



UOHSX0096DY2

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0288/2016/VZ-04852/2017/322/LKa

Brno 10. února 2017

V řízení o rozkladu ze dne 21. 11. 2016 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Česká republika – Ministerstvo zemědělství**, IČO 00020478, se sídlem Těšnov 65/17, 110 00 Praha 1 – Nové Město,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0435/2015/VZ-44778/2016/512/MHr ze dne 4. 11. 2016 vydaném v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „**Poskytování mobilních telekomunikačních služeb**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 11. 3. 2015 a uveřejněno dne 12. 3. 2015 pod ev. č. 403668 a v Úředním věstníku Evropské unie zveřejněno dne 17. 3. 2015 pod ev. č. 2015/S 053-092815,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 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-S0435/2015/VZ-44778/2016/512/MHr ze dne 4. 11. 2016

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 14. 9. 2015 zahájil Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek správní řízení z moci úřední o přezkoumání úkonů centrálního zadavatele - Česká republika - Ministerstvo zemědělství, IČO 00020478, se sídlem Těšnov 65/17, 110 00 Praha 1 - Nové Město (dále jen „**centrální zadavatel**“ nebo „**zadavatel**“) učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „Poskytování mobilních telekomunikačních služeb“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 11. 3. 2015 a uveřejněno dne 12. 3. 2015 pod ev. č. 403668 a v Úředním věstníku Evropské unie zveřejněno dne 17. 3. 2015 pod ev. č. 2015/S 053-092815 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Na základě skutečností zjištěných z dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti o tom, zda centrální zadavatel postupoval v souladu se zákonem, a to konkrétně, zda uveřejněním odpovědi centrálního zadavatele na dotaz č. 4, který je součástí souboru dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 26. 3. 2015 nedošlo ke změně zadávacích podmínek a tedy k nutnosti prodloužit lhůtu pro podání nabídek, a zda tím, že centrální zadavatel stanovil v bodě 3.1.8 zadávací dokumentace požadavek, aby v případě dostupnosti lepšího pokrytí nebyl omezen ve využití novější technologie, nepostupoval v rozporu s § 6 odst. 1, § 44 odst. 1 a § 45 odst. 1 a 3 zákona. Proto Úřad přistoupil k zahájení řízení z moci úřední o přezkoumání úkonů zadavatele.
3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 5. 11. 2015 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0435/2015/VZ-32653/2015/512/VKa (dále jen „**původní prvostupňové rozhodnutí**“). Výrokem I. původního prvostupňového rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nepostupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zásadou zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 zákona ve spojení s § 40 odst. 3 zákona, když v rámci dodatečných

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona, není-li dále uvedeno jinak.

informací č. 1 ze dne 26. 3. 2015 specifikoval 453 konkrétních lokalit s uvedením GPS souřadnic, které musí být pokryty mobilním signálem pro přenos dat, aniž by přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Výrokem II. původního prvostupňového rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel zásady stanovené v § 6 odst. 1 zákona, ve spojení s § 44 odst. 1 zákona a § 45 odst. 1 a 3 zákona, když stanovil požadavek, aby v případě lepšího pokrytí nebyl omezen ve využití lepší technologie, čímž způsobil nejasnost a nesrozumitelnost ohledně minimální požadované rychlosti datových přenosů, respektive požadované minimální úrovně kvality technologie datových služeb, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Výrokem III. původního prvostupňového rozhodnutí Úřad, jako opatření k nápravě podle § 118 odst. 1 zákona, zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku. Výrokem IV. pak Úřad uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč podle § 119 odst. 2 zákona.

4. Dne 20. 11. 2015 podal zadavatel proti původnímu prvostupňovému rozhodnutí rozklad.
5. Dne 2. 9. 2016 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R379/2015/VZ-36598/2016/321/BRy ze dne 2. 9. 2016 (dále jen „**původní rozhodnutí o rozkladu**“), jímž zrušil původní prvostupňové rozhodnutí a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
6. Předseda Úřadu v původním rozhodnutí o rozkladu stanovil Úřadu povinnost vymezit, jaký byl původní rozsah poptávaných datových služeb centrálním zadavatelem a jaké požadavky zadávací dokumentace se k této části plnění veřejné zakázky vztahovaly. Pokud by Úřad znovu dospěl k závěru, že požadavek pro hlasové služby spočívající v nutnosti pokrytí signálem minimálně 95 % populace na území České republiky lze uplatnit i pro poptávané datové služby, byl by povinen se dále zabývat otázkou toho, jakým způsobem uvedení lokalit pro pokrytí signálem GSM ovlivnilo možnost zadavatele požadovat sankce za nedostupnost služeb, a to z hlediska toho, jaké možnosti sankce mohl zadavatel uplatnit dle původních zadávacích podmínek a jaké by mohl uplatnit nově s ohledem na obsah dodatečných informací. Současně byl Úřad povinen přezkoumatelným a srozumitelným způsobem uvést své úvahy, které jej vedly k závěru, že zadavatel změnil podmínky stanovené zadávací dokumentací, když dodatečnými informacemi ze dne 26. 3. 2015 vymezil seznam lokalit GPS pro řešení služby M2M, a že tak byl povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek. Dále byl Úřad povinen přezkoumatelným a srozumitelným způsobem odůvodnit, jak dospěl k závěru, že zadavatel byl povinen v zadávací dokumentaci vymezit minimální požadavky na přenosovou rychlost, a to s ohledem na požadavky, které zadavatel v zadávací dokumentaci výslovně stanovil s tím, že bude povinen zabývat se tím, jakým způsobem požadavek zadavatele, aby nebyl omezen ve využití lepší technologie, měl ovlivnit to, zda potenciální uchazeči mohli či nemohli podat srovnatelné nabídky. Kromě výše uvedeného byl Úřad povinen vypořádat námítky uvedené v rozkladu ze dne 20. 11. 2015.

II. Napadené rozhodnutí

7. Dne 4. 11. 2016 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0435/2015/VZ-44778/2016/512/MHr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že správní řízení v části věnované možnému nedodržení postupu podle § 40 odst. 2 a 3 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona zadavatelem tím, že v rámci dodatečných informací č. 1 ze dne 26. 3. 2015

k předmětné veřejné zakázce specifikoval 453 konkrétních lokalit s uvedením GPS souřadnic, které musí být pokryty mobilním signálem pro přenos dat, aniž by přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek, se zastavuje, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 zákona.

8. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona v návaznosti na § 44 odst. 1 zákona a současně § 45 odst. 1 zákona tím, že v zadávacím řízení na veřejnou zakázku stanovil požadavek, že „[z]adavatel požaduje pro všechny datové služby možnost využívání (v rámci nabídnuté služby) více různých alternativních technologií dle standardu např. GPRS, GPRS/EDGE, UMTS, 3G, HSDPA, LTE, resp., aby zadavatel v případě dostupnosti lepšího pokrytí nebyl omezen ve využití novější technologie“, čímž nevymezil předmět veřejné zakázky v takových podrobnostech, které jsou nezbytné pro zpracování nabídky, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
9. Výrokem III. Úřad rozhodl podle § 118 odst. 1 zákona o uložení opatření k nápravě postupu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí a zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku.
10. Výrokem IV. Úřad uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč podle § 119 odst. 2 zákona.

III. Námitky rozkladu

11. Dne 21. 11. 2016 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 4. 11. 2016. Zadavatel podal rozklad v zákonné lhůtě.
12. Zadavatel podal rozklad proti výrokům II., III. a IV. napadeného rozhodnutí.
13. Ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí zadavatel v rozkladu namítá, že Úřad nedostál v napadeném rozhodnutí své zákonné povinnosti zohlednit závazné právní názory vyslovené v původním rozhodnutí o rozkladu. Dle zadavatele je napadené rozhodnutí ve výroku II. zatíženo nepřezkoumatelností a je třeba jej považovat za nezákonné, neboť Úřad opakovaně nesplnil svoji povinnost vydané rozhodnutí srozumitelně a přezkoumatelně odůvodnit tak, aby bylo seznatelné, jakými úvahami se Úřad zabýval a jak dospěl k učiněným závěrům.
14. Zadavatel je toho názoru, že Úřad opětovně nesprávně právně posoudil posuzovaný případ, neboť ze zjištěného skutkového stavu vyvodil nesprávný právní závěr a výrok II. napadeného rozhodnutí nemá oporu v provedeném dokazování.
15. Zadavatel namítá, že ze strany Úřadu došlo opakovaně k desinterpretaci jednotlivých zadávacích podmínek a jejich odtržení od standardního fungování trhu mobilních telekomunikačních služeb. Zadavatel odmítá tvrzení Úřadu o netransparentním nastavení zadávacích podmínek, neboť účelem požadavku na možnost využívání více alternativních technologií bylo právě zajištění dostatečné transparentnosti a nediskriminačního přístupu ke všem potencionálním dodavatelům.
16. Zadavatel dále nesouhlasí se závěrem Úřadu o přenášení obchodního rizika na potencionální dodavatele, kdy by v rámci veřejné zakázky museli předvídat náklady na vývoj a vybudování

příslušné infrastruktury. Taková úvaha dle zadavatele neodpovídá ani předmětu veřejné zakázky ani fungování daného segmentu trhu s mobilními technologiemi.

17. Zadavatel odmítá argumentaci Úřadu, že jím stanovené technické podmínky zaručovaly určitým dodavatelům konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Požadavky zadavatele ve vztahu k technologii mobilních datových služeb dle jeho názoru nezpůsobovaly žádné nejasnosti ohledně požadované rychlosti datových přenosů, resp. kvality technologie sítě. Popis předmětu veřejné zakázky byl proveden tak, aby byl na straně jedné všem dodavatelům srozumitelný, a na straně druhé, aby žádného dodavatele, resp. skupinu dodavatelů nezáškodňoval nebo naopak nediskriminoval. Zadavatel je přesvědčen, že zadávací podmínky byly stanoveny dostatečně konkrétně, srozumitelně, jednoznačně a v souladu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek tak, aby mohli všichni relevantní dodavatelé podat vzájemně porovnatelné nabídky.
18. Zadavatel dále uvádí, že zadávací dokumentace skutečně obsahuje ustanovení, dle něhož zadavatel požaduje pro datové služby možnost využívání více různých alternativních a příkladmo uvedených technologií, resp. aby zadavatel v případě dostupnosti lepšího pokrytí nebyl omezen ve využití novější technologie. Zadavatel je přesvědčen, že takové nastavení parametrů pro plnění veřejné zakázky je s ohledem na specifika předmětu veřejné zakázky zcela důvodné.
19. Zadavatel současně uvádí, že Úřad nedostal ani povinnosti uložené v původním rozhodnutí o rozkladu, a to, aby se v napadeném rozhodnutí vypořádal s námitkami zadavatele uvedenými v rozkladu ze dne 21. 11. 2015.
20. Zadavatel dále namítá, že Úřad porušil povinnost vyplývající mu z § 3 správního řádu. Dle zadavatele Úřad nejenže nezjišťoval skutečný stav věci, ale také v zásadním rozsahu popřel podklady a tvrzení, které mu byly předloženy zadavatelem. Zadavatel uvádí, že s ohledem na skutečnost, že v případě technických podmínek veřejné zakázky se jedná o věcně složitou problematiku, navrhl zadavatel ve svém stanovisku ze dne 2. 10. 2015 provedení důkazu znaleckým posudkem, neboť se domníval a stále domnívá, že rozhodnutí Úřadu závisí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí. Úřad však závěry napadeného rozhodnutí neopírá ani o odborné posouzení jiného správního orgánu, ani o znalecký posudek ustanoveného znalce.
21. Zadavatel namítá, že pro uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 zákona musí být vždy kumulativně splněny obě části zákonem stanovené podmínky, tedy vedle samotného nedodržení postupu zadavatele stanoveného pro zadání veřejné zakázky rovněž konkrétní a zákonem předvídaný následek spočívající v tom, že takový nezákonný postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel uvádí, že odůvodnění Úřadu týkající se splnění podmínky spočívající v ovlivnění nebo možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je pouhým formálním konstatováním, což způsobuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.
22. Vzhledem k výše uvedeným námitkám zadavatel požaduje také zrušení výroku III. napadeného rozhodnutí, tedy výroku o uložení nápravného opatření, jenž nemůže stát samostatně bez řádného výroku o nedodržení postupu stanoveného pro zadání veřejné zakázky. Současně zadavatel požaduje zrušení výroku IV. napadeného rozhodnutí, neboť

povinnost zadavatele uhradit náklady řízení je spojena s rozhodnutím podle § 118 odst. 1 zákona. Za situace, kdy však neobstojí výrok o uložení nápravného opatření ve smyslu § 118 odst. 1 zákona, pak nelze ve smyslu § 119 odst. 2 zákona rozhodnout o povinnosti zaplatit náklady řízení.

Závěr rozkladu

23. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí ve výroku II., III. a IV. zrušil a správní řízení zastavil nebo věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

24. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

25. 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 a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
26. V šetřeném případě lze konstatovat, že výrokem I. napadeného rozhodnutí bylo zastaveno správní řízení, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Takovýto výrok netvoří nedílný celek s výroky II., III. a IV. napadeného rozhodnutí. Je tedy možné, aby výrok I. napadeného rozhodnutí nabyl samostatně právní moci. Mám dále rovněž za splněnou i další podmínku předpokládanou ustanovením § 82 odst. 3 správního řádu, když za situace, kdy ve správním řízení je jediným účastníkem zadavatel, se nedá hovořit o případné újmě způsobené některému z účastníků správního řízení. Na základě uvedeného tedy konstatuji, že výrok I. napadeného rozhodnutí, za splnění podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu, nabyl samostatně právní moci, neboť jde o výrok, který nebyl napaden podaným rozkladem, netvoří nedílný celek s ostatními výroky rozhodnutí a nabytím právní moci nemůže být způsobena zadavateli újma, který tento výrok nenapadal. Výrok I. tak nabyl právní moci marným uplynutím lhůty pro podání rozkladu, tedy 22. 11. 2016.
27. Pokud jde o výroky II., III. a IV. napadeného rozhodnutí, pak Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když napadeným rozhodnutím ve výroku II. rozhodl, že zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona v návaznosti na § 44 odst. 1 zákona a současně § 45 odst. 1 zákona, výrokem III. zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku a výrokem IV. uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
28. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K výroku II. napadeného rozhodnutí

29. Předně považuji za vhodné zabývat se procesní námitkou zadavatele, že Úřad neprovedl důkaz znaleckým posudkem, jež zadavatel navrhoval.
30. Dle závěru rozsudku Krajského soudu v Brně č.j. 30 Af 80/2012-65 ze dne 18.9.2014 „*[t]eprve pokud právní posouzení věci orgánem dohledu nedospěje k jednoznačnému závěru, je na místě opatřit si znalecký posudek k otázkám skutkovým. Znalecké posouzení není postaveno naroveň posouzení právnímu, nýbrž jde o podpůrný důkazní prostředek pro právní výklad.*“
31. Ustanovení § 3 správního řádu, které v obecné rovině vyjadřuje zásadu materiální pravdy, zavazuje správní orgán zjistit skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti v rozsahu, který je nezbytný pro soulad s požadavky zásady legality, zásady zákazu zneužívání pravomoci a správní úvahy, zásadou proporcionality a ochrany dobré víry, zásadou ochrany veřejného zájmu, zásadou nestranného přístupu či legitimního očekávání. Díkce § 3 správního řádu tak představuje pro správní orgán mantinely, ve kterých se pohybuje při určování rozsahu a způsobu, jakým zjišťuje skutečnosti nezbytné pro vydání rozhodnutí. Správní orgán, resp. Úřad přitom není vázán návrhy účastníků řízení, nýbrž potřebou provést pouze takové důkazy, které jsou nezbytné ke zjištění stavu věci. Je to pak právě Úřad, který je způsobilý posoudit potřebu provedení toho kterého důkazu k prokázání té které skutečnosti či naopak zhodnotit, že provedení toho kterého důkazu je vzhledem k dostatečné podloženosti určité skutečnosti či okolnosti nadbytečné.
32. V této souvislosti lze odkázat na závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 71/2009 – 113 ze dne 12. 5. 2010, dle kterého „*[v]e správním řízení vedle toho platí, že se znalec nepřibírá též tehdy, pokud správní orgán disponuje potřebnými odbornými znalostmi či si může opatřit odborné posouzení předmětných skutečností ze strany jiného správního orgánu. (...) Vychází se totiž z předpokladu, že úřední osoby mají dostatečné odborné znalosti, aby mohly samy posoudit odborné otázky vyskytující se v běžně vedených správních řízeních.*“
33. Úřad v bodě 105. napadeného rozhodnutí uvedl, že zadavatel měl v průběhu celého správního řízení možnost předložit znalecký posudek jako důkaz, přičemž však Úřad zadavateli nepřičítal k tíži, že tohoto práva na předložení důkazního prostředku nevyužil.
34. Dle § 51 správního řádu lze k provedení důkazů užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy. Znalecký posudek představuje ve správním řízení obecně přípustný důkazní prostředek, který je využíván ve smyslu § 56 správního řádu zejména v případě, když rozhodnutí správního orgánu – Úřadu – závisí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, úřední osoby těmito znalostmi nedisponují a současně není možné odborné posouzení takových skutečností opatřit od jiného správního orgánu. V šetřeném případě však Úřad nedospěl k závěru, že k posouzení mu známých skutečností je třeba vysoce odborných znalostí. Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel ze spolehlivě zjištěného stavu věci. Úřad ve svém právním posouzení vycházel ze znění požadavku zadavatele uvedeného v bodě 3.1.8 zadávací dokumentace a ten vyložil gramatickým výkladem, tedy

z hlediska možného významu jednotlivých použitých pojmů zadavatelem, přičemž právě z jeho znění dovodil nejednoznačné vymezení požadavku zadavatele, aniž by považoval za účelné a hospodárné potvrdit tyto závěry vypracováním znaleckého posudku. Uvedený postup Úřadu (neprovedení důkazu znaleckým posudkem) tedy nelze posoudit jako procesní vadu.

35. K námitce zadavatele, že Úřad pouze na základě gramatického výkladu dovodil netransparentní formulaci zadávacích podmínek, aniž by uvedl, jaký jiný způsob stanovení zadávacích podmínek považuje za z jeho strany vyhovující, uvádím, že úkolem Úřadu není předjímat či doporučovat, jaký postup má zadavatel zvolit, ale pouze přezkoumávat správnost postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Úřadu nemůže nahrazovat funkci zadavatele při řešení konkrétních problémů v procesu zadávání veřejných zakázek a předem schvalovat či určovat jeho postupy.
36. Dále se budu při vypořádání námitek zabývat hodnocením, zda zadavatel postupoval v souladu s § 44 odst.1 zákona, kdy je nutno především přihlídnout ke konkrétním okolnostem šetřené veřejné zakázky, nakolik konkrétně byla zadávací dokumentace formulována a nakolik obsahovala relevantní informace pro určení nabídkové ceny, jako jediného kritéria pro hodnocení pořadí nabídek uchazečů. Je tedy třeba se zabývat posouzením zákonnosti (oprávněnosti) požadavku zadavatele na neomezení využití dostupné novější technologie, jenž zadavatel specifikoval v bodě 3.1.8 zadávací dokumentace tak, že: *„Zadavatel požaduje pro všechny datové služby možnost využívání (v rámci nabídnuté služby) více různých alternativních technologií dle standardu např. GPRS, GPRS/EDGE, UMTS, 3G, HSDPA, LTE, resp., aby zadavatel v případě dostupnosti lepšího pokrytí nebyl omezen ve využití novější technologie.“*
37. Jak uvedl Úřad v bodě 97. napadeného rozhodnutí, požaduje-li zadavatel možnost, aby nebyl v případě dostupnosti lepšího pokrytí omezen na využití „novější technologie“, je nezbytné, aby zadavatel co nejpřesněji vymezil obsah svého požadavku, neboť se jedná o nedílnou součást předmětu plnění šetřené veřejné zakázky. Obdobně je třeba, aby zadavatel, požaduje-li v rámci datových služeb využití vícero různých alternativních technologií specifikovaných v článku 3.1.8 zadávací dokumentace demonstrativním výčtem, jednoznačně stanovil, které technologie požaduje, a které nikoliv. Zadávací dokumentace je rozhodujícím podkladem, na jehož základě dodavatelé zpracovávají a podávají své nabídky. Požadavky na předmět plnění a technické podmínky musí být v zadávací dokumentaci uvedeny takovým způsobem a v takovém rozsahu, aby byla zadávací dokumentace úplná a správná, a zároveň, aby byla jasná, srozumitelná, určitá a dostatečně podrobná tak, aby umožnila uchazečům podat vzájemně porovnatelné nabídky.
38. Zadavatel dále v rozkladu odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 21/2013 – 39 ze dne 30. 4. 2014 s tím, že Úřadu nepřísluší posuzovat vhodnost, přiměřenost nebo vymahatelnost podmínek vymezených zadavatelem. Úřad však neposuzoval zadavatelem namítané, posuzoval jednoznačnost zadávacích podmínek.
39. Dle ustálené judikatury, srov. k tomu např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 40/2013-127 ze dne 18. 9. 2014 *„základem zadávací dokumentace je co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní*

samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl.

40. *Ze zadávací dokumentace tedy musí být zcela jednoznačně patrné, za splnění jakých podmínek, jež se mají odrazit ve způsobu zpracování nabídky, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou nabídky „soutěžit“. Už při zpracování nabídky musí být jednotlivým uchazečům mimo jiné zřejmé, jak má být nabídka zpracována, aby vyhověla požadavkům zadavatele, a tedy aby mohla být hodnocena.*
41. *Ze shora uvedených důvodů nemůže obstát taková zadávací dokumentace, z níž zadavatelovy požadavky na zpracování nabídky nevyplývají jasně, přesně, srozumitelně a jednoznačně, tj. která v těchto ohledech objektivně připouští rozdílný výklad. Pokud objektivně existuje více možných výkladů týkajících se otázky způsobu zpracování nabídky, pak nemůže taková interpretační nejistota stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného.“*
42. *Zadavatel je povinen stanovit předmět plnění veřejné zakázky pomocí obecných specifikací (např. technické specifikace jako výkon a jeho parametry), které jsou dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům. Zadavatel tak měl pro zajištění porovnatelnosti nabídek uchazečů uvést alespoň aspekty příslušné služby, podle kterých je možné posoudit jednotlivé technologie, tzn. určit veličiny pro zadavatele rozhodné k posouzení parametru „lepšího pokrytí“ a požadavku na „novější technologie“. Zadavatel měl vyjádřit své požadavky v zadávací dokumentaci veřejné zakázky tak, aby nebyly v kolizi se zákonnou úpravou, neboť vždy může existovat potenciální dodavatel, který díky nevhodné a nejasné formulaci zadávacích podmínek může získat pochybnosti o tom, co je předmětem veřejné zakázky, tedy co zadavatel považuje za „novější technologie“.*
43. *Zadavatel dále v rámci rozkladových námitek odkazuje na zadávací podmínky Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy, které dle názoru zadavatele uvádí obdobné vymezení, a to: „Dodavatel v rámci datového tarifu zajistí možnost využívání více alternativních technologií dle standardů GPRS, EDGE, UMTS, HSDPA, CDMA, HSPA, LTE a popř. dalších technologií zavedených v době platnosti Smlouvy, resp. Dílčí smlouvy, v závislosti na výhodnosti jejich použití vzhledem k místním podmínkám tak, aby uživatel měl v daném místě a čase k dispozici připojení technologií s nejvyšší rychlostí nebo propustností sítě.“ a dále zadavatel uvádí, že všichni operátoři na trhu tento požadavek akceptovali.*
44. *K výše uvedenému konstatuji, že zadávací podmínky Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy obsahovaly jiné znění požadavku v zadávací dokumentaci na parametry „připojení technologií s nejvyšší rychlostí nebo propustností sítě“ na rozdíl od šetřeného případu, v němž požadavek zadavatele zněl na „novější technologie“ a parametr „lepšího pokrytí“. Z tohoto důvodu se jedná o skutkově odlišnou věc, a tudíž uvedená námitka není důvodná.*
45. *Zadavatel rovněž namítá závěr Úřadu, jenž učinil v bodě 101. napadeného rozhodnutí, o přenesení obchodního rizika na potenciální dodavatele. Vzhledem k požadavku, jaký klade zákon a ustálená judikatura na zpracování zadávací dokumentace, tedy požadavku na podrobné, správné a úplné vymezení předmětu plnění veřejné zakázky ve smyslu § 44 odst. 1 zákona, může být právě důsledkem takového přenosu rizika skutečnost, že by jednotliví uchazeči riziko, o němž by nebylo jisté, zda a případně v jaké podobě a intenzitě*

nastane, různým způsobem zohlednili ve svých nabídkách a přizpůsobili mu své nabídkové ceny, které by tak byly neporovnatelné. Uchazeči by na jejich základě fakticky ve svých nabídkách oceňovali i předem neznámé plnění odpovídající příslušnému riziku.

46. V posuzovaném případě tak lze hovořit o přenášení rizika na uchazeče, které může mít nepředvídatelný dopad na výši jejich nabídkových cen a způsobuje tak porušení § 44 odst. 1 zákona. Z rozhodovací praxe Úřadu týkající se problematiky zadávací dokumentace je zřejmé, že Úřad považuje precizní zpracování zadávací dokumentace za důležitou část zadávacího procesu a je nezbytné mu věnovat patřičnou pozornost a profesionalitu. Dodavatelé musí mít k dispozici veškeré informace nutné ke zpracování nabídky, a není tedy přípustné, aby zadavatel uvedl dodavatele v omyl či uvedl nedostatečné informace, případně aby byl text zadávací dokumentace nesrozumitelný nebo neurčitý tak, že by mohly vzniknout pochybnosti o výkladu určitého požadavku zadavatele, v tomto případě o výkladu požadavku na „novější technologie“ a „lepšího pokrytí“.
47. Zadavatel odpovídá v souladu s § 44 odst. 1 zákona za správnost a úplnost zadávacích podmínek, tudíž se zadavatel nemůže zprostit odpovědnosti za nejasnost a netransparentnost zadávacích podmínek jím zadávané veřejné zakázky tvrzením, že účelem požadavku na možnost využívání více alternativních technologií bylo právě zajištění dostatečné transparentnosti a nediskriminačního přístupu ke všem potencionálním dodavatelům. Jak uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 9 Afs 30/2010-182 ze dne 16. 11. 2010 *„zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za její zpracování je plně odpovědný zadavatel a je povinen ho zpracovat dostatečně kvalitně a s patřičnou odborností tak, aby na jeho základě bylo možno podat odpovídající a především vzájemně porovnatelné nabídky.“* V této souvislosti odkazují i na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 31/2012 - 55 ze dne 20. 6. 2012, v němž vyslovil názor, že odpovědnost za transparentní průběh zadávacího řízení nese za všech okolností zadavatel.
48. K výše uvedenému dále doplňuji, že zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem dodržena v průběhu celého zadávacího řízení, tedy i při tvorbě zadávacích podmínek. Účelem zásady transparentnosti, zakotvené v § 6 odst. 1 zákona, je zajištění toho, aby zadávání veřejné zakázky proběhlo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů. Porušením této zásady je pak jakékoliv jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení. Tak tomu může být např. i tehdy, pokud zadávací dokumentace neobsahuje jednoznačně a srozumitelně formulované zadávací podmínky (na straně uchazečů může vzniknout interpretační nejistota ohledně údajů uvedených zadavatelem v zadávací dokumentaci).
49. S ohledem na výše uvedené uzavírám, že postup Úřadu ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí považuji za věcně správný. Zadavatel učinil zadávací podmínky netransparentními, když nevymezil předmět veřejné zakázky v takových podrobnostech, které jsou nezbytné pro zpracování nabídky uchazečům, neposkytl informace nezbytné k ocenění nákladů na požadované technologie, když uchazeči nemají jistotu, které technologie zadavatel požaduje a které nikoliv. Uchazeči si nemohli učinit představu

o tom, jaké veličiny jsou rozhodné pro zadavatele k posouzení požadavku na „novější technologie“ a parametru „lepšího pokrytí“. Základem zadávací dokumentace je co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl, popř. zda hodnotil jen takové nabídky, které hodnotit měl.

K výrokům III. a IV. napadeného rozhodnutí

50. K námitce zadavatele ohledně odůvodnění uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 zákona, uvádím následující. Úřad posoudil pochybení zadavatele ve vztahu k vlivu na výběr nejvhodnější nabídky v bodech 106. až 110. napadeného rozhodnutí. K tomu dále uvádím, že nelze s určitostí konstatovat, že zadávací dokumentace bez pochyb poskytuje uchazečům jasný návod, jak koncipovat své nabídky, aby s nimi mohli regulérně soutěžit. Z výše uvedeného vyplývá, že netransparentně stanovený požadavek zadavatele v bodě 3.1.8 zadávací dokumentace má přímý vliv na porovnatelnost nabídek, a tudíž může mít rovněž vliv na výběr nejvhodnější nabídky, přičemž zákon nevyžaduje prokázání podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky. Úřad tedy s odkazem na ustálenou judikaturu správně dovodil, že postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
51. Jak vyplývá z výroku II. napadeného rozhodnutí, zadavatel pochybil při stanovení zadávacích podmínek, když stanovil jejich nejasnost požadavkem v bodě 3.1.8 zadávací dokumentace na „novější technologie“ a „lepšího pokrytí“. Vzhledem k tomu Úřad postupoval v souladu se zákonem, konkr. s § 118 odst. 1 zákona, když zadavateli uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení jako celku, jelikož pouze takové nápravné opatření může zhojit nezákonný postup zadavatele, jenž nastal již na počátku zadávacího řízení.
52. Jelikož napadeným rozhodnutím Úřad rozhodl o nápravném opatření podle § 118 odst. 1 zákona, postupoval Úřad v souladu s § 119 odst. 2 zákona, když zadavateli výrokem IV. napadeného rozhodnutí určil uhradit náklady řízení ve výši, již stanoví prováděcí předpis.
53. Vzhledem k výše uvedenému jsem dospěl k závěru, že výroky III. a IV. napadeného rozhodnutí jsou rovněž zákonné.
54. Závěrem konstatuji, že zjištění skutkových okolností Úřadem po vydání původního rozhodnutí o rozkladu bylo dostatečné pro vydání napadeného rozhodnutí a Úřad při jejich posouzení postupoval v souladu s právními předpisy, přičemž z odůvodnění napadeného rozhodnutí je seznatelné, jakými úvahami se Úřad zabýval a jak dospěl k učiněným závěrům.

VI. Závěr

55. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

56. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí o rozkladu.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Česká republika – Ministerstvo zemědělství, Těšnov 65/17, 110 00 Praha 1 – Nové Město

Vypraveno dne:

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