



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Miluše Doškové a soudkyň Mgr. Evy Šonkové a Mgr. Sylvy Šiškeové v právní věci žalobkyně: **a) Městská část Praha 17**, se sídlem Žalanského 291/12b, Praha – Řepy, zast. JUDr. Jiřím Hartmannem, advokátem se sídlem Sokolovská 49/5, Praha 8, **b) Infinit, s. r. o.**, se sídlem Jablonského 639/4, Praha 7, zast. Mgr. Matějem Skalickým, advokátem se sídlem Krkonošská 1512/11, Praha 2, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže** se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Saunia, s. r. o.**, se sídlem Olivova 2096/4, Praha 1, zast. Mgr. Radovanem Kubáčem, advokátem se sídlem Olivova 4, Praha 1, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 4. 7. 2018, č. j. ÚOHS-R0063,0064/2018/VZ-19647/2018/321/Zsř, ve znění opravného rozhodnutí ze dne 16. 7. 2018, č. j. ÚOHS-R0063,0064/2018/VZ-20856/2018/321/OMa, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně a) proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 1. 2021, č. j. 30 Af 88/2018-174,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žalobkyně **n e m a j í** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému **s e n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění

I. Vymezení věci

[1] Žalobkyně a) jako zadavatel vyhlásila dne 29. 9. 2016 podle § 1772 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), veřejnou soutěž na zakázku „Výběr provozovatele Víceúčelového sportovního centra Na Chobotě“. Účelem veřejné soutěže mělo být uzavření smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní a současně uzavření smlouvy o spolupráci budoucího provozovatele se zadavatelem při výstavbě centra. Na základě výsledku veřejné soutěže uzavřela dne 26. 7. 2017 obě tyto smlouvy s žalobkyní b) Infinit, s. r. o. (dále jen „společnost Infinit“).

[2] Dne 7. 12. 2017 podala osoba zúčastněná na řízení Saunia, s. r. o. (dále jen „společnost Saunia“), žalovanému návrh na uložení zákazu plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, který následně doplnila; současně z procesní opatrnosti podala námitky proti postupu zadavatele.

[3] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako správní orgán 1. stupně (dále též „Úřad“) rozhodl dne 6. 4. 2018 pod č. j. ÚOHS-S0477/2017/VZ-10163/2018/521/Mži podle § 264 odst. 1 ve spojení s § 254 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“), o zákazu plnění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní mezi zadavatelem a budoucím dodavatelem. Důvodem bylo uzavření smlouvy mimo zadávací řízení bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, případně předběžného oznámení, ačkoli tak byl zadavatel povinen učinit, neboť šlo o smlouvu na koncesi ve smyslu § 174 odst. 3 cit. zákona, kterou bylo nutno podle § 176 cit. zákona zadat v zadávacím řízení připadajícím v úvahu.

[4] Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže svým rozhodnutím ze dne 4. 7. 2018, č. j. ÚOHS-R0063,0064/2018/VZ-19647/2018/321/ZSř, zamítl rozklady podané zadavatelem a společností Infinit, a rozhodnutí Úřadu potvrdil. Opravným rozhodnutím ze dne 16. 7. 2018, č. j. ÚOHS-R0063,0064/2018/VZ-20856/2018/321/OMa, změnil výrok záměnou odkazu na § 152 odst. 6 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek na odkaz na § 152 odst. 6 písm. b) téhož zákona.

II. Rozsudek krajského soudu

[5] Žaloby obou žalobkyň stály na názoru, že podstatou smlouvy o budoucí smlouvě pachtovní byl provoz propachtované věci v rozsahu funkčních součástí sportovního centra a konzultačních služeb v souvislosti s dokončením stavby. Pacht neobsahuje prvky koncese ani jiného smluvního vztahu, nejsou jím vymezeny konkrétní služby. Žalobkyně nesouhlasily s vyhodnocením, že jde o závazek k poskytování služeb. Pokud to žalovaný považoval za veřejnou zakázku, měl aplikovat výjimku z povinnosti zadávacího řízení podle § 29 písm. h) zákona o zadávání veřejných zakázek. Zpochybnily také aktivní legitimaci společnosti Saunia k podání návrhu. Dále brojily proti tomu, že § 264 zákona byl aplikován na smlouvu o smlouvě budoucí, neboť samotný závazek měl plynout až z pachtovní smlouvy. Navíc žalovaný překročil rámec návrhu rozšířením přezkumu na smlouvu o spolupráci.

pokračování

[6] Krajský soud v napadeném rozsudku uvedl, že není podstatné formální označení právního úkonu ani jeho obsah z pohledu soukromého práva. Naplnění znaků pachtovní smlouvy ještě nemusí znamenat, že nejde o veřejnou zakázku. Vyjádření úplaty u koncese na služby se překrývá s právem pachtýře v pachtu. V daném případě smlouva mimo pacht obsahuje zadání o poskytování služeb; nemůže se proto jednat o tzv. čistý pacht. Závazek k poskytování služeb je dovoditelný ze znění smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, z podnikatelského záměru i z podmínek vyhlášení veřejné soutěže. Cílem zadavatele bylo poskytování služeb veřejnosti. Rovněž působení dodavatele při výstavbě centra směřovalo k tomu, aby byl zajištěn jeho podnikatelský záměr. Byly splněny i další znaky koncese, jako úplatnost smlouvy a přenos provozního rizika. Úplata je poskytována nepřímým bráním užitků z provozu i samotným přenecháním centra k užívání. Hrazení pachtovné pouze výši této úplaty snižuje. Krajský soud tak dospěl k závěru, že se jedná o koncesi na služby jako veřejnou zakázku, kdy zadavatel požaduje zajištění služeb v podobě provozu sportovního centra. S tím se prolíná další závazkový vztah v podobě pachtu, jímž zadavatel přenechává sportovní centrum dodavateli za nájemné. Jde tak o smíšenou zakázku ve smyslu § 32 zákona o zadávání veřejných zakázek, aniž by byly splněny podmínky pro uplatnění výjimky podle § 29 písm. h) téhož zákona; ta by přicházela v úvahu jen u tzv. čistého pachtu. Rovněž se nejednalo o koncesi malého rozsahu ve smyslu § 178 zákona o zadávání veřejných zakázek, ani nebyly naplněny podmínky výjimky plynoucí ze směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU o udělování koncesí. Krajský soud žalobkyním nepřisvědčil ani v otázce nedostatku aktivní legitimace navrhovatele, ani v otázce nemožnosti vztahovat zákaz na smlouvu o smlouvě budoucí. To, že má být smlouva uzavřena teprve v budoucnu, neznamená, že nebyly naplněny znaky veřejné zakázky. Krajský soud byl dále názoru, že předmět řízení nebyl žalovaným překročen. Stejně tak neshledal, že by se žalovaný rozhodoval v obdobných věcech odlišně, což konkrétně rozebral. Závěrem krajský soud konstatoval nerozhodnost újmy vzniklé rozhodnutím žalobkyně b) a označil odůvodnění rozhodnutí žalovaného za dostatečné. Z těchto důvodů žaloby zamítl.

III. Kasační stížnost žalobkyně a), vyjádření žalobkyně b), žalovaného a osoby zúčastněné na řízení

III.1. Kasační stížnost

[7] Žalobkyně a) jako stěžovatelka podala kasační stížnost opřenu o kasační důvody podle § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“). Podle jejího názoru byla nesprávně posouzena právní otázka, zda smlouva o smlouvě budoucí pachtovní představuje zadání veřejné zakázky, resp. zda je smlouvou o koncesi ve smyslu § 174 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Podle stěžovatelky byla uzavřena smlouva o pachtu, nikoliv o poskytování služeb. Závěr žalovaného a krajského soudu nemá oporu ve správním spise a je v rozporu se skutkovými zjištěními. Rovněž byla nesprávně posouzena možnost výjimky podle § 29 písm. h) zákona o zadávání veřejných zakázek a nesprávně byla posouzena i aktivní legitimace společnosti Saunia k podání návrhu, jelikož ta nesplňovala podmínky § 251 odst. 4 cit. zákona. Krajský soud také akceptoval, že se žalovaný odchýlil od své ustálené rozhodovací praxe.

[8] V doplnění kasační stížnosti stěžovatelka rekapitulovala průběh řízení a konkretizovala jednotlivé kasační námitky. K důvodům svého postupu při vyhlášení veřejné soutěže poukázala na svůj záměr vystavět sportovní centrum a svěřit jej k provozování jinému subjektu. Ve vyhlášené veřejné soutěži pak vybrala nejvhodnější nabídku. Vyhlášení veřejné soutěže by naplňovalo i zásady zákona o veřejných zakázkách stanovené v jeho § 6, ačkoliv je splňovat nemuselo. S vítězem soutěže podepsala smlouvu o smlouvě budoucí pachtovní a současně i smlouvu o spolupráci, jejímž smyslem bylo bezproblémové zprovoznění sportovního centra.

[9] Stěžovatelka je názoru, že uzavření smlouvy o budoucí smlouvě pachtovní nesplňuje znaky veřejné zakázky, konkrétně smlouvy o koncesi podle § 174 zákona o zadávání veřejných zakázek. Ta musí kumulativně splňovat podmínky a) úplatnosti, b) musí být uzavřena jako koncese na stavební práce nebo služby, c) v případě služeb musí plnění spočívat v poskytnutí jiných plnění, než uvedených v § 14 odst. 3 písm. a)-c) zákona, d) protiplnění musí spočívat v braní užitků vyplývajících z poskytování služeb, e) na dodavatele je přeneseno provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb. V daném případě se nejednalo o stavební práce ani o poskytování služeb; k tomu poukazuje na § 2332 občanského zákoníku. Jednalo se o přenechání věci jinému za účelem jejího užívání a požívání v souladu se záměrem smluvních stran; ve smlouvě nebyly specifikovány žádné služby a z ničeho není jasné, jak k takovému závěru žalovaný s krajským soudem dospěli. Ze skutečnosti, že pachtýř bude v rámci pachtu poskytovat konkrétní služby, nelze dovozovat, že k tomu má povinnost na základě uzavřené smlouvy. Ze smlouvy nebyl zřejmý rozsah služeb, který by musel být uveden tak, aby byl vymahatelný. Ze smlouvy je patrné jen to, že pachtýř bude mít propachtován celý areál a z popisu součástí areálu nelze spekulovat na rozsah služeb. Stěžovatelka pachtýře nijak nezavazuje ani neomezuje v poskytování služeb, pouze ve vztahu k účelu užívání. Pojem „provoz Sportovního centra“ neobsahuje vymezení konkrétních činností společnosti Infinit. Smlouva je označena za koncesi jen na základě jediného smluvního ustanovení o provozu sportovního centra, jako integrální součásti pachtovní smlouvy.

[10] Stěžovatelka považuje za nesprávný právní názor na tzv. čistý pacht. Předmětem smlouvy je závazek propachtovatele přenechat pachtýři věc k dočasnému užívání a požívání a závazek pachtýře platit pacht nebo poskytnout mu poměrnou část z výnosu. Esenciálním znakem pachtu je, že pachtýř vlastní činností obhospodaruje propachtovanou věc, která mu nese plody a užitky; nese také riziko výkyvů, o věc je povinen pečovat. Krajský soud v zásadě možnost existence čistého pachtu, který není koncesí, popírá. Přitom neuvádí, jaký jiný smluvní typ shledal. Povinnost společnosti Infinit provozovat sportovní centrum nebylo ničím jiným než vyjádřením povinnosti pachtýře plynoucí přímo ze zákona. Žalovaný i krajský soud základní povinnosti pachtýře diskvalifikovali z pojmu čistý pacht. Takový závěr je nepřezkoumatelný. Podle jejich názoru by tomuto pojmu nemohla odpovídat žádná smlouva.

[11] Při posouzení znaků koncese krajský soud vycházel z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2010, č. j. 8 Afs 60/2009 - 78. Koncesí je právní vztah mezi zadavatelem, který poptává zboží nebo služby nebo stavební práce, z toho důvodu uzavírá s dodavatelem písemnou smlouvu, a zadavatel poskytuje dodavateli protiplnění ve formě vyjádřitelné v penězích. Záměrem stěžovatelky bylo poskytnout občanům městské části

pokračování

sportovní infrastrukturu, neměla však v úmyslu jakkoliv určovat konkrétní služby, které by měl pachtýř poskytovat, a smlouva se žádným požadavkům pachtýře v tomto směru nepřizpůsobovala. Úmysl zajistit konkrétní služby nelze dovodit ani z podnikatelského záměru, jehož obsah stěžovatelka neměla možnost ovlivnit. Pokud by byl podnikatelský záměr obecnější a zaměřený jen na ekonomickou stránku, o licenci by se nejednalo, kdežto v daném případě je licence ze záměru dovozována. Podnikatelský záměr při zadávání soutěže stěžovatelka ani neznala a dovozovat existenci licence ze závaznosti záměru je nesmyslné, neboť to byl záměr žalobkyně b) samotné.

[12] Stěžovatelka akceptuje závěr krajského soudu, pokud jde o úplatnost právního vztahu, ale upozorňuje, že ani zde se nejedná o model obvyklý u koncesí ve smyslu § 174 odst. 3 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek. Zákon počítá s tím, že platba je poskytována zadavatelem dodavateli, nikoliv naopak dodavatelem zadavateli. Žalobkyně b) se zavázala platit zadavateli nikoliv marginální částku jako pachtovné, které by mohlo činit až polovinu zisku dodavatele. Model daného peněžního toku tak do koncepce koncesního vztahu nezapadá.

[13] Stěžovatelka rovněž setrvale tvrdí, že na její případ byla aplikovatelná výjimka plynoucí z § 29 písm. h) zákona o zadávání veřejných zakázek, která se týká právě pachtu. Krajský soud tvrdí, že ji nelze užít proto, že zadavatel nehodlal sportovní zařízení pořídit, ale pouze zajistit jeho provoz propachtováním, tj. že je v pozici propachtovatele a nikoliv pachtýře. Krajský soud mylně vychází z toho, že tato výjimka dopadá pouze na veřejné zakázky, přičemž současně tvrdí, že případ stěžovatelky veřejnou zakázkou není. Tento názor mu však nebrání v tom, aby zakázku označil za smíšenou veřejnou zakázku, resp. za koncesi. Podle stěžovatelky nelze najednou tvrdit, že výjimku nelze použít proto, že nejde o veřejnou zakázku, a současně smlouvu za veřejnou zakázku označit. Jestliže zákonodárce pro určitý smluvní typ stanovil výjimku, není možné uplatnit přísnější režim pro stejný smluvní typ, kde navíc nejsou vynakládány žádné veřejné prostředky. Ze znění výjimky nelze dovodit, že ji nelze užít v případě, že zadavatel je v pozici pronajímatele. K opačnému závěru nelze dojít užitím žádného způsobu výkladu. Výjimka je obdobou čl. 10 odst. 8 písm. a) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU o udělování koncesí, přičemž v odůvodnění směrnice je uvedeno, že za koncesi nelze považovat pacht.

[14] Stěžovatelka je názoru, že zákon o zadávání veřejných zakázek byl žalovaným i krajským soudem vyložen v rozporu s uvedenou směrnicí, byť byla do zákona implementována. Zákon o zadávání veřejných zakázek neobsahuje výklad pojmu „koncese“, proto musí být při výkladu tohoto pojmu ke směrnici přihlédnuto; zde opět odkazuje na znění odst. 15 odůvodnění směrnice, podle něhož by za koncesi neměl být považován pacht. Krajský soud také v napadeném rozsudku nespécifikoval jedinou službu, která by měla být na základě smlouvy poskytována. Stěžovatelka je přesvědčena, že pachtovní smlouva by se podle této směrnice neměla považovat za koncesi.

[15] Stěžovatelka se také domnívá, že společnost Saunia nebyla aktivně legitimovaným návrhatelem, neboť jí jejím postupem nemohla vzniknout žádná újma. Společnost by se zřejmě nezúčastnila výběrového řízení a ani by tak učinit nemohla z důvodů na své straně. Návrh podle § 251 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek musí obsahovat i vymezení újmy vzniklé porušením zákona, což odborná literatura k předchozímu zákonu

obsahujícímu shodnou úpravu vykládala tak, že musí být prokázán zájem na získání zakázky. Hrozící újma tedy musí být konkrétní, nikoliv hypotetická, a pro aktivní legitimaci je nezbytný vážný a skutečný zájem účastnit se zadávacího řízení s nabídkou, jež by nebyla jen formální. Tato reálná možnost nebyla Úřadem zkoumána a krajským soudem řádně posuzována. Nestačí výpis z obchodního rejstříku s uvedením předmětu podnikání, navíc poměrně obecným. To, že navrhovatelem nemůže být jakýkoliv podnikatelský subjekt, plyne i z odborné literatury. Navrhovatel podniká provozováním saun v nákupních střediscích a nemá předpoklady ani vybavení pro provozování sportovního centra a nesplňoval by tak kritéria účasti v zadávacím řízení. Konstatování krajského soudu, že není třeba prokazovat konkrétní újmu, považuje stěžovatelka za nezákonné a postup krajského soudu za vadný, neboť návrh měl být podle § 265 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek zamítnut.

[16] Stěžovatelka dále kasační stížností namítá, že se žalovaný odchýlil od své ustálené rozhodovací praxe. Konkrétně v rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 3. 2005, č. j. VZ/S18/05-153/1498/05-Va uvedl, že smlouva o nájmu podniku, jehož předmětem podnikání byl rozvod tepla, nebyla veřejnou zakázkou ani koncesí na služby, ačkoliv pojmově šlo o pacht podniku. Přitom předmětem smlouvy musela být i povinnost tento podnik provozovat, a tedy poskytovat služby široké veřejnosti. Krajský soud shledal odchylku v tom, že předmětem této smlouvy nebyl závazek poskytovat služby, což je absurdní s ohledem na jediný možný účel nájmu takového podniku. Dalším příkladem je rozhodnutí Úřadu ze dne 5. 1. 2017, č. j. ÚOHS-S0719/2016/VZ-00709/2017/521, kdy nájemní smlouva nařizovala nájemci provozovat v pronajímané nemovitosti konkrétní služby (maloobchodní prodej zboží), a žalovaný dovodil, že se o poskytování služeb, a tedy o koncesi nejedná. Krajský soud odlišil tento případ tím, že smlouvou byly definovány pouze podmínky nájmu, nikoliv konkrétní služby. Stěžovatelka je názoru, že její případ je shodný – ve smlouvě nejsou uvedeny konkrétní činnosti, ale pouze podmínky pachtu, smlouvou je omezen pouze pachtýř, který musí objekt využít stanoveným způsobem. Žalovaný se tedy ve stěžovatelčině případě odchýlil od své ustálené rozhodovací praxe a krajský soud to akceptoval, což je nezákonné.

[17] Stěžovatelka má nakonec výhrady k možnosti zakázat plnění ze smlouvy o smlouvě budoucí. Žalovaný zakázal plnění toliko ze smlouvy o smlouvě budoucí, která v sobě obsahuje závazek, který by podle jeho názoru bylo možno označit za koncesi. Předmětem smlouvy ještě není konkrétní plnění, ale závazek uzavřít v určité době konkrétní smlouvu. Nejde tedy o smlouvu na plnění veřejné zakázky ve smyslu § 2 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť ještě nedošlo k uzavření hlavní smlouvy. Přesto žalovaný tvrdí, že o smlouvu na veřejnou zakázku jde, což je výklad rozšiřující jeho pravomoci nad rámec zákona. Takový výklad stěžovatelka považuje za protiústavní, neboť překračuje působnost plynoucí z § 248 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek. Žalovaný na smlouvu o smlouvě budoucí nahlíží jako na smlouvu na veřejnou zakázku, nebo na postup k jejímu zadání směřující, ačkoliv současně připouští, že tato smlouva zákonnou definici smlouvy na veřejnou zakázku nesplňuje. V situaci, kdy se nabízí dva výklady zákona, z nichž jeden představuje nepřípustné rozšíření pravomoci žalovaného a druhý je ústavně konformní, musí být zvolen tento druhý. Úvaha žalovaného i krajského soudu, že neuzavřením hlavní smlouvy by žalobkyně porušila závazek ze smlouvy o smlouvě budoucí, a to i bez svého projevu vůle, považuje stěžovatelka za nedotažený. Závazek ze

pokračování

smlouvy nebude dodržen ani v případě uložení zákazu jejího plnění; stěžovatelce proto není jasné, jakou výhodu spatřuje žalovaný ve svém postupu. Je sice pravdou, že závazek stěžovatelky by mohl být nahrazen soudním rozhodnutím a uzavření smlouvy by mohlo proběhnout bez její aktivity, a pokud by k tomu došlo, mohla by být smlouva na veřejnou zakázku uzavřena. Z hlediska soukromého práva je možné uzavření „hlavní“ smlouvy bez jakékoliv předchozí smlouvy o smlouvě budoucí. Zákaz plnění ze smlouvy o smlouvě budoucí tak fakticky nemá žádné důsledky pro kontraktační proces; neplatnost této smlouvy nijak nebrání uzavření hlavní smlouvy. Toho si byl vědom i sám navrhovatel, který požadoval zákaz dalšího postupu v zadávacím řízení a zákaz uzavření pachtovní smlouvy; k tomuto návrhu jako k nezákonnému žalovaný sám nepřihlížel.

[18] Stěžovatelka považuje postup a rozhodnutí žalovaného za nezákonné a protiústavní, a proto požaduje, aby kasační soud „změnil“ napadený rozsudek krajského soudu tak, že zruší rozhodnutí Úřadu i žalovaného, případně aby napadený rozsudek krajského soudu zrušil a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení.

III.2. Vyjádření žalobkyně b)

[19] Žalobkyně b) se ve svém vyjádření ke kasační stížnosti plně ztotožňuje s argumentací stěžovatelky a rozsudek krajského soudu považuje za nesprávný ze stejných důvodů.

III.3. Vyjádření žalovaného

[20] Žalovaný se ve svém vyjádření ke kasační stížnosti plně ztotožňuje s právním názorem krajského soudu. Upozorňuje, že stěžovatelka opakuje svou argumentaci užitou již v rozkladu i v žalobě, a nijak nereflexuje, že se s ní žalovaný i krajský soud řádně vypořádali. Poukazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu z dne 19. 12. 2019, č. j. 3 As 256/2017 - 25, a ze dne 12. 5. 2021, č. j. 8 As 124/2019 - 46, podle nichž jsou takové námitky nepřipustné. Proto žalovaný odkazuje na své rozhodnutí a vyjádření k žalobě a vyjadřuje se pouze stručně. K námitce, že se v daném případě nejedná o koncesi, ale o pacht, poukazuje na odst. 208 - 247 odůvodnění rozhodnutí Úřadu a na odst. 51-155 svého rozhodnutí. Žalovaný považuje za mylný názor, že naplněním podmínek pachtu podle občanského zákoníku se nemůže jednat o koncesi podle zákona o veřejných zakázkách. Výsledkem užívání a požívání věci na vlastní podnikatelské riziko ve smyslu § 2332 občanského zákoníku může být právě poskytování činností zadaných zadavatelem, potažmo koncese na služby ve smyslu § 174 odst. 3 zákona. Z hlediska dozorové pravomoci Úřadu je pak rozhodný postup v souladu se zákonem o zadávání veřejných zakázek, nikoliv formální postup zadavatele podle soukromoprávních předpisů. To, že se jedná o pacht podle občanského zákoníku, tedy zásadně nevylučuje, aby současně šlo o veřejnou zakázku. Argumentace kasační stížnosti bazírující na naplnění znaku pachtu proto není pro posouzení věci podstatná. Stejně tak ani to, že služby nejsou ve smlouvě přesně specifikovány. Zvláště u koncese, u které dodavatel poskytuje služby na vlastní provozní riziko, je vyšší míra obecnosti očekávána a legitimní, aniž by se jednalo o závazek neurčitý. Zde se žalovaný plně ztotožňuje se závěry krajského soudu uvedenými v odst. 20 - 33 napadeného rozsudku.

[21] K aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu žalovaný uvádí, že se rovněž jedná o námitku řádně vypořádanou, a to v bodech 185 - 197 jeho rozhodnutí a v odst. 34 - 35 napadeného rozsudku. Žalovaný vycházel z evropských předpisů a judikatury a postupoval v intencích zájmu na široké hospodářské soutěži a zajištění přístupu k přezkumnému řízení všem dodavatelům, kteří mají alespoň teoretickou šanci veřejnou zakázku získat. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU o udělování koncesí výslovně odkazuje na aplikaci směrnice Rady 89/665/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (...), v jejímž čl. 1 odst. 3 je zakotvena povinnost členských států stanovit pravidla pro přezkumné řízení tak, aby bylo dostupné „každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky na dodávky nebo stavební práce a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí“; k tomu poukazuje na judikaturu SDEU, z níž cituje. Navrhovatel proto nebyl povinen prokazovat reálnost úspěchu v zadávacím řízení, pokud by bylo uskutečněno.

[22] Ke kasační výtce odklonu od ustálené rozhodovací praxe podotýká, že stěžovatelka argumentuje podobně jako Úřad ve svém rozhodnutí, ovšem nerespektuje, že se jedná o situaci zásadně odlišnou. To je podrobně popsáno v odst. 265-269 prvostupňového rozhodnutí, v odst. 214 - 219 druhostupňového rozhodnutí a podrobně to rozebral i krajský soud v odst. 38 - 40 napadeného rozsudku.

[23] Žalovaný je rovněž názoru, že se ve svém rozhodnutí řádně vypořádal také s námitkou směřující vůči pravomoci Úřadu uložit zákaz plnění ze smlouvy o smlouvě budoucí; stejně tak byla tato otázka správně posouzena krajským soudem v odst. 36 napadeného rozsudku. Účelem zadávacího řízení je zejména vymezení předmětu veřejné zakázky a výběr dodavatele pro její plnění. Pro posouzení, zda došlo k zadání koncese, je rozhodující materiální stránka vzniklého závazku mezi zadavatelem a dodavatelem, nikoliv to, jaké smluvní typy byly zvoleny, nebo kolik smluv bude ve výsledku uzavřeno. Výběr dodavatele na provoz sportovního centra byl ukončen uzavřením smlouvy o budoucí smlouvě pachtovní, jejíž nedílnou součástí tvořila pachtovní smlouva včetně konkrétních podmínek předmětu plnění. Uzavřením smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní došlo k založení závazného právního vztahu mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem, účinného vůči třetím osobám, jehož obsahem je mj. závazek smluvních stran k uzavření pachtovní smlouvy, přičemž současně byla uzavřena smlouva o spolupráci, kterou se dodavatel zavázal k součinnosti při výstavbě sportovního centra tak, aby mohlo sloužit sjednanému účelu. Proto je žalovaný přesvědčen, že k zadání koncese na služby provozu sportovního centra došlo již uzavřením smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, a nejde o pouhý postup směřující k zadání veřejné zakázky. Žalovaný považuje kasační stížnost za nedůvodnou a navrhuje její zamítnutí.

[24] Osoba zúčastněná na řízení nevyužila možnosti podat vyjádření ke kasační stížnosti.

IV. Právní posouzení Nejvyššího správního soudu

IV.1. Podmínky projednání kasační stížnosti

pokračování

[25] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a konstatuje, že kasační stížnost je podána osobou k tomu oprávněnou, je podána včas, jde o rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost přípustná a stěžovatelka je zastoupena advokátem. Je však třeba věnovat pozornost poznámce žalovaného, že argumentace kasační stížnosti je pouhým opakováním důvodů již uplatněných ve správním řízení a v žalobě, přičemž jak žalovaný tak krajský soud se s nimi řádně a obsáhle vypořádali. Je tak otázkou, zda je kasační stížnost přípustná. Je pravdou, že stěžovatelka ve vztahu k právnímu posouzení věci obsáhle opakuje svá tvrzení již dříve vznesená, aniž by reflektovala důvody, pro které jim krajský soud nepřisvědčil. Současně však kasační stížností namítá, že rozsudek krajského soudu je nepřezkoumatelný, a že krajský soud nezohlednil nedostatky ve zjišťování skutkového stavu ve správním řízení. Kasační stížnost je proto přípustná a projednatelná; to ovšem neznáméná, že je nezbytné, aby kasační soud znovu podrobně zdůvodňoval závěry žalovaného a krajského soudu, pokud se s nimi ztotožní.

[26] Důvodnost kasační stížnosti pak Nejvyšší správní soud posoudil v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.). Ve věci přitom rozhodl bez nařízení jednání za podmínek vyplývajících z § 109 odst. 2 věty první s. ř. s.

[27] Kasační stížnost není důvodná.

IV.2. Posouzení důvodnosti kasačních námitek

[28] Stěžovatelka v kasační stížnosti uplatňuje kasační důvody podle § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) s. ř. s. Namítá tedy nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem, nedostatečně zjištěný skutkový stav, pro který mělo být správní rozhodnutí zrušeno, a nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku.

[29] Předně je třeba se zabývat kasační námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku, neboť zpravidla jen u rozhodnutí přezkoumatelného lze vážit důvodnost dalších kasačních námitek. Stěžovatelka ovšem nepřezkoumatelnost rozsudku spatřuje zejména v jeho právních východiscích, která považuje za rozporná a nesrozumitelná. Především poukazuje na údajný rozpor v argumentaci uvedené v odst. 30 a 31 napadeného rozsudku. Tam krajský soud vymezuje, že v případě smluvního vztahu uzavřeného mezi stěžovatelkou a společností Infnit se prolínají dva smluvní vztahy – pacht a zajištění služeb, z čehož následně dovozuje, že se nemůže jednat o tzv. čistý pacht, který by byl důvodem pro výjimku ze zadávacího řízení. V těchto tvrzeních není nic rozporného ani nesrozumitelného; stěžovatelka tedy fakticky napadá správnost takového právního posouzení, které bude hodnoceno dále.

[30] Rozsudek krajského soudu má oporu v odůvodnění a je zřejmé, jak a z jakých důvodů krajský soud rozhodl. Nejvyšší správní soud pohledem kasačních důvodů ani nad jejich rámec neshledal napadený rozsudek nepřezkoumatelným; kasační důvod podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. není dán.

[31] Nehledě na koncepci napadeného rozsudku a kasační stížnosti považuje Nejvyšší správní soud za další přednostní námitku tu, která směřuje proti oprávnění oznamovatele k podání účinného návrhu. Pokud by návrh nemohl založit podmínky pro řízení před žalovaným, musel by být zamítnut podle § 265 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek a věcné rozhodnutí žalovaného by vůbec nemohlo obstát.

[32] Podle § 249 zákona o zadávání veřejných zakázek se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahajuje na písemný návrh stěžovatele (navrhovatele) nebo z moci úřední. Návrh lze podle § 250 cit. zákona podat proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu se zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele. Návrh podle § 251 odst. 1 cit. zákona musí kromě obecných náležitostí a označení zadavatele obsahovat uvedení, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů a uvedení, čeho se navrhovatel domáhá. Stěžovatelka zpochybňuje návrh proto, že navrhovateli žádná újma vzniknout ani hrozit nemohla.

[33] Ze spisu je zřejmé, že navrhovatel (společnost Saunia) svůj návrh ze dne 7. 12. 2017 opřel o tvrzení újmy spočívající v nemožnosti účasti v zadávacím řízení, přičemž je společností podnikající v oboru, jehož se předmět zakázky týká (provoz saunových center). Zákon neukládá navrhovateli povinnost prokazovat vznik konkrétní újmy a žalovaný není oprávněn hodnotit možnost jeho úspěchu v zadávacím řízení. Už sama skutečnost, že takové řízení neproběhlo, ač navrhovatel míní, že proběhnout mělo, je způsobilým tvrzením o zásahu do jeho práv. Z ničeho neplyne, že by jeho případná účast v zadávacím řízení byla z nějakých důvodů vyloučena. Názor stěžovatelky, že navrhovatel neměl potenciál k zajištění provozování sportovního centra, je stejně subjektivním náhledem, jako tvrzení navrhovatele, že by se o zakázku ucházel. Z ničeho neplyne, že by tvrzení navrhovatele v sobě neobsahovalo žádnou možnost újmy, ani že by jeho návrh byl projevem zneužití práva směřujícím pouze k vyvolání překážek v postupu zadavatele. Jak žalovaný tak krajský soud se zabývali živnostenským oprávněním navrhovatele, které nevylučuje možnost ucházet se o předmětnou zakázku, a lze přisvědčit krajskému soudu v názoru, že není podstatné, že se dříve o možnost provozování sportovního centra neucházel. Ostatně pokud jde o údaje z obchodního rejstříku zjevné z výpisů Úřadem opatřených, předmět činnosti společností Saunia a Infinit se lišil pouze v tom, že společnost Infinit měla v předmětu výslovně zapsán i provoz solárií, masérské, rekondiční a regenerační služby. Odpovídajícím je také poukaz krajského soudu na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 5. 2014, č. j. 5 Afs 48/2013 – 272 (publ. pod č. 3142/2015 Sb. NSS), byť se týká předchozí právní úpravy; jeho závěr o co nejširší možnosti vyvolat řízení před Úřadem platí i nadále. Nelze přehlédnout, že žalovaný se otázkou oprávněnosti navrhovatele zabýval i pohledem směrnice Rady 89/665/EHS ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES, z nichž plyne povinnost stanovit pravidla pro přezkumné řízení tak, aby bylo dostupné každé osobě, která měla zájem na získání zakázky (blíže odst. 194, 195 rozhodnutí žalovaného).

[34] Stěžovatelka výslovně vznáší také kasační důvod podle § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s. a obecně tvrdí, že rozsudek krajského soudu nemá oporu ve skutkových zjištěních nebo že je s nimi v rozporu. Nedostatek skutkových zjištění však konkrétně namítá pouze ve vztahu k podmínkám navrhovatele provozovat předmět zakázky. Jak bylo ovšem výše

pokračování

uvedeno, nebylo povinností žalovaného toto blíže zkoumat a vést k tomu bližší dokazování. Správní spis obsahuje doklady k vypsání zakázky, studii proveditelnosti zakázky včetně její aktualizace, doklady k projednání výsledků veřejné soutěže a uzavřené smlouvy, což je ve vztahu k posouzení otázky, zda se jednalo o veřejnou zakázku, dostačující. Kasační důvod podle § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s. tedy rovněž nebyl naplněn.

[35] Kasační důvod podle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. stěžovatelka spatřuje v několika okruzích právních otázek. Konkrétně brojí proti posouzení uzavřeného smluvního vztahu jako koncese, což je spojeno s jeho podřazením režimu zákona o veřejných zakázkách, aniž bylo užito výluky pro pacht, proti právnímu posouzení vymykajícímu se ustálené rozhodovací praxi a proti druhu uloženého zákazu, který považuje za nezákonný s ohledem na to, že její smluvní vztah byl ve fázi smlouvy o smlouvě budoucí.

[36] Ze správního spisu je zřejmé, že stěžovatelka vyhlásila dne 29. 9. 2016 veřejnou soutěž podle § 1772 a násl. občanského zákoníku o nevhodnější nabídku s názvem „Výběr provozovatele víceúčelového sportovního centra Na Chobotě“. V podmínkách veřejné soutěže je uvedeno, že výběr budoucího provozovatele je spojen se spoluprací při výstavbě sportovního centra, které bude postaveno v roce 2018 a bude vlastnictvím hl. m. Prahy, přičemž zadavateli bude svěřena jeho správa. Podle bodu 6.2 podmínek veřejné soutěže měla být s vítězem uzavřena smlouva o smlouvě budoucí pachtovní a současně smlouva o spolupráci spočívající v odborné pomoci při jeho výstavbě. V bodě 6.3 pak byl uveden účel smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní včetně popisu jednotlivých zařízení sportovního centra. Dne 26. 7. 2017 byla uzavřena smlouva o smlouvě budoucí pachtovní se společností Infinit na provozování sportovního centra, přičemž její součástí je i znění pachtovní smlouvy podle § 2332 občanského zákoníku. Ta obsahuje výčet zařízení sportovního centra s tím, že ujednané pachtovné činí 7 500 000 Kč ročně (bez DPH), přičemž má být uzavřena na 15 let s možností prodloužení na dalších 5 let. Současně byla uzavřena smlouva o spolupráci podle § 1746 odst. 2 občanského zákoníku, jejímž předmětem byla odborná spolupráce při výstavbě centra; k ní byl dále připojen dodatek č. 1 ze dne 3. 11. 2017. Předmětem smlouvy o spolupráci byl závazek budoucího dodavatele ke spolupráci při výstavbě centra, tak aby odpovídalo funkčnímu záměru a provozně technickým a provozně ekonomickým požadavkům, bylo dokončeno v předpokládaném čase a nepřekročilo předpokládané investiční náklady. Správní spis dále obsahuje dokumenty stěžovatelky, a to „Koncepce rozvoje zařízení pro trávení volného času na území městské části Praha 17“ a aktualizaci studie proveditelnosti centra.

[37] Podle § 2 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek *(z)adáním veřejné zakázky se pro účely tohoto zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce*. Podle odst. 2 téhož ustanovení je veřejnou zakázkou zakázka na služby podle § 14 odst. 2, na stavební práce podle § 14 odst. 3, koncese na služby podle § 174 odst. 3 nebo koncese na stavební práce podle § 174 odst. 2. Podle odst. 3 téhož ustanovení je zadavatel povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, není-li dále stanoveno jinak. Je třeba souhlasit s krajským soudem i se žalovaným, že není podstatné, jakému smluvnímu typu podle občanského zákoníku je zakázka podřazena, ani zda tomuto smluvnímu typu odpovídá, ale podstatné je, zda fakticky naplňuje znaky koncese podle zákona o zadávání veřejných zakázek. Žalovaný i krajský soud v uzavřené smlouvě o smlouvě budoucí pachtovní

shodně shledali rysy smlouvy o koncesi upravené v § 174 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Podle tohoto ustanovení se za zadání koncese na služby považuje „uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel a) zadá poskytnutí jiných činností než podle § 14 odst. 3 písm. a) až c), dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu brání užitků vyplývajících z poskytování služeb, nebo v tomto právu společně s platbou a b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s bráním užitků vyplývajících z poskytování služeb“. Podle odst. 4 téhož ustanovení se má za to, „že došlo k přenesení provozního rizika podle odstavců 2 a 3, pokud dodavateli za běžných tržních podmínek není zaručena návratnost vynaložených investic nebo nákladů vzniklých při provozování stavby nebo poskytování služeb, jež jsou předmětem koncese. Může se jednat o riziko na straně poptávky, riziko na straně nabídky, nebo riziko na straně poptávky i nabídky. Může se jednat i o částečný přenos provozního rizika, pokud část provozního rizika přenesená na dodavatele zahrnuje skutečné vystavení výkyvům trhu tak, aby případné odhadované ztráty dodavateli nebyly pouze zanedbatelné“. Podstatné tedy je, zda uzavřená smlouva směřovala k pouhému propachtování objektu, či k tomu, aby dodavatel zajistil určité služby pro zadavatele. Nejvyšší správní soud je názoru, že žalovaný i krajský soud dostatečně zdůvodnili, že předmětem smlouvy bylo i zajištění konkrétních služeb spočívajících v provozování sportovního centra, což plyne již z podmínek vyhlášené veřejné soutěže, jimž odpovídá dodavatelem předložený podnikatelský záměr a smluvní závazek k provozování jednotlivých zařízení centra. To krajský soud zdůvodnil v odst. 25 – 30 napadeného rozsudku, v nichž poukázal i na podrobnou argumentaci žalovaného v jeho rozhodnutích a na podstatné pasáže souběžně uzavírané smlouvy o spolupráci. Poskytování služeb shledal v zajištění poskytování konkrétních služeb sportovního centra pro veřejnost za určené ceny, při splnění podmínek přenosu provozního rizika a úplatnosti (srovnej zejména odst. 29 napadeného rozsudku). K úplatnosti smlouvy pak krajský soud příhodně odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2010, č. j. 8 Afs 60/2009 - 78, pojednávající o možnosti jiných než přímých forem úplaty. Nejvyšší správní soud se s tímto hodnocením ztotožňuje. Pro úplnost je třeba zmínit, že pokud stěžovatelka poukazuje na skutečnost, že souběžně uzavíraná smlouva o spolupráci byla bezúplatná, nemá to pro posouzení charakteru smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní žádný jiný význam, než že z jejího obsahu lze odvozovat záměr zadavatele na poskytování služeb v rámci budoucí pachtovní smlouvy; posouzení charakteru zakázky jako smíšené se neodvíjí od existence smlouvy o spolupráci.

[38] Skutečnost, že uzavřená smlouva nese znaky koncese, rovněž odpovídá na otázku, zda neměla být využita výluka pro pacht plynoucí z § 29 odst. písm. h) zákona o zadávání veřejných zakázek, podle něhož zadavatel není povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, „jejímž předmětem je nabytí, nájem nebo pacht existující věci nemovité nebo s ní souvisejících věcných práv“. Podle § 2332 odst. 1 občanského zákoníku se pachtovní smlouvou „propachtovatel zavazuje přenechat pachtýři věc k dočasnému užívání a požívání a pachtýř se zavazuje platit za to propachtovateli pachtovné nebo poskytnout poměrnou část výnosu z věci“. Předmětná smlouva, jakkoliv je jejím předmětem i budoucí pacht, současně zajišťuje poskytování služeb pro zadavatele, což jí dává charakter koncese. Proto se i v tomto případě Nejvyšší správní soud ztotožňuje s výkladem krajského soudu obsaženým v odst. 31 napadeného rozsudku. Výjimku pro pacht by bylo možno užít jen v případě tzv. čistého pachtu, nikoliv v případě smíšeného charakteru zakázky, kdy je třeba zakázku zadat v zadávacím řízení (§ 32 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek), a to jako celku nejedná-li se o objektivně oddělitelné části (odst. 2, 4 téhož ustanovení). Tím se

pokračování

podrobně zabýval zejména žalovaný v odst. 156 – 162 rozhodnutí o rozkladu a krajský soud tomu správně přisvědčil.

[39] Stěžovatelka je rovněž názoru, že se napadeným správním rozhodnutím žalovaný odchýlil od své ustálené rozhodovací praxe. I zde jde o námitku řešenou obsáhle jak žalovaným tak i krajským soudem. Rozpor v rozhodovací praxi byl namítán ve vztahu k rozhodnutím žalovaného ze dne 29. 3. 2005, č. j. VZ/S18/05-153/1498/05-Va) a ze dne 5. 1. 2017, č. j. ÚOHS-S0719/2016/VZ-00709/2017/521/Opi). Obě tato rozhodnutí jsou součástí spisu a krajský soud o nich podrobně uvážil v odst. 39 a 40 napadeného rozsudku. Prvé rozhodnutí se týká nájmu podniku bez vztahu k zajištění konkrétních služeb, druhé se týká pronájmu maloobchodní prodejny bez požadavku na zajištění konkrétních činností pro pronajímatele. Jistě lze i u těchto smluv dovodit veřejnou prospěšnost, nejednalo se však o závazky v konkrétnosti, jímž je vázán dodavatel v daném případě. Krajský soud pro srovnání odkázal i na další rozhodnutí žalovaného, a to ze dne 8. 12. 2014, č. j. ÚOHS-R-409/2013/VZ-25973/2014/323/Bry, v němž v závazku provozovat rozvodné tepelné zařízení byl prvek koncese shledán. Při zkoumání spojení pachtu (pronájmu) s poskytováním konkrétních služeb nelze najít obecné hranice, zda jde o čistý pacht či nikoliv, vždy je třeba posoudit daná smluvní ujednání i záměr dovoditelný ze všech okolností. V daném případě kasační soud považuje odlišení jednotlivých případů za natolik zřejmé, že lze dospět k závěru o neporušení zásady legitimního očekávání ve smyslu usnesení rozšířeného senátu tohoto soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006 – 132 (publ. pod č. 1915/2009 Sb. NSS), podle něhož *„(S)právní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů. Takovou praxí je správní orgán vázán.“*

[40] Nakonec stěžovatelka brojí proti tomu, že žalovaný při svém opatření nevzal v úvahu charakter uzavřené smlouvy, tedy to, že se jednalo teprve o smlouvu o smlouvě budoucí. Úřad uložil podle § 264 odst. 1 ve spojení s § 254 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách zákaz plnění ze smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní. Podmínkou uložení zakazu podle § 264 odst. 1 cit. zákona je, že byl podán návrh podle jeho § 254, a že smlouva byla uzavřena postupem uvedeným v tomto ustanovení. Podle § 254 odst. 1 písm. a) cit. zákona je důvodem pro opatření uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, bylo-li povinné. Splnění těchto podmínek bylo v řízení prokázáno. Skutečnost, že podmínky pro vyhlášení veřejné soutěže podle občanského zákoníku a podmínky pro zadání veřejné zakázky podle zákona o veřejných zakázkách jsou podobné, na zjištění, že nebylo řádně postupováno cestou zadávacího řízení, nemůže nic změnit. Rozhodující je, že zákon o zadávání veřejných zakázek vymezuje v § 2 odst. 1 zadání veřejné zakázky jako uzavření úplatné smlouvy, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout mj. služby. Podle § 174 odst. 3 cit. zákona se uzavření takové smlouvy považuje za koncesi. Ze smlouvy o smlouvě budoucí plyne závazek uzavření konkrétní smlouvy do 15 dnů od kolaudace objektu, přičemž v této pachtovní smlouvě, která je součástí smlouvy o smlouvě budoucí pachtovní, jsou již výslovně sjednány jednoznačné podmínky zakázky. Lze přisvědčit žalovanému i krajskému soudu v tom, že již touto smlouvou byl ujedнан konkrétní obsah zakázky. Smysl výběru dodavatele je tedy naplněn již v této fázi. Případný je i poukaz žalovaného na význam

souběžně uzavírané smlouvy o spolupráci, která by postrádala smysl, pokud by výběr dodavatele nebyl smlouvou o smlouvě budoucí v dané podobě naplněn.

[41] Námitka nesprávného právního posouzení ve smyslu § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. nebyla tudíž důvodná z žádného stěžovatelkou uplatněného hlediska.

V. Závěr a náhrada nákladů řízení

[42] Nejvyšší správní soud tedy dospěl k závěru o nedůvodnosti veškerých stěžovatelkou uplatněných kasačních námitek. Proto kasační stížnost podle § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl.

[43] Stěžovatelka neměla v tomto kasačním řízení úspěch, podle § 60 odst. 1 (§ 120) s. ř. s. jí nepřísluší náhrada nákladů řízení. Žalobkyně b) stranící žalobkyni a) vůči účastníku neúspěšnému v tomto kasačním řízení náhradu svých nákladů neuplatnila; pokud vyčíslila náklady řízení před krajským soudem, bylo o nich rozhodnuto napadeným rozsudkem. Úspěšnému žalovanému nevznikly v řízení náklady přesahující jeho obvyklou úřední činnost, proto mu nebyly přiznány. Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení, neboť jí soud neuložil žádné povinnosti s náklady spojené [60 odst. 5) s. ř. s.].

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

V Brně dne 15. června 2022

JUDr. Miluše Došková
předsedkyně senátu