

## U S N E S E N Í

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců JUDr. Jany Kubenové a Mgr. Petra Šebka v právní věci žalobců: **a) AGROSTAV, akciová společnost**, se sídlem Jihlava, Hruškové Dvory 3, **b) Chemkostav a.s.**, se sídlem Slovenská republika, Michalovce, K. Kuzmányho 22, **c) Stavební firma Škrabal spol. s r. o.**, se sídlem Brno, Vránova 134, a **c) IPOS PS s. r. o.**, se sídlem Jihlava, Hruškové Dvory 6, všichni zastoupeni Mgr. Lukášem Trojanem, advokátem KŠD ŠŤOVÍČEK advokátní kancelář, s. r. o. se sídlem Praha 4, Hvězdova 1716/2b, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 3. 2011, č.j. ÚOHS-R44/2011/VZ-3730/2011/310/EKu, o návrhu žalobců na vydání předběžného opatření,

### t a k t o :

Návrh žalobců na vydání předběžného opatření, jímž by soud zadavateli veřejné zakázky „Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko“ Svazu vodovodů a kanalizací Jihlavsko, se sídlem Jihlava, Žižkova 93, uložil povinnost zdržet se jakýchkoli úkonů v zadávacím řízení, jež by vedly k uzavření smlouvy s uchazečem vybraným pro realizaci veřejné zakázky, až do doby rozhodnutí soudu o správní žalobě, **s e z a m í t á.**

### O d ů v o d n ě n í

Žalobci podali dne 22. 4. 2011 ke Krajskému soudu v Brně žalobu proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 17. 3. 2011, č.j. ÚOHS-R44/2011/VZ-3730/2011/310/EKu, kterým byl zamítnut rozklad žalobců proti rozhodnutí žalovaného ze dne 7. 2. 2011, č. j. ÚOHS-S181/2010/VZ-17712/2010/520/JHI. Tímto rozhodnutím žalovaný rozhodl, že Svaz vodovodů a kanalizací Jihlavsko jako zadavatel veřejné zakázky „Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko“ porušil § 60 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „ZVZ“), jestliže sdružení uchazečů složené ze žalobců, které neprokázalo splnění technických kvalifikačních předpokladů stanovených v čl. 3.4 zadávací dokumentace v požadovaném rozsahu, nevyloučil z účasti v zadávacím řízení, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť nabídka žalobců byla vybrána jako ekonomicky nejvýhodnější. Jako opatření k nápravě žalovaný podle § 118 ZVZ zrušil rozhodnutí

zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 27. 4. 2010 a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení.

Současně se žalobou se žalobce domáhal toho, aby soud vydal předběžné opatření, jímž by zadavateli veřejné zakázky „Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko“ Svazu vodovodů a kanalizací Jihlavsko uložil povinnost zdržet se jakýchkoli úkonů v zadávacím řízení, jež by vedly k uzavření smlouvy s uchazečem vybraným pro realizaci veřejné zakázky. Žalobci uvedli, že jim hrozí vážná újma v podobě jejich vyloučení ze zadávacího řízení. Vzhledem k tomu, že jejich nabídka již byla zadavatelem vybrána jako nejvhodnější, znamená pro ně „nezákonné rozhodnutí žalovaného“ zásah do majetkových práv. Mohou totiž ztratit možnost realizovat stavební práce v hodnotě více než 450 000 000 Kč, což zasáhne nejen je, ale i jejich smluvní partnery a zaměstnance. Podle názoru žalobců je třeba upravit zatímně poměry účastníků, aby nedošlo k zásahu do majetkových práv žalobců, neboť do doby rozhodnutí soudu o jejich žalobě může dojít k uzavření smlouvy na plnění předmětné veřejné zakázky s uchazečem, jehož nabídka bude nově vyhodnocena jako nejvhodnější. Žalobci tak mohou přijít o možnost podílet se na veřejné zakázce.

Podáním ze dne 5. 5. 2011 žalobci poukázali na to, že již došlo k jejich vyloučení ze zadávacího řízení, a hrozí tedy, že v brzké době dojde k uzavření smlouvy na realizaci veřejné zakázky s jiným uchazečem, a tedy k nezvratnému zásahu a poškození práv žalobců.

Podle § 38 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále též „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. Podle § 38 odst. 2 s.ř.s. k návrhu na předběžné opatření si soud podle potřeby vyžádá vyjádření ostatních účastníků. Podle § 38 odst. 3 s.ř.s. je návrh nepřijatelný, lze-li návrhu na zahájení řízení přiznat odkladný účinek nebo nastává-li tento účinek ze zákona.

Podmínky pro vydání předběžného opatření, které musí být splněny zároveň, jsou tedy následující:

- 1) podaná žaloba;
- 2) návrh na vydání předběžného opatření;
- 3) přípustnost návrhu, tj. neexistence důvodů nepřijatelnosti (§ 38 odst. 3 s. ř. s.);
- 4) potřeba zatímně upravit poměry účastníků pro hrozící vážnou újmu;
- 5) podané vyjádření ostatních účastníků k návrhu na vydání předběžného opatření, je-li takového vyjádření potřeba;
- 6) v případě, že je ukládána povinnost třetí osobě, nastupuje podmínka další, a to, že plnění ukládané povinnosti po třetí osobě lze spravedlivě žádat.

V případě žalobců jsou nepochybně splněny podmínky ad 1) a 2), neboť podali jak žalobu ve věci samé, tak návrh na vydání předběžného opatření.

Pokud jde o podmínku ad 3), tj. přípustnost návrhu, tak tato podmínka je rovněž splněna. V daném případě totiž cíle, kterého žalobci podáním návrhu na vydání předběžného opatření sledují, nelze dosáhnout přiznáním odkladného účinku žaloby. Přiznáním odkladného účinku podle § 73 odst. 3 s. ř. s. by totiž nebyla uložena zadavateli povinnost zdržet se jakýchkoli úkonů v zadávacím řízení, jež by vedly k uzavření smlouvy s uchazečem vybraným pro realizaci veřejné zakázky, jak požadují žalobci návrhem na vydání předběžného opatření, nýbrž by do skončení řízení před soudem byly pozastaveny účinky napadeného rozhodnutí (tj. rozhodnutí, jímž předseda žalovaného potvrdil rozhodnutí, kterým žalovaný zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 27. 4. 2010 /tedy nabídky žalobců/ a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení). Pokud by tedy žalobě byl přiznán odkladný účinek, byla by nabídka sdružení žalobců nadále vybrána jako nejvhodnější a zadavateli by nic nebránilo činit v zadávacím řízení další úkony a uzavřít smlouvu o dílo s vybraným uchazečem (tj. se sdružením složeným ze žalobců).

Podmínku ad 4), a tedy potřebu zatímně upravit poměry účastníků pro hrozící vážnou újmu, však zdejší soud naplněnou v daném případě neshledal. Co se rozumí vážnou újmu, to uvedl Nejvyšší správní soud ve svém usnesení ze dne 24. 5. 2006, čj. Na 112/2006-37, publikovaném pod č. 910/2006 Sb. NSS, kde konstatoval, že „...vážnou újmu je [...] 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 (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2005, čj. 2 Afs 144/2004-110, zveřejněné pod č. 735/2006 Sb. NSS a na [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz); viz zejm. čl. II. odůvodnění uvedeného usnesení). V praxi půjde zejména o snahy správního orgánu proti vůli účastníka-soukromé osoby získat o účastníkovi informace, jež má k dispozici jen on, odejmout mu věci, které oprávněně drží či má v oprávněné detenci, či zabránit mu ve výkonu jeho práv nebo jej v něm citelně omezit (např. v právu užívat vlastněnou či pronajatou věc, v právu podnikat či provozovat jinou hospodářskou činnost)“. Z uvedeného má zdejší soud za to, že aby se jednalo o újmu vážnou ve smyslu § 38 odst. 1 s. ř. s., musí to být újma taková, která výrazně a intenzivně zasahuje účastníka v jeho sféře. Soud má rovněž za to, že se současně musí jednat o újmu velice těžko odčinitelnou, a to s ohledem na mimořádný charakter předběžného opatření, kterým se zatímně upravují poměry účastníků zpravidla v rozporu s vykonatelným napadeným správním rozhodnutím předtím, než je toto rozhodnutí podrobeno soudnímu přezkumu ve věci samé.

V daném případě žalobci spatřují existenci újmy v tom, že zadavateli nic nebrání uzavřít smlouvu o dílo s vybraným uchazečem, a do doby rozhodnutí zdejšího soudu o žalobě může být tak už zakázka zrealizována. Žalobci tak o tuto zakázku přijdou a tím jim bude způsobena újma v podobě ušlého zisku.

Zdejší soud souhlasí s tím, že popsáný stav žalobcům určitou újmu nepochybně způsobit může, podle názoru soudu se však nebude bez dalšího jednat o újmu natolik vážnou, aby byla dostatečná pro vydání předběžného opatření. Soud zde předně zdůrazňuje, že jsou to žalobci, kteří jsou pro vydání předběžného opatření povinni existenci vážné újmy prokázat a doložit. Pokud se ve své argumentaci omezili toliko na poměrně strohé konstatování o tom, že nemožnost realizace zakázky hmotně zasáhne jak je, tak jejich zaměstnance a smluvní partnery, neshledává soud takové důvody dostatečnými; pokud by tyto skutečnosti, a pouze takto argumentované, měly odůvodňovat vydání předběžného opatření, pak by nutně muselo být vydávání předběžných opatření v rámci soudního přezkumu správních rozhodnutí žalovaného v oblasti dohledu nad zadáváním veřejných zakázek nikoli odůvodněnou výjimkou, nýbrž pravidlem, a soud by tím ve správním soudnictví v rozporu se smyslem institutu předběžného opatření plně vytvářel pravidla smysluplného přezkumu souladu postupu zadavatelů s pravidly pro zadávání veřejných zakázek, jejichž vytvoření je ovšem především na zákonodárci. V právě posuzované věci z ničeho, co žalobci ve svém návrhu uvádějí, není zřejmé, v čem konkrétně by žalobcům skutečnost, že jim ujde zisk z dané zakázky, způsobila újmu natolik citelnou a těžko odčinitelnou, aby ji bylo lze považovat za vážnou, a tedy odůvodňující vydání předběžného opatření.

Pokud jde o obecné tvrzení o ušlém zisku z dané zakázky, tak tuto skutečnost soud ani s vědomím toho, že se jedná o zakázku v hodnotě téměř půl miliardy korun českých, za újmu vážnou bez dalšího považovat nemůže. Pokud by totiž během soudního řízení došlo k realizaci zakázky jiným uchazečem a žalobci by tak skutečně o zisk přišli, pak takový ušlý zisk lze podle názoru zdejšího soudu vyčíslit a vyjádřit peněžním ekvivalentem a následně (samozřejmě pouze v případě, kdy by žaloba v této věci byla shledána důvodnou a napadené správní rozhodnutí bylo zdejším soudem zrušeno) nahradit prostřednictvím institutů zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád). Soud zde podotýká, že nabídka sdružení žalobců byla zadavatelem původně vybrána jako nejvhodnější. Následně žalovaný napadeným rozhodnutím zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru této nabídky jako nejvhodnější a uložil mu sdružení žalobců vyloučit pro nesplnění technických kvalifikačních předpokladů. Ukázal-li by se následně názor žalovaného o tom, že sdružení žalobců mělo být vyloučeno ze zadávacího řízení, rozporným se ZVZ, bylo by zřejmé, že v důsledku nezákonného rozhodnutí žalovaného byla žalobcům způsobena škoda v podobě ušlého zisku, který by žalobci získali, pokud by zakázku realizovali. Byla-li sdružením žalobců na zakázku podána nabídka, která byla následně vybrána jako nejvhodnější, jistě by bylo možné s určitou poměrně přesnou mírou přiblížnosti tento ušlý zisk vyčíslit a následně jeho náhradu požadovat.

V právě posuzované věci tedy zdejší soud nemůže pokládat za prokázané, že by se v případě žalobci uváděné újmy jednalo o újmu těžko nahraditelnou. Soud tedy neshledal potřebu zatímně upravit poměry účastníků pro hrozící vážnou újmu, jejíž tvrzení a prokázání je pro úspěšnost návrhu na vydání předběžného opatření krucální podmínkou, a návrh žalobců proto zamítl. Dalšími podmínkami pro vydání předběžného opatření se za tohoto stavu zdejší soud již nezabýval.

**P o u ě n í :** Proti tomuto usnesení nejsou opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3 s. ř. s.).

V Brně dne 12. 5. 2011

David Raus, v.r.  
předseda senátu

Za správnost vyhotovení: Lucie Gazdová