

USNESENÍ

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců Mgr. Petra Sedláka, Ph.D. a JUDr. Václava Štencla, MA ve věci

žalobce: **ABOUT ME s.r.o.**, IČO 29006007
sídlem Křenova 438/7, 162 00 Praha 6
zastoupen Mgr. Danielem Jankaničem, advokátem
sídlem Lazarská 11/6, 120 00 Praha 2

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

za účasti: **Kraj Vysočina**
sídlem Žižkova 57, 586 01 Jihlava
zastoupen Mgr. Janem Tejkalem, advokátem
sídlem Helfertova 2040/13, 613 00, Brno – Černá pole

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 14. 4. 2022, č. j. ÚOHS-09633/2022/161, sp. zn. ÚOHS-R0021/2022/VZ, o návrhu na vydání předběžného opatření,

takto:

- I. Návrh žalovaného ze dne 24. 5. 2022 na zrušení předběžného opatření vydaného usnesením Krajského soudu v Brně ze dne 11. 5. 2022, č. j. 31 Af 20/2022-73, **se zamítá.**
- II. Předběžné opatření vydané usnesením Krajského soudu v Brně ze dne 11. 5. 2022, č. j. 31 Af 20/2022-73, **se zrušuje.**

Odůvodnění

1. Žalobou podanou ke Krajskému soudu v Brně dne 27. 4. 2022 brojil proti shora označenému rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářského soutěže (dále „žalovaného“), kterým bylo potvrzeno rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále „správní orgán prvního stupně“) sp. zn. ÚOHS-S0337/2021/VZ, č. j. ÚOHS-03043/2022/500, ze dne 26. 1. 2022 a zamítl žalobcem podaný rozklad proti tomuto rozhodnutí.
2. Krajský soud v Brně usnesením ze dne 11. 5. 2022, č. j. 31Af 20/2022-73, uložil Kraji Vysočina, jako zadavateli veřejné zakázky, zákaz uzavřít smlouvu na plnění kterékoli z částí veřejné zakázky „Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022“, rozdělené na v usnesení specifikované části
3. V usnesení ze dne 11. 5. 2022 soud s ohledem na právní úpravu § 38 odst. 4 s.ř.s. uvedl, že „*si je vědom toho, že by po shromáždění stanovisek k podanému návrhu od ostatních subjektů mohly převážit důvody pro jeho zamítnutí, nicméně pro ten případ může soud v dalším řízení rozhodnout o zrušení tohoto předběžného opatření i bez návrhu.*“

4. Ve vztahu k předběžnému opatření jak Kraj Vysočina, tak žalovaný navrhli jeho zrušení s tím, nedošlo k prokázání individualizované újmy žalobci.

K návrhu žalovaného

5. Předběžným opatřením, kterým soud uložil povinnost osobě zúčastněné na řízení, která spočívala v zákazu uzavřít smlouvu na plnění kterékoli z částí veřejné zakázky „Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022“, rozdělené na v usnesení specifikované části, nebylo nijak zasaženo do rozhodovacích kompetencí žalovaného, tj. nebyla ani suspendována vykonatelnost jeho rozhodnutí, jak by se stalo v případě příznání odkladného účinku žalobě.
6. Smyslem vydaného předběžného opatření je vytvoření prostoru pro objektivní posouzení nutnosti trvání předběžného opatření, jak již soud žalovaného, osobu zúčastněnou na řízení, a stejně tak i žalobce v usnesení ze dne 11. 5. 2022 informoval. Soud nijak nepopírá práva žalovaného jako účastníka řízení, vč. jeho práva vyjádřit se ke splnění podmínek pro uložení, resp. trvání či zrušení předběžného opatření, ale zároveň musí konstatovat, že žalovanému žádná povinnost uložena nebyla a stejně tak žalovanému nemůže vzniknout na jeho právech žádná újma. I když soud vnímá obecné námitky žalovaného k postupu soudu, resp. k případným otázkám paušálního ukládání předběžných opatření, není úkolem žalovaného hájit zájmy zadavatelů veřejných zakázek, případně vybraných uchazečů, kterým by mohla potenciálně vzniknout újma uložení předběžného opatření.
7. V obecné rovině je evidentní nesoulad právních názorů žalovaného a zdejšího soudu na pozici žalovaného a soudu v hierarchii přezkumu, nicméně soud podle svého názoru nijak excesivně nevybočil ze své rozhodovací praxe, ani z rozhodování ohledně samotné veřejné zakázky, která je podstatou této věci.
8. Z úřední činnosti je soudu totiž známo, že veřejná zakázka „Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022“, resp. úkony zadavatele s ní související, je předmětem řízení nejenom ve věci vedené pod sp. zn. 31Af 20/2022 a sp. zn. 30 Af 23/2022, ale i předmětem řízení ve věci vedené pod sp. zn. 62Af 22/2022, ve které je posuzována žaloba žalobce SOR Libchavy spol. s r.o.
9. Ve věci vedené pod sp. zn. 62Af 22/2022 zdejší soud taktéž rozhodl o vydání předběžného opatření, kterým Kraji Vysočina, sídlem Žižkova 1882/57, Jihlava, zakázal uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem při zadávání veřejné zakázky „Zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou na území Kraje Vysočina od roku 2022“ na všechny části této veřejné zakázky. V odůvodnění usnesení ze dne 26. 5. 2022 konstatoval, že *„prima vista se žalobní argumentace v kontextu důvodů, jimiž žalobce argumentoval v průběhu správního řízení před žalovaným, nejeví jako zjevně nedůvodná; přinejmenším v části jde o problematiku dosud nejudikovanou. K tomu přistupuje skutečnost, že sám fakt, že dosud smlouva v nyní posuzované věci – alespoň podle žalobcovy argumentace – uzavřena nebyla, lze přinejmenším z podstatné části přičíst vydání předběžného opatření, které zakázalo uzavření smlouvy během správního řízení, jež vydání nyní napadeného rozhodnutí předcházelo (jak plyne z bodu 89. prvostupňového rozhodnutí žalovaného), přitom žalobce podal žalobu společně s návrhem na vydání věcně obdobného předběžného opatření zdejším soudem během krátké doby poté, co bylo správní řízení vydáním nyní napadeného rozhodnutí ukončeno (napadené rozhodnutí bylo vydáno dne 9.5.2022 a žaloba byla podána dne 23.5.2022), a tedy sám žalobce vyvíjí rozumné úsilí ve snaze zabránit důsledkům, v nichž spatřuje újmu, jež mu brozí. ... Přestože existují následné nástroje, které pro případ úspěchu dodavatelů v rámci soudního přezkumu mohou práva dodavatelů následně částečně hojit, a sice v podobě uplatnění nároků na náhradu škody, pouze odkaz na jejich využití v mnoha případech smysl soudního přezkumu oslabuje, ne-li přímo popírá. Situace, v níž se žalobce nachází, vyvolává natolik brozící vážnou újmu, že odůvodňuje mezitímní zásah soudu v podobě předběžného opatření, které fakticky ohledně uzavření smlouvy vyvolává stop stav do doby, než bude o věci samé rozhodnuto. Při znalosti problémů zadavatelské praxe se tento pohled zdejšímu soudu (senátu, který nyní ve věci*

rozhoduje) jeví jako spravedlivý a jediné rozumný (obdobně ve skutkově srovnatelné situaci např. usnesení zdejšího soudu ze dne 8.12.2021 ve věci sp. zn. 29 Af 74/2021 nebo ze dne 5.1.2022 ve věci sp. zn. 62 Af 55/2021).“

10. Je tak evidentní, že tři různé senáty zdejšího soudu přistoupily k návrhu na vydání předběžného opatření různě a v případě vyhovění návrhům na vydání předběžných opatření dospěly senáty 31Af a 62Af ke shodnému závěru ze zcela odlišných důvodů, jak vyplývá z výše uvedené citace.
11. Stejně tak zdejší soud nemá za to, že by vytvořením prostoru pro podání vyjádření jednotlivých subjektů, které jsou *skutečně* dotčeny na svých právech (na rozdíl od žalovaného), byl dotčen veřejný zájem, který je v této souvislosti povinen žalovaný hájit. Návrhu žalovaného porto soud nevyhověl.

K návrhu osoby zúčastněné na řízení

12. V případě návrhu osoby zúčastněné na řízení dospěl soud k závěru, že tento se zohledněním bližšího odůvodnění újmy žalobce poskytuje dostatečnou oporu pro zrušení předběžného opatření.
13. Podle § 38 odst. 1 s. ř. s. 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.
14. Smyslem a účelem předběžného opatření je zatímní úprava poměrů účastníků jen ve výjimečných případech, a sice hrozí-li účastníku pokračováním dosavadního stavu věcí nebo naopak jejich změnou vážná újma, tj. je-li vzhledem k okolnostem případu pravděpodobné, že taková újma nastane, nedojde-li k zatímní úpravě poměrů účastníků předběžným opatřením.
15. Pojem „závažná újma“ ve smyslu § 38 s. ř. s. je přitom neurčitým právním pojmem a není možno jednoznačně stanovit, co vždy závažnou újmu je a co jí naopak nemůže být. Přesto lze poměrně spolehlivě alespoň obecně konstatovat, že se vždy musí jednat o velmi vážný zásah do práv a povinností účastníka, jehož důsledky jsou pro něho natolik závažné a způsobilé trvale porušit jeho zájmy, že je v rozporu s právními normami či dobrými mravy, aby jej snášel. Podobně definoval vážnou újmu i Nejvyšší správní soud v usnesení ze dne 24. 5. 2006, č. j. Na 112/2006-37, č. 910/2006 Sb. NSS (www.nssoud.cz): *„Vážnou újmu je v případě, že předběžným opatřením má být podle návrhu účastníka - soukromé osoby uložena povinnost správnímu orgánu, nutno rozumět zejména takový zásah do právní sféry účastníka (resp. pokyn či donucení s obdobnými důsledky), který – v případě že by byl v řízení ve věci samé shledán sám o sobě nezákonným či shledán součástí nezákonného komplexnějšího postupu správního orgánu – představuje natolik zásadní narušení této jeho sféry, že po účastníkovi nelze spravedlivě požadovat, aby jej, byť dočasně, snášel. Vážnou újmu tedy budou zejména intenzivní zásahy do intimní sféry navrhovatele, do jeho vlastnických práv či do jiných jeho subjektivních práv, zejména těch, která mají povahu práv ústavně zaručených.“*
16. V daném specifickém případě soud poměřil újmu tvrzenou žalobcem s újmu na straně zadavatele, k níž by došlo v případě pozastavení zadávacího řízení, případně uložením zákazu uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku. Dospěl k závěru, že obecně tvrzená újma žalobce při zohlednění zcela konkrétní výše újmy na straně zadavatele, která vzniká v důsledku vyšších cen hrazených dopravcům v současnosti, odůvodňuje zrušení vydaného předběžného opatření.
17. Osoba zúčastněná na řízení opřela svůj návrh na zrušení předběžného opatření o to, že v průběhu zadávacích řízení muselo dojít k uzavření smluv s dopravci v jednacích řízeních bez uveřejnění. Zadavatel je nucen platit ročně dopravcům kompenzaci vyšší o cca 58 milionů Kč oproti tomu, kolik by platil při nabídkových cenách nejvýhodnějších nabídek pro první období plnění a o cca 235 milionů více oproti nabídkovým cenám pro druhé období plnění. Po zadavateli tak nelze spravedlivě žádat, aby nadále strpěl povinnosti uložené předběžným opatřením.

18. Oproti tomu žalobce spatřoval svoji vážnou újmu v tom, že vydání rozkladového rozhodnutí žalovaného a uzavření smlouvy by žalobci definitivně znemožnilo docílit zrušení předmětných netransparentních zadávacích řízení a vypsání nového transparentního zadávacího řízení. Dále namítl újmu v podobě ušlého zisku z podnikatelské činnosti při potenciální realizaci takové zakázky v řádu desítek milionů korun s tím, že další soutěžení veřejné zakázky na zajištění dopravní obslužnosti veřejnou linkovou dopravou ve vztahu k předmětným lokalitám v Kraji Vysočina by pak bylo možné očekávat nejdříve za deset let od zahájení provozu dle jednotlivých uzavřených smluv a po tuto dobu by tak bylo žalobci fakticky znemožněno plnění předmětné služby ve vybraných lokalitách.
19. K argumentaci žalobce stran (ne)možnosti vypsání nového řízení soud konstatuje, že pro aktuální posouzení věci je klíčové poměření potenciální škody, která by mohla vzniknout žalobci a Kraji Vysočina, neboť na získání veřejné zakázky není právní nárok.
20. V případě újmy, kterou žalobce a osoba zúčastněná na řízení tvrdí, považuje soud za reálnou a vznikající újmu tu, která je specifikována osobou zúčastněnou na řízení. Oproti tomu žalobce specifikoval újmu pouze v rovině případného ušlého zisku. Osoba zúčastněná na řízení tak dostatečně určitě specifikovala jí aktuálně vznikající škodu, kterou kvantifikovala dostatečně určitě. Oproti tomu žalobce nspecifikoval dopad do svých práv jinak, než že nebude v určité době dosahovat (hypotetického) zisku, aniž případný vliv nemožnosti dosáhnout potenciálního zisku na podnikání žalobce, resp. možnost podnikat, jakkoliv specifikoval (krom hypotetického zvýšení majetku).
21. Soud po doložení vyjádření jednotlivých účastníků řízení shledal, že není na místě nadále ve vztahu k žalobci nadále omezovat Kraj Vysočina v realizaci veřejné zakázky.
22. I přes výše vyslovený závěr soud setrvává na své argumentaci, že potenciální uzavření smlouvy na veřejnou zakázku významně omezuje efektivní možnost zásahu žalovaného proti možným pochybením zadavatele v zadávacích řízeních a že uzavřením smlouvy podle aktuální právní úpravy z pohledu zásahů žalovaného nastává nevratný stav. V nynějším případě je však nutné zohlednit jasně specifikovanou újmu zadavatele, k níž by došlo odložením okamžiku, od kdy bude možné plnit předmět veřejné zakázky, podle názoru soudu převažující nad hypotetickou újmou žalobce počítající v potenciálním ušlém zisku.
23. Pouze na okraj soud uvádí, že argumentace osoby zúčastněné na řízení rozhodnutím o návrhu na vydání předběžného opatření č. j. 30 Af 23/2022 – 70 ze dne 26. 5. 2022 je poněkud zavádějící, neboť samotný senát 30Af v citovaném usnesení jasně konstatoval, že „Konečně závěrem soud přiblížil rovněž k tomu, že usnesením soudu ze dne 11. 5. 2022, č. j. 31 Af 20/2022-73, byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na plnění kterékoli z částí předmětné veřejné zakázky do pravomocného skončení soudního řízení v dané věci. Potřeba zatímní úpravy poměrů tak v nynější chvíli není nijak aktuální.“ V žádném případě nemohlo osobě zúčastněné na řízení v souvislosti s citovaným rozhodnutím vzniknout jakékoliv, tím spíše legitimní, očekávání postupu senátu 31Af, o čemž svědčí obsah celého rozhodnutí senátu 30Af, který zohledňoval konkrétní situaci (stejně jako nyní senát 31Af), a rozhodnutí senátu 62Af, jehož důvody byly citovány výše.

Poučení: Proti tomu usnesení není opravný prostředek přípustný.

Brno 7. září 2022

JUDr. Jaroslava Skoumalová v. r.
předsedkyně senátu