



UOHSX0046JAL

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R276/2011/VZ-6686/2012/310/JRa

V Brně dne: 28. května 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 21. 12. 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 rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-481/2011/VZ-18433/2011/510/MOn ze dne 5. 12. 2011 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 uveřejněno 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/S 126-209240, 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, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-18433/2011/510/MOn ze dne 5. 12. 2011

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Královéhradecký kraj, IČ 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245/6, 500 03 Hradec Králové, (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil podle § 27 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 za účelem zadání veřejné zakázky „Poskytování služeb elektronických komunikací pro Královéhradecký 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 – navrhovatele a vybraného uchazeče. Ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 8. 2012 hodnotící komise učinila závěr, že ekonomicky nejvhodnější nabídku předložil uchazeč obchodní společnost Telefónica Czech Republic, a. s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4, (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky obdržel dne 6. 9. 2011 navrhovatel obchodní společnost GTS Czech s. r. o., IČ 284 92 170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3 (dále jen „**navrhovatel**“). Tento dopisem ze dne 19. 9. 2011 podal námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel těmto námitkám nevyhověl a vydal rozhodnutí o námitkách ze dne 26. 9. 2011, které 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 (dále jen „**Úřad**“).
4. Na základě obdrženého návrhu bylo dne 5. 10. 2011 zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad oznámil zahájení správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-16668/2011/510/MOn ze dne 20. 10. 2011. Současně téhož dne Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-16693/2011/510/MOn stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit své stanovisko v řízení, resp. vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí.

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

## II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 5. 12. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-18433/2011/510/MOn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým byl zamítnut návrh navrhovatele dle § 118 odst. 4 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.
6. Z odůvodnění rozhodnutí Úřadu vyplývají následující závěry. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 8. 2011 vyplývá, že hodnotící komise posuzovala nabídku vybraného uchazeče a navrhovatele, přičemž žádná z nabídek nebyla vyřazena z dalšího posuzování a hodnocení. Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek neobsahuje záznam o tom, že by hodnotící komise zjistila, že některá z posuzovaných nabídek obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu.
7. Po posouzení nabídek hodnotící komise přímo přistoupila k hodnocení nabídek, aniž by některého z uchazečů vyzvala ke zdůvodnění nabídkové ceny uvedené v jeho nabídce ve smyslu § 77 odst. 1 zákona. Z uvedeného Úřad učinil závět, že hodnotící komise po posouzení nabídek nezjistila, že by některá z nabídek obsahovala ve vztahu k předmětu veřejné zakázky mimořádně nízkou nabídkovou cenu, nevyzvala tedy žádného z uchazečů ke zdůvodnění nabídkové ceny uvedené v jeho nabídce ve smyslu § 77 odst. 1 zákona, a tudíž zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 12. 8. 2011 neobsahuje žádný záznam o tom, že by některá z nabídkových cen byla hodnotící komisí posuzována z pohledu mimořádně nízké nabídkové ceny.
8. Úřad dále konstatoval, že ze samotné skutečnosti, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek výslovně neobsahuje jakýkoliv záznam o tom, že hodnotící komise posuzovala nabídkové ceny s ohledem na to, zda některá z nabídek obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, neznamena, že k takovému posuzování nedošlo. Rovněž pak Úřad nepřisvědčil, že z uvedeného důvodu byl postup zadavatele (resp. hodnotící komise) netransparentní, jak uvedl navrhovatel v návrhu.
9. Úřad k tomuto uvedl, že z dikce ust. § 77 odst. 1 zákona jednoznačně vyplývá, že hodnotící komisi při posuzování nabídkových cen z důvodu, zda některá z nabídek obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, vyvstanou další povinnosti spojené s posuzováním „přiměřenosti“ nabídkové ceny ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Avšak pouze za předpokladu, že hodnotící komise zjistí, že některá z nabídek obsahuje ve vztahu k předmětu veřejné zakázky mimořádně nízkou nabídkovou cenu, což se však v šetřeném případě nestalo. Pokud tedy hodnotící komise při posuzování nabídek nezjistila, že by některá z nabídek obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu, nebyla povinna ani ve zprávě o posouzení a hodnocení učinit o této skutečnosti zápis. Úřad má za to, že pokud by hodnotící komise musela ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek učinit záznamy o všech úkonech, které uchazeči učinili „správně“, jak jim stanoví zákon, mohla by se zpráva o posouzení a hodnocení nabídek stát nepřehledným dokumentem, který bude obsahovat řadu zcela formálních zápisů o splnění jednotlivých povinností uchazeči, které budou mít nulovou vypovídací hodnotu. Tento postup by dle Úřadu žádným způsobem nepřispěl

k transparentnosti postupu zadavatele (resp. hodnotící komise), ba naopak. Pokud by však hodnotící komise zjistila, že některá z posuzovaných nabídek mimořádně nízkou nabídkovou cenu obsahuje (což se však v šetřeném případě evidentně nestalo), je nezbytné, aby svůj veškerý postup při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny patřičným způsobem zdokumentovala a odůvodnila ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, což vyplývá i z ust. § 80 odst. 1 zákona.

10. Dále Úřad zjistil, že zadavatel se námitkou navrhovatele ohledně mimořádné nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče zabýval i v rámci rozhodování o námitkách navrhovatele. Zde uvedl, že rozdíl nabídkových cen mezi vybraným uchazečem a navrhovatelem ve výši 12 %, považoval zadavatel (i hodnotící komise) za přirozený a přiměřený, z čehož lze usuzovat, že zadavatel neshledal, že by nabídka vybraného uchazeče obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu.
11. Z předložené dokumentace dále Úřad zjistil, že zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil modelovou variantu předpokládaných služeb (skládající se z vyčísleného rozsahu jednotlivých dílčích poptávaných služeb), přičemž uchazeči stanovovali cenu služeb poskytovaných podle modelové varianty jednou částkou v Kč jako „součet cen za všechny služby“.
12. Předmětem hodnocení tedy nebylo porovnávání jednotlivých dílčích cen za poskytnutí dílčích služeb, ale předmětem hodnocení bylo porovnání celkových nabídkových cen za ocenění zadavatelem stanovené modelové varianty čerpání služeb, která byla dle vyjádření zadavatele stanovena na základě stávajícího odběru služeb.
13. Úřad zjistil, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek obsahuje hodnocené nabídkové ceny obou uchazečů v plném rozsahu, jak byly uvedeny v nabídkách uchazečů. Kontrolou z nabídek bylo tak zjištěno, že hodnocené nabídkové ceny odpovídají celkovým nabídkovým cenám uvedeným v příslušných nabídkách, přičemž tyto byly stanoveny u obou hodnocených nabídek jako součet dílčích položek na poskytnutí zadavatelem poptávaných služeb.
14. Úřad se neztotožnil s tvrzením navrhovatele, že „uvedení rozpoložkových cen ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek by zásadním způsobem přispělo k transparentnosti celého posouzení nabídky vybraného uchazeče“. Zadavatel v zadávacích podmínkách předem deklaroval, že předmětem hodnocení nabídek bude celková nabídková cena za poskytnutí poskytovaných služeb. Oba uchazeči stanovili výši nabídkové ceny správně a způsobem, kterým požadoval zadavatel, z čehož je dle Úřadu zřejmé, že shodně pochopili, že nabídková cena, která bude zadavatelem hodnocena, je stanovena na základě součtu cen u modelové varianty zadavatelem poptávaných služeb.
15. Pro úplnost Úřad uvedl, že navrhovatel se ještě před podáním nabídek u zadavatele dožadoval zaslání formuláře dílčích nabídkových cen vybraného uchazeče, kde mj. právní zástupce navrhovatele k formulářům nabídkových cen uvedl: „*Někteří zadavatelé jej uvádějí v rámci podrobného hodnocení. Ve zprávě k této konkrétní zakázce bohužel uvedeny nejsou. Chápu, že podle zákona o zadávání veřejných zakázek to tak nemusí být, ale můj klient má*

*oprávněný zájem se s nimi seznámit. Byl by zadavatel ochoten nám tyto položky z nabídky vybraného uchazeče dobrovolně poskytnout? Pokud nikoliv, budeme nuceni podávat námítky a následně návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, kde v rámci probíhajícího správního řízení do nabídek nahlédneme...“.* V případě, kdy byly hodnoceny pouze celkové nabídkové ceny za poskytnutí komplexních telekomunikačních služeb, nelze neuvedení jednotlivých položek z nabídky vybraného uchazeče považovat za postup, který by byl netransparentní. Úřad k tomuto konstatoval, že pokud by přijal logiku předkládanou navrhovatelem, bylo by za netransparentní postup považováno každé hodnocení nabídek, kdy se nabídková cena skládá z několika dílčích položek (např. veškeré stavební práce, jejichž ceny jsou vyčíslovány v položkových rozpočtech), kdy nejsou uchazečům vzájemně sdělovány jednotlivé ceny za dílčí položky v rozpočtu. Zákon v žádném ustanovení neukládá zadavateli resp. hodnotící komisi, aby při hodnocení nabídek podle celkové výše nabídkové ceny, byl povinen uveřejnit i dílčí (jednotkové) ceny uchazečů, a proto neuveřejnění dílčích nabídkových cen ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek (či v jiném dokumentu) nelze považovat za postup, který by byl v rozporu se zákonem.

16. Ohledně výše nabídkové ceny vybraného uchazeče navrhovatel v návrhu výslovně netvrdí, že by nabídka vybraného uchazeče obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu, pouze uvádí, že podané nabídky (tj. nabídka vybraného uchazeče a nabídka navrhovatele) se liší vzájemně, ale především od předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Z obsahu návrhu navrhovatele Úřad dovedl, že navrhovatel je přesvědčen, že mu postupem zadavatele vznikla újma, neboť nabídka vybraného uchazeče nebyla ve vztahu k problematice mimořádně nízké nabídkové ceny komisí řádně posouzena. Pokud by podle navrhovatele byla nabídka vybraného uchazeče řádně posouzena „mohlo dojít k jejímu vyřazení ze zadávacího řízení“, v důsledku čehož by byla jako nejvhodnější vybrána nabídka navrhovatele.
17. Úřad k tomuto konstatoval, že je pouze na obchodní strategii konkrétního dodavatele, jak bude postupovat při stanovování výše nabídkové ceny, zda např. bude započítávat pro sebe vyšší marže s cílem dosažení vyššího zisku při plnění předmětu veřejné zakázky nebo zda zpracuje svoji nabídku tak, aby tato mohla uspět v konkurenci ostatních nabídek. Je tedy logické, že pokud jediným kritériem hodnocení nabídek je výše nabídkové ceny, jsou uchazeči vedeni snahou, aby zadavateli nabídli co nejnižší nabídkovou cenu, a to i na úkor „běžné“ výše obchodní marže konkrétního dodavatele.
18. I když v tomto případě se nabídkové ceny vybraného uchazeče a navrhovatele (které se pohybují ve stejné cenové hladině, kdy nabídka vybraného uchazeče je nižší pouze o 12,47 % oproti nabídkové ceně navrhovatele) pohybují v rozsahu od cca 52 % do 58 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky stanovené zadavatelem, neznamená to, že by tyto ceny byly mimořádně nízké, a že by řádné plnění veřejné zakázky bylo ohroženo. Nehledě k tomu, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky nic závazně nevypovídá o výsledné nabídkové ceně, která se může od předpokládané hodnoty veřejné zakázky i výrazně lišit.
19. O skutečnosti, že nabídková cena vybraného uchazeče není mimořádně nízká dle Úřadu svědčí i fakt, že nabídková cena navrhovatele se pohybuje v téže cenové hladině, přičemž

cenový rozdíl mezi oběma nabídkami je velmi malý, a to jak v absolutní, tak i v procentní výši. V této souvislosti pak není dle Úřadu zřejmé, z jakého důvodu navrhovatel svoji nabídkovou cenu za mimořádně nízkou nepovažuje (a nepovažuje za postup v rozporu se zákonem posouzení její výše hodnotící komisí), pokud tak činí v případě nabídky vybraného uchazeče, jehož nabídková cena je pouze o 12,47 % nižší.

20. Úřad konstatoval, že mu není známa žádná skutečnost, na základě které by bylo možné považovat nabídkovou cenu ve výši 11 595 054,78 Kč bez DPH za plnění předmětné veřejné zakázky za reálnou a nikoliv již nabídková cena ve výši 10 308 631 Kč bez DPH. Úřad považoval návrh navrhovatele v tomto ohledu za nedůvodný.
21. Úřad v závěru odůvodnění uvedl, že je málo pravděpodobné, že by jeden z nejvýznamnějších operátorů na našem území, který dlouhodobě působí jak v oblasti poskytování pevných i mobilních telekomunikačních služeb nebyl schopen dostát svým závazkům, které uvádí ve své nabídce, resp., že by bylo ohroženo plnění veřejné zakázky z důvodu špatné ekonomické situace vybraného uchazeče, a tím méně, že by tato situace vznikla v souvislosti s plněním předmětné veřejné zakázky. Výše uvedený předpoklad potvrzují i referenční zakázky vybraného uchazeče z obdobných plnění, které jsou obsaženy v jeho nabídce. Z obdobných referenčních zakázek, které mnohdy i několikanásobně překračují finanční objem šetřené veřejné zakázky, vyplývá, že vybraný uchazeč dlouhodobě plní své závazky, a to za splnění všech podmínek sjednaných mezi konkrétními smluvními partnery (nabídkovou cenu nevyjímaje).

### III. Námitky rozkladu

22. Proti výše uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel rozklad, který byl Úřadu doručen v zákonné lhůtě dne 21. 12. 2011. Navrhovatel má za to, že rozhodnutí je nesprávné, v rozporu se zákonem a se správním řádem. Dále navrhovatel poukazuje na nízkou kvalitu odůvodnění napadeného rozhodnutí. K uvedenému uvádí, že předmětem námitek a návrhu navrhovatele bylo podezření z nesprávně provedeného posouzení nabídek – konkrétně zda nabídka vybraného uchazeče byla přijatelná ve smyslu § 22 odst. 1 písm. d) zákona, a jakým způsobem vyhověla posouzení z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny. Tyto skutečnosti se mohl navrhovatel pouze domnívat, protože zpráva o posouzení a hodnocení nabídek neobsahovala podrobné údaje ve vztahu k jednotlivým cenám, což mu znemožnilo transparentní seznámení s podstatnými skutečnostmi.
23. Navrhovatel poukazuje na bod č. 55 rozhodnutí Úřadu, kde tento uvádí, že byly hodnoceny pouze celkové nabídkové ceny, a tudíž nelze neuvedení jednotlivých položek z nabídky vybraného uchazeče považovat za postup, který by byl netransparentní. Navrhovatel se s uvedeným tvrzením nemůže smířit. V daném případě má být s vybraným uchazečem uzavřena rámcová smlouva a zadavatel tedy v příloze č. 3 zadávací dokumentace požadoval uvést ceny jednorázových zřizovacích a aktivačních poplatků i ceny pravidelných měsíčních poplatků. Skutečnost, že zadavatel stanovil modelovou variantu předpokládaného odběru služeb (kterou Úřad vnímá jako tzv. celkovou cenu), nemění nic na tom, že nabídkovými cenami vybraného uchazeče jsou v případě rámcové smlouvy fakticky jednotlivé ceny za jednotlivé požadované služby.

24. Dále navrhovatel poukazuje na to, že v daném případě jde o rámcovou smlouvu, jejíž plnění definují mj. jednotkové ceny nabízeného plnění. Navrhovatel se ztotožňuje s Úřadem v tom, že hodnocení mohlo být provedeno podle jakéhosi modelového výpočtu. Nesouhlasí však s tím, aby bylo možné skrýt jednotlivé ceny, ze kterých se tento modelový výpočet skládá.
25. Dále se navrhovatel neztotožňuje s bodem 57 rozhodnutí, přičemž poukazuje na regulaci ze strany Českého telekomunikačního úřadu (dále jen „**ČTÚ**“), který operátorům s významnou tržní silou nařizuje určité povinnosti k zajištění konkurenčního prostředí. Tato nařízení se týkají i hlasových služeb, kdy vybraný uchazeč má povinnost prodávat ostatním operátorům přístup k telefonnímu vedení ve své síti za velkoobchodní cenu. Sám přitom nesmí prodávat telefonní služby koncovým uživatelům za cenu nižší. Navrhovatel usiloval o zpřístupnění jednotkových nabídkových cen pouze z tohoto důvodu, aby mohlo být prověřeno, zdali v daném případě vybraných uchazeč neporušil některé z opatření ČTÚ, související s nabízeným předmětem plnění a jeho oceněním uchazeči. K tomuto poukazuje, že § 22 odst. 1 písm. e) zákona vyžaduje po zadavatelích, aby za neúplnou požadovali nabídku, která je v rozporu s platnými právními předpisy. Navrhovatel má k tomuto za to, že Úřad na prověření úplnosti nabídky rezignovat, když se od myšlenky posouzení jednotkových cen ve svém rozhodnutí zcela odklonil. Tuto skutečnost ostatně potvrdil Úřad ve svém doprovodném usnesení č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-20066/2011/510/MOn (týká se zamítnutí žádosti navrhovatele o nahlédnutí do spisu) v jehož odůvodnění Úřad sám konstatuje, že tabulkou s přehledem jednotkových cen vybraného uchazeče neprováděl žádný důkaz ve správním řízení. Kontrolu nemohl tudíž provést ani navrhovatel, neboť mu bylo zamítnuto usnesením nahlédnutí do spisu. Doposud tak navrhovatel čelí stavu, kdy nezná jednotkové nabídkové ceny v zakázce na rámcovou smlouvu a nemůže tedy doplnit svůj návrh o relevantní posouzení faktů.
26. Navrhovatel pak má za to, že Úřad neposoudil šetření případu správně a v souladu se zákonem, čímž porušil navrhovatelem citovaná ustanovení správního řádu. Rovněž má za to, že Úřad nesplnil cíl výkonu dohledu podle § 112 odst. 2 písm. b) zákona. Z výše uvedených důvodů se tak navrhovatel domáhá zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

27. Správní orgán prvního stupně určil usnesením ze dne 2. 1. 2012, č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-13/2012/510/MOn lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. K rozkladu se vyjádřil pouze zadavatel.

#### **Vyjádření zadavatele k rozkladu**

28. Zadavatel dopisem ze dne 9. 1. 2012 zaslal své vyjádření, ve kterém konstatuje, že nebylo jeho povinností studovat všech 68 nyní platných správních rozhodnutí ČTÚ a převádět cenové položky, o nichž se tam rozhodovalo do cen, jež zadavatel požadoval v příloze č. 3 zadávací dokumentace, aby je pak mohl porovnávat. Cenové položky, o nichž rozhodoval ČTÚ, jsou strukturovány spíše technologicky, nikoli uživatelsky, takže běžný zákazník, vyšší územně samosprávný celek, je nemůže s jistotou rozklíčovat a následně z nich konstruovat

ceny srozumitelné pro běžného uživatele – spotřebitele, jak je zadavatel poptával v příloze č. 3 zadávací dokumentace. Neproveditelnost takových opatření zadavatelem ostatně uznává i navrhovatel v čl. 19 rozkladu.

29. Zadavatel dále uvádí, že porovnání nabídek uchazečů s 68 cenovými rozhodnutími nemůže provést ani Úřad a přezkum v takové míře podrobností neměl být předmětem tohoto správního řízení. Podobně zadavatel nemůže např. ve stavení zakázce přezkoumávat, zda uchazeč nenabídl stavení hmoty a technologické posty, které odporují nějakému předpisu podzákonní právní síly, jako je ČSN. K tomu dle zadavatele slouží spíše požadavky na certifikaci zadavatele dle ISO 9000 nebo podobné nepřímé kontrolní mechanismy.
30. K odkazu navrhovatele na § 22 odst. 1 písm. e) zákona zadavatel uvádí, že zmíněné ustanovení zákona definuje jako nepřijatelné takové nabídky, které jsou v rozporu s platnými právními předpisy. Rozhodnutí o ceně jsou dle zadavatele správními rozhodnutími a nejedná se o právní předpisy. Zadavatel má za to, že v řízení před Úřadem nejsou rozhodná správní řízení ČTÚ, která jsou vedena s jinými účastníky, než se zadavatelem. Jestliže tedy navrhovatel v rozkladu objasňuje důvod, proč „usiloval o zpřístupnění jednotkových nabídkových cen“ – tedy zda vyhovují cenové regulaci, pak zadavatel má za to, že uvedený argument předložil navrhovatel až v rozkladu. Zadavatel má tudíž za to, že pokud navrhovatel nenamítal kolizi cen vybraného uchazeče vůči rozhodnutím o ceně ČTÚ řádně a včas, nemůže tato námitka být předmětem správního řízení (§ 82 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, ve znění pozdějších předpisů).
31. Podle zadavatele navrhovatel znal strukturu cen, tedy seznam všech cenových doložek, které vybraný uchazeč nabídl, neboť struktura je součástí zadávací dokumentace (příloha 3). Na tom nic nemění, že navrhovatel nezná konkrétní výši cen, jak je nabídl účastník řízení k jednotlivým položkám. Pokud by navrhovatel při otevírání obálek srozumitelným a konkrétním způsobem vyjádřil svoje pochybnosti, mohl zadavatel celou věc transparentně vyřídit. Pokud by např. navrhovatel uvedl konkrétní cenovou položku, kterou si přeje přezkoumat oproti konkrétnímu cenovému rozhodnutí. Podle zadavatele regulaci zdaleka nepodléhá cca 50 dílčích cen z přílohy č. 3 zadávací dokumentace. Navrhovatel mohl uvést všechny, které regulaci podléhají, pokud by mu šlo jen o zprůhlednění.
32. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu, postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

33. 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 jsem dospěl k následujícímu závěru.



34. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S481/2011/VZ-18433/2011/510/MOn ze dne 5. 12. 2011 zamítl dle § 118 odst. 4 písm. a) zákona, návrh navrhovatele na uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 a 2 zákona, postupoval správně a v souladu se zákonem.
35. V odůvodnění tohoto rozhodnutí budou dále uvedeny bližší důvody, které mne vedly k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

#### **V. K námitkám rozkladu**

36. Pokud jde o argumentaci navrhovatele týkající se nezbytnosti zveřejnit dílčí položky nabídkových cen s odkazem na zákonnost a transparentnost zadávacího řízení, je jeho návrh nedůvodný. Současně považuji za nedůvodnou argumentaci zpochybňující způsob posuzování nabídek, ve vztahu k mimořádně nízké nabídkové ceně (§ 77 zákona), ale i argumentaci ohledně nepřijatelnosti nabídky vybraného uchazeče pro rozpor s právními předpisy ( § 22 odst. 1 písm. d) zákona).
37. Podle § 78 odst. 1 zákona je základním hodnotícím kritériem pro zadávání veřejné zakázky a) ekonomická výhodnost nabídky nebo b) nejnižší nabídková cena.
38. Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek s nabídkami, byly protokolovány identifikační údaje dvou uchazečů a bylo u obou uchazečů konstatováno splnění požadavků. Dále v protokolu o posouzení kvalifikace bylo konstatováno, že oba uchazeči splnili požadavky zadavatele. Zadavatel v zadávacím řízení stanovil jako jediné hodnotící kritérium nabídkovou cenu, přičemž vybraný uchazeč předložil nabídkovou cenu 10 308 631 Kč a navrhovatel přeložil nabídkovou cenu 11 595 054,78 Kč. Zadavatel se ztotožnil s doporučením hodnotící komise a rozhodl o výběru nevhodnější nabídky vybraného uchazeče.
39. Současně je nutno podotknout, že samotnou tuto skutečnost, tedy předložení výhodnější nabídky (v daném případě tedy nabídkové ceny) vybraným uchazečem navrhovatel nezpochybňuje. K potvrzení této skutečnosti je možné uvést emailovou zprávu zástupce navrhovatele zadavateli ze dne 9. 9. 2011: *...“můj klient uznává, že jeho nabídka regulérně nebyla vybrána jako nejvhodnější a má zájem o transparentní zprůhlednění ceny vybraného uchazeče, nikoliv o zpochybňování zákonnosti jeho vítězství...”*. Ze spisu a následně i z podaného rozkladu vyplývá, že se navrhovatel dožaduje sdělení jednotlivých položek, ze kterých se nabídková cena vybraného uchazeče skládá, přičemž v této souvislosti se odkazuje na zásadu transparentnosti § 6 zákona. Rovněž již z dřívějších podání zpochybňuje nabídkovou cenu vybraného uchazeče ve vztahu k mimořádně nízké nabídkové ceně a dále má za to, že nabídka vybraného uchazeče by mohla být v rozporu s právními předpisy (§ 22 odst. 1 písm. d) zákona).
40. Jestliže se tedy navrhovatel v průběhu správního řízení, ale i v rozkladu odkazuje na zásadu transparentnosti, zaměřil jsem se na posouzení otázky, zda bylo nezbytné z hlediska transparentnosti, rovněž zveřejňovat dílčí položky nabídkových cen jednotlivých uchazečů.

41. Obecně lze tedy konstatovat s poukazem na dosavadní judikaturu, že zásada transparentnosti je porušena tehdy, pokud by v zadavatelském postupu podle zákona byly sledovány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.
42. Jak vyplývá z výše uvedeného, zadavatel stanovil jako jediné hodnotící kritérium nabídkovou cenu. Především se v dané věci shodují s argumentací Úřadu uvedenou v odstavce 53 - 55 napadeného rozhodnutí. Z rozkladu navrhovatele není zřejmé, jak by se stalo posuzování nabídky vybraného uchazeče více transparentní, pokud by byly rovněž uvedeny rozpoložované ceny ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek. Není sporu o tom, že zadavatel v zadávacích podmínkách deklaroval, že hodnotícím kritériem bude nabídková cena a nabídkové ceny spolu s výsledkem hodnocení nabídek byly oběma uchazečům sděleny. Nutno rovněž podotknout, že navrhovateli byla známa struktura cen, tedy seznam všech cenových položek, které vybraný uchazeč nabídl, neboť tato struktura je součástí zadávací dokumentace.
43. Nutno rovněž předeslat, že samotný zákon tuto povinnost zadavateli nestanovuje. Dle ustanovení § 71 odst. 9 zákona, je určena povinnost komise sdělit přítomným uchazečům informaci o nabídkové ceně. Nutno však podotknout, že z žádného dokladů, které jsou součástí dokumentace k zadávacímu řízení nevyplývá, že by uchazeči o veřejnou zakázku byli přítomni otevírání obálek. Tudíž z hlediska poskytování informací o nabídkové ceně nelze aplikovat ust. § 71 odst. 9 zákona, kdy *komise přítomným uchazečům sdělí informaci o nabídkové ceně*.
44. Naopak mám za to, že uvedené informace se dotýkají ust. § 122 odst. 2 zákona, neboť jak vyplynulo z dřívějších správních řízení, považuje vítězný uchazeč „*všechny dílčí cenové položky uvedené ve formuláři nabídkové cena ve své nabídce za svoje obchodní tajemství*“. Zde je nutno zdůraznit, že navrhovatel již dříve a to celkem dvakrát požádal Úřad o nahlédnutí do formuláře nabídkových cen (vyplněná příloha č. 3 zadávací dokumentace označené jako „Cenový model pro stanovení nabídkové ceny ve VZ“). V obou případech Úřad vydal usnesení, kterými žádosti navrhovatele nevyhověl a předseda Úřadu po podání rozkladů navrhovatelem, usnesení Úřadu potvrdil. V obou správních řízeních se Úřad přiklonil k aplikaci ust. § 122 odst. 2 zákona, neboť dle jeho názoru se jedná o obchodní tajemství vybraného uchazeče.
45. Ve věci se tedy ztotožňuji s názorem Úřadu, že nelze přijat argument navrhovatele rovněž z důvodu, že navrhovaný postup ohledně zveřejňování dílčích nabídkových cen v zájmu transparentnosti, by ve svém důsledku znamenal, že za netransparentní by bylo považováno každé hodnocení nabídek, kdy se nabídková cena skládá z několika dílčích položek (např. veškeré stavební práce, jejichž ceny jsou vyčíslovány v položkových rozpočtech), kdy nejsou uchazečům vzájemně sdělovány jednotlivé ceny za dílčí položky v rozpočtu. Rovněž ani současná judikatura nenasvědčuje tomu, že by zadavatel a následně Úřad měl povinnost detailně přezkoumávat, z čeho se skládá nabídková cena za současného zveřejňování všech částí, ze kterých je tato nabídková cena složena.

46. Navrhovatel v rozkladu upřesnil skutečný důvod jeho zájmu na zpřístupnění jednotkových nabídkových cen, když uvedl, že má zájem na „*prověření, zda v daném případě vybraný uchazeč neporušil některé z opatření ČTÚ, související s nabízeným předmětem plnění a jeho oceněním uchazeči.*“ K tomuto podotýkám, že prověřování, zda jednotlivé dílčí ceny neporušují opatření ČTÚ, nepřísluší zadavateli, ale ani Úřadu.
47. Ačkoliv má navrhovatel za to, že Úřad rezignoval na prověření úplnosti nabídky vítězného uchazeče, musím konstatovat, že se s tímto názorem nemohu ztotožnit. Úřad vykonává dohled nad dodržováním zákona (§ 112 odst. 1 zákona) a rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem (§ 112 odst. 2 písm. b) zákona). Jestliže zadavatel zvolil základní kritérium nejnížší nabídkovou cenu, pak není pochyb o tom, že požadované plnění za nejnížší nabídkovou cenu předložil v nabídce vítězný uchazeč. Navrhovatel usiluje o zveřejnění či prověření jednotlivých částí nabídkové ceny, ale tento požadavek jde dle mého názoru již nad rámec zákona, neboť zadavatel má hodnotit nabídky dle kritérií stanovených zadávacími podmínkami, což je v daném případě nabídková cena. Dle smyslu a účelu zákona lze tedy konstatovat, že v daném případě hodnocení podléhají celkové nabídkové ceny uchazečů, nikoliv dílčí položky, ze kterých se tyto nabídkové ceny skládají.
48. Pokud bych i přistoupil na názor navrhovatele, že vítězný uchazeč mohl v modelové variantě nabízet dílčí ceny, které jsou v rozporu s některými opatřeními ČTÚ, nelze než opakovaně konstatovat, že směrodatná při hodnocení nabídek byla celková nabídková cena uchazečů. Detailní zkoumání v zadávacím řízení jednotlivých opatření ČTÚ ve vztahu k jednotlivým položkám v nabídce vybraného uchazeče je nad technické, časové možnosti zadavatele a není to ani cílem a předmětem zadávacího řízení. Obdobné platí i pro samotný Úřad, který zkoumá postup zadavatele. Shodně tak argumentuje zadavatel, který uvádí, „*že zadavatel nemůže např. ve stavební zakázce přezkoumávat, zda uchazeč nenabídl stavební hmoty a technologické postupy, které odporují nějakému předpisu podzákonní právní síly, jako je ČSN*“. Ostatně tuto skutečnost nepřímou potvrzuje ve vztahu k zadavateli i navrhovatel v čl. 19 rozkladu, který uvádí „*... nicméně se dá pochopit, že není ve středu pozornosti jednotlivých zadavatelů, aby posuzovali, zdali telekomunikační operátoři bojují o jejich zakázky v rámci pravidel regulovaného prostředí*“.
49. Nad rámec uvedeného lze doplnit, že na opatření ČTÚ nelze bez dalšího vztahovat ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Dle tohoto ustanovení se za nepřijatelnou nabídku považuje taková nabídka, která je v rozporu s platnými právními předpisy. Opatření ČTÚ tuto podmínku nesplňují, neboť se jedná o opatření obecné povahy, které není právním předpisem (§ 171 správního řádu).
50. Dále jsem se plně ztotožnil s odůvodněním Úřadu související s problematikou posouzení, zda není nabídková cena mimořádně nízká, tak jak je koncipované v odůvodnění rozhodnutí od bodu 43. Navrhovatel v rozkladu neuvedl žádné nové skutečnosti zpochybňující nabídkovou cenu vybraného uchazeče ve vztahu § 77 odst. 1 zákona. Úřad se hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny vypořádával v odůvodnění velice důkladně a mám za to, že tato námitka (byť

není v rozkladu nikterak rozvedena) nezakládá důvod pro změnu či zrušení napadeného rozhodnutí.

51. Neztotožnil jsem se tvrzením navrhovatele uvedeným v rozkladu, že „*zadavatel stanovil modelovou variantu předpokládaného odběru služeb (kterou Úřad vnímá jako tzv. celkovou cenu), nemění nic na tom, že nabídkovými cenami vybraného uchazeče jsou v případě rámcové smlouvy fakticky jednotlivé dílčí ceny za jednotlivé požadované služby*“. Trvám na tom, že za nabídkovou cenu se považuje celková cena za splnění předmětu veřejné zakázky (nikoliv dílčí jednotkové ceny za jednotlivé požadované služby). V daném případě nebylo pochyb co je nabídkovou cenou (ve smyslu zákona) a jak ji mají uchazeči stanovit. Požadavek na stanovení nabídkové ceny je v daném případě stanoven v souladu se zákonem. Nutno k tomu doplnit, že i z přílohy č. 3 – ceník služeb (modelová varianta) vyplývá, že se jedná o cenový model pro stanovení nabídkové ceny ve veřejné zakázce. K tomuto mi nezbyvá než souhlasit s názorem Úřadu, že modelová varianta představuje v daném případě odhad zadavatele na rozsah odběru služeb, které budou během plnění veřejné zakázky pravděpodobně čerpány. Vzhledem k druhu služeb zadavatel nezaručuje, že skutečné plnění veřejné zakázky bude přesně odpovídat modelové variantě.

#### **V. Závěr**

52. Po zvážení všech aspektů v dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadami mající vliv na jeho zákonnost a správnost, jsem se rozhodl postupovat tak, jak je uvedeno ve výroku 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:**

1. Královéhradecký kraj, Pivovarské náměstí 1245/6, 500 03 Hradec Králové
2. Tomáš Pfeiffer, Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6
3. Telefónica Czech Republic, a. s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4

#### **Vypraveno dne:**

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