



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 Mgr. Petra Kobylky v právní věci žalobce: **GTS NOVERA, s.r.o.**, se sídlem Praha 3, Přemyslovska 2845/43, zastoupený JUDr. Petrem Hostašem, advokátem, ČÍŽEK HOSTAŠ advokátní kancelář, v.o.s., se sídlem Praha 1, Na Struže 1740/7, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, za účasti: **1. DIAMO, státní podnik**, se sídlem Stráž pod Ralskem, Máchova 201, **2. Telefónica O2 Czech Republic, a.s.**, se sídlem Praha 4, Michle, Za Brumlovkou 266/2, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20.10.2008, č.j. R168/2008/02-23650/2008/310-AS,

t a k t o :

I. Žaloba se **z a m í t á**.

II. Žalovanému se náhrada nákladů řízení **n e p ř i z n á v á**.

III. Osoby zúčastněné na řízení **n e m a j í p r á v o** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce brojí žalobou proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20.10.2008, č.j. R168/2008/02-23650/2008/310-AS, kterým byl zamítnut rozklad a potvrzeno předchozí rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení č.j. S200/2008/VZ-16491/2008/520-Št ze dne 6.8.2008.

I. Podstata věci

Zadavatel (DIAMO, státní podnik) podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), zadával v otevřeném řízení veřejnou zakázku „Služby elektronických komunikací“. Oznámení tohoto zadávacího řízení bylo zveřejněno dne 14.3.2008 v informačním systému o veřejných zakázkách a 15.3.2008 v Úředním věstníku Evropské unie. Poté, co zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky a oznámil to žalobci (29.5.2008), podal žalobce námitky. Tyto námitky zadavatel obdržel dne 13.6.2008. Zadavatel námitkám nevyhověl a žalobce následně podal žalovanému návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

Žalovaný správní řízení podle § 114 odst. 3 ZVZ (ve znění účinném do 31.12.2009) zastavil s odůvodněním, že návrh nebyl podán oprávněnou osobou. Tento závěr opřel o zjištění, že žalobcovy námitky směřovaly proti podmínkám zadávacího řízení, konkrétně proti stanovení dílčích hodnotících kritérií ekonomické výhodnosti nabídek, a jeho tvrzení o podávání námitek proti výběru nejvhodnější nabídky je pouze účelové. K podání námitek přistoupil žalobce podle žalovaného až poté, co žalobcova nabídka nebyla vybrána jako nejvhodnější. Pak tedy žalobce nepodal námitky ve lhůtě 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení ZVZ ze strany zadavatele dozvěděl, neboť o porušení ZVZ stanovením podmínek zadání se musel dozvědět před koncem lhůty pro podání nabídek, tj. před 28.4.2008, neboť jinak by nabídku nemohl podat (neznal-li by podmínky). Jelikož se tedy žalobce podle žalovaného musel s veškerou dokumentací seznámit před podáním nabídek, tj. do 28.4.2008, podal-li námitky až dne 13.6.2008 (tehdy je zadavatel obdržel), pak byly podány až po více než měsíci ode dne podání nabídky, kdy patnáctidenní lhůta začala běžet, a tedy tato lhůta nebyla dodržena. Je-li podle § 110 odst. 5 ZVZ podání řádných námitek podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci, pak v situaci, kdy nebyly námitky podány včas, nemohl podat žalobce návrh na přezkoumání úkonů zadavatele k žalovanému – a tedy tento návrh nebyl v takové situaci podán osobou k jeho podání oprávněnou.

Tento závěr žalobce napadá žalobou.

II. Shrnutí žaloby

Žalobce namítá a podrobně argumentuje, že závěr žalovaného o tom, že jím podané námitky směřovaly proti zadávacím podmínkám a nikoli proti výběru nejvhodnější nabídky, je nesprávný. Podle žalobce se jednalo v první řadě o námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, a proto byly podány včas a nebylo důvodu k zastavení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Žalobce v námitkách kromě samotného výběru provedeného zadavatelem napadal i nesprávně stanovená hodnotící kritéria a chybně stanovený způsob hodnocení nabídek s ohledem na skutečnost, že kritéria upravená v zadávací dokumentaci, podle nichž byly posuzovány nabídky uchazečů, tvořila nedílnou součást samotného rozhodovacího procesu. Podle žalobce z logiky věci vyplývá, že předcházela-li výběru nejvhodnější nabídky nezákonnost, je

pak i tento výběr nezákonný. Zadavatel se tedy podle žalobce dopustil nejméně dvou porušení ZVZ – konkrétně porušení zásady zákazu diskriminace upravené v § 6 ZVZ a porušení povinnosti vybrat ekonomicky nejvýhodnější nabídku podle § 78 ZVZ. K prvnímu porušení ZVZ došlo v okamžiku, kdy zadavatel stanovil kritéria, na základě nichž nebylo možno vybrat ekonomicky nejvýhodnější nabídku. Tímto porušením si však žalobce v době zahájení zadávacího řízení nebyl zcela jist, a proto nemohl adekvátním způsobem reagovat. Ke druhému jednání zadavatele v rozporu se ZVZ pak došlo v okamžiku, kdy zadavatel podle vadných kritérií nesprávně rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. Žalobce se domáhá ochrany proti druhému z obou pochybení zadavatele, při němž vyšlo najevo i jeho předchozí nezákonné jednání. Rozpor hodnotících kritérií se ZVZ se podle žalobce často projeví až po provedeném hodnocení, jehož výsledkem je výběr nejvhodnější nabídky. Podle žalobce nelze souhlasit se žalovaným, podle kterého byl způsob hodnocení nabídek v rámci jednotlivých hodnotících kritérií dostatečně vymezen v zadávací dokumentaci, a tedy každý z uchazečů si mohl „nasimulovat“ hodnocení nabídek; žalobce těžko mohl takto postupovat, když nejméně 20% bodů v rámci hodnocení bylo nabídkám přidělováno na základě subjektivního hodnocení jednotlivými členy hodnotící komise.

Nad rámec uvedeného žalobce uvádí věcné výhrady k průběhu zadávacího řízení a k rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky; některým uchazečům zadavatel zaručil konkurenční výhodu, když stanovil, že nejlépe bude hodnoceno řešení přípojného vedení prostřednictvím optických nebo metalických kabelů a nejhůře přípojky zřízené rádiovou cestou; tyto parametry ani nemají vliv na ekonomickou výhodnost nabídek. Zadavatel dále preferoval poskytování služeb elektronických komunikací na vlastních přípojkách, aniž by takto byla odrážena kvalita plnění. Již jen z těchto důvodů žalobce ztratil oproti vítězné nabídce více než 10% bodů, přestože nabídl nižší nabídkovou cenu než vítězný uchazeč. Právě nabídková cena měla být základním ukazatelem ekonomické výhodnosti nabídky.

Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení.

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

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný ve svém vyjádření setrval na závěrech, k nimž dospěl v napadeném rozhodnutí, a na tyto závěry odkázal. Žalovaný především považuje za podstatné, že z hodnocení nabídek nevyplývají žádné nové skutečnosti, na jejichž základě by žalobce mohl až po provedeném hodnocení dovést, že kritéria ekonomické výhodnosti nabídek a zadávací podmínky byly v rozporu se ZVZ. Již ze zadávacích podmínek vyplynulo, že vybrána může být i nabídka s nikoli nejnížší nabídkovou cenou. Námitky žalobce směřují proti zadávacím podmínkám, avšak k jejich podání přistoupil žalobce až poté, co jeho nabídka nebyla vybrána jako nejvhodnější.

Žalovaný tedy navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout.

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

S procesním stanoviskem žalovaného se ztotožnila osoba zúčastněná na řízení 1. I ta má za to, že by žaloba měla být jako nedůvodná zamítnuta.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), přitom jde o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Zdejší soud o žalobě rozhodoval bez jednání za podmínek vyplývajících z § 51 odst. 1 s.ř.s.

Zdejší soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích žalobních bodů, jak byly žalobcem uplatněny (§ 75 odst. 2 s.ř.s.), a shledal, že žaloba není důvodná.

Podle § 110 odst. 1 ZVZ (vždy ve znění účinném do 31.12.2009, tj. před účinností novely ZVZ provedené zákonem č. 417/2009 Sb.) může při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh zadavateli podat zdůvodněné námítky kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.

Podle § 110 odst. 3 ZVZ musí námítky stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy. Do doby doručení rozhodnutí zadavatele o námítkách nesmí zadavatel uzavřít smlouvu či zrušit zadávací řízení.

Podle § 110 odst. 4 ZVZ námítky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 ZVZ nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení. Před uplynutím lhůty pro podání námitek podle tohoto odstavce, a jsou-li námítky podány včas, do doručení rozhodnutí o námítkách nesmí zadavatel uzavřít smlouvu či zrušit zadávací řízení.

Podle § 110 odst. 5 ZVZ se námítky se podávají písemně. Podání řádných námitek je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci.

Podle § 114 odst. 3 ZVZ jestliže návrh nemá předepsané náležitosti podle odstavce 2 a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem (žalovaným) nedoplní nebo

nebyl doručen Úřadu (žalovanému) a zadavateli ve lhůtách podle § 113 odst. 2 nebo 3 ZVZ nebo nebyl podán oprávněnou osobou nebo není-li Úřad (žalovaný) věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu, Úřad (žalovaný) zahájené řízení zastaví; pokud má důvodné podezření, že došlo k porušení tohoto zákona, zahájí správní řízení z moci úřední.

V § 110 odst. 3 ZVZ je tedy upravena lhůta, v níž nejpozději musí stěžovatelé námitky uplatnit. Námitky tak lze uplatnit proti jakémukoli zadavatelovu úkonu v průběhu celého zadávacího řízení, nejpozději však musí být uplatněny do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel o domnělém porušení zákona zadavatelem dozvěděl, nikoli však později, než zadavatel uzavře smlouvu s vítězným uchazečem. Ve lhůtě stanovené tímto ustanovením musí být námitky doručeny, tj. zadavatel je musí získat do své dispozice. Nestačí námitky toliko podat k poštovní přepravě. Námitky směřující proti jednotlivým úkonům zadavatele nemohou být námitkami předčasnými (ledaže by úkon, proti němuž směřují, učiněn vůbec nebyl, přitom učiněn být ani neměl; pak by zadavatel námitkám nevyhověl), mohou však být námitkami opožděnými, a to tehdy, pokud nebyly uplatněny před uplynutím 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel o domnělém porušení zákona dozvěděl, tedy pokud je zadavatel nejpozději patnáctý den poté nezískal prokazatelně do své dispozice.

Lhůty uvedené v § 110 odst. 3 ZVZ jsou lhůtami obecnými, lhůta končící uzavřením smlouvy s vítězným uchazečem je lhůtou objektivní a lhůta končící uplynutím patnáctého dne ode dne, kdy se stěžovatel o domnělém porušení zákona zadavatelem dozvěděl, je lhůtou subjektivní. K těmto lhůtám je pak stanovena lhůta speciální pro případ podávání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení; tato speciální lhůta je stanovena v § 110 odst. 4 ZVZ a námitky v takových případech musí být stěžovateli doručeny do 15 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 ZVZ nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení.

Rozhodující otázkou z pohledu přezkumu napadeného rozhodnutí je tedy posouzení toho, zda námitky, které žalobce u zadavatele uplatnil, svým obsahem směřovaly proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky anebo zda směřovaly ke zpochybnění stanovení zadávacích podmínek; to je mezi žalobcem a žalovaným sporné.

Pokud by tyto námitky alespoň zčásti směřovaly proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, jak tvrdí žalobce, pak by lhůta pro jejich podání začala běžet od doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky (§ 110 odst. 4 ZVZ), tedy v daném případě ode dne 29.5.2008 (prvním dnem lhůty by byl den následující), a uplynula by dne 13.6.2008. Jestliže žalobce doručil zadavateli námitky dne 13.6.2008, pak by je v takovém případě doručil včas (poslední den lhůty).

Pokud by však tyto námitky směřovaly pouze proti zadávacím podmínkám (obsaženým v oznámení zadávacího řízení a v zadávací dokumentaci), jak dovozuje

žalovaný, pak by lhůta pro jejich podání začala běžet ode dne, kdy se žalobce o domnělém porušení zákona zadavatelem dozvěděl, tedy ode dne, kdy se seznámil se zadávacími podmínkami. Jestliže podle § 17 písm. 1) ZVZ jsou zadávacími podmínkami veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky a jestliže z obsahu správního spisu vyplývá, že zadavatel své požadavky vyjevil v oznámení zadávacího řízení (poprvé uveřejněno dne 14.3.2008, v Úředním věstníku Evropské unie pak dne 15.3.2008) a v zadávací dokumentaci (tu si žalobce převzal dne 17.3.2008), pak se žalobce s veškerými zadávacími podmínkami mohl seznámit v období následujícím po 17.3.2008, kdy již měl k dispozici údaje z oznámení zadávacího řízení i ze zadávací dokumentace. Konkrétně stanovit den, od něhož se patnáctidenní lhůta má počítat, je složité, neboť těžko lze opatřit důkazy o tom, kdy přesně se žalobce se zadávacími podmínkami (všemi, tedy i těmi, jež byly obsaženy v zadávací dokumentaci) seznámil, nicméně pokud měly být nabídky podány nejpozději dne 28.4.2008, kdy končila lhůta pro jejich podání, je nepochybné, že nejpozději se žalobce s veškerými zadávacími podmínkami musel seznámit dne 28.4.2008, aby na ně mohl reagovat svojí nabídkou. Pak tedy lze dovodit, že nejpozději musela subjektivní patnáctidenní lhůta žalobci začít běžet ode dne následujícího po dni 28.4.2008. Tato lhůta tak uplynula nejpozději dne 13.5.2008. Jestliže žalobce doručil zadavateli námitky dne 13.6.2008, pak by je v takovém případě včas nedoručil (byly by doručeny o měsíc později) a byl by správný závěr žalovaného, že se tak žalobce stal osobou neoprávněnou k podání návrhu na přezkum úkonů zadavatele (§ 114 odst. 3 ZVZ).

Z obsahu správního spisu vyplývá, že žalobce se na zadavatele obrátil námitkami doručenými mu 13.6.2008. Žalobce namítal, že zadavatel se měl porušení ZVZ dopustit hodnocením parametrů bez vlivu na ekonomickou výhodnost pomocí první části dílčího kritéria Úroveň technického a organizačního zajištění služeb – služby na vlastních přípojkách versus služby typu „CPS“ i druhé části dílčího kritéria Úroveň technického a organizačního zajištění služeb – požadavky na správu telekomunikačního řešení (a ve vztahu k této části neurčil parametry, v nichž se mohou nabídky odlišovat). Dále žalobce namítal, že zadavatel hodnotil parametry bez vlivu na kvalitu služeb a ekonomickou výhodnost plnění pomocí třetí části dílčího kritéria Úroveň technického a organizačního zajištění služeb – zabezpečení telekomunikačního řešení proti zneužití (i ve vztahu k této části zadavatel neurčil parametry, v nichž se mohou nabídky odlišovat). Dále měl zadavatel zaručit konkurenční výhodu a vytvořit neodůvodněné překážky hospodářské soutěže v návaznosti na to, že vymezil technické podmínky veřejné zakázky v čl. A.2.3. přílohy č. 1 zadávací dokumentace a způsob hodnocení dílčího kritéria Technologie přípojných vedení tak, že nejlépe bude hodnoceno řešení přípojných vedení prostřednictvím optických nebo metalických kabelů a nejhůře přípojky zřízené rádiovou cestou (tyto parametry nemají podle žalobce vliv na ekonomickou výhodnost nabídek). Dále měl zadavatel provést hodnocení podle koeficientů, které neodpovídaly jejich objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky.

Pokud takto v rámci námitek sumarizoval žalobce své výhrady vůči zadavateli, pak přestože uváděl, že zadavatel porušil ZVZ v rámci „*hodnocení parametrů*“, „*hodnocení nabídek*“, resp. že to „*prokázalo hodnocení nabídek*“ (souhrnně v bodu V. námitek, str. 12 a 13), ve skutečnosti jde o tvrzení pochybení, kterých se měl zadavatel dopustit nikoli ve fázi hodnocení nabídek, s níž se žalobce snaží svá jednotlivá tvrzení věcně provázat, nýbrž již ve fázi samotného stanovení pravidel, podle nichž měly být jednotlivé nabídky hodnoceny. Žalobcem takto zpochybňovaná dílčí kritéria Úroveň technického a organizačního zajištění služeb – služby na vlastních přípojkách versus služby typu „CPS“, Úroveň technického a organizačního zajištění služeb – požadavky na správu telekomunikačního řešení a Úroveň technického a organizačního zajištění služeb – zabezpečení telekomunikačního řešení proti zneužití byla obsažena již v zadávací dokumentaci, podle těchto dílčích kritérií také probíhalo hodnocení nabídek, přitom žalobce nezpochybňuje, že by podle pravidel stanovených především v zadávací dokumentaci mělo být hodnocení provedeno jinak, tj. že se zadavatel (resp. hodnotící komise) od pravidel stanovených v zadávací dokumentaci odchýlil. Ani ze Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek zdejšímu soudu nevyplývá, že by hodnotící komise postupovala jinak, než jak pro hodnocení vyplývalo ze zadávací dokumentace. Hodnotící komise hodnotila nabídky právě v těch parametrech, v nichž je hodnotit podle zadávací dokumentace měla (v rámci dílčího kritéria Úroveň technického a organizačního zajištění služeb byla hodnocena subkritéria Služby na vlastních přípojkách versus služby CPS, požadavky na správu telekomunikačních řešení, Zabezpečení telekomunikačního řešení proti zneužití - a mimo jiné bylo hodnoceno kritérium Technologie přípojných vedení – str. 6 až 8 zadávací dokumentace, tomu odpovídá Příloha č. 1 Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek v bodech 2. a 3.). To, co bylo žalobcem zadavateli vytýkáno, však nebylo podle obsahu námitek důsledkem konkrétního provádění hodnocení, nýbrž důsledkem toho, jak byla pravidla pro hodnocení stanovena.

Pokud jde o tvrzenou konkurenční výhodu a vytvoření neodůvodněných překážek hospodářské soutěže, ta měla podle žalobce rovněž vyplynout z vymezení technických podmínek veřejné zakázky v čl. A.2.3. přílohy č. 1 zadávací dokumentace a z toho, že hodnocení dílčího kritéria Technologie přípojných vedení mělo probíhat tak, že nejlépe bude hodnoceno řešení přípojných vedení prostřednictvím optických nebo metalických kabelů a nejhůře přípojky zřízené rádiovou cestou. Skutečnost, že podle žalobce tyto parametry nemají vliv na ekonomickou výhodnost nabídek, rovněž není důsledkem postupu hodnotící komise při samotném hodnocení nabídek, ale již důsledkem stanovení parametrů především v rámci zadávacích podmínek (nad rámec pravidel ohledně hodnotícího kritéria vyplývajících z oznámení zadávacího řízení).

Stejně tak bylo-li prováděno hodnocení podle koeficientů, které podle žalobce neodpovídaly jejich objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky, nestalo se tak v důsledku samotného procesu hodnocení nabídek, nýbrž v důsledku aplikace pravidel pro hodnocení stanovení těchto parametrů. Je logické, že negativní efekt těchto skutečností se vůči žalobci mohl materiálně projevit poté, co proběhlo hodnocení, a poté, co bylo rozhodnuto o výběru nejvhodnější nabídky, nicméně hodnocení a následný výběr odrážel pravidla podávaná již ze zadávacích podmínek

(konkrétně ze zadávací dokumentace v její části 9. Kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, od str. 5 zadávací dokumentace).

Pokud jde o právě uvedenou sumarizaci pochybení zadavatele, namítanou žalobcem v bodu V. námitek (str. 12 a 13 námitek), pak se tedy zdejší soud ztotožňuje se žalovaným, že všechny tyto námítky míří již na samotná pravidla, podle nichž měla být ekonomická výhodnost nabídek hodnocena, byť se je žalobce snažil formulačně uvést do souvislosti s procesem hodnocení nabídek. Tato předem stanovená pravidla nebyla žalobcem před rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky zpochybněna, přestože zřetelně vyplývala ze zadávací dokumentace.

Ke stejnému závěru zdejší soud dospívá s ohledem na konkrétní obsah shora uvedeným způsobem sumarizovaných námitek (do str. 12 námitek). Žalobce dovozuje (str. 3 námitek), že zadavatel pochybil v důsledku toho, že do hodnocení zasáhla nepřiměřenou vahou subjektivní kritéria, jež podle názoru žalobce nemají a nemohou mít vliv na ekonomickou výhodnost nabídek, přitom pokud by tato dílčí kritéria hodnocena nebyla, jejich váha by se nemohla uplatnit na úkor váhy dílčího kritéria nabídkové ceny. Následně žalobce popisuje, jak by mělo vypadat „objektivní“ hodnocení „očištěné“ od kritérií, jež ve skutečnosti nemají s ekonomickou výhodností nabídky nic společného. Pak tedy žalobce věcně nenapadá postup při hodnocení, ale polemizuje s tím, jaká subjektivní kritéria, jež však již byla popsána v zadávací dokumentaci (v části 9. Kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, od str. 5 zadávací dokumentace), neměla být vůbec zohledňována, a doplňuje, jak by měly být nabídky hodnoceny bez zohledňování těchto kritérií. Zpochybňována jsou tedy jednotlivá dílčí hodnotící kritéria. Od str. 4 námitek jsou pak jednotlivá pochybení zadavatele podrobně odůvodňována, i tam je však vždy zpochybňováno samotné použití předem stanovených kritérií a dovozováno, jak by kritéria měla být nastavena, aby byla kritérii podle žalobce objektivními. Podstatou veškeré argumentace žalobce obsažené v námitkách je odůvodňování názoru, že zadavatel stanovil některá dílčí kritéria hodnocení, jež měla vliv na deformaci ekonomického hodnocení, tedy že tato dílčí kritéria neměla být takto stanovena. Žalobce fakticky zpochybňuje postup zadavatele, který poskytl dle žalobce přílišný prostor dílčím kritériím subjektivním na úkor kritérií, jež měla být podle jeho názoru rozhodnými (Výše nabídkové ceny s vahou 35% zejména ve vztahu k Úrovní technického a organizačního zajištění služeb s vahou 30% a k Technologii přípojných vedení s vahou 20%). Žalobce tak podrobně argumentuje mírou vlivu všech dílčích kritérií v jejich souhrnu na hodnocení nabídek, jež by měla odpovídat jejich konkrétnímu ekonomickému přínosu (přesně tak to žalobce sumarizuje na str. 12 námitek, druhý odstavec), a zabývá se tím, jaká dílčí kritéria zadavatel stanovil a nakolik bylo jejich stanovení podle žalobce nesprávné. I ve vztahu k této podrobné žalobcově argumentaci zdejší soud dovozuje, že je jen logické, že negativní efekt těchto skutečností se vůči žalobci mohl materiálně projevit až poté, co proběhlo hodnocení, a poté, co bylo rozhodnuto o výběru nejvhodnější nabídky, a tedy ve skutečnosti poté, co zjistil, že jeho nabídka nebyla považována za nabídku nejvhodnější, nicméně hodnocení a následný výběr odrážel pravidla podávaná již ze zadávacích podmínek (konkrétně ze zadávací dokumentace v její části 9. Kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, od str. 5 zadávací dokumentace), aniž by

z hodnocení nabídek (konkrétně z Přílohy č. 1 Zprávy o posouzení nabídek) či z rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky vyplynula jakákoli nová skutečnost, na jejímž základě by žalobce až po hodnocení nabídek a výběru nejvhodnější nabídky mohl dovodit, že původně nastavená kritéria byla zadávacími podmínkami stanovena v rozporu se ZVZ.

Pokud tedy žalobce proti napadenému rozhodnutí namítá, že závěr žalovaného o tom, že jím podané námítky směřovaly proti zadávacím podmínkám a nikoli proti výběru nejvhodnější nabídky, je nesprávný, pak se s touto argumentací zdejší soud neztotožňuje a přisvědčuje žalovanému, že skutečně veškeré námítky směřovaly proti konkrétnímu stanovení hodnotících subkritérií stanovených již zadávacími podmínkami. Svým obsahem se tedy o námítky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nejednalo. Žalobce sice svoje závěry „navázal“ na výběr nejvhodnější nabídky provedený zadavatelem (hodnocení provedené hodnotící komisí), avšak napadal podle něj nesprávně stanovená hodnotící subkritéria a chybně stanovený způsob hodnocení nabídek. Jistěže subkritéria upravená v zadávací dokumentaci, podle nichž byly posuzovány nabídky uchazečů, tvořila nedílnou součást samotného rozhodovacího procesu, jak uvádí žalobce, neboť předurčila způsob, jak budou nabídky hodnoceny, nicméně tato subkritéria musela být žalobci známa už před podáním nabídky a tehdy proti nim ničeho nenamítal.

Jestliže žalobce dovozuje, že měl být přiznán větší význam dílčímu kritériu nabídkové ceny, pak zdejší soud má za podstatné, že již ze zadávacích podmínek vyplynulo, že vítěznou může být nabídka s nikoli nejnížší nabídkovou cenou; to je ostatně podstatou zadavatelem zvoleného kritéria ekonomické výhodnosti nabídky podle § 78 odst. 1 písm. a) ZVZ a nikoli kritéria nejnížší nabídkové ceny podle § 78 odst. 1 písm. b) ZVZ.

Jestliže měl zadavatel podle žalobní argumentace porušit zásadu zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ a povinnost vybrat ekonomicky nejvýhodnější nabídku podle § 78 ZVZ, pak se tak mělo stát výběrem dílčích kritérií (a subkritérií) a jejich vzájemnými vahami. Pak k možnému porušení ZVZ mohlo nejvýše dojít v okamžiku, kdy zadavatel stanovil jednotlivá dílčí kritéria a jejich váhy a v jejich rámci pak subkritéria – a sice taková, na základě nichž podle žalobních tvrzení nebylo možno vybrat ekonomicky nejvýhodnější nabídku. Je třeba ponechat bez významu, že tímto porušením si žalobce v době zahájení zadávacího řízení „*nebyl zcela jist, a proto nemohl adekvátním způsobem reagovat*“, neboť pro podání námitek, jimiž uchazeč (před podáním nabídky dodavatel) hodlá zpochybnit zadávací podmínky, není zapotřebí žádné jistoty uchazeče, že byl ZVZ skutečně porušen. Pokud žalobce takto hodlal brojit proti zpochybnění zadávacích podmínek, mohl tak učinit předtím, než mu byl znám pro něj nepříznivý výsledek hodnocení nabídek, neboť mu v tom nic nebránilo. Jestliže pak žalobce tvrdí, že „*ke druhému jednání zadavatele v rozporu se ZVZ*“ došlo v okamžiku, kdy zadavatel podle vadných dílčích kritérií nesprávně rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, pak jestliže jsou příčinou žalobcovy nespokojenosti „*vadná*“ dílčí kritéria a subkritéria, nejde o „*druhé jednání v rozporu se ZVZ*“, ale o postup v rámci hodnocení dílčích kritérií podle stanovených subkritérií.

Rozpor hodnotících dílčích kritérií se ZVZ se skutečně v některých případech může projevit až po provedeném hodnocení, jehož výsledkem je výběr nejvhodnější nabídky, jak tvrdí žalobce, nicméně v právě projednávané věci po provedeném hodnocení a po rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky žalobce nenapadal nic nového, co by nevyplývalo již ze zadávacích podmínek, jak zdejší soud shora ve shodě se žalovaným dovodil. Nelze tedy přisvědčit žalobci, že se případný rozpor se ZVZ v tomto případě skutečně nově ukázal až v rámci hodnocení nabídek.

Jestliže žalovaný je toho názoru, že si každý z uchazečů mohl „nasimulovat“ hodnocení nabídek, pak tím nevyjadřuje nic jiného, než že si žalobce již poté, co se seznámil se zadávacími podmínkami, mohl učinit názor na jejich případnou neobjektivnost a její důsledky pro hodnocení - a to namítat již proti samotným zadávacím podmínkám. Není přitom rozhodující, zda by výsledek takové „simulace“ vedl podle úvah žalobce ke zvýhodnění jeho pozice či naopak ke znevýhodnění.

Jestliže konečně i v žalobě žalobce uvádí věcné výhrady k průběhu zadávacího řízení a k rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, když dovozuje, že některým uchazečům zadavatel zaručil konkurenční výhodu, když stanovil, že nejlépe bude hodnoceno řešení přípojného vedení prostřednictvím optických nebo metalických kabelů a nejhůře přípojky zřízené rádiovou cestou, přitom tyto parametry podle něj nemají vliv na ekonomickou výhodnost nabídek, pak opakuje argumentaci již obsaženou v námitkách, ohledně které již shora zdejší soud dovodil, že jde o argumentaci proti konstrukci dílčích kritérií a subkritérií – a tedy proti samotným zadávacím podmínkám. Totéž platí o preferenci poskytování služeb elektronických komunikací na vlastních přípojkách bez ohledu na kvalitu plnění.

Jestliže pak žalobce tvrdí, že základním ukazatelem ekonomické výhodnosti nabídky měla být nabídková cena, pak tím také brojí proti dílčím kritériím a jejich vahám, a tedy proti zadávacím podmínkám.

Nad rámec shora uvedeného zdejší soud dodává, že mu není zcela zřejmé, co žalovaný ve svém prvostupňovém rozhodnutí dovozuje ze skutečnosti, že námitky, doručené zadavateli dne 13.6.2008, byly datovány ke dni 26.3.2008. Tato skutečnost je žalovaným totiž pouze konstatována. Nejde však o skutečnost, jež by mohla na posouzení obsahu námitek a okamžiku jejich doručení zadavateli cokoli změnit – a správně tuto skutečnost za irelevantní považuje napadené rozhodnutí v bodu 22.

Zdejší soud tedy uzavírá, že v rámci přezkumu rozhodnutí žalovaného neměl možnost posuzovat objektivitu a vhodnost zvolených dílčích kritérií a subkritérií, jež zadavatel stanovil, nýbrž závěr žalovaného promítnutý v napadeném rozhodnutí, podle něhož bylo správné řízení o přezkum úkonů zadavatele zahájené na žalobcův návrh zastaveno s odůvodněním, že návrh nebyl podán oprávněnou osobou, což bylo opřeno o závěr, že žalobcovy námitky (podané zadavateli) směřovaly proti podmínkám zadávacího řízení. Tento závěr považuje zdejší soud za odpovídající zjištěným skutečnostem, především zjištěnému obsahu námitek. Z toho tedy vyplývá, že subjektivní patnáctidenní lhůta pro podání námitek podle § 110 odst. 3 ZVZ žalobci

začala běžet nejpozději ode dne následujícího po dni 28.4.2008, kdy se žalobce nejpozději musel dozvědět o tom, jak zadavatel stanovil zadávací podmínky a v jejich rámci způsob hodnocení jednotlivých dílčích kritérií a jejich váhy, a tato lhůta tedy uplynula nejpozději dne 13.5.2008. Jestliže žalobce doručil zadavateli námítky dne 13.6.2008, pak je včas nedoručil. Žalobce tak nepodal řádně námítky. Je-li podle § 110 odst. 5 ZVZ podání řádných námitek podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci, pak žalovaný dospěl ke správnému závěru, že žalobce není osobou, která by byla oprávněna podat následný návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, a tedy že jsou splněny podmínky pro zastavení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 114 odst. 3 ZVZ.

Nad rámec shora uvedeného zdejší soud opakovaně zdůrazňuje, že věc posuzoval podle právního stavu účinného do 31.12.2009, tj. do účinnosti novely ZVZ provedené zákonem č. 417/2009 Sb., a dodává, že pokud by byla věc posuzována podle pozdějšího, tj. nyní aktuálně účinného právního stavu (především § 110 odst. 3 ZVZ ve znění zákona č. 417/2009 Sb.), nenacházel by se žalobce v postavení příznivějším, naopak stejně konstruovaná lhůta by byla lhůtou jen pětidenní. Podle naposledy citovaného ustanovení ZVZ totiž nyní explicitně platí, že námítky proti zadávacím podmínkám musí stěžovatel (tu tedy žalobce) doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.

Dále zdejší soud dodává, že závěr, k němuž shora dospěl, dle jeho názoru obstojí i ve světle judikatury Soudního dvora. Podle jeho rozsudku ve věci C-470/99 ze dne 12.12.2002 („*Universale-Bau*“) není vnitrostátní legislativě v oblasti zadávání veřejných zakázek znemožněno stanovit pravidlo, podle něhož žádost o přezkoumání rozhodnutí zadavatele nebo jakékoli jiné neregulérnosti v zadávacím řízení musí být podána v rámci určitého časového limitu, přitom není-li v jeho rámci podána, nelze již takové rozhodnutí zadavatele nebo jinou neregulérnost v zadávacím řízení napadnout, za předpokladu, že časový limit je přiměřený.

Zdejší soud tedy nezjistil, že by žalovaný aplikoval nesprávný právní předpis, popř. v jeho rámci nesprávnou právní normu, ani že by se dopustil nezákonnosti nesprávným výkladem, nezjistil ani vadu řízení, která by mohla mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, nadto nezjistil ani žádnou jinou vadu, k níž by musel přihlídnout z úřední povinnosti, a proto žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

V. Náklady řízení

O nákladech řízení soud rozhodl podle § 60 odst. 1 a 7 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšným, proto mu právo na náhradu nákladů řízení nevzniklo (§ 60 odst. 1 s.ř.s.). Žalovaný byl ve věci úspěšným, avšak soud nezjistil, že by mu vznikly náklady, jež by přesahovaly náklady jeho jinak běžné administrativní činnosti, a proto mu soud náhradu nepřiznal (§ 60 odst. 7 s.ř.s.).

Osoby zúčastněné na řízení nemají podle § 60 odst. 5 s.ř.s. na náhradu nákladů řízení právo, neboť jim soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jim mohly náklady vzniknout.

P o u ě n í : Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost podle § 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 1. července 2010

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová

JUDr. David Raus, Ph.D., v.r.
předseda senátu