ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců Mgr. Petra Sedláka, PhD. a JUDr. Václava Štencla, MA ve věci

žalobců: a) **Dopravní společnost Ústeckého kraje, příspěvková organizace**, IČO 06231292
sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 01 Ústí nad Labem
zastoupený advokátem Mgr. Martinem Kramářem, LL.M.
sídlem Křižovnické nám. 193/2, 110 00 Praha 1
b) **ZLINER s.r.o.**, IČO 45479534
sídlem tř. Tomáše Bati 283, 761 12, Zlín
zastoupený advokátem Mgr. Tomášem Šperkou
sídlem Havlíčkova 2923/18, 796 01 Prostějov

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

za účasti osoby
zúčastněné na řízení: **SOR Libchavy spol. s r. o.**, IČO 15030865
sídlem Dolní Libchavy 48, 561 16 Libchavy

o žalobách proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 19. 7. 2019, č. j. ÚOHS-R0079,81/2019/VZ-19891/2019/322/HSc,

takto:

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 7. 2019, č. j. ÚOHS R0079,81/2019/VZ-19891/2019/322/HSc, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci a) na náhradě nákladů řízení částku 36 912 Kč, a to k rukám Mgr. Martina Kramáře, LL.M., advokáta se sídlem Křižovnické nám. 193/2, 110 00 Praha 1, do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

III. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci b) na náhradě nákladů řízení částku 23 314 Kč, a to k rukám Mgr. Tomáše Šperky, advokáta se sídlem Havlíčkova 2923/18, 796 01 Prostějov, do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

IV. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. Žalovaný rozhodnutím ze dne 15. 4. 2019, č. j. ÚOHS-S0032/2019/VZ-10763/2019/541/AHr (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“) podle § 264 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“) uložil žalobci a) (dále též „zadavatel“) výrokem I. zákaz plnění rámcové dohody na dodávky autobusů uzavřené dne 28. 12. 2018 mezi žalobci a) a b) v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Nákup linkových autobusů pro regionální dopravu v oblasti Ústeckého kraje – částečně nízkopodlažní autobusy délky 10,5 m“ a výrokem II. povinnost k úhradě nákladů řízení. Žalovaný totiž dospěl k závěru, že daná rámcová dohoda byla uzavřena v rozporu s § 254 odst. 1 písm. a) ZZVZ, neboť skutečnost, že v předchozím otevřeném řízení nebyly podány žádné nabídky, způsobil zadavatel svým nezákonným postupem. Proti prvostupňovému rozhodnutí brojili žalobci rozklady, na základě nichž předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 19. 7. 2019, č. j. ÚOHS R0079,81/2019/VZ-19891/2019/322/HSc (dále jen „napadené rozhodnutí“), podle § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) změnil výrok I. prvostupňového rozhodnutí a potvrdil jeho výrok II. Změnou předseda žalovaného zúžil okruh zadávacích podmínek předchozího otevřeného řízení, které měly podle prvostupňového rozhodnutí vytvářet bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Podle předsedy žalovaného byl takovou nezákonnou zadávací podmínkou pouze požadavek na minimální objem palivových nádrží 250 l.

II. Stanoviska účastníků řízení

2. Žalobce a) se domáhá zrušení správních rozhodnutí obou stupňů a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Namítá, že nebylo prokázáno, že by požadavkem na minimální objem nádrže zadavatel vytvořil jakoukoliv překážku hospodářské soutěže. Předseda žalovaného dospěl k závěru, že požadavek na vymezení délky vozidla rozmezím 9,9 m § 11 m byl legitimní, čímž se podstatně změnil okruh potenciálních výrobků (typů vozidel). Za této situace měl předseda prvostupňové rozhodnutí zrušit nebo dokazování doplnit. Žalovaný neprovedl navržené důkazy a učinil závěry bez opory ve spise. Stanovené požadavky jsou běžné, snadno splnitelné a nejsou nepřiměřené. Osoba zúčastněná na řízení (navrhovatel v řízení před žalovaným; dále též „navrhovatel“) má ve svém portfoliu vozidla splňující veškeré technické požadavky. Navrhovatel v původním zadávacím řízení podal nabídku bez výhrad či námitek proti zadávacím podmínkám. V zakázkovém řízení před žalovaným si ani na podmínku minimálního objemu palivové nádrže nestěžoval. Kromě navrhovatele a vybraného dodavatele splňují stanovený požadavek také další výrobci. Tento požadavek nemůže vytvořit žádnou překážku otevřené hospodářské soutěži. Žádný z dodavatelů nenaznačil, že by důvodem pro nepodání nabídky byla minimální kapacita palivové nádrže. Spoustu navržených důkazů žalovaný neučinil součástí podkladů. Modely navrhovatele požadavek na palivovou nádrž splní bez nutnosti úprav, a tedy bez dodatečných nákladů. Jde o lehce vyměnitelnou komponentů bez výraznějších nákladů. Opačné tvrzení žalovaného nemá oporu ve správním spise. Výměna palivové nádrže představuje ještě triviálnější

záležitost než výměna akumulátorové baterie. Přístup předsedy žalovaného je k těmto otázkám rozporný. Požadavek na palivovou nádrž odrážel legitimní potřeby zadavatele a byl zdůvodněn objektivními potřebami. Žalovaný měl v prvé řadě prověřit, zda je požadavek excesivní či zjevně nepřiměřený, a zda tedy vytváří objektivní překážku hospodářské soutěže. Vytýkaný požadavek objektivně nebyl způsobilý kohokoliv znevýhodnit. Za této situace nebyl důvod požadovat po zadavateli podrobnější vysvětlení. Tato podmínka nemohla způsobit neúčast dodavatelů v původním zadávacím řízení. Rámcová dohoda byla navíc zcela splněna, neboť na jejím základě již nelze objednat žádné další autobusy. Výklad žalovaného je *contra legem*. Realizační smlouvy jsou na rámcových dohodách nezávislé. Žalovaný se nezabýval tvrzením, že na straně zadavatele jsou dány důvody zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem, které odůvodňuje pokračování plnění rámcové dohody, popř. alespoň odložení zákazu plnění. Závěrem žalobce žádá o přednostní projednání žaloby.

3. Žalobce b) se taktéž domáhá zrušení správních rozhodnutí obou stupňů a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Namítá, že podmínka kapacity nádrže 250 l představuje běžný požadavek. Předseda žalovaného se skutkový stav věci ani nepokusil zjistit. Předložené důkazní návrhy nebyly provedeny, ani nebyly zařazeny mezi podklady. Podmínku splňuje navrhovatel i řada dalších dodavatelů na trhu. Předseda žalovaného opomenul, že původní závěry žalovaného byly podle všeho ovlivněny námitkami navrhovatele, že jeho autobusy o délce 8 m či 9 m by daný požadavek údajně nesplňovaly. Palivová nádrž o uvedeném objemu představuje levnou a dostupnou komponentu, jejíž cena se pohybuje v řádu jednotek tisíc korun. Výměna nádrže znamená navýšení ceny řádu stovek až tisíců korun a nepředstavuje technický problém a nevyžaduje žádné schvalování. Tvrzení, že výměna by se neobešla bez dodatečných nákladů, bylo učiněno bez relevantní znalosti a podkladů. Sám žalobce přistoupil na přání zákazníků k takové změně nádrže za větší opakovaně a je to běžná záležitost. Je nevysvětlitelné, proč předseda úřadu dospěl k opačnému závěru než v případě akumulátorový baterií. Rozhodnutí je proto vnitřně rozporné. Stanovení dojezdu je obtížně proveditelné a nelze je garantovat. Předseda žalovaného neuvedl, jaká údajná překážka hospodářské soutěže snad měla tímto požadavkem nastat, ani jaký jinak způsobeny výrobek či dodavatel snad měli být vyloučeni.

4. Žalovaný ve svých vyjádřeních odkazuje na napadené rozhodnutí a navrhuje, aby soud žaloby zamítl. Argumentace, že pokud dodavatelé mohou požadavek splnit, nemůže se jednat o překážku hospodářské soutěže, je zcela mylná. Každá zadávací podmínka klade překážku hospodářské soutěži. Zatímco konkurenční výhoda je vázána na určitého dodavatele, překážky hospodářské soutěže mohou být kladeny neurčitému okruhu dodavatelů. Skutečnost, že určitý dodavatel je schopen požadavky splnit, neznamená, že překážky hospodářské soutěže neexistují. Mezi závěry k požadavku na vyšší kapacitu baterií a k požadavku na velikost nádrže je odlišnost spočívající v technické stránce. Dojezd vozidla nelze zvažovat pouhou kapacitou palivové nádrže, a proto požadavek na objem palivové nádrže nemůže být pouze dojezdem vozidla odůvodněn. Požadovaný parametr bylo možno stanovit průměrným dojezdem určité sumy kilometrů na jednu naplněnou nádrž. Navrhovatel posuzovaný parametr rozporoval v námitkách a následně i odkazem na námitky v návrhu. Zadavatel odpovídá za obsah zadávací dokumentace objektivně v plném rozsahu. Jelikož § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ hovoří o určitém druhu předchozího zadávacího řízení, předpokládá se, že toto samotné řízení proběhlo v souladu se zákonem a důvodem, proč zadavatel neobdržel žádnou nabídku, je objektivně pouze nezájem dodavatelů. Pokud existuje i jiný důvod, není postup zadavatele v souladu s účelem tohoto ustanovení. Absentuje materiální podmínka použití jednacího řízení bez uveřejnění. Postup žalovaného byl zároveň jediným možným, kterým mohl navrhovatel hájit svá práva poté, co původní řízení bylo zastaveno. Uzavřením realizačních dohod není nutně vyčerpána rámcová dohoda. Zadavatel totiž nemusí množství plnění vyčerpat. Pokud by se zákaz plnění omezil pouze na smlouvy realizační, účastníkům rámcové dohody by takový zákaz nebránil uzavřít dle platné rámcové dohody

realizační smlouvu novou. Ve vztahu k důvodům zvláštního zřetele hodným spojeným s veřejným zájem žalovaný odkazuje na prvostupňové rozhodnutí.

5. Osoba zúčastněná na řízení považuje za velmi nešťastnou část napadeného rozhodnutí, která popírá dílčí zjištění žalovaného v prvním stupni. S odůvodněním napadeného rozhodnutí se proto neztotožňuje. Další důvody nezákonnosti postupu zadavatele, které v návrhu uváděla, nebyly žalovaným vyvráceny, pouze se jimi nezabýval pro nadbytečnost. Zadavatelem zmiňované autobusy v nabídce osoby zúčastněné nařízení jsou městské, zatímco předmětem plnění byly meziměstské autobusy. Mezi těmito typy autobusů diametrální odlišnost. Její nabídka vycházela z oprávněných požadavků původního zadávacího řízení, avšak logicky nebyla schopna naplnit ty požadavky, které byly nezákonné a diskriminační. Není zřejmé, proč nebyla oslovena zadavatelem v rámci tržních konzultací. Do svých výrobků dodává nádrže na míru, které jsou tvarované dle vnitřního prostoru autobusu. Nejedná se tedy o generické zboží, které by bylo možno pořídit za deset tisíc. S tím je spojena i povinnost provést homologaci provedených změn. Zadavatel měl posuzovat deklarovanou dojezdovost jako součin objemu nádrže a spotřeby. Osoba zúčastněná na řízení proto navrhuje, aby soud žalobu zamítl.

6. Žalobce a) v doplňujících podáních dodává, že údajné rozdíly mezi městským a meziměstským autobusem a náročnost provedení výměny palivové nádrže měly být zjišťovány v řízení před žalovaným. Z § 36 odst. 1 ZZVZ plyne, že žalovaný musí nejprve zkoumat, zda určitá zadávací podmínka vytváří reálnou či potenciální překážku hospodářské soutěže, a teprve pokud ano, má se zabývat tím, zda byla taková překážka vytvořena důvodně. Výklad předsedy žalovaného, že každá zadávací podmínka znamená překážku hospodářského soutěže, a zkoumá pak pouze její důvodnost, není slučitelný se směrnicí č. 2014/24/EU. Na posouzení, zda se jedná o překážku hospodářské soutěže, má zásadní vliv to, zda se jedná o požadavek na levnou, triviální položku, kterou má každý dodavatel možnost jednoduše a bez výrazných nákladů ve vozidle vyměnit. Žalovaný od prověřování této otázky bezdůvodně upustil. Předmětnou podmínku v základní nabídce bez problémů splní všichni dostupní dodavatelé na relevantním trhu. Není úkolem žalovaného zadavateli vnucovat jiné alternativní způsoby uspokojení jeho potřeb. Žalovaný nekriticky vycházel z tvrzení navrhovatele, která nijak neprověřil. Předseda žalovaného se pohybuje v rovině abstraktních a neprokázaných domněnek. Zcela rezignoval na řádné zjištění skutkového stavu. Žalovaný neprovedl navržené důkazy, a dokonce je ani nezařadil do správního spisu. V následných zadávacích řízeních se žalobce podřídil vůli žalovaného a stanovil požadavek na minimální dojezdovou vzdálenost. V té souvislosti již obdržel několik žádostí o vysvětlení. Potvrzuje se tedy, že tento parametr není vhodný a bude způsobovat problémy.

7. Osoba zúčastněná na řízení ve svém následném podání především poukazuje na řadu dalších nezákonností týkajících se původního zadávacího řízení, které ve svém návrhu namítala.

8. V rámci ústního jednání konaného dne 2. 9. 2020 žalobci a žalovaný setrvali na svých stanoviscích a žalovaný nad rámec toho vyjádřil pochybnosti o zákonnosti dalších kroků žalobce a) v souvislosti s projednávanou věcí.

9. Po provedeném ústním jednání (po skončení dokazování a přednesení konečných návrhů) žalovaný soudu zaslal podání, v němž uvedl, jakým způsobem vede správní spis s tím, že správní spis i s přílohou zasílá soudu k sp. zn. 31 Af 59/2019.

III. První rozsudek krajského soudu a následující procesní vývoj

10. Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 8. 9. 2020, č. j. 31 Af 61/2019-248 (dále jen „předchozí rozsudek krajského soudu“), zrušil napadené i prvostupňové rozhodnutí, neboť dospěl k závěru, že žalovaný nesprávně interpretoval a aplikoval § 63 odst. 1 písm. a) a § 36 odst. 1 ZZVZ a dopustil se zásadního pochybení při vedení správního spisu a dokazování, neboť některé předložené listiny vedl odděleně od správního spisu.

11. Na základě kasační stížnosti osoby zúčastněné na řízení a žalovaného následně Nejvyšší správní soud (dále jen „NSS“) rozsudkem ze dne 30. 3. 2022, č. j. 8 As 203/2020-168 (dále jen „zrušující rozsudek NSS“), zrušil předchozí rozsudek krajského soudu a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Dospěl totiž k závěru, že krajský soud nesprávně interpretoval § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ a v důsledku toho nesprávně zaměřil své dokazování a dostatečně neodůvodnil některé své závěry. Co se týče nedostatků správního spisu, podle NSS nic nebrání tomu, aby krajský soud sám doplnil dokazování o listiny, které ve správním řízení předložila žalobkyně a) jako zadavatel a které nebyly učiněny součástí správního spisu (ale toliko její přílohové části).

12. Krajský soud následně sdělil žalobcům, že se mohou prostřednictvím nahlížení do soudního spisu seznámit se žalovaným do té doby utajovanou přílohou správního spisu. Této možnosti žalobci využili a žalobce a) následně zaslal soudu návrhy na doplnění dokazování.

13. V rámci ústního jednání konaného dne 29. 11. 2022 žalobci a žalovaný setrvali na svých stanoviscích. Zástupkyně žalovaného doplnila, že správní praxe vedení oddělených příloh spisu byla u žalovaného změněna. Zástupce žalobce b) zdůraznil, že s některými listinami se seznámil až při nahlížení do spisu před krajským soudem, přičemž prostudování celého spisu bylo téměř nemožné s ohledem na nefunkčnost odkazů v přehledu spisu.

IV. Nové posouzení věci krajským soudem

14. Krajský soud v Brně na základě včas podaných žalob přezkoumal napadené rozhodnutí předsedy žalovaného v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů; dále jen „s. ř. s.“), jakož i řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.).

15. Nejprve se soud zabýval otázkou, zda vůbec přicházelo v úvahu uložení zákazu plnění rámcové smlouvy, jestliže již byla uzavřena navazující realizační smlouva. Žalobce a) totiž argumentuje tím, že uzavřením realizační smlouvy je již předmět rámcové smlouvy vyčerpán a již podle ní není co plnit (plnění realizační smlouvy není plněním smlouvy rámcové).

16. Podle § 257 písm. l) ZZVZ Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže byl podán návrh na zákaz plnění smlouvy a Úřad zjistí, že závazek ze smlouvy byl splněn.

17. Se žalobcem a) lze souhlasit v tom, že plnění realizační smlouvy je odlišné od plnění smlouvy rámcové, neboť obsahem rámcové smlouvy je *de facto* jen závazek uzavřít jednu či více realizačních smluv. Na první pohled se pak může v určitém okamžiku zdát, že realizačními smlouvami byl zcela vyčerpán předmět rámcové smlouvy a již není možné další realizační smlouvu uzavřít. Ve skutečnosti však nelze další plnění rámcové smlouvy rozhodně vyloučit, neboť samotné realizační smlouvy nemusí být z nejrůznějších důvodů nakonec realizovány. Důvodem může být zásah žalovaného, dohoda smluvních stran, jednostranné právní (popř. protiprávní) jednání jedné ze smluvních stran, ale i další skutečnosti, s nimiž zákon nebo smlouva spojují zánik závazku. V těchto případech mohou smluvní strany uzavřít realizační smlouvu novou a použít při tom jako právní základ stále onu rámcovou smlouvu. Smyslem § 257 písm. l) ZZVZ je vyloučit přezkum žalovaného tam, kde již nemůže mít reálný dopad. To ovšem není případ rámcové smlouvy, u níž přes uzavření realizačních smluv stále přichází v úvahu, že přezkum ze strany žalovaného reálný dopad bude mít. S ohledem na účel daného ustanovení se proto soud ztotožňuje s výkladem žalovaného, že dokud nejsou splněny samotné realizační smlouvy, nelze pohlížet ani na závazek z rámcové smlouvy jako na splněný. Uzavření realizačních smluv tudíž není samo o sobě důvodem pro zastavení řízení ve vztahu ke smlouvě rámcové na základě § 257 písm. l) ZZVZ.

18. Dále se soud zabýval námitkami, které směřují proti tomu, jakým způsobem žalovaný interpretoval § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ. Podle tohoto ustanovení zadavatel může použít jednací

řízení bez uveřejnění, pokud podstatně nezměnil zadávací podmínky oproti předchozímu otevřenému řízení, užšímu řízení nebo zjednodušenému podlimitnímu řízení, v němž nebyly podány žádné nabídky nebo žádosti o účast.

19. Z citovaného ustanovení je patrné, že zákon explicitně jako důvod použití jednacího řízení bez uveřejnění stanoví pouze skutečnost, že v předchozím otevřeném řízení, užším řízení nebo zjednodušeném podlimitním řízení (soud pro zjednodušení bude používat označení „původní zadávací řízení“) nebyla podána žádná nabídka (resp. žádost o účast). Z textu zákona přímo neplyne, že by byl důvod nepodání nabídek relevantní, nicméně podle názoru soudu je z hlediska smyslu a účelu předmětného ustanovení nezbytné, aby důvod nepodání nabídek nezpůsobil sám zadavatel. Jednací řízení bez uveřejnění je totiž druhem zadávacího řízení, který garantuje volnou hospodářskou soutěž pouze ve velmi omezené míře, a měl by být proto využíván jako zcela výjimečný nástroj. Nelze připustit, aby mohl zadavatel zmařit (ať již zcela účelově či například v důsledku hrubé nedbalosti plynoucí z neznalosti právní úpravy) řádné zadávací řízení a tuto skutečnost následně využít pro to, aby využil výjimečný institut, jakým je jednací řízení bez uveřejnění. Aby k tomu nedocházelo, lze zákonem formálně stanovené podmínky považovat za naplněné pouze tehdy, nenastolil-li situaci, kterou zákon předpokládá, sám zadavatel vlastním přičiněním (nezákonným postupem). Tento materiální korektiv je zákonem výslovně požadován v případě stanoveném v § 63 odst. 5 ZZVZ, ale judikatura správních soudů jej již standardně uplatňuje v případech tzv. *vendor lock-in*, které jsou regulovány § 63 odst. 3 ZZVZ (viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53, a č. j. 5 Afs 43/2012-54, publ. pod č. 2790/2013 Sb. NSS; všechny zde citované rozsudky jsou dostupné též na www.nssoud.cz).

20. Se žalovaným proto soud souhlasí v tom, že je nutno pro účely aplikace § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ přihlížet k tomu, zda důvod neobdržení žádné nabídky v původním zadávacím řízení nepramenil z nezákonného jednání zadavatele v původním zadávacím řízení – např. ze stanovení zadávacích podmínek v rozporu s § 36 odst. 1 ZZVZ.

21. S ohledem na závazný právní názor NSS vyjádřený v jeho zrušujícím rozsudku krajský soud zároveň konstatuje, že se žalovaný správně zabýval tím, zda existovala příčinná souvislost mezi nezákonností původního zadávacího řízení a neúčastí byť jediného dodavatele (konkrétně osoby zúčastněné na řízení) v tomto zadávacím řízení. Podle NSS totiž stačí, že nezákonný postup zadavatele byl jednou z příčin rozhodnutí dodavatelů nabídku nepodat a že byť jen jediný dodavatel nepodal nabídku právě z tohoto důvodu (v podrobnostech viz body [34] až [38] zrušujícího rozsudku).

22. Oproti původnímu rozsudku proto krajský soud zjišťoval, zda žalovaným zjištěná nezákonnost původního zadávacího řízení byla skutečným důvodem neúčasti osoby zúčastněné na řízení v tomto zadávacím řízení. Aby totiž bylo možné učinit závěr o tom, že si zmaření původního zadávacího řízení (tj. v daném případě nepodání nabídek) způsobil zadavatel sám, muselo by být s rozumnou mírou pravděpodobnosti prokázáno, že to byla právě určitá vada původního zadávacího řízení či více vad ve svém souhrnu, co bylo důvodem nezájmu konkrétního dodavatele. Musí být tedy dána alespoň v základní míře příčinná souvislost mezi vadami původního zadávacího řízení a neúčastí dodavatele v tomto zadávacím řízení.

23. K otázce vlivu žalovaným zjištěné vady na nepodání nabídky osobou zúčastněnou na řízení NSS vyjádřil pouze pravděpodobný a toliko předběžný (podmíněný tím, že nebude prokázán opak) závěr, že žalovaným zjištěná nezákonnost byla příčinou nepodání nabídky osobou zúčastněnou na řízení. Zároveň *de facto* k této otázce NSS vytkl krajskému soudu nesprávně zaměřené dokazování. Soud proto při novém jednání dokazování doplnil o další důkazy předložené žalobcem a), konkrétně o novinový článek z webu zdopravy.cz s názvem „SOR dodá další autobusy do Mostu, porazil Solaris a Iveco“, Písemnou zprávu zadavatele – DOPRAVNÍ PODNIK měst Mostu a Litvínova, a.s. k veřejné zakázce „Nákup 4 ks nízkopodlažních

autobusů“ a Znalecký posudek znalce Ing. Milana Woitsche ze dne 14. 11. 2022. Z produktového listu autobusu SOR CN 8,5 / CN 9,5 / CN 10,5, který byl žalobcem a) doložen do správního spisu a který soud k důkazu provedl již v rámci původního jednání, soud zjistil, že osoba zúčastněná na řízení mohla nově vyráběný autobus SOR CN 10,5 (tj. dle označení meziměstský, částečně nízkopodlažní autobus) bez jakýchkoliv překážek opatřit palivovými nádržemi o celkovém objemu 260 l. Splnění požadavku žalobce (palivové nádrže o objemu 250 l) jí tak nemohlo činit žádné objektivní obtíže, neboť sama veřejně nabízela meziměstský, částečně nízkopodlažní autobusu s nádržemi o objemu 260 l. Vyrobení dalších takových autobusů tedy nemohlo být spojeno s žádnými dalšími dodatečnými náklady. I kdyby však snad osoba zúčastněná na řízení skutečně musela ještě pro zadavatele vyrábět speciální nádrž, náklady na výrobu nádrže na míru činí dle znaleckého posudku znalce Ing. Woitsche 13 200 Kč (cena práce 8 000 Kč, cena materiálu 5 200 Kč), což je 1) cena srovnatelná s typově dodávanými nádržemi (viz nádrže nabízené na serveru www.prekos.net, jimiž soud prováděl dokazování – cena palivové nádrže o objemu 200 l zde činila 7 163 Kč, cena palivové nádrže o objemu 250 l zde činila 8 942 Kč), 2) cena zjevně srovnatelná s jinými nádržemi vyráběnými na míru [např. lze očekávat, že při výrobě nádrže o objemu 200 l (pro zjednodušení výpočtu soud uvažuje o krychlové nádrži) bude plášť nádrže (tudíž spotřebovaný materiál) menší o 14 % oproti nádrži o objemu 250 l, takže by její cena mohla být teoreticky nižší cca o 700 Kč], 3) cena marginální v porovnání s cenou autobusu (dle kupních smluv činila kupní cena jednoho autobusu bez přídavného vybavení 5 600 000 Kč).

24. Na uvedené závěry nemůže mít vliv ani tvrzení žalovaného, že menší z obou nádrží osoba zúčastněná na řízení údajně využívá pro nezávislé topení. Tato skutečnost osobu zúčastněnou na řízení nijak nediskvalifikovala z možnosti podání nabídky, neboť požadavek byl formulován obecně jako požadavek na objem palivových nádrží. Tento požadavek přitom osoba zúčastněná na řízení mohla bez potíží objektivně splnit a zadavatel by nemohl na základě zadávacích podmínek její nabídku vyloučit z důvodu, že jedna z nádrží slouží pro nezávislé topení, neboť takový postup by neměl oporu v zadávacích podmínkách. Je však nutno zároveň poznamenat, že osoba zúčastněná na řízení netvrdila výslovně ani to, že by jedna z nádrží modelu SOR CN 10,5 byla určena výhradně pro nezávislé topení. Ve svém doplnění kasační stížnosti tvrdila pouze to, že od celkového objemu palivových nádrží je nutno vždy odečíst 30 l, které jsou určeny pro nezávislé topení. Toto tvrzení nejenže nikdy nedoložila, ale ani není zřejmé, co přesně by mělo znamenat „určení“ určitého objemu palivových nádrží pro nezávislé topení. Ostatně totéž tvrdila osoba zúčastněná na řízení také v související věci vedené pod sp. zn. 31 Af 59/2019 ve vztahu k autobusům SOR CN 12, který prokazatelně žádnou palivovou nádrží o objemu 30 l nedisponuje. I kdyby však soud těmto neprokázaným tvrzením uvěřil a shledával v nich rozpor se zadávacími podmínkami (což neshledává), musel by konstatovat, že podmínka minimálního objemu palivových nádrží 250 l byla pro osobu zúčastněnou na řízení objektivně snadno, rychle a nenákladně splnitelná také proto, že byla snadno, rychle a nenákladně splnitelná pro každého výrobce autobusů (viz dále).

25. Ostatně nelze odhlédnout od skutečnosti, že osoba zúčastněná na řízení poté, co se dozvěděla o předmětném jednacím řízení bez uveřejnění, poslala žalobci a) nabídku č.: 20191CZ na prodej 90 ks autobusů CN 10,5 s tím, že nabídku zpracovala na základě informací ze zrušeného výběrového řízení „Nákup linkových autobusů pro regionální dopravu v oblasti Ústeckého kraje“. Své pozdější tvrzení, že její nabídka by zadávací podmínky nesplňovala, nijak nedoložila. Přinejmenším ve vztahu k velikosti palivové nádrže se přitom toto tvrzení na základě provedeného dokazování ukázalo jako nepravdivé.

26. Jelikož mohla osoba zúčastněná na řízení bez obtíží splnit požadavek na minimální objem palivových nádrží 250 l, je zřejmé, že nepodání nabídky v původním zadávacím řízení nebylo objektivně způsobeno touto zadávací podmínkou a jejím údajným diskriminačním charakterem. Důvody pro nepodání nabídky musely být jiné – buďto čistě subjektivní, nebo sice objektivní, ale

plynoucí z jiných zadávacích podmínek, potažmo z jejich kombinace. Možné jiné objektivní důvody pro nepodání nabídky však soud není oprávněn nad rámec napadeného rozhodnutí zkoumat.

27. Soud přitom zdůrazňuje, že posuzování příčinné souvislosti mezi nezákonností zadávacího řízení a nepodáním nabídek je nutno založit právě na objektivních zjištěních, tj. na posouzení objektivní možnosti podat nabídku splňující požadované parametry, a to bez ohledu na to, zda se jedná o požadavky nezákonné. Subjektivní pohnutky pro nepodání nabídky zde nemohou být rozhodné. Pokud se dodavatel rozhodne nabídku nepodat nikoliv proto, že požadované výrobky objektivně nemá ve svém portfoliu, nýbrž proto, že by rád nabídl určitý konkrétní výrobek ze svého portfolia, který požadované parametry nesplňuje, pak důvodem jeho neúčasti v zadávacím řízení není ona zadávací podmínka, nýbrž jeho autonomní rozhodnutí nabídku nepodat, ačkoliv tak objektivně učinit mohl. Nelze pak konstatovat, že by si zadavatel neúčast tohoto dodavatele v zadávacím řízení způsobil sám danou zadávací podmínkou. Proto i v případě, že by taková podmínka byla objektivně nezákonná, nemohla by vést k závěru, že nezákonné bylo také následné jednací řízení bez uveřejnění.

28. Je nutno vzít v úvahu, že jednací řízení bez uveřejnění je zcela samostatným zadávacím řízení. Případné nezákonnosti jiného, byť souvisejícího zadávacího řízení, se do jeho zákonnosti mohou logicky promítnout pouze zprostředkovaně, a tudíž jen v omezeném rozsahu. Přezkum zákonnosti jednacího řízení bez uveřejnění nemůže být nástrojem úplného přezkumu zákonnosti jiného zadávacího řízení. Shora provedené posouzení zákonnosti původního zadávacího řízení v omezeném rozsahu představuje výjimku z tohoto pravidla. Zákonnost původního zadávacího řízení zde může hrát roli pouze do té míry, v jaké se promítá do naplnění zákonného důvodu pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Ne každá nezákonnost původního zadávacího řízení je tedy způsobilá vyvolat také nezákonnost následného jednacího řízení bez uveřejnění. Tyto závěry rozhodně neznamenají aprobování případných dílčích nezákonností původního zadávacího řízení. Pouze se jedná o skutečnosti pro posouzení zákonnosti samostatného jednacího řízení bez uveřejnění irelevantní. Jejich posuzování by tudíž vybočovalo z předmětu soudního přezkumu v dané věci. Proto například pro konstatování nezákonnosti následného jednacího řízení bez uveřejnění nepostačuje, že v důsledku tvrzené nezákonnosti původního zadávacího řízení v něm nemohl být nabídnut konkrétní výrobek. Nezákonnost by musela být takového charakteru, že úplně znemožňovala určitému dodavateli účast v původním zadávacím řízení (s jakýmkoliv svým výrobkem).

29. Lze uzavřít, že mezi zadávací podmínkou spočívající v požadavku na minimální objem palivových nádrží a nepodáním nabídky byť jediného dodavatele (žalovaný za takového dodavatele označoval osobu zúčastněnou na řízení) v původním zadávacím řízení nebyla dána příčinná souvislost. Za této situace je nerozhodné, zda byla uvedená podmínka stanovena v souladu se zákonem (tj. zda například nebyla diskriminační), neboť nelze říci, že by si právě touto nezákonností způsobil zadavatel neúčast všech dodavatelů v původním zadávacím řízení. Nevedla-li tato podmínka (ať již byla zákonná, či nezákonná) ke zrušení původního zadávacího řízení, nemůže ani zprostředkovaně způsobovat nezákonnost následného jednacího řízení bez uveřejnění.

30. S ohledem na tento závěr by již nebylo nutné zabývat se otázkou, zda skutečně požadavek na minimální objem palivových nádrží stanovený v původním zadávacím řízení porušoval § 36 odst. 1 ZZVZ, jak tvrdí žalovaný. Soud přesto považuje za vhodné se vyjádřit k této otázce, neboť z provedeného dokazování vyplynula dostatečná skutková zjištění pro posouzení, nakolik lze předmětnou zadávací podmínku považovat za diskriminační.

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

32. Žalovaný dospěl k závěru, že požadavek na minimální objem palivových nádrží představoval bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže, neboť nebyl logicky odůvodněn, respektive nebyl způsobilý naplnit potřebu, pro kterou dle svého vysvětlení daný požadavek stanovil.

33. Lze souhlasit s obecnou tezí, že prakticky každá zadávací podmínka vytváří překážku hospodářské soutěže, neboť jejím účelem je specifikace požadovaného plnění, tj. vyloučení možnosti poskytnout plnění jiné. Nemusí jít přitom o omezení hospodářské soutěže přímo na trhu výrobku, který je poptáván, ale také na subdodavatelských trzích (např. v tomto případě na trhu s palivovými nádržemi). Tyto teze ovšem samy o sobě nic nevypovídají o tom, zda je určitá podmínka v rozporu s § 36 odst. 1 ZZVZ. Tento rozpor může vyvolat pouze podmínka, která vytváří překážku hospodářské soutěže bezdůvodně. O bezdůvodnosti lze hovořit tehdy, jestliže zadavatel není schopen logicky zdůvodnit (nikoliv nutně již v rámci zadávacích podmínek), proč danou podmínku stanovil, nebo jestliže důvod, který uvedl, daná podmínka nesleduje (buď proto, že není vůbec způsobilá naplnit zadavatelem uvedený cíl, nebo proto, že se podle zjištěných skutkových okolností jedná toliko o zástupný důvod).

34. V posuzované věci soud na základě obsahu správního spisu a dokazování provedeného před soudem dospěl k závěru, že požadavek na minimální objem palivových nádrží nebyl bezdůvodný. Z úvah žalovaného je patrné, že podle něj je požadavek bezdůvodný, jestliže existuje vhodnější způsob stanovení zadávacích podmínek pro dosažení zadavatelem proklamovaného cíle (důvodu zakotvení předmětné podmínky). Takovou interpretaci ovšem nelze obecně přijmout.

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

36. Zcela odlišná situace nastává tehdy, jestliže určitý parametr klade zcela zásadní překážku hospodářské soutěže, protože je ze strany dodavatelů velmi obtížně splnitelný či velmi nákladný, a tudíž zásadním způsobem ovlivňující nabídkovou cenu (která je navíc často jediným či hlavním hodnotícím kritériem). V takovém případě má posouzení jiných variant nastavení zadávacích podmínek ve vztahu k tvrzené potřebě zadavatele mnohem větší význam, neboť se může výrazným způsobem promítnout do toho, v jaké míře bude v důsledku daného požadavku hospodářská soutěž omezena. Mohl-li zadavatel stanovením vhodnějších parametrů dosáhnout svých potřeb a zároveň znatelně snížit dopad na volnou hospodářskou soutěž, lze hovořit o vytvoření bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

37. Jak již soud uvedl výše, popsané pravidlo není žádným univerzálním pravidlem a vždy závisí na konkrétních skutkových okolnostech. Jak je tedy patrné z výše uvedeného, neexistuje prostá dichotomie mezi podmínkami jednoduchými a složitými, což ovšem nevylučuje, aby byla určitá podmínka v konkrétním případě vyhodnocena jako jednoduchá či složitá.

38. V nyní posuzované věci z dokazování provedeného před soudem vyplynulo, že opatření autobusu palivovou nádrží o objemu 250 l není ani obtížně splnitelné, ani nikterak nákladné (v porovnání s celkovou hodnotou veřejné zakázky).

39. Zaprvé, soud v rámci dokazování z vytištěných webových stránek www.prekos.net zjistil, že cena palivové nádrže o objemu 200 l zde činila 7 163 Kč a cena palivové nádrže o objemu 250 l zde činila 8 942 Kč. Pro případ, že by si výrobce autobusu vyráběl nádrže na míru, činily by dle znaleckého posudku Ing. Woitsche náklady na výrobu cca 13 200 Kč.

40. Zadruhé, jakkoliv není v právních předpisech stanovena jednoznačná povinnost provést homologaci nové nádrže (viz čl. 14.1. předpisu EHK OSN č. 34 – Jednotná ustanovení pro schvalování typu vozidel z hlediska ochrany před nebezpečím požáru, který tuto otázku ponechává na uvážení schvalovacího orgánu), i kdyby bylo s touto povinností počítáno, provedení homologace by bylo v kontextu hodnoty zakázky nenákladné a s ohledem na termín plnění zakázky snadno splnitelné. Ze znaleckého posudku Ing. Woitsche totiž soud zjistil, že kdyby výrobce autobusů neměl homologovanou nádrž o objemu 250 l a vyšším, činily by celkové náklady na homologaci 11 400 Kč až 69 800 Kč a doba homologace by činila cca 4 týdny.

41. Porovnáním výše uvedených částek s hodnotou jednoho autobusu (dle kupních smluv činila kupní cena jednoho autobusu bez přídavného vybavení 5 600 000 Kč), respektive v případě homologace s hodnotou 90 autobusů (neboť homologace by byla platná pro všechny tyto autobusy), je zřejmé, že náklady na instalaci nádrže o objemu 250 l do nového autobusu jsou marginální. Je přitom nutno zdůraznit, že zadavatel poptával nové autobusy, proto by některým výrobcům oproti jiným nevznikaly další náklady na výměnu nádrže. Instalovat nádrž o určitém objemu by museli všichni výrobci. Rozdíl by tudíž fakticky mohl spočívat pouze v nákladech na homologaci, které ovšem v případě 90 autobusů činí částku 127 Kč až 776 Kč na jeden autobus v hodnotě cca 6 500 000 Kč. Pro srovnání je vhodné poznamenat, že sám předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí jako marginální položku považoval částku 5 000 Kč v případě požadavku na kapacitu akumulátorové baterie.

42. A nakonec začtvrté, z produktových listů různých výrobců navíc soud zjistil, že kromě toho, že řada z nich je nabízena s nádrží o objemu 250 l a vyšším, je objem nádrže běžně nabízen variabilní dle volby zákazníka. Toto zjištění platí jak pro samotnou kategorii meziměstských autobusů (viz produktové listy SOR C 9,5 / C 10,5 / C 12, Iveco Crossway LINE 10,8 či Mercedes-Benz Tourismo K), tak pro samotnou kategorii nízkopodlažních autobusů (viz produktový list Solaris Urbino 10,5). Vedle toho nelze opomenout autobus nabídnutý žalobcem b) či autobus osoby zúčastněné na řízení SOR CN 10,5 (viz výše), které splňují obě kategorie. Nutno poznamenat, že žalovaný ani osoba zúčastněná na řízení nenavrhli dokazování žádnými jinými produktovými listy jiných výrobců. Soud proto vycházel z důkazů, jejichž provedení navrhl žalobce.

43. Podle názoru soudu přitom není bezpředmětné ani porovnání napříč kategoriemi autobusů, neboť dle provedeného dokazování zjevně neplatí, že by nízkopodlažní autobusy či autobusy se zavazadlovými prostory pod podlahou měly natolik omezený prostor, že by instalace nádrže o objemu 250 litrů měla činit u nějakého vozidla potíže. Co se týče běžně nabízené velikost nádrže autobusů není žádný důvod rozlišovat jednotlivé kategorie, neboť i mnohem větší nádrže jsou běžně nabízeny jak u autobusů nízkopodlažních, tak u autobusů ostatních, jak u autobusů městských, tak u autobusů meziměstských (viz výše vyjmenované produktové listy jednotlivých autobusů). To, že je autobus nízkopodlažní nebo meziměstský zjevně nelimituje výrobce natolik, aby jej nebyl schopen opatřit nádrží (či nádržemi) o objemu 250 l, jak se snažili osoba zúčastněná na řízení a žalovaný zejména v řízení o kasační stížnosti tvrdit. Ostatně to, že rozlišování mezi městskými a meziměstskými (resp. regionálními) autobusy je do značné míry zjednodušující pouze pro snadnější orientaci v portfoliu konkrétního výrobce, je patrné a) z toho, že někteří výrobci tuto kategorizaci často ani výslovně nepoužívají (viz např. produktové listy autobusů

Iveco či Mercedes-Benz), b) z toho, že ani zadavatelé z této kategorizace nevycházejí (viz např. požadavek v této věci na autobusy pro regionální dopravu, nikoliv na autobusy meziměstské, nebo požadavek v zadávacím řízení Dopravního podniku měst Mostu a Litvínova, a.s. č. Z2019-039446 na autobusy pro provoz v městské a příměstské dopravě), c) z toho, že sama osoba zúčastněná na řízení své městské autobusy zjevně považuje za vhodné i pro příměstskou dopravu což je již segment dopravy regionální (v zadávacím řízení na autobusy pro provoz v městské a příměstské dopravě pro DOPRAVNÍ PODNIK měst Mostu a Litvínova, a.s., totiž nabídla své autobusy, které označuje za městské, jak plyne z novinového článku z webu zdopravy.cz s názvem „SOR dodá další autobusy do Mostu, porazil Solaris a Iveco“).

44. Lze shrnout, že dle provedeného dokazování není pro výrobce problém (z hlediska časové či finanční náročnosti) opatřit částečně nízkopodlažní autobus délky 10,5 m pro regionální dopravu nádržemi o celkovém objemu 250 l a více.

45. Zároveň má soud za to, že mezi požadavkem na minimální objem palivové nádrže a legitimní potřebou zadavatele spočívající v nenarušování jízdních řádů v důsledku nutnosti dotankovávání autobusu v průběhu denního provozu zjevně existuje souvislost. V žádném případě nelze říci, že by objem nádrže neměl vůbec žádný vztah k dojezdovosti. Nelze proto souhlasit ani se závěrem žalovaného, že by zadavatel danou podmínku vůbec logicky neodůvodnil. U konkrétního vozidla lze logicky předpokládat delší dojezdovost v případě, že bude mít větší nádrž. Na tom nemůže nic změnit skutečnost, že tento parametr sám o sobě neumožňuje určit konkrétní dojezdovost vozidla či porovnat dojezdovost dvou různých vozidel. Ve spojení s deklarovanou spotřebou (kterou zadavatel ostatně také učinil součástí zadávacích podmínek) takové posouzení provést lze, nicméně je nutno zdůraznit, že požadavek na minimální objem palivové nádrže zadavatel nestanovil jako hodnotící kritérium sloužící k porovnávání nabídek, nýbrž jako minimální požadavek, který musí splnit všichni účastníci zadávacího řízení. Nechtěl-li tedy porovnávat dojezdovost autobusů nabízených různými účastníky zadávacího řízení (nýbrž toliko alespoň v základní míře garantovat určitou dojezdovost), lze mu jen stěží vyčítat, že ji mohl porovnávat lépe. Kromě toho nemůže z povahy věci existovat žádný ideální způsob stanovení dojezdovosti, neboť ta se bude vždy odvíjet od podmínek v reálném provozu (od konkrétní trasy, stylu jízdy, obsazenosti autobusu apod.).

46. Jelikož opatření autobusu nádrží o objemu 250 l a více představuje při výrobě nových autobusů spíše marginální nákladovou položku, není důvod požadovat po žalobci a) podrobné zdůvodnění konkrétní hodnoty zvoleného parametru (či dokonce doložení důvodů). Ostatně stejně jako je obtížně zdůvodnitelné to, proč žalobce a) zvolil hodnotu přesně 250 l, bylo by pro něj obtížně zdůvodnitelné, kdyby zvolil hodnotu 200 l či 50 l. Je přitom zjevné, že například autobus s nádrží 50 l by žalobci a) příliš neposloužil, a proto byl určitý požadavek na velikost nádrže odůvodněný, nejednalo-li se o požadavek excesivní (což žalovaný ani netvrdil). Není přitom bez významu, že výrobci standardně u všech svých produktů uvádějí informaci o objemu nádrže (viz výše označené produktové listy autobusů), na rozdíl od dojezdovosti či průměrné spotřeby. Jde tedy o atribut autobusu dobrovolně veřejně prezentovaný všemi výrobci (ostatně předseda žalovaného tuto charakteristiku autobusu v napadeném rozhodnutí označuje jako jednu ze základních). Jako možné vysvětlení tohoto jevu se nabízí buďto dohoda všech dodavatelů o tom, jaké informace budou ve svých prospektech uvádět a jaké nikoliv, nebo zkrátka reakce na poptávku (jde o informace, o které odběratelé stojí), což se jeví poněkud uvěřitelněji. Velikost palivové nádrže má, na rozdíl od průměrné spotřeby nebo dojezdovosti, zjevně na trhu s autobusy určitou vypovídací hodnotu. Odběratelé nepochybně ví, že tato vypovídací hodnota je omezená, a přesto nadále na tomto trhu setrvává stav, kdy je tato informace řazena mezi základní. Není přitom patrný žádný důvod, proč by běžný odběratel mohl při výběru autobusu tento atribut zohlednit, kdežto zadavatel veřejné zakázky nikoliv.

47. Soud proto uzavírá, že požadavek na minimální objem palivových nádrží lze v daném segmentu trhu považovat za snadno splnitelný a nenákladný, a tudíž kladoucí toliko zanedbatelnou a nikoliv

bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže. Za této situace nelze považovat tento požadavek za rozporný s § 36 odst. 1 ZZVZ pouze proto, že legitimní potřebu zadavatele, kterou tato zadávací podmínka sledovala, bylo možné naplnit vhodnější zadávací podmínkou, která by taktéž kladla toliko minimální překážku hospodářské soutěže.

48. Ve světle právního názoru žalovaného je pochopitelné, proč neprováděl dokazování ke skutečnostem, které na rozdíl od něj zdejší soud považuje pro účely aplikace § 36 odst. 1 ZZVZ za rozhodné. Tento nedostatek však soud napravil vlastním dokazováním. Primárním důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí je navíc již samotná skutečnost, že žalovaným tvrzené porušení uvedeného ustanovení nemělo za následek nepodání žádné nabídky v původním zadávacím řízení (tj. mezi tvrzenou nezákonností a zrušením původního zadávacího řízení nebyla dána příčinná souvislost).

49. Vzhledem ke shora učiněným závěrům se krajský soud nezabýval některými dalšími dílčími žalobními námitkami, neboť jejich posouzení by nemohlo nic změnit na výsledku soudního přezkumu.

50. Krajský soud dále shledal, že nakládání s důkazy ze strany žalovaného bylo spojeno s procesní vadou. Neshledal však, že by tato vada sama o sobě měla vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Ostatně krajský soud byl *de facto* zavázán k tomu, aby ve světle důkazů obsažených v příloze O0046/2019 po seznámení účastníků s nimi posoudil věc samu (tj. nikoliv pouze posoudil potencialitu vlivu na zákonnost napadeného rozhodnutí). Po provedeném dokazování ze strany soudu by tak již v každém případě nebylo nic, co by mohl žalovaný dále napravit. Soud proto nepovažuje za potřebné podrobněji opakovat detaily tohoto pochybení, relevantní právní úpravu či judikaturu (v podrobnostech viz body 31. až 39. původního rozsudku krajského soudu). To, že žalovaný vedl správní spis v rozporu se zákonem, potvrdil ostatně NSS ve svém zrušujícím rozsudku a zástupkyně žalovaného při ústním jednání výslovně uvedla, že žalovaný přistoupil ke změně své správní praxe při vedení správního spisu tak, aby byla v souladu s požadavky judikatury. Soud proto pouze ve stručnosti shrnuje, že vyčlenění listinných důkazů předložených žalobcem a) do přílohy O0046/2019, do níž nebylo umožněno účastníkům řízení nahlížet a která ani nebyla původně předložena soudu (ač byl žalovaný vyzván k předložení kompletního správního spisu), představovalo vadu řízení před žalovaným.

51. Nutno poznamenat, že soud ani nemohl v původním řízení posoudit, do čeho všeho žalovaný neumožnil účastníkům nahlédnout, neboť žalovaný soudu nepředložil kompletní správní spis včetně přílohy O0046/2019. Učinil tak až po ukončení dokazování a odročení věci za účelem vyhlášení rozsudku. V novém řízení však již soud toto vyhodnocení provést mohl, neboť žalovaný soudu předložil kompletní správní spis, přičemž po prostudování přílohy O0046/2019 soud zjistil následující skutečnosti.

52. Žalobce a) jako přílohy ke čtyřem svým podáním (ze dne 25. 1. 2019, 4. 2. 2019, 25. 2. 2019 a 1. 3. 2019) zaslal žalovanému celkem 520 listin. Žalovaný do správního spisu zařadil pod původním označením pouze samotná podání a nikoliv jejich přílohy. Některé přílohy do spisu žalovaný zařadil, „pouze“ v obsahu spisu byly změněny názvy dokumentů a jako původce dokumentu bylo na místo žalobce a) uvedeno „Vlastní - 541 Oddělení VZ 10“. Žalovaný dále učinil do spisu dne 29. 1. 2019 úřední záznam, ve kterém uvedl, že v příloze spisu jsou založeny vyjmenované listiny ze zadávací dokumentace (celkem 251 listin). Mezi tyto listiny přitom zahrnul také listiny, které žalobce a) ve svém podání výslovně označil jako důkazy na podporu svých tvrzení (např. Veřejně dostupné nabídky akumulátorových baterií, Zadávací dokumentace „BUS CNG KLADNO 2018“, Nabídka navrhovatele, Dopis navrhovateli ve věci cenové nabídky ze dne 9. 1. 2019, Technická specifikace – Plzeňské městské dopravní podniky). Taktéž pouze do přílohy O0046/2019 posléze zařadil také další listiny, které zjevně nepředstavovaly zadávací dokumentaci a o kterých ani nesepsal do spisu žádný úřední záznam (listiny s označením „P1_SOR_NS_12_elec.pdf“, „P2_SOR_NS_12_dies.pdf“, „P1_Plán_dopravní_.pdf“,

„P2_Copy_of_PPJP_2.pdf“, „P3_PoctyProdanych.xlsx“ a „UK_DSUK_smlouva_o.pdf“). Uvedené listiny žalovaný také nezahrnul do výčtu podkladů rozhodnutí, jak je patrné z úředního záznamu ze dne 14. 3. 2019. Do přílohy O0046/2019 žalovaný neumožňoval účastníkům řízení nahlížet s odůvodněním, že obsahuje zadávací dokumentaci (viz usnesení ze dne 6. 3. 2019, 8. 3. 2019, 19. 3. 2019 či 30. 4. 2019). Žalobce a) si následně vynutil zařazení listin, které označil jako důkazy, do správního spisu tím, že je žalovanému opětovně zaslal 21. 3. 2019. Ačkoliv se tak stalo poté, co byla stanovena lhůta pro vyjádření se k podkladům, žalobce b) měl přinejmenším v řízení o rozkladu reálnou možnost se s nově předloženými listinami seznámit, přičemž do té doby stejně do spisu nenahlížel. Oběma žalobcům tak i přes jejich aktivitu nebylo po celou dobu správního řízení umožněno nahlížet „pouze“ do těch listin, které skutečně (jak uváděl žalovaný ve svých rozhodnutích o odepření nahlížení do spisu) tvořily části zadávací dokumentace a byly zároveň uvedeny v úředním záznamu ze dne 29. 1. 2019.

53. Soud konstatuje, že žalobcem a) předloženými listinami, jimiž bylo podle soudu na místě v této věci dokazovat, již dokazoval v rámci prvního ústního jednání, nebo se jednalo o listiny, které byly v určitém okamžiku zařazeny do samotného správního spisu (tedy nikoliv pouze v příloze O0046/2019), jehož obsahem soud standardně neprovádí dokazování. Účastníci řízeni byli při novém projednání věci krajským soudem informováni o tom, že se mohou prostřednictvím nahlížení do spisu seznámit s celým obsahem správního spisu včetně přílohy O0046/2019. Při ústním jednání účastníci řízení nepožadovali provedení žádného dalšího důkazu z přílohy O0046/2019, který by nebyl obsažen ve správním spise na jiném místě [takto žalobce b) požadoval provedení dokazování nabídkou autobusu SOR CN 10,5, který již byl nadto proveden v rámci prvního soudního jednání], tedy ani ze zadávací dokumentace, která obsahovala více než 200 listin. Neuváděli ani, že by z některé z těchto listin mohly dále podporovat jejich stanovisko ve věci samé. Soud proto neshledal, že by vedení této dokumentace v neveřejné příloze představovalo vadu, která měla vliv na posouzení věci samé. Vedení ostatních listin v této příloze sice mělo vliv na posouzení věci samé, nicméně tato vada se fakticky týkala pouze prvostupňového řízení, neboť přinejmenším v řízení o rozkladu se mohl žalobce b) s těmito listinami seznámit a vystavět na nich svou obranu. I s ohledem na doplnění dokazování ze strany soudu lze přitom konstatovat, že zjištěná vada se již nemůže promítnout do dalšího posuzování věci samé, a proto nemůže představovat důvod pro zrušení napadeného rozhodnutí.

54. K námitkám osoby zúčastněné na řízení stran zúžení původních důvodů (uvedených v návrhu, respektive posléze v prvostupňovém rozhodnutí) pro uložení zákazu plnění smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku soud uvádí, že soud přezkoumává napadené rozhodnutí v mezích žalobních bodů. Je to tedy žalobce, kdo určuje rozsah přezkumu a důvody nezákonnosti, jimiž se má soud zabývat. Soud proto nemohl zkoumat, zda předseda žalovaného dospěl ke správným závěrům ohledně ostatních skutečností namítaných v původním řízení. Pro posouzení těch částí návrhu osoby zúčastněné na řízení, kterým se již žalovaný s ohledem na jím učiněné závěry dále nezabýval, může být prostor v dalším řízení před žalovaným, rozhodně však ne v tomto soudním řízení.

55. V této souvislosti soud také zdůrazňuje, že přezkoumává pouze zákonnost těch závěrů, které žalovaný (resp. jeho předseda) vtělí do svého rozhodnutí. Je nepřípustné důvody rozhodnutí obohacovat v rámci soudního řízení. Už vůbec pak není v rámci soudního přezkumu žádný prostor pro různé náznaky širší nezákonnosti postupu zadavatele či podobné spekulace, které rozhodně nijak nemohou podporovat zákonnost napadeného rozhodnutí ani zvyšovat jeho přesvědčivost. Jestliže žalovaný u jednání soudu či v kasační stížnosti poukazoval na to, že v daném případě nejde pouze o onu v napadeném rozhodnutí konstatovanou nezákonnost, neboť řada dalších kroků zadavatele měla být nějakým způsobem „podivná“ (resp. snad nezákonná) a posuzovaný požadavek na minimální objem palivových nádrží je jen jakousi špičkou ledovce, pak tyto údajné „širší souvislosti“ nemohl soud při svém rozhodování jakkoliv zohledňovat. Pokud skutečně měly být důvodem vydání napadeného rozhodnutí i jiné než v něm

uvedené skutečnosti, měl k nim žalovaný vést dokazování a následně je explicitně uvést mezi důvody rozhodnutí. Tím, kdo fakticky zúžil předmět řízení na problematiku diskriminačního charakteru požadavku na velikost nádrží, nebyl ani soud (jak tvrdila osoba zúčastněná na řízení ve své kasační stížnosti), ani žalobce (jak tvrdila zástupkyně žalovaného v rámci ústního jednání), nýbrž předseda žalovaného. Neučinil tak přitom pouze v rámci odůvodnění svého rozhodnutí, ale výslovně také přímo v jeho výroku. Soud nemůže nad rámec napadeného rozhodnutí posuzovat, zda náhodou zadavatel nezavinil nepodání nabídek v původním zadávacím řízení jinými diskriminačními zadávacími podmínkami či jejich kombinací. Nejen, že by tím zcela nahrazoval odůvodnění napadeného rozhodnutí, ale navíc by ani s novými důvody nemohl obstát výrok napadeného rozhodnutí, který výslovně vymezuje také příčinu neúčasti dodavatelů, a to tak, že jím bylo stanovení požadavku na minimální objem palivové nádrže v rozporu s § 36 odst. 1 ZZVZ.

V. Shrnutí a náklady řízení

56. Soud z výše uvedených důvodů ve smyslu § 78 odst. 1 s. ř. s. zrušil žalobami napadené rozhodnutí a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení (§ 78 odst. 4 s. ř. s.). V dalším řízení je žalovaný vázán právním názorem zdejšího soudu (§ 78 odst. 5 s. ř. s.). Soud nepřistoupil také ke zrušení prvostupňového rozhodnutí, neboť po novém projednání nebyl shledán důvod (nezákonné vedení správního spisu, které mohlo mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí), pro který tak soud učinil v předchozím rozsudku.

57. Výroky o náhradě nákladů řízení vychází z § 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. Žalobci byli ve věci úspěšní, soud jim proto přiznal právo na náhradu nákladů řízení vůči žalovanému.

58. Náklady řízení žalobce a) sestávají ze zaplacených soudních poplatků ve výši 4 000 Kč a z odměny a náhrady hotových výdajů zástupce žalobce. Odměna zástupce činí dle § 9 odst. 4 písm. d), § 7 bod 5. a § 11 odst. 1 písm. a), d) a g) vyhlášky č. 177/1996 Sb., ve znění pozdějších předpisů za osm úkonů právní služby (příprava a převzetí věci, sepis žaloby, sepis repliky, účast při jednání soudu dne 2. 9. 2020, vyjádření ke kasační stížnosti žalovaného, vyjádření ke kasační stížnosti osoby zúčastněné na řízení, vyjádření ve věci a doplnění důkazů a účast na jednání soudu dne 29. 11. 2022) 8 x 3 100 Kč a náhrada hotových výdajů činí dle § 13 odst. 3 citované vyhlášky 8 x 300 Kč. Jelikož je zástupce společníkem společnosti, na jejíž účet vykonává advokacii (Skils s. r. o.) a která je plátkyní daně z přidané hodnoty, zvyšuje se odměna a náhrada hotových výdajů o částku odpovídající této dani, tj. o 5 712 Kč. Celková výše nákladů řízení žalobce a) tak činí 36 912 Kč. Soud nepřiznal žalobci a) jím požadovanou náhradu nákladů řízení za tři další úkony právní služby spolu se třemi režijními paušály. Tyto úkony měly spočívat ve vyjádření k návrhu na přiznání odkladného účinku kasační stížnosti (toto podání není podáním ve věci samé, a proto jeho sepis není úkonem právní služby) a dvou doplňujících vyjádřeních v řízení o kasační stížnosti ze dne 26. 1. 2021 a 15. 2. 2021 (náklady na tyto úkony soud nepovažoval za účelně vynaložené, neboť se jednalo již o opakovanou reakci, která nevnášela do věci nové argumenty; žalobce se předtím ve věci vyjádřil již několikrát, a to i v řízení o kasační stížnosti).

59. Náklady řízení žalobce b) sestávají ze zaplacených soudních poplatků ve výši 4 000 Kč a z odměny a náhrady hotových výdajů zástupce žalobce. Odměna zástupce činí dle § 9 odst. 4 písm. d), § 7 bod 5. a § 11 odst. 1 písm. a), d) a g) vyhlášky č. 177/1996 Sb., ve znění pozdějších předpisů za čtyři úkony právní služby (příprava a převzetí věci, účast na jednání soudu dne 2. 9. 2020, vyjádření ke kasační stížnosti a účast na jednání soudu dne 29. 11. 2022) 4 x 3 100 Kč a náhrada hotových výdajů činí dle § 13 odst. 3 citované vyhlášky 4 x 300 Kč. Mezi hotové výdaje zástupce dále spadá cestovné na jednání soudu dne 2. 9. 2020 a zpět ve výši 719 Kč (při kombinované spotřebě vozidla 5,3 l na 100 km, průměrné ceně benzínu 32 Kč, sazbě náhrady za 1 km jízdy ve výši 4,20 Kč a celkové ujeté vzdálenosti 122 km; tj. [32 x 5,3/100 x 122]

+ [4,2 x 122]), cestovné na jednání soudu dne 29. 11. 2022 a zpět ve výši 843 Kč (při kombinované spotřebě vozidla 4,7 l na 100 km, průměrné ceně nafty 47,10 Kč, sazběnáhrady za 1 km jízdy ve výši 4,70 Kč a celkové ujeté vzdálenosti 122 km; tj. [47,1 x 4,7/100 x 122] + [4,7 x 122]) a dle § 14 odst. 3 citované vyhlášky náhrada za promeškaný čas cestou k jednání a zpět ve výši 800 Kč (8 započatých půlhodin). Jelikož je zástupce plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšuje se odměna a náhrada hotových výdajů o částku odpovídající této dani, tj. o 3 352 Kč. Celková výše nákladů řízení žalobce b) tak činí 23 314 Kč

60. Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení před krajským soudem, neboť jí soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s níž by jí náklady vznikly (§ 60 odst. 5 s. ř. s. *a contrario*). V řízení o kasační stížnosti sice byla v postavení účastníka řízení (stěžovatele), nicméně ve věci nebyla úspěšná. Úspěch ve věci ve smyslu § 60 odst. 1 s. ř. s. se totiž odvíjí od celkového výsledku soudního přezkumu, nikoliv od výsledku řízení o opravném prostředku (o kasační stížnosti). Osoba zúčastněná na řízení přitom svou argumentací brojila proti argumentaci žalobců a podporovala stranu žalovanou, která ve věci nebyla úspěšná. Tudíž ani osoba zúčastněná na řízení ve věci úspěšná nebyla, a nemá proto podle § 60 odst. 1 s. ř. s. právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí 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.

Kasační stížnost je nepřípustná proti rozhodnutí, jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem; to neplatí, je-li jako důvod kasační stížnosti namítáno, že se soud neřídil závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu.

Brno 30. listopadu 2022

JUDr. Jaroslava Skoumalová v. r.
předsedkyně senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje Kristýna Pejčochová