



ČESKÁ REPUBLIKA

# ROZSUDEK

## JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci žalobce: **Advokátní kancelář Brož, Sedlatý s.r.o.**, se sídlem Praha 3, Vinohradská 2828/151, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 3.12.2015, č.j. ÚOHS-R250/2014/VZ-37034/2015/323/RBu,

**t a k t o :**

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 3.12.2015, č.j. ÚOHS-R250/2014/VZ-37034/2015/323/RBu, se **zrušuje** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27.6.2014, č.j. ÚOHS-S17/2014/VZ-13659/2014/513/EDo, se **zrušuje**.
- III. Žalovaný **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- IV. Žalovaný je **povinen** nahradit žalobci náklady řízení ve výši 9 997 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám Mgr. Miroslava Kučerky, advokáta se sídlem Praha 5, Bucharova 12.

## **O d ů v o d n ě n í :**

Žalobce napadá žalobou rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 3.12.2015, č.j. ÚOHS-R250/2014/VZ-37034/2015/323/RBu, kterým byl zamítnut rozklad žalobce proti prvostupňovému rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27.6.2014, č.j. ÚOHS-S17/2014/VZ-13659/2014/513/EDo, a toto prvostupňové rozhodnutí potvrzeno.

### I. Podstata věci

Žalobce v užším zadávacím řízení na poskytování právních služeb podal žádost o účast ve lhůtě stanovené zadavatelem (do 2.11.2012), následně byl dne 12.3.2013 z další účasti v zadávacím řízení vyloučen z důvodu neprokázání splnění kvalifikace. Žalobce proti rozhodnutí o vyloučení podal neúspěšně námitky a poté návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k žalovanému; ten byl zčásti zamítnut a zčásti bylo řízení zastaveno. V mezidobí zadávacího řízení pokračovalo a byla stanovena lhůta pro podání nabídek – ve vztahu k jednotlivým částem veřejné zakázky mezi 5.12.2013 a 30.1.2014. Žalobce dne 10.12.2013 podal neúspěšně námitky proti zadávacím podmínkám a následně dne 2.1.2014 návrh na zahájení správního řízení; to se týkalo stanovení zadávacích podmínek. Tento návrh žalovaný zamítl podle § 118 odst. 5 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), neboť tento návrh byl podán neoprávněnou osobou; tento svůj závěr vystavěl na argumentaci, podle které námitky proti zadávacím podmínkám (jež byly obsahem návrhu k žalovanému ze dne 2.1.2014) žalobce neuplatnil v době, kdy podal žádost o účast v zadávacím řízení, ani je neuplatnil v námitkách proti svému vyloučení. Podal-li žalobce tyto námitky až dne 10.12.2013, podal je opožděně. Vzhledem k tomu, že užší řízení je řízením dvoufázovým, pravidlo podle § 110 odst. 3 ZVZ, podle něhož lze námitky proti zadávacím podmínkám uplatnit ve lhůtě 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, je podle žalovaného třeba aplikovat v tom smyslu, že námitky proti zadávacím podmínkám týkajícím se kvalifikace je třeba uplatnit ve lhůtě 5 dnů od skončení lhůty pro podání žádosti o účast.

Proto byly podle žalovaného žalobcovy námitky podány opožděně, žalobce tedy práva podat řádné a včasné námitky podle žalovaného nevyužil, a proto je osobou neoprávněnou k podání návrhu k žalovanému. Předseda žalovaného se pak s touto konstrukcí ztotožnil.

### II. Shrnutí procesního postoje žalobce

Podstata žaloby spočívá v argumentaci ohledně nesprávnosti (nezákonnosti) zamítnutí návrhu; žalobce má za to, že jestliže § 110 odst. 3 ZVZ stanoví, že stěžovatel musí námitky proti zadávacím podmínkám doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od

skončení lhůty pro podání nabídek, pak je to stanoveno jednotně pro všechna zadávací řízení, tedy i pro řízení užší. Jestliže tedy žalobce podal námitky proti zadávacím podmínkám ve lhůtě 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, nepodal je opožděně. Podle žalobce § 110 odst. 3 ZVZ neposkytuje oporu pro výklad, podle něhož by v užším řízení musely být námitky proti zadávacím podmínkám podány ve lhůtě 5 dnů od podání žádosti o účast, tato konstrukce žalovaného je rovněž podle žalobce v rozporu s jeho dřívější správní praxí.

Dále žalobce uvádí, že splnil i veškeré požadavky návrhu, včetně argumentace ohledně porušení ZVZ, v jehož důsledku žalobci hrozí nebo vznikla újma na jeho právech; byly-li zadávací podmínky od počátku v rozporu se ZVZ, pak hrozící újma žalobci je zřejmá. Kromě toho žalobce namítá nesprávné posouzení jeho argumentace ohledně nepřezkoumatelnosti předchozího rozhodnutí zadavatele o námitkách, neboť z odůvodnění rozhodnutí o námitkách je patrné, že námitky byly odmítány, zatímco z výroku plyne, že jim nebylo vyhověno. Žalobce také namítá nedodržení lhůt pro vydání rozhodnutí v řízení před žalovaným.

Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušit. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před soudem, včetně jednání, které ve věci proběhlo.

### III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

Žalovaný ve svém vyjádření plně setrval na závěrech, k nimž dospěl v napadeném rozhodnutí; žalovaný na toto rozhodnutí v převažující míře odkazuje. Žalovaný tedy navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout. I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před soudem, i na jednání, které ve věci proběhlo.

### IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Klíčovou otázkou v posuzované věci je otázka interpretace § 110 odst. 3 ZVZ v tzv. dvoufázových zadávacích řízeních (tu konkrétně v užších řízeních), v nichž lhůta pro podání nabídky není první běžící lhůtou v řízení (lhůtou pro první úkon dodavatele v zadávacím řízení), v nichž podání nabídky není prvním úkonem dodavatele v zadávacím řízení a v nichž se splnění kvalifikace neproказuje ve lhůtě pro podání nabídek, nýbrž dříve, a to již na základě posouzení žádosti o účast v zadávacím řízení. Jinými slovy je klíčovou otázkou, zda i v případech tzv.

dvoufázových zadávacích řízení (tu konkrétně užších řízení) má dodavatel možnost proti veškerým zadávacím podmínkám brojit „*ve lhůtě pro podání nabídek + 5 dnů*“, jak obecně pro všechna zadávací řízení bez jakékoli výjimky stanoví § 110 odst. 3 ZVZ, anebo zda v případech tzv. dvoufázových zadávacích řízení (tu konkrétně užších řízení) má být pravidlo vyjádřené v § 110 odst. 3 ZVZ „za použití rozumu“ v případě námitek proti zadávacím podmínkám týkajících se požadavků na prokázání splnění kvalifikace modifikováno ve smyslu „*lhůta pro podání žádosti o účast + 5 dnů*“.

Podle § 110 odst. 3 ZVZ námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.

Podle § 28 odst. 1 ZVZ v oznámení užšího řízení oznamuje zadavatel neomezenému počtu dodavatelů svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení; oznámení užšího řízení je výzvou k podání žádostí o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace. Podle § 28 odst. 2 ZVZ zájemci podávají písemnou žádost o účast a prokazují splnění kvalifikace ve stanovené lhůtě. Po posouzení kvalifikace zájemců zadavatel vyzve zájemce, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky. Podle § 28 odst. 4 ZVZ písemná výzva k podání nabídek obsahuje alespoň a) zadávací dokumentaci nebo podmínky přístupu či poskytnutí zadávací dokumentace podle § 48 ZVZ, b) informaci o uveřejnění oznámení užšího řízení, c) lhůtu pro podání nabídek; to neplatí, jestliže sektorový zadavatel stanoví lhůtu podle § 41 odst. 4 ZVZ, d) místo podání nabídek, e) údaje o hodnotících kritériích podle § 78 ZVZ, pokud nejsou uvedeny v oznámení užšího řízení či zadávací dokumentaci, a f) informaci o tom, v jakém jazyce může být nabídka podána.

Z uvedeného zdejšímu soudu plyne, že jsou dány všechny rozumné důvody svědčící proto to, aby dodavatelé v tzv. dvoufázových řízeních nebyli oprávněni své námitky proti zadávacím podmínkám obsahujícím požadavky na prokázání splnění kvalifikace odkládat až do doby, kdy mají být po prokázání splnění kvalifikace a po obdržení výzvy k podání nabídek nabídky podávány (a nadto ještě v dalších pěti dnech), nýbrž aby je museli uplatnit – hodlají-li proti těmto zadávacím podmínkám brojit – již v době, kdy nepochybně reálně zjistí, že jsou dány důvody pro jejich zpochybnění, tedy již v souvislosti s podáváním žádostí o účast v zadávacím řízení. Jestliže oznámení užšího řízení je výzvou k podání žádostí o účast v užším řízení a k prokázání splnění kvalifikace, pak požadavky na prokazování kvalifikace musí být dodavatelům známy již společně s tímto oznámením. Jestliže prvním krokem dodavatelů, kteří se hodlají o veřejnou zakázku ucházet, je v reakci na oznámení užšího řízení písemná žádost o účast, jež musí být podána ve lhůtě, v níž se zároveň prokazuje splnění kvalifikace, pak veškeré výhrady dodavatelů k požadavkům zadavatele na kvalifikaci musí být dodavatelům zřejmé již v okamžiku, kdy podávají žádost o účast a kdy prokazují kvalifikaci, a tedy jevílo by se jako správné, přiměřené

a korektní, aby lhůta pro uplatnění námitek proti těmto požadavkům uplynula shodně jako lhůta pro vyhovění těmto požadavkům. Proto se zdejšímu soudu obecné pravidlo aplikovatelné na všechny druhy zadávacích řízení (tedy i na řízení tzv. dvoufázová, a tedy i užší řízení), podávané z § 110 odst. 3 ZVZ, podle něhož námitky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, jeví nejen jako nešikovné, nýbrž i jako zjevně nesprávné. Proto také zdejší soud žalovanému rozumí v jeho snaze o teleologický výklad s akcentem na účel ZVZ i účel řízení o námitkách, i faktickému použití analogie (v tom směru, že ve vztahu k otázkám prokazování kvalifikace má podání nabídky v otevřeném řízení, na něž § 110 odst. 3 ZVZ ještě rozumně dopadá – odhlédne-li zdejší soud od prodloužení lhůty pro podání námitek ještě o pět dnů po uplynutí lhůty pro podání nabídek – stejné účinky jako podání žádosti o účast v užším řízení), byť sám žalovaný musel připustit, že použití analogie k tíži adresáta (tu žalobce) je zásadně nepřípustné.

Nešikovnost zákonodárce a zřejmě nepromyšlená konstrukce obecně aplikovatelného § 110 odst. 3 ZVZ, jež je ve výsledku způsobila umožnit podávání i výlučně kverulantních a obstrukčních námitek, které ve skutečnosti mohou mít pouze ke zkomplikování zadávacího řízení poté, co dodavatel neuspěl v první fázi řízení (při prokazování splnění kvalifikace), ani vcelku přiléhavý postoj žalovaného k otázce, jaké pravidlo by z § 110 odst. 3 ZVZ ve vztahu k tzv. dvoufázovým řízením mělo „za použití rozumu“ vyplývat, však podle zdejšího soudu nejsou dostatečnými důvody, pro které by jednoznačně interpretovatelné pravidlo podávané z § 110 odst. 3 ZVZ mělo být vyloženo k tíži dodavatelů za situace, kdy tito dodavatelé na opačný výklad, pro ně příznivý, mohli legitimně spoléhat, a to jak v důsledku samotného znění § 110 odst. 3 ZVZ, tak (a to podle zdejšího osudu především) v důsledku předchozí rozhodovací praxe žalovaného.

V bodu 83. prvostupňového rozhodnutí žalovaný poukazuje na rozhodnutí ze dne 1.11.2010 ve věci sp. zn. ÚOHS-S195/2010/VZ, v němž ohledně obdobné právní otázky žalovaný sice vyšel z toho, že pravidlo formulované v § 110 odst. 3 ZVZ není vhodné, přesto jde o pravidlo podle žalovaného aplikovatelné. Že by toto pravidlo mělo být aplikováno tak, jak jej žalovaný aplikoval v nyní posuzované věci, tudíž podle zdejšího soudu z rozhodnutí žalovaného ze dne 1.11.2010 ve věci sp. zn. ÚOHS-S195/2010/VZ neplyne.

Má-li přitom opačný názor (tj. shodný jako v nyní posuzované věci) podle žalovaného plynout z rozhodnutí žalovaného ze dne 5.9.2011 ve věci sp. zn. ÚOHS-S144/2011/KO, jak na toto rozhodnutí žalovaný poukazuje v bodu 85. prvostupňového rozhodnutí, pak podle zdejšího soudu se o zřetelně opačný názor rovněž nejedná; jak plyne z citace uvedeného rozhodnutí v bodu 85. prvostupňového rozhodnutí a jak zdejšímu plyne navíc i z dokazování textem tohoto rozhodnutí u

jednání soudu, žalovaný zmiňoval námitky proti stanovení kvalifikačních předpokladů a námitky proti zhotoviteli koncesní dokumentace, ty označil jako námitky proti zadávacím podmínkám, pak mimo jiné zmínil lhůtu pro podání nabídek, jež (po prodloužení) uplynula dne 18.3.2011, a uzavřel, že posledním dnem pro doručení námitek proti zadávacím podmínkám byl den 23.3.2011, což je pátý den po uplynutí lhůty pro podání nabídek, nikoli žádostí o účast. Názor žalovaného, podle něhož by lhůta pro podání námitek proti požadavkům zadavatele na prokázání splnění kvalifikace měla uplynout dříve než pátým dnem po uplynutí lhůty pro podání nabídek, tudíž neplyne ani z uvedeného rozhodnutí žalovaného.

V napadeném rozhodnutí (v bodu 40.) jsou pak zmiňována další rozhodnutí žalovaného (ze dne 7.11.2012 ve věci sp. zn. ÚOHS-S447/2012/VZ a ze dne 13.8.2012 ve věci sp. zn. ÚOHS-S356/2012/VZ), z nichž podle zdejšího soudu sice může plynout, že pravidlo podle § 110 odst. 3 ZVZ není podle žalovaného pro případy tzv. dvoufázových řízení vhodné, neplyne však z těchto rozhodnutí, že by nemělo být aplikováno, resp. že by mělo být aplikováno stejně, jako je žalovaný aplikoval v nyní posuzované věci.

Zdejšímu soudu je navíc z jeho úřední činnosti známo, že žalovaný relativně dlouhou dobu zastával názor, že nelze zaměňovat pojmy „lhůta pro podání nabídek“ a „lhůta pro podání žádosti o účast“, a proto nelze v případě tzv. dvoufázových řízení (tj. v případě užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním a soutěžního dialogu) vázat konec lhůty pro podání námitek proti zadávacím podmínkám na uplynutí lhůty pro podání žádosti o účast, neboť s tímto pojmem § 110 odst. 3 ZVZ nepracuje. U jednání dokazoval zdejší soud rozhodnutími žalovaného čj. ÚOHS-S195/2010/VZ-11676/2010/520/DŘí ze dne 1.11.2010, čj. ÚOHS-S356/2012/VZ-15121/2012/540/ZČa ze dne 13.8.2012, čj. ÚOHS-S360/2012/VZ-15210/2012/520/MHr ze dne 14.8.2012, čj. ÚOHS-S447/2012/VZ-21054/2012/514/MKr ze dne 7.11.2012 a čj. ÚOHS-S641/2014/VZ-25779/2014/522/KČe ze dne 4.12.2014, z jejichž obsahu vyplynulo, že v těchto rozhodnutích žalovaný ve vztahu k § 110 odst. 3 ZVZ zastával přísný jazykový výklad, podle něhož je zřejmé, že časový prostor k podání námitek proti zadávacím podmínkám je vázán na lhůtu pro podání nabídek, z tohoto důvodu nelze jejich podání vázat na lhůtu pro přijetí žádosti o účast a jakýkoli jiný výklad za použití analogie byl podle žalovaného vyloučen; uvedená rozhodnutí buď deklarovala spáchání správního deliktu zadavatele tím, že nesprávně (nezákonně) nebyly vyřízeny námitky, které zadavatel nesprávně (nezákonně) pokládal za opožděné, případně žalovaný z téhož důvodu rozhodl o opatření k nápravě, podstata argumentace žalovaného v těchto rozhodnutích byla přitom věcně shodná jako argumentace žalobce v nyní posuzované věci.

Názor žalovaného, na němž byla uvedená rozhodnutí žalovaného založena, jak s ohledem na jeho jasnou a srozumitelnou intimaci, tak dobu, po kterou jej v uvedených rozhodnutích žalovaný zastával, tudíž zdejší soud pokládá za právní názor dlouhodobý a ustálený. Zastával-li přitom žalovaný tento názor i ve svém rozhodnutí čj. ÚOHS-S641/2014/VZ-25779/2014/522/KČe ze dne 4.12.2014, je zdejšímu soudu zřejmé, že jej takto zastával i poté, co žalobce v nyní posuzované věci námitky (v prosinci 2013) podával. Žalobce tedy v době, kdy podával námitky, a ještě i cca rok poté, mohl oprávněně vycházet z konstantního výkladu samotného žalovaného, podle něhož by tyto námitky opožděně podanými nebyly, a žádné pochybnosti o správnosti tohoto výkladu nemohl mít ani při vynaložené maximální odborné péči.

Přehodnocení předchozí rozhodovací praxe žalovaného lze podle zdejšího soudu vysledovat až v rozhodnutí čj. ÚOHS-S1052/2014/VZ-2976/2014/542/JVo ze dne 29.1.2015, v němž žalovaný zdůraznil nezbytnost rozlišovat, jaká konkrétní zadávací podmínka je námitkami napadána. V tomto rozhodnutí žalovaný údajně navazoval na své předchozí rozhodnutí čj. ÚOHS-S144/2011/KO-13024/2011/530/SWa ze dne 5.9.2011, které podle něj tvořilo výjimku z předchozí rozhodovací praxe, neboť v něm bylo uvedeno, že „...*Lhůta pro podání žádostí o účast byla v oznámení o zahájení koncesního řízení stanovena do 13. 9. 2010. Posledním dnem pro doručení námitek proti kvalifikační dokumentaci byl den 18. 9. 2010. Lhůta pro podání nabídek byla podle výzvy k podání nabídky stanovena do 23. 2. 2011 a poté zadavatelem prodloužena do 18. 3. 2011. Posledním dnem pro doručení námitek proti zadávacím podmínkám byl den 23. 3. 2011...*“, zdejší soud však již shora vyložil, že z rozhodnutí žalovaného ze dne 5.9.2011 ve věci sp. zn. ÚOHS-S144/2011/KO názor, jenž by se vymykal dosud ustálenému názoru, podle jeho názoru neplyne. Je tomu tak proto, že v uvedeném rozhodnutí žalovaný zmiňoval námitky proti zadávacím podmínkám, pak mimo jiné zmínil lhůtu pro podání nabídek, jež po prodloužení uplynula dne 18.3.2011, a uzavřel, že posledním dnem pro doručení námitek proti zadávacím podmínkám byl den 23.3.2011, což je pátý den po uplynutí lhůty pro podání nabídek (nikoli tedy žádostí o účast), přitom námitky byly podány opožděně, byly-li podány až dne 2.4.2011 (po dni 23.3.2011). Za této situace se tedy zdejšímu soudu jako první rozhodnutí žalovaného, v němž svoji předchozí rozhodovací praxi přehodnotil, jeví – kromě rozhodnutí v nyní posuzované věci – rozhodnutí čj. ÚOHS-S1052/2014/VZ-2976/2014/542/JVo ze dne 29.1.2015. Toto rozhodnutí však bylo vydáno až poté, co žalobce v nyní posuzované věci námitky (v prosinci 2013) podával.

Zdejší soud (aniž by hodnotil, zda žalobce – navíc coby profesionál v oboru – námitky v nyní posuzované věci podával z důvodů podle něj korektně míněných či z důvodů obstrukčních) tedy ze shora uvedeného uzavírá, že žalobce v době, kdy námitky podával, mohl oprávněně spoléhat na dosavadní konstantní výklad

žalovaného, s nímž byl žalobcův postup v souladu. Tento výklad žalovaného byl navíc v naprostém (doslovném) souladu se samotným textem § 110 odst. 3 ZVZ.

Jestliže zákonodárce v § 110 odst. 3 ZVZ stanovil pravidlo, jež je speciálním k obecnému pravidlu o lhůtě k podání námitek plynoucímu z § 110 odst. 2 ZVZ a jež jednotně, bez odlišností ve vztahu k jednotlivým druhům zadávacích řízení, umožňuje námitky proti zadávacím podmínkám doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, pak tak učinil jistě s vědomím účelu ZVZ. Zdejší soud (senát, který v nyní posuzované věci rozhoduje) vychází ze zásady rozumného zákonodárce, který stanoví-li určité pravidlo jednoznačně, jistě ví, proč tak činí. Ostatně zákonodárce měl možnost, vnímal-li by potřebu odlišné právní úpravy s ohledem na účel zákona, jak jej v nyní napadeném rozhodnutí dovozuje žalovaný, pravidlo plynoucí z § 110 odst. 3 ZVZ některou z četných novel ZVZ změnit, kupř. právě tak, jak by odpovídalo interpretaci žalovaného a jak by též odpovídalo § 242 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. To však zákonodárce neučinil. Žalovaný není zákonodárcem a není jím ani zdejší soud.

Zdejší soud by byl připraven ještě akceptovat výklad žalovaného, jenž se promítl do prvostupňového a posléze nyní napadeného rozhodnutí, za situace, pokud by jej žalovaný adresátům (a tedy i žalobci) srozumitelně předem intimoval; pouze v takovém případě by adresáti (zadavatelé i dodavatelé) mohli legitimně spoléhat na výklad, jenž v textu právního předpisu oporu nemá. Naopak vycházela-li dosavadní praxe žalovaného z opačného výkladu, jenž nadto jistě lépe odpovídá samotné dikci ZVZ, pak náhlá interpretační změna v neprospěch dodavatelů, tedy i žalobce, žalobcova veřejná práva podle zdejšího soudu zasáhla; o zásah jde přitom významný, neboť ve výsledku znamená, že žalobci je upřen meritorní přezkum postupu zadavatele k návrhu žalobce. K takovému závěru je třeba podle zdejšího soudu dospět bez ohledu na konkrétní okolnosti posuzované věci po její stránce skutkové.

Zdejší soud si je vědom dosavadní rozhodovací praxe žalovaného i správních soudů, z níž plyne, že zadávací řízení je založeno na posloupnosti kroků zadavatelů i posloupnosti možností obrany dodavatelů, a z níž tedy plyne i důraz na potřebu činit odpovídající kroky v rámci obrany proti postupu zadavatelů v jednotlivých fázích zadávacích řízení, tedy „včas“. Ostatně i Soudní dvůr např. ve svém rozsudku ze dne 12.2.2014 ve věci „*Grossmann Air Service*“, C-230/02, akcentoval, že dodavatel musí podat proti postupu zadavatele příslušný opravný prostředek v první možné fázi zadávacího řízení, jinak mu nemusí být přiznán právní zájem na jeho (pozdějším) podání, zároveň však Soudní dvůr např. ve svém rozsudku ze dne 12.12.2002 ve věci „*Universale-Bau*“, C-470/99, vyšel z toho, že není vnitrostátní legislativě v oblasti zadávání veřejných zakázek znemožněno stanovit pravidlo, podle něhož žádost o přezkum rozhodnutí zadavatele nebo jakékoli jiné neregulérnosti v zadávacím řízení musí být podána v rámci určitého časového limitu, přitom není-li v jeho rámci podána,



nelze již takové rozhodnutí zadavatele nebo jinou neregulérnost v zadávacím řízení napadnout, za předpokladu, že časový limit je přiměřený; Soudní dvůr tedy otázku doby, v níž lze jednotlivé kroky zadavatele napadnout, pokládá za otázku vnitrostátní právní úpravy (jde-li o časový limit přiměřený), aniž by vnitrostátnímu zákonodárci přímo ukládal takovou dobu konkrétním způsobem omezit; i z tohoto pohledu je třeba hodnotit § 110 odst. 3 ZVZ coby českou vnitrostátní úpravu.

Zdejší soud rovněž souhlasí s obecnými myšlenkami, jak jsou ohledně cíle a účelu ZVZ v napadeném rozhodnutí zmiňovány, vnímá i důvodovou zprávu k zákonu č. 417/2009 Sb., podle níž má být dodavatelům zabráněno podávat účelové námitky, jak na ni žalovaný poukazuje. Zdejší soud též obecně souhlasí se žalovaným v jeho pojetí možných změn výkladové (a aplikační) praxe beze změny zákonné úpravy, jak jím argumentuje v napadeném rozhodnutí. Zdejší soud je též velmi dobře obeznámen s judikaturou Ústavního soudu k možnosti změny správní praxe. Nic z toho však podle zdejšího soudu oprávněnost výkladu žalovaného ve vztahu ke konkrétní žalobcově situaci, podával-li námitky v prosinci 2013, kdy se mohl oprávněně spoléhat na výklad, s nímž byl jeho postup v souladu, nezakládá. Podstatné pro zdejší soud je, že výklad pravidla plynoucího z § 110 odst. 3 ZVZ, na němž založil svůj závěr žalovaný, pro žalobce nemohl být rozumně předvídatelný ani při vynaložení maximální odborné péče; žalobce nemohl očekávat, že podá-li námitky proti zadávacím podmínkám v souladu s § 110 odst. 3 ZVZ, tj. „*ve lhůtě pro podání nabídek + 5 dnů*“, podá je opožděně.

Zdejší soud tedy dává zapravdu žalobci, že v jeho situaci je třeba dovodit, že i v případech tzv. dvoufázových zadávacích řízení (tu konkrétně užších řízení) má dodavatel možnost v souladu s § 110 odst. 3 ZVZ proti veškerým zadávacím podmínkám brojit „*ve lhůtě pro podání nabídek + 5 dnů*“. Jestliže lhůta pro podání nabídek ve vztahu k jednotlivým částem veřejné zakázky uplynula v rozmezí 5.12.2013 až 30.1.2014 a jestliže žalobce podal námitky dne 10.12.2013, podal je v souladu s § 110 odst. 3 ZVZ, a tedy nikoli opožděně. Pak tedy z důvodu opožděného podání námitek nemohl být návrh k žalovanému podán neoprávněnou osobou a důvod pro zamítnutí žalobcova návrhu podle § 118 odst. 5 písm. c) ZVZ dán není.

Žalovaný dále zamítnutí žalobcova návrhu opřel o závěr, že žalobce není oprávněnou osobou k podání návrhu ani proto, že újma, kterou v podaných námitkách uvedl, mu namítaným postupem zadavatele reálně nemohla vzniknout, neboť již byl vyloučen pro neprokázání plnění kvalifikace, a proto nepodal námitky řádně v souladu s § 110 odst. 7 ZVZ. Ani s touto argumentací se zdejší soud neztotožňuje.

Podle § 110 odst. 7 ZVZ se námitky podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podáván, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle § 110 odst. 2, 3 a 5 ZVZ musí být

uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovateli. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci.

Podmínkou řádně uplatněných námitek je tedy (mimo jiné) tvrzení újmy ve smyslu § 110 odst. 7 ZVZ, nikoli prokázání její reálné hrozby či vzniku. Pak tedy – pokud jde o otázku újmy – podmínkou řízení o námitkách je její tvrzení, přitom otázka, zda jde o tvrzení důvodné či nikoli, je již otázkou věcného posouzení námitek. Jestliže tedy žalobce v námitkách tvrdil, že má zájem na získání plnění všech částí veřejné zakázky, avšak mimo jiné s ohledem na (podle jeho názoru) nesprávně nastavené a diskriminační zadávací podmínky hrozí žalobci újma ve formě ušlého zisku z plnění veřejné zakázky, pak své povinnosti tvrzení újmy podle § 110 odst. 7 ZVZ dostál. Nadto dovozuje-li žalovaný, že tvrzení žalobce o tom, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla, žalobce v námitkách z materiálně právního pohledu „nemohl uvést“, neboť nemožnost získat veřejnou zakázku byla dána tím, že neprokázal kvalifikaci, pak ani tato dílčí úvaha neobstojí, neboť žalobce byl sice vyloučen pro neprokázání splnění kvalifikace (o tom ostatně již žalovaný rozhodl), samotné zadávací podmínky obsahující požadavky na prokázání kvalifikace však dosud předmětem přezkumu nebyly – a k jejich přezkumu sloužily právě námitky ze dne 10.12.2013.

Pokud jde tedy o tvrzení újmy ve smyslu § 110 odst. 7 ZVZ, žalobcovy námitky podmínkám tohoto ustanovení vyhověly, a tedy ani z důvodu nepodání řádných námitek podle § 110 odst. 7 ZVZ nemohl být návrh podán neoprávněnou osobou, a proto ani v tom případě důvod pro zamítnutí žalobcova návrhu podle § 118 odst. 5 písm. c) ZVZ dán není.

Ze shora uvedeného plyne, že ani jeden z důvodů pro zamítnutí žalobcova návrhu podle § 118 odst. 5 písm. c) ZVZ dán není. Napadené rozhodnutí je tedy založeno nezákonností založenou nesprávným výkladem § 110 odst. 3 a 7 ZVZ, což je důvodem k jeho zrušení podle § 78 odst. 1 ZVZ a k vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení podle § 78 odst. 4 s.ř.s. Z téhož důvodu neobstojí ani předchozí prvostupňové rozhodnutí žalovaného, aniž by jeho nezákonnost mohla být napravena v řízení před předsedou žalovaného; proto zdejší soud podle § 78 odst. 3 s.ř.s. zrušil i prvostupňové rozhodnutí.

Ve vztahu k dalšímu řízení má žalovaný nyní najisto postaveno, že shora uvedené důvody pro zamítnutí žalobcova návrhu podle § 118 odst. 5 písm. c) ZVZ nebyly dány. Pokud jde o zbytek žalobní argumentace, pak pro další řízení před žalovaným zdejší soud pokládá za vhodné doplnit, že se ztotožňuje se žalovaným

v jeho závěru vyjádřeném v bodu 70. napadeného rozhodnutí, podle něhož zabýval-li se zadavatel žalobcovými námitkami věcně, nemohl tím být žalobce na jakémkoli svém veřejném subjektivním právu dotčen. Konečně namítal-li žalobce, že žalovaný při vydávání prvostupňového i napadeného rozhodnutí nedodržel lhůty plynoucí z § 71 správního řádu, pak tato skutečnost se v rozhodování zdejšího soudu v nyní posuzované věci nemá jak promítnout; ochrany před případnou nečinností žalovaného při vydávání rozhodnutí se žalobce mohl domáhat v průběhu řízení před žalovaným žalobou podle § 79 s.ř.s.

#### V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve věci proti žalovanému celkově procesně úspěšným, a proto právo na náhradu nákladů řízení náleží procesně úspěšnému žalobci proti žalovanému. Žalovaný toto právo proti žalobci nemá. Žalobci byla přiznána náhrada nákladů za zaplacený soudní poplatek (3 000 Kč) a za právní zastoupení při jednání soudu (1 úkon + 1 režijní paušál, 3 100 Kč + 300 Kč podle § 11 odst. 1 písm. g/, § 9 odst. 4, § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb. advokátního tarifu; 3 100 Kč + 300 Kč = 3 400 Kč) společně s náhradou za cestovné právního zástupce k jednání soudu a zpět (Praha – Brno - Praha, 420 km vozidlem RZ 1 AF 8301, kopie TP doložena,  $((6,2:100) \times 28,60 + 3,90) \times 420 \text{ km} = 2\,383 \text{ Kč}$ , to vše vyjma soudního poplatku s navýšením o částku odpovídající DPH, tj. celkem 4 114 Kč + 2 883 Kč + 3 000 Kč = 9 997 Kč. K zaplacení byla žalovanému stanovena přiměřená lhůta.

#### **P o u č e n í :**

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 18. května 2017

Za správnost vyhotovení:  
Romana Lipovská

David Raus, v.r.  
předseda senátu