ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Miluše Doškové a soudců JUDr. Vojtěcha Šimíčka a Mgr. Radovana Havelce v právní věci žalobce: **Česká republika – Ministerstvo financí**, se sídlem Letenská 15, Praha 1, zast. JUDr. Alanem Korbelem, advokátem se sídlem nám. 14. října 3, Praha 5, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Československá obchodní banka, a. s.**, se sídlem Radlická 333, Praha 5, zast. Mgr. Radkem Pokorným, advokátem se sídlem Karolíny Světlé 301/8, Praha 1, proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 2. 2008, č. j. R212,214/2007/03-03909/2008/310-KK, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 7. 4. 2009, č. j. 62 Ca 28/2008 - 74,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žalovanému **se nepřiznává** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Osoba zúčastněná na řízení **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

Kasační stížností podanou v zákonné lhůtě se žalobce jako stěžovatel domáhá zrušení shora uvedeného rozsudku krajského soudu, kterým byla zamítnuta jeho žaloba proti shora označenému rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, jímž byl zamítnut rozklad stěžovatele proti rozhodnutí žalovaného ze dne 1. 10. 2007,

č. j. S242/2007-00329/2007/550-IB, a toto rozhodnutí bylo potvrzeno. Žalovaný ve správním řízení dospěl k závěru, že se stěžovatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách"), tím, že zrušil zadávací řízení, aniž by byly splněny podmínky podle § 84 téhož zákona. Za to byla stěžovateli uložena pokuta ve výši 10 000 Kč. Krajský soud žalobu zamítl, neboť dospěl k závěru, že důvody pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách musejí stát vně zadavatele a atakovat samotný smysl dokončení již zahájeného zadávacího řízení. Takovým důvodem není skutečnost, že ten, jehož nabídka byla vyhodnocena jako nejvýhodnější, iniciuje v jiné věci proti zadavateli soudní či rozhodčí řízení.

Stěžovatel uvádí v kasační stížnosti důvody podle § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále též „s. ř. s."), brojí tedy proti *nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení*.

Stěžovatel uvádí, že veřejná zakázka byla zrušena z důvodu hodného zvláštního zřetele, jímž byla skutečnost, že osoba zúčastněná na řízení, jejíž nabídka byla v zadávacím řízení vyhodnocena jako nejvýhodnější, vyvolala proti stěžovateli v jiné věci rozhodčí řízení. Po stěžovateli v něm požaduje částku ve výši 1 655 588 264,95 Kč spolu s úroky z prodlení a náhradu veškerých vynaložených nákladů. V rámci tohoto sporu následně podal stěžovatel na osobu zúčastněnou na řízení žalobu, kterou se domáhá úhrady částky ve výši 26,7 mld. Kč.

Uvedené skutečnosti lze dle stěžovatele považovat za důvody hodné zvláštního zřetele a krajský soud v napadeném rozsudku zvolil až příliš restriktivní výklad § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách. Ustanovení § 84 odst. 2 jmenuje podmínky, za nichž zadavatel může (nikoliv musí) zadávací řízení bez zbytečného odkladu zrušit. Pod písm. d) tohoto ustanovení je uvedeno, že zadavatel může bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pokud odpadly důvody pro pokračování v něm v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil. Pod písm. e) uvedeného ustanovení je stanoveno, že zadavatel může bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pokud se v jeho průběhu vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro něž nelze požadovat po zadavateli, aby v něm pokračoval.

Skutečnosti podle písm. d) cit. ustanovení jsou objektivní, nezávislé na vůli zadavatele, naproti okolnosti ve smyslu písm. e) téhož ustanovení jsou definovány dle stěžovatele volněji a dávají zadavateli dispozici zrušit zadávací řízení, pokud to přezkoumatelným způsobem zdůvodní, přičemž v tomto směru je zadavatel omezen jen dodržením zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Stěžovatel zadávací řízení zrušil bez zbytečného odkladu, což potvrdil i krajský soud. Jediným problémem tak zůstává důvod tohoto zrušení. Za něj stěžovatel označil závažné narušení vztahu důvěry mezi zadavatelem a osobou zúčastněnou na řízení, které bylo zapříčiněno jejím jednáním, kdy osoba zúčastněná na řízení bezprostředně poté, co byla vybrána v rámci zadávacího řízení jako tzv. finanční manažer, podnítila arbitrážní řízení v souvislosti s nároky vyplývajícími z jiné smlouvy. Po zadavateli tak nelze spravedlivě požadovat, aby s osobou zúčastněnou na řízení pokračoval ve spolupráci.

Dle stěžovatelových tvrzení je samotnou podstatou institutu veřejných zakázek to, aby se jednání státu při správě veřejných prostředků co nejvíce blížilo jednání soukromých subjektů v rámci tržního prostředí. Pokud by bylo posuzováno chování soukromého subjektu vedeného s ohledem na zákonitosti trhu čistě ekonomickými úvahami při rozhodování o nákupu služeb, vedlo by to k závěru, že za situace, kdy proti soukromému subjektu bezprostředně po výběrovém řízení vítězný uchazeč zahájí soudní řízení, soukromý subjekt by s ním smlouvu jednoznačně neuzavřel, a to s ohledem na ztrátu důvěry, která je elementární kategorií sociálního života a nezbytnou součástí každého právního vztahu (viz Luhman, N.: Vertrauen. Ein Mechanismus der sozialer Komplexität). Samotný vztah zadavatele a uchazeče nemůže být postaven pouze na abstraktních požadavcích definovaných zákonem, ale musí být zohledněna i kvalita a průběh chování vítězného subjektu. V opačném případě by se totiž mohl bez postihu vítězný subjekt chovat zcela destrukčně.

Stále častěji se objevuje požadavek nejen laické, ale i odborné veřejnosti zohlednit při výběru vhodného uchazeče i jeho předchozí činnost a plnění předchozích veřejných zakázek. Ztráta předvídatelnosti dalších kroků osoby zúčastněné na řízení a možné nepříznivé dopady na výkon státní správy (např. kreditní riziko v případě svěření prostředků z úvěru Evropské investiční banky soukromoprávnímu subjektu) představují pro stěžovatele dostatečný důvod hodný zvláštního zřetele, pro který lze zadávací řízení zrušit.

Zrušením zadávacího řízení se stěžovatel nedopustil porušení žádné ze zásad, které zadávací řízení ovládají. Nebyla totiž předem vyloučena možnost žádného dodavatele účastnit se zadávacího řízení a během řízení nebyl nikdo zvýhodněn či znevýhodněn. Evropský soudní dvůr konstatoval, že zásada nediskriminace a rovného zacházení vyžaduje, aby ve srovnatelných situacích nebylo postupováno odlišně a v odlišných situacích shodně, není-li takové zacházení objektivně odůvodněné – viz rozsudek ze dne 30. 4. 2005 ve věci C-21/03 [2005] I-01559, bod 27.

Z těchto uvedených důvodů stěžovatel navrhuje, aby napadený rozsudek krajského soudu byl zrušen a věc byla tomuto soudu vrácena k dalšímu řízení.

Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ve svém vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že námitky stěžovatele nemá za důvodné. Ve vyjádření cituje ze závěrů rozhodnutí krajského soudu, s nímž se ztotožňuje. Poukazuje rovněž na důvodovou zprávu k zákonu o veřejných zakázkách, dle níž důvodem zvláštního zřetele hodným může být např. situace, kdy dojde k porušení tohoto zákona v průběhu zadávání veřejných zakázek a zadavatel již nemá možnost přijmout opatření, jímž by uvedené porušení zákona napravil. Proto by kasační stížnost měla být zamítnuta.

Osoba zúčastněná na řízení ve svém vyjádření dospívá k názoru, že důvody zvláštního zřetele hodné musejí být skutečně objektivní, musí se vztahovat k veřejné zakázce nebo zadávacímu řízení, v žádném případě se však nemůže jednat o okolnosti, které se vztahují k některému z uchazečů.

Osoba zúčastněná na řízení poukazuje také na zásady obsažené v § 6 zákona o veřejných zakázkách. Transparentnost zadávání veřejných zakázek je nezbytným

předpokladem účinné konkurence mezi dodavateli a účelného vynakládání veřejných prostředků. Právě potřeba kontroly odlišuje zadávání veřejných zakázek od jednání soukromých subjektů v rámci tržního prostředí. Osoba zúčastněná na řízení souhlasí se stěžovatelem potud, že zásady ve smyslu citovaného ustanovení je třeba dodržet v procesu zadávacího řízení, navíc však je třeba dodat, že dodržování těchto zásad by v situaci, kdy by následně zadavatel mohl ze subjektivních důvodů zadávací řízení zrušit, postrádalo smysl, neboť by tímto následným způsobem mohly být všechny zásady negovány – fakticky posteriorním stanovením kvalifikačního předpokladu.

Ustanovení § 53 až § 56 zákona o veřejných zakázkách zakotvují základní profesní, ekonomické, finanční a technické předpoklady, jejichž cílem je zaručit, že zakázka bude následně vybraným uchazečem realizována. Z uvedených ustanovení je zřejmé, že zadavatel nemůže požadavky na prokázání těchto kvalifikačních předpokladů jakkoli rozšiřovat, tím méně o podmínku, kterou si následně vymínil stěžovatel a která navíc bezprostředně vůbec nesouvisí s předmětem veřejné zakázky. Totéž vyplývá i ze směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, kterou zákon o veřejných zakázkách implementuje. V tomto směru osoba zúčastněná na řízení také poukazuje na odbornou literaturu (Raus, D., Neruda, R.: Zákon o veřejných zakázkách. Praha: Linde, 2007) a plně poukazuje na závěry krajského soudu, které dále rozvíjí.

Osoba zúčastněná na řízení také polemizuje s názorem stěžovatele, že záměrem zákonodárce bylo nechápat kontraktační povinnost zcela absolutně, nýbrž dát zadavateli možnost dispozice, aby zohlednil chování potencionálního smluvního partnera poté, co byl vybrán jako nejvýhodnější. V takovém případě by totiž zákon o veřejných zakázkách, veřejnoprávní předpis, byl redukován jen do pozice jakéhosi vodítka, kterak má zadavatel postupovat – s tím, že je možné se dle potřeb zadavatele jakkoliv odchýlit.

Závěr stěžovatele by také dle osoby zúčastněné na řízení vedl k tomu, že by se právě osoba zúčastněná na řízení nemohla s nadějí na úspěch účastnit všech veřejných zakázek zadaných Českou republikou po celou dobu soudního řízení. Krom toho je přesvědčena, že spory, které vede s Českou republikou, pro ni budou úspěšné, neboť to byla Česká republika, kdo porušil předchozí smluvní závazky. Navíc předmětný spor, který vyústil v podání zmiňované arbitrážní žaloby, vznikl již v roce 2005, zatímco ke stěžovatelem namítané ztrátě důvěry, bez ohledu na to, že ta nemůže být důvodem pro zrušení zadávacího řízení, došlo v průběhu zadávacího řízení.

S ohledem na nedůvodnost kasační stížnosti navrhuje osoba zúčastněná její zamítnutí.

Nejvyšší správní soud nejprve zkoumal formální náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že kasační stížnost je podána včas, stěžovatel (k aktivní legitimaci státu ve správním soudnictví viz rozsudek zdejšího soudu ze dne 11. 11. 2004, č. j. 2 As 36/2004 - 46, publ. pod č. 477/2005 Sb. NSS) je zastoupen advokátem a jde o rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost přípustná. Vadou kasační stížnosti, která by způsobila její nepřípustnost či jinak bránila věcnému projednání, není ani skutečnost, že jako žalovaný v ní (i v žalobě) byl označen předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 8. 2006, č. j. 4 As 57/2005 - 64, www.nssoud.cz, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže se předseda tohoto úřadu nestává žalovaným, neboť jeho pravomoc

rozhodovat o rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí jmenovaného úřadu vyjadřuje pouze funkční postavení v rámci vnitřní organizace ústředního orgánu státní správy, aniž by založilo jeho procesní subjektivitu ve smyslu s. ř. s. K obdobným závěrům dospěl zdejší soud též v usnesení ze dne 29. 10. 2007, č. j. 8 Afs 75/2007 - 115, www.nssoud.cz, a v rozsudku ze dne 31. 10. 2008, č. j. 7 Afs 86/2007 - 107, publ. pod č. 1775/2009 Sb. NSS. Žalovaný ovšem není v řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu (resp. řízení o kasační stížnosti) dán tvrzením žalobce (stěžovatele), nýbrž plyne přímo ze zákona (§ 69 s. ř. s., § 105 odst. 1 s. ř. s.). Důvodnost kasační stížnosti pak zdejší soud posoudil v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů (§ 109 odst. 2, 3 s. ř. s.).

Mezi účastníky není sporu ohledně skutkového stavu, jak jej zjistil krajský soud. Stěžovatel jako zadavatel oznámil otevřené zadávací řízení podle § 27 zákona o veřejných zakázkách na nadlimitní veřejnou zakázku „Správa finančních prostředků na financování protipovodňových opatření“ pod ev. č. 60004955 dne 19. 2. 2007. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel čtyři nabídky, jeden z uchazečů byl z účasti vyloučen a jeho nabídka byla vyřazena. Jako nejvhodnější byla vyhodnocena nabídka osoby zúčastněné na řízení; rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky bylo učiněno dne 21. 5. 2007, následně však dne 9. 8. 2007 stěžovatel zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách zrušil pro ztrátu důvěry, kterou odůvodnil tím, že vybraný uchazeč proti České republice inicioval arbitráž. Proti tomuto zrušení brojila osoba zúčastněná na řízení nejprve námitkami u zadavatele, poté návrhem na přezkum úkonů zadavatele u žalovaného.

Podstata sporu tak tkví toliko v právním posouzení toho, zda zrušení zadávacího řízení mělo svoji oporu v § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách. Dle tohoto ustanovení zadavatel zruší bez zbytečného odkladu zadávací řízení, pokud *v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval*. Spor v řízení o kasační stížnosti není veden ohledně splnění podmínky, aby zadávací řízení bylo zrušeno bez zbytečného odkladu, neboť krajský soud dospěl k závěru, že ta byla splněna a stěžovatel tuto skutečnost pochopitelně nijak nenapadá. Zbývá tak pouze vyložit, co zákon míní, hovoří-li o důvodech hodných zvláštního zřetele, pro něž nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

Důvody hodné zvláštního zřetele jsou typickým neurčitým právním pojmem. V zákoně jeho definice obsažena není, a tedy je třeba mu přisoudit takový význam, který nejlépe odpovídá povaze, smyslu a účelu toho, co zákon o veřejných zakázkách upravuje. Jak ostatně uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 30. 6. 2003, č. j. 6 A 118/2001 - 44, publ. pod č. 24/2003 Sb. NSS, platí, že v situaci, kdy v zákoně není neurčitý právní pojem definován, je třeba jeho výklad hledat toliko v účelu zákona. Při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit, jak dále dovodil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 28. 7. 2005, č. j. 5 Afs 151/2004 - 73, publ. pod č. 701/2005 Sb. NSS. V oblasti práva veřejných zakázek je třeba si navíc počínat tak, aby interpretace byla ku prospěchu efektivní hospodářské soutěže, jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS.;

Zdejší soud při výkladu uvedeného sousloví dospívá k témuž závěru, k němuž dospěl krajský soud, žalovaný, osoba zúčastněná na řízení i veškerá dostupná odborná literatura (není tak přesvědčivé tvrzení stěžovatele, že po jeho verzi výkladu volá odborná i laická veřejnost). Účelem zákona o veřejných zakázkách je vytvořit prostředí, v němž si zadavatel (definovaný v § 2 zákona o veřejných zakázkách) bude moci vybrat na základě transparentního postupu a předem definovaných kritérií nejvýhodnější nabídku a vytvořit mezi relevantními soutěžiteli nediskriminační konkurenční prostředí. Zásady postupu zadavatele jsou výslovně obsaženy v § 6 zákona o veřejných zakázkách, v němž je uvedeno, že *zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace*. Zadávací řízení tak musí být zcela pregnantně vymezeno a podmínky nesmí být měněny v jeho průběhu a vybraný uchazeč nesmí být *ex post* vyloučen pro subjektivní pocit zadavatele. Pokud budou zadávací podmínky nejasné nebo následně umožní více výkladů pro výběr nejvýhodnější nabídky (kdy fakticky jen na zadavateli bude, aby libovolně prohlásil, který výklad je správný a kdo bude tedy vybrán), pak je postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky reálně nekontrolovatelným. Jak uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 25. 3. 2009, č. j. 2 Afs 86/2008 - 222, www.nssoud.cz, tato skutečnost vylučuje, aby byla dodržena zásada transparentnosti zadávacího řízení. Právě postup zadavatele v nyní souzeném případě fakticky nekontrolovatelným je – zadavatel na základě své volné úvahy zrušil zadávací řízení pro subjektivní okolnosti. Zásada transparentnosti tak byla porušena. Stěžovatel navíc *ex post* rozšířil kvalifikační předpoklady kladené na uchazeče o veřejnou zakázku, které jsou uvedeny v § 53 (základní), § 54 (profesní), § 55 (ekonomické a finanční) a § 56 (technické) zákona o veřejných zakázkách. Požadavek, aby uchazeč proti zadavateli nevedl soudní (arbitrážní, správní či jiné) řízení, mezi nimi obsažen není.

Nelze se v plném rozsahu a bez dalšího ztotožnit s názorem stěžovatele, že je samotnou podstatou institutu veřejných zakázek to, aby se jednání státu při správě veřejných prostředků co nejvíce blížilo jednání soukromých subjektů v rámci tržního prostředí. Soukromý subjekt, který hledá obchodního partnera, totiž není při jeho výběru ničím vázán. Může zvolit (ekonomicky) nejvýhodnější nabídku, ale stejně tak může učinit volbu na základě jiných preferencí, např. může zakázku zadat jinému soukromému subjektu z důvodu příbuzenské vazby apod. To, co by bylo ve veřejném sektoru nepřijatelné, je v soukromém zcela legální a legitimní. Zatímco soukromý subjekt si může vybírat ty, s nimiž hodlá obchodovat, podle své libovůle, zadavatel veřejné zakázky je striktně vázán zákonem o veřejných zakázkách a zejména pasážemi o zadávacím řízení, neboť prostředky, které jsou v takovém případě vynakládány, jsou prostředky veřejné. V tržním prostředí tak důsledná kontrola procesu zadávání zakázky není potřeba. Jakékoliv zrušení zadávacího řízení v případě veřejné zakázky ale musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévoli) veřejného zadavatele, která by mohla vyústit v korupci či nepřípustnou veřejnou odplatu, a tedy přesně v duchu výkladu provedeného krajským soudem. Proto je třeba ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách a zejména slovní spojení „důvody zvláštního zřetele hodné“ vykládat jako důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele, nikoliv jako důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl jmenovaného zákona. Dalším důvodem, pro nějž není příměr stěžovatele zcela trefný, je to, že zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces, zatímco kontraktace soukromých subjektů navzájem je výrazně volnější. Právě formálnost vztahu „zadavatel veřejné zakázky – uchazeč“ je také důvodem pro to, že zadavatel, zde stát jednající prostřednictvím své organizační složky, nemůže brát

skutečnost, že vůči němu byl podán návrh na zahájení arbitráže, úkorně či osobně. Takto formální a formalizovaný vztah (bez osobních, niterných a důvěrných vazeb) proto řečeným krokem osoby zúčastněné na řízení nemůže být narušen.

Stejného názoru, kterak již avizováno, je i doktrína. Jak je uvedeno v jednom z komentářů (Šebesta, Podešva, Olík, Machurek: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, 2006, str. 327): *„Písmena d) a e) obsahují zvláštní možnosti zadavatele zrušit zadávací řízení v situacích, v nichž se zadavatel ocitne zpravidla v důsledku působení některé vnější, nepředvídatelné události. Dle uvedených písmen má zadavatel právo zrušit zadávací řízení například tehdy, pokud mu byla na veřejnou zakázku přislíbena dotace a před ukončením zadávacího řízení je zřejmé, že zadavatel tuto dotaci neobdrží, nebo pokud je na majetek zadavatele v průběhu zadávacího řízení prohlášen konkurs, nebo zadavatel vstoupí do likvidace, nebo v důsledku živelné pohromy nelze po zadavateli spravedlivě požadovat, aby dokončil zadávací řízení na plnění, které již s ohledem na živelnou událost objektivně nemůže požadovat, atp. Oprávněnost postupu zadavatele dle písm. d) nebo e) bude vždy třeba zkoumat v důsledku konkrétních okolností, které zadavatele vedly ke zrušení zadávací řízení.“* Z obdobných pozic vychází i krajským soudem citovaná literatura (Jurčík, R.: Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a EU, 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2007, str. 378), která ve shodě s důvodovou zprávou subjektivní důvody pro zrušení veřejné zakázky nepřipouští. V důvodové zprávě (dostupná na www.psp.cz) k citovanému ustanovení je uvedeno: *„Dle zákona je fakultativně možné zrušit zadávací řízení mj. i v případě, pokud odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil. Za podstatnou změnu okolností se považuje například skutečnost, kdy zadavatel v průběhu zadávacího řízení neobdržel očekávané rozpočtové prostředky či přislíbenou veřejnou podporu či kdy tuto veřejnou podporu není oprávněn nadále čerpat, popřípadě její část určenou k zajištění úhrady plnění dodavatele. Dále lze zrušit řízení i v případě, že se v průběhu řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Takovými důvody může být například porušení postupu předepsaného tímto zákonem pro zadávání veřejných zakázek, které zadavatel sám zjistil. Musí se přitom jednat o takový případ, kdy zadavatel již nemá možnost přijmout opatření k nápravě (§ 108 odst. 6), kterým by uvedené porušení zákona napravil, a při následném řízení o přezkoumání úkonů zadavatele by došlo k uložení nápravného opatření nebo pokuty za správní delikt.“*

Objektivní přístup se musí uplatnit již při zadávání veřejné zakázky. Zahájí-li zadavatel zadávací řízení, stanoví zadávací podmínky a základní a případně i dílčí hodnotící kritéria. V daném případě se jednalo o veřejnou zakázku „Správa finančních prostředků a financování protipovodňových opatření“. Zadavatel stanovil základní profesní a kvalifikační předpoklady, ekonomické a kvalifikační předpoklady, technické kvalifikační předpoklady a další požadavky. Současně stanovil i hodnotící kritéria, a to nabídková cena (váha 50%), záruka za bezpečnost svěřených prostředků (váha 35 %) a výše kreditních zůstatků (váha 15 %). Tato hlediska byla rozhodující pro průběh a výsledek zadávacího řízení, jehož smyslem a účelem je zadání veřejné zakázky a které končí uzavřením smlouvy nebo zrušením zadávacího řízení, pokud pro ně nastanou zákonem předpokládané podmínky. Pokud je zásadu objektivity nutno dodržet při zadávání veřejné zakázky, nelze ji negovat posteriorně tím, že pro subjektivní důvody zadavatel zakázku zruší. Objektivní přístup musí být zachován po celou dobu procesu, jak již vyslovil

Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007 - 131, www.nssoud.cz, kde uvedl, že předmět a podmínky definované v zadávací dokumentaci nebo v oznámení veřejné zakázky musí být dodržovány po celý „život“ veřejné zakázky (totéž platí pro dodržení zásad ve smyslu § 6 zákona o veřejných zakázkách). V nyní posuzované věci však zadavatel *de facto* zpětně do zadávacího řízení přidal podmínku novou – to, aby proti němu kterýkoliv z uchazečů nevedl soudní či arbitrážní spor. Tato podmínka navíc vůbec nesouvisí s předmětem veřejné zakázky v projednávaném případě, neboť spor, pro který bylo zadávací řízení zrušeno, vznikl ve věci jiné, skutkově ani právně nesouvisející. Lze přitom ovšem obecně připustit, že nelze vyloučit vliv sporu uchazeče na zadávací řízení a případně i to, že by spor mohl být příčinou rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Tak by tomu mohlo být ale jen v tom případě, že spor by zpochybnil splnění některé z podmínek zadávacího řízení, či zasáhl do hodnotících kritérií. V daném případě by to bylo představitelné např. za situace, kdy by předmětem sporu byl negativní důsledek jednání uchazeče při realizaci jiné veřejné zakázky, k němuž došlo nedodržením povinností, které patřily k rozhodným kritériím při hodnocení v tomto řízení (např. důsledek nedodržování bezpečnosti svěřených prostředků). Pokud by důvodem zrušení zadávacího řízení byl podobný spor, mohlo by rozhodnutí obstát; ani zde by však nešlo o subjektivní postoj zadavatele, ale o zásah do hledisek objektivních. O takový případ se však zde nejedná.

Je proto třeba konstatovat, že jak písm. d) (*odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil*), tak i písm. e) citovaného ustanovení § 84 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách obě míří na důvody objektivního rázu, toliko písm. e) je ustanovením „zbytkovým“ – pokrývá ty zbývající (objektivní a na vůli zadavatele nezávislé) důvody, na něž písm. d) svou dikcí nedopadá.

Nelze se ztotožnit ani s argumentem stěžovatele, že výklad krajského soudu může vést k tomu, že se vítězný subjekt bez možnosti adekvátní reakce bude moci chovat zcela destrukčně. Podání návrhu na zahájení rozhodčího řízení totiž není jistě destrukčním chováním, nýbrž procesním hájením namítaných hmotných práv. Skutečně destrukční chování vítězného subjektu by postižitelné bylo, ať již zrušením zadávacího řízení [např. podle § 84 odst. 2 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, dle něhož zadávací řízení může být zrušeno, pokud *vybraný uchazeč, popřípadě uchazeč druhý v pořadí, odmítl uzavřít smlouvu nebo neposkytl zadavateli k jejímu uzavření řádnou součinnost podle § 82 odst. 3*], či domáháním se náhrady škody.

Nutno také akcentovat, že osoba zúčastněná na řízení tím, že iniciovala rozhodčí řízení, neporušila žádný právní předpis, ba právě naopak realizovala své právo na soudní a jinou právní ochranu ve smyslu čl. 36 a násl. Listiny základních práv a svobod. Podle čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod se každý může domáhat stanoveným postupem svého práva u nezávislého a nestranného soudu a ve stanovených případech u jiného orgánu. Zároveň podle jejího čl. 2 odst. 3 platí, že *každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá*, dále podle čl. 3 odst. 3 Listiny základních práv a svobod platí, že *nikomu nesmí být způsobena újma na právech pro uplatňování jeho základních práv a svobod*. Pokud by osoba zúčastněná na řízení za to, že iniciovala arbitrážní řízení, byla postižena v jiném řízení, došlo by k porušení výše

uvedených ustanovení ústavního pořádku. Nelze aprobovat situaci, kdy by jakýkoliv uchazeč o veřejnou zakázku, pokud by chtěl být úspěšný, musel rezignovat v jiné věci na své ústavní právo. V případě osoby zúčastněné na řízení, která arbitráž již iniciovala, by to reálně znamenalo konec nadějí na úspěch v zadávacích řízeních (které by následně v případě, že by nabídka osoby zúčastněné na řízení byla vybrána jako nejvýhodnější, byly naznačeným postupem rušeny), kde je zadavatelem některý ze státních orgánů, a to do doby, než by zadavatel od tohoto postupu neustoupil.

Ze shora uvedených důvodů je třeba přisvědčit závěrům krajského soudu, že je nutno vyjít toliko z objektivního pojetí důvodů zvláštního zřetele hodných, pro které lze zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách zrušit. Uvedl-li krajský soud v rozsudku, že: *„Jde o důvody, které stojí vně zadavatele, které atakují samotný smysl dokončení již zahájeného zadávacího řízení, které vystavují zadavatele objektivnímu riziku pro případ, že by zadávací řízení zrušeno nebylo, a které by představovaly stejně závažný a objektivní důvod pro jinou osobu v témže nebo ve srovnatelném postavení zadavatele a v týchž či srovnatelných okolnostech, za nichž má být zadávací řízení rušeno.“*, lze s ním souhlasit, s tím, že vedení sporu se zadavatelem by bylo relevantní jen pokud by z něho vyplynuly skutečnosti, které by zpochybnily splnění zadávacích podmínek uchazečem, či které by měly podstatný vliv na hodnotící kritéria.

Stěžovatel tedy jako zadavatel naplnil skutkovou podstatu deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona o veřejných zakázkách zrušením zadávacího řízení bez splnění podmínek stanovených v § 84, za který byl žalovaným postižen.

V daném případě tedy nebyly naplněny namítané kasační důvody a zdejší soud neshledal ani důvody, pro které by měl rozhodnutí zrušit pro pochybení, k nimž by měl přihlížet mimo uplatněné námitky podle § 109 odst. 3 s. ř. s. Proto Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

Stěžovatel, který neměl v tomto soudním řízení úspěch, nemá právo na náhradu nákladů řízení a úspěšnému žalovanému náklady řízení nevznikly. Proto soud rozhodl, že se žalovanému právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává (§ 60 odst. 1, § 120 s. ř. s.). Osoba zúčastněná nemá v daném případě podle § 60 odst. 5, § 120 s. ř. s. právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, neboť jí soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí vznikly náklady a není dán ani důvod zvláštního zřetele hodný pro přiznání jiných nákladů řízení.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 27. ledna 2010

JUDr. Miluše Došková
předsedkyně senátu