



ČESKÁ REPUBLIKA

## ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Vojtěcha Šimíčka a soudců Mgr. Radovana Havelce a JUDr. Miluše Doškové v právní věci žalobce **Iveco Fiat - Oto Melara Societa Consortile a Responsabilita Limitata**, s adresou pro doručování Bolzano, Via Volta 6, Itálie, zastoupeného JUDr. Viktorem Bradáčem, advokátem se sídlem Praha 1, Jindřišská 17, proti žalovanému **Ministerstvu obrany**, se sídlem Praha 6, Tychonova 1, zast. Vojenským úřadem pro právní zastupování Ministerstva obrany, se sídlem Praha 6, nám. Svobody 471, za účasti společnosti **Steyr - Daimler - Puch Spezialfahrzeug GmbH**, se sídlem Vídeň, Haiderquerstrasse 3, Rakousko, zastoupené JUDr. Alexandrem Césarem, advokátem se sídlem Praha 1, Klimentská 46, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 2. 5. 2006, č. j. 8 Ca 323/2005 - 74, ve znění opravného usnesení ze dne 2. 5. 2006, č. j. 8 Ca 323/2005 - 85,

### t a k t o :

- I.** Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 2. 5. 2006, č. j. 8 Ca 323/2005 - 74, ve znění opravného usnesení ze dne 2. 5. 2006, č. j. 8 Ca 323/2005 - 85, **se zrušuje.**
- II.** Žaloba proti rozhodnutí Ministerstva obrany ze dne 21. 9. 2005, č. j. 3193/2005-8764, **se odmítá.**
- III.** Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení před Městským soudem v Praze.
- IV.** Žalovanému **se** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti **nepřiznává.**

### O d ů v o d n ě n í :

Ministerstvo obrany svým rozhodnutím ze dne 21. 9. 2005, č. j. 3193/2005-8764, nevyhovělo stížnosti žalobce, směřující proti oznámení Ministerstva obrany ze dne 16. 8. 2005,

č. j. 102889-12/2005/DP-5888. Uvedeným oznámením bylo žalobci sděleno, že z důvodu nesplnění kvalifikačních kritérií stanovených pro I. (předkvalifikační) etapu zadávacího řízení „*Přezbrojení armády České republiky obrněnými transportéry*“ nepostupuje do II. etapy tohoto zadávacího řízení. Při podání uvedené stížnosti přitom žalobce postupoval, v souladu s poučením obsaženým ve výše uvedeném oznámení žalovaného ze dne 16. 8. 2005, podle vládní vyhlášky č. 150/1958 Ú.l., o vyřizování stížností, podnětů a oznámení pracujících (dále jen „vládní vyhláška č. 150/1958 Ú.l.“).

Rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 9. 2005, č. j. 3193/2005-8764 (dále jen „napadené rozhodnutí“) napadl žalobce u Městského soudu v Praze žalobou, kterou se domáhal jeho zrušení. Jako hlavní žalobní důvody uváděl chybné a zmatečné poučení o možnosti podat námitku podle vládní vyhlášky č. 150/1958 Ú.l., vadné doručení sdělení žalovaného ze dne 16. 8. 2005, nesprávné označení žalobce v tomto sdělení a porušení zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace. Diskriminaci přitom žalobce spatřoval jednak ve stanovení konce zadávací lhůty na měsíc srpen, kdy v Itálii probíhá povinná podniková dovolená, a jednak v nezohlednění skutečnosti, že ani vozidla nabídnutá jinými uchazeči nespĺňují podmínku plavbyschopnosti v tom rozsahu, jak byla požadována v zadávacím řízení, což žalovaný nevzal v úvahu. Přestože si byl žalobce vědom, že předmětné zadávací řízení je s ohledem na specifický předmět plnění vyloučeno z dosahu vnitrostátních i komunitárních právních předpisů o veřejných zakázkách, setrval na přesvědčení, že základní zásady transparentnosti a zákazu diskriminace je třeba *per analogiam* aplikovat i zde. Na podkladě této žaloby prohlásil Městský soud v Praze svým rozsudkem ze dne 2. 5. 2006, č. j. 8 Ca 323/2005 - 74 (dále jen „rozsudek“) napadené rozhodnutí žalovaného za nicotné.

Městský soud v Praze se v odůvodnění svého rozsudku především nejprve zabýval otázkou, zda napadený akt žalovaného je emanací výkonu státní správy a uplatněním veřejné moci, či jednal-li žalovaný pouze jako soukromoprávní subjekt v režimu soukromoprávních vztahů. Dospěl přitom k závěru, že zadávání veřejných zakázek je dvoufázový proces, zahrnující jednak výběr nejvhodnějšího uchazeče (první stádium), jednak uzavření smlouvy s tímto uchazečem (druhé stádium). V návaznosti na tuto konstrukci pak konstatoval, že postup žalovaného v prvním stádiu zadávacího řízení, ve kterém se ještě nejednalo o sjednání smlouvy, spadá do oblasti práva veřejného, a je tak nutně prováděn na základě zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Dodržování shora uvedených zásad je zákonným a bezvýjimečným požadavkem tohoto řízení, neboť se nikdy ve svých důsledcích nejedná o vynaložení soukromých finančních prostředků Ministerstva obrany, nýbrž o vynaložení prostředků z veřejných rozpočtů. Městský soud v Praze v této souvislosti poukázal také na „*splnění podmínky svěřeni rozhodování*“, kde odkázal na usnesení vlády České republiky č. 448 ze dne 13. 4. 2005, kterým vláda rozhodla o využití konkrétních finančních prostředků ze státního rozpočtu s tím, že tyto prostředky budou použity na projekt „*Přezbrojení Armády České republiky obrněnými transportéry*“. Obdobně byla podle městského soudu splněna i podmínka dotčení práv a povinností fyzických a právnických osob v oblasti veřejné správy, a to nejen zájmů neúspěšného uchazeče o zmíněnou veřejnou zakázku, ale i zájmů daňových poplatníků na čerpání finančních prostředků ze státního rozpočtu na základě výše uvedených základních zásad.

Městský soud taktéž odmítl jako nepatřičný argument žalovaného o nepoužití komunitárního práva odkazem na čl. 296 Smlouvy o Evropské Unii, neboť tato smlouva tak, jak je uveřejněna v Úředním věstníku C 191 ze dne 29. 7. 1992, ve znění změn provedených smlouvami zveřejněnými v Úředním věstníku C 241 ze dne 29. 8. 1994, C 340 ze dne

10. 11. 1997, C 80 ze dne 10. 3. 2001 (Niceská smlouva) a L 236 ze dne 23. 9. 2003 (Athénská smlouva), obsahuje pouze 53 článků.

Obdobně prohlásil Městský soud v Praze za nepatřičné použití vládní vyhlášky č. 150/1958 Ú.l., zrušené s účinností ke dni 1. 1. 2006. Nepatřičnost Městský soud v Praze odůvodnil odkazem na její preambuli, z níž vyplývá, že hlavním cílem této vyhlášky je včasné a důsledné vyřizování stížností, oznámení a podnětů „pracujících“.

V další části svého rozsudku se městský soud podrobně věnoval argumentaci, proč v šetřeném případě neexistoval zákonný podklad pro to, aby samo žalované Ministerstvo obrany, jako zadavatel, přezkoumávalo námitky proti rozhodnutí ředitele sekce vyzbrojování. Svůj závěr opřel o § 2 odst. 1 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 40/2004 Sb.“), který stanoví, že Česká republika je veřejným zadavatelem, v návaznosti na § 4 odst. 1 písm. b) zákona, podle něhož se tento zákon nevztahuje na zadávání veřejných zakázek, jestliže jejich předmětem je výroba, koupě nebo oprava zbraní, zbraňových systémů, střeliva nebo zabezpečení dalšího vojenského materiálu pro zajištění obrany nebo bezpečnosti státu. Městský soud dovodil, že zdůvodněné námitky podle § 88 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., které jsou podmínkou podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, je možné podat pouze ve dvou výjimečných případech, a to u nadlimitních veřejných zakázek jakýmkoli dodavatelem a u podlimitních veřejných zakázek kterýmkoli uchazečem nebo zájemcem, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele vznikla nebo hrozí škoda.

V návaznosti na tento závěr (a s odkazem na obsah usnesení Ústavního soudu ze dne 5. 5. 2004, sp. zn. II. ÚS 770/02) shledal městský soud žalobou napadené rozhodnutí Ministerstva obrany za nicotné. V daném případě nebyla, dle názoru soudu, splněna podmínka uvedená v § 88 zákona č. 40/2004 Sb., neboť se nejednalo ani o nadlimitní, ani o podlimitní veřejnou zakázku, nýbrž o zakázku zcela jiné kategorie, podřazenou režimu § 4 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb. Ministerstvo obrany si tak atrahovalo právo na přezkum, které mu nenáleželo a současně se dostalo do rozporu se směrnicí Rady č. 89/665/EHS ze dne 21. 12. 1989, o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (dále jen „přezkumná směrnice“), neboť neumožnilo neúspěšnému soutěžiteli právo na nezávislý přezkum. Městský soud se v tomto závěru odvolal na eurokonformní výklad zákona č. 40/2004 Sb. a ustálenou judikaturu Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“), podle níž při nedostatečné transpozici směrnic je nutno vykládat vnitrostátní zákon ve světle znění a účelu směrnic tak, aby byl dosažen její cíl a aby bylo vyhověno čl. 249 (bývalý čl. 189) Smlouvy o založení Evropských Společenství (dále jen „SES“). Postupoval proto podle přezkumné směrnice, resp. podle její preambule stanovící základní interpretační pravidla pro přezkumné řízení. S odkazem na čl. 1, čl. 2 a čl. 3 přezkumné směrnice, pak uzavřel, že v posuzovaném případě byla otevřena soutěž pro zadání veřejné zakázky na „*Přezbrojení Armády České republiky obrněnými transportéry*“ na úrovni Společenství, a proto je nutné dodržovat základní zásady zadávání veřejných zakázek podle komunitárního práva, tj. zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Současně je třeba naplnit i cíl přezkumné směrnice, tedy připustit účinné a dostatečné opravné prostředky. Tento postup předvídaný přezkumnou směrnicí však podle Městského soudu v Praze naplněn nebyl, a to ve svých důsledcích odrazuje podniky ze Společenství, aby se ucházely o veřejné zakázky zadavatelů v České republice. Městský soud doplnil, že eurokonformní interpretaci zákona č. 40/2004 Sb. svědčí rovněž skutečnost, že tento zákon byl ke dni 1. 7. 2006 nahrazen zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v němž

je § 18 odst. 1 upravující výjimky z působnosti tohoto zákona formulován méně kategoricky než § 4 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb. Ze shora uvedených důvodů tak dospěl k závěru, že žaloba byla podána důvodně a že žalobou napadené rozhodnutí je nicotné.

Opravným usnesením ze dne 2. 5. 2006, č. j. 8 Ca 323/2005 - 85, městský soud shora popsany rozsudek opravil, pokud jde o výši nákladů řízení přiznaných žalobci.

Proti rozsudku brojil žalovaný (dále jen „stěžovatel“) včas podanou kasační stížností odkazující se na důvody uvedené v ustanovení § 103 odst. 1 písm. a), c) a d) soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“).

Stěžovatel především uvedl, že se městský soud při rozhodování dopustil nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právní otázky [§ 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.], když odmítl aplikaci čl. 296 SES jen proto, že vlivem písařské chyby stěžovatel ve vyjádření k podané žalobě nesprávně uvedl „čl. 296 Smlouvy o založení Evropské unie“. Dle názoru stěžovatele se měl soud, v souladu se zásadou *iura novit curia*, bez ohledu na stěžovatelův omyl v psaní, s čl. 296 SES v řízení vypořádat. Pokud tak neučinil, porušil právní zásadu, že právní předpisy nejsou předmětem dokazování. Stěžovatel dále, s odkazem na ustanovení čl. 296 SES, trvá na tom, že členským státům přísluší v otázkách bezpečnosti a zbraní i vojenského materiálu svrchovanost učinit vlastní nezbytná opatření, včetně opatření legislativních, neboť se na zadávací řízení, jehož předmětem jsou výše zmíněné „strategické zakázky“, nevztahuje ani Směrnice Rady č. 93/36/EHS ze dne 14. června 1993, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky (dále jen „směrnice č. 93/36/EHS“), resp. Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/EHS ze dne 31. 3. 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, ani přezkumná směrnice. Obdobně je, s odkazem na čl. 296 SES, tento druh zakázek vyloučen z působnosti zákona o veřejných zakázkách, a to i v souladu s komunitárním právem, jehož součástí SES bezesporu je. Stěžovatel připomněl, že se přezkumná směrnice vztahuje jen na veřejné zakázky a nikoli na „strategické zakázky“, neboť její působnost je odvozena od směrnice č. 93/36/EHS (která nahradila směrnici Rady č. 71/305/EHS ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce), jakož i směrnice č. 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (která nahradila směrnici Rady 77/62/EHS ze dne 21. prosince 1976, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky). Podle čl. 2 obou těchto směrnic platí, že se neaplikují na zakázky související s bezpečností státu, a tudíž ani přezkumná směrnice není aplikovatelná na strategickou zakázku, která souvisí s bezpečností státu. Pravidlo o vyloučení působnosti směrnic, které je obdobou § 4 zákona č. 40/2004 Sb., je promítnutím čl. 296 SES do sekundárních aktů práva Evropských společenství.

Stěžovatel dále městskému soudu vytkl, že nerespektoval § 49 odst. 4 s. ř. s. a nevedl účastníky k tomu, aby se vyjádřili i o těch skutkových a právních otázkách, které podle mínění soudu jsou pro rozhodnutí určující, i když v dřívějších podáních účastníků uplatněny nebyly. Soud tak měl účastníky vést k tomu, aby se vyjádřili k právnímu názoru, že se může jednat o nicotné rozhodnutí, a to bez ohledu na to, zda žalobce nicotnost namítal, či nikoli. To platí i pro nepoužití čl. 296 SES z důvodu, že ve vyjádření k žalobě hovořil stěžovatel omylem o čl. 296 Smlouvy o založení Evropské Unie.

Jako další stížní námitku uplatnil stěžovatel zmatečnost řízení pro věcnou nepříslušnost soudu k projednání tohoto typu žaloby [§ 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s.], která měla vzniknout v důsledku nesprávného závěru městského soudu, že posouzení zadávání veřejné zakázky je dvoufázovým procesem, v němž teprve druhá fáze (uzavření smlouvy) má soukromoprávní

charakter. Stěžovatel na proces zadávání veřejných zakázek podle zákona č. 40/2004 Sb. naopak nahlíží jako na proces čtyřfázový, zahrnující na prvním místě zadání podmínek veřejné zakázky ve výzvě, na druhém podání nabídek, na třetím hodnocení a výběr nejhodnější nabídky včetně oznámení soutěžitelům a na posledním místě samotné uzavření smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem. Veškeré úkony směřující k žalobci v rámci předkvalifikační etapy, včetně dopisu o nesplnění kvalifikačních kritérií a nepostoupení do druhé etapy a dokumentu ministra obrany České republiky ze dne 21. 9. 2005, č.j. 3193/2005-8764 o nevyhovění námitkám, nebyly úkony v rámci správního řízení, ani výkonem státní správy, a dokonce ani uplatněním vrchnostenské moci státu vůči subjektům v podřízeném postavení, neboť uplatňováním veřejné moci se rozumí taková činnost, při níž příslušný orgán veřejné moci autoritativně rozhoduje o právech a povinnostech subjektů, ať již přímo, nebo zprostředkovaně. Stěžovatel připouští, že je v tomto zadávacím řízení veřejným právem omezen, nicméně regulace soukromoprávního vztahu normou veřejného práva neznámá, že i regulovaný vztah musí být nutně vztahem veřejnoprávním. Stěžovatel tak dovozuje, že žalobce nemohl zkrátit na jeho právech, neboť jeho postup nezaložil, nezměnil, nezrušil ani závazně neurčil práva a povinnosti žalobce, jak předpokládá § 65 s. ř. s.; žalobou napadené „rozhodnutí“ bylo jen soukromoprávním úkonem (manažerským rozhodnutím). Neexistovala proto aktivní legitimace žalobce podle § 65 s. ř. s., ani nebyla založena pravomoc a příslušnost Městského soudu v Praze k projednání žaloby. S touto námitkou se však soud ve svém rozsudku dostatečně nevyřadil, a nevyřadil se tak ani s námitkou, že žaloba měla být odmítnuta podle § 46 odst. 1 písm. c) s. ř. s.

Pokud Městský soud v Praze dovedl, že podmínka dotčení práv a povinností fyzických či právnických osob byla splněna tím, že mohly být dotčeny i zájmy daňových poplatníků na čerpání finančních prostředků ze státního rozpočtu, pak je takový výklad výsledkem přílišné akcentace přirozenoprávního přístupu a je taktéž v rozporu s ustanovením § 4 odst. 1 písm. a), resp. § 65 odst. 1 s. ř. s. a čl. 2 odst. 2 Ústavy ČR.

Stěžovatel dále uvedl, že podle žádného předpisu o veřejných zakázkách není založena kompetence správního soudu v oblasti přezkumu zadávacího řízení dříve, než je rozhodnutí zadavatele o námitkách přezkoumáno ve správním řízení Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže. Toto pravidlo by podle stěžovatele platilo i v hypotetickém případě, kdy by i strategická zakázka podléhala nepřímému účinku směrnic a kdy by se ve smyslu přezkumné směrnice vykládal i zákon č. 40/2004 Sb. Stěžovatel dále odkázal na § 2 zákona č. 40/2004 Sb., definující veřejného zadavatele. Uvedl, že u osob, jimž zákon č. 40/2004 Sb. postavení zadavatele přiznává, není sporu o tom, že písemné sdělení o tom, zda zadavatel námitkám vyhovuje či nikoli, není rozhodnutí správní, a to ani v případě, kdy by tak bylo formálně nadepsáno. Pozice stěžovatele je zcela shodná jako u osob vyjmenovaných v § 2 zákona č. 40/2004 Sb., a proto je třeba charakter tohoto sdělení taktéž shodně vnímat, jinak by vznikala nerovnost mezi zadavateli (zejména zadavatel, který je současně organizační složkou státu, by byl, co do formy písemného sdělení, zda námitkám vyhovuje, diskriminován proti ostatním zadavatelům). Jakkoli „rozhodnutí“ napadené žalobou bylo takto označeno nadbytečně, přesto z jeho obsahu jednoznačně vyplývalo, že o individuální správní akt nejde, stejně jako nejde o vypořádání námitky podle § 88 zákona č. 40/2004 Sb., neboť se na předmětnou zakázku zákon nevztahuje. K závěru, že předmětné zadávací řízení vůbec nespadlo pod režim zákona č. 40/2004 Sb., sice dospěl i městský soud, avšak přesto po celý zbytek svého odůvodnění *de facto* toto výběrové řízení přezkumu podle zákona č. 40/2004 Sb. podrobil právě s ohledem na jednotlivá ustanovení i zásady naposledy citovaného zákona. Používal-li soud argumentaci *per analogiam legis/per analogiam iuris*, není to stěžovateli ze stížností napadeného rozsudku zřejmé. Stejně tak zůstalo nezodpovězeno, který správní orgán je příslušný podle vnitrostátního práva, popř. podle eurokonformního výkladu, k přijetí rozhodnutí, není-li jím ministr obrany.

Závěr o nicotnosti správního aktu nelze dále (kromě přesvědčení stěžovatele o vynětí předmětné zakázky z režimu zákona č. 40/2004 Sb.), dovodit ani z nepřímého účinku (eurokonformního výkladu) směrnic; z ničeho totiž neplyne, že žalobou napadené „rozhodnutí“ je rozhodnutím správním. Stěžovateli nemůže jít k tíži nepřijetí adekvátní právní úpravy, když tato kompetence náleží zákonodárnému sboru.

K odkazu městského soudu na § 88 zákona č. 40/2004 Sb. stěžovatel upozornil, že jiné než nadlimitní a podlimitní veřejné zakázky tento zákon neupravuje. Připustil-li by, že bylo lze analogicky použít na posuzovanou věc režim zákona č. 40/2004 Sb. (a tedy i postup podle § 88 tohoto zákona), pak by ani písemné sdělení ministra obrany o námitkách podle § 88 odst. 3 zákona č. 40/2004 Sb. nebylo přezkumem úkonů zadavatele, jak tvrdí městský soud. Stěžovatel s ohledem na výše uvedené uzavřel, že soud měl dojít k závěru, že žalobou napadené rozhodnutí stěžovatele ve světle znění a účelu směrnic nemůže být správním rozhodnutím zadavatele (jež je se správním orgánem pouze pojmově, nikoli však věcně, pravomocí a působností, totožný), ale že je analogický písemnému sdělení, zda zadavatel námitkám vyhovuje či nikoliv. Pak bylo věcí žalobce, aby postupoval v duchu onoho eurokonformního výkladu a domáhal se přezkumu závěru zadavatele u nezávislého orgánu.

Stěžovatel se konečně vyjádřil též k tvrzené nepatřičnosti použití vládní vyhlášky č. 150/1958 Ú.l., kterou soud nijak blíže neodůvodnil, resp. nevysvětlil, v čem konkrétně tuto nepatřičnost spatřuje [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.]. Stěžovatel připustil diskutabilní charakter této vyhlášky, nicméně upozornil, že citovaná vládní vyhláška v praxi používána byla a svůj účel plnila, přičemž odkázal na usnesení Vrchního soudu v Praze, sp. zn. 7 A 179/95-17. I ve světle tohoto názoru Vrchního soudu v Praze je zřejmé, že nevhodné označení předmětného dokumentu jako „rozhodnutí“ nic nemění na tom, že o správní rozhodnutí nejde, a to s odkazem na § 1 vyhlášky, který stanoví, že stížnosti přijímají a správné a včasné vyřízení zařizují „*všechny orgány státního a hospodářského aparátu*“. Je zřejmé, že tyto orgány nebyly součástí systému státní správy, a proto postup podle citované vyhlášky nemůže být správním řízením ani u těch orgánů, které orgány státní správy jsou.

Žalobce ve svém vyjádření k věci předně konstatoval, že městský soud rozhodl správně a nelze mu vytknout žádnou ze stížností uváděných vad. Setrval na závěru, že rozhodnutí činěná ministrem obrany, případně celou vládou České republiky v uvedené věci, nemohou být chápána jako soukromoprávní a nemohou být stavěna na roveň manažerskému rozhodování soukromých podnikatelů. Na podporu svého tvrzení poukázal na složitost rozlišování mezi právem soukromým a veřejným, na němž jsou vybudovány moderní kontinentální právní řády, a citoval Ulpianovu poučku o rozlišení soukromého a veřejného práva. Žalobce nesouhlasí s kasační námitkou, dle které bylo rozhodnutí soudu nepředvídatelné a neočekávané. Uvedl, že již v žalobě byly rozhodnutí žalovaného vytýkány nedostatky a bylo požadováno jeho zrušení. Stěžovatel tedy měl možnost uvést na svou obranu všechny skutečnosti svědčící pro správnost jeho rozhodnutí, o což se také pokusil. Žalobce je stále přesvědčen o nepatřičnosti použití vládní vyhlášky č. 150/1958 Ú.l., což je patrné i z těžkostí, na něž stěžovatel při její aplikaci naráží, pokouší-li se aplikovat její terminologii na současné právní poměry. I z tohoto důvodu nelze přijmout výtku adresovanou městskému soudu, že se nechal přílišně unést přirozenoprávní teorií, namísto aby položil důraz na platné pozitivní právo. Žalobce dále uvedl, že uplatnění zásady *iura novit curia* nespočívá v povinnosti soudu uvádět všechna ustanovení vnitrostátní a komunitární legislativy, která se okrajově týkají přezkoumávané problematiky, a vypořádat se s nimi. Podpořil tím postup městského soudu, který nepřihlédl k čl. 296 SES, když bylo žalovaným nesprávně argumentováno čl. 296 Smlouvy o založení Evropské unie. K čl. 296 SES žalobce uvedl, že nesouhlasí se závěrem, že svrchovanost členských států, umožňující jim v otázkách bezpečnosti učinit vlastní

opatření, znamená, že členský stát není povinen se řídit vůbec žádnými pravidly, či dokonce, že není vázán ani těmi pravidly, které si sám stanovil. Pokud Ministerstvo obrany dalo uchazečům možnost podávat proti jeho rozhodnutí námitky, měl být určen nezávislý orgán, který by se jimi zabýval. Proto soud správně poukázal na porušení přezkumné směrnice, která měla být *per analogiam* aplikována. Bez významu není ani to, že v současnosti Evropská komise vybízí členské státy k posilování národních přezkumných řízení v případech, kdy podnikatelé mají zato, že státní orgán přidělil veřejnou zakázku neprávem a zdůrazňuje u toho požadavek, aby veřejné smlouvy byly udělovány čestným, soutěživým a průhledným způsobem. V tomto smyslu byl proto Evropskou komisí podán návrh na vydání příslušné směrnice (IP/06/601). Postup stěžovatele však zjevně těmto trendům neodpovídá. Žalobce současně uvedl, že považuje stěžovatele, coby orgán moci výkonné, který má oproti žalobci významnější možnosti ovlivnit stav právní úpravy, za spoluodpovědného za nedokonalost českého právního řádu a jeho nepřizpůsobení se právu komunitárnímu. Žalobce vyslovil konečně též nesouhlas se stěžovatelem, pokud jde o stížní námitku, že soud nezodpověděl, který správní orgán je příslušný zabývat se námitkami. Poukázal zde na poslední odstavec strany 7 napadeného rozsudku, kde městský soud uvedl, že dohled nad zadáváním veřejných zakázek vykonává Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, na který se ostatně žalobce v dané věci několikrát neúspěšně obrátil.

Osoba zúčastněná na řízení se k podané kasační stížnosti nevyjádřila.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v rozsahu podané kasační stížnosti (§ 109 odst. 2, věta před středníkem s. ř. s.) a z důvodů v ní uvedených (§ 109 odst. 3, věta před středníkem s. ř. s.). Ve věci přitom rozhodl bez nařízení jednání za podmínek vyplývajících z § 109 odst. 1, věty první s. ř. s.

Úvodem Nejvyšší správní soud uvádí, že uplatnil-li stěžovatel jako kasační důvod tvrzený nedostatek podmínek řízení [§ 103 odst. 1 písm. c) s. ř. s.], pak by se zdejší soud v případě důvodnosti této námitky již nemohl zabývat kasačními námitkami ostatními [tj. namítanou nezákonností spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení podle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. a nepřezkoumatelností spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.]. Nejvyšší správní soud však dospívá k závěru, že v daném případě je právě právní posouzení věci, a to jmenovitě povahy napadeného rozhodnutí, stěžejní pro zjištění existence podmínek řízení. Přesto však se Nejvyšší správní soud ještě před posouzením právní povahy napadeného rozhodnutí zabýval posouzením namítané nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku, neboť procesní podmínky, které městský soud považoval za splněné pro provedení vlastního meritorního přezkumu napadeného aktu (u něhož následně konstatoval nicotnost) by měly být vtěleny srozumitelným důvodem do odůvodnění rozsudku. Jinými slovy: Nejvyšší správní soud nejprve posuzuje, zda jsou v této otázce v odůvodnění rozsudku uvedeny důvody, jejichž správnost by mohl přezkoumat; v opačném případě by bylo vyloučeno zabývat se důvodností dalších kasačních důvodů a napadený rozsudek by musel být bez dalšího zrušen.

Jakkoli odůvodnění rozsudku městského soudu postrádá v některých částech bližší právní argumentaci či konkrétní vyústění (podrobněji viz dále), nejedná se o vady natolik intenzivní, aby vyvolaly nepřezkoumatelnost rozhodnutí v tom smyslu, v jakém zdejší soud nepřezkoumatelnost pojímá. Za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů zdejší soud považuje například takové rozhodnutí, v němž soud v řízení o žalobě opomněl přezkoumat některou ze žalobních námitek, dále rozhodnutí, z jehož odůvodnění není zřejmé, proč právní argumentaci účastníka řízení soud považoval za nedůvodnou a proč žalobní námitky považoval za liché, mylné

nebo vyvrácené, případně by nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nedostatek důvodů byla dána tehdy, pokud by spis obsahoval protichůdná sdělení a z rozhodnutí by nebylo zřejmé, které podklady byly vzaty v úvahu a proč (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu č. 689/2005 Sb. NSS, č. 787/2006 Sb. NSS nebo č. 386/2004 Sb. NSS). Za nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost Nejvyšší správní soud tradičně považuje takové rozhodnutí, z jehož výroku nelze zjistit, jak vlastně soud ve věci rozhodl, tj. zda žalobu zamítl, odmítl nebo jí vyhověl, kdy nelze rozeznat, co je výrok a co odůvodnění, kdo jsou účastníci řízení a kdo byl rozhodnutím zavázán. Mezi další důvody patří rozpornost výroku s odůvodněním, absence právních závěrů vyplývajících ze skutkových okolností, jakož i jejich nejednoznačnost. Nedostatkem důvodů však nelze rozumět dílčí nedostatky odůvodnění soudního rozhodnutí, ale pouze nedostatek důvodů skutkových - typicky tedy tam, kde soud opřel rozhodovací důvody o skutečnosti v řízení nezjišťované, případně zjištěné v rozporu se zákonem, anebo tam, kde není zřejmé, zda vůbec nějaké důkazy byly v řízení provedeny (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. 133/2004 Sb. NSS). Žádnou z výše uvedených vad však rozsudek Městského soudu v Praze netrpí, a tudíž tato kasační námitka nebyla shledána jako důvodná. Nejvyšší správní soud se tak v řízení o kasační stížnosti mohl soustředit na posouzení správnosti právního hodnocení věci městským soudem ve smyslu § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s., jejíž vyřešení má vliv na závěr o existenci podmínek řízení ve smyslu § 103 odst. 1 písm. c) s. ř. s., jak bylo již konstatováno výše.

Pokud jde o posouzení důvodnosti dalších kasačních námitek, zde je nutné vypořádat se primárně s výkladem právních předpisů, na jejichž základě byl napadený akt stěžovatele vydán, o což se městský soud v řízení o žalobě již pokusil, byť ne zcela úspěšně.

Nejvyšší správní soud se sice principiálně ztotožňuje se závěrem městského soudu v tom, že předmětná veřejná zakázka na „*Přezbrojení Armády České republiky obrněnými transportéry*“ je vyňata z věcného dosahu zákona č. 40/2004 Sb., avšak vychází-li z důvodů, které k vyloučení dopadu zákona č. 40/2004 Sb. mají vést, je nucen konstatovat, že v rozsudku vyslovené závěry nemají plnou oporu v platných vnitrostátních a komunitárních právních předpisech.

Nesprávnost závěrů městského soudu má svůj počátek již v prohlášené nepatřičnosti odkazu na čl. 296 (bývalý článek 223) SES, který stěžovatel uvedl ve svém vyjádření v podané žalobě, a to z důvodu, že Smlouva o založení Evropských společenství zde byla omylem označena jako „*Smlouva o založení Evropské Unie*“. Nejvyšší správní soud zde nemohl přehlédnout, že městský soud Smlouvu o založení Evropských Společenství nejenže s ohledem na zásadu *iura novit curia* znát má, ale že při vydání kasační stížnosti napadeného rozsudku s tímto dokumentem sám aktivně pracoval, když v souvislosti s aplikací nepřímého účinku směrnic odkázal na článek 249 (bývalý čl. 189) SES. Již z toho je tedy nepochybné, že tento komunitární právní předpis nejvyšší právní síly znal a musel si proto být vědom, že stěžovatel měl právě tento předpis na mysli. Postup Městského soudu, který nepřihlédl ke zjevné stěžovatelově chybě v psaní, byl tedy výrazem přepjatého právního formalizmu a nerespektoval (i přes změnu úpravy procesní úpravy správního soudnictví plně použitelný) náleží Ústavního soudu ze dne 11. 7. 2000, sp. zn. II. ÚS 491/98, podle něhož: „*Nepřiměřeně přísný výklad náležitosti správní žaloby podle § 249 odst. 2 občanského soudního řádu porušuje čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod a v důsledku toho i právo na soudní ochranu proti rozhodnutí orgánů veřejné správy podle čl. 36 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.*“ (dostupný z: <http://www.nalus.usoud.cz>).

Vyloučení předmětné zakázky z dosahu působnosti vnitrostátních a komunitárních pravidel pro zadávání veřejných zakázek má svůj základ v § 4 odst. 1 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., který je právě odrazem výše zmíněného čl. 296 odst. 1 písm. b) SES (bývalý článek 223).



Podle tohoto článku může každý členský stát učinit opatření, která považuje za nezbytná k ochraně podstatných zájmů své bezpečnosti a která jsou spjata s výrobou zbraní, střeliva a válečného materiálu nebo obchodem s nimi; tato opatření nesmí nepříznivě ovlivnit podmínky hospodářské soutěže na společném trhu s výrobky, které nejsou určeny výlučně k vojenským účelům. Jak vyplynulo z řízení o žalobě i ze správního řízení, mezi účastníky i městským soudem není sporu o tom, že přezkoumávaná zakázka je veřejnou zakázkou, jejíž provádění je podle zvláštních právních předpisů spojeno se zvláštními bezpečnostními opatřeními. Nebyla přitom zpochybněna ani druhá podmínka aplikace čl. 296 SES, tedy že nebudou narušeny podmínky hospodářské soutěže na společných navazujících trzích (tj. trzích s výrobky, které nejsou určeny výlučně k vojenským účelům). I při striktním výkladu čl. 296 SES, jak je požadován v rozsudku ESD ze dne 16. 9. 1999 ve věci C-414/97 *Komise v. Španělské království*, je zřejmé, že se v daném případě jedná o jasně definovatelný případ poptávaných dodávek vojenského materiálu, se kterým je spojen požadavek ochrany podstatných zájmů bezpečnosti státu. To vše v kontextu usnesení vlády České republiky č. 1205 ze dne 26. 11. 2003 o Přezbrojení Armády České republiky obrněnými transportéry, které hovoří o zajištění „*nákupu majetku a služeb strategického charakteru*“.

Veřejné zakázky, jejichž předmětem je výroba zbraní, střeliva a válečného materiálu nebo obchod s nimi, vylučuje ze své věcné působnosti také čl. 2 odst. 1 písm. b) směrnice č. 93/36/EHS, který stanoví, že se tato směrnice nevztahuje na zakázky na dodávky, které jsou prohlášeny za tajné nebo jejichž provádění musí podle právních a správních předpisů platných v daných členských státech doprovázet zvláštní bezpečnostní opatření nebo pokud to vyžaduje ochrana základních bezpečnostních zájmů členského státu. Směrnice č. 93/36/EHS sice již byla nahrazena směrnicí Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/EHS ze dne 31. 3. 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, avšak i tato směrnice vylučuje ze svého dosahu tajné zakázky a zakázky, jejichž plnění musí být v souladu s platnými právními a správními předpisy dotčeného státu provázeno zvláštními bezpečnostními opatřeními nebo vyžaduje-li to ochrana základních bezpečnostních zájmů tohoto členského státu. Je mimo pochyby, že výraz „*ochrana základních bezpečnostních zájmů členského státu*“, použitý v čl. 296 SES, lze významově ztotožnit s pojmem „*ochrana podstatných zájmů bezpečnosti*“ (státu – pozn. NSS), použitý v čl. 2 odst. 1 písm. b) směrnice č. 93/36/EHS; ani v základním smyslu kodifikace obou pravidel přitom není materiálního rozdílu.

Domnívá-li se městský soud, že i přes vynětí zakázky na „*Přezbrojení Armády České republiky obrněnými transportéry*“ z dosahu zákona č. 40/2004 Sb., a zadávací směrnice č. 93/36/EHS je třeba dodržet základní zásady transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace uvedené v přezkumné směrnici tak, aby byly naplněny její cíle (tj. nezávislý přezkum procesu zadávání všech typů veřejných zakázek), nemá tento závěr v přezkumné směrnici oporu. Městský soud opomenul, že působnost přezkumné směrnice je v návaznosti na její preambuli odvozena zejména od směrnice Rady 71/305/EHS ze dne 26. 7. 1971 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, naposledy pozměněné směrnicí 89/440/EHS, a směrnice Rady 77/62/EHS ze dne 21. 12. 1976 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky, naposledy pozměněné směrnicí 88/295/EHS. Naposledy zmíněná směrnice Rady 77/62/EHS ze dne 21. 12. 1976 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky, byla změněna právě směrnicí č. 93/36/EHS, resp. směrnicí Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/EHS ze dne 31. 3. 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, které, jak již bylo výše řečeno, veřejné zakázky spjaté s bezpečnostními opatřeními státu ze své působnosti vylučují. Nejvyšší správní soud proto zkoumal, zda neexistuje jiná směrnice či jiný pramen komunitárního práva, jenž by speciálně upravoval zadávání veřejných zakázek, jejichž předmětem jsou (zjednodušeně řečeno) dodávky vojenského materiálu, a zjistil, že takového předpisu není. Lze tedy uzavřít, že zde není důvod

pro použití nepřímého účinku prezkumné směrnice, neboť tato směrnice, v kontextu jednotlivých zadávacích směrnic, byla do zákona č. 40/2004 Sb., alespoň pokud jde o režim veřejných zakázek na dodávky vojenského materiálu, respektive veřejných zakázek souvisejících s bezpečností státu, řádně transponována.

Sluší zde upozornit, že ke stejnému závěru dospěl i Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 22. 12. 2006, č. j. 62 Ca 25/2006 - 196, uveřejněném ve Sb. NSS pod č. 1166/2007. V tomto rozsudku Krajský soud v Brně shledal, že ani vnitrostátní, ani komunitární právní předpisy (konkrétně prezkumná směrnice) neukládají členským státům povinnost zajistit cestou řízení před nezávislým orgánem prezkum zákonnosti zadávacího řízení v případech, kdy se zakázka týká podstatných zájmů bezpečnosti státu a kdy jejím předmětem jsou dodávky vojenského materiálu. Nad rámec toho pak uvedl, že: *„Ačkoli zakázka na dodávku vojenského materiálu pro bezpečnost státu splňuje znaky definice veřejné zakázky podle § 6 odst. 1 a 2 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, a lze ji tedy formálně za „veřejnou zakázku“ považovat, zákon o veřejných zakázkách se na její zadávání a prezkum tohoto postupu nevztahuje [§ 4 odst. 1 písm. b) zákona o veřejných zakázkách]. Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže není v tomto směru žádná pravomoc svěřena (§ 94 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách a contrario). Kromě toho ani předpisy Společenství (konkrétně směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se prezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce) neukládají členským státům povinnost zajistit cestou řízení před nezávislým orgánem prezkum zákonnosti zadávacího řízení v případech, kdy se zakázka týká podstatných zájmů bezpečnosti státu a jejím předmětem jsou dodávky vojenského materiálu. V takových případech tedy prezkumná působnost Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže coby orgánu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek založena není.“*

Vychází-li tedy Nejvyšší správní soud s předestřenému závěru o absolutním vynětí prezkoumávané zakázky z působnosti vnitrostátních i komunitárních právních předpisů o veřejných zakázkách, a to jak jejich hmotněprávních, tak i procesních ustanovení, dovozuje, že postup stěžovatele coby veřejného zadavatele nemusí být (právě s ohledem na povahu veřejné zakázky) bezpodmínečně ovládan ani jinak obecně platnými zásadami zadávacího řízení, a to jmenovitě zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Jakkoli tedy povinnost zajistit nezávislý prezkum zadání zakázky na dodávku vojenského materiálu neexistuje, Nejvyšší správní soud považuje za přípustné (i vhodné), aby určitý druh opravného či prezkumného prostředku proti vyloučení uchazečů z první etapy zadávacího řízení stěžovatel, vystupující zde v pozici veřejného zadavatele, uchazečům garantoval. Není rozhodné, zda se bude jednat o prezkum např. podle interního normativního aktu stěžovatele, v němž budou zakotvena pravidla postupu zcela nebo i jen částečně obdobná těm, která stanoví zákon č. 40/2004 Sb., pro řízení o námitkách ve smyslu § 88 odst. 1 tohoto zákona, či zda stěžovatel použije jako vodítko jiný právní předpis, tedy např. i vládní vyhlášku č. 150/1958 Ú.l., jako tomu bylo v prezkoumávaném případě. Stejně tak je lhostejné, jak stěžovatel tento zvláštní „opravný prostředek“ proti svému úkonu v zadávacím řízení nazve. Jakkoli se tedy Nejvyšší správní soud ztotožňuje se závěrem městského soudu, že vládní vyhláška č. 150/1958 Ú.l. byla v druhé polovině roku 2005, kdy zadávací řízení probíhalo, již de facto obsoletní (byť byla stále platná a účinná), stěžovateli nic nebránilo, aby prezkum svých úkonů v první etapě provedl zcela nebo zčásti podle ní. Nejvyšší správní soud proto nesouhlasí se závěrem městského soudu, že stěžovateli absolutně nescházelo právo prezkumu námitky proti sdělení ředitele sekce vyzbrojování ze dne 16. 8. 2005, jímž se žalobci oznamovalo jeho vyloučení z první etapy zadávacího řízení pro nesplnění kvalifikačních předpokladů. Jinými slovy: nelze přisvědčit závěru, že neexistoval zákonný podklad pro prezkum této „námitky“. Zde pak nelze přehlédnout, že sám městský soud si poněkud protiřečí, když na straně jedné konstatuje, že si stěžovatel „zosoboval právo prezkumu, které mu ze zákona nenáleželo“, na straně druhé však stěžovateli vytýká, že „svým

*postupem, který byl v rozporu s komunitárním právem, neumožnil soutěžitelů právo na přezkum“*, aby v závěru rozsudku dospěl dokonce k závěru, že takto odradil podniky ze Společenství, aby se o veřejné zakázky zadavatelů v České republice ucházely.

Uvedené lze tedy shrnout tak, že s ohledem na právní úpravu obsaženou ve vnitrostátních i komunitárních právních předpisech (jmenovitě v zákoně č. 40/2004 Sb., ve směrnici č. 93/36/EHS a v přezkumné směrnici) vylučující ze své věcné působnosti veřejné zakázky, jejichž předmětem je (zkráceně řečeno) dodávka vojenského materiálu, nebyl stěžovatel povinen v zadávacím řízení dodržet základní zásady jinak bezpodmínečně ovládající zadávací řízení, tedy zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Jestliže však stěžovatel v pozici zadavatele učinil úkony, kterými se alespoň částečně o zachování těchto zásad pokusil, a to tím, že uchazečům umožnil formu přezkumu svou povahou obdobnou té, které je obsažena v § 88 zákona č. 40/2004 Sb., nelze hovořit o tom, že si „*zosoboval právo přezkumu, které mu nenáleželo*“. Současně nelze ani hovořit o tom, že neumožnil uchazečům řádný přezkum, či že je tím dokonce odradil od účasti v zadávacím řízení, neboť právo na řádný přezkum těchto uchazečům (s ohledem na povahu veřejné zakázky) nenáleželo a stěžovatel jim svým postupem přiznal standard dokonce vyšší než ten, který pro tyto případy garantují platné vnitrostátní a komunitární právní předpisy. Postup stěžovatele tak žalobce nemohl v tomto ohledu nijak zkrátit na jeho veřejném subjektivním právu na nezávislý přezkum zadávacího řízení, neboť takové právo mu nebylo ničím založeno. Přiznáním vyššího standardu také automaticky nebyla (a ani být nemohla) založena pravomoc Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže či jiného nezávislého orgánu k přezkumu úkonů stěžovatele (zadavatele).

Zbývá tak posoudit hlavní spornou otázku mezi stěžovatelem a žalobcem, a to, zda „rozhodnutí“ zadavatele o námitce bylo rozhodnutím ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) s. ř. s., ve smyslu legislativní zkratky tohoto pojmu podle § 65 odst. 1 s. ř. s., případně zda takovou povahu má i sdělení stěžovatele o vyloučení žalobce z první etapy zadávacího řízení pro nesplnění kvalifikačních předpokladů. V prvé řadě má zdejší soud (stejně jako stěžovatel) zato, že pro rozhodování o tom, zda určitý úkon správního orgánu je rozhodnutím v materiálním smyslu, nerozhoduje jeho formální označení (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. 923/2006 nebo usnesení Ústavního soudu ze dne 28. 8. 2002, sp. zn. IV. ÚS 233/02, ve kterém bylo řečeno, že: „*Není rozhodující, jak správní orgán svůj akt označil nebo případně věc vyřídil toliko neformálním přípisem (...) v domnění, že není jeho povinností vydat rozhodnutí v určité procesní formě.*“ Dostupné z: <http://www.nalus.usoud.cz>). Bez významu není v této souvislosti jistě fakt, že i § 88 odst. 3 zákona č. 40/2004 Sb., podle něhož při zadávání veřejných zakázek spadajících do působnosti tohoto zákona veřejní zadavatelé při vyřizování námitek proti svým úkonům a rozhodnutím postupují, předpokládá, že vyřízení námitek se děje toliko „sdělením“, zda zadavatel námitkám vyhovuje či nikoli, včetně zdůvodnění způsobu jejich vyřízení. Ani vládní vyhláška č. 150/1958 Ú.l. nepředpokládá vydání „rozhodnutí“, a to ani ve formální, ani v materiální podobě. Ve všech těchto případech se jedná jen o určité více či méně zformalizované přípisy informační povahy, které ani náležitosti rozhodnutí nemají. K tomu Nejvyšší správní soud ještě připomíná, že některé z úkonů činěných jak veřejnými zadavateli [§ 2 odst. 1 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb.], tak zadavateli podle § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., (tedy právníckými a fyzickými osobami, zadávajícími zakázky, které jsou z více než 50 % financovány veřejným zadavatelem), jsou na některých místech zákona č. 40/2004 Sb. nazývány „rozhodnutími“ (například rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky, o němž hovoří např. § 99 naposledy citovaného zákona). Odhlédne-li Nejvyšší správní soud od určité terminologické roztržičnosti, nelze přehlédnout, že povaha těchto úkonů zadavatele je zjevná právě u úkonů zadavatelů podle § 2 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb. Zde nevzniká pochyb o tom, že tito zadavatelé nevystupují jako orgány veřejné správy, ale že jsou pouze s ohledem na

charakter zakázky jako veřejné a na skutečnost, že přijímají prostředky z veřejných rozpočtů, povinni dodržet zákonem č. 40/2004 Sb. předepsaný postup pro výběr budoucí smluvní strany.

Nejvyšší správní soud odlišně od městského soudu dospívá k závěru, že úkon správního orgánu (vystupujícího zde v pozici veřejného zadavatele), jímž vylučuje uchazeče z další účasti v zadávacím řízení, stejně jako úkon, jímž přiděluje veřejnou zakázku určitému uchazeči, není výkonem státní správy, ani uplatněním veřejné moci, neboť se těmito úkony autoritativně nezakládají, nemění, neruší ani závazně neurčují uchazeči žádná subjektivní oprávnění ani povinnosti v materiálním slova smyslu, a nemohlo jimi tedy být ani zasáhnuto do sféry subjektivních práv žalobce. Postup správního orgánu, pokud vystupuje jako veřejný zadavatel ve smyslu § 2 odst. 1 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., je obdobný postupu jakékoli fyzické nebo právnické osoby podle § 281 an. obchodního zákoníku, pouze s tím rozdílem, že s ohledem na budoucí výdej veřejných prostředků, jež je pojmovým znakem každé veřejné zakázky, považoval zákonodárce za nutné, aby zadavatel dodržel určitý obecně závazný postup při výběru budoucí smluvní strany. Tento závazný postup, jak již bylo výše uvedeno, pak upravuje zákon č. 40/2004 Sb. (resp. v současné době zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů). Vztah mezi veřejným zadavatelem a uchazeči o jím zadanou veřejnou zakázku nespadá do okruhu těch vztahů, v nichž jeden ze subjektů práva vystupuje jako silnější vůči druhému, tj. jako *potentior persona*, a neplatí tu tedy princip subordinace. Tím Nejvyšší správní soud reaguje i na kasační námitku stran teoretického určení počtu fází zadávacího řízení, ohledně něhož se rozcházel stěžovatel a městský soud, tak, že se pro daný případ v kontextu výše přijatých závěrů se tato otázka nejvíce jeví jako relevantní.

Pozornost, kterou zákonodárce výdeji veřejných prostředků věnuje, se odrazila i v přijetí zvláštních „opravných prostředků“ proti úkonům zadavatele, má-li uchazeč zato, že zadavatel nedodržel postup stanovený v zákoně č. 40/2004 Sb. Prvním z těchto zvláštních opravných prostředků jsou námitky podle § 88 zákona č. 40/2004 Sb., kterým zadavatel může sám vyhovět; nevyhoví-li jim, je uchazeč, který je podal, oprávněn využít i druhý opravný prostředek, tedy domáhat se přezkumu takových úkonů u nezávislého orgánu (jak požaduje i přezkumná směrnice). Tímto nezávislým správním orgánem je Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Teprve rozhodnutí naposledy uvedeného správního orgánu je rozhodnutím ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) s. ř. s., resp. podle § 65 odst. 1 s. ř. s., a podléhá kognici správního soudnictví. Rozhodnutí či sdělení zadavatele o námitkách, takovým nezávislým přezkumem být ostatně nemůže ani proto, že by tím nebyla naplněna zásada *nemo iudex in res sua*.

Nejvyšší správní soud má zato, že existuje nejméně ještě jeden důvod, proč nemůže být na sdělení stěžovatele ze dne 16. 8. 2005 o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, ani na žalobou napadené „rozhodnutí“ o opravném prostředku – námitce, nazíráno jako na úkony správního orgánu, jimiž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují práva a povinnosti žalobce, ve smyslu § 65 odst. 1 s. ř. s. Tímto důvodem je skutečnost, že stěžovatel, coby uchazeč v zadávacím řízení, nemá právo na to, aby se stal vítězným uchazečem, kterému bude veřejná zakázka přidělena, ani právo na vlastní uzavření smlouvy. Rozhodnutí o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení tak v dané věci není způsobilé zasáhnout do hmotněprávního postavení stěžovatele, ani se sféry jeho veřejných subjektivních práv nedotýká (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 3. 2005, č. j. 6 A 25/2002 - 42, publikované pod č. 906/2006 sb. NSS, kde je podán výklad definice správního rozhodnutí ve smyslu § 65 odst. 1 s. ř. s.); stejně jako by tomu bylo v případě sdělení zadavatele o námitkách podle § 88 odst. 3 zákona č. 40/2004 Sb. To ostatně vyplývá i ze samotného smyslu veřejného zadávacího řízení, jímž je výběr nejvhodnější smluvní strany z co nejširšího okruhu uchazečů. Jediné garantované právo je právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele

v zadávacím řízení a právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se u něj dotčený uchazeč neúspěšně bránil námitkami ve smyslu § 88 odst. 3 zákona č. 40/2004 Sb. Toto právo však stěžovateli v daném případě nenáleží, a to pro rozhodnutí legislativních orgánů jak na úrovni komunitární, tak i národní, vyjmout tyto zakázky pro jejich výše popsaná specifika popptávaného předmětu z režimu směrnice č. 93/36/EHS, přezkumné směrnice i zákona č. 40/2004 Sb. Takový postup, jakkoli není obvyklý, vyloučen principiálně není, je-li odůvodnitelný ochranou jiných zájmů (srov. k této problematice např. nález Ústavního soudu ze dne 12. 7. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 11/2000, in Sb.n.u.ÚS, sv. 23, nález č. 113, s. 105).

Městský soud v Praze tedy pochybil, pokud „rozhodnutí“ stěžovatele prohlásil za nicotné pro nedostatek právního podkladu. Nejvyšší správní soud na tomto místě opakuje, že stěžovateli nic nebránilo přiznat uchazečům v projektu „*Přezbrojení Armády České republiky obrněnými transportéry*“ neformalizovaný přezkum podle vládní vyhlášky č. 150/1958 Ú.l. Toto právo přezkumu však nebylo výkonem veřejné správy, neboť při něm stěžovatel nevystupoval jako orgán moci výkonné a nerozhodoval autoritativně o založení, změně, zrušení nebo závazném určení práv a povinností žalobce. Na základě výše uvedeného pak nelze na žalobou napadený akt stěžovatele nahlížet jako na rozhodnutí podle § 65 odst. 1 s. ř. s., a proto měl Městský soud v Praze žalobu odmítnout podle § 68 písm. e) s. ř. s. v návaznosti na § 46 odst. 1 písm. d) s. ř. s., protože se jednalo o nepřípustný návrh, když úkon stěžovatele napadený žalobou nebyl rozhodnutím [§ 70 písm. a) s. ř. s.].

Nejvyšší správní soud pro úplnost závěrem uvádí, že kasační námitka, dle které stěžovatel nebyl v průběhu řízení před městským soudem veden k tomu, aby se vyjádřil k možné námitce nicotnosti svého rozhodnutí tak, jak požaduje § 49 odst. 4 s. ř. s., neobstojí. Povaha napadeného rozhodnutí, včetně úkonů stěžovatele, které mu předcházely, byly podstatou sporu mezi účastníky, s čímž ostatně koresponduje i obsah stěžovatelova vyjádření k podané žalobě a vystoupení jeho zástupce u nařízeného jednání. Otázka možného právního posouzení argumentace procesních stran soudem je již mimo rámec poučovací povinnosti soudu a nepředstavuje atribut práva na spravedlivý proces ve smyslu čl. 36 odst. 1 a 2 Listiny základních práv a svobod (k otázce procesních standardů ve správním soudnictví srov. například nález Ústavního soudu ze dne 19. 10. 2004, sp. zn. II. ÚS 623/02 (in Sb.n.u.ÚS Svazek č.35 nález č.149, s.83).

Vzhledem k tomu, že Nejvyšší správní soud shledal kasační stížnost v části, která se týkala namítaného nedostatku podmínek řízení podle § 103 odst. 1 písm. c) s. ř. s., v návaznosti na tvrzenou nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení [§ 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.], za důvodnou, nezbylo mu, než za podmínek vyplývajících z ustanovení § 110 odst. 1, věty první před středníkem s. ř. s., rozsudek Městského soudu v Praze zrušit. Vzhledem k tomu, že důvody pro odmítnutí návrhu na zahájení řízení byly dány již v řízení před soudem první instance, rozhodl současně o odmítnutí žaloby (§ 110 odst. 1, věta první za středníkem s. ř. s.).

O náhradě nákladů řízení před městským soudem bylo rozhodnuto ve smyslu ustanovení § 60 odst. 3, věty první s. ř. s., dle kterého žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení, bylo-li řízení zastaveno, nebo žaloba odmítnuta. O těchto nákladech rozhodl Nejvyšší správní soud s ohledem na dikci ustanovení § 110 odst. 2, větu druhou s. ř. s., dle kterého rozhodl-li Nejvyšší správní soud současně o odmítnutí návrhu, zastavení řízení nebo o postoupení věci, rozhodne i o nákladech řízení, které předcházelo zrušenému rozhodnutí krajského soudu.

Pokud jde o výrok, kterým bylo rozhodnuto o náhradě nákladů řízení před Nejvyšším správním soudem, ten se opírá o ustanovení § 60 odst. 1, věty první s. ř. s., ve spojení s ustanovením § 120 s. ř. s., dle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Vzhledem k tomu, že procesně úspěšný účastník řízení – stěžovatel, neprokázal, že by mu v souvislosti s tímto řízením nějaké náklady vznikly, Nejvyšší správní soud mu právo na náhradu nákladu řízení nepřiznal.

**P o u č e n í :** Proti tomuto rozhodnutí **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 29. dubna 2008

JUDr. Vojtěch Šimíček  
předseda senátu