



UOHSX0038H80

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R131/2008/VZ-15891/2010/310/JHr

V Brně dne: 21. 10. 2010

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 26. 6. 2008 a doručeném Úřadu dne 2. 7. 2008 navrhovatelem

- **společností GTS Czech s. r. o., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3**, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 26. 10. 2006 společností INDOC s. r. o., se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6, jejímž jménem jedná Tomáš Pfeffer, jednatel, v soudním řízení právně zastoupena JUDr. Petrem Hostašem, advokátem AK ČÍŽEK HOSTAŠ, v. o. s., se sídlem Na Struze 1740/7, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S255/2007/VZ-08090/2008/540/Zaj ze dne 4. 6. 2008 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele

- **Českého hydrometeorologického ústavu, příspěvková organizace, se sídlem na Šabatce 17, 143 06 Praha 4**, zast. ředitelem Ing. Ivan Obrusníkem, DrSc., ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 11. 3. 2008 společností GORDION, s. r. o., IČ 26147921, se sídlem Kolmá 6/682 Praha 9, a společností OptiKom.cz s. r. o., IČ 26151791, se sídlem Dělnická 12, 170 00 Praha 7

učiněných ve veřejné zakázce na „**Služby elektronických komunikací**“ část „**A – Hlasové a datové služby prostřednictvím stacionárních sítí elektronických komunikací**“ zadávané formou otevřeného řízení, jejíž oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno

dne 3. 8. 2007 pod evid. č. 60009946 a opravnými formuláři doplněno dne 8. 8. 2007, 10. 8. 2007 a dne 24. 9. 2007

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) a v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustanovené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, a rovněž s přihlédnutím k právním závěrům rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 12. 8. 2010 č. j. 62 Ca 10/2009, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S255/2007/VZ-08090/2008/540/Zaj ze dne 4. 6. 2008

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Český hydrometeorologický ústav, příspěvková organizace, se sídlem Na Šabatce 17, 143 06 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) zadal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), formou otevřeného řízení veřejnou zakázku na „Služby elektronických komunikací“. Zadavatel uvedl v oznámení zadávacího řízení jako základní kritérium hodnocení ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž stanovil celkem šest dílčích hodnotících kritérií, kterým přidělil jejich váhu v procentech. Zadávací dokumentaci si vyzvedlo 12 dodavatelů a zadavatel zaslal těmto dodavatelům dodatečné informace

k zadávacím podmínkám. Společnost GTS Czech, s. r. o., (původně do 1. 10. 2010 GTS NOVERA s. r. o.) se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, na základě předložené plné moci ze dne 26. 10. 2006 zastoupená společností INDOC, s. r. o., se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 (dále jen „navrhovatel“) podala proti zadávacím podmínkám námitky, kterým však zadavatel dne 13. 9. 2007 nevyhověl.

2. Jelikož navrhovatel se způsobem vyřízení námitek nesouhlasil, podal dne 21. 9. 2007 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Návrh obdržel Úřad dne 24. 9. 2007 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, ve kterém Úřad jako účastníky správního řízení označil zadavatele a navrhovatele.

### **Původní prvostupňové rozhodnutí**

3. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 25. 10. 2007 rozhodnutí č. j. S255/2007-00321/2007/550-OŠ (dále jen „původní prvostupňové rozhodnutí“), kterým rozhodl, že správní řízení se zastavuje, neboť v postupu zadavatele neshledal porušení zákona.
4. Z odůvodnění tohoto rozhodnutí plyne, že navrhovatel v návrhu namítá, že zadavatel nedodržel zásady a postupy stanovené zákonem, neboť porušil povinnost stanovit dílčí kritéria za účelem hodnocení ekonomické výhodnosti nabídek podle § 78 odst. 4 zákona, a to nesprávným vymezením obsahu dílčího kritéria č. 1 „Datové služby“ a dílčího kritéria č. 3 „Ucelenost technického a organizačního zajištění“ a dále tím, že zadavatel porušil rovněž § 44 odst. 1 zákona, když předmět veřejné zakázky nevymezil v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.
5. Dle návrhu navrhovatele zadavatel porušil zásadu zákazu diskriminace dle § 6 zákona a současně ust. § 45 odst. 3 zákona, když některým dodavatelům zaručil konkurenční výhodu a vytvořil překážky hospodářské soutěže tím, že technické podmínky veřejné zakázky v zadávací dokumentaci (viz čl. A. 2. 3. příloha A4) a způsob hodnocení dílčího kritéria č. 5 „Technologie přípojných vedení“ vymezil tak, že nejlépe bude hodnoceno přípojné vedení prostřednictvím optických nebo metalických kabelů a nejhůře přípojky zřízené rádiovou cestou. Výše uvedená ustanovení zákona zadavatel porušil také tím, že technické podmínky veřejné zakázky vymezil v čl. C.3 přílohy A4 zadávací dokumentace tak, že dodavatel bude-li poskytovat služby hostingu v jiné než stávající lokalitě Telefónica O2 Czech republic na adrese Praha 3, K Červenému dvoru 3156/25, musí připravit vlastní paralelní konfiguraci webové a portálové infrastruktury, která po jejím zprovoznění a odzkoušení bude umístěna ve stávajícím hostingovém centru a bude zajišťovat funkcionalitu stávajícího řešení zadavatele do doby, než bude vlastní vybavení zadavatele umístěno, zprovozněno a odzkoušeno v nové lokalitě dodavatele.
6. Zadavatel dle návrhu rovněž porušil povinnost vymežit kvalifikační předpoklady za účelem zjištění způsobilosti dodavatele pro plnění veřejné zakázky, která vyplývá z vymezení pojmu kvalifikace v § 17 písm. e) zákona a dále porušil ust. § 55 odst. 3 písm. c) zákona, podle

kterého je zadavatel povinen vymezit minimální úroveň kvalifikačních předpokladů odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky.

7. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel porušil povinnost hodnocení podle ekonomické výhodnosti nabídky, která je mu uložena v § 78 odst. 1 zákona a to vymezením dílčích kritérií a jejich váhových koeficientů, které neodpovídají jejich objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky.
8. Zadavatel zaslal Úřadu dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky a vyjádření k obsahu návrhu, ve kterém uvádí své vysvětlení k jednotlivým bodům návrhu uvedeným shora, a ve kterém argumenty navrhovatele, obsažené v návrhu odmítá s tím, že postupoval v souladu se zákonem. K zahájenému správnímu řízení pak zadavatel zaslal dne 18. 10. 2007 své stanovisko spolu s přílohou od ČVUT Praha, fakulta elektrotechnická nazvanou „Porovnání užití přenosových cest pro účely budou vysokorychlostní datové sítě“ a přílohou od VŠE Praha, fakulta podnikohospodářská „Význam zisku při posuzování výkonnosti podniku“.
9. K volbě kritérií a nedostatečně vymezenému předmětu veřejné zakázky Úřad v rozhodnutí uvedl, že všechna dílčí hodnotící kritéria jsou popsána dostatečně podrobně stejně jako postup hodnotící komise potažmo zadavatele při hodnocení nabídek. V příloze č. A4 zadávací dokumentace je přesně vymezen předmět plnění veřejné zakázky v části „A“ a požadavky zadavatele. Úřad konstatoval, že zadavatel v zadávacích podmínkách jednoznačně uvedl, že se jedná o minimální hodnoty požadavků, a proto se jednotlivé nabídky mohou lišit. Z uvedeného je tedy dle názoru Úřadu zřejmé, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem. Pokud navrhovateli nebylo zřejmé vymezení některých pojmů, mohl písemně požádat zadavatele o dodatečné informace dle ust. § 49 zákona, což však neučinil.
10. K porušení zákazu diskriminace z důvodu upřednostnění optických nebo metalických kabelů před přípojkami zřízenými rádiovou cestou Úřad uvedl, že vzhledem k tomu, že zadavatel je součástí krizového řízení ČR, je nezbytné, aby nabízené řešení odpovídalo co nejvyšší kvalitě, neboť v případě méně kvalitního řešení by mohlo dojít k jeho selhání a ke škodám nejen majetkovým. Úřad dále uvedl, že zadavatel vycházel z výše uvedené analýzy zpracované pro zadavatele elektrotechnickou fakultou ČVUT v Praze, z níž vyplývá, že pro realizaci přístupové datové širokopásmové sítě je prioritní spolehlivost, kvalita provozu a jeho bezpečnost a jako optimální varianta se tedy jeví použití optických nebo metalických kabelů. Na základě těchto skutečností Úřad neshledal tuto námitku navrhovatele jako důvodnou a pro úplnost konstatoval, že zadavatel tomuto dílčímu kritériu přisoudil váhu 10%, což je z šesti hodnotících kritérií druhá nejnižší váha.
11. K porušení zákazu diskriminace a současně § 45 odst. 3 zákona zadavatelem tím, že uchazeč má připravit vlastní paralelní konfiguraci webové a portálové infrastruktury Úřad zejména uvedl, že zadavatel má právo vymezit technické parametry tak, aby odpovídaly jeho požadavkům, přičemž zadavatel postupoval v souladu s ust. § 46 odst. 7 zákona. Skutečnost, že navrhovatel nemá paralelní konfiguraci a faktickou ani formální kvalifikaci, není podstatná, neboť součástí zadávacích podmínek byla možnost, aby uchazeči použili jinou

technologii s použitím informací poskytnutých zadavatelem k přípravě vlastní paralelní konfigurace. Úřad tedy ani v případě této námitky navrhovatele neshledal porušení zákona.

12. Úřad se konečně v rozhodnutí zabýval i námitkou navrhovatele týkající se neoprávněného vymezení kvalifikačních předpokladů, která směřovala k požadavku zadavatele na doložení alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku dosaženého v posledních třech účetních obdobích. Úřad konstatoval, že takový požadavek zadavatele je v souladu s ust. § 55 odst. 1 písm. b) zákona, neboť se zadavatel takto ujišťuje, že dodavatel je schopen předmět veřejné zakázky splnit. Takový požadavek zadavatele je tedy podle rozhodnutí Úřadu oprávněný. Z uvedených důvodů tedy Úřad správní řízení zastavil.

## II. Námitky rozkladu a řízení o rozkladu

13. Proti původnímu rozhodnutí Úřadu ze dne 25. 10. 2007 podal navrhovatel dne 12. 11. 2007 rozklad. Navrhovatel nesouhlasí se závěrem původního prvostupňového rozhodnutí Úřadu a je přesvědčen, že Úřad neposoudil věc správně po stránce věcné ani právní. V námitkách rozkladu navrhovatel z velké části uplatňuje dřívější argumentaci uplatněnou již v rámci námitek a návrhu. Navrhovatel tedy k nesprávnému vymezení obsahu hodnotících kritérií č. 1 a č. 3 a nedostatečnému vymezení předmětu veřejné zakázky dodává, že zadavatel sice stanovil požadavky, které musí nabídky uchazečů splňovat, neuvedl však v jakém z těchto požadavků se mohou nabídky lišit. Na tom dle navrhovatele nic nemění ani fakt, že některé části předmětu plnění označil zadavatel jako minimální technické podmínky. Podmínku tzv. „minimálnosti“ však zadavatel vztáhl ke všem parametrům, tvořícím předmět plnění veřejné zakázky, takže transparentní vyhodnocení ve srovnatelných parametrech není dle navrhovatele fakticky možné.
14. Navrhovatel dále v rozkladu namítá nesprávné vyhodnocení dílčího kritéria č. 5 „Technologie přípojných vedení“. Navrhovatel spatřuje pochybení Úřadu při vyhodnocení tohoto kritéria v tom, že své úvahy o oprávněnosti stanoveného způsobu hodnocení opřel o stanovisko ČVUT Praha, které Úřadu předložil zadavatel. Navrhovatel má za to, že pokud Úřad neměl dostatečné znalosti o dané problematice, bylo jeho povinností obstarat si i jiné posouzení, než které předložil zadavatel.
15. K povinnosti uchazeče připravit vlastní paralelní konfiguraci webové a portálové infrastruktury navrhovatel opětovně namítá, že tento požadavek zadavatele se nevztahuje k předmětu plnění veřejné zakázky a naopak zvýhodňuje jednoho z uchazečů, který je z povahy věci zproštěn povinnosti plnění této podmínky. Navrhovatel tedy považuje zadavatelem stanovené technické podmínky za diskriminační.
16. Navrhovatel v rozkladu nesouhlasí se závěrem Úřadu ohledně kvalifikačního předpokladu – doložení alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku dosaženého v posledních třech účetních obdobích. Navrhovatel má za to, že tento předpoklad nemá přímý vztah ke

způsobilosti dodavatele plnit předmětnou veřejnou zakázku. Dle názoru navrhovatele je v případě telekomunikačních operátorů v oblastech bývalého východoevropského bloku pochopitelné, že míra investic do technických struktur nově budovaných společností je taková, že dosud neumožňuje dosahovat kladného hospodářského výsledku. Navrhovatel nesouhlasí ani s tím, že se Úřad v rámci vypořádání s předmětnou námitkou odvolává rovněž na stanovisko VŠE Praha „Význam zisku při posuzování výkonnosti podniku“, které Úřadu předložil zadavatel.

17. V závěru rozkladu navrhovatel uvádí, že porušení zákona spatřuje v nesprávném vymezení dílčích hodnotících kritérií, jejichž váhové koeficienty dle něj neodpovídají jejich objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky. Ze všech těchto důvodů navrhovatel požaduje zrušení zadávacího řízení.
18. K podanému rozkladu se dne 22. 11. 2007 vyjádřil zadavatel v tom smyslu, že se závěry učiněnými Úřadem v původním prvostupňovém rozhodnutí souhlasí a dodává, že v průběhu zadávacího řízení postupoval s nejvyšší obezřetností vzhledem k tomu, že technické řešení elektronických komunikací bezprostředně souvisí s plněním významných úkolů zadavatele zastávaných v rámci veřejné služby.

### **III. Původní rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu**

19. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí předseda Úřadu podle § 89 odst. 2 správního řádu svým rozhodnutím ze dne 4. 2. 2008 č.j. R206/2007/03-21330/2007/310-AS (dále jen „původní rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu“) původní prvostupňové rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k závěru, že Úřad tím, že svým původním prvostupňovým rozhodnutím ze dne 25. 10. 2007 č.j. S255/2007-00321/2007/550-OŠ rozhodl, že správní řízení se zastavuje, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. Původní prvostupňové rozhodnutí Úřadu bylo proto zrušeno a věc byla vrácena Úřadu k novému projednání.

### **K důvodům zrušení rozhodnutí I. stupně a vrácení věci k novému projednání**

20. Po posouzení argumentace podaného rozkladu i odůvodnění prvostupňového rozhodnutí dospěl předseda Úřadu k závěru, že s navrhovatelem lze souhlasit v tom, že rozhodnutí prvního stupně se nevypořádalo s navrhovatelovou námitkou ohledně vymezení dílčích kritérií a jejich váhových koeficientů, které neodpovídají jejich objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky. Absence této části odůvodnění má za následek jeho nepřezkoumatelnost, což je důvodem proč předseda Úřadu rozhodl o zrušení rozhodnutí prvního stupně. Předseda Úřadu má však za to, že tento nedostatek je možné zhojit v novém rozhodnutí, ve kterém bude chybějící část odůvodnění doplněna.

21. Předseda Úřadu v původním rozhodnutí o rozkladu rovněž uvádí, že nabyl pochybnost o správnosti námitek ohledně vymezení dílčích hodnotících kritérií uvedených pod č. 1 a č. 3 (tedy kritéria vymezení „datové služby“ a kritéria vymezení „ucelenosti technického a organizačního zabezpečení“), resp. o možné záměně technických podmínek za dílčí hodnotící kritéria. K tomu předseda uvedl, že dle § 44 odst. 3 písm. b) zákona musí zadávací dokumentace obsahovat technické podmínky, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, kterými se rozumí vymezení charakteristik a požadavků na dodávky nebo služby stanovené objektivně způsobem vyjadřujícím účel využití plnění zamýšleného zadavatelem. Obsahem uvedených kritérií č. 1 a č. 3 jsou minimální technické parametry stanovené zadavatelem, které musí být uchazeči splněny, aby jejich nabídka nebyla vyloučena z účasti v zadávacím řízení. Úřad by se tedy měl rovněž zabývat otázkou, zda v tomto případě nedošlo k porušení zákona, tedy zda nedošlo k výše uvedené záměně.
22. V závěru svého rozhodnutí o rozkladu předseda Úřadu poukazuje na nesrovnalost v odůvodnění původního rozhodnutí I. stupně na str. 6 k námitce týkající se porušení ust. § 55 odst. 1 písm. b) zákona. Zde totiž Úřad v první větě konstatuje, že zadavatel stanovil svůj požadavek v souladu s tímto citovaným ustanovením, avšak v závěru odůvodnění Úřad konstatuje, že neshledal porušení zákazu diskriminace dle ust. § 6 ani ust. § 45 odst. 2 zákona. Odůvodnění je tedy v této části nesrozumitelné, nekoresponduje s předchozími částmi odůvodnění a lze předpokládat, že v daném případě se jedná o písařskou chybu.
23. Z uvedených důvodů předseda Úřadu uvedl, že původní prvostupňové rozhodnutí bylo zatíženo závažnými chybami majícími vliv na jeho zákonnost a přezkoumatelnost, a dospěl proto k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a vrácení věci k novému rozhodnutí orgánu dohledu.

### **Opětovné rozhodnutí I. stupně**

24. Po vrácení věci k novému projednání pokračoval Úřad ve správním řízení, v němž dne 4. 6. 2008 vydal rozhodnutí č.j. S255/2007/VZ-08090/2008/540/Zaj (dále jen „opětovné rozhodnutí I. stupně“), kterým rozhodl, že správní řízení se zastavuje. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti
25. K volbě kritérií a vymezení předmětu veřejné zakázky Úřad v odůvodnění opětovného rozhodnutí uvedl, že pokud se zadavatel rozhodne hodnotit nabídky podle základního hodnotícího kritéria jejich ekonomické výhodnosti, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria, která se týkají ekonomické výhodnosti nabídky a její kvality. Zadavatel se zabývá hodnocením podmínek obsažených v nabídce a výsledkem je hodnocení konkrétního obsahu nabídky vzhledem k její ekonomické výhodnosti a zjištění míry této ekonomické výhodnosti pro zadavatele. Zadávací dokumentace obsahuje požadavek zadavatele na základní kritérium hodnocení, kterým je ekonomická výhodnost nabídky. Zadavatel rovněž stanovil dílčí hodnotící kritéria, jejichž pořadí Úřad v opětovném rozhodnutí I. stupně citoval. Úřad rovněž provedl srovnání nabídky navrhovatele a uchazeče Telefonica O2 Czech republic a uvedl

rozdíly mezi dílčími hodnotícími kritérii obou těchto nabídek. K vytýkanému nedostatečnému vymezení předmětu veřejné zakázky Úřad konstatoval, že zadavatel v zadávací dokumentaci popsal předmět veřejné zakázky dostatečně podrobně a uchazeči tedy na základě toho mohli zpracovat vzájemně porovnatelné nabídky.

26. Úřad dále k otázce upřednostnění optických nebo metalických kabelů před přípojkami zřízenými rádiovou cestou uvedl, že nemůže zadavateli stanovovat, jakému technickému řešení má dát ve veřejné zakázce přednost, přičemž uvedl, že zadavatel v zadávací dokumentaci u způsobu hodnocení dílčího hodnotícího kritéria č. 5 „technologie přípojných vedení“ bude nejlépe hodnotit řešení přípojných vedení prostřednictvím optických nebo metalických kabelů vedených v zemi. Úřad tedy neshledal porušení zákazu diskriminace podle § 6 zákona ani ust. § 45 odst. 3 zákona zadavatelem tím, že v zadávací dokumentaci uvedl, který způsob řešení přípojných vedení bude hodnocen lépe, neboť zadavatel připustil i jiná technická řešení. Porušení obou výše zmíněných ustanovení zákona Úřad neshledal ani v požadavku zadavatele na vytvoření paralelní konfigurace webových a portálových infrastruktur ani ve skutečnosti, že zadavatel požadoval doložení alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku v posledních třech účetních obdobích, který lze dle názoru Úřadu připustit k prokázání ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu.
27. V opětovném rozhodnutí se Úřad vyjádřil v tom smyslu, že uvedená dílčí hodnotící kritéria vyjadřují ekonomickou výhodnost nabídek. Argumentace navrhovatele, že dílčí kritéria a jejich váhové koeficienty neodpovídají objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky platí podle názoru Úřadu pouze za předpokladu, že budou nabídnuty velmi rozdílné hodnoty. Případné velké rozdíly v nabídnutých hodnotách by však měl zadavatel při hodnocení nabídek vzít v úvahu. Úřad dále poukázal na to, že v daném případě se jedná o veřejnou zakázku složitějšího technického charakteru, ve které její technická úroveň převažuje nad nabídkovou cenou.

#### **IV. Rozklad proti opětovnému rozhodnutí I. stupně a řízení o rozkladu**

28. Proti opětovnému rozhodnutí I. stupně ze dne 4. 6. 2008 č.j. S255/2007/VZ-08090/2008/540/Zaj podal navrhovatel dne 2. 7. 2008 rozklad, v němž uvádí, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky porušil zákon, neboť jím vymezená kritéria hodnocení nabídek a jejich relativní váhy nezajišťují výběr ekonomicky nejvýhodnější nabídky. Navrhovateli tím vznikla újma na jeho právech, neboť nezávisle na tom, jakou nabídku předloží, není zajištěno její vyhodnocení z hlediska její skutečné ekonomické výhodnosti.
29. Navrhovatel v rozkladu nesouhlasí s názorem Úřadu, že dílčí hodnotící kritéria vyjadřují ekonomickou výhodnost nabídek, neboť skutečnost, že nabídky obsahují rozdílné hodnoty a lze je tedy vzájemně porovnávat, nezaručuje, že výsledek hodnocení nabídek bude pro zadavatele ekonomicky výhodnější. Úřad podle navrhovatele nezkoumal, zda dílčí hodnotící kritéria jsou způsobilá zajistit výběr ekonomicky nejvýhodnější nabídky. Navrhovatel v rozkladu dospívá k závěru, že reálná váha výše nabídkové ceny, jako základního ukazatele ekonomické výhodnosti je snižována každým jiným dílčím kritériem, a to o stupeň významu,



který mu přiřadil zadavatel. Čím je nabídka v dílčím kritériu hodnocena lépe, tím vyšší může být nabídková cena, aniž by to vylučovalo možnost výběru nabídky jako nejvhodnější. Dílčí hodnotící kritéria umožňují výběr nabídky uchazeče Telefonica O2 Czech republic jako nejvhodnější, přestože jeho nabídková cena je vyšší než u navrhovatele. Tím dle názoru navrhovatele došlo k jeho diskriminaci.

30. V otázce volby technologie přípojných vedení navrhovatel v rozkladu odmítá použití analýzy ČVUT Praha nazvané „Porovnání vhodnosti užití přenosových cest pro účely vysokorychlostní datové sítě“. Použití tohoto materiálu jako podkladu pro správní rozhodnutí je dle navrhovatele v rozporu se zákonem. Pokud chtěl Úřad využít pro účely správního řízení nezávislého odborného názoru, byl dle navrhovatele povinen postupovat podle § 56 správního řádu a opatřit si vyjádření znalce. Navrhovatel má za to, že z hlediska poskytování telekomunikačních služeb jsou služby poskytované prostřednictvím kabelů nebo rádiového spoje de facto rovnocenné. Podle jeho názoru je tedy rozlišování při hodnocení nabídek mezi typy přenosového média neopodstatněné a diskriminační, neboť vytváří konkurenční výhodu pro poskytovatele vybrané přenosové technologie.
31. Rovněž požadavek zadavatele na vytvoření paralelní webové a portálové infrastruktury za účelem ověření parametrů hostingového centra považuje navrhovatel za diskriminační a nadbytečný, neboť podle navrhovatele nemá vztah k předmětu plnění veřejné zakázky, kterým jsou služby elektronických komunikací, nikoliv služby ověřování a instalace serverové infrastruktury. Společnost Telefonica O2 díky němu může nabídnout nižší cenu než ostatní uchazeči.
32. Navrhovatel rovněž namítá, že požadavek na doložení alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku v posledních třech účetních obdobích nemá dle jeho názoru vliv na způsobilost dodavatele plnit předmět veřejné zakázky. Zadavatel měl podle názoru navrhovatele stanovit jako ukazatel způsobilosti plnit veřejnou zakázku např. výši základního jmění, případně výši ztrát z minulých let. Navrhovatel rovněž odmítá použití materiálu VŠE Praha, fakulta podnikohospodářská s názvem „Význam zisku při posuzování výkonnosti podniku“ jako podkladu pro rozhodnutí ve věci. I v tomto případě si měl podle mínění navrhovatele Úřad nechat vypracovat znalecký posudek, z něhož měl vycházet při vydání rozhodnutí.
33. K podanému rozkladu obdržel Úřad dne 28. 7. 2008 vyjádření zadavatele, který je přesvědčen, že požadavky na dokumentaci stanovil správně a na základě analýzy svých vlastních potřeb. Zadavatel konstatuje, že jednotlivé nabídky uchazečů potvrdily neopodstatněnost návrhu, nabídky dodavatelů se lišily v hodnocených parametrech a vzhledem k výši nabídkových cen byl rovněž zachován i význam zvolených dílčích hodnotících kritérií.

#### **Opětovné rozhodnutí o rozkladu**

34. K podanému rozkladu ze dne 2. 7. 2008 zaujal předseda Úřadu stanovisko v rozhodnutí č.j. R 131/2008/02-25101/2008/310-Ku ze dne 10. 12. 2008 (dále jen opětovné rozhodnutí o

rozkladu), kterým potvrdil opětovné rozhodnutí Úřadu č.j. S255/20078/VZ-08090/2008/540/Zaj ze dne 4. 6. 2008, kterým bylo správní řízení zastaveno.

35. V odůvodnění opětovného rozhodnutí o rozkladu předseda Úřadu, především uvedl, že tvrzení navrhovatele, že dílčí kritéria hodnocení nabídek a jejich relativní váhy nezajišťují výběr ekonomicky nejvýhodnější nabídky není ničím doloženo. Předseda Úřadu nesouhlasí s tím, že zvolené kritérium nastavených technických parametrů, umožňuje podat lepší nabídku pouze konkurenční společnosti Telefonica O2. Pokud se totiž některému uchazeči podaří předložit nabídku s kvalitativně lepšími parametry, mohou být tyto nabídky v souladu s předem stanovenou váhou hodnoceny jako výhodnější. Úřad se tedy konkrétně zaměřil na skutečnost, zda technické podmínky zakázky umožňovaly, aby se od nich uchazeč odchytil. Vzhledem k tomu, že Úřad nemohl přezkoumávat výsledek hodnocení nabídek, zaměřil se správně na zjišťování, zda zadavatelem vymezená hodnotící kritéria umožňují předložit vzájemně porovnatelné nabídky nebo nikoliv.
36. Námitku navrhovatele, že dílčí hodnotící kritéria nevyjadřují ekonomickou výhodnost nabídky předseda Úřadu rovněž neakceptoval s odůvodněním, že Úřad v rozhodnutí I. stupně podrobně a srozumitelně zdůvodnil, jakým způsobem postupoval při jejich přezkoumávání. Zadavatel si dle stanoviska předsedy Úřadu oprávněně stanovil preference technických řešení veřejné zakázky, nicméně podstatné je, že splnění zakázky umožnil více způsoby (použití pevných kabelů, rádiová cesta), a neomezil tedy soutěžní prostředí. Požadavek navrhovatele na vypracování znaleckého posudku v této věci tedy předseda Úřadu považuje za nadbytečný, neboť by se zabýval řešením otázky, jejíž zodpovězení je plně v kompetenci zadavatele a závisí tedy na něm, jak definuje a vyhodnotí své potřeby. Zadavatel byl rovněž oprávněn ověřit si funkčnost a spolehlivost celého systému, a proto jeho požadavek na vytvoření paralelní konfigurace webové a portálové infrastruktury považuje předseda Úřadu za důvodný.
37. Předseda Úřadu dále v odůvodnění rozhodnutí poukázal na ust. § 55 odst. 1 písm. b) zákona, které umožňuje veřejnému zadavateli k prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů požadovat předložení poslední zpracované rozvahy nebo její části ve smyslu zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví. Předseda Úřadu proto požadavek zadavatele na doložení alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku v posledních třech letech neshledal jako nepřiměřený. Předseda Úřadu se rovněž neztotožnil s námitkou, že Úřad ignoroval porušení zákona spočívající ve způsobu hodnocení nabídek, který nevede k výběru ekonomicky nejvýhodnější nabídky. V souvislosti s touto námitkou předseda poukázal na nespornou skutečnost, že zadavatel obdržel nabídky v takových parametrech, které lze hodnotit odlišně a rovněž na skutečnost, že v daném případě se jedná o specifickou veřejnou zakázku, která je s ohledem na technické parametry a hlavní předmět činnosti zadavatele značně složitá. Za těchto podmínek tedy předseda Úřadu považuje zvolený způsob hodnocení na základě ekonomické výhodnosti za adekvátní. Ze všech těchto výše uvedených důvodů tedy předseda Úřadu rozhodl tak, že podaný rozklad zamítl.

## V. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

38. Dne 9. 2. 2009 podal navrhovatel, společnost GTS Czech s. r. o., (dále jen „žalobce“) proti pravomocnému rozhodnutí předsedy Úřadu (dále jen „žalovaný“) č. j. R131/2008//02-25101/2008/310-Ku ze dne 10. 12. 2008 žalobu ke Krajskému soudu v Brně, která byla tomuto soudu doručena dne 10. 2. 2009. Touto žalobou se žalobce domáhá zrušení výše uvedeného rozhodnutí žalovaného ze dne 10. 12. 2008 a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. K žalobě podal žalovaný dne 8. 4. 2009 své vyjádření, v němž navrhuje, aby žaloba byla zamítnuta. Krajský soud podané žalobě svým rozsudkem č. j. 62 Ca 10/2009 ze dne 12. 8. 2010 vyhověl a rozhodnutí žalovaného ze dne 10. 12. 2008 č. j. R131/2008/02-25101/2008/310-Ku zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.
39. Krajský soud v úvodu rozsudku předně rekapituloval průběh dosavadního správního řízení u žalovaného a přehledně strukturoval žalobcem uplatněné žalobní body takto: Ad 1) žalobce má za to, že v zadávacím řízení byla porušena povinnost zadavatele vymezit kvalifikační předpoklady za účelem zjištění způsobilosti dodavatele pro plnění veřejné zakázky, která vyplývá z § 17 písm. e) a § 55 odst. 3 písm. c) z. č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále rovněž „zákon“ nebo „ZVZ“). Požadavkem na alespoň jeden kladný hospodářský výsledek dodavatele v posledních třech účetních obdobích se zadavatel podle žalobce dopustil porušení zásady zákazu diskriminace. Ad 2) Tím, že v rámci dílčího kritéria „technologie přípojných vedení“ mělo být nejlépe hodnoceno řešení přípojných vedení prostřednictvím optických nebo metalických kabelů a nejhůře přípojky zřízené rádiovou cestou, měl zadavatel zaručit konkurenční výhodu a vytvořit neodůvodněné překážky hospodářské soutěže a tím byla rovněž porušena zásada zákazu diskriminace. Ad 3) Porušení téže zásady dovozuje žalobce i ve vztahu k technické podmínce veřejné zakázky, podle níž, bude-li dodavatel poskytovat služby hostingu v jiné než stávající lokalitě, musí připravit vlastní paralelní konfiguraci webové a portálové infrastruktury, která bude umístěna do stávajícího hostingového centra a bude zajišťovat funkcionalitu stávajícího řešení zadavatele do doby, než bude vlastní vybavení zadavatele umístěno v nové lokalitě. Ad 4) Dále žalobce namítá, že zadavatel nestanovil řádně dílčí kritéria za účelem hodnocení ekonomické výhodnosti nabídek, neboť řádně nevymezil obsah kritérií „Datové služby“ a „Ucelenost technického a organizačního zajištění řešení“. Ad 5) Žalobce konečně namítá i porušení povinnosti hodnotit nabídky podle ekonomické výhodnosti vymezením dílčích kritérií a jejich váhových koeficientů, jež neodpovídají jejich objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky. Stanovisko krajského soudu k těmto pěti žalobním bodům je podrobněji uvedeno níže.
40. K otázce stanovení ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu „alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku dodavatele v posledních třech účetních obdobích“ soud uvedl, že žalovaný se zaměřil na posouzení toho, zda zisk má obecnou vypovídací hodnotu a dovodil, že takovou hodnotu má. Žalovaný se rovněž zaměřil na posouzení argumentu zadavatele, proč uvedený kvalifikační předpoklad požadoval a zde přijal jeho argument, že tomu tak bylo z důvodu bezproblémové realizace plnění veřejné zakázky. Pouze o tyto skutečnosti však dle názoru soudu nemohl žalovaný opřít svůj závěr o důvodnosti uvedeného kvalifikačního předpokladu. Za podstatné soud považuje to, co požadavek na prokázání

splnění uvedeného kvalifikačního předpokladu způsobil. Zde soud uvedl, že zadavatel je při stanovování obsahové náplně jednotlivých požadavků na prokázání ekonomických a finančních předpokladů kromě § 55 ZVZ vázán i ust. § 6 ZVZ a nesmí tedy porušit zásadu zákazu diskriminace, včetně tzv. diskriminace skryté. Za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba dle judikatury považovat takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň ekonomické a finanční způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a náročnosti veřejné zakázky a je zřejmé, že ji mohou splnit pouze někteří z dodavatelů, jež by jinak byli k plnění předmětu zakázky objektivně způsobilými. Soud dále konstatoval, že pokud žalobce již v průběhu správního řízení namítal, že stanovení tohoto konkrétního ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu fakticky vedlo k vyřazení většiny alternativních poskytovatelů telekomunikačních služeb včetně žalobce, a že tím byla vytvořena neoprávněná výhoda pro společnost Telefonica O2, čímž bylo ve vztahu k soutěži o předmětnou zakázku likvidováno soutěžní prostředí, musel se žalovaný touto argumentací také zabývat.

41. Ve vztahu k žalobnímu bodu výše označenému ad 1) soud dále učinil závěr, že je zapotřebí zabývat se otázkou kolik z dvanácti dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, podalo při splnění uvedeného ekonomického a finančního předpokladu nabídku, tedy kdo z dodavatelů se mohl o veřejnou zakázku ucházet. Touto otázkou se žalovaný nezabýval. Dále je dle názoru soudu třeba zabývat se i otázkou, kdo z dodavatelů je vůbec schopen ekonomický a kvalifikační předpoklad „alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku dodavatele v posledních třech účetních obdobích“ splnit. Z těchto zjištění je třeba dovodit, kteří dodavatelé na trhu působí, kteří z nich dosahují kladných hospodářských výsledků, a kteří z nich poskytují plnění srovnatelné s plněním poptávaným zadavatelem i bez toho, že by kladných hospodářských výsledků dosahovali. Zodpovězení těchto otázek přímo souvisí s argumentací žalobce uplatněnou ve správním řízení, že míra investic do nově budovaných společností a jejich technických infrastruktur je taková, že dosud neumožňuje dosahovat kladného hospodářského výsledku, s výjimkou dodavatele Telefonica O2. Ani tím se žalovaný nezabýval a svůj závěr založil pouze na obecném konstatování, že ukazatel zisku má určitou vyvídací schopnost o bonitě dodavatele a stanovením tohoto konkrétního kvalifikačního předpokladu ve vztahu ke konkrétním podmínkám relevantního trhu se nezbyl. Soud tedy uvedl, že za těchto podmínek je rozhodnutí žalovaného založeno na nedostatečně zjištěném skutkovém stavu a je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů podle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s. To je důvodem pro zrušení žalobou napadeného rozhodnutí předsedy Úřadu.
42. V další části odůvodnění věnované posouzení oprávněnosti tohoto kvalifikačního předpokladu soud zejména dále uvedl, že ZVZ zakazuje jak zjevnou tak i skrytou diskriminaci a princip zákazu diskriminace řadí k hlavním principům ZVZ. Smysl zákazu diskriminace vyjádřený v § 6 ZVZ dle názoru soudu směřuje ve své podstatě k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Soud proto rovněž uvedl, že vedle otázky, kdo z dodavatelů by byl způsobilý veřejnou zakázku řádně realizovat, pokud by zadavatel posuzovaný kvalifikační předpoklad nestanovil, se žalovaný nezabýval ani otázkou proporcionality ve vztahu k tomuto kvalifikačnímu předpokladu, tedy samotnou otázkou „zjevné nepřiměřenosti“.

Soud tedy stanovil další právní závěr, že bude třeba, aby se žalovaný zabýval také tím, jakou rozumnou ekonomickou funkci tento kvalifikační předpoklad měl s ohledem na podmínky panující na trhu, a to konkrétně zejména ve vztahu k otázce, zda je jím bráněno dostatečně konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli oprávněně. Zde musí mít svoje místo i úvaha, nakolik je zisk vypovídací hodnotou pro realizaci předmětné veřejné zakázky. Těmito otázkami s tedy žalovaný dle stanoviska soudu bude muset zabývat znovu a vypořádat se se všemi tvrzeními, která žalobce ve vztahu k tomuto kvalifikačnímu předpokladu uplatnil.

43. Krajský soud se dále zabýval otázkou technických podmínek (čl. A.2. 3. přílohy A4 zadávací dokumentace) a způsobu hodnocení dílčího kritéria č. 5 – „Technologie přípojných vedení“. K tomu soud uvedl, že podle § 45 odst. 3 ZVZ nesmějí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Soud konstatoval, že obecně lze souhlasit se žalovaným v tom, že je nezbytné, aby nabízené technické řešení odpovídalo co nejvyšší kvalitě, a že nelze zadavateli stanovovat, jakému technickému řešení dá ve veřejné zakázce přednost. Žalovaný se však nijak nevyjádřil k tomu, zda technické podmínky byly skutečně stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely překážky hospodářské soutěži. Soud dále konstatoval, že zadavatel sice připustil několik technických řešení, avšak lépe měla být hodnocena nabídka vycházející z jednoho z těchto řešení, je proto namístě zabývat se otázkou, zda ke „konkurenční výhodě“ a vzniku „překážky hospodářské soutěže“ nemohlo dojít ve stádiu hodnocení nabídek. Žalovaný sice není kompetentní hodnotit kvalitu různých přípojných řešení, musí se však zabývat tím, zda zadavatelem upřednostňované přípojné řešení není projevem diskriminace a zda není v rozporu s pravidlem obsaženým v § 45 odst. 3 ZVZ.
44. V návaznosti na výše uvedené soud uvedl, že jestliže měl zadavatel při hodnocení nabídek rozlišovat mezi typy přenosového média, je zapotřebí vycházet z předpokladu, že takové rozlišení mohlo mít vliv na hodnocení a potažmo na pořadí úspěšnosti nabídek. Pak je tedy třeba posoudit, zda rozlišení mezi typy přenosového média je odůvodněné a zda dodavatelé, kteří by použili různá technická řešení související s použitím přenosových médií, by byli schopni realizovat plnění pro zadavatele srovnatelným způsobem. Soud dále dovodil, že jestliže žalobce namítal, že k takovému rozlišení není důvod, a že zadavatelem preferovanou přenosovou technologii je schopen splnit pouze dodavatel Telefonica O2, pak bylo třeba se touto otázkou zabývat podrobně ve vztahu k tomu, zda je mezi jednotlivými technologiemi rozdíl, odůvodňující preferování jedné z nich. Pokud by zaručení této konkurenční výhody neodpovídalo technické povaze preferovaného řešení a pokud by preferované řešení mohl skutečně nabídnout pouze jediný dodavatel, který by této konkurenční výhody požíval, pak by dle názoru soudu byl porušen § 6 a § 45 odst. 3 ZVZ.
45. Na základě uvedeného soud učinil závěr, že žalovaný ve správním řízení nestál před otázkou, jakému technickému řešení měl s ohledem na svoje potřeby dát zadavatel přednost ve veřejné zakázce, nýbrž zda technické podmínky byly skutečně stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Tuto otázku však žalovaný neposoudil. Soud tedy nemůže přezkoumávat závěr žalovaného, že v této otázce zadavatel neporušil ZVZ a rozhodnutí

předsedy Úřadu je tedy rovněž v této otázce nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Krajský soud tedy uzavřel, že v průběhu dalšího řízení bude nezbytné, aby žalovaný vycházel z týchž úvah a závěrů pro dovození možné skryté diskriminace podle § 6 ZVZ, jak jsou podány v žalobním bodu ad 1) tohoto rozhodnutí (viz body 40,41 a 42 tohoto rozhodnutí) a v části IV.a) odůvodnění rozsudku soudu. Vyjádření ČVUT, fakulta elektrotechnická, může být dle názoru soudu jedním z podkladů pro tyto úvahy, nikoliv však podkladem jediným, neboť toto vyjádření nemůže žalovanému poskytnout na shora naznačené otázky vyčerpávající odpověď.

46. K žalobnímu bodu ad 3), uvedenému shora tedy k požadavku zadavatele na vytvoření paralelní konfigurace infrastruktury podal soud následující stanovisko. Dle čl. C3 přílohy A4 zadávací dokumentace byly technické podmínky zakázky vymezeny tak, že bude-li dodavatel poskytovat služby hostingu v jiné než stávající lokalitě původního poskytovatele služeb, musí připravit vlastní paralelní konfiguraci webové a portálové infrastruktury, která bude umístěna do stávajícího hostingového centra a bude zajišťovat funkcionalitu stávajícího řešení zadavatele do doby, než bude vlastní vybavení zadavatele umístěno, zprovozněno a odzkoušeno v nové lokalitě dodavatele. Námitka žalobce spočívala v tom, že stávající provozovatel (Teléfonica O2) tuto podmínky splňovat nemusí a je proto opět zvýhodněn oproti jiným dodavatelům. Tato podmínka má přitom podle žalobce obstrukční charakter, neboť jde o požadavek na vybudování paralelní infrastruktury pouze za účelem ověření, zda hostingové centrum dodavatele plní předepsané parametry. K tomu žalovaný pouze uvedl, že „zadavatel má právo vymežit technické parametry tak, aby odpovídaly jeho požadavkům“ a na základě toho dospěl k závěru, že § 6 a § 45 odst. 3 ZVZ nebyl porušen. Žalovaný se tedy otázkou možného skrytého zvýhodnění jednoho z dodavatelů (§ 6 ZVZ) ani možnou „konkurenční výhodou“ případně „konkurenční výhodou“ a „neodůvodněnou překážkou hospodářské soutěže“ (§ 45 odst. 3 ZVZ) nezabýval. Zatímco tedy žalobce argumentoval tím, že budování paralelní infrastruktury v požadovaném rozsahu je pro dodavatele, vzhledem k její složitosti a nákladnosti nemožné, a uváděl, že k těmto pracím nemá potřebnou kvalifikaci, a zaměřil se na nadbytečnost budování paralelní infrastruktury s ohledem na předmět plnění veřejné zakázky, žalovaný se k těmto argumentům nevyjádřil a oprávněnost tohoto zadavatelova požadavku nehodnotil.
47. Krajský soud proto uvedl, že ani v této otázce nemůže závěr žalovaného nijak přezkoumat. Z rozhodnutí napadeného žalobou není ani v obecných rysech seznatelné, z jakých důvodů považuje žalovaný argumentaci žalobce dovozující zvýhodnění jednoho z dodavatelů (Teléfonica O2) za lichou. Rovněž v této otázce tedy považuje soud žalobou napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné. Touto otázkou se tedy bude dle názoru soudu zapotřebí zabývat znovu a konkrétně, přičemž při posouzení možné skryté diskriminace podle § 6 ZVZ i možného porušení § 45 odst. 3 ZVZ, nechť žalovaný vychází i zde z části IV. a) odůvodnění rozsudku krajského soudu.
48. Soud se dále zabýval žalobním bodem ad 4) tedy otázkou stanovení dílčích kritérií „Datové služby“ a „Ucelenost technického a organizačního zajištění řešení“, resp. otázkou, zda tato kritéria vyjadřují ekonomickou výhodnost nabídky, a tedy rovněž tím, zda zadavatel vymežil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Soud při

rozboru tohoto žalobního bodu popsal způsob hodnocení obou dílčích kritérií. Dále soud uvedl, že závěr žalovaného byl založen na konstatování, že nabídka žalobce i nabídka uchazeče Telefonica O2 obsahují dle žalovaného rozdílné hodnoty na základě nichž může zadavatel provést hodnocení tak, aby vybral ekonomicky nejvýhodnější nabídku. Závěr žalovaného, že zadávací dokumentace nevymezovala pouze podmínky, které mají nabídky obsahovat, ale stanovené požadavky uvedl zadavatel jako minimální hodnoty, od kterých se nabídky mohou odlišovat a v nichž uchazeči svými nabídkami mohou soutěžit, označil soud jako správný a odpovídající zjištěným skutečnostem. Soud však dále uvedl, že pokud se žalovaný věnoval otázce srovnání obou nabídek, tedy nabídky žalobce a nabídky uchazeče Telefonica O2, správní rozhodnutí prvního stupně sice obsahuje podrobný popis těchto nabídek, správní spis však žádný podklad, z něhož by bylo možno obsah nabídek dovozovat neobsahuje. Z této skutečnosti učinil soud závěr, že jestliže žalovaný vzal za základ svého rozhodnutí v této otázce rozdílné hodnoty, na základě nichž by zadavatel mohl provést hodnocení, pak takto popsaný skutkový stav, vyplývající dle žalovaného z obsahu nabídek, nemá oporu ve správním spisu. Stejně tak, dovozuje-li žalovaný z obsahu nabídek, že předmět veřejné zakázky byl v zadávací dokumentaci popsán dostatečně podrobně, uchazeči tedy zpracovali vzájemně porovnatelné nabídky a nedošlo proto k porušení § 44 odst. 1 ZVZ, pak ani toto skutkové zjištění žalovaného nemá oporu ve správním spisu.

49. V návaznosti na výše uvedené soud učinil závěr, že úvahy žalovaného o rozdílu v jednotlivých nabídkách a jejich vzájemné porovnatelnosti, které tvoří podstatu argumentace žalovaného v této otázce, nelze soudem přezkoumat, neboť vycházejí ze skutkového stavu žalovaným údajně zjištěného, který nemá oporu v samotném správním spisu. Na základě toho tedy soud uzavřel, že v dalším řízení se tedy ve vztahu k porovnatelnosti nabídek bude třeba zaměřit na posouzení těch parametrů hodnotících kritérií, v nichž měli uchazeči soutěžit a po doplnění podkladu rozhodnutí vyhodnotit, zda na základě zadávacích podmínek mohli jednotliví uchazeči podat vzájemně porovnatelné nabídky a nabídky pak hodnotit v souladu se zvoleným základním hodnotícím kritériem a dílčími kritérii.
50. Poslední žalobní bod žalobce míří na údajné pochybení zadavatele i nesprávný právní záměr žalovaného v otázce hodnocení nabídky podle ekonomické výhodnosti vymezením dílčích kritérií a jejich váhových koeficientů, jež neodpovídají jejich objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky. Zde soud poukázal na ust. § 78 odst. 4, podle něhož zvolí-li zadavatel za základní kritérium ekonomickou výhodnost nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria, která se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky. Soud k tomuto žalobnímu bodu uvedl, že je na žalovaném, aby posoudil, zda konkrétní dílčí kritéria jsou dílčími kritérii určitými (musí tedy být zřejmé, co zadavatel zamýšlí preferovat) a jednoznačnými (dílčí kritéria tedy nesmí připouštět dvojí výklad), na základě nichž lze za předem stanovených pravidel hodnotit předmět veřejné zakázky. Předmětem posouzení ze strany žalovaného tak má být otázka, zda zadavatel stanovil taková dílčí kritéria, z nichž je jednoznačně patrné, co se jimi myšleno, tedy jak má nabídka konkrétně vypadat, aby tomuto kritériu vyhověla a mohla být hodnocena.
51. Krajský soud tedy ve svém rozsudku stanovil závěr, že poté co žalovaný v dalším průběhu správního řízení odstraní uvedené vady, bude třeba, aby v návaznosti na posouzení výše

naznačených dílčích otázek a po doplnění podkladu rozhodnutí posoudil určitost a jednoznačnost jednotlivých dílčích kritérií ve vztahu k tomu, zda tato kritéria mohou být předmětem transparentního hodnocení a především zda nejde o kritéria, která by byla stanovena v rozporu se zásadou zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ.

#### Stanovisko předsedy Úřadu

52. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustanovenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise a k právním závěrům soudu jsem dospěl k následujícímu závěru.
53. Úřad v opětovném prvostupňovém rozhodnutí č. j. S255/2007/VZ-08090/2008/Zaj ze dne 4. 6. 2008 nepostupoval v souladu se zákonem, když rozhodl, že správní řízení sp. zn. S255/2007/VZ vedené Úřadem ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele, učiněných při zadávání veřejné zakázky „Služby elektronických komunikací“ v části A, zadávané v otevřeném řízení, se zastavuje, neboť neshledal porušení ZVZ ze strany zadavatele, aniž by úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení prošetřil v dostatečné míře, odpovídající významu a velikosti veřejné zakázky. Z uvedených důvodů jsem v řízení o rozkladu přistoupil ke zrušení citovaného rozhodnutí I. stupně a věc jsem vrátil Úřadu k novému projednání. V dalším řízení se Úřad bude řídit právními závěry rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 10/2009 ze dne 12. 8. 2010.

#### K důvodům zrušení opětovného rozhodnutí I. stupně

54. V šetřeném případě soud shora uvedeným rozsudkem Krajského soudu v Brně zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R 131/2008/02-25101/2008/310-Ku ze dne 10. 12. 2008 a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení, přičemž do dalšího řízení zavázal Úřad jakožto žalovaného právním názorem vysloveným v rozsudku krajského soudu. Podle tohoto právního názoru soudu je ve vztahu k žalobnímu bodu ad 1, konkrétně k požadavku zadavatele na „alespoň jeden kladný hospodářský výsledek dodavatele v posledních třech účetních obdobích“ podstatné, že vymezením tohoto ekonomického a finančního předpokladu nesmí být porušena zásada zákazu diskriminace, včetně diskriminace skryté, popsané v rozsudku soudem. Úřad tedy musí zkoumat, kdo z dodavatelů se mohl o veřejnou zakázku ucházet a zejména tento kvalifikační předpoklad splnit. Touto otázkou se Úřad nezabýval. Z uvedených zjištění je třeba dovodit, kteří dodavatelé poskytující plnění srovnatelné s plněním poptávaným zadavatelem působí na trhu, aniž by dosahovali kladných hospodářských výsledků. Úřad by se měl v dalším správním řízení rovněž zabývat otázkou, jakou rozumnou ekonomickou funkci tento kvalifikační předpoklad měl s ohledem na podmínky trhu, a to konkrétně ve vztahu k otázce existence dostatečně efektivního konkurenčního prostředí.



55. Pokud se týká technických podmínek (tedy způsobu hodnocení dílčího kritéria „Technologie přípojných vedení“) Úřad se zejména zaměří na skutečnost, zda tyto podmínky nevytvářejí konkurenční výhodu pro některého dodavatele nebo neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. K tomu je třeba uvést, že Úřad se k těmto otázkám dosud nevyjádřil. Vzhledem k tomu, že zadavatel sice připustil více technických řešení, avšak lépe měla být hodnocena nabídka jednoho z těchto řešení, je namístě, aby se Úřad zabýval tím, zda preferované přípojně vedení není projevem diskriminace. V dalším řízení tedy Úřad musí vyřešit otázku, zda rozlišení typů přenosového média mohlo mít vliv na hodnocení nabídek a tedy pořadí jejich úspěšnosti. Vzhledem k tomu, že žalobce namítal, že k takovému rozlišení není důvod a de facto je preferován dodavatel Telefonica O2, je Úřad dále povinen vyhodnotit, zda rozdíl mezi jednotlivými technologiemi odůvodňuje preferování jedné z nich, a to opět ve vztahu k tomu, zda určitým dodavatelům není zaručena konkurenční výhoda. Vzhledem k tomu, že ani tato otázka nebyla dosud posouzena, je třeba aby tak Úřad učinil na základě svých zjištění. K tomu je možno využít mimo jiné rovněž vyjádření ČVUT, fakulta elektrotechnická.
56. K požadavku zadavatele na vytvoření paralelní konfigurace infrastruktury namítal žalobce, že stávající provozovatel Telefonica O2 tuto podmínku splňovat nemusí, a proto je zvýhodněn oproti jiným dodavatelům. Vzhledem k tomu, že z napadených rozhodnutí nelze ani v obecných rysech seznat, z jakých důvodů považuje Úřad tuto argumentaci žalobce za lichou, bude třeba, aby se rovněž touto otázkou Úřad podrobněji zabýval v dalším průběhu správního řízení.
57. V otázce stanovení dílčích kritérií pomocí nichž má být vyjádřena ekonomická výhodnost nabídky, vycházel Úřad z toho, že nabídka žalobce a nabídka uchazeče Telefonica O2 obsahují rozdílné hodnoty v nichž uchazeči mohou soutěžit. Správní rozhodnutí prvního stupně pak obsahuje podrobný popis těchto nabídek, správní spis však žádný podklad, z něhož lze dovodit obsah nabídek neobsahuje. Soud proto uvedl, že pokud vzal Úřad za základ svého rozhodnutí v této otázce právě rozdílné hodnoty, pak takto popsaný skutkový stav, vyplývající dle Úřadu z obsahu nabídek nemá oporu ve správním spisu. Vzhledem k tomu nelze ani přezkoumat úvahy Úřadu o rozdílu v nabídkách a jejich vzájemné porovnatelnosti. V dalším řízení bude tedy třeba, aby se Úřad zaměřil na posouzení těch parametrů hodnotících kritérií, v nichž měli uchazeči soutěžit a vyhodnotit, zda jednotliví uchazeči mohli podat vzájemně porovnatelné nabídky.
58. Ve vztahu k vymezení dílčích kritérií a jejich váhových koeficientů, jež mají odpovídat jejich objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky je na Úřadu, aby vyhodnotil, zda konkrétní dílčí kritéria jsou kritérii určitými a jednoznačnými na základě nichž lze hodnotit předmět veřejné zakázky. Úřad tedy v dalším řízení posoudí určitost a jednoznačnost jednotlivých dílčích kritérií ve vztahu k tomu, zda mohou být předmětem transparentního hodnocení a zda nebyla stanovena v rozporu se zásadou zákazu diskriminace.
59. Výše uvedené právní názory jsou pro další vedení správního řízení závazné. Vzhledem k tomu, že v rozporu s předmětnými závaznými právními názory soudu jsou rovněž závěry učiněné v prvostupňovém rozhodnutí ve věci a vzhledem k tomu, že tento rozpor nelze v řízení o rozkladu zhojit jinak, shledal jsem důvody pro zrušení opětovného prvostupňového

rozhodnutí Úřadu, jak je uvedeno výše. V dalším řízení Úřad vydá rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor Krajského soudu v Brně.

## VI. Závěr

60. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení opětovného prvostupňového rozhodnutí Úřadu jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu  
pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

- 1) INDOC s. r. o., se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6
- 2) JUDr. Petr Hostaš, advokát, AK Čížek Hostaš, v. o. s. se sídlem Na Struze 1740/7, 110 00 Praha 1
- 3) GORDION s. r. o., se sídlem Kolmá 6/682, 190 00 Praha 9
- 4) OptiKom.cz s. r. o., se sídlem Na strži 1702/65, 140 62 Praha 4
- 5) spis

**Vypraveno dne:**

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy