

Posouzení možností Libereckého kraje při zajištění dopravní obslužnosti v oblasti Sever od 1. 8. 2017 včetně zhodnocení dosavadního průběhu zadávacích řízení

Zadání od klienta

Klient, Liberecký kraj, se sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2, IČO: 70891508 (dále jen „klient“ nebo „zadavatel“), požádal o zpracování právního stanoviska v oblasti zajištění dopravní obslužnosti v části Libereckého kraje – Sever. Stávající dopravce ČSAD Liberec, a. s., se sídlem České mládeže 594/33, Liberec VI-Rochlice, 460 06 Liberec, IČO: 25045504 (dále jen „ČSAD Liberec“) klientovi dne 21. 6. 2017 potvrdil informaci, že je schopen zajistit dopravní obslužnost v oblasti Sever pouze do 31. 7. 2017.

Klient žádá o navržení konkrétního řešení zajištění dopravní obslužnosti v oblasti Sever od 1. 8. 2017 s doporučením, které je pro danou situaci nejlepší, nejekonomičtější nebo alespoň nejméně riskantní. A to nejen z pohledu zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), zajištění licencí ve správním řízení v co nejkratším termínu, ale také z pohledu možné trestně právní odpovědnosti.

Shrnutí skutkového stavu

Klient s ČSAD Liberec dne 6. 10. 2014 uzavřeli smlouvu o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě pro přechodné zabezpečení stanoveného rozsahu dopravní obslužnosti Libereckého kraje pro oblast Sever č. OLP/1766/2014 (dále jen „smlouva o autobusové přepravě Sever“)¹. V návaznosti na změny v nařízení vlády č. 567/2006 Sb., o minimální mzdě, o nejnižších úrovních zaručené mzdy, o vymezení ztíženého pracovního prostředí a o výši příplatku ke mzdě za práci ve ztíženém pracovním prostředí a nařízení vlády č. 589/2006 Sb., kterým se stanoví odchýlná úprava pracovní doby a doby odpočinku zaměstnanců v dopravě účinné od 1. 1. 2017, došlo mezi smluvními stranami k sérii jednání za účelem navýšení ceny dopravního výkonu. ČSAD Liberec v rámci jednání uvedl, že s ohledem na navržené navýšení ceny dopravního výkonu je pro něj ekonomicky neúnosné, aby po 15. 6. 2017 plnil smlouvu o autobusové přepravě Sever s vyššími náklady, než jaké mu bude klient kompenzovat, tedy s výslednou ztrátou, a smlouvu o autobusové přepravě Sever proto ukončí.

Na základě sdělení ČSAD Liberec o ukončení smlouvy o autobusové přepravě Sever bylo mezi smluvními stranami jednáno o možném prodloužení termínu zajištění dopravní obslužnosti v rámci této smlouvy alespoň do doby, než bude klient schopen zajistit dopravní obslužnost na základě nových smluv, a to plynule bez omezení a při zajištění dostatečné časové rezervy pro licenční řízení dle zákona č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě, ve znění pozdějších předpisů, pro nového dopravce a realizaci jednacích řízení bez uveřejnění (dále jen „JŘBU“) dle ZZVZ.

¹ Platnost smlouvy o autobusové přepravě Sever byla sjednána do 31. 12. 2017.

Na základě výsledků jednání spolu smluvní strany dne 2. 3. 2017 uzavřely dohodu o zrušení a vypořádání závazků vyplývajících ze Smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě pro přechodné zabezpečení stanoveného rozsahu dopravní obslužnosti Libereckého kraje pro oblast Sever č. OLP/1766/2014 (dále jen „*dohoda Sever*“), dle které se ruší veškeré dosud nesplněné závazky vyplývající ze smlouvy o autobusové přepravě Sever, a to ke dni předcházejícímu dni, kdy nabude účinnosti smlouva klienta s novým dopravcem vybraným pro oblast Sever v zadávacím řízení dle ZZVZ. K dohodě Sever byl dne 23. 3. 2017 uzavřen dodatek č. 1, dle kterého platí, že smluvní strany nově ruší veškeré dosud nesplněné závazky vyplývající ze smlouvy o autobusové přepravě ke dni předcházejícímu dni, kdy dojde k zahájení provozu podle smlouvy klienta s novým dopravcem vybraným pro oblast Sever v zadávacím řízení dle ZZVZ.

V návaznosti na uzavřenou dohodu Sever Rada Libereckého kraje dne 7. 3. 2017 rozhodla o vyhlášení JŘBU na veřejné zakázky „Dočasné zabezpečení dopravní obslužnosti Libereckého kraje veřejnou linkovou osobní dopravou – oblast Východ“ a „Dočasné zabezpečení dopravní obslužnosti Libereckého kraje veřejnou linkovou osobní dopravou – oblast Sever“ (dále jen „*veřejná zakázka Sever*“). Postup formou JŘBU zadavatel odůvodnil krajně naléhavou situací spočívající v bezprostřední hrozbě přerušování služeb dopravní obslužnosti.

Možnost účastnit se zadávacího řízení (JŘBU) měli pouze ti dopravci, kteří jsou zapojeni do systému IDOL² (dle informací od klienta tak bylo osloveno celkem 8 dopravců). Pro obě veřejné zakázky byly podány pouze dvě nabídky a to od společností BusLine a.s., se sídlem Na Rovinkách 211, Podmoklice, 513 01 Semily, IČO: 28360010 (dále jen „*BusLine*“) a ČSAD Liberec. V obou veřejných zakázkách nejvýhodnější nabídku podal účastník BusLine.

Přestože účastník BusLine dodržel stanovené zadávací podmínky, když jím stanovená nabídková cena ve výši 480.724.000,- Kč bez DPH respektuje zadavatelem stanovenou maximální nabídkovou cenu ve výši 491.420.000,- Kč bez DPH, která byla zadavatelem zároveň označena jako absolutní zadávací podmínka, rozhodla Rada Libereckého kraje na svém mimořádném zasedání dne 25. 4. 2017 o zrušení obou zadávacích řízení (JŘBU). Jako důvod byla uvedena skutečnost, že nabídkové ceny obou účastníků jsou výrazně vyšší, než jsou předpokládané dopady nařízení vlády č. 567/2006 Sb., o minimální mzdě, o nejnižších úrovních zaručené mzdy, o vymezení ztíženého pracovního prostředí a o výši příplatku ke mzdě za práci ve ztíženém pracovním prostředí a nařízení č. 589/2006 Sb., kterým se stanoví odchylná úprava pracovní doby a doby odpočinku zaměstnanců v dopravě.

Proti zrušení obou JŘBU brojil BusLine podáním námitek. V námitkách proti zrušení JŘBU na veřejnou zakázku Sever mimo jiné tvrdí, že zrušení JŘBU je účelové s úmyslem poškodit jej a zvýhodnit druhého účastníka, jeho konkurenta ČSAD Liberec. Konkrétně napadá nestrannost některých členů Rady Libereckého kraje, a to hejtmána Martina Půty, náměstka hejtmána MUDr. Přemysla Sobotky a také člena zastupitelstva Libereckého kraje Ing. Dana Ramzera.

² Integrovaný dopravní systém Libereckého kraje (IDOL) byl spuštěn v roce 2009 a koordinuje činnost všech zapojených dopravců a zajišťuje tak hladké fungování veřejné dopravy v Libereckém kraji.

ČSAD Liberec práva podání námitek proti zrušení JŘBU nevyužil ani v jednom případě.

Na základě podaných námitek Rada Libereckého kraje rozhodla o jejich odmítnutí. Proti rozhodnutí o odmítnutí námitek pro oblast Východ nebyl k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "ÚOHS") podán návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

Následně Rada Libereckého kraje rozhodla o zahájení nového JŘBU pro oblast Východ (II) pouze s jedním účastníkem, a to BusLine, tedy se společností, která do té doby dopravní obslužnost v této oblasti zajišťovala. Dle informací od klienta přistoupil tento k oslovení pouze jednoho dopravce především z toho důvodu, že dodatkem k Dohodě o zrušení a vypořádání závazků vyplývajících ze Smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě pro přechodné zabezpečení stanoveného rozsahu dopravní obslužnosti Libereckého kraje pro oblast Východ č. OLP/1767/2014, uzavřené dne 2. 3. 2017 mezi klientem a BusLine, bylo stanoveno, že tato dohoda končí k 31. 5. 2017, tj. z časových důvodů, a také proto, že BusLine měl platné licence pro danou oblast, které jsou nezbytnou podmínkou pro provozování autobusové přepravy.

Po jednáních a podání nabídky rozhodl klient o přidělení veřejné zakázky „Dočasné zabezpečení dopravní obslužnosti Libereckého kraje veřejnou linkovou osobní dopravou II – oblast Východ“ účastníkovi BusLine do konce roku 2019, a to s možnou opcí až na další dva roky a nabídkovou cenou 34,78 Kč za 1 km.

Proti rozhodnutí o zrušení JŘBU na veřejnou zakázku Sever podal BusLine (po odmítnutí jeho námitek) návrh na zahájení přezkumného řízení u ÚOHS. Řízení u ÚOHS bylo následně dne 29. 6. 2017 usnesením č. j.: ÚOHS-S0214/2017/VZ-18571/2017/521/MŽi z důvodu nesložení kauce v souladu s ust. § 255 ZZVZ zastaveno³. Ze zadavatelem předložené dokumentace veřejné zakázky Sever však ÚOHS získal pochybnosti o dodržení pravidel stanovených ZZVZ pro zadávání veřejné zakázky zadavatele, a proto dne 10. 7. 2017 zahájil správní řízení z moci úřední⁴.

ČSAD Liberec mezitím klienta dopisem ze dne 5. 6. 2017 opětovně informoval o své možnosti zajistit dopravní obslužnost Libereckého kraje pro oblast Sever pouze do 30. 6. 2017. S ohledem na tuto skutečnost Rada Libereckého kraje dne 12. 6. 2017 rozhodla o zahájení dalšího JŘBU na zajištění dopravní obslužnosti pro oblast Sever (dále jen "veřejné zakázka Sever II"), a to opět dle ust. § 63 odst. 5 ZZVZ, tj. z důvodu krajně naléhavé okolnosti.

Zadavatel ve výzvě k jednání uvedl, že smlouva na plnění veřejné zakázky Sever II bude uzavřena v souladu s ust. § 51 odst. 4 ZZVZ z důvodu provozní potřeby zadavatele pouze v nezbytně nutném rozsahu a po nezbytně nutnou dobu; tím zadavatel reagoval na bezprostřední hrozbu přerušování poskytování služeb dopravní obslužnosti v Libereckém kraji. Zadavatel v této souvislosti uvedl, že v případě, kdy na základě rozhodnutí ÚOHS začne poptávané plnění poskytovat dodavatel vybraný v rámci veřejné zakázky Sever, bude poskytování služeb na základě veřejné zakázky Sever II ukončeno nejpozději ke dni

³ Proti tomuto usnesení je možné do 14. 7. 2017 podat rozklad k předsedovi ÚOHS.

⁴ Viz Oznámení o zahájení správního řízení č.j.: ÚOHS-S0271/2017/VZ-19943/2017/521/MŽi

předcházejícímu dni, kdy vybraný dodavatel veřejné zakázky Sever zahájí provoz. V případě, že na základě rozhodnutí ÚOHS bude potvrzen postup zadavatele a veřejná zakázka Sever bude zrušena, zahájí zadavatel nové zadávací řízení a poskytování služeb na základě veřejné zakázky Sever bude ukončeno výpovědí zadavatele nejpozději ke dni předcházejícímu dni, kdy vybraný dodavatel nového zadávacího řízení zahájí provoz.

K jednání v rámci veřejné zakázky Sever II byl vyzván pouze ČSAD Liberec. Tento postup odůvodnil zadavatel skutečností, že ČSAD Liberec, jakožto stávající dopravce, zadavateli sdělil, že nebude schopen zajistit dopravní obslužnost po 1. 7. 2017. Dle klienta se jednalo o obdobnou situaci jako v oblasti Východ, když z důvodu nutnosti zohlednění platnosti licencí (v této oblasti jsou i mezinárodní linky, kde vyřízení licencí trvá až 4 měsíce a od 1. 7. 2017 má k dispozici licence pouze stávající dopravce) bylo rozhodnuto o oslovení pouze jednoho dopravce, který je dle klienta fakticky schopen dopravu v požadovaném termínu zajistit.

Přestože společnost BusLine nebyla k jednání v rámci veřejné zakázky Sever II vyzvána, snažila se jí účastnit a podat nabídku. V tomto smyslu BusLine zaslal zadavateli dopis, který označil jako začátek jednání se zadavatelem s odkazem na ust. 47 odst. 1 písm. c) ZZVZ. Zadavatel dopisem ze dne 14. 6. 2017 BusLine oznámil, že není dodavatelem, se kterým bude vedeno jednání. V reakci na toto odmítnutí podal BusLine dne 15. 6. 2017 námítky proti postupu zadavatele v zadávacím řízení veřejné zakázky Sever II; tyto námítky byly zadavatelem odmítnuty. Dne 3. 7. 2017 zadavatel obdržel stejnopis návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele v rámci veřejné zakázky Sever II podaný k ÚOHS společností BusLine.

Po proběhnutých jednání podal ČSAD Liberec v rámci veřejné zakázky Sever II nabídku. Nicméně znění přílohy č. 1 návrhu smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové dopravě k dočasnému zabezpečení dopravní obslužnosti Libereckého kraje obsažené v nabídce ČSAD Liberec neodpovídalo dohodnutým (projednaným) úpravám; zadavatel z tohoto důvodu ČSAD Liberec dne 20. 6. 2017 vyloučil ze zadávacího řízení. Téhož dne bylo Radou Libereckého kraje rozhodnuto i o zrušení JŘBU na zadání veřejné zakázky Sever II, neboť ze zadávacího řízení byl vyloučen jediný účastník z důvodu, že jeho nabídka nespĺnila zadávací podmínky. Ten samý den sdělil ČSAD Liberec zadavateli, že garantuje zajištění dopravní obslužnosti v oblasti Sever pouze do 31. 7. 2017.

Proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení (JŘBU) veřejné zakázky Sever II podal ČSAD Liberec dne 23. 6. 2017 námítky. Dle informací od klienta Rada Libereckého kraje dne 10. 7. 2017 rozhodla o odmítnutí námitek ČSAD Liberec. Účastníkovi (dle informací poskytnutých klientem) běží do 20. 7. 2017 lhůta pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele k ÚOHS.

O dalším zajištění dopravní obslužnosti od 1. 8. 2017 na území Libereckého kraje nebylo zadavatelem prozatím rozhodnuto.

I. POSOUZENÍ DOSAVADNÍHO PRŮBĚHU ZAJIŠTĚNÍ DOPRAVNÍ OBSLUŽNOSTI PRO OBLAST SEVER

I.1. Veřejná zakázka "Dočasné zabezpečení dopravní obslužnosti Libereckého kraje veřejnou linkovou osobní dopravou – oblast Sever" (dále jen "veřejné zakázka Sever")

Zadavatel zahájil veřejnou zakázku Sever jako JŘBU dle ust. § 63 odst. 5 ZZVZ, kterýžto postup zadavatel odůvodnil krajně naléhavou situací spočívající v bezprostřední hrozbě přerušení poskytování služeb dopravní obslužnosti dopravcem ČSAD Liberec. V rámci jednání o uzavření dohody Sever bylo zadavateli ze strany ČSAD Liberec sděleno, že k 15. 6. 2017 na jeho straně dojde k vyčerpání poskytnutého příplatku na platy řidičů a s ohledem na omezené finanční rezervy dopravce je schopen zajistit provozování autobusové dopravy pouze do 30. 6. 2017.

Úvodem je potřeba ve vztahu k povaze JŘBU poznamenat, že JŘBU je druhem zadávacího řízení s nejmenším stupněm transparentnosti, k jehož použití by měl zadavatel přistupovat pouze ve zcela výjimečných případech. Použití JŘBU je možné pouze při splnění všech ZZVZ stanovených podmínek, které je navíc potřeba vykládat restriktivně, tj. zužujícím způsobem⁵. Důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících použití JŘBU leží výhradně na zadavateli. Zadavatel by tak měl být kdykoliv schopen prokázat naplnění všech předpokladů stanovených ZZVZ pro použití JŘBU z konkrétního důvodu.

Ustanovení § 63 odst. 5 ZZVZ umožňuje použití JŘBU tehdy, je-li to nezbytné v důsledku krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, a nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednacím řízení s uveřejněním.

První podmínka spočívá v existenci krajně naléhavé okolnosti. Krajně naléhavou okolností je ve světle relevantní rozhodovací praxe ÚOHS třeba rozumět situaci výjimečné povahy, která ve svém důsledku vyvolává mimořádné řešení vzniklé situace, odchylovající se od obecných či standardních postupů souvisejících se zadáním veřejné zakázky. Daná situace je svou povahou naléhavá, kterýžto prvek naléhavosti je svou povahou akutní, havarijní či přímo krizový a který objektivně dosahuje značné (krajní) intenzity. Vzniklá situace tak vyžaduje okamžité řešení, které nesnese odkladu a dochází při ní k ohrožení života nebo zdraví lidí, vzniku havárie, přírodní katastrofě nebo nebezpečí škody velkého rozsahu, resp. vznik takového ohrožení či nebezpečí bezprostředně hrozí. Obecně sem lze zařadit okolnosti tzv. vyšší moci (vis maior) v podobě přírodních katastrof a živelních pohrom, havárie energetického zařízení apod.

⁵ Srov. rozsudek Krajského soudu v Brně sp.zn. 62 Af 65/2011 ze dne 8. 2. 2013, „Východisko žalovaného, jak je zdůrazňuje především v bodu 41. prvostupňového rozhodnutí, a sice že ustanovení, která povolují výjimky z pravidel při zadávání veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a že důkazní břemeno ohledně existence výjimečných okolností odůvodňujících výjimku z jinak předepsaných postupů (v daném případě tedy postup v jednacím řízení bez uveřejnění) nese ten, kdo se výjimky dovolává, tedy žalobce, považuje soud za správné.“

Za krajně naléhavý však nebude možné označit takový případ, kdy zadavatel o možném ohrožení do budoucna věděl a měl dostatek času na odstranění vadného stavu pomocí veřejné zakázky zadané ve standardním druhu zadávacího řízení, a to i při využití zkrácení lhůt.

Další podmínka, která musí být pro použití JŘBU naplněna, spočívá v existenci nepředvídatelné situace, kterou zadavatel svým jednáním nezpůsobil. Zadavatel tak její vznik nemohl předvídat a nemohl ji tudíž ani odvrátit či se na ni připravit. Daná nepředvídatelnost musí být objektivní bez ohledu na vůli zadavatele a nepostačuje, pokud vzniklou situaci za objektivně nepředvídatelnou označuje pouze zadavatel. K naplnění podmínky tak nedojde v případě, kdy nastalou situaci vyžadující naléhavé řešení způsobil zadavatel sám, ať už svým jednáním či naopak opomenutím.

Poslední podmínka předpokládá, že veřejnou zakázku nelze zadat v jiném druhu zadávacího řízení, konkrétně v otevřeném řízení, užším řízení nebo jednácím řízení s uveřejněním. S ohledem na skutečnost, že v případě otevřeného řízení, užšího řízení nebo jednacího řízení s uveřejněním ZZVZ umožňuje zkrácení lhůt v naléhavých případech⁶, je použití JŘBU možné pouze tehdy, pokud nedostačují ani zkrácené lhůty. Zadavatel by měl před zahájením JŘBU vždy pečlivě zkoumat dodržení této časové podmínky. Zadavatel tak musí vyloučit, že z časových důvodů není realizace veřejné zakázky v jiném druhu zadávacího řízení možná, a to ani při takto zkrácených lhůtách. Teprve za situace, kdy zadavatel dojde k závěru, že ani zkrácení lhůt ani jiné okolnosti ovlivňující časový průběh zadávacího řízení (např. možnosti osobního doručování písemností, možnost vzdání se práva na podání námitek apod.) nepřispějí k řešení nastalé situace dodržet, lze přistoupit k realizaci JŘBU dle ust. § 63 odst. 5 ZZVZ.

Skutečnost, že ze strany zadavatele jsou naplněny podmínky pro použití JŘBU, sama o sobě neznamená, že zadavatel je povinen veřejnou zakázku prostřednictvím JŘBU zadat. Zadavatel vždy může zvolit i jiný druh zadávacího řízení, a to i s ohledem na možnost využití zkrácení lhůt u otevřeného řízení, užšího řízení nebo jednacího řízení s uveřejněním.

ZZVZ zadavateli neurčuje, zda má v případě krajní naléhavosti oslovit jednoho či více dodavatelů, resp. ZZVZ výslovně nepředpokládá, že by měl být osloven pouze jediný dodavatel. S ohledem na konkrétní situace a nutnost jejich řešení však bude vždy nutné posoudit, zda vůbec existuje více potencionálních dodavatelů a pokud ano, zda z časových důvodů (které jsou v případě použití JŘBU dle tohoto odstavce podstatné) je jejich oslovení účelné či nikoliv.

Zadavatel v souladu s ust. § 3 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o dopravní obslužnosti“) v rámci své samostatné působnosti odpovídá za nastavení rozsahu dopravní obslužnosti, za ekonomické zajištění nastaveného rozsahu dopravní obslužnosti a za zajištění dopravní obslužnosti smlouvami s dopravci o veřejných službách v přepravě

⁶ Viz ust. § 57 odst. 2 písm. b), § 59 odst. 5 a § 62 odst. 3 ZZVZ.

cestujících. Zadavatel tak odpovídá za zajištění veřejné služby spočívající v přepravě cestujících na svém území.

S ohledem na skutečnosti zadavateli známé v době zahájení JŘBU na veřejnou zakázku Sever a na plnění povinností vyplývajících pro zadavatele ze zákona o dopravní obslužnosti, lze mít za to, že nastalou situaci, kdy začátkem března 2017 reálně hrozilo, že od 1. 7. 2017 nebude na území Libereckého kraje zajištěno provozování autobusové dopravy, lze označit minimálně za situaci krizovou, která vyžaduje okamžité řešení a pokud nebude řešena, může přinejmenším způsobit značné obtíže.

Vzniklou situaci by tak bylo možné označit za krajně naléhavou okolnost. Tuto situaci zadavatel sám nezavinil a ani ji nemohl předvídat či jinak ovlivnit, když tato vznikla v důsledku změn relevantních právních předpisů⁷, které měly prokazatelný vliv na náklady ČSAD Liberec. Vzniklou situaci se zadavatel snažil aktivně řešit, když s ČSAD Liberec vedl jednání ohledně podmínek pro plnění smlouvy o autobusové přepravě Sever.

Jako poslední je třeba zkoumat, zda z časových důvodů nebylo možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení, a to např. otevřeném řízení při využití zkrácených lhůt dle ust. § 57 odst. 2 písm. b) ZZVZ. V této souvislosti je dle našeho názoru nezbytné vzít v úvahu skutečnost, že v případě, že by se vybraným dodavatelem stal jiný dopravce než dopravce stávající, tj. ČSAD Liberec, musel by si tento podat žádost o udělení příslušné licence k provozování linkové osobní dopravy, přičemž dopravní úřad má na rozhodnutí lhůtu 60 dnů od podání žádosti, přičemž v případě mezinárodní dopravy, která je dle informací od klienta rovněž předmětem poskytovaných služeb v autobusové přepravě v oblasti Sever, je tato lhůta ještě delší⁸. Při započtení lhůt pro otevřené řízení tak máme za to, že ani při využití zkrácených lhůt dle ust. § 57 odst. 2 písm. b) ZZVZ by nebylo možné veřejnou zakázku úspěšně zadat v jiném druhu zadávacího řízení.

S ohledem na výše uvedené se tak přikláníme k závěru, že podmínky pro použití JŘBU z důvodu dle ust. § 63 odst. 5 ZZVZ naplněny byly; v této souvislosti je však třeba podotknout, že konečné posouzení v tomto ohledu může učinit pouze ÚOHS, resp. příslušné soudy.

Podle ust. § 127 odst. 3 ZZVZ platí, že zadavatel může zrušit JŘBU, pokud účastníkům zadávacího řízení sdělí důvod jeho zrušení. Zadavatel tak v případě JŘBU není vázán výčtem důvodů pro zrušení zadávacího řízení dle ust. § 127 odst. 2 ZZVZ, ale může zadávací řízení zrušit v podstatě z jakéhokoliv důvodu, a to za podmínky, že jej sdělí všem účastníkům zadávacího řízení. Zadavatel je dle našeho názoru i v případě využití možnosti dané mu v ust. § 127 odst. 3 ZZVZ povinen dodržet základní zásady zadávacího řízení vyjádřené v ust. § 6 ZZVZ.

⁷ Srov. nařízení vlády č. 567/2006 Sb., o minimální mzdě, o nejnižších úrovních zaručené mzdy, o vymezení ztíženého pracovního prostředí a o výši příplatku ke mzdě za práci ve ztíženém pracovním prostředí a nařízení vlády č. 589/2006 Sb., kterým se stanoví odchýlná úprava pracovní doby a doby odpočinku zaměstnanců v dopravě, obě účinná od 1. 1. 2017.

⁸ Srov. ust. § 12 zákona č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě, ve znění pozdějších předpisů.

Okolnosti, za kterých bylo zadavatelem zrušeno zadávací řízení (JŘBU) veřejné zakázky Sever, v nás vyvolávají pochybnosti, zda zrušení zadávacího řízení (JŘBU) proběhlo v souladu s ust. § 6 ZZVZ. Posouzení otázky, zda byl zadavatel oprávněn zrušit zadávací řízení (JŘBU) z důvodu, že nabídkové ceny obou účastníků jsou výrazně vyšší, než jsou předpokládané dopady nařízení vlády č. 567/2006 Sb., o minimální mzdě, o nejnižších úrovních zaručené mzdy, o vymezení ztíženého pracovního prostředí a o výši příplatku ke mzdě za práci ve ztíženém pracovním prostředí a nařízení vlády č. 589/2006 Sb., kterým se stanoví odchylná úprava pracovní doby a doby odpočinku zaměstnanců v dopravě, přestože oba účastníci podali nabídkovou cenu nižší, než byla zadavatelem stanovená maximální nabídková cena, je aktuálně předmětem správního řízení vedeného ÚOHS.

I.2. Veřejná zakázka "Dočasné zabezpečení dopravní obslužnosti Libereckého kraje veřejnou linkovou osobní dopravou II – oblast Sever" (dále jen "veřejné zakázka Sever II")

Zadavatel zahájil veřejnou zakázku Sever II dne 12. 6. 2017, a to opět formou JŘBU s odkazem na ust. § 63 odst. 5 ZZVZ. Ohledně podmínek použití tohoto druhu (JŘBU) zadávacího řízení odkazujeme k našemu obecnému výkladu v části stanoviska týkajícího se veřejné zakázky Sever.

Při zkoumání naplnění podmínek pro postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky Sever II v rámci JŘBU je dle našeho názoru nezbytné zabývat se zejména skutečností, zda situaci, kdy zadavatel byl nucen řešit zajištění dopravní obslužnosti, nezpůsobil sám zadavatel svým jednáním v rámci veřejné zakázky Sever, resp. jejím zrušením, a zda je tak naplněna podmínka existence nepředvídatelné situace, kterou zadavatel nezpůsobil a ani ji nemohl předvídat.

Jak vyplývá z výše uvedeného popisu průběhu veřejné zakázky Sever, zadavatel jako nejvýhodnější vybral nabídku účastníka BusLine a mohl činit další kroky směřující k uzavření smlouvy s tímto dodavatelem. Tím, že zadavatel nakonec namísto uzavření smlouvy přistoupil ke zrušení JŘBU, čímž se dostal do určité časové tísně při zajištění dopravní obslužnosti na území Libereckého kraje v období po 1. 7. 2017 ohledně nemožnosti zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení, představuje dle našeho názoru překážku v posouzení vzniklé situace jakožto situace, kterou zadavatel svým jednáním nezpůsobil. Dle rozhodovací praxe ÚOHS totiž platí, že *"časovou tíseň nelze podřadit pod skupinu krajně naléhavých případů, neboť se nejedná o událost výjimečné povahy, kterou by nebylo možno předvídat. Nelze rovněž vyloučit, že zadavatel se do této situace nedostal vlastním přičiněním. ..."⁹.*

Jak již bylo řečeno výše, podmínky pro použití JŘBU musí být vždy pro každou jednotlivou veřejnou zakázku zadávanou v JŘBU splněny kumulativně a pokud by jen jedna jediná z podmínek neměla být splněna, zadavatel nemůže pro pořízení požadovaného plnění tento druh zadávacího řízení využít. Dle našeho názoru tak ze strany zadavatele nebyly

⁹ Viz rozhodnutí ÚOHS č.j. S94/2013 ze dne 19. 7. 2013.

naplněny veškeré podmínky nutné pro zadání veřejné zakázky Sever II v JŘBU z důvodu dle ust. § 63 odst. 5 ZZVZ.

Podle ust. 67 odst. 2 ZZVZ platí, že zadavatel zahajuje JŘBU prostřednictvím odeslání výzvy k jednání, výzvy k podání nabídek, nebo zahájením jednání s dodavatelem. Ačkoliv ZZVZ tak výslovně neuvádí, je zcela zřejmé, že volba z uvedených způsobů zahájení JŘBU leží plně na zadavateli. Je to tedy zadavatel, který rozhoduje, jakým způsobem bude JŘBU zahájeno. Písemná výzva k jednání se s poukazem na ust. § 96 odst. 1 in fine ZZVZ nezveřejňuje na profilu zadavatele a zadavatel není takovou výzvou ani povinen odeslat k uveřejnění do Věstníku veřejných zakázek. Informovanost o zahájení JŘBU je tak omezena pouze na dodavatele, se kterými bylo zahájeno jednání.

Okamžikem zahájení jednání se dodavatel stává účastníkem zadávacího řízení dle ust. § 47 odst. 1 písm. c) ZZVZ. Aby se dodavatel mohl vůbec stát účastníkem zadávacího řízení, musí zadavatel zahájit příslušné zadávací řízení (zde JŘBU) a vytvořit tak dodavateli podmínky pro jeho možnou účast; bez tohoto aktu zadavatele nedojde k naplnění podmínek ust. § 47 ZZVZ. Vzniku účastenství zahájením jednání se zadavatelem v JŘBU předchází ze strany zadavatele výběr dodavatele či dodavatelů, se kterými bude jednání vedeno. Nelze si tak představit situaci, kdy např. při pořízení konkrétního (uměleckého) díla by účastenství mohlo vzniknout i jinému dodavateli, než právě autorovi daného díla, kterého zadavatel k jednání oslovil.

S ohledem na výše uvedené tak máme za to, že v průběhu veřejné zakázky Sever II nevzniklo účastenství společnosti BusLine, jak tento v rámci svého dopisu ze dne 13. 6. 2017 deklaroval, a zadavatel tak **nebyl povinen** s ním jako účastníkem zadávacího řízení zacházet.

Ve vztahu k posouzení postupu zadavatele při vyloučení ČSAD Liberec z důvodu nepodání nabídky v souladu se závěry uskutečněných jednání, je třeba vzít v potaz skutečnost, že JŘBU je nejméně formalizovaným druhem zadávacího řízení, pro které ZZVZ nevymezuje žádná pravidla, a jejich stanovení ponechává zcela na zadavateli. Zadavatel je však povinen stanovit pravidla pro průběh zadávacího řízení v souladu se zásadami podle § 6 ZZVZ. Zadavatel má tak dle našeho názoru možnost jednat o smlouvě i po podání dané nabídky.

Zadavatel měl rovněž možností postupem dle ust. § 46 odst. 2 ZZVZ požádat ČSAD Liberec o objasnění jím podané nabídky. Přestože ZZVZ stanoví, že se v případě postupu dle ust. § 46 ZZVZ jedná o možnost (a nikoliv povinnost) daného postupu využít, nelze v daném případě odhlédnout od důvodů, pro které bylo JŘBU zahájeno a vůbec od samotného účelu JŘBU, tj. zajištění autobusové přepravy na území Libereckého kraje v období po 31. 7. 2017.

Ve vztahu k dalšímu postupu zadavatele při řešení otázky zajištění autobusové přepravy pro oblast Sever pro období od 1. 8. 2017, resp. možnosti postupovat při jejím zajištění v rámci JŘBU dle ust. § 63 odst. 5 ZZVZ, tak může být diskutabilní, zda s ohledem na nevyužití postupu dle ust. § 46 ZZVZ lze považovat podmínky pro případný postup v JŘBU za splněné.

II. POSOUZENÍ MOŽNOSTÍ DALŠÍHO POSTUPU KLIENTA PŘI ZAJIŠTĚNÍ AUTOBUSOVÉ PŘEPRAVY PRO OBLAST SEVER

II.1. Trvání klienta na zajišťování dopravní obslužnosti ze strany ČSAD Liberec dle uzavřené dohody/smlouvy Sever

Klient a ČSAD Liberec spolu dne 2. 3. 2017 uzavřeli dohodu Sever, ze které vyplývá závazek ČSAD Liberec zajišťovat dopravní obslužnost v rámci smlouvy o autobusové přepravě Sever alespoň do doby, kdy klient bude schopen zajistit dopravní obslužnost na základě nových smluv, a to plynule bez omezení. Dle čl. II. 4 tato dohoda nabývá účinnosti dnem, který předchází dni nabytí účinnosti smlouvy klienta s novým dopravcem vybraným pro oblast Sever v zadávacím řízení dle ZZVZ, pokud smlouva o autobusové přepravě Sever neskončí dříve jiným způsobem.

Z uzavřené dohody Sever ve znění dodatku č. 1 ze dne 23. 3. 2017 potom vyplývá, že ČSAD Liberec se zavazuje zajišťovat dopravní obslužnost pro oblast Sever ke dni předcházejícímu dni, kdy dojde k zahájení provozu podle smlouvy klienta s novým dopravcem vybraným pro oblast Sever v zadávacím řízení dle ZZVZ. Přestože dohoda Sever neoperuje s konkrétním datem, do kterého se ČSAD Liberec zavázal dopravní obslužnost zajistit, z opakovaných vyjádření ČSAD Liberec vyplývá, že toto je s ohledem na jeho finanční situaci možné pouze do 31. 7. 2017.

Přestože ČSAD Liberec informoval klienta nejprve v rámci jednání o uzavření dohody Sever a následně i dopisem ze dne 5. 6. 2017 o své možnosti zajistit dopravní obslužnost Libereckého kraje pro oblast Sever pouze do 30. 6. 2017, kteréžto sdělení dodatečně dopisem ze dne 20. 6. 2017 poupravil v tom smyslu, že garantuje zajištění dopravní obslužnosti v oblasti Sever pouze do 31. 7. 2017, jednou z variant možného řešení dle našeho názoru je trvat na plnění závazku ČSAD Liberec z uzavřené dohody Sever, potažmo smlouvy o autobusové přepravě Sever, dle které je ČSAD Liberec povinen poskytovat služby do 31. 12. 2017.

S ohledem na výše uvedená sdělení ČSAD Liberec o nedostatku jejích finančních prostředků pro zajištění dopravní obslužnosti po 31. 7. 2017 jsme si vědomi skutečnosti, že toto řešení není příliš reálným; nicméně jde o postup zcela legitimní a legální.

II.2. Zahájení nového JŘBU postupem dle ust. § 63 odst. 5 ZZVZ

Další uvažovanou variantou je zahájení nového (třetího) JŘBU, a to zejména z důvodu existence krajně naléhavé okolnosti. Na tomto místě je potřeba opětovně uvést, že **pro použití JŘBU k důvodu krajně naléhavé okolnosti musí zadavatel prokázat objektivní existenci všech podmínek dle ust. § 63 odst. 5 ZZVZ současně.** S ohledem na tuto skutečnost a samotný postup zadavatele v rámci veřejné zakázky Sever a veřejné zakázky Sever II, je potřeba zdůraznit, že toto řešení v sobě skrývá poměrně vysoké riziko v podobě

toho, že by dozorový orgán shledal nenaplnění všech podmínek pro použití postupu v tomto druhu zadávacího řízení (viz výše).

Pokud by zadavatel přistoupil k realizaci JŘBU z důvodu dle ust. § 63 odst. 5 ZZVZ, doporučujeme, aby smlouva uzavřená na základě tohoto zadávacího řízení byla uzavřena pouze na dobu dočasnou, a to tak, aby v případě rozhodnutí ÚOHS o nesprávném postupu zadavatele při zrušení veřejné zakázky Sever, příp. veřejné zakázky Sever II mohl zadavatel bez zbytečných průtahů ukončit smlouvu z nového (v pořadí již třetího) JŘBU.

Ve vztahu k otázce, s jakými dodavateli by měl zadavatel JŘBU vést, je dle našeho názoru nutné vzít v potaz trestně právní aspekty níže v této analýze uvedené. Z tohoto důvodu doporučujeme vyzvat k jednání v tomto novém JŘBU všechny dopravce zapojené v IDOLu. To platí i při vědomí toho, že předpokladem pro faktické provozování autobusové dopravy je nezbytné mít přidělenou příslušnou licenci a že délka řízení předcházejícího udělení licence přesahuje 60 dnů a že v současné době zřejmě existuje jediný subjekt, který je schopný od 1. 8. 2017 zajistit provozování autobusové přepravy, a tím je stávající dopravce ČSAD Liberec. S ohledem na tuto podmínku pro provozování autobusové přepravy lze nicméně mít za to, že většina dodavatelů nebude moci zadavateli garantovat provozování dopravní obslužnosti již po 31. 7. 2017.

Dle ust. § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ platí, že zadavatel se dopustí správního deliktu tehdy, pokud mj. nedodrží pravidla stanovená ZZVZ pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím současně ovlivní nebo alespoň může ovlivnit výběr dodavatele a zadavatel zadá veřejnou zakázku; ÚOHS v takovém případě uloží zadavateli pokutu za spáchaný správní delikt. Pokud by zadavatel zahájil JŘBU, aniž by na jeho straně byly splněny veškeré podmínky nutné pro jeho realizaci, dopustil by se spáchání správního deliktu.

II.3. Zajištění autobusové přepravy dle zákona o dopravní obslužnosti

Podle ust. § 22 zákona o dopravní obslužnosti platí, že v případě vzniku mimořádné situace může objednatel (v daném případě klient) uzavřít smlouvu o veřejných službách v přepravě cestujících na poskytování dotčených veřejných služeb přímým zadáním dopravci, který tyto služby v rozsahu, v jakém byly přerušeny nebo ohroženy, zajistí.

Za mimořádnou situaci se považuje situace, ve které došlo k přerušení poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících nebo takovéto přerušení bezprostředně hrozí. Mimořádná situace nastane vždy, když dojde k přerušení byť i nepatrného rozsahu veřejných služeb v přepravě cestujících v porovnání s rozsahem veřejných služeb poskytovaných na základě smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících dopravcem. Za mimořádnou situaci lze rovněž označit stav, kdy veřejné služby v přepravě cestujících nebo jejich část nejsou dopravcem fakticky poskytovány, i když podle smlouvy měly být poskytovány, nebo kdy bezprostředně hrozí, že veřejné služby v přepravě cestujících nebo jejich část nebudou dopravcem, který je poskytuje, poskytovány.

Objednatel může uzavřít smlouvu přímým zadáním s dopravcem, který je způsobilý přerušené nebo ohrožené služby v přepravě cestujících zajistit, tj. musí se jednat o dopravce, který je provozovatelem dopravy podle zákona o dráhách nebo zákona o silniční dopravě. Přestože zákon o dopravní obslužnosti nevyklučuje uzavření smlouvy na zajištění přerušených nebo ohrožených služeb v přepravě cestujících přímým zadáním se stejným dopravcem, který poskytování služeb přerušil nebo ohrozil, zůstává otázkou, zda uzavření smlouvy s takovým dopravcem je vhodné, resp. zda objednatel má fakticky jinou možnost uzavřít smlouvu se subjektem odlišným od stávajícího dopravce (a to např. z toho důvodu, že pouze stávající dopravce disponuje potřebnými licencemi nutnými k provozování autobusové přepravy). Podle ust. § 8 odst. 2 zákona o dopravní obslužnosti totiž platí, že nejpozději ke dni nabytí účinnosti smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících musí mít dopravce licenci a schválený jízdní řád, jedná-li se o dopravce ve veřejné linkové dopravě.

Předmětem uzavřené smlouvy potom musí být stejný rozsah služeb, jako byl rozsah služeb, které byly přerušeny nebo jejichž poskytování je ohroženo. Smlouva o veřejných službách v přepravě cestujících musí být uzavřena maximálně na dva roky a nesmí být prodloužena.

Klient je tak dle našeho názoru oprávněn využít postupu dle ust. § 22 zákona o dopravní obslužnosti při splnění ostatních podmínek tímto zákonem vyžadovaných za účelem zajištění dopravní obslužnosti pro oblast Sever.

III. MOŽNOST RIZIKA UPLATNĚNÍ TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI V SOUVISLOSTI S VEŘEJNOU ZAKÁZKOU SEVER

Uvedená trestně právní rizika mají být posouzena v souvislosti se záměrem zahájit nové, v pořadí už třetí, JŘBU s oslovením pouze jednoho uchazeče, a to ČSAD Liberec, v kontextu s obsahem námitek proti zrušení prvních dvou JŘBU. Podle názoru právního odboru Krajského úřadu Libereckého kraje lze dovodit z těchto námitek tvrzení o podezření na spáchání případně možných trestných činů hospodářských, pravděpodobně dle ustanovení § 256 (sjednání výhody při zadání veřejné zakázky), případně ustanovení § 257 (pletichy při zadání veřejné zakázky) zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „tr. zák.“).

Tr. zák. obsahuje celkem tři trestné činy, které se vztahují k veřejným zakázkám, a to

- porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže podle § 248 odst. 2 alinea druhá tr. zák.;
- sjednání výhody při zadání veřejné zakázky podle § 256 tr. zák. a
- pletichy při zadání veřejné zakázky podle § 257 tr. zák.

Na základě předložených podkladů jsme dospěli k závěru, že obava z uvedeného rizika je zcela legitimní v souvislosti s trestným činem sjednání výhody při zadání veřejné zakázky dle ustanovení § 256 tr. zák. Tímto ustanovením je chráněn zájem na řádném a zákonném provedení jakékoli zadání veřejné zakázky, zejména zájem na dodržování stanoveného postupu při zachování zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Jednání podle § 256 odst. 1 tr. zák. spočívá ve sjednání přednosti nebo výhodnějších podmínek některému dodavateli na úkor jiných dodavatelů – soutěžitelů. Předností se přitom rozumí jakékoli zvýhodnění, pokud jde o časový předstih (např. některému dodavateli je oznámen termín zahájení zadávacího řízení dříve, než je veřejně vyhlášeno; časový předstih může být ještě zvýrazněn pozdním oznámením zahájení zadávacího řízení). Výhodnějšími podmínkami jsou jakékoli podmínky, které zvýhodňují některého dodavatele před ostatními. Může to být např. u zadávacího řízení stanovení výhodnějšího způsobu podání nabídky pro některého dodavatele (účastníka), sdělení mu určitých bližších podmínek nebo realizačních či cenových podmínek jiných dodavatelů.

Z aktuální soudní judikatury jsou známa i rozhodnutí, kdy došlo v trestním řízení k odsouzení osob za jednání zadavatele, kterým byla znemožněna účast dalším dodavatelům, a také za protiprávní vyřazení nabídky jako ekonomicky nepřijatelné.¹⁰

Z hlediska naplnění skutkové podstaty trestného činu zjednání výhody při zadávání veřejné zakázky považujeme za relevantní následující skutkové okolnosti, resp. tvrzení, uvedená v námitkách společnosti BusLine.

Výzva zadavatele k jednání v JŘBU ze dne 7. 3. 2017 byla zaslána celkem osmi dodavatelům (všem dopravcům zapojeným do IDOLu), přičemž zájem o jednání potvrdili dva dodavatelé, konkrétně ČSAD Liberec, a BusLine, se kterými pak zadavatel v zadávacím řízení dále jednal. Ze strany zadavatele v tomto JŘBU nebylo namítáno, že společnosti BusLine nebyla udělena dopravním úřadem licence, která je podmínkou účasti v zadávacím řízení. Sdílíme názor společnosti BusLine, že potenciální dopravci nedisponují licencemi na příslušné linky, neboť z právních předpisů (§ 12 odst. 2 písm. a) zákona č. 111/1994 Sb., v platném znění) plyne, že licencí disponuje vždy pouze jeden subjekt, a licenci lze opatřit až v závislosti na výsledku zadávacího řízení. Podle našeho názoru měl zadavatel trvat na plnění Smlouvy uzavřené s ČSAD Liberec ze dne 2. 3. 2017, ve znění dodatku č. 1 uzavřeného dne 23. 3. 2017, ve které se tento dopravce zavázal zajišťovat v dotčené oblasti Sever dopravní obslužnost až do výběru náhradního dopravce, a nestanovit zadávací podmínku zahájení provozu od 1. 7. 2017.

S přihlédnutím k těmto skutečnostem považujeme za obtížně obhajitelné, že bylo zahájeno druhé JŘBU pro oblast Sever s oslovením pouze jednoho dodavatele, a to právě ČSAD Liberec. Totéž pak platí za dané situace i pro zahájení nového – třetího JŘBU – pro oblast Sever opět s tímto dodavatelem. Takový postup je spojen s rizikem, že na Liberecký kraj, resp. na odpovědné fyzické osoby bude podáno trestní oznámení pro trestný čin sjednání výhody při zadání veřejné zakázky podle ustanovení § 256 tr. zák. Zákon č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, v platném znění, vylučuje trestní odpovědnost územních samosprávných celků pouze při výkonu veřejné moci (§ 6 odst. 1 písm. b) cit. zákona), což podle našeho názoru tento případ není, a z trestných činů postižitelných podle tohoto zákona není trestný čin sjednání výhody při zadání veřejné

¹⁰ Usnesení Nejvyššího soudu 5 Tdo 66/2015-96 ze dne 7. 10. 2015, Usnesení Nejvyššího soudu 5 Tdo 1475/2015 ze dne 23. 11. 2016

zakázky dle ustanovení § 256 tr. zák. vyňat (§ 7 cit. zákona). Trestným činem spáchaným právnickou osobou je čin spáchaný v jejím zájmu nebo v rámci její činnosti, jednala-li tak osoba ve vedoucím postavení v rámci právnické osoby, a lze jí přičítat spáchání trestného činu, jestliže byl spáchán jednáním orgánů právnické osoby, zaměstnancem nebo osobou v obdobném postavení při plnění pracovních úkolů (např. členové rady rozhodující v dané věci, členové hodnotící komise apod.). Trestní odpovědností právnické osoby není dotčena trestní odpovědnost výše uvedených fyzických osob. Obecně vzato není vyloučeno, aby byl pachatelem trestného činu dle ustanovení § 256 tr. zák. kdokoli, kdo měl určité povinnosti v určitém zadávacím řízení.

Je však třeba uvést, že k vyvození trestní odpovědnosti Libereckého kraje, resp. odpovědných fyzických osob, nestačí naplnění skutkové podstaty (objektivní stránky) trestného činu sjednání výhody při zadání veřejné zakázky. Je třeba, aby byla naplněna i stránka subjektivní, tj. úmyslné zavinění, přičemž zde navíc musí být úmysl způsobit jinému škodu nebo opatřit sobě nebo jinému majetkový prospěch (tzv. druhý úmysl). Ke způsobení škody ani k opatření prospěchu zde tedy nemusí přímo dojít. Minimální výše není u škody ani u prospěchu stanovena. Posouzení, zda je naplněna objektivní a zejména subjektivní stránka trestného činu, je ovšem předmětem posouzení ze strany orgánů činných v trestním řízení, a nebrání komukoli v podání trestního oznámení, neboť jde o otázku, kterou nemusí být oznamovatel trestného činu schopen posoudit a nemusí se proto ani obávat z tohoto důvodu případné vlastní trestní odpovědnosti, např. pro křivé obvinění.

IV. SHRNU TÍ

- 1. Liberecký kraj zahájil veřejnou zakázku Sever formou JŘBU z důvodu krajně naléhavé okolnosti, když stávající dopravce zadavateli sdělil možnost zajišťování autobusové přepravy pouze do 30. 6. 2017, přičemž zadavatel s dopravcem vedl jednání ohledně podmínek pro plnění smlouvy o autobusové přepravě Sever i po tomto datu. Reálně tak hrozilo, že od 1. 7. 2007 nebude provozování autobusové přepravy pro oblast Sever zajištěno.**
- 2. Vzniklou situaci by tak bylo možné označit za krajně naléhavou okolnost. Tuto situaci zadavatel sám nezavinil a ani ji nemohl předvídat či jinak ovlivnit, když tato vznikla v důsledku změn relevantních právních předpisů. Možnost zadání veřejné zakázky v jiném druhu zadávacího řízení např. při využití zkrácení lhůt tak není dle našeho názoru s ohledem na povinnost vybraného dodavatele požádat o udělení příslušné licence k provozování linkové osobní dopravy a na délku lhůt v daném řízení, v případě, že by se jednalo o subjekt odlišný od stávajícího dopravce, reálná.**
- 3. Podmínky pro postup zadavatele dle ust. § 63 odst. 5 ZZVZ tak dle našeho názoru byly naplněny.**
- 4. Zadavatel následně rozhodl o zrušení JŘBU na zadání veřejné zakázky Sever, přestože vybraný dodavatel splnil zadavatelem stanovené zadávací podmínky; zrušení zadávacího řízení zadavatel sdělil účastníkům zadávacího řízení. Přestože tak zadavatel dostal povinnosti ust. § 127 odst. 3 ZZVZ, lze mít pochybnosti o souladnosti tohoto postupu zadavatele se základními zásadami zadávacího řízení tak, jak je ust. § 6 ZZVZ upravuje.**
- 5. Po opětovném upozornění stávajícího dopravce o nemožnosti zajišťovat dopravní obsluhu v Libereckém kraji po 30. 6. 2017 zadavatel zahájil nové (druhé) JŘBU na zadání veřejné zakázky pro oblast Sever, tedy opět v JŘBU postupem dle ust. § 63 odst. 5 ZZVZ.**
- 6. Vzhledem ke zrušení prvního JŘBU lze mít dle našeho názoru vážné pochybnosti o tom, zda byly naplněny veškeré podmínky pro postup zadavatele v druhém JŘBU z uvedeného důvodu, a to zejména podmínka existence krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel sám nezpůsobil. Přikláníme se k závěru, že tato podmínka spíše naplněna nebyla a zadavatel tak nesplnil podmínky dle ust. § 63 odst. 5 ZZVZ pro zadání veřejné zakázky v JŘBU.**
- 7. V rámci druhého JŘBU zadavatel oslovil pouze stávajícího dopravce, což odůvodnil časovou nemožností jiného dopravce získat v případě uzavření smlouvy se zadavatelem potřebné licence. S dodavatelem BusLine dle našeho názoru neměl zadavatel povinnost jednat jako s účastníkem zadávacího řízení, jak zadavatel ostatně učinil.**

8. Účastník, se kterým bylo v rámci druhého JŘBU jednáno, předložil v rámci své nabídky návrh smlouvy, jejíž příloha č. 1 zcela neodpovídala dle klienta výsledkům jednání; nicméně z našeho pohledu tato obsahovala pro zadavatele výhodnější podmínky při zajištění autobusové dopravy v Libereckém kraji než původní, zadavatelem požadované podmínky.
9. Zadavatel nevyužil možnosti požádat tohoto účastníka o objasnění nabídky, a rovnou přistoupil k jeho vyloučení ze zadávacího řízení a následnému zrušení druhého JŘBU. Zadavatel se tak nachází v situaci, kdy reálně hrozí, že od 1. 8. 2017 nebude pro oblast Sever zajištěna autobusová přeprava.
10. Ve vztahu k dalšímu postupu zadavatele při řešení otázky zajištění autobusové přepravy pro oblast Sever pro období od 1. 8. 2017, resp. možnosti postupovat při jejím zajištění opět v rámci JŘBU dle ust. § 63 odst. 5 ZZVZ, tak může být diskutabilní, zda s ohledem na nevyužití postupu dle ust. § 46 ZZVZ by bylo možné považovat podmínky pro postup v JŘBU za splněné. Nelze ani vyloučit posouzení takového postupu zadavatele za správní delikt.
11. Další možnou variantou je využití postupu dle ust. § 22 zákona o dopravní obslužnosti a přímým zadáním uzavřít smlouvu o veřejných službách v přepravě cestujících na poskytování veřejných služeb spočívajících v zajištění autobusové přepravy.
12. Variantu trvat na poskytování plnění stávajícího dopravce dle uzavřené smlouvy o autobusové přepravě Sever považujeme za legální a legitimní; nicméně s ohledem na opakovaná prohlášení stávajícího dopravce o nedostatku finančních prostředků půjde zřejmě o variantu málo pravděpodobnou.
13. Na základě analýzy předložených dokladů považujeme za zcela legitimní riziko trestního oznámení pro porušení trestného činu sjednání výhody při zadání veřejné zakázky podle ustanovení § 256 tr. zák.
14. Z aktuální soudní judikatury jsou známa i rozhodnutí, kdy došlo v trestním řízení k odsouzení osob za jednání zadavatele, kterým byla znemožněna účast dalším dodavatelům v zadávacím řízení, a také za protiprávní vyřazení nabídky jako ekonomicky nepřijatelné.
15. Riziko trestní odpovědnosti v daném případě vyplývá zejména z nepřipuštění společnosti BusLine k účasti do druhého JŘBU pro neudělení licence dopravním úřadem a ze stanovení zadávací podmínky zahájení provozu od 1. 7. 2017. Totéž platí také pro případné zahájení nového (třetího) JŘBU pro oblast Sever opět pouze s uchazečem ČSAD Liberec.
16. Trestní oznámení může být podáno na Liberecký kraj jako právnickou osobu, případně na odpovědné osoby, které plnily úkoly při přípravě a v průběhu druhého

JŘBU. Trestní odpovědností právnické osoby není dotčena individuální trestní odpovědnost konkrétních fyzických osob.

- 17. K vyvození trestní odpovědnosti za trestný čin sjednání výhody v zadávacím řízení dle ustanovení § 256 tr. zák. nestačí naplnění skutkové podstaty (objektivní stránky) tohoto trestného činu, musí být naplněna i subjektivní stránka, tj. úmysl, a navíc tzv. druhý úmysl, tj. úmysl způsobit jinému škodu nebo opatřit sobě nebo jinému prospěch. Minimální výše není u škody ani u prospěchu stanovena.**
- 18. Posouzení, zda je naplněna objektivní a zejména také subjektivní stránka trestného činu, je předmětem posouzení orgánů činných v trestním řízení. Nicméně tato skutečnost nebrání v podání trestního oznámení, a to bez jakéhokoli rizika, neboť oznamovatel nemusí být schopen naplnění všech podmínek trestní odpovědnosti posoudit.**

Výhrady

- Informace a závěry vyplývající z této právní analýzy vycházejí z právního řádu platného ke dni 13. 7. 2016.
- Tato právní analýza byla zpracována s výhradou uplatnění závěrů v České republice.
- Tato právní analýza je určena výhradně pro potřeby klienta a vychází z informací poskytnutých klientem.

V Praze dne 13. července 2017

.....
JUDr. Roman Buzek
advokát

.....
Mgr. Michaela Machálková
advokátní koncipientka

.....
Mgr. Tomáš Machurek
advokát