



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně Jitky Zavřelové a soudců Petra Mikeše a Milana Podhrázkého v právní věci žalobkyň: **a) Dopravní společnost Ústeckého kraje, příspěvková organizace**, sídlem Velká Hradební 3118/48, Ústí nad Labem, zastoupená Mgr. Martinem Kramářem, LL.M., advokátem, sídlem Křížovnické náměstí 193/2, Praha 1, **b) ZLINER s.r.o.**, sídlem třída Tomáše Bati 283, Zlín, zastoupená Mgr. Tomášem Šperkou, advokátem sídlem Havlíčkova 2923/18, Prostějov, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **SOR Libchavy spol. s r.o.**, sídlem Dolní Libchavy 48, Libchavy, zastoupené JUDr. Jakubem Sýkorou, advokátem, sídlem Prvního pluku 320/17, Praha 8, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 19. 7. 2019, čj. ÚOHS-R0079,81/2019/VZ-19891/2019/322/HSc, o kasačních stížnostech žalovaného a osoby zúčastněné na řízení proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 8. 9. 2020, čj. 31 Af 61/2019-248, ve znění opravného usnesení ze dne 8. 9. 2020, čj. 31 Af 61/2019-254,

takto:

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 8. 9. 2020, čj. 31 Af 61/2019-248, ve znění opravného usnesení ze dne 8. 9. 2020, čj. 31 Af 61/2019-254, **se ruší** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení případu

[1] Žalobkyně a) jako zadavatel veřejné zakázky zahájila otevřené zadávací řízení v nadlimitním režimu na nákup linkových autobusů pro regionální dopravu, v němž mimo jiné v části 1. poptávala 90 ks dvounápravových, částečně nízkopodlažních autobusů délky 10,5 m, včetně odbavovacího a informačního systému (dále „původní otevřené řízení“). Z důvodu nepodání žádné nabídky pro tuto část veřejné zakázky žalobkyně a) původní otevřené řízení zrušila. V důsledku toho žalovaný zastavil řízení o přezkoumání

úkonů zadavatele [žalobkyně a)] zahájené na návrh osoby zúčastněné na řízení, která pokládala nastavené zadávací podmínky za diskriminační.

[2] Po zrušení původního otevřeného řízení byla veřejná zakázka zadána v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „JŘBU“), což žalobkyně a) jako zadavatel odůvodnila nepodáním žádné nabídky v původním otevřeném řízení [s odkazem na § 63 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále „ZZVZ“)]. Výsledkem tohoto JŘBU bylo, 3. 1. 2019, uzavření rámcové dohody na dodávky autobusů mezi žalobkyní a) jako zadavatelem a žalobkyní b) jako vybraným dodavatelem.

[3] Osoba zúčastněná na řízení podala 17. 1. 2019 žalovanému návrh na uložení zákazu plnění rámcové dohody (§ 254 odst. 1 ZZVZ), kterému žalovaný vyhověl a rozhodnutím z 15. 4. 2019, čj. ÚOHS-S0032/2019/VZ-10763/2019/541/AHr (dále „prvostupňové rozhodnutí“), žalobkyni a) jako zadavateli plnění rámcové dohody zakázal (§ 264 odst. 1 ZZVZ), neboť byla uzavřena v rozporu s § 254 odst. 1 písm. a) ZZVZ „*bez předchozího oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo předběžného oznámení, ačkoliv byl zadavatel povinen toto oznámení nebo předběžné oznámení uveřejnit*“. Dle žalovaného uzavřela žalobkyně a) jako zadavatel rámcovou dohodu v režimu JŘBU neoprávněně, neboť skutečnost, že v původním otevřeném řízení nebyly podány žádné nabídky, způsobila nezákonným postupem sama žalobkyně a). Jinými slovy, žalovaný dospěl k závěru, že pro použití JŘBU nebyly splněny zákonem stanovené podmínky a mělo být použito „klasické“ otevřené zadávací řízení. Nezákonný postup žalobkyně a), pro který nebyly podány žádné nabídky v původním otevřeném řízení, žalovaný spatřoval ve formulaci zadávacích podmínek původního otevřeného řízení, které měly vytvářet bezdůvodné překážky hospodářské soutěže (§ 36 odst. 1 ZZVZ), požadující minimální délku autobusů (10,5 m), minimální šířku dveří autobusů (800 mm), minimální kapacitu akumulátorových baterií (225 Ah) a minimální objem palivových nádrží (250 l).

[4] Na základě rozkladů, které podala žalobkyně b) jako vybraný dodavatel a žalobkyně a) jako zadavatel, změnil předseda žalovaného v záhlaví označeným rozhodnutím prvostupňové rozhodnutí tak, že bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže představoval toliko požadavek zadávacích podmínek na *minimální objem palivových nádrží autobusů 250 l*. K nemožnosti použít JŘBU předseda žalovaného uvedl, že § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ předpokládá konání předchozího otevřeného, užšího nebo zjednodušeného podlimitního řízení, které nepřineslo zadavateli žádnou nabídku a které proběhlo v souladu se zákonem. Důvodem nepředložení nabídky by tedy musel být nezájem potenciálních dodavatelů. Pokud ovšem byly původní zadávací podmínky nastaveny v rozporu se zákonem, nebylo možné následně JŘBU využít, neboť nebyla naplněna materiální podmínka pro jeho použití (neexistenci jakékoli nabídky totiž nezákonným postupem zavinil sám zadavatel). Předseda žalovaného se v rozhodnutí podrobně věnoval rozboru (ne)zákonnosti postupu žalobkyně a) jako zadavatele v původním otevřeném řízení. Zdůraznil zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace (§ 6 odst. 2 ZZVZ), stejně jako zásady transparentnosti a přiměřenosti (§ 6 odst. 1 ZZVZ), a popsal vztah těchto zásad k posuzování překážek hospodářské soutěže (§ 36 odst. 1 ZZVZ). Konstatoval, že důležité je zkoumat důvodnost (resp. bezdůvodnost) konkrétních zadavatelem stanovených podmínek, k jejichž stanovení je zadavatel povinen poskytnout přiměřené a logické vysvětlení. Předseda žalovaného dovodil, že v případě jednoduše splnitelných a neexcesivních podmínek zadavatel nemusí předkládat sofistikované úvahy, výpočty, či znalecké posouzení, postačuje jednoduché a logické vysvětlení. Čím

pokračování

podrobnější a specifitější však určité podmínky jsou, tím podrobněji musí být zadavatelem v případě pochybností obhájeny.

[5] Předseda žalovaného považoval za odůvodněnou podmínku délky autobusů i šíře předních nástupních dveří, kterou nevyhodnotil jako bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže. Ohledně stanovené podmínky minimální kapacity akumulátorových baterií neměl ze strany prvostupňového správního orgánu nedůvodnost tohoto požadavku za prokázanou, avšak další dokazování pro nadbytečnost neprováděl, neboť ve shodě s prvostupňovým rozhodnutím považoval za bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže požadavek na minimální objem palivové nádrže 250 l, což postačovalo k uložení zákazu plnění rámcové dohody. Požadovaný minimální objem palivové nádrže zadavatel [žalobkyně a)] zdůvodňoval plánovaným rozsahem provozu (kilometrovým průběhem vozidla), předpokládanou spotřebou a možností vícedenního provozu. Předseda žalovaného však v této souvislosti poukázal na skutečnost, že mezi objemem nádrže a dojezdem vozidla není relevantní souvztažnost, není-li současně zohledněna průměrná spotřeba vozidla. Požadavek na objem nádrže představuje sám o sobě izolovaný parametr, který nevypovídá nic o vzdálenosti, na jejíž překonání bude palivo plné nádrže postačovat. Potřebu garantovat určitý dojezd vozidla bylo možno jednoduše vyjádřit požadavkem na dojezd určitého množství kilometrů (na plnou nádrž paliva), a to při zohlednění průměrné spotřeby vozidla uvedené např. v technickém průkazu. K tvrzení zadavatele [žalobkyně a)], že osoba zúčastněná na řízení mohla vozidla vybavit větší nádrží, předseda žalovaného uvedl, že takový zásah do vozidla by se neobešel bez dodatečných nákladů.

[6] Žalobkyně a) a b) se proti rozhodnutí předsedy žalovaného bránily žalobami u Krajského soudu v Brně, který je spojil ke společnému projednání a rozhodnutí.

[7] Krajský soud podaným žalobám vyhověl rozsudkem označeným v záhlaví a rozhodnutí správních orgánů obou stupňů zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Přisvědčil žalovanému, že z hlediska smyslu a účelu § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ je nezbytné toto ustanovení vykládat tak, že důvod nepodání nabídek v původním zadávacím řízení předcházejícím JŘBU nesmí způsobit sám zadavatel. Při aplikaci tohoto ustanovení je dle krajského soudu nutno zkoumat, zda důvod nepodání žádné nabídky v předchozím zadávacím řízení nepramenil z nezákonného jednání zadavatele (např. ze stanovení zadávacích podmínek v rozporu s § 36 odst. 1 ZZVZ). Musí však být s rozumnou mírou pravděpodobnosti prokázáno, že to byla právě vada původního zadávacího řízení či více vad ve svém souhrnu, co zapříčinilo nezájem dodavatelů, a tedy musí existovat základní příčinná souvislost mezi nezákonností původního zadávacího řízení a neúčasti dodavatelů v něm. Tuto příčinnou souvislost je dle krajského soudu nutno zkoumat mezi vytýkanou vadou a rozhodnutím podstatné části dodavatelů nepodat nabídku. Nepostačuje tedy nepodání jedné nabídky jednoho z možných dodavatelů. Dle krajského soudu se žalovaný touto příčinnou souvislostí nezabýval, avšak krajský soud měl ze správního spisu a vlastního provedení dokazování (produktovými listy řady autobusů jednotlivých výrobců) za prokázané, že taková příčinná souvislost v souzené věci neexistovala, neboť podmínku minimálního objemu nádrže byla schopna bez větších obtíží splnit celá řada dodavatelů. Rovněž ze záznamů o předběžných tržních konzultacích k JŘBU se třemi vybranými dodavateli vyplynulo, že žádný z nich neuvedl, že by důvodem neúčasti v původním otevřeném řízení bylo nepřiměřeně omezující nastavení kterékoli zadávací podmínky. Správní spis neobsahuje dle krajského soudu žádný podklad pro závěr, že důvodem nepodání nabídek byla právě podmínka minimálního objemu nádrže.

[8] Přestože dle krajského soudu postačoval pro zrušení žalobou napadeného rozhodnutí výše popsany důvod, zabýval se krajský soud rovněž žalobními námitkami sporujícími závěr žalovaného, že požadavek na minimální obsah palivové nádrže stanovený v původním otevřeném řízení představoval bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže (§ 36 odst. 1 ZZVZ). Krajský soud ve shodě s žalovaným uvedl, že každá zadávací podmínka specifikující konkrétní požadované plnění vylučuje možnost poskytnout plnění jiné a tedy vytváří překážku hospodářské soutěže. Nedovolenou je však pouze taková zadávací podmínka, která překážku hospodářské soutěže vytvoří *bezdůvodně*, tedy požadavek, který zadavatel není schopen logicky odůvodnit nebo jestliže zkoumaný požadavek není s to uváděnou potřebu zadavatele naplnit anebo se jedná pouze o zástupný důvod. Za účelem hodnocení toho, zda je odůvodnění stanovených zadávacích podmínek zadavatelem dostatečné, vytvořil krajský soud algoritmus, který rozlišuje zadávací podmínky stanovící požadavky běžné (marginální), nenákladné a jednoduše splnitelné všemi potenciálními dodavateli; a dále podmínky kladoucí požadavky technicky komplikované, obtížně splnitelné a znatelně navyšující cenu plnění. V prvním případě krajský soud dospěl k závěru, že je nutno po zadavateli požadovat pouze racionální zdůvodnění, které v základní míře osvětlí souvislost mezi požadavkem zadávacích podmínek a legitimní potřebou zadavatele, avšak již není třeba blíže zkoumat, zda by tuto potřebu uspokojil rovněž jiný vhodnější požadavek (vhodněji konstruovaná zadávací podmínka). Ve druhém případě má dle krajského soudu posouzení možných alternativ nastavení zadávacích podmínek zásadní význam, přičemž mohl-li zadavatel uspokojit svou potřebu nastavením vhodnějších požadavků, kterými by snížil dopad na hospodářskou soutěž, bude se jednat o bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže.

[9] Krajský soud označil závěr žalovaného stran bezdůvodnosti stanovené zadávací podmínky na minimální objem palivové nádrže za nedostatečně skutkově podložený, neboť žalovaný k této otázce neprováděl dostatečné dokazování (jelikož požadavek na minimální objem nádrže nepovažoval za logicky odůvodněný, resp. způsobitý naplnit deklarovanou potřebu zadavatele). Krajský soud poukázal na souvislost mezi objemem palivové nádrže a potřebou zadavatele [žalobkyně a)] nenarušovat jízdní řády autobusových linek v důsledku nutnosti tankovat palivo v průběhu denního provozu. Větší objem palivové nádrže představuje dle krajského soudu delší dojezd vozidla, a požadavek proto jako legitimní ob stojí, přestože neumožňuje určit konkrétní počet kilometrů, či porovnat dojezd různých vozidel. Cílem zadavatele [žalobkyně a)] nicméně bylo pouze v základní míře garantovat určitý dojezd. Krajský soud proto v řízení doplnil dokazování, z něhož dovedl, že požadavek na minimální objem palivové nádrže 250 l nebyl v souzené věci ani nákladný, ani obtížně splnitelný. Krajský soud poukázal na nepatrné cenové rozdíly nádrží o různých objemech a jejich marginální výši ve vztahu k hodnotě celého autobusu, z produktových listů různých výrobců zjistil, že řada z nich je nabízena s nádrží o objemu 250 l a vyšším, přičemž objem nádrže je běžně nabízen variabilně dle požadavků zákazníka. Představuje-li instalace větších nádrží běžnou záležitost, měl krajský soud za to, že ani jejich výměna by neměla činit potíže těm dodavatelům, jejichž autobusy jimi v základní konfiguraci nedisponují. K námitce osoby zúčastněné na řízení, že výměna nádrže za nádrž většího objemu, již nejsou její autobusy standardně vybaveny, je požadavkem nákladným, obtížně proveditelným a spojeným s nutností homologace, krajský soud uvedl, že toto tvrzení nebylo ničím doloženo, nadto se mu nejevilo jako pravděpodobné. Jelikož krajský soud dospěl k závěru, že se v případě výměny nádrže jedná o marginální požadavek, nebyl dle algoritmu důvod požadovat po zadavateli jeho podrobné zdůvodnění. Krajský soud tak uzavřel, že tento snadno

pokračování

splnitelný a nenákladný požadavek vytváří toliko zanedbatelnou překážku hospodářské soutěže, a nejedná se tedy o bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže pouze z toho důvodu, že by legitimní potřebu zadavatele mohla naplnit jiná, vhodnější zadávací podmínka.

[10] Krajský soud rovněž shledal podstatnou vadu v řízení před správními orgány, která mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí ve věci samé, neboť správní spis nebyl veden v souladu se zákonem a neobsahoval řadu listin předložených účastníky. Dle krajského soudu vedl žalovaný přílohy spisu odděleně (pod sp. zn. ÚOHS-O0046/2019/VZ) od správního spisu (sp. zn. S0032/2018/VZ), správní spis nadto neobsahuje údaje o tom, jaké přílohy podání, která učinily obě žalobkyně, žalovaný obdržel a jak s nimi naložil (tj. že je vedl odděleně pod samostatnou spisovou značkou). Tyto skutečnosti dle krajského soudu potvrdil i zástupce žalobkyně b) při jednání soudu a nepřímo vyplývají z protokolů o nahlížení do spisu, kde je jako správní spis, do kterého bylo umožněno nahlížet, označen pouze spis vedený pod sp. zn. S0032/2018/VZ, nikoli již spis sp. zn. ÚOHS-O0046/2019/VZ, o jehož existenci se lze dozvědět pouze z předkládací zprávy pro rozkladové řízení. Oddělený spis sp. zn. ÚOHS-O0046/2019/VZ tak žalovaný zjevně účastníkům nezpřístupňoval k nahlédnutí, ani jej nezaslal soudu. Krajský soud proto žalovanému vytkl, že s odděleným spisem a v něm obsaženými listinami nakládal jako s interní (neveřejnou) dokumentací, do níž neměl nikdo právo nahlížet. Krajský soud měl za to, že listiny v tomto spisu založené žalovaný považoval za irrelevantní, zatímco listiny dle jeho názoru relevantní přerazoval do hlavního správního spisu (např. zařazení zápisů z jednání o předběžných konzultacích učiněné žalovaným 1. 3. 2019, označené jím jako „vlastní“ dokument). Krajský soud zdůraznil, že všechny listiny předložené účastníky řízení měly být učiněny součástí správního spisu, a to od samého počátku. Pokud se žalobkyně b) jako účastník řízení přes svůj aktivní přístup (nahlížení do spisu) nedozvěděla o důkazních prostředcích předložených jiným účastníkem, byla porušena její procesní práva, konkrétně právo vyjádřit se ke všem podkladům rozhodnutí.

II. Kasační stížnost žalovaného a související vyjádření

[11] Žalovaný (dále též „stěžovatel“) podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost, v níž uplatnil čtyři okruhy kasačních námitek.

[12] První okruh kasačních námitek směřuje proti závěru krajského soudu ohledně zkoumání příčinné souvislosti mezi vadou (nezákonností) původního otevřeného řízení a rozhodnutím podstatné části potenciálních dodavatelů nepodat nabídku. Stěžovatel uvedl, že JŘBU lze použít pouze v tom případě, kdy původní zadávací řízení proběhlo v souladu se zákonem, anebo sice v rozporu s ním, avšak pochybení zadavatele nemohlo ovlivnit výsledek zadávacího řízení. Dle stěžovatele je vyloučeno, aby zadavatel těžil ze svého předchozího nezákonného postupu. Hledání příčinné souvislosti (hlavní příčiny) nepodání nabídek způsobem, jaký nastavil krajský soud, je dle stěžovatele nereálným a nesplnitelným úkolem. Nikdy totiž nemůže být znám konečný okruh potenciálních dodavatelů a stěžovatel nemůže u každého z nich zjišťovat, zda tento dodavatel mohl podat nabídku a proč tak neučinil. Při výkladu zastávaném krajským soudem by navíc postačovalo, aby podstatná část potenciálních dodavatelů na relevantním trhu na dotaz uvedla, že se o veřejnou zakázku nezajímala z důvodu nedostatečných provozních kapacit či prostého nezájmu (aniž studovali zadávací podmínky), a příčinnou souvislost by se nikdy nepodařilo prokázat. Použit JŘBU je možno pouze v případě, kdy původní

zadávací řízení zcela selhalo, a hospodářská soutěž nebyla možná. I když mohla být v původním zadávacím řízení podána byť jen jediná nabídka, byl tento potenciální dodavatel (uchazeč) v době podání nabídky veden snahou o cenovou konkurenceschopnost, neboť nemohl v době jejího podání vědět, že bude jediným uchazečem. Diskriminace (znevýhodnění nezákonnými zadávacími podmínkami) i jen tohoto jednoho potenciálního dodavatele tedy představuje omezení hospodářské soutěže a nevhodný postup zadavatele. Znevýhodněný dodavatel se nemůže bránit v původním zadávacím řízení, je-li zadavatelem zrušeno, a jeho obrana je možná pouze v řízení o návrhu na zákaz plnění smlouvy uzavřené na základě následného JŘBU. Pokud by dle stěžovatele měl být přijat výklad o nezbytnosti zkoumání příčinné souvislosti mezi vadou původního zadávacího řízení a skutečností, že v něm nebyly podány žádné nabídky, je rozhodující text zákona, který hovoří o nepodání *žádných nabídek* (ve smyslu ani jedna). Stěžovateli tak není zřejmé, na základě čeho krajský soud používá při zkoumání možného dopadu pochybení zadavatele plurál „neúčast dodavatelů“, když pro závěr o nemožnosti konat JŘBU by postačovalo, aby v předchozím zadávacím řízení byla podána jediná nabídka (jednoho dodavatele). Pokud zadavatel nezákonným postupem (zde vadným stanovením zadávacích podmínek) způsobil, že nebyla podána byť i jen jedna potenciální nabídka, existuje příčinná souvislost mezi nezákonným postupem zadavatele a nepodáním žádné (tedy ani jediné) nabídky v původním zadávacím řízení.

[13] Opíraje se o shora předestřený výklad § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ stěžovatel nesouhlasí s názorem krajského soudu, že se nezabýval příčinnou souvislostí mezi tvrzeným nezákonným požadavkem (na minimální objem palivové nádrže) a nepodáním žádných nabídek. Stěžovatel poukázal na obsah prvostupňového rozhodnutí, kde uvedl, že přestože existovaly pochybnosti o zákonnosti zadávacích podmínek, žalobkyně a) jako zadavatel zjišťovala důvody nepodání nabídek pouze u jiných dodavatelů, konkrétní důvody osoby zúčastněné na řízení neřešila. Stěžovatel tedy (i s ohledem na předchozí řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zabývající se námitkami osoby zúčastněné na řízení) neměl v nyní souzené věci pochybnost o tom, že důvodem, pro který osoba zúčastněná na řízení nepodala nabídku v původním otevřeném řízení, byl právě nesouhlas se zadávacími podmínkami, včetně požadavku na konkrétní objem palivové nádrže. Rovněž předseda stěžovatele v rozhodnutí o rozkladu uvedl, že osoba zúčastněná na řízení se nemohla původního otevřeného řízení účastnit z důvodu kladení překážek hospodářské soutěže. Stěžovatel se tak dle svého přesvědčení dostatečně zabýval příčinnou souvislostí mezi nepodáním nabídky osoby zúčastněné na řízení a porušením zákona ze strany zadavatele [žalobkyně a)], jakož i tím, že to byl zadavatel, kdo nastavením zadávacích podmínek způsobil nepodání byť jen jediné nabídky v původním otevřeném řízení.

[14] Stěžovatel rovněž poukázal na vady dokazování prováděného v řízení před krajským soudem. Namítl, že krajský soud vůbec nespecifikoval, z jakých konkrétních produktových listů autobusů učinil závěr, že podmínku objemu palivové nádrže 250 l je schopna splnit celá řada dodavatelů. Dle názoru stěžovatele vycházel krajský soud z produktových listů autobusů jiné kategorie než autobusů požadovaných žalobkyní a) jako zadavatelem (meziměstské nízkopodlažní autobusy délky 10,5 m). Stěžovatel zpochybnil také vypovídací hodnotu záznamů o předběžných tržních konzultacích. Upozornil, že dodavatelé oslovení v rámci předběžných tržních konzultací nebyli na případnou diskriminaci (diskriminačně nastavené zadávací podmínky) vůbec tázáni. Žalobkyně a) jako zadavatel navíc sama určila, jaký okruh dodavatelů osloví. Stěžovatel

pokračování

se podivil nad tím, že neoslovila rovněž osobu zúčastněnou na řízení, která zájem o dodávku autobusů opakovaně projevila a která je významným tuzemským výrobcem autobusů. Stranou zájmu zůstali také další výrobci (MAN, Mercedes, Setra). Stěžovatel upozornil také na skutečnost, že ačkoli vybraní dodavatelé (Zliner a Scania) uvedli, že se nemohli původního otevřeného řízení účastnit z důvodu nedostatku kapacit, s odstupem několika měsíců uzavřeli smlouvy na plnění, pro které údajně neměli výrobní kapacity. Tyto okolnosti dle stěžovatele zpochybňují pravdivost skutečností uváděných při předběžných konzultacích, z nichž krajský soud vycházel.

[15] Druhý okruh kasačních námitek zpochybňuje závěr krajského soudu, že postačovala toliko základní souvislost mezi parametrem (zadávací podmínkou) uplatněným zadavatelem a jeho legitimní potřebou. Dle stěžovatele musí být tato souvislost přiměřená. V této souvislosti stěžovatel poukázal na nutnost homologace změny objemu palivové nádrže, která dle stěžovatele vyplývá z předpisu Evropské hospodářské komise Organizace spojených národů (EHK/OSN) č. 34 – Jednotná ustanovení pro schvalování typu vozidel z hlediska ochrany před nebezpečím požáru (dále jen „předpis EHK/OSN č. 34“), a rovněž ze skutečnosti, že objem nádrže má vliv na pohotovostní hmotnost vozidla, která je evidovaným údajem v registru silničních vozidel. Stěžovatel se nedomníval, že byl povinen prokazovat existenci a obsah příslušných právních předpisů, z nichž povinnost homologace vyplývá. Skutečnost, že palivovou nádrž jiného objemu lze za nízkou cenu zakoupit na trhu, dle stěžovatele neznamená, že ji lze snadno zabudovat do útrob konkrétního autobusu. Prostor pod podlahou nízkopodlažního autobusu (požadovaného veřejnou zakázkou) je omezený a nelze do něj umístit jakoukoli nádrž, která navíc musí být dle uvedeného předpisu EHK/OSN namontována tak, aby byla chráněna před následky nárazu do přední a zadní části vozidla, v její blízkosti nesmějí být vyčnívající díly, ostré hrany, apod. Takový zásah do konstrukce autobusu se nemůže obejít bez dodatečných nákladů a je rovněž časově náročný. Dále stěžovatel uvedl, že pokud žalobkyně a) jako zadavatel odůvodnila požadovanou zadávací podmínku objemu nádrže 250 l potřebou zajistit provoz autobusu bez dotankování po dobu 2 dnů, je tato potřeba nezajistitelná bez současného zohlednění spotřeby autobusu. Žalobkyně a) neuvedla, proč požadovanou potřebu dojezdu autobusu nemůže splnit nádrž o objemu 230 l (autobus osoby zúčastněné na řízení) oproti nádrži s požadovaným objemem 250 l, a to v situaci, kdy osoba zúčastněná na řízení deklaruje nižší spotřebu než konkurence. Pokud by stěžovatel připustil vhodnost parametru objemu palivové nádrže, musela by žalobkyně a) jako zadavatel pečlivě zdůvodnit, proč potřebuje právě a nejméně objem 250 l. Dle stěžovatele navíc nebylo v řízení před krajským soudem ani prokázáno, že by bylo možné dostat požadavku na minimální objem nádrže snadno a se zanedbatelnými náklady. Za těchto okolností se stěžovatel domníval, že uvedený požadavek nebyl žalobkyní a) jako zadavatelem dostatečně odůvodněn, a jednalo se tedy o bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže.

[16] V rámci třetího okruhu kasačních námitek stěžovatel nesouhlasil se závěry krajského soudu o vedení správního spisu v rozporu se zákonem. V této souvislosti konstatoval, že i pokud by se při vedení správního spisu dopustil procesního pochybení, mohlo mít vliv na zákonnost vydaného rozhodnutí pouze tehdy, pokud by v něm vycházel z podkladů, které nebyly obsahem spisového materiálu. V souzené věci však veškeré podklady, z nichž stěžovatel při rozhodování vycházel, byly součástí správního spisu. K vlastnímu vedení spisové dokumentace stěžovatel uvedl, že k návrhu osoby zúčastněné na řízení vedl dvě správní řízení o zákazu plnění rámcové dohody

[pod sp. zn. ÚOHS-S0032/2019/VZ ve věci rámcové dohody mezi žalobkyní a) a společností ZLINER s.r.o. jako žalobkyní b), a pod sp. zn. ÚOHS-S0033/2019/VZ ve věci rámcové dohody mezi žalobkyní a) a společností Scania Czech Republic s.r.o.]. Protože žalobkyně a) a osoba zúčastněná na řízení byly účastníky obou těchto řízení, podávaly často společná podání do obou řízení. Stěžovatel proto vedl také elektronickou přílohu spisů pod sp. zn. ÚOHS-O0046/2019/VZ, která obsahovala veškeré přílohy podání účastníků řízení a tato se již neduplikovala v jednotlivých hlavních spisech. Ve správním spisu v souzené věci (sp. zn. ÚOHS-S0032/2019/VZ) pak bylo zaznamenáno, jaké konkrétní dokumenty byly účastníkem řízení doručeny. Nahlédnutím do tohoto spisu tak mohl každý účastník zjistit, jak bylo s podklady naloženo, zda se nalézají v tomto spisu nebo ve spisu přílohovém. Do příloh spisu s označením O (v souzené věci tedy ÚOHS-O0046/2019/VZ) stěžovatel zařazoval výhradně dokumenty, které nebyly podkladem rozhodnutí (zejména informace z dokumentace o zadávacím řízení, která není po dobu výkonu dozoru stěžovatelem zpřístupněna k nahlížení – § 260 ZZVZ). Protože žalobkyně a) jako zadavatel společně s vyjádřením k návrhu na zahájení správního řízení předložila rovněž dokumentaci o zadávacím řízení, zařadil stěžovatel tuto dokumentaci do přílohy správního spisu (tzv. O spis), do níž standardně neumožňuje nahlížení, o čemž ve správním spisu provedl záznam. Ze správního spisu tak je patrné, že stěžovatel přílohy připojené k podání žalobkyně a) z 25. 1. 2019 obdržel, a jak s nimi naložil. V případě druhého podání žalobkyně a) z 25. 2. 2019 je přímo z tohoto podání patrné, jaké přílohy byly předloženy. Jednalo se však o irelevantní informace (část z nich byla přístupná přes odkaz obsažený v samotném podání, zčásti se jednalo o neidentifikovatelné a nerelevantní číselné údaje týkající se zaplaceného jízdného). Proto nebyly do přílohy spisu promítnuty. Poté, co stěžovatel posoudil některé doklady z přílohy správního spisu, do níž dle § 260 nelze nahlížet, jako relevantní, přeradil je do správního spisu. Krajský soud neuvedl, jaký vliv měl tento postup na zákonnost napadeného rozhodnutí, zmiňuje pouze sníženou možnost procesní obrany žalobkyň. Vzhledem ke skutečnosti, že žalobkyně postupovaly ve shodě a bránily se proti tvrzením osoby zúčastněné na řízení, která jako navrhovatel řízení iniciovala, není stěžovateli zřejmé, jak mohl jeho postup ovlivnit zákonnost vydaných rozhodnutí a možnost obrany žalobkyně b) jako vybraného dodavatele. Se všemi podklady rozhodnutí, z nichž stěžovatel vycházel, účastníky řádně seznámil.

[17] Jako čtvrtou kasační námitku stěžovatel uplatnil nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku krajského soudu pro nedostatek důvodů, jejichž výčet v kasační stížnosti přdestřel. Navrhl, aby Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu ve znění opravného usnesení zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[18] Žalobkyně a) ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedla, že krajský soud správně stěžovateli vytkl, že rezignoval na zkoumání příčinné souvislosti mezi nezákonností původního otevřeného řízení a nepodáním nabídek dodavatelů. Sdělila, že stěžovatel pouze nekriticky přebíral tvrzení osoby zúčastněné na řízení o její diskriminaci, přestože žalobkyně a) již ve správním řízení předložila nabídku osoby zúčastněné na řízení z 9. 1. 2019 s odkazy na podmínky původního zadávacího řízení, které nespороvala. Pravdivost tvrzení osoby zúčastněné na řízení a jejích námitek však stěžovatel v řízení neprovéřoval. K výtkám vůči dokazování před krajským soudem žalobkyně a) uvedla, že soud pouze provedl důkazy, jejichž provedení žalobkyně a) marně navrhovala již ve správním řízení. Při jednání před soudem stěžovatel žádné výhrady k dokazování neměl, sám žádné důkazy nenavrhl. Poukázala také na to, že osoba zúčastněná na řízení má autobusy s požadovaným objemem nádrže homologovány (dle prospektu nízkopodlažního

pokračování

autobusu s palivovou nádrží 260 l). Stanovení požadavku na minimální objem nádrže bylo vedeno snahou žalobkyně a) vytvořit rozumný předpoklad k tomu, aby vozidlům nedošlo palivo v průběhu linkové přepravy. Vnucování obsahu zadávacích podmínek stěžovatelem považuje žalobkyně a) za nemístné, navíc v situaci, kdy stanovená technická podmínka má pouze zanedbatelný dopad na hospodářskou soutěž. Dle žalobkyně a) vychází stěžovatel rovněž ze zastaralé verze předpisu EHK/OSN č. 34 (platné od 11. 6. 2007). Podle aktuálního znění tohoto předpisu (verze platná od 8. 10. 2016) nevyplývá z čl. 14.1 automatická nezbytnost homologace při změně palivové nádrže, ale je potřeba pouze tehdy, pokud schvalovací orgán usoudí, že úprava nádrže má znatelný nepříznivý vliv na bezpečnost vozidla. Žalobkyně a) se taktéž vyjádřila k nezákonnému vedení správního spisu s tím, že žalobkyně b) jako vybraný dodavatel s ní nejednala ve shodě, ale vystupovala v řízení samostatně. Pokud jí byly stěžovatelem zatajeny části spisu obsahující mimo jiné důkazy vyvracející možnou diskriminaci osoby zúčastněné na řízení, jednalo se o podstatné části spisu rozhodné pro posouzení věci samé. Navrhla zamítnutí kasační stížnosti.

[19] Stěžovatel v replice poukázal na pozdější veřejnou zakázku žalobkyně a), kde je již zadávací podmínka konstruována ve vztahu k dojezdu (dojezdové vzdálenosti), nikoli objemu palivové nádrže. Takový způsob zvoleného řešení považuje stěžovatel za přiměřené prosazení potřeb zadavatele ve vztahu k omezení hospodářské soutěže.

[20] V duplice žalobkyně a) uvedla, že nově konstruovanou zadávací podmínku (dojezdovou vzdálenost vozidla) nastavila v pozdější veřejné zakázce z toho důvodu, že se musela podřídit právnímu názoru stěžovatele (v opačném případě by riskovala uložení nápravných opatření). Žalobkyně a) poukázala na problémy, které v souvislosti s takto stanovenou zadávací podmínkou vyvstávají, stěžovatelem vynucovanou podmínku nadále nepovažuje za vhodnou.

[21] Žalobkyně b) ve vyjádření ke kasační stížnosti stěžovatele odmítla jeho výklad § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ a naopak se ztotožnila s výkladem krajského soudu, avšak s výjimkou nutnosti naplnění materiální podmínky (tj. nezpůsobení důvodu ospravedlňujícího použití JŘBU samotným zadavatelem). I pokud by materiální podmínka platila, tíží důkazní břemeno stran jejího naplnění stěžovatele, jenž jej v nyní projednávané věci neunesl a neprokázal ani příčinnou souvislost mezi tvrzeným porušením zákona a nepodáním žádné nabídky v původním otevřeném řízení. Nadto, stěžovatel s odůvodněním, že nezákonný požadavek na minimální objem palivové nádrže byl příčinou neúčasti osoby zúčastněné na řízení v původním otevřeném řízení, přišel až v kasační stížnosti. Žalobkyně b) se ztotožnila rovněž se závěrem krajského soudu, že požadavek na minimální objem palivové nádrže 250 l nevytvářel bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže. S odkazem na poslední verzi předpisu EHK/OSN č. 34 není homologace nutná vždy, ale pouze z rozhodnutí schvalovacího orgánu. Nadto, stěžovatelka má v nabídce autobusy, které by co do objemu palivové nádrže, ale i dalších kritérií, splňovaly „údajně diskriminační technické podmínky“, jak plyne z prospektu předloženého samotnou stěžovatelkou. Tvrzení o dvou nádržích, 230 l a 30 l pro nezávislé topení pouze dokresluje nedůvodnost a účelovost kasačních stížností. Stran nesprávného vedení správního spisu stěžovatelem žalobkyně b) uvedla, že v bodu 35 napadeného rozsudku je zcela zjevné, které konkrétní nedostatky mělo vedení spisu a na základě jakých úvah a důkazů dospěl krajský soud k závěru o nezákonnosti vedení spisu a jeho vlivu na zákonnost správních rozhodnutí. Rozsudek proto není nepřezkoumatelný, a to

ani z jiných stěžovatelem tvrzených důvodů. Navrhla zamítnutí kasační stížnosti stěžovatele.

[22] Žalobkyně a) se ve svém dalším vyjádření plně ztotožnila s vyjádřením žalobkyně b) a dodala, že stěžovatel i osoba zúčastněná nesprávně chápou pojem diskriminace, jenž není naplněn tím, co někdo považuje za (údajně) vhodnější požadavek, ale tím, co jiné dodavatele bezdůvodně omezuje a vylučuje z účasti v zadávacím řízení. Podmínka objemu palivové nádrže však žádný omezující či vylučující potenciál neměla a ani nebyla stanovena bezdůvodně, což bylo před krajským soudem spolehlivě prokázáno.

III. Kasační stížnost osoby zúčastněné na řízení a související vyjádření

[23] Proti rozsudku krajského soudu podala kasační stížnost také osoba zúčastněná na řízení (dále též „stěžovatelka“). V kasační stížnosti shodně se stěžovatelem (žalovaným) nesouhlasila se způsobem, jakým krajský soud přistoupil ke zkoumání příčinné souvislosti mezi pochybením žalobkyně a) jako zadavatele a nepodáním nabídek v původním otevřeném řízení. Dle stěžovatelky není zřejmé, jak lze z vyjádření tří potenciálních dodavatelů v rámci předběžných tržních konzultací dovodit závěr o neomezování relevantního trhu, když existuje nespočet dalších dodavatelů. Závěr soudu, že drtivá většina z nich nemůže mít problém s plněním zakázky, považuje stěžovatelka za nepodložený a neodůvodněný. Stěžovatelka připomněla, že při správném nastavení podmínek by byla objektivně schopná veřejnou zakázku plnit, a naplnit tak potřeby zadavatele. Dle jejího názoru se v daném případě jednalo o skrytou diskriminaci, a to i v situaci, kdy nastavená podmínka znemožnila účast být i jen jediného dodavatele. Dle stěžovatelky je zjevné, že tři dodavatelé pro předběžné konzultace, z nichž dva se následně stali dodavateli, s nimiž byla v rámci JŘBU uzavřena smlouva, byli žalobkyní a) vybráni účelově, a jejich vyjádření proto nemohou být objektivním důkazem o situaci na relevantním trhu. Přestože stěžovatelka měla eminentní zájem účastnit se veřejné zakázky, k předběžným konzultacím přizvána nebyla. Přihlédnutí k vyjádření tří dodavatelů a nepřihlédnutí k prohlášení stěžovatelky je dle stěžovatelky v rozporu se zásadou rovného zacházení. Pokud krajský soud vycházel rovněž z produktových listů autobusů jednotlivých výrobců, vůbec nespecifikoval, o jaké konkrétní výrobce se jedná, jaké jejich produkty má na mysli a jaké konkrétní objemy palivových nádrží nabízejí. V produktových listech jsou obsaženy i městské autobusy, které se výrazně odlišují od autobusů meziměstských, které byly předmětem veřejné zakázky. Stejně tak se v produktových listech nacházejí jak (částečně) nízkopodlažní autobusy, tak autobusy standardní. *Prima facie* tedy nelze srovnávat nízkopodlažní autobusy s těmi, které nízkopodlažní nejsou (s ohledem na méně prostoru pod podlahou). Srovnávat pak nelze ani městské a meziměstské autobusy, neboť meziměstské autobusy využívají část prostoru pod podlahou ještě k uskladnění zavazadel. Pokud tedy žalobkyně a) předložila prospekty stěžovatelky, které měly dokládat, že i stěžovatelka disponuje nabídkou autobusů s objemy nádrží nad 250 l, týkají se všechny tyto prospekty autobusů, které buď nejsou nízkopodlažní, anebo nejsou meziměstské. V případě prospektu s dílčím údajem o objemu nádrže 260 l stěžovatelka již ve svém vyjádření k žalobě vysvětlila, že relevantní pro palivovou nádrž je údaj 230 l, neboť zbylých 30 l je na nezávislé topení.

[24] Stěžovatelka zároveň podrobněji popsala, v čem spatřuje účelovost postupu zadavatele. Zdůraznila, že i když se zadávacím podmínkám jako diskriminačním bránili dva dodavatelé mající zájem plnit, původní otevřené řízení bylo zrušeno a následné tržní konzultace proběhly pouze se třemi jinými dodavateli, z nichž dva uvedli, že nedisponují

pokračování

potřebnou výrobní kapacitou. Přesto vzápětí tito dodavatelé dostatečné výrobní kapacity získali, zadavatel obratem realizoval JŘBU v řádu dnů a uzavřel s nimi rámcové dohody (které stěžovatelka považuje za antedatované).

[25] Stěžovatelka považuje za nesprávný také závěr krajského soudu vyslovený k otázce jednoduchosti či složitosti výměny palivové nádrže a nutnosti homologace tohoto procesu. Poukázala na to, že instalace větší nádrže do homologovaného vozidla, které je standardně dodáváno s menší nádrží, není běžnou záležitostí. O cenu nádrže samotné se přitom nejedná. Výrazně nízkopodlažní autobusy stěžovatelky (z pohledu cestujících komfortnější) znamenají výraznou limitaci vnitřního prostoru vozidla „pod palubou“, kam se palivové nádrže umísťují. Výměna nádrže dle požadavků zadavatele by znamenala rozsáhlé úpravy celého vozidla, spojené s nezanedbatelnými náklady, kterými se soud vůbec nezabýval. Pokud by navíc měla stěžovatelka (či jiný dodavatel) změnit typ nádrže za objemově větší, vyžadovalo by to novou homologaci vozidla. Tato skutečnost vyplývá z právních předpisů, které měl krajský soud v předchozím řízení zohlednit. Tvar a rozměry palivových nádrží určují „typ vozidla“ (bod 4.2.1 předpisu EHK/OSN č. 34), přičemž schválením vozidla se rozumí schválení typu vozidla z hlediska palivových nádrží (bod 4.1 téhož předpisu). Stěžovatelka poukázala na vyjádření zkušebny TUV SÚD Czech s.r.o., ze kterého vyplývá, že v případě změny tvaru a rozměrů nádrže se jedná o nový typ vozidla vyžadující novou homologaci. Požadavek zadavatele tak byl velmi obtížně splnitelný, a to nejen vzhledem k finančním nákladům spojeným s takovou úpravou autobusu, ale rovněž pro potřebu nové homologace. Délku a výsledek tohoto procesu nelze odhadnout a dodavatel nebyl schopen jej realizovat ve lhůtě pro podání nabídek. Trvání žalobkyně a) jako zadavatele na požadavku palivové nádrže o objemu 250 l nelze dle stěžovatelky pokládat za racionálně zdůvodnitelné. Žalobkyně a) si byla již v původním otevřeném řízení vědoma rozdílu pouhých 20 l (nádrže stěžovatelčiných autobusů mají objem 230 l). Tento rozdíl však zaniká při zohlednění skutečnosti, že spotřeba stěžovatelčiných autobusů činí cca o 2 až 4 litry na 100 km méně než u konkurence. Pokud by žalobkyně a) jako zadavatel zvolila transparentní kritérium např. dojezdu vozidla (jako součinu objemu nádrže a spotřeby vozidla), svou potřebu by nepochybně uspokojila, aniž by diskriminovala některého z dodavatelů, včetně stěžovatelky. Stěžovatelka rovněž krajskému soudu vytýká, že na straně jedné prováděl dokazování k otázce, zda podstatná část dodavatelů mohla splnit podmínku minimálního objemu nádrže, na straně druhé však neprovedl žádné dokazování k jiným otázkám, které neměl postaveny najisto, např. nutnosti homologace nebo jednoduchosti/náročnosti výměny nádrže. Tímto postupem došlo k porušení rovnosti stran v soudním řízení.

[26] K závěru krajského soudu o nesprávném vedení správního spisu stěžovatelem stěžovatelka uvedla, že v rozsudku není přezkoumatelně uvedeno, jaké konkrétní listiny nebyly učiněny součástí spisu, ačkoli jimi měly být. Jediný soudem uvedený příklad představují záznamy z předběžných tržních konzultací, které jsou však součástí správního spisu již od 1. 3. 2020. Navrhla, aby Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[27] Stěžovatel s kasační stížností stěžovatelky obecně souhlasí, přičemž dále ve stručnosti přestřel podstatu svých kasačních námitek.

[28] Žalobkyně a) ve vyjádření ke kasační stížnosti stěžovatelky uvedla, že při dokazování, které proběhlo před krajským soudem, byly jednotlivé důkazy přesně

identifikovány a na zvukovém záznamu z jednání je zachyceno, jaké skutečnosti z nich soud vyvozuje. Z provedeného dokazování vyplynulo, že nádrže s objemem 250 l jsou na trhu obvyklé a nabízí je více dodavatelů včetně stěžovatelky, že dodavatelé inzerují variabilitu objemu nádrže a na přání objem uzpůsobují a že cenový rozdíl nádrží různých objemů je nepatrný. Dle žalobkyně a) byla prokazatelně dána také souvislost mezi jejím požadavkem na minimální objem nádrže a potřebou vyhnout se riziku narušování jízdních řádů v důsledku nutnosti tankovat autobusy v průběhu provozu. Spotřeba byla v původním otevřeném řízení zohledněna v rámci předmětu hodnocení. Žalobkyně a) měla za to, že krajský soud stěžovateli správně vytkl, že se ani v základní míře nezabýval existencí příčinné souvislosti mezi vytýkaným pochybením v původním otevřeném řízení a nepodáním nabídek. Krajský soud se správně omezil pouze na skutkový stav, který zde existoval v řízení před stěžovatelem (žalovaným), a respektoval toto omezení přezkumné pravomoci správních soudů. Tvzení o diskriminaci stěžovatelky žalobkyně a) odmítla a uvedla, že žádné konkrétní důkazy na podporu tohoto tvrzení nenavrhla. Tvzení o účelovosti jednání či koordinaci mezi žalobkyní a) a třemi dodavateli v rámci předběžných tržních konzultací jsou rovněž neopodstatněná, neboť tyto skutečnosti stěžovatel prověřoval [místním šetřením (*dawn raid*) u vybraných dodavatelů a žalobkyně a) jako zadavatele], a to s negativním výsledkem a závěrem, že důvodem pro nepodání nabídek v původním otevřeném řízení byly podle všeho skutečně kapacitní důvody. Rovněž tvrzení o antedataci rámcových dohod jsou nepodloženou konstrukcí, o kterou se rozhodnutí stěžovatele neopíralo. Z důkazů provedených soudem vyplývá, že sama stěžovatelka vybavuje vlastní autobusy nádrží o objemu až 280 l, a 9. 1. 2019 předložila přímo žalobkyni a) nabídku odkazující na podmínky původního otevřeného řízení, aniž je sporovala. Tvzení stěžovatelky jsou proto účelová a manipulativní. Stěžovatelka v řízení před žalovaným, ani v řízení před soudem, nenavrhla žádné důkazy k otázce nutnosti homologace nebo obvyklosti a jednoduchosti výměny nádrže. O výměně palivové nádrže navíc nemá smysl uvažovat, jelikož poptávány byly nové (nově vyráběné) autobusy, a stěžovatelka navíc autobusy s požadovaným objemem nádrže homologovány má. Předložení vyjádření zkušebny TUV SÚD Czech s.r.o. v řízení o kasační stížnosti považuje žalobkyně a) za porušení koncentrace řízení, neboť se jedná o zcela nový důkaz, k němuž by soud neměl přihlížet. K vedení správního spisu stěžovatelem žalobkyně a) uvedla, že je zřejmé, že stěžovatel kromě hlavního správního spisu vedl ještě interní přílohu, kam vyčleňoval dokumenty, které nepovažoval za důležité, zatajoval je před účastníky i soudem, a to včetně většiny důkazních návrhů předložených žalobkyní a) již ve správním řízení vztahujících se zejména k prokázání skutečnosti, že požadovaný objem nádrže byl pro jednotlivé dodavatele (včetně stěžovatelky) bez problémů splnitelný.

[29] Nad rámec vyjádření ke kasační stížnosti stěžovatele uvedla žalobkyně b), že stěžovatelka se v kasační stížnosti vůbec nevyjadřuje ke stěžejní otázce podmínek (ať už formálních nebo materiálních) pro použití JŘBU. Nesouhlasí s tvrzením stěžovatelky, že požadavek na minimální objem palivové nádrže byl diskriminační, naopak se plně ztotožnila se závěry krajského soudu stran této otázky. Dle žalobkyně b) stěžovatelka vydává své vidění reality spolu s tvrzenou účelovostí jednání žalobkyně a) za objektivní skutkový stav, jenž krajský soud nevzal v potaz. Stěžovatelkou vytýkanou nedostatečnou specifikací důkazů v rámci odůvodnění rozsudku považuje žalobkyně b) za zcela marginální pochybení, zejména pokud jsou produktové listy založeny ve spise a byly prováděny při soudním jednání. Navrhla zamítnutí kasační stížnosti stěžovatelky.

pokračování

[30] Stěžovatelka reagovala na vyjádření žalobkyně a) a b) ke kasačním stížnostem. Zčásti zopakovala svoji kasační argumentaci. Nad rámec kasační stížnosti se přihlásila k závěrům stěžovatele uvedeným ve správních rozhodnutích a názorům vyjádřených v jeho kasační stížnosti. Konkrétně se ztotožnila s jeho výkladem § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ, že nezákonnost postupu zadavatele nemůže zakládat oprávněné využití JŘBU. Žalobkyně a) jako zadavatel dle stěžovatelky svým aktivním jednáním způsobila nezákonnost původního otevřeného řízení, čímž ve spojení s následným uzavřením rámcových dohod v JŘBU zamezila hospodářské soutěži. Nesouhlasí se závěry krajského soudu učiněného stran předběžných tržních konzultací, přičemž mu vyčítá, že místo dokazování provedením průzkumu relevantního trhu vycházel pouze z účelových tvrzení žalobkyně a), v důsledku čehož dostatečně nezjistil skutkový stav. Za nepravdivé označila tvrzení žalobkyně a) a b), že krajským soudem bylo prokázáno, že stěžovatelka nebyla v původním otevřeném řízení diskriminována, neboť disponuje i autobusy s nádržemi o objemu 280 l. Dále uvedla, že případný proces homologace autobusů v důsledku modifikace je časově velice náročný a z hlediska výsledku nejistý, neboť homologovat je třeba i nový teprve v budoucnu vyráběný autobus, a proto by nebyla schopna se zavázat k dodávce v určité stanovené lhůtě. Krajský soud otázku nutnosti homologace posoudil nesprávně. Stěžovatelka odmítla, že by předložení vyjádření zkušebny TÜV SÜD Czech s.r.o. porušovalo koncentraci řízení, neboť se vztahuje ke skutečnostem již opakovaně stěžovatelkou uplatněným, které je soud navíc povinen znát a zohlednit i bez navržených důkazů. Upozornila rovněž, že homologace konkrétního typu vozidla, a tedy i jeho případné změny, se řídí zněním právního předpisu, dle kterého byl typ homologován, stěžovatelka citovala správnou verzi předpisu EHK/OSN č. 34, dle níž by při výměně palivové nádrže za větší byla nutná homologace. K té by nadto bylo nezbytné přistoupit i dle aktuálně platného předpisu.

IV. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[31] Nejvyšší správní soud kasační stížnosti posoudil a dospěl k závěru, že jsou důvodné. Vzhledem ke skutečnosti, že se námitky obsažené v obou kasačních stížnostech ve značné míře překrývají, posoudil je Nejvyšší správní soud společně. Pro přehlednost Nejvyšší správní soud vypořádání uplatněných kasačních námitek rozdělil do jednotlivých tematických oddílů, v jejichž rámci vyhodnotil rovněž námitky poukazující na dílčí nepřezkoumatelnost odůvodnění napadeného rozsudku krajského soudu. Vycházel při tom plně z rozsudku z 23. 2. 2022 čj. 6 As 295/2020-143, jenž řešil v podstatě totožnou věc z části stejných účastníků, původně souběžně vedenou žalovaným pod sp. zn. ÚOHS-S0033/2019/VZ (viz bod [16] výše).

IV.1 K příčinné souvislosti mezi nezákonností původního otevřeného řízení a nepodáním nabídek

[32] Podle § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ *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* (pozn.: zvýraznění podtržením – zde i dále v textu – doplnil NSS). Citované ustanovení zakládá jeden z důvodů pro použití JŘBU. Jak krajský soud správně poukázal v napadeném rozsudku, Nejvyšší správní soud již ve své dřívější rozhodovací činnosti dovodil (byť ve vztahu k jinému důvodu legitimizujícímu použití JŘBU), že „*jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní,*

*tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách“ (rozsudek z 11. 1. 2013, čj. 5 Afs 42/2012-53, č. 2790/2013 Sb. NSS). Tento závěr Nejvyšší správní soud ve své judikatuře potvrdil opakovaně (viz rozsudky citované v rozsudku z 28. 3. 2018, čj. 2 As 292/2017-34, bod 20). Nejvyšší správní soud souhlasí s názorem krajského soudu i stěžovatele, že uvedený materiální korektiv (tj. nezpůsobení důvodu ospravedlňujícího použití JŘBU samotným zadavatelem) je nezbytné užít rovněž v případě, kdy je tímto důvodem nepodání nabídek v původním zadávacím řízení, přestože je zákon výslovně nezmiňuje (na rozdíl od případu, kdy důvodem použití JŘBU jsou krajně naléhavé skutečnosti ve smyslu § 63 odst. 5 ZZVZ). Jiný výklad by byl v rozporu se smyslem a účelem JŘBU, které by mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech, a mělo by být zabráněno jeho zneužití ze strany zadavatelů tak, aby byl naplněn cíl sledovaný v oblasti veřejných zakázek, kterým je rozvoj hospodářské soutěže. Podmínky, za nichž smí být JŘBU použito, musí být vykládány přísně restriktivně (rozsudky Soudního dvora Evropské unie z 10. 3. 1987 ve věci C-199/85, *Komise proti Itálii*, bod 14; z 18. 5. 1995 ve věci C-57/94, *Komise proti Itálii*, bod 23; z 28. 3. 1996 ve věci C-318/94, *Komise proti Německu*, bod 13; ze 14. 9. 2004 ve věci C-385/02, *Komise proti Itálii*, bod 19; či z 10. 4. 2003 ve spojených věcech C-20/01 a C-28/01, *Komise proti Německu*, bod 58).*

[33] Nejvyšší správní soud se ztotožňuje rovněž se závěrem krajského soudu, že mezi nezákonným postupem zadavatele v původním zadávacím řízení a nepodáním nabídek v něm musí existovat příčinná souvislost, aby bylo možno učinit závěr, že zadavatel nepodání nabídek způsobil sám svým nezákonným postupem. Touto příčinnou souvislostí se stěžovatel v rámci dozoru nad dodržováním ZZVZ musí zabývat, aby následně mohl rozhodnutí postavit na skutečnosti, že důvody nepodání nabídek nebyly čistě objektivní povahy, ale způsobil je nezákonným postupem zadavatel.

[34] Následující úvahy krajského soudu však již Nejvyšší správní soud považuje za nesprávné a přisvědčuje námitkám obou stěžovatelů. Legitimním důvodem pro použití JŘBU je dle § 63 odst. 1 písm. a) ZZVZ toliko nepodání „*žádných nabídek*“. Z toho vyplývá, že i v případě, kdy bude ve správním řízení s rozumnou mírou pravděpodobnosti zjištěno, že z důvodu nezákonného postupu zadavatele nabídku nepodal byť jen jediný potenciální dodavatel, postačuje takové zjištění pro závěr, že zadavatel nepodání nabídek způsobil. Jinými slovy, příčinnou souvislost je třeba zkoumat mezi nepodáním žádné nabídky (tedy i jen jediné) a nezákonným postupem zadavatele, nikoli mezi „*rozhodnutím podstatné části dodavatelů nepodat nabídku*“ a nezákonným postupem zadavatele, jak mylně dovodil krajský soud (bod 17 napadeného rozsudku). Důvodem nepodání nabídek (nabídky) nemusí být výhradně nezákonný postup zadavatele, postačí, byl-li jednou z příčin rozhodnutí dodavatelů (dodavatele) nabídku nepodat.

[35] S ohledem na skutečnost, že krajský soud zaujal nesprávný právní názor (popsaný shora), je zjevné, že dokazování, které v řízení prováděl, vedl nesprávným směrem. Namísto toho, aby věnoval pozornost a zabýval se rovněž příčinnou souvislostí mezi nepodáním nabídky stěžovatelky (osoby zúčastněné na řízení) a tvrzenou nezákonností zadávacích podmínek původního otevřeného řízení, omezil se toliko na zkoumání důvodů nepodání nabídek jiných dodavatelů (viz bod 19 napadeného rozsudku). V souzené věci přitom bylo primárním úkolem zabývat se kromě jiného právě důvodem nepodání nabídky stěžovatelkou, která se po celou dobu domáhala vyslovení

pokračování

nezákonnosti postupu žalobkyně a) jako zadavatele, a konzistentně na tuto nezákonnost poukazovala jako na důvod nepodání své nabídky. Ze správního spisu v této souvislosti vyplývá, že v návrhu na uložení zakazu plnění rámcové dohody (vzešlé z JŘBU) stěžovatelka označovala zadávací podmínky za nezákonné a narušující hospodářskou soutěž a rovněž uváděla, že jí znemožnily účastnit se původního otevřeného řízení (bod 2 návrhu stěžovatelky ze 17. 1. 2019). Za nezákonnou zadávací podmínku stěžovatelka v návrhu mj. konkrétně označila bezdůvodný požadavek zadavatele na objem palivové nádrže (bod 41 návrhu), a to s odkazem na dřívější návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kde tuto námitku stěžovatelka podrobněji rozváděla (viz body 31 až 34 stěžovatelčina návrhu z 24. 10. 2018).

[36] Z prvostupňového rozhodnutí v souzené věci vyplývá, že stěžovatel vycházel z výše popsané konstrukce, že zadavatel zapříčinil nepodání nabídek, pokud „*stanovil zadávací podmínky v původním zadávacím řízení v rozporu se zákonem tak, že by v důsledku jejich nezákonného nastavení neobdržel žádné nabídky*“ (bod 147 rozhodnutí). Je tedy zřejmé, že stěžovatel ve správním řízení zvažoval existenci příčinné souvislosti mezi nezákonným postupem žalobkyně a) jako zadavatele v původním otevřeném řízení a neobdržením žádných nabídek. Z následné rekapitulace skutkového děje stěžovatelem (body 149 až 165 rozhodnutí) je zároveň patrné, že zaměřil pozornost právě na ty zadávací podmínky, které dle tvrzení stěžovatelky (uplatňovaného konzistentně již ode dne podání námitek v původním otevřeném řízení) měly vést k nemožnosti její účasti v původním otevřeném řízení, a tedy k nepředložení nabídky z její strany. V rámci právního hodnocení stěžovatel výslovně žalobkyni a) jako zadavateli vytkl, že vedla předběžné konzultace po neúspěšném zadávacím řízení pouze s některými dodavateli, přestože stěžovatelka měla o veřejnou zakázku zájem, avšak důvody, pro které nabídku nepodala, zadavatel neřešil, ačkoli o zákonnosti zadávacích podmínek napadených stěžovatelkou panovaly pochybnosti (bod 175). Následně se podrobně věnoval také jednotlivým stěžovatelkou namítaným nezákonným zadávacím podmínkám, pro které se (jak od počátku tvrdila) nemohla soutěže zúčastnit (body 186 a násl.). Z rozhodnutí je tedy zřejmé, že je kromě jiného postaveno na zjištění příčinné souvislosti mezi nezákonností některých zadávacích podmínek, proti kterým stěžovatelka od počátku konzistentně brojila, a nepodáním žádné nabídky v původním otevřeném řízení, včetně nabídky stěžovatelky.

[37] Rozhodnutí stěžovatele o rozkladu pak potvrdilo názor obsažený v prvostupňovém rozhodnutí, že přinejmenším požadavek na minimální objem palivové nádrže byl požadavkem nezákonným (body 77 až 81). Ze souhrnu právě popsaných skutečností je tedy možno s rozumnou mírou pravděpodobnosti dospět k závěru, že tvrzené nezákonné zadávací podmínky byly příčinou nepodání nabídky stěžovatelky. Pokud stěžovatelka (osoba zúčastněná na řízení) jako jeden z dodavatelů již v původním zadávacím řízení sporovala zákonnost nastavených zadávacích podmínek, podala proti nim námítky a následně se bránila ve správním řízení, které iniciovala, a následně se ze stejných důvodů bránila proti JŘBU, zakládá souhrn těchto okolností rozumnou míru pravděpodobnosti, že nabídku nepodala právě z důvodů nezákonně stanovených zadávacích podmínek, ledaže by v řízení bylo prokázáno (důkazní břemeno v tomto ohledu tíží zadavatele), že skutečné důvody byly jiné (kupř. obstrukční jednání).

[38] Nejvyšší správní soud současně nepřehlédl, že žalobkyně a) jako zadavatel již ve správním řízení na svou obranu poukazovala na učiněnou cenovou nabídku stěžovatelky (osoby zúčastněné na řízení) z 9. 1. 2019, zaslanou do JŘBU a zpracovanou

údajně bez výhrad vůči zadávacím podmínkám, stejně jako na skutečnost, že stěžovatelka údajně disponuje autobusy splňujícími požadované parametry. Tato tvrzení byla evidentně motivována snahou žalobkyně a) jako zadavatele prokázat, že skutečné důvody nepodání nabídky stěžovatelkou musely být jiné, neboť zakázku s nastavenými parametry mohla splnit bez jakýchkoli obtíží. Prokázání pravdivosti tvrzení žalobkyně a) jako zadavatele, že stěžovatelka standardně nabízí autobusy s požadovanými parametry, by pak v tomto konkrétním případě mohlo znamenat, že jí uváděné důvody ohledně nepodání nabídky nepředstavovaly skutečný důvod nepodání nabídky. Krajský soud však těmto okolnostem v předchozím řízení vůbec nevěnoval pozornost, nezabýval se jimi, a proto již z tohoto důvodu nemůže napadený rozsudek obstát. V dalším řízení bude nezbytné k ověření uvedených skutečností provést důkazy předložené žalobkyní a) (včetně portfolio stěžovatelkou nabízených produktů v rozhodném období) a řádně a přezkoumatelně je soudem vyhodnotit.

IV.2 K bezdůvodným překážkám hospodářské soutěže

[39] Výše uvedené však nebrání tomu, aby se Nejvyšší správní soud na základě uplatněných kasačních námitek stěžovatelů věnoval posouzení klíčové otázky, zda požadavek na minimální objem palivové nádrže autobusů představoval bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže.

[40] Podle § 6 ZZVZ *musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti* (odst. 1). *Ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace* (odst. 2). Tyto zásady jsou dále ve vztahu k zadávacím podmínkám rozvedeny v § 36 odst. 1 ZZVZ, dle kterého *zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže*.

[41] Z § 36 odst. 1 zákona, jakož i ze zásad přiměřenosti a zákazu diskriminace (§ 6 ZZVZ), vyplývá, že se zadavatel musí zdržet stanovení takových zadávacích podmínek, které by omezily hospodářskou soutěž bezdůvodným zvýhodněním (konkurenční výhoda) nebo naopak znevýhodněním (překážka hospodářské soutěže) určitých dodavatelů, přičemž důvodnost stanovení konkrétní zadávací podmínky se musí opírat o legitimní potřebu zadavatele. Důkazní břemeno stran důvodnosti zadávacích podmínek leží na zadavateli. Tento výklad akcentující „důvodnost“ každé ze zadávacích podmínek lze dovodit přímo z textu § 36 odst. 1 ZZVZ. Zároveň jej lze podpořit výkladem teleologickým, jímž je smysl a účel konkrétního vykládaného pravidla dovozován z obecných zásad právní regulace veřejných zakázek, a opřít jej rovněž o důvodovou zprávu k ZZVZ (výklad historický; viz digitální repozitář Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR, sněmovní tisk č. 637/0, 7. volební období 2013 - 2017, <https://www.psp.cz>): „Prakticky veškeré zadávací podmínky totiž omezují okruh potenciálních dodavatelů a tím vytvářejí překážku soutěže o veřejnou zakázku. Například stanovení konkrétních technických parametrů vyřazuje ze soutěže všechny dodavatele, jejichž výrobky požadované parametry nesplňují. Zadavatel je však oprávněn takové zadávací podmínky stanovit, pokud je to odůvodněno jeho potřebami, které prostřednictvím veřejné zakázky naplňuje. Technické parametry musí nastavit přiměřeně tak, aby účel veřejné zakázky byl naplněn.“ Z judikatury Nejvyššího správního soudu ostatně vyplývá, že se nejedná o výklad nový či překvapivý (viz např. rozsudek z 5. 6. 2008, čj. 1 Afs 20/2008-152, č. 1771/2009 Sb. NSS, zabývající se předchozí právní úpravou považující nastavení nepřiměřených technických kvalifikačních předpokladů za skrytou diskriminaci;

pokračování

či rozsudek ze 14. 4. 2020, čj. 4 Afs 421/2019-34, potvrzující platnost dřívějších závěrů rovněž za podmínek současné právní úpravy). Jak Nejvyšší správní soud vyslovil též v rozsudku z 30. 9. 2014, čj. 3 As 63/2014-28: „Každý zadavatel má v zadávací dokumentaci, např. formou definování technických podmínek či kvalifikačních požadavků možnost stanovit konkrétní parametry, bez jejichž splnění se dodavatel o veřejnou zakázku úspěšně ucházet nemůže. Uvedeným způsobem současně zadavatel ovlivňuje okruh možných dodavatelů. Proto je třeba při nastavení těchto parametrů, požadavků či podmínek (v zadávací dokumentaci) dbát shora zmíněných zásad vymezených v § 6 ZVZ, jejichž respektování ostatně prolíná celým řízením o veřejných zakázkách“. V rozsudku z 28. 3. 2013, čj. 1 Afs 69/2012-55, pak Nejvyšší správní soud uvedl, že „čím podrobnější a přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím vyšší nároky budou kladeny na jejich odůvodnění“ (bod 25).

[42] Nejvyšší správní soud konstatuje, že s určitou výhradou lze akceptovat pomocný algoritmus vytvořený krajským soudem pro hodnocení dostatečnosti zdůvodnění zadavatele ve vztahu k jednotlivým zadávacím podmínkám. Pokud jde o srovnání podmínek běžných, pro všechny potenciální dodavatele nenákladných a snadno splnitelných, a na straně druhé podmínek komplikovaných, pro některé dodavatele obtížně splnitelných, či nikoli nevýznamně navyšujících cenu nabízeného plnění, lze krajskému soudu přisvědčit do té míry, že zdůvodnění prvně popsanych „jednoduchých podmínek“ zadavatelem může být rovněž jednoduché, přičemž bude postačovat, aby zadavatel poskytl základní racionální zdůvodnění, které osvětlí existující souvislost mezi zadávací podmínkou a legitimní potřebou zadavatele, aniž bude nutné následně zkoumat, zda nemohl zvolit řešení vhodnější v zájmu zachování hospodářské soutěže. Jednoduchá podmínka, jejíž splnění nemůže být pro žádného dodavatele obtížné a která nemá výraznější dopady na cenu plnění, totiž klade hospodářské soutěži natolik marginální překážku, že není třeba zadavatele nutit k poměrování případných dalších možných alternativ. Nejeví se přiměřené, aby vhodnost těchto alternativ *ex post* poměřoval i stěžovatel jako dozorový správní orgán. Výhrada Nejvyššího správního soudu však spočívá v tom, že nelze konstatovat prostou dichotomii těchto dvou krajních poloh (podmínek jednoduchých a složitých), jak to zjednodušeně učinil krajský soud, neboť se jedná o celou škálu nacházející se mezi dvěma hraničními body – podmínkou jednoduchou a podmínkou mimořádně složitou. Závěr krajského soudu o nadbytečnosti poměrování možných alternativ naplnění legitimní potřeby zadavatele přitom bude platit pouze pro *jednoduché podmínky* (běžné, snadno splnitelné pro všechny dodavatele a významně nenavyšující cenu plnění pro některé z nich). V případě, kdy posuzovaná podmínka nebude kterýkoli z uvedených přívlastků splňovat, nebude možno ji považovat za podmínku jednoduchou, a to bez ohledu na míru její komplikovanosti, zhoršené splnitelnosti, či výši (jiného než nepatrného) navýšení ceny plnění. V těchto případech bude třeba případné alternativy možného znění posuzovat a ověřit, zda některá z nich hospodářskou soutěž neomezuje méně, či dokonce vůbec.

[43] V nyní projednávané věci pak Nejvyšší správní soud sice souhlasí s názorem krajského soudu, že existuje určitá souvislost mezi požadavkem na minimální objem nádrže a minimálním dojezdem autobusu na plnou nádrž. Odůvodnění obsažené v rozhodnutí o námitkách profilem tras, plánovaným rozsahem provozu – kilometrovým průběhem vozidla, předpokládanou spotřebou a možností provozovat autobus po více dní bez natankování, je však nekonkrétní. Jediné, z čeho bylo možno v dané věci v odůvodnění vycházet (což správní orgán ve správním řízení také správně učinil), byla tvrzená potřeba provozovat autobus jeden či více dnů bez průběžného tankování,

tedy potřeba určitého minimálního dojezdu vozidla, aniž ovšem žalobkyně a) jako zadavatel specifikovala, jaký konkrétní minimální dojezd autobusu je pro ni při zohlednění průměrných tras linek nezbytný. Bez vztahení parametru objemu nádrže k parametru spotřeby vozidla přitom nelze na konkrétní dojezd autobusu nijak usuzovat. Je totiž výsledkem triviální matematické operace, že autobus s mírně menší velikostí nádrže, avšak dostatečně nižší spotřebou paliva může dosáhnout delší dojezdové vzdálenosti než autobus s nádrží sice větší, avšak současně vyšší spotřebou paliva. Parametr velikosti nádrže tak sám o sobě konkrétní dojezd vozidla negarantuje, a to bez ohledu na žalobkyni a) uváděné skutečnosti. Pokud žalobkyně a) jako zadavatel v řízení o kasační stížnosti upřesnila, že chtěla pouze „vytvořit rozumný předpoklad, že vozidlům nedojde palivo někde uprostřed linky“ a zabezpečit, že „nebude docházet k narušování krajem stanovených jízdních řádů“, není zřejmé, jak přesně pouhým požadavkem na minimální velikost objemu nádrže (bez vztahení tohoto údaje ke spotřebě), zamýšlela zajistit dostatečné množství paliva pro provoz na svých linkách dle jízdního řádu. Myslitelná je jediná možnost, že předem počítala s nejvyšší (a tedy nejhorší) možnou spotřebou paliva ze všech dostupných autobusů na trhu, jejichž dodavatelé se do otevřeného řízení mohli přihlásit, a ve vztahu k této nejhorší možnosti parametr minimálního objemu nádrže nastavila (po přičtení dostatečné rezervy pro zohlednění dalších faktorů, jako je způsob jízdy řidičů, klimatické podmínky a další, které však, jak správe uvedli stěžovatelé, mají shodný vliv na provoz vozidla, ať jsou jeho vstupní technické parametry jakékoli). Případně je myslitelná i možnost, že žalobkyně a) stanovila tento parametr s natolik vysokou rezervou vzhledem k plánovaným trasám, že ji spotřeba konkrétních vozidel nezajímala, což však problematizuje odůvodněnost takového požadavku z hlediska jeho potřebnosti. Přestože tedy stanovení tohoto parametru vzbuzuje pochybnosti, lze souhlasit s hodnocením krajského soudu, že určitá základní souvislost mezi objemem palivové nádrže a minimálním dojezdem autobusu, resp. zabezpečením legitimního požadavku zadavatele na „provoz autobusu více dnů bez natankování“, existuje, byť není přesně vyčíslitelná.

[44] Nad rámec právě řečeného pak Nejvyšší správní soud poznamenává, že pokud se žalobkyně a) jako zadavatel dovolává skutečnosti, že vedle objemu nádrže zohledňovala rovněž spotřebu vozidla tím, že ji učinila předmětem hodnocení veřejné zakázky, je taková argumentace lichá. Pokud již na základě stanovených technických požadavků dochází k selekci dodavatelů, kteří tyto podmínky nesplňují, nehraje z pohledu překážek hospodářské soutěže zařazení parametru spotřeby vozidla mezi hodnotící kritéria žádnou roli, neboť dodavatel vyřazený na základě kritéria nedostatečného objemu nádrže se do hodnotící fáze nabídek vůbec nedostane.

[45] Stran závěrů, které krajský soud učinil z jím provedeného dokazování ve vztahu k jednoduchosti požadované zadávací podmínky, Nejvyšší správní soud uvádí, že krajský soud sice dostatečně odůvodnil marginální cenový rozdíl mezi nádržemi různých objemů, tato skutečnost však nic nevypovídá o snadné splnitelnosti posuzované podmínky, ani o tom, zda pro některé dodavatele významně nezvyšuje cenu plnění, pokud jimi nabízené modely autobusů bez dalšího neumožňují snadnou montáž větší nádrže, než kterou běžně disponují a nabízejí. Další úvahy krajského soudu obsažené v odůvodnění napadeného rozsudku o jednoduchosti požadované podmínky je pak nutno hodnotit jako nepřezkoumatelné. Z bodu 27 napadeného rozsudku není vůbec zřejmé, na základě jakých konkrétních důkazů krajský soud dospěl k závěru o snadné splnitelnosti a nenákladnosti posuzované podmínky. Odůvodnění rozsudku pouze obecně odkazuje na „produktové listy

pokračování

různých výrobců“, aniž je soud jakkoli blíže specifikoval (stejně obecně tak činí i v bodě 19). Z rozsudku nelze vyčíst, jaké konkrétní modely autobusů (a od jakých konkrétních výrobců) mají být dle jeho názoru způsobilé bez jakýchkoli obtíží splnit stanovenou zadávací podmínku a zda se v jejich případě skutečně jedná o meziměstské částečně nízkopodlažní autobusy, které byly předmětem původního otevřeného řízení. Stejně tak není zřejmé, o co konkrétně krajský soud opřel svůj závěr o snadné splnitelnosti a nenákladnosti posuzované podmínky pro stěžovatelku, když soudní spis obsahuje toliko produktové listy dvou jejích „městských“ autobusů (nikoli meziměstských) a jednoho autobusu sice meziměstského, avšak nikoli nízkopodlažního. Nejvyšší správní soud proto v tomto ohledu považuje dokazování provedené krajským soudem za nedostatečné a z něj vyvozené závěry za nepřezkoumatelné. Za samozřejmý a nepochybný nelze pokládat ani závěr krajského soudu, že není důvod se domnívat, že by „výměna“ palivové nádrže (resp. osazení určitého výrobního modelu vozidla jinou než výrobcem standardně osazovanou nádrží) měla činit jakékoli potíže. Soudem vyslovený laický závěr týkající se odborných technických otázek nelze dle Nejvyššího správního soudu učinit bez náležitého odborného posouzení, k němuž soud zjevně nemá potřebné odborné znalosti.

[46] Jak nadto Nejvyšší správní soud uvedl již výše, za jednoduchou podmínku je nutno považovat pouze takovou podmínku, která nečiní obtíže žádnému z dodavatelů. Pokud tedy stěžovatelka tvrdila, že se v jejím případě o jednoduchou podmínku nejednalo, bylo třeba (po vyloučení skutečnosti, že skutečně nedisponuje meziměstskými nízkopodlažními autobusy s požadovaným objemem palivové nádrže) zabývat se přinejmenším jejím tvrzením o nutnosti nové homologace nabízených vozidel v případě, kdy by je osadila nádržemi o objemu požadovaném zadavatelem. Jak v tomto ohledu správně poukázali oba stěžovatelé, jedná se o řešení otázky právní (vyplývající z právních předpisů), tomuto hodnocení se však krajský soud zcela vyhnul prostým a nepřezkoumatelným konstatováním, že se mu uvedené stěžovatelčino tvrzení nejeví pravděpodobné.

[47] Zodpovězení otázky, zda požadavek na objem palivové nádrže byl jednoduchou běžnou podmínkou, která žádnému z dodavatelů nemohla činit obtíže ani pro něj významně navyšovat cenu plnění, je přitom pro souzenou věc klíčové. Bylo-li by prokázáno, že se z důvodů uvedených výše o jednoduchou podmínku nejedná, bylo třeba poměřit možné alternativy takto stanovené zadávací podmínky, přičemž se jako vhodnější logicky nabízí požadavek na předpokládaný dojezd vozidla odvozený od prostého součinu objemu nádrže a spotřeby (dle schválené dokumentace vozidla, nikoli spotřeby reálné, odvislé od řady dalších okolností vlastního provozu vozidla). V takovém případě by pak závěr o důvodnosti požadavku na objem palivové nádrže mohl vzhledem k tvořící překážce hospodářské soutěže jen stěží obstát. Lze také dodat, že pokud by bylo prokázáno, že takový požadavek nemá žádné zákonné nebo ekonomické odůvodnění, pak by ani nebylo na místě zabývat se jeho zjevnou nepřiměřeností (srov. rozsudek NSS z 28. 8. 2018, čj. 9 As 195/2017-47, bod 30).

IV.C K vedení správního spisu

[48] Krajský soud se v napadeném rozsudku zabýval rovněž způsobem vedení správního spisu stěžovatelem. Krajský soud dovodil z existence odděleného pomocného spisu sp. zn. O0046/2019 (obsahujícího zejména zadávací dokumentaci), do kterého stěžovatel

účastníkům řízení nedovoluje paušálně nahlížet, porušení procesních práv žalobkyň a jejich práva na spravedlivý proces.

[49] Podle § 17 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, *se v každé věci zakládá spis. Každý spis musí být označen spisovou značkou. Spis tvoří zejména podání, protokoly, záznamy, písemná vyhotovení rozhodnutí a další písemnosti, které se vztahují k dané věci. Přílohou, která je součástí spisu, jsou zejména důkazní prostředky, obrazové a zvukové záznamy a záznamy na elektronických médiích. Spis musí obsahovat soupis všech svých součástí, včetně příloh, s určením data, kdy byly do spisu vloženy.* Tato úprava navazuje na úpravu v zákoně č. 499/2004 Sb., o archivnictví a spisové službě a o změně některých zákonů, podle jehož § 65 odst. 1 věty první *se při vyřizování dokumentů všechny dokumenty týkající se téže věci spojí ve spis.* Judikatura Nejvyššího správního soudu k vedení spisu uvádí, že *»správní spis tvoří všechny dokumenty týkající se téže věci. Toto pravidlo se neuplatní pouze tehdy, stanoví-li zákon jinak. Je to ostatně i logické, ve spisu musí zůstat vše, co svědčí o úkonech správního orgánu a účastníků řízení, neboť jde o materiální „stopu“ postupu řízení«* (rozsudek Nejvyššího správního soudu z 31. 3. 2010, čj. 1 Afs 58/2009-541, č. 2119/2010 Sb. NSS, bod 81). Stejný závěr vyplývá i z odborné komentářové literatury: *»Součástí spisu jsou jak dokumenty, z nichž správní orgán přímo vycházel, tak i ty, které správnímu orgánu „příliš nepomohly“, případně byly získány v rozporu se zákonem. S obsahem spisu není možné svévolně a účelově manipulovat«* (Potěšil, L., Hejč, D., Rigel, F., Marek, D.: *Správní řád. Komentář.* 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, str. 105). Z citované právní úpravy navíc vyplývá, že stejná pravidla pro nakládání se spisem platí rovněž pro nakládání s jeho přílohou, která je slovy zákona „součástí spisu“ a je z něj samostatně vyčleněna obvykle zejména z technických důvodů (např. nosiče s obrazovými a zvukovými záznamy).

[50] Podle § 38 odst. 1 správního řádu *účastníci a jejich zástupci mají právo nahlížet do spisu* (a tedy i do jeho přílohy). Na rozdíl od ostatních osob, které musí prokázat právní zájem nebo jiný vážný důvod (§ 38 odst. 2 správního řádu), účastníci řízení mají právo nahlížet do spisu vždy (s výjimkami stanovenými zákonem). K jedné z takových výjimek, uplatňujících se právě v oblasti dozoru nad zadáváním veřejných zakázek, patří povinnost správního orgánu chránit obchodní tajemství a učinit opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno (nyní § 271 odst. 2 ZZVZ, dříve § 122 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, účinného do 20. 9. 2016).

[51] Nejvyšší správní soud se ve své judikatuře vyjádřil také k pochybením stěžovatele při vedení správních spisů. Jednalo se o nesprávné oddělování tzv. podnětového spisu (obsahujícího podnět k dozorové činnosti a jeho vyřízení) od správního spisu v řízení vedeném *ex officio* na základě vyhodnocení zmíněného podnětu (rozsudek z 28. 6. 2017, čj. 8 As 236/2016-51, body 12 až 22). Již v tomto rozsudku Nejvyšší správní soud stěžovatele upozornil, že *„[k]aždé omezení práva nahlížet do spisu totiž musí být proporcionální k zájmu, který je odepřením tohoto práva chráněn. Nejvyšší správní soud nevylučuje omezení práva nahlédnout do správního spisu, uvedené však nelze provést a priori a plošně“* (bod 15). Později Nejvyšší správní soud odmítl také praxi stěžovatele (projevující se rovněž v nyní souzené věci), který do správního spisu zařazuje výhradně takové listiny poskytnuté účastníky (zejména zadavateli), které sám předběžně vyhodnotí jako způsobilé, či potřebné k dokazování (rozsudek z 13. 1. 2021, čj. 1 As 108/2020-44). V tehdejších případech Nejvyšší správní soud poukázal na skutečnost, že *„je nutné odlišit dvě věci: zařazování dokumentů do spisu (§ 17 odst. 1 správního řádu) a následnou práci s nimi (např. § 51 odst. 1 správního řádu). Správní orgán má zákonnou povinnost učinit obsahem spisu jakýkoliv dokument, který*

pokračování

se vztahuje k dané věci (s výjimkou zákonem stanovených výjimek). Podmínka relevantnosti k dané věci ovšem není totožná s tím, zda daný dokument je (ať už subjektivně či objektivně) způsobilý prokázat nebo vyvrátit určitá tvrzení účastníka řízení či nikoliv. Odlišnou věcí je následné nakládání s dokumenty ve spise“ (bod 33). Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku dále pokračoval, že je „závěr o povinnosti zařadit sporné dokumenty [rozuměj do spisu] zcela zřejmý již ze samotného znění § 17 odst. 1 správního řádu, který výslovně uvádí, že součástí spisu jsou podání (účastníka), což se z podstaty věci vztahuje i na přílohy těchto podání“ (bod 34). Nejvyšší správní soud tedy stěžovateli již v minulosti vytkl jako pochybení při vytváření obsahu spisu a nepřezkoumatelnost správnosti jeho úvah o relevantnosti jednotlivých dokumentů (bod 35).

[52] V nyní souzené věci je z obsahu vedeného správního spisu zřejmé, že z něj stěžovatel vyčlenil řadu listin obdržených od účastníků řízení do zvláštního pomocného spisu, resp. do zvláštní přílohy spisu. Z interního záznamu do spisu z 29. 1. 2019, (PID: UOHSX00C06S0, čj. ÚOHS-S0032/2019/VZ-02865/2019/541/AHr) lze zjistit, že se jedná přinejmenším o listiny z dokumentace zadávacího řízení poskytnuté do správního řízení žalobkyní a) jako zadavatelem, neboť dle názoru stěžovatele (obsaženého v tomto záznamu) netvoří podklady pro vydání rozhodnutí, a proto jsou vyčleněny do „přílohy správního spisu“. Správní spis dále obsahuje řadu procesních usnesení o částečném nevyhovění žádosti jednotlivých účastníků o nahlížení do spisu, a to právě do uvedené přílohy s vyčleněnými dokumenty [např. usnesení z 19. 3. 2019 ve věci žádosti žalobkyně a) o nahlížení do spisu (PID: UOHSX00C5LZB, čj. ÚOHS-S0032/2019/VZ-07838/2019/541/AHr)].

[53] Je tedy patrné, že stěžovatel vytvořil samostatnou přílohu spisu nikoli z technických důvodů (povahy nosičů, apod.), ale výhradě pro seskupení určitých dokumentů, a to za účelem jejich vyloučení z nahlížení do spisu. Stěžovatel se v kasační stížnosti i v průběhu správního řízení odvolává na § 260 ZZVZ nadepsaný jako „*Zvláštní ustanovení o ochraně informací*“, následujícího znění: *Úřad s výjimkou té části, která je podkladem pro vydání rozhodnutí, neposkytne po dobu výkonu dozoru podle této části informaci obsaženou v dokumentaci o zadávacím řízení. Dobou výkonu dozoru podle věty první je doba od doručení dokumentace o zadávacím řízení Úřadu podle § 252 odst. 1, § 254 odst. 5 nebo § 258 odst. 1 do jejího odeslání zpět zadavateli.* Toto ustanovení však primárně míří na vyloučení dokumentace o zadávacím řízení z režimu poskytování informací v rámci svobodného přístupu veřejnosti k informacím (viz slova „*neposkytne*“ a „*informaci*“). V daném případě se jedná o částečnou zvláštní právní úpravu k zákonu č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, zakotvující speciální důvod pro odmítnutí žádosti o poskytnutí informace doplňující obecné důvody obsažené v citovaném zákoně.

[54] Dle názoru Nejvyššího správního soudu nelze toto ustanovení vykládat tak, že by paušálně bez dalšího omezovala právo účastníků řízení nahlížet do správního spisu ve smyslu § 38 správního řádu, jak to činí stěžovatel. Vedle argumentu spočívajícího v jiném účelu dané normy (viz předchozí odstavec) je tomu tak zejména proto, že zákaz poskytnutí informací dle § 260 ZZVZ obsahuje rovněž širokou výjimku z tohoto zákazu v podobě „*podkladů pro vydání rozhodnutí*“. Dle § 50 odst. 1 správního řádu přitom *podklady pro vydání rozhodnutí mohou být zejména návrhy účastníků, důkazy, skutečnosti známé správnímu orgánu z úřední činnosti, podklady od jiných správních orgánů nebo orgánů veřejné moci, jakož i skutečnosti obecně známé.* Tento demonstrativní výčet fakticky

znamená, že podkladem pro rozhodnutí může být cokoli, co správní orgán shromáždí za účelem vydání rozhodnutí v příslušném správním řízení. Podkladem pro vydání rozhodnutí je proto v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeném na návrh i tento samotný návrh navrhovatele, včetně připojených důkazních prostředků (typicky listin) za účelem možného provedení důkazů, stejně jako důkazní návrhy (§ 251 odst. 1 ZZVZ), případně přímo přiložené důkazní prostředky ostatních účastníků řízení (§ 251 odst. 5 ZZVZ), a v neposlední řadě také vyjádření samotného zadavatele, jehož součástí je dokumentace o zadávacím řízení (§ 252 a § 254 odst. 5 a 6 ZZVZ). Z právě uvedeného je zřejmé, že i v případě, kdy by soud připustil aplikaci § 260 rovněž ve vztahu k účastníkům řízení a jejich nahlížení do spisu (tedy nad rámec procesního režimu svobodného přístupu k informacím), je toto ustanovení díky široce koncipované výjimce v podobě „podkladů pro vydání rozhodnutí“ prakticky neaplikovatelné.

[55] Ve shodě s dřívějším rozsudkem čj. 1 As 108/2020-44 (citovaným výše) tedy Nejvyšší správní soud označuje za nepřipustný právní výklad stěžovatele, který jakýkoli ze shromážděných dokumentů (včetně těch z dokumentace o zadávacím řízení) subjektivně nepovažuje za podklad pro vydání rozhodnutí, a to až do doby, než sám rozhodne, že jej ve správním řízení hodlá využít (nejčastěji k provedení důkazu listinou) a do správního spisu jej poté zařadí (resp. jej do správního spisu přeradí z chráněné přílohy). Z objektivního hlediska, jehož prizmatem je třeba vykládat § 50 odst. 1 správního řádu, je podkladem pro vydání rozhodnutí vše, co správní orgán za účelem vedení správního řízení shromáždil, a to od samého počátku, kdy se správnímu orgánu dostal konkrétní podklad do dispozice, tedy bez ohledu na subjektivně vnímanou důležitost toho kterého podkladu, stejně jako bez ohledu na to, zda konkrétní podklad bude proveden k důkazu, resp. zda na jeho základě budou provedeny důkazy jiné. Účastníci řízení mají právo seznámit se s veškerými shromážděnými podklady a navrhopat správnímu orgánu provedení důkazů konkrétními důkazními prostředky shromážděnými ve spise, byť na straně druhé správní orgán nemá povinnost všem těmto důkazním návrhům vyhovět, považuje-li je za nadbytečné, pro věc irelevantní apod.

[56] V této části proto závěry krajského soudu ob stojí. Pokud se žalobkyně a) navzdory svému aktivnímu přístupu (nahlížení do spisu) nedozvěděla o možných listinných důkazních prostředcích předložených v řízení jiným účastníkem, a z tohoto důvodu se nemohla seznámit s jejich obsahem, bylo v předchozím řízení porušeno její právo vyjádřit se ke všem podkladům rozhodnutí a správní řízení bylo z tohoto důvodu zatíženo vadou řízení. Tvzení stěžovatele, že žalobkyně postupovaly ve shodě a bránily se proti tvrzením stěžovatelky (osoby zúčastněné na řízení, která řízení iniciovala) společně, není nijak podloženo. Žalobkyně byly samostatnými účastnicemi řízení, a žalobkyně a) tak nemusela mít žádné povědomí o listinách, které v řízení předkládala žalobkyně b), natož o jejich obsahu.

V. Závěr a náklady řízení

[57] Ačkoli Nejvyšší správní soud přisvědčil krajskému soudu v jeho dílčím závěru o shledané vadě řízení, kterou je vedení správního spisu neobsahujícího veškerá podání účastníků (včetně příloh), vyčleňování vybraných dokumentů do samostatné interní přílohy a následkem toho neumožnění nahlížení účastníkům řízení do této přílohy s odůvodněním opírajícím se o § 260 ZZVZ, rozsudek krajského soudu neob stojí ve vztahu k závěrům týkajícím se jednak otázky příčinné souvislosti mezi nezákonností původního

pokračování

otevřeného řízení a nepodáním nabídek, jednak otázky bezdůvodných překážek hospodářské soutěže.

[58] V této souvislosti se krajský soud v předchozím řízení nesprávně zabýval pouze důvody nepodání nabídek ze strany jiných dodavatelů (v původním otevřeném řízení), aniž blíže zkoumal příčinnou souvislost mezi tvrzenou nezákonností tehdejších zadávacích podmínek a nepodáním nabídky stěžovatelky (osoby zúčastněné na řízení). K závěru, že žalobkyně a) jako zadavatel způsobila nepodání nabídek, a tedy nebyla oprávněna použít JŘBU, totiž postačuje zjištění, že vzhledem k jejímu nezákonnému postupu nepodal nabídku byt' jen jediný dodavatel (tedy i sama stěžovatelka).

[59] Krajský soud rovněž náležitě neodůvodnil závěr, proč požadavek na palivovou nádrž o minimálním objemu 250 l byl z jeho pohledu zadávací podmínkou jednoduchou (tedy běžnou, snadno splnitelnou pro všechny dodavatele a výrazněji nenavyšující cenu plnění pro některé z nich), u níž by postačovalo základní racionální zdůvodnění žalobkyně a) jako zadavatele stran její legitimní potřeby, a tedy by nebylo nutno v souzené věci zkoumat, zda nemohla zvolit řešení vhodnější (méně omezující hospodářskou soutěž). V dalším řízení tedy bude nutno se otázkou jednoduchosti této podmínky opětovně zabývat, a to zejména ve vztahu ke stěžovateli a jejímu portfoliu autobusů.

[60] Stran vytýkané vady správního řízení týkající se vedení správního spisu stěžovatelem krajský soud v dalším řízení vyhodnotí vliv této vady na zákonnost vydaných správních rozhodnutí. Nic nebrání tomu, aby dokazování doplnil též o listiny relevantní pro posouzení věci samé, které ve správním řízení předložila žalobkyně a) jako zadavatel a které nebyly učiněny součástí správního spisu (ale toliko jeho přílohové části). Tím současně umožní účastníkům (a osobě zúčastněné na řízení) seznámit se s jejich obsahem, případně na ně reagovat. Následně soud vyhodnotí, zda a jakým způsobem provedené důkazy ovlivnily posouzení věci samé, tedy měly vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí.

[61] Nejvyšší správní soud proto ve smyslu § 110 odst. 1 věty první s. ř. s. napadený rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. V něm je krajský soud vázán závěry vyslovenými v tomto rozsudku (§ 110 odst. 4 s. ř. s.).

[62] V novém řízení krajský soud rozhodne také o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti (§ 110 odst. 3 s. ř. s.).

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně 30. března 2022

Jitka Zavřelová
předsedkyně senátu