



UOHSX00ACEK6

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0040/2017/VZ-21855/2017/531/MHo

Brno: 27. července 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 26.1.2017, na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Státní fond dopravní infrastruktury, IČO 70856508, se sídlem Sokolovská 1955/278, 190 00 Praha - Libeň,
- navrhovatel – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 - Michle, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 18.8.2016 Tomášem Pfefferem, členem Sdružení INDOC, IČO 87705508, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha - Břevnov,
- vybraný uchazeč – Vodafone Czech Republic a.s., IČO 25788001, se sídlem náměstí Junkových 2808/2, 155 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 11.3.2016 Mgr. Michalem Horou, advokátem, ev. č. ČAK 11184, IČO 71457453, se sídlem Masarykovo nábřeží 247/14, 110 00 Praha - Nové Město,

ve věci veřejné zakázky „MOBILNÍ TELEKOMUNIKAČNÍ SLUŽBY PRO RESORT DOPRAVY“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21.3.2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22.3.2016, pod ev. č. 629659, ve znění oprav uveřejněných dne 15.4.2016 a dne 5.5.2016, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 25.3.2016 pod ev. č. 2016/S 060-101869, ve znění oprav uveřejněných dne 20.4.2016 pod ev. č. 2016/S 077-136595 a dne 7.5.2016 pod ev. č. 2016/S 089-158159,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Státní fond dopravní infrastruktury, IČO 70856508, se sídlem Sokolovská 1955/278, 190 00 Praha - Libeň – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „MOBILNÍ TELEKOMUNIKAČNÍ SLUŽBY PRO RESORT DOPRAVY“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21.3.2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22.3.2016, pod ev. č. 629659, ve znění oprav uveřejněných dne 15.4.2016 a dne 5.5.2016, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 25.3.2016 pod ev. č. 2016/S 060-101869, ve znění oprav uveřejněných dne 20.4.2016 pod ev. č. 2016/S 077-136595 a dne 7.5.2016 pod ev. č. 2016/S 089-158159, postup stanovený v § 77 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 6 odst. 1 citovaného zákona, tím, že při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče – Vodafone Czech Republic a.s., IČO 25788001, se sídlem náměstí Junkových 2808/2, 155 00 Praha 5 – akceptoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 9.11.2016 poskytnuté shora jmenovaným vybraným uchazečem, aniž by ozřejmil, na základě čeho byly rozptýleny jeho pochybnosti o reálnosti nabídkových cen za položky „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“, což bylo předmětem jeho žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 4.11.2016 výše jmenovaného vybraného uchazeče, a z jakého konkrétního důvodu, resp. jakých objektivních příčin, tedy považuje nabídkovou cenu vybraného uchazeče za odůvodněně mimořádně nízkou, čímž se stal postup zadavatele netransparentním, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Státní fond dopravní infrastruktury, IČO 70856508, se sídlem Sokolovská 1955/278, 190 00 Praha - Libeň – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** úkony zadavatele spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče – Vodafone Czech Republic a.s., IČO 25788001, se sídlem náměstí Junkových 2808/2, 155 00 Praha 5 – z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny, zaznamenané v protokolu o dokončení posouzení nabídek ze dne 11.11.2016, ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 11.11.2016, v protokolu o dokončení posouzení nabídek ze dne 20.12.2016 a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20.12.2016, a současně ruší i všechny následující úkony učiněné zadavatelem v zadávacím řízení, a to včetně rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 22.12.2016 v předmětném zadávacím řízení.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Státní fond dopravní infrastruktury, IČO 70856508, se sídlem Sokolovská 1955/278, 190 00 Praha - Libeň – **ukládá:**

uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Státní fond dopravní infrastruktury, IČO 70856508, se sídlem Sokolovská 1955/278, 190 00 Praha - Libeň (dále jen „zadavatel“) – odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)¹ do Věstníku veřejných zakázek dne 21.3.2016 a uveřejnil dne 22.3.2016, pod ev. č. 629659, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „MOBILNÍ TELEKOMUNIKAČNÍ SLUŽBY PRO RESORT DOPRAVY“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodu II.1.5) oznámení o zakázce zadavatel vymezil předmět plnění veřejné zakázky jako *„poskytování hlasových a datových telekomunikačních služeb prostřednictvím mobilního operátora pro zadavatele na základě uzavřené rámcové smlouvy. Součástí plnění je zajištění všech činností souvisejících se zajištěním požadovaných služeb. Zadavatel předpokládá provoz cca 4500 ks SIM karet, vyhrazuje si však právo toto množství v budoucnu zvýšit či snížit podle svých aktuálních potřeb.“*
3. Zadavatel v bodu IV.1.1) oznámení o zakázce dále určil, že veřejná zakázka bude zadávána v otevřeném řízení, přičemž v bodu IV.3.4) oznámení o zakázce určil lhůtu pro podání nabídek, a to do 13.5.2016. Lhůta pro podání nabídek byla zadavatelem následně změněna na 27.6.2016.
4. Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky stanoveným v bodu IV.2.1) oznámení o zakázce byla nejnižší nabídková cena.
5. Z „Protokolu o otevírání nabídek podaných v elektronické podobě“ ze dne 27.6.2016 vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem tři nabídky na plnění předmětné veřejné zakázky, a to včetně nabídky podané uchazečem – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 - Michle, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 18.8.2016 Tomášem Pfefferem, členem Sdružení INDOC, IČO 87705508, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha - Břevnov (dále jen „navrhovatel“) – přičemž hodnotící komise ani u jedné z nabídek neshledala důvody pro její vyřazení podle § 71 odst. 9 zákona. Do další fáze šetřeného zadávacího řízení tedy postoupily všechny tři nabídky.
6. Jak je zřejmé ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20.12.2016, hodnotící komise po provedeném hodnocení nabídek stanovila jejich výsledné pořadí, přičemž první v pořadí se umístila nabídka uchazeče Vodafone Czech Republic a.s., IČO 25788001, se sídlem náměstí Junkových 2808/2, 155 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 11.3.2016 Mgr. Michalem Horou, advokátem, ev. č. ČAK 11184, IČO 71457453, se sídlem Masarykovo nábřeží 247/14, 110 00 Praha - Nové Město (dále jen „vybraný uchazeč“).
7. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 22.12.2016 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, tj. nabídky podané vybraným uchazečem. Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky obdržel navrhovatel dne 27.12.2016.

¹ Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávání veřejné zakázky.

8. Proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky podal navrhovatel dne 9.1.2017 námitky, které zadavatel obdržel téhož dne. Zadavatel po přezkoumání těmito námitkám nevyhověl, jak vyplývá z jeho rozhodnutí ze dne 13.1.2017, které bylo navrhovateli doručeno dne 16.1.2017.
9. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 26.1.2017 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. OBSAH NÁVRHU

10. Z návrhu navrhovatele vyplývá, že směřuje proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 22.12.2016.
11. Navrhovatel v úvodu návrhu rekapituluje dosavadní průběh šetřeného zadávacího řízení, resp. úkony zadavatele, jež předcházely jím napadanému rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, a to včetně správního řízení, které bylo Úřadem vedeno o totožné veřejné zakázce, v rámci něhož bylo vydáno rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0574/2016/VZ-42622/2016/531/MHo ze dne 18.10.2016 (dále jen „původní rozhodnutí Úřadu“). Navrhovatel konstatuje, že rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 22.12.2016 je, stejně jako předcházející 2 rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, která byla zrušena, rozporné se zákonem, jelikož posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče nebylo hodnotící komisí opět provedeno transparentně.
12. Navrhovatel v dalším shrnuje základní teze návrhu, jež jsou následující:
 - rozdíl mezi nabídkovou cenou vybraného uchazeče a uchazeče, jehož nabídka se umístila jako druhá v pořadí, je 29 %,
 - rozdíl mezi nabídkovou cenou vybraného uchazeče a průměrnou nabídkovou cenou ostatních uchazečů je 30,5 %, přičemž nabídková cena vybraného uchazeče odpovídá přibližně 33 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky,
 - zadavatel transparentním a přezkoumatelným způsobem nezdůvodnil, na základě jakých příčin nepovažuje nabídkové ceny uchazečů, včetně nabídky vybraného uchazeče, v jiných než dotazovaných položkách, za mimořádně nízké, ačkoliv mu toto již jednou bylo výslovně vytknuto v původním rozhodnutí Úřadu; stejně tak zadavatel řádně nezdůvodnil, proč posoudil písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče za opodstatněné,
 - skutečnou nabídkovou cenou u posuzované veřejné zakázky, která je zadávána na rámcovou smlouvu, jsou právě ceny jednotlivých položek a uchazečům musí být zaručena možnost seznámit se s jejich výší,
 - jednotkové ceny nejsou „rozpočtovými položkami“, jak tvrdí zadavatel; jde o rámcovou smlouvu na dílčí služby a tyto budou objednávány právě po jednotkových cenách,
 - jako rozpočtové položky, po nichž uchazečům „nic není“ a nemají tak právo se s nimi seznámit, je možno vnímat toliko dílčí ceny u veřejných zakázek tvořících závazně

oceněný celek, jako jsou např. stavby, ucelené dodávky, apod.; v žádném případě tak však nelze označovat jednotkové ceny ve veřejné zakázce na rámcovou smlouvu,

- zadavatel pro nové posouzení a hodnocení nabídek neustanovil jinou hodnotící komisi, případně neprovedl nové posouzení a hodnocení nabídek sám, ačkoliv hodnotící komise porušila postup stanovený zákonem, jak potvrzuje původní rozhodnutí Úřadu.

13. Navrhovatel sděluje, že hodnotící komise shledala nabídkovou cenu vybraného uchazeče za mimořádně nízkou v těchto 7 položkách: „Odeslání 1 SMS (do všech sítí bez rozdílu operátora)“, „Datové balíčky - roaming EU, měsíční paušál 50 MB“, „Datové balíčky - roaming EU, měsíční paušál 250 MB“, „Datové balíčky - roaming EU, měsíční paušál 500 MB“, „Datové balíčky - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datové balíčky - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“ a „Datové balíčky - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“. Podle slov navrhovatele hodnotící komise ve vztahu ke zbývajícím položkám vybraného uchazeče toliko uvedla, že ceny za tyto položky lze považovat za reálné, aniž by dané konstatování jakkoliv blíže zdůvodnila. Navrhovatel podotýká, že hodnotící komise transparentním způsobem nezachytila, jaké konkrétní okolnosti ji vedly k přesvědčení, že cena za položku „Odeslání 1 SMS (do všech sítí bez rozdílu operátora)“ není u vybraného uchazeče mimořádně nízká. Hodnotící komise totiž pouze odkázala na údajnou analýzu dánské společnosti Strand Consult zveřejněnou na jejích webových stránkách. Navrhovatel upozorňuje, že jmenovaná společnost je komerční společností a předmětná analýza je ve své podstatě reklamním článkem, jenž láká na jeden z workshopů nabízených touto společností, tudíž rozhodně není možné hovořit o její objektivitě. Hodnotící komise dále odkazuje na průzkum trhu cen SMS jiných zadavatelů, který měla provést, avšak neuvádí žádné podrobnosti ohledně tohoto průzkumu, a její tvrzení, stran existence minimálně 3 organizací, jež v rámci zadávacích řízení vysoutěžily obdobnou cenu SMS zpráv, nechává zcela bez důkazní opory. Navrhovateli tak hodnotící komise znemožnila si její závěry ověřit a zaujmout k nim stanovisko.
14. Obdobná situace pak podle navrhovatele nastává i ve vztahu ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče v položkách týkajících se datových balíčků, a to jak u roamingu v rámci Evropské unie (dále i jen „EU“), tak i u roamingu pro zbytek světa. Hodnotící komise odkazuje na členství vybraného uchazeče v nadnárodním koncernu Vodafone a zákaz účtování zvláštních poplatků za datový roaming v rámci EU, jenž bude nicméně účinný až od poloviny roku 2017 a má odůvodňovat nižší nabídkové ceny. Hodnotící komise si na své jednání konané dne 20.12.2016 současně přizvala poradce, a to pana Viléma Hermana, dle jehož znalostí telefonního trhu a porovnání zahraničních cen jsou údajně ceny vybraného uchazeče za položky týkající se datových balíčků obvyklé a nepředstavují tedy riziko. Navrhovatel poznamenává, že přizvaný poradce se v jeho závěrech omezil na nicneříkající tvrzení, kdy nadto zcela opomenul nabídkové ceny datových balíčků u roamingu pro zbytek světa. K argumentu členství vybraného uchazeče v nadnárodním koncernu skupiny Vodafone navrhovatel uvádí, že Vodafone má přímé zastoupení toliko ve 26 státech, kdy 13 z nich se nachází v Evropě a pouze 13 ve zbytku světa, jehož položkových cen se mimořádně nízké nabídkové ceny týkají.
15. Navrhovatel s ohledem na výše řečené předesílá, že závěr hodnotící komise, že zdůvodnění výše nabídnutých cen poskytnuté vybraným uchazečem je opodstatněné a jím nabídnuté

ceny tak nejsou mimořádně nízké, se neopírá o žádné relevantní skutečnosti a fakta. Za účelem podpory svých tvrzení navrhovatel odkazuje na původní rozhodnutí Úřadu, v němž se Úřad vyjadřoval k postupu zadavatele při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny a jeho přezkoumatelnosti. Navrhovatel uvádí, že zadavatel, resp. hodnotící komise rezignovala na jakoukoliv vlastní analýzu, kdy prosté konstatování, že „zdůvodnění vybraného uchazeče je důvodné“, bez toho, aby tento závěr byl relevantně podpořen konkrétními fakty, nemůže obstát. Navrhovatel má tudíž za to, že hodnotící komise při posouzení nabídek jednala netransparentně, čili v rozporu se zákonem, když akceptovala zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, aniž by tento svůj postup řádně a přezkoumatelně odůvodnila.

16. Navrhovatel dodává, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20.12.2016 není po obsahové stránce dostatečná, neboť transparentně nezachycuje popis způsobu hodnocení nabídek. Navrhovatel měl zájem z jednotkových nabídkových cen vybraného uchazeče zjistit, v jakých konkrétních službách byla jím podaná nabídka levnější v komparaci s nabídkou navrhovatele, nicméně v předmětné zprávě, jakož ani v žádném jiném dokumentu poskytnutém zadavatelem, nejsou tyto jednotkové ceny zveřejněny. Navrhovatel vyslovuje názor, že faktickou nabídkovou cenou jsou u posuzované veřejné zakázky, jež je zadávána na rámcovou smlouvu, vždy jednotkové ceny plnění. Jedině tyto ceny jsou totiž závazné, přičemž musí být vítězným dodavatelem zaručeny v celém průběhu plnění veřejné zakázky. Nemůže tak dojít k jejich skrytí ze strany zadavatele.
17. Navrhovatel doplňuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 79 odst. 5 zákona, když pro nové posouzení a hodnocení nabídek neustanovil jinou hodnotící komisi, případně neprovedl nové posouzení a hodnocení nabídek sám, ačkoliv hodnotící komise porušila postup stanovený zákonem, jak bylo jednoznačně uvedeno v původním rozhodnutí Úřadu.
18. Na základě všech výše uvedených argumentů tudíž navrhovatel v závěru jeho návrhu Úřadu navrhuje vydání předběžného opatření spočívajícího v nařízení zakazu uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku zadavateli. Dále navrhovatel Úřadu navrhuje uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 22.12.2016 a všech navazujících úkonů, popř. ve zrušení celého zadávacího řízení.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

19. Podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 26.1.2017, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen taktéž dne 26.1.2017.
20. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
21. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům pod č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-02871/2017/531/MHo dne 27.1.2017.

22. Usnesením č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-05648/2017/531/MHo ze dne 14.2.2017 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to informování Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel případně provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o veřejné zakázce podle § 17 písm. v) zákona pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
23. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-05762/2017/531/MHo ze dne 14.2.2017 o předběžném opatření Úřad zadavateli uložil na návrh navrhovatele zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na šetřenou veřejnou zakázku.
24. Usnesením č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-06113/2017/531/MHo ze dne 16.2.2017 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 3.2.2017

25. Zadavatel se k návrhu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 3.2.2017, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž konstatuje následující.
26. Zadavatel primárně poznamenává, že za situace, kdy vybraného uchazeče požádal o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny a následně toto zdůvodnění akceptoval, nestíhalo jej důkazní břemeno natolik silné, jako by tomu bylo v případě, že by dané zdůvodnění nepřijal a vybraného uchazeče vzhledem k tomu vyloučil. Cílem zadavatele je vysoutěžít poptávaný předmět plnění veřejné zakázky za co nejnižší nabídkovou cenu, nicméně navrhovatel svým jednáním dosažení tohoto cíle brání a nutí jej jednat v rozporu se zásadou řádného hospodáře. Zadavatel upozorňuje, že navrhovatel nevznáší žádné konkrétní argumenty, jimiž by relevantně podpořil, že nabídková cena vybraného uchazeče je skutečně mimořádně nízká.
27. K argumentu navrhovatele, že přezkoumatelným způsobem nezdůvodnil, na základě jakých příčin nepovažuje nabídkovou cenu vybraného uchazeče v jiných položkách než v těch, vůči nimž směřovala žádost o zdůvodnění ze dne 4.11.2016, za nabídkovou cenu mimořádně nízkou, zadavatel uvádí, že tyto důvody řádně specifikoval v „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 20.12.2016. Podle slov zadavatele byl těmito důvody i fakt, že příslušné položky tvořící nabídkovou cenu vybraného uchazeče, jež hodnotící komise nepožadovala s ohledem na možný výskyt mimořádně nízké nabídkové ceny zdůvodnit, nebyly pro stanovení nabídkové ceny podstatné.
28. Zadavatel nesouhlasí s názorem navrhovatele, že z jeho strany nebylo zdůvodněno, proč pokládá cenu za položku „Odeslání 1 SMS (do všech sítí bez rozdílu operátora)“ v nabídce vybraného uchazeče za reálnou. Tyto důvody byly podrobně popsány v „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 20.12.2016. Stejně tak hodnotící komise poskytla ve shora jmenovaném protokolu náležité vysvětlení, na základě jakých důvodů považuje ceny za položky týkající se „Datových balíčků - roaming EU“ a „Datových balíčků - roaming zbytek světa“ v nabídce vybraného uchazeče za reálné.
29. Zadavatel v dalším vyjadřuje přesvědčení, že není povinen zveřejňovat jednotlivé rozpočtové položky nabídek uchazečů v žádném dokumentu, jenž tvoří součást dokumentace o šetřené veřejné zakázce. Za účelem podpory právě řečeného zadavatel odkazuje na závěry vyjádřené v bodě 74. odůvodnění původního rozhodnutí Úřadu. Zadavatel má konečně za to, že nepostupoval v rozporu se zákonem, když pro nové posouzení a hodnocení nabídek

neustanovil novou hodnotící komisi, popř. tyto úkony neučinil sám. Zadavatel sděluje, že neměl pochybnosti o tom, že hodnotící komise postupuje v celém průběhu zadávacího řízení v souladu se zákonem a neměl proto důvod podlomit její důvěryhodnost tím, že jmenuje komisi novou, potažmo že dané úkony provede sám.

Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 23.2.2017

30. Vybraný uchazeč se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-06113/2017/531/MHo ze dne 16.2.2017 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 23.2.2017, které Úřad obdržel dne 24.2.2017, přičemž konstatuje následující.
31. Vybraný uchazeč předně vyslovuje nesouhlas s tvrzeními navrhovatele, jimiž zpochybňuje postup zadavatele při posouzení jeho nabídky z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny. Vybraný uchazeč podotýká, že zadavatel v šetřeném případě postupoval tak, jak mu ukládá ustanovení § 77 zákona, když jej vyzval ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny identifikované v jím podané nabídce, přičemž vybraný uchazeč mu toto zdůvodnění poskytl. V rámci tohoto zdůvodnění vybraný uchazeč zadavateli potvrdil, že jím nabízené ceny jsou cenami, za něž je schopen předmět plnění veřejné zakázky realizovat. Vybraný uchazeč shledává odůvodnění zadavatele, že jeho pochybnosti stran výskytu mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče byly rozptýleny, za zcela odpovídající požadavkům zákona.
32. Vybraný uchazeč v dalším rozporuje argumentaci navrhovatele týkající se procentuálního rozdílu mezi nabídkovou cenou vybraného uchazeče a průměrnou nabídkovou cenou ostatních uchazečů o posuzovanou veřejnou zakázku. Vybraný uchazeč v této souvislosti upozorňuje, že výši nabídkových cen ostatních uchazečů je možné z hlediska identifikace mimořádně nízké nabídkové ceny považovat toliko za podpůrné vodítko, jak je ostatně zřejmé i z rozhodovací praxe Úřadu. Vybraný uchazeč se současně ohrazuje proti argumentaci navrhovatele, kdy tento srovnává ceny za datové balíčky uvedené v nabídce vybraného uchazeče s cenami za totožné služby uvedenými na jeho webových stránkách. Vybraný uchazeč podotýká, že poskytnutí zvýhodněných cen v zadávacím řízení na konkrétní veřejnou zakázku, v komparaci s cenami nabízenými v oficiálním ceníku, je běžnou praxí všech subjektů podnikajících na poli telekomunikačních služeb. Vybraný uchazeč konečně nesouhlasí s názorem navrhovatele, že zadavatele stíhá povinnost zveřejnit jednotkové ceny všech 22 položek, jež tvoří předmět plnění šetřené veřejné zakázky.
33. S odkazem na výše uvedené skutečnosti tudíž vybraný uchazeč v závěru jeho stanoviska Úřadu navrhuje, aby návrh zamítl.
34. Zadavatel ani navrhovatel se ve lhůtě určené usnesením Úřadu č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-06113/2017/531/MHo ze dne 16.2.2017, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřili.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 2.3.2017

35. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-07749/2017/531/MHo ze dne 2.3.2017 ve výroku I. zamítl podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona návrh navrhovatele v části návrhu, která se týká možného porušení § 79 odst. 5 zákona tím, že zadavatel pro nové posouzení a hodnocení nabídek neustanovil jinou hodnotící komisi, případně neprovedl nové posouzení a hodnocení nabídek sám, ačkoliv zjistil, že hodnotící komise porušila postup stanovený zákonem, neboť návrh v této části nebyl podán oprávněnou osobou.

36. Ve výroku II. shora citovaného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když při posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nedodržel zásadu transparentnosti tím, že úkon hodnotící komise spojený s vyžádáním písemného zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče, resp. těch částí jeho nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné, učiněný v „Žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny“ ze dne 4.11.2016, neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, když v předmětné žádosti absentovalo sdělení zadavatele, jaké informace bude od vybraného uchazeče pro potřeby posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny obsažené v jeho nabídce vyžadovat, čímž způsobil, že i navazující úkony související s posouzením otázky mimořádně nízké nabídkové ceny u vybraného uchazeče nebyly provedeny transparentně, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
37. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku II. výše citovaného rozhodnutí Úřad výrokem III. předmětného rozhodnutí podle § 118 odst. 1 zákona zrušil úkony zadavatele spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny, zdokumentované v protokolu o dokončení posouzení nabídek ze dne 11.11.2016, ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 11.11.2016, v protokolu o dokončení posouzení nabídek ze dne 20.12.2016 a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20.12.2016, a současně zrušil i všechny následující úkony učiněné zadavatelem v zadávacím řízení, a to včetně rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 22.12.2016.
38. Současně Úřad uvedeným rozhodnutím rozhodl o uložení úhrady nákladů řízení zadavateli ve výši 30 000,- Kč (výrok IV.).
39. Proti výrokům II., III. a IV. výše zmíněného rozhodnutí podal zadavatel nedatovaný rozklad, který byl Úřadu doručen dne 17.3.2017.

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 5.6.2017

40. Po projednání rozkladu předseda Úřadu rozhodnutím č.j. ÚOHS-R0055/2017/VZ-16894/2017/323/LVa ze dne 5.6.2017, které nabylo právní moci dne 12.6.2017 (dále jen „druhostupňové rozhodnutí“), zrušil výroky II. až IV. prvostupňového rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-07749/2017/531/MHo ze dne 2.3.2017 (dále jen „napadené rozhodnutí“) a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
41. Předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí konstatoval, že daný výrok *„proto považuji za výrok, který netvoří s výroky II., III. a IV. napadeného rozhodnutí nedílný celek. (...) Protože rozklad zadavatele směřoval jen proti výrokům II. III. a IV. napadeného rozhodnutí, které netvoří nedílný celek s výrokem I. napadeného rozhodnutí, a protože tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabyl podle § 82 odst. 3 správního řádu výrok I. napadeného rozhodnutí (...) právní moci dne 21.3.2017.“*
42. Předseda Úřadu se dále v druhostupňovém rozhodnutí věnoval tomu, jak má být formulována žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, resp. těch částí nabídky konkrétního uchazeče, jež jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. K tomu konstatoval, že

„zákon v § 77 výslovně neuvádí, jak má být formulována žádost o písemné zdůvodnění MNNC, avšak je třeba se přiklonit k závěru, že tento požadavek vyplývá ze zásady transparentnosti uvedené v § 6 odst. 1 zákona. (...) Stejně tak dojdeme k závěru, že výzva zadavatele k písemnému zdůvodnění MNNC by měla splňovat požadavek transparentnosti, z čehož vyplývá určitá míra konkretizace této žádosti. Rozhodovací praxe se kloní k závěru, že tato výzva by měla být poměrně dost konkrétní, avšak tento závěr je v jistých případech nutno modifikovat podle konkrétních skutkových okolností (...).“

43. Pokud jde o důvody zrušení výroků II. až IV. napadeného rozhodnutí, pak předseda Úřadu uvedl, že ačkoliv *„Úřad v bodu 71 napadeného rozhodnutí správně uvádí, že při své přezkumné činnosti není oprávněn vstupovat do myšlenkových pochodů hodnotící komise, a tyto jakkoli přezkoumávat, hodnotit či nahrazovat vlastním správním uvážením, shledávám, že Úřad v šetřeném případě rozhodnutí postavil právě na jeho vlastním posouzení dostatečnosti, resp. údajné nekonkrétnosti odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče.“* Podle předsedy Úřadu z judikatury správních soudů vyplývá, že úkolem Úřadu je kontrola rámce, ve kterém se posuzování a hodnocení nabídek provádí, a nikoliv samotné kvality posouzení a výběru nejvhodnější nabídky. K tomu předseda Úřadu v dalším konstatoval, že postup hodnotící komise při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny sice musí podléhat kontrole Úřadem, nicméně jeho přezkumná činnost se musí omezit na to, zda hodnotící komise dodržela předepsané postupy. Jinými slovy řečeno Úřad není oprávněn vstupovat do myšlenkových pochodů členů hodnotící komise a tyto přezkoumávat, neboť hodnotící komise sestává z odborníků vybraných zadavatelem, jimž je pravomoc posoudit odborné otázky týkající se posouzení a hodnocení nabídek dána ze zákona. Předseda Úřadu současně uvedl, že ačkoliv Úřad úvod napadeného rozhodnutí věnoval výlučně posouzení postupu zadavatele, ve svém výsledku se jeho závěry opírají o vyhodnocení konkrétnosti či nekonkrétnosti zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče.
44. Předseda Úřadu dále uvádí, že v šetřeném případě se *„zkoumání Úřadu mělo omezit na to, zda hodnotící komise splnila zákonem předepsaný postup, a sice zda posoudila výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, identifikovala MNNC, vyžádala si od uchazeče s MNNC písemné zdůvodnění, a jestli přijetí nebo odmítnutí tohoto zdůvodnění bylo odůvodněné logickou úvahou zadavatele. (...) Pokud Úřad v napadeném rozhodnutí došel k závěru, že hodnotící komise svůj dotaz neformulovala dostatečně, je třeba si rovněž položit otázku, zda tato skutečnost měla či mohla mít vliv na zákonnost „celého“ postupu zadavatele, resp. zda takové jednání zadavatele mohlo mít vliv i na zákonnost přijetí nebo odmítnutí zdůvodnění MNNC.“*
45. Podle předsedy Úřadu je k naplnění zásady transparentnosti zadávacího řízení nezbytné, aby hodnotící komise, potažmo zadavatel, ve své žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny sdělila, jaké konkrétní informace bude od uchazeče vyžadovat a upřesnila, jaké konkrétní informace, kupříkladu v podobě cenových kalkulací, má tento uchazeč učinit součástí jím poskytnutého zdůvodnění, aby vyvstalé pochybnosti rozptýlil. Jádrem posouzení zákonnosti hodnotící komise by tudíž vždy mělo být, zda dospěla k určitému závěru, stran reálnosti nabídkové ceny, na základě logické a obhajitelné úvahy.
46. K výše popsanému předseda Úřadu doplňuje, že v obecné rovině *„je třeba souhlasit s Úřadem, že by uchazeči na vysvětlení svých, pochyby vzbuzujících, nabídkových cen mohli*

jako vhodný důkaz předkládat rozklady cen, neboť u řady odvětví toto má své reálné opodstatnění (...), avšak trh mobilních operátorů je specifický strukturou dodavatelů i předmětem služeb. Ne ve všech případech tak musí být vyžadovány např. cenové kalkulace a rozklady cen (...). (...) Avšak v nyní řešené situaci (kdy zadavatel provedl posouzení zdůvodnění vyzvaného uchazeče a vyzvaného uchazeče nevyloučil) i přes „nedostatečně formulovaný“ dotaz zadavatele by mohl konečný závěr zadavatele o akceptaci zdůvodnění vyzvaného uchazeče být v souladu se zákonem, a k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky by tak nemuselo dojít.“

47. Předseda Úřadu poznamenává, že Úřad v šetřené věci nepostupoval jako arbitr postupu zadavatele, nýbrž sám hodnotil dostatečnost a konkrétnost odpovědi vybraného uchazeče na žádost hodnotící komise o zdůvodnění jeho mimořádně nízké nabídkové ceny, aniž by tomu však učinil za dostatečného zdůvodnění, podloženého tím, co je zaznamenáno v dokumentaci o posuzované veřejné zakázce. Dle názoru předsedy Úřadu tím, že Úřad zhodnotil odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče jako příliš vágní, vstupoval de facto do myšlenkových pochodů hodnotící komise, k čemuž však není oprávněn, přičemž k danému závěru dospěl bez toho, aby řádně zdůvodnil, proč takto posoudil odpověď vybraného uchazeče, a aniž by z napadeného rozhodnutí bylo patrné, jak posoudil odpověď vybraného uchazeče zadavatel, a případně, proč má Úřad tuto odpověď za nekonkrétní.
48. K výše řečenému předseda Úřadu dodává, že ve zde posuzovaném případě měl tedy Úřad posuzovat otázku, zda zadavatel zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče, čili i závěr o reálnosti jeho nabídkové ceny, vyhodnotil dostatečně a tento závěr podložil logickou úvahou, přičemž měl předmětné vyhodnocení odpovědi zadavatelem posoudit s akcentem na předmět plnění veřejné zakázky. V dalším měl být brán zřetel na fakt, že zadavatel při posuzování nabídkové ceny vybraného uchazeče přihlédl k tomu, že mu již vybraným uchazečem byly telekomunikační služby za obdobné ceny poskytovány.
49. S odkazem na shora popsané tak předseda Úřadu shrnuje, že Úřad v napadeném rozhodnutí sám hodnotil relevantnost vybraným uchazečem předloženého zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny a současně se dostatečně nezabýval vlivem šetřeného jednání zadavatele, tj. formulace žádosti na zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, na navazující úkony související s posouzením otázky mimořádně nízké nabídkové ceny u vybraného uchazeče, resp. na zákonnost „celého“ postupu zadavatele podle § 77 zákona na základě dostatečně zjištěného skutkového stavu věci. Dle slov předsedy Úřadu Úřad de facto automaticky považoval vzhledem k nedostatečnosti žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče za nedostatečnou i odpověď vybraného uchazeče na tuto žádost a následně i přijetí zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny učiněné zadavatelem, aniž by jej blíže posoudil, ačkoliv by případně při zohlednění specifických okolností případu mohlo obstát.
50. K postupu Úřadu v novém projednání věci předseda Úřadu uvádí, že *„Při novém projednání věci Úřad za situace, kdy zadavatel již provedl posouzení odůvodnění MNNC vybraného uchazeče a samotný závěr o nedostatečnosti dotazu zadavatele tak nemůže prokázat naplnění vlivu postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky, znovu posoudí, zda při zohlednění předmětu plnění veřejné zakázky zadavatel posoudil zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny v souladu se zákonem. Úřad se bude zabývat institutem MNNC v celém*

rozsahu, tedy všemi úkony v rámci posuzování MNNC a konkrétními okolnostmi tohoto případu. Pro posouzení tohoto postupu Úřad provede řádné dokazování a zjistí skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Pokud by Úřad opětovně došel k závěru, že posouzení MNNC vybraného uchazeče neproběhlo v souladu se zákonem, bude se zabývat vlivem tohoto chybného jednání zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky. Pokud by Úřad shledal, že zadavatel při posouzení MNNC nepochybil, bude se zabývat zbývajícími námitkami návrhu, jež doposud z důvodů procesní ekonomie nebyly posuzovány. Za podklad rozhodnutí Úřad vezme rovněž v tomto rozhodnutí neřešené námitky rozkladu. Své závěry Úřad přezkoumatelným způsobem odůvodní.“

Nové projednání věci Úřadem

51. Úřad poté, co mu byla věc vrácena k novému projednání, přípisem č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-18362/2017/531/MHo ze dne 19.6.2017 účastníky řízení vyrozuměl o pokračování správního řízení. Současně Úřad účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-18394/2017/531/MHo z téhož dne určil lhůtu, ve které mohli navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko. Žádný z účastníků se ve lhůtě určené citovaným usnesením Úřadu nevyjádřil.
52. Usnesením č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-20274/2017/531/MHo ze dne 11.7.2017 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Žádný z účastníků se ve lhůtě určené citovaným usnesením Úřadu k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

53. Úřad na základě § 112 a násl. ustanovení zákona přezkoumal znovu případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření předložených účastníky řízení, vlastních zjištění a při zohlednění závěrů druhostupňového rozhodnutí konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Úřad pro úplnost uvádí, že jelikož výrok I. napadeného rozhodnutí, proti němuž nebyl podán rozklad, nabyl právní moci dne 21.3.2017 (viz bod 41. odůvodnění tohoto rozhodnutí), zabýval se Úřad v novém projednání věci výlučně výroky II. až IV. napadeného rozhodnutí, jež byly druhostupňovým rozhodnutím zrušeny. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

54. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
55. Podle § 77 odst. 1 zákona při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek a v případě použití elektronické aukce po jejím ukončení posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší. Hodnotící komise může na žádost uchazeče tuto lhůtu prodloužit nebo může zmeškání lhůty prominout.

56. Podle § 77 odst. 2 zákona hodnotící komise může vzít v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, jestliže je tato cena zdůvodněna objektivními příčinami, zejména
- a) ekonomickými aspekty konstrukční metody či technologie, výrobního procesu nebo poskytovaných služeb,
 - b) objektivností technického řešení nebo výjimečně příznivými podmínkami, které má uchazeč k dispozici pro provedení stavebních prací nebo poskytnutí dodávek či služeb,
 - c) originalitou stavebních prací, dodávek nebo služeb,
 - d) souladem s předpisy týkajícími se ochrany zaměstnanců a pracovních podmínek, které jsou účinné v místě provádění stavebních prací, poskytování služeb nebo dodávek, nebo
 - e) potenciální možností uchazeče získat veřejnou podporu.
57. Podle § 80 odst. 1 zákona o posouzení a hodnocení nabídek pořídí hodnotící komise písemnou zprávu, která obsahuje seznam posouzených nabídek, seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny spolu s uvedením důvodu, popis způsobu hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení nabídek, popis hodnocení jednotlivých nabídek v rámci všech hodnotících kritérií, a údaj o složení hodnotící komise. Neprováděla-li hodnotící komise hodnocení nabídek podle § 79 odst. 6, zpráva o posouzení a hodnocení nabídek neobsahuje údaje související s hodnocením nabídky.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

58. Zadavatel v bodě 3. „Vymezení předmětu plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace uvedl, že předmětem plnění šetřené veřejné zakázky je *„poskytování hlasových a datových telekomunikačních služeb prostřednictvím mobilního operátora pro zadavatele, a to v rozsahu a za podmínek specifikovaných touto ZD. Součástí plnění je zajištění všech činností souvisejících se zajištěním požadovaných služeb. Výsledkem veřejné zakázky bude uzavření rámcové smlouvy na dobu 3 let s jedním vybraným uchazečem. K uzavírání jednotlivých dílčích objednávek bude docházet způsobem uvedeným v ustanovení § 92 odst. 1 písm. a) zákona, tj. na základě písemné výzvy k poskytnutí plnění ze strany zadavatelů a písemného potvrzení této výzvy vybraným uchazečem.“*
59. V bodě 8. „Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že *„Dodavatel pro zpracování celkové nabídkové ceny, která bude zároveň i jediným hodnotícím kritériem, využije Přílohu č. 1 této ZD. Dodavatel je povinen vyplnit všechna požadovaná pole tabulky. (...) Celkovou nabídkovou cenou se pro účely tohoto zadávacího řízení rozumí celková cena za splnění předmětu veřejné zakázky zpracovaná v souladu se zadávacími podmínkami v plném rozsahu. Celková nabídková cena pro účely hodnocení představuje předpokládanou cenu za poskytnutí služeb v tabulce uvedených za období 36 měsíců. Nabídkové ceny musí být stanoveny jako nejvýše přípustné, které není možné překročit nebo změnit, pokud to výslovně neupravuje tato ZD. Nabídkové ceny musí obsahovat veškeré náklady dodavatele nutné k realizaci předmětu veřejné zakázky vymezeného v této ZD vč. započítání všech poskytnutých slev.“*
60. Z bodu 17. „Další podmínky zadávacího řízení“ zadávací dokumentace vyplývá, že její nedílnou součástí zadavatel učinil i Přílohu č. 1 „Tabulka pro zpracování nabídkové ceny“ (dále jen „příloha č. 1“).

61. Z přílohy č. 1 bylo Úřadem zjištěno, že tato obsahuje tabulku čítající celkem 22 položek, jež tvoří předmět plnění veřejné zakázky, a které měly být ze strany uchazečů o veřejnou zakázku oceněny. Úřad pro ilustraci uvádí podobu této tabulky ve vztahu k jedné z položek, a sice položce „Tarif s neomezeným voláním, měsíční paušál s neomezeným vnitrostátním voláním a SMS“:

Požadovaná služba	Jednotka	Jednotková nabídková cena (Kč bez DPH)	Předpokládaný počet jednotek za měsíc	Nabídková cena celkem (Kč bez DPH)	DPH 21 % (Kč)	Nabídková cena celkem (Kč s DPH)
Tarif s neomezeným voláním						
Měsíční paušál s neomezeným vnitrostátním voláním a SMS	1 SIM		1442	0,00	0,00	0,00

62. Úřad uvádí, že do předmětných 22 položek obsažených v příloze č. 1, mimo jiné, náleží i položky „Odeslání 1 SMS (do všech sítí bez rozdílu operátora)“, „Datové balíčky - roaming EU, měsíční paušál 50 MB“, „Datové balíčky - roaming EU, měsíční paušál 250 MB“, „Datové balíčky - roaming EU, měsíční paušál 500 MB“, „Datové balíčky - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datové balíčky - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“ a „Datové balíčky - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“, u nichž si zadavatel u vybraného uchazeče vyžádal zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny.
63. V „Protokolu o posouzení nabídek“ ze dne 4.11.2016 hodnotící komise u nabídky vybraného uchazeče konstatovala, že tato obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu k předmětu posuzované veřejné zakázky podle § 77 odst. 1 zákona, a to v těchto položkách:
- „Odeslání 1 SMS (do všech sítí bez rozdílu operátora)“,
 - „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 50 MB“,
 - „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 250 MB“,
 - „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 500 MB“,
 - „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“,
 - „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“,
 - „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“.

Hodnotící komise ve výše konkretizovaném protokolu uvedla, že vybraný uchazeč bude proto požádán o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny.

64. V návaznosti na shora popsané hodnotící komise „Žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny“ ze dne 4.11.2016, jež vybraný uchazeč obdržel téhož dne, požádala vybraného uchazeče o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, která byla identifikována v jím podané nabídce. V předmětné žádosti hodnotící komise, mimo jiné, uvedla, že se domnívá, že „nabízené ceny za níže uvedené požadované služby jsou mimořádně nízké ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a to vzhledem k tomu, že jejich jednotkové nabídkové ceny (Kč bez DPH) jsou o 35 % a více nižší nežli nabídkové ceny

ostatních uchazečů a zároveň jsou dané položky poskytovaných služeb podstatné pro stanovení výše nabídkové ceny. (...).“ Hodnotící komise poté vyjmenovala 7 položek specifikovaných v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí, jejichž cenu po vybraném uchazeči požaduje zdůvodnit.

65. V reakci na výše uvedenou žádost zaslal vybraný uchazeč hodnotící komisi svoji „Odpověď na žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny“ ze dne 9.11.2016. V citované písemnosti vybraný uchazeč uvedl, že *„Ve vztahu k Vámi zasláné žádosti si dovoluujeme předně poukázat na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (...), který v rámci výkladu institutu mimořádně nízké nabídkové ceny a s ním souvisejícího postupu hodnotící komise dle ustanovení § 77 zákona (...) jednoznačně vymezil, že hodnotící komise musí být schopna v případě pochybností o výši konkrétní nabídkové ceny uchazeči v žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny nejen sdělit, jaké části jeho nabídkové ceny vykazují znaky mimořádně nízké nabídkové ceny, jaké důvody vedly k pochybnostem o její výši, ale zejména jaké podklady bude od uchazeče pro potřeby posouzení odůvodněnosti jeho nabídkové ceny vyžadovat tak, aby posouzení mohlo kvalifikovaně a transparentně proběhnout.*

Hned úvodem jsme však nuceni konstatovat, že Vámi zasláná žádost o písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny náležitosti vyžadované v rámci rozhodovací praxe Úřadu nesplňuje, neboť z jejího obsahu není jednoznačně zřejmé, na základě jakých konkrétních skutečností považuje hodnotící komise nabídkovou cenu našeho klienta ve vztahu k předmětu veřejné zakázky za mimořádně nízkou, ale zejména jaké konkrétní podklady a informace by měly být naším klientem pro posouzení výše jeho nabídkové ceny předloženy.

I přes takto obecně formulovanou žádost o písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny Vám však v zastoupení našeho klienta tímto předkládáme následující zdůvodnění výše nabídkové ceny našeho klienta ve vztahu k položkám specifikovaným ve Vámi zasláné žádosti.

a) Položka „Odeslání 1 SMS“

Výše nabídkové ceny našeho klienta za tuto položku vyplývá z obecné klesající tendence cen SMS zpráv, která je primárně způsobena technologickým rozvojem infrastruktury telekomunikačních sítí, kdy SMS zprávy mají minimální dopad na zatížení moderní mobilní sítě a tím pádem také na výši nákladů na straně poskytovatele telekomunikačních služeb. Z toho důvodu také drtivá většina tarifů všech poskytovatelů telekomunikačních služeb v sobě již zahrnuje neomezené zasílání SMS zpráv a tato služba tak u většiny tarifů nebývá zvlášť zpoplatněna. Pokračování dosavadního významného poklesu cen SMS zpráv pak lze očekávat i v dalších letech.

Dalším významným faktorem majícím vliv na obecný pokles cen SMS zpráv je rozvoj moderních technologií a rozšíření využívání tzv. chytrých telefonů, kdy je komunikace prostřednictvím SMS zpráv v čím dál větší míře nahrazována alternativami v podobě instant messaging aplikací jako například WhatsApp, Messenger či Viber.“

Vybraný uchazeč dále sděluje, že obdobná cenová nabídka služby SMS zpráv byla z jeho strany předložena v dalších 11 výběrových a zadávacích řízeních pro konkrétní zadavatele,

z čehož ve třech případech již příslušní zadavatelé tuto službu za danou výši nabídkové ceny využívají a vybraný uchazeč řádně a bez jakýchkoliv obtíží poskytuje uvedené služby.

Ve své odpovědi vybraný uchazeč následně konstatuje, že „Výše nabídkové ceny našeho klienta za tuto položku tedy vyplývá nejen z obecného poklesu nákladů na poskytování této služby, ale zároveň detailní analýzy trendů chování příjemců telekomunikačních služeb, kdy jak na úrovni srovnatelných soukromoprávních subjektů, tak na straně veřejnoprávních institucí je využívání této služby na setrvalé sestupné tendenci.

b) Položky „Datový balíček – roaming“

Výše nabídkové ceny našeho klienta za tyto položky vychází ze zadávacích podmínek veřejné zakázky, kdy náš klient zohlednil jak své dosavadní zkušenosti s poskytováním telekomunikačních služeb na území České republiky a s nimi související výnosy a náklady, tak možnosti a benefity, které náš klient má na základě svého členství v nadnárodním koncernu skupiny Vodafone.

Členství našeho klienta v nadnárodním koncernu skupiny Vodafone se pak promítá právě do výše jeho cen za roamingové služby, kdy může těžit z toho, že skupina Vodafone celosvětově poskytuje služby více než 446.000.000 zákazníkům a je přímo zastoupena ve 26 zemích po celém světě a prostřednictvím partnerských společností pak v dalších více než 50 zemích. Celosvětové pokrytí skupiny Vodafone a jejich partnerů pak našemu klientovi jako členu koncernu skupiny Vodafone umožňuje nabízet výhodnější ceny za hlasové a roamingové služby oproti ostatním potenciálním uchazečům, kteří takto široké celosvětové pokrytí v rámci jejich skupiny nemají.

Díky zapojení do koncernu skupiny Vodafone a šíři jejího zastoupení má náš klient možnost domlouvat výši cen za roamingové služby prostřednictvím mateřské společnosti, či prostřednictvím sesterských společností v rámci koncernu, což mu umožňuje dosahovat výrazně nižších cen, než pokud by náš klient výši cen za totožné služby domlouval přímo, či bez využití benefitů plynoucích z členství v koncernu skupiny Vodafone.

S ohledem na stanovenou výši nabídkové ceny našeho klienta za dotčené položky je pak třeba v daném ohledu zmínit i to, že ceny roamingových služeb mají obecně klesající tendenci, která bude pokračovat i v dalších letech, a to mj. i s ohledem na právní předpisy Evropské unie upravující danou oblast, což byl rovněž jeden z aspektů, který byl naším klientem při stanovení výše jeho nabídkové ceny zohledněn.

V této souvislosti je třeba uvést, že v období od ledna 2012 do září 2016 průměrné náklady našeho klienta na jeden MB přenesených dat v zemích roamingové zóny 1, tj. země Evropské unie, klesly téměř 10x a průměrné náklady na jeden MB přenesených dat v zemích roamingové zóny 2, tj. země mimo Evropskou unii, klesly dokonce více než 12x.

Na tomto místě je pak třeba zdůraznit, že na základě přijaté evropské legislativy regulující oblast poskytování telekomunikačních služeb by od poloviny roku 2017 neměly být ze strany jednotlivých operátorů působících v členských státech Evropské unie účtovány za poskytování telekomunikačních služeb v rámci Evropské unie žádné zvláštní poplatky za roaming a poskytování těchto služeb napříč jednotlivými členskými státy bude až na některé výjimky fakticky stejné jako v případě vnitrostátních služeb.

V neposlední řadě pak náš klient při stanovení výše nabídkové ceny za tyto položky vycházel z detailní analýzy toku a nákladovosti přenesených dat na jeden MB u klientů s objemem poskytovaného plnění srovnatelným se zadavatelem, kdy z této analýzy vyplývá, že dochází k čerpání roamingových balíčků převážně v zónách s nižšími náklady.

Při zohlednění všech shora uvedených aspektů, jakož i celkového objemu plnění, které je předmětem veřejné zakázky, tedy náš klient stanovil nabídkovou cenu za dotčené položky ve výši obsažené v jím podané nabídce.“.

V závěru dané odpovědi vybraný uchazeč poznamenává, že se nejeví jako logické, aby byly jednotlivé položky tvořící jeho nabídkovou cenu vytrhávány z celkového kontextu a posuzovány samostatně, když celková výše nabídkové ceny ve srovnání s nabídkovými cenami ostatních uchazečů o veřejnou zakázku nijak významně nevybočuje.

66. Z „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 11.11.2016 vyplývá, že hodnotící komise přijala zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče jako odůvodněné.
67. V „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 20.12.2016 se hodnotící komise, mimo jiného, vyjádřila ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraným uchazečem následovně:

„Vyjádření hodnotící komise k položce „Odeslaní 1 SMS (do všech sítí bez rozdílu operátora)“

Hodnotící komise analyzovala argument poklesu poptávky po SMS zprávách, který zapříčiňuje trend klesajících cen za odesílání SMS, a uvádí, že dle jejího názoru není pochyb, že SMS zprávy jsou nahrazovány jinými komunikačními alternativami, což mimo jiné dokládá i zpráva analytické společnosti Strand Consult.

Dále hodnotící komise provedla průzkum trhu cen SMS jiných zadavatelů. Dospěla k závěru, že minimálně 3 organizace v rámci svých výběrových řízení vysoutěžily službu SMS zpráv za obdobnou cenu, jakou nabídl uchazeč č. 1 ve své nabídce a může ji tedy hodnotící komise považovat za cenu obvyklou a není důvod se domnívat, že by byla tato služba uchazečem za nabídnutou cenu neprovozuschopná.

Hodnotící komise shledala odůvodnění výše nabídkové ceny za položku „Odeslaní 1 SMS (do všech sítí bez rozdílu operátora)“ opodstatněné a nepovažuje nabídnutou cenu vzhledem k výše zmíněnému za mimořádně nízkou.

„Vyjádření hodnotící komise k položce „Datové balíčky – roaming“

Hodnotící komise důkladně prostudovala výroční zprávu uchazeče č. 1, ze které je patrné jeho členství v nadnárodním koncernu skupiny Vodafone, která poskytuje služby více než 4,5 milionu zákazníků ve 26 zemích světa, z nichž mobilní data využívá cca 43 % zákazníků.

Hodnotící komise dále potvrzuje pravdivost argumentu uchazeče č. 1, že při využití datového roamingu od 15.6.2017 nesmí operátoři účtovat zvláštní poplatky za datový roaming. Ceny musí být stejné, jako za vnitrostátní data. Vzhledem k uvedenému vyjádření uchazeče tak hodnotící komise konstatovala, že uchazeč č. 1 s tímto faktem již mohl počítat při zpracování své nabídkové ceny a proto oproti trendu posledních let ceny mobilních dat v EU snížil také z uvedených důvodů.

*Přizvaný poradce zpracoval expertní stanovisko k výše zmíněné problematice, ve kterém uvádí: „Předmětné cenové položky, jelikož se jedná o přeshraniční poskytování telekomunikačních služeb, vychází z mezinárodních propojovacích dohod mezi operátory, často uzavírané na úrovni centrál nadnárodních matek jednotlivých mobilních operátorů (Vodafone, T-Mobile apod.). V rámci EU navíc podléhají regulaci ze strany Evropské komise. Podle našich expertních znalostí trhu mobilní telefonie u velkých korporátních zákazníků a velkých organizací veřejné správy v ČR, zároveň v porovnání s cenami zahraničních cen a s odkazem na níže uvedené informační zdroje si dovoluujeme konstatovat, že **předmětné cenové položky jsou v dané kategorii zákazníků obvyklé a nepředstavují riziko pro potenciální nemožnost plnění.**“*

Hodnotící komise uvádí, že z dokumentu Assessment of the cost of providing wholesale roaming services in the EU: Final report, Mobile cost model, 2016 vyplývá, že nabízené ceny uchazeče č. 1 nejsou na trhu s telekomunikačními službami neobvyklé.

Hodnotící komise shledala odůvodnění výše nabídkových cen za položky „Datové balíčky – roaming“ opodstatněné a nepovažuje nabídnuté ceny vzhledem k výše zmíněnému za mimořádně nízké.“

68. *Ve „Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 20.12.2016 je mj. uvedeno, že „Hodnotící komise dále v souladu s ustanovením § 77 zákona posoudila výši jednotkových nabídkových cen jednotlivých uchazečů. Uchazeče Vodafone Czech Republic a.s. (tj. vybraného uchazeče, pozn. Úřadu) vyzvala ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Uchazeč ve stanovené lhůtě předložil zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Po důkladné analýze uchazečem zasláného zdůvodnění, které provedla hodnotící komise s využitím stanoviska přizvaného odborníka, hodnotící komise toto zdůvodnění přijala, neboť důvody pro stanovení jednotkových cen za požadované služby v konkrétní výši mají reálný podklad.“*

K výroku I. tohoto rozhodnutí

69. *Úřad uvádí, že mezi účastníky řízení je sporu ohledně zákonnosti posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny. Navrhovatel návrhem brojí zejména proti tomu, že zadavatel, resp. hodnotící komise v žádném z dokumentů, jež tvoří součást dokumentace o předmětné veřejné zakázce, nezachytila, jaké okolnosti ji vedly k závěru, že nabídková cena vybraného uchazeče není mimořádně nízká. Pro dodržení zákonného postupu ve vztahu k posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny nemůže dle přesvědčení navrhovatele rozhodně postačovat prostá akceptace písemného zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnutého vybraným uchazečem hodnotící komisí, aniž by závěr o neexistenci mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče, resp. těch částí nabídky, které jsou pro výši jeho nabídkové ceny podstatné, byl podpořen konkrétními skutečnostmi a podklady.*
70. *K institutu mimořádně nízké nabídkové ceny Úřad v obecné rovině konstatuje, že smyslem právní úpravy týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny je identifikovat nabídky, které vzbuzují oprávněné podezření, že uchazeč nebude schopen za nabídnutou cenu předmět veřejné zakázky řádně splnit. Zákon tímto institutem chrání zadavatele před situací, kdy by byl nucen uzavřít smlouvu s uchazečem, jenž by nebyl schopen plnění za nabídkovou cenu*

vůbec poskytnout, případně by je neposkytl řádně a nereálně stanovená nabídková cena by mohla být rovněž důvodem nekontrolovatelného navýšování původní nabídkové ceny uchazeče, což by fakticky vedlo k popření jednoho z hlavních účelů zákona, jímž je snaha o efektivní alokaci veřejných financí. Platí, že otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny se již opakovaně ve své judikatorní činnosti zabývaly jak Krajský soud v Brně, tak i Nejvyšší správní soud. K tomu je možné odkázat kupříkladu na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 42/2012-57 ze dne 17.10.2012, v němž bylo uvedeno, že *„smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je ochrana zadavatele proti takovým uchazečům, kteří jednají s cílem zvítězit ve výběrovém řízení předložením ceny, za kterou není možno zakázku realizovat. S tím je spojeno velké nebezpečí, že zakázka nebude z důvodu finančních potíží takového uchazeče realizována, případně její cena by to bylo v rozporu se zákonem, bude dodatečně navýšena.“*

71. Z výše popsaného vyplývá, že smyslem ustanovení § 77 zákona je identifikace možných mimořádně nízkých (a tedy podnákladových či nereálných) nabídkových cen ze strany zadavatele a možnost danou cenu obhájit ze strany uchazečů o konkrétní veřejnou zakázku. Prostřednictvím žádostí o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytuje zadavatel uchazečům možnost svou případnou mimořádně nízkou nabídkovou cenu zdůvodnit. Je však zapotřebí upozornit, že se nejedná o institut, který by zadavateli umožňoval rozšiřovat či měnit požadavky definované již v zadávací dokumentaci. Úřad současně podotýká, že v rámci požadovaných podkladů k posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny nelze ze strany zadavatele požadovat takové, které by mohly představovat diskriminační požadavek zadavatele (proti němuž by například dodavatelé mohli brojit v rámci námitek proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky, pokud by takový požadavek byl součástí zadávací dokumentace).
72. Úřad v dalším konstatuje, že posouzení (zkoumání), zda konkrétní nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je vždy obligatorní součástí procesu posuzování nabídek, tzn. daná povinnost stíhá každého zadavatele, potažmo hodnotící komisi, v každém zadávacím řízení a ve vztahu ke každé nabídce každého dodavatele, jenž podal nabídku. Jinými slovy řečeno ustanovení § 77 odst. 1 zákona neumožňuje hodnotící komisi zvážit, resp. nedává ji na výběr, zda k posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny přistoupí, či nikoliv. Úřad dále poznamenává, že ve vztahu k posuzování otázky mimořádně nízké nabídkové ceny mohou nastat 2 „základní“ situace. Hodnotící komise předně může dospět k závěru, že v nabídce příslušného uchazeče není mimořádně nízká nabídková cena obsažena, tj. na straně hodnotící komise nevzniknou pochybnosti o výskytu mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce tohoto uchazeče. K tomu Úřad podotýká, že fakt, že hodnotící komise nemá pochybnosti o mimořádně nízké nabídkové ceně, ji nezbavuje povinnosti v dokumentaci o veřejné zakázce tuto skutečnost zachytit. Tu Úřad pro úplnost ve vztahu k právě řečenému dodává, že hodnotící komisi zákon výslovně neukládá povinnost, aby v příslušných dokumentech uvedla výčet veškerých důvodů, pro které nepovažuje nabídkovou cenu toho kterého uchazeče za mimořádně nízkou. Výčet veškerých těchto důvodů by ostatně mohl tvořit nekonečný řetězec, a tedy jejich vyčerpávající uvedení by fakticky ani nebylo možné, jak judikoval Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 88/2012 ze dne 21.11.2013, avšak uvedené v žádném případě neznamená, že by postup zadavatele i za této situace neměl být učiněn mj. v souladu se zásadou transparentnosti. Od prve nastíněné situace je nutno odlišit situaci, kdy hodnotící komise při posouzení

nabídky pochybnosti o existenci mimořádně nízké nabídkové ceny získá. V takovém případě má hodnotící komise povinnost na základě § 77 odst. 1 zákona vyzvat uchazeče k písemnému zdůvodnění jeho nabídky, resp. dle dikce zákona hodnotící komise je povinna vyžádat si od uchazeče zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Není přitom vyloučeno, že tento uchazeč opodstatněnost jím předložené ceny zdůvodní. Je ovšem zapotřebí, aby hodnotící komise v dokumentaci o veřejné zakázce transparentně zdůvodnila, jakými konkrétními skutečnostmi a fakty byly její pochybnosti stran existence mimořádně nízké nabídkové ceny rozptýleny, neboť hodnotící komise může dle § 77 odst. 2 zákona vzít v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, jestliže je tato cena zdůvodněna objektivními příčinami, jež citované ustanovení zákona demonstrativním výčtem vyjmenovává.

73. Úřad uvádí, že v šetřeném zadávacím řízení nastala ve vztahu k nabídce vybraného uchazeče druhá ze situací předestřených v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí. Hodnotící komise v rámci posouzení nabídky vybraného uchazeče došla k závěru, že tato obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu v částech nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné, jak je zřejmé z „Protokolu o posouzení nabídek“ ze dne 4.11.2016 (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Vzhledem k tomuto zjištění proto hodnotící komise žádostí ze dne 4.11.2016 požádala vybraného uchazeče o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny v částech (položkách), které byly v jím podané nabídce z její strany identifikovány (viz bod 64. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad uvádí, že zákon sice výslovně nestanoví, že by součástí žádosti o písemné zdůvodnění mělo být i sdělení, z jakých důvodů hodnotící komise nabídkovou cenu uchazeče považuje za mimořádně nízkou, nicméně takový požadavek je možné dovodit především ze zásady transparentnosti zadávacího řízení, jež nachází své vyjádření v § 6 odst. 1 zákona a která prostupuje celým zadávacím řízením. Právě řečené pak vyplývá i z logiky věci, neboť relevantní zdůvodnění může být poskytnuto pouze tehdy, jsou-li uchazeči známy konkrétní námitky proti jeho nabídkové ceně. Jestliže tedy má být postup hodnotící komise, resp. zadavatele transparentní, a tím i souladný se zákonem, jeví se nanejvýš vhodným, aby žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, resp. těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné, obsahovala kvalifikovaný rozbor skutečností uvedených v nabídce uchazeče, jež v hodnotící komisi, resp. zadavateli vyvolávají pochybnosti o realizovatelnosti této nabídky. Je legitimní úvahou, že dodavatel (uchazeč) v době podání své nabídky presumuje správnost, a tedy reálnost jím nabízených hodnot (cen), a je tedy žádoucí, aby zadavatel v žádosti ve smyslu § 77 zákona předestřel své úvahy, jež v něm naopak pochybnosti vyvolaly. Ostatně i předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí explicitně uvedl, že k naplnění zásady transparentnosti zadávacího řízení je nezbytné, aby hodnotící komise, resp. zadavatel, ve své žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny sdělila, jaké informace bude od uchazeče vyžadovat a upřesnila, jaké konkrétní informace, kupříkladu v podobě cenových kalkulací, má tento uchazeč učinit součástí jím poskytnutého zdůvodnění, aby vyvstalé pochybnosti rozptýlil (viz bod 45. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
74. Ve světle shora popsaných závěrů lze proto shrnout, že z žádosti hodnotící komise o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, resp. těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné, by mělo být, resp. musí být vyzvanému (požádanému) uchazeči zřejmé, jaké konkrétní informace týkající se jím předložené nabídkové ceny pokládá hodnotící komise za podstatné a jakými materiály a podklady je po uchazeči požaduje

doložit. Uchazeč, v jehož nabídce byla mimořádně nízká nabídková cena shledána, musí být proto v žádosti hodnotící komise podle § 77 odst. 1 zákona seznámen s tím, „co“ konkrétně vyvolalo u hodnotící komise pochybnosti o reálnosti jeho nabídkové ceny, aby na tyto pochybnosti mohl adekvátním způsobem reagovat. Současně musí hodnotící komise v dané žádosti upřesnit, jaké konkrétní informace (např. v podobě cenových kalkulací, analýz, apod.) má uchazeč učinit součástí jeho zdůvodnění, k tomu, aby vyvstalé pochybnosti rozptýlil. Právě zejména tato část žádosti je stěžejní pro možnou kvalifikovanou odpověď vyzvaného uchazeče a má sloužit k tomu, aby zadavatel získal relevantní odpověď na jím vznesené pochybnosti o výskytu mimořádně nízké nabídkové ceny. K získání relevantní odpovědi dále může zadavatel využít vysvětlení předloženého zdůvodnění dle § 77 odst. 3 zákona.

75. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil porušení § 77 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když při posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nedodržel zásadu transparentnosti tím, že úkon hodnotící komise spojený s vyžádáním písemného zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče, resp. těch částí jeho nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné, učiněný v „Žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny“ ze dne 4.11.2016, neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, když v předmětné žádosti absentovalo sdělení zadavatele, jaké informace bude od vybraného uchazeče pro potřeby posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny obsažené v jeho nabídce vyžadovat, čímž způsobil, že i navazující úkony související s posouzením otázky mimořádně nízké nabídkové ceny u vybraného uchazeče nebyly provedeny transparentně, přičemž tento nezákonný postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Předseda Úřadu závěr Úřadu o „nedostatečnosti“ žádosti hodnotící komise o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče, resp. těch částí nabídky, které jsou pro výši jeho nabídkové ceny podstatné, v druhostupňovém rozhodnutí nijak nerozporoval. Je tedy možno uvést, že daná žádost byla, slovy předsedy Úřadu, „nedostatečně formulovaná“. Předseda Úřadu nicméně v druhostupňovém rozhodnutí upozornil, že navzdory „nedostatečně formulované“ žádosti by mohl být ve zde posuzovaném případě konečný závěr zadavatele o akceptaci zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnutého vybraným uchazečem v souladu se zákonem. Jak dále uvedl předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí, Úřad v napadeném rozhodnutí *„de facto automaticky považoval z důvodu nedostatečnosti žádosti o zdůvodnění za nedostatečnou odpověď vybraného uchazeče a následně i přijetí zdůvodnění MNNC provedené zadavatelem, aniž by jej blíže posoudil, ačkoli by případně za zohlednění specifických okolností případu mohlo obstát.“* Druhostupňovým rozhodnutím bylo Úřadu uloženo, aby se v novém projednání věci zabýval postupem zadavatele při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny v celém rozsahu, čili všemi úkony v rámci posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny a specifickými okolnostmi šetřeného případu. Úřad tedy, vycházející ze závazných závěrů druhostupňového rozhodnutí, v rámci nového projednání věci přezkoumal zákonnost „celého“ postupu zadavatele ve smyslu ustanovení § 77 zákona, tzn. zabýval se pečlivě i následným postupem, čili navazujícími úkony, zadavatele poté, kdy tento obdržel od vybraného uchazeče písemné zdůvodnění jeho mimořádně nízké nabídkové ceny, neboť nelze zcela vyloučit, že navzdory nedostatečně formulované žádosti hodnotící komise o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče, resp. těch částí nabídky, jež jsou pro výši jeho nabídkové ceny podstatné, mohla být reálnost nabídkové ceny

vybraným uchazečem odůvodněna objektivními příčinami, kdy za podmínky, že by se akceptace těchto objektivních příčin promítla v logické úvaze hodnotící komise zaznamenané v konkrétním dokumentu, popř. dokumentech tvořících součást dokumentace o předmětné veřejné zakázce, mohlo by to ve svém výsledku vést k tomu, že by postup zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny bylo lze označit za souladný se zákonem. K tomu Úřad pokládá za vhodné uvést, že v druhostupňovém rozhodnutí není explicitně uvedeno, že postup zadavatele týkající se posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny byl jako celek proveden v souladu se zákonem. Ostatně v bodě 54. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí je uvedeno, že pokud by Úřad po novém projednání věci opětovně došel k závěru, že posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče neproběhlo v souladu se zákonem, má se zabývat vlivem tohoto chybného jednání zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky.

76. Při absenci závazného právního názoru druhostupňového orgánu o tom, že posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče bylo v souladu se zákonem, a v návaznosti na odůvodnění druhostupňového rozhodnutí, lze tak z pohledu Úřadu mj. dovodit, že žádost hodnotící komise o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, resp. těch částí nabídky, jež jsou pro výši nabídkové ceny příslušného uchazeče podstatné, by měla být ze strany hodnotící komise učiněna vždy v souladu se zásadou transparentnosti. Nicméně pokud tomu tak reálně není, nemusí to automaticky, při zohlednění specifických okolností zadávacího řízení, vést k netransparentnosti celého postupu zadavatele při posuzování otázky mimořádně nízké nabídkové ceny. Opačně pak nelze mít ani za to, že jestliže je předmětná žádost transparentní, musí to nevyhnutelně vést i k transparentnosti, a tím i k zákonnosti, posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny jako celku. Ačkoliv tedy ve zde projednávané věci v „Žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny“ ze dne 4.11.2016 nebylo obsaženo sdělení zadavatele, jaké informace bude od vybraného uchazeče pro potřeby posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny identifikované v jím podané nabídce vyžadovat, a daná žádost je proto v tomto ohledu nedostatečná, což ostatně nepopírá ani druhostupňové rozhodnutí, nemusí tento fakt bezpodmínečně vést k nezákonnosti celého postupu zadavatele, tj. všech jeho navazujících úkonů, při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče. Jak totiž konstatoval předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí, jádrem posouzení zákonnosti postupu hodnotící komise z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny Úřadem by vždy mělo být, zda tato došla k určitému závěru o reálnosti nabídkové ceny na základě logické a obhajitelné úvahy.
77. V bodě 40. druhostupňového rozhodnutí bylo řečeno, že přezkumná činnost Úřadu týkající se postupu hodnotící komise při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny se musí omezit na to, zda hodnotící komise dodržela zákonem předepsané postupy, tzn. Úřad není oprávněn vstupovat do myšlenkových pochodů hodnotící komise a tyto jakkoliv přezkoumávat. Předseda Úřadu v bodě 41. druhostupňového rozhodnutí současně podotkl, že přezkumná činnost Úřadu se v šetřené věci měla omezit na to, zda hodnotící komise splnila zákonem předepsaný postup, čili zda posoudila výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, identifikovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu, vyžádala si od uchazeče s mimořádně nízkou nabídkovou cenou její zdůvodnění, a jestli přijetí nebo odmítnutí tohoto zdůvodnění bylo odůvodněné logickou úvahou zadavatele.

78. Jak bylo uvedeno již výše (viz např. body 67. a 68. odůvodnění tohoto rozhodnutí), hodnotící komise vybraným uchazečem poskytnuté zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, resp. těch částí nabídky, jež jsou pro výši nabídkové ceny podstatné, akceptovala. Z výše popsaného lze dle přesvědčení Úřadu dovodit, že Úřad nepřekročí své kompetence, tzn. nevstoupí do myšlenkových pochodů hodnotící komise, pokud podrobí přezkumu, zda přijetí zdůvodnění poskytnutého vybraným uchazečem bylo odůvodněno logickou úvahou hodnotící komise, resp. zadavatele, a odpovídá požadavkům ustanovení § 77 odst. 2 zákona, tj. že hodnotící komise může vzít v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, pokud je tato cena vyzvaným uchazečem zdůvodněna objektivními příčinami. Předpokladem pro to, aby takováto logická úvaha mohla být Úřadem podrobena přezkumu, pochopitelně je, že je v dokumentaci o veřejné zakázce obsažena, a to takovým způsobem, aby byla zpětně přezkoumatelná. Úřad se proto zabýval tím, zda je v dokumentaci o posuzované veřejné zakázce zachyceno, z jakého konkrétního důvodu, popř. důvodů, již hodnotící komise nabídkovou cenu vybraného uchazeče v položkách, u nichž možnost výskytu mimořádně nízké nabídkové ceny identifikovala, a vůči nimž tudíž směřovala její žádost o jejich zdůvodnění, nepovažuje za mimořádně nízkou, resp. považuje ji za cenu opodstatněnou. Jinými slovy Úřad podrobil přezkumu, zda je v konkrétním dokumentu (dokumentech) tvořících součást dokumentace o předmětné veřejné zakázce ve vztahu ke všem 7 položkám, u kterých hodnotící komise po vybraném uchazeči požadovala jejich zdůvodnění, zaznamenáno, proč, tj. na základě jaké logické úvahy hodnotící komise založené na objektivních příčinách, již zadavatel po poskytnutém zdůvodnění poznává ceny daných položek opodstatněnými.
79. Jak bylo uvedeno již shora (viz bod 72. odůvodnění tohoto rozhodnutí), není a priori vyloučeno, že uchazeč, jenž byl hodnotící komisí vyzván ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, resp. těch částí nabídky, které jsou pro výši jeho nabídkové ceny podstatné, opodstatněnost jím předložené ceny zdůvodní. V takové situaci je však, Úřad upozorňuje, třeba, aby hodnotící komise v dokumentaci o veřejné zakázce transparentně zdůvodnila, jakými konkrétními skutečnostmi a fakty byly její pochybnosti stran existence mimořádně nízké nabídkové ceny rozptýleny, neboť hodnotící komise může dle § 77 odst. 2 zákona vzít v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, jestliže je tato cena zdůvodněna objektivními příčinami, jež citované ustanovení zákona demonstrativním výčtem vyjmenovává. Pokud bude v dokumentaci o konkrétní veřejné zakázce ona kvalifikovaná úvaha hodnotící komise, na základě jakých objektivních příčin dospěla k tomu, že výše nabídkové ceny příslušného uchazeče je reálná, tzn. odůvodnitelná objektivními okolnostmi, absentovat, nemůže tento fakt, dle názoru Úřadu, a to i s ohledem na druhostupňové rozhodnutí, vést k jinému závěru než k tomu, že proces posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízkých nabídkových cen neproběhl v souladu se zákonem.
80. S ohledem na shora popsané Úřad sděluje, že za situace, kdy zadavatel, resp. hodnotící komise dovodí, že uchazeč svou nabídkovou cenu dostatečně zdůvodnil, musí být „někde“ v dokumentaci o veřejné zakázce jasně a srozumitelně popsáno, proč hodnotící komise zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny tohoto uchazeče považuje za přijatelné, přičemž jako přijatelné lze v tomto směru akceptovat nejen důvody, které se zakládají na objektivních příčinách uvedených v § 77 odst. 2 zákona, ale i jiné důvody, neboť ustanovení § 77 odst. 2 zákona obsahuje demonstrativní výčet skutečností (objektivních příčin), které lze považovat za opodstatněné. Úřad dodává, že závěr, že k tomu, aby bylo

možné zadávací řízení označit za souladné se zásadou transparentnosti, je zapotřebí, aby výsledek posouzení nabídky uchazeče z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny, za situace, že hodnotící komise přijala jím poskytnuté zdůvodnění, jež si od něj vyžádala, byl objektivním a přezkoumatelným způsobem podložen, a aby tento tvořil součást dokumentace o veřejné zakázce, lze dovodit, resp. vyplývá z rozhodovací praxe Úřadu. Úřad se k této otázce v minulosti již opakovaně vyjadřoval. V této souvislosti je možno odkázat např. na jeho rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0708/2015/VZ-45445/2015/521/KMz ze dne 18.12.2015, rozhodnutí č. j. ÚOHS-S258/2015/VZ-17537/2015/533/PSd ze dne 13.7.2015, jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R219/2015/VZ-25378/2016/323/KKř ze dne 16.6.2016, či na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S536/2014/VZ-19279/2014/533/ZPr ze dne 12.9.2014. Úřad doplňuje, že prozatím nejnověji byla daná problematika řešena v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0561/2016/VZ-43920/2016/513/EPi ze dne 27.10.2016, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0277/2016/VZ-07278/2017/323/LVa ze dne 28.2.2017, či v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0094/2017/VZ-13380/2017/531/MHo ze dne 25.4.2017, které nabylo právní moci dne 16.5.2017. Je tedy zřejmé, že Úřad k této věci zaujímá konstantní a ustálený závěr, jemuž odpovídalo i předchozí prvostupňové rozhodnutí.

81. Hodnotící komise tedy poté, co obdrží zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, má zhodnotit toto zdůvodnění ve smyslu § 77 odst. 2 zákona. Z uvedeného vyplývá, že v případě, kdy uchazeč o veřejnou zakázku zašle hodnotící komisi na základě její žádosti zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, pak nastává fáze hodnocení toho, zda je takové zdůvodnění založeno na objektivních příčinách. To, jaké zdůvodnění lze považovat za zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny objektivními příčinami, vyplývá přímo z demonstrativního výčtu obsaženého v § 77 odst. 2 zákona. Ačkoliv tedy zákon nevymezuje důvody, které je možné přijmout jako objektivní, taxativním a tedy úplným výčtem, lze ze znění tohoto zákonného ustanovení vyvodit, že jde o takové důvody, které spočívají např. v metodách či technologiích výrobního procesu či poskytovaných služeb, originalitě dodávek či služeb, v potenciální možnosti získat veřejnou podporu, apod.
82. Výstupem výše uvedeného posouzení nabídky z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny tedy je závěr hodnotící komise vycházející z její logické úvahy, jenž směřuje k tomu, že zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny považuje za zdůvodněné objektivními příčinami, neboť uchazeč odůvodnil tuto mimořádně nízkou nabídkovou cenu některým z důvodů odpovídajících demonstrativnímu výčtu uvedenému v § 77 odst. 2 zákona, popř. jinými důvody. Výlučně takový postup hodnotící komise, kdy výslovně uvede, jaké konkrétní objektivní okolnosti vzala v úvahu pro zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, pro něž tedy neshledala důvody pro vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, může být předmětem přezkoumání orgánem dohledu. Podle § 77 odst. 2 zákona hodnotící komise může vzít v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče o veřejnou zakázku, pokud je tato zdůvodněna objektivními příčinami, které jsou v citovaném ustanovení příkladmo uvedeny. To však znamená, že posouzení toho, zda přijme zdůvodnění uchazeče o veřejnou zakázku nebo nepřijme, spadá do sféry uvážení hodnotící komise. Úřad tak není oprávněn takové úvahy hodnotící komise přezkoumávat či je nahrazovat úvahami vlastními, jak ostatně předseda Úřadu explicitně uvedl v bodě 40. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí. Úřad v takovém případě je oprávněn posoudit to, zda hodnotící komise postupovala nebo nepostupovala v souladu se zákonem, zda její závěry

jsou přezkoumatelné a zda uchazečem uvedené a zadavatelem akceptované zdůvodnění je v souladu s citovaným ustanovením § 77 zákona.

83. Závěrem takového hodnocení je v konečném důsledku to, že hodnotící komise buď zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče akceptuje, nebo musí nabídku uchazeče vyřadit, a zadavatel následně musí tohoto uchazeče vyloučit z další účasti v zadávacím řízení. Úřad upozorňuje, že rozhodnutí hodnotící komise v této fázi je velice důležité, jelikož může dojít k situaci, kdy z účasti v zadávacím řízení buď uchazeč měl být vyloučen, protože jeho nabídka obsahovala neodůvodněnou mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a přitom nebyl, anebo naopak vyloučen být neměl, avšak byl. Postup hodnotící komise tak může podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Takový postup tedy musí být přezkoumatelným a musí být učiněn v souladu se zákonem. Pokud ovšem má být způsobilý k přezkoumání orgánem dohledu, tj. Úřadem, pak hodnotící komise, ve světle shora předestřených skutečností, musí provést a zaznamenat posouzení a hodnocení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče takovým způsobem, z něhož bude seznatelné, na základě jakých skutečností hodnotící komise považuje zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny takového uchazeče za odůvodněné objektivními příčinami, jak předpokládá § 77 odst. 2 zákona.
84. Úřad na tomto místě poznamenává, že zákon explicitně nestanoví, v jakém konkrétním dokumentu, tvořícím součást dokumentace o veřejné zakázce, má být výsledek zhodnocení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, resp. těch částí nabídky, jež jsou pro výši nabídkové ceny podstatné, poskytnutého příslušným uchazečem, na základě něhož hodnotící komise toto zdůvodnění přijala, resp. na základě jakých objektivních příčin hodnotící komise dané zdůvodnění akceptovala, zachycen. Podstatné pro zpětnou přezkoumatelnost zadávacího řízení totiž je, aby byl tento výsledek vůbec „někde“ v dokumentaci o veřejné zakázce zachycen. Úřad si je vědom toho, že tímto dokumentem nemusí být výhradně zpráva o posouzení a hodnocení nabídek, byť se to jeví vhodným, a to s ohledem na fakt, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek je de facto jediným dokladem přístupným uchazečům o veřejnou zakázku, do jehož obsahu mají tito uchazeči právo nahlédnout (viz § 80 odst. 3 zákona) a z něhož by tedy měli mít možnost zjistit, jakým způsobem bylo provedeno posouzení a hodnocení nabídek. Avšak není porušením zákona, pokud zadavatel, resp. hodnotící komise tento výsledek přezkoumatelně zaznamená v jiném dokumentu, než právě ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, kupříkladu v (některém) protokolu o jednání hodnotící komise. Lze tedy shrnout, že k tomu, aby zadavatel dodržel při posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny zásadu transparentnosti, je klíčové, aby mj. v určitém dokumentu, popř. ve vícero dokumentech, zaznamenal, jakým způsobem přistoupil k posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny a jaké úvahy jej vedly k závěru, že nabídka obsahující mimořádně nízkou nabídkovou cenu byla řádně uchazečem zdůvodněna a obavy zadavatele o nereálnosti nabídnuté ceny byly konkrétními důvody dle zákona rozptýleny. Příslušný dokument (dokumenty) tvořící součást dokumentace o veřejné zakázce proto musí nést určité a srozumitelné informace, z nichž bude možné dovodit (a tedy i přezkoumat), které argumenty, resp. objektivní příčiny předložené vyzvaným uchazečem v jeho zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny považovala hodnotící komise při jejím závěru o akceptaci tohoto zdůvodnění za relevantní, tzn. ze kterých z těchto příčin vycházela, či které naopak považovala za bezpředmětné; musí zde tak být zachyceny úvahy hodnotící

komise, jež ji vedly k závěru, že objektivní příčiny zdůvodňující opodstatněnost výše nabídkové ceny jsou dány.

85. Úřad se tedy, ve světle shora předestřených závěrů, zabýval tím, zda je v dokumentaci o posuzované veřejné zakázce přezkoumatelným, a tedy transparentním, způsobem zachycena logická úvaha hodnotící komise, na základě jakých objektivních příčin již po poskytnutém zdůvodnění ze strany vybraného uchazeče považuje jeho mimořádně nízkou nabídkovou cenu za odůvodněnou, resp. jaké objektivní příčiny ve smyslu § 77 odst. 2 zákona vedly hodnotící komisi k akceptaci předmětného zdůvodnění. K tomu Úřad sděluje následující.
86. Jak bylo uvedeno již výše, hodnotící komise identifikovala možnou mimořádně nízkou nabídkovou cenu celkem u 7 položek v nabídce vybraného uchazeče. Mezi těchto sedm předmětných položek náleží i položky „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“ (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Ve vztahu ke shora jmenovaným položkám vybraný uchazeč v jeho „Odpovědi na žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny“ ze dne 9.11.2016 sdělil, že u cen daných položek byly zohledněny i možnosti a benefity, jež vybraný uchazeč má na základě svého členství v nadnárodním koncernu skupiny Vodafone. Vybraný uchazeč může těžit z toho, že skupina Vodafone celosvětově poskytuje služby více než 446 000 000 zákazníkům, přičemž je přímo zastoupena v celkem 26 zemích po celém světě a prostřednictvím partnerských společností pak v dalších více jak 50 zemích. Členství vybraného uchazeče v koncernu skupiny Vodafone mu umožňuje nabízet výhodnější ceny za hlasové i datové roamingové služby ve srovnání s ostatními uchazeči o šetřenou veřejnou zakázku, kteří takto široké celosvětové pokrytí v rámci jejich skupiny nemají (viz bod 65. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad uvádí, že ze shora řečeného vyplývá, že opodstatněnost (reálnost) výše nabídkových cen u položek „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“ odůvodňuje vybraný uchazeč jeho členstvím v nadnárodním koncernu skupiny Vodafone. K tomu Úřad doplňuje, že vybraný uchazeč v „Odpovědi na žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny“ ze dne 9.11.2016 předkládá i další zdůvodnění, avšak tato zdůvodnění se vztahují nikoliv k výše specifikovaným 3 položkám, nýbrž k položkám „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 500 MB“, u nichž hodnotící komise po vybraném uchazeči taktéž požadovala jejich zdůvodnění (k tomu v podrobnostech viz níže).
87. Úřad konstatuje, že v „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 11.11.2016 hodnotící komise ve vztahu k položkám „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“ de facto pouze parafrázovala jejich zdůvodnění poskytnuté vybraným uchazečem v jeho odpovědi ze dne 9.11.2016 (viz předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí). V předmětném protokolu není obsažena žádná úvaha hodnotící komise, z níž by bylo zřejmé, na základě jakých objektivních příčin dospěla k tomu, že výše nabídkových cen u shora vyjmenovaných položek je opodstatněná, a že tedy akceptovala zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ze strany vybraného

uchazeče. V daném protokolu tak zcela absentují úvahy hodnotící komise, jež ji vedly k závěru, že objektivní příčiny zdůvodňující opodstatněnost výše nabídkových cen u položek „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“ v nabídce vybraného uchazeče jsou dány. Úřad současně předesílá, že žádné logické úvahy hodnotící komise, na základě jakých objektivních příčin považuje nabídkovou cenu vybraného uchazeče, a to s ohledem na položky „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“ za odůvodněně mimořádně nízkou, nejsou seznatelné ani ze „Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 11.11.2016. V této zprávě hodnotící komise totiž bez dalšího uvedla, že zdůvodnění zaslané vybraným uchazečem přijala jako důvodné.

88. Dalším dokumentem, v němž jsou zachyceny úkony hodnotící komise, resp. zadavatele související s posouzením zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnutého vybraným uchazečem, je „Protokol o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 20.12.2016. V části VII. „Posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uchazeče č. 1 hodnotící komisí s využitím přizvaného poradce“ předmětného protokolu hodnotící komise, mimo jiné, uvedla, že *„důkladně prostudovala výroční zprávu uchazeče č. 1, ze které je patrné jeho členství v nadnárodním koncernu skupiny Vodafone, která poskytuje služby více než 4,5 milionu zákazníků ve 26 zemích světa, z nichž mobilní data využívá cca 43 % zákazníků.“* (viz bod 67. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad pro úplnost podotýká, že ve výše konkretizovaném dokumentu jsou sice uvedeny i další úvahy hodnotící komise, avšak tyto úvahy se týkají akceptace zdůvodnění zaslaného vybraným uchazečem k položkám „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 500 MB“. Jedná se kupříkladu o souhlas hodnotící komise s argumentem vybraného uchazeče, že od 15.6.2017 již nesmí operátoři účtovat zvláštní poplatky za datový roaming, což povede k tomu, že ceny musí být stejné jako za vnitrostátní data, přičemž s tímto faktem mohl vybraný uchazeč počítat již při kalkulaci jeho nabídkové ceny, a proto ceny mobilních dat v rámci Evropské unie snížil. Obdobně hodnotící komise uvedla, že z dokumentu „Assessment of the cost of providing wholesale roaming services in the EU: Final report, Mobile cost model, 2016“ vyplývá, že vybraným uchazečem nabízené ceny nejsou na trhu s telekomunikačními službami neobvyklé. Avšak jmenovaný dokument se taktéž vztahuje k cenám za datový roaming v rámci Evropské unie, nikoliv k cenám za tuto službu pro „zbytek světa“ (viz i samotný název tohoto dokumentu). Položkám „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“ se tak hodnotící komise skutečně věnovala strohým konstatováním, že prostudovala výroční zprávu vybraného uchazeče, z níž je patrné jeho členství v nadnárodním koncernu skupiny Vodafone, jež poskytuje služby více než 4,5 miliónům zákazníků ve 26 zemích světa, z nichž mobilní data využívá cca 43 % zákazníků. Hodnotící komise tak ve své podstatě u položek „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“ toliko převzala tvrzení vybraného uchazeče obsažené v jeho „Odpovědi na žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny“ ze dne 9.11.2016. V „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne

20.12.2016 však zcela absentuje úvaha hodnotící komise, jež ji vede k závěru, že v důsledku toho, že je vybraný uchazeč členem nadnárodního koncernu skupiny Vodafone, a že poskytuje své služby určitému počtu zákazníků ve 26 zemích světa, je jeho mimořádně nízká nabídková cena, jak byla zadavatelem identifikována, odůvodněna ve smyslu § 77 odst. 2 zákona. V bodě 45. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí je uvedeno, že trh mobilních operátorů je specifický strukturou dodavatelů i předmětem služeb. Úřad k tomu dodává, že tuto „specifičnost“, a s tím související uzavřenost, lze spatřovat v tom, že okruh možných dodavatelů je předem značně determinován a tudíž se nejedná o takové široké spektrum dodavatelů jako např. v případě veřejných zakázek na stavební práce. Úřad pro doplnění uvádí, že trh mobilních operátorů v České republice je oligopol, který je charakteristický tím, že na trhu příslušného produktu působí několik málo ekonomicky silných firem (za nejvýznamnější subjekty na trhu lze označit navrhovatele, vybraného uchazeče a T-Mobile Czech Republic a.s.), které si tento trh dělí a v nepatrné míře na trhu např. participují virtuální operátoři. Vybraný uchazeč opodstatněnost výše cen u 3 shora jmenovaných položek „založil“ fakticky pouze na tom, že je členem nadnárodního koncernu skupiny Vodafone. Úřad uvádí, že nadnárodní koncerny lze charakterizovat jako firmy, jež rozvíjejí své aktivity ve více než jedné zemi, čili nejen v zemi, v níž mají své sídlo a původ. Skutečnost, že je určitý dodavatel členem nadnárodního koncernu, z pohledu Úřadu může mít relevantní vypovídací hodnotu o tom, že je schopen stabilně poskytovat služby náležející do jeho portfolia na velkém území, tj. ve vícero státech, resp. velkému počtu zákazníků. Daný fakt je nicméně dle přesvědčení Úřadu nicneříkající, pokud jde v tomto konkrétním řízení o opodstatněnost ceny za konkrétní specifickou položku (položky) tvořící předmět plnění konkrétní veřejné zakázky. Jinými slovy řečeno prostá konstatace dodavatele, že je členem nadnárodního koncernu, nemůže vést automaticky a bez dalšího k tomu, že by tento dodavatel nemusel již nijak blíže zdůvodňovat zadavatelem identifikovanou mimořádně nízkou nabídkovou cenu v jím podané nabídce, resp. že toto tvrzení samo vede k tomu, že mimořádně nízká nabídková cena byla odůvodněna v souladu se zákonem, tzn. byly i rozptýleny pochybnosti v identifikovaných konkrétních problematických položkových cenách. Nelze tedy přijmout tezi, že tvrzením, byť případně podloženým informacemi plynoucími kupříkladu z výroční zprávy, že je příslušný dodavatel členem nadnárodního koncernu, by automaticky, tzn. bez předložení jakýchkoliv dalších relevantních informací ve vztahu k nabídkové ceně, došlo ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Nelze totiž přehlédnout skutečnost, že i pokud je určitý dodavatel členem nadnárodního koncernu, uvedené neznámá, že v určitých ohledech, např. i v cenotvorbě, nevystupuje takový subjekt do jisté míry samostatně, tzn. tvoří si např. vlastní cenovou politiku na jím spravovaném území. Stejně tak tedy nelze přehlédnout to, že pokud dodavatel, jenž je členem nadnárodního koncernu, poskytuje své služby v jiném státě za obdobné ceny jako dodavatel působící na území České republiky, který je členem totožného nadnárodního koncernu, bude se jednat o ceny na území České republiky reálné, resp. udržitelné, a nikoliv o ceny neodůvodněně mimořádně nízké, neboť každý z těchto členů nadnárodního koncernu do určité míry uzpůsobuje nejen jím nabízené ceny ve vztahu k lokalitě, ve které působí. S ničím takovým se ani zadavatel nevypořádával. Ten jen toliko převzal tezi o tom, že již členství v nadnárodním koncernu vede k tomu, že identifikovaná mimořádně nízká nabídková cena ve vztahu ke konkrétním položkám byla odůvodněna. Ad absurdum by přijetí této teze vždy automaticky bez dalšího (opodstatněnost mimořádně nízké nabídkové ceny již

jen na základě účasti v nadnárodním koncernu) totiž muselo vést k závěru, že dodavatelé, kteří si v prostředí České republiky dělají trh mobilních telekomunikačních služeb (viz výše), by ve své podstatě nikdy nemuseli mimořádně nízkou nabídkovou cenu nijak zdůvodňovat, neboť by se vždy odkázali na to, že jsou členy svých nadnárodních koncernů. Takový závěr je z pohledu Úřadu nepřijatelný, resp. popírající zájem zákonodárce na řádném posuzování institutu mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 77 zákona. Jestliže by takovýto závěr měl platit, pak by se, zjednodušeně řečeno, zadavatelé nemuseli nijak „namáhat“ s formulací žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, jelikož by de facto znali odpověď již předem, což by vedlo k popření nutnosti pečlivého přístupu zadavatelů k otázce mimořádně nízké nabídkové ceny. Ostatně specifická tohoto trhu je právě v tom, že je jasně a konkrétně definován okruh dodavatelů, přičemž rozhodující dodavatelé jsou členem nadnárodního koncernu. Úřad současně ani ve vztahu k předmětu plnění, tzn. poskytování telefonních a datových služeb neshledává taková specifika, že by zadavatel, stejně tak uchazeč o veřejnou zakázku měli rezignovat na postup ve smyslu § 77 zákona, tedy že by zde nebyla povinnost mimořádně nízkou nabídkovou cenu, když byla ve vztahu ke konkrétním položkám identifikována, náležitě zdůvodnit. Vybraný uchazeč musí být schopen své služby týkající se položek „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“ a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“, resp. ceny uvedené v jeho nabídce na šetřenou veřejnou zakázku jasně a konkrétně, s podložením příslušných logických úvah, odůvodnit, a to zvláště za situace, kdy zadavatel jí nabízenou cenu jako mimořádně nízkou identifikoval. Ad absurdum při přijetí shora uvedené teze by vlastně zadavatel nemohl nikdy ani identifikovat nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou, když by již to, že jde o jednoho z těchto velkých operátorů, mělo svědčit o schopnosti realizovat veřejnou zakázku za uvedenou cenu. Tak tomu však nebylo v posuzovaném případě, kdy sám zadavatel (správně) nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou identifikoval. Proto také mělo dojít k jejímu řádnému odůvodnění (případně pokud nikoliv, k vyřazení nabídky). Onen absurdní přístup (že již to, že jde o nabídku podanou jedním z uvedených silných operátorů, nezaloží pochybnost o tom, že v nabídce nemají mimořádně nízkou nabídkovou cenu) je ostatně v rozporu s § 77 zákona, neboť se v každé věci (každé nabídce) musí zadavatel přesvědčit, zda v ní není obsažena mimořádně nízká nabídková cena, přičemž pouze v případě, že je odpověď na uvedenou otázku záporná (či kladná, ale došlo k řádnému odůvodnění dle § 77 odst. 2 zákona), lze nakonec takovou nabídku označit jako nejvhodnější.

89. Konečně posledním dokumentem, jenž se „věnuje“ posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnutého vybraným uchazečem, je „Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 20.12.2016. Úřad nicméně upozorňuje, že ani v této zprávě nejsou uvedeny logické úvahy hodnotící komise, z nichž by bylo zpětně přezkoumatelné, proč, čili na základě jakých objektivních příčin dle § 77 odst. 2 zákona, považuje nabídkovou cenu vybraného uchazeče v položkách „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“ za cenu odůvodněně mimořádně nízkou. V této zprávě hodnotící komise pouze uvedla, že přijala zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnuté vybraným uchazečem, jelikož důvody pro stanovení jednotkových cen za požadované služby v konkrétní výši mají reálný podklad (viz bod 68. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

90. Úřad na tomto místě opakuje, že v druhostupňovém rozhodnutí bylo uvedeno, že přezkumná činnost Úřadu ve zde projednávané věci se měla omezit na to, zda hodnotící komise splnila zákonem předepsaný postup, čili zda posoudila výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, identifikovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu, vyžádala si od uchazeče s mimořádně nízkou nabídkovou cenou její zdůvodnění, a jestli přijetí nebo odmítnutí tohoto zdůvodnění bylo odůvodněné logickou úvahou zadavatele. Podle druhostupňového rozhodnutí se přitom přezkumná činnost Úřadu týkající se postupu hodnotící komise při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny musí omezit na to, zda hodnotící komise dodržela zákonem předepsané postupy, tj. Úřad není oprávněn vstupovat do myšlenkových pochodů hodnotící komise a tyto jakkoliv přezkoumávat. Druhostupňovým rozhodnutím bylo Úřadu uloženo, aby se v novém projednání věci zabýval institutem mimořádně nízké nabídkové ceny v celém rozsahu, čili všemi úkony v rámci posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny a specifickými okolnostmi šetřeného případu.
91. Úřad tedy, při respektování závazných závěrů obsažených v druhostupňovém rozhodnutí, přezkoumal celý postup hodnotící komise, resp. zadavatele týkající se posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny, přičemž dospěl k závěru, že zadavatel v tomto v souladu se zákonem nepostupoval. Z druhostupňového rozhodnutí je zřejmé, že akceptace zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnutého příslušným uchazečem musí být odůvodněna logickou úvahou hodnotící komise. Úřad výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí popsal, že k tomu, aby bylo možné zadávací řízení označit za transparentní, a tím i souladné se zákonem, musí být „někde“, tj. v některém dokumentu, popř. vícero dokumentech, tvořících součást dokumentace o veřejné zakázce, zachyceny úvahy hodnotící komise, jež ji vedly k závěru, že objektivní příčiny zdůvodňující opodstatněnost výše nabídkové ceny příslušného uchazeče jsou dány. Pokud taková logická úvaha hodnotící komise nebude v dokumentaci o veřejné zakázce zaznamenána, nemůže tato skutečnost rezultovat v nic jiného, než v konstatování, že posouzení nabídky konkrétního uchazeče v otázce mimořádně nízké nabídkové ceny nebylo učiněno v souladu se zákonem.
92. V šetřené věci vybraný uchazeč opodstatněnost výše jeho nabídkové ceny u položek „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“, u nichž byla hodnotící komisí identifikována možnost výskytu mimořádně nízké nabídkové ceny, zdůvodnil fakticky pouze tím, že je členem nadnárodní skupiny koncernu Vodafone, která poskytuje své služby značnému počtu zákazníků v početných zemích světa. Hodnotící komise přitom toto tvrzení mechanicky převzala, když ve své podstatě pouze uvedla, že dané tvrzení je patrné (vyplývá) z výroční zprávy vybraného uchazeče. Úřad akcentuje, že v žádném dokumentu souvisejícím s posouzením zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnutého vybraným uchazečem, tedy v „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 11.11.2016, ve „Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 11.11.2016, v „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 20.12.2016, ani ve „Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 20.12.2016, není zaznamenána kvalifikovaná úvaha hodnotící komise, ze které by bylo možné zpětně přezkoumat, jaké objektivní příčiny obsažené ve zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče v ní rozptýlily pochybnosti o existenci mimořádně nízké nabídkové ceny u položek „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming

zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“. Úřad si je vědom toho, že není oprávněn vstupovat do myšlenkových pochodů hodnotící komise, resp. vhodněji vyjádřeno ji nahrazovat, ovšem v posuzovaném zadávacím řízení do myšlenkových pochodů hodnotící komise ve vztahu ke shora jmenovaným položkám stricto sensu ani vstoupit nelze, neboť takovéto vlastní myšlenkové pochody, v kontextu výše uvedeného, zde absentují. Úřad podotýká, že za kvalifikovanou a logickou úvahu hodnotící komise, jež by odpovídala požadavkům zákona, rozhodně nelze považovat prostou akceptaci tvrzení vyzvaného uchazeče, aniž by bylo seznatelné, na základě jakých skutečností považuje hodnotící komise zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny takového uchazeče za odůvodněné objektivními příčinami, jak předpokládá ustanovení § 77 odst. 2 zákona, jak se tomu v šetřeném případě reálně stalo. Plně v tomto Úřad odkazuje na předchozí odůvodnění (viz shora).

93. Druhostupňovým rozhodnutím bylo Úřadu uloženo, aby při novém projednání věci zohlednil při posuzování zákonnosti postupu zadavatele i předmět veřejné zakázky, kterým je poskytování mobilních telekomunikačních služeb, kdy trh mobilních operátorů je specifický strukturou dodavatelů a předmětem služeb. Úřad tento pokyn nepřehlédl, nicméně má za to, že tímto nebylo myšleno, aby byla za transparentní a přezkoumatelné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny považována obecná informace vybraného uchazeče, že je členem koncernu nadnárodní skupiny Vodafone. V této souvislosti odkazuje Úřad např. na své rozhodnutí č. j. ÚOHS-S170/2013/VZ-7432/2014/521/GSt ze dne 7.4.2014, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R134/2014/VZ-19327/2014/323/BRy ze dne 15.9.2014. V citovaném rozhodnutí předseda Úřadu mj. konstatoval, že Úřad správně dospěl k závěru, že v případě, kdy vítězný uchazeč zdůvodnil mimořádně nízkou nabídkovou cenu tím, že takovou cenu mu nabízí subdodavatel na základě dobrých obchodních vztahů, pak takové zdůvodnění nemělo být hodnotící komisí akceptováno, jelikož se nejednalo o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny objektivními příčinami, jak předpokládá § 77 odst. 2 zákona. Z předmětných rozhodnutí je možno z pohledu Úřadu dovodit, že za zákonné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyzvaného uchazeče nelze bez dalšího považovat jeho tvrzení, že má subdodavatele, jenž mu komodity, u kterých byla hodnotící komisí identifikována mimořádně nízká nabídková cena, dodá levně, apod. Analogicky k šetřenému případu tak za zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny v souladu s výše citovaným ustanovením zákona není dle názoru Úřadu možné bez dalšího považovat ani tvrzení vybraného uchazeče, že je členem nadnárodní skupiny koncernu Vodafone, neboť takovéto tvrzení bez dalšího neznamená opodstatněnost, resp. nevede k opodstatněnosti mimořádně nízké nabídkové ceny, jež by byla zdůvodněna objektivními příčinami podle § 77 odst. 2 zákona.
94. V druhostupňovém rozhodnutí bylo taktéž uvedeno, že při rozhodování věci měl být brán zřetel i na to, že zadavatel při posuzování nabídkové ceny vybraného uchazeče přihlédl k tomu, že mu již ze strany vybraného uchazeče byly telekomunikační služby za obdobné ceny poskytovány, a tudíž míra jeho pochyb o reálnosti této nabídky byla spíše nižší. Úřad nijak nepolemizuje o tom, že v důsledku shora uvedeného mohla být pochybnost zadavatele o reálnosti výše nabídkových cen vybraného uchazeče mj. eventuálně i u položek „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“ snížena. Úřad má však za to, že zadavateli nic nebránilo touto skutečností

argumentovat, resp. použít ji již v rámci posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnutého vybraným uchazečem. Zadavatel však danou argumentaci vnesl až po svém rozhodnutí o výběru nejnižší nabídky v rámci správního řízení, potažmo řízení o rozkladu, tedy až v době, kdy již byla fáze posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny ukončena. Předmětné tvrzení zadavatele tak podle Úřadu není způsobilé zhojit zjištěnou nezákonnost zadavatele při posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraným uchazečem u výše jmenovaných 3 položek. K tomu Úřad dále předepisuje, že každý dodavatel pohybující se na dotčeném relevantním trhu má právo na transparentní postup zadavatele v zadávacím řízení, kdy je zapotřebí, aby tento postup, a to včetně argumentů zadavatele týkajících se akceptace zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnutého určitým uchazečem, byl zaznamenán v konkrétních dokumentech tvořících součást dokumentace o veřejné zakázce. Úřad podotýká, že nelze za férový a transparentní považovat takový postup zadavatele, kdy tento teprve až v rámci vedeného správního řízení předloží další argumenty, jež jej vedly k přijetí poskytnutého zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Je nutné si uvědomit, že příslušný dodavatel se rozhoduje, zda bude brojit proti postupu zadavatele prostřednictvím návrhu před Úřadem, na základě „stavu věci“ zaznamenaného v dokumentaci o veřejné zakázce. Bylo by tak krajně nespravedlivé, aby zadavatel až v průběhu správního řízení ve vztahu k návrhem namítanému postupu představil další argumentaci, na základě které by případně dosáhl zamítnutí návrhu (a propadnutí navrhovatelem složené kauce státu). Lze tedy shrnout, že pro posouzení toho, zda zadavatel při zadávání konkrétní veřejné zakázky (ne)postupoval v souladu se zákonem, je rozhodné (klíčové) to, co je obsaženo v samotné dokumentaci o veřejné zakázce, a nikoliv to, co zadavatel nad rámec obsaženého v dané dokumentaci předloží v rámci správního řízení.

95. Jak bylo Úřadem podrobně popsáno a dovozeno shora, zadavatel v žádném dokumentu tvořícího součást dokumentace o předmětné veřejné zakázce přezkoumatelně nezaznamenal, na základě jakých objektivních příčin lze považovat zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny předložené vybraným uchazečem u položek „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“, tj. v dokumentaci o veřejné zakázce není popsáno a zdůvodněno, proč se zadavateli nabídková cena vybraného uchazeče jeví být nabídkovou cenou odůvodněně mimořádně nízkou. Pouhou konstatací hodnotící komise, že prostudovala výroční zprávu vybraného uchazeče, ze které je patrné jeho členství v nadnárodním koncernu skupiny Vodafone, jež poskytuje své služby značnému počtu zákazníků v početných zemích světa, vyjádřenou v „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 20.12.2016, rozhodně není možné pokládat za dostačující a za naplňující požadavky zákona. Takový postup naopak prokazatelně odporuje požadavku transparentnosti zadávacího řízení, a jedná se tudíž o postup nezákonný. K tomu Úřad dodává, že ačkoliv důkazní břemeno ve věci zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny je na straně uchazeče, který musí prokázat, že je schopen předmětné plnění realizovat za jím uvedenou cenu v nabídce, musí se hodnotící komise následně s jeho zdůvodněním podrobně vypořádat, a to i v případě, pokud zdůvodnění uchazeče považovala za postačující. Tento závěr není přehnaným formalismem, ale naopak vysoce logickým a pro všechny subjekty férovým krokem, jak opakovaně soudy i Úřad zadavatelům v rozhodovací praxi vysvětlují (k tomu viz Úřadem citovaná rozhodnutí v bodě

80. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dovedí-li zadavatel, že uchazeč nabídnutou cenu dostatečně zdůvodnil, tzn. že hodnotící komisi přesvědčil o objektivních důvodech, musí být též jasným a transparentním způsobem v dokumentaci o veřejné zakázce popsáno a odůvodněno, proč hodnotící komise zdůvodnění uchazeče považovala za přijatelné. Hodnotící komise musí tedy při posuzování předmětné otázky vycházet ze znalosti věci a výsledek jejího posouzení a hodnocení musí být objektivním a prokazatelným způsobem podložen, což ovšem v šetřeném případě u nabídkové ceny vybraného uchazeče, pokud jde o položky „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“, není.

96. V dokumentaci o posuzované veřejné zakázce zcela absentuje kvalifikovaná a logická úvaha hodnotící komise, z níž by přezkoumatelným způsobem vyplývalo, jakými objektivními příčinami byla mimořádně nízká nabídková cena u položek „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“ zdůvodněna vybraným uchazečem. Úřadu tedy nezbyvá než konstatovat, že postup zadavatele při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče je netransparentní a nepřezkoumatelný, neboť nelze z žádného dokumentu vztahujícímu se k posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zjistit, jakým způsobem a na základě jakých úvah hodnotící komise s ohledem na § 77 odst. 2 zákona dospěla k závěru, že nabídková cena vybraného uchazeče za výše jmenované 3 položky je cenou reálnou, za kterou je možné předmět plnění veřejné zakázky skutečně poskytnout. Úřad má za to, že dokumentace o veřejné zakázce má obsahovat bližší vysvětlení postupu členů hodnotící komise a odůvodnění jejich závěrů. Postup zadavatele při posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnutého vybraným uchazečem tak odporuje zásadě transparentnosti zadávacího řízení.
97. Zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je přitom vedle rovného zacházení a zákazu diskriminace základní zásadou, která musí být za všech okolností zadavateli důsledně aplikována, neboť účelem požadavku na transparentnost je, mimo jiné, zprůhlednění postupu zadavatele ve smyslu řádného odůvodnění všech jeho kroků tak, aby všechny tyto kroky byly následně přezkoumatelné. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15.2.2012, v němž bylo řečeno, že *„úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“*. Rovněž lze odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15.9.2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, v němž se Nejvyšší správní soud ztotožňuje s obecným výkladem zásady transparentnosti krajským soudem, podle něhož požadavek transparentnosti *„není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“* Je tedy na místě konstatovat, že v návaznosti na výše

úvedenou judikaturu způsobuje v daném případě postup zadavatele nečitelnost jeho kroků a je tedy nutno jej označit za netransparentní.

98. Úřad nad rámec výše uvedeného dodává, že přezkoumal zákonnost postupu hodnotící komise při posuzování zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny i u zbylých 4 položek v nabídce vybraného uchazeče, u nichž byla z její strany taktéž identifikována mimořádně nízká nabídková cena, tj. u položek „Odeslání 1 SMS (do všech sítí bez rozdílu operátora)“, „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 500 MB“ (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad konstatuje, že k tomuto přezkumu přistoupil s plným vědomím, že v tomto ohledu není oprávněn vstupovat do myšlenkových pochodů hodnotící komise, resp. vhodněji vyjádřeno, že reálně nesmí dojít k nahrazování činností hodnotící komise, a tyto jakkoliv hodnotit, popř. nahrazovat vlastním správním uvážením. Úřad proto, s ohledem na závěry obsažené v druhostupňovém rozhodnutí, svoji přezkumnou činnost zaměřil, resp. omezil, na to, zda akceptace zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny u 4 shora jmenovaných položek poskytnutého vybraným uchazečem hodnotící komisí je odůvodněná její logickou úvahou, kde se však, dodává Úřad při respektu k závěrům druhostupňového rozhodnutí, musí logická úvaha opírat o zdůvodnění poskytnuté dle § 77 odst. 2 zákona. K tomu Úřad sděluje následující.

99. Úřad konstatuje, že ve vztahu k položce „Odeslání 1 SMS (do všech sítí bez rozdílu operátora)“ hodnotící komise v „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 20.12.2016 uvedla, že *„analyzovala argument poklesu poptávky po SMS zprávách, který zapříčiňuje trend klesajících cen za odesílání SMS, a uvádí, že dle jejího názoru není pochyb, že SMS zprávy jsou nahrazovány jinými komunikačními alternativami, což mimo jiné dokládá i zpráva analytické společnosti Strand Consult.*

Dále hodnotící komise provedla průzkum trhu cen SMS jiných zadavatelů. Dospěla k závěru, že minimálně 3 organizace v rámci svých výběrových řízení vysoutěžily službu SMS zpráv za obdobnou cenu, jakou nabídl uchazeč č. 1 ve své nabídce a může ji tedy hodnotící komise považovat za cenu obvyklou a není důvod se domnívat, že by byla tato služba uchazečem za nabídnutou cenu neprovozušopná.“ (viz bod 67. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

100. Z předchozího bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí je zřejmé, že akceptace zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny u položky „Odeslání 1 SMS (do všech sítí bez rozdílu operátora)“ poskytnutého vybraným uchazečem je založena (vychází) na konkrétní úvaze hodnotící komise. Úřad uvádí, že je seznatelné, že hodnotící komise vybraným uchazečem předložené zdůvodnění podrobila analýze a zaujala k němu vlastní názor, kdy v tomto vycházela i ze zprávy analytické společnosti Strand Consult. Nejedná se tudíž o prosté převzetí toliko povšechného a o odůvodněnosti mimořádně nízké nabídkové ceny v konkrétní věci ničeho konkrétně nevypovídajícího tvrzení vybraného uchazeče, jako tomu bylo v případě položek „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“. Hodnotící komise nadto uvedla, že vybraným uchazečem nabídnutou cenu za položku „Odeslání 1 SMS (do všech sítí bez rozdílu operátora)“ je možné považovat za cenu obvyklou i vzhledem k provedenému průzkumu trhu cen SMS jiných zadavatelů. Z pohledu Úřadu je tak v „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 20.12.2016 transparentně zachyceno, proč hodnotící komise považuje

nabídkovou cenu vybraného uchazeče za shora jmenovanou položku za odůvodněně mimořádně nízkou, resp. pokládá ji za cenu reálnou. Dle přesvědčení Úřadu tak hodnotící komise při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče u položky „Odeslání 1 SMS (do všech sítí bez rozdílu operátora)“ nepostupovala v rozporu se zákonem.

101. Pokud jde o položky „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 500 MB“, pak ve vztahu k nim hodnotící komise v „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 20.12.2016 uvedla, že *„důkladně prostudovala výroční zprávu uchazeče č. 1, ze které je patrné jeho členství v nadnárodním koncernu skupiny Vodafone, která poskytuje služby více než 4,5 milionu zákazníků ve 26 zemích světa, z nichž mobilní data využívá cca 43 % zákazníků.“*

Hodnotící komise dále potvrzuje pravdivost argumentu uchazeče č. 1, že při využití datového roamingu od 15.6.2017 nesmí operátoři účtovat zvláštní poplatky za datový roaming. Ceny musí být stejné, jako za vnitrostátní data. Vzhledem k uvedenému vyjádření uchazeče tak hodnotící komise konstatovala, že uchazeč č. 1 s tímto faktem již mohl počítat při zpracování své nabídkové ceny a proto oproti trendu posledních let ceny mobilních dat v EU snížil také z uvedených důvodů.

(...)

Hodnotící komise uvádí, že z dokumentu Assessment of the cost of providing wholesale roaming services in the EU: Final report, Mobile cost model, 2016 vyplývá, že nabízené ceny uchazeče č. 1 nejsou na trhu s telekomunikačními službami neobvyklé.“

102. Úřad uvádí, že rozdílně od položek „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“, ve vztahu k nimž hodnotící komise toliko převzala povšechné a o odůvodněnosti mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 77 odst. 2 zákona v tomto konkrétním případě ničeho konkrétního nevypovídající tvrzení vybraného uchazeče, že je členem nadnárodního koncernu skupiny Vodafone, v důsledku čehož byl postup hodnotící komise, resp. zadavatele shledán Úřadem nezákonným, je u položek „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 500 MB“ v „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 20.12.2016 přítomna logická a kvalifikovaná úvaha hodnotící komise v konkrétnostech a požadavcích dle § 77 odst. 2 zákona. Hodnotící komise totiž uvedla, že se ztotožňuje s argumentem vybraného uchazeče, jenž byl obsažen v jím poskytnutém zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, že od 15.6.2017 již nesmí operátoři účtovat zvláštní poplatky za datový roaming, což povede k tomu, že ceny musí být stejné jako za vnitrostátní data, přičemž s tímto faktem mohl vybraný uchazeč počítat již při kalkulaci jeho nabídkové ceny, a proto ceny mobilních dat v rámci Evropské unie snížil.
103. Ve výše specifikovaném protokolu je tak přezkoumatelně, a tím i transparentně, zaznamenáno, na čem, tzn. na jakých objektivních příčinách, hodnotící komise založila svoji akceptaci vybraným uchazečem předloženého zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny u položek „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 500 MB“, resp. z jakých argumentů vybraného uchazeče při tomto vycházela. K tomu Úřad doplňuje, že

na základě vlastní činnosti ověřil, že v ostatních členských státech Evropské unie, Norsku, Lichtenštejnsku a Islandu lze od 15.6.2017 využívat datové služby v rámci roamingu za stejných podmínek a cen jako v domovské síti, čili jako v České republice, tedy bez dalších dodatečných poplatků za využívání této služby, jež by vedly ke zvýšení nákladů.

104. Hodnotící komise dále při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče u předmětných tří položek vycházela i z dokumentu „Assessment of the cost of providing wholesale roaming services in the EU: Final report, Mobile cost model, 2016“, jak je zřejmé z „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 20.12.2016. S odkazem na výše popsané má tudíž Úřad za to, že při posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny u položek „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 500 MB“, jež vybraný uchazeč hodnotící komisi na její žádost poskytl, dodržela hodnotící komise zákonem stanovený postup, neboť v „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 20.12.2016 ozřejmila, z jakých konkrétních důvodů považuje nabídkovou cenu vybraného uchazeče ve vztahu k těmto 3 položkám za odůvodněně mimořádně nízkou, resp. pokládá ji za cenu zdůvodněnou objektivními příčinami.
105. Ačkoliv bylo Úřadem v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí popsáno a dovozeno, že při posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnutého vybraným uchazečem ve vztahu k položce „Odeslání 1 SMS (do všech sítí bez rozdílu operátora)“, stejně tak i k položkám „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming EU, měsíční paušál 500 MB“, hodnotící komise nepostupovala v rozporu se zákonem, ničeho to nemění na skutečnosti, že při posouzení zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnutého vybraným uchazečem ve vztahu k položkám „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“ hodnotící komise naopak postup stanovený zákonem nedodržela, jak bylo Úřadem najisto postaveno shora, v čehož důsledku není možné postup zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny považovat za učiněný v souladu s požadavky zákona.
106. S ohledem na výše uvedené skutečnosti proto Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 2 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, tím, že při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče akceptoval jeho zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ze dne 9.11.2016, aniž by ozřejmil, na základě čeho byly rozptýleny jeho pochybnosti o reálnosti nabídkových cen za položky „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 50 MB“, „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 250 MB“, a „Datový balíček - roaming zbytek světa, měsíční paušál 500 MB“, a z jakého konkrétního důvodu, resp. jakých objektivních příčin, tedy považuje nabídkovou cenu vybraného uchazeče ve shora jmenovaných položkách za odůvodněně mimořádně nízkou, čímž se stal postup zadavatele netransparentním, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Nezákonný postup zadavatele přitom prokazatelně mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, neboť nelze zcela vyloučit možnost, že pokud by zadavatel při posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska mimořádně nízké

nabídkové ceny postupoval v souladu se zákonem, mohla být jako nejvhodnější vybrána nabídka jiného uchazeče. Nelze totiž uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem (zadat veřejnou zakázku) v souladu se zákonem, pokud mimořádně nízká nabídková cena nebyla dle § 77 zákona zdůvodněna. Jak Úřad uvedl v bodě 72. odůvodnění tohoto rozhodnutí, postup dle § 77 zákona je obligatorní součástí procesu posuzování. To platí o to více, když sám zadavatel nabídkovou cenu identifikoval jako mimořádně nízkou. Pak má povinnost si nechat zdůvodnit (případně i vysvětlit, pokud to považuje za vhodné) existenci takové mimořádně nízké nabídkové ceny. Pokud zdůvodnění nesvědčí o tom, že existence mimořádně nízké nabídkové ceny byla zdůvodněna v souladu se zákonem, nelze než nabídku vyřadit (§ 77 odst. 6 zákona). Pak by logicky nemohlo jít o nabídku vybraného uchazeče, resp. nabídku nejvhodnější (§ 81 zákona).

107. K potencialitě vlivu na výběr nejvhodnější nabídky Úřad dále uvádí následující.
108. Jak již uvedl předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014, zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Výše uvedený závěr o potencialitě vlivu lze demonstrovat na ustálené rozhodovací praxi jak Úřadu, tak soudů a byť se uvedené příklady týkají řízení o deliktu ve vztahu k potencialitě vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, je možná jejich aplikace i na zde posuzovaný případ, kdy Úřad přezkoumává postup zadavatele v zadávacím řízení ještě před uzavřením smlouvy, neboť ustanovení § 118 odst. 1 zákona stanoví, že Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo **mohl ovlivnit** výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20.3.2012 konstatoval, že *„Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou...K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“* Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že *„v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „...nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.“* V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12.2.2009 již předseda konstatoval, že *„Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. ...k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“* Je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí „pouhá“

eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7.10.2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že „*pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.*“. Úřad dále odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28.6.2016 č. j. 4 As 61/2016-34, ve kterém se uvádí, že „*skutková podstata předmětného správního deliktu zahrnuje jak poruchový, tak i ohrožovací delikt. V případě, že správní orgán, tedy stěžovatel, shledá, že se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat.*“.

109. Úřad pouze v obecné rovině pro úplnost dodává, že pokud jde o argumentaci navrhovatele, jejímž obsahem je tvrzení, že zadavatel v žádném z dokumentů tvořících součást dokumentace o šetřené veřejné zakázce nezveřejnil jednotkové nabídkové ceny jednotlivých uchazečů (viz bod 16. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a jednal tedy netransparentně, pak lze odkázat na bod 74. odůvodnění původního rozhodnutí Úřadu, v němž bylo výslovně uvedeno, že zadavatel neporušil zákon, když v žádném dokumentu, který tvoří součást dokumentace o veřejné zakázce, neuvedl jednotkové ceny jednotlivých uchazečů za všech 22 služeb tvořících předmět plnění veřejné zakázky. Úřad podotýká, že na daném závěru i nadále setrvává.
110. Vzhledem k výše uvedenému proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

V. K ULOŽENÍ NÁPRAVNÉHO OPATŘENÍ

111. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrželi-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
112. Při rozhodování podle § 118 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Zadavatel závažně pochybil až při posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny. Nápravu lze sjednat tím, že budou zrušeny úkony zadavatele spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče zdokumentované v protokolu o dokončení posouzení nabídek ze dne 11.11.2016, ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 11.11.2016, v protokolu o dokončení posouzení nabídek ze dne 20.12.2016 a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20.12.2016. Současně je však k nápravě protiprávního stavu třeba i zrušit všechny následující úkony učiněné zadavatelem v zadávacím řízení, a to včetně rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 22.12.2016. Zadávací řízení se tak opětovně vrací do fáze posouzení nabídek uchazečů.

113. Úřad pro úplnost dodává, že závěry obsaženými v odůvodnění tohoto rozhodnutí není vyloučeno, že zadavatel po novém posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny dospěje k totožnému stanovisku (výsledku), tzn. že tato nabídková cena je opodstatněná (reálná), jak se tak reálně stalo poté, kdy si od vybraného uchazeče žádostí ze dne 4.11.2016 vyžádal písemné zdůvodnění jeho mimořádně nízké nabídkové ceny, resp. těch částí jím podané nabídky, které jsou z hlediska nabídkové ceny podstatné. Úřad ovšem upozorňuje, že zadavatel je povinen důsledně dbát na to, aby byl jeho postup v takovém případě zpětně přezkoumatelný, čili souladný se zásadou transparentnosti, tj. má povinnost náležitě zohlednit závěry predestřené Úřadem výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí.
114. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K ULOŽENÍ ÚHRADY NÁKLADŮ ŘÍZENÍ

115. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona také rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady správního řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Prováděcí právní předpis, vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo soutěže o návrhu nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
116. Vzhledem k tomu, že ve výroku II. tohoto rozhodnutí Úřad zrušil konkrétní úkony zadavatele, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
117. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 201700040.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

1. Státní fond dopravní infrastruktury, Sokolovská 1955/278, 190 00 Praha - Libeň
2. Tomáš Pfeffer, člen Sdružení INDOC, Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha - Břevnov
3. Mgr. Michal Hora, advokát, Masarykovo nábřeží 247/14, 110 00 Praha - Nové Město

Vypraveno dne

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