



UOHSX004YDXG

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R325/2012/VZ-6046/2013/310/PMa

Brno 5. dubna 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 9. 11. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne), jenž podal zadavatel -

- **Dopravní podnik města Brna, a.s.**, IČ 25508881, se sídlem Hlinky 151, 656 46 Brno, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S273/2012/VZ-20176/2012/512/JOn ze dne 25. 10. 2012, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v nadlimitní veřejné zakázce s názvem „**Dodání systému na zavedení úhrad jízdného prostřednictvím SMS zpráv**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 12. 3. 2012 pod ev. č. 209285 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 3. 2012 pod ev. č. 2012/S 59-096430, kde dalším účastníkem správního řízení je navrhovatel –
- společnost **Dial Telecom, a. s.**, IČ 28175492, se sídlem Křižíkova 36a/237, 186 00 Praha 8 - Karlín, ve správním řízení zastoupená Mgr. Andreou Stachovou, advokátkou advokátní kanceláře SCHULMANN & STACHOVÁ,

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-S273/2012/VZ-20176/2012/512/JOn ze dne 25. 10. 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 14. 5. 2012 návrh navrhovatele společnosti Dial Telecom, a. s., IČ 28175492, se sídlem Křižíkova 36a/237, 186 00 Praha 8 - Karlín (dále jen „**navrhovatel**“) na přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravní podnik města Brna, a. s., IČ 25508881, se sídlem Hlinky 151, 656 46 Brno (dále jen „**zadavatel**“), učiněných v rámci zadávacího řízení pro veřejnou zakázku s názvem „Dodání systému na zavedení úhrad jízdného prostřednictvím SMS zpráv“, zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 12. 3. 2012 pod ev. č. 209285 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 3. 2012 pod ev. č. 2012/S 59-096430 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. V článku 2 zadávací dokumentace vymezil zadavatel předmět veřejné zakázky následovně:
  - Zajištění a provozování nonstop (24 hodin denně, 7 dní v týdnu) systému prodeje SMS jízdenek MHD cestujícím prostřednictvím mobilní komunikace.
  - Zajištění možnosti zadavatele kontrolovat SMS jízdenky (přepravní kontrola) s možností ověření telefonního čísla nebo přístroje, ze kterého byla provedena objednávka SMS jízdenky.
  - Zajištění možnosti okamžitého přístupu zadavatele k aktuální databázi prodaných jízdenek.
  - Zajištění možnosti pro cestující vystavit daňové doklady.

---

<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.

- Zajištění sledování pohybu kontrolního zařízení zaměstnanců přepravní kontroly zadavatele.
  - Návrh propagačních aktivit (kampaně) před zavedením a v průběhu poskytování služby.
3. Předpokládaná hodnota předmětné veřejné zakázky byla zadavatelem stanovena za 4 roky trvání ve výši 25.000.000 Kč bez DPH.
  4. Dne 24. 4. 2012 zadavatel obdržel námitky navrhovatele směřující proti zadávacím podmínkám, konkrétně ustanovení obsaženém v čl. VI.3 návrhu smlouvy o obchodní spolupráci, podle kterého se mají uchazeči zavázat, že zadavateli zašlou do 8. dne v kalendářním měsíci tzv. „přehled Elektronických jízdenek“ prodaných za předchozí kalendářní měsíc, a to na základě údajů v systému a v počítačových systémech operátorů. Dle názoru navrhovatele je v praxi běžné, že podklady obsahující informace o prodaných jízdenkách jsou mobilními operátory dodavatelům zasílány až k 10. dni v měsíci. Z uvedeného navrhovatel dovozuje, že požadavek zadavatele na zasílání přehledu z počítačových systémů mobilních operátorů v uvedené lhůtě je zcela neuskutečnitelný.
  5. Navrhovatel dále namítá, že zadavatel uvedl na straně 15 odst. 5.4 zadávací dokumentace, v rámci vymezení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů, požadavek na předložení dokladu o kapacitní možnosti systému zpracovat špičkové zatížení SMS ve výši minimálně 20.000 SMS za minutu pro každou síť jednotlivě. Tento požadavek je podle navrhovatele zcela neodpovídající předpokládanému objemu plnění veřejné zakázky a je technicky nesplnitelný.
  6. Další bod námitek navrhovatele směřoval proti zadavatelem stanovené povinnosti vůči dodavatelům, aby neprodleně, max. do 10 minut, informovali zadavatele o každém výpadku mobilního operátora a o každém výpadku systému prodeje SMS. Tento požadavek je podle navrhovatele neurčitý a neproveditelný, neboť zadavatel nevymezuje, od jakého okamžiku mu má být informace sdělena, zda od momentu, kdy je o výpadku vyrozuměn dodavatel od mobilního operátora, či od okamžiku, kdy samotný výpadek fakticky nastane.
  7. Podle navrhovatele je sporná rovněž výše sankce, definovaná v článku XIV. návrhu smlouvy o obchodní spolupráci, kterou zadavatel navrhuje, neboť je podle názoru navrhovatele nepřiměřená.
  8. Poslední část námitek navrhovatel směřuje proti dílčímu hodnotícímu kritériu „Komplexnost nabízených služeb“, s váhou 45 %. Navrhovatel se domnívá, že uvedené kritérium je pro účely hodnocení zcela nevhodné, neboť postrádá nezbytnou transparentnost.
  9. Součástí námitek byla žádost navrhovatele, aby zadavatel přijal opatření k nápravě a rozhodl o změně zadávací dokumentace za účelem odstranění rozporů se zákonem.

10. Rozhodnutím o námitkách ze dne 3. 5. 2012 zadavatel shora uvedené námitky navrhovatele odmítl. V úvodu uvedl, že námitky navrhovatele nesplňují formální náležitosti, neboť neobsahují informaci, jaká újma stěžovateli (navrhovateli) v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla. Zadavatel se k podaným námitkám vyjádřil také věcně a argumentaci navrhovatele odmítl jako subjektivní a neoprávněnou. K námitce objektivní nesplnitelnosti požadavku na zaslání přehledu elektronických jízdenek do 8. dne kalendářního měsíce zadavatel uvedl, že obdržel 4 nabídky uchazečů, kteří tento požadavek splňují a zavazují se k jeho dodržení. Zadavatel tedy dospěl k závěru, že se jedná o individuální dohodu každého dodavatele s mobilními operátory.
11. Vzhledem k tomu, že navrhovatel považoval rozhodnutí zadavatele o odmítnutí námitek za učiněné v rozporu se zákonem, podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, který Úřad obdržel dne 14. 5. 2012 (dále jen „návrh“), ve kterém vychází z argumentace uvedené v námitkách proti zadávací dokumentaci.
12. Zadavatel se k podanému návrhu vyjádřil přípisem ze dne 23. 5. 2012, v němž navrhovatele označuje za osobu, která není oprávněná k podání návrhu, neboť v námitkách nebylo uvedeno, jaká újma navrhovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozila nebo vznikla. Navrhovatel řádně nepodal námitky a není tedy osobou oprávněnou k podání návrhu.
13. Námitku navrhovatele směřující proti ustanovení návrhu smlouvy týkající se závazku uchazeče zaslat zadavateli do 8. dne v kalendářním měsíci přehled elektronických jízdenek podaných za přechodí kalendářní měsíc, a to na základě údajů v systému uchazeče a v počítačových systémech mobilních operátorů, zadavatel označil za protichůdnou a ryze účelovou.
14. Ohledně stanovení minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu, jenž se týká kapacitní možnosti systému, zadavatel uvedl, že navrhovatel směšuje dvě odlišné skutečnosti. Uchazeč měl předložit doklad o kapacitní možnosti systému zpracovat špičkové zatížení SMS a to ve výši minimálně 20.000 SMS za minutu pro každou síť jednotlivě. Dokladem, který měl být předložen, je čestné prohlášení obsahující popis technického vybavení, jímž bude uchazeč disponovat při realizaci veřejné zakázky, ze kterého bude vyplývat kapacitní možnost systému zpracovat špičkové zatížení SMS a to ve výši minimálně 20.000 SMS za minutu pro každou síť jednotlivě. Podle zadavatele jde jednoznačně o požadavek na technické vybavení uchazeče, nikoliv mobilního operátora. Zadavatel se striktně ohradil proti tomu, že by požadoval prokazování kapacitních možností přenosových sítí třetích stran.
15. K závazku, který stanovuje, že uchazeči budou informovat zadavatele max. do 10 minut o každém výpadku operátora či o výpadku systému, zadavatel uvedl, že je naprosto zřejmé, že uvedená lhůta se vztahuje k okamžiku, kdy výpadek fakticky nastal, což odráží snahu zadavatele zajistit, aby tuto informaci obdržel v co možná nejkratším časovém rozmezí a mohl s ní dále pracovat. Zadavatel opětovně uvedl, že argumentace navrhovatele působí protichůdně a účelově.

16. Vůči navrhovatelem namítané výši smluvní pokuty zadavatel konstatoval, že v odst. XIV.1a návrhu smlouvy o obchodní spolupráci je stanovena jednorázová smluvní pokuta za výpadek systému po dobu delší než 24 hodin, tj. nejedná se o smluvní pokutu, jejíž výše by byla závislá na délce prodlení. Zadavatel upřesnil, že v tomto případě smluvní pokuta plní zejména svůj punitivní charakter, kdy se nemá jednat pouze o náhradu potenciálně vzniklé škody, ale pokuta má chránit zadavatele proti nefunkčnosti systému, jehož esenciální podstata spočívá právě v tom, že bude funkční 24 hodin denně 7 dní v týdnu.
17. Smluvní pokuta podle článku XIV.1.b smlouvy je závislá na délce prodlení, a to na prodlení se splněním termínu, který si může uchazeč jakožto hodnotící kritérium zvolit sám. Oprávněnost zadavatelem zvolené podoby smluvních pokut zadavatel legitimizoval odkazem na judikaturu Nejvyššího soudu sp. zn. 23 Cdo 4784/2008.
18. K poslednímu spornému bodu týkajícímu se dílčího hodnotícího kritéria zadavatel uvedl, že číselně nevyjádřitelné hodnotící kritérium hodnocené hodnotící komisí je výslovně povoleno zákonem o veřejných zakázkách a je běžně užívané zadavateli. Úřad mnohokrát posuzoval veřejné zakázky s tímto typem hodnotícího kritéria a nikdy nerozhodl, že by obecně tento typ kritéria byl v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, např. rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-S53/2008/VZ, S184/2008/VZ, R174/2010/VZ, S250/2010/VZ.
19. Vzhledem k tomu, že po předběžném přezkoumání dokumentace veřejné zakázky získal Úřad pochybnosti o souladu postupů zadavatele se zákonem, vydal z moci úřední předběžné opatření, a rozhodnutím ze dne 4. 6. 2012 č. j. ÚOHS-S273/2012/VZ-10245/2012/520/JOn zakázal zadavateli uzavřít smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky.

## II. Napadené rozhodnutí

20. Dne 25. 10. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S273/2012/VZ-20176/2012/512/JOn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. bod 1 zkonstatoval nedodržení ustanovení § 44 odst. 3 písm. a) zákona ve spojení s § 6 zákona, když zadavatel v bodu VI.3 návrhu smlouvy o obchodní spolupráci, jež tvoří přílohu zadávací dokumentace, požadoval, aby se uchazeči zavázali vždy do 8. dne každého kalendářního měsíce zaslat zadavateli „přehled Elektronických jízdenek“ prodaných za předcházející kalendářní měsíc, a to na základě údajů v systému dodavatele a v počítačových systémech mobilních operátorů, ve kterých jsou zachyceny údaje o elektronických jízdenkách, ačkoliv tento požadavek uchazeči o veřejnou zakázku objektivně nemohli splnit. V bodu 2 výroku I. Úřad rozhodl, že zadavatel porušil ustanovení § 44 odst. 3 písm. h) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona, když netransparentně stanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria „Komplexnost nabízených služeb“. Jako opatření k nápravě tohoto nezákonného postupu zadavatele Úřad v souladu s § 118 odst. 1 zákona rozhodl o zrušení zadávacího řízení pro veřejnou zakázku.
21. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že v průběhu správního řízení Úřad obdržel od navrhovatele žádost, aby Úřad oslovil mobilní operátory a požádal je o zodpovězení navrhovatelem formulovaných dotazů, mezi které patřila otázka, zda je možné zaručit dodání přehledu vyúčtování Premium SMS služeb do 8. dne v kalendářním měsíci. Na základě

žádosti navrhovatele o provedení důkazu Úřad oslovil žádostí o poskytnutí informace č. j. ÚOHS-S273/2012/VZ-11323/2012/520/JOn ze dne 21. 8. 2012 následující společnosti:

- MobilKom, a. s., IČ 48171000, Křižíkova 237, 186 00 Praha 8 (dále jen „**MobilKom a. s.**“),
- Vodafone Czech Republic a. s., IČ 25788001, Vinohradská 167, 100 00 Praha 10 (dále jen „**Vodafone a. s.**“),
- T-Mobile Czech Republic a. s., IČ 64949681, Tomíčková 2144/1, 149 00 Praha 4 (dále jen „**T-Mobile a. s.**“),
- Telefónica Czech Republic, a. s., IČ 60193336, Michle, Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 (dále jen „**Telefónica a. s.**“),

a požádal je o zodpovězení mimo jiné otázky, zda je operátor schopný dodat přehled vyúčtování Premium SMS služeb za daný kalendářní měsíc vždy do 8. dne následujícího kalendářního měsíce.

22. Společnost Telefónica a. s. ve své odpovědi uvedla, že se ve smlouvách se všemi partnery zavazuje dodat výpis z platebního účtu partnera vždy do 10. dne následujícího kalendářního měsíce. Dřívější dodání výpisů Telefónica a. s. nemůže garantovat. Výpisy pro všechny partnery jsou odesílány všem partnerům ve stejném okamžiku.
23. Usnesením č. j. ÚOHS-S273/2012/VZ-15632/2012/512/JOn ze dne 21. 8. 2012 Úřad seznámil účastníky s výsledky dokazování a určil jim lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
24. Zadavatel na výše označené usnesení Úřadu reagoval vyjádřením ze dne 28. 8. 2012, ve kterém uvedl, že každý dodavatel by měl být schopen poskytnout vyúčtování v řádu jednotek minut po ukončení příslušného kalendářního měsíce, neboť databáze musí být vedena elektronicky. Zadavatel v zadávací dokumentaci požadoval možnost jejího okamžitého přístupu. Ze zadávací dokumentace nevyplývá, že by zadavatel poptával dodavatele, který by mu pouze přeposílal vyúčtování mobilních operátorů. Zadavatel ve smlouvě nepožaduje, aby bylo toto vyúčtování provedeno na základě informací od mobilních operátorů, ale výslovně stanovuje dva zdroje informací, a to v první řadě provozovaný dodavatelem a sekundárně počítačové systémy mobilních operátorů s tím, že v případě rozporu určuje prioritu informací systém mobilních operátorů tak, aby si zadavatel zajistil nezávislou kontrolu poskytované služby.
25. V odůvodnění rozhodnutí se Úřad vypořádal s otázkou oprávněnosti navrhovatele k podání návrhu. Navrhovatel ve svých námitkách proti zadávací dokumentaci uvedl, jaká újma mu v důsledku domnělého porušení zákona hrozí, když zadavateli sdělil, že rozpor zadávacích podmínek se zákonem může mít pro stěžovatele za následek nemožnost uzavření smlouvy se zadavatelem pro její rozpor s jeho možnostmi, neboť je zřejmé, že napadená ustanovení zadávacích podmínek nelze dodržet. Navrhovatel tedy byl aktivně legitimovaný k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.

26. V případě závazku dodavatele zaslat vždy do 8. dne každého kalendářního měsíce přehled elektronických jízdenek prodaných za předcházející kalendářní měsíc Úřad vyšel z dikce čl. VI.3 návrhu smlouvy, ze které vyplývá, že „přehled Elektronických jízdenek“, který má dodavatel zadavateli vždy do 8. dne kalendářního měsíce zaslat, bude *vytvořen na základě údajů v Systému a v počítačových systémech mobilních operátorů*. Ze zadavatelem zvolené větné konstrukce nezbývá než vyvodit, že tyto dva zdroje, z nichž má vyplývat „přehled Elektronických jízdenek“, jsou uvedeny taxativně, a tudíž přehled musí vycházet zároveň z obou uvedených systémů. Úřad vyšel z předpokladu, že dodavatelé nebudou mít přístup do počítačových systémů mobilních operátorů a dodavatelé tedy budou odkázáni na výstupy, které jim budou mobilními operátory poskytnuty. Úřad dospěl k závěru, že z vyjádření Telefónica a. s. vyplývá, že tato společnost je schopna dodavatelům tento výstup ve formě vyúčtování poskytnout teprve do 10. dne v kalendářním měsíci.
27. K dílčímu hodnotícímu kritériu „Komplexnost nabízených služeb“ Úřad uvedl, že zadavatel dostatečně nevymezil způsob, kterým bude jednotlivé nabídky uchazečů hodnotit, aby z něj vyplýval jasný návod pro tvorbu nabídek. V rámci dílčího hodnotícího kritéria „Komplexnost nabízených služeb“ zadavatel vymezil dalších 10 subkritérií, která se dále člení na jeden až tři body. Současně zadavatel uvedl několik preferencí, jejichž prostřednictvím bude hodnotit jednotlivá subkritéria. Zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl, že při hodnocení jednotlivých nabídek bude klást důraz především na co nejmenší zátěž zákazníka, na co nejmenší nákladové zatížení zadavatele, na zajištění maximální efektivity, tj. rychlosti a přehlednosti předávaných informací, a na co nejjednodušší zajištění provozu systému na straně zadavatele.
28. Úřad v návaznosti na stanovení dílčího hodnotícího kritéria zadavateli vytknul, že u jednotlivých subkritérií nedostatečně specifikoval, jaký způsob zpracování nabídky bude považovat za efektivní, jednoduchý či přehledný. Není tedy dostatečně zřejmé, jakým způsobem mají být nabídky dodavateli zpracovány. Navíc ze zadávací dokumentace nevyplývá vztah jednotlivých preferencí, tedy zda jim bude při hodnocení nabídek přikládán stejný význam, či zda bude zadavatel některou z nich upřednostňovat.
29. Závěrem Úřad konstatoval, že se nebude dalšími námitkami, které navrhovatel ve svém návrhu uvedl, zabývat, neboť jejich posouzení považuje za nadbytečné, když na základě výše uvedených skutečností Úřad dospěl k závěru, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v rozporu se zákonem.

### III. Námitky rozkladu

30. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad, který byl Úřadu doručen v zákonné lhůtě dne 9. 11. 2012. Zadavatel v rozkladu namítá, že ze zadávací dokumentace nevyplývá, že „přehled Elektronických jízdenek“ musí vycházet jak ze systému dodavatele, tak ze systémů mobilních operátorů. Dále uvádí, že pro dosažení účelu, kterým je obdržet do 8. kalendářního dne následujícího měsíce vyúčtovaný předchozí kalendářní měsíc, je pro vyhotovení vyúčtování postačující mít informace z jednoho z uvedených zdrojů. Systémy mobilních operátorů představují sekundární zdroj a ve smlouvě je uvedena jejich priorita pro

případ potenciálního rozdílu, a to z důvodu nezávislosti těchto údajů na obou smluvních stranách.

31. Dle zadavatele Úřad provedl výklad ust. čl. VI.3 smlouvy obsahující povinnost dodat „přehled Elektronických jízdenek“ do 8. dne v měsíci v rozporu s ust. § 266 odst. 4 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (dále jen „**obchodní zákoník**“), dle kterého projev vůle, který obsahuje výraz připouštějící různý výklad, je třeba v pochybnostech vykládat k tíži strany, která jako první v jednání tohoto výrazu použila. Zadavatel je jakožto předkladatel smlouvy stranou, která výraz jako první použila, a tudíž jde tento výklad k jeho tíži a ku prospěchu dodavatele.
32. Pokud Úřad v napadeném rozhodnutí v návaznosti na odpověď společnosti Telefónica a. s. obsahující informaci, že se tato společnost zavazuje dodat vyúčtování všem dodavatelům do 10. dne v kalendářním měsíci, přičemž dřívější dodání nemůže garantovat, dospěl k závěru, že dodání přehledu zaslaných jízdenek do 8. dne je nesplnitelným požadavkem, pak je zadavatel přesvědčen, že tento názor Úřadu z provedeného dokazování nevyplývá. Dle názoru zadavatele není ze sdělení společnosti Telefónica a. s. zřejmé, že by nebyla schopna vyúčtování zaslat do 8. dne, ale smluvně garantuje jeho dodání do 10. dne v měsíci.
33. Zadavatel shledává nedostatky napadeného rozhodnutí v neznalosti fungování systémů „Premium SMS“ a nepochopení zadávacích podmínek. Dle zadavatele je v návrhu smlouvy uvedeno, že dodavatel měl zadavateli ve stanovené lhůtě poskytnout přehled elektronických jízdenek, tedy jeden jediný dokument. Obsah tohoto přehledu přitom měl být vytvořen na základě údajů v systému dodavatele a v počítačových systémech mobilních operátorů. Tento dokument tedy měl vždy vypracovávat dodavatel. Zadavatel v zadávací dokumentaci nepožadoval, aby mu dodavatel vedle vlastního přehledu zasílal též přehled vyúčtování od jednotlivých mobilních operátorů. Zadavatel však nestanovil, co je myšleno počítačovými systémy mobilních operátorů, ani že by údaji z těchto systémů měly být pouze přehledy vyúčtování nebo obdobné dokumenty. Dle názoru zadavatele je dodavatel schopen vyhotovit přehled elektronických jízdenek v řádu jednotek minut po ukončení příslušného měsíce, a to na základě souhrnných údajů ze svého systému. Zadavatel dodává, že údaje o celkových počtech SMS zpráv v systému dodavatele a v systému mobilních operátorů jsou totožné, a to z toho důvodu, že dodavatel tyto údaje získává ze systémů mobilních operátorů.
34. V této souvislosti zadavatel navrhuje, aby si předseda Úřadu ověřil informace o skutečném fungování systému „Premium SMS“ u mobilních operátorů i u Asociace provozovatelů mobilních sítí. Dále zadavatel odkazuje na informace týkající se služby SMS jízdenky, které mu byly poskytnuty dalšími dopravními podniky. Z uvedeného přehledu obsahujícího údaje o tom, kdy jsou jednotlivým dopravním podnikům předávány údaje o zaslaných jízdenkách dodavateli, zadavatel dovozuje, že vyúčtování je možné provést i dříve než 8. den následujícího měsíce.
35. V návaznosti na výše uvedené skutečnosti zadavatel dospěl k závěru, že Úřad postupoval v rozporu s právními předpisy, když nad zákonný rámec přezkumu dovozoval skutečnosti,



kteře se nezakládaly na přeložených faktech, způsobem, který nevycházel z relevantních ustanovení obchodního zákoníku.

36. Dále zadavatel k otázce dílčího hodnotícího kritéria „Komplexnost nabízených služeb“ v rozkladu uvádí, že stanovení hodnotícího kritéria, které nelze vyjádřit číselně, je zásadně přípustné a v souladu se zákonem, jak potvrdil Úřad ve svém rozhodnutí č. j.: ÚOHS-S273/2010 ze dne 10. 11. 2011, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy č. j. ÚOHS-R174/2010 ze dne 30. 6. 2011. Při stanovení hodnotících kritérií zadavatel vycházel mimo jiné z metodiky Ministerstva pro místní rozvoj, konkrétně Metodiky hodnocení veřejných zakázek s ohledem na kritérium 3E. Zadavatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že vymezení dílčího kritéria „Komplexnost nabízených služeb“, které se dělí na množství dalších subkritérií, nelze považovat za maximální možný způsob konkretizace preferencí zadavatele a způsobu, kterým budou jednotlivé nabídky hodnoceny. Zadavatel k tomuto uvádí, že pozitivním výčtem konkrétních preferencí a způsobů popisů není nikdy možné dosáhnout na maximální možný způsob konkretizace, neboť při pozitivním demonstrativním výčtu bude z logiky věci vždy možné doplnit další, byť ne příliš podstatnou, ale doplňující informaci, která bude vše dále konkretizovat.
37. Zadavatel odmítá tvrzení Úřadu, že u jednotlivých subkritérií nekonkretizoval preference daného způsobu řešení. Zadavatel v zadávací dokumentaci konkretizoval preference daného způsobu řešení pro všechna dílčí subkritéria stejně, a to v textu popisujícím způsob hodnocení nabídek. Skutečnost, že základní preference jsou pro všechna subkritéria uvedena na jednom místě a nejsou vypsaná u každého subkritéria zvlášť, není možné vykládat tak, že způsob hodnocení stanovený zadavatelem o tyto preference absentuje u těchto subkritérií.
38. Zadavatel označuje za spekulativní postup Úřadu, kterým dovozuje, že by v konkrétním případě mohlo dojít ke kolizi preferencí zadavatele u jednotlivých nabídek a uvádí, že posouzení výhodnosti jednotlivých nabídek pro zadavatele je pouze v rukou hodnotící komise a úkolem Úřadu je rozhodnout, zda hodnocení proběhlo v souladu se zákonem.

#### **IV. Závěr rozkladu**

39. Závěrem rozkladu zadavatel požaduje zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

#### **V. Řízení o rozkladu**

40. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

#### **Vyjádření navrhovatele**

41. Navrhovatel se k rozkladu zadavatele vyjádřil přípisem ze dne 29. 11. 2012 a uvedl, že napadené rozhodnutí považuje za zákonné. K požadavku zadavatele na zaslání přehledu elektronických jízdenek do 8. dne v kalendářním měsíci navrhovatel uvedl, že z jazykového i teleologického výkladu uvedeného ustanovení je patrné, že zadavatel vznesl požadavek

v tom smyslu, jak byl napadán. Navrhovatel odkazuje na dřívější vyjádření zadavatele, že včasné zaslání vyúčtování je otázkou smluvních ujednání dodavatelů s mobilními operátory. Navrhovatel se domnívá, že včasný přehled elektronických jízdenek je dodavatel schopen poskytnout pouze na základě svých údajů a nikoliv na základě údajů v počítačových systémech mobilních operátorů.

42. Dále navrhovatel uvedl, že odkaz zadavatele na termíny, kdy dodavatelé jednotlivých dopravních podniků těmto poskytují přehledy jízdenek, je irelevantní, neboť tyto dopravní podniky mají evidentně proces zpracování vyúčtování nastaven odlišným způsobem.
43. K otázce dílčího hodnotícího kritéria „Komplexnost nabízených služeb“ navrhovatel uvedl, že se jedná o zcela netransparentní kritérium, jehož hodnocení bude dle vlastních slov zadavatele provedeno na základě úsudku hodnotící komise, tedy bez možnosti jakékoliv objektivní kontroly pouze na základě úvahy hodnotící komise.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

44. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
45. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S273/2012/VZ-20176/2012/512/JO ze dne 25. 10. 2012 rozhodl tak, jak je uvedeno výše, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven závazný právní názor, kterým je Úřad při dalším projednání věci vázán.

#### **VI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí**

46. Po provedení přezkumu napadeného rozhodnutí a veškerého spisového materiálu jsem shledal, že napadené rozhodnutí je zatíženo vadou spočívající v jeho nepřezkoumatelnosti, neboť Úřad vycházel z nedostatečně zjištěného skutkového stavu věci a jeho závěry nejsou opatřeny dostatečným odůvodněním.
47. Z bodu 65. napadeného rozhodnutí vyplývá, že navrhovatel v průběhu správního řízení žádal Úřad, aby se obrátil na mobilní operátory s dotazem, zda budou schopni zaručit dodání přehledu vyúčtování Premium SMS služeb v termínu, který zadavatel stanovil v návrhu smlouvy o obchodní spolupráci. Ve zmíněném ustanovení napadeného rozhodnutí je dále uvedeno, že Úřad *obdržel odpovědi, z nichž vyplývá, že mobilní operátor Telefónica, a. s., na rozdíl od ostatních uvedených operátorů, tento termín zajistit nemůže, neboť se ve smlouvách se všemi partnery zavazuje dodat výpis z platebního účtu partnera vždy do 10. dne následujícího kalendářního měsíce.*

48. Následně v bodu 67. napadeného rozhodnutí Úřad vyšel z dikce ustanovení čl. VI.3 návrhu smlouvy o obchodní spolupráci, v němž je uvedeno, že „přehled Elektronických jízdenek“, který má dodavatel zadavateli zaslat vždy do 8. dne kalendářního měsíce, bude vytvořen na základě údajů v Systému a počítačových systémů mobilních operátorů. Ze zadavatelem zvolené větné konstrukce Úřad dovodil, že tyto dva zdroje, z nichž má vyplývat „přehled Elektronických jízdenek“, jsou v návrhu smlouvy uvedeny taxativně, tudíž „přehled Elektronických jízdenek“ musí vycházet z obou uvedených systémů. Úřad tedy na základě provedení dokazování a uvedeného článku návrhu smlouvy dospěl k závěru, že *mezi přehledem vyúčtování od mobilních operátorů a „přehledem Elektronických jízdenek“ existuje zřejmý vztah akcesority. Pokud dodavatel nebude mít k dispozici přehledy vyúčtování od mobilních operátorů, které představují jakési výstupy z jejich počítačových systémů, přijde o jeden ze dvou taxativně uvedených zdrojů, na jejichž základě má vytvořit „přehled Elektronických jízdenek“.*
49. K výše uvedenému uvádím, že se ztotožňuji s odůvodněním napadeného rozhodnutí v části týkající se posouzení zdrojů stanovených v článku VI.3 návrhu smlouvy, a to Systému a počítačových systémů mobilních operátorů, z nichž má být vytvořen „přehled Elektronických jízdenek“, kterým Úřad oba zdroje označil jako taxativní s tím, že „přehled Elektronických jízdenek“ musí vycházet z obou uvedených systémů. Z formulace uvedeného článku návrhu smlouvy a spojky a mezi uvedenými zdroji nelze než dovodit, že se jedná o zdroje rovnocenné, přičemž při vyhotovení přehledu jízdenek je dodavatel povinen vycházet jak ze Systému, tak z počítačových systémů mobilních operátorů.
50. Z citovaných bodů napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Úřad vzal za prokázané, že výstupem z počítačových systémů mobilních operátorů se rozumí vyúčtování zasílané mobilními operátory po skončení příslušného kalendářního měsíce, a to pouze na základě tvrzení navrhovatele. Tento se podáním ze dne 5. 6. 2012 obrátil na Úřad s žádostí, aby položil mobilním operátorům dotaz, zda budou schopni zaručit dodání přehledu vyúčtování Premium SMS v zadavatelem stanoveném termínu do 8. dne v kalendářním měsíci.
51. Z napadeného rozhodnutí však nevyplývá, že by Úřad zjistil, zda se skutečně údaji z počítačových systémů mobilních operátorů rozumí přehled vyúčtování, jak tvrdil navrhovatel, či zda se může jednat o jiný výstup poskytnutý mobilním operátorem dodavateli v rámci jejich obchodního vztahu. Úřad se v této souvislosti ztotožnil s tvrzením navrhovatele o tom, že údajem z počítačového systému může být pouze zaslané vyúčtování a na žádost navrhovatele dopisem ze dne 19. 6. 2012 č. j. ÚOHS-S273/2012/VZ-11323/2012/520/JOn oslovil mobilní operátory a požádal je mimo jiné o zodpovězení otázky, jejíž formulaci převzal od navrhovatele, a to zda je operátor schopný dodat přehled vyúčtování Premium SMS služeb za daný kalendářní měsíc vždy do 8. dne následujícího kalendářního měsíce.
52. K tomuto konstatuji, že odůvodnění, které je založeno pouze na ztotožnění se, resp. neztotožnění se, Úřadu s tvrzením účastníka správního řízení, je pro konstatování výroku rozhodnutí zcela nedostatečné. Shodně v této souvislosti judikoval Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 6. 10. 2011, č. j. 62 Af 17/2010-61, v němž vyslovil, že je na Úřadu, *„aby se rozhodnými skutečnostmi, a to pochopitelně i nad rámec tvrzení navrhovatele*

*obsažených v návrhu na zahájení správního řízení, řádně zabýval a aby svůj závěr řádně odůvodnil a opřel o řádný podklad“.*

53. V návaznosti na žádost Úřadu o zodpovězení dotazů adresovanou mobilním operátorům zadavatel zaslal Úřadu vyjádření ze dne 28. 8. 2012, ve kterém mimo jiné uvedl, že považuje dotaz ohledně možnosti dodat přehled vyúčtování Premium SMS služeb ve stanoveném termínu položený Úřadem mobilním operátorům za nadbytečný, a to z toho důvodu, že zadavatel nepoptává dodavatele, který by mu pouze přeposílal vyúčtování mobilních operátorů. Přes stanovisko zadavatele se Úřad spokojil s odpovědí společnosti Telefónica a. s., která uvedla, že nemůže garantovat dodání výpisu z platebního účtu partnera do 8. dne následujícího měsíce, neboť výpisy zasílá do 10. dne v následujícím měsíci a vyslovil závěr, že požadavek zadavatele je fakticky nesplnitelný. Ze sdělení společnosti Telefónica a.s., které reaguje na Úřadem formulované dotazy, však nelze dovodit, zda jsou informace o prodaných jízdenkách dodavatelům mobilními operátory předávány skutečně jen ve formě vyúčtování, či zda je dodavatel může získat i jiným způsobem a mohl by je tedy mít k dispozici v termínu stanoveném zadavatelem. Poznatky vyplývající z položených dotazů tedy nedávají Úřadu dostatečné informace o způsobu fungování služby Premium SMS.
54. Bez náležitého posouzení otázky, zda se údaji v počítačových systémech mobilních operátorů může rozumět i jiný dokument než operátorem zasláné vyúčtování a zda tento dokument může mít dodavatel k dispozici v zadavatelem stanoveném termínu, a jejího postavení na jisto nemohl Úřad rozhodnout, že požadavek zadavatele uvedený v zadávací dokumentaci uchazeči o veřejnou zakázku fakticky nemohli splnit a zadavatel se tedy dopustil porušení ustanovení § 44 odst. 3 písm. a) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona.
55. Z důvodu vady nepřezkoumatelnosti, kterou napadené rozhodnutí ve vztahu ke shora uvedeným skutečnostem trpí, není možné posoudit, zda byl Úřad oprávněn rozhodnout, že požadavek zadavatele v čl. VI.3 návrhu smlouvy o obchodní spolupráci je objektivně nesplnitelný.
56. Uvedené pochybení Úřadu, kterým Úřad na základě nevhodně formulovaného dotazu adresovaného mobilním operátorům nedostatečně zjistil skutkový stav věci, odůvodňuje zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení Úřadu k dalšímu řízení za účelem doplnění dokazování. Vypořádání námitek zadavatele uvedených v rozkladu se tudíž stalo bezpředmětným.

## **VII. Závěr**

57. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže je při svém rozhodování vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.
58. Před vydáním nového rozhodnutí Úřad posoudí, zda se údaji v počítačových systémech mobilních operátorů, ve kterých jsou zachyceny údaje o elektronických jízdenkách, jež jsou upraveny v čl. VI.3 návrhu smlouvy, mohou rozumět i jiné podklady či dokumenty, které jsou mobilními operátory dodavatelům v rámci služby Premium SMS zasílány, či ke kterým mají

dodavatelé přístup on-line, než jen vyúčtování zasílané dodavatelům na počátku následujícího kalendářního měsíce, a zda tyto podklady dodatel může obdržet v zadavatelem stanoveném termínu. Pokud Úřad není schopen po odborné stránce tuto otázku posoudit, pak je třeba obrátit se s žádostí o poskytnutí informace na mobilní operátory, příp. na Asociaci provozovatelů mobilních sítí, za účelem získání informací o způsobu fungování služby Premium SMS, a to zejména zjištění, jakým způsobem jsou mezi mobilním operátorem a dodavatelem předávány údaje o celkových počtech SMS zpráv za daný kalendářní měsíc.

59. Teprve poté, co Úřad v novém řízení postaví najisto otázku, zda je požadavek stanovený v čl. VI.3 návrhu smlouvy o obchodní spolupráci týkající se požadavku na zasílání „přehledu Elektronických jízdenek“ do 8. dne kalendářního měsíce objektivně nesplnitelný, rozhodne o tom, zda došlo k porušení § 44 odst. 3 písm. a) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 zákona.

## 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. Dopravní podnik města Brna, a. s., Hlinky 151, 656 46 Brno
2. Mgr. Andrea Stachová, advokátka, Valentinská 92/3, 110 00 Praha 1

### Vypraveno dne

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