



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců Mgr. Petra Pospíšila a JUDr. Kateřiny Mrázové, Ph.D., v právní věci žalobce: **B2B CENTRUM a. s.**, se sídlem Praha 4, Kloknerova 2249/9, zastoupeného Mgr. Petrou Ledvinkovou, advokátkou se sídlem Hostivice, Lipová 595, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, za účasti osob zúčastněných na řízení: **I) Syntaxit, s. r. o.**, se sídlem Praha 4, Kaplická 857/39, zastoupené JUDr. Pavlem Weikertem, advokátem se sídlem Praha 2, Italská 2561/47, **II) Ministerstvo pro místní rozvoj**, se sídlem Praha 1, Staroměstské nám. 6, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 8. 2013, č.j. ÚOHS-R294/2012/VZ-14814/2013/310/BVÍ,

t a k t o :

- I. Žaloba **s e z a m í t á .**
- II. Žalobce **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **s e n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení.
- IV. Osoby zúčastněné na řízení **n e m a j í** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci a shrnutí průběhu správního řízení

[1] Žalovaný ve správním řízení přezkoumával úkony Ministerstva pro místní rozvoj coby zadavatele učiněné při koncesním řízení s názvem „*Výběr provozovatelů, kteří zajistí*

vytvoření a provoz elektronických tržisev veřejné správy“, jehož oznámení bylo v Informačním systému veřejných zakázek uveřejněno dne 21. 1. 2011 pod ev. č. 60055369.

[2] Rozhodnutím ze dne 8. 10. 2012, č. j. ÚOHS-S397/2011/KO-6226/2012/550/Swa (ve znění opravného rozhodnutí ze dne 2. 11. 2012, č. j. ÚOHS-S397/2011/VZ-20721/2012/521/Swa), žalovaný podle § 24f písm. d) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění účinném pro projednávanou věc (dále též „koncesní zákon“), zastavil správní řízení v části týkající se zadávacích podmínek, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou (výrok I.), a dále podle § 25 odst. 4 písm. a) koncesního zákona zamítl návrh žalobce proti jeho vyloučení z koncesního řízení, jelikož nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona (výrok II.).

[3] V rámci správního řízení žalovaný z předložené dokumentace zjistil, že předmětem koncesní smlouvy je vytvoření a běžný provoz e-tržisev ve stanovených parametrech. Předmět plnění koncesní smlouvy je rozdělen do tří fází: *Fáze 1* – Vytvoření systému e-tržisev provozovatelem, *Fáze 2* – Realizace akceptačních testů před spuštěním e-tržisev do běžného provozu a *Fáze 3* – Zajištění běžného provozu e-tržisev. Koncesní smlouva na předmět tohoto koncesního řízení měla být uzavřena s více koncesionáři (předpoklad pět koncesionářů) na dobu pěti let s předpokládanou účinností od 1. 1. 2012 a s předpokládaným ukončením do 31. 12. 2016.

[4] Základní hodnotící kritérium – ekonomická výhodnost nabídky, bylo zadavatelem rozděleno na dvě dílčí hodnotící kritéria:

- Nabídková cena za poskytování služeb e-tržisev – 55 %
- Kvalita technicko-technologického návrhu řešení e-tržisev – 45 %

[5] Dílčí hodnotící kritérium „Nabídková cena za poskytování služeb e-tržisev“ bylo zadavatelem rozděleno na dvě subkritéria, subkritérium I. a subkritérium II., které bylo dále tvořeno deseti položkami. Pro účely hodnocení dle těchto subkritérií zadavatel požadoval, aby dodavatelé vyplnili přílohu koncesní dokumentace nazvanou „Kalkulace jednotkových cen Základních služeb“. Takto nabízené jednotkové ceny plánoval zadavatel před samotným jednáním o nabídkách sjednotit dle postupu uvedeného v koncesní dokumentaci, na jehož základě by bylo dosaženo jednotného ceníku sjednocených jednotkových cen základních služeb. Při následném jednání o nabídkách měl zadavatel za cíl zjistit stanovisko jednotlivých dodavatelů, zda jsou připraveni upravit návrh koncesní smlouvy podle jednotného ceníku.

[6] Zadavatel vyloučil žalobce z účasti v koncesním řízení rozhodnutím ze dne 25. 7. 2011, protože žalobce podal nepřijatelnou nabídku ve smyslu § 22 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném pro projednávanou věc (dále též „zákon o veřejných zakázkách“), kvůli tomu, že žalobce v rámci subkritéria I. a v rámci devíti z celkem deseti položek subkritéria II. dílčího hodnotícího kritéria „Nabídková cena za poskytování služeb e-tržisev“ uvedl hodnotu „0 %“, resp. „0 Kč“. Taková nabídka nevyhověla požadavkům zadavatele na členění nabídkové ceny a na uvedení ceny služeb e-tržisev ve smyslu čl. 8.2 koncesní dokumentace. Zadavatel nepředpokládal, že plnění bude poskytováno bezplatně, neboť cena musí zahrnovat náklady provozovatele e-tržisev spojené s plněním

předmětu koncese a případně jeho přiměřený zisk. Zahrnutí nulových položek do hodnocení je zúžením dílčích hodnotících kritérií, což vede k porušení zásad zákona o veřejných zakázkách, resp. koncesního zákona (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2010, č. j. 9 Afs 69/2010-175).

[7] Rozhodnutím ze dne 19. 8. 2011 pak zadavatel nevyhověl námitkám žalobce ze dne 10. 8. 2011 proti rozhodnutí o jeho vyloučení z další účasti v koncesním řízení. Následně žalobce podal dne 29. 8. 2011 k žalovanému návrh na přezkoumání úkonů zadavatele.

[8] Žalovaný ve správním řízení dospěl k názoru, že část námitek směřovala proti zadávacím podmínkám, které však byly podány opožděně, a z toho důvodu žalobce není oprávněnou osobou pro podání návrhu proti zadávacím podmínkám. Proto správní řízení v této části zastavil.

[9] Co se týče způsobu zpracování nabídkové ceny, žalovaný dospěl ve svém rozhodnutí k závěru, že zadavatel při stanovení požadavku na způsob zpracování nabídkové ceny a vymezení hodnotících kritérií logicky očekával, že uchazeči vyčíslí reálnou hodnotu nabízených služeb, která bude zahrnovat náklady uchazeče na poskytování konkrétní služby a zisk uchazeče, a že tuto hodnotu bude moci porovnat s hodnotami nabízenými ostatními uchazeči. Uvedením hodnoty „0 Kč“ nebyl splněn požadavek zadavatele na uvedení ceny požadovaných služeb.

[10] Není pravdou, že nabídková cena je v případě dotčeného koncesního řízení pouze orientační cenovou hodnotou. Na základě hodnot nabídnutých uchazeči v jednotlivých subkritériích, vymezených zadavatelem, bylo provedeno hodnocení nabídek, ze kterého následně vzešel seznam uchazečů, se kterými zadavatel hodlal dále o ceně jednat. Nabídkové ceny byly rovněž podkladem pro sestavení jednotného ceníku služeb, který se následně promítl do koncesní smlouvy. Pokud by zadavatel při výpočtu cen jednotlivých služeb vycházel z cen, které by byly nereálné, nabídnutých jednotlivými uchazeči, pak by i výsledné hodnoty v ceníku služeb neodpovídaly cenám, za které by bylo možné předmět koncesního řízení realizovat. Kritérium nabídkové ceny v tomto koncesním řízení tedy nemá zcela jiný význam než v jiných zadávacích řízeních, a proto lze i na nyní projednávané koncesní řízení aplikovat závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 69/2010.

[11] O nepřijatelnou nabídku ve smyslu § 22 odst. 1 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, se v případě, kdy jiní dodavatelé uvedli hodnoty 0,05 Kč, nejedná, neboť tento údaj lze považovat za ocenění služby a rovněž jej lze dosadit do vzorce pro hodnocení nabídek. Hodnota 0,05 Kč tedy není obdobná jako nabídka žalobce, neboť na rozdíl od nabídky žalobce tato hodnota alespoň umožňuje provést hodnocení nabídek, kdy ostatní nabídky v dotčeném subkritériu neobdrží nulové bodové hodnocení.

[12] Proti rozhodnutí žalovaného podal žalobce rozklad, který však předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „předseda Úřadu“) v záhlaví označeným rozhodnutím ze dne 7. 8. 2013 zamítl a rozhodnutí žalovaného potvrdil.

[13] Předseda Úřadu se ztotožnil se závěry žalovaného a k námitkám žalobce dále uvedl, že je pravdou, že cena nabízená v dotčeném koncesním řízení má jinou povahu, než cena nabízená

v jiném zadávacím či koncesním řízení, neboť se nejednalo o cenu, která byla následně přímo promítnuta do koncesní smlouvy. Tato odlišnost však nemá vliv na skutečnost, že nabízená cena byla předmětem hodnocení, na jehož základě zadavatel provedl výběr těch dodavatelů, s nimiž bude jednat o jejich nabídkách. Ačkoli byly tyto ceny následně zadavatelem sjednoceny, a to na základě postupu, který byl všem dodavatelům dopředu znám, bez těchto cen by zadavatel nemohl dále v koncesním řízení postupovat, neboť zadavatel potřeboval nejprve získat „předběžný výsledek hodnocení nabídek“ (viz bod 9.1 koncesní dokumentace). Teprve na základě tohoto předběžného výsledku mohl zadavatel postupem dle bodu 9.3 koncesní dokumentace stanovit sjednocené jednotkové ceny. Nabídkové ceny tedy sice měly odlišnou povahu, neboť byly zadavatelem následně upraveny, ve fázi posouzení a hodnocení nabídek se však jejich povaha neodlišovala od jakýchkoli jiných nabídkových cen ve smyslu koncesního zákona, resp. zákona o veřejných zakázkách.

[14] Ze zprávy o konečném hodnocení nabídek ze dne 2. 9. 2011 vyplynulo, že hodnotící komise provedla přezkum nabídek jiných uchazečů, kteří nabídli cenu 0,05 Kč, zda se nejedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu dle § 77 zákona o veřejných zakázkách ve smyslu § 11 odst. 2 koncesního zákona, a dospěla k tomu že „*žádná nabídka nebyla vyřazena z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny*“. Zákon o veřejných zakázkách vyžaduje pouze, aby hodnotící komise takový přezkum provedla, otázka, zda určitá nabídková cena byla či nebyla komisí shledána jako mimořádně nízká, je zcela v kompetenci hodnotící komise. Žalovaný není oprávněn do jejích myšlenkových pochodů vstupovat a zasahovat. V této souvislosti tedy diskriminace žalobce nebyla shledána, neboť jeho vyloučení nesouviselo s nabídkovými cenami ve výši 0,05 Kč nabízenými jinými dodavateli, kteří z účasti v koncesním řízení vyloučení nebyli.

[15] Zadavatel postupoval v souladu s dotčenou právní úpravou. Ustanovení § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách totiž připouští výjimku z povinnosti zadavatele uzavřít smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, která spočívá v možnosti úprav návrhu smlouvy vybraného uchazeče v souladu s § 32 zákona o veřejných zakázkách.

[16] Aby nedocházelo k účelovému napadání koncesních, resp. zadávacích podmínek, poté, co je uchazeč z řízení vyloučen, omezil zákonodárce lhůtu na podání námitek proti jejich obsahu tak, jak je uvedeno v § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Žalobce ve lhůtě námítky vůči koncesní dokumentaci nevznese, a proto se jimi nemohl zabývat ani žalovaný v řízení o přezkumu úkonů zadavatele.

[17] Zadavatel bude provozovatelům e-tržišť hradit pouze skutečně provedené služby, přičemž jejich čerpání bude záviset na vůli zadavatelů – uživatelů e-tržišť. Bude tedy pouze na provozovatelích e-tržišť, jakým způsobem budou tyto uživatele k využívání právě jejich e-tržišť motivovat. Právě tato otázka představuje prvek konkurence, který žalobce rozporuje, a rovněž prvek nejistoty a ekonomického rizika provozovatelů e-tržišť.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

[18] Ve včas podané žalobě žalobce namítl, že rozhodnutí žalovaného i rozhodnutí předsedy Úřadu jsou nezákonná. Zadavatel vůbec neměl postupovat podle koncesního zákona, jelikož

nebyla splněna podmínka § 16 odst. 2 koncesního zákona, že podstatnou část rizik spojených s braním užitek vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář.

[19] Zadavatel měl správně postupovat podle zákona o veřejných zakázkách, nicméně to by nemohl řízení koncipovat jako jednací řízení s uveřejněním, pro které nebyly splněny podmínky dle § 22 odst. 1 a 3 zákona o veřejných zakázkách. S touto námitkou se žalovaný nezabýval, přestože správní řízení je ovládáno zásadou vyšetřovací a zásadou materiální pravdy. Žalovaný jako dohledový orgán nemůže závažná porušení zákona přehlížet, resp. odmítnout se jimi zabývat.

[20] V návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele lze uplatnit i námitky obecné povahy, které směřují proti postupu zadavatele v rámci celého koncesního řízení. Žalovaný je oprávněn zahájit řízení *ex officio*, a není tedy pravdou, že by se uvedeným porušením zákona nemohl zabývat.

[21] V době, kdy žalobce podal návrh na přezkum úkonů zadavatele, nebyly dosud uzavřeny koncesní smlouvy, a proto žalobce podal též návrh na vydání předběžného opatření, jímž by žalovaný uzavření těchto smluv dočasně zakázal. Žalovaný však nic neučinil, o návrhu na nařízení předběžného opatření rozhodl se značným zpožděním a sám svou nečinností způsobil, že dne 30. 9. 2011 byly koncesní smlouvy uzavřeny a již nebylo možné uložit nápravné opatření dle § 25 koncesního zákona.

[22] Není možné jednotlivé argumenty žalobce rozdělovat na námitky proti koncesním podmínkám a námitky proti vyloučení žalobce z koncesního řízení. Rozhodnutí zadavatele o vyloučení žalobce z koncesního řízení úzce souvisí s nesprávným postupem zadavatele v rámci celého koncesního řízení. Žalovaný je povinen přihlídnout k závažným porušením zákona ze strany zadavatele vždy a z úřední povinnosti a nemůže taková porušení svévolně přehlížet.

[23] Kritérium „nabídkové ceny“ v tomto koncesním řízení má zcela jiný obsah, než jak se obvykle kritérium „nabídkové ceny“ chápe v jiných zadávacích (koncesních) řízeních včetně řízení, které bylo předmětem přezkumu ve věci vedené u Nejvyššího správního soudu pod sp. zn. 9 Afs 69/2010. Závěry, k nimž Nejvyšší správní soud v této věci dospěl, tak nelze v nyní projednávané věci použít.

[24] Pokud měl zadavatel za to, že cena nabízená žalobcem je příliš nízká, měl postupovat dle § 77 zákona o veřejných zakázkách a vyzvat žalobce k zaslání písemného zdůvodnění jeho nabídky.

[25] Někteří jiní účastníci koncesního řízení nabídli v jednotlivých kritériích nikoliv nulovou cenu, ale cenu 0,05 Kč. Tyto nabídky zadavatelem vyloučeny nebyly, ačkoliv *de facto* ve výsledku byly obdobné jako nabídka žalobce. Rozhodnutí zadavatele o vyloučení žalobce je diskriminační a v rozporu s § 3a koncesního zákona a § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[26] Jednotkové ceny byly sjednoceny zadavatelem již před jednáním, a nevzešly tak z následných jednání o nabídkách. Fakticky tedy k žádnému jednání nedochází, neboť pokud

uchazeč nebude souhlasit se sjednocenou cenou, jeho nabídka bude vyřazena. Tento postup zadavatele je však v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách. Uchazeči od samého počátku věděli, že cena, kterou nabízí, nebude cenou, za niž budou služby poskytovány.

[27] Žádný z předmětných zákonů neupravuje a nezná postup, kdy zadavatel z cen obsažených v nabídkách jednotlivých uchazečů následně vypočítá výslednou cenu, která je odlišná od nabídkových cen a kterou pak zadavatel nadiktuje všem vítězným uchazečům. Dle § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče.

[28] Výsledkem předmětného koncesního řízení nebude „vytvoření konkurenčního prostředí“, jak tvrdí zadavatel, ale naopak omezení konkurenčního prostředí, jelikož počet soutěžitelů nabízejících tytéž služby e-tržiště pro státní správu bude omezen na maximálně pět a jejich ceny budou z rozhodnutí zadavatele naprosto stejné.

[29] Uvedením nulové hodnoty ve své cenové kalkulaci žalobce neporušil podmínky koncesní dokumentace, protože neexistuje žádný ekonomický vztah mezi náklady na provozování e-tržiště a „hodnotou“, přiřazenou uchazeči pro jednotlivé základní služby, když tato „hodnota“ není cenou, za kterou budou tyto služby poskytovány.

[30] Žalovaný v rámci správního řízení a při svém rozhodování postupoval zcela formalisticky, když se ztotožnil s postupem zadavatele v předmětném koncesním řízení, a to bez ohledu na smysl a účel právní úpravy zadávání veřejných zakázek. Svým postupem včetně průtahů v řízení, nevčasném rozhodnutí o návrhu na vydání předběžného opatření a následnými rozhodnutími popřel zásadu „dobré správy“ a též nedostal svému poslání správního orgánu dohlízejícímu nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách.

[31] Z výše uvedených důvodů žalobce navrhl, aby soud rozhodnutí předsedy Úřadu, stejně jako rozhodnutí žalovaného, zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě

[32] Ve vyjádření k žalobě žalovaný uvedl, že veškeré námitky již byly vypořádány v rámci napadených rozhodnutí, a proto na ně plně odkázal. Námitky vůči koncesním podmínkám nebyly podány řádně a včas, a proto je žalovaný nemohl přezkoumat.

[33] Žalobce se předmětného koncesního řízení účastnil, aniž by proti jeho průběhu vznesl jakékoli námitky. Pokud nyní trvá na závěru, že zadavatel nebyl vůbec oprávněn dle koncesního zákona postupovat, musel si být této skutečnosti vědom již od okamžiku seznámení se s obsahem koncesní dokumentace. Tuto skutečnost však napadl až ve chvíli, kdy byl zadavatelem z účasti v koncesním řízení vyloučen.

[34] Žalovaný i předseda Úřadu se zabývali veškerými námitkami žalobce, přitom nelze mít za to, že by jejich postup byl formalistický.

[35] S ohledem na výše uvedené žalovaný navrhl, aby soud žalobu zamítl.

IV. Posouzení věci soudem

[36] Soud, v souladu s § 51 odst. 1 s. ř. s. bez nařízení jednání, přezkoumal v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejících jejich vydání, a shledal, že **žaloba není důvodná**.

[37] Předně je vhodné přiblížit problematiku koncesních smluv v českém právním řádu. Koncesní smlouvy jsou jednou z možností, jak zajistit realizaci úkolů veřejné správy a poskytování služeb veřejnosti v rámci spolupráce subjektů z veřejného a soukromého sektoru. Koncesní smlouvy mají dlouhodobý charakter a vyznačují se přenosem určité míry rizika spojeného s poskytováním dané služby či využíváním předmětného díla na koncesionáře; toto riziko spočívá především v braní užitků koncesionáře z poskytování takovéto služby nebo provozování takového díla, jakožto formy a způsobu protiplnění. Tím se výrazným způsobem odlišují od veřejných zakázek.

[38] Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení však přes to má úzkou vazbu na zákon o veřejných zakázkách. Zejména v procesní části koncesní zákon odkazuje na zákon o veřejných zakázkách hojně využívá (viz např. § 7 odst. 3, § 8 odst. 3 a 4 a § 12 odst. 2, 3 a 4 koncesního zákona), a proto lze i v rámci přezkumu koncesního řízení uplatnit obdobné principy a judikatorní závěry jako při přezkumu zadávání veřejných zakázek podle zákona o veřejných zakázkách.

[39] Zde je třeba zdůraznit to, že koncesní řízení obdobně jako řízení zadávací představuje vysoce formalizovaný postup, kde i formální pochybení může vést k negativním důsledkům pro konkrétního uchazeče, projevujícím se například vyřazením nabídky a následným vyloučením z koncesního řízení, tedy úplným zamezením možnosti uzavřít koncesní smlouvu a možnosti jejího plnění (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 1. 2015, č. j. 10 As 202/2014-42; rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz).

[40] V návaznosti na § 12 odst. 3 koncesního zákona může podle § 110 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách při koncesním řízení dodavatel, který má nebo měl zájem na uzavření koncesní smlouvy a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, zadavateli podat zdůvodněné námitky. Dle § 110 odst. 3 téhož zákona musí stěžovatel námitky proti koncesním podmínkám doručit zadavateli nejpozději do pěti dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.

[41] V nyní souzené věci zadavatel vyloučil žalobce z účasti v koncesním řízení, protože podal nabídku, ve které u dílčího hodnotícího kritéria „*Nabídková cena za poskytování služeb e-tržiště*“ v rámci subkritéria I. uvedl hodnotu „0 %“ a v rámci devíti z celkem deseti položek subkritéria II. uvedl hodnotu „0 Kč“, což zadavatel vyhodnotil jako zcela nereálnou nabídkovou cenu.

[42] Z hlediska ochrany žalobcových veřejných subjektivních práv soudem je podstatné, že žalobce byl o způsobu výpočtu nabídkové ceny a hodnocení obou dílčích kritérií včetně jednotlivých subkritérií a položek řádně informován, stejně jako o ostatních podmínkách koncesní dokumentace. Přesto se koncesního řízení zúčastnil, podal nabídku a bránit se začal

až poté, co byl vyloučen z další účasti v koncesním řízení. Tak však sám do jisté míry omezil možnosti obrany svých práv. Zákon o veřejných zakázkách v § 110 stanoví určitou posloupnost pro uplatnění jednotlivých tvrzení proti průběhu zadávacího, resp. koncesního řízení odpovídající jednotlivým fázím daného řízení. Ze spojení chronologické hierarchie jednotlivých námitek a lhůt pro jejich podání pak plyne jistá koncentrace námitkových řízení. Nelze tak přisvědčit žalobci, že není možné rozdělovat námitky proti koncesním podmínkám a námitky proti vyloučení uchazeče z koncesního řízení.

[43] Pokud tedy nyní žalobce brojí proti samotnému použití koncesního zákona na předmětné výběrové řízení, nelze mít za to, že jde o námitku včasnou. O případném nesouladu postupu zadavatele se zákonem mohl žalobce vědět ihned po seznámení se s koncesní dokumentací, a proto měl své námitky v tomto směru uplatnit ve lhůtě pro podání námitek vůči koncesním podmínkám, a nikoli až v momentě, kdy byl pro vědomé nesplnění koncesních podmínek vyloučen z koncesního řízení.

[44] To platí obdobně i ohledně námitek vůči výpočtu výsledné ceny, která je odlišná od nabídkových cen. Předseda Úřadu navíc správně v bodu 55. napadeného rozhodnutí podotkl, že postup zadavatele byl v souladu s § 9 koncesního zákona, resp. § 82 odst. 2 a § 32 zákona o veřejných zakázkách, které předpokládají, že návrh koncesní smlouvy může být upraven.

[45] Žalobce měl argumenty, o které se opíral v rozkladu a následně v žalobě, předložit ve lhůtě podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Později již k nim nebylo možné přihlédnout. Opět je v této souvislosti třeba zdůraznit formalizovanou povahu koncesního řízení. Jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 14. 4. 2013, č. j. 1 Afs 103/2012-44, lhůta stanovená v § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách „*je speciální lhůtou pro podání námitek, do jejího uplynutí musí stěžovatel námitky koncentrovat, uplatnit a odůvodnit.*“ Žalobce však žádné námitky v dané lhůtě nepodal a postup zadavatele podle koncesního zákona napadl až po svém vyloučení.

[46] Proti žalobci hovoří i judikatura Soudního dvora Evropské unie (dále též „SDEU“). Ustanovení § 110 zákona o veřejných zakázkách totiž vychází z obecných požadavků na přezkumný proces v rámci zadávání veřejných zakázek, které jsou obsaženy ve směrnici Rady 89/665/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a veřejných zakázek na stavební práce (dále jen „přezkumná směrnice“) a směrnicí Rady 92/13/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se použití předpisů Společenství o postupech při zadávání veřejných zakázek v oblasti vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací. Tyto směrnice byly pro zvýšení účinnosti přezkumného řízení doplněny a změněny směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES. Z bodů 36–37 rozsudku SDEU ze dne 12. 2. 2004 ve věci C-230/02, *Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG vs. Republik Österreich*, vyplývá, že účelu přezkumné směrnice neodpovídá, aby uchazeč vyčkával s podáním námitek proti požadavkům zadavatele v zadávací dokumentaci do pozdějších fází zadávacího řízení, a nepodal je v první možné fázi. Zdejší soud má za to, že výše uvedené lze plně použít i v nyní projednávané věci a uzavřít, že postup žalobce, který vnesl své námitky proti postupu zadavatele v nesprávný čas a v nesprávné fázi koncesního řízení, přesně spadá pod vymezení postupu, který podle SDEU nerespektuje účel přezkumné směrnice.

[47] Podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele je v souladu s § 110 odst. 3 a 7 zákona o veřejných zakázkách řádné a včasné podání námitek ve stejné věci. Žalobce tuto zákonnou podmínku k podání návrhu proti koncesním podmínkám nesplnil, a proto žalovaný řízení v této části správně podle § 24f písm. d) koncesního zákona zastavil.

[48] Je třeba zdůraznit, že předmětem přezkumu v tomto řízení jsou námitky žalobce vůči jeho vyloučení z koncesního řízení. Pokud žalovaný nad rámec řádně a včas uplatněných námitek shledá důvodné podezření, že ze strany zadavatele došlo k porušení zákona, zahájí správní řízení z moci úřední. Na zahájení správního řízení z moci úřední však není právní nárok a žalobce se jej nemůže domáhat v nyní projednávané věci (k tomu blíže viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 7. 2009, č. j. 3 Ans 1/2009-58 nebo ze dne 7. 6. 2013, č. j. 6 Ans 6/2013-27).

[49] Na okraj zdejší soud uvádí, že ze správního spisu vyplynulo, že v nyní projednávané věci byl předmětem koncesního řízení výběr tří až pěti provozovatelů pro elektronická tržiště veřejné správy. Zadavatel se zavázal provozovatelům e-tržišť hradit pouze skutečně provedené základní služby, přičemž jejich čerpání a volba konkrétního e-tržistiště závisí na vůli uživatelů. Je tedy na provozovatelích e-tržišť, jakým způsobem uživatele motivují k využívání právě jejich e-tržistiště. Podstatnou část rizik spojených s braním užitek (především pak riziko poptávky) vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla tedy nese v souladu s § 16 odst. 2 koncesního zákona koncesionář. Nelze tedy vytýkat žalovanému, popř. předsedovi Úřadu, pokud se výslovně nezabývali žalobcem opožděně uplatněnou námitkou ohledně neaplikovatelnosti koncesního zákona v daném případě. Na první pohled nebylo zřejmé, že by zadavatel použil při svém postupu nesprávného zákona (z výše uvedeného je patrné, že tomu bylo právě naopak), nemuseli tak tedy činit ani z úřední povinnosti.

[50] Co se pak týče námitek žalobce směřující proti jeho vyloučení z koncesního řízení, lze shrnout, že žalobce nesplnil podmínky zadavatele, a proto byl po právu z koncesního řízení vyloučen.

[51] Žalobci lze dát za pravdu, že nabídková cena za poskytnutí služeb e-tržistiště není typickou nabídkovou cenou, jak bývá standardně označována v zadávacím řízení, jelikož výsledná cena za poskytování základních služeb je výsledkem sjednocených jednotkových cen podle pěti nevhodnějších nabídek, a může se tedy lišit od cen skutečně nabízených jednotlivými dodavateli. Stejně jako u veřejných zakázek je však předmětná nabídková cena podstatná pro určení pořadí nejvýhodnějších nabídek.

[52] Tím, že žalobce podal nabídku, ve které u dílčího hodnotícího kritéria „*Nabídková cena za poskytování služeb e-tržistiště*“ v rámci subkritéria I. uvedl hodnotu „0 %“ a v rámci devíti z celkem deseti položek subkritéria II. uvedl hodnotu „0 Kč“, zcela deformoval možnost hodnocení jeho a ostatních nabídek. Objektivně by bylo možné hodnotit pouze položku „*Přímé zadání*“ s váhou 6 %, kterou žalobce jako jedinou ocenil (podrobně se k tomu žalovaný vyjádřil především na str. 14–17 jeho rozhodnutí).

[53] Argumentaci použitou v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2010, č. j. 9 Afs 69/2010-175, lze použít i v nyní projednávané věci, jelikož jak bylo uvedeno již výše,

zadávací a koncesní řízení je v tomto ohledu ovládáno obdobnými principy. I když byla nabídková cena podle koncesní dokumentace v určitých rysech specifická, tato skutečnost nebyla rozhodná pro posuzování ekonomické výhodnosti nabídky a pro způsob hodnocení jednotlivých nabídek. Následné jednání o nabídkách a stanovení ceníku sjednocených jednotkových cen nemělo vliv na posouzení, jak výhodné předložili jednotliví dodavatelé nabídky.

[54] Žalobce, který nabídl jako „cenu“ za zpracování zadávacího řízení VZMR (činí-li předpokládaná hodnota veřejné zakázky alespoň 5 000 Kč a nedosáhne 50 000 Kč) a za veškeré další úkony (položky 2 až 10 subkritéria II.) vyjma přímého zadání (nedosáhne-li předpokládaná hodnota veřejné zakázky 200 000 Kč), částku ve výši 0 Kč tak dle názoru zdejšího soudu nevyhověl předmětné koncesní dokumentaci a k jeho nabídce nemělo být přihlíženo. Zadavatel proto postupoval v souladu se zákonem, pokud tuto nabídku jako nepřijatelnou ze zadávacího řízení vyřadil a žalobce z účasti v řízení vyloučil. Jiný postup by byl v rozporu se zásadami upravenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách, resp. v § 3a koncesního zákona, tj. zásadou transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

[55] Jelikož nabídka žalobce nevyhověla předmětné koncesní dokumentaci, a k jeho nabídce tak nemělo být zadavatelem přihlíženo, nebylo na místě se zabývat ani otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 77 zákona o veřejných zakázkách. Postup podle tohoto ustanovení je dle názoru zdejšího soudu určen k obsahové korekci cenových nabídek učiněných v souladu s právními předpisy a vyhovujících požadavkům zadavatele stanoveným v zadávací dokumentaci. Postupem dle § 77 zákona však naopak nelze zhojit absolutní nedostatek nabídky nevyhovující zadávací dokumentaci.

[56] K diskriminaci žalobce zohledněním nabídek jiných dodavatelů, kteří v jednotlivých kritériích nabídli cenu 0,05 Kč, nedošlo. Jak uvedl žalovaný v bodě 69. rozhodnutí a předseda Úřadu v bodě 48. napadeného rozhodnutí, v tomto případě se jednalo o určité a konkrétní nabídkové ceny, které bylo možné dosadit do vzorce pro hodnocení nabídek a toto hodnocení provést. Uvedením těchto nabídkových cen tak nedošlo k tomu, že by nabídka byla nepřijatelná ve smyslu § 22 odst. 1 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. Ze zprávy (protokolu) o konečném hodnocení nabídek ze dne 2. 9. 2011 vyplývá, že žádná nabídka nebyla vyřazena z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny. Hodnotící komise tedy posoudila dle § 77 zákona o veřejných zakázkách, zda jednotlivé nabídky obsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Lze poznamenat, že za mimořádně nízkou nelze považovat nabídkovou cenu, která se vztahuje pouze k určitým položkám předmětu koncesní smlouvy. Za mimořádně nízkou nabídkovou cenu je proto možné označit pouze cenu, která se vztahuje k předmětu koncesní smlouvy jako celku.

[57] K námitkám týkajícím se průtahů v rozhodování žalovaného, nutno uvést, že na řízení před žalovaným se aplikují lhůty podle správního řádu. Žalovaný ani předseda Úřadu v těchto lhůtách nerozhodli. Jedná se však toliko o lhůty pořádkové. Nedodržení těchto lhůt samo o sobě nezpůsobuje nezákonnost takto opožděně vydaných rozhodnutí a nemůže být důvodem pro jejich zrušení soudem. Jestliže měl žalobce za to, že v souvislosti s uvedenými průtahy dochází k porušení jeho práv, mohl použít jiných prostředků své ochrany (srov. § 80 správního řádu, § 79 a násl. s. ř. s.).

[58] Soud ve správním soudnictví není obecným protektorem před postupem zadavatele ve všech fázích zadávacího či koncesního řízení, nýbrž ochráncem veřejných subjektivních práv, jež svědčí žalobcům. Podstatné pro danou věc bylo, že žalovaný dospěl ke správnému závěru, že námitky žalobce, které mohly být uplatněny v dřívější fázi koncesního řízení, byly podány opožděně, a proto podle § 24f písm. d) koncesního zákona, v části týkající se zadávacích podmínek správní řízení zastavil, a dále že zadavatel nepostupoval v rozporu se zákonem, a proto podle § 25 odst. 4 písm. a) koncesního zákona zamítl návrh žalobce proti jeho vyloučení z koncesního řízení. Postup předsedy Úřadu, který rozhodnutí žalovaného potvrdil, byl tedy také v souladu se zákonem.

V. Závěr a náklady řízení

[59] Soud tedy shledal námitky žalobce nedůvodnými. Jelikož v řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž musí soud přihlížet z úřední povinnosti, zamítl žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s. ř. s.

[60] O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

[61] Výrok o náhradě nákladů řízení osob zúčastněných na řízení se opírá o § 60 odst. 5 s. ř. s. V dané věci soud osobám zúčastněným na řízení neuložil žádnou povinnost, současně pak neshledal důvody hodné zvláštního zřetele pro přiznání práva na náhradu jejich dalších nákladů řízení (ostatně osoby zúčastněné na řízení takové důvody ani netvrdily).

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 30. listopadu 2015

JUDr. Zuzana Bystřická, v.r.
předsedkyně senátu