



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. a Mgr. Petra Šebka v právní věci žalobce: **GTS Czech s.r.o.**, se sídlem Praha 3, Přemyslovská 2845/43, zastoupený JUDr. Kateřinou Radostovou, advokátkou se sídlem Praha 1 – Josefov, Břehová 208/8, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, za účasti: **Česká republika - Český úřad zeměměřický a katastrální**, se sídlem Praha 8 – Kobylisy, Pod sídlištěm 1800/9, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12.4.2013, č.j. ÚOHS-R358/2012/VZ-6582/2013/310/DBa,

t a k t o :

- I. Žaloba **se zamítá**.
- II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **se** náhrada nákladů řízení **nepřiznává**.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12.4.2013, č.j. ÚOHS-R358/2012/VZ-6582/2013/310/DBa, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9.11.2012, č.j. ÚOHS-S270/2012/VZ-21196/2012/560/MSc.

I. Shrnutí podstaty věci

Zadavatel (nyní osoba zúčastněná na řízení) zadával nadlimitní veřejnou zakázku „Poskytování služeb datového centra“ v otevřeném řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“). Lhůta pro podání nabídek uplynula dne 17.4.2012. Nabídky podali čtyři uchazeči, mimo jiné i žalobce. Dne 18.4.2012 byly obálky s nabídkami otevřeny a dne 19.4.2012 byly nabídky posuzovány. Žádná z nabídek nebyla vyřazena a žádný z uchazečů nebyl z další účasti v zadávacím řízení vyloučen. Žalobce pak dne 23.4.2012 podal námítky proti zadávacím podmínkám, kterým zadavatel nevyhověl. Poté tedy žalobce podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k žalovanému.

Žalobce v řízení před žalovaným argumentoval v tom směru, že zadavatel nedodržel § 44 odst. 1 ZVZ, neboť předmět veřejné zakázky nevymezil v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Podle žalobce zadavatel v zadávací dokumentaci nedostatečně specifikoval spotřebu elektrické energie svého zařízení tím, že nestanovil souhrnnou spotřebu své výpočetní techniky v kilowatthodinách tak, aby tuto část plnění mohli všichni dodavatelé ocenit srovnatelně, a namísto toho určil pouze celkový příkon veškerých jeho zařízení v kilovoltampérech (kVA), a to podle tzv. štítkových údajů výrobce; tato jednotka však neurčuje skutečnou spotřebu elektrické energie, kterou daná výpočetní technika v provozu spotřebovává. Po přepočtení tzv. účinníkem z ní lze dovodit pouze maximální spotřebu, kterou by daná elektronická zařízení měla, pokud by byla v provozu všechna nepřetržitě na plný výkon. Skutečná spotřeba výpočetní techniky je vždy nižší, protože její provoz není nepřetržitý a také neběží neustále na plný výkon. Zadavatel měl podle žalobce porušit i zásadu transparentnosti podle § 6 ZVZ, neboť nepožadoval po dodavatelích samostatné vyčíslení nákladů na elektrickou energii, čímž rezignoval na posouzení úplnosti nabídek podle § 76 ZVZ, a zásadu rovného zacházení podle § 6 ZVZ, neboť zvýhodnil současného poskytovatele služeb datového centra, který jako jediný věděl o skutečné spotřebě elektrické energie výpočetní techniky zadavatele.

Žalovaný žalobcův návrh podle § 118 odst. 5 písm. a) ZVZ zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 ZVZ.

Závěry žalovaného nyní žalobce napadá žalobou u zdejšího soudu.

II. Shrnutí žaloby

Žalobce argumentuje věcně shodně jako ve správním řízení před žalovaným; zčásti namítá, že se žalovaný s jeho argumentací nevypořádal vůbec, a zčásti namítá, že se s jeho argumentací vypořádal povrchně a nesprávně (nezákonně).

Platba za dodávky elektrické energie je podle žalobce podstatnou částí plnění zadavatele; náklady za elektrickou energii, které měly být dodavateli hrazeny paušálně, nikoli podle skutečné spotřeby výpočetní techniky, která v praxi bude nižší, neboť nabídky měly být podávány „na maximální výkon“, tak nemohly být podle zadávacích podmínek hodnoceny porovnatelně. Každý z dodavatelů musel část nabídkové ceny odpovídající platbě za elektrickou energii naceňovat pouze hrubým a nepřesným odhadem, přitom logicky zvýhodněn byl ten dodavatel, který již totožné plnění pro zadavatele poskytoval, neboť ten znal skutečnou spotřebu z minulosti, protože za ni musel dodavateli elektrické energie platit. Žalobce zpochybňuje, že by tento dodavatel skutečnou spotřebu neznal, resp. namítá, že by tato neznalost mohla být důvodem, pro který zadavatel dodavatelům nemusel tuto skutečnou spotřebu předem (před podáním nabídek) sdělit. Zadavatel rovněž za tohoto stavu nemohl posoudit, zda dodavatelé podávají nabídku na celý (skutečný) rozsah plnění, které mají zadavateli dodávat. Tvrzená neznalost skutečné spotřeby je podle žalobce jen výmluvou zadavatele, kterou žalovaný převzal. Žalobce tedy požadavek zadavatele na nacenění části plnění veřejné zakázky za spotřebovanou energii v paušální částce bez ohledu na skutečnou spotřebu za situace, kdy skutečnou spotřebu dodavatelé (vyjma toho, kdo totožné plnění pro zadavatele již poskytoval), odmítá. Také odmítá postoj žalovaného, který argumentuje odbornými znalostmi dodavatelů, kterými mohl být nedostatek údajů o skutečné spotřebě v zadávacích podmínkách zhojen.

Z výše uvedených důvodů, v žalobě podrobně argumentovaných, se žalobce domáhá zrušení jak napadeného, tak prvostupňového rozhodnutí, a na svém procesním postoji setrval po celou dobu řízení před soudem.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný v plném rozsahu setrvává na závěrech, k nimž dospěl ve správním řízení, zčásti se věcně shodně jako v napadeném rozhodnutí k žalobní argumentaci vyjadřuje a zčásti odkazuje na odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí.

Taktéž žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před soudem a navrhuje soudu, aby žalobu jako nedůvodnou zamítl.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), žaloba je přípustná (§ 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Napadené rozhodnutí bylo přezkoumáno v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování (původního) žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.).

Žaloba není důvodná.

Zadavatel v části 10. zadávací dokumentace („Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny“) stanovil požadavek na uvedení nabídkové ceny za rok v následující skladbě – optická trasa; internetová konektivita typ 1; internetová konektivita typ 2; datové centrum. V příloze zadávací dokumentace č. 1 (část „silové napájení“) zadavatel uvedl celkovou jmenovitou spotřebu zařízení (všech racků) ve výši 62,322 kVA.

Následně v dodatečných informacích ze dne 2.3.2012 zadavatel uvedl, že poptává komplexní poskytování služeb datového centra (což odpovídalo vymezení předmětu veřejné zakázky od počátku zadávacího řízení). „... Aby se předešlo případným nejasnostem...“, zadavatel jasně potvrdil, že dodávka elektrické energie (obdobně i např. chlazení prostor, ve kterých budou umístěny technologie zadavatele a dodávka energie pro toto chlazení) je součástí této veřejné zakázky.

Následně v dodatečných informacích ze dne 16.3.2012 zadavatel mimo jiné uvedl, že předpokládá, že součástí nabídkové ceny bude i paušální částka za spotřebovanou elektrickou energii.

Následně v dodatečných informacích ze dne 4. 4. 2012 dále zadavatel uvedl, že není schopen stanovit požadované hodnoty celkového příkonu v kW nebo objem spotřebované energie za rok v kWh, a proto poskytuje jmenovité příkony všech zařízení. Také není schopen odhadnout charakteristiky zatížení hardware kvůli připravovaným změnám ve využití HW zdrojů jednotlivých serverů a dalších komponent. Jedná se o vlivy, jejichž rozsah je mimo moc zadavatele – např. zatížení, způsobené uvedením Základního registru územní identifikace, adres a nemovitostí do pilotního a posléze produkčního provozu, kolísání v četnosti podání v rámci agendy katastrálních úřadů, zatížení způsobené připravovaným spuštěním aplikace Veřejný

dálkový přístup do RUIAN atd. Z uvedených důvodů jsou poskytnuty jmenovité (štitkové) hodnoty příkonu.

Podle § 17 písm. l) ZVZ se musí veškeré zadavatelovy požadavky, které je zapotřebí splnit osobami, jež se hodlají zadávacího řízení zúčastnit, promítnout v zadávacích podmínkách. Ty jsou tvořeny podmínkami obsaženými v oznámení zadávacího řízení a (především) v zadávací dokumentaci. Zejména zadávací dokumentace pak musí uchazečům sloužit coby dostatečně konkrétní, jasný, jednoznačný a srozumitelný zdroj informací o tom, jak mají zpracovat své nabídky, neboť zadávací dokumentace podle § 44 odst. 1 ZVZ vymezuje předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.

Zadávací dokumentací se tedy rozumí souhrn všech konkrétní požadavků zadavatele na zpracování nabídky. Z těchto požadavků pak následně, nad rámec kritérií obsažených v oznámení zadávacího řízení, vyplynou i podrobná pravidla pro určení, která nabídka je pro zadavatele nejvýhodnější a která se tak stane nabídkou vítěznou. Základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky (tedy plnění, které zadavatel požaduje a ve vztahu k němuž mají být podávány nabídky) i způsobu jeho naceňování (je-li hodnotícím kritériem cena plnění), jenž musí být dodavateli při podávání nabídek dodržen, to vše provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky na nediskriminačním principu, její následné transparentní hodnocení zadavatelem, a to především za dodržení pravidla o porovnatelnosti nabídek, a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým podle zadávací dokumentace měl, a zda takové hodnocení neporuší některou ze zásad podle § 6 ZVZ.

Pokud by zadávací podmínky nebyly dostatečně jasné, přesné, srozumitelné a jednoznačné, pak taková nejasnost nemůže jít k tíži kteréhokoli z dodavatelů, nýbrž k tíži samotného zadavatele (shodně rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25.3.2009 ve věci sp. zn. 2 Afs 86/2008, ze dne 26.3.2009 ve věci sp. zn. 2 Afs 87/2008 a ze dne 30.3.2011 ve věci sp. zn. 1 Afs 8/2011). V takovém případě by tedy zadávací podmínky ve věci právě posuzované nemohly obstát.

Argumentace odbornými znalostmi dodavatelů, jimiž mohou překlenovat dílčí nedostatky v dostatečné konkrétnosti, jasnosti, jednoznačnosti a srozumitelnosti zadávacích podmínek *erga omnes*, sice v určitých případech může přicházet v úvahu, jde však o případy zcela výjimečné. Nejvyšší správní soud totiž např. v rozsudku ze dne 26.10.2011 ve věci sp. zn. 7 Afs 66/2010 zásadně odmítl přiznávat takovým odborným znalostem nepřiměřeně silný význam, pouze za specifických skutkových okolností připustil, aby nejednoznačnost zadávacích podmínek (především zadávací

dokumentace) byla odstraněna (překonána) existující zvyklostí či ustálenými praktikami v dané oboru, které by profesionál (dodavatel) měl znát (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17.10.2012 ve věci sp. zn. 1 Afs 42/2012).

Žalobní argumentaci zdejší soud především posuzoval optikou žalobcem zvoleného postupu v zadávacím řízení; přestože žalobce napadá požadavek zadavatele na nacenění části plnění veřejné zakázky za spotřebovanou energii v paušální částce bez ohledu na skutečnou spotřebu za situace, kdy skutečnou spotřebu dodavatelé (vyjma toho, kdo totožné plnění pro zadavatele již poskytoval), a tedy jeho argumentace směřuje proti zadávacím podmínkám (z toho také žalobce dovozuje porušení § 44 odst. 1 ZVZ a v návaznosti na to porušení § 6 ZVZ), námitky k zadavateli podal (byť se tak stalo poslední den lhůty k jejich podání, a tedy včas) až poté, co podal nabídku, poté, co uplynula lhůta pro podání nabídek, poté, co obálky s nabídkami byly otevřeny, a poté, co nabídky byly posouzeny, tedy v situaci, kdy již měl najisto postaveno, že jeho nabídka nebude nabídkou vítěznou. Lhůta po podání nabídek totiž uplynula v úterý 17.4.2012, obálky byly otevřeny ve středu 18.4.2012 (účast žalobce na otevírání obálek byla zaručena pravidlem podle § 71 odst. 7 ZVZ ve znění na věc aplikovatelném) a posouzeny byly ve čtvrtek 19.4.2012, námitky žalobce podal až v pondělí 23.4.2012. Přestože takový postup nelze bez dalšího s určitostí pokládat z pohledu žalobce za postup spekulativní, věrohodnost argumentace žalobce, že zadávací podmínky neobsahovaly podrobnosti pro podání nabídek, to jistě snižuje. Přesto je však s ohledem na uplatněné žalobní body třeba se dostatečným (řádným) vymezením zadávacích podmínek v souladu s § 44 odst. 1 ZVZ zabývat.

Důvodnost samotné podstaty tvrzení žalobce, že zadavatel v posuzované věci nedostatečně vymezil zadávací podmínky, když v nich neuvedl dostatečnou specifikaci odběru elektrické energie, jež je součástí plnění veřejné zakázky, tak nelze posuzovat „od oka“ nebo ve všech případech stejně (paušálně bez zohlednění specifik posuzované věci), nýbrž se zohledněním především toho, co zadavatel poptával (co bylo předmětem veřejné zakázky). Jestliže žalovaný vyšel z toho, že zadavatel poptával komplexní poskytování služeb datového centra, včetně dodávky elektrické energie, za paušální částku bez ohledu na skutečnou spotřebu elektrické energie infrastruktury zadavatele, pak jde o východisko správné, jež podle zdejšího soudu vedlo i ke správnému posouzení věci.

Podstatné není, že ten dodavatel, který totožné plnění pro zadavatele za totožných podmínek účtování spotřebované energie v minulosti poskytoval, skutečnou spotřebu údajně nevěděl (bez ohledu na to, zda se takové tvrzení jeví jako důvěryhodné, neboť platil-li za spotřebovanou energii, pak ji znát zřejmě musel, popř. ji mohl zjistit). Podstatné není ani to, zda ji věděl zadavatel, nýbrž to, zda ji pro dodržení § 44 odst. 1 ZVZ vědět měl – a zda tento údaj měl být součástí zadávacích podmínek. Pokud by se jednalo o údaj, který by dodavatelé pro podání nabídek znát museli, i neznalost zadavatele by neuvedení takového údaje do zadávacích podmínek

nemohla omluvit. Pokud by se mělo jednat z pohledu vypracování nabídek o skutečnost podstatnou, pak by skutečně mohlo platit to, co žalobce trefně v žalobě namítá, a sice „čím méně toho zadavatel o plnění veřejné zakázky ví, tím benevolentněji je třeba k němu postupovat“; takový přístup by fakticky degradoval význam pravidla podávaného z § 17 písm. 1) ZVZ a § 44 odst. 1 ZVZ, neboť zadavateli by v zásadě vždy stačilo tvrdit, že příslušný údaj neví, aby uvedená ustanovení neporušil.

Podstatné tedy je, zda dodavatelé před podáním nabídek museli znát údaj o skutečné spotřebě, aby mohli vyhovět požadavku zadavatele na podání nabídek, tu tedy na nacenění spotřeby elektrické energie, či zda takový údaj znát nemuseli.

V posuzované věci by jej museli znát za situace, pokud by měli skutečnou spotřebu nacenit. Takto však nabídky podávány být neměly, neboť naceněna měla být paušální částka za spotřebu, která také měla být poté zadavatelem (bez ohledu na skutečnou spotřebu) placena. Zároveň z ničeho, čím by žalobce proti závěrům žalovaného argumentoval, neplyne, že by takový požadavek na nacenění byl v praxi excesem; naopak jestliže žalobce popisuje postup stanovení skutečné spotřeby elektrické energie ve svých datových centrech na základě „jmenovité spotřeby“ zařízení na svých internetových stránkách, pak u jednání soudu argumentoval tím, že jde o postup, který se při naceňování plnění, jaké bylo nyní zadavatelem poptáváno, používá, byť v rámci „běžných“ obchodních vztahů, nikoli tedy těch, kde odběratelem je zadavatel (a tedy jde o veřejnou zakázku). Pokud tedy není neobvyklé, že je takto postupováno při naceňování plnění v rámci kontraktů, jež nejsou veřejnými zakázkami, pak nelze takový požadavek na naceňování pokládat za *unfair* ani v případech, kdy odběratelem je zadavatel a o veřejnou zakázku se jedná.

Pokud jde o údaje, jež měli dodavatelé před podáním nabídek od zadavatele k dispozici, pak za podstatnou skutečnost zdejší soud pokládá to, že zadavatel v zadávací dokumentaci uvedl přehled svých zařízení s údaji o jmenovité spotřebě v kilovoltampérech a následně v rámci dodatečných informací ze dne 4. 4. 2012 stanovil hodnotu účinníku 0,93 na přepočítání uvedených hodnot na kilowatty.

Dodavatelé (včetně žalobce) tedy měli informaci o tom, ve vztahu k jakým zařízením, pro která má být elektrická energie dodávána (a zadavateli účtována, tedy v nabídkách naceňována) má být nabídka konstruována. Zároveň měli dodavatelé (včetně žalobce) od zadavatele k dispozici údaje k výpočtu spotřeby elektrické energie. Byť se jednalo o údaje bez dalšího využitelné pro případ, že by zařízení „pracovala“, a tedy energii spotřebovávala, „naplno“, tyto údaje byly k dispozici všem dodavatelům shodně.

Za nikoli nepodstatný argument lze pokládat i to, že i za předpokladu, kdy by údaj o skutečné spotřebě zadavatel dodavatelům k dispozici poskytl, jednalo by se o

údaj ohledně spotřeby minulé či nejdříve právě aktuální. Pak by se do budoucna mohlo jednat o údaj spíše orientační a nutně nepřesný, neboť by ničeho nevypovídal o skutečné reálné spotřebě po dobu plnění veřejné zakázky. Z ničeho totiž neplyne, že by se reálná spotřeba mohla měnit, nadto sám zadavatel v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 4.4.2012 jasně vyjevil předpoklad, že charakteristika zatížení hardwaru se v budoucnu změní kvůli změnám ve využití jednotlivých serverů. Pokud by tedy zadavatel od dodavatelů (v rámci původních zadávacích podmínek, popř. dodatečnými informacemi, jimiž by zadávací podmínky fakticky doplňoval) požadoval nacenění konkrétní spotřeby podle údajů z minulosti, mohl by žalobce naopak namítat, že dodavatelé mají naceňovat plnění jinak, než jak bude nakonec realizováno.

Pokud by dal tedy zdejší soud žalobci v jeho klíčovém argumentu zapravdu, znamenalo by to, že by musel dospět k závěru, že bez znalosti skutečné spotřeby do budoucna by zadavatel nemohl uvedenou zakázku zadávat, popř. že by nemohl požadovat paušální nacenění spotřeby, fakticky s riziky pro dodavatele. K takovému závěru není žádného důvodu; takový přenos rizika na dodavatele se nejeví jako nepřiměřený, a to zvláště s přihlédnutím k tomu, že takové nastavení podmínek kontraktu na obdobná plnění není, jak již bylo shora uvedeno, v praxi nikterak excesivní. Podle zdejšího soudu tedy žalovaný správně v prvostupňovém rozhodnutí (bod 33.) a v napadeném rozhodnutí (bod 37.) zohlednil, že sám žalobce popisuje postup stanovení skutečné spotřeby elektrické energie ve svých datových centrech na základě „jmenovité spotřeby“ zařízení na svých internetových stránkách. Žalobce tak zjevně učinil i v jím podané nabídce; v příloze č. 9, části 2.3, uvádí, že pro datová centra THP 2 (zelený sál) a BVV se zjištěná hodnota spotřebované elektrické energie (elektrického příkonu) stanovuje následujícím způsobem: výpočet je proveden na základě váženého denního průměru štítkových hodnot elektrického příkonu zařízení, které se v daném kalendářním měsíci nacházely v pronajatém prostoru, násobeného koeficientem 0,48 („vážená štítková hodnota“). Štítkové hodnoty elektrického příkonu zařízení jsou stanoveny při přidávání zařízení do prostoru a jsou uvedeny v Předávacím protokolu. Koeficient 0,48 je stanoven s ohledem na skutečnost, že skutečná spotřeba elektrické energie příslušných zařízení je v průměru 48 % štítkových hodnot daných zařízení. Žalobce sám tedy využívá při stanovení spotřeby elektrické energie ve svých datových centrech průměru „štítkových hodnot zařízení“ ve výši 48% („vážená štítková hodnota“) a učinil tak i ve své nabídce, přitom „štítkové hodnoty zařízení“ dodavatelům v posuzované věci známy byly, neboť je zadavatel uvedl v příloze zadávací dokumentace č. 1 (část „silové napájení“).

Za tohoto stavu není využití závěru Nejvyššího správního soudu podávaného z jeho rozsudku ze dne 17.10.2012 ve věci sp. zn. 1 Afs 42/2012 postupem mechanickým, abstrahujícím od skutečností zjištěných v nyní posuzované věci. Zdejší soud dospívá k závěru, že za situace, kdy naceňována neměla být skutečná spotřeba elektrické energie, nýbrž spotřeba paušální, přitom se nejednalo o pravidlo nikterak

mimořádné, bylo možno neuvedení skutečné spotřeby překonat aplikací běžného pravidla, mimo jiné aplikovaného samotným žalobcem.

Fakt, že žalobce věděl, jak má spotřebu elektrické energie do své nabídky naceňovat (a nebylo to přitom pro něj neobvyklé), plyne i z toho, že nabídku podal a své námitky proti zadávacím podmínkám uplatnil až po otevření obálek a až po posouzení nabídek. Mohl tak sice učinit (§ 110 odst. 3 ZVZ), avšak (aniž by v tomto směru zdejší soud hodlal jakkoli spekulovat o pravých motivech žalobce, k tomu nemá žádného skutkového podkladu) to, že tak žalobce učinil až poté, co nabídku podal, a poté, co obálky s nabídkami již byly otevřeny, může naznačovat, že skutečné „potíže“ nevnímal při zpracovávání své nabídky, nýbrž až poté, co se mohl seznámit s nabídkami jiných dodavatelů (§ 71 odst. 7 a 9 ZVZ).

Zdejší soud tedy dospívá k závěru, že pravidla podávaná ze zadávacích podmínek (ze zadávací dokumentace a z postupně podaných dodatečných informací zadavatele) umožňovala podání nabídek, a to i nabídek vzájemně porovnatelných, neboť nabídky obsahovaly nabídkovou cenu v požadované struktuře, přitom náklady na elektrickou energii měly být zahrnuty do položky „datové centrum“ a stanoveny s ohledem na předpokládanou spotřebu zařízení. Ve prospěch porovnatelnosti nabídek svědčí podpůrně i to, že všichni dodavatelé plnění skutečně nacenili tak, jak bylo požadováno zadavatelem, žádná z nabídek nebyla vyřazena a žádný dodavatel (uchazeč) nebyl z další účasti v zadávacím řízení vyloučen. Dovolává-li se tedy žalobce aplikace závěrů Vrchního soudu v Olomouci (rozsudek ze dne 29.6.2000 ve věci sp. zn. 2A 4/2000), pak nejde o argumentaci případnou, neboť tam soud dospěl k závěru, že tamním zadavatelem stanovené kritérium hodnocení nabídek nebylo jednoznačné. Stejně tak dovolává-li se žalobce shodného zacházení jako ve věcech žalovaného „S248/2009“, „S72/2011“ a „S318/2012“, pak nepřipadně, neboť tam, jak ostatně vyplývá již z citací závěrů obsažených v rozhodnutích žalovaného, použitých žalobcem v žalobě, sice byla zkoumána jasnost, srozumitelnost a určitost zadávacích podmínek, v nyní posuzované věci zdejší soud ve shodě se žalovaným nedovodil, že by zadávací dokumentace z pohledu jasnosti, srozumitelnosti a určitosti trpěla vadou.

Ani nemožnost posouzení úplnosti nabídek (tedy to, že by nebylo lze zjistit, zda byly podány na celý předmět veřejné zakázky) za shora popsaného stavu zdejší soud nedovozuje. Jestliže zadavatel poptával komplexní služby datového centra za paušální částku (včetně paušálu za spotřebovanou elektrickou energii), pak z ničeho neplyne, že by tato složka nabídkové ceny nebyla do nabídek zahrnuta, přitom k posouzení nabídek (a následně též i k samotnému hodnocení nabídek) nebylo údaje o skutečné spotřebě třeba.

Za tohoto stavu nelze ničeho podstatného vytknout nosné úvaze žalovaného ohledně neporušení § 44 odst. 1 ZVZ, podle níž pro zadavatele je podstatné, aby jeho zařízení fungovala v datovém centru dodavatele po celou dobu plnění veřejné zakázky

s tím, že zadavatel za toto bude platit dodavateli paušální částku, přitom bylo na dodavateli, aby stanovil předpokládanou spotřebu elektrické energie zařízení zadavatele a podle toho vypracoval cenovou nabídku; maximální spotřebu zařízení zadavatele bylo lze přitom spočítat z informací obsažených v zadávací dokumentaci a v dodatečných informacích především ze dne 4.4.2012.

Samotný předmět plnění (poskytování služeb datového centra) ani konstrukce jeho nacenění (paušální nacenění spotřeby elektrické energie podle „štitkových hodnot zařízení“) podle zdejšího soudu nevyvolává stav, kdy by se o veřejnou zakázku mohli ucházet pouze někteří z dodavatelů, kteří jsou jinak schopni plnění realizovat, popř. že by pouze někteří z dodavatelů mohli podat nabídku, u které lze už předem předpokládat, že bude nabídkou vítěznou. Takto nastavené požadavky zadavatele podle zdejšího soudu tedy nelze bez dalšího považovat ani za porušení zásady zákazu diskriminace, a to ani diskriminace přímé, ani nepřímé, popř. zásady rovného zacházení podle § 6 ZVZ.

Se žalobcem se nelze ztotožnit v jeho názoru, že závěr, že zadavatel nepochybil, žalovaný dovedl z vyjádření samotného zadavatele, že nepochybil. Pokud byly dodavatelům za shora uvedeného vymezení předmětu plnění a stanovení struktury nabídkových cen známy údaje o možné spotřebě elektrické energie v případě fungování zařízení „naplno“, jsou úvahy žalovaného opřeny o spolehlivý podklad plynoucí z dokumentace o veřejné zakázce. Nosné důvody právního hodnocení takto zjištěného skutkového stavu, které jsou pro zdejší soud podány srozumitelným, a tudíž přezkoumatelným způsobem, přitom sdílí i zdejší soud: to, že zadavatel nepožadoval samostatné vyčíslení nákladů na elektrickou energii a jejich nacenění podle skutečného stavu, neznamená, že zadavatel nedostatečně vymezil zadávací podmínky.

Zdejší soud rovněž ve shodě se žalovaným uznává, že dodavatelé, kteří nemají zkušenosti s provozem datových center, a tedy neznají metodiku, jakou pro nacenění spotřeby elektrické energie použil i žalobce, takoví dodavatelé bez zkušeností by však nesplnili kvalifikaci. Zadavatel totiž vyžadoval prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu (bod 6.6 a/ zadávací dokumentace) spočívajícího v prokázání plnění minimálně tří významných služeb datového centra za poslední 3 roky. Proti takto nastavenému kvalifikačnímu předpokladu nikdo ničeho nenamítal.

Jestliže žalobce argumentoval tak, že metodika, kterou využil pro nacenění spotřeby elektrické energie, je nepřesná, pak zdejšímu soudu se jeví jako přílehavá argumentace žalovaného, podle níž nepřesnost stanovení předpokládané spotřeby v budoucnu vyplývá z povahy věci, neboť stěží lze přesně stanovit spotřebu zařízení zadavatele v budoucnu, když dodavatel neví, jak intenzivně bude v budoucnu zařízení využíváno a o jaké zařízení se v budoucnu může jednat. To, že to neví, je přitom imanentním znakem tohoto typu plnění a nikoli pohodlností zadavatele.

Pokud jde o otázku faktického zvýhodnění toho dodavatele, který totožné plnění zadavateli v minulosti již dodával, určitý prvek zvýhodnění se i zdejšímu soudu jeví jako patrný. Znalost reálných podmínek a okolností plnění v minulosti je přirozeným rysem nově poskytovaného plnění, jež je poskytováno poté, co totožné plnění již jednou poskytováno bylo, a to bez ohledu na to, zda plnění je veřejnou zakázkou či plněním mimo dosah ZVZ. Podle zdejšího soudu sice nelze bez výhrad převzít argumentaci žalovaného k této otázce (bod 37. prvostupňového rozhodnutí, snad obecně převzatou v rámci „ztotožnění se“ v bodu 35. napadeného rozhodnutí), neboť tvrzený nedostatek informací ohledně skutečné spotřeby u dosavadního dodavatele jednak nemusí být nezpochybnitelný (k tomu shora), jednak jej lze vnímat jako nástroj k eliminaci informací, jež mohou být zčásti obchodně využity jeho konkurenty (tedy i žalobcem), avšak v posuzované věci je zdejší soud toho názoru, že tuto znalost reálných podmínek a okolností plnění v minulosti sám zadavatel nezneužil nepřímou ve prospěch dosavadního dodavatele, a tedy zásady podle § 6 ZVZ neporušil. Použití argumentu podle bodu 37. prvostupňového rozhodnutí (s odkazem na body 25. a 33. prvostupňového rozhodnutí), který zdejší soud vnímá jako vyjádření závěru, podle něhož skutečné měření spotřeby nemusí být v obdobných situacích obvyklé, což plyne z metodiky aplikované samotným žalobcem, se zdejšímu soudu nejeví jako nelogické a na věc nepřiléhající.

Nedovodil-li tedy zdejší soud nesprávně a ani diskriminačně nastavený samotný předmět plnění (poskytování služeb datového centra), ani konstrukci jeho nacenění (paušální nacenění spotřeby elektrické energie podle „štitkových hodnot zařízení“), a to ani jako diskriminaci přímou, ani jako diskriminaci nepřímou, pak zároveň dospívá k závěru, že faktické zvýhodnění dosavadního dodavatele nepřekračuje běžné podnikatelské zvýhodnění; takové zvýhodnění tu není bezprostředním důsledkem postupu zadavatele, nýbrž důsledkem pouhého faktu, že má být naceňováno plnění, jež má být poskytováno poté, co totožné plnění již jednou (jedním z dodavatelů) poskytováno bylo.

Důvody rozhodnutí žalovaného jsou z obou postupně vydaných rozhodnutí žalovaného zdejšímu soudu jasně patrné, a tedy napadené rozhodnutí jako celek ob stojí jako rozhodnutí přezkoumatelné. V nosných důvodech se přitom zdejší soud ztotožňuje se závěry žalovaného, které v podstatných ohledech pokládá za závěry, jež ve věci učinil sám. Žalovaný aplikoval správný právní předpis, v jeho rámci správné právní normy, přitom se nedopustil žádného aplikačního pochybení na zjištěný skutkový stav, jež by mohlo atakovat zákonnost napadeného rozhodnutí.

Zdejší soud tedy neshledal žádný z uplatněných žalobních bodů důvodným a nad rámec těchto uplatněných žalobních bodů nezjistil vadu, jež by atakovala zákonnost napadeného rozhodnutí a k níž by musel přihlížet ze své úřední povinnosti.

Proto byla žaloba jako nedůvodná podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítnuta.

V. Náklady řízení

O nákladech řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce ve věci úspěšným nebyl, proto mu nenáleží právo na náhradu nákladů řízení. To by náleželo procesně úspěšnému žalovanému. Zdejší soud však nezjistil, že by žalovanému v souvislosti s řízením vznikly náklady přesahující rámec jeho běžné úřední činnosti, nadto jejich náhradu ani nepožadoval, a proto mu náhrada nákladů řízení nebyla soudem přiznána.

Osoba zúčastněná na řízení nemá na náhradu žádných nákladů řízení podle § 60 odst. 5 s.ř.s. právo, neboť jí soud neuložil žádnou povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady mohly vzniknout, a důvody k přiznání jiných nákladů řízení soud nenalezl.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s.ř.s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 26. září 2014

Za správnost vyhotovení:
Romana Lipovská

David Raus, v.r.
předseda senátu