USNESENÍ

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Milana Procházky a soudců JUDr. Ing. Venduly Sochorové a Mgr. Karla Černína, Ph.D. ve věci

žalobkyně: **CROSS Zlín, a. s.**
sídlem Hasičská 397, Louky, Zlín
zastoupená advokátem Mgr. Markem Šimkou
sídlem Šumavská 519/35, Brno

proti

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

za účasti: **Statutární město Brno**
sídlem Dominikánské nám. 169/1, Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 9. 11. 2020, č. j. ÚOHS-34854/2020/321/ZSř,

takto:

I. Soudnímu dvoru Evropské unie se předkládá následující předběžná otázka:

Je v souladu se čl. 2 odst. 3 a čl. 2a odst. 2 směrnice 89/665/EHS vykládaným ve světle čl. 47 Listiny základních práv EU, pokud česká právní úprava umožňuje zadavateli uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku před podáním žaloby k soudu příslušnému k přezkumu zákonnosti druhostupňového rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o vyloučení uchazeče?

II. Řízení se přerušuje.

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. V projednávané věci zadavatel Statutární město Brno zahájil dne 27. 9. 2019 otevřené zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „ROZŠÍŘENÍ FUNKCÍ DOPRAVNÍ ÚSTŘEDNY SSZ“, uveřejněné ve Věstníku veřejných zakázek pod č. Z2019-034002 a v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2019/S 190-461538. Předmětem veřejné zakázky mělo být rozšíření stávající dopravní ústředny a poskytování služeb spočívajících v připojení všech světelných signalizačních zařízení (SSZ) zadavatele k dopravní ústředně, v propojení dopravní ústředny se systémem DIC 2 Brno, v propojení dopravní ústředny s městským kamerovým systémem, v technické podpoře, zaškolení

obsluhy a v profylaktickém servisu. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila 13 805 000 Kč bez DPH.

2. Ve stanovené lhůtě obdržel zadavatel dvě nabídky na veřejnou zakázku, a to nabídku žalobkyně CROSS Zlín, a. s. s nejnižší nabídkovou cenou a nabídku Siemens Mobility, s. r. o. s druhou nejnižší nabídkovou cenou. Podle zadávací dokumentace měla být ekonomická výhodnost nabídek hodnocena podle nejnižší nabídkové ceny. Oznámením ze dne 6. 4. 2020 zadavatel vyloučil společnost CROSS Zlín z důvodu nesplnění zadávacích podmínek. Následně byl dne 7. 4. 2020 vybrán dodavatel Siemens Mobility. CROSS Zlín podal proti oznámení o vyloučení námitky, které zadavatel rozhodnutím ze dne 4. 5. 2020 odmítl. Následně podal CROSS Zlín návrh na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže („Úřad“) a domáhal se, aby bylo zrušeno oznámení o jeho vyloučení a o výběru dodavatele Siemens Mobility. Ve správním řízení před Úřadem bylo dne 3. 7. 2020 z moci úřední nařízeno předběžné opatření spočívající v uložení zákazu zadavateli uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku do pravomocného skončení správního řízení. Rozhodnutím ze dne 5. 8. 2020 Úřad návrh zamítl. Proti prvostupňovému rozhodnutí podal CROSS Zlín rozklad, který předseda Úřadu rozhodnutím ze dne 9. 11. 2020 zamítl a potvrdil prvostupňové rozhodnutí; toto rozhodnutí nabylo právní moci 13. 11. 2021. Dne 18. 11. 2020 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

3. Dne 13. 1. 2021 podala žalobkyně CROSS Zlín žalobu ke Krajskému soudu v Brně proti rozhodnutí předsedy žalovaného. Současně s podanou žalobou navrhla přiznání odkladného účinku žaloby a vydání předběžného opatření spočívajícího v uložení zákazu zadavateli uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku, resp. uložení zákazu plnění z této smlouvy. Usnesením ze dne 11. 2. 2021 soud návrh na přiznání odkladného účinku i vydání předběžného opatření zamítl s tím, že pokud již smlouva byla uzavřena, postrádá významu ukládat zadavateli zákaz uzavřít smlouvu. I pokud by žaloba byla úspěšná a soud by zrušil rozhodnutí předsedy žalovaného, Úřad by po vrácení věci řízení zastavil s odkazem na § 257 písm. j) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, a věcí samou by se již nezabýval. Podle soudu zadavateli nebylo možné uložit ani zákaz plnění ze smlouvy, neboť uzavření smlouvy v dané době (po právní moci rozhodnutí předsedy Úřadu) nebránila žádná právní překážka.

4. Přípisem ze dne 28. 3. 2022 soud účastníky informoval, že zvažuje položení předběžné otázky a poskytl jim lhůtu k vyjádření se k tomuto postupu. Žalovaný soudu dne 8. 4. 2022 sdělil, že se k postupu soudu vyjádří podrobně až v řízení o předběžné otázce, bude-li zahájeno. Žalobkyně ve vyjádření ze dne 26. 4. 2022 poznamenala, že se marně snažila zamezit uzavření smlouvy na veřejnou zakázku po nabytí právní moci rozhodnutí žalovaného žádostí o předběžné opatření. Uzavírání smluv na veřejnou zakázku po právní moci rozhodnutí žalovaného je zavedenou praxí zadavatelů, která zasahuje do práv vyloučeného uchazeče na účinnou právní ochranu a spravedlivý proces. Proti položení předběžné otázky tak neměla výhrad. Uváděla však, že situace by mohla být řešitelná, pokud by žalovaný v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vydal předběžné opatření až do uplynutí lhůty pro podání žaloby ve správním soudnictví. Navrhla rovněž, aby soud rozhodl o věci částečným rozsudkem a vypořádal její námitky ohledně nejasnosti zadávacích podmínek, které vedly k vyloučení uchazeče, a paralelně podal předběžnou otázku k Soudnímu dvoru Evropské unie. Zadavatel se k postupu soudu nevyjádřil.

II. Použitelné právo Evropské unie a vnitrostátní právní úprava

5. Podle čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665/ EHS členské státy zajistí, aby bylo přezkumné řízení podle prováděcích pravidel, která mohou členské státy samy stanovit, dostupné alespoň každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla nebo hrozí škoda.

6. Z čl. 2 odst. 3 směrnice 89/665/ EHS dále vyplývá, že jestliže orgán prvního stupně, který je nezávislý na veřejném zadavateli, přezkoumává rozhodnutí o zadání zakázky, zajistí členské státy, aby veřejný zadavatel nemohl uzavřít smlouvu dříve, než orgán příslušný k přezkumu rozhodne o návrhu na předběžné opatření nebo na přezkum. Pozastavení končí nejdříve uplynutím odkladné lhůty podle čl. 2a odst. 2 a čl. 2d odst. 4 a 5.

7. Čl. 2a odst. 1 směrnice 89/665/ EHS stanoví, že členské státy zajistí, aby osoby uvedené v čl. 1 odst. 3 měly dostatek času na účinný přezkum rozhodnutí o zadání zakázky přijatých veřejnými zadavateli, a to přijetím nezbytných předpisů, které budou v souladu s minimálními podmínkami stanovenými v odstavci 2 tohoto článku a v článku 2c.

8. Podle čl. 2a odst. 2 směrnice 89/665/ EHS k uzavření smlouvy v návaznosti na rozhodnutí o zadání zakázky či udělení koncese spadající do oblasti působnosti směrnice 2014/24/EU nebo směrnice 2014/23/EU nesmí dojít před uplynutím lhůty alespoň deseti kalendářních dnů ode dne následujícího po dni, kdy bylo rozhodnutí o zadání zakázky či udělení koncese zasláno dotčeným uchazečům a zájemcům, v případě použití faxu nebo elektronických prostředků nebo před uplynutím lhůty alespoň patnácti kalendářních dnů ode dne následujícího po dni, kdy bylo rozhodnutí o zadání zakázky či udělení koncese zasláno dotčeným uchazečům a zájemcům, v případě použití jiných komunikačních prostředků anebo před uplynutím lhůty alespoň deseti kalendářních dnů ode dne následujícího po dni doručení rozhodnutí o zadání zakázky či udělení koncese. Dotčenými uchazeči se rozumějí uchazeči, kteří nebyli s konečnou platností vyloučeni. Vyloučení má konečnou platnost, pokud jim bylo oznámeno a nezávislý orgán příslušný k přezkumu je považoval za oprávněné, nebo pokud již nemůže být předmětem přezkumného řízení.

9. Podle čl. 47 odst. 2 Listiny základních práv EU každý má právo, aby jeho věc byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem, předem zřízeným zákonem. Každému musí být umožněno poradit se, být obhajován a být zastupován.

10. Ochrana proti nesprávnému postupu zadavatele je ve vnitrostátní úpravě obsažena v části třinácté zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Proti postupu zadavatele lze podat námitky ve lhůtě 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozví o porušení zákona zadavatelem (§ 241 a 242 zákona).

11. Podle § 245 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb. zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.

12. Z § 245 odst. 4 zákona č. 134/2016 Sb. dále plyne, že pokud zadavatel námitky odmítne, poučí stěžovatele v rozhodnutí o námitkách o možnosti podat ve lhůtě podle § 251 odst. 2 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a o povinnosti doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.

13. Ustanovení § 246 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb. stanoví, že zadavatel nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem a) před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení, o výběru dodavatele nebo proti úkonu dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu, b) do doby doručení rozhodnutí o námitkách stěžovateli, byly-li námitky podány, c) před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud podané námitky odmítl, d) ve lhůtě 60 dnů ode dne zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud byl návrh na zahájení řízení podán včas; zadavatel však může i v této lhůtě smlouvu uzavřít, pokud Úřad návrh zamítl nebo bylo správní řízení vedené o návrhu zastaveno a takové rozhodnutí nabylo právní moci. Zadavatel podle odst. 2 předmětného ustanovení rovněž nesmí uzavřít smlouvu s dodavatelem ve lhůtě 60 dnů ode dne zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájí-li Úřad toto řízení z moci úřední; zadavatel však může i v této lhůtě smlouvu uzavřít, pokud bylo správní řízení zastaveno a takové rozhodnutí nabylo právní moci.

14. Z § 254 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb. plyne, že návrh na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku může podat navrhovatel, který tvrdí, že zadavatel uzavřel smlouvu a) bez předchozího uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, předběžného oznámení nebo výzvy k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení, ačkoli byl povinen toto oznámení, předběžné oznámení nebo výzvu k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení uveřejnit, ledaže uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 212 odst. 2, b) přes zákaz jejího uzavření stanovený tímto zákonem nebo předběžným opatřením, c) na základě postupu mimo zadávací řízení, ačkoli mu bylo pokračování v tomto postupu zakázáno rozhodnutím podle § 263 odst. 7, nebo d) postupem podle § 135 odst. 3 nebo § 141 odst. 4, přičemž porušil pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky na základě rámcové dohody nebo v dynamickém nákupním systému a tím ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr dodavatele.

15. Ustanovení § 264 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb. uvádí, že Úřad uloží zadavateli v řízení zahájeném na návrh podle § 254 zákaz plnění smlouvy, byla-li smlouva na veřejnou zakázku nebo rámcová dohoda uzavřena postupem uvedeným v § 254 odst. 1. Platí, že smlouva, ohledně níž Úřad uložil zákaz plnění, aniž by postupoval podle odstavce 3, je neplatná od samého počátku. Odst. 2 citovaného ustanovení pak stanoví, že smlouva na plnění veřejné zakázky se stává neplatnou z důvodu porušení tohoto zákona pouze v případech, kdy Úřad uloží zákaz jejího plnění podle odstavce 1. Neplatnost z jiných důvodů tím není dotčena.

16. Podle § 257 písm. j) zákona č. 134/2016 Sb. Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže zadavatel v průběhu správního řízení uzavřel smlouvu na plnění předmětu přezkoumávané veřejné zakázky.

17. Podle § 61 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, správní orgán může z moci úřední nebo na požádání účastníka před skončením řízení rozhodnutím nařídit předběžné opatření, je-li třeba, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků, nebo je-li obava, že by bylo ohroženo provedení exekuce. Předběžným opatřením lze účastníkovi nebo jiné osobě přikázat, aby něco vykonal, něčeho se zdržel nebo něco strpěl, anebo zajistit věc, která může sloužit jako důkazní prostředek, nebo věc, která může být předmětem exekuce (odst. 1). O požádání účastníka o předběžné opatření musí být rozhodnuto do 10 dnů. Rozhodnutí se oznamuje jen tomu, koho se týká, popřípadě též jinému účastníkovi, který o jeho vydání požádal. Odvolání proti rozhodnutí o nařízení předběžného opatření nemá

odkladný účinek; může je podat pouze účastník, kterému se rozhodnutí oznamuje (odst. 2). Správní orgán předběžné opatření zruší rozhodnutím bezodkladně poté, co pomine důvod, pro který bylo nařízeno. Neučiní-li tak, pozbývá předběžné opatření účinnosti dnem, kdy se rozhodnutí ve věci stalo vykonatelným nebo nabylo jiných právních účinků (odst. 3).

18. Z § 38 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, plyne, že byl-li podán návrh na zahájení řízení a je potřeba zatímně upravit poměry účastníků pro hrozící vážnou újmu, může usnesením soud na návrh předběžným opatřením účastníkům uložit něco vykonat, něčeho se zdržet nebo něco snášet. Ze stejných důvodů může soud uložit takovou povinnost i třetí osobě, lze-li to po ní spravedlivě žádat (odst. 1). K návrhu na předběžné opatření si soud podle potřeby vyžádá vyjádření ostatních účastníků (odst. 2). O návrhu na předběžné opatření rozhodne soud bez zbytečného odkladu; není-li tu nebezpečí z prodlení, rozhodne do 30 dnů od jeho podání. Usnesení o návrhu na předběžné opatření musí být vždy odůvodněno (odst. 3). Soud může rozhodnutí o předběžném opatření zrušit nebo změnit, změní-li se poměry, a to i bez návrhu. Předběžné opatření zaniká nejpozději dnem, kdy se rozhodnutí soudu, jímž se řízení končí, stalo vykonatelným (odst. 4).

19. Podle § 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb. žalobu lze podat do dvou měsíců poté, kdy rozhodnutí bylo žalobci oznámeno doručením písemného vyhotovení nebo jiným zákonem stanoveným způsobem, nestanoví-li zvláštní zákon lhůtu jinou.

20. Z ustanovení § 78 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb. plyne, že je-li žaloba důvodná, soud zruší napadené rozhodnutí pro nezákonnost nebo pro vady řízení. Pro nezákonnost zruší soud napadené rozhodnutí i tehdy, zjistí-li, že správní orgán překročil zákonem stanovené meze správního uvážení nebo jej zneužil. Odst. 4 pak stanoví, že zruší-li soud rozhodnutí, vysloví současně, že věc se vrací k dalšímu řízení žalovanému.

III. Rozbor předkládané předběžné otázky

21. V projednávané věci má soud pochybnosti, zda česká právní úprava je v souladu s požadavky směrnice 89/665/EHS a s požadavkem na zajištění efektivity soudního přezkumu vyplývajícího z čl. 47 Listiny základních práv EU, umožňuje-li zadavateli uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku před tím, než dojde k zahájení soudního přezkumu rozhodnutí Úřadu o rozkladu, resp. před tím, než soud může rozhodnout o vydání předběžného opatření zakazujícího zadavateli uzavřít smlouvu do právní moci rozhodnutí o žalobě.

22. Dojde-li v zadávacím řízení k vyloučení uchazeče, tak jako k tomu došlo v nynějším případě, běží po dobu řízení o návrhu vyloučeného uchazeče před Úřadem blokační lhůta 60 dnů, po niž nelze uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku [§ 246 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb.]. Tuto lhůtu může Úřad dále prodloužit vydáním předběžného opatření podle § 61 zákona č. 500/2004 Sb. spočívajícího v uložení zákazu zadavateli uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku do doby pravomocného rozhodnutí Úřadu o návrhu. Nejpozději právní mocí rozhodnutí o rozkladu však vydané předběžné opatření končí. Po právní moci rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu zadavateli nic nebrání uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku. Často tak dochází k situacím, že zadavatel uzavře smlouvu na veřejnou zakázku před podáním žaloby proti rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu k soudu. Žalobu ke správnímu soudu lze podat do dvou měsíců od doručení druhostupňového správního rozhodnutí žalobci (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb.) a lze ji lze spojit s návrhem na vydání předběžného opatření spočívajícího v uložení zákazu

zadavateli uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku po dobu řízení před soudem. Před podáním žaloby návrh na vydání předběžného opatření nelze uplatnit (§ 38 zákona č. 150/2002 Sb.).

23. Dojde-li před podáním žaloby spojené s návrhem na vydání předběžného opatření k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, soud podle ustálené judikatury již předběžné opatření nevydá, neboť za takové situace již neexistuje potřeba zatímně upravit poměry účastníků (viz např. usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 26. 11. 2020, č. j. 30 Af 66/2020-88). V případě, že soud shledá, že Úřad nesprávně posoudil zákonnost vyloučení uchazeče, zruší rozhodnutí Úřadu pro nezákonnost a věc mu vrátí k dalšímu řízení (§ 78 odst. 1 a 4 zákona č. 150/2002 Sb.). Pokud ale již dříve došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, Úřad po vrácení věci soudem k dalšímu řízení nepřezkoumává opětovně důvodnost návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele v souladu se závěry soudu, ale řízení o návrhu zastaví s odkazem na § 257 písm. j) zákona č. 134/2016 Sb. Může tak nastat situace, kdy soud přisvědčí argumentaci vyloučeného uchazeče, že postup zadavatele spočívající v jeho vyloučení byl nezákonný, a zruší druhostupňové rozhodnutí Úřadu pro nezákonnost, ovšem vyloučený uchazeč již nebude mít šanci získat veřejnou zakázku, jelikož v mezidobí mezi právní mocí rozhodnutí Úřadu o rozkladu a případným rozhodnutím soudu o vydání předběžného opatření pro soudní řízení došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Takový uchazeč je pak podle českého práva toliko oprávněn domáhat se náhrady škody způsobené nezákonným postupem zadavatele v řízení před civilními soudy podle zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu. V řízení o náhradě škody však nezákonně vyloučený uchazeč bude úspěšný jen tehdy, prokáže-li: 1) protiprávní jednání zadavatele, 2) vznik škody, 3) příčinnou souvislost mezi protiprávním jednáním škůdce a vznikem škody a případně též 4) zavinění na straně škůdce podle § 2911 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (přestože lze s odkazem na rozsudek SDEU ze dne 30. 10. 2010, *Stadt Graz*, C-314/09, konstatovat, že u náhrad škody z důvodu porušení práva veřejných zakázek bude zadavatel za takovouto škodu bez dalšího odpovídat). Pro nezákonně vyloučeného uchazeče přitom v praxi bývá obtížné prokázat vznik skutečné škody a příčinnou souvislost mezi protiprávním jednáním zadavatele a vznikem škody. Není totiž dostačující prokázat pouhou možnost vzniku škody v důsledku nezákonného postupu zadavatele, ale reálnost škody i příčinná souvislost musí být najisto postavena.

24. Česká právní úprava považuje za „orgán příslušný k přezkumu“ ve smyslu směrnice 89/66//EHS Úřad. O tom svědčí i úprava obsažená v § 246 zákona č. 134/2016 Sb. obsahující lhůty bránící zadavateli v uzavření smlouvy v průběhu řízení před Úřadem. Úřad nicméně nelze považovat za nezávislý a nestranný soud zřízený zákonem ve smyslu čl. 47 Listiny.

25. Soudní dvůr EU („SDEU“) v rozsudku ze dne 21. 12. 2021, *Randstad*, C-497/20, bod 73, vyslovil, že čl. 2a odst. 2 směrnice 89/665/EHS musí být vykládán ve světle čl. 47 druhého pododstavce Listiny. Za těchto podmínek se podle SDEU výrazem „nezávislý orgán příslušný k přezkumu“ ve smyslu čl. 2a odst. 2 směrnice 89/665/EHS pro účely určení, zda se vyloučení uchazeče stalo konečným, rozumí nezávislý a nestranný soud předem zřízený zákonem ve smyslu článku 47 Listiny.

26. Nutnost výkladu pojmu „nezávislý orgán příslušný k přezkumu“ ve světle čl. 47 Listiny plyne rovněž z rozsudku SDEU ze dne 15. 9. 2016, *SC Star Storage SA*, C-439/14 a C-488/14, který se zabýval jak výkladem směrnice 89/665/EHS, tak směrnice Rady

92/13/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací. V bodě 41 tohoto rozsudku bylo vysloveno, že cílem směrnic je *„zajistit, aby ve všech členských státech existovaly účinné prostředky nápravy, a zaručit tak účinné uplatňování unijních pravidel v oblasti zadávání veřejných zakázek, a to zejména ve stadiu, kdy lze ještě protiprávní jednání napravit“*. Členské státy jsou podle SDEU povinny *„zájemcům a uchazečům poškozeným rozhodnutími veřejných zadavatelů zajistit dodržování práva na účinnou právní ochranu a spravedlivý proces zakotveného v článku 47 Listiny“* (viz bod 46).

27. Pokud by platilo, že nezávislým orgánem příslušným k přezkumu dle čl. 2a odst. 2, resp. čl. 2 odst. 3 směrnice 89/665/EHS musí být nezávislý soud, byla by česká právní úprava umožňující uzavření smlouvy na veřejnou zakázku ihned po právní moci rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu, tedy před zahájením řízení před soudem zřízeným podle čl. 47 Listiny, v rozporu s čl. 2a odst. 2 směrnice 89/665/EHS a nezajišťovala by vyloučeným uchazečům o veřejnou zakázku efektivní soudní přezkum. Požadavek na efektivitu soudního přezkumu zakotvený v čl. 47 Listiny přitom vyplývá jak z bodů 57-58 rozsudku *Randstad*, tak např. z rozsudku SDEU ze dne 17. 7. 2014, *Sánchez Morcillo a Abril García*, C-169/14, body 35-36.

28. Pro postup soudu při přezkumu zákonnosti žalobou napadeného rozhodnutí je posouzení souladu tuzemské právní úpravy s požadavky směrnice 89/665/EHS určující. Pokud by SDEU konstatoval nedostatečnou implementaci směrnice českým zákonodárcem, má soud za to, že by byl povinen v případě shledání nezákonnosti napadeného rozhodnutí zavázat Úřad ve svém rozsudku závazným právním názorem, který by vedl k upuštění použití ustanovení vnitrostátního práva, která vedou k tomuto porušení (viz rozsudek SDEU ze dne 18. 5. 2021 ve spojených věcech C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 a C-397/19, *Asociaţia "Forumul Judecătorilor din România" a další v. Inspecţia Judiciară a další,* body 250-251). V nynějším případě by se jako jediný smysluplný důsledek respektující zásadu efektivity soudního přezkumu jevilo, že by Úřad poté, co bylo jeho rozhodnutí v soudním řízení pro nezákonnost zrušeno a vráceno k dalšímu řízení, neaplikoval pravidlo o možnosti zastavit řízení v důsledku uzavření smlouvy na veřejnou zakázku obsažené v § 257 písm. j) zákona č. 134/2016 Sb., ale posoudil by smlouvu uzavřenou před podáním žaloby jako neplatnou a uložil by zákaz jejího plnění za přiměřeného použití § 254 odst. 1 písm. b) ve spojení s § 264 odst. 1 a 2 zákona č. 134/2016 Sb. Následně by Úřad opětovně zhodnotil zákonnost vyloučení uchazeče v souladu se závazným právním názorem soudu. Tímto způsobem by žalobci byla zachována možnost uspět v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

IV. Závěr

29. Soud proto pokládá Soudnímu dvoru Evropské unie následující otázku:

Je v souladu se čl. 2 odst. 3 a čl. 2a odst. 2 směrnice 89/665/EHS vykládaným ve světle čl. 47 Listiny základních práv EU, pokud česká právní úprava umožňuje zadavateli uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku před podáním žaloby k soudu příslušnému k přezkumu zákonnosti druhostupňového rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o vyloučení uchazeče?

30. V návaznosti na položení předběžné otázky soud podle § 48 odst. 1 písm. b) zákona č. 150/2002 Sb. přerušil řízení. Poté, co Soudní dvůr Evropské unie o předložené otázce rozhodne, bude v řízení pokračovat (§ 48 odst. 6 zákona č. 150/2002 Sb.).

31. Postup navrhovaný žalobkyní, aby soud rozhodl o části námitek částečným rozsudkem a ve zbytku řízení přerušil a podal předběžnou otázku, není podle soudního řádu správního přípustný. Ustanovení § 152 zákona č. 99/1963 Sb. sice obecně je použitelné i v řízení před správními soudy (§ 64 zákona č. 150/2002 Sb.), ovšem s ohledem na skutečnost, že soudní řád správní umožňuje toliko zrušit napadené rozhodnutí jako celek, případně žalobu jako celek zamítnout, není možné rozhodovat jedním rozhodnutím pouze o některých námitkách a ve zbytku řízení přerušovat.

Poučení:

Proti tomuto usnesení nejsou opravné prostředky přípustné.

Brno 5. května 2022

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu