



UOHSX00461RQ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S397/2011/KO-6226/2012/550/SWa

V Brně dne 8. října 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 24 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 29. 8. 2011 na návrh ze dne 29. 8. 2011, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČ 66002222, se sídlem Staroměstské nám. 932/6, 110 15 Praha 1, jejímž jménem jedná Ing. Kamil Jankovský, ministr,
- navrhovatel – B2B CENTRUM a. s., IČ 25591339, se sídlem Starochodovská 1359/76, 149 00 Praha 4, za niž jedná Ing. Dalibor Wijas, MBA, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 5. 8. 2011 JUDr. Alexandrem Césarem, advokátem, ev. č. ČAK 7997, Klimentská 1216/46, 110 02 Praha 1,
- vybraný uchazeč – společnosti
 - Seznam.cz, a. s., IČ 26168685, se sídlem Radlická 608/2, 150 00 Praha, za niž jedná Ivo Lukačovič, předseda představenstva,
 - ample.cz s. r. o., IČ 29051967, se sídlem V břízkách 344/8, 150 00 Praha 5, za niž jedná Ing. Jan Hrádek, jednatel,
 - GORDION, s. r. o., IČ 26147921, se sídlem Kolmá 682/6, 190 00 Praha 9, za niž jedná Pavel Robek, jednatel,

kteří podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 16. 3. 2011 společnou nabídku,

- vybraný uchazeč – společnosti
 - VORTAL – COMÉRCIO ELECTRÓNICO, CONSULTADORIA E MULTIMÉDIA, S. A., číslo společnosti 505141019, se sídlem Rua Delfim Ferreira n°776/780, 2º, Sala 6, Ramalde, 4100 199 Porto, Portugalská republika, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 25. 2. 2011 Mgr. Janem Turkem, advokátem, Karlovo náměstí 10, 120 00 Praha 2,
 - ECONOMY.CZ s. r. o., IČ 25741276, se sídlem Na Hrázi 176/17, 180 00 Praha 8, za niž jedná Ing. Martin Tax, jednatel,kteře podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 24. 6. 2011 společnou nabídku,
- vybraný uchazeč – Česká pošta, s. p., IČ 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1, zastoupený Ing. Petrem Zatloukalem, generálním ředitelem,
- vybraný uchazeč – Syntaxit, s. r. o., IČ 24797715, se sídlem Kaplická 857/39, 140 00 Praha 4, za niž jedná Radek Platzer, jednatel,
- vybraný uchazeč – ČESKÝ TRH, a. s., IČ 25655302, se sídlem Špitálka 23b, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Jakub Rainisch, předseda představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v koncesním řízení „Výběr provozovatelů, kteří zajistí vytvoření a provoz elektronických tržišť veřejné správy“, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 21. 1. 2011 pod ev. č. 60055369,

rozhodl takto:

I.

Správní řízení se v části týkající se zadávacích podmínek podle § 24f písm. d) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

II.

Návrh navrhovatele – B2B CENTRUM a. s., IČ 25591339, se sídlem Starochodovská 1359/76, 149 00 Praha 4 – ze dne 29. 8. 2011 **v části** týkající se vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení **se** podle § 25 odst. 4 písm. a) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. KONCESNÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, IČ 66002222, se sídlem Staroměstské nám. 932/6, 110 15 Praha 1, jejímž jménem jedná Ing. Kamil Jankovský, ministr (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil podle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „koncesní zákon“) v informačním systému o veřejných zakázkách dne 21. 1. 2011 pod ev. č. 60055369 oznámení koncesního řízení za účelem uzavření koncesní smlouvy v koncesním řízení „Výběr provozovatelů, kteří zajistí vytvoření a provoz elektronických tržišť veřejné správy“ (dále jen „koncesní řízení“).
2. Z rozhodnutí zadavatele o posouzení kvalifikace ze dne 19. 4. 2011 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel 16 žádostí o účast v koncesním řízení. Všichni zájemci o účast splnili kvalifikaci v požadovaném rozsahu a byli dopisem ze dne 22. 4. 2011 vyzváni k podání nabídek. Ze seznamu doručených a přijatých nabídek ze dne 27. 6. 2011 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel 11 nabídek.
3. Rozhodnutím zadavatele ze dne 25. 7. 2011 byl uchazeč – B2B CENTRUM a. s., IČ 25591339, se sídlem Starochodovská 1359/76, 149 00 Praha 4, za niž jedná Ing. Dalibor Wijas, MBA, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 5. 8. 2011 JUDr. Alexandrem Césarem, advokátem, ev. č. ČAK 7997, Klimentská 1216/46, 110 02 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“) – vyloučen z účasti v koncesním řízení z důvodu podání nepřijatelné nabídky podle § 22 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“). Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení, které navrhovatel obdržel dne 27. 7. 2011, podal navrhovatel dopisem ze dne 10. 8. 2011 námitky, které byly téhož dne doručeny zadavateli. Zadavatel dne 19. 8. 2011 rozhodl, že námitkám navrhovatele proti rozhodnutí o vyloučení z koncesního řízení nevyhovuje. Navrhovatel obdržel rozhodnutí o námitkách dne 21. 8. 2011 a vzhledem k tomu, že nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dopisem ze dne 29. 8. 2011 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

4. Navrhovatel nesouhlasí s rozhodnutím zadavatele o svém vyloučení z účasti v koncesním řízení a považuje je za učiněné v rozporu se zákonem, zejména s § 22 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, jakož i rozporné se zásadami transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace podle § 6 zákona o veřejných zakázkách a § 3a koncesního zákona.
5. Navrhovatel uvádí, že skutkové okolnosti i právní povaha zadávacího řízení se v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 69/2010 - 175 ze dne 21. 12. 2010 (dále jen „rozsudek NSS“) liší od tohoto koncesního řízení, proto závěry judikatury nelze použít. Důvodem, proč

je podle navrhovatele v tomto případě situace diametrálně odlišná, je skutečnost, že v koncesním řízení cena nabízená jednotlivými uchazeči, není cenou, která by se následně promítla do koncesní smlouvy, ani se nejedná o cenu, za kterou by následně byly služby e-tržště poskytovány. Nabídková cena uvedená uchazeči je pouze orientační cenovou hodnotou, u níž se předpokládají následné úpravy a změny provedené zadavatelem. Kritérium nabídkové ceny v tomto koncesním řízení má tudíž zcela jiný obsah, než jak se obvykle kritérium nabídkové ceny chápe v jiných zadávacích (koncesních) řízeních.

6. Navrhovatel dále odmítá, že uvedením nulové hodnoty ve své cenové kalkulaci porušil podmínky koncesní dokumentace, neboť zde není zákaz uvedení nulové hodnoty a koncesní dokumentace rovněž neuvádí, že ceny pro jednotlivá subkritéria v rámci dílčího kritéria nabídkové ceny musí odpovídat reálným nákladům a přiměřenému zisku za poskytnuté služby. Zadavatel předem nevyloučil přesun cenových nákladů v rámci jednotlivých položek, a to v situaci, kdy neexistuje žádný ekonomický vztah mezi náklady na provozování e-tržště a cenou pro jednotlivé základní služby. Zadavatel zvolil hodnotící kritéria, která neodpovídají vlastnostem plnění koncese, a snaží se odpovědnost za nesprávné zvolení kvalifikačních kritérií přenést na uchazeče. Odvolání se na zákaz nulové cenové nabídky ve veřejné zakázce na dodávky a služby v rozsudku NSS, kde šlo o reálnou nabídkovou cenu za reálné dodávky a služby jednoho vítězného dodavatele, je podle uchazeče nepřipadné.
7. Navrhovatel namítá, že někteří jiní účastníci koncesního řízení nabídli v jednotlivých kritériích cenu 0,05 Kč, tedy cenu nižší, než za kterou byli připraveni části předmětu koncese skutečně realizovat, přesto tyto nabídky zadavatelem vyloučeny nebyly, ačkoliv de facto ve výsledku byly obdobné jako nabídka navrhovatele. Rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele proto navrhovatel považuje za diskriminační.
8. Navrhovatel dále uvádí, že jednání o nabídkách v koncesním řízení tak, jak je vymezeno v koncesní dokumentaci, je v rozporu se zákonem. Ve skutečnosti totiž úmyslem zadavatele není jednání o ceně, neboť cena je již předem sjednocena zadavatelem stanovením aritmetického průměru nabídkových cen nebo stanovením poziční střední hodnoty (mediánu) a předmětem tzv. jednání je pouze to, zda dodavatel přistupuje na zadavatelem vyhotovený ceník obsahující sjednocené ceny. Fakticky tedy k žádnému jednání nedochází, neboť pokud uchazeč nebude souhlasit se sjednocenou cenou, jeho nabídka bude vyřazena. Zadavatelem tvrzený záměr získat nabídky reálných cen na trhu tak nemohl být naplněn v situaci, kdy uchazeči od samého počátku věděli, že cena, kterou nabízí, nebude cenou, za niž budou služby poskytovány. Navrhovatel rovněž namítá, že zákon o veřejných zakázkách ani koncesní zákon neupravuje postup, kdy zadavatel z cen obsažených v nabídkách jednotlivých uchazečů následně vypočítá výslednou cenu, která je odlišná od nabídkových cen a kterou pak zadavatel nadiktuje všem vítězným uchazečům. Zákon o veřejných zakázkách navíc v § 82 odst. 2 stanoví, že zadavatel je povinen uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče.
9. Podle názoru navrhovatele je rovněž způsob hodnocení nabídek v koncesním řízení v rozporu se zákonem, protože v § 11 odst. 2 koncesní zákon vyžaduje, aby hodnotícím kritériem pro výběr koncesionáře byla ekonomická výhodnost nabídky. V předmětném koncesním řízení je

však po vyloučení jiných než kvalitativně optimálních nabídek hodnocena pouze cena. Zadavatel navíc v rozporu s deklarovaným záměrem vylučuje konkurenční prostředí mezi provozovateli e-tržišť, když nejprve stanoví stejnou kvalitativní úroveň plnění a poté sjednotí i cenu.

10. Výsledkem koncesního řízení nebude vytvoření konkurenčního prostředí, ale naopak jeho omezení, když počet soutěžitelů nabízejících tytéž služby e-tržišť pro státní správu bude omezen na maximálně 5 a jejich ceny budou z rozhodnutí zadavatele naprosto stejné. Podle navrhovatele je protismyslné, aby zadavatel chtěl vytvářet konkurenční prostředí a zároveň potlačil jediný prvek soutěže mezi provozovateli e-tržišť, kterým je cena, protože kvalita poskytovaných služeb se usadila na stejné úrovni. Takto koncipované koncesní řízení je podle informací navrhovatele zcela nestandardní a nemá obdoby ani v České republice, ani v jiných členských státech Evropské unie. U takového koncesního řízení hrozí, že povede pouze k tomu, že omezený počet soutěžitelů s direktivně stanovenou stejnou cenou za tytéž služby, bude následně soutěžit o jednotlivé zakázky jiným způsobem než cenou, např. motivováním příslušného úředníka rozhodujícího o výběru provozovatele e-tržišť pro každý jednotlivý případ.
11. Podle názoru navrhovatele předmět koncesní smlouvy nesplňuje definiční znaky zákona podle § 16 koncesního zákona, protože dodavatel nenese podstatnou část rizika spojeného s braním užitků z poskytovaných služeb. V uvedeném případě však koncesní smlouva zaručuje příjem, neboť odměna za poskytování základních služeb je provozovateli e-tržišť hrazena zadavatelem. Provozovatel e-tržišť odpovídá pouze za rizika spojená s tím, že uživatel e-tržišť neuhradí cenu za aditivní služby. Poskytování aditivních služeb je činností čistě dobrovolnou, a není tak předmětem koncese. Vzhledem k tomu, že koncesní řízení na výběr provozovatelů, kteří zajistí vytvoření a provoz elektronických tržišť veřejné správy, nesplňuje podmínky koncesního zákona, jedná se podle navrhovatele o veřejnou zakázku podle zákona o veřejných zakázkách. Ačkoliv typ zadávacího řízení vykazuje znaky jednacímho řízení s uveřejněním podle § 29 zákona o veřejných zakázkách, nejsou splněny podmínky použití tohoto zadávacího řízení podle § 22 odst. 1 a 3 zákona o veřejných zakázkách.
12. Navrhovatel trvá na tom, že jeho námitky byly podány v zákonné lhůtě, přestože zadavatel v rozhodnutí o námitkách navrhovatele uvádí, že se zabýval pouze těmi argumenty, které se týkají vyloučení navrhovatele z koncesního řízení, neboť navrhovatel údajně námitkami napadá i některé koncesní podmínky. Navrhovatel uvádí, že jeho námitky se netýkají koncesních podmínek, neboť koncesními podmínkami se rozumějí veškeré požadavky zadavatele, obsažené v oznámení zadávacího řízení, případně dále upřesněné v zadávací dokumentaci, které musí být uchazečem v nabídce splněny. Uchazeč však nepodává námitky proti podmínkám, ale pouze vysvětluje důvody uvedení nulových cenových hodnot, které vyplývají ze způsobu koncipování koncesního řízení.
13. Na základě výše uvedeného navrhovatel navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení, případně zrušil koncesní řízení.

14. Úřad obdržel návrh dne 29. 8. 2011 a tímto dnem bylo správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeno. Zadavatel obdržel návrh dne 30. 8. 2011.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

15. Vyjádření zadavatele ze dne 5. 9. 2011 k návrhu obdržel Úřad dne 6. 9. 2011. Zadavatel především uvádí, že návrh nesplňuje náležitosti požadované v § 114 odst. 3 in fine zákona o veřejných zakázkách, neboť jeho součástí není doklad o opětovném složení jistoty podle § 67 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách.
16. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele o povaze nabídkové ceny a uvádí, že nabídková cena není pouze orientační cenovou hodnotou, nýbrž významným (nejdůležitějším) dílčím hodnotícím kritériem s vahou 55 % a promítá se následně do koncesní smlouvy. Navrhovatel musí předložit takovou nabídkovou cenu, za kterou je schopen a ochoten předmět koncese poskytnout, aby byla zároveň zachována požadovaná kvalita poskytovaných služeb. Navrhovatel však zadavateli nabídl zcela nereálnou nabídkovou cenu (resp. nenabídl až na jednu výjimku žádné jednotkové ceny), z čehož jasně vyplývá, že dodavatel nemůže být žádným způsobem schopen za uvedenou nabídkovou cenu plnit předmět koncesní smlouvy. Zásadním problémem nulové nabídkové ceny je podle zadavatele nemožnost porovnání této nabídky s nabídkou ostatních uchazečů. Hodnocení přitom probíhalo podle standardních postupů, kdy je v případě číselně vyjádřitelného kritéria využit matematický model porovnání nejvhodnější a hodnocené nabídky, a pokud je nejvhodnější nabídkou nulová hodnota, pak je bodové hodnocení všech ostatních uchazečů vždy nula.
17. Zadavatel odkazuje na rozsudek NSS, ve kterém Nejvyšší správní soud uvádí, že zahrnutí nulových položek do hodnocení je zúžením dílčích hodnotících kritérií, což vede k porušení zásad uvedených v § 6 zákona o veřejných zakázkách. Zadavatel je přesvědčen, že argumenty a odůvodnění uvedené v citovaném rozhodnutí je nezbytné aplikovat i na předmětné koncesní řízení.
18. Tvrzení navrhovatele, že nabídl nulové hodnoty záměrně, neboť kalkuloval s výsledným navýšením jednotkových cen, podtrhuje domněnku zadavatele, že navrhovatel nebyl ochoten předmět koncese za nabídkovou cenu plnit. Zadavatel svým jednáním musí bránit podávání spekulativních nabídek, kdy uchazeč není připraven plnit zakázku (koncesi) za nabídkovou cenu, ale spoléhá na její následné navýšení. Nevyčíslení nákladů na položky uvedené v rámci dílčího hodnotícího kritéria „Nabídková cena za poskytování služeb e-tržiště“ bylo důvodně hodnoceno jako porušení požadavků zadavatele na zpracování cenové nabídky a nesplnění povinných obsahových náležitostí nabídky. Vyřazení nabídky navrhovatele a jeho následné vyloučení z koncesního řízení je proto legitimní a nejedná se o porušení zásad stanovených v § 6 zákona o veřejných zakázkách ani o porušení koncesní dokumentace.
19. Podle názoru zadavatele navrhovatel v návrhu slučuje dva rozdílné právní instituty zakázkového práva, a to nepřijatelnost nabídky podle § 22 odst. 1 písm. b) zákona

o veřejných zakázkách a mimořádně nízkou nabídkovou cenu podle § 77 zákona o veřejných zakázkách. Nabídka navrhovatele byla vyřazena z důvodu její nepřijatelnosti, nikoli však z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny. Zadavatel připouští, že jeden z uchazečů v několika položkách uvedl hodnotu blížíci se nule, nicméně z matematického hlediska se v takovém případě nejedná o nepřijatelnou nabídku (takovou nabídku lze totiž porovnávat s nabídkami ostatními, a tedy i hodnotit). Tuto nabídku mohla hodnotící komise vyřadit jen z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny, avšak po bližším posouzení předmětné kalkulace hodnotící komise došla k závěru, že nabídku tohoto uchazeče lze s ohledem na výši ostatních jeho položek jako celek akceptovat, neboť předmět koncesní smlouvy lze za nabízenou odměnu realizovat.

20. Zadavatel podotýká, že i kdyby nebyla nabídka navrhovatele vyřazena z důvodu její nepřijatelnosti, zadavatel by zřejmě musel navrhovatele vyloučit z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny. Zadavatel je toho názoru, že nelze řádně plnit předmět koncesního řízení, jestliže nabídka navrhovatele obsahuje pouze nulové hodnoty s výjimkou jednoho dílčího subkritéria v Subkritériu II. o váze pouhých 6 %.
21. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že navrhovatel ve zbývajících bodech návrhu napadá koncesní podmínky, které měl možnost napadnout ve lhůtě podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, tzn. nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Úřad by se proto podle názoru zadavatele neměl námitkami proti koncesním podmínkám zabývat, neboť navrhovatel neuplatnil tyto námitky v zákonem stanovené lhůtě. Přes tuto skutečnost zadavatel považuje za vhodné vyjádřit se k další argumentaci navrhovatele, neboť ji považuje též za věcně nesprávnou a právně irelevantní.
22. Zadavatel k námitce týkající se jednání o nabídkách uvádí, že pro výzvu k jednání i celkový jeho průběh využil ustanovení o jednacím řízení s uveřejněním obdobně, tedy zcela v souladu s koncesním zákonem a zákonem o veřejných zakázkách. Zadavatel konstatuje, že právě sjednocení jednotkových cenových položek většího počtu uchazečů způsobem, který byl dopředu a transparentně popsán v koncesní dokumentaci, je zárukou zjištění reálných cen na tomto specifickém trhu s tím, že bude uplatněn princip stejné ceny za stejnou službu u všech koncesionářů, a dojde tak k naplnění požadavku rovného přístupu při poskytování veřejné služby.
23. K hodnocení nabídek zadavatel uvádí, že posouzení nabídek bylo komisí provedeno striktně podle článku 9 koncesní dokumentace a v souladu se zákonem. Způsob předběžného hodnocení nabídek uvedený v článku 8.3 koncesní dokumentace předem a transparentně deklaroval přístup zadavatele k předběžnému hodnocení nabídek. Cílem zadavatele bylo získat nabídky reálných cen na trhu, a pak teprve o cenách jednat. K hodnocení dílčího hodnotícího kritéria „Kvalita technicko-technologického návrhu řešení elektronického tržiště“ zadavatel uvádí, že hodnotící komise musela provést podrobnou analýzu, aby v souladu s koncesní dokumentací vyhodnotila, zda jsou nabídky jednotlivých uchazečů na „kvalitativně optimální úrovni“, „kvalitativně postačující úrovni“ nebo „na úrovni, u níž je ohrožen řádný provoz e-tržiště“. Takto zvolený způsob hodnocení, kdy

si zadavatel zvolí stupnici tří rozdílných pořadí s bodovým ohodnocením 100, 50 a 0 bodů, je v praxi obvyklý a není v rozporu se zákonem.

24. K námitce navrhovatele, že zadavatel nebyl oprávněn postupovat podle koncesního zákona, ale měl zadat veřejnou zakázku, zadavatel uvádí, že koncesionář na základě koncesní dokumentace a koncesní smlouvy nese veškerá rizika spojená s vytvořením e-tržistiště, a dále především riziko poptávky. Bude záviset pouze na jednotlivých koncesionářích, zda kvalitou nabízených služeb přesvědčí veřejné zadavatele, aby k zadávání veřejných zakázek využívali právě jejich systém. Jestliže konkrétní systém jednoho z koncesionářů nebude veřejným zadavatelům vyhovovat, veřejní zadavatelé jej nebudou využívat a koncesionář ani neobdrží žádnou platbu ze strany zadavatele. K získání konkurenční výhody slouží především institut tzv. aditivních služeb, kdy jednotliví koncesionáři v zájmu zvýšení komfortu svých služeb mohou veřejným zadavatelům poskytovat kromě služeb základních i služby dodatkové. Poplatky za poskytování aditivních služeb budou hrazeny přímo ze strany jednotlivých veřejných zadavatelů. Koncesionářům je tak přímo umožněno brát užítky vyplývající z poskytování služeb.
25. Zadavatel s ohledem na shora uvedené argumenty navrhuje, aby Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
26. Dopisem ze dne 15. 9. 2011, který Úřad obdržel téhož dne, podal navrhovatel návrh na nařízení předběžného opatření – zákazu uzavřít koncesní smlouvu v koncesním řízení.

IV. ŘÍZENÍ U ÚŘADU

27. Účastníky správního řízení podle § 24d koncesního zákona jsou:
- zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč – společnosti
 - Seznam.cz, a. s., IČ 26168685, se sídlem Radlická 608/2, 150 00 Praha, za niž jedná Ivo Lukačovič, předseda představenstva,
 - ample.cz s. r. o., IČ 29051967, se sídlem V břízkách 344/8, 150 00 Praha 5, za niž jedná Ing. Jan Hrádek, jednatel,
 - GORDION, s. r. o., IČ 26147921, se sídlem Kolmá 682/6, 190 00 Praha 9, za niž jedná Pavel Robek, jednatel, které podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 16. 3. 2011 společnou nabídku,
 - vybraný uchazeč – společnosti
 - VORTAL – COMÉRCIO ELECTRÓNICO, CONSULTADORIA E MULTIMÉDIA, S. A., číslo společnosti 505141019, se sídlem Rua Delfim Ferreira n°776/780, 2°, Sala 6, Ramalde, 4100 199 Porto, Portugalská republika, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 25. 2. 2011 Mgr. Janem Turkem, advokátem, Karlovo

náměstí 10, 120 00 Praha 2, (dále jen „VORTAL – COMÉRCIO ELECTRÓNICO, CONSULTADORIA E MULTIMÉDIA, S. A.“),

- ECONOMY.CZ s. r. o., IČ 25741276, se sídlem Na Hrázi 176/17, 180 00 Praha 8, za niž jedná Ing. Martin Tax, jednatel,

kteřé podaly na základě smlouvy o sdružení ze dne 24. 6. 2011 společnou nabídku,

- vybraný uchazeč – Česká pošta, s. p., IČ 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1, zastoupený Ing. Petrem Zatloukalem, generálním ředitelem,
- vybraný uchazeč – Syntaxit, s. r. o., IČ 24797715, se sídlem Kaplická 857/39, 140 00 Praha 4, za niž jedná Radek Platzer, jednatel,
- vybraný uchazeč – ČESKÝ TRH, a. s., IČ 25655302, se sídlem Špitálka 23b, 602 00 Brno, za niž jedná Ing. Jakub Rainisch, předseda představenstva.

28. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S397/2011/VZ-14268/2011/530/SWa ze dne 20. 9. 2011. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S397/2011/VZ-14269/2011/530/SWa ze dne 20. 9. 2011 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Citovaným usnesením Úřad stanovil navrhovateli lhůtu k provedení úkonu – doplnění návrhu o doklad o složení kauce.

29. Dopisem ze dne 22. 9. 2011, který Úřad obdržel téhož dne, navrhovatel doložil doklad o složení kauce v požadované výši na účet Úřadu.

30. Dopisem ze dne 27. 9. 2011 zadavatel upozornil Úřad na to, že navrhovatel dosud v rámci řízení opětovně nesložil jistotu podle § 67 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Zadavatel proto dovozuje, že návrh nesplňuje náležitosti požadované v § 114 odst. 3 in fine zákona o veřejných zakázkách, neboť jeho součástí není doklad o opětovném složení jistoty. Tento doklad je přitom podle názoru zadavatele třeba považovat za povinnou přílohu návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a řízení je v takovém případě v souladu s § 117a zákona o veřejných zakázkách, pokud návrh není ve stanovené lhůtě řádně doplněn, nutno zastavit.

31. Dne 30. 9. 2011 obdržel Úřad oznámení o uzavření koncesních smluv s vybranými uchazeči.

V. VYJÁDŘENÍ VYBRANÉHO UCHAZEČE VORTAL – COMÉRCIO ELECTRÓNICO, CONSULTADORIA E MULTIMÉDIA, S. A.

32. Vyjádření vybraného uchazeče VORTAL – COMÉRCIO ELECTRÓNICO, CONSULTADORIA E MULTIMÉDIA, S. A., obdržel Úřad dne 10. 10. 2011. Vybraný uchazeč podává vyjádření pouze k jednomu bodu návrhu, ve kterém navrhovatel uvádí, že někteří jiní účastníci koncesního řízení nabídli v jednotlivých kritériích cenu 0,05 Kč, tyto nabídky přitom zadavatelem vyloučeny nebyly, ačkoli de facto ve výsledku byly obdobné, jako nabídka navrhovatele. Z hlediska reálnosti nabídky je nutné hodnotit nabídkovou cenu jako celek, tj. např. vážený průměr dílčích kritérií. V nabídce vybraného uchazeče tak činí vážená

průměrná cena více než 1 250 Kč bez DPH a je řádově vyšší, než jakou uvedl ve své nabídce navrhovatel. Při očekávaném počtu transakcí a jejich rovnoměrném rozdělení na 5 koncesionářů zajišťují nabídkové ceny vybraného uchazeče prokazatelně vyšší příjem, než generoval dosavadní dodavatel ECONOMY.CZ s. r. o. z provozu obdobného tržiště v minulosti a pokrývá náklady na provoz e-tržiště včetně vytváření přiměřeného zisku. Vybraný uchazeč uvádí, že nabídka navrhovatele byla jediná, která měla výrazně spekulativní charakter a zároveň obsahovala nereálně nízkou cenu.

33. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S397/2011/VZ-2020/2012/550/SWa ze dne 15. 2. 2012 Úřad zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření. Dne 2. 3. 2012 obdržel Úřad rozklad navrhovatele proti citovanému rozhodnutí o zamítnutí návrhu na nařízení předběžného opatření.

VI. ZÁVĚRY ÚŘADU

34. Úřad přezkoumal na základě § 24 a následujících ustanovení koncesního zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace koncesního řízení, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 1 nebo 2 koncesního zákona, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu v části týkající se vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení. Část návrhu, která se týká postupu zadavatele při vymezení koncesních podmínek, nebyla podána oprávněnou osobou, a proto Úřad rozhodl o zastavení správního řízení v části týkající se zadávacích podmínek. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K náležitostem návrhu

35. K námitce zadavatele, že návrh nesplňuje náležitosti stanovené v § 114 odst. 3 in fine zákona o veřejných zakázkách, neboť jeho součástí není doklad o opětovném složení jistoty podle § 67 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, Úřad odkazuje především na znění § 24b odst. 3 koncesního zákona, který upravuje náležitosti návrhu proti postupu zadavatele v koncesním řízení.
36. Podle § 24b odst. 3 koncesního zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání obsahovat přesné označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, příslušné důkazy, a čeho se navrhovatel domáhá. Součástí návrhu zasílaného Úřadu je doklad o složení kauce podle § 24c koncesního zákona a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením koncesní smlouvy rovněž doklad o doručení námitek zadavateli.
37. Podle § 24f písm. a) koncesního zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže návrh nemá předepsané náležitosti podle § 24b odst. 3 nebo § 24e odst. 2 koncesního zákona a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplní.

38. Vzhledem k tomu, že koncesní zákon v § 24b odst. 3, který upravuje náležitosti návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v koncesním řízení, nevyžaduje jako povinnou přílohu návrhu doklad o opětovném složení jistoty podle § 67 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a neobsahuje ani odkaz na obdobné použití § 114 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, Úřad neshledal důvod pro zastavení správního řízení podle § 24f písm. a) koncesního zákona.

K výroku I. rozhodnutí

39. Podle § 12 odst. 3 koncesního zákona se pro podání námitek, způsob jejich vyřízení a zákaz uzavření koncesní smlouvy použijí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně.
40. Podle § 110 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách lze námitky podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.
41. Podle § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách musí stěžovatel námitky proti zadávacím podmínkám doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.
42. Podle § 17 odst. 1 písm. l) zákona o veřejných zakázkách se pro účely tohoto zákona zadávacími podmínkami rozumí veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky.
43. Podle § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách se námitky podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle § 110 odst. 2, 3 a 5 zákona o veřejných zakázkách musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle § 110 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovateli. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci.
44. Podle § 111 odst. 4 zákona zadavatel nerozhoduje o námitkách, které byly podány opožděně nebo které vzal stěžovatel zpět. Tuto skutečnost zadavatel písemně oznámí stěžovateli.
45. Podle § 24b odst. 1 koncesního zákona lze návrh podat proti všem postupům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v § 3a a v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele, a to zejména proti
- a) zadávacím podmínkám,
 - b) obsahu oznámení o zahájení koncesního řízení,

- c) vyloučení uchazeče z koncesního řízení,
 - d) rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky,
 - e) použití druhu koncesního řízení.
46. Podle § 24b odst. 3 koncesního zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání obsahovat přesné označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, příslušné důkazy, a čeho se navrhovatel domáhá. Součástí návrhu zasílaného Úřadu je doklad o doručení námitek zadavateli a doklad o složení kauce podle § 24c koncesního zákona a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením koncesní smlouvy rovněž doklad o doručení námitek zadavateli.
47. Podle § 24f písm. d) koncesního zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže návrh nebyl podán oprávněnou osobou.
48. Úřad z předložené dokumentace zjistil, že námítky navrhovatele směřovaly jednak proti zadávacím podmínkám a dále proti vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení.
49. Součástí návrhu navrhovatele byla mimo jiné námitka, že zadavatel stanovil způsob hodnocení nabídek a jednání o nabídkách v rozporu se zákonem. Navrhovatel rovněž namítal, že zadavatel neoprávněně postupoval podle koncesního zákona a zahájil koncesní řízení, ačkoliv měl zvolit postup podle zákona o veřejných zakázkách a zadat veřejnou zakázku, neboť předmět koncesní smlouvy nenaplnuje definiční znaky stanovené koncesním zákonem.
50. Úřad uvádí, že v případě výše uvedených námitek se jedná o námítky, které směřují proti zadávacím podmínkám. Podle § 110 odst. 3 zákona je navrhovatel povinen doručit námítky proti zadávacím podmínkám zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Lhůta pro podání nabídek byla v bodu 1. koncesní dokumentace stanovena do 6. 6. 2011. Posledním dnem pro doručení námitek proti zadávacím podmínkám byl den 13. 6. 2011 (konec 5denní lhůty připadl na sobotu, a proto se její konec podle § 122 odst. 3 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, posouvá na nejbližší následující pracovní den). Navrhovatel však do tohoto data námítky proti podmínkám zadání zadavateli nepodal a námítky doručil zadavateli až dne 10. 8. 2011. Úřad dále podotýká, že námítku týkající se neoprávněného použití koncesního řízení navrhovatel uplatnil až v rámci návrhu na zahájení řízení u Úřadu.
51. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že námítky navrhovatele proti zadávacím podmínkám nebyly podány řádně a včas. Z tohoto důvodu navrhovatel není oprávněnou osobou pro podání návrhu proti zadávacím podmínkám, kterou je pouze osoba, jež podala námítky řádně a včas, jak stanoví § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, a proto Úřad v části návrhu směřující proti zadávacím podmínkám rozhodl podle § 24f písm. d) koncesního zákona o zastavení správního řízení, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. rozhodnutí

52. Podle § 3a koncesního zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
53. Podle § 8 odst. 1 písm. a) koncesního zákona pro obsah koncesní dokumentace platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách o zadávací dokumentaci obdobně.
54. Podle § 11 odst. 2 koncesního zákona pro posouzení a hodnocení nabídek platí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně s tím, že hodnotícím kritériem pro výběr koncesionáře je pouze ekonomická výhodnost nabídky.
55. Podle § 22 odst. 1 písm. b) zákona o veřejných zakázkách nepřijatelnými nabídkami jsou nabídky, které nespĺnily zadávací podmínky z hlediska jiných požadavků zadavatele než na předmět veřejné zakázky.
56. Podle § 44 odst. 3 písm. d) zákona o veřejných zakázkách musí zadávací dokumentace obsahovat požadavek na způsob zpracování nabídkové ceny.
57. Podle § 76 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona o veřejných zakázkách. Nabídky, které tyto požadavky nespĺňují, musí být vyřazeny.
58. Podle § 76 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí veřejný zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení. Vyloučení uchazeče včetně důvodů veřejný zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí.
59. Zadavatel v bodu 5.1.3 koncesní dokumentace stanovil požadavek na způsob zpracování nabídkové ceny takto: (začátek citace) „*Nabídkovou cenou se pro účely tohoto koncesního řízení rozumí výsledná cena zjištěná na základě kalkulace dle Přílohy č. 3 této Koncesní dokumentace. Způsob stanovení nabídkové ceny je Zadavatelem podrobněji specifikován v článku 8.2 níže a v návrhu Koncesní smlouvy.*“ (konec citace)
60. Zadavatel v bodu 8.1 koncesní dokumentace uvedl, že základním hodnotícím kritériem pro výběr koncesionářů je ekonomická výhodnost nabídky. V bodu 8.2 koncesní dokumentace zadavatel stanovil tato dílčí hodnotící kritéria:
- | | |
|----------------------------------------------------|-----------|
| 1. Nabídková cena za poskytování e-tržiště | váha 55 % |
| 2. Kvalita technicko-technologického návrhu řešení | váha 45 % |

V rámci dílčího hodnotícího kritéria „Nabídková cena za poskytování e-tržiště“ pak zadavatel stanovil dvě subkritéria, přičemž Subkritérium II rozdělil v bodu 8.3 koncesní dokumentace

na dalších deset položek (viz níže – bod 61 odůvodnění). Pro hodnocení nabídek v rámci číselně vyjádřitelných kritérií byl stanoven matematický vzorec porovnání nejhodnější a hodnocené nabídky: počet bodů = (nejvhodnější nabídka / hodnocená nabídka) x 100. Na základě takto provedeného předběžného hodnocení nabídek hodlal zadavatel z údajů nabídek, které se umístily na prvním až pátém místě, postupem uvedeným v bodu 9.3 koncesní dokumentace (výpočet střední hodnoty za použití aritmetického průměru nebo mediánu v závislosti na variabilitě nabízených cen) sestavit jednotný ceník pro poskytování základních služeb e-tržišť a následně jednat o nabídkách s dodavateli, jejichž nabídky byli v rámci kritéria „Kvalita technicko-technologického návrhu řešení“ hodnoceny na kvalitativně optimální úrovni.

61. Navrhovatel zpracoval svoji nabídkovou cenu na základě vyplnění dokumentu „Kalkulace jednotkových cen Základních služeb“, který tvoří přílohu 3 koncesní dokumentace, následovně:

Subkritérium I.	Váha subkritéria	Procentní sazba poplatku za ukončené zadávací řízení z výsledné ceny bez DPH (nebo celkové ceny u neplátců DPH)
Zadávací řízení veřejné zakázky malého rozsahu (činí-li předpokládaná hodnota veřejné zakázky alespoň 5 000 Kč a nedosáhne 50 000 Kč)	20 %	0 %

	Subkritérium II.	Váha subkritéria	
	Zadávací řízení (činí-li předpokládaná hodnota veřejné zakázky alespoň 50 000 Kč)	80 %	
	Díličí subkritéria k subkritériu II.	Váhy jednotlivých díličích subkritérií k subkritériu II.	Cena za ukončené zadávací řízení v Kč bez DPH
1	Přímé zadání, nedosáhne-li předpokládaná hodnota veřejné zakázky částky 200 000 Kč	6 %	2 000 Kč
2	Uzavřená výzva, činí-li předpokládaná hodnota veřejné zakázky alespoň 200 000 Kč a nedosáhne 1 000 000 Kč v případě dodávek nebo služeb nebo činí-li předpokládaná hodnota veřejné zakázky alespoň 200 000 Kč a nedosáhne 3 000 000 Kč v případě stavebních prací	21 %	0 Kč
3	Otevřená výzva, činí-li předpokládaná hodnota veřejné zakázky alespoň 1 000 000 Kč a nedosáhne 2 000 000 Kč v případě dodávek a služeb nebo činí-li předpokládaná hodnota veřejné zakázky alespoň 3 000 000 Kč a nedosáhne 6 000 000 Kč v případě stavebních prací	16 %	0 Kč
4	Zadání veřejné zakázky malého rozsahu formou e-aukce	12%	0 Kč
5	Elektronické zadávání veřejné zakázky malého rozsahu na základě rámcové smlouvy s více uchazeči (tj. minitendry) – jde o analogii se specifickým postupem dle § 92 zákona o veřejných zakázkách, i když se podle zákona o veřejných zakázkách nepostupuje	8 %	0 Kč
6	Využití e-aukce jako procesu k hodnocení nabídek u veřejné zakázky malého rozsahu	7 %	0 Kč

7	Plně elektronické zjednodušené podlimitní řízení	13 %	0 Kč
8	Elektronické zadávání veřejné zakázky na základě rámcové smlouvy s více uchazeči (tj. minitendry) – jde o specifický postup dle § 92 zákona o veřejných zakázkách	5 %	0 Kč
9	Využití e-aukce jako procesu k hodnocení nabídek u podlimitních veřejných zakázek	7 %	0 Kč
10	<ul style="list-style-type: none"> • Přímé zadání veřejné zakázky malého rozsahu vybranému dodavateli (výjimečný postup, který bude muset zadavatel odůvodnit) • Přímé zadání veřejné zakázky vybranému dodavateli (výjimečný postup na základě aplikace zákonné výjimky upravené v § 18 odst. 1 a 2 zákona o veřejných zakázkách, který bude muset zadavatel odůvodnit) 	5 %	0 Kč

62. Zadavatel po posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách rozhodl o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení z důvodu, že navrhovatel podal nepřijatelnou nabídku ve smyslu § 22 odst. 1 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, neboť uvedením hodnoty 0 % u Subkritéria I. a uvedením hodnoty 0 Kč u položek č. 2 až 10 v rámci Subkritéria II. nebyl naplněn požadavek bodu 8.2 koncesní dokumentace na uvedení ceny služeb e-tržišť. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 25. 7. 2011 uvedl, že nabídka navrhovatele nevyhověla požadavku zadavatele na způsob zpracování nabídkové ceny, přičemž absence nabízených cen dílčích služeb v rámci dílčího hodnotícího kritéria „Nabídková cena za poskytování služeb e-tržišť“ jde proti samotnému smyslu stanovení tohoto hodnotícího kritéria. Zadavatel dále v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele odkazuje na rozsudek NSS.
63. Úřad uvádí, že zadavatel v bodu 5.1.3 koncesní dokumentace stanovil požadavek na způsob zpracování nabídkové ceny za služby e-tržišť tak, že uchazeči měli provést kalkulaci nabídkové ceny podle Přílohy č. 3 koncesní dokumentace. Zadavatel při stanovení požadavku na způsob zpracování nabídkové ceny a vymezení hodnotících kritérií logicky očekával, že uchazeči vyčíslí reálnou hodnotu nabízených služeb, která bude zahrnovat náklady uchazeče na poskytování konkrétní služby a zisk uchazeče, a že tuto hodnotu bude moci porovnat s hodnotami nabízenými ostatními uchazeči. Nelze proto souhlasit s tvrzením navrhovatele, že uvedením hodnoty „0 Kč“ byl splněn požadavek zadavatele na uvedení ceny požadovaných služeb. K otázce přípustnosti nulových hodnot v subkritériích dílčího hodnotícího kritéria nabídková cena Úřad uvádí, že každé pořizované plnění má nepochybně svoji hodnotu, přičemž vyjádřením této hodnoty nemůže být údaj 0 Kč, neboť ten by znamenal, že hodnota oceňovaných položek je nulová, tedy žádná. Současně je nutno ve vztahu k šetřenému případu zdůraznit, že uvedení nulové hodnoty má dopad na hodnocení nabídek takový, že všechny ostatní nabídky vždy v subkritériu, ve kterém navrhovatel nabídl nulovou cenu, obdrží 0 bodů (podrobněji viz bod 67 odůvodnění). Cenu ve výši 0 Kč tak nelze považovat za ocenění nabízeného plnění a tento údaj rovněž nelze porovnat pomocí matematického vzorce stanoveného pro hodnocení nabídek s hodnotami v ostatních nabídkách. V kontextu šetřeného případu, kdy jednotlivé položky nabídkové ceny byly zároveň hodnoceny jako subkritéria dílčího hodnotícího kritéria nabídková cena, tedy navrhovatel uvedením nulových hodnot nesplnil požadavek zadavatele na způsob zpracování nabídkové ceny.

64. Námitku navrhovatele, podle níž uvedení nulové hodnoty zadavatel v koncesní dokumentaci nevyloučil, považuje Úřad v této souvislosti za irelevantní, neboť, jak již bylo řečeno výše, uvedení nulové hodnoty v tomto případě znamená, že navrhovatel cenu nabízených služeb nestanovil vůbec a taková nabídka není v důsledku toho porovnatelná s ostatními nabídkami. Jestliže tedy zadavatel v koncesní dokumentaci požadoval stanovení ceny za nabízené služby, není třeba, aby nadto výslovně zakázal opak, tedy neuvedení ceny. Úřad rovněž považuje za nadbytečné, aby zadavatel v koncesní dokumentaci stanovil, že ceny pro jednotlivá subkritéria v rámci dílčího kritéria nabídkové ceny musí odpovídat reálným nákladům a přiměřenému zisku za poskytnuté služby, jak namítá navrhovatel.
65. Úřad k uvádění nulových hodnot v rámci kritéria nabídkové ceny obecně uvádí, že smyslem a účelem jak zákona o veřejných zakázkách, tak koncesního zákona je, aby postup zadavatele v zadávacím či koncesním řízení vedl k výběru uchazeče po všech stránkách způsobilého k plnění veřejné zakázky či předmětu koncese, který bude schopen za nabízenou cenu požadované plnění skutečně realizovat. Jedním z prostředků, který má k dosažení požadovaného cíle přispět, je institut mimořádně nízké nabídkové ceny, jehož smyslem je chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede nereálnou cenu, za níž není možné z objektivních důvodů realizovat plnění veřejné zakázky, která by během realizace předmětu veřejné zakázky vedla například k nedokončení veřejné zakázky, k jejímu nekvalitnímu splnění, případně k téměř nekontrolovatelnému navyšování původní nabídkové ceny uchazeče. Jestliže zákon o veřejných zakázkách (na nějž koncesní zákon v § 11 odst. 2 odkazuje) obsahuje institut mimořádně nízké nabídkové ceny, který má bránit dodavatelům v uvádění nereálných cen, pak lze argumentací a *minor ad maius*¹ dospět k závěru, že pokud zákon zakazuje dodavatelům nabízet příliš nízkou cenu, pak tím spíše nedovoluje uvedení ceny nulové, tedy žádné.
66. K otázce bezplatnosti poskytovaných služeb se rovněž vyjádřil Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 69/2010 - 175 ze dne 21. 12. 2010, když uvedl, že (začátek citace)... *„Veřejné zakázky se svou povahou odlišují od běžně uzavíraných obchodních vztahů, což lze mj. dovodit již ze způsobu jejich vyhodnocování. Veřejné zakázky představují specifický způsob uzavírání smluv a jejich hlavním smyslem je vytvoření transparentního prostředí, jež by mělo zabezpečit účelnost vynakládaných prostředků a efektivní alokaci veřejných zdrojů. Z tohoto důvodu je nutno klást velký důraz na to, aby v rámci řízení byl vybrán takový uchazeč, který je reálně schopen poskytnout službu za co nejnížší cenu. Na rozdíl od prostředí běžného obchodního vztahu je zadavatel veřejné zakázky vázán předem stanovenými hodnotícími kritérii, jejichž prostřednictvím mají být jednoznačně zjištěny podmínky nabízené jednotlivými uchazeči. Při nastavení a následném vyhodnocování jednotlivých kritérií je proto nutno dbát na maximální transparentnost a nelze tolerovat jakékoli jednání ze strany zadavatele (resp. hodnotící komise) či jednotlivých uchazečů, které by tuto transparentnost narušilo.“* ... (konec citace) Nejvyšší správní soud tak ve zmiňovaném rozsudku dovedl, že uvedení nulových hodnot narušuje transparentnost zadávacího procesu, neboť je pravděpodobné, že uchazeč

¹ Argumentace „od menšího k většímu“, kdy se ze zákazu určitého méně závažného jednání usuzuje na zákaz závažnějšího jednání stejného druhu.

v takovém případě neuvedl cenu, za kterou bude skutečně schopen požadované služby poskytovat.

67. Z citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu dále vyplývá, že nabídky, které obsahují nulové hodnoty v některém z dílčích hodnotících kritérií, nemohou být předmětem hodnocení, neboť zahrnutím takových nabídek do hodnocení by došlo k deformaci hodnotících kritérií.

(začátek citace)... „Zahrnutí „nulových“ nabídek do dalšího hodnocení by tak dle názoru zdejšího soudu fakticky znamenalo zúžení čtyř dílčích hodnotících kritérií na tři, čímž by se výrazně posunul smysl celé soutěže. Takto jednající uchazeči by byli oproti ostatním zvýhodněni, neboť oni sami by byli hodnoceni i za kritérium čtvrté (kritérium D), zatímco ostatní uchazeči by obdrželi body pouze za kritéria tři. Takový postup však zcela zjevně odporuje § 6 zákona o veřejných zakázkách, neboť je v rozporu se základními zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazem diskriminace.“...(konec citace)

V šetřeném případě by tak dosazením hodnoty 0 do vzorce pro hodnocení nabídek „počet bodů = (nejvhodnější nabídka / hodnocená nabídka) x 100“ došlo k situaci, kdy navrhovatel obdrží v dotčených kritériích 100 bodů, zatímco ostatní nabídky budou v těchto kritériích hodnoceny 0 body. Navrhovatel by tak obdržel téměř ve všech subkritériích 100 bodů a ostatní nabídky by byly hodnoceny jen za subkritérium „Přímé zadání“ s váhou 6 %, které navrhovatel jako jediné ocenil, a v ostatních subkritériích by obdržely 0 bodů. Takový postup nelze podle názoru Nejvyššího správního soudu akceptovat a nabídka obsahující nulové hodnoty musí být jako nepřijatelná ze zadávacího řízení vyřazena.

68. Úřad se neztotožňuje s názorem navrhovatele, že skutkové okolnosti i právní povaha zadávacího řízení se v rozsudku NSS liší od tohoto koncesního řízení, a proto závěry judikatury nelze použít. Není pravdou, že nabídková cena je v tomto případě pouze orientační cenovou hodnotou, neboť na základě hodnot nabídnutých uchazeči v jednotlivých subkritériích se provádí hodnocení nabídek, ze kterého následně vzejdou uchazeči, se kterými zadavatel bude dále o ceně jednat. Pro posouzení a hodnocení nabídek v koncesním řízení se přitom podle § 11 odst. 2 koncesního zákona použijí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně. Nabídkové ceny jsou rovněž podkladem pro sestavení jednotného ceníku služeb, který se následně promítá do koncesní smlouvy. Pokud by zadavatel při výpočtu cen jednotlivých služeb vycházel z nereálných cen nabídnutých jednotlivými uchazeči, pak by i výsledné hodnoty v ceníku služeb neodpovídaly cenám, za které by bylo možné předmět koncesního řízení realizovat. Kritérium nabídkové ceny v tomto koncesním řízení tedy nemá zcela jiný význam než v jiných zadávacích řízeních, proto lze závěry rozsudku NSS podle názoru Úřadu aplikovat na šetřené koncesní řízení.

69. K námitce navrhovatele, že někteří jiní účastníci koncesního řízení nabídli v jednotlivých kritériích cenu 0,05 Kč, přesto tyto nabídky zadavatelem vyloučeny nebyly, ačkoliv de facto ve výsledku byly obdobné jako nabídka navrhovatele, Úřad uvádí, že v případě uvedení hodnoty 0,05 se nejedná o nepřijatelnou nabídku ve smyslu § 22 odst. 1 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, neboť tento údaj lze považovat za ocenění služby a rovněž jej lze dosadit do vzorce pro hodnocení nabídek. Hodnota 0,05 Kč tedy není obdobná jako nabídka navrhovatele, neboť na rozdíl od nabídky navrhovatele tato hodnota alespoň umožňuje

provést hodnocení nabídek, kdy ostatní nabídky v dotčeném subkritériu neobdrží nulové bodové hodnocení (viz bod 67 odůvodnění).

70. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že v šetřeném případě nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 1 nebo 2 koncesního zákona, a proto Úřad rozhodl podle § 25 odst. 4 písm. a) koncesního zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele v části týkající se vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správním orgánu, a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj, Staroměstské nám. 932/6, 110 15 Praha 1
2. JUDr. Alexandr César, advokát, Klimentská 1216/46, 110 02 Praha 1
3. Seznam.cz, a. s., Radlická 608/2, 150 00 Praha
4. ample.cz s. r. o., V břízkách 8/344, 150 00 Praha 5
5. GORDION, s. r. o., Kolmá 682/6, 190 00 Praha 9
6. Mgr. Jan Turek, advokát, Karlovo náměstí 10, 120 00 Praha 2
7. ECONOMY.CZ s. r. o., Na Hrázi 176/17, 180 00 Praha 8
8. Česká pošta, s. p., Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1
9. Syntaxit, s. r. o., Kaplická 857/39, 140 00 Praha
10. ČESKÝ TRH, a. s., Špitálka 23b, 602 00 Brno

Vypraveno dne:

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