



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Tesáka, Ph.D. a soudců Mgr. et Ing. et Bc. Radovana Havelce a JUDr. Davida Rause, Ph.D. v právní věci žalobců a) **Autostrade S.p.A.**, se sídlem Itálie, Roma, Via Alberto Bergamini 50, b) **Autostrade per l'Italia S.p.A.**, se sídlem Itálie, Roma, Via Alberto Bergamini 50, oba právně zastoupeni Michalem Dlouhým, advokátem se sídlem v Praze, Na Příkopě 8, proti žalovanému **předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, Joštova 8, za účasti **Kapsch TrafficCom AG**, se sídlem Rakousko, Wien, Wagenseilgasse 1, **Kapsch s.r.o.**, se sídlem Praha 8, Ke Štvanici 656/3 (dříve KAPSCH TELECOM spol. s r.o., se sídlem Praha 1, Nové Město, Opletalova 1015), **Kapsch BusinessCom AG**, se sídlem Rakousko, Wien, Wienerbergstrasse 53, **Kapsch CarrierCom AG**, se sídlem Rakousko, Wien, Am Europlatz 5, **Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r.o.**, se sídlem Praha 1, Opletalova 1015/55, **Kapsch Telematic Services spol. s r.o.**, se sídlem Praha 1, Opletalova 1015/55 a **PVT, a.s.**, se sídlem Praha 9, Kovanecká 30/2124, všech právně zastoupených Mgr. Ing. Danielem Zejdou, advokátem se sídlem Praha 1, Týn 1049/3, a **České republiky – Ministerstva dopravy**, se sídlem Praha 1, Nábřeží Ludvíka Svobody 12/1222, právně zastoupené Mgr. Pavlem Kvíčalou, advokátem se sídlem Praha 5, E. Peškové 15, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného č.j. 2R 015/06-Hr ze dne 14.3.2006,

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.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže Joštova 8, Brno	
Došlo: 31-10-2006	
Číslo: 12R5/106	Vyřizuje:
Přílohy: /	JUDr. Nemec

O d ů v o d n ě n í :

Žalobci se domáhají zrušení rozhodnutí žalovaného č.j. 2R 015/06-Hr ze dne 14.3.2006 o rozkladu podaném oběma žalobci proti předchozímu rozhodnutí správního orgánu prvního stupně č.j. VZ/S253/05-154/01635/2006/540-RP ze dne 26.1.2006.

Ve správním řízení vedeném před správním orgánem prvního stupně a následně před žalovaným byly přezkoumávány úkony zadavatele (Česká republika - Ministerstvo dopravy) uskutečněné v zadávacím řízení na „Poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektů výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v České republice“.

I. Causae meritum

Žalobci napadají žalobou rozhodnutí žalovaného č.j. 2R 015/06-Hr ze dne 14.3.2006 (dále zpravidla jen „napadené rozhodnutí“), kterým bylo změněno předchozí rozhodnutí vydané správním orgánem prvního stupně č.j. VZ/S253/05-154/01635/2006/540-RP ze dne 26.1.2006, a sice tak, že jeho výrok byl formálně doplněn o označení konkrétního ustanovení právního předpisu, podle nichž bylo ve věci rozhodováno. Věcně se žalovaný v napadeném rozhodnutí ztotožnil se závěry správního orgánu prvního stupně.

První část žalobních námitek směřuje do nicotností napadeného rozhodnutí. Žalobci tu argumentují § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), podle něhož žalovaný mohl o rozkladu rozhodnout jediné tak, že změní nebo zruší předchozí rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení, anebo rozklad zamítne a prvoinstanční rozhodnutí potvrdí. Ani jedno z toho však žalovaný neučinil, toliko doplnil výrok předchozího rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení o citaci ustanovení právních předpisů a formálně označil tento postup za změnu prvoinstančního rozhodnutí. Dle žalobců přichází změna předchozího rozhodnutí do úvahy pouze tehdy, pokud správní orgán rozhodující ve druhém stupni správního řízení (tu žalovaný) dospěje k jinému hodnocení provedených důkazů anebo pokud má jiný právní názor než správní orgán, který rozhodoval v prvním stupni. Současně pak dle žalobců platí, že tento odlišný náhled je nutné promítnout do výrokové části rozhodnutí, proti kterému bylo podáno odvolání (tu rozklad). Žalovaný však k odlišnému náhledu na věc nedospěl, naopak ve všem souhlasil se závěry učiněnými správním orgánem rozhodujícím v prvním stupni správního řízení. Z toho vyplývá, že žalovaný měl rozklad žalobců zamítnout a prvoinstanční rozhodnutí potvrdit, nikoli jej měnit. Tento nedostatek způsobuje nicotnost napadeného rozhodnutí.

Druhá část žalobních námitek se týká důvodů vyloučení žalobců ze zadávacího řízení. Podle žalobců může zadavatel požadovat splnění jen těch dodatečných „kvalifikací“, které jsou uvedeny taxativním místu § 32, § 33 a § 37 zákona č. 40/2004

Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“ nebo v pochybnostech „zákon o veřejných zakázkách“). Jiná (další) kvalifikační kritéria, než která jsou uvedena v zákoně, zadavatel použít nesmí. Odvolává-li se žalovaný na stanovisko Evropské komise, z tohoto stanoviska vyplývá toliko skutečnost, že směrnice práva komunitárního nebrání tomu, aby zadavatelé v národních zadávacích řízeních o veřejných zakázkách požadovali doložení způsobilosti v oblasti bezpečnosti práce. Žalovaný však nesprávně pominul skutečnost, že příslušné směrnice práva komunitárního nepředstavují bezprostředně aplikovatelnou normu použitelnou namísto vnitrostátního právního předpisu. Zákon požadavek na doložení kvalifikace v oblasti bezpečnosti práce do zákona o veřejných zakázkách nepřevzal. Přímá bezprostřední aplikace směrnice, která navíc v tomto ohledu ani neobsahuje závazek, ale umožňuje pouze členským státům Evropské unie diskreci, je tudíž nepřijatelná. Z toho dle žalobců vyplývá, že jestliže zadavatel nebyl oprávněn dle zákona vyžadovat certifikát OHSAS, nemohli být žalobci z důvodu jeho nedoložení vyloučeni. Takové vyloučení žalobců bylo tedy nezákonné.

Navíc se dle žalobců žalovaný opomněl v napadeném rozhodnutí vyjádřit k certifikátu z oblasti životního prostředí (EMS 14000), jehož nedoložení představovalo rovněž důvod pro vyloučení žalobců ze zadávacího řízení.

Dále žalobci namítají, že ke své činnosti žádný ze shora uvedených zadavatelem požadovaných certifikátů nepotřebují a ve lhůtě dvou měsíců vymezené pro zpracování nabídky nebylo možné žádný z těchto certifikátů objektivně získat. Žalobci poukazují na skutečnost, že již ke svým námitkám proti vyloučení předložili zadavateli prohlášení Certifikační společnosti EUROCERT a společnosti QISO-MIRAIS, které shodně potvrdily, že obstarání certifikátu tohoto typu je časově náročný proces dosahující délky jednoho roku. Zadavatel postavil žalobce do neřešitelné situace, když trval na objektivně nesplnitelném požadavku doložení certifikátů a odmítl akceptovat namísto nich poskytnutá prohlášení. Žalovaný na straně jedné připouští, že doložení prohlášení namísto certifikátů je v zásadě přípustné, na druhé straně však prohlášení žalobců shledal jako neprůkazná, neboť nebyla přiložena v českém jazyce. S tímto argumentem žalovaného žalobci nesouhlasí. Požadavek českého jazyka není v zákoně definován jako kogentní pravidlo, neboť § 91 odst. 3 věta druhá zákona připouští, aby zadavatel požadoval předložení nabídky i v dalším jazyce. Zadávací řízení, jakým je výběr dodavatele myšleno, se předpokládá široká účast zahraničních účastníků, a tedy jeví se být striktní trvání na doložení všech dokumentů v češtině jako zcela neopodstatněné a formalistické. Žalobci přitom tomuto požadavku plně vyhověli, když prohlášení, které představuje dokument k doložení kvalifikace, předložili v české verzi a v jeho rámci pouze odkázali na internetovou podobu dokumentu v cizí jazykové verzi, který potvrzuje a dále rozvádí tvrzení prezentovaná žalobci v čestných prohlášeních. S ohledem na rozsah těchto dokumentů se jevílo nepraktické a nepotřebné, aby byly předkládány v češtině.

Další část žalobních námitek je vystavěna na tvrzení žalobců, že splnili požadavek na doložení trestní bezúhonnosti, a to tím, že k nabídce přiložili výpisy z rejstříku trestů pánů Gamberaleho, Bergaminiho, Staraceho a Castellucioho, kteří byli příslušnými orgány žalobců zmocněni k tomu, aby žalobce zastupovali ve všech úkonech souvisejících s předmětným zadávacím řízením. Žalobci dle žalobních tvrzení jednali ve víře ve znění zákona, které jim jakožto zahraničním právníckým osobám umožňuje, aby kvalifikační kritérium trestní bezúhonnosti (též „beztrestnosti“) splnili prostřednictvím pověřeného zástupce. Správní orgán prvního stupně v rozhodnutí vyložil § 31 odst. 1 písm. d) zákona tak, že bezúhonnost se u tuzemské právnícké osoby prokazuje vždy u statutárního orgánu, zatímco u zahraniční právnícké osoby je to vedle statutárního orgánu ještě navíc vedoucí organizační složky a statutárním orgánem pověřený zástupce, pokud je ustaven. Žalovaný se pak s námitkou proti takovému závěru nevypořádal, toliko odkázal na správní rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení. S výkladem, jak byl právě prezentován, se žalobci neztotožňují, neboť takový výklad vytváří nerovnost mezi českými a zahraničními právníckými osobami, kdy zatímco u české osoby by případný pověřený zástupce nemusel bezúhonnost vůbec prokazovat, u zahraniční osoby by naopak musel. Gramatický výklad tohoto ustanovení dle žalobců svědčí v jejich prospěch.

V doplnění žaloby pak žalobci argumentují dále v tom směru, že pouze někteří členové statutárního orgánu žalobců jsou jeho „výkonnými členy“, kteří jsou oprávněni jednat navenek, přitom v případě těchto osob bylo doložení trestní bezúhonnosti splněno.

Samostatný žalobní bod směřuje k hodnocení kvalifikace a hodnocení nabídek. Žalovaný dospěl k závěru, že hodnocení kvalifikace mohl provádět zadavatel a vedle toho i hodnotící komise v rámci posouzení nabídek. Tento závěr je v rozporu se zákonem. Posuzování a hodnocení nabídek představuje dle žalobců jednotný proces, ve kterém je od počátku až do konce aktivní pouze hodnotící komise. To neplatí pouze tehdy, nemusí-li být hodnotící komise ustavena (§ 57 odst. 7 zákona). Podle § 59 odst. 1 až 3 zákona může obálky otevřít jen hodnotící komise, která je dostane od zadavatele až před otevíráním obálek. Podle § 60 zákona hodnotící komise sepíše protokol o otevírání obálek a všichni členové hodnotící komise protokol podepíší. Dále pak hodnotící komise provede posouzení nabídek, jejich vyhodnocení a vyhotoví o tom zprávu, kterou předá bezodkladně po ukončení své činnosti zadavateli včetně nabídek a ostatní dokumentace o veřejné zakázce (§ 61 až § 63 zákona). Hodnotící komise posuzuje nabídky uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek. Zadávacími podmínkami se pak rozumí veškeré požadavky zadavatele obsažené v oznámení zadávacího řízení, případně dále upřesněné v zadávací dokumentaci, které musí být uchazečem v nabídce splněny (§ 17 písm. a) zákona). Jestliže tedy hodnotící komise má dostat zalepené obálky a provést posouzení a hodnocení nabídek, včetně splnění kvalifikačních kritérií, a teprve poté vrátit nabídky zadavateli, nemůže mít žalovaný pravdu v tom, že pokud hodnocení kvalifikace v předmětné veřejné zakázce provedl zadavatel, byl tento postup v souladu se zákonem.

Pokud jde o postup při hodnocení nabídek, zákon dle žalobců nestanoví, že pokud byla pouze jediná nabídka, nemusí zadavatel vyhodnocení provést. Podle § 65 odst. 1 zákona musí být veřejná zakázka přidělena vždy po vyhodnocení nabídky vybraného uchazeče. Je přitom uvedeno, zda se hodnotí jedna (zbylá) nabídka nebo více nabídek. Žalobci souhlasí se žalovaným v tom, že při existenci pouze jediné nabídky nelze prakticky provést srovnání. Jestliže ale platí, jak tvrdí žalovaný, že hodnocení nabídek je založeno na principu komparace, potom by existence jediné způsobilé nabídky měla logicky vést ke zrušení zadávacího řízení; není-li dle žalobců co srovnat, nemůže hodnotící komise vybírat nejlepší nabídku a nemůže tak být dosaženo účelů zadávacího řízení. Podle zákona ovšem existence jediné nabídky důvodem ke zrušení zadávacího řízení není. Dle žalobců se hodnotící komise o to více musí zaměřit na komplexní posouzení zbylé nabídky provedené v širších souvislostech vůči definovanému předmětu zakázek a sledovaným potřebám zadavatele, má-li se dostat účelu zákona. To vyplývá dle žalobců i z § 61 odst. 1 zákona, který ukládá hodnotící komisi posoudit výši nabídkových cen ve vztahu k předpokládané ceně předmětu veřejné zakázky. Opačný postup, který žalovaný napadeným rozhodnutím podpořil, vede k ospravedlnění výběru nabídky, která obsahuje jakoukoli cenu, i nesmyslně vysokou, a znamená zbytečné plýtvání veřejnými prostředky.

Žalobci rovněž zpochybňují samotnou proceduru postupu hodnotící komise a účast přízvaných odborníků na jejím jednání. Žalobci namítají, že pro členy hodnotící komise platí zákonná povinnost mlčenlivosti; členové komise pak nesmějí být ve vztahu k veřejné zakázce a uchazečům podjatí. Tyto podmínky (resp. omezení, kritéria) se na samotného zadavatele ani na jeho poradce nevztahují, a již proto byla dle žalobců účast poradců zadavatele na jednání hodnotící komise nepřipustná. Za hrubé porušení zákona je třeba dle žalobců považovat i to, že zadavatel měl přístup k obsahu nabídek ještě před jejich hodnocením a zpřístupnil jejich obsah svým blíže určeným poradcům. Podle § 63 odst. 2 zákona může zadavatel obdržet nabídky poprvé až po ukončení činnosti hodnotící komise. Argument žalovaného, že § 39 zákona umožňoval zadavateli hodnotit kvalifikaci uchazečů, rovněž neobstojí.

Žalobci rovněž napadají závěr žalovaného, podle něhož žádné provedení zadávacího řízení vylučuje z podstaty věci nepovolené zvýhodnění vybraného uchazeče, a tedy že není dána existence nepovolené veřejné podpory. Žalovaný pominul skutečnost, že neproběhlo porovnání více nabídek a veřejná zakázka byla přidělena na základě jediné zbylé nabídky. Již absence porovnání nabídek sama o sobě zřetelně dle žalobců indikuje, že hodnotící komise neměla možnost učinit si spolehlivý úsudek o tom, zda nabízená cena je adekvátní, a zda tedy nedojde k poskytnutí nepovolené podpory. Navíc hodnotící komise neposuzovala zbylou nabídku ani ve smyslu § 61 odst. 1 zákona, čímž se nevypořádala z otázkou odpovídající cenové nabídky a porušila zákon. Žalovaný na straně jedné uvedl, že nemá působnost řešit otázku veřejné podpory, vzápětí si však o této předběžné otázce učinil úsudek sám a uzavřel, že k poskytnutí nepovolené veřejné podpory dojít nemohlo. V této části je tedy napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné, protože obsahuje dvě zcela protichůdná

tvrzení. Skutečnost, že se žalovaný ani správní orgán prvního stupně nevypořádal s předběžnou otázkou a nebyl dán podnět k zahájení řízení u Evropské komise, je vadou řízení, která mohla mít za následek nesprávné rozhodnutí ve věci.

Další námitky směřují do prokázání technické způsobilosti vítězného uchazeče. Žalovaný dospěl k závěru, že v daném případě postačovalo doložit reference na preventivní a neplánovanou (korektivní) údržbu a centrální poplašný systém, neboť se jednalo o činnosti zajišťující samotný provoz zpoplatnění vybraných komunikací. Tím toliko převzal argumentaci zadavatele, podle níž rozsah prokazování technické způsobilosti byl nastaven tak, že skutečně nepokrýval celé plnění předmětu veřejné zakázky. Žalovaný tedy jinými slovy dospěl k závěru, že zadavatel byl oprávněn zúžit rozsah požadované kvalifikace, tedy zadavatel nemusel vyžadovat od uchazečů prokázání technické způsobilosti v celém rozsahu požadovaných služeb. Zákon však dle žalobců neumožňuje, aby si zadavatel libovolně určil, v jak velkém rozsahu bude požadovat prokázání technické způsobilosti. Závěr žalovaného je tedy nezákonný; je v rozporu s § 30 odst. 1 zákona.

Ze shora uvedených důvodů, v žalobě i v jejím doplnění podrobně argumentovaných, žalobci navrhuji zrušení napadeného rozhodnutí žalovaného, jakož i jemu předcházejícího rozhodnutí správního orgánu vydaného v prvním stupni správního řízení.

Na svém procesním stanovisku setrvali žalobci v průběhu celého řízení před soudem, včetně jednání, které ve věci proběhlo dne 17.10.2006.

Žalovaný se k obsahu žaloby vyjádřil v tom směru, že žádnou ze žalobních námitek nepovažuje za důvodnou.

Pokud jde o námitku nicotnosti napadeného rozhodnutí, žalovaný se neztotožňuje s tvrzením žalobců, že ke změně napadeného rozhodnutí lze přistoupit pouze v případě odlišného hodnocení důkazů nebo pokud odvolací orgán dospěl k jinému právnímu názoru. Žalovaný postupoval podle § 59 odst. 2 správního řádu, přistoupil ke změně napadeného rozhodnutí z důvodů, které rozvedl v bodu 100. napadeného rozhodnutí.

Pokud jde o důvody vyloučení ze zadávacího řízení ve vztahu k požadavku zadavatele na prokázání dalšího kvalifikačního kritéria předložením příslušného certifikátu, v této otázce se žalovaný ztotožnil s argumentací správního orgánu rozhodujícího v prvním stupni a toliko nad rámec těchto důvodů odkázal na stanovisko Evropské komise. Žalovaný má za to, že zadavatel byl oprávněn požadovat po uchazeči prokázání technické způsobilosti týkající se opatření k zabezpečení jakosti, konkrétně pak týkající se bezpečnosti a ochrany při práci, a to na základě § 33 odst. 1 písm. c) bodu 5 zákona. Pokud žalobci měli za to, že obstarání zadavatelem požadovaných certifikátů bylo časově náročným procesem a požadavek zadavatele byl pro ně objektivně nesplnitelným, pouhé čestné prohlášení nebylo možno považovat za splnění kvalifikačního předpokladu. Sociální a ekologickou zprávu žalobců při

prokázání této technické způsobilosti nebylo možno zohlednit, neboť ji žalobci nepředložili v rámci své nabídky, ale pouze na ni ve své nabídce odkázali. Odkaz na elektronický dokument uložený na internetové adrese, navíc ještě v cizím jazyce, nelze dle názoru žalovaného považovat za předložení tohoto dokladu za účelem prokázání technické způsobilosti coby součásti nabídky.

Žalovaný setrval na svém závěru prezentovaném v napadeném rozhodnutí i ohledně prokázání trestní bezúhonnosti předkládáním výpisu z rejstříku trestů.

Totéž platí ohledně závěrů týkajícího se průběhu hodnocení nabídek a postupu hodnotící komise.

Rovněž v otázce možné nepovolené veřejné podpory žalovaný odkazuje na napadené rozhodnutí, kde podrobně specifikuje důvody, pro které nepovažoval za nutné postoupit námitky žalobců Evropské komisi.

Pokud jde o rozsah kvalifikace, jejíž prokázání zadavatel po uchazečích požaduje, ten je výlučně na zadavatelích. Zadavatel je omezen toliko podmínkou transparentnosti a nediskriminace ve vztahu ke všem uchazečům o veřejnou zakázku. I v této otázce žalovaný odkázal na závěry obsažené v napadeném rozhodnutí.

Žalovaný tedy plně setrvává na svých závěrech, které prezentoval již v napadeném rozhodnutí, a žalobu jako nedůvodnou navrhuje v celém rozsahu zamítnout.

I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před soudem, včetně jednání ve věci uskutečněného dne 17.10.2006.

Ve věci podaly svá vyjádření rovněž osoby zúčastněné na řízení.

Zadavatel (nyní osoba zúčastněná na řízení) přisvědčuje správnosti postupu žalovaného. Mimo jiné ve svém vyjádření uvádí, že žalovaný jako odvolací orgán byl oprávněn formou změny napadeného rozhodnutí provést opravu formálního pochybení v jeho výrokové části, přitom takový postup nezpůsobil nicotnost rozhodnutí ani vadu řízení. Pokud jde o certifikáty, ohledně nich byl zadavatel připraven akceptovat čestné prohlášení uchazečů, pokud by splňovala požadavky kladené na ekvivalent certifikátů požadovaných v zadávací dokumentaci. Takový dokument však žalobci nepředložili. Pokud jde o otázku prokazování trestní bezúhonnosti, ohledně té má zadavatel za to, že samotná skutečnost, že došlo ke zmocnění vybraných členů správní rady ve věci předmětného zadávacího řízení, nebo že někteří ze členů správní rady nejsou oprávněni jednat jménem společnosti, neznamená, že by ostatní členové správní rady nemuseli prokázat splnění základního kvalifikačního kritéria v rozsahu § 31 odst. 1 písm. d) zákona způsobem podle § 31 odst. 2 zákona. Pokud jde o hodnocení kvalifikace, k tomu je příslušný zadavatel, nikoli hodnotící komise v rámci posuzování

nabídek. Se žalovaným souhlasí zadavatel v tom, že postup vyhodnocování ekonomické přijatelnosti nabídky, který nespadá pod režim zákona, nemůže být předmětem posouzení v řízení o návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele vedeném před žalovaným, respektive správním orgánem prvního stupně. Pokud jde o otázku veřejné podpory, tu má zadavatel za to, že s ohledem na skutečnost, že nabídková cena vítězné nabídky odpovídá tržním podmínkám, jen lehce se odchýlila od reálného odhadu ceny veřejné zakázky ze strany zadavatele před zahájením zadávacího řízení a nebyla ani nejvyšší nabídnutou cenou, jedná se o nabídku vybranou v transparentním zadávacím řízení a neexistují zde ani jiné aspekty veřejné podpory, o nedovolenou veřejnou podporu se nejedná. Zadavatel rovněž odmítá, že by členy hodnotící komise ovlivňoval, a má za to, že zadavatel i hodnotící komise postupovali při posouzení nabídek v souladu se zákonem. Rovněž kvalifikační kritéria byla nastavena v souladu se zákonem, a to včetně prokazování technické způsobilosti, a vítězný uchazeč je splnil. Zadavatel má tedy za to, že by žaloba měla být v celém rozsahu zamítnuta.

Rovněž osoby zúčastněné na řízení sdružené v konsorciu „KAPSCH“ pokládají rozhodnutí žalovaného za správné a mají za to, že by žaloba měla být v celém rozsahu zamítnuta.

II. Acta

Z obsahu správního spisu předloženého žalovaným, ze zadávací dokumentace předložené zadavatelem a ze zbylého obsahu soudního spisu vyplývají zejména následující skutečnosti:

Zadavatel uveřejnil oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektů výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v České republice“. Ve lhůtě pro podání nabídek byly zadavateli doručeny celkem čtyři nabídky.

Žalobci podali společnou nabídku, v rámci které mimo jiné předložili výpisy z rejstříku trestů („osvědčení Státního zastupitelství při soudu, místní úřad v Římě“, popř. „Prokuratura republiky při soudním dvoru, místní úřadovna v Římě“) pánů Gamberaleho, Bergaminiho, Borriniho, Di Salva, Casseseho, Cery, Benettona, De Simoi, Saccardiho, Piaggia, Fassoneho, Guidiho, Ferrariniho, Miona, Gros Pietra, Bertazza, Cla, Castellucioho a Staraceho. Dále je součástí nabídky „Potvrzení ve věci ochrany životního prostředí“, v níž je popisována realizace systému ochrany životního prostředí včetně dobrovolné publikace Sociální a ekologické zprávy; tu žalobci odkázali na internetovou stránku www.autostrade.it a prohlásili, že její systém se vyrovná systémům jako je EMS 14000.

Hodnotící komise se sešla dne 19.9.2005. Na tomto jednání byl kromě členů komise přítomen též Ing. Pavel Jírka v postavení poradce zadavatele pro veřejnou zakázku; ten v rámci otevírání obálek s označením „Nabídka“ identifikoval jednotlivé obálky, jednotlivé uchazeče a ohledně jednotlivých nabídek vždy poté, co se členů hodnotící komise dotázal, zda neshledali nedostatky nabídky po jejím prostudování,

konstatoval, že příslušná nabídka vyhověla z hlediska své úplnosti. Tento poradce též zpracoval protokol o otevírání obálek. Následně se tento poradce z pověření zadavatele účastnil i dalších jednání hodnotící komise. Další jednání hodnotící komise se uskutečnilo dne 6.10.2005; na tomto jednání byl rovněž přítomen „projektový manažer“, jeho účast pak ze zadávací dokumentace vyplývá i v následujících jednáních hodnotící komise. Dále se jednání hodnotící komise uskutečnilo dne 10.11.2005; na tomto jednání byli kromě členů hodnotící komise a Ing. Pavla Jirky přítomni též „projektový manažer“ a „odborní poradci“ (jejich identifikace z notářského zápisu osvědčujícího průběh jednání hodnotící komise nevyplývá). Jednání hodnotící komise fakticky řídil Ing. Pavel Jirka, jednání probíhalo tak, že ohledně jednotlivých nabídek Ing. Pavel Jirka vznesl dotazy na přítomné členy hodnotící komise ohledně jiných shledaných nedostatků jednotlivých nabídek, následně požádal o vyjádření poradce, členové hodnotící komise byli seznámeni s ostatními závěry odborných poradců. Závěrem Ing. Pavel Jirka vždy konstatoval stanovisko zadavatele ve smyslu (např.) „...zadavatel se tedy domnívá, že tento uchazeč by měl být z výběrového řízení vyloučen...“. Následně bylo ve vztahu k jednotlivým nabídkám členy hodnotící komise hlasováno. Na základě závěrů hodnotící komise, ke kterým dospěla na svém jednání dne 10.11.2005, rozhodl zadavatel dne 16.11.2005 o vyloučení žalobců. Téhož dne vyloučil zadavatel další dva uchazeče a téhož dne rozhodl o přidělení veřejné zakázky jedinému zbývajícím uchazeči, subjektům sdruženým v konsorciu „KAPSCH“. Z odůvodnění rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky vyplývá, že „...veřejná zakázka byla přidělena uchazeči „KAPSCH“, neboť jeho nabídka byla jediná, která zbyla k dispozici po posouzení nabídek...“.

Vyloučení žalobců z další účasti na zadávacím řízení bylo zadavatelem odůvodněno tak, že uchazeč (tvořený žalobci) ke splnění obchodní podmínky pod článkem 8.6 části 1 zadávací dokumentace nedoložil v nabídce certifikát OHSAS 18001, ale své prohlášení, které však obsahově neprokazuje shodu s požadovaným certifikátem. Dalším důvodem bylo dle zadavatele neprokázání splnění požadavků z hlediska ochrany životního prostředí podle § 37 zákona, neboť žalobci nedoložili certifikát EMS ISO 14000, ale své prohlášení; to však dle zadavatele obsahově neprokazovalo shodu s požadovaným certifikátem. Třetím důvodem pro vyloučení bylo dle zadavatele nesplnění základního kvalifikačního kritéria podle § 31 odst. 1 písm. d) zákona, když žalobci v nabídce nedoložili výpisy z rejstříku trestů ve vztahu k některým osobám, které žalobci uváděli jako členy statutárních orgánů a které jsou uvedeny ve výpisech z obchodního rejstříku jako členové správní rady (člen správní rady žalobce a/ pan Mas, člen správní rady žalobce b/ pan Vila).

Žalobci podali proti rozhodnutí o vyloučení námitky dne 30.11.2005. O námitkách zadavatel rozhodl tak, že jim nevyhověl; rozhodnutí o nevyhovění žalobcům doručil dne 19.12.2005. Žalobci následně dne 28.12.2005 podali správnímu orgánu prvního stupně návrh na přezkoumání zadavatelových úkolů. Správní orgán

v řízení dospěl k závěru, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky sice porušil zákon, avšak tento postup nijak neovlivnil stanovení pořadí nabídek.

Pokud jde o certifikát EMS ISO 14000, žalobci dle správního orgánu prvního stupně pochybili tím, že namísto tohoto certifikátu předložili prohlášení, kde je obecně popisováno dodržování standardů v oblasti životního prostředí a v podrobnostech je odkazováno na Sociální a ekologickou zprávu na internetových stránkách žalobce a). Takový odkaz na dokument, který není součástí nabídky a který je v cizím jazyce, není dostatečný. Správní orgán tu dospěl k závěru, že zadavatel zkoumal obsahovou stránku dokladu („prohlášení“), který žalobci předložili, avšak nebyla jím prokázána shoda se systémem zadavatelem požadovaným, zejména z důvodu absence Sociální a ekologické správy. Na tu je pouze odkazováno, ale není doložena v nabídce.

Pokud jde o certifikát OHSAS 18001, tu se správní orgán prvního stupně ztotožnil se žalobci v otázce, že požadavek na jeho předložení není požadavkem pro realizaci zakázky podle § 48 odst. 3 zákona, nýbrž jde o požadavek na určitou způsobilost uchazeče plnění poskytovat; jde tedy o doklad prokazující kvalifikaci uchazeče. Nešlo však o požadavek nad rámec zákona. Opatření týkající se bezpečnosti a ochrany zdraví při práci (tedy certifikát OHSAS 18001) je možné považovat za opatření zavedené uchazečem k zabezpečení jakosti jím poskytovaných služeb, neboť se tato opatření v kvalitě odrážejí. Zadavatel tedy byl oprávněn v rámci technické způsobilosti podle § 33 odst. 1 písm. c) bodu 5 zákona stanovit kritérium týkající se opatření k zabezpečení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci s odkazem na shora uvedený certifikát. Žalobci předložili toliko prohlášení a pokud správní orgán prvního stupně přezkoumal obsahovou stránku tohoto prohlášení, dospěl k závěru, že je obsahově nedostatečné, neboť neprokazuje shodu se systémem zadavatelem požadovaným.

Správní orgán prvního stupně se zabýval i způsobem prokazování trestní bezúhonnosti podle § 31 odst. 1 písm. d) zákona. Za žalobce byli k jednání pověřeni pan Bergamini, pan Gamberale, pan Starace a pan Castelluci. Výpisy z rejstříku trestů nebyly doloženy v případě zástupců žalobce a) i žalobce b), konkrétně v případech pánů Mase a Vily, členů správních rad. Nedoložil-li v nabídce uchazeč v případě dvou členů správních rad, které jsou statutárními orgány, výpisy z rejstříku trestů nebo jiný odpovídající doklad, nesplnil základní kvalifikační kritérium podle § 31 odst. 1 písm. d) zákona. Po lhůtě pro podání nabídek přitom nelze tyto dokumenty doplnit a dle správního orgánu prvního stupně nezbylo než uzavřít, že žalobci byli zadavatelem pro nesplnění základního kvalifikačního kritéria vyloučeni oprávněně.

Ke tvrzením žalobců ohledně referencí uchazeče sdruženém v konsorciu „KAPSCH“ správní orgán prvního stupně poukázal na skutečnost, že zadavatelův požadavek byl formulován ve smyslu „...realizace provozního zajištění...“, což nelze vykládat pouze tak, že se musí jednat o provozování daného systému, přitom formulace umožňuje doložit ke splnění této podmínky reference na preventivní a neplánovanou korektivní údržbu a centrální poplašný systém, jak učinil uchazeč „KAPSCH“, neboť se jedná o činnosti zajišťující provoz. To dle správního orgánu

prvního stupně koresponduje i se skutečností, že vítězný uchazeč není přímým provozovatelem systému elektronického mýta v České republice. Nabídka uchazeče „KAPSCH“ přitom byla v souladu s uvedenými požadavky zadavatele.

Ohledně přidělení veřejné zakázky bez předchozího hodnocení za situace, kdy v řízení zůstal toliko jeden uchazeč, správní orgán prvního stupně uvedl, že § 62 odst. 1 zákona používající množné číslo „...nabídek...“ předpokládá, aby hodnocené nabídky byly minimálně dvě. Ustanovení § 65 odst. 1 zákona pak jen stanoví zadavateli povinnost přidělit zakázku uchazeči, jehož nabídka byla hodnotící komisí vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější. Citované ustanovení lze interpretovat tak, že proběhlo-li hodnocení nabídek (byly-li tedy minimálně dvě nabídky), musí zadavatel veřejnou zakázku přidělit tomu uchazeči, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější. Jelikož v šetřeném případě zbyla v zadávacím řízení nabídka jediná, zadavatel, respektive hodnotící komise, samotné hodnocení neprováděla. Zadavatel tedy zákon neporušil.

Ohledně možné zakázané veřejné podpory správní orgán prvního stupně konstatoval, že otázka případné veřejné podpory nemůže mít žádný vliv na rozhodnutí orgánu dohledu o přezkoumání postupu zadavatele podle zákona. Správní orgán prvního stupně není příslušný ve věci veřejné podpory rozhodnout, neboť zákaz veřejné podpory není stanoven zákonem o veřejných zakázkách.

Žalobci ve správním řízení před orgánem prvního stupně (odlišně od žaloby podané zdejšímu soudu) namítali, že byli zkráceni na svých právech bránit se proti postupu zadavatele a to tím, že zadavatel jej nevyloučil bezodkladně po hodnocení kvalifikace a provedl také zároveň posouzení jeho nabídky, a jednak tím, že spolu s rozhodnutím o vyloučení žalobců rozhodl také o přidělení veřejné zakázky a žalobcům tak bylo fakticky znemožněno proti rozhodnutí zadavatele zákonem předvídaným způsobem brojit. Tato námitka však v řízení před zdejším soudem uplatněna nebyla (toto tvrzení je kromě podání učiněných v rámci řízení před orgánem prvního stupně a žalovaným obsaženo toliko v dopise Evropské komisi, který žalobci dne 9.6.2006 doložili k provedení důkazu, aniž by tuto otázku učinili žalobou či jejím doplněním součástí některého z žalobních bodů, a tedy předmětem přezkumu zdejšího soudu). Vypořádání této námítky správním orgánem prvního stupně, resp. následně žalovaným, tedy není z hlediska projednávané věci podstatné.

Žalobci ve správním řízení rovněž zpochybňovali samotný průběh jednání hodnotící komise, napadali účast a způsob vystupování poradců zadavatele na jejich jednotlivých jednáních. Žalobci argumentovali podobně jako nyní v žalobě; správní orgán prvního stupně zdůraznil, že zákon výslovně neřeší otázku přítomnosti jiných osob na jednání hodnotící komise než jejich členů; je tedy dle správního orgánu prvního stupně ponecháno v kompetenci zadavatele a hodnotící komise, zda uznají za vhodné a potřebné, aby se jednání komise účastnili určití odborní experti. Poradce

zadavatele byl zadavatelem pověřen účastí v článku 2.2 zadávací dokumentace, přítomnost ostatních poradců schválila komise hlasováním.

V rámci správního řízení tedy správní orgán prvního stupně dospěl k závěru, že zadavatel nesplnil toliko povinnost stanovenou v § 88 odst. 3 zákona, a sice tím, že neodeslal do deseti dnů od obdržení námitek žalobcům písemné sdělení o jejich vyřízení; tento postup nicméně nijak neovlivnil stanovení pořadí nabídek. Proti rozhodnutí správního orgánu prvního stupně podali žalobci rozklad, na jehož základě žalovaný nyní napadeným rozhodnutím změnil předchozí rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení, a to v zásadě tak, že do návěti výrokové části doplnil příslušná ustanovení zákona, o které se rozhodnutí opíralo. Věcně se žalovaný se závěry, jak je prezentoval správní orgán prvního stupně, ztotožnil. V rámci své argumentace žalovaný buď odkázal na příslušné pasáže rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení, případně tuto argumentaci převzal, zčásti ji doplnil.

K certifikátu OHSAS 18001 žalovaný uvedl, že je jednoznačné, že zadavatel byl oprávněn tento certifikát požadovat, avšak současně byl povinen přijmout i jiný způsob prokázání toho, že uchazeč má zavedeny příslušné standardy bezpečnosti a ochrany zdraví při práci. Tuto podmínku zadavatel splnil (čl. 8.6 část 1 zadávací dokumentace). Zadavatel mohl certifikát coby alternativu certifikátu požadovaného uznat jako náhradu jen tehdy, pokud uchazeč doložil společně s certifikátem takové doklady, které nade vší pochybnost prokáží schodu či rovnocennost obou systémů řízení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci. Zamýšleli-li žalobci k prokázání předmětné skutečnosti předložit své prohlášení a dále Sociální a ekologickou zprávu, tato zpráva nebyla předložena jako součást podané nabídky, ale bylo na ni pouze odkázáno; kromě toho na ni nelze jako na součást nabídky předložené podle § 53 zákona nahlížet i z toho důvodu, že nebyla předložena v českém jazyce.

Pokud jde o prokazování bezúhonnosti a důvodů vyloučení žalobců, tu žalovaný v převážné míře odkázal na argumentaci správního orgánu prvního stupně a ztotožnil se s ní.

Pokud jde o samotné hodnocení nabídek (tj. hodnocení fakticky jediné nabídky), i tu žalovaný převzal argumentaci správního orgánu prvního stupně v tom směru, že je mu svěřen toliko dohled nad dodržováním zákona, nikoli přezkum činnosti zadavatele z pohledu dodržování jiných právních předpisů.

Pokud jde o to, že zadavatel fakticky neprovedl hodnocení jediné zbylé nabídky, tu žalovaný argumentoval v tom směru, že úkon zadavatele „hodnocení nabídek“ je založen na principu komparace jednotlivých nabídek, aby po vzájemném srovnání vlastností těchto nabídek a jejich vyhodnocení skrze kritéria hodnocení byla označena a vybrána ta nabídka, která je v těchto svých vlastnostech ve srovnání s ostatními nabídkami pro zadavatele ekonomicky nejvýhodnější nebo má oproti ostatním nabídkám nejnižší nabídkovou cenu. V případě, že po provedeném hodnocení nabídek je k hodnocení způsobilá pouze jedna nabídka, je tento princip vzájemné srovnání nabídek, na kterém je celý proces hodnocení postaven, z povahy věci

vylouen, a tedy nejen že zákon v takové situaci neukládá zadavateli hodnocení provést, ale proces hodnocení je v takové situaci ze samotné své podstaty neproveditelný. Proto nebyl dle žalovaného postup zadavatele závadným.

K aspektům veřejné podpory nad rámec argumentace správního orgánu prvního stupně žalovaný doplnil, že výběr nabídek jednotlivých uchazečů dle zákona, který transponuje zásady rovnosti a transparentnosti obsažené v komunitárních pravidlech, se děje na základě hodnotících kritérií, a to ekonomické výhodnosti či nejnižší nabídkové ceny. Postup v souladu se zákonem, včetně řádného posouzení všech těchto kritérií, tak vede k určení nejzpůsobilejšího uchazeče k realizaci zakázky. Tento proces neobsahuje žádné dodatkové podmínky, jejichž prostřednictvím by docházelo k navyšování ceny za účelem podpoření konkrétního ekonomického subjektu či odvětví výroby. Dle žalovaného „...ten, kdo vítězně projde sítí, není svévolně zvýhodněn oproti jiným uchazečům a nestává se příjemcem veřejné podpory...“. Proto nebyl dle žalovaného dán důvod pro postup žalobci navržený, tj. pro postoupení této otázky Evropské komisi.

Pokud jde o samotný postup zadavatele a hodnotící komise, který žalobci opakovaně označili za netransparentní, tu žalovaný shledal argumentaci správního orgánu prvního stupně za dostačující a ztotožnil se s ní. Totéž platí ohledně námítky prokázání technické způsobilosti uchazeče „KAPSCH“, kdy nad rámec argumentace zaujaté správním orgánem prvního stupně žalovaný poukázal na příslušná ustanovení příslušných směrnic práva komunitárního.

Z důvodů v napadeném rozhodnutí blíže popsanych tedy žalovaný shledal ve výrokové části předchozího rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení toliko formální pochybení, když nebylo odkázáno na ustanovení § 101 odst. 1 zákona, podle něhož bylo při vydání rozhodnutí postupováno. Z tohoto důvodu byla výroková část změněna; v ostatním zůstal výrok beze změn. Věcné posouzení případu se tedy nijak nezměnilo.

Pokud jde o vybrané části zadávací dokumentace, pak soud zjistil, že v čl. 6.3.2 jsou stanoveny požadavky z hlediska ochrany životního prostředí následovně: „...Uchazeč prokáže toto další kvalifikační kritérium předložením certifikátu systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou. Tento certifikát může být případně nahrazen též rovnocenným certifikátem vydaným v členském státě Evropské unie. Zadavatel v této souvislosti dále stanoví, že ke splnění kvalifikace požaduje, aby uchazeč předložil certifikát řady EMS 14000 pro dodávky a služby, jež jsou předmětem této veřejné zakázky. Pokud má uchazeč zaveden jiný systém řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí, může zadavateli předložit jiný certifikát, který prokazuje zavedení tohoto systému v organizaci uchazeče. Zadavatel však tento certifikát uzná jako náhradu shora požadovaného certifikátu prokazujícího zavedení systému řady EMS 14000 jen tehdy, doloží-li uchazeč společně

s certifikátem takové doklady, které nade vši pochybnost prokáží shodu či rovnocennost obou systémů...“.

Požadavky na systém řízení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci jsou stanoveny v čl. 8.6 zadávací dokumentace: „...Uchazeč splní tuto obchodní podmínku zadavatele předložením certifikátu prokazujícího zavedení systému řady OHSAS 18001, tj. systémů řízení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci v organizaci uchazeče coby přílohy č. 5 návrhu Smlouvy o dodávce. Pokud má uchazeč zaveden jiný systém bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, může zadavateli předložit tento jiný platný certifikát, který prokazuje zavedení tohoto systému v organizaci uchazeče. Zadavatel však tento certifikát uzná jako náhradu shora požadovaného certifikátu jen tehdy, doloží-li uchazeč společně s certifikátem takové doklady, které nade vši pochybnost prokáží shodu či rovnocennost obou systémů řízení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci...“.

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.“), osobami oprávněnými (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), přitom jde o žalobu přípustnou (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.).

Krajský soud v Brně při přezkumu napadeného rozhodnutí v mezích řádně uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) shledal, že žaloba není důvodná.

Soud se nejprve zabýval tvrzenou nicotností napadeného rozhodnutí. Teprve pokud by napadené rozhodnutí nebylo nicotným, mělo by smyslu zabývat se dalšími námitkami obsaženými v žalobě.

Namítají-li žalobci nicotnost napadeného rozhodnutí z toho důvodu, že žalovaný předchozí rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení změnil, přestože se ztotožnil se závěry správního orgánu prvního stupně, tato námitka důvodnou není. Podle § 59 odst. 1 správního řádu měl žalovaný povinnost přezkoumat napadené rozhodnutí v celém jeho rozsahu. Pokud by to shledal důvodným, dosavadní řízení měl doplnit, popřípadě zjištěné vady odstranit. Shledal-li tedy žalovaný, že předchozí rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení je po věcné stránce správné, toliko v něm (v návěti výrokové části rozhodnutí) chybí specifikace právní normy, podle níž bylo rozhodnutí přijato, pak mu podle § 59 odst. 1 správního řádu nic nebránilo, aby takové doplnění provedl. Podle § 59 odst. 2 správního řádu jsou „změna“ či „zrušení“ předchozího rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení vázány na splnění podmínky, že pro takový postup „...jsou důvody...“. Takovými důvody přitom nejsou toliko odlišné skutkové hodnocení či odlišné právní posouzení; důvod spočívající v potřebě doplnit příslušnou právní normu, podle které bylo rozhodováno (byla-li tato skutečnost i tak pro účastníka správního řízení zřejmou a nedošlo-li k porušení zásady dvojinstančnosti, jež by mohla být porušena například tehdy, pokud by žalovaný ve druhém stupni správního řízení hodlal aplikovat zcela jinou právní normu či dokonce zcela jiný právní předpis, než jak učinil správní orgán

prvního stupně) lze pod důvody podle § 59 odst. 2 správního řádu jednoznačně podřadit.

Soud tu připomíná, že správní řízení, ať již je rozhodováno v jednoinstančním či ve víceinstančním procesu, tvoří vždy jeden celek. Pochybení, k němuž dle názoru správního orgánu vyšší instance v řízení před správním orgánem nižší instance došlo, lze zhojit, a to v zásadě jakýmkoli způsobem nepřekračujícím pravidla podávaná ze správního řádu (případně jiných procesních předpisů), nekrátícím žádného z účastníků správního řízení na jeho právech a v rozhodnutí orgánu vyšší instance řádně zdůvodněným. Vždy musí být přitom najisto postaveno, jak se konkrétní závěr orgánu rozhodujícího ve vyšší instanci ve vztahu k právům a povinnostem účastníka správního řízení projevil; to znamená, že musí být zřetelné, jak se zásah orgánu vyšší instance projevil na napadeném rozhodnutí orgánu nižší instance. V doplnění návěští výrokové části rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení v řízení před žalovaným o citaci příslušné právní normy příslušného právního předpisu tedy soud pochybení neshledává. Učinil-li přitom tak žalovaný, nutně musel podle § 59 odst. 2 správního řádu předchozí rozhodnutí změnit; nemohl je potvrdit, ani nebyl z důvodu toliko absence citace právní normy dán důvod k jeho zrušení.

Za tohoto stavu, tj. neshledal-li soud napadené rozhodnutí nicotným z důvodu žalobci tvrzeného ani z jiného důvodu v žalobě nenamítaného (§ 76 odst. 2 s.ř.s., toliko v takovém případě by soud mohl překročit jednotlivé žalobní body, jež zásadně meze soudního přezkumu podle § 75 odst. 2 s.ř.s. determinují), přistoupil k posouzení těch žalobních námitek, které směřují do vyloučení žalobců ze zadávacího řízení.

Pokud jde tedy o námitky směřující k důvodům vyloučení žalobců ze zadávacího řízení pro nesplnění těch kvalifikačních kritérií, které zadavatel údajně nebyl oprávněn stanovit (požadavky předložení certifikátů OHSAS 18001 a EMS 14000 či jejich ekvivalentů), ty nejsou důvodnými.

Vychází-li soud ze samotného účelu posuzování kvalifikace, pak jím je objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel zvolil konkrétního dodavatele plnění, jež představuje příslušnou veřejnou zakázku, výlučně z okruhu subjektů, jež poskytují obecné, odborné, finanční, právní, kvalitativní a jiné záruky své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas, kvalitně a bezpečně realizovat. Volba vhodných kritérií pro hodnocení kvalifikace a jejich důsledná aplikace je předpokladem řádného průběhu dalších fází zadávacího řízení, zejména posuzování a hodnocení nabídek, a tím rovněž zajištění hlavního účelu zadávání veřejných zakázek, kterým je efektivní vynakládání veřejných prostředků a zajištění účinné soutěže. Volba konkrétních kritérií v tomto směru je přitom odvislá výlučně od rozhodnutí samotného zadavatele. Na druhou stranu zvolenou strategií při vymezení kvalifikačních kritérií může zadavatel výrazným způsobem ovlivnit okruh dodavatelů, mezi jejichž nabídkami bude v závěrečné fázi zadávacího řízení vybírat. Z tohoto důvodu, byť je volba kritérií pro hodnocení kvalifikace primárně na

rozhodnutí zadavatele, je třeba i z pohledu soudního přezkumu rozhodnutí žalovaného trvat na tom, aby zadavatel při stanovení kvalifikačních kritérií respektoval především zásadu nediskriminace ve smyslu § 25 odst. 1 zákona.

Nejprve se tedy soud ve vztahu k rozhodnutí zadavatele ohledně požadavku na předložení obou certifikátů nebo jim naroveň postavených dokumentů zabýval podmínkou respektování zásady nediskriminace; porušení této zásady přitom neshledal.

Pojem „diskriminace“ zákon nikterak blíže nevymezuje, 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 zákona je normou obsaženou v právním předpise (tj. v zákoně o veřejných zakázkách), který byl přijat „...v souladu s právem Evropských společenství...“ (§ 1 zákona), pak lze při interpretaci tohoto pojmu vycházet z obsahu komunitárních zadávacích směrnic, které byly touto cestou implementovány do českého vnitrostátního právního řádu. Výlučně pro účely interpretace pojmu „diskriminace“ přicházejí v úvahu Směrnice Rady 71/304/EHS ze dne 26.7.1971, o odstranění omezení volného pohybu služeb, pokud jde o veřejné zakázky na stavební práce a zadávání veřejných zakázek na práce podnikatelům jednajícím prostřednictvím zastoupení či poboček, Směrnice Rady 93/36/EHS ze dne 14.6.1993, o koordinaci postupu při zadávání veřejných zakázek na dodávky, a Směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/52/ES ze dne 13.10.1997, kterou se mění směrnice 92/50/EHS, 93/36/EHS a 93/37/EHS, které koordinují postupy při zadávání veřejných zakázek na služby, dodávky a stavební práce. Tento postup je kromě samotné nemožnosti vyložit uvedený pojem „diskriminace“ za použití zákona 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 směrniciích; právo má být vykládáno „co možná nejvíce ve světle změn a účelu směrnic“. Prvně zmiňovaná směrnice (71/304/EHS) však pojednává toliko o „diskriminaci na základě státní příslušnosti“; jde tedy o případ, který na projednávanou věc pojmově nedopadá. Zákaz diskriminace (tu již bez dalšího rozlišení) vyplývá z článku 6 odst. 6 Směrnice 93/37/EHS, ve znění článku 3, bodu 1, písm. B) Směrnice 97/52/ES, kde se stanoví, že „zadavatelé zajistí, aby mezi jednotlivými zhotoviteli nedocházelo k diskriminaci“. Zcela odhlédnuto od skutečnosti, zda na projednávanou lze posledně dvě zmiňované směrnice věcně aplikovat, je zřejmé, že bližší obsahové vymezení pojmu „diskriminace“ není možné ani touto cestou.

Za této situace nezbyvá 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 nepochybně náleží; cílem tohoto zákona je (např. již podle samotné důvodové zprávy k zákonu) 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 *expressis verbis* 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 dospět i prostým jazykovým výkladem. Tento internacionalismus je totiž konstantně vykládán jako „rozdílný, jiný přístup k jednotlivci či skupině než k celku“.

Zadavatel požadoval splnění uvedených kvalifikací ve vztahu ke všem osobám, které přicházely v úvahu coby potenciální dodavatelé. Vůči jednotlivým uchazečům o veřejnou zakázku byl uvedený požadavek uplatněn jednotně, a tedy nastavením tohoto kvalifikačního kritéria nedošlo k jakémukoli projevu uplatňování rozdílných podmínek vůči jednotlivým uchazečům. Zjednodušeně řečeno: jednalo se o požadavek uplatněný *erga omnes*.

Pokud jde o samu objektivní nemožnost opatřit si ve lhůtě k podání nabídek příslušné certifikáty, tímto směrem se podstata argumentace žalobců neubírá; žalobci sice v žalobě uvádějí, že certifikáty nepotřebují a že nebylo možné tyto certifikáty objektivně získat, avšak předmětem žalobního bodu je tvrzení, že zadavatel nemohl certifikát požadovat, neboť jej žalobci ke své činnosti nepotřebují (v případě certifikátu OHSAS 18001), resp. kromě toho že měl zadavatel akceptovat alternativu, jak mu ji žalobci předložili (v případě certifikátu EMS 14000, resp. odkazu na Sociální a ekologickou zprávu). Za podstatnou tu soud považuje skutečnost, že k vyloučení žalobců z dalšího zadávacího řízení došlo nikoli proto, že by žalobci nestihli certifikáty předložit, ale proto, že náhradu těchto certifikátů (tedy dokumenty, které oni sami za takovou náhradu považovali) nepředložili coby součást nabídky a v jazyce nabídky. Tu soud toliko připomíná, že zadavatel sám možnost předložení rovnocenného ekvivalentu těchto certifikátů umožnil.

Ve vztahu k důvodnosti požadavku zadavatele na doložení kvalifikace předložením obou certifikátů nebo jim naroveň postavených dokumentů zde tedy není, čeho by měl soud postupu zadavatele, a tedy i závěrům žalovaného, principiálně vytknout. Nejde o požadavek, který by jevil jakékoli znaky požadavku diskriminačního, šikanózního či ve vztahu k charakteru veřejné zakázky zcela nemístného. Nadto v případě obou certifikátů nebo jim naroveň postavených dokumentů nejde o požadavek, jenž by byl v rozporu s § 25 odst. 1 zákona netransparentním, neboť jeho uplatnění ze strany zadavatele samo o sobě nečinilo zadávací řízení neprůhledným či hůře kontrolovatelným.

Zbývá tedy posoudit, zda šlo ze strany zadavatele o takové požadavky z hlediska ochrany životního prostředí a bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, které nepřekročily zákonné meze stanovené § 30 a násl. zákona.

Pokud jde o požadavek z oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci (požadavek certifikátu OHSAS 18001 nebo jeho ekvivalentu), ohledně něj soud uvážil takto: Zadavatel je povinen ve všech případech zadávání veřejných zakázek požadovat splnění tzv. dalších kvalifikačních kritérií. Vždy však musí konkrétní další kvalifikační kritéria (subsumovatelná pod kritéria technické způsobilosti podle § 33 zákona) stanovit tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky. Zákon nepodává seznam možných konkrétních požadavků na technickou způsobilost. Ve výběru, jakou konkrétní technickou způsobilost (její projev) a jakou konkrétní úroveň takové technické způsobilosti dodavatele zadavatel určí jako podmínku splnění kvalifikace, je zadavatel omezen § 30 odst. 3 zákona, který zadavateli ukládá povinnost požadovat pouze takové informace o kvalifikaci dodavatelů (tedy i o jejich technické způsobilosti), jež bezprostředně souvisí s předmětem zakázky.

Zohlední-li tedy soud právě uvedené, pak požadavek na předložení certifikátu, resp. jemu naroveň postaveného dokumentu, za účelem prokázání technické způsobilosti s odkazem na opatření k zabezpečení jakosti (§ 33 odst. 1 písm. c/ bod 5 zákona) se jeví jako plauzibilní. Zcela odhlédnuto od stanoviska Evropské komise, nejde o požadavek překračující zákonné meze stanovené zákonem o veřejných zakázkách a soud uzavírá, že zadavatel neuplatnil toto „jiné“ („další“) kritérium nad rámec těch, které jsou výslovně obsaženy v zákoně.

Pokud žalovaný ohledně kvalifikačních kritérií ve vztahu k doložení certifikátu OHSAS 18001 argumentoval stanoviskem Evropské komise, pokládá soud takovou argumentaci za podpůrnou ve vztahu k argumentaci prezentované správním orgánem prvního stupně. Soud přitom nepřisvědčuje žalobcům v tom směru, že by napadený závěr žalovaného byl opřen primárně o stanovisko Evropské komise. Stanovisko Evropské komise samo o sobě pro soud v právě projednávané věci postrádá hlubšího významu, nejvýše mu lze přiznat právě podpůrný argumentační význam, avšak toliko na něm by rozhodnutí žalovaného vystavěno být nemohlo a ani nebylo. Pro soud je rozhodující, že požadavek doložení uvedeného certifikátu či jeho ekvivalentu nalézá oporu v § 33 odst. 1 písm. c) bodu 5 zákona, jak již soud shora podal.

K obdobnému závěru soud dospěl i ohledně požadavku z hlediska ochrany životního prostředí (požadavek certifikátu řady EMS 14000 nebo jeho ekvivalentu). Podle § 37 odst. 2 zákona se splnění požadavků systému řízení podniků z hlediska ochrany životního prostředí prokazuje předložením certifikátu vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou, rovnocenného certifikátu vydaného v členském státě Evropské unie nebo jiného dokladu, uzná-li jej zadavatel. Zadavatel přitom ekvivalent primárně požadovaného certifikátu specifikoval v zadávací dokumentaci (čl. 6.3.2 – viz shora). Ani v tomto případě tedy nejde o požadavek překračující zákonné meze a soud i v tomto případě uzavírá, že zadavatel neuplatnil požadavek nezákonný (jdoucí mimo rámec zákona).

Samostatnou je pak otázka, zda způsob, jaký žalobci k prokázání právě uvedených požadavků zadavatele zvolili, byl z pohledu zákona dostačující či nikoli.

Pokud ze zadávací dokumentace vyplývá, že podmínku zadavatele lze splnit předložením certifikátu prokazujícího zavedení systému řady OHSAS 18001, přitom má-li uchazeč zaveden jiný systém bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, může zadavateli předložit tento jiný platný certifikát, který prokazuje zavedení tohoto systému v organizaci uchazeče, je třeba takový certifikát předložit coby součást nabídky. To žalobci neučinili.

Pokud jde o certifikát řady EMS 14000 či jeho ekvivalent, namísto nich žalobci předložili prohlášení, v němž sice obecně popsali způsob, jakým příslušné standardy dodržují, v konkrétních podrobnostech však odkázali na Sociální a ekologickou zprávu umístěnou na internetových stránkách žalobce a). Žalovaný tu přitom nedospěl k závěru, že by žalobci předložená Sociální a ekologická zpráva nepředstavovala ekvivalent zadavatelem primárně požadovaného certifikátu, nýbrž že nebyla předložena coby součást nabídky a v českém jazyce.

Ohledně otázky, že samotná Sociální a ekologická zpráva nebyla materiální součástí nabídky, není mezi žalobci a žalovaným sporu. Namítají-li žalobci, že kvalifikaci v požadovaném směru doložili již samotným prohlášením, pak soud tomuto tvrzení nepřisvědčuje, neboť jde toliko o obecné konstatování dodržení standardů. Toto konstatování ostatně žalobci doplňovali odkazem na samotnou Sociální a ekologickou zprávu; soud má tedy za to, že žalobci si obecností svého prohlášení (odkazovali-li v podrobnostech na Sociální a ekologickou zprávu) museli být vědomi. Sociální a ekologická zpráva však jednak nebyla součástí nabídky samotné (jak je již shora uvedeno, neboť na ni bylo toliko „odkazováno“), kromě toho nebyla vyhotovena ani v českém jazyce.

Jazyk, v němž měla být dle žalobců Sociální a ekologická zpráva zadavateli dostupná (tedy na internetových stránkách žalobce a/), je pak další samostatnou otázkou, kterou se soud musel zabývat.

Zpochybňují-li žalobci samostatně oprávněnost požadavku českého jazyka nabídky, ani tomuto jejich tvrzení nelze přisvědčit. Jazyk nabídky, tj. jazyk, v němž lze předkládat nabídky a doklady, jejichž předložení souvisí s nabídkou a je zákonem uloženo, je upraven v § 91 odst. 3 zákona. Podle tohoto ustanovení se nabídky a další doklady předkládají v českém jazyce, v oznámení zadávacího řízení může zadavatel požadovat předložení nabídky rovněž v dalším jazyce. Nabídky a další doklady související s nabídkou požadované tímto zákonem se tedy předkládají vždy pouze v českém jazyce, ledaže by zadavatel v oznámení zadávacího řízení požadoval předložení nabídek také v jiném než v českém jazyce. V takovém případě by se nabídky předkládaly v českém jazyce a kromě toho i v jazyce, který zadavatel v oznámení zadávacího řízení stanovil. Zadavatel však jazyk nabídky v právě uvedeném smyslu nerozšířil.

Stanoví-li tedy § 91 odst. 3 zákona pravidlo, podle něhož nabídky a další doklady požadované tímto zákonem se předkládají v českém jazyce, avšak další jazyk, jež by zadavatel nad rámec jazyka českého požadoval, je omezen na „nabídky“, pak soud uzavírá, že tyto doklady musí být vždy předloženy v českém jazyce, tj. že jejich jazykovou alternativu zákon nepřipouští. Do kategorie „dalších dokladů požadovaných tímto zákonem“ podle § 91 odst. 3 zákona spadají přitom ty doklady, jejichž předložení souvisí s předložením samotné nabídky a tvoří její materiální součást. Typicky jde přitom právě o doklady, jimiž je prokazováno splnění kvalifikace. Na listiny, jež jsou součástí samotné nabídky, se tak nutně vztahuje ta část pravidla o přípustnosti jazyků podávaného z tohoto ustanovení, která se vztahuje k nabídkám samotným. Pokud tedy žalobci hodlali učinit Sociální a ekologickou zprávu součástí nabídky (neboť jen tak jí mohli prokázat splnění kvalifikace, což ostatně odpovídá jejich úmyslu podle textu „Potvrzení ve věci ochrany životního prostředí“, které tvoří součást nabídky), pak by musela být společně s nabídkou přiložena, a sice v jazyce nabídky, tedy v jazyce českém.

Z právě uvedeného tedy vyplývá, že pokud nebyla Sociální a ekologická zpráva – dle žalovaného důvodně představující ekvivalent zadavatelem požadovaného certifikátu – součástí nabídky, byla tato skutečnost důvodem pro vyloučení žalobců ze zadávacího řízení pro nesplnění kvalifikace podle § 39 odst. 2 zákona. I kdyby však součástí nabídky byla, nesplňovala by podmínku doložení v jazyce nabídky, tj. v českém jazyce. I v takovém případě by byli žalobci z další účasti v zadávacím řízení vyloučení (v tomto případě v souvislosti s důvodným vyřazením nabídky podle § 59 odst. 5 zákona).

Pokud jde o samostatnou námitku žalobců, že se žalovaný sám nevyjádřil k certifikátu EMS 14000, ani ta není důvodná, neboť žalovaný se k této otázce vyjádřil v bodu 75. Skutečnost, že správní orgán rozhodující ve vyšší instanci převzal argumentaci správního orgánu rozhodujícího v nižší instanci, na tomto závěru nic nemění. Jak již soud shora popsal, správní řízení ve všech stupních tvoří jeden celek, přezkoumáváno je přitom rozhodnutí vydané v posledním stupni správního řízení (tu napadené rozhodnutí žalovaného). Pokud by byla argumentace žalovaného odlišná od argumentace předestřené správním orgánem prvního stupně, soud by přezkoumával závěry, k nimž dospěl žalovaný, přitom by k argumentačním odlišnostem přihlížel zásadně z toho pohledu, zda účastníka správního řízení takový postup nezkrátil na pořadu instancí správního orgánu (typicky by se tak mohlo stát v situaci, pokud by argumentace správního orgánu rozhodujícího ve vyšší instanci byla opřena o zcela odlišná skutková zjištění). Nehodlal-li přitom žalovaný na argumentaci, jak ji podal správní orgán prvního stupně, nic měnit (považoval-li ji tedy za zcela přílehlavou), neshledává soud jakéhokoli důvodu k tomu, aby taková argumentace musela být žalovaným opakována. Pokud tedy správní orgán prvního stupně rozhodl, že požadavek na certifikát EMS 14000 nepřekračoval rámec zákona, přitom „Potvrzení ve věci ochrany životního prostředí“ nepředstavovalo ekvivalent požadovaného certifikátu a Sociální a ekologická zpráva nebyla součástí nabídky a nebyla vyhotovena v českém jazyce, pokud žalobci v rozkladu namítali, že zadavatel měl posoudit relevanci odkazu na Sociální a ekologickou zprávu, a pokud žalovaný se

v řízení o rozkladu ztotožnil se závěrem správního orgánu prvního stupně, že tak zadavatel učinit neměl, neboť tato zpráva nebyla součástí nabídky a nebyla vyhotovena v českém jazyce, pak žalovaný v této otázce plně vyčerpал předmět rozkladu. V jeho postupu tak soud pochybení neshledává.

K této části žaloby tedy soud uzavírá, že pokud žalobci v zadávacím řízení nepředložili takový dokument, který by splňoval požadavky plnohodnotného ekvivalentu zadavatelem požadovaných certifikátů (in concreto: dokument nebyl součástí nabídky a v českém jazyce), byl závěr zadavatele a následně i správního orgánu prvního stupně a žalovaného ohledně důvodnosti vyloučení žalobců ze zadávacího řízení v souladu se zákonem.

Již ze shora uvedeného důvodu bylo vyloučení žalobců ze zadávacího řízení důvodným. Přesto se soud zabýval i ostatními námitkami žalobců ve vztahu k důvodům, pro které byli žalobci ze zadávacího řízení vyloučeni.

Důvodnými nejsou ani námitky splnění podmínky doložení trestní bezúhonnosti (bezrestnosti) žalobců.

Podle § 31 odst. 1 písm. d) zákona splňuje základní kvalifikační kritéria ten, kdo nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin nebo došlo k zahlazení odsouzení trestného činu, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání, jde-li o fyzickou osobu; jde-li o právnickou osobu, musí tuto podmínku splňovat statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu, vedoucí organizační složky zahraniční právnické osoby nebo statutárním orgánem pověřený zástupce.

Je-li tedy uchazečem osoba právnická, pak podle právě citovaného ustanovení zákona musí být uvedená podmínka zkoumána kumulativně jak u každého člena statutárního orgánu (je-li statutární orgán orgánem kolektivním), a to bez ohledu na skutečnost, zda jde o tuzemskou či zahraniční právnickou osobu, tak u vedoucího organizační složky (jde-li o zahraniční právnickou osobu). Požadavky ve vztahu ke kolektivnímu statutárnímu orgánu právnické osoby platí bez ohledu na to, zda jde o tuzemskou či zahraniční právnickou osobu, a nejsou prolomeny ani jinak determinovány požadavkem ve vztahu k vedoucímu organizační složky v případě zahraniční právnické osoby.

To tedy znamená, že jestliže se splnění kvalifikačního předpokladu zkoumá u právnické osoby, musí být absence odsouzení pro trestný čin vždy prokázána ve vztahu ke statutárnímu orgánu. Má-li společnost jeden kolektivní statutární orgán, musí být splnění tohoto kvalifikačního kritéria prokázáno ve vztahu ke všem fyzickým osobám takový statutární orgán tvořícím. V případě, že je kvalifikace zkoumána u uchazeče, který je zahraniční právnickou osobou (tj. právnickou osobou se sídlem mimo území České republiky), která má však v České republice zřízenou organizační složku, musí být zkoumáno splnění tohoto kvalifikačního kritéria rovněž u vedoucího

takové organizační složky. Nadto platí, že jestliže je uchazečem právnická osoba a statutární orgán takové právnické osoby pověřil jejím zastupováním další fyzickou osobu (zástupce), musí být bezúhonnost prokázána i u ní.

Shora uvedené požadavky se uplatní na všechny fyzické osoby tvořící statutární orgán (v daném případě na všechny členy správní rady, jejíž charakter kolektivního statutárního orgánu není mezi účastníky sporným), aniž by bylo rozhodující, že v příslušném zadávacím řízení za žalobce fakticky jednali toliko někteří z nich. Determinaci vůle statutárního orgánu (k níž dochází uvnitř statutárního orgánu celým takovým orgánem) a její projevení navenek (toliko některými členy, avšak v souladu s tím, jak byla tato vůle determinována) je třeba odlišovat. Soud nepovažuje za vyloučené, aby jménem právnické osoby jednali pouze někteří členové kolektivního statutárního orgánu, to však neznamená, že zbylí členové, kteří se též podílejí na obchodním vedení společnosti, by neměli být za členy takového statutárního orgánu považováni. Jsou-li žalobci akciovými společnostmi, pak ostatně ani česká vnitrostátní úprava společenstevního práva nevyklučuje, aby oprávnění každého člena představenstva akciové společnosti (který je jinak oprávněn jménem akciové společnosti jednat), bylo omezeno (§ 191 odst. 1 věta třetí zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů), přitom na postavení všech konkrétních fyzických osob tvořících statutární orgán akciové společnosti (nikoli jen těch, kteří jsou oprávněni za společnost jednat) nic nemění ani skutečnost, že do obchodního rejstříku se mimo jiné zapisují ti členové představenstva, kteří zavazují společnost, a způsob, kterým tak činí (§ 191 odst. 1 věta čtvrtá zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů). Požadavek podle § 31 odst. 1 písm. d) zákona je tedy aplikovatelný na všechny osoby, které vůli statutárního orgánu determinují, nikoli jen na ty osoby, které ji projevují navenek, ať už na základě zákona či na základě jakéhokoli vnitřního předpisu žalobců.

Požadavek bezúhonnosti (beztrestnosti) tedy žalobci nesplnili tím, že v rámci nabídky předložili výpisy z rejstříku trestů toliko u některých osob tvořících jejich statutární orgány, konkrétně nikoli u pánů Vily a Mase. Jejich výpisy byly předloženy až coby příloha námitek žalobců proti rozhodnutí zadavatele ze dne 16.11.2005 o vyloučení žalobců z další účasti v zadávacím řízení doručených zadavateli dne 30.11.2005, kde žalobci uvádějí, že tyto výpisy nebyly součástí nabídky „... z důvodu technického nedopatření...“. K takovému pozdějšímu předložení těchto výpisů zadavatel důvodně nepřihlížel. To je důsledkem přísné formální a koncentrační zásady podávané z § 30 odst. 1 zákona ve spojení s § 38 odst. 1 zákona, na níž je vystavěno hodnocení splnění kvalifikace podle § 30 zákona (včetně splnění základních kvalifikačních kritérií podle § 31 zákona). Hodnocení splnění kvalifikace je prováděno pouze jedenkrát, a sice v otevřeném řízení v časovém úseku mezi podáním nabídky a jejím hodnocením (nabídka toho uchazeče, který nespĺňuje kvalifikaci, již není předmětem hodnocení ani posuzování). Jestliže není splnění kvalifikace v rámci tohoto časového úseku prokázáno, má se za to, že kvalifikace není splněna, přitom pozdější průkaz splnění takové kvalifikace nemůže být zohledněn.

Soudu tedy nezbyvá než uzavřít, že samostatným důvodem pro vyloučení žalobců ze zadávacího řízení bylo nesplnění požadavku prokázání trestní bezúhonnosti (bezrestnosti) podle § 31 odst. 1 písm. d) zákona. Žalobci tedy měli být vyloučení ze zadávacího řízení samostatně pro nesplnění kvalifikace podle § 39 odst. 2 zákona. V tomto směru tedy žalovaný dospěl ke správnému závěru a námitky žalobců nejsou důvodnými.

Shora uvedené skutečnosti zakládající nesplnění kvalifikace soud nadto nepovažuje za nejasnosti či nesrovnalosti v nabídce žalobců, jež by založily povinnost zadavatele vyjasňovat si se žalobci tyto skutečnosti v průběhu zadávacího řízení či poskytovat příležitost žalobcům k jakémukoli „vedení na pravou míru“, a tedy v tomto směru zadavatel nepostupoval vůči žalobcům unfair ani z širšího pohledu přesahujícího jeho povinnosti *expressis verbis* vyjádřené v zákoně.

Namítají-li žalobci v souvislosti se svým vyloučením ze zadávacího řízení dále, že v případě, kdy byla ustavena hodnotící komise, měla hodnotit kvalifikaci žalobců coby uchazeče právě tato hodnotící komise a nikoli sám zadavatel, ani této námitce soud nepřisvědčuje.

Podle § 39 odst. 1 zákona provádí hodnocení kvalifikace zadavatel, a sice podle kritérií uvedených v oznámení zadávacího řízení. Pravidlo podávané z právě citovaného ustanovení se přitom uplatní vždy, tj. bez ohledu na skutečnost, zda zadavatel měl povinnost ustavit hodnotící komisi či nikoli a zda ji také ustavil či nikoli. Samo hodnocení kvalifikace je zcela samostatnou a oddělenou fází zadávacího řízení a je třeba jej odlišovat od jiných úkonů, ke kterým v průběhu zadávacího řízení dochází. Zejména je třeba hodnocení kvalifikace odlišit a důsledně oddělit od otevírání obálek s nabídkami ve smyslu § 59 zákona a od samotného posuzování a hodnocení nabídek podle § 61 a § 62 zákona. Tyto jednotlivé úkony se liší účelem a svým významem pro další zadávací řízení. Hodnocení kvalifikace prováděné zadavatelem lze chápat jako myšlenkový proces, v jehož rámci zadavatel zkoumá, zda uchazeči splňují kvalifikaci ve smyslu § 30 odst. 2 a násl. zákona. V rámci hodnocení kvalifikace není zkoumána nabídka samotná, resp. zbývající obsah nabídky, a to ani ve vztahu k její úplnosti. To činí až následně hodnotící komise v rámci otevírání obálek. Výsledkem myšlenkového procesu hodnocení kvalifikace je závěr o tom, zda konkrétní uchazeč splňuje kvalifikaci, resp. zda tuto kvalifikaci prokázal předložením úplných a pravdivých údajů, informací a dokladů, přičemž případný negativní závěr se musí promítnout v rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče.

Soud žalobcům přisvědčuje potud, že posuzování a hodnocení nabídek představuje jednotný proces, ve kterém je od počátku do konce aktivní pouze hodnotící komise (mimo případy, kdy nemusí být ustavena). Hodnocení kvalifikace však není součástí posuzování nabídek ani jejich hodnocení podle § 61 a § 62 zákona. Má-li soud respektovat zákonnou posloupnost jednotlivých kroků v rámci zadávacího řízení včetně obligatorního otevírání nabídek s nabídkami až hodnotící komisí (§ 59

odst. 1 a 2 zákona) a zároveň pravidlo podávané z § 39 odst. 1 zákona, podle něhož kvalifikaci hodnotí zadavatel (aniž by bylo rozhodující, zda je ustavena hodnotící komise či nikoli), pak musí dospět k následujícímu závěru: Pokud zadavatel pověřil hodnotící komisi (ustavenou jinak k posuzování a hodnocení nabídek) i hodnocením kvalifikace, musí takové hodnocení kvalifikace probíhat paralelně s kontrolou nabídky dle § 59 odst. 3 písm. a) až c) zákona (tj. z hlediska jazyku nabídky, podpisu oprávněné osoby a úplnosti ve vztahu k zadavatelem požadovanému obsahu), resp. bezprostředně po uskutečnění takové kontroly. Pokud zadavatel hodnocením kvalifikace naopak hodnotící komisi nepověřil (a tedy hodnocení provádí podle § 39 odst. 1 zákona sám) a pokud jsou doklady prokazující kvalifikaci součástí obálky, v níž je obsažena samotná nabídka (posuzovaná a hodnocená hodnotící komisí, otevíraná hodnotící komisí bezprostředně před uskutečněním její kontroly podle § 59 odst. 3 zákona), hodnotící komise po kontrole obsahu obálek ve smyslu § 59 odst. 3 zákona předá doklady o kvalifikaci k jejich hodnocení zadavateli.

Kvalifikaci tedy hodnotí zadavatel (§ 39 odst. 1 zákona). Může tak učít sám, alternativně může touto činností pověřit třetí osobu, avšak s důsledky týmiž, jakoby takové hodnocení kvalifikace prováděl sám. Zákon nevyklučuje, aby takovou „třetí osobou“ byla například právě hodnotící komise ustavená podle § 57 zákona, avšak pokud hodnocení kvalifikace zadavatel na žádnou třetí osobu nedelegoval, byl oprávněn kvalifikaci hodnotit sám. Postupoval-li tedy v tomto konkrétním případě zadavatel tak, že hodnocení kvalifikace na jinou osobu nedelegoval, pak byl k hodnocení příslušným toliko on sám a hodnocením kvalifikace takto uskutečněným zákon neporušil. I ohledně této otázky dospěl žalovaný ke správnému závěru a ani v této části není žaloba důvodnou.

Ohledně všech námitek uplatněných proti závěrům žalovaného týkajícím se vyloučení žalobců ze zadávacího řízení tedy soud uzavírá, že žádná z námitek není důvodnou.

Soud tedy aprobuje závěr žalovaného, že zadavatel byl oprávněn žalobce ze zadávacího řízení vyloučit, a to pro každý ze shora uvedených důvodů samostatně.

Pokud jde o tvrzení žalobců uplatněné v rámci správního řízení o přezkum zadavatelových úkonů, podle něhož zadavatel rozhodl o vyloučení žalobců současně s rozhodnutím o přidělení veřejné zakázky, tu soud pouze připomíná skutečnost již shora uvedenou, že tato námitka v řízení před zdejší soudem nebyla coby součást žádného ze žalobních bodů uplatněna, a tedy soud tímto směrem zaměřit svůj přezkum nemohl (§ 71 odst. 1 písm. d) s.ř.s. ve spojení s § 75 odst. 2 s.ř.s.). Není samo o sobě relevantním, že toto tvrzení je obsaženo v dopise Evropské komisi, jehož český překlad žalobci předložili zdejšímu soudu „...za účelem doplnění důkazů...“ (podání žalobců doručené zdejšímu soudu dne 9.6.2006).

Pokud tedy soud po vyčerpání obsahu žaloby v té části, která směřuje proti závěrům žalovaného ohledně důvodů vyloučení žalobců ze zadávacího řízení pro nesplnění kvalifikace, dospěl k závěru, že žalobci byli na základě objektivních

skutečností shora popsaných, nikoli subjektivních skutečností, jež by byly založeny primárně na úvaze hodnotící komise či samotného zadavatele, ze zadávacího řízení vyloučení důvodně, a to již pro nesplnění kvalifikace podle § 39 odst. 2 zákona, nemohla být jejich nabídka předmětem samotného hodnocení. Jeho předmětem jsou totiž jen takové nabídky, jež byly podány ve lhůtě pro podání nabídky, v uzavřených obálkách, které nebyly vyřazeny podle § 59 odst. 5 zákona pro nesplnění náležitostí uvedených v § 59 odst. 3 zákona a zároveň jejichž podatelé nebyli vyloučeni pro nesplnění kvalifikace právě podle § 39 odst. 2 zákona. Za této situace jsou námitky žalobců směřující do procedury postupu hodnotící komise při samotném hodnocení, do zadavatelových ingerencí do jednání hodnotící komise, do absence řádného vyhodnocení jediné (zbylé) nabídky toho uchazeče, který jako jediný nebyl ze zadávacího řízení vyloučen, do zvýhodnění vítězného uchazeče a do neprokázání technické způsobilosti vítězného uchazeče irrelevantními. Zjednodušeně řečeno: pokud byli žalobci ze zadávacího řízení vyloučeni v souladu se zákonem (již pro nesplnění kvalifikace), pak se jejich veřejných subjektivních práv nemohl jakkoli dotknout postup zadavatele uskutečněný po jejich vyloučení. Nabídka žalobců nebyla a neměla být hodnocena, jak soud shora vyložil, nemohla být tedy nabídkou vítěznou, a tedy konečné pořadí úspěšnosti nabídek by se ve prospěch žalobců nemohlo změnit.

Soud nekonstatuje zákonnost postupu zadavatele v rámci zadávacího řízení, neboť i on na základě obsahu zadávací dokumentace sdílí určitý stupeň pochybností o celkové korektnosti zadávacího řízení, nicméně pro jeho rozhodnutí jsou stěžejními shora uvedené objektivní nedostatky nabídky žalobců a nadto obsah žaloby, jímž byly vymezeny meze soudního přezkumu. Aniž by tu tedy soud mohl jakkoli spekulovat o důvodech konkrétního postupu zadavatele a hodnotící komise a o okolnostech, jež v žalobcích vzbudily dojem nedůvěry ve způsob vedení zadávacího řízení, pak i kdyby zadavatel v rámci postupu nesouvisejícího se samotnými důvody vyloučení žalobců ze zadávacího řízení pochybil způsobem, jak jej žalobci v žalobě namítají, nijak by se tato skutečnost na subjektivních veřejných právech žalobců nemohla projevit. Postavení žalobců coby uchazeče již důvodně vyloučeného by se již nijak nemohlo změnit. Odlišná situace by nastala tehdy, pokud by žalobci neměli být ze zadávacího řízení vyloučeni, měli by se jej tedy dále účastnit a jejich nabídka by měla být předmětem hodnocení. Tak tomu však v daném případě není.

K právě uvedenému závěru soud dospívá na základě § 2 s.ř.s., podle něhož poskytují soudy ve správním soudnictví ochranu veřejným subjektivním právům fyzických i právnických osob způsobem a za podmínek stanovených s.ř.s. Samotná žalobní legitimace v řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu, jíž je mimo jiné determinována i možnost soudu přiznat žalobcům příslušnou právní ochranu v rámci správního soudnictví, je pak podle § 65 s.ř.s. vázána na tvrzení ohledně založení, změny, zrušení nebo závazného určení (veřejných subjektivních) práv a povinností. Prolomení tohoto pravidla je pak podáváno výlučně pro zvláštní případy žalob k ochraně veřejného zájmu (§ 66 s.ř.s.). Soud tu nemůže být pokládán za obecného protektora postupu zadavatele v rámci zadávacího řízení, ale toliko za

protektora veřejných subjektivních práv svědčících v souvislosti se zadávacím řízením žalobcům. Z tohoto důvodu tedy i kdyby soud konstatoval, že se žalovaný dopustil pochybení souvisejícího s přezkumem zadavatelova postupu uskutečněného až po vyloučení žalobců ze zadávacího řízení (tedy v období, ve kterém již žalobci po právu nebyli a neměli být účastníky zadávacího řízení pro nesplnění kvalifikace), resp. zadavatelova postupu nijak nesouvisejícího s vyloučením žalobců, nemohl by v těchto otázkách poskytnout žádnému ze žalobců takovou míru retace, jež by se mohla projevit zrušením napadeného rozhodnutí.

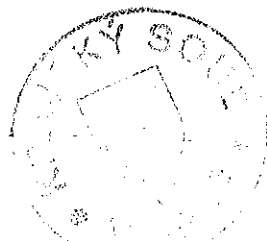
Ze shora uvedených důvodů, a to pro nedůvodnost námitek žalobců směřujících proti závěrům žalovaného ohledně postupu zadavatele při vyloučení nabídky žalobců, se tedy soud zbylými námitkami žalobců směřujícími proti závěrům žalovaného ohledně dalšího postupu zadavatele nesouvisejícího se samotným vyloučením žalobců ze zadávacího řízení již nezabýval a žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

Výrok o nákladech řízení se opírá o § 60 odst. 1 a 7 s.ř.s. Žalobci ve věci úspěšnými nebyli, proto jim náhrada nákladů řízení ex lege nepřísluší. 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 podle § 60 odst. 7 s.ř.s. 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 vznikly (§ 60 odst. 5 s.ř.s.).

P o u č e n í : 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 17.10.2006

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