání platné a účinné pro rok 2012 a provedl jej k důkazu. Jedná se o dodatek č. 12 smlouvy č. 87/2006 o závazku veřejné služby k zajištění základní dopravní obslužnosti Zlínského kraje uzavřený dne 20. 12. 2011 mezi Zlínským krajem jako objednatelem a žalobkyní jako dopravcem (č. l. 130 – 171 soudního spisu). Žalobkyně se v něm zavazuje provozovat linkovou osobní dopravu na linkách v rámci dopravní obslužnosti Zlínského kraje uvedených v příloze č. 1. Zlínský kraj se naproti tomu zavazuje uhradit žalobkyni prokazatelnou ztrátu ze zajištění dopravní obslužnosti ve výši 60 622 000 Kč při předpokladu ujetých 3 900 000 km.

V. Posouzení věci soudem

14. Krajský soud přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) napadené rozhodnutí žalovaného, včetně řízení předcházejícího jeho vydání, a dospěl k závěru, že žaloba **není důvodná**.

V.1. Žalobkyně jako sektorový zadavatel

15. Soud se nejprve zabýval námitkou, že žalobkyně není sektorovým zadavatelem podle zákona o veřejných zakázkách, neboť nevykonává autobusovou přepravu na základě zvláštního či výhradního práva, které by jí mělo být uděleno obcí nebo krajem. Podle § 2 odst. 6 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je sektorovým zadavatelem osoba vykonávající některou z relevantních činností podle § 4, pokud tuto relevantní činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva. Podle § 4 odst. 1 písm. f) téhož

zákonu se relevantní činností pro účely tohoto zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním dopravních sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti drážní, tramvajové, trolejbusové nebo lanové dopravy a provozování veřejné autobusové dopravy (dále jen „dopravní síť“); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována podle podmínek stanovených příslušným správním orgánem, zejména pak podmínek týkajících se poskytování či provozování dopravní sítě, přepravní kapacity nebo frekvence poskytování takové činnosti. Podle odst. 3 téhož ustanovení se za relevantní činnost pro účely tohoto zákona nepovažuje rovněž provozování veřejné autobusové dopravy podle odstavce 1 písm. f) v případě, že jiné osoby mohou poskytovat takovou službu na celém území státu nebo ve vymezené oblasti za stejných podmínek. Podle § 17 písm. p) zákona o veřejných zakázkách se pro účely tohoto zákona rozumí zvláštním či výhradním právem právo udělené zákonem či na základě zákona příslušným správním orgánem, v jehož důsledku je možnost vykonávat relevantní činnosti podle § 4 omezena ve prospěch jedné či více osob a které podstatně ovlivňuje možnost jiných osob vykonávat příslušnou relevantní činnost; zvláštním či výhradním právem není právo, které může nabýt při splnění objektivních a nediskriminačních podmínek stanovených zvláštním právním předpisem jakákoliv osoba.

16. Uvedená ustanovení jsou transformací směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. L 134, 30. 4. 2004, s. 1 – 113, zvláštní vydání v českém jazyce: Kapitola 06 Svazek 007 s. 19 – 131). Podle článku 2 odst. 2 písm. b) a odst. 3 se tato směrnice vztahuje na zadavatele, kteří pokud nejsou veřejnými zadavateli nebo veřejnými podniky, vykonávají jako jednu ze svých činností kteroukoli z těch, které jsou uvedeny v článcích 3 až 7, nebo více těchto činností a působí na základě zvláštních nebo výlučných práv udělených příslušným orgánem členského státu. Pro účely této směrnice se „zvláštními nebo výlučnými právy“ rozumějí práva udělená příslušným orgánem členského státu na základě právního nebo správního předpisu, jejichž výsledkem je vyhrazení provozování činnosti uvedené v článcích 3 až 7 jednomu nebo více subjektům a která podstatně ovlivňují možnost jiných podniků provozovat takovou činnost. Článek 5 směrnice zahrnuje mezi tyto činnosti mimo jiné i provozování sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti autobusové dopravy.
17. Z bodu 25 odůvodnění citované směrnice vyplývá, že by měl být náležitě vymezen pojem zvláštní a výlučná práva. Důsledkem tohoto vymezení je skutečnost, že možnost subjektu využít za účelem výstavby sítí nebo přístavních či letištních zařízení řízení o vyvlastnění nebo zřízení věcného břemene nebo použít prostor na povrchu, pod povrchem či nad povrchem veřejné komunikace netvoří sama o sobě výlučné či zvláštní právo ve smyslu této směrnice. Ani skutečnost, že subjekt dodává pitnou vodu, elektřinu, plyn nebo teplo do sítě, jež je provozována subjektem, který požívá zvláštní nebo výlučná práva udělená příslušným orgánem daného členského státu, nepředstavuje sama o sobě zvláštní nebo výlučné právo ve smyslu této směrnice. Stejně tak práva přiznaná členským státem v jakékoli formě, včetně koncesí, omezenému počtu podniků na základě objektivních, přiměřených a nediskriminačních kritérií, která umožňují každému zájemci, který je splňuje, využívat těchto práv, by neměla být považována za výlučná či zvláštní práva (podtržení doplněno krajským soudem). Odůvodnění směrnice zjevně sleduje názor Soudního dvora, který se výkladem pojmu zvláštní a výlučná práva zabýval v rozsudku ze

dne 12. 12. 1996 ve věci C-302/94 *British Telecommunications*, Recueil s. I-6417, ECLI:EU:C:1996:485, byť se jednalo o otevření trhu v oblasti telekomunikací.

18. Mezi účastníky řízení není sporu o tom, že žalobkyně provozuje veřejnou autobusovou dopravu, tj. relevantní činnost ve smyslu § 4 odst. 1 písm. f) zákona o veřejných zakázkách. Sporná je však otázka, zda současně žalobkyně disponuje zvláštním nebo výhradním právem uděleným zákonem či na základě zákona příslušným správním orgánem, v jehož důsledku je možnost provozovat veřejnou autobusovou dopravu omezena ve prospěch jedné či více osob (jednou z nichž je žalobkyně) a které podstatně ovlivňuje možnost jiných osob vykonávat tuto činnost. Na tomto místě soud konstatuje nepřesnost transpozice směrnice, neboť zákon o veřejných zakázkách hovoří o tom, že zvláštní či výhradní právo má být uděleno „správním orgánem“. Sama směrnice přitom uvádí pojem „příslušný orgán členského státu“, tj. pojem širší, než je pojem „správní orgán“. Stejný obsah má přitom tento pojem i v jiných jazykových verzích směrnice (srov. anglické „competent authority“, německé „zuständige Behörde“, francouzské „l'autorité compétente“, polské „właściwy organ“, slovenské „príslušný orgán“ nebo finské „toimivaltainen viranomainen“). V souladu s principem nepřímého účinku směrnice [srov. např. rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 5. 10. 2004 ve spojených věcech C-397/01 až C-403/01 *Pfeiffer a další*, Sb. rozh. s. I-8835, ECLI:EU:C:2004:584, nebo rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 4. 7. 2006 ve věci C-212/04 *Adeneler*, Sb. rozh. I-6057, ECLI:EU:C:2006:443] má soud za to, že je třeba pojem „správní orgán“ obsažený v zákoně o veřejných zakázkách vykládat ve světle směrnice, tj. jako jakýkoliv příslušný orgán, jehož přičiněním na základě zákona může žalobkyně získat zvláštní či výhradní právo.
19. Soud se neztotožňuje s názorem předsedy, že tímto zvláštním či výhradním právem je koncesované živnostenské oprávnění žalobkyně na předmět podnikání „silniční motorová doprava – osobní provozovaná vozidly určenými pro přepravu více než 9 osob včetně řidiče“ a „silniční motorová doprava – osobní provozovaná vozidly určenými pro přepravu nejvýše 9 osob včetně řidiče“. Toto živnostenské oprávnění totiž žalobkyni pouze umožňuje použít prostoru na povrchu veřejné komunikace pro veřejnou autobusovou dopravu, resp. podnikat v tomto odvětví, aniž by ovšem jakkoliv omezovalo jiné osoby v činění téhož. Zisk tohoto oprávnění se navíc děje za podmínek stanovených zákonem č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), které lze označit za nediskriminační, objektivní a přiměřené (kromě všeobecných podmínek provozování živnosti dle § 6 živnostenského zákona, tj. svéprávnosti a bezúhonnosti, je to zvláštní podmínka dle § 7 a 27 živnostenského zákona – odborná způsobilost podle § 8a zákona č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě). Lze tak shrnout, že koncesované živnostenské oprávnění podle § 26 živnostenského zákona není zvláštním nebo výlučným právem ve smyslu § 2 odst. 6 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.
20. Jak ovšem předseda v napadeném rozhodnutí v této souvislosti též uvádí, žalobkyně má od roku 2006 se Zlínským krajem uzavřen smluvní vztah podle zákona č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě, který řeší výši příspěvku za ztrátu a podmínky jeho hrazení. Žalobkyně tak vykonává veřejnou autobusovou dopravu za podmínek, které jiné osoby nemají. Budiž řečeno, že předseda se v souvislosti s tímto zjištěním dopustil vady řízení, neboť jím zjištěný skutkový stav ohledně tohoto smluvního vztahu nemá oporu ve spisu. Předseda totiž své závěry založil na informacích z několika internetových stránek (viz bod 31 jeho rozhodnutí), aniž by ovšem tyto internetové stránky nějakou formou učinil obsahem

spisu. Bez znalosti těchto stránek je přitom nemožné ze strany soudu přezkoumat tato skutková zjištění předsedy a na jejich základě učiněný právní závěr.

21. Soud po zvážení věci dospěl k závěru, že tuto vadu lze odstranit tím, že tyto důkazy budou provedeny před soudem. Nejedná se totiž o rozsáhlé dokazování, kterým by soud nahrazoval činnost správního orgánu (jde o ověření jediné skutečnosti, přičemž řada dalších pro věc podstatných skutečností byla žalovaným řádně zjištěna a je přezkoumatelná ze správního spisu). Na základě doplněného dokazování soud zjistil, že žalobkyně uzavřela v roce 2006 se Zlínským krajem smlouvu o závazku veřejné služby podle tehdy účinných § 19 - § 19c zákona o silniční dopravě [k terminologické zmatenosti této úpravy, která byla odrazem nařízení Rady (EHS) č. 1191/69 ze dne 26. června 1969 o postupu členských států ohledně závazků vyplývajících z pojmu veřejné služby v dopravě po železnici, silnici a vnitrozemských vodních cestách (Úř. věst. L 156, 28. 6. 1969, s. 1 – 7, zvláštní vydání v českém jazyce: Kapitola 07 Svazek 001 s. 19 – 25), srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 7. 2013, č. j. 1 As 19/2013 – 130, body 33 – 34]. Tato smlouva byla následně v listopadu 2009 prodloužena do 31. 12. 2019. Na základě této smlouvy žalobkyně provozovala v letech 2012 – 2016 v závazku veřejné služby pro potřeby Zlínského kraje 52 autobusových linek buď výlučně sama, nebo s některým z osmi dalších autobusových dopravců, kteří měli se Zlínským krajem uzavřeny obdobné smlouvy. Žalobkyně přitom měla z titulu této smlouvy vůči Zlínskému kraji nárok na úhradu tzv. prokazatelné ztráty, kterou podle § 19b odst. 1 zákona o silniční dopravě tvoří rozdíl mezi součtem ekonomicky oprávněných nákladů vynaložených dopravcem na plnění závazků veřejné služby a přiměřeného zisku vztahujícího se k těmto nákladům a mezi tržbami a výnosy dosaženými dopravcem při plnění závazků veřejné služby. V roce 2012 (kdy byla realizována předmětná veřejná zakázka) činila úhrada prokazatelné ztráty z rozpočtu Zlínského kraje ve prospěch žalobkyně částku 60 622 000 Kč. V důsledku uzavření smlouvy o závazku veřejné služby se Zlínským krajem byla v rozsahu této smlouvy (resp. jejích následných dodatků) na příslušných linkách vyloučena svobodná soutěž provozovatelů autobusové dopravy, neboť tyto linky mohli rentabilně provozovat pouze Ti, kterým se Zlínský kraj zavázal ve smlouvě hradit prokazatelnou ztrátu. Žalobkyně tak měla nejen zajištěn stálý odbyt svých služeb, ale rovněž stálou sanaci nákladů a úhradu přiměřeného zisku ze strany Zlínského kraje. V rozhodné době přitom žádný jiný autobusový dopravce (vyjma uvedených osmi) nemohl ve Zlínském kraji provozovat veřejnou autobusovou dopravu za takových podmínek jako žalobkyně. Shrnuto, uzavřela-li žalobkyně s krajem smlouvu o závazku veřejné služby podle § 19 – § 19c zákona o silniční dopravě, získala tím zvláštní nebo výhradní právo ve smyslu § 2 odst. 6 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, a proto je nutné ji považovat za sektorového zadavatele. Žalobní námitka je nedůvodná.

V.2. Hodnotící kritérium vzdálenost autorizovaného servisu

22. Ve správním spisu je pod č. 15 založena zadávací dokumentace pro zakázku žalobkyně. V ní je na s. 11 uvedeno, že nabídky budou posuzovány podle dílčích hodnotících kritérií, kterými jsou nabídková cena bez DPH – váha 45 %, záruka na vady vozidla – váha 10 % a vzdálenost autorizovaného servisu – váha 45 %. „V dílčím hodnotícím kritériu vzdálenost autorizovaného servisu považuje zadavatel za nejvýhodnější nejkratší součet vzdálenosti v km mezi umístěním autorizovaného servisu uchazeče a sídlem zadavatele v Kroměříži, Skopalíkova 2385, a umístěním autorizovaného servisu uchazeče od umístění provozovny zadavatele v Holešově, Tovární 1436. Vzdálenost bude měřena po pozemních komunikacích příjezdných

pro autobusy. Za nejvýhodnější považuje zadavatel nejkratší vzdálenost do autorizovaného servisu. Vzhledem k formátu použitého vzorce hodnocení nabídek není možné, aby uchazeči uvedli nulovou hodnotu tohoto dílčího hodnotícího kritéria. Pokud uchazeč uvede přes výše uvedené nulovou hodnotu tohoto dílčího kritéria, bude hodnocen, jako by uvedl 0,1 km.“

23. Podle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Podle § 78 odst. 1 téhož zákona je základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky (dále jen „základní hodnotící kritérium“) a) ekonomická výhodnost nabídky, nebo b) nejnižší nabídková cena. Podle odst. 4 téhož ustanovení rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky. Mohou jimi být zejména nabídková cena, kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, vliv na zaměstnanost osob se zdravotním postižením, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení. Dílčím hodnotícím kritériem nemohou být smluvní podmínky, jejichž účelem je zajištění povinností dodavatele, nebo platební podmínky. Podle odst. 5 téhož ustanovení je-li základním hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky, musí zadavatel jednotlivým dílčím hodnotícím kritériím stanovit váhu, kterou vyjádří v procentech, nebo stanoví jiný matematický vztah mezi dílčími kritérii. Stanovená váha může být u jednotlivých dílčích hodnotících kritérií shodná.
24. Konstantní judikatura správních soudů postavila najisto, že zákaz diskriminace v citovaném § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. „*Za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými*“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS). Podle názoru soudu je třeba identicky postupovat i v případě stanovení dílčích hodnotících kritérií a jejich váhy. Zadavatel je tedy povinen postupovat tak, aby neznemožnil některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce nepřiměřených dílčích hodnotících kritérií a nepřiměřené váhy těchto kritérií.
25. Soud připomíná, že žalovaný neshledal nezákonnou skutečnost, že žalobkyně použila jako jedno z hodnotících kritérií vzdálenost autorizovaného servisu od sídla a provozovny žalobkyně. Takové kritérium je totiž i dle názoru soudu možné a s ohledem na předmět zakázky smyslupné a přiměřené. Žalovaný však považoval za diskriminační váhu, která byla tomuto kritériu stanovena a která ve spojení se způsobem hodnocení dílčích kritérií měla za následek zvýhodnění nabídky uchazeče s autorizovaným servisem v místě sídla a provozovny žalobkyně. Žalovaný ve svém rozhodnutí přesvědčivě argumentoval a zkušebním výpočtem prokázal, že uchazeč, který uvedl vzdálenost autorizovaného servisu 0 km (resp. 0,1 km) získá v hodnocení vždy více bodů, než uchazeč, který by nabídl výrazně lepší podmínky v ostatních dílčích hodnotících kritériích (tj. nabídková cena a záruka na vady). Jinými slovy váha přiřazená hodnotícími kritérii vzdálenost

autorizovaného servisu a navazující způsob hodnocení tohoto kritéria vede vždy k výběru uchazeče s autorizovaným servisem v místě sídla a provozovny žalobkyně, tj. společnosti TEZAS servis a. s. Účastníkům řízení jsou argumenty žalovaného včetně jeho výpočtu dostatečně známe, soud se s nimi ztotožňuje a pro stručnost v tomto ohledu odkazuje na rozhodnutí žalovaného a předsedy.

26. Soud tak činí zejména proto, že výše uvedené úvahy a závěry předsedy a žalovaného žalobkyně nijak nenapadá. Její žalobní bod v podstatě sestává pouze z námitky, že nebyl naplněn další znak skutkové podstaty správního deliktu, tj. že její postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. S touto námitkou se soud nemůže ztotožnit. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. „Ze zákonného znění přitom *expressis verbis* plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 – 28). Jak vyplývá z výše uvedeného, jestliže váha přiřazená hodnotícími kritérii vzdálenost autorizovaného servisu a navazující způsob hodnocení tohoto kritéria vede vždy k výběru uchazeče s autorizovaným servisem v místě sídla a provozovny žalobkyně, pak je nepochybně dána potencialita ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Z výběru jsou totiž bez přiměřeného důvodu vyloučeni uchazeči s autorizovaným servisem mimo sídlo a provozovnu žalobkyně. Žádné další dokazování v tomto směru u tohoto typu ohrožovacího deliktu není potřeba (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 8. 2016, č. j. 9 As 63/2016 – 43), přičemž argumentace žalovaného v jeho rozhodnutí je v tomto ohledu zcela dostatečná.
27. Soud se konečně neztotožňuje ani s námitkou, že ve vztahu k naplnění uvedené skutkové podstaty vedl žalovaný pouze úvahy tím směrem, zda i mobilní servis je schopen splnit znaky autorizovaného servisu. Soudu nezbyvá, než v tomto žalobkyni odkázat na body 94 – 116 rozhodnutí žalovaného, které patrně ušly její pozornosti, a v nichž se žalovaný naplněním skutkové podstaty správního deliktu podrobně zabýval. Otázku mobilního servisu žalovaný řešil v bodech 103 a 104 svého rozhodnutí, a to pouze v reakci na námitku žalobkyně, že autorizovaný servis nebyl nijak definován, a tudíž uchazeči mohli naplnit toto hodnotící kritérium i jinak, např. mobilním servisem nebo servisním technikem. Žalovaný tuto námitku shledal nedůvodnou, soud se s jeho odůvodněním ztotožňuje a také na něj odkazuje (neboť žalobkyně správnost úvah žalovaného v tomto směru v žalobě nezpochybňuje).
28. Na zákonnost rozhodnutí žalovaného nemůže mít vliv ani tvrzení žalobkyně uvedené při jednání soudu, že v rámci výběrových řízení na dopravce v jednotlivých krajích dochází k pronajímání provozoven k opravám v rámci jednoho areálu cizímu dopravci, případně že se servisy z důvodu tlaku na cenu spojují s provozováním dopravy. Tato tvrzení se mýlí s podstatou věci – žalobkyně nebyla pokutována za to, že uzavřela smlouvu se servisní společností sídlící na stejném místě jako žalobkyně, nýbrž za to, že stanovila hodnotící kritérium a způsob jeho hodnocení tak, že v podstatě vyloučila hospodářskou soutěž, neboť takto nastaveným podmínkám mohl vyhovět pouze jediný subjekt.

V.3. Technické podmínky

29. V zadávací dokumentaci v technických podmínkách obsahujících podrobnou specifikaci předmětu veřejné zakázky na s. 4 v části „motor“ žalobkyně stanovila mimo jiné tyto požadavky na poptávané autobusy:
- motor Euro 5 – SCR;
 - zdvihový objem max. 8 000 ccm;
 - výkon min. 240 kW při 2 050 ot./min;
 - krouticí moment 1 500 Nm a větší v rozsahu 1 120 – 1 550 ot./min.
30. Podle § 45 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách se technickými podmínkami v případě veřejných zakázek na dodávky nebo služby rozumí vymezení charakteristik a požadavků na dodávky nebo služby stanovené objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem. Podle odst. 3 věta první téhož ustanovení nesmí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. I pro stanovení technických podmínek přitom platí § 6 odst. 1 téhož zákona (viz výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS).
31. Žalovaný v průběhu správního řízení a následně ve svém rozhodnutí vyvrátil veškerou argumentaci žalobkyně hájící použití výše uvedených technických podmínek, jakož i její tvrzení, že požadovaný předmět plnění bylo schopno dodat vícero subjektů. Soud jen ve stručnosti opakuje, že žalovaný vyvrátil tvrzení žalobkyně, že
- motor Euro 5 – SCR má výhodu nižší spotřeby paliva a snadnější údržby než u metody EGR;
 - zdvihový objem motoru byl stanoven z důvodu nižšího pojistného;
 - výkonnostní parametry motoru byly stanoveny s ohledem na výkonnostní parametry, které má zadavatel ve svém vozovém parku a na něž jsou řidiči zvyklí a školení;
 - nutnost přesnější specifikace vyplývá ze směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/46/ES ze dne 5. září 2007, kterou se stanoví rámec pro schvalování motorových vozidel a jejich přípojných vozidel, jakož i systémů, konstrukčních částí a samostatných technických celků určených pro tato vozidla (rámcová směrnice) Úř. věst. L 263, 9.10.2007, s. 1 – 160;
 - v rozhodné době byla schopna dodat autobusy odpovídající této technické specifikaci společnost SOLARIS CZECH spol. s r. o.
32. Současně žalovaný poukázal na to, že z důvodu nesplnění technické podmínky týkající se zdvihového objemu motoru žalobkyně vyloučila ze zadávacího řízení uchazeče EvoBus Bohemia s. r. o., a jediným uchazečem o veřejnou zakázku tak zůstala společnost TEZAS servis a. s., která ji následně získala. Soud se tedy ztotožňuje s žalovaným a předsedou, že žalobkyně se zahrnutím výše uvedených technických podmínek do zadávací dokumentace dopustila správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť porušila § 6 odst. 1 a § 45 odst. 3 téhož zákona (porušila zákaz diskriminace a zaručila konkurenční výhodu vybranému uchazeči). Ostatně žalobkyně v žalobě ani žádné konkrétní námitky, jimiž by napadala výše uvedenou argumentaci žalovaného a předsedy, neuvádí.
33. Pokud žalobkyně nyní v žalobě tvrdí, že z důvodu určitosti následné smlouvy o dodávkách je nutno stanovit předmět zakázky dostatečně určitě, srozumitelně a řádně jej specifikovat, není její názor ničím podepřen. Takový požadavek nevyplývá ze zákona o veřejných

zakázkách ani z jiných právních předpisů. Současně žalobkyně nepředkládá ani jiný relevantní argument pro to, že by v případě nepoužití uvedených technických požadavků v zadání této veřejné zakázky (a zřejmě jen z tohoto důvodu) měla být následná smlouva o dodávkách neurčitá. I tuto žalobní námitku proto soud považuje za nedůvodnou.

V.4. Sankce

34. Za správní delikty spáchané žalobkyní se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném v době zadání veřejné zakázky (srov. čl. II odst. 2 zákona č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů) uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Maximální výše pokuty tak v projednávané věci činila 2 650 179 Kč. Pokud za dva spáchané správní delikty uložil žalovaný žalobkyni pokutu v celkové výši 500 000 Kč, považuje ji soud s ohledem na okolnosti případu (které fakticky vedly k vyloučení soutěže) za zcela adekvátní a neshledává žádné důvody pro její snížení.
35. Žalobkyně tvrdí, že pokuta neodpovídá judikaturou stanoveným kritériím, avšak tato kritéria nijak nespecifikuje. Není přitom na správním soudu, aby za žalobkyni domýšlel její právní a skutkovou argumentaci. K této námitce tak postačí uvést, že soud v souvislosti s uložením sankce žádné porušení judikturních principů ze strany žalovaného neshledal. Skutečnost, že se jedná o první pochybení žalobkyně tohoto druhu, je dle názoru soudu jednoznačně zohledněna ve výši pokuty, která by s ohledem na vyvolané následky mohla být u opakovaného obdobného jednání žalobkyně značně vyšší. Důvodem nezákonnosti pokuty nemůže být ani to, že pokuta dosahuje 10 % ze zisku vykázaného žalobkyní v účetní závěrce. Zákon nijak neomezuje ukládání pokut tím, jaký zisk vykáže pachatel správního deliktu v účetní závěrce. Za likvidační (zasahující do ústavou zaručeného vlastnického práva žalobkyně či jejího práva na podnikání) lze pak v souladu s judikaturou Ústavního soudu považovat jen „*takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla "zničena" majetková základna pro další podnikatelskou činnost*“, nebo „*případy, v nichž pokuta natolik přesáhne možné výnosy, že se podnikatelská činnost v podstatě stává "bezúčelnou" (tj. směřující pouze k úhradě uložené pokuty po značné časové období)*.“ (viz nálezy Ústavního soudu ze dne 13. 8. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02, publ. pod č. 105/2002 Sb. n. u. US). Dosahuje-li tedy výše pokuty 10 % ročního zisku žalobkyně, lze jen s obtížemi hovořit o tom, že by se jednalo o pokutu likvidační, neboť postihuje jen relativně malou část výnosu z podnikání a nijak nezasahuje do dalších majetkových aktiv žalobkyně.
36. Na tento závěr nemá vliv ani skutečnost, že výše zisku žalobkyně je do jisté míry regulována, a to ze dvou důvodů. Za prvé právní úprava reguluje pouze maximální výši zisku v případě provozování veřejné autobusové dopravy na základě smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících (dříve smlouva o závazku veřejné služby), srov. § 23 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, a vyhláška č. 296/2010 Sb., o postupech pro sestavení finančního modelu a určení maximální výše kompenzace. Právní úprava tedy v tomto případě nereguluje použití zisku. Za druhé žalobkyně kromě linkové dopravy na základě smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících provozuje též zájezdovou dopravu a opravárenství autobusů a užitkových vozidel, přičemž v těchto případech není výše zisku žalobkyně nebo jeho použití jakkoliv regulováno. Nelze tak dospět k závěru, že by regulace zisku žalobkyně byla taková, že by jí fakticky znemožňovala úhradu pokuty. Námitka je nedůvodná.

VI. Závěr a náklady řízení

37. Soud tedy shledal námitky žalobkyně neopodstatněnými, přičemž neshledal, že by pro žalobkyni byla ve smyslu čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod příznivější pozdější právní úprava [pozdější novely zákona o veřejných zakázkách naopak zpřísnily sazbu pokuty za spáchané správní delikty a následně přijatý zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, upravuje v § 268 odst. 1 písm. a) shodnou skutkovou podstatu přestupku, za jehož spáchání však umožňuje uložit vyšší pokutu]. Jelikož v řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž musí soud přihlížet z úřední povinnosti, zamítl žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s. ř. s.
38. O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobkyně ve věci úspěch neměla, a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 6. října 2020

JUDr. Zuzana Bystřická v.r.
předsedkyně senátu