



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Mariana Kokeše, Ph.D., a JUDr. Faisala Husseiniho, Ph.D., ve věci

žalobce: **KORID LK, spol. s r.o., IČO 27267351**
sídlem U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 2. 4. 2019, č. j. ÚOHS-R0005/2019/VZ-09362/2019/321/TKr/ZSř

takto:

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 4. 2019, č. j. ÚOHS-R0005/2019/VZ-09362/2019/321/TKr/ZSř, se **ruší** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný je **povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 3 000 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci a průběh správního řízení

1. Žalobce se podanou žalobou domáhá zrušení v záhlaví citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda ÚOHS“), kterým zamítl

rozklad podaný žalobcem a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 20. 12. 2018, č. j. ÚOHS-S0463/2018/VZ-38103/2018/533/HKu. Tímto rozhodnutím žalovaný konstatoval, že žalobce, coby zadavatel veřejné zakázky „Odbavovací zařízení IDOL“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 8. 2018 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 9. 2018 pod ev. č. Z2018-030009, ve znění oprav uveřejněných dne 8. 10. 2018, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno 4. 9. 2018 pod ev. č. 2018/S 169-385772, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 10. 2018 pod ev. č. 2018/S 195-442151 (dále jen „veřejná zakázka“), nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 100 odst. 2 v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „ZZVZ“), tím, že jednoznačně nevymezil způsob určení nového dodavatele v případě změny dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, přestože si možnost této změny v zadávacích podmínkách vyhradil (výrok I.). Ve výroku II. rozhodnutí žalovaný jako opatření k nápravě nezákonného postupu žalobce uvedeného ve výroku I. rozhodnutí podle § 263 odst. 3 ZZVZ zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku. Ve výroku III. rozhodnutí pak žalovaný žalobci podle § 263 odst. 8 ZZVZ uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Ve výroku IV. rozhodnutí žalovaný uložil žalobci podle § 266 odst. 1 ZZVZ v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

2. Žalovaný takto rozhodoval za situace, kdy zadavatel vymezil podmínky pro změnu dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky dle § 100 odst. 2 ZZVZ následujícím způsobem: *„Zadavatel si v souladu s § 100 odst. 2 zákona vyhrazuje právo změnit dodavatel v průběhu plnění veřejné zakázky, budou-li splněny tyto podmínky: a) bude ukončen smluvní vztah s původním dodavatelem v průběhu prvních 24 kalendářních měsíců platnosti a účinnosti smlouvy na realizaci veřejné zakázky, b) nový dodavatel bude vybrán z okruhu účastníků, jejichž nabídky byly v zadávacím řízení veřejné zakázky hodnoceny a u nichž se s přihlédnutím k okolnostem nelze domnívat, že by nesplnily podmínky účasti v zadávacím řízení, a c) nový dodavatel akceptuje smluvní podmínky v rozsahu odpovídajícím smluvním podmínkám mezi zadavatelem a původním dodavatelem.“* Proti tomuto způsobu vymezení podmínek pro změnu dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky podala námitky podle § 241 a násl. ZZVZ společnost EM TEST ČR spol. s r.o., které žalobce nicméně rozhodnutím ze dne 30. 10. 2018 odmítl. V návaznosti na to podala společnost EM TEST ČR spol. s r.o. dne 9. 11. 2018 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k žalovanému, v němž brojila proti zadávacím podmínkám uvedeným v zadávací dokumentaci, neboť byla přesvědčena, že žalobce nestanovil zadávací podmínky v souladu se zákonem.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

2. Ve včas podané žalobě (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s. ř. s.“), splňující též ostatní podmínky řízení (§ 65, § 68 a § 70 s. ř. s.), žalobce navrhl krajskému soudu, aby rozhodnutí předsedy ÚOHS zrušil.
3. Žalobce v podané žalobě tvrdí, že žalovaný i předseda ÚOHS se při rozhodování o splnění podmínek pro vedení zadávacího řízení dopustili nesprávného právního posouzení věci. Dle žalobce by k přistoupení k opatření k nápravě v podobě zrušení zadávacího řízení mělo dojít pouze tehdy, je-li zadávací dokumentace ve skutečném, jednoznačném a přímém rozporu se ZZVZ. Zrušení zadávacího řízení by dle žalobce mělo být až tím nejzazším řešením, k němuž by mělo být přistoupeno pouze tehdy, když ZZVZ výslovně stanovuje

povinnost nastavit zadávací podmínky určitým způsobem nebo naopak určitým způsobem nastavit podmínky zadávacího řízení zakazuje. O takový případ se však nejedná při nastavování podmínek na změnu dodavatele v průběhu veřejné zakázky ve smyslu § 100 odst. 2 ZZVZ. V případě nedodržení těchto podmínek tohoto ustanovení pak dle žalobce ZZVZ stanoví jednoznačný následek v podobě nemožnosti využít změnu dodavatele dle § 222 ZZVZ bez provedení nového zadávacího řízení.

4. Dle žalobce je shodný mechanismus použit například také při možnosti výhrady využití jednacích řízení bez uveřejnění pro poskytnutí nových služeb nebo nových stavebních prací vybraným dodavatelem ve smyslu § 100 odst. 3 ZZVZ, přičemž podstatné také je, že zadavatel v takovém případě může či nemusí výhradu, vymezenou v zadávací dokumentaci, využít. Posuzování splnění podmínek ZZVZ tak bude relevantní až tehdy, když se zadavatel rozhodne tohoto mimořádného postupu využít. Dle žalobce je tak při rozhodování o využití nápravného opatření v podobě zrušení zadávacího řízení rozlišovat mezi nesplněním podmínek a pravidel pro určitý mimořádný postup a stanovením zadávacích podmínek v rozporu se zákonem. Nenastavení podmínek pro změnu dodavatele v průběhu realizace veřejné zakázky je dle žalobce prvním z výše zmíněných, proto nebyl dán důvod pro zrušení zadávacího řízení dle § 222 odst. 3 ZZVZ, což je opatření, k němuž by mělo dle žalobce být přistupováno spíše restriktivně než extenzivně.
5. Dle žalobce se nelze ztotožnit s tvrzením předsedy ÚOHS, že volbou uplatnění možnosti využití výhrady změny dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky vzniká zadavateli povinnost stanovit zadávací podmínky v souladu s § 100 odst. 2 ZZVZ. Naopak žalobce tvrdí, že až stanovením podmínek pro změnu dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky v souladu s § 100 odst. 2 ZZVZ dochází k provedení volby výhrady změny dodavatele. Žalobce v této souvislosti uvádí, že předsedou ÚOHS předpokládaná povinnosti vzniká zadavateli v případě učinění jiných voleb, umožněných ZZVZ, při nichž zákon výslovně stanovuje, že učiní-li zadavatel tuto volbu, musí v souvislosti s touto volbou dodržet podmínky, stanovené ZZVZ. Konstrukce těchto ustanovení, například § 97 ZZVZ, je však odlišná od konstrukce § 100 odst. 2 ZZVZ, v němž zákon pouze upravuje podmínky, za kterých je možno možnost výhrady změny dodavatele v průběhu zadávacího řízení uplatnit.
6. Žalobce je však současně přesvědčený, že podmínky pro uplatnění výhrady změny dodavatele v průběhu realizace veřejné zakázky, tak jak je v zadávací dokumentaci nastavil, jsou dostatečně konkrétní proto, aby žalobce mohl k uplatnění této výhrady v případě potřeby přistoupit. Žalobce nastavil pro možnost uplatnění výhrady změny dodavatele v průběhu realizace veřejné zakázky celkem tři podmínky, které bylo potřeba splnit kumulativně, a které taktéž ponechají jako potencionálně způsobilé dodavatele minimum subjektů. S ohledem na tuto skutečnost pak nelze než konstatovat, že žalobce způsob určení náhradního dodavatele dostatečně konkrétním způsobem, jako jednu ze zásadních podmínek pro možnost využití citované výhrady, splnil. Dle žalobce však žalovaný posuzoval dostatečnou určitost způsobu výběru náhradního dodavatele pouze na základě jedné podmínky, stanovené žalobcem v zadávací dokumentaci, a proto zcela nedostatečně.
7. V souvislosti s výše uvedenými tvrzeními pak žalobce namítá taktéž nepřezkoumatelnost rozhodnutí předsedy ÚOHS, neboť ten se v napadeném rozhodnutí zcela nedostatečně vypořádal s výše uvedenými námitkami, které žalobce uvedl taktéž v rozkladu proti rozhodnutí žalovaného.

8. Konečně žalobce uvádí, že nad rámec výše uvedeného je stále přesvědčen, že v nyní projednávané věci nebyly splněny podmínky pro věcné projednání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, neboť tomuto návrhu nepředcházely včas a řádně podané námítky ve smyslu § 241 a násl. ZZVZ, protože mělo být řízení o tomto návrhu zastaveno podle § 257 písm. h) ZZVZ.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě

9. Žalovaný ve vyjádření k žalobě v první řadě uvádí, že § 263 odst. 3 ZZVZ nerozlišuje mezi závažným a méně závažným porušením zákona. Žalovaný je nápravné opatření povinen využít vždy, když jsou pro to splněny zákonné podmínky. Předseda ÚOHS uvádí, že zadavatel odpovídá za zákonnost zadávacích podmínek, a jejich soulad se zásadami dle § 6 ZZVZ, jako celku. Učinil-li tedy zadavatel výhradu změny dodavatele součástí zadávacích podmínek, odpovídá za zákonnost této výhrady. V případě nedodržení zákonnosti této výhrady pak ÚOHS musí zadávací řízení podle § 263 odst. 3 ZZVZ rušit, neboť za splnění zákonných podmínek není předmětným ustanovením dán žádný prostor pro správní uvážení, jako je tomu například v § 263 odst. 2 ZZVZ.
10. K žalobcem namítanému nesprávnému posouzení splnění podmínek pro uplatnění výhrady změny dodavatele v průběhu realizace veřejné zakázky žalovaný uvádí, že z podmínek, tak jak je nastavil žalobce, není zjevné, jak by byl vybrán nový dodavatel z okruhu potencionálních dodavatelů v případě, že by o plnění veřejné zakázky za podmínek, nastavených žalobcem, mělo zájem více subjektů. Z těchto subjektů by si proto žalobce mohl vybrat nového dodavatele na základě libovůle. Tato skutečnost ve spojení s velmi přísně žalobcem nastavenými podmínkami pro plnění předmětu veřejné zakázky pod hrozbou sankce odstoupení od smlouvy vyvolává podezření nad úmyslem žalobce nastavit zadávací podmínky tak, aby byl vybrán konkrétní subjekt bez ohledu na výsledek zadávacího řízení. Tvzení žalobce, že pravděpodobně nikdo z účastníků zadávacího řízení by nebyl ochoten splnit podmínky pro změnu dodavatele v průběhu zadávacího řízení, jsou dle žalovaného čistou spekulací žalobce. Dále předseda ÚOHS uvádí, že obě napadená rozhodnutí jsou dle jeho názoru odůvodněna přezkoumatelným způsobem za úplného vypořádání námitek žalobce.
11. Konečně k žalobcem tvrzenému nesplnění podmínek pro věcné projednání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele předseda ÚOHS uvádí, že z námitek, podaných společností EM TEST ČR spol. s r.o., je zjevné, že se tato společnost obávala toho, že nastavení podmínek pro odstoupení od smlouvy ve spojení s nastavením podmínek pro stanovení nového dodavatele v průběhu realizace veřejné zakázky, tak, jak je vymezil v zadávací dokumentaci žalobce, má směřovat k výběru dodavatele pro realizaci veřejné zakázky bez ohledu na skutečný výsledek zadávacího řízení. Navrhovatel pak také zcela konkrétně uvedl, v čem spatřuje porušení zákona a své stanovisko zdůvodnil. O této skutečnosti ostatně svědčí také to, že žalobce v rámci vypořádání námitek společnosti EM TEST ČR spol. s r.o. obhajoval dostatečnost a správnost nastavení podmínek pro změnu dodavatele v průběhu realizace veřejné zakázky podle § 100 odst. 2 ZZVZ.

IV. Právní posouzení věci soudem

12. Krajský soud, za splnění podmínek dle § 51 s. ř. s. bez nařízení jednání, přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) napadené rozhodnutí předsedy ÚOHS, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného, včetně řízení předcházející jejich vydání, a dospěl k závěru, že žaloba je **důvodná** (§ 78 odst. 1 s. ř. s.).

13. Krajský soud se předně zabýval námitkou žalobce ohledně nepřezkoumatelnosti žalobou napadeného rozhodnutí předsedy ÚOHS, neboť se jedná o tak závažnou vadu, že by se jí soud musel zabývat z úřední povinnosti i nad rámec uplatněných žalobních námitek (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 6. 2004, č. j. 5 A 157/2002-35, rozhodnutí správních soudů jsou rovněž dostupná na www.nssoud.cz). Je-li totiž rozhodnutí správního orgánu nepřezkoumatelné, lze jen stěží uvažovat o jeho přezkumu správním soudem, což ostatně vyplývá již z lingvistické stránky věci, kdy nepřezkoumatelné rozhodnutí prostě nelze věcně přezkoumat. Takové rozhodnutí by bylo nutno zrušit pro nepřezkoumatelnost, která může nastat buď pro nesrozumitelnost (nelze seznat určitý a jednoznačný výrok, jde o výrok s obsahem rozporuplným, nevykonatelným apod.), nebo pro nedostatek důvodů (odůvodnění je v rozporu s výrokem, popř. uvádí jiné důvody než ty, v nichž má mít dle zákona oporu, odůvodnění postrádá rozhodný důvod pro výrok či neobsahuje žádné hodnocení provedených důkazů a závěr z nich učiněný).
14. S touto námitkou se ovšem krajský soud neztotožňuje, neboť k tomu, aby rozhodnutí správního orgánu bylo považováno za přezkoumatelné, je mimo jiné nezbytné, aby z odůvodnění rozhodnutí správního orgánu jednoznačně vyplývalo, že se správní orgán posuzovanou věcí zabýval a neopomenul žádné účastníkovy námitky. Stejně tak z odůvodnění musí plynout vztah mezi skutkovými zjištěními a úvahami při hodnocení důkazů na straně jedné a právními závěry na straně druhé, přičemž takto formulované právní závěry musí být srozumitelné, vnitřně bezrozporné a nacházející oporu právě ve skutkových zjištěních a provedených důkazech. V opačném případě by se jednalo skutečně o rozhodnutí nepřezkoumatelné, neboť by nedávalo dostatečné záruky vylučující libovůli v rozhodovací činnosti správce daně. O takový případ se však u žalobou napadeného rozhodnutí předsedy ÚOHS nejedná. Z odůvodnění rozhodnutí předsedy ÚOHS je totiž jednoznačně zřejmé a seznatelné, na základě jakých důvodů dospěl k závěru, že námitky žalobce uplatněné v rozkladu jsou nedůvodné a rozhodnutí žalovaného správné. Na rozdíl od žalobce je tak krajský soud toho názoru, že se předseda ÚOHS dostatečně a srozumitelně vypořádal se všemi jím uplatněnými námitkami, a to v míře odpovídající jejich relevanci pro podstatu projednávané věci, a není tak zatíženo vadou nepřezkoumatelnosti.
15. Jak ostatně vyplývá z judikatury Nejvyššího správního soudu, „[z]aujme-li krajský soud určitý právní názor, logicky jej opře o argumenty tento názor podporující. Rozsudek není nepřezkoumatelný pouze z toho důvodu, že jednotlivé argumenty, na nichž žalobní námitka stojí, výslovně nepopře. Stěžovatel tak fakticky brojí proti tomu, že jeho názoru krajský soud nepřisvědčil.“ (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 11. 2009, č. j. 2 Afs 54/2009-88, nebo ze dne 25. 3. 2010, č. j. 5 Afs 25/2009-98, rozhodnutí správních soudů jsou dostupná na www.nssoud.cz). Uvedené závěry lze dle krajského soudu analogicky použít i k hodnocení přezkoumatelnosti rozhodnutí správních orgánů, a proto, je-li v odůvodnění rozhodnutí správního orgánu obsažena dostatečně podrobná a přesvědčivá oponentura k tvrzení účastníka řízení, nelze dle krajského soudu považovat takové rozhodnutí za nepřezkoumatelné pouze z důvodu, že se správní orgán nevyjádřil ke každému jednotlivému argumentu účastníka řízení. Nadto krajský soud uvádí, že z napadeného rozhodnutí je zjevné, že předseda ÚOHS se námitkami žalobce, které jmenuje v žalobě proti napadenému rozhodnutí, zabýval a vypořádal se s nimi, konkrétně s námitkou, že § 100 odst. 2 ZZVZ nestanovuje povinnost jednat určitým způsobem, se předseda ÚOHS vypořádal v bodech 64-75 napadeného rozhodnutí, s námitkou, že

žalovaný neposuzoval veškeré kumulativní podmínky pro určení náhradního dodavatele, se pak předseda ÚOHS vypořádal v bodech 42-52 napadeného rozhodnutí.

16. Z hlediska meritorního podstatu nyní projednávané věci představuje nesouhlasná polemika žalobce se závěry předsedy ÚOHS i žalovaného, týkajících nedodržení § 100 odst. 2 ZZVZ při nastavení podmínek pro uplatnění výhrady změny dodavatele v průběhu realizace veřejné zakázky žalobce, a to tím, že jednoznačně nevymezil způsob určení nového dodavatele v případě změny dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, přestože si možnost této změny v zadávacích podmínkách vyhradil, resp. se stanoveným opatřením k nápravě v podobě zrušení zadávacího řízení podle § 263 odst. 3 ZZVZ a uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku podle § 263 odst. 8 ZZVZ.
17. Podle § 100 odst. 2 ZZVZ platí, že *„[z]adavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a způsob určení nového dodavatele jednoznačně vymezeny.“* Podle § 6 odst. 1 ZZVZ platí, že *„[z]adavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.“*
18. Ze správního spisu se podává, že žalobce zahájil dne 30. 8. 2018 zadávací řízení pro realizaci veřejné zakázky odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení v otevřeném řízení. Podle bodu 3.1 zadávací dokumentace je předmětem plnění veřejné zakázky *„plnění spočívající v poskytování služby zajištění provozu odbavovacích zařízení určených do vozidel dopravců a předprodejních kanceláří ve veřejné linkové osobní dopravě v Libereckém kraji. Předmětem plnění budou tři základní druhy odbavovacích zařízení, a to: 1. Odbavovací zařízení pro příměstskou autobusovou dopravu (PAD) Libereckého kraje, 2. Odbavovací zařízení pro městskou hromadnou dopravu (MHD) ve městech v Libereckém kraji a 3. Odbavovací zařízení pro předprodejní kanceláře.“* Dále jsou předmětem veřejné zakázky *„služby přemontáže odbavovacích zařízení ze stávajícího vozidla dopravce, ve kterém bylo odbavovací zařízení instalováno do nového vozidla dopravce (zejména v případech změny dopravce nebo v případech pravidelné průběžné obnovy vozového parku dopravce) a služby rozvoje SW dodaného v rámci řešení.“* Přepokládaná hodnota veřejné zakázky byla žalobcem nastavena na částku 38 000 000 Kč bez DPH na dobu 60 měsíců. Podle bodu 3.3 zadávací dokumentace žalobce stanovil, že *„[z]adavatel si v souladu s § 100 odst. 2 Zákona vyhrazuje právo změnit dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky, budou-li splněny tyto podmínky: a) bude ukončen smluvní vztah s původním dodavatelem v průběhu prvních 24 kalendářních měsíců platnosti a účinnosti smlouvy na realizaci veřejné zakázky, b) nový dodavatel bude vybrán z okruhu účastníků, jejichž nabídky byly v zadávacím řízení veřejné zakázky hodnoceny a u nichž se s přihlédnutím k okolnostem nelze domnívat, že by nesplnily podmínky účasti v zadávacím řízení, a c) nový dodavatel akceptuje smluvní podmínky v rozsahu odpovídajícím smluvním podmínkám mezi zadavatelem a původním dodavatelem.“*
19. Krajský soud se při věcném přezkumu nejprve zabýval dílčí námitkou žalobce, že řízení o návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, podanému společností EM TEST ČR spol. s r.o. dne 9. 11. 2018, mělo být zastaveno, neboť tomuto návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, přičemž dospěl k závěru, že tato námitka není důvodná.
20. Námitky společnosti EM TEST ČR spol. s r.o. ze dne 18. 10. 2018 se v části F věnují rizikům spojeným *„s možností odstoupení Zadavatele od smlouvy ve vazbě na právo Zadavatele změnit poskytovatele.“* Dle krajského soudu z této části námitek zjevně vyplývá, že navrhovatel brojí proti potencionálnímu riziku v podobě nastavení podmínek pro

odstoupení od smlouvy tak, že ani dodavatel, který by vyhrál zadávací řízení, by nebyl vždy schopen naplnění podmínek pro odstoupení od smlouvy zabránit, přičemž s ohledem na nastavení výhrady změny dodavatele by pak zůstalo zcela na libovůli zadavatele, jakého jiného dodavatele by si z okruhu původních účastníků zadávacího řízení vybral. V tom spatřoval navrhovatel možnou snahu zadavatele o výběr dodavatele dle jeho uvážení bez ohledu na výsledek výběrového řízení. Konečně navrhovatel v závěrečném odstavci této části uvedl, že „výše uvedené podmínky“ tedy nastavení možnosti odstoupení od smlouvy ve spojení s nastavením výhrady změny dodavatele, jsou v rozporu s § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ. Dle krajského soudu jsou tyto námitky dostatečně specifické do té míry, aby i při naplnění zásady koncentrace při podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 251 odst. 4 ZZVZ mohly být v tomto návrhu uplatněny. Z námitek je totiž zjevné, že navrhovatel brojil i proti nezákonnému nastavení výhrady změny dodavatele dle § 100 odst. 2 ZZVZ, ačkoliv tvrzení o porušení tohoto ustanovení není v námitkách explicitně uvedeno. Podstatným však dle krajského soudu zůstává, že již v námitkách společnost EM TEST ČR spol. s r.o. uvedla tvrzení, že předmětná část zadávací dokumentace není v souladu se zákonem a vysvětlila, v čem onu nezákonnost spatřuje. Je pravdou, že v návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele je tvrzená nezákonnost nastavení výhrady změny dodavatele žalobcem popsána ze strany navrhovatele podrobněji, než v námitkách ze dne 18. 10. 2018, na druhou stranu se však jedná převážně o reakci na tvrzení žalobce v odpovědi na námitky z 30. 10. 2018, že podmínky pro uplatnění výhrady změny dodavatele v průběhu realizace veřejné zakázky jsou nastaveny zcela v souladu s § 100 odst. 2 ZZVZ.

21. Námitku žalobce, že podmínky pro uplatnění výhrady změny dodavatele jsou v souladu se zákonnými požadavky, musí krajský soud taktéž vyhodnotit jako nedůvodnou. Krajský soud se ztotožňuje se závěry předsedy ÚOHS, potažmo žalovaného, že žalobce nastavil podmínky pro uplatnění výhrady změny dodavatele netransparentním způsobem. Z odborné literatury, na kterou ostatně poukazuje i žalobce, vyplývá, že „[r]ovněž určení nového dodavatele není zákonem blíže limitováno. Z povahy věci však vyplývá, jak uvádí rovněž DZ, že takové určení nesmí být na libovůli zadavatele. Autoři komentáře se domnívají, že musí být alespoň obecným způsobem předem stanoven okruh osob, z nichž může být nový dodavatel vybrán; samozřejmě čím bude výhrada jednoznačnější, tím je postup zadavatele bezpečnější. Může se jednat například o: - účastníka původního zadávacího řízení, který se umístil jako další v pořadí za vybraným dodavatelem, nebo – některého z poddodavatelů, uvedeného v rámci nabídky dodavatele, doplněného do seznamu subdodavatelů nebo nahlášeného v souladu s § 105 odst. 3 před tím, než nastala rozhodná událost pro změnu dodavatele“ (Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání.* Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 610). Dle krajského soudu však žalobce tuto literaturu nesprávně vykládá, když tvrdí, že pro dostatečně transparentní způsob výběru náhradního dodavatele postačí, když určí okruh osob, ze kterých bude náhradní dodavatel vybrán. V první řadě totiž žalobce zcela pomíjí část této literatury za dvojtečkou, v níž autoři jako příklad uvádí stanovení náhradního dodavatele v podobě uchazeče původního zadávacího řízení, jenž se v zadávacím řízení umístil „jako další v pořadí.“ Z uvedeného textu nadto zřetelně vyplývá požadavek na podrobnější specifikaci kritérií pro výběr náhradního uchazeče, aby byl postup zadavatele bezpečnější.
22. Krajský soud je pak toho názoru, že pro to, aby byly dostatečně transparentně nastaveny podmínky pro určení náhradního dodavatele ve smyslu § 100 odst. 2 ZZVZ není nezbytné,

aby byl jmenován konkrétní dodavatel, jenž se má stát v případě uplatnění výhrady změny dodavatele tímto náhradním dodavatelem, je však třeba trvat na dodržení požadavku, aby z podmínek pro uplatnění výhrady změny dodavatele byl zcela seznatelný a předvídatelný mechanismus, na základě kterého bude možno dojít k jednomu konkrétnímu dodavateli, jemuž je zadavatel povinen při uplatnění výhrady změny dodavatele navrhnout převzetí závazku ze smlouvy s původním dodavatelem, podobně jako musí být nastaven mechanismus pro jednoznačný výběr původního (prvotního) dodavatele v zadávacích podmínkách každého zadávacího řízení. V případě, že by tento náhradní dodavatel do původního závazku realizace veřejné zakázky vstoupit nechtěl, měly by zadávací podmínky obsahovat rovněž podmínky pro výběr dalšího potencionálního dodavatele až do té doby, kdy zadavatel úspěšně změnu dodavatele provede, případně kdy se rozhodne zahájit k realizaci veřejné zakázky nové výběrové řízení.

23. Tyto požadavky ovšem dle krajského soudu žalobce v nyní projednávaném případě nesplnil, jelikož ze zadávací dokumentace je zjevné, že sice stanovil okruh osob, ze kterých je možno vybírat náhradního dodavatele při využití výhrady změny dodavatele, nestanovil již však onen konkrétní mechanismus pro výběr daného dodavatele z tohoto okruhu potencionálních dodavatelů. V případě uplatnění výhrady změny dodavatele by tak bylo zcela na rozhodnutí žalobce, kterého dodavatele by si z výše uvedeného okruhu vybral, aniž by bylo jeho uvážení omezeno předem nastavenými kritérii a podmínkami. Takový postup dle krajského soudu není v souladu s § 100 odst. 2 ZZVZ, což ostatně koresponduje s Důvodovou zprávou k § 100 odst. 2 ZZVZ, dle které „[p]říkladem možnosti změny v osobě dodavatele je taková změna, kdy veřejnou zakázku bude podle předem stanovených pravidel plnit jiná osoba než vybraný dodavatel, tj. zadávacího řízení se bude společně účastnit stavební společnost a subjekt financující projekt (banka) a následně, po ukončení zadávacího řízení, plnění veřejné zakázky převezme účelově založená provozní společnost. Zadavatel vždy musí v zadávací dokumentaci jasně vymežit okolnosti, za kterých může k takové změně dojít, tj. (i) v zadávací dokumentaci musí být jasně a nezpochybnitelně vymezeny podmínky pro změnu osoby dodavatele a (ii) způsob jakým bude nový dodavatel určen. Není tedy například možné, aby si zadavatel vyhradil, že vybraného dodavatele nahradí jiný dodavatel vybraný zadavatelem mimo zadávací řízení.“
24. Přestože se tedy krajský soud ztotožňuje s názorem žalovaného, resp. předsedy ÚOHS ohledně hodnocení zákonnosti postupu žalobce při stanovení podmínky pro určení náhradního dodavatele ve smyslu § 100 odst. 2 ZZVZ, krajský soud za důvodnou shledává námitku žalobce, v níž namítá nepřiměřenost žalovaným zvoleného opatření k nápravě v podobě zrušení zadávacího řízení podle § 263 odst. 3 ZZVZ (a v návaznosti na to uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku podle § 263 odst. 8 ZZVZ), a to z následujících důvodů.
25. Krajský soud sice obecně nerozporuje názor předsedy ÚOHS, že v případě naplnění podmínek pro použití § 263 odst. 3 ZZVZ, dle něhož „stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu s tímto zákonem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení“, je nezbytné přistoupit ke zrušení zadávacího řízení. Z uvedeného ovšem nelze dle krajského soudu dovodit tak kategorický závěr, že jakýkoliv rozpor zadávací dokumentace se ZZVZ bude vždy *stricto sensu* nutně představovat „rozpor zadávacích podmínek se zákonem“, neboť by to znamenalo, že jakékoliv (i sebemenší) pochybení dodavatele při stanovení zadávacích podmínek by nutně vždy mělo za následek uplatnění nápravného opatření *ultima ratio* v podobě zrušení zadávacího řízení, bez ohledu na

vzájemnou souvislost a intenzitu takového pochybení na samotný výsledek zadávacího řízení (výběr zadavatele či návrhu). Jak ostatně sám žalovaný ve své rozhodovací praxi uvádí (viz např. rozhodnutí ze dne 25. 10. 2019, č. j. ÚOHS-S0612/2016/VZ-29399/2019/531/MHo), „základním smyslem zadávacího řízení a jeho hlavním účelem je zadání veřejné zakázky, k němuž by mělo veškeré jednání zadavatele směřovat, přičemž zrušení zadávacího řízení je nejintenzivnějším zásahem do jeho průběhu, v jehož důsledku je zadávací řízení ukončeno a zadání veřejné zakázky logicky znemožněno. Zrušení zadávacího řízení je tedy nutno vnímat jako prostředek ‚ultima ratio‘, tzn. k jeho aplikaci je zadavatel oprávněn výhradně tehdy, kdy již skutečně neexistuje ‚cesty zpět‘, jak by bylo lze jím zjištěné porušení zákona napravit. Zrušení zadávacího řízení tedy představuje až poslední možnost, když zadavatel zjistí, že už opravdu neexistuje možnost jiného méně intenzivního ‚zásahu‘, jak zjištěné porušení zákona napravit a zadávací řízení úspěšně dokončit (ocitne se v bezvýchodné situaci), a tím dosáhnout jeho účelu, tedy zadání veřejné zakázky.“ Žalovaný sice tuto úvahu rozvedl ve vztahu ke zrušení zadávacího řízení přímo zadavatelem, na samotné povaze a závažnosti opatření v podobě zrušení zadávacího řízení to nic nemění, tím spíše, je-li přijímáno „vrchnostensky“ ze strany veřejné moci (žalovaného) a tedy proti vůli dotčeného subjektu. V těchto případech je vždy nezbytné zohlednit zásadu přiměřenosti přijatého opatření z hlediska závažnosti jeho dopadů do právní sféry jím dotčených subjektů (a to nikoliv pouze přímého adresáta takového opatření, typicky zadavatele)

26. V tomto případě se krajský soud ztotožňuje s argumentací žalobce, že je potřeba rozlišovat mezi zadávacími obligatorními podmínkami, u kterých ZZVZ nezbytně předpokládá určité nastavení pro řádný průběh zadávacího řízení, a podmínkami, které si zadavatel může za splnění určitých podmínek fakultativně zvolit. Z citovaného § 100 odst. 2 ZZVZ přitom dle krajského soudu vyplývá, že zadavatel si může vyhradit v zadávací dokumentaci změnu dodavatele v průběhu realizace veřejné zakázky, avšak pouze za předpokladu, že splní určité podmínky pro možnost využití této výhrady. Jinými slovy, ZZVZ a priori umožňuje zadavatelům vyhradit si změnu dodavatele v průběhu zadávacího řízení, pokud však tato změna nebude v souladu se ZZVZ, nemůže ji zadavatel v průběhu realizace zadávacího řízení využít.
27. Tomu ostatně odpovídá také skutečnost, že dle § 222 odst. 1 ZZVZ platí, že „[n]ení-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona“, přičemž dle § 222 odst. 10 písm. a) ZZVZ platí, že „[p]odstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je také nahrazení dodavatele jiným dodavatelem. Nahrazení dodavatele jiným dodavatelem je však možné a) v případě uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 2.“ Dle krajského soudu se tak v případě uplatnění výhrady změny dodavatele v průběhu realizace veřejné zakázky nejedná o zadávací podmínku *stricto sensu* ve smyslu § 263 odst. 3 ZZVZ, kterou by bylo nezbytně nutné splnit pro řádný průběh zadávacího řízení, neboť ZZVZ obsahuje vlastní kontrolní mechanismus pro dodržení nastavení podmínek ve smyslu § 100 odst. 2 ZZVZ, a tím je zákaz využít změnu dodavatele v průběhu zadávacího řízení pro porušení § 222 odst. 1 a 10 ZZVZ, nejsou-li podmínky pro využití této výhrady splněny. Pokud by se pak rozhodl zadavatel využít změnu dodavatele v průběhu realizace veřejné zakázky v rozporu s citovanými ustanoveními ZZVZ, byl by dán prostor pro zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a zrušení konkrétního úkonu v podobě změny dodavatele dle § 263 odst. 2 ZZVZ, a to buď v řízení, zahájeném z moci úřední, nebo v řízení o

námítkách ve vztahu k úkonu zadavatele ve smyslu § 241 ZZVZ či následném řízení o přezkoumání úkonů zadavatele na základě návrhu dle § 249 a násl. ZZVZ.

28. Jestliže tedy dle krajského soudu existuje kontrolní mechanismus pro dohled nad dodržováním uplatnění výhrady změny dodavatele v souladu s § 100 odst. 2 ZZVZ, který ve svém důsledku zajišťuje, že nenastaví-li zadavatel podmínky pro výhradu změny dodavatele v průběhu realizace veřejné zakázky v souladu se zákonem, nemůže podle § 222 odst. 1 a 10 ZZVZ přistoupit zadavatel ke změně dodavatele jiným způsobem, než vyhlášením nového zadávacího řízení, bylo by v rozporu se smyslem ZZVZ považovat nedodržení podmínek pro uplatnění výhrady změny dodavatele v průběhu realizace veřejné zakázky rovněž za porušení zadávacích podmínek ve smyslu § 263 odst. 3 ZZVZ, jehož důsledkem je zrušení zadávacího řízení jako celku. V takovém případě by totiž byl onen kontrolní mechanismus pro dohled nad dodržováním podmínek pro uplatnění výhrady změny dodavatele v souladu s § 100 odst. 2 ZZVZ zcela zbytečný – v případě nedodržení těchto podmínek by vždy muselo dojít ke zrušení celého zadávacího řízení, a to bez ohledu na skutečnost, že výhrada změny dodavatele a tedy ani nastavení podmínek v rozporu s § 100 odst. 2 ZZVZ se v průběhu realizace veřejné zakázky vůbec nemusí projevit, tzn. že zadavatel v celém průběhu trvání veřejné zakázky nepřistoupí ke změně dodavatele. Tato situace je tak odlišná kupříkladu od podmínek stanovených v § 97 ZZVZ, na který odkazuje i žalobce, z něhož vyplývá, že pokud se zadavatel rozhodne umožnit prohlídku místa plnění (ač nemusí), současně se s touto volbou zavazuje dodržet zde striktně stanovené podmínky pro její výkon.

V. Závěr a náklady řízení

29. S ohledem na výše uvedené krajský soud napadené rozhodnutí předsedy ÚOHS zrušil pro nezákonnost [§ 78 odst. 1 s. ř. s.] a současně mu věc vrátil k dalšímu řízení. V dalším řízení je předseda ÚOHS vázán právním názorem soudu [§ 78 odst. 5 s. ř. s.] a bude tedy na něm, aby zajistil nápravu shora vytčených vad.
30. O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl.
31. Žalobce dosáhl v řízení o žalobě plného úspěchu, a proto má právo na náhradu nákladů řízení vůči žalovanému. Ze spisu vyplývá, že žalobci vznikly toliko náklady na zaplacení soudního poplatku za zahájení řízení ve výši 3 000 Kč, krajský soud proto přiznal žalobci náhradu nákladů řízení v této výši.

Poučení:

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

Brno 29. května 2020

JUDr. Zuzana Bystřická v.r.
předsedkyně senátu