

U S N E S E N Í

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Zdeňka Kühna, soudce Ondřeje Mrákoty a soudkyně Michaely Bejčkové v právní věci žalobce: **městys Suchdol**, Suchdol 1, zast. advokátem Mgr. Tomášem Hrstkou, Teplého 2786, Pardubice, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Together to target s. r. o.**, Žofinská 233/10, Ostrava, zast. advokátem Mgr. Janem Seidelem, Dělnická 213/12, Praha 7 – Holešovice, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 25. 10. 2021, čj. ÚOHS-35818/2021/161/TMi, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 5. 1. 2023, čj. 62 Af 51/2021-91,

t a k t o :

Věc se p o s t u p u j e rozšířenému senátu.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Městys Suchdol (žalobce) chtěl vložit svou vodohospodářskou infrastrukturu do akciové společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a. s. V září roku 2020 tento postup schválilo představenstvo akciové společnosti, které rozhodlo o zvýšení základního kapitálu. Žalobce měl do akciové společnosti vnést jednak nepeněžitý vklad (kanalizaci, čističku odpadních vod, vodovod), jednak peněžitý vklad (příspěvek na rekonstrukci čističky odpadních vod). Výměnou za tyto vklady do základního kapitálu měl získat nově upsané akcie společnosti.

[2] O měsíc později vydal NSS rozsudek ze dne 29. 10. 2020, čj. 9 As 139/2020-125, č. 4102/2021 Sb. NSS, *Liberecký kraj*. Žalobce (byť výslovně netvrdí, že tak učinil právě kvůli tomuto rozsudku) poté pro realizaci svého záměru zvolil cestu zadání veřejné zakázky podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (ve znění účinném do 15. 7. 2023).

[3] Žalobce jako veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek zahájil dne 26. 1. 2021 jednací řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. b) tohoto zákona. Předmětem veřejné zakázky pojmenované „*Vstup městyse Suchdol do obchodní společnosti Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč, a.s.*“ bylo pořízení celkem 4 075 kusů nově upsaných akcií Vodohospodářské společnosti Vrchlice – Maleč, a. s. (v jmenovité hodnotě 1 000 Kč, nicméně s emisním kurzem jedné akcie ve výši 6 213 Kč, předpokládaná hodnota veřejné zakázky tedy byla něco přes 25 milionů Kč bez DPH).

[4] Žalobce stanovil konec lhůty k podání nabídek na den 29. 1. 2021 v 10:00 hod. Vodohospodářská společnost Vrchlice – Maleč podala v této lhůtě nabídku. Dne 29. 1. 2021 žalobce uzavřel s touto společností (jako s vybraným dodavatelem) smlouvu o úpisu akcií. Oznámení o výsledku zadávacího řízení žalobce uveřejnil dne 5. 2. 2021 ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku Evropské unie.

[5] V září a listopadu 2020 (tedy před zadáním veřejné zakázky) se žalobci opakovaně ozvala společnost Together to target, s. r. o. (osoba zúčastněná na řízení). Osoba zúčastněná nejprve navrhovala žalobci, aby obecní majetek neprodával, nevkládal do „cizí“ akciové společnosti, ale aby založil vlastní obecní společnost. Osoba zúčastněná by mu k tomu poskytla poradenství. Později osoba zúčastněná upozorňovala, že záměr žalobce vložit majetek do Vodohospodářské společnosti Vrchlice – Maleč je pro něj nevýhodný, že zastupitelé, kteří záměr městyse odhlasují, mohou porušit péči řádného hospodáře, a dokonce že může navrhnout Ministerstvu vnitra, aby přezkoumalo usnesení zastupitelstva městyse, případně napadnout platnost smluv, které žalobce v budoucnu uzavře.

[6] Dne 8. 1. 2021 pak osoba zúčastněná doručila žalobci námitky proti postupu zadavatele směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení. Upozornila žalobce, že jeho záměr je nadlimitní veřejnou zakázkou, podléhá tedy zadávacímu řízení podle zákona o zadávání veřejných zakázek. Současně osoba zúčastněná namítla, že celý postup nabytí akcií je v rozporu se zákonem. Žalobce na námitky osoby zúčastněné nijak nereagoval.

[7] Poté, co žalobce dne 29. 1. 2021 uzavřel smlouvu o úpisu akcií, se osoba zúčastněná obrátila na Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (žalovaného) s návrhem podle § 254 odst. 1 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek, aby žalobci zakázal plnění této smlouvy. Žalobce totiž smlouvu o úpisu akcií uzavřel v rozporu s § 246 odst. 1 písm. c) tohoto zákona předtím, než uplynula lhůta pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

[8] Žalovaný následně osobě zúčastněné vyhověl. Zakázal žalobci plnění smlouvy podle § 264 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Žalovaný vyšel z toho, že smlouva o úpisu akcií je smlouvou na veřejnou zakázku. Žalobce smlouvu nesprávně uzavřel před uplynutím tzv. blokační lhůty. Ta začala běžet, když mu byly doručeny námitky osoby zúčastněné, kterými se ale žalobce nezabýval. Osoba zúčastněná přitom měla k podání návrhu na zákaz plnění smlouvy aktivní legitimaci. Hrozila jí totiž potenciální újma spočívající v tom, že by nemohla realizovat záměr žalobce. Podle žalovaného nebyla pravým důvodem majetkového vstupu žalobce do Vodohospodářské společnosti Vrchlice – Maleč obchodní investice, ale zajištění řádné správy a provozu vodohospodářské infrastruktury v městysu Suchdol. Tohoto cíle však mohl žalobce dosáhnout i jinými způsoby, např. veřejnou zakázkou na služby. Osoba zúčastněná mohla alespoň teoreticky veřejnou zakázku získat. Mohla potenciálně přispívat k zajištění správy a provozu vodohospodářské infrastruktury třeba formou poradenství. O tuto možnost však uzavřením smlouvy o úpisu akcií ze dne 29. 1. 2021 přišla, resp. mohla přijít.

[9] Žalobce proti rozhodnutí žalovaného podal rozklad, který zamítl předseda žalovaného. Žalobce však následně uspěl před krajským soudem. Ten vyhověl jeho žalobě a

pokračování

zrušil rozhodnutí předsedy žalovaného i rozhodnutí žalovaného a celou věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

[10] Krajský soud předně dospěl k závěru, že smlouva o úpisu akcií uzavřená dne 29. 1. 2021 vůbec není smlouvou na plnění, které by mělo být považováno za veřejnou zakázku na dodávky podle § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Krajský soud tedy nepovažuje tuto smlouvu za zakázku povinně zadávanou v některém ze zadávacích řízení podle zákona o zadávání veřejných zakázek. Žalobce podle krajského soudu nemusel vůbec podle zákona o zadávání veřejných zakázek postupovat. V tomto ohledu se krajský soud podrobně a důkladně vymezil proti právnímu názoru ve výše cit. rozsudku NSS ve věci 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*.

[11] Podle krajského soudu je namístě vykládat definici veřejné zakázky na dodávky, resp. pojem *věc* v § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, tak, aby odpovídaly směrnici 2014/24/EU¹, kterou zákon o zadávání veřejných zakázek provádí. Z procesu přijímání zákona o zadávání veřejných zakázek neplyne, že by chtěl zákonodárce rozšířit působnost režimu veřejných zakázek též např. na nabývání akcií. Naopak je patrná snaha „pouze“ provést směrnici. Skutečnost, že předchozí zákon obsahoval výjimku pro nabytí akcií, zatímco nyní nic takového nemá, také nevádí. Majetkový vstup do obchodní korporace není *veřejná zakázka*, není tedy potřeba kodifikovat výjimku z povinnosti veřejnou zakázku *zadávat*. Krajský soud též upozornil, že pokud by místo vstupu do existující akciové společnosti žalobce založil společnost novou, zákon o zadávání veřejných zakázek by se na tento krok nevztahoval. Rovněž upozornil, že rozsudek 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, vedl v nynější věci jen k tomu, že žalobce musel vést jednací řízení bez uveřejnění, které je ale čistě formální, jen „na oko“ (k řadě dalších argumentů srov. přímo rozsudek krajského soudu).

[12] Současně krajský soud rozhodl, že žalovaný nemůže zkoumat, co je „skutečný záměr“ zadavatele veřejné zakázky. Předmět veřejné zakázky vychází z potřeb zadavatele a jen zadavatel jej může vymezit. Pokud by žalovaný určoval zadatelům, jaké parametry mají mít jimi zadávané veřejné zakázky, nepřipustně by se stavěl do jejich vlastní role. Bez ohledu na to, zda měl žalobce povinnost vůbec podle zákona o veřejných zakázkách postupovat, by tak napadená rozhodnutí nemohla obstát.

II. Shrnutí argumentů kasační stížnosti a vyjádření žalobce

[13] Proti rozsudku krajského soudu podal kasační stížnost žalovaný (stěžovatel), a to z důvodu podle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Stěžovatel se hlásí k závěrům rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, a s argumenty krajského soudu nesouhlasí. Český zákonodárce podle stěžovatele využil možnost rozšířit režim veřejných zakázek i na případy, se kterými nepočítá směrnice 2014/24/EU. Pokud jde navíc český zákon nad rámec směrnice, není zde prostor pro eurokonformní výklad těch částí, ve kterých tak zákon činí. Důvodová zpráva k zákonu o zadávání veřejných zakázek odkazuje na definici věci v § 489 občanského zákoníku. Naopak z průběhu legislativního procesu neplyne záměr zákonodárce, aby § 14 odst. 1 zákona pokrýval přesně ty případy, které pokrývá směrnice 2014/24/EU. Stěžovatel

¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, *Úř. věst. L 94, 28.3.2014, s. 65–242*.

nesouhlasí ani s tím, že krajský soud přirovnal nabytí podílu v existující obchodní společnosti se situací, kdy si zadavatel založí společnost zcela novou (a kdy nemusí zadávat veřejnou zakázku): nově založená společnost totiž bude sama veřejným zadavatelem. Vymezuje se též proti argumentu, že kvůli rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, musel žalobce organizovat jednací řízení bez uveřejnění, které bylo jen formální a „na oko“. Podle stěžovatele je zvýšení základního kapitálu a získání obchodního podílu za obdobných podmínek jako v nynější věci schopno nabídnout více společností. Provozování vodovodu a kanalizace není nijak jedinečný předmět podnikání. K otázce aktivní legitimace osoby zúčastněné k podání návrhu na zákaz plnění smlouvy ze dne 29. 1. 2021 pak stěžovatel opakuje, že nelze vyloučit, že by se osoba zúčastněná mohla zadávacího řízení účastnit.

[14] Žalobce naopak stojí za nynějším rozsudkem krajského soudu. Podporuje závěr, že by pojem *věc* v § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek měl být vykládán podle pojmu *výrobek* ve směrnici 2014/24/EU. V případě znění § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek nelze vycházet z předpokladu racionálního zákonodárce, definici považuje žalobce za nepovedenou. Na definici „věci“ v § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek je třeba hledět optikou veřejného práva, spíše než práva soukromého. Žalobce upozorňuje, že odůvodnění rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, i rozhodnutí stěžovatele jsou vnitřně rozporná. Na jedné straně snižují význam důvodové zprávy, ale současně vycházejí z jejích částí, které podporují široký výklad § 14 odst. 1 zákona. Především ale žalobce namítá, že je nevhodné a nepraktické podřizovat nabývání akcií režimu veřejných zakázek. To koneckonců přiznal i devátý senát ve věci 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, hlásí se k tomu také odborná literatura. K otázce aktivní legitimace osoby zúčastněné pak žalobce uvádí, že veřejnou zakázku v nynější věci nelze překvalifikovat jako zakázku na provoz a správu vodohospodářské infrastruktury. Současně se jasně vymezuje proti jednání osoby zúčastněné a jejímu hodnocení ze strany stěžovatele. Osoba zúčastněná podle žalobce není schopna provozovat vodohospodářskou infrastrukturu, není v této oblasti aktivní, nemá žádné zaměstnance a jde v podstatě jen o „bílého koně“. Žalobce též odmítá tvrzení stěžovatele, že by osoba zúčastněná např. mohla nabídnout žalobci uzavření podobné smlouvy na nabytí obchodního podílu. Předmětem zakázky bylo nabytí akcií, osoba zúčastněná je společnost s ručením omezeným. Navíc tento argument zvedá stěžovatel až před NSS, dosud pouze tvrdil, že by osoba zúčastněná mohla žalobci poskytovat poradenství.

[15] Jak stěžovatel, tak žalobce navrhli, aby NSS předložil otázku výkladu § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek rozšířenému senátu. Osoba zúčastněná se podobně jako v řízení o žalobě nevyjádřila.

III. Důvod postoupení věci rozšířenému senátu

[16] Devátý senát NSS v rozsudku ze dne 29. 10. 2020, čj. 9 As 139/2020-125, č. 4102/2021 Sb. NSS, *Liberecký kraj*, rozhodl, že pořízení závodu či akcií *spadá* pod předmět veřejné zakázky na dodávky podle § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Desátý senát, přestože souhlasí s některými dílčími úvahami v rozsudku *Liberecký kraj*, nesouhlasí s jeho hlavním závěrem.

pokračování

[17] Podle § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek je veřejnou zakázkou na dodávky *veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věcí, zvířat nebo ovladatelných přírodních sil, pokud nejsou součástí veřejné zakázky na stavební práce podle odstavce 3. Pořízením se rozumí zejména koupě, nájem nebo pacht* (zvýraznil NSS).

[18] Zákon o zadávání veřejných zakázek v českém právu provádí směrnici 2014/24/EU. Podle čl. 2 odst. 1 bodu 8 směrnice 2014/24/EU se veřejnými zakázkami na dodávky rozumí *veřejné zakázky, jejichž předmětem je koupě výrobků, leasing výrobků nebo jejich nájem, s možností následné koupě nebo bez ní* (zvýraznil NSS).

[19] Jádrem nyní předkládané věci spočívá v otázce, zda má být § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, resp. pojem *věc* v něm obsažený, vykládán široce, podle § 489 občanského zákoníku, nebo tak, aby odpovídal pojmu *výrobek* ve směrnici 2014/24/EU.

[20] Současně předkládající senát uvádí, že v době předložení věci rozšířenému senátu je čerstvě ve Sbírce zákonů publikována novela č. 166/2023 Sb., která zákon o zadávání veřejných zakázek upřesňuje. Mimo jiné tato novela vnáší do § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek druhou větu: „Pro účely věty první se za pořízení věci nepovažuje pořízení cenného papíru nebo jiného investičního nástroje, obchodního závodu, jeho samostatné organizační složky nebo podílu v obchodní korporaci.“ Toto znění zákona bude účinné od 16. 7. 2023 a do budoucna tak odstraňuje problém, kterého se týká nynější věc.

[21] Současně ale novela č. 116/2023 Sb. obsahuje v čl. II odst. 1 přechodné ustanovení, že *zadávání veřejných zakázek, soutěže o návrh a řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se dokončí a práva a povinnosti s nimi související se posuzují podle zákona č. 134/2016 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona*. Předložení věci rozšířenému senátu tak má stále praktický význam. Rozhodnutí rozšířeného senátu může stále ovlivnit případy, které spadají do zhruba tříletého období od vydání rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, do novelizace zákona (včetně nynějšího případu); stejně tak bude mít vliv na veřejné zakázky, na které se vztahuje ono přechodné ustanovení.

III. A. Shrnutí závěrů rozsudku 9 As 139/2020, Liberecký kraj

[22] Devátý senát ve věci 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, uznal (shodně s rozsudkem krajského soudu, který v dané věci zrušil), že § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek nabízí více možností, jak jej vykládat. Podle citovaného rozsudku je správný výklad § 14 odst. 1 tohoto zákona, který vychází jednak ze znění zákona, jednak z úmyslu zákonodárce (body 86-87 cit. rozsudku).

[23] V rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, devátý senát zdůraznil, že § 14 odst. 1 českého zákona používá pojem *věc*, resp. *věc, zvíře nebo ovladatelná přírodní síla*. Směrnice 2014/24/EU v čl. 2 odst. 1 bodu 8 zase používá pojem *výrobek*. Jde tedy o termíny, které jsou na první pohled odlišné (bod 88). „Univerzální definici“ věci v právním slova smyslu je potřeba hledat v § 489 občanského zákoníku, podle kterého je věcí *vše, co je rozdílné od osoby a slouží potřebě lidí*. Závod i akcie jsou věcmi ve smyslu občanského zákoníku. Jsou tedy i věcmi uvedenými v § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek (body 95-96).

[24] Použití odlišných termínů v § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek a čl. 2 odst. 1 bodu 8 směrnice 2014/24/EU také nelze „omluvit“ tím, že při implementaci unijních směrnic může být třeba změnit některé pojmy, aby nedošlo k výkladovým potížím ve vnitrostátním právu. Předchozí zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, totiž v § 8 odst. 1 definoval *veřejnou zakázku na dodávky* jako veřejnou zakázku, *jejímž předmětem je pořízení věci (dále jen "zboží")*. Tedy rovněž používal pojem *věc*. Současně ale zaváděl výjimky z působnosti zákona pro nabytí, nájem nebo pacht závodu a vydání či převod cenných papírů. Takové výjimky současný zákon neobsahuje (bod 89).

[25] Úprava v zákonu o veřejných zakázkách a zákonu o zadávání veřejných zakázek je tak podle rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, jednoznačně odlišná. Opačný závěr by znamenal, že zákonodárce při přijetí původního nebo současného zákona postupoval iracionálně (bod 90).

[26] Ani historický výklad podle rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, nevede k vyloučení nabytí závodu a akcií z § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Není pravda, že by z důvodové zprávy či průběhu legislativního procesu plynul jasný záměr se neodchýlit od unijní úpravy. Důvodová zpráva jako jeden z obecných cílů nového zákona uvádí „*zajištění souladu s evropskou právní úpravou*“. V souvislosti s vymezením věcné působnosti též uvádí, že je dána zejména „*rozsahem působnosti evropských zadávacích a dohledových směrnic*“. Tyto formulace jsou však jen obecné, jejich vypovídající hodnota je omezená (bod 92).

[27] Dá se sice očekávat, že by zákonodárce v důvodové zprávě uvedl, že se od těchto východisek chtěl odchýlit. Skutečnost, že tak výslovně neučinil, ale automaticky nevede k užšímu výkladu § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Užší výklad § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek je podle rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, vyloučen odkazem na definici věci v § 489 občanského zákoníku v důvodové zprávě. Větu týkající se mezinárodní a evropské úpravy, která na tento odkaz navazuje, nelze přeceňovat, jde jen o konstatování obsahu těchto úprav bez bližšího upřesnění jejich vztahu k českému zákonu. Ve prospěch užšího výkladu hovoří jen stanoviska Ministerstva pro místní rozvoj, ta však nesvědčí o vůli zákonodárce – ministerstvu se nepodařilo prosadit svůj záměr do textu zákona (body 92-93).

[28] Průběh legislativního procesu tak podle rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, svědčí spíše o záměru zákonodárce se od směrnice odchýlit a rozšířit záběr režimu veřejných zakázek. Navíc, i kdyby záměr zákonodárce byl opačný, devátý senát pochybuje o tom, že by mohl „přebít“ jasné znění zákona (opět bod 92).

[29] Ve výsledku se tak § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek odchyluje od směrnice 2014/24/EU a podržuje režimu veřejných zakázek širší okruh případů. V takové situaci podle devátého senátu není namístě provádět eurokonformní výklad zákona – v rozsahu, ve kterém pod § 14 odst. 1 zákona spadá nabytí závodu či akcií, jde o čistě vnitrostátní úpravu (bod 84).

pokračování

[30] V závěru rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, však devátý senát rovněž přiznal, že „u korporátních akvizic je postup v zadávacím řízení velice těžko představitelný, neboť zadavatel má typicky (a oprávněně) zájem o konkrétní společnost“. Dodal však, že ne vždy bude požadavky zadavatele schopen splnit jediný dodavatel (v tenkrát projednávané věci podle devátého senátu zadavatel zvažoval tři varianty). Zákon o zadávání veřejných zakázek navíc zná druhy řízení, „v rámci kterých fakticky dochází k vyloučení hospodářské soutěže“, například právě jednacím řízením bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 zákona. Podřízení korporátních akvizic pravidlům pro veřejné zakázky tedy není „pojmově zcela vyloučeno“ (srov. bod 97).

III. B. Odlišný názor předkládajícího senátu na výklad § 14 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách

[31] V rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, NSS dovodil, že se § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek odchyluje od směrnice 2014/24/EU a režimu veřejných zakázek podřizuje širší okruh případů (výše bod [29]). Učinil tak především na základě jazykového výkladu § 14 odst. 1 tohoto zákona.

[32] Předkládající senát však upozorňuje, že rozsudek 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, dovozuje v zákonu o zadávání veřejných zakázek nikoli malou, okrajovou odchylku od směrnice 2014/24/EU, ale zásadní rozšíření působnosti režimu veřejných zakázek. V podstatě jde o maximální možné rozšíření působnosti v porovnání se směrnicí 2014/24/EU. Směrnice 2014/24/EU pracuje v čl. 2 odst. 1 bodu 8 pouze s pojmem *výrobek* (a v bodu 4 odůvodnění výslovně uvádí, že jejím cílem není pokrýt všechny formy vynakládání veřejných prostředků). Rozsudek 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, naopak režimu veřejných zakázek podřizuje všechny věci ve smyslu § 489 občanského zákoníku. Takový závěr ale podle předkládajícího senátu ze zákona o zadávání veřejných zakázek neplyne (a tím méně převážně jen z jeho jazykového výkladu).

[33] V první řadě předkládající senát připomíná, že NSS i v rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, uznal, že § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek lze vykládat více způsoby – vedle toho, který nakonec devátý senát zvolil, je možný též výklad, který zastává Krajský soud v Brně.

[34] Jak NSS pravidelně uvádí s odkazem na judikaturu Ústavního soudu, jazykový výklad „představuje toliko prvotní přiblížení se k aplikované právní normě, je východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu“. K nalezení „správného“ výkladu práva slouží celá řada dalších metod (srov. např. usnesení rozšířeného senátu ze dne 16. 7. 2019, čj. 1 Afs 29/2018-33, č. 3922/2019 Sb. NSS, bod 45, nebo rozsudek rozšířeného senátu ze dne 29. 8. 2017, čj. 5 As 154/2016-62, č. 3632/2017 Sb. NSS, bod 21).

[35] Předkládající soud též podotýká, že znění § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek odkazuje na věci, zvířata a ovladatelné přírodní síly, což jsou všechno pojmy, které obsahuje občanský zákoník (v § 489, § 494, resp. § 497). Je však otázka, zda má mít pojem věc, o který nyní jde, automaticky stejný význam jako v občanském zákoníku. NSS již mnohokrát upozornil, že ve veřejném právu mohou mít pojmy, které obsahuje např. občanský zákoník, jiný význam než v soukromém právu (srov. např. rozsudky ze dne 31. 1. 2019, čj. 10 Azs 178/2018-37, č. 3869/2019 Sb. NSS, bod 16, k výkladu pojmů *společná*

domácnost a domácnost, či ze dne 27. 4. 2017, čj. 4 Azs 230/2016-54, body 15-17, k výkladu pojmu příbuzenství).

[36] Podle § 1 odst. 1 občanského zákoníku *uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného*. Úprava zadávání veřejných zakázek přitom rozhodně není čistě soukromoprávní záležitostí. Podle § 2 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek je sice zadáním veřejné zakázky *uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem*. Současně je ale podstatným rysem celé úpravy, že do procesu, který k uzavření smlouvy vede, stát podrobně vrchnostensky zasahuje. Na proces zadávání veřejných zakázek též dohlíží Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, který může zasáhnout i do již uzavřené smlouvy (jako v nynější věci). Nelze tedy automaticky přebírat soukromoprávní definici věci. Koneckonců, jak upozornil krajský soud, i ve starém zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, se používal pojem *věc* bez toho, aby se sahalo po jeho definici z občanského práva (srov. bod 15 rozsudku krajského soudu).

[37] Stejně tak pro výklad zvolený v rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, nehovoří ani to, že zákon již neobsahuje výslovnou „výjimku“ např. pro vydání či převod cenných papírů, která byla v § 18 odst. 2 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. Předkládající senát v tomto ohledu odkazuje na argumentaci krajského soudu – pokud není např. nabytí akcií vůbec *veřejnou zakázkou*, není ani potřeba vytvářet výjimku z povinnosti veřejnou zakázku *zadávat*. Z toho, že zákon o zadávání veřejných zakázek takovou výjimku nekodifikuje, ještě nelze dovozovat potřebu maximálně rozšířit definici v § 14 odst. 1 zákona (blíže srov. bod 11 rozsudku krajského soudu).

[38] Předkládající senát dále nesouhlasí ani s použitím historického výkladu v podobě analýzy důvodové zprávy k zákonu o zadávání veřejných zakázek a dalších momentů z legislativního procesu. S rozsudkem 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, lze souhlasit potud, že důvodová zpráva k zákonu o zadávání veřejných zakázek není pojata ideálně a dává důvod k *určitým* pochybnostem, co přesně zákonodárce zamýšlel (obecně k historickému výkladu srov. usnesení rozšířeného senátu ze dne 11. 11. 2021, čj. 4 Ao 3/2021-117, č. 4278/2022 Sb. NSS, „*ohnisko náказы*“, body 24 až 30).

[39] Podle předkládajícího senátu nelze z legislativního procesu usoudit na záměr zákonodárce rozšířit působnost režimu veřejných zakázek tak zásadním způsobem, jak dovedl rozsudek 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*. Předkládající senát v zásadě souhlasí s krajským soudem, že (mimo níže řešený odkaz na občanský zákoník v důvodové zprávě) z procesu přijímání tohoto zákona neplyne ani náznak takové snahy. Například samotnou důvodovou zprávu k zákonu o zadávání veřejných zakázek *nelze redukovat* jen na několik obecných vyjádření o souladu zákona s unijní úpravou (koneckonců důvodová zpráva má stovky stran). Na obecné cíle zákona popsané v důvodové zprávě (srov. výše bod [26], včetně odkazu na směrnici 2014/24/EU v otázce věcné působnosti) totiž navazuje celá řada momentů, ze kterých plyne, že zákonodárce si *byl vědom* rozsahu působnosti směrnice (resp. směrnice 2014/24/EU a dalších směrnic). Tam, kde se od něj odchyloval, to výslovně zmínil.

[40] Například k § 32 zákona důvodová zpráva uvádí, že „*pojem smíšené zakázky je v zákoně používán v užším smyslu než v příslušných evropských zadávacích směrnicích*“, k § 111 zákona zase výslovně upozorňuje, že „*zákaz snižování počtu účastníků v užším řízení je přísnější než*

pokračování

směrnice *úprava*“. Ještě více je odkaz na rozsah směrnice vidět v otázce výjimek z povinnosti zadat veřejnou zakázku v § 29. Celá část 2. *E. hodnocení dopadů regulace* v důvodové zprávě je postavena na srovnání s unijní úpravou a zákonodárce zde podrobně řeší dopady doslovného převzetí katalogu výjimek ze směrnice 2014/24/EU či jejího zúžení oproti směrnici. Nakonec výslovně (a mj. s důrazem na dosažení maximální právní jistoty) jako preferovanou variantu navrhuje zvolit věrné převzetí celého katalogu výjimek z unijní úpravy. I ve zvláštní části důvodové zprávy pak zákonodárce odkazuje na rozsah směrnice 2014/24/EU, např. v otázce výjimky pro poskytování právních služeb, kdy uvádí, že „*stanovený rozsah výjimky odpovídá článku 10 písm. b) směrnice 2014/24/EU*“.

[41] Pak ale nedává dobrý smysl, aby zákonodárce ve výše popsaných konkrétních případech odkazoval na unijní úpravu, vysvětloval, kdy se od ní odchýlil, ale současně se výslovně nezmínil o tak zásadním rozšíření režimu veřejných zakázek, které dovodil rozsudek 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*. Koneckonců, podle předkládajícího senátu i další momenty z projednávání návrhu zákona *potvrzují*, že zákonodárce chtěl především dosáhnout souladu znění zákona a unijní úpravy (k tomu srov. bod 13 rozsudku krajského soudu, který je zmiňuje, srov. též bod 18 rozsudku krajského soudu ze dne 27. 5. 2020, čj. 31 Af 70/2018-131, který byl zrušen rozsudkem 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*).

[42] V podstatě jediný moment, který by mohl hovořit pro široký výklad § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek podle rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, je právě odkaz na § 489 občanského zákoníku v důvodové zprávě.

[43] Důvodová zpráva k § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek na s. 316 uvádí: „Veřejnou zakázkou na dodávky je pořízení věcí hmotných a nehmotných, ovladatelných přírodních sil a zvířat ve smyslu zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „občanský zákoník“). Pořízení se zde chápe široce jako získání výhod z příslušného plnění, přičemž není nezbytné, aby došlo k převodu vlastnického práva. Takového pořízení může mít různé smluvní formy. Zákon příkladmo jmenuje koupi, nájem nebo pacht, může však jít i o další formy či jejich kombinace, zejména různé druhy leasingu. Mezinárodní i evropské právo označuje pořizovaný předmět za výrobek nebo zboží. Je pro ně charakteristické, že se s nimi obchoduje“ (zvýraznil NSS).

[44] Byť se jedná o odkaz, který působí poměrně jasně, předkládající senát i zde souhlasí s krajským soudem, že jej lze vyložit i jiným způsobem než tak, aby zásadně rozšířil působnost režimu veřejných zakázek. Právě z poslední věty citované pasáže o tom, jak předmět pořizovaný v rámci veřejné zakázky na dodávky popisuje mezinárodní a evropské právo, lze dovodit, že zákonodárce v celé pasáži spíše pouze vysvětluje, čím *technicky* nahradil pojem *výrobek*, který je v čl. 2 odst. 1 bodu 8 směrnice 2014/24/EU. Jinak by zařazení poslední věty nemělo smysl.

[45] Podle předkládajícího senátu tedy plyne z procesu přijímání zákona o zadávání veřejných zakázek *spíše* snaha kopírovat rozsah působnosti směrnice.

[46] K tomu, že při přijímání zákona o zadávání veřejných zakázek šlo zákonodárci především o provedení směrnice 2014/24/EU, nikoli o zcela zásadní rozšíření režimu veřejných zakázek, se (byť zpětně) přihlásil sám zákonodárce při přijímání novely č.

166/2023 Sb. K úpravě § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek uvádí důvodová zpráva jednoznačně, že „*důvodem změny je upřesnění transpozice. Zatímco v zadávacích směrnicih se za veřejné zakázky na dodávky považují zakázky, jejichž předmětem je pořízení výrobku, české právo používá pojem věc. Nejvyšší správní soud přitom v rozsudku ze dne 29. 10. 2020, č. j. 9 As 139/2020-125, deklaroval, že ustanovení § 14 odst. 1 ve stávajícím znění cílí na veškeré věci v právním slova smyslu a není namístě uplatnit eurokonformní výklad. Pro zpřísnění oproti evropským směrnicih však nejsou věcné důvody, mělo by být dosaženo stavu, že definice veřejné zakázky na dodávky bude věcně odpovídat definici v evropských směrnicih, s tím, že pro výklad sporných případů by měl být eurokonformní výklad aplikován*“.

[47] **Nejdůležitější argument**, který jde proti závěrům rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, je však ten, že rozšíření režimu veřejných zakázek na všechny věci ve smyslu § 489 občanského zákoníku, tedy např. i akcie či obchodní podíly, jde **proti smyslu a účelu úpravy veřejných zakázek**. Touto otázkou se devátý senát ve věci *Liberecký kraj* blíže nezabýval.

[48] Jak již shrnul krajský soud (srov. bod 11 napadeného rozsudku), podle bodu 4 směrnice 2014/24/EU *cílem pravidel Unie pro zadávání veřejných zakázek není pokrýt všechny formy vynakládání veřejných peněžních prostředků, ale pouze ty, jejichž cílem je pořízení stavebních prací, dodávek nebo služeb za úplatu prostřednictvím veřejné zakázky*. Skutečnost, že se směrnice 2014/24/EU nevztahuje na veškeré vynakládání veřejných prostředků, pak souvisí s dalším cílem směrnice. Podle bodu 90 jejího odůvodnění je cílem unijní úpravy vytvořit systém, ve kterém jsou veřejné zakázky *zadávané na základě objektivních kritérií, která zajistí dodržení zásad transparentnosti, nediskriminace a rovného zacházení, a to s ohledem na zajištění objektivního srovnání relativní hodnoty nabídek s cílem určit v podmínkách skutečné hospodářské soutěže, která nabídka je ekonomicky nejvýhodnější*.

[49] Všechny principy zmíněné v bodu 90 odůvodnění směrnice 2014/24/EU se pak promítají do jednotlivých typů zadávacích řízení, podmínek jejich použití apod. (např. pro jednací řízení bez uveřejnění použité v nynější věci platí, že je nejméně transparentní variantou, nejvíce omezuje hospodářskou soutěž, a proto je třeba podmínky jeho použití vykládat restriktivně, k tomu viz níže bod [51]). Český zákon o zadávání veřejných zakázek bezpochyby tento unijní režim *přejímá* a hlásí se tak ke stejným principům, které jsou zmíněny právě např. v bodu 90 odůvodnění směrnice.

[50] Pak je ale v rozporu se smyslem a účelem zákona o zadávání veřejných zakázek, pokud jeho režimu zákonodárce podřídí i *situace, u kterých je hospodářská soutěž z povahy věci vyloučena*, včetně situace nynějšího žalobce. Pokud si např. zájemce o nabytí akcií vybral konkrétní společnost, jejíž akcie chce získat, učinil tak již na základě řady faktorů, které jsou specifické právě pro tuto jednu konkrétní společnost (tedy nejde mu o „nějaké“ akcie, byť třeba stále volené podle určitých parametrů). Potom je ale vyloučeno, aby mohl existovat ještě nějaký další dodavatel, který by mohl s předem vybranou akciovou společností vůbec soutěžit (podobně srov. bod 11 rozsudku krajského soudu).

[51] Rovněž samotné „napasování“ situace žalobce na některou z forem zadávacího řízení je poněkud problematické. V podstatě jediná varianta, která přichází pro pokrytí podobné transakce v úvahu, je jednací řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek. Tento typ řízení též žalobce zvolil. Podle tohoto ustanovení

pokračování

může zadavatel *také použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž*. Důvody pro využití jednacího řízení bez uveřejnění je ale třeba vykládat restriktivně (srov. rozsudek ze dne 9. 3. 2023, čj. 4 As 31/2023-26, bod 24). Za *technický důvod*, proč neexistuje hospodářská soutěž, nelze považovat např. skutečnost, že zadavatel jinak nestihne zakázku včas zadat a uhradit, a přijde proto o dotaci (rozsudek ze dne 19. 4. 2022, čj. 10 As 236/2020-44, *Finanční analytický útvar*, bod 28).

[52] Ani v případě, jako je ten nynější, striktně vzato o *technický* důvod neexistence hospodářské soutěže nejde – je to dáno *povahou věci*. Použití jednacího řízení bez uveřejnění v situaci, kdy z *technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž*, navíc zákon o zadávání veřejných zakázek omezuje ještě podmínkami v § 63 odst. 4, že *nelze využít jiného postupu a že zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž*. V souvislosti s tím pak již vyvstává otázka, zda zákon o zadávání veřejných zakázek vůbec transakce, jako je ta žalobcova, umožňuje režimu veřejných zakázek podřídit. Jinak řečeno, zda výklad zvolený devátým senátem lze vůbec nějak prakticky provést v režimu zákona o zadávání veřejných zakázek.

[53] A konečně, ani jednotlivé kroky, které jsou s podobnými transakcemi spojeny, nelze lehce „přeložit“ do jazyka veřejných zakázek. Je otázkou, jak vůbec v režimu veřejných zakázek vést vyjednávání, které korporátním transakcím typicky předchází. Podobně vnímá předkládající senát jako problematické např. i provedení *due diligence*.

[54] Žalobce je tedy v důsledku rozsudku 9 As 139/2020, *Liberecký kraj*, skutečně tlačěn do toho, aby vedl zadávací řízení, které je ale jen formální („na oko“, a navíc za situace, kdy vytvoření nové společnosti samo o sobě režimu veřejných zakázek podřízeno není, jak trefně uvádí krajský soud v bodu 21). S podobnými obtížemi by se navíc podle předkládajícího senátu museli veřejní zadavatelé potkat i při zájmu o nabytí jiných *věcí* podle § 489 občanského zákoníku, od obchodních podílů v jiných typech společností, až po nabytí obchodního závodu.

[55] Podle předkládajícího senátu tedy není možné dovodit v § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek takovou odchylku od evropské úpravy, jakou shledal devátý senát. Naopak, *pokud je možné zvolit více výkladů § 14 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek* (a mezi desátým a devátým senátem není spor o to, že zákon vícero možných výkladů nabízí), *je třeba preferovat ten výklad, který nevytváří absurdní situace v rozporu se smyslem právní úpravy, a který ve výsledku odpovídá směrnici 2014/24/EU*.

IV. Otázka předložená rozšířenému senátu

[56] Desátý senát s ohledem na vše výše uvedené proto předkládá rozšířenému senátu otázku, *zda je předmětem veřejné zakázky na dodávky podle § 14 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (ve znění účinném do 15. 7. 2023), každá „věc“ odpovídající definici v § 489 občanského zákoníku, včetně akcií, nebo zda je namíste pojem „věc“ v § 14 odst. 1 tohoto zákona vykládat tak, aby svým rozsahem odpovídal pojmu „výrobek“ v čl. 2 odst. 1 bodu 8 směrnice 2014/24/EU, tedy způsobem, který např. akcie do předmětu veřejné zakázky na dodávky nezahrnuje*.

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

Rozšířený senát bude ve věci rozhodovat ve složení: Filip Dienstbier, Lenka Krupičková, Zdeněk Kühn, Barbara Pořízková, Petr Mikeš, Aleš Roztočil, Karel Šimka. Účastníci mohou namítnout podjatost těchto soudců (§ 8 odst. 1 s. ř. s.) do jednoho týdne od doručení tohoto usnesení.

V téže lhůtě mohou účastníci rovněž podat svá vyjádření k právní otázce předkládané rozšířenému senátu.

V Brně dne 28. června 2023

Zdeněk Kühn
předseda senátu