



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců Mgr. Petra Pospíšila a JUDr. Faisala Husseinioho, Ph.D., v právní věci žalobce: **Vodovody a kanalizace Znojemska, zájmové sdružení obcí**, se sídlem Znojmo, Kotkova 2518/20, zastoupeného Mgr. Ing. Tomášem Horkým, advokátem se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 1844/28, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 7. 2015, č. j. ÚOHS-R104/2015/VZ-16664/2015/322/LKo,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 7. 2015, č. j. ÚOHS-R104/2015/VZ-16664/2015/322/LKo, **se zrušuje** a věc **se vrací** k dalšímu řízení žalovanému.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení částku 23 570 Kč, a to k rukám jeho advokáta Mgr. Ing. Tomáše Horkého do třiceti od právní moci tohoto rozsudku.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci a shrnutí průběhu zadávacího a správního řízení

[1] V záhlaví označeným rozhodnutím předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „předseda Úřadu“) zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 24. 3. 2015, č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-7690/2015/532/KSt, vydané ve věci přezkoumání úkonů žalobce coby zadavatele učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „*Zajištění kvality pitné vody pro SV Znojmo*“ v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 22. 7. 2011 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 26. 7. 2011, a jehož zrušení bylo uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 6. 2. 2012 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 2. 2012.

[2] Ve výroku I. rozhodnutí ze dne 24. 3. 2015 žalovaný dospěl k závěru, že žalobce jakožto zadavatel „*nedodržel postup stanovený v § 84 odst. 2 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku „Zajištění kvality pitné vody pro SV Znojmo“ zadávanou formou užšího řízení, [...], aniž by se v jeho průběhu vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nebylo možné po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.*“

[3] Výrokem II. téhož rozhodnutí pak žalovaný jako opatření k nápravě podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění účinném ke dni zahájení zadávacího řízení (dále též „ZVZ“), zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 24. 1. 2012 o zrušení předmětného zadávacího řízení. Výrokem III. žalovaný uložil žalobci povinnost k úhradě nákladů řízení v paušální výši 30 000 Kč.

[4] V odůvodnění žalovaný konstatoval, že žalobce zrušil zadávací řízení v rozporu s § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ, na nějž odkazoval. Žalobce při losování, jímž omezoval počet zájemců dle § 61 ZVZ, použil neprůhlednou nádobu, z níž byly rukou vytahovány losovací listky. Tuto neprůhlednou nádobu přitom lze „*považovat za mechanické zařízení, protože se jedná o zařízení, které funguje na mechanickém principu a lze ho ovládat mechanicky, tedy např. rukou, což je možné považovat za mechanický způsob ovládání*“ (bod 152. rozhodnutí žalovaného). Dané losování tedy bylo provedeno v souladu s § 61 odst. 4 ZVZ, neboť se jednalo o losování provedené prostřednictvím mechanického zařízení. Zároveň tak byly v souladu se zákonem zadávací podmínky ve znění dodatečných informací ze dne 4. 8. 2011, jež tento způsob omezení počtu zájemců stanovily. Tyto skutečnosti tudíž nemohly být důvodem pro zrušení zadávacího řízení. Žalovaný dále po rozsáhlém dokazování dospěl k závěru, že v souladu se zákonem byl též samotný akt losování konaný dne 14. 12. 2014. Losování jednak proběhlo takovým způsobem, jakým jej zadavatel popsal v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 4. 8. 2011, jednak „*proběhlo řádným a férovým způsobem, tedy takovým způsobem, který nevyvolává pochybnosti o jeho férovosti a že nic nenasvědčuje tomu, že by v jeho průběhu nastaly okolnosti, které by vedly k porušení zásady transparentnosti losování*“ (bod 175. rozhodnutí žalovaného).

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

[5] Ve včas podané žalobě žalobce v první řadě zrekapituloval průběh obou zadávacích řízení, jakož i průběh řízení správního. Zdůraznil, že předmětné rozhodnutí žalovaného bylo již třetím rozhodnutím ve věci, předchozí dvě (o zamítnutí návrhu) předseda Úřadu vždy zrušil. Žalovaný z předchozích rozhodnutí rozkladového orgánu mylně vygeneroval závazný právní názor, který v nich však obsažen nebyl. Předseda Úřadu pak zjevně nechtěl rozhodnutí žalovaného potřeby rušit, protože uvedl, že žalovaný svůj závěr dostatečně odůvodnil.

[6] Žalobce dodal, že po zrušení užšího zadávacího řízení vypsál novou veřejnou zakázku s tímž předmětem plnění, a to v režimu otevřeného zadávacího řízení. Tato veřejná zakázka byla ke dni rozhodnutí předsedy Úřadu již úspěšně skončena, byla uzavřena smlouva, na jejím základě bylo plněno a dokončené stavební dílo bylo ve zkušebním provozu. Předmětné plnění již tedy žalobce nepotřebuje. Vedle toho Státní fond životního prostředí coby poskytovatel dotací v mezidobí vydal negativní doporučení k použití institutu losování. Žalovaný tudíž nutil žalobce pokračovat v postupu, jenž byl zároveň kritizován poskytovatelem dotace. Vzhledem k uvedenému měl žalovaný, resp. předseda Úřadu řízení zastavit pro bezpředmětnost dle § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád.

[7] Žalobce dále namítl, že v daném případě byly dány důvody hodné zvláštního zřetele ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ, pro něž po něm nebylo možno požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Způsob losování, tj. losování prováděné vytahováním papírových lístků rukou z neprůhledné nádoby, neodpovídal požadavku zákona, aby losování bylo provedeno prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení (§ 61 odst. 4 ZVZ). Tento způsob losování byl uveden v zadávacích podmínkách a současně uplynula lhůta pro podání žádosti o účast v zadávacím řízení, předmětná vada tak již byla neodstranitelná.

[8] V průběhu zadávacího řízení došlo též k porušení zásady transparentnosti. Tato zásada byla pojmově porušena již samotným způsobem losování. Vedle toho pak byla použita neprůhledná nádoba, která přítomným uchazečům prakticky znemožnila sledovat samotný akt losování. Notář pak průběh losování toliko neosvědčoval, ale přímo se na něm podílel skládáním losovacích lístků. Žalobce též neumožnil zájemcům zkontrolovat před zahájením losování „zařízení“ efektivním způsobem, jak plyne z § 61 odst. 5 ZVZ. Ve správním řízení nebylo zjištěno, jakým způsobem reálně došlo k promíchání losovacích lístků, zda přímo rukou či jejich protřepáním v nádobě. Vznikla tak pochybnost, zda losování proběhlo způsobem popsáním v zadávacích podmínkách. Porušení zásady transparentnosti přitom namítalo hned několik uchazečů.

[9] Žalobcovo rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. 1. 2012 bylo přijato v souladu se zákonem. Zjištěné vady přitom nebylo možno odstranit jinak než zrušením zadávacího řízení jako celku, neboť žalobce neměl možnost přijmout jiné opatření k nápravě. V dané situaci se jednalo o nejférovější řešení. Vzhledem k financování prostřednictvím finančních prostředků měl žalobce současně zájem na co nejtransparentnějším průběhu zadávacího řízení. Všichni účastníci zrušeného zadávacího řízení posléze měli možnost účastnit se nového zadávacího řízení, jež bylo vypsáno jako otevřené bez omezení počtu uchazečů. Nedošlo tak ani k narušení hospodářské soutěže.

[10] Z výše uvedených důvodů žalobce navrhl, aby soud rozhodnutí předsedy Úřadu, stejně jako rozhodnutí žalovaného, zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

[11] Žalobce později žalobu rozhojnil (a to zejména k otázce případné aplikace § 66 odst. 1 správního řádu) replikou k vyjádření žalovaného ze dne 22. 3. 2016, triplikou ze dne 13. 6. 2016, a dále podáním ze dne 13. 10. 2017 pojmenovaným jako *Označení důkazů a doplnění argumentace*, které se týkalo zejména splnění předmětu zakázky v jiném zadávacím řízení a závěrů orgánů poskytujících dotace.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě

[12] Ve vyjádření k žalobě žalovaný uvedl, že na závěrech plynoucích z napadeného rozhodnutí trvá. Konstatoval, že v daném případě nebylo možné aplikovat § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, neboť v přezkoumávaném zadávacím řízení nebyla uzavřena smlouva. Žalovaný dodal, že vydaným rozhodnutím neuložil žalobci povinnost uzavřít v předmětném zadávacím řízení smlouvu. Pojem mechanické zařízení použitý v § 61 odst. 4 ZVZ vyjadřuje, že k jeho použití není třeba jiné energie např. elektrické, nýbrž postačuje jednoduché až automatické ovládání zejména lidskou silou. Smyslem novelizace zákona nebylo vyloučit jakoukoli ingerenci lidského faktoru. Tento faktor totiž *de facto* nelze vyloučit nikdy. Žalovaný navrhl, aby soud žalobu zamítl.

[13] K replice žalobce ze dne 22. 3. 2016 týkající se zejména možného zastavení řízení se žalovaný dále vyjádřil v duplice ze dne 12. 4. 2016.

IV. Jednání konané dne 20. 10. 2017

[14] Při jednání žalobce i žalovaný setrvali na svých již dříve písemně uplatněných argumentech. Soud podrobně konstatoval úplný obsah soudního a správního spisu. V rámci dokazování četl listiny doložené žalobcem, jež současně nebyly obsahem správního spisu.

V. Posouzení věci soudem

[15] Zdejší soud přezkoumal v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejících jejich vydání, a shledal, že **žaloba je důvodná**.

[16] Jak vyplynulo ze správního spisu, v rámci předmětného zadávacího řízení žalobce coby zadavatel dne 24. 1. 2012 rozhodl o zrušení zadávacího řízení. Proti tomuto rozhodnutí brojil jeden z uchazečů námitkami a posléze též návrhem k žalovanému. Zde je nutno uvést, že pro rozsah přezkumu tohoto úkonu zadavatele je podstatný jeho konkrétní obsah. V předmětném rozhodnutí tedy žalobce (v části označené jako 2. *ROZHODNUTÍ ZADAVATELE*) uvedl, že zadávací řízení ruší v souladu s § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ, „*protože v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.*“ V části označené jako 3. *ODŮVODNĚNÍ* pak žalobce konstatoval, že „*postupně obdržel námitky čtyř uchazečů proti způsobu, kterým byl proveden*

výběr při omezení počtu zájemců v užším řízení. Stěžovatelé namítají, že výběr resp. losování bylo provedeno netransparentně a v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách. Zadavatel proto znovu přezkoumal správnost svého postupu a správnost zadávací dokumentace a dospěl k závěru, že losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby bylo v rozporu s § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách č. 137/2006 Sb. ve znění rozhodném ke dni zahájení zadávacího řízení, a že zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací rovněž není v souladu s citovaným zákonem. Vzhledem k tomu, že zjištěné pochybení nelze napravit jiným způsobem (losování nelze opakovat, neboť nelze najít způsob, který by byl v souladu s § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a současně v souladu se zadávací dokumentací ve znění dodatečných informací), rozhodl zadavatel o zrušení zadávacího řízení.“

[17] Z uvedené citace je zřejmé, že žalobce coby důvod pro zrušení zadávacího řízení konkrétně uvedl pouze to, že v rozporu s § 61 odst. 4 ZVZ byl samotný způsob losování (tedy „losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby“), přičemž toliko z tohoto důvodu je v rozporu se zákonem též zadávací dokumentace. Prováděl-li tedy žalovaný poměrně rozsáhlé dokazování a právní úvahy ohledně samotného průběhu losování, činil tak nadbytečně, neboť pro konkrétní a jasně určené vady průběhu samotného aktu losování žalobce zadávací řízení nezrušil. Z tohoto důvodu se ani soud nebude zabývat žalobními body směřujícími proti právním závěrům správních orgánů ohledně samotného průběhu losovacího aktu.

[18] Pokud pak jde o otázku, zda žalobcem v zadávací dokumentaci (ve znění dodatečných informací) definovaný způsob losování ručním vytahováním lístků z losovací nádoby byl v souladu s § 61 odst. 4 ZVZ, tu se soud plně ztotožnil s argumentací žalobce.

[19] V rámci institutu omezení počtu zájemců v užším řízení (§ 61 ZVZ) byla původně možnost losování upravena poměrně vágně. Zjevně v návaznosti na některé protizákonné praktiky (viz např. tzv. Karlovarská losovačka) bylo předmětné ustanovení s účinností od 15. 9. 2010 novelizováno zákonem č. 179/2010 Sb. Konkrétně do jeho odstavce 4 byla vložena zvýrazněná část citace: *Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování.* S účinností od 1. 4. 2012 pak byla možnost losování ze zákona o veřejných zakázkách zcela odstraněna zákonem č. 55/2012 Sb.

[20] V nyní projednávané věci soud již z prvotního přiblížení se právní normě shledal konstrukci správních orgánů o tom, že roli mechanického zařízení plnila sama neprůhledná nádoba, za neudržitelnou. Je zjevné, že úmyslem zákonodárce bylo co nejvíce ztížit fyzickou manipulaci losování. Závěry správních orgánů však jsou s tímto úmyslem zcela v protikladu. Dle názoru soudu by mělo mechanické zařízení samo vygenerovat jednotlivé vylosované (ať už lístky, balonky či jiné předměty), tedy takový mechanismus by měl být jeho součástí. Takovým mechanismem však rozhodně nemohla být ruka osoby provádějící losování. Lidský faktor samozřejmě nelze plně vyloučit, např. i mechanické zařízení musí být uvedeno do chodu, avšak v daném případě aplikace zjištěného skutkového stavu na právní normu neodpovídá její zřejmé podstatě.

[21] Nutno tedy dojít k závěru, že způsob losování stanovený v zadávací dokumentaci byl v rozporu se zákonem, stejně tak losování skutečně provedené tímto způsobem. Správní orgány však dospěly k závěru opačnému, a na jeho základě zrušily rozhodnutí žalobce o zrušení zadávacího řízení. Soud tedy shledal, že právní názor žalobce v tomto ohledu obstál. V dalším řízení se tedy žalovaný bude zabývat dalšími podmínkami, za jejichž splnění může zadavatel přistoupit ke zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ [v daném případě tedy zejména tím, zda žalobce zadávací řízení zrušil *bez zbytečného odkladu*, a dále též otázkou proporcionality postupu žalobce mezi skutečností porušení zákona, jež zde bylo v podstatě již od počátku zadávacího řízení (bylo součástí zadávací dokumentace v příslušném znění) a skutečností, zda za daných okolností byl žalobce skutečně nucen zadávací řízení zrušit].

[22] Závěrem soud považuje za nezbytné též uvést, že v daném případě nebyly dány podmínky pro zastavení řízení pro jeho bezpředmětnost dle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, neboť jak plyne z relevantní judikatury Nejvyššího správního soudu, tato povinnost je dovozována zejména z přezkumných a dozorových pravomocí žalovaného (§ 112 a násl. ZVZ), a to konkrétně ze skutečnosti, zda v *daném zadávacím řízení* došlo k uzavření smlouvy. Tak tomu ovšem v nyní souzené věci nebylo.

VI. Závěr a náklady řízení

[23] Z výše uvedených důvodů soud shledal rozhodnutí předsedy Úřadu nezákonným. Proto jej zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení (§ 78 odst. 1, 4 s. ř. s.). V něm bude žalovaný vázán právním názorem vysloveným v tomto rozsudku (§ 78 odst. 5 s. ř. s.).

[24] Žalobce dosáhl v řízení o žalobě plného úspěchu, a proto má právo na náhradu důvodně vynaložených nákladů řízení před soudem vůči žalovanému (§ 60 odst. 1 s. ř. s.). Odměna advokáta a náhrada hotových výdajů byla stanovena podle § 35 odst. 2 s. ř. s. a vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif). V daném případě se jednalo o pět úkonů právní služby (převzetí a příprava zastoupení, žaloba, replika ze dne 22. 3. 2016, podání ze dne 13. 10. 2017, a účast při jednání soudu dne 20. 10. 2017) ve výši 5 x 3 100 Kč, a pět režijních paušálů ve výši 5 x 300 Kč [§ 7, § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. a), d), g), § 13 odst. 3 advokátního tarifu], tedy celkem 17 000 Kč. Protože advokát žalobce je plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšují se náklady řízení o částku 3 570 Kč, odpovídající dani, kterou je povinen z odměny za zastupování a z náhrad hotových výdajů odvést podle zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty (§ 57 odst. 2 s. ř. s.).

[25] Soud naopak žalobci nepřiznal náhradu nákladů souvisejících s jeho triplikou ze dne 13. 6. 2016, neboť argumentace v ní užitá pro věc nepřinesla ničeho nového, nejednalo se tudíž o účelně vynaložený náklad ve smyslu § 60 odst. 1 s. ř. s.

[26] Žalobci dále přísluší náhrada za zaplacený soudní poplatek za žalobu ve výši 3 000 Kč. Celkem tedy byla žalobci vůči žalovanému přiznána náhrada nákladů ve výši 23 570 Kč. K jejímu zaplacení soud určil přiměřenou lhůtu.

P o u ě n í : 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.

V Brně dne 20. října 2017

JUDr. Zuzana Bystřická, v.r.
předsedkyně senátu