

# Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27.09.2011, sp. zn. 23 Cdo 3473/2009, ECLI:CZ:NS:2011:23.CDO.3473.2009.1

**Číslo:** 41/2012

**Právní věta:** Pro závěr, jestli smluvní strana neplatnost právního úkonu (smlouvy) podle ustanovení § 268 obch. zák. způsobila, jsou významné zejména okolnosti předmluvního jednání stran o uzavírání smlouvy, přípravy návrhu smlouvy nebo případné předmluvní povinnosti stran stanovené zákonem či dohodou stran. Za situace, kdy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgán dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, veřejnému zadavateli sdělil, že při uzavírání smluv na dodávky komplexních lesnických činností nemá postupovat podle zákona č. 40/2004 Sb., o zadávání veřejných zakázek, a veřejný zadavatel proto podle citovaného zákona nepostupoval, ač postupovat měl, nelze dospět k závěru, že způsobil neplatnost smluv uzavřených postupem nesouladným se zákonem č. 40/2004 Sb. a že druhé smluvní straně podle ustanovení § 268 obch. zák. odpovídá za škodu.

**Soud:** Nejvyšší soud

**Datum rozhodnutí:** 27.09.2011

**Spisová značka:** 23 Cdo 3473/2009

**Číslo rozhodnutí:** 41

**Číslo sešitu:** 3

**Typ rozhodnutí:** Rozsudek

**Hesla:** Veřejné zakázky

**Předpisy:** § 2 písm. b) předpisu č. 273/2006Sb.

§ 20 předpisu č. 143/2001Sb.

§ 237 odst. 1 písm. c) o. s. ř.

§ 268 obch. zák.

§ 374 obch. zák.

§ 42 obč. zák.

§ 420 obč. zák.

§ 89 předpisu č. 40/2004Sb.

§ 90 předpisu č. 40/2004Sb.

**Druh:** Rozhodnutí ve věcech občanskoprávních, obchodních a správních

**Sbírkový text rozhodnutí:**

*K r a j s k ý s o u d v Hradci Králové rozsudkem ze dne 27. 10. 2008 zamítl žalobu na zaplacení částky 4 642 164 Kč s 9,5% úrokem z prodlení od 1. 2. 2007 do 30. 6. 2007 a dále ve výši reposazby stanovené ČNB pro každé kalendářní pololetí plus 7 procentních bodů (výrok pod bodem I) a rozhodl o náhradě nákladů řízení (výrok pod bodem II).*

Soud prvního stupně vyšel ze zjištění, že účastníci uzavřeli dne 18. 3. 2005 tři rámcové smlouvy a dne 10. 10. 2005 další rámcovou smlouvu, všechny na dodávku komplexních lesních činností na dobu 5 let. Mezi účastníky bylo učiněno nesporným, že smlouvy z 18. 3. 2005 byly uzavřeny na základě výběrového řízení vyhlášeného žalovaným 15. 12. 2004 a čtvrtá smlouva z 10. 10. 2005 na základě výběrového řízení vyhlášeného žalovaným 24. 6. 2005. Dopisem ze 4. 10. 2006 pak žalovaný žalobkyni oznámil, že všechny uvedené smlouvy považuje za neplatné, neboť Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen ÚOHS) zastává názor, že uzavřením rámcových smluv na základě výběrových řízení provedených mimo režim zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon č. 40/2004 Sb.“), porušil žalovaný tento zákon, což má podle § 90 odst. 1 citovaného zákona za následek absolutní neplatnost smluv. Žalobkyně se proto v řízení domáhala náhrady škody, která jí vznikla tím, že jí žalovaný znemožnil plnění z těchto smluv. Obrana žalovaného byla postavena na změně stanoviska ÚOHS, který dal žalovanému před uzavřením předmětných smluv, např. v rozhodnutích z 6. 6. 2005 a z 21. 7. 2005, najevo, že žalovaný není veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., ale po jejich uzavření ve svém rozhodování vycházel ze závěru, že na žalovaného je nutno pohlížet jako na veřejného zadavatele podle citovaného ustanovení, což se projevilo např. v jeho rozhodnutí z 27. 1. 2006 nebo z 29. 6. 2007.

Soud prvního stupně se nejprve zabýval otázkou platnosti všech čtyř smluv účastníků a zvažoval jako předběžnou otázku, zda jsou z hlediska § 39 obč. zák. a § 2 odst. 1 a § 90 zákona č. 40/2004 Sb. platnými právními úkony. Dospěl k závěru, že smlouvy uzavřené mezi žalobkyní a žalovaným jsou absolutně neplatné podle § 39 obč. zák., neboť byly uzavřeny v rozporu se zákonem, resp. neplatné pro obcházení zákona č. 40/2004 Sb. vzhledem k tomu, že byly uzavřeny mimo rámec tohoto zákona nezávisle na tom, zda smluvní strany, či žalovaný sám, jednaly v důvěře a v souladu s rozhodnutím orgánu veřejné správy a o důvodu neplatnosti nevěděly. Tím je podle závěru soudu prvního stupně vyloučena odpovědnost žalovaného za škodu způsobenou porušením povinností z těchto smluv a žaloba, pokud se takové odpovědnosti dovolává, není co do základu důvodná.

Soud prvního stupně dále zvažoval, zda žalovaný neodpovídá za škodu žalobkyně podle § 268 obch. zák. a § 373 obch. zák. a dospěl k závěru, že pokud by tomu tak bylo, přichází v úvahu jeho liberace podle § 374 odst. 1 obch. zák., neboť žalovaný důvodně poukázal na překážku, která nastala nezávisle na jeho vůli v důsledku změněného stanoviska orgánu státní správy, přičemž tuto překážku nemohl při vyhlášení výběrových řízení rozumně předpokládat. Soud neshledal důvod pro zabývání se úvahami o odpovědnosti žalovaného podle jiných ustanovení, zejména podle § 420 obč. zák., neboť tímto směrem skutková vylíčení žalobkyně neměřila a tvrzené porušení povinností žalovaného pojila výhradně s ustanovením § 268, potažmo 373 obch. zák. Soud prvního stupně shledal žalobu nedůvodnou, a proto se již nezabýval důkazy navrhané žalobkyní k prokázání výše škody.

K odvolání žalované V r c h n í s o u d v Praze rozsudkem ze dne 17. 5. 2009, č. j. 6 Cmo 45/2009-219, rozsudek soudu prvního stupně potvrdil (výrok pod bodem I) a rozhodl o náhradě nákladů před soudy obou stupňů (výrok pod bodem II).

Odvolací soud potvrdil správnost postupu soudu prvního stupně, když při zjišťování významných skutečností vycházel z rozhodnutí ÚOHS, která jsou mu známá z jeho rozhodovací činnosti, z nichž vyplývá, že žalovaný nesplnil při uzavírání předmětných smluv povinnost stanovenou v § 10 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., když smlouvy uzavřel, aniž by provedl zadávací řízení podle tohoto zákona. Podle § 90 odst. 1 tohoto zákona zadavatel nesmí učinit úkon, který svým obsahem nebo účelem odporuje tomuto zákonu nebo jej obchází a nebo se přičí dobrým mravům. Takový úkon je od počátku neplatný. Odvolací soud tedy stejně jako soud prvního stupně shledal předmětné smlouvy, které žalovaný uzavřel, aniž postupoval podle zákona č. 40/2004 Sb., neplatnými.

Vzhledem k závěru, že žalobkyní tvrzená škoda nevznikla v důsledku porušení povinností ze závazkového vztahu, ani v důsledku porušení povinností stanovených v obchodním zákoníku, je podle

*závěru odvolacího soudu nutno věc řešit podle obecné úpravy náhrady škody podle občanského zákoníku, a protože nejde o případ zvláštní odpovědnosti podle ustanovení § 421 až 437 obč. zák., je daný případ nutno posuzovat podle § 420 obč. zák. Odvolací soud vyšel z tvrzení žalovaného, že ÚOHS ve svých rozhodnutích ze dne 21. 7. 2005 konstatoval, že žalovaný není veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 1 písm. a) bodu 4 zákona č. 40/2004 Sb., a stejné stanovisko mu sdělil dne 7. 2. 2005 a 2. 8. 2005, a dále vycházel ze skutečností, které jsou mu známy z jeho rozhodovací činnosti, a to zejména té, že ÚOHS, kterému přísluší rozhodovat, zda žalovaný postupoval v souladu se zákonem č. 40/2004 Sb., zásadně po uzavření předmětných smluv změnil své stanovisko, když dovedl, že žalovaný porušil při uzavírání předmětných smluv uvedený zákon. Dále vycházel ze skutečnosti, že žalovaný nemohl předpokládat změnu stanoviska ÚOHS. Odvolací soud konstatoval, že okolnosti, pro něž žalovaný uzavřel smlouvy v rozporu s uvedeným zákonem, byly z valné části mimo vliv žalovaného. Takovými okolnostmi byly zejména změněné stanovisko ÚOHS a dále nikoli jasná a jednoznačná pravidla úpravy veřejných zakázek. Odvolací soud tak dospěl ke stejnému závěru jako soud prvního stupně, že žalovaný se případné odpovědnosti za škodu zprostil.*

*Rozsudek odvolacího soudu napadla žalobkyně dovoláním, jehož přípustnost zakládá na § 237 odst. 1 písm. c) o. s. ř. Zásadní právní význam napadeného rozhodnutí spočívá podle dovolatelky na zodpovězení následujících právních otázek:*

- zda je žalovaný zadavatelem ve smyslu zákona č. 40/2004 Sb.,*
- zda může být veřejný zadavatel ve smyslu zákona č. 40/2004 Sb. liberován ze své odpovědnosti za neplatnost smluv v případě, že poruší uvedený zákon,*
- jaký právní režim odpovědnostních vztahů ze smluv neplatných pro rozpor se zákonem č. 40/2004 Sb. je třeba aplikovat obchodněprávní či občanskoprávní úpravu.*

*Jako dovolací důvod uplatňuje dovolatelka ustanovení § 241a odst. 2 písm. a) o. s. ř., podle něhož lze namítat, že řízení je postiženo vadou, která mohla mít za následek nesprávné rozhodnutí ve věci, a dovolací důvod podle písmene b) téhož ustanovení, tedy že rozhodnutí odvolacího soudu je založeno na nesprávném právním posouzení věci.*

*Dovolatelka nejprve napadá právní závěry soudu prvního stupně s ohledem na to, že jeho právní posouzení věci odvolací soud akceptoval. Dovolatelka postrádá u otázky platnosti předmětných smluv účastníků vlastní právní závěr soudu prvního stupně, poukazuje na to, že se soud spokojil toliko s právním názorem ÚOHS, aniž vyložil, z jakých důvodů považuje soud za správný pozdější právní názor ÚOHS a nikoliv jeho protichůdný předchozí názor ohledně postavení žalovaného z hlediska zákona č. 40/1994 Sb.; v rozsudku podle dovolatelky chybí skutková i právní argumentace ve prospěch obou těchto názorů se zdůvodněním, proč se přiklání soud k názoru pozdějšímu.*

*Dovolatelka je toho názoru, že žalovaný není veřejným zadavatelem podle zákona č. 40/2004 Sb., neboť chybí podmínka stanovená v jeho § 2 odst. 1 písm. a) bod 4., protože žalovaný nebyl „zřízen zákonem nebo na základě zákona“, jak požaduje toto ustanovení, nýbrž byl založen zakládací listinou Ministerstva zemědělství ČR ze dne 11. 12. 1991 podle zákona č. 111/1990 Sb., o státním podniku. Pokud by bylo úmyslem zákonodárce zahrnout mezi právnické osoby spadající do okruhu veřejných zadavatelů podle uvedeného ustanovení i státní podniky založené podle citovaného zákona o státním podniku, zahrnul by do konkrétního výčtu osob i státní podniky. Není přitom naplněna ani další podmínka zakotvená v citovaném ustanovení, neboť žalovaný není právnickou osobou zřízenou za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, jak je zde požadováno. Žalovaný realizuje běžnou podnikatelskou činnost spočívající v řádném hospodaření v lesích, která se nijak neliší od činnosti ostatních vlastníků lesů, kteří veřejnými zadavateli samozřejmě nejsou.*

*Liberace žalovaného podle § 374 odst. 1 obch. zák. z jeho případné odpovědnosti za škodu podle § 268 obch. zák., na níž postavily svoje rozhodnutí soudy obou stupňů, není podle dovolatelky možná, neboť změněnou rozhodovací praxi ÚOHS nelze považovat za překážku ve smyslu § 374 odst. 1 obch. zák., a to ze dvou důvodů. Kroky směřující k uzavření smluv totiž žalovaný činil ještě před poskytnutím stanoviska ze strany ÚOHS, z čehož vyplývá, že by žalovaný předmětná řízení mimo režim zákona č. 40/2004 Sb. uskutečnil, i kdyby žádné stanovisko ze strany ÚOHS poskytnuto nebylo. Stanoviska ÚOHS přitom nejsou normativním projevem ÚOHS a jeho rozhodnutí nemají obecnou platnost a nezabývají žalovaného plnění jeho povinností stanovených zákonem č. 40/2004 Sb., ani odpovědnosti za jejich nesplnění. Žalovaný přitom nebyl účastníkem žádného řízení, v němž došlo k změně právního názoru ÚOHS.*

*Dovolatelka dále poukázala na souvislost dané věci s ustanovením § 352 odst. 2 obch. zák., podle něhož je-li po uzavření smlouvy vydán právní předpis zakazující dlužníkovi chování, ke kterému je zavázán, nastává sice zánik závazku pro nemožnost plnění, ovšem dlužník je v takovém případě povinen nahradit věřiteli vzniklou škodu. Z toho vyplývá, že jestliže ani změna právního předpisu nezpůsobuje zánik odpovědnosti za škodu, tím spíše nemůže být liberačním důvodem pouhá změna nezávazného výkladu uplatňovaná ÚOHS. Žalovanému nic nebránilo, aby před uzavřením smluv vypsál na jejich zadání řízení v režimu zákona č. 40/2004 Sb. Měl-li pochybnosti o své kvalifikaci jako veřejného zadavatele, měl předcházet škodám a vypsát výběrové řízení v režimu zákona č. 40/2004 Sb. Volba záležela výlučně na vůli žalovaného.*

*Nesprávnost právního posouzení věci spatřuje dovolatelka také v pochybení soudů obou stupňů při aplikaci ustanovení § 268 obch. zák., který podle názoru dovolatelky obsahuje zvláštní právní úpravu s jediným liberačním důvodem, jímž je vědomí poškozeného o neplatnosti právního úkonu. Ten však v dané věci naplněn nebyl, takže žalovaný plně odpovídá za vzniklou škodu. Skutečnost, se kterou zákon spojuje neplatnost právního úkonu, zde přitom musí existovat v době, kdy je právní úkon učiněn, a proto se musí vědomost osoby, které byl určen, o jeho neplatnosti ve smyslu § 268 obch. zák. vztahovat k tomuto okamžiku. Je-li uzavřena smlouva, je tímto okamžikem její uzavření. Pozdější vědomosti poškozeného o neplatnosti právního úkonu se osoba, která neplatnost způsobila, nemůže dovolávat jako liberačního důvodu podle § 268 obch. zák. Dovolatelka tuto právní argumentaci uplatňovala již v žalobě a poté i v průběhu řízení, soud prvního stupně se však s ní nikterak nevypořádal a tím zatížil řízení vážnou procesní vadou, která vyvolala nepřekoumatelnost jeho rozsudku.*

*Taktéž ustanovení § 374 odst. 1 obch. zák. vymezující případy vylučující odpovědnost škůdce za porušení právní povinnosti aplikovaly soudy obou stupňů nesprávně. Toto ustanovení se totiž vztahuje pouze ke kontraktní odpovědnosti, tedy porušení povinnosti ze závazkového vztahu, není však liberačním důvodem pro odpovědnost za škodu způsobenou v důsledku neplatného právního úkonu, tzv. deliktní odpovědnost, o kterou se jedná v daném případě. Soud prvního stupně tudíž i toto ustanovení aplikoval zcela nesprávně a přitom zcela ignoroval speciální povahu ustanovení § 268 obch. zák., které lze považovat za komplexní co do úpravy liberace odpovědnosti, jak vyplývá z komentáře k obchodnímu zákoníku I. Pelikánové. Dovolatelka v této souvislosti zdůrazňuje, že zákon č. 40/2004 Sb. neukládá zájemci jakoukoliv povinnost zkoumat splnění zákonných povinností zadavatele, proto žalobkyně neměla žádnou zákonnou povinnost zabývat se přezkoumáváním zákonnosti postupu žalovaného při výběrových řízeních. Žalobkyně tudíž nemůže být spoluodpovědnou za škodu způsobenou případnou neplatností smluv.*

*Odvolačím soudu dovolatelka vytýká jeho rezignaci na samotné posouzení problematiky, zda žalovaný byl či nebyl veřejným zadavatelem ve smyslu zákona č. 40/2004 Sb. v době uzavírání předmětných smluv se žalobkyní a osvojil si právní názory ÚOHS, podle nichž žalovaný veřejným zadavatelem byl, své vlastní právní závěry však neučinil. Odvolací soud byl povinen ve svém rozsudku vyložit, proč považuje za správný názor ÚOHS pozdější a nikoliv předchozí, a uvést*

skutkovou i právní argumentaci ve prospěch obou těchto protichůdných názorů a konkrétně zdůvodnit, proč se přiklání k onomu názoru pozdějšímu.

Další jeho pochybení shledává dovolatelka v jeho aplikaci ustanovení § 420 obč. zák. Odvolací soud opomněl ve své argumentaci ustanovení § 89 zákona č. 40/2004 Sb., podle něhož žalovaný za škodu způsobenou porušením tohoto zákona výslovně odpovídá podle příslušných ustanovení obchodního zákoníku, nikoli tedy zákoníku občanského. Závěr odvolacího soudu, že se žalovaný vyvinil ze své odpovědnosti za škodu na základě § 420 odst. 3 obč. zák. se dovolatelce jeví nesprávným. V obchodněprávních vztazích, mezi něž vztah žalobkyně a žalovaného patří, není pro vznik odpovědnosti rozhodné zavinění. Ustanovení § 420 obč. zák. je na daný případ neaplikovatelné. Tím odvolací soud zaměnil odpovědnost za škodu podle § 268 obch. zák., která upravuje odpovědnost objektivní, z níž se škůdce může liberovat jediným možným způsobem – prokáže-li vědomost poškozeného o neplatnosti právního úkonu existující v době vzniku neplatného právního úkonu, což představuje úpravu speciální ve vztahu k obecné úpravě občanskoprávní v jeho § 420 a násl. I kdyby však bylo možno danou věc podříditi režimu občanskoprávnímu, tedy odpovědnosti za zavinění, i tak by bylo nutno vyjít z faktu, že žalovaný bezpochyby škodu přinejmenším nedbalostním jednáním zavinil, a to zejména neznalostí právních předpisů, kterými mu byla uložena povinnost, jejíž porušení škodu žalobkyně způsobilo.

Z těchto důvodů dovolatelka navrhuje, aby Nejvyšší soud rozsudek odvolacího soudu i rozsudek soudu prvního stupně zrušil a vrátil věc Krajskému soudu v Hradci Králové k dalšímu řízení.

Ve vyjádření k dovolání se žalovaný ztotožnil se závěry odvolacího soudu. Pokud dovolatelka namítá, že se soudy obou stupňů nezabývaly otázkou platnosti obou smluv a převzaly právní názor ÚOHS, pak je žalovaný přesvědčen, že tento jejich postup je v souladu s § 121 o. s. ř., podle něhož není třeba dokazovat skutečnosti obecně známé nebo známé soudu z jeho činnosti.

Otázka platnosti předmětných smluv byla řešena v řízení vedeném pod sp. zn. 33 Cm 130/2006, jehož účastníky byli žalobkyně i žalovaný, v němž soud taktéž dospěl k závěru o neplatnosti předmětných smluv.

Žalovaný ozřejmuje okolnosti výběrových řízení tak, že k jejich vyhlášení v letech 2004 – 2005 došlo na popud Nejvyššího kontrolního úřadu, který u žalovaného provedl audit dosud uzavíraných smluv na lesnické práce a konstatoval, že jsou pro žalovaného, resp. pro stát, nevýhodné. Žalovaný proto vypracoval návrhy nových typových smluv a konzultoval další postup s ÚOHS, který mu svými přípisy ze dne 1. 3. 2004, 7. 2. 2005, 2. 3. 2005, 4. 4. 2005, 6. 6. 2005 a 21. 7. 2005 potvrdil správnost postupu při provádění výběrového řízení a v posledně citovaném přípisu sdělil, že žalovaný není zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 1 písm. a) bodu 4. zákona č. 40/2004 Sb., což potvrdil i právnímu zástupci žalovaného přípisy ze dne 7. 2. 2005 a 2. 8. 2005.

Kdyby žalovaný postupoval v rozporu se všemi výše uvedenými stanovisky, nejednal by s péčí řádného hospodáře, jak mu ukládá § 194 odst. 5 obch. zák. Navíc, pokud by měl být připuštěn názor, že podle zákona č. 40/2004 Sb. by měl postupovat každý, nebylo by třeba, aby byl v tomto zákoně specifikován okruh subjektů tomuto zákonu podřízených. Konečně podle § 2 odst. 4 Ústavy ČR nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.

Žalovaný dále namítl, že podmínky pro posouzení platnosti smluv měly obě strany stejné a totožné byly i podmínky pro posouzení postavení žalovaného pro účely zákona č. 40/2004 Sb., které byly veřejně dostupné. Žalovaný považuje za vyloučené klást odpovědnost za právní bezvadnost následně uzavřené vícestranné smlouvy výlučně na autora oferty. Pokud podle rozsudku Nejvyššího soudu sp. zn. [32 Odo 1087/2006](#) musí být vědomost poškozeného o neplatnosti právního úkonu dána v okamžiku uzavření smlouvy, pak ke stejnému okamžiku musí být dána i druhá základní podmínka

odpovědnosti za škodu podle § 268 obch. zák., a to způsobení této neplatnosti. Žalovaný zdůrazňuje, že v okamžiku uzavření předmětných smluv postupoval zcela v souladu s tehdejším výkladem zákona č. 40/2004 Sb. Je přitom vyloučeno, jak uvádí dovolatel, aby žalovaný při provádění výběrového řízení postupoval v rozporu se stanoviskem ÚOHS.

Podle názoru žalovaného není dána příčinná souvislost mezi chováním žalovaného a vznikem neplatnosti právního úkonu, přičemž příčina vzniku neplatnosti nebyla na straně žalovaného.

Požadavek žalobkyně na náhradu škody po žalovaném je podle žalovaného v rozporu se zásadami poctivého obchodního styku a nemůže požívat právní ochrany ve smyslu § 265 obch. zák., a to tím spíše, že podle rozsudku Nejvyššího soudu sp. zn. [29 Cdo 359/2007](#) má být korektiv zásadami poctivého obchodního styku poslední možností, jak zmírnit či odstranit přílišnou tvrdost zákona v situaci, ve které by se přiznání uplatněného nároku jevílo krajně nespravedlivým. Neplatnost předmětných smluv žalovaný nezpůsobil, ani nezavinil, jeho odpovědnost je vyloučena z důvodu existence okolností vylučujících odpovědnost podle § 374 obch. zák.

V doplnění svého vyjádření žalovaný upozornil, že pokud nepostupoval v souladu se zákonem č. 40/2004 Sb., dopustil se přestupku podle § 102 odst. 1 písm. b) tohoto zákona, který stanoví, že právnická osoba nebo fyzická osoba, která je zadavatelem, se dopustí správního deliktu tím, že uzavře smlouvu (§ 65 a § 66) s uchazečem vybraným postupem podle písmene a). Podstatné je v této situaci to, že soud je podle § 135 odst. 1 o. s. ř. vázán rozhodnutím příslušných orgánů o tom, že byl spáchán trestný čin, přestupek nebo jiný správní delikt postižitelný podle zvláštních předpisů, a kdo je spáchal ... Z toho žalovaný dovozuje, že civilním soudům není dána pravomoc projednat a rozhodnout, zda žalovaný je či není zadavatelem ve smyslu příslušných ustanovení zákona č. 40/2004 Sb., a jsou vázány rozhodnutím ÚOHS. Oba soudy tudíž v dané věci správně vycházely při řešení předběžné otázky, zda je žalovaný zadavatelem ve smyslu zákona č. 40/2004 Sb., z rozhodnutí ÚOHS, která jednoznačně deklarovala, že žalovaný zadavatelem ve smyslu zákona č. 40/2004 Sb. je.

Uvedené důvody by měly podle názoru žalovaného vést k zamítnutí dovolání.

V replice k vyjádření žalovaného dovolatelka trvá na zásadním právním významu napadeného rozhodnutí a odkazuje v této souvislosti na rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. [28 Cdo 96/2010](#), v němž stanovil, že přípustnost dovolání je dána, jestliže odvolací soud sice potvrdí rozsudek soudu prvního stupně, ale s jiným právním názorem. O obdobný případ se dle dovolatelky jedná i v tomto případě.

Dovolatelka nesouhlasí s odmítnutím odpovědnosti žalovaného, neboť povinnost k postupu podle zákona č. 40/2004 Sb. je uložena výlučně veřejnému zadavateli, a pokud jím byl žalovaný, pak je to výlučně on, kdo je odpovědný za nesplnění svých povinností, které mu tento zákon ukládá – tak jak je stanoveno v § 89 zákona č. 40/2004 Sb. – „za škodu způsobenou porušením tohoto zákona odpovídá zadavatel“. Stejně tak musí žalovaný nést důsledky případné neplatnosti právních úkonů, které učinil v rozporu se zákonem č. 40/2004 Sb., jak je výslovně stanoveno v § 90 odst. 1 tohoto zákona. Tvrzené konzultace s ÚOHS tudíž nemohou obstát jako argument vylučující odpovědnost žalovaného, neboť stanoviska ÚOHS nemají ve své podstatě normativní povahu, zadání zakázek v režimu zákona č. 40/2004 Sb. nebránila a z porušení povinností žalovaného neliberují. Žádné závazné rozhodnutí přitom žalovanému nepřikazovalo neřídit se zákonem č. 40/2004 Sb., měl tudíž správně vyhodnotit, že má status veřejného zadavatele a řídit se zákonem č. 40/2004 Sb., i kdyby mu nepodléhal, neboť by mu za takový postup nehrozila žádná sankce. Jednalo se o otázku jeho svobodného úsudku a platí zde zásada *ignorantia iuris non excusat*. Dovolatelka dále poukázala na výslovné ujednání účastníků v předmětných smlouvách o aplikaci obchodního zákoníku. Zásadním argumentem pro aplikaci zákona č. 40/2004 Sb. je především jeho ustanovení § 89, podle kterého za škodu způsobenou porušením tohoto zákona odpovídá zadavatel podle příslušných ustanovení obchodního zákoníku. V dalším textu

*dovatelka rozvádí podrobněji své právní názory promítnuté do dovolání.*

*Nejvyšší soud dovolání zamítl.*

### **Z odůvodnění:**

Napadený rozsudek odvolacího soudu byl vyhlášen před 1. 7. 2009, kdy nabyla účinnosti novela občanského soudního řádu provedená zákonem č. 7/2009 Sb. Nejvyšší soud jako soud dovolací (§ 10a o. s. ř.) proto vzhledem k bodu 12 přechodných ustanovení v článku II uvedeného zákona dovolání projednal a rozhodl o něm podle občanského soudního řádu ve znění účinném do 30. 6. 2009.

Nejvyšší soud po zjištění, že dovolání bylo podáno včas oprávněnou osobou, zkoumal, zda dovolání je přípustné.

Podle § 236 odst. 1 o. s. ř. lze dovoláním napadnout pravomocná rozhodnutí odvolacího soudu, pokud to zákon připouští.

Proti potvrzujícímu rozsudku odvolacího soudu je dovolání přípustné za podmínek uvedených v § 237 odst. 1 písm. b) a c) o. s. ř.

Podle § 237 odst. 1 písm. b) o. s. ř. je dovolání přípustné proti rozsudku odvolacího soudu, jímž byl potvrzen rozsudek soudu prvního stupně, kterým soud prvního stupně rozhodl jinak než v dřívějším rozsudku proto, že byl vázán právním názorem odvolacího soudu, který dřívější rozhodnutí zrušil. O takový případ se v dané věci nejedná. Přichází proto v úvahu pouze přípustnost dovolání, jejíž podmínky stanoví § 237 odst. 1 písm. c) o. s. ř. Ta je dána tehdy, pokud dovolání není přípustné podle písmena b) tohoto ustanovení a dovolací soud dospěje k závěru, že napadené rozhodnutí má ve věci samé po právní stránce zásadní význam.

Podle § 237 odst. 3 o. s. ř. má rozhodnutí odvolacího soudu po právní stránce zásadní význam zejména tehdy, řeší-li právní otázku, která v rozhodování dovolacího soudu dosud nebyla vyřešena nebo která je odvolacími soudy nebo dovolacím soudem rozhodována rozdílně, nebo řeší-li právní otázku v rozporu s hmotným právem. Předpokladem je, že řešení právní otázky mělo pro rozhodnutí o věci určující význam, tedy že nešlo jen o takovou právní otázku, na niž rozsudek odvolacího soudu nebyl z hlediska právního posouzení věci založen. Závěr o tom, zda dovoláním napadený rozsudek odvolacího soudu má po právní stránce zásadní význam, dovolací soud činí předběžně; zvláštní rozhodnutí o tom nevydává. Dospěje-li ke kladnému závěru, jde o přípustné dovolání a dovolací soud bez dalšího přezkoumá napadený rozsudek a rozhodne o něm meritorně.

Přípustnost dovolání podle ustanovení § 237 odst. 1 písm. c) o. s. ř. není založena již tím, že dovoatel tvrdí, že napadené rozhodnutí odvolacího soudu má ve věci samé po právní stránce zásadní význam. Přípustnost dovolání nastává tehdy, jestliže dovolací soud za použití hledisek, příkladmo uvedených v ustanovení § 237 odst. 3 o. s. ř., dospěje k závěru, že napadené rozhodnutí odvolacího soudu ve věci samé po právní stránce zásadní význam skutečně má. Teprve za situace, kdy dovolací soud shledá přípustnost dovolání pro zásadní právní význam napadeného rozsudku, může se zabývat ostatními uplatněnými dovolacími důvody.

Z toho, že přípustnost dovolání je ve smyslu citovaných ustanovení spjata se závěrem o zásadním významu rozsudku po stránce právní, vyplývá, že také dovolací přezkum se otevírá pro posouzení otázek právních; způsobným dovolacím důvodem, jímž lze dovolání odůvodnit, je zásadně důvod podle § 241a odst. 2 písm. b) o. s. ř., jehož prostřednictvím lze namítat, že rozhodnutí spočívá na nesprávném právním posouzení věci. Jelikož ve smyslu ustanovení § 242 odst. 3, věty první, o. s. ř. je dovolací soud - s výjimkou určitých vad řízení - vázán uplatněným dovolacím důvodem, jsou pro úsudek, zda rozhodnutí odvolacího soudu má po právní stránce zásadní význam či nikoli, relevantní

jen otázky (z těch, na kterých napadené rozhodnutí spočívá), jejichž posouzení odvolacím soudem dovolatelka napadla, resp. jejichž řešení v dovolání zpochybnila.

Dovolací námitky žalobkyně směřují do právního posouzení věci odvolacím soudem v rozporu s hmotným právem v těchto závěrech:

1. Žalovaný je veřejným zadavatelem ve smyslu zákona č. 40/2004 Sb.
2. Odpovědnost žalovaného za případnou škodu způsobenou žalobkyni se v projednávané věci řídí občanským zákoníkem, nikoliv obchodním zákoníkem.
3. Žalovaný je z případné odpovědnosti za škodu způsobené žalobkyni liberován, neboť se řídil pokyny ÚOHS.

Právní posouzení odvolacím soudem v otázce označené pod bodem 1 je v souladu s hmotným právem. V závěrech označených pod body 2 a 3 je však právní posouzení věci odvolacím soudem v rozporu s hmotným právem a zakládá tak přípustnost dovolání.

1. K otázce, zdali je žalovaný veřejným zadavatelem ve smyslu zákona č. 40/2004 Sb.

Otázkou, zdali je žalovaný veřejným zadavatelem podle zákona č. 40/2004 Sb., se zabýval i Nejvyšší správní soud v rozhodnutí ze dne 31. 5. 2011, č.j. 1 Afs 98/2010-399, kde dovedl, že žalovaný tímto veřejným zadavatelem je. S tímto závěrem se ztotožňuje i dovolací soud.

Pro posouzení, zda lze státní podnik Lesy ČR, s. p., kvalifikovat jako veřejného zadavatele, je rozhodující výklad ustanovení § 2 odst. 1 písm. a) bodu 4 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách. Podle tohoto ustanovení je veřejným zadavatelem mj. právnická osoba, pokud byla zřízena zákonem nebo na základě zákona za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu a je financována převážně veřejnými zadavateli, nebo je veřejnými zadavateli řízena nebo veřejní zadavatelé jmenují více než polovinu členů v jejím správním, řídicím nebo kontrolním orgánu.

V případě Lesů ČR, s. p., nemůže být pochyb o tom, že svou činností potřeby ve veřejném, resp. obecném zájmu, uspokojují. Hlavní předmět podnikání Lesů ČR, s. p., byl vymezen mj. také jako: výkon práva hospodaření k lesům, které jsou ve vlastnictví státu, k nimž má státní podnik Lesy ČR právo hospodaření, výkon hospodaření k ostatnímu movitému a nemovitému majetku, který je ve vlastnictví státu a byl svěřen k plnění jeho úkolů, [ ] činnost odborného lesního hospodáře, výkon ochranné služby v lesích, provádění činností zabezpečujících optimální plnění všech funkcí lesů, [ ] koncepční i operativní činnost směřující k trvalému zlepšování stavu lesů, práce spojené se zajištěním uchování genových zdrojů lesních dřevin... apod. Nejvyšší správní soud v citovaném rozhodnutí dovedl, že jednou ze základních zásad hospodaření podniku (jak vyplývá ze statutu podniku z 27. 10. 1997) je dále, že veškerá hospodářská a podnikatelská činnosti podniku je zaměřena na zachování lesa, na péči o les jako národní bohatství, na plnění všech funkcí lesa a na podporu trvale udržitelného hospodaření v něm. Lesnickou strategii Lesů ČR, s. p., jejímž základem je trvale udržitelné hospodaření v lesích založené na maximálním využívání tvořivých sil přírody, které zajistí nepřetržité a vyvážené plnění produkčních funkcí svěřených lesů. Cílem podniku je vytváření stabilních, kvalitních, druhově, prostorově a věkově skupinovitě smíšených lesů.

Z uvedeného je tedy patrné, že Lesy ČR, s. p., svou činností jednak hospodaří se státním majetkem a spravují ho, což už samo o sobě by mělo být považováno za předmět veřejného, resp. obecného zájmu, jednak je jejich činnost zacílena přímo na správu lesů, nikoli přitom pouze lesů jakožto lesních porostů, ale dokonce celých lesních ekosystémů. Protože jsou pak lesy podstatnou složkou životního prostředí a přírodního bohatství České republiky a plní nezastupitelnou roli v globálním ekosystému, je jejich správa a obhospodařování nepopíratelně také předmětem obecného a celospolečenského



zájmu.

Nejvyšší správní soud dovodil, že při zakládání Lesů ČR, s. p., bylo jasně deklarováno, že ty se svou činností mají podílet na uspokojování potřeb veřejného zájmu, když je předmětem jejich činnosti jednak hospodaření s majetkem státu, jednak péče o les za účelem zabezpečení plnění jeho funkcí v životním prostředí. Ze zmiňovaných zakládacích dokumentů či statutu podniku rovněž nevyplývá, že Lesy ČR, s. p., by byly založeny primárně za účelem vytváření zisku. Tyto závěry ve vztahu k soudobě vykonávané činnosti Lesů ČR, s. p., potvrzují také deklarace samotného podniku vyjádřené např. v jeho lesnické strategii. Jak navíc vyplývá ze zákona o lesích, Lesy ČR, s. p., jsou omezeny co do nakládání s předmětem svého podnikání, tj. se státními lesy. Nejenže k právním úkonům, kterými se nakládá se státními lesy, je potřeba předběžný souhlas Ministerstva zemědělství (§ 4), ale některé dispozice se státními lesy jsou zákonem vyloučeny úplně (§ 5).

Lesní zákon Lesům ČR, s. p., výslovně přiznává zcela specifické postavení typicky v případě výkonu činnosti odborného lesního hospodáře. Jak vyplývá z § 37 odst. 6 lesního zákona, Lesy ČR, s. p., vykonávají funkci odborného lesního hospodáře pro lesy, pro které jsou zpracovány osnovy, tedy pro lesy o výměře menší než 50 ha, nevybere-li si sám vlastník lesa jiného odborného lesního hospodáře nebo nepověří-li jiného odborného lesního hospodáře orgán státní správy lesů. Podle odst. 7 téhož ustanovení náklady na tuto činnost Lesů ČR, s. p., nese stát.

Ačkoliv tak činnost lesního hospodáře mohou vykonávat a vykonávají také jiné subjekty, zákon přímo Lesům ČR, s. p., vyhrazuje zvláštní postavení, když jim svěřuje funkci jakéhosi pojistného lesního hospodáře. Za určitých okolností vyplývajících přímo ze zákona tedy pouze Lesy ČR, s. p., budou vykonávat činnost lesního hospodáře. Zákon tak odlišuje jejich postavení od postavení všech ostatních subjektů na trhu, čímž jasně deklaruje zvláštní zájem na této činnosti, když regulaci výkonu této činnosti neprenehává pouze tržním mechanismům.

Z ustanovení zákona č. 77/1997 Sb., o státním podniku (srov. § 20 tohoto zákona, podle něž podniky vzniklé podle zákona č. 111/1990 Sb., o státním podniku, se za určitých podmínek považují za podniky vzniklé podle tohoto zákona), upravujících vedení státního podniku vyplývá značný vliv Ministerstva zemědělství coby zakladatele podniku na jeho chod a činnost. Tak např. ministr, příp. vláda, jmenuje a odvolává ředitele podniku, který pak společně se zakladatelem řídí činnosti podniku a rozhoduje o všech jeho záležitostech (srov. § 12). Ministerstvo jako zakladatel podniku má přitom také vliv na činnost dozorčí rady podniku (§ 13).

Státní podnik Lesy České republiky je nutno považovat za veřejného zadavatele, neboť svou povahou a povahou své činnosti naplňuje všechny body definice veřejného zadavatele, jak je vymezena v zákoně o veřejných zakázkách. Lesy ČR, s. p., jsou právnickou osobou, která byla zřízena na základě zákona za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a která podléhá kontrole a řízení ze strany státu a jeho orgánů; takovéto potřeby uspokojoval v rozhodné době i žalovaný.

Dospěl-li proto odvolací soud při řešení této předběžné otázky k závěru, že žalovaný je veřejným zadavatelem podle zákona č. 40/2004 Sb, je tento jeho právní závěr správný.

2. K otázce, zdali se odpovědnost žalovaného za případnou škodu řídí občanským zákoníkem, nikoliv obchodním zákoníkem.

Odvolací soud dospěl k závěru, že „žalobcem tvrzená škoda nevznikla v důsledku porušení povinnosti ze závazkového vztahu ani v důsledku porušení povinnosti stanovených v obchodním zákoníku. Proto podle ustanovení § 1 odst. 2 obch. zák. je třeba věc řešit podle obecné úpravy náhrady škody, kterou přináší občanský zákoník“. Jde přitom o právní závěr nesprávný.

Pro celou soukromoprávní oblast je obecná úprava náhrady škody obsažena v občanském zákoníku. Úprava náhrady škody v obchodním zákoníku je ve vztahu k úpravě občanského zákoníku úpravou zvláštní, přičemž úprava daná v § 373 a násl. má charakter obecné úpravy náhrady škody v obchodních vztazích a k ní jsou v obchodním zákoníku ještě speciální ustanovení v dalším stupni (srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 3. 2011, sp. zn. [23 Cdo 4379/2008](#), a shodně Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 13. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 1035).

Žalobkyně se domáhá proti žalovanému náhrady škody za způsobení neplatnosti rámcových smluv uzavřených mezi účastníky dne 18. 3. 2005 a dne 10. 10. 2005. Podle ustanovení § 268 obch. zák. kdo způsobil neplatnost právního úkonu, je povinen nahradit škodu osobě, které byl právní úkon určen, ledaže tato osoba o neplatnosti právního úkonu věděla. Pro náhradu této škody platí obdobně ustanovení o náhradě škody způsobené porušením smluvní povinnosti (§ 373 a násl.).

Z neplatnosti právního úkonu, kterou způsobil jedna ze stran, může vzniknout škoda druhé straně vztahu, která o skutečnosti, která neplatnost způsobil, nevěděla, a proto byla přesvědčena, že jednání je platné. Jde-li o obchodní vztahy, povinnost té strany, která neplatnost způsobil, k náhradě škody, která v důsledku neplatnosti právního úkonu vznikla, se řídí úpravou obchodního zákoníku tak, jako by šlo o škodu způsobenou porušením závazku (srov. shodně Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 13. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 914).

K závěru, že uplatňovaný nárok žalobkyně proti žalovanému na náhradu škody ze způsobené neplatnosti smlouvy podle ustanovení § 268 obch. zák. je obchodním závazkovým vztahem, postačí předchozí úsudek, že obchodní závazkový vztah by jinak založil onen neplatný právní úkon (obdobně k nároku z bezdůvodného obohacení vzniklého přijetím plnění z neplatného právního úkonu srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 8. 2003, sp. zn. [29 Odo 813/2001](#)). Tak je tomu i v projednávané věci.

Jde-li tedy o speciální právní úpravu odpovědnosti za škodu v obchodním zákoníku, použije se v obchodních závazkových vztazích tato právní úprava odpovědnosti za škodu před úpravou odpovědnosti za škodu v zákoníku občanském.

Nadto je třeba poukázat na ustanovení § 89 zákona č. 40/2004 Sb. ve znění v době uzavření rámcových smluv mezi účastníky 18. 3. 2005 a 10. 10. 2005, podle kterého za škodu způsobenou porušením tohoto zákona odpovídá zadavatel podle příslušných ustanovení obchodního zákoníku.

Dospěl-li proto odvolací soud k závěru, že na uplatněný nárok žalobkyně na náhradu škody proti žalovanému je třeba aplikovat právní úpravu toliko v zákoníku občanském, a nikoli obchodním, je tento jeho závěr nesprávný. Při právním posouzení věci je proto třeba vyjít i z úpravy odpovědnosti za škodu a její případné liberace v zákoníku obchodním, zejména ustanovení § 268 obch. zák.

3. K otázce, zdali je žalovaný z případné odpovědnosti za škodu způsobené žalobkyni liberován, neboť se řídil pokyny ÚOHS.

Odvolací soud dovedl, že žalovaný se „případné odpovědnosti za škodu zprostil, neboť škodu nezavinil“. Odvolací soud přitom v odůvodnění rozhodnutí vnitřně rozporně na jedné straně dovozuje, že odpovědnost za škodu žalovaného, včetně možného zproštění odpovědnosti, je nutno posuzovat podle právní úpravy v občanském zákoníku (§ 420 odst. 3 obč. zák.), jednak uvádí, že se ztotožnil s právními závěry soudu prvního stupně, který uzavřel, že „z případné odpovědnosti žalovaného dle § 268 obch. zák. přichází v úvahu jeho liberace podle § 374 obch. zák.“.

Odvolací soud, ani soud prvního stupně, se přitom nezabývaly podrobněji otázkou, jestli žalovaný za

škodu žalobkyni podle ustanovení § 268 obch. zák. odpovídá či nikoliv, pouze uvedly, že pokud by žalovaný za škodu odpovídal, byly by zde důvody pro zproštění odpovědnosti za škodu (podle soudu prvního stupně podle § 268 obch. zák. ve spojení s § 374 obch. zák., podle odvolacího soudu podle § 420 odst. 3 obč. zák.).

Podle odvolacího soudu „žalovaný v době uzavírání smluv se žalobkyní vycházel ze stanovisek ÚOHS a nepostupoval tak podle zákona č. 40/2004 Sb. Nemohl předpokládat následnou změnu stanoviska ÚOHS a tyto okolnosti, mimo vliv žalovaného, vedou ke zproštění odpovědnosti žalovaného za škodu“.

Stanoviska ÚOHS ze dne 7. 2. 2005, 2. 8. 2005 a 21. 7. 2005 však nepředstavují důvod zproštění odpovědnosti žalovaného za škodu podle ustanovení § 268 obch. zák., ale jsou významná pro posouzení, zdali žalovaný, jednající v souladu s těmito stanovisky vydanými ÚOHS podle zákona č. 273/2006 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, a zákona č. 40/2004 Sb. neplatnost smluv skutečně způsobil.

Odpovědnost za škodu podle ustanovení § 268 obch. zák. představuje případ zvláštní předšmluvní odpovědnosti (srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. 10. 2006, sp. zn. [29 Odo 1166/2004](#)). Toto ustanovení je v poměru speciality k ustanovení § 42 obč. zák., podle kterého vznikne-li pro neplatnost právního úkonu škoda, odpovídá se za ni podle ustanovení občanského zákoníku o odpovědnosti za škodu. Odpovědnost za škodu v obchodním zákoníku je postavena na objektivním principu. Skutková podstata ustanovení § 268 obch. zák. však předpokládá „způsobení“ neplatnosti právního úkonu odpovědnou osobou a pro případnou její liberaci „vědomost“ poškozeného o neplatnosti právního úkonu. Jde tak o zvláštní typ předšmluvní odpovědnosti obsahující v sobě prvky určitého předpokládaného aktivního jednání odpovědné osoby, která neplatnost právního úkonu „způsobila“. Pro závěr o tom, jestli smluvní strana neplatnost právního úkonu (zde smlouvy) způsobila, jsou proto významné zejména okolnosti předšmluvního jednání stran o uzavírané smlouvě, přípravy návrhu smlouvy nebo případné předšmluvní povinnosti stran stanovené zákonem či dohodou stran.

V podmínkách projednávané věci byly smlouvy mezi účastníky uzavřeny, aniž by bylo postupováno podle zákona č. 40/2004 Sb., ač vzhledem k povaze žalovaného jako veřejného zadavatele podle § 2 odst. 1 písm. a) bodu 4 zákona č. 40/2004 Sb. tak postupováno být mělo. Smlouvy uzavřené mezi účastníky jsou proto podle ustanovení § 90 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb. absolutně neplatné.

Podle ustanovení § 20 odst. 1 věta první zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění v době uzavření smluv 18. 3. 2005 a 10. 10. 2005, působnost ÚOHS stanoví zvláštní předpis – zákon č. 273/2006 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Podle ustanovení § 2 písm. b) zákona č. 273/1996 Sb., v uvedeném rozhodném znění, ÚOHS vykonává dohled při zadávání veřejných zakázek. Podle ustanovení § 94 zákona č. 40/2004 Sb., ve znění v době uzavření smluv, ÚOHS vykonává dohled nad dodržováním zákona č. 40/2004 Sb., při kterém přezkoumává zákonnost úkonů zadavatele s cílem zajistit transparentnost zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace zájemců a uchazečů o veřejné zakázky (odstavec 1). ÚOHS vydává předběžná opatření, rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadání veřejné zakázky postupoval v souladu s tímto zákonem, ukládá nápravná opatření a sankce, kontroluje úkony zadavatele při zadávání veřejných zakázek podle zvláštního právního předpisu (zákon č. 552/1991 Sb.). Tím není dotčena působnost jiných orgánů vykonávajících takovou kontrolu podle zvláštních právních předpisů a plní další úkoly, stanoví-li tak zvláštní předpis [odstavec 2 písm. a) až e)].

Ze skutkových zjištění soudů, která vyplývají z obsahu spisu a jimiž je dovolací soud vázán, vyplývá, že ÚOHS žalovanému opakovaně (mj. 7. 2. 2005, 2. 8. 2005 a 21. 7. 2005) sdělil, že plnění z lesnických smluv není veřejnou zakázkou ve smyslu ustanovení § 6 odst. 2 zákona č. 40/2004 Sb., a následně i že žalovaný není veřejným zadavatelem podle ustanovení § 2 zákona č. 40/2004 Sb.

Žalovaný při realizaci výběrového řízení na uzavření smluv na dodávky komplexních lesnických činností nepostupoval podle zákona č. 40/2004 Sb., neboť vycházel ze stanovisek ÚOHS, jako orgánu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek.

Součástí předmluvního jednání žalovaného směřujícího k uzavření smluv se žalobkyní bylo i zjištění stanoviska orgánu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek.

Za situace, kdy orgán dohledu nad zadáváním veřejných zakázek žalovanému sdělil, že nemá při uzavírání smluv na dodávky komplexních lesnických činností postupovat podle zákona č. 40/2004 Sb., a žalovaný proto podle citovaného zákona nepostupoval, ač jako veřejný zadavatel postupovat měl, nelze dospět k závěru, že žalovaný způsobil neplatnost smluv uzavřených postupem nesouladným se zákonem č. 40/2004 Sb. a že druhé smluvní straně tak podle ustanovení § 268 obch. zák. odpovídá za škodu.

Pro úplnost dovolací soud dodává, že otázkami možné liberace odpovědnosti za škodu podle ustanovení § 268 obch. zák. se soud zabývá až poté, dospěje-li k závěru, že smluvní strana neplatnost smlouvy způsobilá.

Liberační důvod pro zproštění odpovědnosti osoby, která způsobilá neplatnost právního úkonu, je přitom podle ustanovení § 268 obch. zák. založen na tom, že poškozený (osoba, jíž byl právní úkon určen) o neplatnosti právního úkonu věděl, tj. rozhodující je skutečná (faktická) vědomost poškozeného o neplatnosti právního úkonu (nikoliv zda měl, mohl či musel vědět). Vědomost poškozeného o neplatnosti právního úkonu nelze proto dovozovat z toho, co by „průměrný“ podnikatel za daných okolností vědět mohl, měl či musel, popř. vykládat jako pouhé podezření či předpoklad, že důvod neplatnosti nastal, ale ani jako utvoření právního závěru poškozeného o tom, že právní úkon, který mu byl určen, je neplatný. Pokud však skutkové okolnosti, o nichž poškozený ví jako o možném důvodu neplatnosti právního úkonu, jsou způsobilé učinit závěr o neplatnosti právního úkonu, je vědomost poškozeného o neplatnosti úkonu dána (srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 3. 2008, sp. zn. [32 Odo 1087/2006](#), nebo rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 23. 3. 2011, sp. zn. [23 Cdo 431/2010](#)). Pokyny ÚOHS směřující ve vztahu k žalovanému tak v podmínkách projednávané věci liberačním důvodem být nemohou.

Skutkové závěry odvolacího soudu, jimiž je dovolací soud vázán, umožnily dovolacímu soudu posoudit, zdali žalovaný porušil právní povinnosti podle ustanovení § 268 obch. zák., i když odvolací soud toto ustanovení aplikoval neúplně pouze v rozsahu možné liberace z odpovědnosti za škodu. Přes odlišné právní posouzení věci je z pohledu uplatněných dovolacích důvodů rozhodnutí odvolacího soudu ve výroku ve věci samé správné. Nejvyšší soud proto, aniž nařizoval jednání (§ 243a odst. 1, věta první, o. s. ř.), dovolání žalobkyně jako nedůvodné zamítl (§ 243b odst. 2, věta před středníkem, o. s. ř.).