



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Radimy Gregorové, Ph.D. v právní věci žalobce: **Lesní společnost Ledeč nad Sázavou, a.s.**, se sídlem Hrnčíře 2, Ledeč nad Sázavou, zastoupený JUDr. Danem Dvořáčkem, advokátem se sídlem Lidická 57, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R110/2008/02-24789/2008/310-AS ze dne 10.12.2008,

t a k t o :

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R110/2008/02-24789/2008/310-AS ze dne 10.12.2008 **se z r u š u j e** a věc se **v r a c í** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný **je p o v i n e n** nahradit žalobci náklady řízení ve výši 9 200,- Kč do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Dana Dvořáčka, advokáta se sídlem Lidická 57, Brno.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce napadá žalobou rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R110/2008/02-24789/2008/310-AS ze dne 10.12.2008, kterým byl zamítnut rozklad a potvrzeno předchozí rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže vydané v prvním stupni správního řízení č.j. S066/2008/VZ-09123/2008/510/IF ze dne 5.5.2008.

I. Podstata věci

Zadavatel (Lesy České republiky, s.p.) zadával veřejnou zakázku „Provádění lesnických činností s prodejem dříví při pni od 1.1.2008, SÚJ č. 15503“ v otevřeném řízení oznámeném v informačním systému veřejných zakázek dne 3.8.2007 s opravou dne 10.8.2007 pod ev. č. 60009843.

Zadavatel vybral v uvedeném zadávacím řízení nejvhodnější nabídku, proti tomuto rozhodnutí podal žalobce námitky k zadavateli a následně návrh na přezkum úkonů zadavatele k žalovanému.

Žalovaný napadeným rozhodnutím společně s předchozím rozhodnutím vydaným v prvním stupni správního řízení toto řízení o přezkum úkonů zadavatele podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), zastavil, neboť dospěl k závěru, že zadavatel stanovil jistotu ve výši překračující 2% předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž sice nedodržel postup stanovený v § 67 odst. 1 ZVZ, avšak tento postup zadavatele neovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. V souvislosti s tím pak žalovaný rozhodl, že zadavateli nevzniká povinnost nahradit náklady řízení o přezkum úkonů zadavatele.

II. Shrnutí žalobních bodů

Žalobce uplatňuje ve své žalobě dva žalobní body.

Podle žalobce někteří uchazeči nabídli mimořádně nízkou nabídkovou cenu podle § 77 ZVZ, přičemž jejich nabídky měly být z tohoto důvodu vyřazeny, ale nebyly. Pokud jde o tuto otázku, je napadené rozhodnutí i jemu předcházející rozhodnutí žalovaného nepřezkoumatelné, neboť žalovaný se otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny nezabýval s argumentem, že posouzení nepřiměřenosti nízkých nabídkových cen přináležejí toliko hodnotící komisi v zadávacím řízení a žalovanému nepřísluší posuzovat vnitřní myšlenkové pochody komise, ale pouze zákonnost jejího počínání. Žalobce je však toho názoru, že pokud před žalovaným proti postupu zadavatele tvrdil, že určitá nabídková cena byla nepřiměřeně nízká a že ji hodnotící komise nevyřadila, ač ji vyřadit měla, namítal tím nezákonnost postupu hodnotící komise, konkrétně rozpor s § 77 odst. 6 ZVZ. V takovém případě bylo povinností žalovaného, aby přezkoumal, zda se jednalo o nabídky mimořádně nízké a zda měly být vyřazeny, a aby své závěry odůvodnil. Pokud žalovaný výslovně uvedl, že se touto věcí zabývat nebude, není podle žalobce napadené rozhodnutí přezkoumatelné.

Dále žalobce brojí proti závěru, jaký žalovaný učinil ve vztahu k zadavatelem zvolené konstrukci nabídkové ceny. Podle žalobce byla předmětem veřejné zakázky dodávka služeb – pěstebních a těžebních lesnických činností. V souvislosti s těmito činnostmi se předpokládal odkup vytěženého dřeva uchazečem. Zadavatel stanovil výpočet nabídkové ceny tak, že od ceny předpokládaných prací odečítal cenu předpokládaného odebraného dřeva a v důsledku takové konstrukce byly nakonec nabídkové ceny záporné. Obchod, při kterém zadavatel něco kupuje, není podle

žalobce předmětem veřejné zakázky. Nabídková cena se podle žalobce musí týkat plnění, které je předmětem veřejné zakázky; jelikož odkup dřeva není způsobilý být předmětem veřejné zakázky, nelze cenu za odkoupené dříví do nabídkové ceny jakkoli započítávat. Namísto bylo, aby zvítězil uchazeč s nabídkovou cenou nejnižší ve vztahu k plnění, které bylo veřejnou zakázkou (k dodávce služeb - pěstebních a těžebních lesnických činností), a nikoli uchazeč s nabídkovou cenou nejnižší po zohlednění faktoru, který není veřejnou zakázkou, tj. po zohlednění (započítání) ceny odkoupeného dříví.

S právě uvedeným souvisí podle žalobce otázka zaplacené kauce v souvislosti s návrhem na přezkum úkonů zadavatele k žalovanému podle § 115 ZVZ. Když už zadavatel konstruoval nabídkovou cenu tak, že ve výsledku byly nabídkové ceny „zápornými“, pak podle § 115 odst. 1 ZVZ, podle něhož je povinností složit kauci ve výši 1% nabídkové ceny navrhovatele, nejméně 50 000,- Kč a nejvýše 2 000 000,- Kč, měla kauce dosáhnout uvedené minimální částky, tedy 50 000,- Kč. Podle žalobce nelze-li cenu dříví odečítat pro účely výpočtu kauce, nelze ji ani odečítat při hodnocení nabídky s nejnižší nabídkovou cenou a naopak, neboť „nabídková cena je pořád jedno a to samé“. Podle žalobce nastává v důsledku závěru žalovaného absurdní situace, kdy pojem „nabídková cena“ podle § 115 odst. 1 ZVZ má jiný obsah než tentýž pojem podle § 78 odst. 1 písm. b) ZVZ. Žalobce argumentuje tak, že buď zaplatí „vysokou“ kauci vypočtenou pouze z ceny dodávaných prací a následně musí být v řízení před žalovaným úspěšný, neboť konstrukce nabídkové ceny stanovená zadavatelem (se zohledněním ceny dříví) je nesprávná, a tedy zadávací řízení bylo vyhodnoceno nesprávně, anebo lze od nabídkové ceny odečítat cenu dříví, a tedy rozhodující jsou nakonec „záporné“ nabídkové ceny, pak ale měl zaplatit pouze kauci ve výši 50 000,- Kč.

Žalobce tedy navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno a věc vrácena žalovanému k dalšímu řízení.

Na svém procesním stanovisku setrval žalobce po celou dobu řízení před soudem.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný ve svém vyjádření setrvává na závěrech, které prezentoval v napadeném rozhodnutí; na napadené rozhodnutí odkazuje.

Podle žalovaného se napadené rozhodnutí k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny dostatečně vyjadřuje; posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny přísluší pouze hodnotící komisi a žalovanému nepřísluší hodnotit myšlenkové pochody členů této komise, případně správnost samotného zdůvodnění mimořádně nízké ceny z odborného hlediska. Předmětem přezkumu jsou pouze postupy hodnotící komise či zadavatele v tom směru, zda jsou činěny podle ZVZ. Postup hodnotící komise podléhá kontrole ze strany žalovaného, který posuzuje například zdůvodnění o vyřazení nebo naopak ponechání nabídky s mimořádně nízkou nabídkovou cenou. Posouzení vlastní

mimořádně nízké nabídkové ceny však není postupem hodnotící komise, nýbrž výrazem myšlenkových pochodů jednotlivých členů hodnotící komise a ZVZ nemá ustanovení, které by tyto myšlenkové pochody umožnilo přezkoumávat.

Pokud jde o otázku konstrukce nabídkové ceny, žalovaný považuje za rozhodující, že předmět veřejné zakázky byl vymezen s dostatečnou přesností. Vzhledem ke specifčnosti obsahu veřejné zakázky nebylo podle žalovaného možné z ekonomického a funkčního hlediska vzájemně oddělit vlastní plnění předmětu veřejné zakázky, které spočívalo v provedení pěstebních činností, dodávce sadebního materiálu a provedení těžebních činností, od prodeje dříví zadavatelem příslušnému uchazeči.

Pokud jde o výši kauce, která byla vyměřena, tu žalovaný postupoval podle § 115 odst. 1 ZVZ a neměl možnost o její výši jakkoli uvážit. Její výše vyplývá přímo ze ZVZ a žalovaný tam uvedená pravidla musel dodržet.

Žalovaný proto navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout.

I žalovaný setrvává na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před soudem.

IV. Shrnutí podstatných skutečností

Z obsahu správního spisu a předložené zadávací dokumentace zjistil soud zejména následující pro posouzení věci podstatné skutečnosti:

Ze zadávací dokumentace („1. Vymezení předmětu plnění veřejné zakázky“) vyplývá, že předmětem plnění je provedení pěstebních činností a těžebních činností; tyto činnosti jsou pak dále specifikovány (příprava půdy, obnova lesa, ochrana proti buření, ochrana kultur proti zvěři, oplocování lesních kultur, prořezávky, vyvětvování porostů, ostatní ochrana lesa, úklid klestu, výsek nežádoucích dřevin, zpřístupnění porostů, dočišťování plochy po těžbě, kácení, odvětvování, příjem a evidence dříví, to vše s konkretizací v samostatné příloze zadávací dokumentace – v příloze č. 2).

Základním kritériem hodnocení nabídek měla být nejnižší nabídková cena (zadávací dokumentace - „7. Způsob hodnocení nabídek“).

Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny obsahuje zadávací dokumentace v části 4.; nabídková cena uchazeče je stanovena jako součet jednotlivých dílčích nabídkových cen, přitom dílčími nabídkovými cenami se rozumějí cena pěstebních činností za celou dobu trvání smlouvy, cena sadebního materiálu za celou dobu trvání smlouvy, cena těžebních činností za celou dobu trvání smlouvy a cena dříví (hroubí) na lokalitě P za celou dobu trvání smlouvy.

Vzorec pro výpočet nabídkové ceny je taktéž uveden v části 4. zadávací dokumentace; nabídková cena je dána součtem cen pěstebních činností za celou dobu trvání smlouvy, sadebního materiálu za celou dobu trvání smlouvy a těžebních činností

za celou dobu trvání smlouvy s odečtením ceny dříví (hroubí) na lokalitě P za celou dobu trvání smlouvy.

Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek (nečíslované strany spisu) vyplývá, že v řízení bylo podáno 13 nabídek; nabídkové ceny jednotlivých uchazečů se pohybovaly v rozmezí od „-61 662 789,- Kč bez DPH“ do „-18 239 542,- Kč bez DPH“ (vždy se tedy jednalo o „záporné nabídkové ceny“). Ze zadávacího řízení nebyly vyřazeny žádné nabídky. Dále obsahuje tento dokument údaj, že „...*Hodnotící komise posoudila z hlediska splnění zadávacích podmínek i výši nabídkové ceny u uchazečů ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Hodnotící komise konstatovala, že nabídková cena uchazečů není mimořádně nízká...*“. Zvítězil uchazeč s nabídkovou cenou „-61 662 789,- Kč bez DPH“.

V souvislosti se správním řízením před žalovaným byla od žalobce vybrána kauce ve výši 259 252,- Kč (str. 5, 34 a 35 správního spisu); předložení dokladu o zaplacení této kauce bylo žalobci žalovaným uloženo rozhodnutím č.j. S066/2008-04500/2008/510-IF ze dne 25.2.2008.

V. Posouzení věci

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

O žalobě rozhodoval zdejší soud bez jednání za splnění podmínek vyplývajících z § 51 odst. 1 s.ř.s. a dospěl k závěru, že žaloba je důvodná.

V.a)

Nejprve se zdejší soud zabýval žalobními tvrzeními směřujícími do stanovení konstrukce nabídkové ceny ve vztahu k vymezení předmětu veřejné zakázky a na to navazujícími tvrzeními ohledně správnosti výpočtu kauce.

Pokud jde o nezbytnou úvodní otázku „co může být považováno za veřejnou zakázku“, tedy konkrétně o to, zda souhrn poptávaných služeb společně s následným prodejem vytěženého dříví naplňuje definici veřejné zakázky, pak je zapotřebí vyjít z § 7 odst. 1 ZVZ. Podle tohoto ustanovení je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Znaky veřejné zakázky lze tedy shrnout takto:

1. subjekty veřejné zakázky jsou zadavatel (který je vymezen v § 2 ZVZ) na straně jedné a dodavatel (event. dodavatelé) na straně druhé,
2. předmětem veřejné zakázky jsou dodávky, služby nebo stavební práce („plnění veřejné zakázky“),
3. zadavatel požaduje získání plnění veřejné zakázky,

4. dodavatel (event. dodavatelé) má zájem o to, aby plnění veřejné zakázky poskytl,
5. dodavatel za poskytnutí plnění veřejné zakázky požaduje úplatu (úplata je znakem tohoto „obchodu“),
6. zadavatel poskytne dodavateli (event. dodavatelům) za poskytnuté plnění veřejné zakázky úplatu.

Konkrétní zakázka tedy nabývá charakteru veřejné zakázky podle ZVZ tehdy, pokud plnění veřejné zakázky, které naplňuje znaky jednotlivých druhů veřejných zakázek vymezených podle předmětu v souladu s § 8 až 10 ZVZ, poptává zadavatel, pokud plnění veřejné zakázky se zavazuje poskytnout zadavateli dodavatel a zároveň pokud zadavatel za poskytnuté plnění veřejné zakázky zaplatí dodavateli jím (v nabídce) požadovanou úplatu.

Pro právě projednávanou věc je tedy podstatné, že jedním ze znaků veřejné zakázky je fakt, že „ve směru od zadavatele pro dodavatele plyne úplata“ a „ve směru od dodavatele pro zadavatele plyne plnění veřejné zakázky“. To koresponduje se samotným smyslem právní úpravy zadávání veřejných zakázek (srov. důvodovou zprávu k návrhu ZVZ ze dne 1. srpna 2005, sněmovní tisk č. 1076/0, www.psp.cz) i s doktrinárními názory obsaženými v komentářové literatuře (srov. např. Šebesta, M., Podešva, V., Olík M., Machurek, T.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006, s. 56 a násl.), podle níž „...veřejnou zakázkou není zakázka, při níž zadavatel finanční prostředky (úplatu) pouze přijímá, nikoliv vydává. Veřejnou zakázkou není ani zakázka, při níž sice zadavatel finanční prostředky vydává, avšak pouze v souvislosti s plněním svého závazku převzatého na základě smlouvy o půjčce či smlouvy o úvěru; o veřejnou zakázku se může jednat pouze ve vztahu k platbám, které budou zadavatelem hrazeny nad rámec splácené jistiny [pro stanovení předpokládané hodnoty tak bude rozhodná zejména výše úroků – viz § 15 odst. 2 písm. b)]. Naopak veřejnou zakázkou může být i zakázka, při které bude forma plnění poskytnutého zadavatelem dodavateli nepeněžitá (finanční prostředky nebudou fakticky zadavatelem hrazeny z důvodu zvláštního smluvního ujednání) - může se jednat například o zápočet závazků dvou stran či o směnnou smlouvu, kde bude vždy třeba stanovit předpokládanou hodnotu finančního závazku na straně zadavatele tak, že bude třeba vymezit výši předpokládaného finančního závazku, který by mu vznikl, pokud by určité plnění nebylo pořizováno výměnou (směnou) za poskytnutí protiplnění ze strany zadavatele. Jako úplata na straně zadavatele bude nejčastěji sjednána příslušná výše peněžní částky. Pro zařazení zakázky pod pojem veřejné zakázky však postačuje, pokud je na straně zadavatele závazek k poskytnutí určitého finančního protiplnění v potencionální rovině (úplata na straně zadavatele vzniká např. při splnění určitých právních skutečností), tedy v takové rovině, že v konečné fázi nemusí být toto protiplnění fyzicky vůbec realizováno...“.

Přestože obecně platí, že výše úhrady za splnění veřejné zakázky (tedy úplata ve směru od zadavatele k dodavateli) je zásadně (většinou) shodná s cenou obsaženou v nabídce vítězného uchazeče, která se zpravidla vyjadřuje v penězích, žádné ustanovení ZVZ podle zdejšího soudu nevyklučuje, aby způsob úhrady (tedy úplaty ve směru od zadavatele k dodavateli) byl uskutečněn i jiným způsobem než

prostřednictvím peněz. Nejčastěji tu v úvahu přichází naturální plnění, tedy forma barteru, kdy zadavatel za splnění předmětu veřejné zakázky poskytne jiné věcné plnění, popř. jinou formu benefícia. Každá taková forma „jiného benefícia postaveného naroveň peněžitému plnění“ však musí být zadavatelem předem najisto stanovena a musí být vyjádřitelná v penězích.

Žádné ustanovení ZVZ podle zdejšího soudu dále nevylučuje, aby v souvislosti s takovou (byť obecně méně obvyklou) formou benefícia pro dodavatele byla spojena kompenzace, která spočívá v peněžní úplatě, která pro dosažení odpovídající kompenzace směřuje od dodavatele k zadavateli a která je nutná s ohledem na celkovou konstrukci celého obchodu, sjednávaného mezi zadavatelem a uchazeči mimo jiné na základě pravidel vyplývajících ze ZVZ. Takto komplikovaný princip vzájemného kontraktu mezi zadavatelem a dodavatelem, přestože není vyloučen, klade nicméně o to vyšší požadavky na jasnost a srozumitelnost podmínek uzavíraného obchodu, a tedy samotných zadávacích podmínek, a tak i na transparentnost způsobu, jakým budou hodnoceny jednotlivé nabídky, než je tomu v případech, kdy se plnění dodavatele spočívající „pouze“ v realizaci dodávek, služeb nebo stavebních prací setkává s protiplněním zadavatele spočívajícím „pouze“ v přímé peněžité platbě.

V právě posuzované věci zadavatel ve výsledku neposkytl dodavateli fakticky úplatu, jak je v žalobě zdůrazňováno, naopak vítězný uchazeč byl nad rámec samotného plnění veřejné zakázky povinen zadavateli zaplatit částku „-61 662 789,- Kč bez DPH“, a sice v souvislosti s následným odkupem dřeva. Tato částka se z pohledu zadavatele jevila jako nejvýhodnější, neboť byla „nejvíce zápornou“; zadavatel s ohledem na konstrukci obchodu nikoli „nejméně zaplatil“ (což by byl výsledek v rámci zadávacích řízení typičtější), nýbrž „nejvíce obdržel“. Úplata směřující od zadavatele k dodavateli však souvisela s plněním, které zadavatel navázal na služby dodavatele; tímto plněním byl prodej dřeva. Zdejší soud nemá za to, že by mělo být podstatné, zda toto plnění se samotným předmětem veřejné zakázky objektivně „nezbytně“ či „neoddělitelně“ souviselo (a tedy zda by obě plnění na sebe musela být za srovnatelných okolností obdobných obchodů navázána vždy), jak dovozuje žalovaný v napadeném rozhodnutí, anebo zda tato dvě plnění, která spolu mohou souviset, na sebe vzájemně navázal zadavatel na základě svého rozhodnutí. Jestliže v právě posuzované věci na jedné straně existuje povinnost plnění spočívající ve výkonu určitých služeb (těžební a pěstební lesnická činnost) a na druhé straně vznikne výsledek (produkt) takové činnosti (vytěžené dřevo), s nímž ten, kdo poskytuje samotné služby, je dobře způsobilý dále hospodářsky disponovat, pak tu věcná souvislost obou plnění existuje. Pokud navázání jednoho (primárního) plnění, jímž je lesnická činnost, na navazující dispozice s vytěženým dřevem má racionální opodstatnění (tedy lze si představit, že obdobně jako zadavatel by v obdobném případě postupoval jakýkoli jiný subjekt v postavení „běžného soukromého investora“) a především pokud takový postup žádné ustanovení ZVZ přímo ani nepřímou nevylučuje, pak zdejšímu soudu nezbyvá než dospět k závěru, že jde o konstrukci sice neobvyklou, podle zdejšího soudu však nikoli nezákonnou.

Pokud tedy zadavatel může za protiplnění spočívající v realizaci dodávek, služeb nebo stavebních prací uskutečnit plnění i v jiné než peněžité formě, pak je

oprávněn plnit i ve formě dodávek dřeva. Podstatným argumentem podle zdejšího soudu je skutečnost, že majetková sféra zadavatele je v případě dispozice s veřejnými finančními prostředky zatížena principiálně srovnatelně jako v případě dispozice s penězi vyčíslitelným majetkem. Pokud má být přitom plnění ve prospěch zadavatele kompenzováno majetkovým protiplněním (vyjádřitelným v penězích), jako tomu bylo v právě posuzované věci, a pokud je racionálně a ekonomicky zdůvodnitelné, aby rozsah takového majetkového protiplnění nebyl limitován určitou penězi vyjádřitelnou částkou (tj. aby bylo takové majetkové protiplnění k určitému administrativně stanovenému okamžiku ukončeno, tedy aby v okamžiku, kdy bude vzájemné plnění dodavatele a zadavatele co do jeho hodnoty vyrovnáno, byl prodej dřeva ukončen), pak „přeplatek“ na takovém majetkovém protiplnění musí být zpětně kompenzován – a v úvahu tu přichází právě forma peněžitého plnění dodavatele ve prospěch zadavatele, odpovídajícího „přeplatku“ na zadavatelském majetkovém protiplnění. Zpětná peněžitá kompenzace od dodavatele směřující k zadavateli ovšem nic nemění na tom, že výdaj zadavatele spočívá ve ztrátě dispozice s majetkem, pouze to, co lze považovat za „přeplatek“ na takovém výdaji, se zadavateli vrací, tu již ve formě peněžitého plnění.

Rozhodnutí zadavatele, v důsledku kterého byla obě plnění na sebe navázána, což vedlo nakonec k podávání výlučně „záporných“ nabídek, nikterak nevybočuje ze směru úvah „běžného soukromého investora“, který by v pozici obdobné, jaká byla pozice zadavatele, kontrahoval plnění pro sebe ekonomicky nejvýhodnější, a postup na základě této úvahy se nedostává do rozporu se žádným ustanovením ZVZ ani sám o sobě neatakuje žádnou ze zásad, na nichž musí být podle § 6 ZVZ veškerá zadávací řízení realizovaná podle ZVZ vystavěna.

Samotným shora popsaným stanovením konstrukce nabídkové ceny tedy zadavatel podle zdejšího soudu ZVZ neporušil. Podstatné se za této situace jeví posouzení skutečnosti, zda konstrukce navázání obou plnění byla po celou dobu zadávacího řízení jasná, všem dodavatelům zřejmá a neměnná.

Ze zadávací dokumentace („1. Vymezení předmětu plnění veřejné zakázky“) vyplývá, že předmětem plnění je provedení pěstebních činností a těžebních činností; tyto činnosti jsou pak dále specifikovány (příprava půdy, obnova lesa, ochrana proti buření, ochrana kultur proti zvěři, oplocování lesních kultur, prořezávky, vyvětvování porostů, ostatní ochrana lesa, úklid klestu, výsek nežádoucích dřevin, zpřístupnění porostů, dočišťování plochy po těžbě, kácení, odvětvování, příjem a evidence dříví, to vše s konkretizací v samostatné příloze zadávací dokumentace – v příloze č. 2). Z takto vymezeného předmětu plnění veřejné zakázky je tedy podle zdejšího soudu najisto postaveno, jaké pěstební a jaké těžební práce jsou plnění, za které je ze strany zadavatele poskytováno protiplnění, tedy co je předmětem veřejné zakázky.

Najisto je rovněž z obsahu zadávací dokumentace postaveno základní kritérium hodnocení nabídek („7. Způsob hodnocení nabídek“); tím je nejnížší nabídková cena. Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny obsahuje zadávací dokumentace v části 4. též podle zdejšího soudu zřetelně. Nabídková cena uchazeče je stanovena jako součet jednotlivých dílčích nabídkových cen, přitom dílčími nabídkovými cenami

se rozumějí cena pěstebních činností za celou dobu trvání smlouvy, cena sadebního materiálu za celou dobu trvání smlouvy, cena těžebních činností za celou dobu trvání smlouvy a cena dříví (hroubí) na lokalitě P za celou dobu trvání smlouvy. Vzorec pro výpočet nabídkové ceny je taktéž v části 4. zadávací dokumentace podáván zřetelně, a sice tak, že nabídková cena je dána součtem cen pěstebních činností za celou dobu trvání smlouvy, sadebního materiálu za celou dobu trvání smlouvy a těžebních činností za celou dobu trvání smlouvy s odečtením ceny dříví (hroubí) na lokalitě P za celou dobu trvání smlouvy.

Z právě uvedeného vyplývá, že zadávací dokumentace nepřipouští pochybnosti ani o tom, jaké plnění je zadavatelem poptáváno, tedy co je předmětem veřejné zakázky, a tedy jaké plnění má být zahrnuto do nabídkové ceny, ani o tom, jak má být konstruována nabídková cena, a tedy jak se v nabídkové ceně má projevit cena za plnění ve prospěch zadavatele a jakým způsobem se do nabídkové ceny má promítnout cena dříví. V tomto směru měl tedy každý z dodavatelů jasnou, přesnou a vyčerpávající informaci o tom, že zadavatel odkup dříví pro účely kalkulace nabídkové ceny spojil s plněním, které je „předmětem plnění veřejné zakázky“. Konstrukce pro kalkulaci nabídkové ceny nečiní z plnění ve prospěch zadavatele (z veřejné zakázky na služby podle § 7 odst. 2 a § 10 ZVZ) plnění jiného druhu; nic tedy nemění na tom, že plnění ve prospěch zadavatele nadále zůstává veřejnou zakázkou na služby. Zvolená konstrukce nabídkové ceny a postup při vzájemných plněních zadavatele a vítězného uchazeče (provedení činností ve prospěch zadavatele podle předmětu veřejné zakázky, navazující úhrada spočívající v majetkovém plnění a navazující peněžité plnění ve prospěch zadavatele coby peněžitá kompenzace vzniklého „přeplatku na majetkovém plnění zadavatele“) zároveň nevybočuje z režimu úplatného poskytnutí služeb ve prospěch zadavatele podle § 7 odst. 1 ZVZ. Nabídková cena byla konstruována i nadále ve vztahu k předmětu veřejné zakázky; prodej dříví sice není plněním v rámci předmětu veřejné zakázky, nicméně zohlednění souvisejících a na předmět veřejné zakázky navázaných obchodních procesů mezi zadavatelem a dodavatelem, jde-li o zohlednění jasné, zřetelné, srozumitelné, nikoho neznevýhodňující a je-li zároveň i zpětně přezkoumatelným, neznamená, že by nabídková cena byla konstruována mimo vztah k předmětu veřejné zakázky.

Z obsahu správního spisu ani ze žalobních tvrzení navíc nevyplývá, že by žalobce (popř. jiný dodavatel) takto vymezenému předmětu plnění a takto konstruovanému požadavku na způsob kalkulace nabídkové ceny neporozuměl. Všichni uchazeči podali „záporné nabídky“ a cenu dřeva v nabídkové ceně zohlednili tak, jak podle zadávací dokumentace měli.

Z obsahu správního spisu ani ze žalobních tvrzení nadto nevyplývá, že by takovou konstrukcí mohlo dojít k možnému zúžení okruhu uchazečů, tj. že by pro některé z nich bylo vymezení předmětu plnění a konstrukce nabídkové ceny založená na předpokladu automatického odkupu dříví diskriminační. Bylo na každém z dodavatelů, zda takto vymezené zadávací podmínky bude akceptovat či nikoli, z ničeho přitom nevyplývá, že by takové zadávací podmínky mohly být pro některé z dodavatelů nevýhodnými, a tedy skrytě diskriminačními, že by jejich nastavením mohla být férová soutěž o získání veřejné zakázky omezena, že by tato konstrukce

mohla připouštět jakékoli spekulace ohledně pravých důvodů, pro které byla zadavatelem zvolena, a tedy že by se dodavatelé (z pohledu právě projednávané věci konkrétně žalobce) nacházeli v důsledku takto nastavených podmínek v nepříznivějším postavení, než v jakém by se nacházeli při volbě jiné konstrukce nabídkové ceny.

V souvislosti s konstrukcí nabídkové ceny se zdejší soud zabýval možnou skrytou diskriminací. V této otázce zdejší soud aplikoval pro něj instruktivní test podávaný např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5.6.2008 ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008. Klíčovým problémem skryté diskriminace je podle Nejvyššího správního soudu „zjevná nepřiměřenost“ podmínek či postupů zadavatele ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není podle Nejvyššího správního soudu vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno jí vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat (Nejvyšší správní soud ve shora citované věci akcentoval svoji prejudikaturu - rozsudek ze dne 10. 11. 2005 v právní věci sp. zn. 1 Afs 107/2004, publikováno jako č. 869/2006 Sb. NSS). V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“ poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, přitom dovodit skrytou diskriminaci lze tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky. Oprávněnost takto restriktivního výkladu skryté diskriminace je dále podporována i tím, že - kromě podmínky zjevné nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů (jichž se týkal závěr Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008) ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky - musí být též zřejmé, že v důsledku nastavených kvalifikačních předpokladů (rozsudek ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008 se vyslovoval právě k nim) mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008 bez nepřiměřeně nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.

Právě uvedený test se přitom podle zdejšího soudu neuplatní pouze v případě posuzování kvalifikačních předpokladů (jako tomu bylo ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008), ale obecně při posuzování jakékoli možné skryté diskriminace postupem zadavatele.

V právě posuzované věci tak zdejší soud dovozuje, že konstrukce nabídkové ceny nebyla v nepoměru k tomu, co bylo poptávaným plněním (tedy těžební a pěstební činnost), ani nelze dovozovat, že by v důsledku této konstrukce nabídkové ceny, implikující nutnost dodavatelů vytěžené dříví také prodat (a za to zaplatit zadavateli shora uvedený „přeplatek na majetkovém plnění zadavatele“), mohli veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez takové konstrukce nabídkové ceny) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Nic v tomto směru se nepodává z obsahu správního spisu ani ze žádného žalobního tvrzení.

Nadto považuje zdejší soud za podstatné, že zadávací podmínky objektivně nepřipouštějí možnost různých výkladů ohledně konstrukce nabídkové ceny, výkladové nejednoznačnosti se nadto nedovolává ani žalobce. Z nabídek předložených jednotlivými uchazeči kromě toho vyplývá, že všichni uchazeči zvolené konstrukci porozuměli, všichni uchazeči konstruovali nabídkovou cenu shodně za respektování podmínek vyplývajících ze zadávací dokumentace. Jejich nabídky tedy byly za předem jasné a srozumitelně stanovených podmínek nabídkami vzájemně porovnatelnými.

Ze shora uvedeného tedy zdejší soud uzavírá, že konstrukce zvolená zadavatelem nejen neporušuje žádné ustanovení ZVZ (ani nevybočuje z definice veřejné zakázky obsažené v § 7 ZVZ), ale neporušuje ani žádnou ze zásad vyjmenovaných v § 6 ZVZ. Právě uvedené dílčí závěry jsou podstatné pro souhrnný závěr zdejšího soudu ohledně tohoto žalobního bodu, a sice že v této části není žaloba důvodnou.

Postup, který zadavatel ohledně konstrukce nabídkové ceny zvolil a který žalovaný jako zákonný akceptoval, pochopitelně může přinášet související aplikační úskalí. Jednak se může projevovat v otázce stanovení a zpětné kontrole správnosti stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky (§ 13 ZVZ). Stejně tak takto zvolená konstrukce může vyvolávat aplikační úskalí ohledně stanovení konkrétní výše jistoty (§ 67 ZVZ) či konkrétní výše kauce spojené s návrhem na přezkum úkonů zadavatele (§ 115 ZVZ).

Pokud jde o otázku předpokládané hodnoty veřejné zakázky, tu soud v právě projednávané věci podstatný problém neshledává; plnění bylo zadáváno postupem pro nadlimitní veřejné zakázky a ať už by zadavatel pro plnění takového rozsahu konstruoval předpokládanou hodnotu jakkoli (ať už si „vypomáhal“ konstrukcí nabídkové ceny „v širším smyslu“ a „v užším smyslu“), nemohl by obstát postup jiný, než zadávat tato plnění jako veřejnou zakázku nadlimitní. Všechny jiné alternativy (odlišné od zadávací procedury předepsané pro zadávání nadlimitních veřejných zakázek) by s ohledem na konstrukci nabídkové ceny mohly jevit znaky obcházení ZVZ.

Přezkum otázek spojených se stanovením částky odpovídající jistotě (§ 67 ZVZ) pak není předmětem přezkumu v této právní věci, neboť závěr žalovaného ve vztahu k § 67 ZVZ žalobce předmětem přezkumu neučinil, a zdejší soud tu tedy nemá prostor pro jakékoli úvahy (§ 75 odst. 2 s.ř.s.).

Samostatnou otázkou pro zdejší soud s ohledem na žalobní tvrzení je však otázka stanovení kauce podle § 115 ZVZ. V této otázce (a v odpovědi na ni) se soud zcela ztotožňuje se žalobcovou argumentací. Pro zdejší soud totiž nemůže být přijatelný takový postup, aby nabídková cena byla vypočtena podle jedné pravidel a kauce (vycházející podle § 115 odst. 1 ZVZ právě z nabídkové ceny) podle pravidel jiných. Naopak je zdejší soud toho názoru, že logicky musí platit následující: není-li cena dříve „odečítána“ od ceny zadavatelova plnění pro účely stanovení nabídkové ceny, pak nemůže být „odečítána“ od ceny zadavatelova plnění ani pro účely výpočtu kauce. Totéž musí platit naopak: má-li být cena dříve „odečítána“ od ceny

zadavatelova plnění pro účely stanovení nabídkové ceny, pak musí být „odečítána“ od ceny zadavatelova plnění i pro účely výpočtu kaucce. Jinak se žalovaný nutně dostává za hranici zákonných pojmů a jejich smysluplné aplikace úvahami o nabídkové ceně „v užším smyslu“ a nabídkové ceně „v širším smyslu“.

Podle § 115 odst. 1 ZVZ je výše kaucce závislá na nabídkové ceně; toto ustanovení ZVZ ji omezuje minimální částkou 50 000,- Kč a maximální částkou 2 000 000,- Kč. Osoba, již povinnost složit kauci svědčí (tj. osoba, která podává návrh na přezkum úkonů zadavatele, tu žalobce), si tedy výši kaucce vypočítá sama podle své nabídkové ceny. Pokud by takto vypočítaná kaucce překročila částku 2 000 000,- Kč, pak se skládá kaucce toliko ve výši 2 000 000,- Kč. Pokud by naopak vypočtená výše kaucce nedosahovala částky 50 000,- Kč, pak se skládá ve výši 50 000,- Kč. Pro případ, kdy nelze stanovit nabídkovou cenu, činí výše kaucce 100 000,- Kč.

Jestliže tedy nabídková cena byla v právě posuzované věci konstruována tak, že její výše byla dána součtem cen pěstebních činností za celou dobu trvání smlouvy, sadebního materiálu za celou dobu trvání smlouvy a těžebních činností za celou dobu trvání smlouvy s odečtením ceny dříví (hroubí) na lokalitě P za celou dobu trvání smlouvy, pak z takovéto konstrukce musí vyplývat i způsob výpočtu kaucce, neboť ta je dána právě nabídkovou cenou, jak z § 115 odst. 1 ZVZ jasně vyplývá.

Nabídkovou cenu žalobce v právě posuzované věci bylo možné stanovit; kaucce byla totiž splatná v době po podání nabídek obsahujících nabídkové ceny, tedy v době, kdy žalobce již svoji nabídkovou cenu znal. Nepřicházel proto v úvahu postup podle druhé věty § 115 odst. 1 ZVZ. Kauce měla být tedy stanovena postupem podle první věty § 115 odst. 1 ZVZ. Jelikož s ohledem na zadavatelem zvolenou konstrukci nabídkové ceny šlo o nabídkovou cenu „zápornou“, měla být hrazena ve výši 50 000,- Kč.

Jestliže tedy žalobce uhradil k výzvě žalovaného kauci ve výši 259 252,- Kč, pak podle zdejšího soudu tuto kauci uhradil v částce vyšší, než v jaké ji měl uhradit. Tento „přeplatek“ na zaplacené kauci ovšem nemá vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť na žádném závěru žalovaného obsaženém v napadeném rozhodnutí se ve vztahu k žádnému žalobcovu subjektivním veřejnému právu neprojevil; odlišná situace by mohla nastat tehdy, pokud by žalobce kauci podle výzvy žalovaného v požadované výši neuhradil (resp. nepředložil by doklad o jejím uhrazení v této výši) a žalovaný by následně řízení o žalobcově návrhu zastavil. V právě posuzované věci, kdy žalobce doklad o uhrazení kaucce v žalovaným stanovené výši předložil, a tedy kdy řízení o přezkum úkonů zadavatele po zaplacení kaucce a po předložení dokladu proběhlo, může žalobce „přeplatek“ na složené kauci zpět od žalovaného vymáhat, avšak mimo režim přezkumu napadeného rozhodnutí žalovaného.

Zdejší soud tedy uzavírá, že žalovaný nepochybil při hodnocení konstrukce nabídkové ceny, avšak vyzval žalobce ke složení kaucce ve výši, která neodpovídala § 115 odst. 1 ZVZ. Kauce byla tedy žalovaným vybrána v částce vyšší, než v jaké měla být vybrána, to však na zákonnost napadeného rozhodnutí vliv nemělo. Potud je tedy žaloba nedůvodná.

V. b)

Dále se zdejší soud zabýval žalobní argumentací směřující do nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí v otázce mimořádně nízké nabídkové ceny.

Podle § 77 odst. 1 ZVZ při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší.

Podle § 77 odst. 6 ZVZ neodůvodnil-li uchazeč písemně mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve stanovené lhůtě, nedostavil-li se k podání vysvětlení nebo posoudila-li hodnotící komise jeho zdůvodnění jako neopodstatněné, musí být nabídka vyřazena. Podle tohoto ustanovení se má obdobně použít § 76 odst. 6 ZVZ, podle něhož uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí veřejný zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení. Vyloučení uchazeče včetně důvodů veřejný zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí.

Zkoumání, zda konkrétní nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je tedy obligatorní součástí procesu posuzování nabídek.

Hodnotící komise má tedy ve vztahu k případné mimořádně nízké nabídkové ceně dvě povinnosti:

1. povinnost posoudit, zda konkrétní nabídka konkrétního uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu,

2. v případě zjištění mimořádně nízké nabídkové ceny povinnost vyžádat si od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí jeho nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné.

ZVZ sice výslovně nestanoví, že by součástí výzvy k písemnému zdůvodnění (v rámci 2. z obou uvedených povinností) mělo být odůvodnění, z jakých důvodů považuje hodnotící komise nabídkovou cenu za mimořádně nízkou, takový požadavek však lze dovodit ze zásady transparentnosti, jíž má být celé zadávací řízení ovládáno, z logiky věci (neboť zdůvodnění podané uchazečem může být podáno pouze tehdy, jsou-li mu známy konkrétní námitky proti nabídkové ceně) a konečně i ze samotného textu § 77 odst. 1 ZVZ, který hovoří o písemném zdůvodnění „těch částí nabídky“, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné.

Od správného zodpovězení shora uvedených dvou otázek a od následného postupu hodnotící komise při vyzývání uchazeče se nutně odvíjí reálná možnost přezkoumání správnosti a zákonnosti jejího rozhodování při posuzování nabídek. Pokud hodnotící komise v průběhu posuzování zjistí, že nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, ohledně níž nebylo podáno ve stanovené lhůtě požadované zdůvodnění, popř. pokud se uchazeč nedostavil k podání vysvětlení ohledně své nabídkové ceny ve smyslu § 77 odst. 3 ZVZ, resp. pokud posoudila hodnotící komise jeho zdůvodnění jako neopodstatněné, má povinnost takovou nabídku vyřadit. Rozhodnutí o vyřazení nabídky tedy i zde náleží hodnotící komisi.

Postup hodnotící komise při posuzování otázky, zda určitá nabídková cena je mimořádně nízkou nabídkovou cenou, tedy nutně musí podléhat kontrole ze strany žalovaného. Jak bylo již v minulosti judikováno (rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 1. 2. 2001, č.j. 2A 9/2000 – 48), účinná kontrola postupu zadavatele ze strany žalovaného předpokládá rovněž posouzení jeho zdůvodnění o vyřazení nebo naopak ponechání nabídky s mimořádně nízkou cenou. To nutně zahrnuje i posouzení samotné otázky, zda konkrétní nabídkovou cenu bylo důvodu považovat za mimořádně nízkou nabídkovou cenu.

Z obdobných závěrů vycházejí i rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 16.3.2004 ve věci sp. zn. 2 A 9/2002 (ve vztahu k zákonu č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů) i ze dne 6.11.2009 ve věci sp. zn. 5 Afs 75/2009 (k ZVZ). Nejvyšší správní soud konstatoval, že „...*Přezkumná činnost...(žalovaného)...spočívá v kontrole, zda byly řádně dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek. Žalobkyně však v podané žalobě zpochybňuje zákonnost vlastního posouzení nabídky, resp. nevhodnost nabídky vybraného uchazeče. Přitom právě zde je hranice, kterou žalovaný ... nesmí překročit, neboť potom by se stal hodnotitelem jednotlivých nabídek. Jeho pravomoci sahají do úrovně těch činností zadavatele, které vytvářejí prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů hodnotící komise, neboť tím by se žalovaný ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět zadaným kritériím a také v soutěži zvítězit. ... (žalovaný)... nemůže přebírat zodpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky, neboť k tomu nemá ani odborné předpoklady, totéž nelze požadovat ani po soudu. Úkolem obou je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. V opačném případě by se totiž výběr nejvhodnější nabídky mohl stát záležitostí znaleckých posudků a pak by existence zákona postrádala smysl.*“ Ve druhém z obou rozsudků Nejvyšší správní soud dovodil, že „...*úkolem ... (žalovaného)... je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru..., dbá na to, aby byla splněna jedna ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti celého procesu zadávání veřejných zakázek...* (s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 6. 2007 ve věci sp. zn. 5 Afs 6/2007), ... *není oprávněn při své přezkumné činnosti vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, tedy členů hodnotící komise, a tyto myšlenkové pochody jakkoliv přezkoumávat, hodnotit*

či dokonce nahrazovat vlastním správním uvážením, neboť zákon konstruuje hodnotící komisi jako kolegium odborně způsobilých osob, kterým jedině je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky, související s procesem hodnocení nabídek. Posouzení přiměřenosti či nepřiměřenosti údajů v nabídkách mezi takové odborné otázky bezpochyby náleží...“.

Ze shora uvedeného tedy pro zdejší soud vyplývá, že se sice lze ztotožnit s konstatováním žalovaného v bodu 29. napadeného rozhodnutí, podle něhož „...povinnosti ve vztahu ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny má toliko hodnotící komise a ne zadavatel...“ a „...posouzení, zda nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, resp. zda případné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny je opodstatněné či nikoliv, je tedy plně v kompetenci hodnotící komise...“, nicméně platí-li zároveň (jak žalovaný rovněž v bodu 29. napadeného rozhodnutí správně konstatuje), že žalovaný „...podrobuje kontrole postupy, ať již hodnotící komise či zadavatele v tom smyslu, zda tyto byly činěny dle zákona...“ (rozuměno dle ZVZ), pak přezkum zákonnosti postupu hodnotící komise ve vztahu k případné mimořádně nízké nabídkové ceně nelze ze strany žalovaného obejít konstatováním, že by tak byly hodnoceny myšlenkové pochody členů hodnotící komise. Nejde tu totiž o posouzení myšlenkových pochodů členů hodnotící komise, nýbrž o objektivní posouzení, zda bylo důvodu, aby tato komise ve vztahu ke konkrétní nabídce měla nabídkovou cenu posoudit jako mimořádně nízkou, tedy zda měla povinnost postupovat podle § 77 odst. 1 ZVZ (tedy vyžádat si od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné), a pokud ano, jak této své povinnosti dostála (tedy zda postupovala přesně tak, jak jí ukládá § 77 odst. 1 ZVZ). Jedině tak lze ze strany žalovaného řádně přezkoumat, zda hodnoceny byly právě ty nabídky, které hodnoceny být měly (zda byl ve stádiu posuzování nabídek - před jejich hodnocením - dodržen postup stanovený ZVZ).

Pokud by měl tedy zdejší soud za správný pokládat názor žalovaného, že ta fáze zadávacího řízení, která spočívá v posouzení jednotlivých nabídek z toho pohledu, zda neobsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu, z jeho kontroly důvodně uniká, pak by za správnou musela být nutně pokládána rovněž rezignace žalovaného na posouzení jakýchkoli kroků hodnotící komise při posuzování nabídek podle § 76 ZVZ. Posouzení otázky případné mimořádně nízké nabídkové ceny podle § 77 odst. 1 ZVZ je totiž v principu totožný (a z pohledu zákonnosti postupu zadavatele stejně významný) postup, jaký hodnotící komise uskutečňuje podle § 76 odst. 1 ZVZ, kdy má povinnost nabídky posoudit z toho pohledu, zda nabídky obsahují zákonné požadavky a požadavky zadavatele obsažené v zadávacích podmínkách, zda některý z uchazečů nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) ZVZ a zda některá z nabídek neobsahuje nejasnosti, které je třeba vyjasnit (včetně vyhodnocení, zda poskytnuté vysvětlení v rámci případného „vyjasňování“ je uspokojivé a odůvodňuje ponechání nabídky v zadávacím řízení – srov. § 76 odst. 3 ZVZ). Takový názor by nemohl být pokládán za správný.

Naopak zdejší soud dospívá k následujícímu závěru: jestliže podle § 112 odst. 1 ZVZ vykonává žalovaný dohled nad dodržováním ZVZ, jestliže podle § 112 odst. 2

písm. b) ZVZ žalovaný rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadání veřejné zakázky postupoval v souladu se ZVZ, jestliže je podle § 77 odst. 6 ZVZ třeba vyřadit nabídku, která obsahuje takovou mimořádně nízkou nabídkovou cenu, která nebyla postupem předepsaným v § 77 ZVZ odst. 1 až 4 ZVZ odůvodněna, a zároveň jestliže podle § 76 odst. 6 ZVZ toho uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení, pak nutně platí, že nevyřazení nabídky za podmínek uvedených v § 77 odst. 6 ZVZ a nevyřazení uchazeče podle § 76 odst. 6 ZVZ je porušením postupu (nedodržením postupu) podle § 112 odst. 1 ZVZ a § 112 odst. 2 písm. b) ZVZ. Vnitřně rozporným je tedy postoj žalovaného, který na jedné straně připouští, že je oprávněn kontrolovat postup hodnotící komise z toho pohledu, zda byl či nebyl uskutečněn v souladu se ZVZ, ale zároveň rezignuje na kontrolu toho, zda byl či nebyl porušen ZVZ nevyřazením nabídky, která vyřazena být měla, a nevyřazením uchazeče, který vyloučen být měl.

Pokud se tedy žalovaný ve vztahu k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny omezil na úvahu, podle níž hodnotící komise neshledala žádnou z nabídkových cen mimořádně nízkou, přitom posouzení nabídkových cen je záležitostí hodnotící komise (str. 12 prvostupňového rozhodnutí, čtvrtý odstavec, tato úvaha potvrzena v bodu 29. napadeného rozhodnutí), pak se k otázce, zda se o mimořádně nízkou nabídkovou cenu jednalo či nikoli, a tedy zda hodnotící komise postupovala tak, jak jí ukládá zejména § 77 odst. 1 a 6 ZVZ, vůbec nevyjádřil; namísto toho se výlučně soustředil na objasnění svého postoje, že mu uvedenou otázku přezkoumat nepřísluší. To je postoj dle zdejšího soudu nesprávný a nezákonný.

Ze shora uvedeného tedy zdejší soud uzavírá, že pokud žalobce před žalovaným argumentoval v tom směru, že konkrétní nabídka obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu a taková nabídka nebyla vyřazena, ač vyřazena být měla, pak tvrdil nezákonnost postupu v rámci zadávacího řízení ve vztahu k § 77 odst. 6 ZVZ (nevyřazení nabídky) a § 76 odst. 6 ZVZ (nevyřazení uchazeče). Jestliže se pak žalovaný v řízení o přezkum úkonů zadavatele k této otázce nevyjádřil, tedy k žalobcově argumentaci nepřezkoumal, zda konkrétní nabídka byla v zadávacím řízení ponechána důvodně (zákonně), tedy zda hodnoceny byly právě ty nabídky, které hodnoceny být měly, pak je jeho rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí si zdejší soud totiž nemůže učinit ani obecný úsudek ohledně věcné odpovědi žalovaného na otázky, zda hodnotící komise se problematikou mimořádně nízké nabídkové ceny zabývala dostatečně či nikoli a zda se jí zabývala správně či nikoli.

Jestliže nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí byla žalobcem namítána, pak je jeho žaloba v této části důvodnou a zdejší soud napadené rozhodnutí pro vadu řízení podle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. a § 78 odst. 1 s.ř.s. zrušil a podle § 78 odst. 4 s.ř.s. vyslovil, že věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.

V dalším řízení nechť se žalovaný řádně zabývá argumentací žalobce ohledně mimořádně nízké nabídkové ceny a posoudí, nakolik byla otázka mimořádně nízké

nabídkové ceny v zadávacím řízení posuzována, jak byla posuzována, zda ponechání nabídky v zadávacím řízení a nevyloučení uchazeče bylo ve vztahu k povinnostem podáváním z § 77 ZVZ zákonné či nikoli a z toho necht' vyvodí odpovídající závěr.

Ke zrušení prvostupňového rozhodnutí, napadenému rozhodnutí předcházejícího, zdejší soud důvody neshledal; potřeba jeho případného zrušení necht' je posouzena v dalším řízení před žalovaným – v rámci právě naznačených nezbytných úvah orgánu rozhodujícího o rozkladu, tj. předsedy žalovaného.

VI. Náklady řízení

O nákladech řízení účastníků soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve věci úspěšným, a proto mu náleží právo na náhradu nákladů proti žalovanému. Z obsahu soudního spisu vyplývá, že žalobci vznikly náklady řízení ve výši 2 000,- Kč za zaplacený soudní poplatek; právo na jejich náhradu tedy soud přiznal společně s náklady právního zastoupení (tři úkony právní služby, tj. převzetí a příprava zastoupení, žaloba a replika podle § 11 odst. 1 písm. a/ a d/ společně se třemi režijními paušály ve výši podle § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu – celkem 7 200,- Kč) v celkové výši 9 200,-Kč. K zaplacení soud stanovil žalovanému přiměřenou lhůtu.

P o u č e n í : Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost podle ust. § 102 a násl. s.ř.s. do dvou týdnů od jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu prostřednictvím Krajského soudu v Brně. 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, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2, 4 s.ř.s.).

V Brně dne 2. září 2010

JUDr. David Raus, Ph.D.
předseda senátu

Kancelář:

Prosím

1. Vyplň a zalep protokol o hlasování
2. Proveď konečnou žurnalizaci soudního spisu
3. Zkrácené znění rozsudku vyvěš na úřední desce
4. Rozsudek (doručuj do DS, pokud to nebude možné, důvody poznač do spisu a doručuj obálkou I., DVR výhradně jen adresáta) zašli
 - a) žalobci prostřednictvím zástupce
 - b) žalovanému
5. Vyznač skončení věci zrušením napadeného rozhodnutí.
6. Po doručení anonymizuj na „N“ a předlož k vyznačení PM
7. Po PM + uplynutí lhůty pro podání KS předlož k vypracování ELJ
8. Vrať správní spis žalovanému nebo je postup na NSS, bude-li podána KS
9. Založ

Děkuji.

David Raus

1. Konstrukce nabídkových cen a z toho vyplývající jejich přesná výše pro účely hodnocení nabídek podle § 79 zákona o veřejných zakázkách* i pro účely stanovení základu pro výpočet kaucí podle § 115 téhož zákona musí být totožná.
2. Součástí pravomoci orgánu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek podle § 112 odst. 1 a § 112 odst. 2 písm. b) zákona o veřejných zakázkách je i posouzení toho, zda byla otázka mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 77 téhož zákona v zadávacím řízení řádně a správně zodpovězena, tj. zda ponechání či neponechání nabídky v zadávacím řízení a vyloučení či nevyloučení uchazeče bylo zákonné ve vztahu k povinnostem podávaným z § 77 téhož zákona.

* zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách,