

USNESENÍ

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Zuzany bystrické a soudců JUDr. Faisala Husseiniho a JUDr. Mariana Kokeše v právní věci

žalobce: **GC System a.s.**, IČO: 64509826
sídlem Špitálka 113/41, 602 00 Brno

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

za účasti: **1) Česká republika - Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových**
sídlem Rašínovo nábřeží 390/42, 128 00 Praha 2
2) TESCO SW a.s., IČO: 25892533
sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, 779 00 Olomouc

v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 4. 8. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0097/2020/VZ, č. j. ÚOHS-23901/2020/321/VJu,

takto:

České republice - Úřadu pro zastupování státu ve věcech majetkových, sídlem Praha, Rašínovo nábřeží 390/42, 128 00 Praha, Rašínovo nábřeží 42, **se ukládá povinnost** zdržet se uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky „Vytvoření, podpora a rozvoj nového Informačního systému majetku státu (ISMS)“, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí ve věci.

Odůvodnění:

1. Dne 5. 10. 2020 obdržel soud žalobu, v níž žalobce brojí proti shora nadepsanému rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále také jen „předseda žalovaného“ či „předseda Úřadu“).
2. V této žalobě žalobce uvedl, že zadavatel – tj. osoba zúčastněná na řízení 1) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“) otevřené řízení na veřejnou zakázku „Vytvoření, podpora a rozvoj nového Informačního systému majetku státu (ISMS)“, jehož oznámení bylo zveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 11. 2019 pod ev. č. zakázky ev. č. Z2019-039514 (dále jen „Veřejná zakázka“ anebo „Nový ISMS“).
3. Žalobce přitom má zájem na získání Veřejné zakázky. Na základě obsahu zadávací dokumentace dospěl k závěru, že postup zadavatele při stanovení zadávacích podmínek Veřejné zakázky je v

rozporu se zákonem o zadávání veřejných zakázek. Žalobce proto podal dne 13. 12. 2019 v souladu s § 241 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách námitky směřující proti stanovení zadávacích podmínek Veřejné zakázky. Dne 23. 12. 2019 bylo Žalobci doručeno rozhodnutí o námitkách z téhož dne, kterým zadavatel námitky v celém rozsahu odmítl. Žalobce využil svého práva a dne 2. 1. 2020 podal návrh na přezkoumání úkonů zadavatele k žalovanému.

4. Rozhodnutím ze dne 6. 5. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0009/2020/VZ, č. j. ÚOHS-13539/2020/513/EPi (dále jen „prvoinstanční rozhodnutí“), rozhodl žalovaný o zamítnutí návrhu podle § 265 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť dle jeho názoru nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Proti tomuto prvoinstančnímu rozhodnutí podal žalobce rozklad k předsedovi žalovaného. O podaném rozkladu rozhodl předseda Úřadu rozhodnutím ze dne 4. 8. 2020, sp. zn. ÚOHSR0097/2020/VZ č. j. ÚOHS-23901/2020/321/VJu (dále jen „napadené rozhodnutí“) tak, že zamítl rozklad žalobce a potvrdil prvoinstanční rozhodnutí žalovaného.
5. Spolu s podáním žaloby se žalobce domáhal vydání předběžného opatření dle § 38 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“), kterým by zdejší soud uložil osobě zúčastněné na řízení 1) povinnost zdržet se uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky „Vytvoření, podpora a rozvoj nového Informačního systému majetku státu (ISMS)“, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí ve věci.
6. Ke svému návrhu žalobce uvedl, že mu hrozí vážná újma spočívající v tom, že pokud dojde k uzavření a plnění smlouvy uzavřené mezi zadavatelem – osobou zúčastněnou na řízení 1) – a dodavatelem TESCO SW a.s. (dále jen „TESCO SW“), tedy osobou zúčastněnou na řízení 2), bude žalobci s konečnou platností znemožněno, aby se účastnil zadávacího řízení na dodání Nového ISMS realizovaného dle zákona o zadávání veřejných zakázek a následně poskytoval zadavateli plnění. Hrozba vážné újmy žalobci je tedy zcela zřejmá a toliko vydání předběžného opatření může vznik této újmy odvrátit. Pokud nebude předběžné opatření ve věci vydáno, dojde z pohledu žalobce k faktickému zmaření účelu soudního řízení, jehož výsledek by již neměl reálné účinky na poměry účastníků. Veřejná zakázka bude již zadána a žalobce se na ní nebude moci žádným způsobem podílet.
7. Nelze dle žalobce rovněž opomenout, že uzavření smlouvy na Veřejnou zakázku je důvodem pro zastavení řízení před žalovaným dle § 257 písm. j) zákona o zadávání veřejných zakázek. I pokud bude tedy žalobce v soudním řízení úspěšný a soud jeho žalobě vyhová a vrátí věc žalovanému k dalšímu řízení, v případě uzavření smlouvy na Veřejnou zakázku dosáhne žalobce v konečném důsledku pouze zastavení řízení, což rozhodně není jeho cílem. Žalobce má zájem nejen na účasti v zadávacím řízení realizovaném v souladu se zákonem o zadávání veřejných zakázek, ale rovněž na tom, aby byl postup zadavatele v zadávacím řízení na Veřejnou zakázku řádně prošetřen a posouzen ze strany žalovaného. Proto podal ostatně i návrh na zahájení řízení, aktivně se řízení účastnil, nahlížel do spisu, zpracovával vyjádření, nechal zpracovat znalecký posudek a po vydání nepříznivého prvoinstančního rozhodnutí podal také rozklad. Pomine-li žalobce časovou náročnost těchto úkonů, nelze pominout, že investoval do přezkumu postupu zadavatele rovněž nemalé finanční prostředky, včetně nákladů na kauci, kterou musel složit spolu s podáním návrhu na účet žalovaného.
8. Žalobce tak dle svého názoru nepochybně prokázal, že má skutečný zájem na meritorním rozhodnutí a zastavení řízení po případném uzavření smlouvy není jistě jeho cílem. I v zastavení správního řízení tak žalobce spatřuje hrozbu vážné újmy. Žalobce pak dále připomíná, že meritorní rozhodnutí, jímž je rozhodnuto o tom, že zadavatel nedodržel postup stanovený v zákoně o zadávání veřejných zakázek, má nejen represivní, ale rovněž preventivní účinek, neboť brání také opakování obdobného postupu v budoucnu, a to jak přímo u zadavatele, tak i dalších zadavatelů, kteří se seznámí s příslušným rozhodnutím např. prostřednictvím webových

stránek žalovaného. Zabránění uzavření smlouvy na Veřejnou zakázku je tedy nejen v zájmu žalobce, kterému jejím uzavřením vznikne újma, ale i v zájmu dalších subjektů a veřejnosti.

9. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti má žalobce za to, že prokázal, že mu v případě uzavření smlouvy na Veřejnou zakázku hrozí újma. Hrozící újma je přitom závažná a reálná, nikoliv pouze hypotetická a bagatelní. Uzavření smlouvy bude mít na žalobce nepochybně závažný negativní dopad, který není souměřitelný s újmou, která by čistě hypoteticky mohla vzniknout jiným osobám vydáním předběžného opatření, a tedy odložením možnosti uzavření smlouvy.
10. K návrhu na vydání předběžného opatření se vyjádřil podáním doručeným soudu dne 15. 10. 2020 žalovaný. Ten daný návrh považoval za nedůvodný. Se všemi skutečnostmi, které žalobce uvádí v žalobě, se žalovaný i předseda Úřadu vypořádali již ve svých rozhodnutích a žaloba je jen dalším pokračováním této polemiky. Především však nejsou splněny podmínky pro vydání předběžného opatření dle § 38 odst. 1 s. ř. s. Žalobce sice tvrdí vznik vážné újmy, tuto však nijak nekonkretizuje, nevyčísluje a neprokazuje. I z judikatury Krajského soudu v Brně, z usnesení ze dne 10. 11. 2011, sp. zn. 62 Af 52/2010, lze dovodit, že tvrzení o ušlém zisku nelze bez dalšího považovat za vážnou újmu. K tomu je třeba přičíst, zvláště kdy žalobce netvrdí žádné mimořádné skutečnosti, že nařizování předběžných opatření soudem by se v obdobných případech nestávalo ani tak výjimkou, jako spíše pravidlem, což nelze považovat, nejen z hlediska přezkumných povinností žalovaného, za vhodné. Zároveň je třeba zvažovat proporcionalitu zájmu i z hlediska dalších subjektů – dalších osob, které mohou být rozhodnutím dotčeny, zejména těch, kterým má být předběžným opatřením uložena povinnost, potažmo z pohledu oprávněného zájmu zadavatele na dokončení veřejné zakázky. Žalovaný také uvedl, že i v případě procesního neúspěchu před žalovaným má žalobce k dispozici institut náhrady škody.
11. Rovněž osoba zúčastněná na řízení 1) se k návrhu na vydání předběžného opatření opakovaně vyjádřila. Ve svých sděleních předně vyjádřila názor, že postup žalobce je účelový, motivovaný snahou co nejdéle odkládat uskutečnění předmětné Veřejné zakázky, tedy dosáhnout stavu, kdy bude přetrvávat současná situace, za níž osoba zúčastněná na řízení 1) užívá stávající informační systém, neboť z takového stavu žalobce materiálně profituje. Osoba zúčastněná na řízení 1) poukázala, v případě, že by soud návrhu vyhověl, na dotčení svého dobrého jména, plnění jí svěřených úkolů apod., jakož i na dotčení práv osoby zúčastněné na řízení 2). Osoba zúčastněná na řízení 1) také upozorňuje na „liknavý“ postup žalobce, který podáváním různých právních prostředků, včetně nynější žaloby, v poslední dny zákonných lhůt, zase sleduje pouze zdržení celého procesu uzavření smlouvy na realizaci Veřejné zakázky. I to svědčí o žalobcových účelových motivech, kdy není možné dovozovat, že mu hrozí reálná a aktuální újma. Ve zbytku se osoba zúčastněná na řízení 1) soustředila mj. na popsání svého vlastního postupu v rámci Veřejné zakázky, jakož i motivace jednotlivých jejích aktérů, což má dokreslit celkovou nedůvodnost žalobcovy argumentace.
12. K těmto vyjádřením žalovaného a osoby zúčastněné na řízení 1) se žalobce vyslovil sdělením ze dne 27. 10. 2020. Poukázal na to, že judikatura Krajského soudu v Brně není ve vztahu k vydávání předběžných opatření tak striktní, jak to prezentuje žalovaný. K vlastní možné újmě dodal, že ta je reálná, neboť by uzavření smlouvy ve věci znamenalo definitivní konec možnosti získání Veřejné zakázky, přičemž jiným subjektům by vydáním předběžného opatření žádná újma nehrozila. Žalobcovým motivem také nikterak není oddalování uzavření smlouvy a prodlužování stávajícího stavu; pokud maximálně využíval zákonné lhůty např. pro podání žaloby, činil tak proto, že potřeboval věc zhodnotit a analyzovat, než využil právní prostředky nápravy. Je to přitom nezákonný postup zadavatele, který mu znemožnil podat samostatnou nabídku v zadávacím řízení – pakliže je mu tedy vyčítáno, že nabídku na Veřejnou zakázku ani nepodal.
13. Podáním ze dne 15. 10. 2020 sdělila soudu osoba zúčastněná na řízení 2), že v řízení uplatňuje práva osoby zúčastněné na řízení. Vzhledem k tomu, že návrh na vydání předběžného opatření se

dotýkal i této společnosti, zaslal jí soud na její žádost žalobu k možnému vyjádření. To daná společnost také podala. Uvedla, že s návrhem na vydání předběžného opatření nesouhlasí. Upozornila, že žalobce je subjektem, který prostřednictvím subdodavatelského vztahu se společností IBM Česká republika, spol. s r.o., má zájem na prodloužení dosavadního stavu, značně nevýhodného pro Českou republiku, kdy dodavatelem stávajícího informačního systému pro zadavatele je právě IBM Česká republika, spol. s r.o. Pokud žalobce tvrdí, že vydáním předběžného opatření nejsou dotčena práva jiných osob, upozorňuje osoba zúčastněná na řízení 2) na to, jaké náklady již v souvislosti s Veřejnou zakázkou musela vynaložit, jak musí alokovat své zdroje na případnou realizaci této zakázky apod.

14. Krajský soud v Brně se s věcí podrobně seznámil a dospěl k závěru, že návrh žalobce na nařízení předběžného opatření **je důvodný**.
15. Podle § 38 odst. 1 s. ř. s. platí, že byl-li podán návrh na zahájení řízení a je-li 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. Smyslem a účelem předběžného opatření je zatímní úprava poměrů účastníků, případně třetích osob; z § 38 s. ř. s. jasně plyne, že k takové úpravě poměrů lze přistoupit jen ve výjimečných případech, a sice hrozí-li pokračováním dosavadního stavu věci 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. Vážnou újmu je nutno rozumět takový zásah do právní sféry (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 či jeho bezprostřední důsledky, byť dočasně, snášel, přičemž rozhodnutí o věci samé by již pro takového účastníka řízení nemělo přílišného smyslu. Soud při rozhodování o předběžném opatření podle § 38 s. ř. s. vychází v první řadě z tvrzení žalobce a z obsahu listin, které má k dispozici, přitom způsob, kterým soud předběžným opatřením zatímně upraví poměry účastníků, musí být obecně citlivým a musí odpovídat povaze vztahů mezi účastníky a povaze důsledků, kterým má předběžné opatření zabránit. Dočasný aktivní vstup soudu do poměrů, jež jsou dány v době podání žaloby, vydáním předběžného opatření je tedy možností vskutku mimořádnou.
16. Zdejší soud je přitom toho názoru, že zamítl-li (nyní již pravomocně a vykonatelně) žalovaný návrh (námitky) žalobce proti stanovení podmínek veřejné zakázky [§ 241 odst. 2 písm. a) ve spojení s § 265 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek], dospěje-li zadávací řízení do stavu, kdy již podle zákona o zadávání veřejných zakázek může být uzavřena smlouva, skutečně nic (z pohledu zákona o zadávání veřejných zakázek) formálně nebrání, aby byla smlouva na Veřejnou zakázku uzavřena a plněna, a to bez ohledu na to, že žalobce proti rozhodnutí žalovaného o zamítnutí jeho návrhu (resp. proti rozhodnutí předsedy Úřadu) brojí žalobou ve správním soudnictví, pak bylo-li by žalobci v řízení u zdejšího soudu eventuálně vyhověno, nic by to již nezměnilo jednak na faktu, že on zakázku již realizovat nemůže, neboť ta by v mezidobí po uzavření smlouvy již mohla být realizována jiným (vybraným) dodavatelem (zdejšímu soudu je tedy zřejmá újma, která žalobci hrozí, aniž by ji musel blíže specifikovat či dokládat), ale především na samotném faktu, že by již byla uzavřena smlouva. Právě uzavření smlouvy přitom do budoucna významně omezuje efektivní možnost zásahu žalovaného proti možným pochybením zadavatele v zadávacích řízeních; uzavřením smlouvy z pohledu možnosti reálných zásahů žalovaného do zadávacích procesů nastává relativně nevratný stav. Pro případ, že by žalobě bylo eventuálně zdejším soudem vyhověno, by totiž následná smysluplná ochrana žalobce mohla spočívat v tom, že by žalovaný v dalším řízení navazujícím na případný zrušovací rozsudek zdejšího soudu mohl zrušit zadávací řízení či jednotlivý úkon zadavatele (vyhovět návrhové

argumentaci žalobce), to by však žalovaný mohl učinit pouze tehdy, pokud by do té doby nedošlo k uzavření smlouvy. Pokud by k uzavření smlouvy již došlo, žalovaný by bez povinnosti meritorního přezkumu a současně bez povinnosti vyjádřit se k meritorním otázkám alespoň v rovině *obiter dictum* musel řízení zastavit (§ 257 písm. j) zákona o zadávání veřejných zakázek].

17. Zdejší soud si je vědom mimořádného charakteru institutu předběžného opatření, a tedy nemožnosti jeho paušálního přiznávání ve všech věcech správního soudnictví. Zároveň si však silně uvědomuje potřebu využívat zákonem předvídaných řešení k zajištění smysluplného přezkumu správních rozhodnutí a také praxí stále častěji indikovaného problému spojeného s právní mocí a vykonatelností rozhodnutí žalovaného a teprve následného soudního přezkumu, který za situace, kdy rozhodnutí žalovaného, pro zadavatele „příznivé“, fakticky umožňuje zadavatelům a vybraným dodavatelům uzavřít smlouvu (a poté veřejnou zakázku realizovat), a to bez ohledu na výsledek soudního přezkumu. Ten se tak může mnohdy jevit již jen jako přezkum akademický, který se reálně na právech a povinnostech subjektů účastnících se zadávacích řízení již neprojevuje, pouze snad zpětně dává zapravdu buď žalovanému (a potažmo zadavateli), nebo těm dodavatelům, kteří původně marně svá práva hájili u zadavatele (námitkami) a u žalovaného (návrhem na přezkoumání úkonů zadavatele). 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. Je třeba vyjít z toho, že se výsledek přezkumu úkonů zadavatele promítá, ať už přímo či zprostředkovaně, v zodpovězení otázky „kdo může plnění, jež je veřejnou zakázkou, realizovat“. Je-li pak tato otázka faktickým předmětem navazujícího soudního přezkumu, lze kupř. nemožnost realizovat veřejnou zakázku tím dodavatelem, jenž se mohl stát v zadávacím řízení vybraným dodavatelem, vyvolanou tím, že smlouva již bude v mezidobí uzavřena a že plnění již v mezidobí bude zrealizováno, pokládat za natolik hrozící vážnou újmu, která odůvodňuje mezitímní zásah soudu v podobě předběžného opatření, který fakticky vyvolává *stop stav* do doby, než bude o věci samé rozhodnuto. Oproti žalovaným akcentovanému dřívějšímu pohledu zdejšího soudu na potřebu vydávání předběžných opatření, vyjádřenému právě např. v žalovaným zmiňovaném usnesení zdejšího soudu ze dne 12. 5. 2011 ve věci sp. zn. 62 Af 29/2011, zaujal zdejší soud vstřícnější pohled při pozdějším rozhodování (usnesení ze dne 12. 7. 2013 ve věci sp. zn. 62 Af 40/2013, usnesení ze dne 21. 10. 2013 ve věci sp. zn. 29 Af 66/2013, usnesení ze dne 11. 5. 2016 ve věci sp. zn. 62 Af 52/2016 atd.); při znalosti problémů zadavatelské praxe se tento vstřícnější pohled zdejšímu soudu (senátu, který nyní ve věci rozhoduje) jeví jako spravedlivější.
18. Eventuální konkrétní a dostatečně doložené nežádoucí důsledky takového *stop stavu* na reálnou zadavatelskou situaci lze ve výjimečných a odůvodněných situacích řešit cestou přednostního projednání žaloby; podle § 56 odst. 1 s. ř. s. lze věc rozhodnout mimo pořadí, v jakém k němu věci došly, jsou-li pro přednostní projednání a rozhodnutí věci závažné důvody. I takový postup v nynějším případě eventuálně připadá v úvahu.
19. Zcela bez ohledu na to, nakolik se zdejšímu soudu jeví či nejeví již nyní žaloba důvodná (to bezprostředně po podání žaloby nelze posoudit ani *prima facie* a není to ani kritériem, které by pro rozhodování o návrhu na vydání předběžného opatření mělo být podstatné), důvod pro vydání předběžného opatření vyvolaný hrozící vážnou újmu v podobě ztráty příležitosti získat postavení dodavatele plnění, jež je veřejnou zakázkou, je podle zdejšího soudu naplněn. Škoda, která žalobci potenciálně hrozí, je tak zdejšímu soudu zřejmá, aniž by ji žalobce musel blíže konkretizovat či dokládat. Navíc jedině tak lze smysl soudního přezkumu rozhodnutí žalovaného podle zdejšího soudu zajistit. Uvedené důvody vedou zdejší soud k přesvědčení, že zákaz uzavření smlouvy v době řízení před zdejším soudem lze spravedlivě žádat i po třetí osobě, kterou je tu zadavatel; ten je v soudním řízení v pozici osoby zúčastněné na řízení. Postavení osoby zúčastněné na řízení soud přiznává i společnosti TESCO SW, a.s., která i s ohledem na

specifika věci, kdy v době platnosti předběžného opatření s ní nebude moci být uzavřena smlouva na plnění Veřejné zakázky, je reálně a přímo dotčena na svých právech a povinnostech; návrh na vydání předběžného opatření a v posledku zejména jeho vydání tak rozšiřuje okruh dotčených osob, u nichž je možné uvažovat jako o osobách zúčastněných na řízení.

20. Z uvedených důvodů zdejší soud předběžné opatření podle návrhu žalobce vydal.

Poučení:

Proti tomuto usnesení **není** opravný prostředek přípustný.

Brno 6. listopadu 2020

JUDr. Zuzana Bystřická v.r.
předsedkyně senátu