



UOHSX005HIB7

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R161/2013/VZ-9273/2014/310/MLr

Brno 5. května 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 5. 6. 2013, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, zadavatelem –

- **Českou republikou – Ministerstvem financí**, IČ 00006947, se sídlem Letenská 15, 118 10 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S618/2012/VZ-9324/2013/521/HKu ze dne 21. 5. 2013 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Zajištění certifikačních služeb**“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném odesláním písemné výzvy k jednání ze dne 28. 8. 2012,

a jehož účastníkem je navrhovatel –

- **Česká pošta s.p.**, IČ 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1,

a vybraný uchazeč –

- společnost **První certifikační autorita, a.s.** IČ 26439395, se sídlem Podvinný mlýn 2178/6, 190 00 Praha 9,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na ustanovení § 90 odst. 5 citovaného zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S618/2012/VZ-9324/2013/521/HKu ze dne 21. 5. 2013

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jenž je dle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“<sup>1</sup>), příslušný k dohledu nad dodržováním citovaného zákona, obdržel dne 25. 10. 2012 návrh z téhož dne státního podniku Česká pošta s.p., IČ 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1 (dále jen „**navrhovatel**“), na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů veřejného zadavatele – České republiky – Ministerstva financí, IČ 00006947, se sídlem Letenská 15, 118 10 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Zajištění certifikačních služeb“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném odesláním písemné výzvy k jednání ze dne 28. 8. 2012 (dále jen „**výzva k jednání**“). Navrhovatel se podaným návrhem domáhá, aby Úřad zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku.
2. Úřad ve správním řízení zjistil, že zadavatel zaslal dne 29. 8. 2012 výzvu k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 28. 8. 2012 třem zájemcům, a to společnosti První certifikační autorita, a.s., IČ 26439395, se sídlem Podvinný mlýn 2178/6, 190 00 Praha 9 (dále jen „**vybraný uchazeč**“), navrhovateli a společnosti elidentity a.s., IČ 27112489, se sídlem Vinohradská 184/2396, 130 00 Praha 3 (dále jen „**elidentity a.s.**“).
3. Úřad na základě článku I. výzvy k jednání učinil skutkové zjištění, že zadavatel označil jako předmět veřejné zakázky kompletní zajištění certifikačních služeb, tj. výdej kvalifikovaných certifikátů, kvalifikovaných systémových certifikátů, komerčních certifikátů, komerčních serverových certifikátů a kvalifikovaných časových razítek, včetně jejich archivace, přičemž dle zjištění Úřadu „*dále je požadováno napojení poskytování těchto služeb na systém PKI (Public Key Infrastructure – infrastruktura veřejných klíčů) resortu MF (Ministerstva financí) pro ministerstvo, Generální ředitelství cel, Generální finanční ředitelství, Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových a Kancelář finančního arbitra, zejména pro zajištění správy certifikátů ve vazbě na životní cyklus zaměstnance, jako ochrana před jejich zneužitím*“.

---

<sup>1</sup> Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení.

4. Úřad zjistil z přílohy č. 4 výzvy k jednání, že zadavatel jednací řízení bez uveřejnění rozdělil do tří fází. Předmětem první fáze, dále rozčleněné do tří jednání, je dle skutkového zjištění Úřadu „*postup jednacího řízení týkající se mj. zdůvodnění centralizovaného zadávání a JŘBU, stanovení termínu pro doručení pracovní verze nabídek, předání pracovní verze nabídek uchazeči, otevírání obálek a kontrola jejich obsahu, hodnocení podaných pracovních verzí nabídek, vyhodnocení pracovních verzí nabídek, včetně vyhodnocení cenových návrhů a dostupnosti služeb, projednání pracovních nabídek s jednotlivými uchazeči – upřesnění nejasností a sporných bodů, žádost o písemné vyjádření souhlasu či nesouhlasu uchazečů s možností informovat ostatní uchazeče o podaných cenových návrzích, stanovení pořadí uchazečů a seznámení uchazečů s dosaženými výsledky*“.
5. Úřad dále z přílohy č. 4 výzvy k jednání zjistil, že ve druhé fázi jednání zadavatel jedná s uchazečem, který se umístil při hodnocení předběžné nabídky první v pořadí, a dále, že „*obsahem tohoto jednání je mj. rozhodnutí o akceptaci prezentovaného řešení na základě provedených testů s tím, že v případě, že prezentace řešení uchazeče, který se umístil při hodnocení předběžné nabídky první v pořadí, nepotvrdí požadované funkčnosti, nebude řešení akceptováno a dojde k ukončení jednání s vybraným uchazečem a bude osloven další v pořadí hodnocených uchazečů, s nímž proběhne nové jednání*“.
6. Úřad na základě přílohy č. 4 výzvy k jednání učinil skutkové zjištění o tom, že „*třetí fáze jednání se týká mj. akceptace jednotkových cen, stanovení termínu předložení nabídky, podání konečné nabídky, otevření obálky a předání nabídky k vyhodnocení, kontrola nabídky, vypracování záznamu o průběhu a výsledku jednání, rozhodnutí zadavatele a uzavření smluv*“.
7. Na základě „*Zápisu z jednání č. 1*“ ze dne 31. 8. 2012 Úřad zjistil, že dne 31. 8. 2012 byli vyzváni uchazeči k podání „pracovní verze nabídek“ dle přílohy č. 3 výzvy k jednání, a dále, že byl zadavatelem stanoven termín pro doručení „pracovní verze nabídek“ včetně cenových návrhů. Úřad ze „*Zápisu z jednání č. 2 – a) společná část*“ ze dne 14. 9. 2012 zjistil, že na tomto jednání zadavatel převzal „pracovní verzi“ nabídky vybraného uchazeče, navrhovatele a společnosti eldentity a.s. Úřad rovněž z téhož zápisu zjistil, že zadavatel dospěl k závěru, že „pracovní verze“ nabídky uchazeče eldentity a.s. nespĺnila všechny formální náležitosti.
8. Úřad na základě „*Zápisu z jednání č. 3-4 Uzavřené jednání hodnotící komise – posouzení nabídek*“ ze dne 20. 9. 2012 dospěl ke skutkovému zjištění, že hodnotící komise provedla posouzení a hodnocení „pracovních nabídek“, a že bylo určeno pořadí hodnocených nabídek. Úřad na základě „*Zápisu z jednání č. 3-5*“ ze dne 24. 9. 2012 zjistil, že zadavatel seznámil přítomné uchazeče s vyhodnocením předložených „pracovních nabídek“ a s celkovým pořadím „pracovních nabídek“, přičemž dle zjištění Úřadu nejlépe hodnocenou „pracovní nabídkou“ je „pracovní nabídka“ vybraného uchazeče s 1 653,66 body, druhá v pořadí je „pracovní nabídka“ navrhovatele s 1 166,93 body a třetí v pořadí je „pracovní nabídka“ společnosti eldentity a.s. s 885,66 body.
9. Úřad ze „*Zápisu z jednání č. 4 oddělené jednání s uchazečem s vítěznou nabídkou – I. CA*“ ze dne 24. 9. 2012 zjistil, že zadavatel projednal s vybraným uchazečem jeho „pracovní nabídku“ s tím, že zadavatel uzavřel, že vybraný uchazeč bude vyzván k podání konečné

verze nabídky; zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 19. 11. 2012, kterou je nabídka vybraného uchazeče.

10. Dne 5. 10. 2012 uplatnil navrhovatel námitky; Úřad ve správním řízení uzavřel, že námitky navrhovatele směřovaly zejména proti zadávacím podmínkám a proti postupu zadavatele v průběhu zadávacího řízení. Navrhovatel se podanými námitkami domáhal zrušení zadávacího řízení. Zadavatel rozhodl dne 15. 10. 2012 o námitkách navrhovatele tak, že jim nevyhověl; navrhovatel obdržel rozhodnutí o námitkách dne 15. 10. 2012.
11. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za souladné se zákonem, podal dne 25. 10. 2012 u Úřadu návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, kterým se domáhá zrušení zadávacího řízení.
12. Navrhovatel v návrhu uvádí, že žádný zájemce neměl možnost nabídnout v jednacím řízení bez uveřejnění lepší podmínky a dne 24. 9. 2012 na společném jednání byly všem zájemcům oznámeny pouze výsledky hodnocení, čímž skončila první fáze jednání. Navrhovatel uvádí, že zadavatel vyzval tři zájemce k jednání, a proto měla dle navrhovatele proběhnout mezi těmito zájemci regulérní soutěž a zájemci měli mít dle zadávacích podmínek možnost podat „finální nabídku“ po ukončení jednání v jednacím řízení bez uveřejnění.
13. Navrhovatel k závěru zadavatele v rozhodnutí o námitkách navrhovatele o tom, že navrhovatel podal námitky po lhůtě pro podání nabídek, uvádí, že podle ustanovení § 34 odst. 2 písm. f) zákona může lhůta pro podání „finální nabídky“ uplynout až po skončení jednání v jednacím řízení bez uveřejnění.
14. Navrhovatel uvádí, že otevírání obálek všech zájemců mělo proběhnout na konci jednání se všemi zájemci po řádném jednání o návrzích všech zájemců, jak dle navrhovatele vyplývá z ustanovení § 34 odst. 2 písm. f) a g) zákona. Navrhovatel v souvislosti s otevíráním obálek uvádí, že zadavatel byl povinen s odkazem na ustanovení § 71 odst. 10 zákona sdělit při otevírání obálek s „pracovními nabídkami“ dne 14. 9. 2012 přítomným uchazečům nabídkové ceny. Zadavatel však uvedenou povinnost nesplnil.
15. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel rovněž porušil zákon tím, že nevyřadil, resp. nevyločil, ve smyslu ustanovení § 71 odst. 11 zákona nabídku zájemce elidentity a.s., který dle navrhovatele předložil nepodepsaný návrh smlouvy a nesplnil kvalifikaci.
16. Navrhovatel napadá rovněž hodnocení nabídek zadavatelem, které považuje za netransparentní. Navrhovatel uvádí, že z přílohy č. 5 výzvy k jednání není zřejmé, jakým způsobem zadavatel bude hodnotit různé jednotkové ceny, a dále, že u jednotlivých položek zadavatel nestanovil jejich váhu.
17. Navrhovatel rovněž uplatnil návrh, jímž se domáhal nařízení předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku, případně v pozastavení zadávacího řízení. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S618/2012/VZ-21874/2012/521/HKu ze dne 19. 11. 2012 nařídil předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky. Proti citovanému rozhodnutí Úřadu uplatnil zadavatel rozklad, o němž rozhodl předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R355/2012/VZ-10177/2013/310/JHr ze dne 3. 6. 2013 tak, že citované rozhodnutí Úřadu potvrdil a rozklad zadavatele zamítl. Rozhodnutí Úřadu a rozhodnutí předsedy Úřadu nabyly právní moci dne 5. 6. 2013.

## II. Napadené rozhodnutí

18. Úřad po posouzení toho, co ve správním řízení vyšlo najevo, vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S618/2012/VZ-9324/2013/521/HKu ze dne 21. 5. 2013 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
19. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 34 odst. 2 písm. e) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, neboť v příloze č. 4 výzvy v kapitole „*Jednací řád a scénář průběhu JŘBU*“ ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 28. 8. 2012 stanovil zásady a postup jednání v rozporu s postupem stanoveným zákonem, čímž současně porušil zásadu transparentnosti zadávacího řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
20. Úřad uvedl, že z ustanovení § 34 odst. 2 písm. f) a g) zákona je zřejmé, že v jednacím řízení bez uveřejnění mohou být nabídky předloženy až jako výsledek jednání; dle Úřadu zadavatel se zájemci vyjednává konkrétní podmínky plnění, jak vyplývá z ustanovení § 34 zákona, až poté následuje podání nabídek. Dle Úřadu je principem jednacího řízení bez uveřejnění projednání podmínek a návrhů se všemi vyzvanými uchazeči a následné podání nabídek.
21. Úřad uvedl, že nelze vyloučit, že zadavatelem použitý pojem „pracovní nabídka“ mohl působit zmatečně, neboť všichni vyzvaní uchazeči měli možnost podle předepsaného postupu ve výzvě předložit pouze „pracovní nabídky“ a finální nabídku měl následně podat pouze jeden uchazeč s tím, že pokud by zadavatel řešení takového uchazeče v „pracovní nabídce“ zadavatel neakceptoval, ukončil by jednání s tímto uchazečem a následně by oslovil v pořadí dalšího uchazeče, s nímž by provedl nové jednání. Úřad konstatoval, že takto stanovený postup není postupem odpovídajícím jednacímu řízení bez uveřejnění, a dále, že nelze připustit, aby zadavatel v zadávacích podmínkách stanovoval postupy, které zákon neaprobuje, přičemž takto stanovený postup v zadávacím řízení nelze „legalizovat“ ani tím, že s ním zadavatel uchazeče předem seznámí.
22. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dále uvedl, že zadavatel v příloze č. 4 výzvy k jednání „*Jednací řád a scénář průběhu JŘBU*“ při stanovení postupu jednání nepostupoval v souladu se zákonem, neboť omezení počtu uchazečů v průběhu jednacího řízení bez uveřejnění zákon neumožňuje.
23. Úřad dále uzavřel, že zadavatel postupoval v rozporu se základními zásadami dle ustanovení § 6 zákona, když již v zadávacích podmínkách stanovil, že všem vyzvaným uchazečům nebude umožněno podat „finální nabídku“; tímto postupem dle Úřadu zadavatel diskriminoval ty uchazeče, kteří neměli možnost podat finální nabídku. Úřad rovněž uvedl, že takový postup zadavatele činí průběh zadávacího řízení nepřehledným a tedy netransparentním, a odkázal na konstantní soudní judikaturu (rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010 a rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 77/2008-45 ze dne 4. 11. 2010).
24. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí považoval za vhodné vyjádřit se k postupu zadavatele při otevírání obálek s „pracovními nabídkami“, a uvedl, že v daném případě pro dodržení zákonnosti postupu v rámci chybně nastaveného postupu jednacího řízení by bylo nutné, aby zadavatel postupoval dle ustanovení § 71 odst. 10 zákona již při otevírání

„pracovních nabídek“ dne 14. 9. 2012. Úřad dále uvedl, že vzhledem k tomu, že „zadavatel postup jednání nastavil v rozporu se zákonem, je zřejmé, že při dodržení takto nastaveného postupu nemohlo být zadávací řízení v souladu se zákonem realizováno“.

25. Úřad dále konstatoval, že se nezabýval tou částí návrhu, která směřuje proti tomu, že zadavatel nevyřadil, resp. nevyloučil, zájemce eldentity a.s. z účasti v zadávacím řízení. Dle Úřadu nabídka zájemce eldentity a.s. byla vyhodnocena jako třetí v pořadí, a proto porušení zákona zadavatelem tím, že zadavatel tohoto zájemce nevyloučil, nemohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
26. Úřad se dále vypořádal s námitkou zadavatele, že navrhovatel nepodal námitky dle ustanovení § 110 zákona včas, tak, že „námitky proti zadávacím podmínkám podané navrhovatelem dne 5. 10. 2012 byly zadavateli doručeny v zákonné lhůtě“, protože námitky proti zadávacím podmínkám bylo možné podat ve smyslu ustanovení § 110 odst. 3 zákona nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání „finální“ nabídky, tj. do 5. 11. 2012 (5 dnů od dne 31. 10. 2012 jako lhůty pro podání nabídek).
27. Úřad dále uvedl, že „z doložené dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel hodnotil nabídky uchazečů přesně podle nastavených hodnotících kritérií postupem podrobně popsaným v příloze č. 3 výzvy – Osnova pro zpracování nabídky a hodnotící kritéria a toto hodnocení zdokumentoval v zápisu z jednání č. 3-4 ze dne 20. 9. 2012“.
28. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí jako opatření k nápravě zrušil předmětné zadávací řízení. Výrok II. napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tak, že zadavatel postupoval v zadávacím řízení v rozporu se zákonem již při stanovení zadávacích podmínek, a proto nelze zjednat nápravu jinak než zrušením zadávacího řízení.
29. Úřad ve výroku III. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, že zadavateli s odkazem na ustanovení § 119 odst. 2 zákona uložil uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

### III. Námitky rozkladu

30. Zadavatel doručil Úřadu dne 5. 6. 2013 rozklad z téhož dne proti napadenému rozhodnutí; ze správního spisu vyplývá, že zadavateli bylo napadené rozhodnutí doručeno dne 21. 5. 2013. Zadavatel tedy uplatnil rozklad v zákonné lhůtě.
31. Zadavatel se domáhá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil v celém rozsahu.
32. Zadavatel vytýká Úřadu, že v napadeném rozhodnutí neuvedl konkrétní ustanovení zákona, případně prováděcí předpis nebo rozhodnutí soudu, ze kterých by jednoznačně vyplývalo porušení zákona zadavatelem v jednacím řízení bez uveřejnění, nebo by alespoň podporovalo dle zadavatele „specifickou“ interpretaci ustanovení § 34 zákona Úřadem.
33. Zadavatel uvádí, že „jakékoliv další výklady zákona vůči postupu v JŘBU (tedy nad rámec ustanovení § 34 zákona a ustanovení § 6 zákona) nemají právní návaznost, nejsou opřeny o prováděcí předpisy, ani o doporučení doplňující metodiky např. ze strany předkladatele a gestora zákona – Ministerstva pro místní rozvoj“.
34. Dle zadavatele postup dle ustanovení § 34 zákona nevylučuje, aby zadavatel jednání v jednacím řízení bez uveřejnění rozdělil do fází obdobně jako v jednacím řízení s uveřejněním, aby stanovil pořadí „pracovních nabídek“ a následně vyzval k jednání

o konkrétních podmínkách jednoho zájemce, jehož „pracovní nabídka“ byla transparentně vyhodnocena jako nejvhodnější, a následně tohoto zájemce vyzvat k podání nabídky. Zadavatel uvádí, že ustanovení § 34 zákona ani žádné jiné ustanovení zákona nevyklučuje použití dílčích postupů upravených zákonem např. v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu.

35. Zadavatel v rozkladu uvádí, že postupoval v souladu s celým ustanovením § 34 zákona. Zadavatel konstatuje, že v souladu s ustanovením § 34 odst. 1 zákona odeslal výzvu k jednání všem zájemcům, kteří mají oprávnění a certifikáty k plnění předmětu veřejné zakázky, a dále, že písemná výzva k jednání obsahovala všechny náležitosti dle ustanovení § 34 odst. 2 písm. a) až i) zákona. Zadavatel uvádí, že dodržel i zásadu transparentnosti a rovného zacházení vůči všem zájemcům, protože postupoval dle podmínek, které uvedl v písemné výzvě k jednání.
36. Zadavatel v této souvislosti klade otázku, z čeho vyplývá, že zadavatel nemohl stanovit fáze jednání v jednacím řízení bez uveřejnění a vést jednání jen s tím zájemcem, který podal nejvýhodnější „pracovní nabídku“. Dle zadavatele z napadeného rozhodnutí nevyplývá žádné konkrétní ustanovení, případně odkaz na takové ustanovení zákona, které zadavatel porušil. Zadavatel uvádí, že jestliže má zadávací řízení soukromoprávní charakter, tak ve smyslu ustanovení § 2 odst. 3 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), si mohou účastníci tohoto právního vztahu upravit vzájemná práva a povinnosti dohodou. Zadavatel tvrdí, že v zadávacím řízení se uplatňuje ústavní zásada soukromoprávních vztahů, podle které *„vše je povoleno, co není zákonem zakázáno“*. Zadavatel rovněž odkazuje v otázce soukromoprávní povahy zadávacího řízení na konstantní soudní judikaturu (*rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 28/2008-74 ze dne 7. 4. 2009, rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 79/2008-60 ze dne 6. 10. 2010, rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 77/2010-148 ze dne 19. 10. 2011 a rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2009-109 ze dne 27. 1. 2010*).
37. Zadavatel uvádí, že všichni vyzvaní zájemci získali stejné informace o podmínkách a průběhu jednacím řízení bez uveřejnění. Žádný z vyzvaných zájemců nepodal námitky či žádost o dodatečné informace; každý zájemce dle zadavatele věděl, že *„pokud podá nabídku, bude v první fázi vyhodnocena podle předem stanoveného transparentního způsobu hodnocení, a pokud v tomto transparentním hodnocení neuspěje, nebude vyzván k dalšímu jednání a k následnému předložení finální nabídky“*.
38. Zadavatel rovněž vytýká Úřadu, že neodůvodnil, jakým způsobem mohlo mít porušení zákona zadavatel vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel uvádí, že v důsledku této vady trpí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelností.
39. Zadavatel dále brojí proti úvaze Úřadu o tom, že *„principem JŘBU je tedy projednání podmínek a návrhů se všemi vyzvanými uchazeči a následné podání nabídek“*. Zadavatel uvádí, že tento závěr Úřad není opřen o žádné konkrétní ustanovení zákona. Zadavatel rovněž vytýká právní nesprávnost závěru Úřadu o tom, že zadavatel je povinen stanovit lhůtu pro podání nabídek až po ukončení jednání; dle zadavatele tento závěr odporuje dikci ustanovení § 34 odst. 2 písm. g) zákona, ze kterého vyplývá možnost volby zadavatele, zda nabídky budou podány před jednáním nebo po jednání.

40. Zadavatel k úvaze Úřadu o tom, že zákon nezná pojem „pracovní nabídka“, uvádí, že v odůvodnění napadeného rozhodnutí absentuje ustanovení zákona, kterým se Úřad při této úvaze řídil. Zadavatel rovněž klade v rozkladu otázku, z čeho vyplývá, že zadavatel nemohl označit podklady, na jejichž základě bude zadavatel jednat, jako „pracovní nabídky“. K závěru Úřadu, že pojem „pracovní nabídky“ mohl působit zmatečně, zadavatel uvádí, že ve výzvě k jednání jednoznačně popsal celý postup při jednání a rovněž i význam „pracovních nabídek“.
41. Zadavatel vytýká Úřadu, že překročil svoji kompetenci, když uzavřel, že *„takto stanovený postup není postupem odpovídajícím JŘBU (...) nelze připustit, aby zadavatel v zadávacích podmínkách stanovoval postupy, které zákon nepředvídá...“*. V této souvislosti zadavatel konstatuje, že ve výzvě k jednání uvedl postupy typické pro jednací řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu. K závěru Úřadu o tom, že *„omezení počtu uchazečů v průběhu JŘBU zákon neupravuje“*, uvádí, *„z jakého ustanovení vyplývá, že v případě neformálního JŘBU zadavatel nemůže omezit počet zájemců či uchazečů a jednat již jen s nejuvhodnějším uchazečem, který byl vyhodnocen transparentním způsobem při dodržení § 6 zákona?“*.

#### IV. Řízení o rozkladu

42. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí postupem dle ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„správní řád“**), a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu předal správní spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu.
43. Úřad obdržel dne 13. 6. 2013 vyjádření vybraného uchazeče z téhož dne, ve kterém uvádí, že plně souhlasí s rozkladem zadavatele. Navrhovatel se k podanému rozkladu zadavatele v řízení nevyjádřil.

#### Stanovisko předsedy Úřadu

44. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení s právními předpisy, správnost rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
45. Úřad tím, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl o tom, že *„zadavatel (...) nedodržel postup stanovený v ustanovení § 34 odst. 2 písm. e) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, neboť ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění o veřejnou zakázku ze dne 28. 8. 2012 stanovil zásady a postup jednání v příloze č. 4 výzvy v kapitole Jednací řád a scénář průběhu JŘBU v rozporu s postupem stanoveným zákonem (...), čímž současně porušil zásadu transparentnosti zadávacího řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejuvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy“*, rozhodl správně a zákonně.
46. Úřad tím, že ve výroku II. napadeného rozhodnutí rozhodl o tom, že *„jako opatření k nápravě postupu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad (...) podle § 118 odst. 1 zákona (...) ruší předmětné zadávací řízení“*, rozhodl správně a zákonně.



47. Úřad tím, že ve výroku III. napadeného rozhodnutí rozhodl o tom, že „podle § 119 odst. 2 zákona (...) a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona (...) se zadavateli (...) ukládá: uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč“, rozhodl správně a zákonně.
48. Dále uvádím, že s námitkami rozkladu zadavatele jsem se neztotožnil, protože s ohledem na okolnosti případu nemohou obstát. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, na základě kterých jsem rozhodl potvrdit napadené rozhodnutí a zadavatelem uplatněný rozklad zamítnout.

## V. K námitkám rozkladu

49. Zadavatel namítá, že Úřad v napadeném rozhodnutí neuvedl konkrétní ustanovení zákona, případně prováděcí předpis nebo rozhodnutí soudu, ze kterých by jednoznačně vyplývalo porušení zákona zadavatelem v jednacím řízení bez uveřejnění, nebo by alespoň podporovalo dle zadavatele specifickou interpretaci ustanovení § 34 zákona Úřadem. Zadavatel dále tvrdí, že jeho postup nebyl v rozporu s žádnou z podmínek uvedenou v ustanovení § 34 zákona.
50. K tomu uvádím, že Úřad aplikoval na zjištěný stav věci ustanovení § 34 odst. 2 písm. e) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, jak ostatně vyplývá z výroku I. napadeného rozhodnutí (dle uvedeného výroku napadeného rozhodnutí tedy „zadavatel (...) nedodržel postup stanovený v ustanovení § 34 odst. 2 písm. e) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, neboť ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění o veřejnou zakázku ze dne 28. 8. 2012 stanovil zásady a postup jednání v příloze č. 4 výzvy v kapitole Jednací řád a scénář průběhu JŘBU v rozporu s postupem stanoveným zákonem). Dle Úřadem aplikovaného ustanovení § 34 odst. 2 písm. e) zákona platí, že písemná výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění musí obsahovat způsob a zásady jednání, bude-li jednání vedeno s více zájemci. Úřad tedy správně aplikoval ustanovení § 34 odst. 2 písm. e) zákona na zjištěný stav věci, neboť právě ono stanovuje povinnost zadavatele uvést ve výzvě způsob a zásady jednání. Zadavatel je samozřejmě povinen způsob a zásady jednání v jednacím řízení bez uveřejnění stanovit tak, odpovídaly zásadám a principům jednacího řízení bez uveřejnění zakotvených v příslušných kogentních ustanoveních zákona (ustanovení § 23 a § 34 zákona), jež Úřad v napadeném rozhodnutí zcela srozumitelně a jednoznačně identifikoval (dle odstavce 44. odůvodnění napadeného rozhodnutí „principem JŘBU je tedy projednání podmínek a návrhů se všemi vyzvanými uchazeči a následné podání nabídek“)
51. Dále uvádím, že současně je zadavatel při stanovení způsobu a zásad jednání povinen dodržet zásady postupu dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona (zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace). Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí v této souvislosti konstatoval, že zadavatel postupoval v rozporu se zásadami postupu zadavatele v ustanovení § 6 zákona, když již v zadávacích podmínkách stanovil, že všem vyzvaným uchazečům nebude umožněno podat finální nabídku. Zásady, které zadavatel svým postupem porušil, Úřad následně identifikoval jako zásadu zákazu diskriminace (odstavec 46. odůvodnění napadeného rozhodnutí) a zásadu transparentnosti (tamtéž).
52. Úřad tedy na zjištěný stav věci aplikoval správná a správně interpretovaná ustanovení zákona, když na skutek zadavatele v zadávacím řízení aplikoval právě ustanovení

§ 34 odst. 2 písm. e) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona. Není tedy důvodná námitka zadavatele shledávající nezákonnost napadeného rozhodnutí v tom, že „*ani Úřad ve svém rozhodnutí neuvedl žádné konkrétní ustanovení zákona či prováděcí předpis, rozhodnutí soudu apod., ze kterého by jednoznačně vyplývalo porušení zákona při použití JŘBU, anebo které by podporovalo často velmi specifický výklad Úřadu k § 38 zákona*“.

53. Zadavatel uvádí, že jakékoliv další výklady zákona, tedy nad rámec ustanovení § 34 zákona a ustanovení § 6 zákona, nejsou opřeny o prováděcí předpisy, ani o doporučené doplňující metodiky např. gestora zákona – Ministerstva pro místní rozvoj. Tato námitka zadavatele patrně směřuje, ač to z její formulace přímo nevyplývá, proti nesprávné interpretaci Úřadem aplikovaných ustanovení zákona v napadeném rozhodnutí.
54. Jak jsem již uvedl a odůvodnil výše, Úřad aplikoval na zjištěný stav věci správná ustanovení zákona, která správně právně interpretoval. Jestliže zadavatel brojí proti tomu, že odůvodnění napadeného rozhodnutí není založeno na doporučující metodice jiného ústředního orgánu státní správy, tak uvádím, že Úřad jako správní orgán je povinen řídit se ustanovením § 2 odst. 1 správního řádu, dle kterého postupuje v souladu se zákony a ostatními právními předpisy, jakož i mezinárodními smlouvami, které jsou součástí právního řádu. Úřad se při zjišťování stavu věci a jeho právním posouzením ve správním řízení řídí výhradně právními předpisy, které jsou součástí právního řádu, přičemž metodika jiného správního orgánu není právním předpisem, jenž by byl součástí právního řádu. Úřad v napadeném rozhodnutí žádnou metodiku žádného správního orgánu na zjištěný stav věci neaplikoval, a proto napadené rozhodnutí je z tohoto pohledu v souladu s ustanovením § 2 odst. 1 správního řádu. Námitka zadavatele je tak nedůvodná.
55. Zadavatel rovněž namítá, že postup stanovený v ustanovení § 34 zákona nevylučuje rozdělení jednání do fází obdobně jako je tomu u jednacího řízení s uveřejněním, citované ustanovení rovněž nevylučuje po hodnocení pracovních nabídek vyzvat úspěšného uchazeče pro vyjednání konkrétních podmínek, a následně takového uchazeče vyzvat k podání nabídky.
56. K námitce zadavatele uvádím, že ustanovení, resp. normy, zákona jsou kogentní (imperativní, donucující) povahy, pokud z výslovného znění konkrétních ustanovení zákona nevyplývá jinak. Zadavatel není oprávněn se od donucujících norem zákona při úpravě právních vztahů jakkoliv odchýlit. Zákon tak neumožňuje zadavateli zadat veřejnou zakázku jiným způsobem, než v některém z taxativně uvedených druhů zadávacích řízení (ustanovení § 21 odst. 1 zákona), a jiným postupem, než výslovně v zákoně uvedeným. Pokud zadavatel postupuje v rozporu s kogentními ustanoveními zákona, pak porušuje zákon, a za to jej stíhá nebezpečí sankce v podobě nápravného opatření, pokuty, případně zákazu plnění smlouvy. Zákon upravuje zadávací řízení jako vysoce formalizovaný kontraktační proces vedoucí k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, jenž má soukromoprávní charakter, jak již konstantně judikují správní soudy (zejména rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 2/2013 – 46 ze dne 24. 4. 2013 a rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 64/2011 – 41 ze dne 3. 1. 2013), nicméně převážná většina ustanovení zákona má právě kogentní charakter.

57. Jestliže pak zadavatel namítá, že ustanovení § 34 zákona nevyklučuje upravit práva a povinnost jinak, než je uvedeno právě v citovaném ustanovení, tak uvádím, že taková námitka je z výše uvedených důvodů v rozporu se zákonem, a proto je nedůvodná.
58. Zadavatel dále v této souvislosti uvádí, že ustanovení § 34 zákona, ani žádné jiné, nevyklučuje použití postupů např. z jednacího řízení s uveřejněním nebo ze soutěžního dialogu. K tomu uvádím, že ustanovení § 21 odst. 1 zákona upravuje taxativním výčtem druhy zadávacích řízení (otevřené řízení, užší řízení, jednací řízení s uveřejněním, jednací řízení bez uveřejnění, soutěžní dialog a zjednodušené podlimitní řízení). Dle ustanovení § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v ustanovení § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění. Jak jsem již uvedl výše, zákon zadavateli neumožňuje zadat veřejnou zakázku jiným způsobem, než v některém (v jednom) z taxativně uvedených druhů zadávacích řízení (ustanovení § 21 odst. 1 zákona), a jiným postupem, než výslovně v zákoně uvedeným. Jestliže zadavatel ve smyslu ustanovení § 34 odst. 1 zákona v písemné výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění oznamuje zájemci nebo omezenému počtu zájemců svůj úmysl zadavatel veřejnou zakázku pouze v tomto zadávacím řízení, tak je v rozporu se zákonem v takovém jednacím řízení bez uveřejnění postupovat dle ustanovení upravujících jednací řízení s uveřejněním nebo soutěžní dialog, neboť ustanovení § 34 zákona jako kogentní ustanovení zákona takový postup zadavatele neumožňuje. Navíc dle ustanovení § 34 odst. 1 zákona zadavatel v písemné výzvě k jednání v jednacím řízení oznamuje zájemci nebo omezenému počtu zájemců svůj úmysl zadat veřejnou zakázku pouze v tomto zadávacím řízení (v jednacím řízení bez uveřejnění); ustanovení § 34 zákona neumožňuje zadavateli oznámit zájemci nebo omezenému počtu zájemců svůj úmysl zadat veřejnou zakázku zcela nebo zčásti v jednacím řízení s uveřejněním nebo zcela nebo zčásti v soutěžním dialogu. Vzhledem k uvedenému považuji i tuto námitku zadavatele za nedůvodnou.
59. Zadavatel uvádí, že závěr Úřadu a právní názor zadavatele „*se liší pouze v tom, že zadavatel nevyjednával se všemi uchazeči, a že nevyzval k podání nabídky všechny uchazeče*“. K tomu uvádím, že právě takový postup zadavatele Úřad posoudil tak, že vedl k diskriminaci těch uchazečů, kteří neměli možnost podat finální nabídku. Tento rozdíl mezi závěrem Úřadu a právním názorem zadavatele považuji za podstatný, neboť právě takovým jednáním porušil zadavatel zásady postupu zadavatele dle ustanovení § 6 zákona.
60. Zadavatel namítá, že všichni vyzvaní zájemci měli stejné informace o podmínkách zadávacího řízení, a proto všichni věděli, jak bude zadavatel postupovat v takovém jednacím řízení bez uveřejnění. Dle zadavatele každý ze zájemců věděl, že pokud podá nabídku, bude v první fázi vyhodnocena dle předem stanoveného transparentního způsobu hodnocení, a dále každý ze zájemců věděl, že pokud v tomto hodnocení neuspěje, nebude vyzván k dalšímu jednání a k předložení finální nabídky. Zadavatel uvádí, že mu tedy nelze vytknout pochybení ustanovení § 6 zákona. Zadavatel dále uvádí, že žádný z vyzvaných zájemců proti postupu zadavatel nijak nebrojil.
61. Zadavatel porušil ustanovení § 34 odst. 2 písm. e) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona tím, že již v příloze č. 4 výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 28. 8. 2012 stanovil zásady a postup jednání v rozporu s postupem stanoveným zákonem (výrok I. napadeného rozhodnutí). Okolnost, že zadavatel výzvu k jednání zaslal omezenému

počtu zájemců a tito zájemci se seznámili s nezákonným postupem zadavatele, zadavatele odpovědnosti za porušení zákona nezbavuje. K tomu dále uvádím, že okolnost, že zájemci znali i způsob hodnocení „pracovních nabídek“ a následný postup zadavatele stanovený ve výzvě k jednání, nic nemění na tom, že zadavatel porušil ustanovení § 6 zákona (výrok I. napadeného rozhodnutí), a to nikoliv tím, že vyzvané zájemce neseznámil se způsobem hodnocení „pracovních nabídek“ a dalším postupem v tomto zadávacím řízení. Zadavatel porušil ustanovení § 6 zákona tím, že diskriminoval ty zájemce, kteří neměli možnost podat „finální“ nabídku (odstavec 46. odůvodnění napadeného rozhodnutí), a dále tím, že zadavatelem stanovený postup činí průběh zadávacího řízení nepřehledným (odstavec 46. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Námitka zadavatele, že zájemci měli stejné informace o podmínkách zadávacího řízení, že znali zadavatelem stanovený způsob hodnocení „pracovních nabídek“ a další postup zadavatele, je tedy nedůvodná, neboť tato okolnost nezbavuje zadavatele odpovědnosti za porušení zákona postupem specifikovaným ve výroku I. napadeného rozhodnutí.

62. Jestliže zadavatel uvádí, že žádný ze zájemců proti postupu zadavatele neuplatnil námitku či žádost o dodatečné informace, tak uvádím, že tato námitka neobstojí s ohledem na konkrétní skutkové okolnosti daného případu. Jak Úřad správně zjistil, navrhovatel podal námitky proti zadávacím podmínkám a proti postupu zadavatele v průběhu zadávacího řízení, přičemž navrhovateli jako zájemci zadavatel výzvou k jednání oznámil svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení. Vzhledem k uvedenému, je tvrzení zadavatele o tom, že žádný ze zájemců nebrojil proti postupu zadavatele, nepravdivé. K tomu dále uvádím, že okolnost, že zájemci nepodají námitky proti postupu zadavatele v zadávacím řízení nebo nepožádají o dodatečné informace, nezbavuje žádného zadavatele odpovědnosti za porušení zákona.
63. Zadavatel v rozkladu dále vytýká Úřadu, že v napadeném rozhodnutí neodůvodnil závěr o tom, že postup zadavatele, kterým porušil ustanovení § 6 zákona, mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Dle zadavatele tak napadené rozhodnutí trpí nepřezkoumatelností.
64. Námitku navrhovatele považuji za nedůvodnou, neboť z odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad posoudil, že postup zadavatel mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (odstavec 48. odůvodnění napadeného rozhodnutí), a tento závěr odůvodnil řádnými a přezkoumatelnými úvahami, když konstatoval, že *„v případě, že by zadavatel nastavil postup jednání v souladu se zákonem a po proběhlých jednáních by měli možnost podat finální nabídky všichni uchazeči, nelze vyloučit, že by zadavatel mohl obdržet výhodnější nabídky“*.
65. Zadavatel v rozkladu rovněž namítá, že závěr Úřadu o tom, že *„principem JŘBÚ je tedy projednání podmínek a návrhů se všemi vyzvanými uchazeči a následné podání nabídek“*, není *„opřeno o žádné konkrétní ustanovení zákona“*.
66. Tato námitka zadavatele je rovněž nedůvodná, neboť z odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že *„v návaznosti na ust. § 34 odst. 2 písm. f) a g) zákona je zřejmé, že v JŘBU mohou být nabídky (...) předloženy až jako výsledek jednání“* (odstavec 44. věta první odůvodnění napadeného rozhodnutí), a následně Úřad na základě této úvahy dospěl k závěru, že *„principem JŘBÚ je tedy projednání podmínek a návrhů se všemi vyzvanými uchazeči a následné podání nabídek“* (odstavec 44 věta druhá odůvodnění napadeného rozhodnutí).

Úřad tedy uvedl v odůvodnění napadeného rozhodnutí ustanovení zákona, jež v posuzované věci interpretoval.

67. Zadavatel dále brojí proti úvaze Úřadu o tom, že zákon nezná pojem „pracovní nabídky“. Dle zadavatele v odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad neuvedl konkrétní ustanovení zákona, podle kterého zadavatel nebyl oprávněn používat v zadávacích podmínkách pojem „pracovní nabídka“. Zadavatel v této souvislosti také namítá, že závěr Úřadu o tom, že pojem „*pracovní nabídky mohl působit zmatečně, je nesprávný, neboť zadavatel ve výzvě k jednání stanovil význam „pracovních nabídek“*“.
68. K námitce zadavatele, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí neuvedl ustanovení zákona, dle kterého zadavatel nebyl oprávněn používat ve výzvě k jednání pojem „pracovní nabídka“, uvádím, že je nedůvodná. Úřad založil své právní posouzení zjištěného stavu věci pouze na úvaze, že pojem „pracovní nabídka“ mohl působit zmatečně a nikoliv na tom, že použití tohoto termínu je v rozporu se zákonem. Zadavatel porušil zákon tím, že ve výzvě k jednání stanovil zásady a postup jednání v rozporu s postupem stanoveným zákonem, přičemž v odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad nezákonný postup zadavatele identifikoval tak, že „*všichni vyzvaní uchazeči měli možnost podle předepsaného postupu ve výzvě předložit pouze „pracovní“ nabídky a finální nabídku po proběhlých jednáních měl následně podle stanoveného postupu možnost podat pouze jeden uchazeč vybraný zadavatelem...“*, a dále rovněž v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že pojem „pracovní nabídka“ mohl působit zmatečně. Zásady a jednání stanovené zadavatelem v rozporu se zákonem ve spojení se zadavatelem zvoleným pojmem „pracovní nabídka“ a jeho významem vedly k tomu, že zadavatelem stanovený postup činí průběh zadávacího řízení nepřehledným, a tedy netransparentním, jak správně posoudil Úřad (odstavec 46. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
69. Zadavatel namítá, že Úřad výrazně v napadeném rozhodnutí překročil své kompetence, když uzavřel, že „*takto stanovený postup není postupem odpovídajícím JŘBU a dále [pozn. předsedy Úřadu: Úřad] doplňuje, že nelze připustit, aby zadavatel v zadávacích podmínkách stanovoval postupy, které zákon nepředvídá“*. K této námitce zadavatele uvádím, že je nedůvodná, neboť Úřad při posouzení zákonnosti úkonů zadavatele v předmětném zadávacím řízení postupoval zcela v mezích zákona a jím stanovené působnosti. Úřad správně a v souladu se zákonem uzavřel, že zásady a postupy, které zadavatel ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění stanovil, nejsou postupem zákonem aprobovaným pro jednacím řízení bez uveřejnění.
70. Zásady a postupy stanovené zadavatelem ve výzvě k jednání nepřípustně kombinují postupy a průběh jiných druhů zadávacích řízení, a to jednacím řízení s uveřejněním (ustanovení § 29 zákona) a soutěžního dialogu (ustanovení § 35 zákona). Jedná se zejména o zadavatelem stanovenou fázi zadávacího řízení, v níž zadavatel dle výzvy k jednání byl povinen hodnotit „*podané pracovní verze nabídek“* a stanovit pořadí uchazečů, a o následující fázi, v níž zadavatel byl povinen vést jednání, a to po snížení počtu zájemců, resp. uchazečů, pouze s tím (jediným) uchazečem, který se umístil po vyhodnocení pracovních nabídek jako první v pořadí. V jednacím řízení s uveřejněním (ustanovení § 31 odst. 5 zákona) a rovněž i v soutěžním dialogu (ustanovení § 36 odst. 6 zákona ve znění účinném do 31. 3. 2012) je upraven postup, při kterém zadavatel snižuje počet uchazečů dle hodnotících kritérií a následně vede jednání, resp. soutěžní dialog, pouze s úspěšnými uchazeči. Zadavatel tak

nepřípustně a v rozporu se zákonem v jednacím řízení bez uveřejnění upravil zásady a postupy, které jsou aprobovány pro jednací řízení s uveřejněním, resp. pro soutěžní dialog. Úřad tedy nepřekročil meze své působnosti, naopak plně v souladu se zákonem, správně a srozumitelně posoudil postup zadavatele, přičemž uvedl správnou úvahu, že *„nelze připustit, aby zadavatel (...) stanovoval postupy, které zákon nepředvídá“* pro jednací řízení bez uveřejnění.

71. Zadavatel namítá, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné, protože se Úřad nevypořádal s argumentací zadavatele v rozhodnutí o námitkách.
72. K této námitce uvádím, že je v rozporu s právní úpravou správního řízení o návrhu vedeného Úřadem, a proto nedůvodná. Úřad není povinen vypořádat argumentaci, kterou uvedl zadavatel v rozhodnutí o námitkách, tedy ještě před zahájením správního řízení. Obsah rozhodnutí o námitkách není totiž vyjádřením účastníka v průběhu správního řízení, s nímž je Úřad ve smyslu ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu povinen se vypořádat a v odůvodnění rozhodnutí o tom uvést informaci. Námitka zadavatele je tak nedůvodná.
73. Zadavatel dále uvádí, že navrhovatel *„materiálně brojí nepřímou přes námitky proti zadávacím podmínkám proti tomu, že nebyla jeho nabídka vybrána jako nejvhodnější“*.
74. K tomu uvádím, že navrhovatel podal řádně a včas námitky proti zadávacím podmínkám, jak ostatně správně právně posoudil v odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad (odstavce 63. až 65. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Navrhovatel tak splnil zákonnou podmínku pro řádné uplatnění návrhu na zahájení správního řízení ve smyslu ustanovení § 110 odst. 7 zákona. Vzhledem k tomu, že navrhovatel podal řádný návrh, jsou údajné motivy a důvody podání návrhu navrhovatele, jež předpokládá v rozkladu zadavatel, právně irelevantní.
75. Zadavatel dále napadá nesprávnost úvahy Úřadu o tom, že zadavatel je povinen stanovit lhůtu pro podání nabídek až po ukončení jednání. Dle zadavatele tento závěr je v příkrém rozporu s dikcí ustanovení § 34 odst. 2 písm. g) zákona, dle kterého písemná výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění musí obsahovat alespoň lhůtu či místo pro podání nabídek, pokud nemají být tyto údaje dohodnuty až v rámci jednání; z dikce citovaného ustanovení dle zadavatele vyplývá pouze možnost *„volby (...), zda nabídky budou podány před jednáním či po jednání“*.
76. K námitce zadavatele uvádím, že je nedůvodná, neboť Úřad se zadavatelem uváděné interpretace zákona nedopustil. Úřad skutečně v napadeném rozhodnutí interpretoval ustanovení § 34 odst. 2 písm. g) zákona a dále ustanovení § 34 odst. 2 písm. f) zákona, dle kterého písemná výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění musí obsahovat alespoň termín posledního možného jednání, a to zejména s přihlédnutím ke lhůtě pro podání nabídek. Úřad se při interpretaci těchto ustanovení zákona řídil jinými úvahami, než které v rozkladu uvádí zadavatel. Úřad v souladu s dikcí ustanovení § 34 odst. 2 písm. f) a g) zákona uzavřel, že *„v návaznosti na ust. § 34 odst. 2 písm. f) a g) zákona je zřejmé, že v JŘBU mohou být nabídky (finální nabídky) předloženy až jako výsledek jednání“* (odstavec 44. napadeného rozhodnutí). Naopak právní názor zadavatele, že *„termín posledního jednání může být stanoven přiměřeně i do podání nabídek“*, nemá oporu v dikci zákona. Jak správně uvedl Úřad, principem jednacího řízení bez uveřejnění je projednání podmínek a návrhů se všemi zájemci, nikoliv projednání již podaných nabídek (ustanovení

§ 68 zákona), tak jako je tomu v jednacím řízení s uveřejněním dle ustanovení § 30 a § 31 zákona.

77. Zadavatel namítá, že zadávací řízení má soukromoprávní charakter, a proto není vyloučeno, aby upravil zadávací podmínky v souladu se zásadou „*vše je povoleno, co není zákonem zakázáno*“. Dle zadavatele není zřejmé, z čeho vyplývá, že by nemohl stanovit v zadávacích podmínkách fáze jednacího řízení bez uveřejnění a následně vést jednání jen s tím zájemcem, který podal nejvýhodnější „pracovní nabídku“.
78. K této námitce opakovaně uvádím, že zákon upravuje zadávací řízení jako formalizovaný kontraktační proces, vedoucí k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Normy uvedené v zákoně jsou převážně kogentní (imperativní, donucující). Zadavatel není oprávněn se od donucujících norem zákona v zadávacím řízení jakkoliv odchýlit. Zákon tak neumožňuje zadavateli zadat veřejnou zakázku jiným způsobem, než v některém z taxativně uvedených druhů zadávacích řízení (ustanovení § 21 odst. 1 zákona), a jiným postupem, než výslovně v zákoně uvedeným. Pokud zadavatel postupuje v rozporu s kogentními ustanoveními zákona, pak porušuje zákon, a za to jej stíhá nebezpečí sankce v podobě nápravného opatření, pokuty, případně zákazu plnění smlouvy.
79. Jestliže právní vztahy upravené zákonem jsou soukromoprávního charakteru (jak již dlouhodobě a konstantně judikují správní soudy), znamená to, že účastníci těchto právních vztahů (zadavatel, uchazeči, zájemci, dodavatelé) mají rovné postavení. Kogentnost právní úpravy spočívá v tom, že se od ní účastníci právních vztahů nemohou odchýlit, a to ani na základě vzájemné dohody. Soukromoprávní povaha zadávacího řízení jako kontraktačního procesu a donucující charakter kogentních právních norem jsou tak dvě rozdílné, právní kategorie.
80. K námitce zadavatele, že pro soukromoprávní povahu právních vztahů v zadávacím řízení není vyloučeno, aby si zadavatel upravil podmínky dle zásady „*vše je povoleno, co není zákonem zakázáno*“, uvádím, že je rovněž nedůvodná.
81. Dle článku 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod platí, že každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá. Zadavatel však v konkrétním případě porušil zákonem uloženou zásadu transparentnosti dle ustanovení § 6 zákona a postup dle ustanovení § 34 odst. 2 písm. e) zákona, jež jsou upraveny kogentními ustanoveními, od nichž se zadavatel nemůže odchýlit. Zadavatel je povinen upravit zadávací podmínky, resp. písemnou výzvu k jednání, tak, aby byly v souladu se zákonem, jinak porušuje zákon, a za to jej stíhá nebezpečí uložení sankce (v podobě nápravného opatření, pokuty, případně zákazu plnění smlouvy) jako v daném případě.

## **VI. Závěr**

82. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
83. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle ustanovení § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ustanovením § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
Předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží**

1. Česká republika – Ministerstvo financí, Letenská 15, 118 10 Praha 1,
2. Česká pošta s.p., Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1,
3. První certifikační autorita, a.s. Podvinný mlýn 2178/6, 190 00 Praha 9,

### **Vypraveno dne**

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy