



UOHSX00BOXBX

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0158/2018/VZ-32498/2018/322/HSc

Brno 8. listopadu 2018

V řízení o rozkladu ze dne 18. 9. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 19. 9. 2018 zadavatelem –

- **město Velké Meziříčí**, IČO 00295671, se sídlem Radnická 29/1, 594 01 Velké Meziříčí, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 7. 3. 2018 JUDr. Ladislavou Lebedovou, advokátkou ev. č. ČAK 0360, se sídlem Koželská 205, 584 01 Ledec nad Sázavou,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0304/2018/VZ-25884/2018/511/THI ze dne 4. 9. 2018 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při realizaci zadávacích řízení na zadání veřejné zakázky „**Projektová dokumentace na rekonstrukci náměstí a přilehlých ulic ve Velkém Meziříčí**“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 27. 3. 2017 a jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 26. 7. 2017,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0304/2018/VZ-25884/2018/511/THI

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, zaslal dne 27. 7. 2018 zadavateli město Velké Meziříčí, IČO 00295671, se sídlem Radnická 29/1, 594 01 Velké Meziříčí, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 7. 3. 2018 JUDr. Ladislavou Lebedovou, advokátkou ev. č. ČAK 0360, se sídlem Koželská 205, 584 01 Ledec nad Sázavou (dále jen „**zadavatel**“) přípis č. j. ÚOHS-S0304/2018/VZ-22088/2018/511/THI, kterým mu oznámil zahájení správního řízení sp. zn. S0304/2018/VZ z moci úřední ve věci přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky „Projektová dokumentace na rekonstrukci náměstí a přilehlých ulic ve Velkém Meziříčí“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 27. 3. 2017 a jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 26. 7. 2017 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Správní řízení bylo zahájeno dne 27. 7. 2018, kdy byl zadavateli doručen přípis č. j. ÚOHS-S0304/2018/VZ-22088/2018/511/THI.

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 4. 9. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0304/2018/VZ-25884/2018/511/THI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že zadavatel nedodržel pravidlo stanovené v § 65 odst. 1 zákona, když pro zadávání veřejné zakázky použil jednacím řízení bez uveřejnění zahájené na základě výzvy k jednání ze dne 27. 3. 2017 (dále jen „**JŘBU 1**“), aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 65 odst. 1 zákona, neboť soutěž o návrh, v návaznosti na niž jednacím řízení bez uveřejnění použil, nebyla

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 63 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

provedena podle § 102 a násl. zákona, když její oznámení zadavatel neuveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek. Ve výroku II. pak Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel totéž ustanovení z téhož důvodu i v případě zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 26. 7. 2017 (dále jen „**JŘBU 2**“).

4. Ve výrocích III., IV., V. a VI. byla zadavateli uložena opatření k nápravě, kterými byla JŘBU 1 a JŘBU 2 zrušena a dále byl zadavateli uložen zákaz uzavřít v JŘBU 1 a JŘBU 2 smlouvu.
5. Ve výroku VII. byla zadavateli uložena povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč do dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí.
6. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uzavřel, že soutěž o návrh, která byla zveřejněna na portálu www.e-zakazky.cz dne 7. 4. 2016, jejímž předmětem bylo „Zpracování architektonicko – urbanistického návrhu řešení Náměstí a přilehlých ulic Radnická, Vrchovecká, Komenského, Kostelní, U Bašty ve Velkém Meziříčí, cílem návrhu je zvýšit atraktivitu náměstí jak pro občany města, tak pro návštěvníky“ (dále jen „**soutěž o návrh**“), na kterou měla zrušená JŘBU 1 a JŘBU 2 navazovat, nebyla zveřejněna ve Věstníku veřejných zakázek, ačkoliv povinnost tohoto způsobu zveřejnění plyne z ustanovení § 104 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZVZ**“), a byla rovněž uvedena v článku 3.2 soutěžních podmínek. S okamžikem uveřejnění oznámení soutěže o návrh spojuje ZVZ zahájení soutěže, je tedy zjevné, že soutěž o návrh nebyla vůbec řádně zahájena. Vzhledem k tomu, že Úřad dospěl k závěru, že konání soutěže o návrh dle zákonné úpravy obsažené v § 102 a násl. ZVZ je nutnou podmínkou následného použití jednacím řízení bez uveřejnění, rozhodl, že JŘBU 1 a JŘBU 2 nebyla vyhlášena v souladu s § 65 odst. 1 zákona, a proto přistoupil k jejich zrušení.

III. Rozklad zadavatele

7. Dne 18. 9. 2018 podal zadavatel proti napadenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 19. 9. 2018. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 5. 9. 2018. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
8. Zadavatel v rozkladu namítá zejména to, že oznámení o soutěži o návrh bylo zveřejněno na portálu www.e-zakazky.cz, ve Věstníku České komory architektů, jejímiž členy jsou všichni autorizovaní architekti (kvalifikace nutná pro účast v soutěži o návrh) a na stránkách zadavatele, tudíž jeho nezveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek nemohlo mít vliv na výběr dodavatele. Uveřejněním oznámení o soutěži tak, že se o něm mohli dozvědět všichni potenciální uchazeči, došlo k naplnění zásad zadávacího řízení dle § 6 zákona. Namítá rovněž, že Úřad se spokojil pouze s vyslovením hypotetického vlivu na výběr dodavatele, aniž by své závěry konkrétněji odůvodnil.
9. K rozkladu zadavatele bylo rovněž připojeno stanovisko sekretáře, který veřejnou zakázku pro zadavatele administroval. Obsah tohoto stanoviska pojal zadavatel jako součást svého rozkladu. Ze stanoviska se podává, že sekretář se ztotožňuje se závěry rozkladu ohledně nulového vlivu nezveřejnění soutěže o návrh ve Věstníku veřejných zakázek na výběr dodavatele, navíc pak sekretář uvádí, že jednacím řízení bez uveřejnění bylo dle jeho názoru možno zahájit i s odkazem na § 63 odst. 3 písm. c) zákona z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví. Vítězný návrh architektonického řešení dle sekretáře bylo totiž nutno přetvořit v projektovou dokumentaci, což mohl provést pouze sám autor, neboť

akceptací podmínek soutěže o návrh nedošlo k uzavření licenční smlouvy k architektonickému dílu. Byla tak splněna i další podmínka užití úpravy dle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, a to nemožnost využít jiný postup.

Závěr rozkladu

10. Zadavatel je přesvědčen, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné, a proto navrhuje předsedovi Úřadu, aby jej v celém rozsahu zrušil. Pro případ, že by předseda Úřadu rozkladu nevyhověl, navrhuje zadavatel, aby došlo ke zrušení výroku o nákladech řízení ve smyslu § 266 odst. 2 zákona, neboť se jednalo o výjimečné pochybení způsobené nejednotnou praxí, kdy se jednalo o snahu sladit postup se vzorovými podmínkami České komory architektů.

IV. Řízení o rozkladu

11. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

12. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
13. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke změně nebo zrušení napadeného rozhodnutí.

K námitkám rozkladu

Dotčená právní úprava

14. Podle § 104 odst. 1 ZVZ se soutěž o návrh zahajuje uveřejněním oznámení soutěže o návrh. Pro uveřejnění oznámení soutěže o návrh podle § 146 a 147 použije zadavatel formulář podle přímo použitelného předpisu Evropské unie.
15. Podle § 65 odst. 1 zákona může zadavatel v případě veřejné zakázky na služby použít jednací řízení bez uveřejnění rovněž, pokud je veřejná zakázka zadávána v návaznosti na soutěž o návrh podle § 143, podle jejíchž pravidel má zadavatel v úmyslu veřejnou zakázku zadat účastníkovi soutěže o návrh, jehož návrh bude vybrán. V případě více vybraných návrhů zadavatel vyzve k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění všechny účastníky soutěže o návrh, jejichž návrhy byly vybrány.
16. Podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona může zadavatel také použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví.

17. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
18. Podle § 266 odst. 2 zákona lze z důvodů hodných zvláštního zřetele na žádost účastníka řízení upustit zcela nebo zčásti od uložení povinnosti nahradit náklady řízení.

Obecné závěry k možnosti využít jednací řízení bez uveřejnění u projekčních prací

19. Jak plyne z uvedené právní úpravy, lze jednací řízení bez uveřejnění dle § 65 odst. 1 zákona použít pro služby, pokud je veřejná zakázka zadávána v návaznosti na soutěž o návrh, podle jejíchž pravidel má zadavatel v úmyslu veřejnou zakázku zadat účastníkovi soutěže o návrh, jehož návrh bude vybrán. Tento postup je v podstatě ideálním řešením pro případ, kdy rozhodujícím pro naplnění zadavatelovy potřeby je určitá originalita nabízeného řešení, tedy právě v případě architektonických návrhů, návrhů počítačového programu apod., kde je výběr dodavatele učiněn ve fázi soutěže o návrh. Vzhledem ke skutečnosti, že dle ustálené judikatury Soudního dvora Evropské unie (např. rozsudky ve věci C-328/92 nebo C-318/94) je nutné podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění vykládat restriktivně, je nutno vyloučení soutěže v jednacím řízení bez uveřejnění „nahradit“ řádnou soutěží v předchozí fázi, tedy v soutěži o návrh.
20. Je zjevné, že při architektonickém řešení je vedle funkčnosti stěžejní kreativní vnos autora, který lze v hlavních směrech postihnout i v návrhu řešení, jehož parametry nedosahují projektové dokumentace (tzv. studie). Dopracování původního návrhu (resp. studie), do formy projektové dokumentace je již spíše službou, kterou by mohlo poskytnout větší množství dodavatelů, avšak s ohledem na autorská práva původního tvůrce ke studii je toto dopracování (ač samo o sobě již tolik jedinečné není) možné právě pouze samotným autorem. Je tedy na místě připustit co nejširší hospodářskou soutěž právě ve fázi výběru autorského návrhu, tedy ve fázi, kdy zadavateli vznikne potřeba získat určité plnění. Hospodářská soutěž je totiž v následující fázi (tedy vypracování projektové dokumentace) z důvodu autorských práv nemožná, nebo zbytečně nákladná (pokud by zadavatel požadoval odkoupení licence).
21. K použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 6 ZVZ (lze přiměřeně použít i pro výklad § 65 odst. 1 zákona) se vyjadřuje rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 3. 10. 2013, čj. 62 Af 48/2012-160 takto: „*Jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 zákona č 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, lze použít pouze za kumulativního splnění těchto tří podmínek: 1. musí se jednat o veřejnou zakázku na služby, určujícím je přitom samotný předmět – věcný charakter poptávaného plnění; 2. k jejímu zadávání musí docházet v návaznosti na soutěž o návrh; návaznost na soutěž o návrh musí být přitom vykládána ve smyslu přímého funkčního vztahu mezi soutěží o návrh a navazující veřejnou zakázkou; 3. Již v soutěži o návrh muselo být stanoveno pravidlo, podle něhož bude (navazující) veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže, přitom se muselo jednat o pravidlo stanovené důvodně; nestačí tedy, že zadavatel v podmínkách soutěže o návrh pouze formálně stanoví, že navazující veřejná zakázka bude realizována vítězem soutěže o návrh, nýbrž i z věcného hlediska musí vítězství*

v soutěži o návrh nutně předurčovat realizátora plnění, které je předmětem na soutěž o návrh navazující veřejné zakázky.“

22. Tento postup se pak zásadně liší od možnosti využít jednací řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 3 zákona, kdy možnost splnění veřejné zakázky pouze určitým dodavatelem existuje již na počátku vzniku potřeby zadavatele na základě jiných skutečností do jisté míry nezávislých na vůli zadavatele. Jedná se tedy o exkluzivitu dodavatele, kterou však nevytvořil zadavatel sám svým výběrem učiněným až po vzniku potřeby získat určité plnění. Rozhodující je tak okamžik, kdy vznikne zadavateli potřeba určitého plnění a stav, který v daný okamžik panuje. Pokud při vzniku potřeby zadavatele neexistovaly důvody, pro které bylo nutno vybrat pouze jediného určitého dodavatele, postup dle § 63 odst. 3 zákona nelze využít.
23. Při potřebě zadavatele v daném případě tak bylo namíste postupovat dle § 65 odst. 1 zákona, tedy s předchozím využitím soutěže o návrh, což je ostatně postup, který zadavatel výslovně avizoval při zahájení JŘBU 1 a JŘBU 2. Tímto postupem je totiž zachována hospodářská soutěž, kterou neměl zadavatel při vzniku potřeby rekonstrukce náměstí a přilehlých ulic důvod vyloučit. Takový postup však musí navazovat na soutěž o návrh provedenou v souladu se zákonem, v daném případě pak s úpravou dle § 104 odst. 1 ZVZ. Dle tohoto ustanovení je nutno soutěž o návrh zahájit uveřejněním oznámení dle § 146 a § 147 ZVZ, což však zadavatel, jak sám potvrzuje, neučinil. JŘBU 1 a JŘBU 2 tak nebyla zahájena v souladu s § 65 odst. 1 zákona, což mohlo mít vliv na výběr dodavatele.

K námitce, že povinnost uveřejnit soutěž o návrh byla splněna jiným způsobem

24. Zadavatel zejména namítá, že oznámení soutěže o návrh provedl v souladu se zákonnou úpravou tak, že došlo k objektivnímu zpřístupnění veřejné zakázky všem potenciálním uchazečům. Ačkoliv nedošlo k uveřejnění oznámení o soutěži ve Věstníku veřejných zakázek, jak ukládá § 147 ZVZ, bylo oznámení uveřejněno prostřednictvím České komory architektů, portálu www.e-zakazky.cz a na stránkách zadavatele. Došlo tak k oslovení všech potenciálních zájemců, když ke splnění zakázky byli kvalifikováni pouze autorizovaní architekti, kteří jsou povinně členy České komory architektů (dále také jen „ČKA“), tedy jsou adresáty bulletinu ČKA, v němž bylo oznámení o soutěži uveřejněno. Došlo tak k naplnění zásady transparentnosti ve smyslu § 6 ZVZ. Zadavatel dále namítá, že Úřad neposoudil řádně vliv neuveřejnění oznámení o soutěži ve Věstníku veřejných zakázek.
25. K uvedeným námitkám zejména uvádím, že uveřejnění soutěže o návrh ve Věstníku veřejných zakázek není pouze způsobem zveřejnění za účelem naplnění zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace při zadávání veřejných zakázek, ale zejména také způsob, kterým se dle ZVZ soutěž o návrh dle § 104 odst. 1 zahajuje. Absence uveřejnění oznámení soutěže o návrh ve Věstníku veřejných zakázek tak znamená, že taková soutěž o návrh nebyla dle zákona řádně zahájena a nejedná se tak o soutěž o návrh ve smyslu § 103 a násl. ZVZ. Uvedený způsob uveřejnění oznámení o soutěži o návrh je sice určitou formální podmínkou, která se může zdát nahraditelnou jiným způsobem, jedná se však o formální podmínku stanovenou zákonem, která odlišuje mimo jiné soutěž o návrh od jiných soutěží, které mohou být za účelem získání výsledků tvůrčí činnosti vyhlášeny. Zadávání veřejných zakázek je vysoce formalizovaný proces, kde právě uveřejňování ve Věstníku veřejných zakázek (případně v Úředním věstníku Evropské unie) hraje velmi významnou a v podstatě nezastupitelnou roli. Není tedy z hlediska formálních požadavků

na soutěž o návrh podstatné, zda se oznámení o zahájení soutěže mohlo jiným způsobem uveřejnění dostat k těmž okruhu zájemců, jako při uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek, podstatná je skutečnost, že při absenci uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek nelze považovat soutěž o návrh za zahájenou ani stanovit okamžik jejího zahájení. Jiný způsob zveřejnění tuto formální podmínku nemůže nahradit. Obdobné formální podmínky nutné pro vznik konkrétních právních následků obsahuje právní řád napříč odvětvími, jedná se typicky o zápisy či zveřejnění určitých skutečností v konkrétních registrech či prostřednictvím informačních institutů (např. Katastr nemovitostí, Obchodní rejstřík, Obchodní věstník, úřední desky apod.). Pokud pak zákon spojuje určité následky s konkrétním úkonem, bez jeho provedení nemohou nastat, byť by ve výsledku mohlo „stejnou službu“ poskytnout i zveřejnění jiným způsobem. V případě veřejných zakázek je tímto institutem bezesporu právě Věstník veřejných zakázek (resp. Úřední věstník Evropské unie v případě nadlimitních zakázek).

26. Co se týče námitky ohledně vlivu nezveřejnění oznámení o soutěži o návrh ve Věstníku veřejných zakázek, je argumentace vedená zadavatelem v tomto směru zcela irelevantní. Úřad se v napadeném rozhodnutí zabývá nikoliv soutěží o návrh, ale jednacími řízeními bez uveřejnění (tj. JŘBU 1 a JŘBU 2), je tedy nutno posuzovat vliv skutečnosti, že uvedená jednací řízení bez uveřejnění byla vedena, aniž by byly splněny zákonné podmínky pro jejich použití. Je přitom zcela nesporné, že vedení jednacího řízení bez uveřejnění v rozporu se zákonem musí mít vliv alespoň v potenciální rovině na výběr dodavatele, když se jedná o způsob zadávání veřejných zakázek vylučující sám o sobě hospodářskou soutěž. Byla-li tedy hospodářská soutěž vyloučena, ačkoliv k tomu neexistoval zákonný důvod, musel takový postup mít vliv na výběr dodavatele, neboť jinak by veřejná zakázka musela být zadána jiným způsobem (např. v otevřeném řízení) soutěž nevylučujícím.
27. Je tedy s ohledem na zákonnou podmínku uložení nápravného opatření dle § 263 odst. 2 zákona nepodstatné, zda oznámení o soutěži o návrh bylo zveřejněno ve výsledku tak, že se o něm mohli dozvědět všichni potenciální uchazeči, neboť vliv absence oznámení soutěže ve Věstníku veřejných zakázek se nezkoumá, když je postaveno najisto, že soutěž o návrh nebyla zahájena v souladu se zákonem, proto na ni nemohlo navazovat následné jednací řízení bez uveřejnění.
28. Obiter dictum pak lze uvést, že ani tvrzení zadavatele o nahrazení uveřejnění oznámení soutěže o návrh ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněním v bulletinu ČKA, není správné. Je sice pravdou, že k účasti v soutěži o návrh byli oprávněni pouze autorizovaní architekti, kteří jsou povinně členy ČKA, avšak v praxi může dojít k situaci, kdy tvůrcem návrhu může být i více osob, přičemž pouze jedna z nich je povinně autorizovaným architektem. Tak tomu ostatně bylo i v případě původně vítězného návrhu, jehož autory byli Ing. arch. David Mikulášek (autorizovaný architekt), Bc. Linda Boušková a Bc. Filip Musálek (kteří autorizací v té době, již z důvodu absence magisterského vzdělání, nemohli disponovat). Iniciace účasti v soutěži tak nemusela v daném případě nutně směřovat ze strany autorizovaného architekta, ale mohla vzejít i ze strany jeho spolupracovníků či externích architektů, kteří by následně autorizovaného architekta ke spolupráci oslovili. Argumentace nulového vlivu nezveřejnění oznámení o soutěži o návrh ve Věstníku veřejných zakázek tak nemá oporu ani ve skutkovém stavu.

K námitce, že jednací řízení bez uveřejnění bylo možno využít dle § 63 odst. 3 zákona

29. Zadavatel pojal do svého rozkladu rovněž námitku uvedenou ve Stanovisku sekretáře soutěže, jehož obsahem je vedle námitky absence vlivu nezveřejnění soutěže o návrh ve Věstníku veřejných zakázek rovněž námitka, že zadavatel byl oprávněn použít jednací řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 63 odst. 3 zákona. S tímto názorem nelze však v žádném případě souhlasit.
30. Předně judikatura týkající se jednacího řízení bez uveřejnění se ustálila na závěru, že exkluzivita, kterou zadavatel sám vědomě vytvořil (aniž to bylo s ohledem na veřejnou zakázku nezbytné), jej neopravňuje k následnému využití jednacího řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 63 odst. 3 zákona. K tomu srovnej např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, čj. 5 Afs 42/2012-53, kde se uvádí: „*Výjimku podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, není zadavatel oprávněn použít, pokud výhradní práva o své vůli a vědomě vytvořil předchozím uzavřením smluv, aniž by to bylo vzhledem k předmětu plnění nezbytné k realizaci veřejné zakázky. Důvody pro zadání veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění musí být objektivně dány a zadavatelem jednoznačně prokázány.*“ Ačkoliv se toto rozhodnutí týká úpravy jednacího řízení bez uveřejnění dle ZVZ, jsou jeho závěry použitelné i v poměrech nové úpravy dle zákona.
31. Připuštění možnosti, aby zadavatel na základě jakékoliv soutěže vybral jednoho tvůrce, se kterým následně uzavře smlouvu v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 63 odst. 3 zákona, je tak v přímém rozporu s uvedeným výkladem. Jak je zmíněno výše, z judikatury Soudního dvora Evropské unie jednoznačně plyne povinnost vykládat podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění restriktivně, neboť se jedná o druh řízení, v němž je nejvíce omezena hospodářská soutěž. Ve světle tohoto názoru pak není možné vyloučit hospodářskou soutěž v případě, kdy lze postupem dle zákona hospodářskou soutěž alespoň do určité míry zachovat. Pokud tedy bylo možno v daném případě využít postup dle § 65 odst. 1 zákona, přičemž zadavatel takový postup i avizoval, nelze se nyní dovolávat postupu dle § 63 odst. 3 zákona. Důvodem je vedle shora uvedených judikatorních závěrů i úprava obsažená v ustanovení § 63 odst. 4 zákona. V daném případě totiž bylo možno využít postupu jiného, a to právě postupu dle § 65 odst. 1 zákona, ovšem pouze za současného dodržení zde uvedené podmínky předchozího konání řádné soutěže o návrh dle § 143 zákona resp. § 104 ZVZ. Jestliže zadavatel uvádí, že v současné chvíli, kdy je již vybrán vítězný návrh, mu nezbyvá než postupovat dle § 63 odst. 3 zákona, je takový názor nesprávný. Tvrzená exkluzivita vítězného návrhu byla totiž vytvořena přímo zadavatelem, navíc postupem, který nebyl v souladu se zákonem (nezveřejnění soutěže o návrh ve Věstníku veřejných zakázek), zadavatel se tak nemůže této exkluzivity dovolávat.
32. Nadto zadavatel sám ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 27. 3. 2017 i v druhé výzvě ze dne 26. 7. 2017 uvedl, že jednání zahajuje v souladu s § 65 odst. 1 zákona v návaznosti na předchozí soutěž o návrh, sám tedy vyjádřil vůli postupovat podle uvedené úpravy. Zpětně se pak nelze odvolávat na postup podle jiné zákonné úpravy, tím méně pokud takový postup není možný již z povahy věci.
33. Nerozporuji tak závěry sekretáře veřejné zakázky v otázce autorských práv tvůrce návrhu, jedná se však o překážku, kterou zadavatel sám vytvořil svým výběrem autora v soutěži

o návrh a nikoliv o stav, který by byl objektivně dán již před okamžikem vzniku potřeby zadavatele získat plnění ve formě projektové dokumentace na rekonstrukci náměstí a přilehlých ulic.

K návrhu na upuštění od uložení povinnosti nahradit náklady řízení

34. Spolu s rozkladem podal zadavatel rovněž návrh, aby Úřad upustil od uložení povinnosti nahradit náklady řízení, neboť se v daném případě jednalo o ojedinělé pochybení způsobené nejednotnou praxí.
35. Dle § 266 odst. 2 zákona lze od uložení povinnosti nahradit náklady řízení upustit z důvodů hodných zvláštního zřetele. Z rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 27. 1. 2010, č. j. 2 Afs 64/2009 – 109 se podává následující: „*Důvody hodné zvláštního zřetele jsou typickým neurčitým právním pojmem. V zákoně jeho definice obsažena není, a tedy je třeba mu přisoudit takový význam, který nejlépe odpovídá povaze, smyslu a účelu toho, co zákon o veřejných zakázkách upravuje.*“ Z rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 12. 2. 2015, č. j. ÚOHS-R109/20104/VZ-4196/2015/321/OHo pak plyne, že pokud náklady řízení nastupují po nezákonném postupu zadavatele, který podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, přičemž nebyla ještě uzavřena smlouva, lze důvody zvláštního zřetele hodné přirovnat k důvodům, pro které by bylo upuštěno od uložení sankce za správní delikt. Typicky by se pak jednalo o situaci, kdy by náklady řízení měly pro zadavatele likvidační charakter.
36. Zadavatel však žádné takové důvody hodné zvláštního zřetele neuvádí. Důvodem pro upuštění od uložení náhrady nákladů řízení má být pouze ojedinělé pochybení zadavatele způsobené nejednotnou praxí. Takový důvod však nesměruje do poměrů zadavatele a neodráží nijak dopad uložené povinnosti. Navíc, i pokud by měla zadavatele ovlivnit nejednotná praxe při postupu dle § 65 odst. 1 zákona, nelze tímto důvodem omluvit jeho postup v rozporu se zákonem. Pochybení zadavatele totiž vyplývá přímo ze zákonné úpravy a potřeba dalšího výkladu ze strany orgánu dohledu či soudu zde není třeba (srov. rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 14. 2. 2017, č. j. 30 Af 9/2015-91). Částka ve výši 30 000,- Kč pak zcela jistě nemá pro zadavatele likvidační charakter, když se v jeho případě jedná o město s rozpočtem na rok 2018 více než 200 mil. Kč.

Shrnutí

37. Závěrem uvádím, že z odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, z jakých podkladů pro jeho vydání Úřad vycházel, a dále je z něj zřejmé i to, na základě jaké úvahy dospěl k výroku napadeného rozhodnutí. Výrok napadeného rozhodnutí pak dostatečně specifikuje, v jaké věci Úřad rozhodoval, a to v souladu s § 68 odst. 2 věta první správního řádu. Úřad tak dostatečným způsobem odůvodnil, proč přistoupil k uložení nápravných opatření. Napadené rozhodnutí tak shledávám v souladu se zákonem a správním řádem.

V. Závěr

38. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zohlednění námitek zadavatele, na základě zjištění, že Úřad postupoval při rozhodnutí o zrušení zadávacích řízení v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí.
39. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

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.

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

JUDr. Ladislava Lebedová, advokátka, Koželská 205, 584 01 Ledec nad Sázavou

Vypraveno dne

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