

Č. j.: 3R 64/05 – Hr

V Brně dne 8.9.2005

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 22.8.2005 **Mgr. Miroslavem Dubovským – sdružením advokátů Lovells** – Mgr. Miroslava Dubovského a Tomáše Bettelheima, na základě smlouvy o sdružení ze dne 6.9.2001 podle § 14 zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů, se sídlem Slovanský dům, Na Příkopě 22, 110 00 Praha 1, IČ: 66239303, na základě předložené plné moci ze dne 31.5.2005 právně zastoupen JUDr. Janem Myškou, Ph.D., advokátem v plné moci AK Allen & Overy, se sídlem V Celnici 4, 110 00 Praha 1, IČ: 63834782 a JUDr. Alenou Bányaiovou, CSc., advokátkou v plné moci Salans v.o.s., se sídlem Platněřská 4, 110 00 Praha 1, IČ: 26741202, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29.7.2005 č. j. S 533-R/05-196/140/OŠ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **ČEZ, a.s., se sídlem Duhová 1444/2, 140 53 Praha 4**, IČ: 45274649, zast. generálním ředitelem Dr. Martinem Romanem a Ing. Danielem Benešem, učiněných při zadání veřejné zakázky na „**Poskytování právních služeb**“ v jednacím řízení s uveřejněním podle ustanovení § 26 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb. a zákona č. 437/2004 Sb., jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 30.12.2004 pod ev. č. 50002699, jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S 533-R/05-196/140/OŠ ze dne 29.7.2005

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

Odůvodnění

Mgr. Miroslav Dubovský – sdružení advokátů Lovells – Mgr. Miroslava Dubovského a Tomáše Bettelheima, na základě smlouvy o sdružení ze dne 6.9.2001 podle § 14 zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů, se sídlem Slovanský dům, Na Příkopě 22, 110 00 Praha 1, IČ: 66239303, na základě předložené plné moci ze dne 31.5.2005 právně zastoupen JUDr. Janem Myškou, Ph.D., advokátem v plné moci AK Allen & Overy, se sídlem V Celnici 4, 110 00 Praha 1, IČ: 63834782 a JUDr. Alenou Bányaiovou, CSc., advokátkou v plné moci Salans v.o.s., se sídlem Platněřská 4, 110 00 Praha 1, IČ: 26741202 (dále jen „navrhovatel“), ve svém rozkladu ze dne 22.8.2005 jako základní námitku rozkladu označuje nedodržení principu transparentnosti a nediskriminace, který dle názoru navrhovatele spočíval v tom, že pouze některým uchazečům, nikoliv všem, bylo společností ČEZ, a.s., se sídlem Duhová 1444/2, 140 53 Praha 4, IČ: 45274649, zast. generálním ředitelem Dr. Martinem Romanem a Ing. Danielem Benešem (dále jen „zadavatel“), umožněno změnit předloženou nabídku, respektive předložit nabídku novou. U některých uchazečů pak byla hodnocena nová nabídka a u některých nabídka původní. S oběma skupinami uchazečů tedy nebylo zacházeno stejně. Navrhovatel si je vědom, že zákon umožňuje v jednacím řízení s uveřejněním jednat s uchazeči o jejich nabídkách a neupravuje blíže, jak mají tato jednání probíhat, přesto i v tomto případě musí být zachována zásada transparentnosti a nediskriminace, přičemž navrhovatel v této souvislosti odkazuje na stanovisko Evropské komise ze dne 29.10.2002 k dotazu pana Bolkensteina. Pokud zadavatel chtěl nabídky pouze jako podklad pro jednání, které je možno měnit, měl tento záměr dát najevo již v zadávací dokumentaci. Informace v oznámení zadání však svědčily o tom, že nabídka po jejím předložení měněna být nemůže. O tom, že by měla být dána uchazečům možnost předložit zadavateli novou nabídku, nebyla v informacích dostupných všem uchazečům žádná zmínka, ani tato možnost nebyla naznačena. Přesto zadavatel u některých uchazečů tuto změnu připustil a takto změněné nabídkové ceny hodnotil. K tvrzení, že ke změně nabídek došlo na základě otázek, které zadavatel položil všem uchazečům v rámci jednání, navrhovatel odmítá, když i s odkazem na vyjádření zadavatele uvádí, že položené otázky měly zadavatele pouze ujistit o skutečnostech, které byly dostatečně vyjasněny dodatečnými informacemi, poskytnutými všem uchazečům ještě před podáním nabídek. Všichni uchazeči tedy již předem znali předpoklady kalkulace, a proto předmětná otázka, zda uchazeči při kalkulaci nabídkové ceny vycházeli z toho, že převážná většina služeb bude poskytována v české jurisdikci a v ČR, nemohla být transparentním a jasně komunikovaným podnětem k předložení nové nabídkové ceny s poukazem na jiné předpoklady kalkulace, než ze kterých uchazeči vycházeli při původní nabídce. S odkazem na vyjádření některých dalších uchazečů o veřejnou zakázku navrhovatel uvádí, že tito snížili původní nabídkovou cenu jen a pouze z důvodu dosažení lepší konkurenceschopnosti jejich nabídek, a přesto byla jejich změněná nabídka připuštěna a hodnocena, což navrhovatel považuje za důkaz o tom, že v rámci zadávacího řízení jednal zadavatel s určitou skupinou uchazečů jinak než s jinou skupinou, a tedy postupoval diskriminačně. Navrhovatel pak rovněž poukazuje na to, že Úřad se v napadeném rozhodnutí nezabývá důvody, které jej vedly k podezření z porušení zákona a vydání předběžného opatření, tedy ke skutečnosti, že veřejná zakázka byla přidělena uchazečům, kteří se umístili na prvních šesti místech. V závěru svého rozkladu navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky se zrušuje.

Ze správního spisu vplynuly následující skutkové okolnosti případu. Zadavatel dne 30.12.2004 uveřejnil na centrální adrese pod ev. č. 50002699 oznámení o zadávání veřejné

zakázky „Poskytování právních služeb“ v jednacím řízení s uveřejněním dle ustanovení § 26 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb. a zákona č. 437/2004 Sb. (dále jen „zákon“). Dne 25.4.2005 vydal zadavatel rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky uchazečům, kteří se umístili při hodnocení nabídek na prvních šesti místech, a to v níže uvedeném pořadí:

1. Weil, Gotshal & Manges v. o. s., se sídlem Křížovnické nám. 1/193, 110 00 Praha 1,
2. Mgr. Radek Pokorný, advokát se sídlem AK Pokorný, Wagner & spol. Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha 1,
3. AK White & Case, se sídlem Na Příkopě 8, 110 00 Praha 1,
4. Brzobohatý Brož & Honsa, v. o. s., se sídlem Klimentská 10/1207, 110 00 Praha 1,
5. Linklaters, v. o. s., se sídlem Na Příkopě 19, 110 00 Praha 1,
6. AK Kříž a Bělina, se sídlem Dlouhá 13, 110 00 Praha 1.

Proti rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky podal navrhovatel námitky a následně dne 1.6.2005 návrh k Úřadu. Tímto dnem bylo zahájeno správní řízení, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele, navrhovatele, AK Weil, Gotshal & Manges v. o. s., advokáta Mgr. Radka Pokorného, AK White & Case, AK Brzobohatý Brož & Honsa, v. o. s., AK Linklaters, v. o. s., a AK Kříž a Bělina. Dne 1.7.2005 uložil Úřad zadavateli rozhodnutím č. j. S 533-PO/05-196/140/OŠ jako předběžné opatření pozastavit zadávací řízení, včetně zákazu uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku. Proti tomuto rozhodnutí podal dne 21.7.2005 rozklad Mgr. Radek Pokorný, dne 25.7.2005 zadavatel a AK Linklaters, v. o. s., a dne 27.7.2005 AK Weil, Gotshal & Manges v. o. s.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 29.7.2005 rozhodnutí č. j. S 533-R/05-196/140/OŠ, kterým správní řízení zastavil, neboť v postupu zadavatele nebylo shledáno porušení zákona. V odůvodnění svého rozhodnutí pak Úřad mimo jiné uvádí k jednání zadavatele s uchazeči, že všichni uchazeči byli o jednání dopředu písemně vyrozuměni, o obsahu jednání se dozvěděli až na počátku jednání a každý uchazeč dostal od zadavatele shodný soupis otázek, které se týkaly nabídek. Všem uchazečům bylo v rámci jednání umožněno stejným způsobem se vyjádřit k nabídkové ceně, a tedy tuto nabídku potvrdit, a nebo předložit nabídku s upravenou nabídkovou cenou. Z každého jednání byl vyhotoven protokol, který byl podepsán zástupci uchazeče. Samotný jednacím proces zákon neupravuje, přesto jeho podstatou je sjednání co nejvýhodnějších podmínek pro zadavatele, a proto je zcela opodstatněné jednání o předložených nabídkách, a to včetně nabídkové ceny. Vlastním předmětem hodnocení jsou pak konečné nabídky vzešlé z vyjednávacího procesu. Úřad tedy nezjistil skutečnosti, které by nasvědčovaly tomu, že zadavatel nedodržel zásadu transparentního a nediskriminačního postupu při jednání s uchazeči a zákonem stanovené postupy při hodnocení nabídek hodnotící komisí.

Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S 533-R/05-196/140/OŠ ze dne 29.7.2005 správní řízení zastavil, když nezjistil porušení zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

K námitkám rozkladu uvádím následující:

Navrhovatel stejně jako ve svém návrhu namítá netransparentnost a diskriminační charakter postupu zadavatele, který spatřuje především ve skutečnosti, že někteří uchazeči o veřejnou zakázku po provedeném jednání se zadavatelem změnili své nabídkové ceny, přičemž zadavatel následně tyto nabídkové ceny hodnotil. V této souvislosti vyslovuje navrhovatel domněnku, že některým skupinám uchazečů poskytl zadavatel více informací a tím je zvýhodnil. Navrhovatel rovněž tvrdí, že dle zadání veřejné zakázky měly být nabídky koncipovány jako závazné, které již nelze měnit.

K tomu uvádím, že zadání veřejné zakázky formou jednacího řízení s uveřejněním dle ustanovení § 26 zákona již z povahy svého názvu předpokládá jednání mezi zadavatelem a uchazečem, a z logiky věci tedy jednoznačně vyplývá, že nabídka podávaná uchazečem v tomto řízení nemůže mít povahu rigidní a neměnnou, neboť pak by veškerá jednání nad touto nabídkou postrádala jakýkoliv smysl. Tuto skutečnost ostatně potvrzuje i navrhovatel ve svém rozkladu, když konstatuje, že „si je vědom a vždy si byl vědom toho, že jednací řízení s uveřejněním umožňuje zadavatelům veřejných zakázek jednat s uchazeči o jejich nabídkách“ a úmysl jednat s uchazeči po předložení jejich nabídek deklaroval i zadavatel již předem v rámci odpovědí na doplňující dotazy, přičemž tuto informaci měli všichni uchazeči k dispozici. Pokud tedy nyní navrhovatel dovozuje, že zákon ve svém ustanovení § 26 konstruoval možnost jednání o podané nabídce, aniž by však připouštěl jakýkoliv pozitivní výsledek tohoto jednání (tedy „vyjednanou“ změnu nabídky), pak jednak pro takový výklad nepředkládá žádné hodnověrné důvody, ale především se tímto striktním výkladem, dovedeným ad absurdum, dopouští logického nonsensu, neboť pokud zákon dovoluje adresátům práva jednat, pak jim samozřejmě dovoluje skrze toto jednání dojít k výsledku. V tomto směru tedy zákon nezakazuje zadavateli a uchazeči přistoupit k dílčím změnám podaných nabídek, přičemž není žádný důvod domnívat se, že tyto případné změny se nemohou dotýkat rovněž nabídkové ceny. Není tedy důvod domnívat se, že by v průběhu či na základě tohoto jednání nemohlo dojít ke snížení nabídkové ceny. V této souvislosti pak jsou zcela bezpředmětné přímé důvody, na základě kterých k této změně dochází, a tedy je nerozhodné, zda v šetřeném případě některé uchazeče přiměla k příslušné změně nabídkové ceny skutečnost, že na základě zadavatelem položených otázek „vypustili“ z kalkulace nabídkové ceny náklady na zastupování zadavatele v zahraničí, a nebo zda-li je k tomu vedl pouhý zájem na zachování konkurenceschopnosti jejich nabídky.

V této souvislosti navrhovatel rovněž dovozuje, opět aniž by podával jakékoliv hodnověrné důkazy, že jistá „zvýhodněná“ skupina uchazečů o veřejnou zakázku v rámci těchto jednání musela od zadavatele obdržet informace, na základě kterých si vyložila zadavatelem položené otázky tak, že má přistoupit ke snížení nabídkové ceny, zatímco jiní uchazeči tuto informaci neobdrželi, a tedy neměli šanci položené otázky v tomto směru „správně“ pochopit a nabídkovou cenu snížit. Postup zadavatele tedy navrhovatel považuje za netransparentní.

K tomu uvádím, že jednací řízení s uveřejněním je zadávací postup, u kterého jsou oproti otevřenému či užšímu řízení omezeny formální náležitosti a procedury právě za účelem jeho zjednodušení, a tedy zvýšení pružnosti zadání veřejné zakázky touto formou. Proto i standart opatření, která mají garantovat transparentnost postupu zadavatele, je zde nižší než u předešlých dvou způsobů zadání, což ale neznamená, že by zde byl tento princip popřen. Zadavatel postupoval transparentně a nediskriminačně, když shodně všechny uchazeče vyzval k jednání, poskytl jim stejné informace, na osobním jednání položil stejné otázky, o čemž byl vždy sepsán a řádně podepsán protokol. Zvýhodnění některých uchazečů poskytováním informací nelze a priori spatřovat v tom, že „vycítili“ za dotazem zadavatele jeho zájem na co

nejnižší nabídkové ceně (který je ostatně logický a očekávatelný), a za účelem zachování vlastní konkurenceschopnosti přistoupili k jejímu snížení, neboť takový postup je legitimním konkurenčním bojem, který zákon připouští a předpokládá. Navrhovatel v této souvislosti předkládá v rámci rozkladu pouze své domněnky o předávání informací jenom určité skupině uchazečů, které však nebyly žádným způsobem potvrzeny, a nevyplývají ani ze spisové dokumentace. Zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když u těch uchazečů, kteří změnili svou nabídkovou cenu, tuto změnu akceptoval a hodnotil, a proto v této souvislosti není dán důvod pro změnu napadeného rozhodnutí.

K důvodům vydání předběžného opatření vedeného pod č.j. S 533-PO/05-196/146/OŠ ze dne 1.7.2005 pak pouze uvádím, že Úřad je vydal po předběžném právním posouzení věci a jak vyplývá z ustanovení § 43 správního řádu, jedná se pouze o prozatímní dočasný prostředek k zajištění účelu správního řízení, který ztrácí svoji účinnost dnem, kdy nabude právní moci rozhodnutí ve věci samé. K důvodům uložení předběžného opatření lze uvést, že podle ustanovení § 65 odst. 1 zákona je zadavatel povinen v otevřeném řízení nebo užším řízení přidělit veřejnou zakázku uchazeči, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější nabídka. Podle ustanovení § 65 odst. 3 zákona se pro přidělení veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním použije znění odst. 1 přiměřeně. Jak vyplývá z Legislativních pravidel vlády v platném znění, konkrétně z čl. 41 odst. 1 a 2 těchto pravidel, použití pojmu „přiměřeně“ vyjadřuje volnější vztah mezi odkazovaným ustanovením § 65 odst. 1 zákona a vymezenými právními vztahy. Je tedy zřejmé, že zákon při tomto způsobu zadání veřejné zakázky vysloveně neukládá zadavateli, že musí být vybrána pouze jedna nabídka. Úřad proto v průběhu správního řízení a po posouzení všech aspektů případu od svého předběžného právního názoru, který ho vedl k preventivnímu vydání předběžného opatření, upustil a následně správní řízení z výše označených důvodů zastavil. Pro úplnost uvádím, že vydané předběžné opatření ztratí svoji účinnost dnem, kdy toto rozhodnutí (rozhodnutí ve věci samé) nabude právní moci.

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 jeho 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.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. ČEZ, a.s., se sídlem Duhová 1444/2, 140 53 Praha 4, zast. Dr. Martinem Romanem a Ing. Danielem Benešem,
2. AK Allen & Overy, se sídlem V Celnici 4, 110 00 Praha 1,
3. Weil, Gotshal & Manges v.o.s., se sídlem Křížovnické nám. 1/193, 110 00 Praha 1,
4. AK Pokorný, Wagner & spol., se sídlem Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha 1,
5. AK White & Case, se sídlem Na Příkopě 8, 110 00 Praha 1,
6. Brzobohatý Brož & Honsa, v.o.s., se sídlem Klimentská 10/1207, 110 00 Praha 1,
7. Linklaters, v.o.s., se sídlem Na Příkopě 19, 110 00 Praha 1,
8. AK Kříž a Bělina, se sídlem Dlouhá 13, 110 00 Praha 1,
9. spis.