



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

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

žalobce: **ELTODO OSVĚTLENÍ, s.r.o.**, IČ 25751018
sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4

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

za účasti OZNŘ: **Hlavní město Praha**
sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha – Staré Město
zastoupena JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem
sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 4.12.2017, č.j. ÚOHS-R0148/2017/VZ-35396/2017/323/EBr

takto:

- I. Žaloba se **zamítá**.
- II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se **nepřiznává** náhrada nákladů řízení.

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

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnutím ze dne 30. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0252/2017/VZ-25297/2017/541/MSc (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), částečně zamítl návrh žalobce na přezkoumání úkonů zadavatele (osoby zúčastněné na řízení), a to v části směřující proti postupu zadavatele směřujícího k zadání veřejné zakázky na zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení hl. m. Prahy mimo zadávací řízení, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, a částečně řízení zastavil, a to v části týkající se naplnění podmínek dle § 63 odst. 5 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), neboť návrhu v této části nepředcházely řádně a včas podané námitky. Na základě rozkladu žalobce rozhodl předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnutím ze dne 4. 12. 2017, č. j. ÚOHS-R0148/2017/VZ-35396/2017/323/EBR (dále jen „napadené rozhodnutí“), tak, že podle § 90 odst. 4 ve spojení s § 66 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zrušil prvostupňové rozhodnutí a řízení zastavil z důvodu, že návrh byl zjevně právně nepřipustný, neboť úkon, proti němuž směřoval (zařazení bodu na projednání rady hl. m. Prahy), není možné brát jako postup směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení (jednalo se pouze o vnitřní proces tvorby vůle zadavatele).

II. Stanoviska účastníků řízení a osoby zúčastněné na řízení

2. Žalobce se domáhá zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Namítá, že žalovaný nesprávně posoudil, že se nejednalo o postup směřující k zadání veřejné zakázky, když existovaly jasné kroky zadavatele směřující k zadání veřejné zakázky. K podání námitek žalobce nevedlo jen zařazení bodu na program jednání rady hl. m. Prahy, nýbrž také to, že rada v usnesení č. 2806 vymezila, že správu a údržbu veřejného osvětlení bude řešit formou vertikální spolupráce, že dále rozhodla usnesením č. 3209 o uzavření příkazní smlouvy se společností TRADE CENTRE PRAHA a. s. (dále jen „TCP“) na související práce, a že žalobce měl indicie, že TCP vyvíjí nezákonné snahy o převzetí jeho zaměstnanců, důvěrných informací a know-how i dalších kapacit žalobce. V celém postupu zadavatele proto žalobce sledoval postup směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Žalobce mohl očekávat, že vzhledem k předchozím aktivitám může být smlouva uzavřena již v tentýž den, kdy by bylo přijato příslušné usnesení. Je zásadní, aby žalovaný předcházela situacím, kdy budou potenciální dodavatelé nuceni vyčkat nezákonného uzavření smluv. O stažení bodu z jednání rady nemohl žalobce v době podání návrhu vědět. Navíc to neznamenal, že zadavatel upustil od napadeného postupu. Námitky i návrh tak byly podány oprávněně. Interpretace „postupu, který směřuje k zadání veřejné zakázky“ ze strany žalovaného vykazuje znaky libovůle. Žalobce nežádal, aby byl zadavateli uložen zákaz projednání určitého bodu programu na radě hl. m. Prahy. Podle žalobce postup žalovaného znemožňuje právo domoci se dostatečného a účinného přezkumu rozhodnutí činěných při zadávání veřejných zakázek, které je předpokládáno směrnicí Rady 1989/665/EHS o koordinaci

právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „přezkumná směrnice“). Žalobce přitom odkazuje na rozsudek Soudního dvora ve věci C-26/03, *Stadt Halle*. Žalovaný dále nepřipustně aplikoval § 66 odst. 1 písm. b) správního řádu, neboť nepřipustnost by musela být na první pohled zřejmá. Tím došlo k porušení zásad dle správního řádu a čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod a čl. 6 odst. 1 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv. Nezákonně bylo zastaveno řízení také v části, v níž návrh směřoval proti uzavření smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění. Pokud se ukázalo, že zadavatel jednací řízení bez uveřejnění vůbec nepředpokládal, bylo na místě řízení zastavit podle § 66 písm. g) správního řádu pro bezpředmětnost.

3. Žalovaný ve svém vyjádření odkazuje na napadené rozhodnutí a dodává, že jeho možnost vykonávat dozor není možné dovozovat jen ze skutečnosti, že se zadavatel chystá v budoucnu správu a údržbu veřejného osvětlení řešit formou vertikální spolupráce. Již z textace petitu návrhu vyplývalo, že sám žalobce neví, jaký postup hodlá zadavatel využít. V důsledku zařazení bodu 21 na program jednání rady hl. m. Prahy nebylo ani zdaleka jasné, zda zadavatel hodlá uzavřít smlouvu mimo zadávací řízení. Stažení z programu jednání rady bylo pouze podpůrným argumentem. Zákonem vymezený okruh možností podání námitek a návrhu je opatřením proti zneužití práva a svévolnému zjevně bezúspěšnému uplatňování práva. V nyní projednávaném případě byl tento postup legitimní. Ustanovení § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu dopadá pouze na případy, kdy dojde ke změně okolností v průběhu řízení o žádosti, což se v projednávané věci nestalo. Žalovaný proto navrhuje, aby byla žaloba zamítnuta.
4. Osoba zúčastněná na řízení ve svém vyjádření uvádí, že návrh byl zjevně nepřipustný, nicméně z důvodu, že v případě uzavírání smlouvy v rámci vertikální spolupráce není obecně přípustné podat námitky ani následný návrh, neboť nejde o zadání veřejné zakázky. Není možné ani identifikovat časový moment, od kterého je možné podávat námitky. Odkaz na rozsudek Soudního dvora ve věci C-26/03, *Stadt Halle* je nepřipadný, neboť v době případu nebyla vertikální spolupráce vůbec vymezena. Nepřipustnost je v daném případě zjevná. Petit návrhu je formulován extenzivně a je prakticky nerealizovatelný. Osoba zúčastněná na řízení závěrem navrhuje, aby byla žaloba zamítnuta.
5. Žalobce ve svých následných podáních předkládá polemiku s úvahami žalovaného a osoby zúčastněné na řízení a doplňuje své úvahy o některé dílčí argumenty. K obecné přípustnosti námitek a návrhu v projednávané věci poukazuje na to, že argumentace osoby zúčastněné na řízení byla vyvrácena i žalovaným. Možnost vertikální spolupráce se nedotýká přezkumné pravomoci žalovaného. V souladu s rozsudkem Soudního dvora ve věci C-26/03, *Stadt Halle* je každý členský stát povinen poskytnout možnost účinného a rychlého přezkumu jednání zadavatelů. Žalobce dále poukazuje na to, že formulace petitu návrhu plně odpovídá dikci zákona.
6. Také osoba zúčastněná na řízení ve svém dalším podání setrvává na svém postoji, že návrh byl v dané věci zjevně nepřipustný, a navrhuje zamítnutí žaloby.

III. Posouzení věci krajským soudem

7. Krajský soud v Brně na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první zákona č. 150/2002 Sb.,

soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů; dále jen „s. ř. s.“), jakož i řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). Ve věci rozhodl bez nařízení jednání za splnění zákonných podmínek (§ 51 odst. 1 s. ř. s.).

8. Předně soud poznamenává, že předmětem přezkumu je napadené rozhodnutí. Soud se proto nemohl zabývat námitkami, které směřují výlučně proti závěrům vyjádřeným v prvostupňovém rozhodnutí, a to už proto, že napadené rozhodnutí bylo vydáno z důvodů odlišných.
9. Jelikož žalobce svými námitkami proti postupu zadavatele i samotným návrhem brojl jak proti možnému využití vertikální spolupráce, tak proti možnému využití jednacího řízení bez uveřejnění, byly obě tyto části návrhu ve správním řízení posuzovány odděleně. Následně žalobce v žalobě také vznáší odlišnou argumentaci proti zastavení řízení jednak v části, v níž návrh směřoval proti možnému využití vertikální spolupráce, jednak v části, v níž návrh směřoval proti možnému využití jednacího řízení bez uveřejnění. Také soud proto bude posuzovat zákonnost napadeného rozhodnutí relativně samostatně ve vztahu k jednotlivým částem návrhu.
10. Ve vztahu k oběma částem návrhu je nicméně klíčové posouzení charakteru postupu, proti němuž námitky a návrh směřovaly, a zákonných podmínek pro věcný přezkum postupu zadavatele, respektive pro učinění závěru, že návrh na takový přezkum je zjevně nepřípustný.
11. Podle § 2 odst. 1 ZZVZ se zadáním veřejné zakázky pro účely tohoto zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce. Za zadání veřejné zakázky se považuje uzavření smlouvy, kterou se zakládá pracovněprávní nebo jiný obdobný vztah, nebo smlouvy upravující spolupráci zadavatele při zadávání veřejné zakázky podle § 7 až 12, § 155, 156, 189 a 190.
12. Podle § 11 odst. 1 ZZVZ se za zadání veřejné zakázky nepovažuje uzavření smlouvy, kterou uzavírá veřejný zadavatel s jinou právnickou osobou jako dodavatelem, pokud a) sám nebo společně s jinými veřejnými zadavateli ovládá tuto osobu obdobně jako své vnitřní organizační jednotky, b) v takto ovládané osobě nemá majetkovou účast jiná osoba než ovládající veřejný zadavatel nebo ovládající veřejní zadavatelé a c) více než 80 % celkové činnosti takto ovládané osoby je prováděno při plnění úkolů, které jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem nebo ovládajícími veřejnými zadavateli nebo jinými právnickými osobami, které ovládající veřejný zadavatel nebo veřejní zadavatelé rovněž ovládají jako své vnitřní organizační jednotky.
13. Podle § 241 odst. 1 ZZVZ námitky může podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma. Podle § 241 odst. 2 ZZVZ se námitky podle odstavce 1 podávají písemně a lze je podat proti a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek, b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se ZZVZ.

14. Podle § 250 odst. 1 ZZVZ návrh [na přezkoumání úkonů zadavatele] lze podat proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu s tímto zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele, a to zejména proti a) zadávacím podmínkám, b) dobrovolnému oznámení, c) vyloučení účastníka zadávacího řízení, d) rozhodnutí o výběru dodavatele, e) volbě druhu zadávacího řízení, nebo f) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení.
15. Podle § 45 odst. 3 správního řádu žádost nesmí být zjevně právně nepřipustná. Takovou žádost správní orgán neprojednává a řízení zastaví (§ 66). Usnesení se oznamuje účastníkům, kteří byli o zahájení řízení uvědoměni.
16. Podle § 66 odst. 1 písm. b) správního řádu řízení o žádosti správní orgán usnesením zastaví, jestliže byla podána žádost zjevně právně nepřipustná.

III.A. K zastavení řízení v části, v níž návrh směřoval proti možnému využití vertikální spolupráce

17. Mezi účastníky řízení není sporu o tom, že vertikální spolupráce podle § 11 ZZVZ představuje zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení ve smyslu § 241 odst. 2 písm. c) ZZVZ a § 250 odst. 1 písm. f) ZZVZ. Žalobce tudíž logicky brojí pouze proti závěru žalovaného, že postup, proti němuž podal námitky a posléze návrh na přezkum úkonů zadavatele, není postupem, který směřuje k uzavření smlouvy, v jejímž uzavření žalobce i žalovaný spatřují za zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení (jelikož se soud neztotožňuje s premisou, že by využití vertikální spolupráce skutečně představovalo zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, bude dále pro přehlednost používat pro sporný postup zadavatele označení „postup směřující k přímému uzavření smlouvy“).
18. Soud nejprve provede přezkum napadeného rozhodnutí striktně v mezích žalobních bodů, a zaměří se proto primárně pouze na otázku, zda v projednávané věci byla naplněna podmínka, že napadený postup byl postupem směřujícím k přímému uzavření smlouvy, tj. zejména nakolik postup k přímému uzavření smlouvy skutečně směřoval.
19. Jelikož však osoba zúčastněná na řízení vznáší mimo rámec žaloby námitku, že v posuzované věci se vůbec nejedná o zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, a nemůže tudíž jít ani o postup směřující k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, vyjádří se soud posléze také k této otázce.
20. Následně se bude soud zabývat otázkou, zda lze zjištěnou právní nepřipustnost návrhu považovat za zjevnou ve smyslu § 66 odst. 1 písm. b) správního řádu.

III.A.1. Postup směřující k přímému uzavření smlouvy

21. Zákon připouští podávat námitky a návrh na přezkum úkonů zadavatele nejen v situaci, kdy se jedná o úkony činěné již v rámci určitého zadávacího řízení, ale také v situaci, kdy jde o úkony, které vedou k přímému uzavření smlouvy. Aby bylo ovšem možné hovořit o postupu či úkonu, který skutečně směřuje k přímému uzavření smlouvy, musí být navenek projevem jednoznačná vůle zadavatele přistoupit k přímému uzavření smlouvy a alespoň v základních obrysech musí být zřejmé, jakým způsobem toho hodlá zadavatel dosáhnout (např. kterou zákonnou výjimku z povinnosti zadat zakázku v rámci zadávacího řízení hodlá využít).

22. Už ze samotného návrhu na přezkum úkonů zadavatele v nyní projednávané věci přitom bylo zřejmé, že ani sám žalobce není schopen z dosavadního postupu zadavatele vydedukovat konkrétní způsob, jakým hodlá zadavatel přistoupit k přímému uzavření smlouvy. Žalobce totiž alternativně poukázal na to, že se zadavatel pravděpodobně chystá využít vertikální spolupráci nebo jednací řízení bez uveřejnění (tedy konkrétní formu zadávacího řízení). Jakkoliv žalobce poukazuje na řadu indicií, které ho k tomuto podezření vedly, má soud za to, že se jedná maximálně o indicie nasvědčující tomu, že zadavatel možná hodlá využít takový postup, aby se vyhnul spolupráci se žalobcem. Nejde ovšem o indicie o tom, že hodlá přistoupit k přímému uzavření smlouvy; sám žalobce ostatně připouští, že zadavatel mohl přistoupit také k zadávacímu řízení, byť ve formě jednacího řízení bez uveřejnění.
23. Ostatně úkony, které žalobce popisuje, nelze vůbec považovat za projevení vůle zadavatele navenek, směrem ke způsobu, jakým hodlá smlouvu uzavřít. Žalobce buďto poukazuje na související závazky, nebo ve vztahu ke smlouvě, která byla předmětem námitek a návrhu v této věci, poukazuje na úkon, který je toliko součástí vnitřního procesu tvorby vůle zadavatele, nikoliv projevem jeho vůle navenek. Nejenže ze zařazení bodu na program jednání rady hl. m. Prahy nebylo vůbec zřejmé, jaký postup hodlá zadavatel využít, ale v této fázi ani nebyla tímto žádná vůle zadavatele vytvořena, natož projevena navenek.
24. To, že ani z přezkumné směrnice neplyne nárok na přezkum úkonů, které jsou pouze součástí vnitřní úvahy zadavatele, potvrzuje rozsudek Soudního dvora ve věci C-26/03, *Stadt Halle*, na který poukazuje sám žalobce. Jakkoliv tento rozsudek ve svých konečných závěrech není na projednávanou věc přímo použitelný (viz dále), z úvah Soudního dvora ohledně povahy úkonů, které mají být na základě přezkumné směrnice předmětem přezkumu, lze v této věci vyjít. Soudní dvůr v bodě 35 rozsudku výslovně uvedl, že „[p]řezkumu nepodléhají jednání, která představují pouhý předběžný průzkum trhu nebo která jsou čistě přípravná a jsou součástí vnitřní úvahy zadavatele za účelem zadání veřejné zakázky.“ Následně v bodě 39 dodal, že „přezkumu podléhá projev vůle zadavatele v souvislosti se zakázkou, o kterém se jakýmkoliv způsobem dozví dotčené osoby, pokud tento projev přesáhl stadium stanovené v bodě 35 tohoto rozsudku a může mít právní účinky.“ Přezkoumatelným tedy nemůže být úkon, který je teprve součástí procesu tvorby vůle zadavatele, nýbrž až úkon, který je jeho skutečným projevem vůle navenek.
25. Zařazení bodu na program jednání rady hl. m. Prahy proto nelze považovat za postup směřující k uzavření smlouvy nejen proto, že z něj není zřejmé, jaký konkrétní postup hodlá zadavatel využít, nýbrž také proto, že se ani nejedná o projev vůle zadavatele. Bod může být sice schválen, ale stejně tak může být zamítnut či z programu stažen. Pro posouzení charakteru tohoto úkonu je přitom lhostejné, jakým způsobem s ním bude skutečně naloženo. Podstatné je, že s ním může být naloženo různými způsoby a rozhodně nemusí vést k vytvoření a projevení konkrétní vůle zadavatele. Jestliže se žalovaný mimo jiné zabýval také tím, že příslušný bod programu byl stažen, souhlasí s ním soud v tom, že mohlo jít toliko o podpůrný argument nasvědčující tomu, že skutečně daný bod nemusel vést k vytvoření vůle zadavatele. Poukázal-li tedy žalovaný na následný vývoj, nespátňuje soud v jeho úvahách jakoukoliv nezákonnost, neboť nosným důvodem jeho rozhodnutí byl závěr, že napadený postup nebyl postupem (bezprostředně) směřujícím k přímému uzavření smlouvy.

26. Jestliže tedy žalobce brojil návrhem proti postupu, který zjevně nebyl postupem směřujícím k přímému uzavření smlouvy, nýbrž toliko přípravným jednáním směřujícím teprve k utvoření jednoznačné vůle zadavatele, jednalo se o návrh právně nepřipustný.
27. Soud tedy závěry žalovaného v rozsahu, v jakém proti nim žalobce brojí, nepovažuje za nezákonné, a neshledal v nich ani znaky libovůle či překročení pravomoci.

III.A.2. Pojem „zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení“

28. Krajský soud ovšem nad rámec uplatněných žalobních námitek, ve shodě se stanoviskem osoby zúčastněné na řízení, poznamenává, že proti postupu směřujícímu k využití vertikální spolupráce dle § 11 ZZVZ nejsou námitky ani návrh na přezkum úkonů zadavatele obecně vůbec přípustné, neboť uzavření smlouvy v rámci vertikální spolupráce není zadáním veřejné zakázky mimo zadávací řízení ve smyslu § 241 odst. 2 písm. c) ZZVZ a § 250 odst. 1 písm. f) ZZVZ.
29. V této otázce se soud plně ztotožňuje se závěry vyslovenými jiným senátem zdejšího soudu v rozsudku ze dne 11. 4. 2019, č. j. 62 Af 69/2017-193, a to ve věci, která se týkala obdobného sporu mezi týmiž zúčastněnými stranami, jako v nyní projednávané věci. Ačkoliv se soud v dané věci vyjadřoval primárně k otázce přípustnosti námitek proti postupu zadavatele, jsou jeho závěry plně přenositelné i na otázku přípustnosti návrhu na přezkum úkonů zadavatele, neboť výklad § 241 odst. 2 písm. c) ZZVZ a § 250 odst. 1 písm. f) ZZVZ vychází z týchž základů (shodného pojmosloví, téže systematiky zákona i vůle zákonodárce). Ostatně podání námitek je procesní podmínkou pro následné podání návrhu na přezkum úkonů zadavatele a od rozhodnutí o těchto námitkách (nebylo-li rozhodnuto, pak *de facto* od podání námitek) je počítána také zákonná lhůta pro podání návrhu (viz § 251 ZZVZ).
30. Jak uvedl soud ve výše citovaném rozsudku, jestliže uzavření smlouvy podle § 11 ZZVZ (stejně jako jiné postupy v rámci § 7 až 12 ZZVZ) není zadáním veřejné zakázky (§ 2 odst. 1 ZZVZ, § 11 odst. 1 ZZVZ), pak ten, kdo podá před uzavřením takové smlouvy námitky, není k jejich podání aktivně legitimován, neboť námitky lze podat pouze proti úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení, volbě druhu zadávacího řízení nebo postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Ze stejných důvodů není taková osoba aktivně legitimována ani k podání návrhu na přezkum úkonů zadavatele, neboť nejde postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky, tj. o úkon uvedený v § 250 odst. 1 ZZVZ.
31. Uzavírání smluv v rámci vertikální spolupráce podle § 11 ZZVZ není výjimkou z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, nýbrž vůbec nejde o zadání veřejné zakázky. Především to plyne přímo z textu § 2 odst. 1 ZZVZ a § 11 odst. 1 ZZVZ, dále pak také ze systematiky ZZVZ. Ustanovení § 2 odst. 1 ZZVZ stanoví, jaké postupy vůbec nejsou zadáním, a teprve ve vztahu k postupům, které zadáním jsou, lze zkoumat eventuální naplnění některé z výjimek z povinnosti zadávat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, popř. konkrétní postup v zadávacím řízení, který měl zadavatel zvolit, nelze-li žádnou výjimku dovodit. Plyne to rovněž z jasného úmyslu zákonodárce vyplývajícího z důvodové zprávy k návrhu § 2 ZZVZ, www.psp.cz, která uvádí, že „[...] *oproti předchozí právní úpravě není definován pojem zadávání. Tento pojem je v textu zákona používán v jeho obecném významu a zahrnuje tak nejen zadávání veřejných zakázek v zadávacím řízení, ale i zadávání veřejných zakázek mimo něj, a to například pokud jde o výjimky nebo o zadávání*

zakázek osobou, která není zadavatelem apod. Zadáním veřejné zakázky [...] není uzavření smluv o spolupráci zadavatelů vymezených v § 7 a § 12. Uvedené výčty smluvních vztahů se zadavatelem (pracovněprávní smlouvy, spolupráce mezi zadavateli) nemusejí být konečné. Zadáním veřejné zakázky není uzavření takové smlouvy, která nenaplnňuje zákonné znaky zadání veřejné zakázky. V takovém případě uzavření smlouvy není tímto zákonem regulováno vůbec“. To koresponduje s uniijní úpravou, která byla do ZZVZ promítnuta; podle čl. 12 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „zadávací směrnice“), veřejná zakázka zadaná veřejným zadavatelem soukromoprávní či veřejnoprávní právnické osobě spadá mimo oblast působnosti této směrnice, pokud jsou splněny tam uvedené podmínky, věcně odpovídající podmínkám uvedeným v § 11 odst. 1 ZZVZ.

32. Není-li tedy kontraktace smlouvy v rámci vertikální spolupráce podle § 11 ZZVZ výjimkou z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, nýbrž vůbec nejde o zadání veřejné zakázky, pak na takový postup, který není zadáním, nedopadá oprávnění dodavatelů podat námitky podle § 241 ZZVZ a následně návrh na přezkum úkonů zadavatele podle § 250 odst. 1 ZZVZ. Kroky směřující k uzavření smlouvy v rámci vertikální spolupráce podle § 11 ZZVZ totiž nejsou úkonem (ani opomenutím) zadavatele v zadávacím řízení, neboť žádné zadávací řízení neprobíhá, nedochází k nim ani v rámci volby druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, neboť žádné zadávací řízení neprobíhá, a nejsou ani součástí žádného postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, neboť tento postup není zadáním a nemůže k němu tedy ani směřovat (§ 2 odst. 1 ZZVZ, § 11 odst. 1 ZZVZ).
33. Vyloučení kontraktace v rámci vertikální spolupráce z působnosti ZZVZ bylo jednoznačně záměrem zákonodárce (podle shora citované důvodové zprávy uzavření smlouvy podle § 11 odst. 1 ZZVZ „*není tímto zákonem regulováno vůbec*“). Tato vůle zákonodárce je přitom, jak zdejší soud shora uvedl, v souladu s „výlukou“ ve vztahu k regulaci procesů směřujících k uzavření smlouvy v rámci vertikální spolupráce, jež plyne ze zadávací směrnice (čl. 12 odst. 1).
34. Uvedený výklad přitom nevede k odepření možnosti obrany dodavatelů proti jednání zadavatelů v rámci uzavírání smluv v režimu § 11 odst. 1 ZZVZ, což by šlo zcela proti smyslu úpravy účinného přezkumu postupu zadavatelů. Podle zdejšího soudu totiž ani nemožnost podat námitky (a vyvolat tím řízení o přezkoumání úkonů zadavatele) neznemožňuje dodavatelům nesouhlasícím s uzavřením smlouvy v režimu § 11 odst. 1 ZZVZ podat návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 254 odst. 1 písm. a) ZZVZ (výlučně však s argumentací, že podmínky vertikální spolupráce podle § 11 ZZVZ nebyly splněny); v takovém případě není návrh vázán na předchozí bezvýsledné podání námitek. K odepření obrany dodavatelů tudíž nedochází, nehledě k možnosti žalovaného zahájit správní řízení z moci úřední (§ 249 ZZVZ), jež může být zaměřeno na otázku důvodnosti (oprávněnosti) uzavírání smlouvy v režimu § 11 odst. 1 ZZVZ a jemuž také jakékoli bezvýsledné podání námitek nemusí předcházet.
35. Krajský soud v rozsudku ze dne 11. 4. 2019, č. j. 62 Af 69/2017-193, nakonec poukázal také na to, že vyloučení možnosti podání námitek může dobře odpovídat reálnému zadavatelskému prostředí a eliminuje problematičnost určení okamžiku, od něhož by se měla lhůta pro podání námitek odvíjet, a tudíž také problematičnost stanovení okamžiku uplynutí blokační lhůty. I tyto podpůrné argumenty (soud v podrobnostech odkazuje na

uvedený rozsudek) svědčí ve prospěch závěrů, že proti krokům při kontraktaci v rámci vertikální spolupráce nelze brojit ani námitkami, ani návrhem na přezkum úkonů zadavatele (jenž je podáním námitek podmíněn).

36. Na uvedených závěrech nemohou nic změnit ani závěry Soudního dvora vyslovené v rozsudku ve věci C-26/03, *Stadt Halle*. Situace je v nyní posuzované věci obdobná pouze na první pohled. Soudní dvůr sice také posuzoval, zda musí být zajištěn přezkum úkonu, který vede k uzavření smlouvy mimo zadávací řízení s odůvodněním, že je naplněna výjimka z působnosti směrnice Rady 93/38/EHS, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (dále jen „směrnice 93/38/EHS“), konkrétně dle jejího čl. 13, nicméně pro jeho závěr o nutnosti zajištění přezkumu bylo rozhodující to, zda předmětné jednání spadá do působnosti směrnice Rady 92/50/EHS, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (dále jen „směrnice 92/50/EHS“). Důvod je přitom prostý - čl. 1 odst. 1 přezkumné směrnice ve znění rozhodném pro případ posuzovaný Soudním dvorem totiž ukládal členským státům zajistit přezkum úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, které spadaly do působnosti směrnic 71/305/EHS, 77/62/EHS a 92/50/EHS. Jestliže tedy bylo pro účely citovaného článku rozhodné, že jednání spadalo do působnosti směrnice 92/50/EHS, přičemž posuzované jednání do působnosti této směrnice spadalo, nemohl být přezkum úkonů zadavatele vyloučen z důvodu, že bylo jednání vyňato z působnosti směrnice 93/38/EHS.
37. Situace posuzovaná v nyní projednávané věci je ovšem odlišná právě v tom, že předmětné jednání je vyňato přímo z působnosti zadávací směrnice (na základě jejího čl. 12), přičemž přezkumná směrnice ve znění rozhodném pro nyní posuzovanou věc stanoví v čl. 1, že se vztahuje pouze na případy, které spadají do působnosti zadávací směrnice (a nejsou z její působnosti vyňaty, mimo jiné také na základě výjimky dle jejího čl. 12). Úkony směřující k využití vertikální spolupráce jsou tedy vyňaty jak z působnosti zadávací směrnice, tak z působnosti přezkumné směrnice. Jelikož Soudní dvůr naproti tomu ve věci C-26/03, *Stadt Halle* posuzoval situaci, kdy jednání nebylo vyňato z působnosti směrnice 92/50/EHS, a tudíž ani z působnosti přezkumné směrnice, nejsou jím vyslovené závěry použitelné na posouzení otázky, zda z čl. 1 přezkumné směrnice plyne povinnost členských států zajistit přezkum úkonů vedoucích k uzavření smlouvy v rámci vertikální spolupráce dle čl. 12 směrnice 2014/24/EU.

III.A.3. Zjevná právní nepřípustnost návrhu

38. Soud se dále zabýval otázkou, zda výše uvedená právní nepřípustnost návrhu byla v dané věci zjevná či nikoliv.
39. K posouzení této otázky lze vyjít z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 5. 2008, č. j. 2 As 74/2007-55, na který odkazují jak žalobce tak žalovaný: „K tomu Nejvyšší správní soud uvádí, „zjevná právní nepřípustnost“ představuje neurčitý právní pojem, který je však nutno vykládat restriktivním způsobem. Podle ustanovení § 45 odst. 3 správního řádu totiž takovou žádost správní orgán neprojednává a řízení zastaví. Z důvodu ochrany práv účastníků řízení je proto možno k tomuto způsobu rozhodnutí přikročit jen tehdy, jestliže je skutečně již na první pohled zřejmé, že žádosti nelze vyhovět. To znamená, že tato nepřípustnost musí být patrna již ze samotné žádosti, nikoliv teprve z výsledků dalšího dokazování či zjišťování.“ Tyto úvahy pak doplnil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 22. 12. 2018, č. j. 1 As 365/2018 – 59: „V této souvislosti je však třeba zdůraznit, že ono

další dokazování či zjišťování se týká meritorního posuzování věci a vyhodnocení přiložených podkladů k žádosti, nikoli ověřování splnění základních procesních podmínek pro vedení řízení. Zjištění, zda řízení nebrání právní překážka, nelze považovat za judikaturou zapovězené dokazování či zjišťování. Naopak, soud považuje za zcela logické a samozřejmé, že je povinností správního orgánu tyto záležitosti zkoumat. Důvod mj. tkví též v hospodárnosti správního řízení, protože by nebylo účelné vést řízení, v němž by byly řešeny již rozhodnuté záležitosti. Zároveň je zřejmé, že v rámci posouzení žádosti z hlediska její zjevné právní nepřipustnosti musí správní orgán činit určité kroky, které potvrdí správnost takového rozhodnutí. V opačném případě by se jeho rozhodnutí blížilo svévoli. Musí však postupovat velmi obezřetně a nepřesáhnout mez dovoleného ověřování procesních podmínek.“

40. Krajský soud má ve světle citovaných úvah za to, že u obou z výše uvedených závěrů o nepřipustnosti návrhu podaného v nyní projednávané věci se jedná o nepřipustnost zjevnou.
41. Vyjde-li soud z vlastního závěru, že proti úkonům zadavatele, které směřují k využití vertikální spolupráce, zákon vůbec nepřipouští podání námitek ani následného návrhu na přezkum úkonů zadavatele, není o nepřipustnosti návrhu vůbec pochyb. Prakticky již z označení návrhu, respektive úkonů, proti nimž směřuje, je naprosto zjevné, že zákon takový návrh nepřipouští.
42. Avšak i v situaci, kdy žalovaný vyšel z odlišného právního názoru na obecnou přípustnost návrhu ve vztahu k úkonům směřujícím k využití vertikální spolupráce, nicméně dospěl k závěru, že žalobce vůbec nenapadá postup směřující k uzavření smlouvy, šlo o závěr o nepřipustnosti zjevné. Ke svému závěru žalovaný vůbec nepotřeboval provádět jakékoliv zkoumání dalších rozhodných skutečností a postačovalo vyjít ze samotného návrhu. Již z návrhu bylo patrné, že žalobce vůbec neví, jaký postup hodlá zadavatel využít. Dokonce žalobce v návrhu poukazoval na to, že zadavatel možná využije zadávacího řízení (jednacího řízení bez uveřejnění). Na jednu stranu tedy tvrdil, že postup zadavatele pravděpodobně nepovede k zadání veřejné zakázky v zadávacím řízení, na stranu druhou své tvrzení vzápětí zpochybnil, když poukázal na možnost, že zadavatel možná využije jednací řízení bez uveřejnění. Žalobce nepoukázal na žádný jednoznačný podklad, v němž by zadavatel vyjadřoval vůli využít vertikální spolupráci, nebo naopak jednací řízení bez uveřejnění. Jestliže ani žalobce nevěděl, proti jakému postupu vlastně brojí, a z tohoto důvodu alternativně vyjmenoval možné způsoby, jakými by zadavatel mohl omezit jeho možnost ucházet se o dané plnění, bylo zcela zjevné, že nebrojí proti konkrétnímu postupu směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení ve smyslu § 250 odst. 1 písm. f) ZZVZ.
43. Skutečnost, že v posuzované věci nedošlo k zastavení řízení ihned, nebyla dána nutností blíže zkoumat určité skutkové okolnosti nebo je dokazovat, nýbrž pouze a jen odlišným právním názorem (ať už vyjádřeným implicitně či explicitně) žalovaného a předsedy žalovaného na to, zda je obecně z pohledu zákona přípustné návrhem brojit proti možnému budoucímu postupu zadavatele v situaci, kdy není zřejmé, o jaký postup by se mělo jednat. Nemůže přitom platit, že by tentýž návrh mohl být považován za nepřipustný zjevně až v situaci, kdy na interpretaci zákona ohledně přípustnosti návrhu vyjádří jednoznačný názor judikatura, doktrína či konstantní správní praxe. Jakkoliv zákon hovoří o právní přípustnosti žádosti a o zjevnosti této přípustnosti, je zřejmé, že onou zjevností je myšlena zjevnost skutková (tj. její evidentnost ze samotného návrhu bez nutnosti provádění dalších skutkových zjištění), nikoliv jednoznačnost a

nezpochybnitelnost právního názoru na otázku, zda je návrh v určitých typizovaných situacích přípustný. Takový právní názor bude totiž do určité míry zpochybnitelný vždy a minimálně návrhovatelem bude zpravidla také zpochybňován. Zjevnost nepřípustnosti proto nemůže vylučovat ani to, že odlišný právní názor implicitně vyjádřil správní orgán prvního stupně. Podstatné je pouze to, že předseda žalovaného pro posouzení přípustnosti návrhu nemusel nad rámec návrhu vycházet z dalších skutkových zjištění. Pro závěry, které učinil předseda žalovaného, byly podstatné pouze skutečnosti tvrzené v samotném návrhu, a již ze samotného návrhu proto pro něj bylo zjevné, že se jedná o návrh právně nepřípustný. Případná nesprávnost jeho právního názoru ohledně nepřípustnosti daného typu návrhu by vedla ke zrušení rozhodnutí z důvodu, že návrh je přípustný, nikoliv z důvodu, že by tvrzená nepřípustnost nebyla zjevná.

44. Pro posouzení zákonnosti závěru předsedy žalovaného o zjevné nepřípustnosti návrhu je podstatný právě postup předsedy žalovaného, nikoliv postup žalovaného v řízení v prvním stupni. Skutečnost, že prvostupňový orgán prováděl dokazování, nijak nevyvrací závěr předsedy žalovaného, že on shledal návrh nepřípustným zcela zjevně, na první pohled, na základě obsahu samotného návrhu a bez nutnosti činit jakákoliv další skutková zjištění.
45. Výše uvedené potvrzují také úvahy Nejvyššího správního soudu vyslovené v rozsudku ze dne 21. 2. 2019, č. j. 9 Ads 276/2017-32, v němž Nejvyšší správní soud shledal žádost zjevně právně nepřípustnou i přesto, že k věcnému posouzení žádosti původně přistoupily jak správní orgány obou stupňů, tak krajský soud při přezkumu jejich rozhodnutí. Ze závěrů Nejvyššího správního soudu nutně plyne, že odlišný náhled na interpretaci zákonných ustanovení ohledně nepřípustnosti žádosti nehraje roli při posuzování toho, zda se jedná o nepřípustnost zjevnou či nikoliv. Zavázal totiž správní orgány k zastavení řízení podle § 66 odst. 1 písm. b) správního řádu i přesto, že již v dané věci jednaly, prováděly dokazování a posuzovaly žádost věcně.
46. V závěru předsedy žalovaného, že posuzovaný návrh byl právně nepřípustný zjevně, proto soud nespatřuje žádné pochybení, porušení základních zásad postupu správních orgánů ani práva na spravedlivý proces.

III.B. K zastavení řízení v části, v níž návrh směřoval proti možnému využití jednacího řízení bez uveřejnění

47. Ve vztahu k části, v níž žalobce brojil proti možnému využití jednacího řízení bez uveřejnění, žalovaný řízení zastavil pro zjevnou právní nepřípustnost návrhu z důvodu, že žádné jednací řízení bez uveřejnění nebylo zahájeno (postupem dle § 67 odst. 1 ZZVZ).
48. Žalobce přitom nijak nevyvrací názor žalovaného, že zahájení jednacího řízení bez uveřejnění je nutnou podmínkou podání námitek a návrhu na přezkum úkonů zadavatele. Pouze na okraj proto soud poznamenává, že se s takovým hodnocením žalovaného ztotožňuje.
49. Žalobce pouze namítá, že ani v tomto případě nebylo možné hovořit o zjevné nepřípustnosti návrhu a že mělo být řízení zastaveno případně podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu pro bezpředmětnost.
50. Soud se s uvedenými námitkami neztotožňuje. Předně zastavení řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu je možné pouze v případě, že se žádost stala v průběhu řízení bezpředmětnou (tj. nebyla bezpředmětná od začátku). Zastavení řízení tedy musí

předcházet změna okolností, která vede k závěru, že o žádosti již nelze věcně rozhodnout. V posuzované věci naproti tomu důvod pro zastavení řízení nevyvstal v průběhu správního řízení v důsledku změny okolností, nýbrž nastal již v okamžiku podání návrhu a byl zřejmý ze samotného návrhu. Ze samotného návrhu vyplývalo, že zadavatel nezahájil jednací řízení bez uveřejnění, neboť žalobce o této variantě hovořil pouze o jako variantě možné. Žalobce tedy nebrojil proti úkonům v rámci konkrétního jednacího řízení bez uveřejnění, nýbrž proti úkonům, které hypoteticky mohly vést k zahájení jednacího řízení bez uveřejnění. Ze zákona je ovšem zřejmé, že proti takovým úkonům vůbec brojit nelze, neboť námitky i návrh na přezkum úkonů zadavatele lze směřovat pouze proti úkonům při zadávání veřejné zakázky (s výjimkou postupu, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, což ovšem není případ jednacího řízení bez uveřejnění, které zadávacím řízením je).

51. Absence zahájeného jednacího řízení bez uveřejnění byla tedy od počátku zásadní překážkou pro přezkum úkonů, které podle žalobce teprve měly směřovat k jeho zahájení. Jestliže zákon připouštěl podání námitek a návrhu jen proti úkonům při zadávacím řízení, *a contrario* se jednalo o námitky a návrh právně nepřipustné. Jelikož byla tato nepřipustnost zjevná již ze samotného návrhu, byly splněny podmínky § 66 odst. 1 písm. b) správního řádu. Podmínky § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu nebyly splněny už proto, že uvedeným nedostatkem trpěl návrh od počátku.
52. Na okraj soud poznamenává, že uplatněné námitky z povahy věci ani nemohly vést ke zrušení napadeného rozhodnutí, neboť žalobce nenamítal, že by jeho návrh v této části měl být věcně projednán. Žalobce poukazoval pouze na to, že řízení mělo být eventuálně zastaveno podle jiného ustanovení. Samotné zastavení řízení na základě nesprávně zvoleného ustanovení zákona by nebylo bez dalšího důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí, nenamítal-li žalobce nic proti samotnému zastavení řízení. I kdyby tedy soud žalobci přisvědčil, že řízení mělo být zastaveno podle jiného ustanovení, nebylo by na místě zrušení napadeného rozhodnutí a postačovala by korekce úvah předsedy žalovaného (viz obdobně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 12. 2018, č. j. 3 Ads 233/2017-27).
53. Soud neprováděl dokazování nad rámec obsahu správního spisu, neboť by to nemohlo přispět k dalšímu objasnění skutkového stavu věci.

IV. Shrnutí a náklady řízení

54. Krajský soud na základě shora provedeného posouzení neshledal žalobu důvodnou, a proto ji ve smyslu § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.
55. O nákladech řízení bylo rozhodnuto ve smyslu § 60 s. ř. s., podle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl na věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. V dané věci neúspěšný žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení a žalovanému v souvislosti s tímto řízením žádné náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.
56. Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení, neboť jí soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s níž by jí náklady vznikly (§ 60 odst. 5 s. ř. s. *a contrario*).

Poučení:

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

Brno 5. srpna 2019

JUDr. Jaroslava Skoumalová v. r.
předsedkyně senátu