



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. Petra Polácha v právní věci žalobce: **Lesní společnost Leděč nad Sázavou, a.s.**, se sídlem Leděč nad Sázavou, Hrnčíře 2, zastoupený JUDr. Milanem Vašíčkem, advokátem se sídlem Brno, Lidická 57, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, za účasti: **1. KAISER, s.r.o.**, se sídlem Rožmitál nad Třemšínem, Nádražní 753, zastoupená JUDr. Dagmar Řihovou, advokátkou se sídlem Příbram, 28. října 184, **2. KATR, a.s.**, se sídlem Stará Ves, Potočná 334/5, **3. Lesní společnost Bečov, s.r.o.**, se sídlem Bečov nad Teplou, Karlovarská 305, **4. Lesní společnost Přimda, a.s.**, se sídlem Praha 1, Ovocný trh 1096/8, **5. LESS & FOREST, s.r.o.**, se sídlem Bohdaneč, Bohdaneč 136, **6. Lesy České republiky, s.p.**, se sídlem Hradec Králové, Přemyslova 1106, zastoupená JUDr. Romanem Poláškem, advokátem se sídlem Praha, Trojanova 12, **7. Wotan Forest, a.s.**, se sídlem České Budějovice, Rudolfovska 202/88, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.10.2011, č.j. ÚOHS-R105/2011/VZ-15146/2011/310-ASc,

takto:

- I. Žaloba se **zamítá**.
- II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení **nepřiznává**.
- IV. Osoby zúčastněné na řízení **nemají právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce podanou žalobou brojí proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.10.2011, č.j. ÚOHS-R105/2011/VZ-15146/2011/310-ASc, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27.4.2011, č.j. ÚOHS-S469/2010/VZ-2752/2011/510/IFa.

I. Podstata věci

Žalovaný v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že zadávací podmínky, zejména ohledně konstrukce nejnižší nabídkové ceny, jak je vymezil zadavatel – Lesy České republiky, s.p., v zadávacím řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZVZ), uveřejněném pod č. 60050183 v informačním systému o veřejných zakázkách dne 20.9.2010 s názvem „Provádění lesnických činností s prodejem dříví „při pni“ - rok 2011“, byly v souladu se ZVZ.

Všichni uchazeči byli podle žalovaného předem seznámeni s podmínkami, za nichž mohou podávat své nabídky, jež byly stanoveny pro všechny uchazeče (tehdy „dodavatele“) stejně. Uchazečům bylo rovněž známo, že cena dříví nemusí být konstantní. Ani změna cen po provedeném hodnocení v důsledku indexace nezpůsobuje, že by byly porovnávány nabídky, jež by byly ve skutečnosti nabídkami vzájemně neporovnatelnými. Zadavatel dále při hodnocení nabídek podle žalovaného postupoval transparentně a jednoznačně. Proto žalovaný dospěl k závěru, že zadavatel neporušil ZVZ, a tedy žalobcův návrh na přezkoumání úkonů zadavatele podle § 118 odst. 4 písm. a) ZVZ zamítl.

Žalobce tyto závěry napadá podanou žalobou.

II. Shrnutí procesních stanovisek účastníků

Žalobce předně namítá, že se žalovaný v napadeném rozhodnutí dostatečně nevypořádal s tím, že index ovlivňující výši nabídkové ceny nebylo možno objektivně zjistit a dále, že tento index není odrazem pohybu tržních cen, tudíž není objektivní povahy. Jeho hodnota se podle žalobce odvíjela od informací, které Českému statistickému úřadu poskytoval zadavatel - Lesy České republiky, s.p., jenž je zároveň většinovým vlastníkem lesů a producentem dříví. Podle názoru žalobce tento index tak podléhal manipulaci ze strany zadavatele. Žalobce dodává, že vtéto souvislosti není rozhodné, zda s ním manipuluje zadavatel z vlastní vůle či po dohodě s ostatními uchazeči. Ve své argumentaci žalobce poukazuje na listiny, které byly předloženy: tisková zpráva Českého statistického úřadu ze dne 7.2.2011, článek „Firmy se s LČR prou o cenu dřeva“, dostupný na www.silvarium.net, a dále dopis uchazeče LESS & FOREST, s.r.o.

Žalobce vtéto námitce taktéž poukazuje na záznam z pracovního jednání v rámci lesnicko-dřevařského komplexu v Ústavu pro hospodářskou úpravu lesů

v Brandýse nad Labem ze dne 28.4.2011. Na základě tohoto jednání bylo rozhodnuto, že index mezi prvním a druhým čtvrtletím bude „0“, z čehož žalobce dovozuje závěr, že změna indexace nebyla výsledkem nezávislé úvahy. Žalobce tak zpochybňuje postup žalovaného, který se s těmito skutečnostmi a důkazy náležitě nezabýval; jeho rozhodnutí považuje žalobce za nepřezkoumatelné.

Další žalobcova argumentace směřuje proti tomu, že shora zmíněná indexace ovlivnila pořadí jednotlivých uchazečů. Důsledky indexace podle žalobce nastaly ještě před hodnocením nabídek – zvolená indexace sice ovlivnila cenu dříví, nikoli však cenu lesnických činností. Vlivem této indexace došlo k výměně pořadí uchazečů ještě před zahájením plnění zakázky, čímž se podle žalobce stalo zadávací řízení netransparentním.

Žalobce rovněž namítá, že tato netransparentnost indexace umožnila spekulaci uchazečů ohledně vývoje ceny dříví zvýšením ceny lesnických činností kompenzovaných vyšší cenou dříví při očekávání poklesu této ceny. S touto skutečností se žalovaný podle názoru žalobce taktéž nedostatečně vypořádal. Žalobce v této souvislosti poukazuje na skutečnost, že v lokalitě Ledeč nad Sázavou, Ronov nad Doubravou a Tišnov neuzavřeli smlouvu první tři, respektive dva uchazeči v pořadí. Žalobce tak namítá, že tato skutečnost vede ke dvěma závěrům: buď tito uchazeči nebyli schopni sestavit své nabídky vzhledem k ekonomickým podmínkám, za nichž pak měla být zakázka plněna, nebo s vývojem ceny dříví pouze spekulovali. Podle žalobce se žalovaný rovněž dostatečně nevypořádal i s těmito skutečnostmi.

Žalobce dále namítá i nesprávný výklad § 77 odst. 1 ZVZ; podle žalovaného je třeba mimořádně nízké ceny hodnotit ve vztahu k nabídkové ceně jako celku. Takovým výkladem by podle žalobce toto ustanovení ZVZ ztrácelo smysl, kterým je bránit uchazečům před nabízenou subvencovanou cenou. Zadavatel podle hodnotících kritérií spočívajících v odečítání ceny dříví od ceny lesnických činností tak nemůže nikdy posoudit, zda některý z uchazečů nesubvencoval cenu právě lesnických činností.

Žalovaný setrvává na svém právním názoru uvedeném v napadeném rozhodnutí. Žalovaný v prvé řadě uvádí, že cenový index je tvořen z průměrné výše prodejní ceny různých druhů dřeva v daném konkrétním kalendářním čtvrtletí, od různých subjektů, čímž nezpochybňuje skutečnost, že nejvýznamnějším z nich je právě zadavatel.

Podle žalovaného nebylo v řízení zjištěno, že by došlo k manipulaci s výší cenového indexu. Pouze za tohoto stavu by podle žalovaného mohlo dojít k porušení rovnosti a transparentnosti předmětného zadávacího řízení.

K námitce týkající se ovlivnění pořadí uchazečů před zahájením plnění veřejné zakázky žalovaný poukazuje na to, že žalobce nerozlišuje dva okamžiky, kterými jsou okamžik hodnocení nabídek a okamžik zahájení plnění veřejné zakázky. Nabídkovou cenu je třeba zkoumat v případě hodnocení nabídek, nikoli až v okamžiku plnění veřejné zakázky. Nabídková cena byla v okamžiku hodnocení nabídek jasně stanovena.

Podle žalovaného je každá nabídka do jisté míry spekulací ohledně vývoje cen trhu a dalších aspektů. Je na uchazeči, aby v případě obzvláště nepředvídatelného faktoru svoji nabídku přizpůsobil.

Žalovaný opakovaně ve svém vyjádření uvádí, že konstrukce nabídkové ceny není v rozporu s ustanoveními a principy ZVZ; ceny jsou vzájemně porovnatelné a nedochází ani k diskriminaci uchazečů.

Žalovaný navrhuje, aby soud žalobu jako nedůvodnou zamítl.

V podané replice žalobce podrobně rozebírá obchodní model, jenž byl realizován a následně napadán. Poukazuje na to, že indexace cen by mohla být obecně použitelnou, avšak v této věci pouze za předpokladu, že by ZVZ umožňoval zkoumat vedle mimořádně nízké nabídkové ceny i mimořádně vysokou nabídkovou cenu, případně mimořádně vysokou cenu lesnických činností. Podle žalobce není tento obchodní model za stávajícího stavu legálně soutěžitelný, což je vedle ekonomického hlediska dalším aspektem zadávání veřejných zakázek. Žalobce tak nebrojí proti indexaci cen, ale proti nastavenému modelu koncepce nabídkové ceny. Odečítací konstrukce nabídkové ceny tak podle žalobce způsobuje nekontrolovatelné obcházení ZVZ.

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

III. Shrnutí vyjádření osoby zúčastněné na řízení (zadavatele)

Podle zadavatele se předmětný cenový index používá podobně jako tzv. valorizační doložka ve všech hospodářských odvětvích. Zadavatel vychází ze statisticky určené veličiny, jež nebyla dříve žalovaným a soudy shledána nezákonnou. Zadavatel uvádí, že byl jedním z celkem třiceti dvou respondentů ze skupiny „vlastníci“. Z původních 72 lesních správ zastupovalo zadavatele od 1. čtvrtletí 2011 jen 5 lesních závodů, tudíž se stal zadavatel od počátku plnění veřejné zakázky respondentem jen zanedbatelného významu.

Zadavatel dále odmítá skutečnost, že jako adresát indexu by byl zároveň jeho tvůrcem. K žalobcem zmíněné tiskové zprávě dále uvádí, že k této korekci došlo v důsledku chyby Českého statistického úřadu, nikoli manipulací ze strany zadavatele.

Stejně tak zadavatel ve svém vyjádření zpochybňuje argumentaci žalobce záznamem z jednání v rámci lesnicko-dřevařského komplexu ze dne 28.4.2011. Zástupci zadavatele se při projednání nové metody výpočtu zdrželi hlasování, tudíž zadavatel odmítá jakýkoli podíl na prosazení nezveřejnění indexu cen. Tím, že Český statistický úřad tento index nezveřejnil, nemohlo dojít ke spekulacím ze strany uchazečů.

Zadavatel se dále ztotožňuje s právním názorem žalovaného. Podstatným okamžikem pro posuzování vzájemné porovnatelnosti nabídek je právě okamžik jejich hodnocení, nikoli okamžik plnění zakázky. Zadavatel tvrdí, že být viněn z možného

spekulativního chování uchazečů je zcestné, protože jejich jednání nemůže ovlivnit. Podle něj by závěr žalobce vedl ve svých důsledcích k tomu, že by nemohlo dojít k žádné valorizaci cen, a to ani v důsledku inflace.

Podle zadavatele hodnotící komise vždy řádně posuzovaly, zda nabídky neobsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu v souladu s § 77 ZVZ, a to i ve vztahu k jednotlivým položkám za provádění lesnických činností.

Zadavatel uvádí, že celková koncepce nabídkové ceny jako nejvyššího záporného salda, kdy nelze oddělit cenu služeb a cenu dříví, ve skutečnosti umožňuje výběr nejnižší nabídky. Tomuto závěru podle zadavatele neodporuje ani praxe žalovaného a zdejšího soudu.

IV. 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.), přitom jde o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Rozsah přezkumu soudu byl ve vztahu k napadenému rozhodnutí žalovaného podle § 75 odst. 2 věty první s.ř.s. zásadně vymezen v žalobě uplatněnými žalobními body.

Žaloba není důvodná.

Pokud jde o klíčový žalobní bod, a sice že index vážící se k ceně dříví není objektivní veličinou, která by po dobu zadávacího řízení a následně po dobu plnění veřejné zakázky byla neměnnou, a že se žalovaný se žalobcovou argumentací v tomto směru v napadeném rozhodnutí řádně nevypořádal, tu žalobci zapravdu dát nelze.

V prvostupňovém rozhodnutí žalovaný vyšel z toho, že zadavatel ve smlouvě o provádění komplexních lesnických činností a prodeji dříví – rok 2011, která byla nedílnou součástí a přílohou č. 2 zadávací dokumentace, v článku XVI. „Cena dříví“, bod 1., uvedl, že „...Cena za prodané dříví, kterou Smluvní partner nabídl v zadávacím řízení, odpovídá cenové úrovni 2. čtvrtletí roku 2010. Počínaje 1. čtvrtletím roku 2011 bude cena za prodej dříví, kterou Smluvní partner nabídl v zadávacím řízení, upravena podle odst. 3...“. V odst. 3 je pak uvedeno, že „...Cena za prodej dříví, kterou Smluvní partner nabídl v zadávacím řízení, bude v každém kalendářním čtvrtletí platnosti Smlouvy upravována v závislosti na změně indexu cen dříví celkem pro skupinu listnatých dřevin a celkem pro skupinu jehličnatých dřevin, a to zvláště pro skupinu jehličnatých dřevin a zvláště pro skupinu listnatých dřevin vyplývající z přílohy č. D2 Smlouvy (ceník dříví). Cena za prodej dříví, kterou smluvní partner nabídl v zadávacím řízení, bude upravena s účinností od prvního dne kalendářního čtvrtletí o procentní rozdíl odpovídající změně indexu cen dříví pro příslušnou skupinu dřevin za předchozí kalendářní čtvrtletí vůči bázi, kterou je index cen dříví pro příslušnou skupinu dřevin za 2. kalendářní čtvrtletí roku 2010, přičemž výše tohoto procentního rozdílu bude zaokrouhlena na jedno desetinné místo. Změněná cena v Kč, dle předchozí věty, bude zaokrouhlena na celé Kč nahoru...“.

Z toho žalovaný dovodil, že všichni uchazeči o veřejnou zakázku získali pro podání nabídek a pro jejich hodnocení objektivní informaci o tom, že nabídnutá cena dříví nemusí být konstantní, a že zadavatel stanovil, jakým způsobem se může změnit cena dříví; uchazečům tedy bylo srozumitelné, že může dojít ke změně jak směrem nahoru, tak směrem dolů, každý uchazeč znal způsob možné úpravy ceny dříví, a tedy mohl indexaci vzít v úvahu při zpracování nabídky.

Namítal-li žalobce v podaném rozkladu, že indexace dříví tak, jak je stanovena v dokumentaci, neumožňuje transparentní hodnocení, pak následně vydané – nyní napadené – rozhodnutí je v této otázce založeno na obdobné argumentaci jako rozhodnutí prvostupňové, a sice že podmínky indexace cen byly pro všechny uchazeče v zadávacím řízení stejné, tudíž každý uchazeč mohl vzít indexaci dříví do úvahy při zpracování své nabídky – a to shodným způsobem.

Žalovaný se tedy k této klíčové otázce srozumitelně vyjádřil, a tedy napadené rozhodnutí nelze pokládat za nepřezkoumatelné.

Pokud jde o otázku zákonnosti závěru, k němuž za použití právě sumarizované argumentace žalovaný dospěl, pak právě shora uvedené je i pro zdejší soud klíčovou skutečností, pro kterou konstrukce nabídkové ceny se zahrnutím prvku indexace nezpůsobuje ani nejistotu v tom směru, jak budou nabídky hodnoceny, ani nejednotný postup ve vztahu k jednotlivým uchazečům. Jestliže nabídková cena měla zohledňovat jak samotný výkon služeb v rámci plnění veřejné zakázky, tak cenu dřeva, jež byla výsledkem výkonu služeb, pak se tak stalo v mezích ZVZ. Hodnocení nabídek mělo proběhnout podle hodnotících kritérií, která byla předem jasně stanovena, a tedy v souladu s § 79 odst. 1 ZVZ. Vzorec pro výpočet nabídkové ceny, který byl zadavatelem uveden v zadávací dokumentaci, i podle zdejšího soudu odpovídal charakteru veřejné zakázky a obsahoval transparentní informaci o tom, jakým způsobem budou podané nabídky zadavatelem hodnoceny. Žalobce i všichni ostatní uchazeči tento vzorec spolu se všemi jeho proměnnými znali, museli tedy vědět, jakým způsobem a za jakých podmínek může dojít ke změně jejich nabídkové ceny.

Pravidla pro zpracování nabídek, jež mají v sobě obsahovat nabídkovou cenu vypočítanou na základě vzorce zahrnujícího jak samotný výkon činnosti v lese, tak cenu dříví, které bude při výkonu činnosti v lese vytěženo (aniž by se vytěžené vracelo zadavateli, nýbrž ten, kdo činnost v lese prováděl, mohl dříví prodat), jsou tedy v souladu se ZVZ za podmínky, že nabídky zpracované podle těchto pravidel jsou nabídkami vzájemně porovnatelnými. Lze sice souhlasit se žalobcem v tom, že v každé nabídce mohla být položka za „cenu dřeva“ promítnuta jiným způsobem, i v tom, že její promítnutí bylo odvislé od úvahy každého jednotlivého uchazeče podávajícího nabídky, a konečně i v tom, že taková úvaha mohla být založena na spekulování ohledně budoucí indexace, která změnila „cenu dřeva“, nikoli však cenu za činnost v lese (přičemž obojí bylo společně kalkulováno v nabídkách). Podstatné je však to, že možnost promítnout „cenu dřeva“ do jednotlivých nabídek podle úvahy jednotlivých uchazečů, a to i na základě spekulací ohledně budoucí indexace, byla dána jasně, srozumitelně a shodně všem dodavatelům, kteří zvažovali a připravovali podání nabídky, a že tak, jak za uvedených podmínek byly nabídky podány, byly také

hodnoceny. Netransparentnost zadávacího řízení, konkrétně netransparentnost konstrukce nabídkové ceny, tedy nevyvolává to, že někteří uchazeči mohli na cenu dříví po následné indexaci spekulovat, což se podle žalobce mělo projevit tak, že v některých případech (ve vybraných lokalitách) vybraní uchazeči odmítli nakonec smlouvu uzavřít. To je věcí obchodního rozhodování účastníka kontraktačního jednání – tu vítězného uchazeče, popř. dalších uchazečů v pořadí, ostatně ZVZ si je takové možnosti uchazečů vědom (§ 82 odst. 4 ZVZ).

Jestliže tedy žalobce namítá, že uchazeči mohli záměrně nabídnout položku za „cenu dříví“ spekulativně se zahrnutím vlastního očekávání toho, jak bude cena dříví v budoucnu indexována, podstatné je, že tak mohli učinit všichni uchazeči za shodných podmínek.

Jestliže žalobce konstruuje ovlivnění pořadí uchazečů před zahájením plnění veřejné zakázky, a sice právě v důsledku faktické indexace, pak skutečně nedostatečně rozlišuje dva okamžiky, a sice okamžik hodnocení nabídek a okamžik zahájení plnění veřejné zakázky, jak proti žalobní argumentaci shodně namítají žalovaný i zadavatel v postavení osoby zúčastněné na řízení. Klíčové je splnění požadavku na porovnatelnost nabídek v okamžiku jejich hodnocení. To implikuje jasný a srozumitelný návod na zpracování nabídek a následně jejich hodnocení podle pravidel, která byla předem zadavatelem stanovena. Obojí bylo přitom splněno. V okamžiku zahájení plnění veřejné zakázky se již nabídky neporovnávají; plnění realizuje ten uchazeč, s nímž byla uzavřena smlouva na základě výběru nejvhodnější z nabídek, které konstrukci stanovené zadavatelem vyhověly. Pak je bezpředmětné zabývat se otázkou, jak by byly nabídky hodnoceny (při jejich hodnocení před výběrem nejvhodnější nabídky), pokud by bylo plnění naceňováno již se znalostí indexu, a dokazovat, jak se nakonec indexace na původní výhodnosti jednotlivých nabídek projevila. Ostatně i kdyby se neprojevila nijak, neznamenalo by to ještě samo o sobě, že zadávací řízení proběhlo korektně. Projevila-li by se, pak by bylo podstatné, zda se tak stalo v rozporu s původními pravidly obsaženými v zadávacích podmínkách; takový rozpor přitom z ničeho neplyne, jak již shora uvedeno.

V průběhu zadávacího řízení tedy nebyly podávány pouze „fiktivní nabídky“, jak dovozuje žalobce, ani tyto nabídky nebyly nabídkami neporovnatelnými, jak rovněž žalobce dovozuje.

Argumentuje-li i žalobce rozsudkem zdejšího soudu ve věci sp. zn. 62 Ca 85/2008 ze dne 13.1.2010, pak tam uvedené závěry se na projednávanou věc skutečně aplikují a závěry žalovaného z nich nikterak nevybočují. Ani zdejší soud neshledal k uplatněné žalobní argumentaci důvod se od svého předchozího závěru odchýlit.

Při posuzování důvodnosti tohoto žalobního bodu je totiž třeba vyjít rovněž z toho, že ani samotná konstrukce nabídkové ceny neporušuje žádné z ustanovení ZVZ. Především je podstatné, že souhrn poptávaných služeb společně s následným prodejem vytěženého dříví, jehož cena měla být v nabídkových cenách zohledněna, naplňuje definici jedné veřejné zakázky. Podle § 7 odst. 1 ZVZ veřejnou zakázkou je 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 jsou tedy následující: 1. subjekty veřejné zakázky – zadavatel (který je vymezen v § 2 ZVZ) a dodavatel (event. dodavatelé), 2. předmět veřejné zakázky – dodávky, služby, stavební práce („plnění veřejné zakázky“), 3. zadavatel požaduje získání plnění veřejné zakázky, 4. dodavatel (event. dodavatelé) poskytuje plnění veřejné zakázky, 5. zadavatel poskytne dodavateli (event. dodavatelům) úplatu za poskytnuté plnění veřejné zakázky, 6. dodavatel za poskytnutí plnění veřejné zakázky požaduje úplatu (úplata je znakem tohoto „obchodu“).

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 úplatu. Zjednodušeně to znamená, že fakticky „ve směru od zadavatele pro dodavatele plyne úplata“ a „ve směru od dodavatele pro zadavatele plyne plnění veřejné zakázky“. Právě uvedené koresponduje se závěry 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 nevylučuje, aby způsob úhrady (tedy úplaty ve směru od zadavatele k dodavateli) byl uskutečněn i jiným způsobem. 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

však musí být zadavatelem předem najisto stanovena a musí být vyjádřitelná v peněžích.

Žádné ustanovení ZVZ dále nevyklučuje, aby v souvislosti s takovou, 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. Takto komplikovaný princip vzájemného kontraktu mezi zadavatelem a dodavatelem klade nicméně o to vyšší požadavky na jasnost a srozumitelnost podmínek kontraktu (a tedy samotných zadávacích podmínek), a tedy 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 peněžité platbě. Pro zdejší soud tu není podstatné, zda prodej dříví, tedy výsledek zadavatelem primárně poptávaných služeb, se samotnými službami ve prospěch zadavatele objektivně „nezbytně“ souvisel (a tedy zda by obě plnění na sebe musela být navázána vždy) nebo zda tato dvě plnění, která spolu mohou souviset, na sebe vzájemně navázal zadavatel na základě svého rozhodnutí. Pokud tu souvislost obou plnění existuje, pokud má racionální opodstatnění (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 nepřímo nevyklučuje, pak soudu nezbyvá než uzavřít, že jde o konstrukci neobvyklou, jež vyvolává možnost podání „záporných nabídek“, podle zdejšího soudu však nikoli nezákonnou.

Skutková zjištění ohledně pravidel obsažených v zadávací dokumentaci, jak jsou popsána v napadeném a jemu předcházejícím prvostupňovém rozhodnutí, nejsou ani žalobcem zpochybňována. Zadávací dokumentace nepřipouští pochybnosti ani o tom, jaké plnění je zadavatelem poptáváno, a tedy jaké plnění má být zahrnuto do nabídkové ceny, ani o tom, jak má být konstruována nabídková cena, a tedy jak se na 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 ve prospěch zadavatele, 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 peněžité 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, jak ukládá § 77 odst. 1 ZVZ; 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.

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.

Ze shora uvedených nosných důvodů má zdejší soud za to, že postupem zadavatele nedošlo k porušení ani jednotlivých ustanovení ZVZ ohledně vymezení předmětu veřejné zakázky, ani ohledně konstrukce nabídkových cen, ani zadavatel neporušil základní zásady zadávacího řízení vyjádřené v § 6 ZVZ. Kromě toho nedošlo k porušení ani pravidel pro hodnocení nabídek (§ 78, § 79 ZVZ)

Z pohledu pravidel vyplývajících ze ZVZ není na závadu, že ceny dříví, jak s nimi bylo počítáno při konstruování nabídek, se nakonec mohly lišit od skutečného stavu v době plnění veřejné zakázky, neboť se tak stalo na základě pravidla předvídaného zadavatelem již na počátku zadávacího řízení (konkrétně tak, že cena za prodej dříví, kterou smluvní partner nabídl v zadávacím řízení, bude upravena s účinností od prvního dne kalendářního čtvrtletí o procentní rozdíl odpovídající změně indexu cen dříví pro příslušnou skupinu dřevin za předchozí kalendářní čtvrtletí vůči bázi, kterou je index cen dříví pro příslušnou skupinu dřevin za 2. kalendářní čtvrtletí roku 2010).

Z pohledu požadavku na jednotnost postupu v zadávacím řízení, především pro zajištění porovnatelnosti nabídek, není podstatné, že následně došlo ke sporu ohledně indexace, jak žalobce dokládal žalovanému tiskovou zprávou Českého statistického úřadu ze dne 7.2.2011, ani způsob, jakým byl tento spor nakonec vyřešen.

Nepodstatný je také fakt, že následná skutečná indexace v průběhu realizace plnění se údajů obsažených v jednotlivých nabídkách dotkla odlišně – podle toho, jak byla cena dříví jednotlivými uchazeči s vědomím budoucí indexace v nabídkách zohledněna.

Z pohledu požadavku na jednotnost postupu vůči všem uchazečům v průběhu zadávacího řízení je rovněž nepodstatné, jak se k hodnotě konkrétního indexu po skončení zadávacího řízení nakonec dospělo, ledaže by bylo prokázáno, že konečná hodnota indexu byla faktickou skrytou změnou původních podmínek. Tak by tomu ovšem mohlo být pouze za situace, pokud měl na ni vliv samotný zadavatel (a mohl tak např. dodatečně „zvýhodňovat“ uchazeče, jehož nabídku původně vybral jako nejvhodnější). Jestliže žalobce poukazoval na záznam z pracovního jednání v rámci lesnicko-dřevařského komplexu v Ústavu pro hospodářskou úpravu lesů v Brandýse nad Labem ze dne 28.4.2011, který má dokazovat „nezávislost úvah ohledně indexace“, pak podstatné je, že zadavatel, přestože se tohoto jednání účastnil, o otázkách indexu vůbec nehlasoval (bod 5. uvedeného záznamu, jak je založen ve správním spisu).

Z pohledu faktické indexace v průběhu realizace veřejné zakázky je podstatné, že ta nebyla v rozporu s pravidly pro indexaci, které stanovil zadavatel pro všechny uchazeče (tehdy ještě „dodavatele“) na počátku zadávacího řízení.

Neobstojí ani ta část žalobních tvrzení, kde žalobce namítá, že zvolená konstrukce nabídkové ceny neumožnila zadavateli posoudit, zda nabídky neobsahovaly mimořádně nízkou nabídkovou cenu podle § 77 odst. 1 ZVZ. Nabídková cena z toho pohledu, zda nejde o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, se podle tohoto ustanovení ZVZ posuzuje ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Pokud měly být nabídkové ceny kalkulovány se zohledněním ceny dříví, což není konstrukcí nezohledňující specifický předmět veřejné zakázky, pak ani samotný fakt, že nabídkové ceny byly „záporné“, nezpůsobuje, že by ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nebylo možno zkoumat, zda některá z nabídek neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Pak tedy ani výklad § 77 odst. 1 ZVZ, jak jej v napadeném rozhodnutí provedl žalovaný, není výkladem nezákonným, jak žalobce namítá.

V. Shrnutí závěrů soudu

Zdejší soud tedy uzavírá, že napadené rozhodnutí není rozhodnutím nezákonným, ani nebyl postup, jenž jeho vydání předcházel, zatížen procesní vadou, jež by mohla zákonnost napadeného rozhodnutí atakovat.

Přestože konstrukce nabídkové ceny, která umožnila podávat „záporné“ nabídky, je neobvyklá, tato konstrukce neporušuje žádné konkrétní ustanovení ZVZ ani neatakuje žádnou ze zásad vyjádřených v § 6 ZVZ. Tato konstrukce je odvislá od zadavatelem zvoleného „započítání“ ceny dříví do ceny služeb, které jsou primárním předmětem plnění veřejné zakázky. Měla-li se v této ceně projevit indexace cen dříví, jednalo se o pravidlo předem jasně stanovené a zadavatelem při hodnocení nabídek též dodržené; ani to není porušením žádného konkrétního pravidla vyplývajícího ze ZVZ ani žádné ze zásad, které jsou v § 6 ZVZ vyjádřeny. Žaloba byla tedy jako nedůvodná podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítnuta.

VI. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci proti žalovanému úspěšným, a proto mu nenáleží právo na náhradu nákladů řízení. To by náleželo procesně úspěšnému žalovanému, tomu však náhrada přiznána nebyla, neboť mu podle obsahu soudního spisu v řízení nevznikly náklady, které by přesahovaly náklady jeho běžné úřední činnosti, a žalovaný ani takovou náhradu nepožadoval.

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

P o u ě n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

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 3. ledna 2013

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

Za správnost vyhotovení: Lucie Gazdová