



UOHSX009NFU3

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0055/2017/VZ-16894/2017/323/LVa

Brno: 5. června 2017

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 17. 3. 2017, podaném centrálním zadavatelem –

- **Státní fond dopravní infrastruktury**, IČO 70856508, se sídlem Sokolovská 1955/278, 190 00 Praha - Libeň,

proti výrokům II. – IV. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-07749/2017/531/MHo ze dne 2. 3. 2017, vydanému ve správním řízení zahájeném na návrh navrhovatele –

- **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,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných 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, jehož účastníkem je dále 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 náměstí 247/14, 110 00 Praha - Nové Město,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Výroky II. – IV. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-07749/2017/531/MHo ze dne 2. 3. 2017

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ příslušný k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek a soutěží o návrh, obdržel dne 26. 1. 2017 návrh navrhovatele – 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**“) – na přezkoumání úkonů zadavatele – Státní fond dopravní infrastruktury, IČO 70856508, se sídlem Sokolovská 1955/278, 190 00 Praha – Libeň (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných ve veřejné zakázce s názvem „**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 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Účastníkem správního řízení je rovněž 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,

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

advokátem, ev. č. ČAK 11184, IČO 71457453, se sídlem Masarykovo nábřeží 247/14, 110 00 Praha - Nové Město (dále jen „**vybraný uchazeč**“).

2. V rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku hodnotící komise u nabídky jednoho z uchazečů konstatovala, že tato obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu (dále jen „**MNNC**“) vzhledem k předmětu posuzované veřejné zakázky podle § 77 odst. 1 zákona. V návaznosti na shora popsané hodnotící komise požádala tohoto uchazeče o zdůvodnění MNNC. 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, jejichž cenu po uchazeči požaduje zdůvodnit. V „Protokolu o dokončení posouzení nabídek“ hodnotící komise mimo jiné uvedla, že *„[h]odnotící komise shledala odůvodnění [zaslané uchazečem] výše nabídkové ceny za položku ‚Odeslání 1 SMS (do všech sítí bez rozdílu operátora)‘ opodstatněné a nepovažuje nabídnutou cenu vzhledem k výše zmíněnému za mimořádně nízkou“* a že *„[h]odnotící komise shledala odůvodnění výše nabídkových cen za položky ‚Datové balíčky – roaming‘ opodstatněné a nepovažuje nabídnuté ceny vzhledem k výše zmíněnému za mimořádně nízké“*. Dotázaný uchazeč poskytl písemné vysvětlení, hodnotící komise toto písemné vysvětlení uchazeče akceptovala a jeho nabídka byla následně vybrána jako nejvýhodnější.
3. Návrh navrhovatele směřoval proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 22. 12. 2016. Navrhovatel v návrhu mimo jiné tvrdil, že
 - zadavatel transparentním a přezkoumatelným způsobem nezdůvodnil, na základě jakých příčin nepovažuje nabídkové ceny uchazečů za mimořádně nízké, ačkoli mu toto bylo vytknuto v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0574/2016/VZ-42622/2016/531/MHo ze dne 18. 10. 2016 (dále jen „**původní rozhodnutí**“),
 - zadavatel údajně nezdůvodnil, proč posoudil písemné zdůvodnění MNNC vybraného uchazeče za opodstatněné,
 - 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).
4. Dne 14. 2. 2017 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-05762/2017/531/MHo, kterým na návrh navrhovatele podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona nařídil předběžné opatření v podobě zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 2. 3. 2017 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-07749/2017/531/MHo z téhož dne (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým Úřad:
 - ve výroku I. rozhodl, že návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele se podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. c) zákona 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 citovaným zákonem, zamítá, neboť návrh v této části nebyl podán oprávněnou osobou,

- ve výroku II. 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 MNNC 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 MNNC obsažené v jeho nabídce vyžadovat, čímž způsobil, že i navazující úkony související s posouzením otázky MNNC u vybraného uchazeče nebyly provedeny transparentně, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy,
- ve výroku III. jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele podle § 118 odst. 1 zákona zrušil úkony zadavatele spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče z hlediska MNNC, 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 ruší i všechny následující úkony učiněné zadavatelem v zadávacím řízení, a to včetně rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 22. 12. 2016,
- ve výroku IV. podle § 119 odst. 2 zákona uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

6. K výroku I. Úřad v (bodech 64 a 65) odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že „po posouzení obsahu námitek ze dne 9. 1. 2017 dospěl k závěru, že v nich není uvedena námitka týkající se údajného porušení § 79 odst. 5 zákona zadavatelem v důsledku toho, že pro nové posouzení a hodnocení nabídek neustanovil jinou hodnotící komisi, případně toto nové posouzení a hodnocení nabídek neprovedl sám, ačkoliv z původního rozhodnutí Úřadu vyplývalo, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, tím, že při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče nepostupoval transparentním a přezkoumatelným způsobem, neboť dostatečně nezdůvodnil, z jakého důvodu neshledal nabídkovou cenu vybraného uchazeče mimořádně nízkou, přestože existovaly objektivní skutečnosti, které nasvědčovaly existenci mimořádně nízké nabídkové ceny“ (...). Úřad zjistil, že „tato námitka není uvedena ani v samotném textu námitek navrhovatele ze dne 9. 1. 2017, jakož ani na straně 13 předmětných námitek, kde navrhovatel výslovně uvádí ta ustanovení zákona, v návaznosti na slovní popisy pochybení zadavatele, jichž se zadavatel, dle jeho názoru, dopustil. Shora popsanou námitku tak navrhovatel prokazatelně vznáší až ve svém návrhu doručeném Úřadu dne 26. 1. 2017“. Úřad tedy došel k závěru, že „navrhovatel nedodržel zákonnou podmínku pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele,

a to podmínku řádného a včasného podání řádných námitek ve stejné věci“ a „[v]zhledem k tomu, že navrhovatel v námitkách neuvedl námitku, týkající se porušení § 79 odst. 5 zákona zadavatelem, nebyl v této věci oprávněn pro podání návrhu“.

7. K výroku II. Úřad v bodu 70 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, 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 (...). 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. (...) 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 (...) má uchazeč učinit součástí jeho zdůvodnění, k tomu, aby vyvstalé pochybnosti rozptýlil (...). Jestliže žádost hodnotící komise o písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, resp. těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné, tyto ‚náležitosti‘ nebude obsahovat, pak jejich absence nemůže vést k jinému následku než k tomu, že celý následující postup zadavatele související s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny tohoto uchazeče bude rozporný s požadavky zákona“.* V bodu 74 odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad blíže zabýval tím, že zdůvodnění MNNC musí být vždy vztaženo k příslušné veřejné zakázce, tzn. musí být „individualizováno“. Úřad tedy dovedl, že žádost zadavatele nelze považovat za transparentní.

III. Rozklad zadavatele

8. Dne 17. 3. 2017 byl Úřadu doručen rozklad zadavatele proti výroky II. – IV. napadeného rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 3. 3. 2017. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

9. Zadavatel zásadně nesouhlasí s tím, že žádost o písemné zdůvodnění MNNC měla obsahovat sdělení zadavatele, jaké informace bude od vybraného uchazeče pro potřeby posouzení zdůvodnění MNNC vyžadovat, jelikož s označením konkrétních vyžadovaných informací se pojí následující rizika:
- a. Zadavatel se domnívá, že pokud by omezil možnost MNNC pouze na konkrétní informace, tak by *„uchazeče, jakožto odborníka v oblasti předmětu plnění veřejné zakázky, zbavil možnosti argumentovat dalšími skutečnostmi, které by byly pro zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny skutečně významné a zadavatel by o nich nemusel vědět“.* Zadavatel je názoru, že *„uchazeč je v oblasti předmětu plnění veřejné zakázky profesionál a musí sám nejlépe vědět, čím je schopen mimořádně nízkou nabídkovou cenu obhájit, což také v rámci svého zdůvodnění prokázal“.*
 - b. Pokud by zadavatel stanovil konkrétní informace, které od vybraného uchazeče v rámci zdůvodnění vyžaduje, mohl by se tím dle svého názoru *„dopustit porušení zásady zákazu diskriminace, neboť by mohl označit i takové informace, kterými ostatní uchazeči nedisponují, avšak vybraný uchazeč má např. tu konkurenční“.*

výhodu, že přímo jeho společnost působí v dalších mnoha zemích světa, a to je, dle zadavatele, přijatelný argument pro obhajobu mimořádně nízké nabídkové ceny u roamingových položek". Zadavatel naopak souhlasí s tvrzením Úřadu uvedeným v bodu 68 napadeného rozhodnutí, a sice 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)".

- c. Zadavatel uvádí, že telekomunikační služby jsou specifické tím, že jejich ceny jsou cenami stanovenými na základě poptávky (a nikoli cenami nákladovými, jako u běžných služeb), jelikož *„je-li vybudována infrastruktura, tak variabilní náklady na uskutečnění konkrétního hovoru nebo na přenos konkrétních dat hrají zcela marginální roli"*. Zadavatel sice obecně souhlasí se závěry Úřadu uvedenými v bodu 77 napadeného rozhodnutí (a sice, že pokud by žádost o zdůvodnění byla konkrétnější, mohla by hodnotící komise následně posoudit zdůvodnění vybraného uchazeče jako neopodstatněné), avšak při zohlednění specifčnosti předmětu veřejné zakázky nemůže souhlasit, aby uvedené platilo i v šetřeném případě, *„neboť je těžko představitelné, že by mohla hodnotící komise posoudit zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny konkrétních položek zaslané uchazečem, který k tomu byl vyzván a které se nevymyká obecným zákonitostem jako neopodstatněné"*. Zadavatel odkazuje na bod 67 odůvodnění napadeného rozhodnutí (týkající se smyslu právní úpravy MNNC jako ochrany zadavatele před situací, kdy by byl nucen uzavřít smlouvu s uchazečem, jenž by nebyl schopen plnění za nabídkovou cenu poskytnout, nebo by jej neposkytl řádně), se kterým souhlasí, a i proto se domnívá, že by bylo kontraproduktivní omezovat informace vyžadované od vybraného uchazeče na úzkou množinu podkladů a zužovat tak jeho manévrovací prostor, když pochybnosti o schopnosti vybraného uchazeče poskytovat služby za dané ceny jsou rozptýleny již tím, že vybraný uchazeč již telekomunikační služby za obdobné ceny zadavateli od října 2016 řádně poskytuje (jelikož poté, co bylo zadavateli poprvé předběžným opatřením Úřadu zakázáno uzavřít smlouvu, vysoutěžil v zadávacím řízení na veřejnou zakázku malého rozsahu obdobné ceny za položky, které byly nyní předmětem přezkumu v rámci MNNC).
10. Zadavatel uvádí, že se výše uvedeným vypořádal s argumentací Úřadu ohledně porušení zásady transparentnosti, a nebyla-li porušena zásada transparentnosti, nemohlo dojít byť k potenciálnímu ovlivnění výběru nejhodnější nabídky.
11. Zadavatel je názoru, že Úřad v šetřeném případě vstupuje do myšlenkových pochodů hodnotící komise, k čemuž není oprávněn. Posouzení MNNC náleží výlučně do kompetence hodnotící komise, což akcentuje i nová právní úprava (důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů uvádí, že je to zadavatel, kdo by měl být na základě svých interních postupů a definice potřeb schopen řádně posoudit, zda se jedná o cenu, za kterou lze plnit předmět veřejné zakázky, a že zadavatel by měl mít možnost, nikoli povinnost, uchazeče s MNNC vyloučit).

12. Zadavatel tvrdí, že hodnotící komise postupovala jednoznačně transparentně, když v žádosti uvedla, z jakých důvodů (a sice z důvodu odlišnosti o 35 % od ostatních nabídkových cen, a z důvodu, že dané položky jsou pro stanovení nabídkové ceny podstatné) má pochybnosti o reálnosti nabídkových cen vybraného uchazeče. Hodnotící komise tak označila uvedené položky služeb za podstatné pro stanovení nabídkové ceny.
13. S ohledem na to, že za mimořádně nízkou by měla být považována cena, která vzbuzuje oprávněné podezření, že uchazeč nebude schopen za nabídnutou cenu předmět veřejné zakázky zrealizovat, tak vybraný uchazeč takovéto podezření vyvrátil, když nabídkovou cenu řádně zdůvodnil (a hodnotící komise měla dostatečné množství podkladů, aby rozhodla, že se nejedná o MNNC).
14. Zadavatel dále poukazuje na skutečnost, že zákon hodnotící komisi výslovně neukládá povinnost, aby v protokolech či zprávách o posouzení a hodnocení nabídek uvedla výčet veškerých důvodů, které ji vedly ke konstatování, že nabídka neobsahuje MNNC. Dokumenty zpracované hodnotící komisí však v šetřeném případě výčet důvodů vedoucí ke konstatování, že nabídková cena není mimořádně nízká, obsahovaly.
15. Zadavatel v rozkladu taktéž poukazuje na fakt, že rozhodnutí vychází ze skutečností, které jsou v rozporu s platnou právní úpravou – dle zákona č. 104/2000 Sb., o Státním fondu dopravní infrastruktury, je Státní fond dopravní infrastruktury právníčkou osobou v působnosti Ministerstva dopravy, nikoli *podřízenou* Ministerstvu dopravy.

Závěr rozkladu

16. Zadavatel požaduje zrušení napadeného rozhodnutí ve výrokové části II., III. a IV. a zamítnutí návrhu navrhovatele v celém rozsahu.

IV. Řízení o rozkladu

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

Vyjádření navrhovatele k rozkladu

18. Navrhovatel ve svém vyjádření k rozkladu ze dne 27. 3. 2017 konstatuje, že se plně ztotožňuje s argumentací Úřadu obsaženou v napadeném rozhodnutí (zejména s právním názorem Úřadu, že při konstatování MNNC je nutné, aby zadavatel formuloval žádost o písemné zdůvodnění transparentním způsobem, tedy včetně informace, jakým způsobem by měl dotazovaný uchazeč zpracovat svoji odpověď). K rozkladu centrálního zadavatele navrhovatel uvádí, že tento neobsahuje žádná tvrzení, která by se již neobjevila v řízení před Úřadem.
19. Dále navrhovatel tvrdí, že i kdyby v žádosti o zdůvodnění MNNC byly obsaženy konkrétní informace, které má uchazeč poskytnout, nic mu nebrání, aby uvedl i další argumentaci nad požadovaný rámec.
20. Navrhovatel se domnívá, že povinnost seznámit uchazeče se způsobem, jakým má být zdůvodnění poskytnuto, nelze pominout s odkazem na specifickou telekomunikačních služeb, jelikož ustanovení § 77 zákona žádné odlišné režimy nebo výjimky nestanoví.

21. Navrhovatel na podporu svých závěrů rovněž odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu týkající se formulace žádosti o zdůvodnění MNNC a na původní rozhodnutí, kde byl předmětný postup zadavatele rovněž označen za nezákonný. Z uvedeného navrhovatel dovozuje, že centrální zadavatel i vybraný uchazeč byli prokazatelně seznámeni s právním názorem Úřadu ohledně výkladu ustanovení § 77 zákona.
22. V případě, že by předseda Úřadu rozkladu vyhověl, žádá navrhovatel, aby byla věc vrácena k novému projednání Úřadu, jelikož se Úřad z důvodu procesní ekonomie v napadeném rozhodnutí nezabýval veškerou argumentací navrhovatele, o čemž svědčí zejména bod 83 napadeného rozhodnutí, ve kterém je uvedeno, že Úřad považuje za nadbytečné zabývat se ostatními argumenty navrhovatele v důsledku toho, že nezákonností trpí již samotná žádost hodnotící komise o zdůvodnění MNNC, na kterou další úkony, proti nimž navrhovatel brojí, navazují. Pokud by tedy předseda Úřadu hypoteticky dospěl k závěru, že výrok II. napadeného rozhodnutí je nezákonný, bylo by namísto zabývat se ostatními argumenty navrhovatele z návrhu na zahájení řízení.

Vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu

23. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření k rozkladu 27. 3. 2017 uvádí, že zákon v žádném svém ustanovení zadavateli nestanoví konkrétní způsob formulace žádosti o zdůvodnění MNNC. Dle § 77 odst. 1 zákona je zadavatel pouze povinen si vyžádat od uchazeče zdůvodnění nabídkové ceny pokud zjistí, že nabídka jeví známky MNNC.
24. Vybraný uchazeč v souladu se zákonem a výzvou zadavatele ve lhůtě poskytl písemné zdůvodnění nabídkové ceny (respektive cen jednotlivých položek), na základě tohoto zdůvodnění zadavatel provedl opětovnou analýzu (interně i za pomoci externího odborníka), hodnotící komise dospěla k závěru, že předložené ceny mají reálný základ a nelze je považovat za mimořádně nízké ve smyslu § 77 zákona. Dle názoru vybraného uchazeče byl tímto procesem účel zákona naplněn a Úřadu nepřísluší ukládat zadavateli další povinnosti nad zákonný rámec.
25. Vybraný uchazeč neshledává odůvodnění zadavatele v posouzení a hodnocení nabídek jakkoli nedostatečné a považuje ho za odpovídající požadavkům zákona a rozhodovací praxi. V této souvislosti vybraný uchazeč odkazuje na napadené rozhodnutí, ve kterém Úřad sám připouští, že není oprávněn vstupovat do myšlenkových pochodů hodnotící komise a tyto jakkoli přezkoumávat, hodnotit či nahrazovat vlastním správním uvážením.

Rozsah přezkumu

26. Podle § 82 odst. 3 správního řádu, pokud odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, a pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci.
27. Výrokem I. napadeného rozhodnutí byl návrh navrhovatele částečně zamítnut. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel jednal protizákonně. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele zrušil úkony zadavatele spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče z hlediska MNNC a současně i všechny následující úkony učiněné zadavatelem v zadávacím řízení. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí bylo zadavateli uloženo uhradit náklady řízení.

28. Rozkladem zadavatele byly napadeny výroky II. – IV. Zatímco výroky III. a IV. jsou svou povahou závislé na výroku II., na výroku I. není závislý žádný z ostatních výroků (ani výrok I. nezávisí na výrocích II. – IV.). Výrok I. je tedy oddělitelný od ostatních výroků. Výrok I. napadeného rozhodnutí proto považuji za výrok, který netvoří s výroky II., III. a IV. napadeného rozhodnutí nedílný celek.
29. 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. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 3. 3. 2017, navrhovateli dne 2. 3. 2017 a vybranému uchazeči dne 3. 3. 2017. Výrok I. napadeného rozhodnutí tak nabyl právní moci dne 21. 3. 2017.

Stanovisko předsedy Úřadu

30. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad výroků II. – IV. napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jejich správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, jakož i soulad řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
31. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0040/2017/VZ-07749/2017/531/MHo ze dne 2. 3. 2017, rozhodl ve výrocích II. – IV. tak, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení výroků II. – IV. napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven závazný právní názor, kterým je Úřad při dalším projednání věci vázán.

V. K námitkám rozkladu a k důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

32. Nejprve se vyjádřím k některým námitkám zadavatele, neboť mám za to, že v nich obsažená argumentace by mohla mít vliv na správnost napadeného rozhodnutí.

K námitce, že napadené rozhodnutí vychází ze skutečností, které jsou v rozporu s platnou právní úpravou (se zákonem č. 104/2000 Sb., o Státním fondu dopravní infrastruktury)

33. I přes to, že v napadeném rozhodnutí je uvedeno, že Státní fond dopravní infrastruktury je právnickou osobou *podřízenou* Ministerstvu dopravy, ačkoli zákon č. 104/2000 Sb., o Státním fondu dopravní infrastruktury, ve svém § 1 odst. 2 stanoví, že Státní fond dopravní infrastruktury je právnickou osobou *v působnosti* Ministerstva dopravy, tato formulační odlišnost není pro závěry napadeného rozhodnutí (případně pro závěr o jeho správnosti) nikterak podstatná, neboť Státní fond dopravní infrastruktury naplňuje podmínky § 2 odst. 2 písm. d) zákona (byl založen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a je ovládán státem), je veřejným zadavatelem, a Úřad je tedy příslušný k výkonu dohledu nad jeho postupem při zadávání veřejných zakázek. Nadřízenost Ministerstva dopravy vůči zadavateli lze vysledovat např. z § 12 odst. 3 zákona

č. 104/2000 Sb., o Státním fondu dopravní infrastruktury, který stanoví, že nadřízeným služebním úřadem fondu je Ministerstvo dopravy. Tato námitka je tedy nedůvodná.

K námitce, že zákon výslovně nestanoví, že by součástí žádosti o písemné zdůvodnění MNNC mělo být sdělení, z jakých důvodů hodnotící komise nabídkovou cenu uchazeče považuje za mimořádně nízkou, a co hodnotící komise požaduje doložit

34. Je pravdou, 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. Zásadami uvedenými v ustanovení § 6 zákona musí být poměřována všechna ustanovení zákona a při jejich výkladu je třeba brát na tyto zásady ohled. V mnohých případech zásada transparentnosti (nebo jiné zásady) de facto konkretizuje jiná zákonná ustanovení, kdy je při jejich aplikaci nutno klást si otázku, jak má být ten který úkon učiněn, aby byla dodržena zásada transparentnosti (a ostatním zásadám). Tak např. při jednání o nabídkách v jednacím řízení s uveřejněním sice není v zákoně výslovně stanoveno, že zadavatel by měl všem uchazečům poskytnout stejné informace, avšak opak by nade vše pochybnost byl v rozporu se zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Podobně v zákoně není ani výslovně uvedena věta „zadávací podmínky nesmí být diskriminační“, avšak přesto tato teze platí. 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, jak bude rozvedeno níže. Odkazy na tuto rozhodovací praxi, svědčící o nutnosti srozumitelně formulovat žádost o zdůvodnění MNNC, obsahovalo již napadené rozhodnutí v bodu 76 (např. odkazované rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S199/2012/VZ-8561/2012/540/JNv ze dne 3. 8. 2012 uvádí, že „[h]odnotící 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“). Dále lze citovat např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S316/2008/VZ-545/2009/540/VKu ze dne 5. 2. 2009, které uvádí, že „[ž]ádost o zdůvodnění výše nabídkové ceny musí být dostatečně konkrétní, aby na ni mohl uchazeč adekvátním způsobem reagovat“, nebo rozhodnutí Úřadu č.j. VZ/S7/05-154/840/05-Gar ze dne 25. 2. 2005, dle kterého „je nutné, aby žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny obsahovala kvalifikovaný rozbor skutečností uvedených v nabídce uchazeče, které v zadavateli vyvolávají pochybnosti o realizovatelnosti předložené nabídky. Jedině na takovýto způsobem zpracovanou žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny může uchazeč poskytnout adekvátní informace“. I tuto námitku tedy shledávám nedůvodnou.

K námitce, že s označením konkrétních informací, které by zadavatel od uchazeče pro potřeby posouzení zdůvodnění MNNC obsažené v jeho nabídce vyžadoval, jsou spojena určitá rizika

35. Zadavatel ve své argumentaci zastává názor, že označení konkrétních informací, které by zadavatel od uchazeče pro potřeby posouzení zdůvodnění MNNC obsažené v jeho nabídce vyžadoval, by zúžilo manévrovací prostor dotázaného uchazeče a znemožnilo by mu argumentovat skutečnostmi, které jsou pro stanovení nabídkové ceny podstatné, avšak dotaz zadavatele k nim nesměřoval. K tomu uvádím, že taková konkretizace zadavatelova požadavku nijak neodporuje tomu, co uvádí zadavatel. Vyzvanému uchazeči nic nebrání v tom, aby ve svém vysvětlení uvedl i jiné informace, které nízkou nabídkovou cenu odůvodňují, přestože k nim dotaz zadavatele přímo nesměřoval. Obecně platí, že aby vyzvaný uchazeč mohl vyvrátit pochybnosti o nereálnosti jeho nabídkové ceny, měl by být informován, proč konkrétně (a v jakých částech) zadavatel o jeho nabídkové ceně pochybuje, aby jeho vysvětlení mohlo pochyby zadavatele vyvrátit. Je ale vždy třeba zohlednit okolnosti případu a rovněž se ptát, do jaké míry má být v daném případě dotaz konkretizován, s ohledem na to, o jaké plnění se jedná, a jakými dalšími informacemi již zadavatel a dotázaný uchazeč disponují (např. zda už zadavatel o určitých důvodech svědčících pro reálnost nabídkové ceny ví). Z uvedených důvodů shledávám tuto námitku zadavatele nedůvodnou.
36. K možnému porušení zásady zákazu diskriminace uvádím, že konkretizací dotazu hodnotící komise (nebo lépe řečeno odpovědí na konkretizovaný dotaz) nemůže být zásada zákazu diskriminace porušena. Zadavatelem odkazovaný bod 68 napadeného rozhodnutí se vyjadřuje o diskriminaci v tom smyslu, že zadavatel v žádosti o písemné vysvětlení MNNC nemůže rozšiřovat své požadavky ze zadávací dokumentace a tím pádem neakceptovat vysvětlení uchazeče, který nemůže doložit něco (splnění určitého požadavku), co po něm zadávací podmínky nevyžadovaly.

K institutu MNNC obecně

37. Předně považuji za podstatné opakovaně připomenout smysl a účel institutu MNNC. Již v bodu 67 napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, 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*“. Obdobně se Úřad vyjádřil také např. v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S193/2007/VZ-15870/2007/530/BM ze dne 27. 9. 2007, kde uvedl následující: „*K institutu mimořádně nízké nabídkové ceny Úřad uvádí, že jeho smyslem je chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede cenu, u níž vznikají důvodné pochybnosti o řádném plnění veřejné zakázky. Tato skutečnost by během realizace předmětu plnění veřejné zakázky mohla vést např. k nedokončení veřejné zakázky, k jejímu nekvalitnímu splnění, případně k téměř nekontrolovatelnému navyšování původní nabídkové ceny uchazeče*.“ Odborná literatura uvádí, že „*[i]nstitut mimořádně nízké nabídkové ceny je tradiční součástí práva zadávání veřejných zakázek, jehož účelem je ochrana zadavatele a jednotlivých uchazečů před nesolidními nebo nereálnými přísliby ceny realizace veřejné zakázky ze strany jednotlivých uchazečů. Zadavatel je možností vyloučit nabídku*

s mimořádně nízkou cenou chráněn před nebezpečím, že by uzavřel smlouvu s uchazečem, který by nebyl posléze schopen dostát svým závazkům, v důsledku čehož by veřejná zakázka buď nebyla dokončena nebo by byla dokončena za cenu podstatně vyšší, než byla původní smluvní cena“ (Raus, D., Neruda, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 1. vydání. Praha: Linde Praha a.s., 2007, s. 563). Také důvodová zpráva k nové právní úpravě (a sice k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek) uvádí, že „[i]nstitut mimořádně nízké ceny slouží k ochraně zadavatele před nabídkami dodavatelů, které by s ohledem na cenu představovaly riziko, že dodavatel nebude schopen za nabízenou cenu zakázku splnit“ a „[p]okud i přes vysvětlení podané účastníkem, nebyla nabídková cena dostatečně odůvodněna, je na rozhodnutí zadavatele, zda takového účastníka ze zadávacího řízení vyloučí či nikoli.“ K výše uvedenému je ovšem třeba dodat, že posouzení, zda je nabídková cena mimořádně nízká, je plně v kompetenci zadavatele, neboť pouze zadavatel nese obchodněprávní riziko související s výběrem uchazeče, který předložil nejvhodnější nabídku (jak Úřad konstatoval např. v rozhodnutí č. j. 2R007/00-Ju ze dne 4. 4. 2000; toto rozhodnutí se sice vztahuje k dnes již neúčinné právní úpravě, avšak na uvedeném se nic nezměnilo). V odborné literatuře najdeme názory, že ustanovení § 77 by mělo být vykládáno restriktivně, jinými slovy, zadavatel by pro MNNC neměl uchazeče vylučovat téměř automaticky, ale „v úkonech učiněných komisí pro posouzení a hodnocení nabídek, by se měl pečlivě zabývat zdůvodněním uchazeče, zda jím předložená cena je opodstatněná“ (Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách. 4. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2015, s. 731). Tamtéž se uvádí, že „[u]vážení, zda uchazeč předložil ve své nabídce mimořádně nízkou cenu, je tedy výlučně v kompetenci jmenované komise (popř. zadavatele, pokud zadavatel nemá povinnost komisi ustavit v případě sektorových zadavatelů a neučiní tak), jejíž složení je odborné povahy, a za jejíž činnost plně odpovídá zadavatel, a také ustanovení členů komise je zásadně pouze v kompetenci zadavatele. Ten se nemůže dopustit porušení zákona o tom, že porušil zákon tím, že nabídkovou cenu některého uchazeče jako mimořádně nízkou neshledal, i když tak měl učinit“.

38. Dále je dle mého názoru nutné mít na paměti, že posuzování nabídkové ceny by mělo dle dikce ustanovení § 77 odst. 1 zákona probíhat výlučně ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, ostatní faktory (předpokládaná hodnota veřejné zakázky, nabídkové ceny ostatních uchazečů) mohou působit pouze jako indicie napovídající tomu, že cena by mohla být pro plnění předmětu veřejné zakázky nereálná. Uvedené je již zavedenou praxí, což lze demonstrovat např. na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S141/2012/VZ-8009/2012/530/KSt ze dne 18. 5. 2012, kde se uvádí, že „[p]okud jde o vztah posuzované nabídkové ceny k předpokládané hodnotě veřejné zakázky, případně nabídkovým cenám jiných uchazečů, jedná se nepochybně o podstatné indicie, nicméně při posuzování nabídkové ceny jako mimořádně nízké mohou být použity toliko podpůrně. Jinak řečeno, nelze nabídkovou cenu označit za mimořádně nízkou toliko z toho důvodu, že se odchyluje od předpokládané hodnoty veřejné zakázky nebo nabídkových cen ostatních uchazečů. Vždy je třeba posuzovat nabídkové ceny ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.“, nebo na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S161/2008/VZ-13324/2008/510/če ze dne 18. 7. 2008, kde Úřad konstatoval, že „[p]odle § 77 odst. 1 zákona se výše nabídkových cen posuzuje vždy ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, nikoliv tedy pouze vůči ostatním nabídkovým cenám či předpokládané ceně veřejné zakázky. Oba tyto aspekty jsou sice i nadále určitým vodítkem, ale mohou být pro identifikaci mimořádně nízké nabídkové ceny použity pouze jako jedny z více indikátorů“.

K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

39. Ačkoli 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.
40. Obecně k přezkumu úkonů zadavatele Úřadem odkazuji na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2004, č. j. 2 A 9/2002-62, ve které se obecně uvádí, že *„přezkumná činnost orgánu dohledu spočívá v kontrole, zda byly řádně dodrženy předepsané postupy a úkony zajišťující rámec pro vlastní posouzení a hodnocení nabídek. Žalobkyně však v podané žalobě zpochybňuje zákonnost vlastního posouzení nabídky, resp. nevhodnost nabídky vybraného uchazeče. Přitom právě zde je hranice, kterou žalovaný (tj. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže) nesmí překročit, neboť potom by se stal hodnotitelem jednotlivých nabídek. Jeho pravomoci sahají do úrovně těch činností zadavatele, které vytvářejí prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů hodnotící komise, neboť tím by se žalovaný ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět zadaným kritériím a také v soutěži zvítězit. Orgán dohledu nemůže přebírat zodpovědnost za výběr nevhodnější nabídky, neboť k tomu nemá ani odborné předpoklady, totéž nelze požadovat ani po soudu. Úkolem obou je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. V opačném případě by se totiž výběr nevhodnější nabídky mohl stát záležitostí znaleckých posudků a pak by existence zákona postrádala smysl“*. K tomuto se obdobně vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 6. 11. 2009, č. j. 5 Afs 75/2009-100, v němž tento soud jednoznačně dospěl k závěru, že *„úkolem Úřadu je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. Jeho pravomoci končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Úřad však dbá na to, aby byla splněna jedna ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti celého procesu zadávání veřejných zakázek“*. Z novějších rozhodnutí správních soudů mohu na tomto místě dále citovat rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 23/2013-42 ze dne 20. 5. 2014, dle kterého *„vlastní akt posouzení a hodnocení nabídek, pokud by byl napadán, nemůže podléhat dohledové činnosti stěžovatele (tj. Úřadu – pozn. předsedy Úřadu), neboť jde nikoli o dodržení zákonem stanovených procesních postupů, ale o myšlenkový proces, odehrávající se ve sféře vědomí hodnotitelů“*. Z judikatury správních soudů tedy vyplývá, že úkolem Úřadu je kontrola rámce, v němž se posuzování a hodnocení nabídek provádí, nikoliv samotné kvality posouzení a výběru nevhodnější nabídky. Úřad však zásadně dbá také na to, aby byla splněna jedna ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti celého procesu nabídkového řízení (viz např. též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 6. 2007, č. j. 5 Afs 6/2007 - 92). K tomuto považuji za nutné zopakovat, že postup hodnotící komise při posuzování MNNC sice musí podléhat kontrole ze strany Úřadu, avšak přezkumná činnost Úřadu se musí omezit na to, zda hodnotící komise dodržela předepsané postupy, jinak řečeno, Úřad nemůže vstupovat do myšlenkových pochodů členů hodnotící komise a tyto přezkoumávat, jelikož hodnotící komise je tvořena odborníky vybranými zadavatelem,

kterým je pravomoc posoudit odborné otázky týkající se posouzení a hodnocení nabídek dána ze zákona. Úřad tedy pouze posuzuje, zda úkony zadavatele spojené s výběrem byly zákonné, nikoli, jaká je kvalita výběru. Tento postoj lze ostatně podpořit také rozhodovací praxí soudů. Např. v rozsudku sp. zn. 5 Afs 6/2007 ze dne 6. 11. 2009 Nejvyšší správní soud uvedl, že: *„Úřad není oprávněn při své přezkumné činnosti vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, tedy členů hodnotící komise, a tyto myšlenkové pochody jakkoliv přezkoumávat, hodnotit či dokonce nahrazovat vlastním správním uvážením, neboť zákon konstruuje hodnotící komisi jako kolegium odborně způsobilých osob, kterým jedině je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky, související s procesem hodnocení nabídek.“* Stejný názor je uveden i v rozsudku sp. zn. 5 Afs 75/2009-100 ze dne 6. 11. 2009, kde navíc Nejvyšší správní soud doplnil, že: *„Úřad však přezkoumává, zda k hodnocení komisí došlo zákonem stanoveným způsobem, zda k tomu došlo transparentním způsobem, tedy zda je posouzení komise přezkoumatelné po formální stránce.“* Uvedeného si je Úřad vědom, jak je patrné z bodu 71 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Ačkoliv tak Úřad úvod napadeného rozhodnutí věnoval výhradně posouzení postupu zadavatele, ve svém výsledku se jeho závěry opírají o vyhodnocení konkrétnosti či nekonkrétnosti zdůvodnění MNNC vybraného uchazeče.

41. V daném 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.
42. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona, když v žádosti o zdůvodnění MNNC absentovalo sdělení zadavatele, jaké informace bude od vybraného uchazeče pro potřeby posouzení zdůvodnění MNNC obsažené v jeho nabídce vyžadovat, čímž způsobil, že i navazující úkony související s posouzením otázky MNNC u vybraného uchazeče nebyly provedeny transparentně, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
43. 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.
44. Aby byla naplněna zásada transparentnosti, musí hodnotící komise (potažmo zadavatel) ve své žádosti o písemné zdůvodnění MNNC sdělit, jaké konkrétní informace bude od uchazeče vyžadovat (případně předeštět své úvahy, které vyvolaly pochybnosti) a upřesnit, jaké konkrétní informace (např. v podobě cenových kalkulací) má uchazeč učinit součástí jeho zdůvodnění (aby vyvstalé pochybnosti rozptýlil). Jádrem posouzení zákonnosti postupu hodnotící komise (zadavatele) by vždy mělo být, zda tato došla k určitému závěru (o reálnosti nabídkové ceny, viz smysl institutu MNNC výše) na základě logické a obhajitelné úvahy. Aktuální rozhodovací praxe Úřadu i soudů zastává názor, že v žádosti musí zadavatel specifikovat, jaké informace má uchazeč ke zdůvodnění reálnosti nabídkové ceny předložit a následné odůvodnění by se mělo zakládat na relevantních a řádně odůvodněných

podkladech a tvrzeních. Avšak celý uvedený postup by měl být pouze prostředkem k učinění skutkově správného závěru o tom, zda je nabídková cena uchazeče reálná.

45. Obecně 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 (pokud z vysvětlení zjistíme např. náklady na materiál, mzdy zaměstnanců nebo nájmy), 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, které mají své opodstatnění především u zakázek na stavební práce, méně již u služeb zahrnujících různé intelektuální činnosti nebo u služeb, jejichž ceny reagují citlivěji na poptávku a mohou rychleji reagovat na vnější vlivy, neboť nejsou tolik vázány na hmotné vstupní náklady, jež se promítají do nabídkové ceny. Navíc i cenové kalkulace a rozklady cen mají při posuzování pouze ten význam, že zadavatel na základě nich zjišťuje, zda tvrzené důvody mají odraz v reálné skutečnosti. Výsledkem posouzení cenové kalkulace tak může být např. zjištění, že uchazeč má nižší mzdové a provozní náklady (nájem, různá energeticky výhodná řešení provozu...), případně získává množstevní nebo jiné slevy od svých obchodních partnerů.
46. Rovněž je nutno zohlednit, že se odlišuje situace, ve které by Úřad posuzoval takový dotaz, ze kterého by vyzvaný uchazeč nedokázal zjistit, co má konkrétně zdůvodnit a doložit, jelikož by na tomto záviselo jeho teoretické vyloučení ze zadávacího řízení, a pokud by jej zadavatel následně vyloučil, mohlo by dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. 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. Rozhodovací praxe dále (kromě požadavků kladených na formulaci dotazu) rovněž uvádí, že zdůvodnění MNNC by mělo být vždy vztaženo k příslušné veřejné zakázce a „individualizováno“ (k tomu viz bod 74 odůvodnění napadeného rozhodnutí), tedy přizpůsobeno té které konkrétní veřejné zakázce a být určitým způsobem jedinečné. Je tedy třeba dojít k závěru, že posuzování MNNC musí být vždy individualizováno a je nutno přihlížet k okolnostem daného případu. Je logické, že hodnotící komise bude v různých případech požadovat prokázání zdůvodnění MNNC rozdílnými doklady.
48. V posuzovaném případě Úřad nejprve vyhodnotil nedostatečnou konkrétnost dotazu zadavatele na zdůvodnění MNNC u vybraného uchazeče, následně, vědom si toho, že pokud bylo již podáno vysvětlení MNNC a toto bylo také vyhodnoceno hodnotící komisí, posoudil, zda na základě takto nedostatečně specifikovaného dotazu vybraný uchazeč odpověděl tak, aby zadavatel mohl jeho zdůvodnění posoudit a případně přijmout. Zde však Úřad nepostupoval jako arbitr postupu zadavatele, ale sám hodnotil dostatečnost a konkrétnost odpovědi vybraného uchazeče, aniž by to však činil za dostatečného zdůvodnění, podloženého tím, co je zaznamenáno v dokumentaci o veřejné zakázce. V bodě 76 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatuje, že *„Netransparentnost předmětné žádosti pak má za následek to, že za souladné se zákonem není možné pokládat ani akceptování zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytnuté vybraným uchazečem hodnotící komisí ... neboť zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny se nezakládá na relevantních a řádně transparentně odůvodněných skutečnostech, nýbrž pouze na obecných*

konstatováních o snížení cen". Shledávám, že když Úřad zhodnotil odůvodnění MNNC jako příliš vágní, vstupoval de facto do myšlenkových pochodů hodnotící komise, k čemuž není oprávněn, a zároveň k tomuto závěru došel Úřad 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 (za situace, kdy tuto odpověď Úřad sám hodnotí), proč má Úřad tuto odpověď za nekonkrétní. Z napadeného rozhodnutí lze zjistit, jak se staví k žádosti zadavatele o zdůvodnění MNNC, pokud jde o její konkrétnost, vybraný uchazeč. Nelze z něj však zjistit, jaká byla odpověď vybraného uchazeče a jak ji posoudil zadavatel, neboť citace v bodě 59 napadeného rozhodnutí není kompletní a není z ní možné seznat, že zadavatel odpověď vybraného uchazeče posuzoval komplexněji, než jak je uvedeno v tomtéž bodě napadeného rozhodnutí, a to přesto, že „Protokol o dokončení posouzení nabídek“ ze dne 20. 12. 2016 je součástí správního spisu.

49. *V šetřeném případě tedy Úřad měl posuzovat otázku, zda zadavatel zdůvodnění MNNC vybraného uchazeče (a tedy závěr o reálnosti jeho nabídkové ceny) vyhodnotil dostatečně a tento závěr podložil logickou úvahou, přičemž měl toto vyhodnocení odpovědi zadavatelem posoudit s akcentem na předmět plnění veřejné zakázky. K posouzení, jak hodnotící komise postupovala, lze citovat Protokol o dokončení posouzení nabídek ze dne 20. 12. 2016, ve kterém je uvedeno, že „není pochyb, že SMS zprávy jsou nahrazovány jinými komunikačními alternativami, což mimo jiné dokládá i zpráva analytické společnosti Strand Consult“, že „hodnotící komise provedla průzkum trhu cen SMS jiných zadavatelů“ a „[d]ospěla k závěru, že minimálně 3 organizace v rámci svých výběrových řízení vysoutěžily službu SMS zpráv za obdobnou cenu, jakou nabídl uchazeč č. 1“ a „není důvod se domnívat, že by byla tato služba za nabídnutou cenu neprovozuschopná“, dále že „[h]odnotící 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“, dále hodnotící komise potvrdila, že „při využití datového roamingu od 15. 6. 2017 nesmí operátoři účtovat zvláštní poplatky za datový roaming“ a „uchazeč č.1 s tímto faktem již mohl počítat při zpracování své nabídkové ceny“. Dále měl být brán zřetel na skutečnost, 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 (v rozkladu zadavatel uvedl, že „pochybnosti o schopnosti plnit předmět veřejné zakázky byly dávno rozptýleny mimo jiné i tím, že zadavatel (...) vysoutěžil v zadávacím řízení na veřejnou zakázku malého rozsahu obdobné ceny za položky, které byly předmětem přezkumu v rámci institutu mimořádně nízké nabídkové ceny od vybraného uchazeče a tento mu předmětné služby za tyto ceny již od října 2016 řádně poskytuje“.*
50. *Shledávám, že Úřad v napadeném rozhodnutí sám hodnotil relevantnost vybraným uchazečem předloženého vysvětlení MNNC a současně se dostatečně nezabýval vlivem šetřeného jednání zadavatele (formulace dotazu na vysvětlení MNNC) na navazující úkony související s posouzením otázky MNNC u vybraného uchazeče, resp. na zákonnost „celého“ postupu zadavatele podle § 77 zákona na základě dostatečně zjištěného skutkového stavu věci.*
51. *Úřad pouze konstatoval, že absencí sdělení zadavatele, jaké informace bude od vybraného uchazeče pro potřeby posouzení zdůvodnění MNNC obsažené v jeho nabídce vyžadovat,*

zadavatel způsobil, že i navazující úkony související s posouzením otázky MNNC nebyly provedeny transparentně, a tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad tak 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.

52. Nad rámec výše uvedeného, k nutnosti požadování konkrétních dokumentů, které má uchazeč na základě písemné výzvy k objasnění MNNC předložit, považuji za nutné osvětlit, že jsem toho názoru, že i v případě, kdy zadavatel v žádosti uvede konkrétní podklady, které po uchazeči požaduje, ale uchazeč předloží podklady jiné, nemůže jej zadavatel automaticky vyloučit, avšak musí posoudit, zda podklady, které uchazeč předložil, MNNC dostatečně odůvodňují. Opačný postup by byl přehnaným formalismem odporujícím smyslu a účelu zákona. Uvedené je odůvodněno již tím, že zadavatelé často ani nemohou vědět, jaké podklady od uchazečů v nejrůznějších odvětvích mají vyžadovat, zatímco uchazeči, jakožto osoby znalé konkrétního oboru a samozřejmě i svého podnikání, by měli sami být nejlépe schopni posoudit, čím mají odůvodnit svou nabídkovou cenu. Vyloučení uchazeče pouze z toho důvodu, že nepředložil přesně ty podklady, které po něm zadavatel žádal, by naopak bylo odůvodnitelné pouze tehdy, pokud by zadavatelem požadovaný způsob prokázání určité skutečnosti byl jediný možný.

Shrnutí

53. Podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a věc vrátí k novému projednání správnímu orgánu, který rozhodnutí vydal; v odůvodnění tohoto rozhodnutí vysloví odvolací správní orgán právní názor, jímž je správní orgán, který napadené rozhodnutí vydal, při novém projednání věci vázán; proti novému rozhodnutí lze podat odvolání.
54. 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. Svě závěry Úřad přezkoumatelným způsobem odůvodní.

VI. Závěr

55. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno. Úřad je při svém novém rozhodování vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

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

Vypraveno dne:

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