



UOHSX004NI3M

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R188,197/2012/VZ-2868/2013/310/IPs

Brno 13. února 2013

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 17. 7. 2012, podaném zadavatelem –

- **Agenturou pro podporu podnikání a investic CzechInvest**, IČ 71377999, se sídlem Štěpánská 15, 120 00 Praha,

a ve správním řízení o rozkladu ze dne 19. 7. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 20. 7. 2012), podaném navrhovatelem, společnostmi –

- **ICZ a. s.**, IČ 25145444, se sídlem Na hřebenech II 1718/10, 147 00 Praha,
- **Telefónica Czech Republic, a. s.**, IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha,
- **Česká pošta, s. p.**, IČ 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha,

které za účelem podání společné nabídky uzavřely dne 26. 8. 2011 smlouvu o sdružení, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 10. 2. 2012 JUDr. Ing. Adamem Černým, LL.M., advokátem, advokátní kancelář Heřmánek & Černý, s. r. o., se sídlem Dřevná 382/2, 128 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S96,97,168/2012/VZ-12415/2012/520/DŘÍ ze dne 4. 7. 2012, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, učiněných ve veřejné zakázce „**Cenově zvýhodněné ICT služby pro malé a drobné podniky – Zvýšení konkurenceschopnosti malých a drobných podniků prostřednictvím finanční podpory pořízení základních ICT služeb v rámci OPPI**“, zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo

v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 5. 8. 2011 pod ev. č. 6006122002003 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 10. 8. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 152-251393, kde dalším účastníkem je navrhovatel, společnost -

- **Dial Telecom, a. s.**, IČ 28175492, se sídlem Křižíkova 36a/237, 186 00 Praha, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 2. 1. 2012 Mgr. Andreou Stachovou, advokátkou, Advokátní kancelář SCHULMANN & STACHOVÁ, se sídlem Valentínská 92/3, 110 00 Praha

a navrhovatel, společnost –

- **GTS Czech s. r. o.**, IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 8. 11. 2011 Tomášem Pfefferem, podnikatelem, IČ 87705508, Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) 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:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S96,97,168/2012/VZ-12415/2012/520/DŘÍ ze dne 4. 7. 2012

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) <sup>1</sup> k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 9. 2. 2012 návrh navrhovatele – Dial Telecom, a. s., IČ 28175492, se sídlem Křižíkova 36a/237, 186 00

---

<sup>1</sup> Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

Praha (dále jen „**navrhovatel Dial Telecom, a. s.**“), na přezkoumání úkonů zadavatele - Agentury pro podporu podnikání a investic CzechInvest, IČ 71377999, se sídlem Štěpánská 15, 120 00 Praha (dále jen „**zadavatel**“), učiněných ve veřejné zakázce „Cenově zvýhodněné ICT služby pro malé a drobné podniky – Zvýšení konkurenceschopnosti malých a drobných podniků prostřednictvím finanční podpory pořízení základních ICT služeb v rámci OPPI“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 5. 8. 2011 pod ev. č. 6006122002003 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 10. 8. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 152-251393. Dne 10. 2. 2012 obdržel Úřad návrh navrhovatele – společností ICZ a. s., IČ 25145444, se sídlem Na hřebenech II 1718/10, 147 00 Praha, Telefónica Czech Republic, a. s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha, Česká pošta, s. p., IČ 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha, které za účelem podání společné nabídky uzavřely dne 26. 8. 2011 smlouvu o sdružení (dále jen „**navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p.**“) na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v téže veřejné zakázce a dne 15. 3. 2012 obdržel Úřad návrh navrhovatele – GTS Czech s. r. o., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3 (dále jen „**navrhovatel GTS Czech s. r. o.**“) na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v předmětné veřejné zakázce.

2. Úřad z předložené dokumentace zjistil, že zadavatel uveřejnil oznámení o zahájení otevřeného zadávacího řízení v předmětné veřejné zakázce v informačním systému o veřejných zakázkách a v Úředním věstníku Evropské unie. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel nabídku od pěti uchazečů. Rozhodnutím ze dne 9. 1. 2012 zadavatel všechny uchazeče vyloučil z účasti v zadávacím řízení. Navrhovatel GTS Czech s. r. o. rozhodnutí zadavatele o vyloučení obdržel dne 12. 1. 2012 a dne 19. 1. 2012 doručil zadavateli námitky proti vyloučení. Rozhodnutím ze dne 26. 1. 2012 zadavatel námitkám navrhovatele GTS Czech s. r. o. vyhověl a dne 10. 2. 2012 zadavatel rozhodl o zrušení svého rozhodnutí o vyloučení navrhovatele GTS Czech s. r. o. z účasti v zadávacím řízení.
3. Námitky proti vyloučení z účasti v zadávacím řízení podal i navrhovatel Dial Telecom, a. s. Jelikož zadavatel námitkám nevyhověl, podal navrhovatel Dial Telecom, a. s. dne 9. 2. 2012 návrh na zahájení správního řízení. Úřad oznámil zahájení správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S96/2012/VZ dopisem ze dne 28. 2. 2012. Obsah návrhu je podrobně popsán v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S96,97,168/2012/VZ-12415/2012/520/DŘÍ ze dne 4. 7. 2012 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“) v odstavcích 9 – 14.
4. Zadavatel nevyhověl ani námitkám proti vyloučení z účasti v zadávacím řízení navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p., který následně podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dne 9. 2. 2012. Úřad oznámil zahájení správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S97/2012/VZ dopisem ze dne 28. 2. 2012. Obsah návrhu je podrobně popsán v napadeném rozhodnutí v odstavcích 26 – 33.
5. Rozhodnutím ze dne 17. 2. 2012 zadavatel zrušil podle § 84 odst. 2 písm. e) a § 84 odst. 3 písm. b) zákona předmětné zadávací řízení. V odůvodnění svého rozhodnutí zadavatel uvádí, že všechny nabídky, kromě jediné, byly ze zadávacího řízení na tuto veřejnou zakázku

vyřazeny a doposud nedošlo k rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Dále zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení uvedl, že jelikož program podpory ICT v podnicích, který má být realizován pod Operačním programem podnikání a inovace (OPPI) 2007-2013, jako takový končí ke konci roku 2013, dostal se zadavatel z důvodů procesních průtahů způsobených nevyhovujícími nabídkami uchazečů, jejich námitkami a dalšími procesními úkony do situace, že je velice neefektivní a neekonomické zadávat tuto veřejnou zakázku ve stávajícím rozsahu, neboť s ohledem na zkrácení doby pro poskytování předmětných služeb, ke kterému došlo na základě neúspěšné realizace zadávacích řízení této veřejné zakázky, již není v žádném případě možné finanční prostředky z OPPI čerpat tak, jak tento operační program ve vztahu k podpoře ICT v podnicích předvídá. Zadavatel v této souvislosti uvádí, že finanční prostředky z OPPI, které byly alokovány na tento projekt, budou re-alokovány a využity v rámci některého z jiných projektů realizovaných v rámci OPPI. S ohledem na uvedené tedy lze uzavřít, že se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.“

6. Proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení podal navrhovatel GTS Czech s. r. o. námitky, které zadavatel obdržel dne 5. 3. 2012. Těmto námitkám zadavatele nevyhověl, a z tohoto důvodu podal dne 15. 3. 2012 navrhovatel GTS Czech s. r. o. návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad oznámil zahájení správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S168/2012/VZ dopisem ze dne 3. 4. 2012. Obsah návrhu je podrobně popsán v napadeném rozhodnutí v odstavcích 43 – 49.
7. Usnesením č. j. ÚOHS-S96,97,168/2012/VZ-11350/2012/520/DŘí ze dne 18. 6. 2012 Úřad spojil správní řízení vedená pod spis. zn. ÚOHS-S96/2012/VZ, spis. zn. ÚOHS-S97/2012/VZ a spis. zn. ÚOHS-S168/2012/VZ.
8. Zadavatel se vyjádřil ke všem návrhům, obsahy jednotlivých vyjádření jsou shrnuty v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

## II. Napadené rozhodnutí

9. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění vydal dne 4. 7. 2012 napadené rozhodnutí, kterým výrokem I. konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v
  - a. § 76 odst. 1 a 6 zákona, když vyřadil nabídku a následně vyloučil z účasti v zadávacím řízení navrhovatele – Dial Telecom, a. s. z důvodu nesplnění zadávacích podmínek, aniž toto své rozhodnutí zadavatel řádně odůvodnil, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy,
  - b. v § 76 odst. 1 a 6 zákona, když vyřadil nabídku a následně vyloučil z účasti v zadávacím řízení uchazeče – Vodafone Czech Republic a. s., IČ 25788001, se sídlem Vinohradská 167, 100 00 Praha (dále jen „**uchazeč Vodafone Czech Republic a. s.**“) z důvodu nesplnění zadávacích podmínek, ačkoliv nabídka uchazeče Vodafone Czech Republic a. s. zadávací podmínky zadavatele splňovala, přičemž tento postup

mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy a

- c. v § 84 odst. 2 písm. e) a § 84 odst. 3 písm. b) zákona tím, že zrušil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku, aniž byly naplněny důvody pro jeho zrušení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

Jako opatření k nápravě Úřad podle § 118 odst. 1 zákona zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 9. 1. 2012 o vyloučení navrhovatele – Dial Telecom, a. s., z účasti v zadávacím řízení a rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče Vodafone Czech Republic a. s., z účasti v zadávacím řízení, a současně zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 17. 2. 2012 o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Výrokem II. pak Úřad zamítl návrh navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p., neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Výrokem III. pak Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení.

10. V odůvodnění Úřad postupně vypořádal námitky navrhovatelů, týkající se vyřazení jednotlivých uchazečů z účasti v zadávacím řízení a s tím spojené zrušení zadávacího řízení samotného.
11. Nejprve se zabýval vyloučením navrhovatele Dial Telecom, a. s., a posoudil, zda byli uchazeči povinni ve své nabídce v příloze č. 3 zadávací dokumentace, nazvané „Cenový model“ vyplnit všechny položky ve sloupci „Jednorázová platba bez DPH (Kč)“ a dále ve sloupci „Jednotková měsíční cena bez DPH (Kč)“, přičemž dovedl, že ze zadávací dokumentace vyplývá, že jednotková cena se skládá z pevné měsíční částky za každou ICT službu a z jednorázového zřizovacího poplatku. Tento jednorázový zřizovací poplatek však, jak vyplývá z textu bodu 5.1 zadávací dokumentace, není obligatorní součástí jednotkové ceny ICT služeb. Zadavatel formulací „je přípustný jednorázový zřizovací poplatek“ jednoznačně vyjádřil možnost, nikoliv povinnost tento poplatek ze strany uchazečů účtovat, resp. v nabídce nacenit. Na základě těchto zjištění Úřad konstatoval, že uchazeči postupovali zcela v souladu se zadávací dokumentací, když využili možnosti položku „Jednotková měsíční cena bez DPH (Kč)“ nenacenit.
12. U položek, které nebyly naceněny ve sloupci „Jednotková měsíční cena bez DPH (Kč)“ Úřad konstatoval, že pokud uchazeč předloží nabídku, ve které budou některé položky cenového modelu proškrtnuty, tedy neoceněny, nebo oceněny hodnotou 0,- Kč, nelze bez dalšího automaticky považovat takový postup uchazeče za postup v rozporu se zadávacími podmínkami. Z nabídky uchazeče musí vyplývat jednoznačný závazek všechny poptávané služby poskytovat. Z hlediska jejich jednotlivých ocenění ovšem nelze nereflektovat ustálené obchodní a cenové praktiky dodavatelů používané v běžném obchodním styku. S ohledem na skutečnost, že některé dílčí složky jsou různými způsoby vzájemně propojené, mnohdy technologicky neoddělitelné a tedy samostatně neocenitelné, nelze bez náležitého odůvodnění uchazeče vyloučit z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění zadávacích podmínek. Současně se Úřad zabýval posouzením, zda neocenění některých položek může mít dopad na hodnocení nabídek a došel k závěru, že v předmětné věci tomu tak nebylo. A z tohoto důvodu také vyvrátil zadavatelův názor, že na daný případ plně dopadá rozsudek

Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) sp. zn. 9 Afs 69/2010 ze dne 21. 12. 2010. Následně pak uvedl, že nebylo namístě bez dalšího vyloučit navrhovatele Dial Telecom, a. s., ale zadavatel mohl postupovat podle § 76 odst. 3 zákona a vyžádat si od navrhovatele Dial Telecom, a. s. vysvětlení týkající se ceny proškrtnutých služeb „Cenového modelu“ a přílohy č. 2 návrhu smlouvy a jejich konkrétního promítnutí do cen služeb ostatních (oceněných). Na základě podaného vysvětlení by zadavatel posoudil, zda nabídka navrhovatele Dial Telecom, a. s. odpovídá či neodpovídá zadávacím podmínkám. Poté Úřad konstatoval, že zadavatel tak však neučinil a postupoval tedy v rozporu s § 76 odst. 1 a 6 zákona v návaznosti na § 6 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

13. K vyloučení navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p. Úřad posuzoval jako první důvod, pro který byl navrhovatel vyloučen, skutečnost, že navrhovatel „do bodu 8.1 jím předloženého návrhu smlouvy jako celkovou cenu za plnění smlouvy vložil výslednou hodnotu nacenění cenového modelu (739 839 880 Kč), čímž dle zadavatele nejenže nedodržel zadavatelem stanovený postup pro výpočet celkové ceny za plnění smlouvy, ale především tím překročil limitní hranici stanovenou zadavatelem v bodu 2.4 zadávací dokumentace pro nejvyšší a nepřekročitelnou částku, kterou zadavatel v souvislosti s plněním této veřejné zakázky uhradí.“ Úřad zde ze zadávací dokumentace a z dodatečných informací č. 11 k zadávacím podmínkám ze dne 11. 8. 2011 dovodil, že v těchto písemnostech byl zadavatelem poskytnut uchazečům zcela jednoznačný a určitý návod, jakým způsobem je celková cena doplňovaná uchazečem do bodu 8.1 návrhu smlouvy koncipována. Ačkoliv s ohledem rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 2/99 ze dne 24. 6. 1999 ve kterém se uvádí, že „zkoumání dalších důvodů pro vyloučení uchazeče za situace, že alespoň jediný důvod je oprávněný, je nadbytečné“, nebylo třeba posoudit další důvody vyloučení navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p., Úřad je posoudil, přičemž jeho závěry jsou uvedeny v napadeném rozhodnutí v odstavcích 96 – 116.
14. Následně se Úřad zabýval naplněním důvodů pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 3 písm. b) zákona. Tuto námitku vznesl ve svém návrhu navrhovatel GTS Czech s. r. o. Jelikož důvodem pro zrušení zadávacího řízení je skutečnost, že byly vyřazeny všechny nabídky kromě jedné, musel Úřad přezkoumat rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení v souvislosti s přezkoumáním důvodu tohoto zrušení, tedy vyřazením nabídek uchazečů.
15. U uchazeče T-Mobile Czech Republic, a. s. IČ 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha (dále jen „**T-Mobile Czech Republic a. s.**“) Úřad z předložené dokumentace zjistil, že zde byly dány důvody pro jeho vyloučení, neboť byl, stejně jako navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p., vyloučen z účasti v zadávacím řízení kromě jiného rovněž z důvodu, že „do bodu 8.1 jím předloženého návrhu smlouvy jako celkovou cenu za plnění smlouvy vložil výslednou hodnotu nacenění cenového modelu (783 295 600 Kč). Tím nejenže nedodržel zadavatelem stanovený postup pro výpočet celkové ceny za plnění smlouvy, ale především tím překročil limitní hranici stanovenou zadavatelem v bodu 2.4 zadávací dokumentace pro nejvyšší a nepřekročitelnou částku, kterou zadavatel v souvislosti s plněním této veřejné zakázky uhradí.“

16. Uchazeč Vodafone Czech Republic a. s. byl vyloučen kromě jiného z důvodu, že „uchazeč uvedl v katalogových listech obsažených v příloze č. 2 jím předkládaného návrhu smlouvy a následně v cenovém modelu zpracovaném podle přílohy č. 3 zadávací dokumentace pro některé služby ve sloupcích „Jednotková platba bez DPH (Kč)“ resp. hodnotu ekvivalentní nule („- Kč“).“ S odkazem na odůvodnění uvedená v napadeném rozhodnutí v odstavcích 77 – 79 Úřad konstatoval, že byl uchazeč Vodafone Czech Republic a. s. z tohoto důvodu vyloučen neoprávněně. Dalším důvodem, pro který byl Vodafone Czech Republic a. s. vyloučen, byla skutečnost, že „uchazeč v katalogovém listu obsaženém v příloze č. 2 jím předkládaného návrhu smlouvy pro službu 15 „Ekonomický IS 1 a Ekonomický IS 2“ nacenil položku „Cena-měsíční platba za 1. uživatele“ pro Ekonomický IS 1 hodnotou 1 089 Kč a pro Ekonomický IS 2 hodnotou 599 Kč, a položku „Cena-měsíční platba za každého dalšího uživatele (do celého systému)“ pro Ekonomický IS 1 hodnotou 1 089 a pro Ekonomický IS 2 hodnotou 599 Kč. Uchazeč ovšem v cenovém modelu zpracovaném podle přílohy č. 3 zadávací dokumentace nacenil související položky „15a\_Ekon IS\_1“ a „15b\_Ekon IS\_2“ ve sloupci „Jednotková měsíční cena bez DPH (Kč)“ zcela odlišnými hodnotami (2 178 Kč pro službu „15a\_Ekon IS\_1“ a 1 198 Kč pro službu „15b\_Ekon IS\_2“). Uchazeč tedy obě ceny za měsíční platby uvedené v dotčeném katalogovém listu obsaženém v příloze č. 2 jím předkládaného návrhu smlouvy pro Ekonomický IS 1 i Ekonomický IS 2 sečetl.“ Úřad z předložené dokumentace zjistil, že způsob nacenění těchto položek bylo řešeno zadavatelem v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám č. 9 ze dne 3. 8. 2011. Uchazeč Vodafone Czech Republic, a. s., uvedené položky ocenil způsobem, který zadavatel v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám č. 9 ze dne 3. 8. 2011 požadoval. Tento závěr je dále podpořen skutečností, že navrhovatel GTS Czech s. r. o. byl vyloučen z účasti v zadávacím řízení ze zcela stejného důvodu, přičemž po podání námitek proti svému vyloučení, kde odkázal na výše citované dodatečné informace, zadavatel rozhodl o zrušení svého rozhodnutí o vyloučení navrhovatele GTS Czech s. r. o. z účasti v zadávacím řízení.
17. Na základě výše uvedeného Úřad konstatoval, že vzhledem k tomu, že zadavatel vyloučil navrhovatele Dial Telecom, a. s. a uchazeče Vodafone Czech Republic, a. s. z účasti v zadávacím řízení v rozporu se zákonem, nebyla naplněna podmínka pro zrušení předmětného zadávacího řízení podle § 84 odst. 3 písm. b) zákona.
18. V závěru napadeného rozhodnutí Úřad posoudil, zda zadavatel naplnil podmínky zákona pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e), přičemž posuzoval, zda těmito důvody byly skutečnosti, které jsou objektivní, stojící vně veřejného zadavatele a tedy nezávislé na vůli zadavatele. Z průběhu zadávacího řízení, z činnosti, resp. nečinnosti zadavatele a z dalších skutečností, uvedených v odstavcích 147 - 157 napadeného rozhodnutí Úřad dovodil, že zadavatel nepostupoval v souladu s § 84 odst. 2 písm. e) zákona, neboť zrušil zadávací řízení, aniž byly naplněny důvody pro jeho zrušení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
19. Na základě výše uvedených zjištění pak Úřad uložil zadavateli opatření k nápravě, která jsou uvedena ve výroku I. napadeného rozhodnutí.

### III. Námitky rozkladu zadavatele

20. Dne 17. 7. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě rozklad zadavatele proti napadenému rozhodnutí, přičemž tento jej napadá v celém rozsahu.

*Nesprávně zjištěný skutkový stav, ohledně způsobu stanovení nabídkové ceny*

21. Zadavatel jako první námitku rozkladu uvádí nesprávně zjištěný skutkový stav, ohledně způsobu stanovení nabídkové ceny, konkrétně tedy napadá závěr Úřadu, že zadavatel formulací „je přípustný jednorázový zřizovací poplatek“ připustil možnost, nikoliv povinnost, tento poplatek ze strany uchazečů účtovat. Zadavatel připustil, že je možný tento výklad, avšak jde podle něj o novou skutečnost, kterou se v rámci zadávacího řízení neřídil žádný z uchazečů. Zadavatel v rozkladu uvádí: „skutečnost, že uchazeči měli pouze možnost (ne povinnost) účtovat jednorázové poplatky automaticky neznamená, že uchazeči nebyli povinni tyto jednorázové poplatky nacenit v Cenovém modelu. Jelikož každý z uživatelů bude odebrat jiné množství, ale především jinou strukturu služeb, je nezbytně nutné, aby každá služba, včetně jednorázových poplatků, byla naceněna samostatně. Je nepřípustné, aby cena odebrané služby byla rozpuštěna do ceny služby jiné, neboť koncoví uživatelé mají hradit cenu za odebrané služby a nelze připustit, aby v ceně za své služby „dotovali“ poskytování „nulových“ služeb jiným uchazečům. Ze zadávací dokumentace jednoznačně vyplývá povinnost nacenit uvedenou tabulku, přičemž způsob nacenění zadávací dokumentace specifikuje jako povinnost „vyplnit modrá pole, která takovému vyplnění předpokládají“. Úřad tedy dle zadavatele nesprávně posoudil skutkový stav, když interpretoval zadávací podmínky pouze na základě extenzivního jazykového výkladu ustanovení čl. 5.1 zadávací dokumentace, aniž by přihlédl k celkovému kontextu zadávací dokumentace a zejména k jednoznačně formulovaným povinnostem uchazečů dle čl. 8.1 zadávací dokumentace. Dle zadavatele ani žádný z účastníků zadávacího řízení nepocítoval nejednoznačnost zadávacích podmínek, kterou rozhodnutím dovozuje Úřad.

*Nesprávně zjištěný skutkový stav ohledně možnosti požadovat jednotný cenový model a s tím související nepřezkoumatelnost odůvodnění rozhodnutí*

22. Zadavatel nesouhlasí s odůvodněním rozhodnutí v části, týkající se oceňování jednotlivých ICT služeb. Toto odůvodnění označuje jako subjektivní domněnky Úřadu, kterými tento překračuje meze přípustného správního uvážení. Zadavatel souhlasí s tvrzením Úřadu, že ve způsobu ocenění služeb ICT existují velké rozdíly, ale taková je situace i na jiných trzích, a dle jeho názoru není důvod považovat trh ICT za výjimečný. Zadavatel uvádí, že dle jeho názoru lze ocenit každou službu, i kdyby byla nabízena v komplexu více souvisejících služeb a právě skutečnost, že se téměř všichni uchazeči vyjadřovali nespokojenost s cenovým modelem, je nejlepším důkazem toho, že zadavatel při jeho sestavení postupoval v souladu s § 6 zákona. Zadavatel dále trvá na tom, že zadávací podmínky byly nastaveny tak, že pro žádného uchazeče nepředstavovaly neoprávněnou výhodu.
23. V další části rozkladu zadavatel polemizuje se závěry Úřadu v odstavci 82 a trvá na tom, že pokud nabídka nesplňuje zadávací podmínky, pak je nejen možné, ale i nezbytné takovou nabídku vyřadit postupem podle § 76 odst. 1 věty druhé zákona. Závěry Úřadu, že cena služby, kterou uchazeč nacenil nemusí být automaticky zahrnuta v ceně služby jiné, označil zadavatel za hypotetický závěr, který neodpovídá tvrzením navrhovatele Dial Telecom, a. s. a Úřad pochybil, když k tomuto tvrzení nepřihlédl při přípravě rozhodnutí. Odstavec 84



napadeného rozhodnutí označil zadavatel za fabulaci a pro podporu svého tvrzení, že je možné nacenit jakoukoli ICT službu navrhuje vypracování nezávislého znaleckého posudku, který potvrdí či vyvrátí, zda jsou ICT služby natolik specifické, že nelze po jejich poskytovatelích požadovat úplné a funkční nacenění jednotného Cenového modelu.

*Neodůvodněné rozdíly při rozhodování skutkově podobných případů – nesprávná interpretace a aplikace rozsudku NSS č. j. 9 Afs 69/2010-175 ze dne 21. 12. 2010*

24. Zadavatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že rozsudek NSS č. j. 9 Afs 69/2010-175 ze dne 21. 12. 2010 není pro projednávaný případ aplikovatelný a odkazuje na § 2 odst. 4 správního řádu, že správní orgán je povinen dbát, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Zadavatel trvá na tom, že neocenění některých služeb v rámci Cenového modelu, či rozpuštění jejich ceny do jiné služby či služeb má podstatný vliv na proces hodnocení nabídek, a tedy na výběr ekonomicky nejvýhodnější nabídky a dále uvádí, že aplikace judikátu na projednávaný případ nesouvisí pouze s tím, zda porušení zadávacích podmínek ze strany navrhovatele Dial Telecom, a. s. má či nemá vliv na hodnocení nabídek, ale závěry NSS jsou obecnější.

*Nesprávný a nepřezkoumatelný výrok rozhodnutí o porušení § 76 zákona*

25. V další části rozkladu zadavatel Úřadu uvádí, že je mu fakticky vytýkáno, že uchazeče nevyzval k písemnému vysvětlení nabídky dle § 73 odst. 3 zákona, když zákon tento postup postavil jako možný, nikoliv povinný a je plně na rozhodnutí hodnotící komise, zda uchazeče vyzve, či nikoliv. Dle zadavatele mu tak Úřad vytýká postup, který neježe nepředstavuje porušení zákonné povinnosti uložené dle zákona, ale rovněž postup, který byl v daném případě jediný správný, neboť jiný postup – ze strany Úřadu navrhovaná žádost o písemné zdůvodnění nabídky – by pro posouzení splnění zadávacích podmínek navrhovatelem Dial Telecom, a. s. byl zcela irelevantní.

*Další procesní pochybení Úřadu*

26. V této části rozkladu vytýká Úřadu porušení několika ustanovení správního řádu. Nejprve § 47 správního řádu, a to tím, že když z moci úřední rozšířil předmět vedeného správního řízení rovněž na přezkoumání rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče Vodafone Czech Republic, a. s., aniž by o tomto rozšíření informoval účastníky správního řízení, jak mu to ukládá § 46 odst. 1 zákona. Zadavatel připomíná, že uvedené rozhodnutí o vyloučení uchazeče Vodafone Czech Republic, a. s. nebylo napadeno námitkami. Konstatování Úřadu, že potřeba přezkoumat všechna rozhodnutí zadavatele o vyřazení nabídek uchazečů je dána napadením rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení, je podle názoru zadavatele zdůvodněním hrubě účelovým. Zadavatel má i nadále zato, že uchazeč Vodafone Czech Republic, a. s. byl vyloučen v souladu s § 76 odst. 6 zákona.
27. Dále v postupu Úřadu zadavatel spatřuje porušení § 2 odst. 4 správního řádu, když v části výroku I a) a I b) jsou konstatována jiná porušení zákona, ačkoliv při vyloučení navrhovatele Dial Telecom, a. s. a uchazeče Vodafone Czech Republic, a. s. postupovat zadavatel zcela totožně.
28. Zadavatel dále namítá, že Úřad pochybil, když s uchazečem Vodafone Czech Republic, a. s. nejednal jako s účastníkem správního řízení, ačkoliv zrušením rozhodnutí o jeho vyloučení znovu vznikají tomuto uchazeči práva a povinnosti v rámci zadávacího řízení, a tedy se jedná

o sobu, která je vydaným rozhodnutím Úřadu přímo dotčena ve svých právech nebo povinnostech ve smyslu § 27 odst. 2 správního řádu. Pominutí tohoto zákonného účastníka je dle zadavatele důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení k novému projednání.

29. V souvislosti s výše uvedeným dovozuje zadavatel porušení § 36 správního řádu, když Úřad neumožnil zadavateli vyjádřit v tomto rozšířeném řízení své stanovisko dle § 36 odst. 3 správního řádu a vyjádřit se v této věci k podkladům rozhodnutí dle § 36 odst. 3 správního řádu.

*Nesprávné právní posouzení aplikace § 84 odst. 2 písm. e) zákona*

30. V poslední části rozkladu se zadavatel zabývá napadeným rozhodnutím v části posuzující oprávněnost zrušení zadávacího řízení. Pokud jde o závěry ohledně § 84 odst. 3 písm. b), odkázal na předchozí námitky rozkladu. Dále se zadavatel vyjadřuje k závěrům Úřadu uvedeným v odstavci 150 napadeného rozhodnutí a nesouhlasí, že by důvody hodné zvláštního zřetele hodné měly být povahy objektivní. Zákon dle zadavatele nehovoří ani o objektivní či subjektivní povaze těchto skutečností, ani o okolnostech jejich vzniku. Pokud by zákonodárce i v tomto případě předpokládal potřebu zkoumat a zjišťovat míru případného zavinění ze strany zadavatele na vzniku konkrétních důvodů, pak by to zákonodárce formuloval obdobně jako v § 84 odst. 2 písm. d). Zadavatel dále poukázal na odlišné skutkové okolnosti tohoto případu a případu řešeného v rozsudku NSS č. j. 2AfS 64/2009-109 ze dne 27. 1. 2010, na který odkazuje navrhovatel GTS Czech s. r. o. Zadavatel trvá na tom, že byl oprávněn postupovat dle § 84 odst. 2 písm. e) i v případě, kdy by existující časovou tíseň způsobil vlastní nečinností. Zadavatel však současně odmítá i závěry o tom, že časová tíseň nenastala, respektive že tuto časovou tíseň způsobil zadavatel svou nečinností.
31. Poslední námitkou je zadavatelem namítané porušení § 2 odst. 4 správního řádu, neboť napadené rozhodnutí není v souladu s veřejným zájmem na účelném a smysluplném vynakládání veřejných prostředků, a rovněž neodpovídá okolnostem daného případu.

#### **Závěr rozkladu**

32. Zadavatel s ohledem na výše uvedené žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

#### **IV. Námitky rozkladu navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p.**

33. Dne 20. 7. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě rozklad navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p. proti napadenému rozhodnutí, přičemž tento jej napadá v celém rozsahu.
34. Navrhovatel nesouhlasí s názorem zadavatele a Úřadu, že byl ze zadávacího řízení vyloučen oprávněně a trvá na své argumentaci uvedené v návrhu na zahájení řízení o přezkumu úkonu zadavatele.

35. Zadavatel provedl dle navrhovatele změny v těle závazného vzoru smlouvy prostřednictvím dodatečných informací, přičemž tyto jsou pouze nástrojem pro to, aby byly objasněny, upřesněny nebo konkretizovány údaje, které jsou již v zadávací dokumentaci obsaženy. Není přípustné, aby zadavatel jejich prostřednictvím tímto způsobem měnil smlouvu. Navrhovatel odkazuje na rozsudek NSS č. j. 5 Afs 131/2007-131 ze dne 12. 5. 2008, který mimo jiné uvádí, že změny v zadávací dokumentaci lze provést, pouze pokud jsou dodržena předem daná pravidla. Zadavatel si sice vyhradil právo dodatečné změny zadávacích podmínek, avšak změnu neoznámil v Informačním systému o veřejných zakázkách. Změna zadávací dokumentace byla provedena dodatečnými informacemi č. 8., 11. a 12., přičemž posledně uvedené byly uchazečům doručeny ve lhůtě kratší, než jeden týden před lhůtou pro podání nabídek.
36. Dále navrhovatel konstatuje, že ze znění článku 8.1 Smlouvy nebylo zcela zřejmé, jaká částka má být uvedena. Navrhovatel proto raději uvedl částku 739.839.800,- Kč, aby neriskoval, že mu nebude poskytnuta za jeho služby žádná odměna.
37. V části III. rozkladu se navrhovatel vyjádřil k odstavcům 100 a následující napadeného rozhodnutí, tj. k uvedení odlišné hodnoty u několika položek. Navrhovatel v rozkladu popsal rozdíly mezi jednotlivými položkami a uvedl, že se tím snažil přispět k objasnění nesrovnalosti mezi přílohou č. 3 „Cenový model“ zadávací dokumentace, kde je zadavatelem požadováno nacenění 4 variant dodávané služby, a mezi přílohou č. 2 k návrhu smlouvy, kde je možnost uvést ceny jen pro dvě varianty ze čtyř požadovaných v Cenovém modelu. Navrhovatel se domnívá, že tato nesrovnalost neměla být využita jako jeden z důvodů k vyloučení uchazeče z výběrového řízení, ale pokud měl zadavatel jakékoli pochybnosti o uvedených cenách, měl dle navrhovatele požadovat jejich vysvětlení formou upřesňujícího dotazu.
38. Navrhovatel souhlasí s odůvodněním napadeného rozhodnutí v odst. 98 ve spojení s odst. 76 až 79, tedy že dle formulace zadávací dokumentace byla zadavatelem vyjádřena možnost, nikoliv povinnost poplatků ze strany uchazečů nacenit. Dle navrhovatele jsou položky 4\_pevná\_IP\_adresa, 4\_podpora\_VoIP (QoS) a 6\_řízený\_firewall jsou poskytovány bezplatně, neboť jsou základní a nedílnou součástí služby poskytovatele telekomunikačních služeb a jejich explicitní vyčíslení nemá technologický smysl. Např. u služby 4\_pevná\_IP\_adresa je přidělení IP adresy nutnou podmínkou zprovoznění služby a fixace pevné IP adresy nepředstavuje pro operátora v tomto případě žádný další náklad.
39. Ke zřizovacímu poplatku za službu ve variantě a) až f) navrhovatel uvádí, že předmětem veřejné zakázky bylo zřízení služby na určité časové období. V takovém případě představují náklady na instalaci a dodávku koncového routeru zanedbatelnou částku vzhledem k fakturované měsíční ceně služby.
40. Podpora VoIP představuje přizpůsobení internetové přípojky pro přenos hlasu mezi lokalitou zákazníka a Voice platformou společnosti Telefónica Czech Republic, a. s. pro zajištění VoIP Connect, případně Virtuální ústředna. Prioritizace paketů QoS není samostatnou doplňkovou službou, ale je již běžnou součástí nabízených symetrických datových přípojek.

### **Závěr rozkladu**

41. Navrhovatel s ohledem na výše uvedené navrhuje, aby předseda Úřadu rozhodl tak, že napadené rozhodnutí v celém jeho rozsahu zruší, in eventum ho změní tak, že uloží opatření k nápravě, kterým zruší rozhodnutí zadavatele ze dne 9. 1. 2012 o vyloučení navrhovatele nebo potvrdí rozhodnutí zadavatele ze dne 17. 2. 2012 o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

### **V. Řízení o rozkladu**

42. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
43. Zadavatel se k rozkladu navrhovatele vyjádřil písemností ze dne 27. 7. 2012, ve které uvedl, že navrhovatel zopakoval svá vyjádření uvedená v námitkách a v návrhu a proto plně odkázal na obsah svého vyjádření ze dne 17. 2. 2012 k návrhu navrhovatele. Současně se plně ztotožnil se závěry Úřadu vztahující se k výroku II. napadeného rozhodnutí. K námitce nesrozumitelnosti čl. 8. 1 smlouvy zadavatel zopakoval, že ustanovení bylo jednoznačně a srozumitelně upřesněno v dodatečných informacích č. 11 a svá tvrzení mohl navrhovatel uplatnit jako námitku proti zadávacím podmínkám, což neučinil a jeho tvrzení je tak bezpředmětné jak po stránce věcné, tak procesní. Stejně tak námitka údajně nesprávné a nezákonně provedené změny zadávacích podmínek byla v průběhu zadávacího řízení uplatňována navrhovatelem opožděně. Rovněž námitka údajného vzájemného rozporu jednotlivých částí zadávací dokumentace je námitkou proti zadávací dokumentaci a jako taková byla uplatněna opožděně v rozporu s § 110 odst. 3 zákona.

### **Stanovisko předsedy Úřadu**

44. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou 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.
45. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S96,97,168/2012/VZ-12415/2012/520/DŘí ze dne 4. 7. 2012 rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení rozhodnutí a vrácení k novému řízení správnímu orgánu prvního stupně.

### **VI. K námitkám rozkladu zadavatele**

#### *Nesprávně zjištěný skutkový stav ohledně způsobu stanovení nabídkové ceny*

46. K první námitce, týkající se polemiky zadavatele, že formulace „je přípustný jednorázový zřizovací poplatek“ zároveň neznamená, že uchazeči nebyli povinni tyto jednorázové poplatky nacenit v Cenovém modelu uvádím následující. Sám zadavatel v rozkladu připustil,

že výklad Úřadu, týkající se této formulace je možný, tedy že účastníci neměli povinnost účtovat jednorázové poplatky, avšak tvrdí, že to nezbavovalo uchazeče povinnosti tyto jednorázové poplatky nacenit. Tento závěr zadavatele je však zjevně nelogický, neboť pokud zadavatel nastavením zadávacích podmínek stanovil možnost účtovat poplatky a z jazykového výkladu vyplývá, že nejde o povinnost, pak nacenění takovýchto položek ztrácí smysl jak pro zadavatele, tak pro uživatele, protože jestliže se uchazeč rozhodl, že uživateli tuto službu nebude účtovat, pak nacenění takové položky by pouze zvýšilo nabídkovou cenu u daného uchazeče, avšak praktický význam by žádný nemělo. Naopak, její neúčtování by, v případě, že by ji v Cenovém modelu ocenil, bylo v rozporu s nabídkou. Je zcela bezpředmětné, z jakých pohnutek dané položky uchazeči proškrtli. Pokud zadávací dokumentace připustila možnost účtovat jednorázové poplatky, nelze pro jejich neúčtování trestat uchazeče vyloučením ze zadávacího řízení.

47. Ani další důvod, pro který se zadavatel domnívá, že bylo třeba tyto jednorázové poplatky nacenit nespátřují jako relevantní. Zadavatel totiž uvádí, že každý jeden uživatel bude odebírat jiné množství, ale především jinou strukturu služeb. Je tedy nepřípustné, aby cena za jakoukoli službu byla rozpuštěna do ceny služby jiné, neboť koncoví uživatelé mají hradit cenu za odebrané služby a nelze připustit, aby v ceně své služby „dotovali“ poskytování „nulových“, čili neoceněných služeb jiným uchazečům. Toto samozřejmě připustit nelze, ale v daném případě je argumentace zadavatele nepřijatelná, neboť šlo o jednorázový zřizovací poplatek ke službám, ve kterých si mohl případný uživatel vybrat jednu variantu, která mu pak má být poskytována. Bez ohledu na to, kterou variantu si zvolí, nebyl by mu tento zřizovací poplatek účtován. Takovouto službu zdarma, či zvýhodnění, by uchazeč poskytoval všem uživatelům, kteří by si danou službu vybrali. To je zřejmé i z toho, jak je zadavatelem připraven formulář „Cenový model“, kdy zřizovací poplatek např. u části 6\_řízený\_server\_hosting je uvažován za službu ve variantě a) až c), tedy za každou tuto variantu. Ať už by si uživatel vybral jakoukoli variantu podle min. výkonu procesoru, uchazeč v nabídce uvedl, že by zřizovací poplatek neúčtoval ani v jedné z těchto variant. Stejně tak pokud by si uživatel službu nevybral, nejde mu nijak k tíži skutečnost, že jiný uživatel si službu vybral. Jednorázový zřizovací poplatek se váže k jedné konkrétní službě a jeho neúčtování neovlivňuje ceny jiných poskytovaných služeb. Faktem také je, že tento jednorázový zřizovací poplatek by nemohl stát sám o sobě bez toho, aby si uživatel vybral jednu z variant služby, ke které se poplatek váže. Z pojmu „zřizovací poplatek za službu ve variantě a) až c)“ totiž vyplývá, že to není služba, kterou by si mohl uživatel vybrat samostatně. Pokud by Úřad přistoupil na konstrukci zadavatele, že neúčtování zřizovacího poplatku znamená „rozpuštění“ nákladů na tento poplatek do cen jiných, přicházelo by v úvahu „rozpuštění“ do měsíčních plateb v jednotlivých variantách. Pokud je tedy zřizovací poplatek nerozlučně spojen s danou službou, nemohlo by ani jeho „rozpuštění“ do měsíční platby této služby mít vliv na uživatele, kteří si službu nevybrali, jak tvrdí zadavatel. Touto problematikou se podrobně zabýval Úřad v napadeném rozhodnutí a vysvětlil důvody, které jej vedly k předmětným závěrům, a nelze tedy souhlasit se zadavatelem, že jde o „zkratkový závěr“. Naopak, pokud i sám zadavatel připustil, že u předmětných služeb uchazeč nemusí účtovat jednorázový poplatek, pak jeho nacenění by bylo v přímém rozporu s tímto tvrzením.

48. Výše uvedený závěr není v rozporu s čl. 8.1. zadávací dokumentace, který uvádí, že uchazeč je povinen nacenit uvedenou tabulku obsaženou v Příloze 3 (tedy vyplnit modrá pole, která takovému doplnění předpokládají), neboť pokud zadávací dokumentace stanovila „možnost“ stanovit u některých služeb jednorázový poplatek, pak v případě, že jej uchazeč nestanovil, pak se „nepředpokládá“ vyplnění takového modrého pole.

49. Závěrem zadavatel opakuje námitku, že důvodem, pro který navrhovatel Dial Telecom, a. s. nevyplnil položky „jednorázový poplatek“, byla skutečnost, že se držel interního užívaného způsobu stanovení nabídkových cen, nikoliv důvod, který v napadeném rozhodnutí dovodil Úřad. K tomu uvádím. Nelze tvrdit, že neúčtování jednorázového poplatku bylo způsobeno snahou účastníků ovlivnit některé hodnotící kritérium a získat tak lepší bodové ohodnocení, jak tomu bylo např. v případě, který je řešen v rozsudku NSS č. j. 9 Afs 69/2010-175, ale tím, že takováto služba jimi zpoplatňována není a je nedílnou součástí služby, již uchazeči řádně nacenili (bez toho aby byla služba zřízena, nelze službu užívat). Přestože motivace uchazečů mohla být jiná, nemění to nic na situaci, že zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl stanovení jednorázového poplatku jako možnost a neocenění těchto položek nemělo žádný dopad na proces hodnocení nabídek. Účelem zadávacího řízení byl výběr ekonomicky nejvýhodnější nabídky a neúčtováním jednorázového poplatku nebyla vyloučena možnost vzájemné porovnatelnosti předložených nabídek, jak již dovodil Úřad v napadeném rozhodnutí.

*Nesprávně zjištěný skutkový stav ohledně možnosti požadovat jednotný cenový model a s tím související nepřezkoumatelnost odůvodnění rozhodnutí*

50. V úvodu této námítky zadavatel cituje pasáže z napadeného rozhodnutí, které jsou však vytrženy z kontextu. Namítá, že Úřadem uvedená zjištění jsou pouze subjektivními domněnkami, a že Úřad neoznačil jediný podklad rozhodnutí, kterým tato svá tvrzení dokládá. Ani s tímto tvrzením nelze souhlasit. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, které důkazy provedl a následně z nich vyvozuje patřičné závěry. Jde zejména o vyjádření jednotlivých navrhovatelů a jejich nabídky, stejně tak i zadávací dokumentaci. Právě všechny tyto podklady vedly Úřad k jeho závěrům, a ačkoliv v každém odstavci výslovně neuvádí, že své zjištění opírá o některou větu či pasáž např. návrhu navrhovatele, neznamená to, že svá tvrzení o ně neopírá, když je uvedl v úvodu odůvodnění a následně k nim zaujímá svá stanoviska. Právě např. tvrzení o ustálených obchodních a cenových praktikách vychází z návrhu navrhovatele Dial Telecom, a. s. apod.

51. Dále také nelze souhlasit s tvrzením zadavatele, že právě skutečnost, že téměř všichni uchazeči vyjadřují nespokojenost s Cenovým modelem, je nejlepším důkazem toho, že zadavatel při jeho sestavování postupoval v souladu s § 6 zákona. Úkolem zadavatele je sestavit zadávací dokumentaci tak, aby byla jednoznačná a uchazeči byli na jejím základě schopni sestavit nabídku, která je porovnatelná s ostatními nabídkami. Pokud bych dovedl myšlenku zadavatele ad absurdum, znamenalo by to, že čím je komplikovanější a podrobnější zadávací dokumentace, tím je transparentnější. S tím však nelze souhlasit, neboť zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů požadavků a technických podmínek zadavatele, vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Pokud však některé položky Cenového modelu byly vytvořeny bez

ohledu na obvyklý stav odpovídající službám nabízeným na trhu a zároveň nebyly nezbytné pro splnění veřejné zakázky, pak nelze souhlasit s tím, že jde o nejlepší doklad o dodržení zásad uvedených v § 6. Jde pouze o doklad toho, že některé zadavatelem požadované služby neodpovídají realitě stávajícího ICT trhu. Zadavatel nemůže zadávací dokumentaci sestavit odtrženě od reality nabízených a požadovaných služeb, pokud nejsou tyto nezbytné ke splnění potřeb zadavatelem stanovených v dané veřejné zakázce. V tomto případě je třeba souhlasit s Úřadem, že např. ustálené obchodní praktiky dodavatelů, používané v běžném styku by měl zadavatel při přípravě zadávací dokumentace v určité míře reflektovat, aby pak následně mohl očekávat reálné nabídky. Úřad tím však v žádném případě nechce říci, že by měl zadavatel připravovat zadávací dokumentaci tak, že by pro některého z uchazečů byla výhodnější tím, že plně odráží jeho obchodní zvyklosti, jak podsouvá napadenému rozhodnutí zadavatel.

52. S tvrzením zadavatele, že pokud nabídka nesplňuje zadávací podmínky, pak je nezbytné takovou nabídku vyřadit nelze nesouhlasit, avšak Úřad v napadeném rozhodnutí dovedl, že v některých případech zadavatel v předmětné veřejné zakázce konstatoval nesplnění zadávacích podmínek neoprávněně. Opět zadavatel poukazuje na vyjádření navrhovatele Dial Telecom, a. s., že některé služby, oceněné položkou 0,- Kč nabízí jako součást jiné služby. K této námitce nezbyvá, než odkázat na shora uvedené a znovu zopakovat, že pokud jde o jednorázové zřizovací poplatky, pak skutečnost, že poptávaná položka je součástí základní služby neznamena, že by uchazeč tímto způsobem obcházel hodnocení některých služeb za účelem lepšího bodového hodnocení některého hodnotícího kritéria.
53. Zadavatel také navrhoval, aby Úřad provedl důkaz nezávislým znaleckým posudkem, který potvrdí, či vyvrátí, zda jsou ICT služby natolik specifické, že nelze po jejich poskytovatelích požadovat úplné a funkční nacenění jednotného Cenového modelu. K tomu konstatují, že není třeba, aby byl vypracován takový znalecký posudek, neboť takový závěr Úřad ve svém rozhodnutí nikdy neuvedl, a tudíž jej není třeba obhajovat či vyvracet. Pokud jde o jednorázové zřizovací poplatky, pak Úřad srozumitelně dovedl, proč nebyli uchazeči povinni tyto poplatky v nabídkách uvádět, a nejde o otázku, kterou by bylo nutno řešit znaleckým posudkem. Pokud jde o další závěry Úřadu, budu se jimi zabývat podrobně v následující části tohoto rozhodnutí.

*Neodůvodněné rozdíly při rozhodování skutkově podobných případů – nesprávná interpretace a aplikace rozsudku NSS č. j. 9 Afs 69/2010-175 ze dne 21. 12. 2010*

54. Skutkový stav, posuzovaný v judikátu NSS č. j. 9 Afs 69/2010-175 ze dne 21. 12. 2010 je odlišný od skutkového stavu předmětné veřejné zakázky, jelikož v daném případě byly dílčími hodnotícími kritérii čtyři ekonomické údaje, s různou váhou vyjádřenou v procentech, přičemž v případě, kdy dodavatel přesunul náklady, které měly být vyjádřeny v jednom hodnotícím kritériu do jiného, a zároveň u dalšího hodnotícího kritéria uvedl náklady v hodnotě 0,- Kč, nebylo možno objektivně porovnat ekonomickou výhodnost všech nabídek. Takový dodavatel získal výhodnější hodnocení, ačkoliv služby jím ohodnocené 0,- Kč měly svou cenu a dodavatel si ji i účtoval, ale v rámci jiného hodnotícího kritéria. V takovém případě je uvedení nulové hodnoty v nabídce v rozporu s § 6 zákona.

55. V této veřejné zakázce však všechny služby, které byly ohodnoceny uchazeči 0,- Kč, byly uvedeny v rámci jednoho hodnotícího kritéria, a to „Nabídková cena bez DPH“. Pokud jde o položku jednorázový zřizovací poplatek, pak důvody, pro které nemohlo uvedení 0,- Kč v nabídce ovlivnit hodnocení veřejné zakázky, byly uvedeny výše. Pokud jde o ostatní položky, u kterých uchazeči uvedli nulovou hodnotu (jednotkové měsíční ceny), bude správnost názoru Úřadu posouzena níže. Souhlasím však s názorem Úřadu, že výše uvedený judikát na tento případ nedopadá, protože uvedení nulových hodnot tu má jiný účinek, než v případě posuzovaném judikátem. Přesouváním nákladů z jednoho hodnotícího kritéria do druhého může ve svém důsledku vést k tomu, že vítězná nabídka nebude skutečně ekonomicky nejvýhodnější, což je v rozporu s účelem veřejných zakázek. Zde však uchazeči nabídli některé služby bezúplatně, což naopak zajišťovalo účelnost vynakládání veřejných prostředků. Pokud některé služby nabízí uchazeči běžně bez poplatků, je neekonomické a v rozporu s cílem zákona vyžadovat, aby na takovou službu poplatek stanovili, pokud jeho nestanovení neovlivňuje hodnotící kritéria. Minimálně u jednorázových zřizovacích poplatků bylo odůvodněno, že jejich neuvedení nemohlo ovlivnit hodnocení nabídek. U ostatních položek toto posouzení bude předmětem dalšího hodnocení.

*Nesprávný a nepřezkoumatelný výrok rozhodnutí o porušení § 76 zákona*

56. V další námitce zadavatel brojí proti závěru Úřadu, že zadavatel měl vyzvat uchazeče k písemnému vysvětlení nabídky. Úřad konstatoval v odstavci 85 napadeného rozhodnutí, že pokud měl pochybnosti o souladu nabídky navrhovatele Dial Telecom, a. s., se zadávacími podmínkami, mohl postupovat podle § 76 odst. 3 zákona. Zadavatel tak však neučinil a postupoval tím v rozporu s § 76 odst. 1 a 6 zákona v návaznosti na § 6 zákona. Zákon v § 76 odst. 3 výslovně uvádí možnost vyzvat uchazeče k vysvětlení nabídky, nikoliv povinnost jej vyzvat. Ani ve vztahu k obecným zásadám uvedeným v § 6 zákona nelze souhlasit se závěrem Úřadu, že pokud tak zadavatel neučinil, postupoval v rozporu se zákonem. Pokud zákon výslovně dává na zvážení zadavateli, zda jde o pochybnosti, které je třeba vyjasnit, nelze jej k tomu nutit, ani jej nelze trestat za to, že této možnosti nevyužil.
57. Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 50/2010-104 ze dne 6. 10. 2011 judikoval, že za určitých okolností může být vyzvání uchazeče k vysvětlení nabídky nezbytností a tím de facto i povinností zadavatele. V daném případě nastal stav, kdy s ohledem na rozpory mezi údaji uvedenými v nabídce a v návrhu smlouvy nebylo zadavateli zřejmé, jaký údaj má vlastně hodnotit, a pokud uchazeč nesplnil zadavatelovy požadavky, tak v jaké fázi zadávacího řízení se má tato nejasnost projevit. V takovém případě je jedinou možností zadavatele vyzvat uchazeče k vysvětlení nabídky. V Úřadem posuzované veřejné zakázce však takový skutkový stav nebyl a zadavateli bylo zcela zřejmé, jak nabídky hodnotit, a že nejde např. o písařské chyby. Z tohoto důvodu výše uvedený judikát nedopadá na řešený případ a nelze zadavateli stanovit povinnost, kterou mu zákon neukládá. Takový postup by byl v rozporu s čl. 2 odst. 3 zákona č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod, který říká, že každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá. Z tohoto důvodu je napadené rozhodnutí v rozporu se zákonem. Zároveň je třeba přisvědčit zadavateli, že dané odůvodnění je v rozporu s výrokem rozhodnutí, který ve výroku 1 a) konstatoval, že zadavatel spáchal správní delikt tím, že vyřadil nabídku a následně vyloučil z účasti v zadávacím řízení navrhovatele Dial Telecom, a. s. z důvodu nesplnění zadávacích



podmínek, aniž toto své rozhodnutí řádně zdůvodnil. Sama skutečnost, že zadavatel nevyzval navrhovatele k vysvětlení nabídky však neznamená, že důvody vyloučení uchazeče nebyly řádně zdůvodněny. Toto tvrzení nemá oporu v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

58. V dalším řízení nechť tedy Úřad znovu posoudí, zda zadavatel vyloučil navrhovatele Dial Telecom, a. s. v souladu se zákonem, aniž by vycházel z toho, že zadavatel měl povinnost navrhovatele Dial Telecom, a. s. vyzvat k vysvětlení nabídky. Jelikož posouzení, zda zadavatel vyloučil uchazeče Dial Telecom, a. s. oprávněně či nikoliv, je neoddělitelně spjato s dalšími výroky napadeného rozhodnutí a následně i s nápravnými opatřeními, které Úřad zadavateli uložil, bylo třeba zrušit celé napadené rozhodnutí. Zároveň zrušení celého napadeného rozhodnutí koresponduje s *petitem* zadavatelova rozkladu. Úřad na základě závěrů, které učiní při novém posouzení věci, nechť znovu rozhodne, zda zadavatel naplnil důvody pro zrušení zadávacího řízení.
59. Jelikož zde nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí, je vypořádání dalších námitek rozkladu bezpředmětné. Přesto však považuji za nutné se k nim vyjádřit, jelikož jde o námitky procesních pochybení Úřadu.

#### *Procesní pochybení Úřadu*

60. Nelze souhlasit s tvrzením zadavatele, že došlo k porušení § 47 správního řádu tím, že Úřad rozšířil předmět správního řízení z moci úřední o přezkoumání rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče Vodafone Czech Republic a. s., aniž by o tomto rozšíření informoval účastníky správního řízení. Z návrhu na zahájení správního řízení navrhovatele GTS Czech s. r. o. vyplývá, že tento brojí proti postupu zadavatele, kterým bylo zrušeno zadávací řízení podle § 84 odst. 3 písm. b) zákona, neboť všechny nabídky, kromě jedné, byly vyřazeny ze zadávacího řízení. V takovém případě je nutné přezkoumat oprávněnost vyřazení každé vyřazené nabídky. Bez takového posouzení by rozhodnutí Úřadu o tom, že zadavatel nepostupoval v případě zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 3 písm. b) zákona, bylo vydáno bez úplného zjištění skutkového stavu věci a tím by byla dána nezákonnost takového rozhodnutí. Úřad tedy nerozšiřoval předmět správního řízení, ale přezkoumával nabídky v rámci posouzení návrhu navrhovatele GTS Czech s. r. o. Také z napadeného rozhodnutí je zcela zřejmé, že jde o návrhové řízení, a to jak z návrhů napadeného rozhodnutí, tak např. z výčtu účastníků, ale v první řadě z odůvodnění napadeného rozhodnutí, kdy je náležitě vysvětleno, proč Úřad přezkoumal důvody vyřazení i těch nabídek, u nichž jejich vyřazení dodavatelé nerozporovali.
61. Ani námitka porušení § 2 odst. 4 správního řádu není důvodná, neboť zadavatel v případě navrhovatele Dial Telecom, a. s. a uchazeče Vodafone Czech Republic a. s. sice postupoval stejně, ale Úřad dovodil, že v případě jednorázových zřizovacích poplatků nebylo rozhodnutí o vyloučení uchazeče v souladu se zákonem, což je společný prvek, pro který byli vyloučeni oba uchazeči, avšak navrhovatel Dial Telecom, a. s. uvedl v nabídce nulové hodnoty i u dalších položek, a zde dovodil Úřad porušení zadavatele z jiného důvodu. V takovém případě musel výrok znít odlišně. K této námitce je třeba ještě uvést, že Úřad v odstavci 131 napadeného rozhodnutí chybně uvedl, že uchazeč Vodafone Czech Republic a. s. byl zadavatelem vyloučen pro uvedení nulových hodnot jak ve sloupcích „Jednotková platba bez

DPH (Kč)", tak ve sloupcích „Jednotková měsíční cena bez DPH (Kč)". Toto tvrzení však neodpovídá skutečnosti, neboť uchazeč Vodafone Czech Republic a. s. uvedl nulové hodnoty pouze ve sloupcích „Jednotková platba bez DPH (Kč)", což také koresponduje dále s obsahem odůvodnění. Jde o písařskou chybu, která nemá vliv na rozhodnutí týkající se neoprávněnosti vyloučení uchazeče Vodafone Czech Republic a. s. Jelikož se tímto rozhodnutím napadené rozhodnutí zrušuje a vrací Úřadu zpět k novému projednání, není důvod ani pro vydání opravného rozhodnutí.

62. K námitce, že s uchazečem Vodafone Czech Republic a. s. nebylo jednáno jako s účastníkem správního řízení uvádím, že zákon v § 116 výslovně upravuje účastenství ve správním řízení před Úřadem a tato úprava je ve vztahu ke správním řádu úpravou speciální. Správní řád se tedy nepoužije. V řízení zahájeném na návrh je účastníkem zadavatel a navrhovatel. Uchazeč Vodafone Czech Republic a. s. nepodal návrh a nemohlo s ním být tedy jednáno jako s účastníkem správního řízení.
63. K námitce porušení § 36 správního řádu odkazují na výše uvedené, neboť předmět správního řízení nebyl rozšířen, jak uvádí zadavatel, a proto je daná námitka nedůvodná.
64. V poslední části rozkladu zadavatel rozporuje odůvodnění napadeného rozhodnutí, týkající se zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Jelikož zákonnost rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení bude předmětem nového posouzení, vyjádřím se k této věci pouze okrajově. Nelze přistoupit na zadavatelův výklad předmětného ustanovení, že by důvody zvláštního zřetele hodné mohly být důvody čistě subjektivní povahy, tudíž že by zadavatel sám, svým vlastním jednáním mohl zavdat důvod pro zrušení zadávacího řízení. Je nemyslitelné, že by Úřad mohl přisvědčit takovému jednání zadavatele, kdy by bylo vyhlášeno zadávací řízení na veřejnou zakázku, uchazeči by zpracovávali své nabídky a zadavatel by pak bez objektivních důvodů začal mařit postup v zadávacím řízení ať již svými úkony, či naopak nečinností tak, že by pak již byl nucen z nastalých objektivních důvodů (např. časové tísně) zadávací řízení zrušit. A ačkoliv v zadavatelem citovaném judikátu NSS č. j. 2 Afs 64/2009-109 ze dne 27. 1 2010 jde o skutkově odlišný případ, závěry Nejvyššího správního soudu jsou obecné a NSS uvádí, že *„je třeba ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona a zejména slovní spojení „důvody zvláštního zřetele hodné“ vykládat jako důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele, nikoliv jako důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl zákona“*.
65. V šetřeném případě nešlo sice o animozitu zadavatele vůči některému uchazeči, avšak zadavatel prokazatelně téměř tři měsíce neučinil žádný úkon, přičemž toto své jednání nijak nezdůvodnil. Svou nečinností se tedy sám dostal do situace nedodržení předpokládaného časového rozvrhu.

**VII. K námitkám rozkladu navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p.**

66. První, a de facto jediná rozkladová námitka navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p., směřuje proti způsobu, jakým zadavatel prostřednictvím

dodatečných informací měnil zadávací podmínky. Avšak navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p. neuvádí v rozkladu, v čem spatřuje rozhodnutí Úřadu nesprávné či v rozporu se zákonem, pouze opakuje námitky uvedené v návrhu na zahájení správního řízení. Úřad se v napadeném rozhodnutí vypořádal s uvedenými námitkami v odst. 107. – 116., přičemž uvedl, že zadavatel s ohledem na změnu zadávacích podmínek provedenou dodatečnými informacemi č. 8, prodloužil lhůtu pro podání nabídek, avšak nezabýval se již dostatečně námitkou navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p., že zadávací podmínky byly změněny i dodatečnými informacemi č. 11 a 12. Závěr Úřadu může být za určitých okolností (v případě, že změny provedené v zadávací dokumentaci dodatečnými informacemi č. 11 a 12 jsou pouze marginálního významu), správný. Úřad však takové důvody v odůvodnění napadeného rozhodnutí neuvedl, neposoudil, jaké změny byly těmito zadávacími podmínkami provedeny a jaký měly dopad na uchazeče z pohledu zpracování nabídky. Sám navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p. uvádí, že změna zadávacích podmínek prostřednictvím dodatečných informací je za splnění určitých podmínek možná. S ohledem to, že Úřad vydal rozhodnutí, aniž by se vypořádal se všemi námitkami, lze rozhodnutí považovat za nepřezkoumatelné. Pokud Úřad všechny námitky navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p. posoudil, pak z odůvodnění není jasně patrné, jakými úvahami se při posouzení těchto námitek řídil.

67. V novém rozhodnutí je třeba znovu posoudit, zda zadavatel tím, že neprodloužil po změně zadávacích podmínek lhůtu pro podání nabídek, nepostupoval v souladu se zákonem, a zda a případně jaký vliv, mohl mít tento postup zadavatele na rozhodnutí o vyloučení navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p. z účasti v zadávacím řízení.
68. Druhá část rozkladu navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p. se týká uvedení odlišné hodnoty u několika položek, což byl další důvod pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení. V rozkladu navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p. popsal důvody, které ho vedly k uvedení odlišných hodnot v příloze 3 „Cenový model“ zadávací dokumentace a v příloze 2 (katalogový list) k závaznému návrhu smlouvy. Neuvedl žádné nové informace, ani nerozporoval odůvodnění napadeného rozhodnutí, v této části. Z tohoto důvodu zde nejsou dány námitky, které by bylo třeba v rámci rozkladu vypořádat. Pokud v závěru této části rozkladu navrhovatel Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p. uvádí, že pokud měl zadavatel jakékoli pochybnosti o uvedených cenách, měl dle navrhovatele Telefónica Czech Republic, a. s., ICZ a. s., a Česká pošta, s. p. požadovat jejich vysvětlení formou upřesňujícího dotazu, pak odkazují na odůvodnění tohoto rozhodnutí výše a opakují, že vyzvat uchazeče k podání vysvětlení nabídky je ze strany zadavatele možností, nikoliv povinností.
69. Jelikož v další části rozkladu zadavatel uvádí pouze důvody, pro které souhlasí s některými částmi napadeného rozhodnutí a neuvádí žádné rozkladové námitky, se kterými by bylo třeba se vypořádat, nebudu se k této části rozkladu nijak vyjadřovat.

### VIII. Závěr

70. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadami majícími vliv na jeho zákonnost a správnost, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a pro vrácení věci k novému rozhodnutí orgánu dohledu. V novém řízení je Úřad dle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vázán právním názorem odvolacího orgánu.

### 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. Agentura pro podporu podnikání a investic CzechInvest, Štěpánská 15, 120 00 Praha
2. Mgr. Andrea Stachová, advokátka, Advokátní kancelář SCHULMANN & STACHOVÁ, Valentínská 92/3, 110 00 Praha
3. JUDr. Ing. Adamem Černým, LL.M., advokát, advokátní kancelář Heřmánek & Černý, s. r. o., Dřevná 382/2, 128 00 Praha
4. Tomáš Pfeffer, podnikatel, Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6

### Vypraveno dne

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