



ČESKÁ REPUBLIKA

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno	
Došlo: 21-05-2007 09850/2007/300	
Číslo: 20770/07	Vyřizuje: JUDr. Umliden
Přílohy: /	Mgr. Špačeková

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Tesáka, Ph.D. a soudců JUDr. Davida Rause, Ph.D. a JUDr. Ing. Viery Horčicové v právní věci žalobce **Mgr. Miroslava Dubovského**, jednajícího jménem a ve prospěch Lovells, sdružení advokátů, Slovanský dům, Na Příkopě 22, Praha 1, zastoupeného JUDr. Alenou Bányaiovou, CSc., advokátkou se sídlem Platněřská 4, Praha 1, proti žalovanému **předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, Joštova 8, Brno, za účasti **ČEZ, a.s.**, Duhová 144/2, Praha 4, **Weil, Gotshal & Manges, v.o.s.**, Křížovnické nám. 1/193, Praha 1, **Mgr. Radka Pokorného**, Karolíny Světlé 301/8, Praha 1, **White & Case**, Na Příkopě 8, Praha 1, **Linklaters, v.o.s.**, Na Příkopě 19, Praha 1, **Prof. JUDr. Jana Kříže, CSc.**, Dlouhá 13, Praha 1, a **Prof. JUDr. Miroslava Běliny**, Dlouhá 13, Praha 1, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného č.j. 3R 64/05-Hr, ze dne 8.9.2005,

t a k t o :

- I. Žaloba se z a m í t á.
- II. Žalovanému se náhrada nákladů řízení n e p ř i z n á v á.
- III. Osoby zúčastněné na řízení n e m a j í p r á v o na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce napadá rozhodnutí žalovaného č.j. č.j. 3R 64/05-Hr ze dne 8.9.2005, kterým byl zamítnut jeho rozklad podaný proti předchozímu rozhodnutí vydanému v I. stupni správního řízení č.j. S 533-R/05-196/140/OŠ a toto rozhodnutí potvrzeno.

I. Causae meritum

Žalovaný společně se správním orgánem I. stupně rozhodl tak, že řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – ČEZ, a.s. – učiněných při zadání veřejné zakázky na „Poskytování právních služeb“ se zastavuje, neboť nebylo shledáno porušení zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“).

Žalobce namítá nedodržení principu transparentnosti a nediskriminace, neboť dle jeho tvrzení nebylo jednáno se všemi uchazeči v průběhu jednacího řízení s uveřejněním stejně. Dle žalobce jednací řízení s uveřejněním umožňuje zadavatelům veřejných zakázek jednat v jeho průběhu s uchazeči o jimi předložených nabídkách, nicméně i při této formě zadávacího řízení musí být dodržena zásada transparentnosti a zásada, že žádný z uchazečů nesmí být oproti ostatním diskriminován. Zadavatel od počátku nekoncepoval zadávací řízení jako proces, v němž je možno o předložené nabídce jednat. Naopak veškeré pokyny a informace o tom, jak má vypadat nabídka a jaká je její právní povaha, které byly dány uchazečům v zadávací dokumentaci a v oznámení o veřejné zakázce uveřejněném na centrální adrese, svědčily o tom, že nabídky po jejím předložení měněna být nemůže. Všem uchazečům tedy byla dána zcela jasná a zřetelná informace o nabídce a její povaze. Žalobce tu argumentuje v tom směru, že s přihlédnutím k § 17 písm. b) ZVZ mělo jít o návrh smlouvy, tedy právní úkon ve smyslu § 43a občanského zákoníku, jehož obsah ten, kdo jej činí, nemůže před uplynutím stanovené doby, po kterou je vázán nabídkou, měnit. O tom, že by se tato povaha nabídky v průběhu zadávacího řízení mohla či měla měnit, nebo že by uchazečům měla být dána možnost předložit zadavateli novou nabídku, nebyla v informacích dostupných všem uchazečům žádná zmínka, ani tato možnost nebyla zadavatelem nijak naznačena. Zadavatel tvrdí, že se všemi uchazeči jednal stejně a toto tvrzení opírá o skutečnost, že všechny vyzval k jednání a přitom to jednání jim položil stejné otázky, zejména stejnou otázku ohledně předpokladu, z nichž vycházeli při kalkulaci ceny. Ani uvedená jednání a otázka položená ohledně kalkulace ceny však dle žalobce nic nezměnila na charakteru podané nabídky a na tom, že by tato nabídka ztratila svoji závaznost. Naopak zadavatel sám několikrát prohlásil, že výzva k jednání nebyla výzvou k jednání o ceně a že směřovala jen k tomu, aby si ozřejmil, zda uchazeči vzali při kalkulaci v potaz určité skutečnosti, které však jim byly dostatečně vysvětleny a známy, a sice již před datem podání nabídky. Uchazeči tedy neměli mít v průběhu zadávacího řízení prostor pro změnu jimi podané závazné nabídky a jednání se zadavatelem sloužilo jen jako osvětlení již známých skutečností. Přesto zadavatel připustil, aby někteří uchazeči svoji celkovou nabídkovou cenu obsaženou v podané závazné nabídce podstatně změnili a hodnotil nabídky těchto uchazečů ve znění změněné celkové nabídkové ceny. Tím zadavatel dle žalobce diskriminoval jednotlivé uchazeče a zadávací řízení bylo netransparentním.

Pokud žalovaný v napadeném rozhodnutí uvádí, že jednací řízení s uveřejněním již svojí povahou předpokládá jednání mezi zadavatelem a uchazeči a že toto jednání musí vést k nějakému výsledku, to je konstatování správné, nicméně žalovaný dle žalobce pomíjí skutečnost, že v každém konkrétním případě je třeba posuzovat, zda zadávací řízení a jednání je vedeno nediskriminačně a transparentně. Namísto toho,

aby se žalovaný zabýval tím, jak zadávací proces v posuzovaném případě probíhal, tvrdí, že standart opatření, která mají garantovat transparentnost postupu zadavatele, je u jednacím řízení nižší, než u jiných forem zadávacím řízení. To je dle žalobce závěr nesprávný. Standart transparentnosti je stejný jako v jakémkoliv jiném zadávacím řízení. Rozdíl je dle žalobce toliko v tom, že v jednacím řízení jsou zákonem upravené postupy snadněji zneužitelné, a k tomu právě došlo dle žalobce v případě posuzované veřejné zakázky. Žalobce poukazuje na skutečnost, že žalovaný v napadeném rozhodnutí uvádí, že zadavatel postupoval nediskriminačně, když všem uchazečům položil stejné otázky a že pokud někteří uchazeči „vycítili“ zájem zadavatele na jednání, tak jednali a za účelem zachování konkurenceschopnosti cenu snížili. Tím tedy žalovaný dle žalobce říká, že pokud jiní tuto schopnost „vycítili“ možnost jednání neměli, je to jejich problémem. Již z toho je dle žalobce patrné, že ona otázka ohledně kalkulace nabídkové ceny, která byla položena všem uchazečům, a která je ústředním argumentem pro obhajobu postupu zadavatele, je sama o sobě zavádějící a tudíž zneužitelná jako nástroj diskriminace, na což žalobce několikrát upozorňoval.

Dle žalobce nelze rovněž přehlédnout skutečnost, že pokud žalovaný uvádí, že z otázky ohledně kalkulace ceny mohli uchazeči „vycítili“ možnost snížit cenu, považuje vlastně tuto otázku za podnět k jednání o ceně. Vysvětluje tedy motivaci a důvody k položení této otázky jinak než sám zadavatel. Ten tvrdí, že žádné jednání o ceně na mysli neměl a na konkrétní dotaz to dokonce sdělil uchazeči „Allen & Overy“ ještě před jednáním. Je tedy otázkou proč a z čeho žalovaný vychází, když motivaci k položení zmíněné otázky charakterizuje jinak, než zadavatel sám.

Žalobce rovněž upozorňuje na to, že žalovaný byl členem dozorčí rady zadavatele od 17.6.2003 a jeho členství v tomto orgánu trvalo i po vydání rozhodnutí o rozkladu. Tato skutečnost dle žalobce nasvědčuje vyloučením žalovaného z projednávání a rozhodnutí věci pro podjatost.

Kromě toho žalobce poukazuje na skutečnost, že v průběhu správního řízení bylo vydáno předběžné opatření, neboť správní orgán měl důvodně za to, že byl porušen ZVZ. Toto rozhodnutí bylo vydáno na základě určitého stavu spisu, přitom při stejném stavu dospěl správní orgán I. stupně o několik týdnů později k závěru, že k žádnému porušení nedošlo. Není zřejmé, co správní orgán I. stupně vedlo ke změně názoru, když ani spis ani samotné odůvodnění rozhodnutí neposkytuje v tomto směru žádné vodítko. Žalovaný rovněž v napadeném rozhodnutí k této otázce nepodal žádné vysvětlení.

Ze shora uvedených důvodů tedy žalobce navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno, stejně jako jemu předcházející rozhodnutí vydané v I. stupni správního řízení.

Žalovaný ve svém vyjádření důvodnost žaloby popírá.

K možnosti jednat o nabídce v rámci jednacího řízení s uveřejněním a na základě toho i k jednání o její změně žalovaný odkazuje na stranu 4 napadené rozhodnutí a setrvává na svém právním názoru, že pokud ZVZ umožňuje stranám v rámci jednacího řízení s uveřejněním jednat o obsahu nabídky (a tedy o obsahu budoucí smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky), pak těmto stranám umožňuje i skrze jednání dojít k nějakému výsledku, tedy ke změně původního znění nabídky, přičemž není důvodu se domnívat, že by se tato změna nemohla týkat i výše nabídkové ceny. Odkaz na ustanovení občanského zákoníku o nemožnosti odvolat či měnit návrh smlouvy tak v tomto kontextu postrádá smysl, neboť dle žalovaného ke změně nabídkových cen došlo zákonem předpokládaným a dovoleným způsobem. Žalovaný tedy setrvává na svém závěru, že jednací řízení proběhlo transparentním způsobem, když všem uchazečům byla položena stejná otázka v rámci jednání a není důvod se domnívat, že by některým uchazečům byly poskytovány jakékoliv další informace, kterými by byli tito uchazeči zvýhodněni. Žalovaný uvádí, že v napadeném rozhodnutí nespokuluje o schopnosti či neschopnosti uchazečů „vycítit“ zájem zadavatele na co nejnižší nabídkové ceně, stejně jako nespokuluje o motivacích uchazečů ke změně nabídky, neboť takové skutečnosti nemohou být předmětem přezkumu ze strany orgánu dohledu, žalovaný dle jeho názoru v napadeném rozhodnutí toliko uvádí, že pokud někteří uchazeči na základě provedeného jednání přistoupili ke změně svých nabídek, učinili tak legálně na základě zákonem předvídaného a dovoleného jednání a úvahy o zvýhodnění některých uchazečů jsou v této souvislosti zcela nepodložené.

Pokud jde o otázku podjatosti žalovaného, tu žalovaný poukazuje na skutečnost, že podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), je jedinou osobou, která je oprávněna rozhodnout o rozkladu podaném proti rozhodnutí správního orgánu I. stupně a této své pravomoci se nemůže žádným způsobem vzdát či jiným způsobem zprostit. V této souvislosti žalovaný poukazuje na skutečnost, že svým rozhodnutím „toliko“ v plné míře potvrdil výrok rozhodnutí vydaného v I. stupni správního řízení, které bylo vydáno ještě v době před jeho jmenováním do funkce předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Žalovaný tedy navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout.

V průběhu řízení se ve věci vyjádřily osoby zúčastněné na řízení, a sice WEIL, GOTSHAL & MANGES v.o.s. a Mgr. Radek Pokorný. Jejich stanoviska ve vyjádření zachycená věcně podporují závěry žalovaného; obě tyto osoby zúčastněné na řízení mají za to, že žaloba není důvodná a že by měla být zamítnuta.

II. Acta

Z obsahu správního spisu a z předložené dokumentace vyplývají následující pro posouzení této právní věci rozhodné skutečnosti:

Ze zadávací dokumentace vyplývá mimo jiné, že místem plnění je zejména Česká republika a dále právní služby budou zadavateli poskytovány i mimo území

České republiky a zastupování zadavatele bude probíhat i před orgány jiného státu než České republiky (bod II.2.). Kritériem pro zadání veřejné zakázky byla označena ekonomická výhodnost nabídky, dílčími kritérii pro posouzení ekonomické výhodnosti byly celková nabídková cena (váha 50%) a způsob zajištění plnění veřejné zakázky (váha 50%) - to vše vyplývá z bodu III. zadávací dokumentace. Ze článku IV. zadávací dokumentace pak vyplývá způsob zpracování nabídkové ceny. Z úvodu zadávací dokumentace pak nepochybně vyplývá, že jde o dokumentaci k jednacímú řízení s uveřejněním.

Zadavatel vyzval celkem 14 zájemců k podání nabídky, současně jim zaslal zadávací dokumentaci a oznámil lhůtu, ve které mohou nabídky podat. Lhůta měla uplynout dne 4.3.2005; před jejím uplynutím dne 24.2.2005 zaslal zadavatel všem osloveným zájemcům sumarizaci obdržených dotazů zodpovězených dle § 52 ZVZ. Jednotlivá jednání se zájemci probíhala dne 8.4.2005, 20.4.2005 a 21.4.2005. Dne 25.4.2005 byl vyhotoven protokol o hodnocení nabídek; v něm je mimo jiné uvedeno, že zadavatel požadoval v rámci jednání doplňující informace týkající se kalkulace nabídkové ceny. Šest uchazečů předložilo zadavateli aktualizovanou nabídkovou cenu, jež byla nižší cenou než v jimi podané původní nabídce, hodnocení nabídkových cen pak probíhalo se zohledněním těchto aktualizací. Zakázka byla přidělena těm uchazečům, kteří se umístili při hodnocení nabídek na prvních šesti místech – tedy advokátním kancelářím Weil, Gotshal & Manges, v.o.s., Mgr. Radek Pokorný, White & Case, Brzobohatý, Brož & Honsa, v.o.s., Linklaters, v.o.s. a AK Kříž a Bělina. Ze sumarizace dodatečných informací poskytnutých zadavatelem podle § 52 ZVZ mimo jiné vyplývá, že zadavatel předpokládá jednání s uchazeči po podání nabídek. Z protokolů z jednání v rámci jednacímú řízení pak mimo jiné vyplývá, že zadavatel všem uchazečům položil dotaz, zda uchazeč při kalkulaci nabídkové ceny vzal v potaz, že místem plnění bude z převážné většiny (99%) Česká republika a že právní služby budou poskytovány z převážné většiny (99%) dle České jurisdikce. Na tento dotaz reagovali uchazeči tak, že ihned do protokolu nabídli upravenou nabídkovou cenu (Prof. Bělina, Mgr. Pokorný, Mgr. Petřík – „BB & H“, Mgr. Matějček, JUDr. Muzikář), případně uvedli, že potvrzují svoji nabídkovou cenu podle předložené nabídky, neboť s touto skutečností již počítali (Mgr. Vrána, JUDr. Šafář, Mgr. Dubovský, JUDr. Myška, JUDr. Bányaiová, Mgr. Němec, JUDr. Fiala, Mgr. Weinhold), případně bylo dohodnuto, že uchazeč zašle v týž den elektronicky aktualizaci nabídkové ceny (JUDr. Kotík). Z protokolu o hodnocení nabídek pak mimo jiné vyplývá, že v rámci jednotlivých jednání někteří uchazeči předložili zadavateli aktualizovanou nabídkovou cenu; z protokolu vyplývá přehled jednotlivých uchazečů a jejich nabídkových cen obsažených v původních nabídkách a nabídkových cen podle aktualizovaných nabídek podaných v rámci jednání s jednotlivými uchazeči, popř. doplněných (zadavateli doručených) bezprostředně po těchto jednáních.

Pokud jde o námitku netransparentnosti a diskriminace v průběhu zadávacímú řízení, správní orgán I. stupně se k ní vyjádřil v tom směru, že všichni uchazeči byli dopředu písemně vyrozuměni o jednání, o obsahu jednání se všichni uchazeči

dozvěděli až na počátku jednání, kdy obdrželi od zadavatele soupis otázek, které zadavatel pokládal shodně všem uchazečům, a které se týkaly nabídek. Zadavatel měl dle správního orgánu I. stupně na zřeteli zásadu stejného zacházení se všemi uchazeči a tudíž všem uchazečům bylo v rámci jednání umožněno stejným způsobem se vyjádřit k nabídkové ceně, a tedy buď potvrdit svoji nabídku nebo předložit nabídku s upravenou nabídkovou cenou, jak šest uchazečů i učinilo. Z jednání byl dle správního orgánu I. stupně vyhotoven protokol, který byl podepsán zástupci uchazeče, a tento protokol z jednání byl k dispozici ostatním uchazečům až po ukončení všech jednání právě z důvodu, aby některý z uchazečů nebyl zvýhodněn. Správní orgán I. stupně tedy dospěl k závěru, že 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 hodnotících komisí.

K podanému rozkladu se touto otázkou zabýval rovněž žalovaný. Z napadeného rozhodnutí je podáváno, že zadání veřejné zakázky formou jednacího řízení s uveřejněním podle § 26 ZVZ již z povahy svého názvu předpokládá jednání mezi zadavatelem a uchazečem, a dle žalovaného z logiky věci vyplývá, že nabídka podávaná uchazečem v tomto řízení nemůže mít povahu rigidní, neboť pak by veškerá jednání nad touto nabídkou postrádala jakýkoliv smysl. Tuto skutečnost ostatně dle žalovaného potvrdil i žalobce ve svém rozkladu, když konstatoval, že si je vědom a vždy si vědom byl toho, že jednací řízení s uveřejněním umožňuje zadavatelům veřejných zakázek jednat s uchazeči o jejich nabídkách a úmysl jednat s uchazeči po jejich předložení deklaroval i zadavatel již předem v rámci odpovědi na doplňující dotazy, přičemž tuto informaci měli všichni uchazeči k dispozici. Pokud tedy žalobce v průběhu správního řízení dovozoval, že § 26 ZVZ konstruuje 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 ZVZ dovoluje adresátům práva jednat, pak jim samozřejmě dovoluje skrze toto jednání dojít k výsledku. V tomto směru tedy ZVZ dle žalovaného 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. Zadavatel i dle žalovaného jednal transparentně a nediskriminačně, když shodně všechny uchazeče vyzval k jednání, poskytl jim stejné informace, na jednání položil stejné otázky, o čemž sepsal a nechal řádně podepsat protokol. Zejména z těchto důvodů se tedy žalovaný ztotožnil se závěrem správního orgánu I. stupně, že zadavatel při zadávání shora popsané veřejné zakázky ZVZ neporušil.

III. Causae cognitio

Žaloba byla podána včas § 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), přitom jde o žalobu přípustnou (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.).

Soud rozhodoval o věci samé bez jednání za podmínek podávaných z § 51 odst. 1 s.ř.s.; žalovaný s takovým postupem vyslovil souhlas a žalobce se ve lhůtě k takto zamýšlenému postupu soudu nevyjádřil.

Žaloba není důvodná.

Nejprve se soud zabýval žalobcovým tvrzením týkajícím se možné podjatosti žalovaného z důvodu jeho předchozího (a zčásti se překrývajících) působení v dozorčí radě zadavatele - společnosti ČEZ, a.s.

Podle § 9 odst. 1 správního řádu na věc aplikovatelného (zákon č. 71/1967 Sb.) je pracovník správního orgánu vyloučen z projednávání a rozhodování věci, jestliže se zřetelem na jeho poměr k věci, k účastníkům řízení nebo k jejich zástupcům lze mít pochybnost o jeho nepodjatosti. Vedoucího služebního úřadu (tu vedoucího správního orgánu, který je ústředním orgánem státní správy) soud považuje za „pracovníka správního orgánu“, aniž bylo pro účely posouzení této námitky zapotřebí provádět hlubší posouzení skutečnosti, zda jde o pracovníka toho správního orgánu, který rozhodoval v I. stupni správního řízení („pracovníka Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže“), anebo o „pracovníka“, na kterého je třeba z pohledu správního řízení nahlížet jako na monokratický správní orgán, který sám rozhoduje ve II. stupni správního řízení. Přestože tedy jde v případě samotného žalovaného též o „pracovníka správního orgánu“, nelze přehlédnout, že tato osoba je jako jediná nadána pravomocí a působností rozhodovat o rozkladech proti správním rozhodnutím vydaným v I. stupni správního řízení (§ 61 odst. 2 správního řádu), že nemá žádného nadřízeného vedoucího ani žádný nadřízený správní orgán, jimž by mohla skutečnosti nasvědčující jejímu vyloučení oznamovat (§ 11 odst. 1 správního řádu), a že tedy není orgánem, jenž by o jejím vyloučení mohl rozhodovat (§ 12 odst. 1 správního řádu). Má-li tato osoba pravomoc a příslušnost výlučnou, pak nejsou kromě formálních podmínek rozhodování o jejím vyloučení splněny ani podmínky materiální; pokud by tato osoba vyloučena být mohla a vyloučena by byla (bez ohledu na to, na základě jaké procedury by se tak stalo), nebylo by orgánem, který by v příslušném správním řízení mohl rozhodnout. Pokud by taková osoba nemohla coby monokratický správní orgán v příslušném správním řízení rozhodovat, pak by v případě podání opravného prostředku (podle § 61 odst. 1 správního řádu rozkladu) o něm nemohlo být rozhodnuto a správní řízení by tak nemohlo být skončeno. Nepřípustným by bylo rovněž neumožnění podání opravného prostředku, případně rozhodování jinou osobou než žalovaným. Jakákoli forma delegace tu v úvahu nepřichází. Takový postup by zřetelně vedl k nezákonnosti, případně dokonce k samotné nicotnosti rozhodnutí vydaného jinou osobou než žalovaným, nadto by uvedený postup významně atakoval jednu ze základních zásad, jimiž je správní řízení ovládáno, a sice zásadu dvojinstančnosti správního řízení. Nadto soud nutně musí vycházet z toho, že u vedoucího-ústředního orgánu státní správy, jenž je orgánem apolitickým - odborným, je třeba *a priori* předpokládat takovou míru profesionální způsobilosti, jež jakékoli ovlivnění při jeho rozhodování v důsledku jeho předchozího profesního působení

vylučuje. Členství žalovaného v dozorčí radě zadavatele sice jistě mohlo být formálně ukončeno před vydáním napadeného rozhodnutí, ani tato skutečnost by však na věci nic nezměnila.

Ze shora uvedeného soudu nezbyvá než uzavřít, že v případě vedoucího ústředního orgánu státní správy, jenž je jako jediný oprávněn rozhodovat o opravných prostředcích podaných proti rozhodnutím vydaným v I. stupni správního řízení, je jeho vyloučení z rozhodování pro možnou podjatost z povahy věci vyloučeno.

Za této situace soud přistoupil k posouzení žalobcovy námitky porušení zásady nediskriminace a transparentnosti zadávacího řízení.

Klíčovým je posouzení otázky, zda v průběhu jednacího řízení mohlo dojít k modifikaci původních nabídek jednotlivých uchazečů v částech týkajících se ceny plnění, jež bylo zadavatelem požadováno.

Při posouzení této otázky soud musel vyjít ze základního principu jednacího řízení coby jednoho z druhů zadávacích řízení. Jednací řízení je založeno na principu, podle něhož zadavatel s uchazeči jedná o podmínkách, za nichž bude příslušné plnění v zadavatelův prospěch realizováno. Jednací řízení je tedy zákonem (ZVZ) předvídaná forma vyjednávání obchodních podmínek, jež mají být v okamžiku skončení jednacího řízení promítnuty do smlouvy, na základě které bude vybraný uchazeč plnění ve prospěch zadavatele uskutečňovat. Přestože i v rámci tohoto způsobu (druhu) zadávacího řízení je třeba trvat na dodržení zásad podávaných z § 25 ZVZ (zásada stejného zacházení, nediskriminace a transparentnosti), je třeba souhlasit s takovým pojetím, podle něhož je jednací řízení (v porovnání s ostatními druhy zadávacích procedur) nejméně transparentním způsobem zadání veřejné zakázky; tomu také ostatně odpovídá jeho omezená použitelnost. Sektorový zadavatel je nicméně oprávněn tohoto způsobu (druhu) zadávacího řízení využít vždy, má-li postupovat podle ZVZ, nejen tedy za splnění podmínek podávaných z § 26 ZVZ (mezi účastníky je přitom nesporné, že zadavatel jednacího řízení s uveřejněním využít mohl, a touto otázkou se tedy soud dále nezabýval).

Jednací řízení je oproti ostatním způsobům (druhům) zadávacího řízení uvedeným v § 25 odst. 2 ZVZ řízením podstatně méně formalizovaným. Procedura zaměřená na dosažení pro zadavatele co nejpříznivější shody na podmínkách plnění, jež se promítne v konečném znění smlouvy, se fakticky blíží „běžným“ kontraktačním pravidlům obchodních smluv. Výsledkem této procedury (v tomto případě vedené s větším počtem uchazečů) je tedy vyjednání takových smluvních podmínek, které budou s ohledem na původní nabídky a jejich modifikace v průběhu vyjednávání zadavateli nejvíce vyhovovat. Podle § 17 písm. b) ZVZ je sice nabídka specifikována pro otevřené řízení, užší řízení a jednací řízení s uveřejněním jako „návrh konkrétní smlouvy na předmět veřejné zakázky“, která má být se zadavatelem uzavřena, žalobcova argumentace občanským zákoníkem tu však není správná. Nabídku je třeba doložit doklady, které jsou v zadávacích podmínkách uvedeny, a musí obsahovat takové náležitosti, které zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil. Aby mohla být

splněna podmínka předložení návrhu smlouvy coby "nabídky", pak je třeba každý takový návrh činit v písemné formě, aniž by však písemnou formu předepisovaly soukromoprávní předpisy (občanský a obchodní zákoník), jimiž je upravena forma právních úkonů. Písemná forma totiž výslovně vyplývá z § 53 odst. 3 ZVZ. Konstrukce podávaná ze ZVZ výslovně nepředpokládá, že by nabídka měla mít podobu jediné listiny obsahující návrh smlouvy, datované a podepsané ze strany uchazeče. Může tomu tak být (zvláště vyhradí-li si předem tento způsob zadavatel), na straně druhé může být nabídka podána také ve formě několika různých dokumentů spolu se seznamem předložených dokumentů (tu za podmínky, že všechny listiny jsou součástí jedné obálky). Zjednodušeně řečeno je tedy nabídku třeba považovat za reakci uchazeče na zadavatelovo zahájení zadávacího řízení, ve které uchazeč zadavateli navrhuje všechny podmínky, za nichž je schopen předmět veřejné zakázky za podmínek, jak vyplývají ze zadávací dokumentace, splnit, a kterou se uchazeč snaží na vlastní náklady spojené s jejím zpracováním a doručením zadavateli pro sebe příslušnou veřejnou zakázku získat. V jednacím řízení s uveřejněním je tedy sice nabídka podávána, tato však nutně slouží pouze jako podklad pro další jednání, jehož výsledkem jsou konečně smluvní podmínky.

V rámci zadávání veřejné zakázky na „Poskytování právních služeb“ zadavatel podle § 44 ZVZ nejprve oznámí neomezenému počtu dodavatelů svůj úmysl zadat veřejnou zakázku. To také v případě posuzovaného zadávacího řízení učinil. Zadavatel posléze vybral z těch dodavatelů, kteří podali žádost o účast (v tuto chvíli jsou již dodavatelé „zájemci“ - srov. § 12 písm. a/ ZVZ) ty, které vyzval k jednání o podmínkách veřejné zakázky. Účastníky dalšího vyjednávání (tu již „uchazeče“ – srov. § 13 písm. b/ ZVZ) lze tedy vybírat pouze z těch zájemců, kteří ve stanovené lhůtě podali žádost o účast v zadávacím řízení a kteří nadto splňují kvalifikační předpoklady. I tento postup zadavatel dodržel. Na další navazující fáze jednacího řízení před zadavateli již formální požadavky kladeny nejsou, klíčovým východiskem tu však zůstává možnost zadavatele s uchazeči „vyjednávat“. Zadavatel tedy vyjednává s jednotlivými uchazeči smluvní podmínky, podkladem jednání tu jsou zadávací dokumentace a původní nabídky podané uchazeči. ZVZ předpokládá po podání nabídek s uchazeči splňujícími kvalifikační předpoklady „jednání“, zadávací dokumentace je přitom neměnná, kromě toho nabídka musí zadávací dokumentaci plně respektovat, tj. pokrývat všechny skutečnosti, jež se stanou předmětem hodnocení. Proto pojetí žalobcem zastávané, podle něhož by v průběhu jednacího řízení nebylo možno nabídky modifikovat, popírá základní smysl jednacího řízení, neboť fakticky by již nebylo s uchazeči o čem jednat. Je-li podle § 65 odst. 3 ZVZ zadavatel při výběru uchazeče, s nímž hodlá uzavřít smlouvu o realizaci veřejné zakázky, omezen přiměřeným použitím § 65 odst. 1 ZVZ, tj. je-li i v případě jednacího řízení povinen přidělit veřejnou zakázku uchazeči, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější nabídka nebo jako nabídka s nejnižší nabídkovou cenou, pak je třeba dospět k jednoznačnému závěru, že „cenu“ nebo „ekonomickou výhodnost“ zadavatel hodnotí až podle výsledků jednání s jednotlivými uchazeči,

jejichž východiskem jsou jednotlivé původně podané nabídky. Má-li být naplněn smysl jednacního řízení, pak jednání vedená s uchazeči musí mít vliv na konečnou podobu dohodnutých smluvních podmínek. Smlouva je pak tedy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem uzavírána za podmínek respektujících zadávací podmínky s vyhodnocením konečných nabídek příslušných uchazečů, tedy původních nabídek dotčených modifikacemi, k nimž došlo v závislosti na průběhu vyjednávání.

Pokud tedy bylo možné o konkrétních smluvních podmínkách po podání nabídek vyjednávat, pak je třeba souhlasit se žalovaným v tom, že takové vyjednávání muselo nutně směřovat k jedinému cíli, jímž je skutečné vyjednání konkrétních smluvních podmínek. Je-li předmětem hodnocení nabídek jejich ekonomická výhodnost nebo cena (§ 65 odst. 1 ZVZ za použití § 65 odst. 3 ZVZ), pak vyjednávání konkrétních smluvních podmínek se musí nutně týkat logicky i kritérií ekonomické výhodnosti nebo ceny. Pokud tedy jednotliví uchazeči v průběhu jednání modifikovali cenu plnění, jež pak byla v souladu se zadávacími podmínkami hodnocena v rámci rozhodování o ekonomicky nejvýhodnější nabídce, nešlo o postup, který by byl v rozporu se ZVZ. Dovožovat porušení zásady transparentnosti a nediskriminace zadávacího řízení toliko z toho, že uchazečům byla dána možnost modifikovat v průběhu vyjednávání své původní nabídky v otázce ceny plnění, tedy nelze.

Zbývá posoudit, zda porušení shora uvedených zásad nenasvědčují okolnosti, za nichž někteří uchazeči své původní nabídky v otázce ceny v průběhu vyjednávání modifikovali.

Pokud jde o námitku netransparentnosti zadavatelova postupu (a tím i zadávacího řízení), tu by bylo třeba považovat za důvodnou tehdy, pokud by v zadavatelově postupu byly shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Z protokolů o jednání s jednotlivými uchazeči vyplývá, že k modifikaci jejich původních nabídek v otázce ceny došlo vždy v bezprostřední reakci na zadavatelem položený dotaz, zda při jejich tvorbě vycházeli z předpokladu, že plnění bude z podstatné části (z 99%) poskytováno v rámci tuzemské jurisdikce. Zadavatelův dotaz přitom soud nehodnotí tak, že by jím došlo ke změně zadávacích podmínek. Někteří uchazeči reagovali tak, že tento aspekt zvažovali, někteří v bezprostřední reakci na tento dotaz buď přímo modifikovali cenu, případně prohlásili, že ji budou modifikovat po jednání a její modifikaci zadavateli sdělí. V takovém postupu zadavatele soud žádný ze shora vyjmenovaných prvků neshledává. Příslušný dotaz zadavatele a odpovědi jednotlivých uchazečů byly protokolovány, dotaz přitom nevzbuzuje jakékoli pochybnosti o jeho pravých důvodech, není pro soud nikterak nečitelným, tuto fázi vyjednávání nečiní nepřehlednou ani ji nikterak nezamlžuje, nadto ani možnost zpětné kontroly zadavatelova postupu tím není nijak snižována. Tuto námitku žalobce tedy soud za důvodnou nepovažuje.

Pokud jde o námitku porušení zásady nediskriminace, tu soud vychází ze skutečnosti, že pojem „diskriminace“ ZVZ nikterak blíže nevymezuje (a sice ani

v § 25 odst. 1 ZVZ, ani v jiném ustanovení ZVZ), nepodává ani demonstrativní výčet, ani bližší návod pro jeho interpretaci. Vychází-li soud za této situace ze skutečnosti, že norma obsažená v § 25 odst. 1 ZVZ je normou obsaženou v právním předpise, který byl přijat „...v souladu s právem Evropských společenství...“ (§ 1 ZVZ), pak lze při interpretaci tohoto pojmu vycházet z obsahu komunitárních zadávacích směrnic, které byly touto cestou implementovány do českého vnitrostátního právního řádu. Tento postup je dle soudu kromě samotné nemožnosti vyložit uvedený pojem „diskriminace“ za použití ZVZ umožněn i povinnou aplikací „principu nepřímého účinku“, podle něhož je povinností vnitrostátních soudů vykládat vnitrostátní právo tak, aby bylo dosaženo výsledku uvedeného v příslušných komunitárních směrnici; právo má být vykládáno „co možná nejvíce ve světle účelu směrnic“. Zabývá-li se tedy soud jednotlivými směrnici (bez ohledu na otázku jejich aplikovatelnosti na postup sektorového zadavatele, nýbrž toliko za účelem vyložení pojmu „diskriminace“), pak dospívá k závěru, že ty pojednávají toliko o „diskriminaci na základě státní příslušnosti“, případně je zákaz diskriminace podán obecně tak, že „...zadavatelé zajistí, aby mezi jednotlivými dodavateli, zhotoviteli nebo poskytovateli služeb nedocházelo k diskriminaci...“ (například čl. 4 odst. 2 Směrnice 93/38/EHS nebo čl. 6 odst. 6 Směrnice 93/37/EHS, ve znění čl. 3, bodu 1, písm. b) Směrnice 97/52/ES, obdobně i v aktuálně účinné Směrnici 2004/17/ES a Směrnici 2004/18/ES). Bližší obsahové vymezení pojmu „diskriminace“ není tedy možné ani touto cestou.

Za této situace soudu nezbylo než přistoupit k výkladu uvedeného pojmu v kontextu předpisů z oblasti ochrany hospodářské soutěže, neboť do této oblasti *lato sensu* právo veřejných zakázek svojí povahou náleží; cílem zákonů upravujících postup při zadávání veřejných zakázek (tento postulat platí obecně) je kromě efektivního vynakládání veřejných prostředků i zajištění „spravedlivé a otevřené soutěže o veřejné zakázky“. V principiálně přímo aplikovatelném předpisu (§ 10 Ústavy České republiky), a sice ve Smlouvě ES, konkrétně v jejím článku 82, je za diskriminaci označováno jednání spočívající v „uplatňování rozdílných podmínek vůči jednotlivým účastníkům trhu při shodném (srovnatelném) plnění“, jímž dochází k jejich znevýhodňování v hospodářské soutěži. Jakkoli tedy článek 82 Smlouvy ES upravuje zákaz zneužití dominantního postavení v hospodářské soutěži a zcela nepochybně tedy nedopadá na oblast veřejných zakázek, lze jej pro účely interpretace pojmu „diskriminace“ *per analogiam* použít i pro tuto oblast. Jde totiž o princip aplikovatelný pro celou oblast soutěžního práva.

Ke stejným závěrům, pokud jde o interpretaci pojmu „diskriminace“, lze konečně dle názoru soudu dospět i prostým jazykovým výkladem. Tento internacionalismus je totiž konstantně vykládán jako „rozdílný, jiný přístup k jednotlivci či skupině než k celku“.

Souhrnně řečeno může tedy k porušení zásady nediskriminace zadávacího řízení podle § 25 odst. 1 ZVZ dojít tehdy, pokud by zadavatel v téže situaci a v týchž

otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo obsahově jinak než ke zbylým, popř. pokud by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči.

Pokud tedy soud uváží, že se všemi uchazeči bylo vedeno jednání podle téhož „scénáře“, všem byly kladeny tytéž dotazy ve stejném pořadí (dotazy byly předtištěny a odpovědi uchazečů v průběhu jednání se do protokolu vpisovaly), z protokolace vyplývá tatáž obsahová podstata dotazu, všem uchazečům byl dán též prostor pro jejich odpovědi, ty byly také obdobným způsobem a v obdobném rozsahu protokolovány, přitom ze všech vyplývá podstata reakce jednotlivých uchazečů, nadto z obsahu dokumentace o zadání veřejné zakázky nevyplývá, že by s jednotlivými uchazeči bylo jednáno i mimo rámec toho jednání, jež bylo protokolováno (to ostatně ani žalobce nenamítá), a soudu z této dokumentace nevyplývá ani jakákoli jiná skutečnost, jež by nasvědčovala tomu, že by zadavatel jednal s některými uchazeči procedurálně či obsahově jiným způsobem než se zbylými, pak nepřisvědčuje ani namítanému porušení zásady nediskriminace.

Ze shora uvedeného tedy soud uzavírá, že ani žalobcovy námitky porušení zásady nediskriminace a transparentnosti zadávacího řízení nejsou důvodnými.

Na správnosti závěrů žalovaného nemůže ničeho změnit ani skutečnost, že v průběhu řízení o přezkum zadavatelových úkonů bylo vydáno předběžné opatření, jak žalobce namítá, které v průběhu řízení mohlo v žalobci vzbudit dojem, že konečné hodnocení věci žalovaným bude pro něj příznivější. Důvody vydání žalobcem zmiňovaného předběžného opatření tu soudu hodnotit nepřisluší.

Po vyčerpání žalobních bodů tedy soudu nezbylo, než žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítnout.

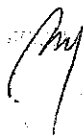
Výrok o nákladech řízení se opírá o § 60 odst. 1 a 7 s.ř.s. Žalobce ve věci úspěšný nebyl, proto mu náhrada nákladů řízení nepřisluší. Ta by příslušela žalovanému, neboť ten měl ve věci plný úspěch. Soud však neshledal, že by žalovanému vznikly náklady, jež by převyšovaly náklady jeho jinak běžné administrativní činnosti, nadto přiznání náhrady žádných nákladů žalovaný nepožadoval. Proto soud rozhodl, že žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení, neboť jim soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s níž by jim náklady řízení vznikly (§ 60 odst. 5 s.ř.s.).

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí, které nabývá právní moci dnem doručení, je přípustná kasační stížnost za podmínek § 102 a násl. s.ř.s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu v Brně prostřednictvím Krajského soudu v Brně, a to ve dvou vyhotoveních. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s.ř.s.).

V Brně dne 14. května 2007

Za stěžovatele
Karel Štěpán



JUDr. Jaroslav Tesák, Ph.D., v.r.
předseda senátu