



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudců JUDr. Viktora Kučery a JUDr. Petra Polácha v právní věci žalobce: **CGM Czech a. s.**, se sídlem Tábořská 1148, Říčany, zast. Mgr. Viktorem Klímou, advokátem se sídlem Melantrichova 477/20, Praha, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **město Brandýs nad Labem – Stará Boleslav**, se sídlem Masarykovo náměstí 2, Brandýs nad Labem, zast. JUDr. Markem Nespalou, advokátem Advokátní kanceláře Nespala, s. r. o., Vyšehradská 21, Praha, pracoviště: Riegrova 336/5, Brandýs nad Labem, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 22. 11. 2012, č.j. ÚOHS-R187/2012/VZ-22078/310/JRa, ve věci zamítnutí návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele,

t a k t o :

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

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy žalovaného, kterým byl zamítnut jeho rozklad a potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 27. 6. 2012, č. j. ÚOHS-S115/2012/VZ-5609/2012/510/OKo (dále jako „prvostupňové rozhodnutí“), kterým byl podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., zákon o veřejných zakázkách, ve znění rozhodném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) zamítnut návrh žalobce na přezkoumání úkonů osoby zúčastněné na řízení (dále též jako „zadavatel“) učiněných při zadávání veřejné zakázky „Revitalizace centra Brandýsa nad Labem – obnova Masarykova náměstí“ zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona o veřejných zakázkách.

Vzhledem k tomu, že uchazeč – sdružení „Sdružení Brandýs náměstí“, který se umístil na základě hodnocení nabídek jako první v pořadí a žalobce, který se umístil jako druhý, potřebnou součinnost k uzavření smlouvy neposkytli (žalobce dopisem ze dne 3. 10. 2011), uzavřel zadavatel dne 1. 11. 2011 s třetím uchazečem: společností M – Silnice, a. s. Vzhledem k neposkytnutí součinnosti prvních dvou uchazečů pak zadavatel rozhodl o uplatnění práva z jistoty poskytnuté dle § 67 zákona o veřejných zakázkách formou bankovní záruky ve výši 1 000 000 Kč. Výzvu k plnění z bankovní záruky za nabídku žalobce doručil zadavatel osobně dne 20. 12. 2011 poskytovateli bankovní záruky, kterým byla Českomoravská záruční a rozvojová banka, a. s.

Dne 4. 1. 2012 podal žalobce „námitky proti uplatnění práva z jistoty poskytnuté dle § 67 zákona“, které zadavatel obdržel 5. 1. 2012. Dne 12. 1. 2012 zadavatel žalobci oznámil, že námitky byly podány opožděně a v souladu s § 111 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách o nich nerozhodne. Současně sdělením ze dne 12. 1. 2012 zadavatel oznámil žalobci, že uplatněný nárok z poskytnuté bankovní záruky bere zpět, neboť v rámci uzavřeného Dohody o narovnání mezi zadavatelem a žalobcem ze dne 12. 1. 2012 došlo ze strany žalobce k poskytnutí alternativního zajištění nároku formou složení peněžní jistoty ve výši 1 000 000 Kč na účet zadavatele.

Dne 30. 1. 2012 podal žalobce k žalovanému návrh na přezkoumání úkonů zadavatele dle § 114 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách a současně podal subsidiární návrh na uložení zákazu plnění smlouvy ze dne 1. 11. 2011 dle § 114 odst. 2 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, jakož i podnět k prošetření úkonů zadavatele dle § 113 téhož zákona. Žalovaný toto podání rozdělil a zahájil dvě správní řízení, jedno ve věci přezkumu úkonů zadavatele (nyní projednávaná věc) a druhé ve věci návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy (žaloba vedena u zdejšího soudu pod sp. zn. 30 Af 16/2013).

Žalovaný rozhodl, že s ohledem na to, že žalobce podal námitky až po uzavření smlouvy, tedy opožděně, nesplnil zákonnou podmínku pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele. Žalovaný uvedl, že podání řádných a včasných námitek dle § 110 odst. 7 věty šesté zákona o veřejných zakázkách je podmínkou pro podání uvedeného návrhu.

Proto žalovaný návrh zamítnul. Předseda žalovaný se v rozhodnutí o rozkladu s tímto závěrem plně ztotožnil a rozhodnutí žalovaného potvrdil.

II. Žaloba

V žalobě žalobce nejprve zrekapituloval předchozí procesní vývoj celé věci, včetně průběhu předmětné veřejné zakázky. Napadenému rozhodnutí, stejně jako tomu prvostupňovému, žalobce vytýkal nezákonnost spočívající v nesprávném právním posouzení věci, nepřezkoumatelnost, částečnou nesrozumitelnost a schvalování zjevného obcházení zákona.

Žalobce vyjádřil nesouhlas s výkladem § 67 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, jak jej předložil předseda žalovaného. Dle žalobce byl zadavatel povinen oznámit mu rozhodnutí o výkonu práva z poskytnuté uplatnění jistoty. K tomu citoval komentář k příslušnému ustanovení, podle kterého tato povinnost vyplývá ze zásady transparentnosti dle § 6 zákona o veřejných zakázkách (viz Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 428 – 436). Dále žalobce odkázal na komentář v systému ASPI k ustanovení § 110 zákona o veřejných zakázkách, ze kterého citoval právní větu vyslovenou v rozsudku Evropského soudního dvora ze dne 28. 10. 1999, ve věci C-81/98, Alcatel Austria AG and Others, Siemens AG Österreich and Sag-Schrack Anlagentechnik AG vs. Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr (dále jako „věc Alcatel Austria“): *„Vnitrostátní právo musí předvídat právní prostředky ochrany proti nezákonným postupům zadavatelů - možnost zrušení rozhodnutí zadavatele, nezávisle na možnosti požadovat náhradu škody.“* A připomněl, že dle rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 11. ledna 2005, věc C-26/03, Stadt Halle a RPL Recyclingpark Lochau GmbH proti Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (dále jako „věc Stadt Halle“) musí být čl. 1 směrnice Rady č. 89/665/EHS ze dne 21. 12. 1989, o koordinaci právních a správních řízeních týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce, ve znění změn provedených směrnicemi 92/50/EHS a 2007/66/ES (dále jen „směrnice“) vykládán tak, že závazek členských států zajistit efektivní a rychlé prostředky proti rozhodnutím zadavatelů se vztahuje též na rozhodnutí učiněná mimo formální zadávací proces. Členské státy nejsou oprávněny podmínit možnost přezkumu skutečností, že zadávací řízení formálně dosáhlo určité fáze.

Podle žalobce se dále předseda žalovaného s jeho argumentací vypořádal nepřezkoumatelně a vzájemně si odporujícím způsobem. Z nazírání předsedy žalovaného nejednoznačně vyplývá, že uplatnění práva z bankovní záruky je úkonem, který zadavatel může učinit i po uzavření smlouvy, přičemž proti tomuto úkonu za takové situace objektivně nelze podat námitky dle § 110 zákona o veřejných zakázkách. Současně žalobce odkázal na nálezy Ústavního soudu pod sp. zn. Pl. ÚS 21/96, v němž Ústavní soud uvedl: *„Soud přitom není absolutně vázán doslovným zněním zákonného ustanovení, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit v případě, kdy to vyžaduje ze závažných důvodů účel zákona, historie jeho vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, jež mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku.“*

Dále žalobce v několika bodech upozornil na protiprávní postup zadavatele spočívající již v nezákonné výzvě k uzavření smlouvy vůči němu učiněné, protože zadavatel měl povinnost uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem - sdružením „Sdružení Brandýs náměstí“, který dle žalobce nikdy uzavření smlouvy neodmítl. Současně žalobce poukázal na nestandardní změnu termínů stavby, kterou zadavatel umožnil zhotoviteli, společnosti M-Silnice, a. s., přestože žalobci změnu termínů neumožnil.

Dle žalobce je zarážející, že žalovaný, jakožto orgán dohledu nad zákonností průběhu veřejných zakázek, který je oprávněn zahájit řízení z moci úřední, nechal zcela bez povšimnutí některé zásadní skutečnosti. Žalobce upozornil na skutečnost, že společnost M – Silnice, a. s. neměla v období od 30. 9. 2011 minimálně do 31. 10. 2011 sjednánu bankovní záruku a přesto s ní byla uzavřena smlouva. Žalobce rovněž zpochybnil účelovost (a tedy zákonnost) zadávání dvou zakázek: na revitalizaci Masarykova náměstí a na rekonstrukci vodovodu a kanalizace na tomto náměstí, přičemž tyto zakázky dle žalobce spolu věcně souvisí. Fakticky se tak jedná o dvě části téže zakázky, jejíž rozdělení bylo nezákonné.

S ohledem na vše výše uvedené žalobce navrhl, aby krajský soud napadené rozhodnutí předsedy žalovaného, jakož i prvostupňové rozhodnutí žalovaného, zrušil a věc vrátil zpět k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného, replika žalobce a vyjádření osoby zúčastněné na řízení (zadavatele)

Žalovaný taktéž nejprve stručně zrekapituloval předchozí procesní vývoj a námitky uplatněné v žalobě. K těmto námitkám uvedl, že trvá na svých závěrech vyplývajících z prvostupňového i napadeného rozhodnutí. Ačkoliv žalobce zpochybňoval odmítnutí uzavřít smlouvu ze dne 3. 10. 2011, stejně jako jím uzavřenou dohodu o narovnání, žalovaný trval na tom, že žalobce zcela určitě a srozumitelně projevil svou vůli ohledně odmítnutí uzavřít smlouvu dle § 82 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, a tudíž byly splněny podmínky postupu dle § 67 odst. 7 téhož zákona, čehož si musel být žalobce vědom. Z dohody o narovnání pak vyplývá, že tato byla uzavřena podle svobodné a vážné vůle stran s tím, že bylo ujednáno, že smluvní strany vůči sobě nemají žádné další nároky. K žalobcem zpochybněnému ustanovení § 110 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách žalovaný uvedl následující. Není pochyb o tom, že námitky proti uplatnění kaucí byly podány po uzavření smlouvy na plnění s dalším uchazečem. Pokud žalobce namítal, že fakticky nemohl proti úkonu zadavatele uskutečněnému po uzavření smlouvy podat námitky, žalovaný k tomu uvedl, že zákon o veřejných zakázkách žádnou úlevu v tomto směru neumožňuje. Žalovaný nemá žádnou možnost vykládat zákon odlišně od jeho znění.

Na toto vyjádření reagoval žalobce replikou, ve které konstatoval, že dopis ze dne 3. 10. 2011 nepředstavoval odmítnutí návrhu na uzavření smlouvy, ale apel na zadavatele, aby využil svého práva změnit termín zakázky. Rovněž výklad dohody o narovnání předložený žalovaným je dle žalobce mylný. Z této dohody nelze usuzovat na odmítnutí uzavřít smlouvu. Zájem žalobce trval i nadále, neboť v opačném případě by jistě nežádal o změnu termínu. Za zarážející označil žalobce skutečnost, že zadavatel uplatnil požadavek na

plnění z bankovní záruky až dva měsíce po vyloučení ze zadávacího řízení, aniž by byl žalobce o této skutečnosti (uzavření smlouvy) informován. K tvrzení žalovaného, že námitky měl žalobce vznést již v době odmítnutí návrhu uzavřít smlouvu nebo bezprostředně poté, žalobce uvedl, že uzavření smlouvy neodmítl, pouze požádal o úpravu stanovených lhůt. Při následném postupu zadavatele došlo k procesním pochybením, která podstatným způsobem ovlivnila možnost žalobce uplatnit svá práva takovým způsobem (podání námitek), jehož nedodržení bylo následně žalobci vytýkáno. V této souvislosti žalobce odkázal na směrnici, jejíž ustanovení je třeba vykládat tak, že pokud zadavatel znemožnil či zásadně ztížil výkon práv vyplývajících pro jednotlivce z evropského práva, jsou národní soudy povinny přihlídnout k námitce neslučitelnosti s evropským právem a neaplikovat časové omezení pro napadení úkonů zadavatele. Podle žalobce se s tímto výkladem ztotožnil i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 25. 1. 2011, č. j. 2 Afs 67/2010.

Zadavatel na výzvu soudu sdělil, že hodlá v řízení uplatňovat práva osoby zúčastněné na řízení. K věci samotné však žádné písemné vyjádření nepředložil.

IV. Jednání

Jednání bylo – s ohledem na výslovný nesouhlas žalobce s rozhodnutím bez nařízení jednání dle § 51 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“) – nařízeno na den 22. 6. 2015. Ještě před zahájením jednání soud konstatoval, že na majetek žalobce: společnost CGM Czech, a. s. byl prohlášen konkurz (usnesením Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 15. 10. 2014, č. j. KSHK 40 INS 14518/2014-A-60/celk.3). Proto bylo nutno nejprve zodpovědět otázku, zda se v daném případě jedná o soudní řízení týkající se majetkové podstaty a zda tedy prohlášením konkurzu došlo (ex lege) k přerušení předmětného soudního řízení v souladu s § 263 odst. 1 zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění pozdějších předpisů. Dle názoru soudu se toto soudní řízení netýká majetkové podstaty žalobce, tj. majetku určeného k uspokojení jeho věřitelů; předmětem přezkumu je správní rozhodnutí, kterým byl návrh žalobce na přezkoumání úkonů zadavatele zamítnut jako návrh podaný neoprávněnou osobou a ani případné zrušení tohoto (negativního) rozhodnutí a vrácení věci zpět k dalšímu řízení žalovanému správnímu orgánu nelze pojímat tak široce, že by se snad mohlo či mělo dotknout hmotněprávní sféry žalobce v tom smyslu, že by zasáhlo do jeho práv a povinností týkajících se majetkové podstaty. Řízení o žalobě proti uvedenému typu správního rozhodnutí (de facto procesního charakteru) nelze dle názoru soudu pojímat jinak než tak, že se nejedná o řízení, které se (bezprostředně) týká majetkové podstaty nebo které má být z majetkové podstaty uspokojeno, což ostatně k dotazu soudu potvrdil též zástupce žalobce.

Na základě toho tedy soud pokračoval v předmětném soudním řízení a přikročil k zahájení jednání, v jehož průběhu žalobce ústy svého zástupce Mgr. V. K. setrval na svém stanovisku obsaženém v žalobě, vč. závěrečného návrhu, a pouze pro dokreslení celé věci popsal okolnosti, za kterých zadavatel uplatnil požadavek na plnění z bankovní záruky a za kterých došlo k následnému sepsání dohody o narovnání. A v této souvislosti též poukázal na to, že neodmítl součinnost požadovanou zadavatelem a že tento zadavatel přistoupil

k uplatnění práva z bankovní záruky až poté, co s vybraným (třetím) uchazečem uzavřel smlouvu, v důsledku čehož nelze jeho postup (úkon) přezkoumat.

Obdobně jako žalobce postupoval žalovaný, který vyšel ze svého vyjádření k žalobě, jakož i z napadeného rozhodnutí, k němuž konstatoval, že je postaveno na konstrukci § 110 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, z něhož je zřejmé, že námitky proti postupu (úkonům) zadavatele lze podat nejpozději do doby uzavření smlouvy a je nezpochybnitelné, že námitka žalobce proti uplatnění práva z jistoty – bankovní záruky byla žalobcem podána až po uzavření smlouvy s (třetím) uchazečem: společností M – Silnice, a. s.

Zadavatel v pozici osoby zúčastněné na řízení navrhl – prostřednictvím svého zástupce JUDr. M. N., i. s. Mgr. T. R. – stejně jako žalovaný žalobu zamítnout s tím, že jediným podstatným bodem je posouzení aplikace § 110 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách a v tomto směru se plně ztotožnil s názorem žalovaného. Nad rámec toho pak ještě navrhl, aby mu soud přiznal náhradu nákladů řízení, neboť tu jsou dány důvody hodné zvláštního zřetele spočívající primárně v tom, že je obcí, která má povinnost řádně zacházet se svým majetkem a zvolení zástupci obce vzhledem k zákonným ustanovením a aktivitě orgánů činných v trestním řízení nemohou jinak, než na takový soudní spor právního zástupce delegovat. Dle názoru osoby zúčastněné na řízení jsou k tomu zvolení zástupci obce v podstatě povinni, a proto jí v případě úspěchu, resp. neúspěchu žalobce přísluší náhrada nákladů řízení (které rovněž specifikovala).

Závěrem je potřeba pro úplnost poznamenat, že dokazování při jednání prováděno nebylo; oba účastníci řízení zůstali bez důkazních návrhů a ani soud žádné důkazy o vlastní vůli neprováděl a vyšel z relevantního obsahu soudního a správního spisu.

V. Posouzení věci krajským soudem

Napadené rozhodnutí žalovaného krajský soud přezkoumal v řízení podle části třetí, hlavy II, dílu 1, § 65 a násl. „s. ř. s.“ v mezích uplatněných žalobních bodů, ověřil přitom, zda rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti (ex offio), a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí žalovaného správního orgánu, přičemž dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.

Podstatou projednávané věci bylo posouzení postupu předsedy žalovaného, resp. žalovaného, který návrh žalobce na přezkoumání úkonů zadavatele zamítl jako návrh podaný osobou neoprávněnou, neboť žalobce nepodal včas proti těmto úkonům námitky.

V.a) K námitce nepřezkoumatelnosti

Krajský soud se ale nejprve zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, neboť se jedná o tak závažnou vadu, že se jí musí zabývat i tehdy, pokud by to žalobce nenamítal, tedy z úřední povinnosti. Je-li totiž správní rozhodnutí nepřezkoumatelné, lze jen stěží uvažovat o jeho přezkumu správním soudem, což ostatně vyplývá již z lingvistické stránky věci, kdy nepřezkoumatelné rozhodnutí prostě nelze věcně přezkoumat. Takové rozhodnutí je nutno zrušit pro nepřezkoumatelnost, která může nastat

bud' pro nesrozumitelnost (nelze seznat určitý a jednoznačný výrok, jde o výrok s obsahem rozporuplným, nevykonatelným apod.) nebo pro nedostatek důvodů (zejména když odůvodnění postrádá rozhodný důvod pro výrok či neobsahuje žádné hodnocení provedených důkazů a závěr z nich učiněný).

Žalobce rozhodnutí předsedy žalovaného napadal v první řadě z hlediska jeho nesrozumitelnosti. K tvrzené částečné nesrozumitelnosti pak soud konstatuje, že napadené rozhodnutí shledal plně srozumitelným. Žalobce neodkázal na konkrétní část rozhodnutí, která je dle něj nesrozumitelná. Má-li se jednat o výrok, odůvodnění nebo vzájemný vztah mezi těmito částmi. Dle soudu je zřejmé, jak předseda žalovaného rozhodl, tento výrok rozhodnutí není vnitřní rozporný a odůvodnění, dle soudu také zcela srozumitelné, je s tímto výrokiem plně v souladu.

Podle žalobce se dále předseda žalovaného s jeho argumentací vypořádal nedostatečně a vzájemně si odporujícím způsobem. Soudu nezbyvá než konstatovat, že rozhodným důvodem pro zamítnutí návrhu žalobce a následné zamítnutí rozkladu byla skutečnost, že žalobce podal námitky dle § 110 zákona o veřejných zakázkách opožděně a v důsledku toho byl návrh na přezkum podán osobou neoprávněnou dle § 118 odst. 4 písm. c) téhož zákona. Tyto závěry byly v napadených rozhodnutích logicky odůvodněny včetně uvedení skutkových a právních důvodů rozhodnutí. Argumentace žalobce vztahující se k průběhu veřejné zakázky pak již ztratila význam. Předseda žalovaného se okrajově vyjádřil i k těmto dalším argumentům žalobce, nicméně i k těmto argumentům žalovaného se dle soudu předseda žalovaného vyjádřil zcela přezkoumatelným způsobem.

V.b) K možnosti přezkumu úkonů zadavatele po uzavření smlouvy

Následně tedy krajský soud přistoupil k posouzení zákonnosti napadeného rozhodnutí. Podle § 110 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách lze námitky podat proti všem úkonům zadavatele s tím, že stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy. V tomto ustanovení je tak zcela jednoznačně stanoveno, že námitky skutečně nelze podat po uzavření smlouvy. Ust. § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách pak hovoří o nutnosti podat řádné a včasné námitky jako o podmínce pro podání návrhu na přezkum úkonů zadavatele ve stejné věci. Podání návrhu na přezkum úkonů zadavatele tedy předpokládá řádné a včasné podání námitek. Pokud byly námitky podány až po uzavření smlouvy, tedy až po lhůtě stanovené zákonem, nebyly podány včas a návrh na přezkum úkonů zadavatele tak nelze než považovat za neoprávněný, resp. podaný osobou neoprávněnou.

Opačný výklad, tedy že podání námitek je za určité situace možné i po podepsání smlouvy nebo, že návrh na přezkum úkonů zadavatele podle § 114 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je možný i bez předchozího podání námitek, nemá oporu v zákoně a nelze jej dovodit, aniž by soud nepřípustně zákon dotvářel a tím ve skutečnosti přebíral funkci zákonodárce. Sám zákonodárce přitom stanovil v § 114 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách případy, kdy je možné podat návrh na přezkum úkonů zadavatele i po uzavření smlouvy a navíc bez předchozího podání námitek (srov. § 110 odst. 7 věta sedmá citovaného zákona).

Z použití slova „pouze“ v § 114 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách je zřejmý úmysl zákonodárce omezit možnost podávání návrhu na přezkum úkonů zadavatele (možnost dožadovat se uložení zákazu plnění smlouvy) skutečně jen na v tomto ustanovení uvedené případy. Obdobně pak je v § 118 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách omezena možnost zrušení zadávacího řízení nebo jednotlivého úkonu zadavatele jen pro případy, kdy ještě nedošlo k uzavření smlouvy. To, že je užití nápravného opatření podmíněno skutečností, že ještě nedošlo k uzavření smlouvy bylo potvrzeno např. i rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2015, č. j. 4 As 249/2014 – 43, kde bylo dále konstatováno, že „V České republice je pravomoc k přezkumnému řízení ve smyslu směrnice rozdělena mezi Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, který má pravomoc rozhodovat o předběžných opatřeních (§ 117 zákona o veřejných zakázkách) a o nápravných opatřeních zahrnujících zrušení úkonu zadavatele nebo celého zadávacího řízení (§ 118 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách), na jedné straně, a na druhé straně civilní soudy, které rozhodují o náhradě škody způsobené porušením povinností zadavatele při zadávání veřejné zakázky. V souladu s ustanoveními směrnice je Úřad pro ochranu hospodářské soutěže oprávněn rozhodnout o předběžném opatření, respektive o uložení opatření k nápravě pouze do okamžiku, kdy je uzavřena smlouva na veřejnou zakázku. Lze tedy konstatovat, že účelem řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je uložení nápravného opatření v případě kvalifikovaného porušení postupu pro zadání veřejné zakázky zadavatelem, tedy zjednání nápravy v době, kdy lze ještě pochybení zadavatele napravit, tj. před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku.“

Bylo by tedy zcela nadbytečné vést správní řízení ve věci přezkumu úkonů zadavatele s vědomím, že s ohledem na uzavření smlouvy nebude možné rozhodnout o nápravném opatření (o zrušení jednotlivých úkonů zadavatele či celého zadávacího řízení), což je nepochybně primárním cílem vedení takového řízení (k tomu srov. také rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 24. 11. 2010, č. j. 62 Ca 83/2008 – 98, publ. pod č. 2496/2012 Sb. NSS). Nic z uvedeného samozřejmě žalobce nezbavovalo možnosti domáhat se náhrady škody před civilními soudy. Dle krajského soudu je navíc otázkou, zda lze o úkonu učiněném po skončení zadávacího řízení ještě hovořit jako o úkonu zadavatele, neboť ten již zadavatelem být přestal. Stejně tak je otázkou, zda se nejedná výhradně o úkon soukromoprávní. Tím, kdo posuzuje splnění podmínek pro uplatnění práva z bankovní záruky je totiž prvotně příslušná banka a nikoli zadavatel. Případné nároky z neposkytnuté záruky či naopak záruky poskytnuté chybně lze vůči bance uplatňovat před civilními soudy. Komentářová literatura k ust. § 67 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách sice uvádí, že o tom, že zadavateli případně jistota, musí zadavatel vydat řádně odůvodněné rozhodnutí a uplatnění práva z jistoty uchazeči neprodleně oznámit. Byť to zákon výslovně nestanoví, jde nicméně podle autora komentáře o postup souladný se zásadou transparentnosti podle § 6 zákona o veřejných zakázkách (viz Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 432). Tento komentář však zcela pomíjí primárně soukromoprávní charakter právních vztahů vyplývajících z poskytnuté jistoty. Zákon o veřejných zakázkách upravuje institut jistoty v ust. § 67 dosti stroze. Stručně řečeno, jde o druh zajišťovacího institutu upraveného pro oblast veřejných zakázek k zajištění splnění povinností uchazeče vyplývajících z jeho účasti v zadávacím řízení. Jistota může být poskytována ve více formách a jednou z nich je právě bankovní záruka. Otázku uplatnění práva z jistoty však zákon neupravuje vůbec na rozdíl např. od stanovení maximální možné výše této jistoty nebo pravidla pro její uvolnění zadavatelem. Z toho lze usuzovat, že otázku uplatnění práva z jistoty zamýšlel zákonodárce

ponechat v rovině soukromoprávní. V opačném případě by tuto otázku v § 67 zákona o veřejných zakázkách nepochybně upravil. Za takové situace soud považuje za problematické, aby zadavatel bez výslovného zákonného zmocnění o uplatnění práva z jistoty rozhodoval.

Co je však zřejmé, je skutečnost, že koncentrace námitek a jejich navázání na možnost podat návrh na přezkum k žalovanému není samoúčelná, ale má nepochybně své opodstatnění z hlediska právní jistoty zadavatele a dalších uchazečů, zvláště pak toho, se kterým byla uzavřena smlouva. Jak uvedl Soudní dvůr Evropské unie (dříve Evropský soudní dvůr) v rozsudku ze dne 12. 12. 2002, věc C-470/99, *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH* proti *Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, přiměřené lhůty vylučující podání opravných prostředků zásadně odpovídají požadavkům efektivity a právní jistoty, plynoucím ze směrnice (bod 76).

Žalobce namítal, že právě ve světle směrnice a rozsudků Soudního dvora ve věcech *Alcatel Austria* a *Stadt Halle* je aplikace časové lhůty k uplatnění námitek v rozporu s evropským právem. Ve věci *Alcatel Austria* byla řešena situace, kdy bylo rozhodnuto o výběru vítězného uchazeče a následně téhož dne byla s tímto vybraným uchazečem uzavřena smlouva. Soudní dvůr uvedl, že rozhodnutí, kterým zadavatel vybral vítězného uchazeče, musí podléhat účinnému přezkumu nezávisle na možnosti získat náhradu škody po uzavření smlouvy. Soudní dvůr však hovořil toliko o rozhodnutí, které bylo učiněno v podstatě současně s uzavřením smlouvy, což znamenalo, že nebyla zajištěna účinná možnost nápravy. V bodě 37 Soudní dvůr výslovně uvedl, že směrnice výslovně rozlišuje mezi fází předcházející uzavření smlouvy, na kterou dopadá čl. 2 odst. 1 a fází po uzavření smlouvy, kdy mohou členské státy v souladu s čl. 2 odst. 6 (nyní 7) směrnice omezit přezkum toliko na možnost domáhat se náhrady škody. Ve vztahu k tomuto rozsudku je nutné upozornit, že z hlediska skutkového stavu nelze tento rozsudek bez dalšího aplikovat i na nyní projednávanou věc, kdy došlo k uzavření smlouvy až po odmítnutí prvních dvou vybraných uchazečů. Ještě důležitější je pak skutečnost, že v nyní projednávané věci došlo k namítanému úkonu až po uzavření smlouvy a nikoli před jejím uzavřením. Současně nelze opomenout, že národní úprava zajišťuje možnost účinné nápravy pomocí blokačních lhůt stanovených v § 111 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, které zakazují zadavateli uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku, dokud běží lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Možnost účinné nápravy ještě před uzavřením smlouvy je tak národní úpravou zajištěna. Žalobcem uváděný rozsudek ve věci *Stadt Halle* pak skutečně uvedl, že členské státy nemohou podmínit možnost přezkumu úkonů zadavatele skutečností, že postup týkající se dotčené veřejné zakázky formálně dosáhl určitého stadia. V tomto rozsudku šlo ovšem o situaci, která nastala ještě před formálním zahájením zadávacího řízení. Ke zpochybňovanému úkonu zadavatele a podání námitek v nyní projednávané věci však došlo až po uzavření smlouvy, což nepochybně představuje zásadní rozdíl od případu projednávaného ve věci *Stadt Halle*. Žalobce rovněž odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 1. 2011, č. j. 2 Afs 67/2010, který skutečně v bodě 32 přisvědčil stěžovateli v tom, že „Soudní dvůr konstatoval, že pokud by aplikace lhůty stanovené vnitrostátním právem v konkrétním případě odporovala požadavku efektivity, neměla by být uplatněna. To se nicméně týká toliko situací, kdy zadavatel poškozenému uchazeči

znemožňuje anebo nepřiměřeně ztěžuje výkon jeho práv.“ V nyní projednávané věci jednak zadavatel dle soudu neznemožňoval ani nepřiměřeně neztěžoval žalobci výkon jeho práv, zejména však již došlo k uzavření smlouvy, což představuje zásadní skutkový rozdíl.

Podpůrně lze odkázat i na bod 4. preambule ke směrnici Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES, která za zjištěný nedostatek dosavadní úpravy považovala zejména chybějící lhůtu mezi rozhodnutím o zadání zakázky a uzavřením příslušné smlouvy, která by umožnila její účinné přezkoumání. To má někdy za následek, že veřejní zadavatelé a zadavatelé usilují o velmi rychlé podepsání smlouvy, aby byly účinky napadeného rozhodnutí o zadání zakázky nezvratné. V zájmu nápravy tohoto nedostatku tak bylo třeba stanovit minimální odkladnou lhůtu, během níž je uzavření příslušné smlouvy pozastaveno. Z uvedeného vyplývá, že uzavření smlouvy je tedy považováno za okamžik, kdy již není možné přijaté rozhodnutí zvrátit. Stejně tak lze poukázat i na čl. 3 směrnice, ve kterém se stanoví, že Evropská komise může zahájit řízení uvedené v odstavcích 2 až 5 tohoto článku, pokud před uzavřením smlouvy dospěje k názoru, že při zadávání veřejných zakázek v oblasti působnosti směrnice 2004/18/ES došlo k závažnému porušení práva Společenství v oblasti zadávání zakázek. Směrnice tedy i ve vztahu k orgánům Unie upravuje možnost vést řízení (v případě, že došlo k závažnému porušení unijního práva) jen, pokud ještě nebyla uzavřena smlouva.

Závěr o neoprávněnosti žalobce podat návrh na přezkum úkonů zadavatele v téže věci, ve které nepodal řádně a včas námitky zadavateli, je dle soudu plně v souladu se zákonem. Zamítnutí návrhu žalobce a následné zamítnutí rozkladu bylo proto důvodné.

V.c) K ostatním žalobním námitkám

K žalobním námitkám, kterými žalobce brojil proti samotnému průběhu veřejné zakázky a postupu zadavatele, soud konstatuje, že tyto námitky se nevztahují k nosným důvodům napadeného rozhodnutí. Návrh na přezkum byl zamítnut pro jeho podání neoprávněnou osobou z důvodu opožděnosti námitek, a tedy z de facto důvodů procesních. Předseda žalovaného se však k některým otázkám týkajícím se postupu zadavatele v rozhodnutí o rozkladu vyjádřil a soud tak považuje za vhodné, aby na argumenty žalobce, přetavené v žalobní námitky, alespoň stručně a nad rámec nezbytného odůvodnění rozsudku v nyní souzené věci reagoval.

Uvedené námitky lze rozdělit na námitky vztahující se k údajnému neodmítnutí uzavření smlouvy žalobcem a z toho vyplývajícího nezákonného uzavření smlouvy s dalším uchazečem a na námitky vztahující se k nezákonnému uplatnění práva zadavatele z jistoty poskytnuté dle § 67 zákona o veřejných zakázkách.

V případě prvé části námitek soud musí dát plně za pravdu předsedovi žalovaného, neboť dopis ze dne 3. 10. 2011 lze bez jakýchkoliv pochyb považovat za odmítnutí návrhu na uzavření smlouvy. V tomto dopise bylo výslovně uvedeno, že žalobce nebyl schopen uzavřít smlouvy o dílo, neboť stavbu odstranil z výrobního programu, zrušil požadavek na blokaci bankovní záruky a vzhledem k posunutí možného začátku prací nebyl schopen splnit zakázku ve stanoveném termínu. Současně závěrem uvedl, že tento dopis zaslal obratem, aby nedošlo k prodlení a zadavatel mohl vstoupit do jednání s dalším uchazečem. I z tohoto sdělení lze

dovodit úmysl odmítnout uzavření smlouvy. Tvzení, že práce nelze uskutečnit ve stanoveném termínu, pak nelze považovat za žádost o změnu termínu, jak naznačil žalobci ve své žalobě. Předmětný dopis takovou žádost vůbec neobsahuje. S ohledem na uvedené je nesprávný i argument žalobce, podle kterého měl být informován o uzavření smlouvy se společností M – Silnice, a. s. dle § 82 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách. Soud i zde dává za pravdu argumentaci předsedy žalovaného, podle které nelze tuto informační povinnost vztahovat i na žalobce, neboť ten uzavření smlouvy odmítl. Již s ním tudíž nebylo možné uzavřít smlouvu podle § 82 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

Ve vztahu ke druhé části námitek pak soud konstatuje, že s ohledem na předchozí odstavec bylo uplatnění práva z jistoty plně v souladu s § 67 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, neboť žalobce uzavření smlouvy skutečně odmítl. K otázce rozhodování o uplatnění práva z jistoty se soud vyjádřil již na str. 7 – 8 tohoto rozsudku, na které odkazuje. Jako opodstatněný se však soudu jeví požadavek, aby zadavatel oznámil uplatnění práva z jistoty žalobci za situace, kdy vítěznému uchazeči tuto skutečnost oznámil. Opačný postup je dle soudu v rozporu se zásadou rovného zacházení uvedenou v § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Na rozhodnutí soudu v nyní projednávané věci však tato skutečnost nemůže mít žádný vliv, neboť soud posuzoval zákonnost zamítnutí žalobcova návrhu pro jeho podání neoprávněnou osobou z důvodu opožděnosti námitek (neboť již došlo k uzavření smlouvy).

K jednání zadavatele ve vztahu k vítěznému uchazeči, k otázce, zda společnost M-Silnice splňovala podmínky zadávací dokumentace, stejně jako k rozdělení veřejné zakázky pak soud konstatuje, že tyto otázky již zcela překračují rozsah soudního přezkumu napadeného rozhodnutí, neboť tyto otázky vůbec nebyly předmětem správního řízení vedeného v nyní projednávané věci. Ostatně žalobce tyto otázky ani neuvedl ve svém rozkladu a z toho důvodu se jimi předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí nezabýval. Je samozřejmě otázkou, zda tyto skutečnosti neodůvodňovaly zahájení řízení z úřední povinnosti dle § 113 zákona o veřejných zakázkách, nicméně z hlediska přezkumu napadeného rozhodnutí v nyní projednávané věci je nezahájení řízení z moci úřední zcela bezpředmětné.

VI. Závěr a náklady řízení

S ohledem na vše shora uvedené proto krajský soud rozhodl podle § 78 odst. 7 s. ř. s. tak, že podanou žalobu jako nedůvodnou zamítl.

O náhradě nákladů řízení krajský soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní agendy nevznikly, navíc je ani nepožadoval.

Výrok o náhradě nákladů řízení v případě osoby zúčastněné na řízení se opírá o § 60 odst. 5, větu první, s. ř. s., dle kterého osoba zúčastněná na řízení má právo na náhradu jen

těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. Protože krajský soud v dané věci osobě zúčastněné na řízení žádné povinnosti neuložil, rozhodl tak, že nemá právo na náhradu nákladů řízení. A jde-li o osobu zúčastněnou na řízení uplatněný návrh na přiznání práva na náhradu nákladů řízení z důvodů hodných zvláštního zřetele, konstatuje krajský soud, že tyto důvody neshledal.

O úspěchu a neúspěchu v řízení o žalobě je možno uvažovat u žalobce a žalovaného, nikoli však u osoby zúčastněné na řízení (jakkoli je z logiky věci zřejmé, že fakticky podporuje jednu ze stran). Argumentace osoby zúčastněné na řízení, dle které jí v případě jejího úspěchu, resp. neúspěchu žalobce přísluší náhrada nákladů řízení, je proto lichá a nemůže obstát. A nic na tom nemění ani skutečnost, že osoba zúčastněná na řízení je obcí. Obec je veřejnoprávní korporací, která má vlastní majetek, vystupuje v právních vztazích svým jménem a nepochybně nese odpovědnost z těchto vztahů vyplývajících, tzn. i odpovědnost za řádné a účelné vynakládání prostředků, včetně jejich příp. vynakládání na právní služby související např. s veřejnou zakázkou, jež je nepochybně na její úvaze, resp. úvaze jejích orgánů. Stejně tak záleží na úvaze orgánů obce, zda vstoupí do řízení před správním soudem jako osoba zúčastněná na řízení a vynaloží v tomto směru náklady na právní služby. Rozhodně nelze říci, že je to její povinností, jak tvrdí osoba zúčastněná na řízení. Z toho pak plyne, že příp. náklady, které osobě zúčastněné na řízení takto vzniknou, jdou primárně k její tíži a neměly by principálně připadat k tíži neúspěšného účastníka řízení, ledaže by zde skutečně byly dány důvody zvláštního zřetele hodné, které mohou spočívat např. v tom, že zamítnutý návrh (žaloba) měl vůči osobě zúčastněné na řízení šikanózní charakter (náklady platí neúspěšný navrhovatel – žalobce) nebo v tom, že soudem zrušené správní rozhodnutí představovalo významný zásah do práv osoby zúčastněné na řízení (náklady platí neúspěšný žalovaný); shodně srov. Potěšil, L., Šimíček, V. a kol. Soudní řád správní. Komentář. Praha: Leges, 2014 s. 518. O žádný takový ani jiný obdobný, výjimečný případ vyžadující korektiv krajského soudu v podobě aplikace § 60 odst. 5, věty druhé, s. ř. s. se však v daném případě nejednalo.

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

V Brně dne 22. 6. 2015

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu