



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců JUDr. Evy Lukotkové a Mgr. Petra Šebka v právní věci žalobce: **FELA Management AG**, se sídlem Švýcarsko, Diessenhofen, Basadingerstr. 18, zastoupeného Mgr. Ing. Janem Šelderem, advokátem se sídlem Praha 8, Thámova 402/4, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, za účasti osob zúčastněných na řízení: **1) Kapsch Telematic Services spol. s r. o.**, **2) Kapsch TrafficCom Construction and Realization spol. s r. o.**, obě se sídlem Praha 8, Ke Štvanici 656/3, obě zastoupené Mgr. Ing. Danielem Zejdou, advokátem, **HAVEL & HOLÁSEK s.r.o.**, advokátní kancelář, se sídlem Praha 1, Týn 1049/3, **3) Assecos Czech Republic, a. s.**, se sídlem, Praha 9, Podvinný mlýn 2178/6, **4) Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace**, se sídlem Praha 4, Na Pankráci 546/56, zastoupena Mgr. Bohuslavem Hubálkem, advokátem, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r. o. se sídlem Praha 1, Těšnov 1/1059, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 9. 2008, č. j. R149/2008/02-19358/2008/310-Ku,

t a k t o :

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.
- III. Osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

Včas podanou žalobou se žalobce u Krajského soudu v Brně domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 9. 2008, č. j. R149/2008/02-19358/2008/310-Ku, jakož i jemu předcházejícího rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (žalovaného) ze dne 4. 7. 2008, č. j. S111/2008/VZ-13318/2008/530-RP.

I. Podstata věci

Předseda žalovaného svým rozhodnutím ze dne 26. 9. 2008, č. j. R149/2008/02-19358/2008/310-Ku, nevyhověl žalobcovu rozkladu podanému proti rozhodnutí žalovaného ze dne 4. 7. 2008, č. j. S111/2008/VZ-13318/2008/530-RP, jímž bylo podle § 114 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „ZVZ“), zastaveno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvkové organizace) veřejné zakázky „Implementace liniového řízení dálnice D1“ zadávané formou jednacího řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 17. 12. 2007.

Žalovaný správní řízení zastavil, neboť žalobce podal proti postupu zadavatele námitky až po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky a nebyly tak splněny podmínky pro věcné přezkoumání úkonů zadavatele. Jednou z podmínek je totiž „podání řádných námitek“ (§ 110 odst. 5 ZVZ).

II. Shrnutí procesních stanovisek účastníků

Žalobce považuje napadené správní rozhodnutí za nezákonné. Předně zdůrazňuje, že daná veřejná zakázka byla zadána v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny zákonné podmínky. Žalobce z oznámení o zadání veřejné zakázky zjistil, že zadavatel volbu zadávacího řízení odůvodnil § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ. Podle žalobce jde však o dodatečné plnění k již realizované veřejné zakázce tzv. elektronického mytného a je tak třeba vycházet z okolností plnění této předchozí veřejné zakázky. Ze zadávací dokumentace k předchozí zakázce však plyne, že systém měl být navržen tak, aby mohl využívat dodávek různých dodavatelů v oblasti technologických komponent a služeb. Podle žalobce tak zadavatel porušil § 6 ZVZ. Pokud by byla zakázka zadána v rámci otevřeného řízení, žalobce by podal nabídku.

Žalobce má za to, že žalovaný měl aplikovat směrnici Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES, která rozšiřuje možnost kontroly protiprávního jednání zadavatele při přímém zadání veřejné zakázky. V kontextu této směrnice by měl být vykládán § 110 odst. 3 ZVZ, neboť v případě jednacího řízení bez uveřejnění se potenciální stěžovatel zpravidla o zadávání veřejné zakázky dozví až po uveřejnění oznámení o uzavření smlouvy. Zmíněná směrnice měla být aplikována na základě tzv. nepřímého účinku směrnic a její obsah tak měl být brán v úvahu při výkladu ZVZ. Podle žalobce tak měl žalovaný ve správním řízení rozhodnout věcně. Rovněž nesouhlasí, že by pravomoc přezkumného orgánu byla po uzavření smlouvy omezena

pouze na rozhodování o náhradě škody. Naopak má za to, že přezkumnému orgánu nic nebrání, aby učinil kroky vedoucí k ověření legálnosti postupu zadavatele.

Žalobce dále uvádí, že pokud by jeho úvahy nebyly správné a nemohl by tak být osobou oprávněnou k zahájení správního řízení, lze z okolností daného případu dovodit povinnost žalovaného zahájit na základě žalobcova podnětu řízení o přezkumu úkonů zadavatele z moci úřední. Vedle žalobcova návrhu měl žalovaný též zohlednit „podněty neformálního charakteru“, které se k předmětné veřejné zakázce vztahují (žalobce poukazuje na reportáž České televize a názory neziskových organizací monitorujících veřejnou správu v České republice).

Podle žalobce lze i bez aplikace komunitárních předpisů dospět k tomu, že žalovaný postupoval nezákonně, pokud správní řízení zastavil. Žalobce zdůrazňuje, že v případě jednacního řízení bez uveřejnění se potenciální stěžovatel o zadávání veřejné zakázky dozví až po uveřejnění oznámení o uzavření smlouvy. Není tak možné aplikovat § 111 odst. 4 ZVZ, neboť tím by byl tento typ zadávacího řízení zcela vyjmut z možnosti přezkumu pomocí námitek. Žalovaný dále pochybil, jestliže neprovedl žalobcem navržené důkazy (doplnit správní spis o přílohu smlouvy na plnění, v níž jsou specifikovány cenové podmínky plnění veřejné zakázky vybraným dodavatelem). Podle žalobce by okolnosti plnění této zakázky měly být přístupné široké veřejnosti. Žalovaný pochybil též v tom, že podle § 83 odst. 5 ZVZ připustil nezveřejnění některých ustanovení smlouvy, které žalobce ve správním řízení navrhoval jako důkaz, a zabránil tak veřejné kontrole. Postupoval přitom v rozporu se zákonem, neboť jejich zveřejněním (založením do spisu) by nemohlo dojít k zásahu do veřejného zájmu ani by nemohlo dojít k narušení hospodářské soutěže.

Žalobce proto navrhuje napadené rozhodnutí, jakož i jemu předcházející rozhodnutí žalovaného zrušit.

Žalovaný ve svém vyjádření s podanou žalobou nesouhlasil. Poukázal na to, že napadené rozhodnutí je procesní povahy a nepovažuje proto za nutné vyjadřovat se k věcné stránce zadávacího řízení. Žalovaný dále zdůraznil, že směrnici 2007/66/ES nemohl v době rozhodování zohlednit, neboť nebyla transponována v rámci českého právního řádu. Tzv. nepřímý účinek směrnic je třeba chápat jako sankci za neprovedení směrnic. Transpoziční lhůta v dané věci uplynula až po vydání napadeného rozhodnutí (20. 12. 2009). Nepřímého účinku se tak nelze dovolat před vypršením lhůty k jejímu provedení. Žalovaný dále poukázal na odůvodnění napadeného rozhodnutí a žalobu navrhl zamítnout. Na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před soudem.

Žalobce v podané replice setrval na argumentech obsažených v žalobě. Poukázal na to, že žalovaný ve svém vyjádření zaměňuje pojmy „přímý účinek směrnic“ a „nepřímý účinek směrnic“. Podle žalobce k přímému účinku směrnic dochází v důsledku neprovedení směrnice členským státem, zatímco nepřímým účinkem směrnice je stav, kdy není dán účinek přímý, nicméně obsah směrnice musí být brán v úvahu při výkladu vnitrostátního právního předpisu. Jde tak o vyjádření

nadřazenosti práva komunitárního nad právem vnitrostátním. Nepřímý účinek směrnic tak není sankcí za neprovedení směrnice a transpoziční lhůta je zcela irelevantní. Závěrem poukázal žalobce na to, že žalovaný jako orgán dohledu nad dodržováním ZVZ má za povinnost zahájit řízení z moci úřední vždy, když je upozorněn na možnou vadu zadávacího řízení. V daném případě tedy pochybil. Žalobce na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před soudem.

Ve věci se rovněž vyjádřila první a druhá osoba zúčastněná na řízení, které se žalobcem nesouhlasí a domnívají se, že žalovaný nebyl povinen pravidla obsažená ve směrnici 2007/66/ES v době svého rozhodnutí respektovat, neboť neuplynula lhůta k transpozici směrnice.

III. Podstatné skutečnosti

Ze správního spisu vyplynulo, že zadavatel zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku „Implementace liniového řízení dálnice D1“ formou jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 17. 12. 2007. Zadavatel vyzval k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění sdružení společností Kapsch TrafficCom AG, Kapsch s. r. o., Kapsch BusinessCom AG, Kapsch CarrierCom AG, Kapsch Telematic Services spol. s r. o., Kapsch TrafficCom Construction and Realization spol. s r. o. a Asseco Czech republic, a. s.

Dne 27. 12. 2007 uzavřel zadavatel s tímto sdružením smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky. Smlouva byla uzavřena ve formě dodatku ke dříve uzavřené smlouvě na dodávky ve výběrovém řízení na tzv. elektronické mytné.

Dne 3. 3. 2008 uveřejnil zadavatel oznámení o uzavření smlouvy v informačním systému o veřejných zakázkách.

Dopisem ze dne 7. 3. 2008, doručeným zadavateli dne 18. 3. 2008, podal žalobce námitky.

Dopisem ze dne 28. 3. 2008 zadavatel žalobci sdělil, že o námitkách nerozhodl, neboť byly podány opožděně.

Žalobce proti tomu podal dne 4. 4. 2008 návrh na přezkum úkonů zadavatele k žalovanému. Ten však dospěl k závěru, že nebyly splněny podmínky pro vedení řízení, neboť jednou z podmínek je „podání řádných námitek“ (§ 110 odst. 5 ZVZ) a správní řízení podle § 114 odst. 3 ZVZ zastavil.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní – dále též „s. ř. s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s. ř. s.), přitom jde o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s. ř. s.).

Soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) a shledal, že žaloba není důvodná. Rozhodoval přitom bez jednání za podmínek § 51 odst. 1 s. ř. s.

Žalobce předně poukazuje na to, že žalovaný pochybil, pokud správní řízení zastavil. Mezi žalobcem a žalovaným přitom není sporu o tom, že žalobce nepodal zadavateli námitky ve lhůtě podle § 110 odst. 3 ZVZ, nýbrž až po uzavření smlouvy.

Podle § 110 odst. 3 ZVZ (ve znění účinném do 31.12.2009) musí námitky stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy. Do doby doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách nesmí zadavatel uzavřít smlouvu či zrušit zadávací řízení. Podle § 110 odst. 5 ZVZ (ve znění účinném do 31.12.2009) se námitky podávají písemně. Podání řádných námitek je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci.

Podle § 114 odst. 3 ZVZ (ve znění účinném do 31.12.2009) jestliže návrh nemá předepsané náležitosti podle § 114 odst. 2 ZVZ a návrhovatel jej ve lhůtě stanovené žalovaným nedoplní nebo nebyl doručen žalovanému a zadavateli ve lhůtách podle § 113 odst. 2 nebo 3 ZVZ nebo nebyl podán oprávněnou osobou nebo není-li žalovaný věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu, žalovaný zahájené řízení zastaví; pokud má důvodné podezření, že došlo k porušení ZVZ, zahájí správní řízení z moci úřední.

ZVZ tedy konstruuje pravidlo, že jednou z podmínek řízení o návrhu na přezkum úkonů zadavatele je předchozí podání řádných námitek. Podmínkou řádnosti námitek je i jejich včasné uplatnění. Námitky jsou uplatněny včas, jsou-li dodrženy lhůty. Jednak musí být dodržena lhůta subjektivní, která končí patnáctý den poté, kdy se ten, kdo námitky podává, o domnělém porušení ZVZ úkonem zadavatele dozvěděl. Kromě toho musí být dodržena lhůta objektivní, která končí uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku. Není-li některá z těchto lhůt dodržena, řízení o podaném návrhu (které bylo už jeho podáním před žalovaným zahájeno) dál nelze vést, nelze v něm zjišťovat možné porušení ZVZ zadavatelem a žalovaný je povinen toto řízení zastavit. Zdůraznit je třeba, že jde o zákonem stanovenou povinnost žalovaného, nikoli možnost. Žalovaný tedy nemá prostor k jakémukoli uvážení ohledně procesních následků toho, že námitky nebyly podány v obou uvedených lhůtách; jediným možným procesním následkem je tu zastavení řízení podle § 114 odst. 3 ZVZ. To však neznamená, že by přezkum úkonů zadavatele ve vztahu k pochybením, která byla v takovém návrhu na zahájení řízení namítána, měl být navždy vyloučen. Podle § 114 odst. 3 ZVZ *in fine* má-li žalovaný důvodné podezření, že došlo k porušení ZVZ, zahájí správní řízení z moci úřední. Ke shodnému závěru ostatně zdejší soud dospěl již ve svém rozsudku ze dne 3. 9. 2010, č. j. 62 Ca 17/2009-114.

Jestliže zadavatel uzavřel smlouvu na realizaci veřejné zakázky dne 27. 12. 2007, pak lhůta pro podání námitek uplynula tento den. Jestliže námitky byly podány až dne 18. 3. 2008, byly podány po této lhůtě. Pokud tedy žalovaný posoudil

splnění podmínek řízení tak, že podmínka předchozích včas podaných námitek splněna nebyla, jde o závěr zákonný.

Rozhodující je tedy skutečnost, zda smlouva na realizaci veřejné zakázky již byla uzavřena. Její uzavření je mezi účastníky nesporné. Význam této skutečnosti je ostatně klíčový z pohledu samotného smyslu řízení o přezkum úkonů zadavatele podle § 112 a násl. ZVZ (ve znění účinném do 31.12.2009) i z možných závěrů, k nimž toto řízení může za určitých procedurálních podmínek a skutkových okolností směřovat, tedy z konkrétních variant rozhodnutí, která mohou být v tomto řízení žalovaným vydána.

Žalovaný je oprávněn uložit nápravné opatření (§ 118 ZVZ) a deklarovat spáchání správního deliktu (§ 120 ZVZ). Jestliže podle § 118 ZVZ platí, že nedodržel-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, žalovaný uloží nápravné opatření tím, že zruší zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, jinak řízení zastaví, pak zdejší soud dovozuje, že řízení o přezkum zadavatelových úkonů směřuje podle jeho základního účelu primárně (ve vztahu k nápravě důsledků zadavatelova pochybení) k některému z rozhodnutí právě podle § 118 ZVZ, sekundárně pak (ve vztahu k zadavateli, který se pochybení dopustil) směřuje k rozhodnutí o správním deliktu podle § 120 ZVZ. Jednou z podmínek pro uložení nápravného opatření podle § 118 ZVZ je podmínka, že zadavatel dosud neukončil zadávací řízení uzavřením smlouvy. V případě nesplnění této podmínky nelze nápravné opatření uložit, avšak může přicházet v úvahu rozhodnutí podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ o tom, že se zadavatel dopustil správního deliktu.

Z pohledu naplnění smyslu ZVZ i způsobů možného ukončení správního řízení (vydáním některého z rozhodnutí předvídaných v § 118 ZVZ a v § 120 ZVZ) navíc není podstatné, zda řízení je vedeno na návrh nebo z moci úřední (§ 113 odst. 1 ZVZ). Jeho smyslem je nastolení podmínek, jež mohou případné zadavatelovo pochybení napravit, a to ve fázi před uzavřením smlouvy (§ 118 ZVZ), a sekundárně pak uložení sankce zadavateli, který při zadávání veřejné zakázky pochybil, a to ve fázi, kdy smlouva již byla uzavřena (§ 120 odst. 1 písm. a) ZVZ).

Žalovaný tedy postupoval podle zdejšího soudu v souladu se ZVZ, když za shora popsaného stavu řízení o žalobcově návrhu zastavil.

Zdejší soud se přitom neztotožnil s názorem žalobce, že žalovaný měl prostřednictvím tzv. nepřímého účinku aplikovat směrnici Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek. Tato směrnice poukazuje zejména na chybějící lhůtu „*mezi rozhodnutím o zadání zakázky a uzavřením příslušné smlouvy, která by umožnila její účinné přezkoumání. To má někdy za následek, že veřejní zadavatelé a zadavatelé usilují o velmi rychlé podepsání smlouvy, aby byly účinky napadeného rozhodnutí o zadání zakázky nezvratné. V zájmu*

nápravy tohoto nedostatku, jenž představuje závažnou překážku účinné soudní ochrany dotčených uchazečů, tj. těch, kteří ještě nebyli s konečnou platností vyloučeni, je třeba stanovit minimální odkladnou lhůtu, během níž je uzavření příslušné smlouvy pozastaveno, a to nezávisle na tom, zda k uzavření smlouvy dochází v době podpisu dané smlouvy či jindy (bod 5 úvodního ustanovení). Odkladná lhůta by měla dotčeným uchazečům poskytnout dostatek času k prostudování rozhodnutí o zadání zakázky a k posouzení, zda je vhodné zahájit přezkumné řízení. Při oznámení rozhodnutí o zadání zakázky by jim měly být poskytnuty náležité informace, které jsou zásadní pro to, aby dosáhli účinného přezkumu (bod 6 úvodního ustanovení). V bodě 13 bylo vysloveno, že protiprávní přímé zadávání zakázek označil Soudní dvůr za jedno z nejzávažnějších porušení práva Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek ze strany veřejného zadavatele. Smlouva uzavřená na základě protiprávního přímého zadání zakázky by proto měla být v zásadě považována za neúčinnou. Neúčinnost by neměla být automatická, nýbrž by měla být prohlášena nezávislým orgánem příslušným k přezkumu. Podle bodu 34 úvodního ustanovení je cílem této směrnice zvýšení účinnosti přezkumných řízení týkajících se zadávání zakázek spadajících do oblasti působnosti směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, ve znění pozdějších předpisů, a směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb.

K zásadě nepřímého účinku se vyslovil již Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 1. 2. 2010, č. j. 5 Afs 68/2009 – 113, www.nssoud.cz, kde uvedl, že „*princip nepřímého účinku byl poprvé ESD (pozn. soudu: Soudním dvorem) formulován ve věci Von Colson a Kaman (C-14/83): Tento judikát se stal základem doktríny nepřímého účinku a následně byl nesčetněkrát citován a rozšiřován (např. C-106/89 ve věci Marleasing, C- 80/86 ve věci Kolpinghuis, C-334/92 ve věci Wagner Merit). Doktrína nepřímého účinku stanoví povinnost vnitrostátní právo určitým způsobem vykládat, přitom musí být dodržena podmínka, že pro užití nepřímého účinku, vnitrostátní předpis je schopen takového výkladu. Umožňují-li vnitrostátní interpretační techniky vyložit dané vnitrostátní ustanovení několika způsoby, má správní orgán, jakož i soud povinnost použít ten výklad, který je nejbližší smyslu a cíli odpovídajícího komunitárního ustanovení. Pokud je tedy ustanovení zákona nejasné, neurčité nebo není definováno, nelze ani určit, zda je se směrnicí v rozporu. Ze svého principu tedy nepřímý účinek komunitárního práva nikdy nemůže být contra legem“.*

V souladu se zásadou nepřímého účinku směrnice má tedy orgán aplikující právo vykládat a aplikovat vnitrostátní právní předpisy v souladu s požadavky práva Společenství, a to v rozsahu, v jakém to vnitrostátní právo umožňuje (viz Týč, V. Základy práva Evropských společenství pro ekonomy, 2. aktualizované vydání. Linde Praha a. s. 2000. str. 83). Jedná se tedy o povinnost orgánu aplikujícího právo v členských státech (tedy i žalovaného) vykládat vnitrostátní právo v nejvyšší možné míře v souladu se směrnicí.

Právní základ povinnosti interpretovat a aplikovat vnitrostátní právo přijaté k implementaci směrnice, v souladu se směrnicí, je obsažen v čl. 249 odst. 3 a čl. 10 Smlouvy ES (právní stav před přijetím tzv. Lisabonské smlouvy). První z těchto ustanovení zavazuje vnitrostátní aplikační autority k dosažení výsledku směrnice, druhé z nich pak kodifikuje obecný princip loajality, tedy povinnosti členského státu (a tedy všech vnitrostátních aplikačních autorit) učinit veškerá vhodná opatření ke splnění závazků vyplývajících ze Smlouvy ES. Zdejší soud tedy v dalších svých úvahách vychází z postulátu, podle něhož nepřímý účinek je interpretačním opatřením, které je zapotřebí učinit k dosažení výsledku požadovaného směrnicí (srov. Král, R.: Transpozice a implementace směrnic ES v zemích EU a ČR. Praha: C. H. Beck, 2002, str. 108).

Otázkou legitimacy eurokonformního výkladu v právě projednávané věci je třeba se zabývat především ve světle komunitární judikatury. Předně zdejší soud vychází z toho, že v rámci pravidel pro zadávání veřejných zakázek je zapotřebí zajistit „plnou účinnost“ komunitárního práva v této oblasti (oporou k tomuto úvodnímu tvrzení je zdejšímu soudu rozsudek Soudního dvora ze dne 5. 10. 2004 v právní věci *Pfeiffer*, C-397/01 až C-403/01). Soudní dvůr v právní věci *Von Colson* (rozsudek ze dne 10. 4. 1984, 14/83), který je ostatně tradičně traktován coby základ doktríny nepřímého účinku, mimo jiné dovodil, že z příslušné směrnice vyplývající povinnost členských států dosáhnout výsledku předvídaného směrnicí, a jejich povinnost podle čl. 5 Smlouvy ES přijmout všechna vhodná opatření, ať již obecná nebo konkrétní, k zajištění dodržování této povinnosti, je uložena všem orgánům členských států, včetně soudů, spadá-li otázka do jejich pravomoci; z toho **vyplývá**, že při aplikaci vnitrostátního práva, zejména těch ustanovení, která byla přijata za účelem implementace příslušné směrnice, mají vnitrostátní soudy povinnost interpretovat své vlastní vnitrostátní právo ve světle textu a účelu směrnice, **tak aby bylo dosaženo zamýšleného výsledku**. Je věcí vnitrostátních aplikačních autorit, aby interpretovaly (a tím řádně aplikovaly) legislativu přijatou na vnitrostátní úrovni, která byla přijata za účelem implementace směrnice, v souladu s požadavky komunitárního práva, v míře, v jaké k tomu mají podle vnitrostátního práva diskreční pravomoc.

Obdobně významným je pro zdejší soud závěr v právní věci *Harz* (rozsudek ze dne 10. 4. 1984, 79/83), kterým Soudní dvůr připustil, aby subjekty byly „ovlivněny“ ustanoveními komunitárních směrnic prostřednictvím „benevolentního“ výkladu vnitrostátního práva, a to i při vertikální aplikaci práva (založené na veřejnoprávní metodě regulace; jde o aplikaci ve vztahu „stát – jednotlivec“). Ve věci *Kolpinghuis* (rozsudek ze dne 8. 10. 1987, 80/86) pak byl rámeček aplikace doktríny nepřímého účinku směrnice ze strany Soudního dvora upřesněn tak, že by bylo neslučitelné se závazným charakterem, který čl. 249 Smlouvy ES poskytuje směrnicí, principiálně tvrdit, že uloženého závazku se dotčené osoby nemohou dovolávat; podle Soudního dvora členský stát, který nepřijal v předepsané lhůtě implementující opatření, která jsou směrnicí vyžadována, se nemůže vůči jednotlivcům dovolávat vlastního pochybení při výkonu závazků, které směrnice ukládá. Ve věci *Marshall* (rozsudek ze dne 26. 4. 1986, 152/84) však Soudní dvůr zdůraznil, že podle

čl. 249 Smlouvy ES existuje závazný charakter smlouvy, který tvoří základ pro možnost dovolávat se znění směrnice pouze ve vztahu ke „každému členskému státu, kterému je určena“. To tedy podle Soudního dvora znamená, že směrnice nemůže sama ukládat povinnosti jednotlivcům a že ustanovení se nelze vůči takovéto osobě dovolávat; povinnost vnitrostátních aplikačních autorit obrátit se k obsahu směrnice při výkladu relevantních ustanovení svého vnitrostátního práva je limitována obecnými právními principy, které tvoří součást komunitárního práva a zejména principy právní jistoty a zákazu retroaktivity.

Nad rámec shora uvedené prejudikatury je pro zdejší soud instruktivním rovněž rozsudek Soudního dvora ve věci *Marleasing* (rozsudek ze dne 13. 11. 1990, C-106/89). I tu Soudní dvůr připomněl již dříve judikované pravidlo, podle něhož by mělo být zachováno, že směrnice nemůže sama o sobe uložit povinnost jednotlivci a následně by se na ustanovení směrnice „nemělo spoléhat proti takovéto osobě“; závazek členských států vyplývající ze směrnice dosáhnout cíle v ní stanoveného a jejich povinnost přijmout veškerá vhodná opatření, ať obecná nebo zvláštní, k zajištění splnění této své povinnosti, se vztahuje na všechny orgány daného členského státu, včetně soudů, jestliže věc spadá do jejich jurisdikce. Z toho vyplývá, že vrámcí aplikace vnitrostátního práva, i když bylo dané ustanovení přijato před nebo po datu přijetí směrnice, je vnitrostátní aplikační autorita, které přísluší interpretační povinnost, povinna tak učinit v nejvyšší možné míře, ve světle textu a účelu směrnice, a sice tak, aby bylo dosaženo cíle v ní stanoveného, čímž bude vyhověno odst. 3 článku 249 Smlouvy.

Zdejší soud nemůže rovněž odhlédnout ani od závěrů Soudního dvora, k nimž dospěl ve věci *Wagner Miret* (rozsudek ze dne 16. 12. 1993, C-334/92). Podle Soudního dvora by mělo být stále na paměti, že v případech, kdy se interpretuje vnitrostátní právo na základě doktríny nepřímého účinku směrnice, musí být splněn předpoklad, že stát (vnitrostátní zákonodárce) měl úmysl plně splnit povinnost vycházející ze směrnice; zásada eurokonformního výkladu se musí uplatňovat obzvláště tam, kde vnitrostátní aplikační autorita dovodí, že existující ustanovení vnitrostátního práva vyhovují požadavkům i později přijaté směrnice. V tomto rozsudku je zdůrazňováno, že je na vnitrostátních soudech, zda označí svoji stávající judikaturu za dostatečný způsob provedení směrnice; právě vnitrostátním soudům tak má být ponecháno na rozhodnutí, zda je možno interpretovat vnitrostátní právo v souladu se směrnicí či nikoli.

K možnosti (a *ex officio* povinnosti) eurokonformního výkladu je tedy na základě shora uvedené judikatury Soudního dvora podle zdejšího soudu i tuzemské doktríny (srov. Tichý a kol.: *Evropské právo*, 2. vydání, C.H.Beck Praha, 2004, str. 301) třeba naplnění těchto podmínek: vnitrostátní normu lze vůbec vyložit v souladu se směrnicí, tj. nejde o zcela protichůdný právní předpis; státní orgán má povinnost vykládat právo v mezích své diskreční pravomoci; nepřímý účinek nesmí být využit k uložení povinnosti jednotlivci a nesmí vyústit v porušení obecných právních zásad právní jistoty a zákazu retroaktivity.

V dané věci je však sporný okamžik, od kterého tomuto orgánu vzniká povinnost ke eurokonformnímu výkladu. Podle zdejšího soudu připadají v úvahu dva názory na řešení této otázky. První vychází z toho, že povinnost vykládat právo v souladu se směrnicí vzniká okamžikem, kdy směrnice nabude účinnosti. Tento názor má oporu v rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Kolpinghuis* (rozsudek ze dne 8. 10. 1987, 80/86), kde se uvádí, že pro stanovení mezi nepřímého účinku není rozhodné, zda lhůta k implementaci uplynula nebo ne. Pro tento názor svědčí rovněž to, že se směrnice poté, co nabude účinnosti, stává integrální součástí právního řádu členských států. Podle druhého názoru ke vzniku povinnosti vykládat národní právo eurokonformně se směrnicí dochází až okamžikem marného uplynutí transpoziční lhůty. Tento názor lze nepřímo podpořit rozhodnutím ve věci *Ratti* (rozsudek Soudního dvora ze dne 5. 4. 1979, C-148/78), kde soud určil, že do doby, než uplyne lhůta stanovená členským státům pro implementaci ustanovení směrnice do vnitrostátních právních řádů, nemůže mít směrnice přímý účinek.

Zdejší soud při zodpovězení této otázky (tj. od kterého okamžiku jsou vnitrostátní orgány povinny vykládat vnitrostátní právo v souladu s ustanoveními neimplementované směrnice) vyšel z rozsudku velkého senátu Soudního dvora ze dne 4. 7. 2006, ve věci *Konstantinos Adeneler a ostatní*, C-212/04. Zde Soudní dvůr uvedl, že „v případě opožděného provedení směrnice do vnitrostátního právního řádu dotčeného členského státu, jakož i neexistence přímého účinku jejich relevantních ustanovení, jsou vnitrostátní soudy povinny vykládat od okamžiku uplynutí lhůty pro její provedení vnitrostátní právo v co největším možném rozsahu ve světle znění a účelu dotčené směrnice, aby bylo dosaženo výsledků jí sledovaných, upřednostňující výklad vnitrostátních pravidel, který je co nejvíce v souladu s tímto cílem, aby dospěly k řešení, jež je slučitelné s ustanoveními uvedené směrnice (bod 124). Od data, k němuž směrnice vstoupila v platnost (pozn. zdejšího soudu: pojem platnost zde podle zdejšího soudu nepochybně znamená účinnost), se soudy členského státu musejí zdržet v co největším možném rozsahu výkladu vnitrostátního práva, který by mohl vážně ohrozit dosažení cíle sledovaného touto směrnicí po uplynutí lhůty pro její provedení“ (bod 123). Zmíněné rozhodnutí tak podle zdejšího soudu rozlišuje dvě situace: Období od nabytí účinnosti směrnice do okamžiku uplynutí lhůty pro provedení směrnice, kdy jsou vnitrostátní soudy povinny zdržet se „v co největším možném rozsahu výkladu vnitrostátního práva, který by mohl vážně ohrozit dosažení cíle sledovaného touto směrnicí po uplynutí lhůty pro její provedení“. Druhé období je pak od okamžiku uplynutí lhůty pro provedení směrnice. V tomto období jsou vnitrostátní soudy povinny vykládat „vnitrostátní právo v co největším možném rozsahu ve světle znění a účelu dotčené směrnice, aby bylo dosaženo výsledků jí sledovaných, upřednostňující výklad vnitrostátních pravidel, který je co nejvíce v souladu s tímto cílem, aby dospěly k řešení, jež je slučitelné s ustanoveními uvedené směrnic“.

Podle názoru zdejšího soudu mezi oběma uvedenými situacemi je *de facto* jediný rozdíl, a to v omezení nepřímého účinku směrnice před uplynutím implementační lhůty pouze na „vážné ohrožení cíle“ směrnicí sledovaného, které bude trvat i po uplynutí této lhůty. Mělo by se tedy jednat o závažné a trvalé ohrožení cíle směrnice (shodně viz Bobek, M.: Soudní dvůr Evropských společenství: *Adeneler* -

nepřímý účinek směrnic nabytím jejich účinnosti, Soudní rozhledy č. 9/2006, s. 358). Zatímco po uplynutí implementační lhůty má orgán vykládající národní právo plnou povinnost vykládat vnitrostátní právo v souladu se směrnicí, v období před uplynutím této lhůty je tato povinnost dána pouze tehdy, pokud by mohlo dojít k závažnému a trvalému ohrožení pozdějšího vnitrostátního naplnění směrnice. Nic na tom nemění bod 115 citovaného rozhodnutí, kde je uvedeno, že „v případě opožděného provedení směrnice existuje obecná povinnost vnitrostátních soudů vykládat vnitrostátní právo v souladu se směrnicí teprve od doby, kdy uplynula lhůta pro její provedení“, neboť tento – toliko dílčí – závěr vyvozuje Soudní dvůr z rozhodnutí ve věci *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, a vztahuje ho jen k bodu 116 rozhodnutí, kde vyloučil možnost, že povinnost souladného výkladu vzniká v celém rozsahu již nabytím účinnosti směrnice. Zdejší soud tedy uzavírá, že určitá forma nepřímého účinku je dána již od okamžiku nabytí účinnosti směrnice, nicméně se nejedná o nepřímý účinek v plném rozsahu, nýbrž o rozsah typově užší (omezený pouze na případy vážného a trvalého ohrožení pozdějšího vnitrostátního naplnění směrnice).

V daném případě není mezi žalobcem a žalovaným sporu o tom, že lhůta k implementaci směrnice 2007/66/ES v době rozhodování žalovaného dosud neuplynula. Žalovaný tak byl v souladu s výše uvedeným povinen vykládat ZVZ v souladu s touto směrnicí pouze tehdy, pokud by nepřihlédnutím k této směrnicí mohlo dojít k závažnému a trvalému ohrožení pozdějšího vnitrostátního naplnění směrnice. Zdejší soud v dané věci žádné takové závažné a trvalé ohrožení však neshledává, a proto žalovaný nepochybil, pokud ke směrnicí při výkladu ZVZ nepřihlédl. Cílem předmětné směrnice je zvýšení účinnosti přezkumných řízení týkajících se zadávání zakázek. V daném případě sice nedošlo k přezkoumání úkonů zadavatele na návrh žalobce, čímž došlo k narušení plnění směrnice, nicméně s ohledem na to, že řízení o přezkoumání úkonů zadavatele byl žalovaný povinen zahájit *ex offio* (jak bude uvedeno níže), nejedná se podle názoru soudu o závažné a trvalé ohrožení naplnění směrnice, natož o závažné ohrožení naplnění jejího cíle po uplynutí implementační lhůty. Žalovaný tedy nebyl v daném případě povinen vykládat ZVZ v souladu se směrnicí 2007/66/ES, která dosud nebyla implementována do českého právního řádu a jejíž implementační lhůta dosud neuplynula.

Soud přitom neshledal, že by žalovaný pochybil, pokud v tomto správním řízení neprovedl žalobcem navržené důkazy (včetně smluv uzavřených mezi zadavatelem a konsorciem Kapsch), neboť ty se týkají samotného posouzení postupu zadavatele v rámci zadávání veřejné zakázky. Bylo-li správní řízení zastaveno, aniž by se žalovaný zákonností postupu zadavatele v tomto zadávacím řízení zabýval, nebylo třeba tyto důkazy provádět.

V daném případě, jak již bylo avizováno, však podle názoru zdejšího soudu bylo namístě, aby žalovaný zahájil nové správní řízení z moci úřední, jak mu ukládá § 114 odst. 3 ZVZ *in fine*. Jak totiž správně uvádí žalobce ve své replice, žalovaný jako orgán dohledu nad dodržováním ZVZ je povinen zahájit správní řízení z moci úřední vždy, když se dozví, že při určitém zadávacím řízení mohlo dojít k porušení ZVZ. Pojem „důvodné podezření“ použitý v citovaném ustanovení je totiž třeba vykládat

široce, a to zejména v případě zakázek zadávaných formou jednacím řízení bez uveřejnění. K zahájení řízení je tak zásadně postačující určitá pochybnost o tom, že zadávací řízení probíhalo v souladu se ZVZ. Daný případ přitom soud považuje právě za takovou situaci. Žalobce totiž ve svém návrhu namítal, že nebyly splněny podmínky pro zadání veřejné zakázky v rámci jednacím řízení bez uveřejnění a tento svůj závěr také obsáhle odůvodnil. Ve prospěch zahájení správního řízení pak hovořila právě ta skutečnost, že námitky v tomto typu zadávacím řízení zpravidla nemohou být řádně uplatněny a je tedy na žalovaném, aby na zákonnost takového zadávacím řízení dohlížel zvláště bedlivě a svou dozorovou činností tak zákonnost zadávacím řízení zajišťoval.

Zahájení řízení z moci úřední v dané věci pak požaduje i rozsudek Soudního dvora ve věci *Uniplex* (rozsudek ze dne 28.1.2010, C-406/08), který akcentoval zajištění možnosti účinného přezkumu postupu zadavatele, tj. konkrétně ve vztahu k činnosti žalovaného zajištění toho, aby řízení o přezkum úkonů zadavatele mohlo být vůbec vedeno a aby možnost deklarovat porušení ZVZ a uložit zadavateli sankci nezanikla. V daném případě, kdy byla zakázka zadána v jednacím řízení bez uveřejnění, je přitom správní řízení zahájené žalovaným z moci úřední zpravidla jediným reálným způsobem, jakým lze postup zadavatele v rámci tohoto zadávacím řízení kontrolovat. Pokud by žalovaný správní řízení *ex offio* nezahájil, nebyla by zajištěna možnost účinného přezkumu postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky, kterou vyžaduje Soudní dvůr.

Zdejší soud tedy uzavírá, že žalovaný nepochybil, pokud správní řízení zastavil, nicméně postupoval v rozporu se zákonem, jestliže správní řízení nezahájil z moci úřední podle § 114 odst. 3 ZVZ *in fine*. Za daného stavu tedy soudu nezbývá, než na žalovaného apelovat, aby správní řízení o přezkumu zákonnosti postupu zadavatele v témže zadávacím řízení neprodleně zahájil. V tomto řízení pak žalovaný posoudí, zda byly splněny podmínky pro to, aby mohl zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění a zda přitom postupoval v souladu se ZVZ či nikoli.

V. Závěr

Soud tedy neshledal, že by se žalovaný při vydání napadeného rozhodnutí dopustil nezákonnosti a žalobu podle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.

VI. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení se opírá o § 60 odst. 1 a 7 s. ř. s. Žalobce ve věci úspěšný nebyl, proto mu náhrada nákladů řízení nepřísluší. Ta by příslušela žalovanému, neboť ten měl ve věci plný úspěch. Soud však neshledal, že by žalovanému vznikly náklady, jež by převyšovaly náklady jeho jinak běžné úřední činnosti. Soud proto rozhodl, že se žalovanému náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení, neboť jim soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s níž by jim náklady řízení vznikly (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

P o u ě n í: Proti tomuto rozhodnutí, je přípustná kasační stížnost za podmínek § 102 a násl. s. ř. s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu prostřednictvím Krajského soudu v Brně. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něho jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s. ř. s.).

V Brně dne 16.12.2010

David Raus, v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová

