



UOHSX0045NEM

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R254/2011/VZ-5915/2012/310/JRa

V Brně dne: 16. května 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 15. 11. 2011, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jenž podal navrhovatel -

- obchodní společnost **GTS Czech s. r. o.**, IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, ve správním řízení zast. na základě plné moci Tomášem Pfefferem, IČ 877 05 508, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6,

proti usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 31. 10. 2011, č. j. ÚOHS S481/2011/VZ-17275/2011/510/MOn, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Královéhradeckého kraje**, IČ 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245/6, 500 03 Hradec Králové,

učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „**Poskytování služeb elektronických komunikací pro Královéhradecký kraj a jemu podřízené organizace a obchodní společnosti – pevné hlasové služby a související služby a dodávky**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 1. 7. 2011 pod ev. č. 60061911 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 7. 2011 pod ev. č. 2011/S126-209240, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- obchodní společnost **Telefónica Czech Republic, a. s.**, IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne ze dne 31. 10. 2011, č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-17275/2011/510/MOn

**potvrzuji**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel Královéhradecký kraj, IČ 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245/6, 500 03 Hradec Králové, (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil podle § 26 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, dne 1. 7. 2011 v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 60061911 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 7. 2011 pod ev. č. 2011/S126-209240 oznámení otevřeného zadávacího řízení dle § 27 zákona za účelem zadání veřejné zakázky „Poskytování služeb elektronických komunikací pro Královehradecký kraj a jemu podřízené organizace a obchodní společnosti – pevné hlasové služby a dodávky“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky dvou uchazečů. Ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 8. 2012 hodnotící komise učinila závěr, že ekonomicky nejvhodnější nabídku předložil uchazeč obchodní společnost Telefonica Czech Republic, a. s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4, (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, které navrhovatel obchodní společnost GTS Czech s. r. o., IČ 284 92 170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3 (dále jen „**navrhovatel**“) obdržel dne 6. 9. 2011, podal navrhovatel dopisem ze dne 19. 9. 2011 námitky, které zadavatel obdržel téhož dne a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách ze dne 26. 9. 2011 navrhovatel obdržel dne 27. 9. 2011. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 5. 10. 2011 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

<sup>1</sup> Pozn: pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění plané v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.

### **Napadené usnesení**

4. Dne 20. 10. 2011 obdržel Úřad žádost navrhovatele o nahlédnutí do formuláře nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče. Po přezkoumání rozhodných skutečností vydal Úřad dne 31. 10. 2011 usnesení č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-17275/510/MOn, kterým žádosti navrhovatele o nahlédnutí do nabídky vybraného uchazeče nevyhověl.
5. V odůvodnění napadeného usnesení se Úřad v souladu s ust. § 122 odst. 2 zákona zabýval otázkou týkající se jeho povinnosti učinit opatření, aby nebylo porušeno obchodní tajemství. Z tohoto důvodu Úřad vyzval vybraného uchazeče usnesením č. j. ÚOHS- S481/2011/VZ-16693/2011/510/MOn ze dne 20. 10. 2011 ke sdělení stanoviska, zda formulář nabídkové ceny v jeho nabídce obsahuje skutečnosti mající charakter obchodního tajemství, či nikoliv, aby mohl rozhodnout (posoudit), zda žádosti o nahlížení podané navrhovatelem bude vyhověno. Dne 27. 10. 2011 obdržel Úřad vyjádření, ve kterém vybraný uchazeč potvrdil, že „všechny dílčí cenové položky uvedené ve formuláři nabídkové ceny ve své nabídce považuje za svoje obchodní tajemství“, a proto nesouhlasí se zpřístupněním této části jeho nabídky, stejně jako se zpřístupněním ostatních částí jeho nabídky, které obsahují technické a jiné detaily, které nejsou nutné pro hodnocení nabídek. Z těchto důvodů Úřad dospěl k závěru, že se s odkazem na ustanovení § 122 odst. 2 zákona, žádosti navrhovatele o nahlédnutí do nabídky vybraného uchazeče nevyhovuje.

### **II. Námitky rozkladu**

6. Navrhovatel rozkladem doručeným Úřadu v zákonné lhůtě dne 15. 11. 2011 namítá, že formulář nabídkové ceny vybraného uchazeče obsahuje pouze nabídkovou cenu a její jednotlivé položky, nejedná se tedy o údaje naplňující obchodní tajemství. K tomuto podotýká, že vybraným uchazečem vyplněná příloha č. 3 zadávací dokumentace označená jako „Cenový model pro stanovení nabídkové ceny ve VZ“, obsahuje toliko zpracování nabídkové ceny, která byla předmětem hodnocení a jako taková měla být zveřejněna. Pokud tak nebylo učiněno, jedná se o rozpor se zásadou transparentnosti § 6 zákona. Dále navrhovatel poukazuje, že nezveřejnění uvedené informace je v rozporu § 73 odst. 1 zákona, neboť komise u každé nabídky uvede údaje sdělené přítomným uchazečem podle § 71 odst. 9 zákona, což je i informace o nabídkové ceně. Současně se dle navrhovatel jedná o rozpor s § 80 odst. 1 zákona, neboť zpráva o posouzení a hodnocení nabídek má obsahovat mimo jiné popis způsobu hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení komise a popis hodnocení jednotlivých nabídek v rámci všech hodnotících kritérií. Navrhovatel má tedy za to, že pokud zadavatel stanovil, že základním hodnotícím kritériem je nejnižší nabídková cena, měla by být nabídková cena zpřístupněna takovým způsobem, aby postup zadavatele při posouzení a hodnocení nabídky bylo možné přezkoumat. Navrhovatel rovněž zdůraznil, že s vybraným uchazečem má být uzavřena rámcová smlouva a zadavatel v příloze 3 zadávací dokumentace požadoval uvést ceny jednorázových zřizovacích a aktivačních poplatků i ceny pravidelných měsíčních poplatků. Nabídkovými cenami vybraného uchazeče jsou tedy v případě rámcové smlouvy fakticky jednotlivé dílčí ceny za jednotlivé požadované služby. Z uvedeného navrhovatel vyvozuje povinnost zadavatele učinit údaje z formuláře nabídkové ceny součástí protokolu o otvírání obálek a zprávy o posouzení a hodnocení nabídek. Navrhovatel nesouhlasí s názorem, že jednotlivé dílčí cenové položky uvedené ve formuláři nabídkové ceny jsou obchodní tajemství a to

vzhledem k tomu, že základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky je v daném případě nejnižší nabídková cena, nelze z logiky věci považovat nabídkovou cenu za obchodní tajemství, a to ani její jednotlivé položky.

7. Dále navrhovatel odkazuje na ust. § 38 odst. 6 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), přičemž má za to, že nelze formulář nabídkové ceny vyloučit z nahlížení do spisu. Nelze vyloučit z nahlížení do spisu ty části, jimiž byl nebo bude prováděn důkaz. K tomuto navrhovatel připomíná, že obsahem jeho návrhu na zahájení správního řízení je přezkoumání postupu zadavatele při výběru nejvhodnější nabídky. Je tedy zřejmé, že nabídková cena vybraného uchazeče, tedy jím vyplněná příloha č. 3 zadávací dokumentace, je listinou, kterou bude Úřad provádět důkaz. V opačném případě nebude Úřad schopen posoudit, zda se jedná o cenu přijatelnou ve smyslu § 22 odst. 1 písm. d) zákona, popřípadě se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve smyslu § 77 zákona. K tomuto dále navrhovatel poukazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 11/2009-46, týkající se posuzování otázky mimořádně nízké nabídkové ceny. Tento judikát pak navrhovatel vztahuje na povinnost Úřadu zabývat se tím, zda vybraný uchazeč nenabídl mimořádně nízkou nabídkovou cenu či nabídku, která je nepřijatelná dle § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Navrhovatel má tudíž za to, že cenovou nabídkou vybraného uchazeče bude prováděn důkaz, tudíž by mělo být umožněno oprávněné osobě nahlížení do formuláře nabídkové ceny.
8. Současně navrhovatel poukazuje na nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nedostatek důvodů, resp. vad skutkového zjištění. K tomuto poukazuje na to, že Úřad se nijak nevypořádal s obsahem formuláře nabídkové ceny vybraného uchazeče. Odůvodnění neobsahuje jakékoliv vlastní úvahy Úřadu o tom, proč a z jakých konkrétních důvodů se Úřad ztotožnil s tvrzením vybraného uchazeče. Postup Úřadu, který opírá své závěry o existenci obchodního tajemství výlučně tvrzení vybraného uchazeče, aniž by sám zkoumal povahu a obsah dokumentu, do něhož chce navrhovatel nahlédnout, je tak dle navrhovatele v rozporu se správním řádem. Navrhovatel považuje napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné, a to pro nedostatek důvodů, resp. vad skutkových zjištění, když Úřad odvodil důvody pro své rozhodnutí ze skutečností v řízení nezjišťovaných.
9. Vzhledem k výše uvedenému navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil a umožnil navrhovateli nahlédnout do formuláře nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče – „Cenový model pro stanovení nabídkové ceny ve VZ“, nebo případně, aby napadené usnesení zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

### **III. Řízení o rozkladu**

10. 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.
11. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného

rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

12. Úřad tím, že nevyhověl žádosti navrhovatele o nahlédnutí do nabídky vybraného uchazeče, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke změně nebo zrušení napadeného usnesení.

#### IV. K námitkám rozkladu

13. Předem uvádím, že jsem se v plné míře ztotožnil i s odůvodněním napadeného usnesení. Nad rámec jeho odůvodnění však považuji za vhodné uvést následující.
14. Spornou otázkou je zda navrhovatel je oprávněn k nahlédnutí do formuláře nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče, či zda podrobná kalkulace nabídky vybraného uchazeče je již obchodním tajemstvím.
15. Zákon v této souvislosti stanovuje dle ust. § 122 odst. 2 zákona, postup pro případ, že se Úřad dozví skutečnosti, které jsou předmětem obchodního tajemství. V takovém případě, je Úřad povinen učinit opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno.
16. Zákon přímo nestanovuje co je obchodní tajemství a je tedy zapotřebí posuzovat tento pojem dle definice stanovené v obchodním zákoníku. Podle ust. § 17 zákona č. 513/1991 Sb, obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**obchodní zákoník**“) je obchodní tajemství tvořeno veškerými skutečnostmi obchodní, výrobní či technické povahy souvisejícími s podnikem, které mají skutečnou nebo alespoň potenciální materiální či nemateriální hodnotu, nejsou v příslušných obchodních kruzích běžně dostupné, mají být podle vůle podnikatele utajeny a podnikatel odpovídajícím způsobem jejich utajení zajišťuje. Ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách je pak podle ust. § 122 odst. 2 tohoto zákona Úřad povinen učinit opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno. K tomu odborná literatura uvádí, že mezi skutečnosti, které lze považovat za obchodní tajemství, patří i např. obchodní plány, obchodní kalkulace apod.<sup>1</sup> Dále je pokládáno za nutné, aby Úřad nakládal se skutečnostmi, které tvoří obchodní tajemství tak, aby toto obchodní tajemství nebylo porušeno. V praxi je tedy třeba zajistit, aby obchodní tajemství nebylo porušeno například nahlédnutím do správních spisů, které Úřad vede. Přitom je třeba ověřit, zda příslušná listina, kterou účastník řízení za obchodní tajemství označí, takové skutečnosti vskutku obsahuje, tedy zda jsou naplněny všechny pojmové znaky poskytované výše citovaným ust. § 17 obchodního zákoníku<sup>2</sup>. V daném případě jsem po opětovném přezkoumání problematiky týkající se obchodního tajemství obsaženého ve formuláři nabídkové ceny vybraného uchazeče dospěl k závěru, že všechny pojmové znaky obchodního tajemství jsou splněny, neboť příloha obsahuje skutečnosti obchodní povahy související s podnikem, tyto skutečnosti mají potenciální materiální či nemateriální hodnotu, mají být podle vůle podnikatele utajeny a podnikatel odpovídajícím způsobem jejich utajení zajišťuje. K tomuto

<sup>1</sup> Plíva, Štenglová, Tomsa a kol. *Obchodní zákoník – komentář*. C. H. Beck 2001, s. 64

<sup>2</sup> Neruda R., Raus D. *Zákon o veřejných zakázkách – komentář*. Linde 2007, s. 782

závěru jsem byl veden výše uvedenými odbornými názory, neboť sporný formulář obsahuje zejména obchodní kalkulace, které nejsou v příslušných obchodních kruzích z titulu výlučnosti obchodní nabídky pro zadavatele a jedinečnosti obchodní a cenové politiky podnikatele jiným osobám běžně dostupné a podnikatel takto dotčené skutečnosti označil jako utajené a svým stanoviskem v rámci správního řízení jejich utajení zajistil. Z uvedeného tedy vyplývá, že nemohu souhlasit s tvrzením navrhovatele, že se v daném případě se nejedná o obchodní tajemství. Naopak, podrobná kalkulace cenové nabídky, stejně jako např. technické řešení nabídek jednotlivých uchazečů, jsou součástí obchodního tajemství, přičemž je nezbytné dle § 122 odst. 2 zákona, učinit taková opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno. Pokud bych přistoupil na to, že nabídky uchazečů je nutné zpřístupnit, včetně částí, ve kterých jsou informace spadající do obchodního tajemství, pak by se dle mého názoru jednalo o natolik limitující skutečnost, která by mohla omezovat jakékoliv zadávání veřejných zakázek z důvodu obav, že konkurenční společnost může získat neodůvodněnou výhodu či prospěch.

17. Rovněž nesouhlasím s tím, že by byla z uvedeného důvodu porušena zásada transparentnosti, na což poukazuje navrhovatel. Vybraný uchazeč i navrhovatel podali ve lhůtě pro podání nabídek své nabídky, přičemž nabídková cena vybraného uchazeče činí 10 308 631 Kč bez DPH a nabídková cena navrhovatele činí 11 595 054,78 bez DPH. Není sporu o tom, že navrhovatel obdržel v průběhu zadávacího řízení, nejpozději v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky, informaci o celkové nabídkové ceně vítězného uchazeče. Umožnění seznámení s podrobnou kalkulací nabídky resp. vyplněným formulářem nabídkových cen vybraného uchazeče, které požaduje navrhovatel, se dle mého názoru nikterak nedotýká transparentnosti postupu zadavatele v zadávacím řízení (§ 6 zákona).
18. Z výše uvedeného důvodu nemohu rovněž akceptovat názor navrhovatele, týkající se povinnosti umožnit nahlížení do části spisu, jimiž bude prováděn důkaz § 38 odst. 6 správního řádu. Základním účelem práva na nahlížení do spisu je zejména umožnit účastníkům řízení vyjádřit se ke všem podkladům pro rozhodnutí. Vyplněný formulář nabídkových cen však uvedenou podmínku nespĺňuje, neboť jím není prováděn důkaz týkající se posouzení výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. K tomuto lze opakovaně podotknout, že akceptováním postupu navrženým navrhovatelem, by byl obcházen zákon, neboť by došlo k porušení obchodního tajemství, které nemá být porušeno dle ust. § 122 odst. 2 zákona. Nadto doplňuji, že zákon o veřejných zakázkách je ke správnímu řádu jako k obecnému procesnímu předpisu v poměru speciality a z tohoto důvodu podrobněji specifikuje povinnosti správního orgánu při vedení řízení. Pro úplnost je možné rovněž dodat, že předmětem správního řízení nebyla otázka obsahové úplnosti nabídky vybraného uchazeče.

#### **V. Závěr**

19. Po zvážení všech aspektů dané věci, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
Předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

Tomáš Pfeffer, Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6

**Vypraveno dne:**

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