UOHSX001GF6Q

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S238/2009/VZ-14382/2009/540/JSl/VKu V Brně dne 3. března 2010

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 21.8.2009 na návrh ze dne 19.8.2009, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Národní památkový ústav, p.o., IČ 75032333, se sídlem Valdštejnské nám. 162/3, 118 00 Praha, zast. Ing. arch. Naděždou Goryczkovou, generální ředitelkou,
- navrhovatel – T-Mobile Czech Republic, a.s., IČ 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha, za niž jednají Philipp Humm, předseda představenstva a Dipl. Ing. Roland Mahler, člen představenstva, ve správním řízení zast. na základě pověření ze dne 15.8.2009 Ing. Petrem Malimánkem, zaměstnancem společnosti,
- vybraný uchazeč – Telefónica O2 Czech Republic, a.s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha, za niž jednají Salvador Anglada Gonzalez, předseda představenstva, a Ing. Juraj Šedivý, 1. místopředseda představenstva, ve správním řízení zast. na základě pověření ze dne 14.11.2008 Mgr. Olgou Merkunovou, Ph.D., zaměstnankyní společnosti,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Mobilní telefonie NPÚ“ zadávané v otevřeném nadlimitním řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod evidenčním číslem 60031438 dne 18.5.2009, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19.5.2009 pod evidenčním číslem 2009/S 95-136652,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Národní památkový ústav, p.o., IČ 75032333, se sídlem Valdštejnské nám. 162/3, 118 00 Praha, nedodržel postup stanovený v § 45 odst. 3 cit. zákona o veřejných zakázkách, když určitému dodavateli zaručil konkurenční výhodu a vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže tím, že v článku 3.1.5 zadávací dokumentace stanovil povinnost uchazeče, jehož nabídka bude v zadávacím řízení vybrána jako nejvhodnější, uhradit stávajícímu poskytovateli telekomunikačních služeb částku ve výši 3 306 428 Kč za dotované telefony, které byly poskytnuty ke stávajícím smlouvám, jejichž délka trvání nebyla zadavatelem dodržena, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 citovaného zákona o veřejných zakázkách **ruší** zadávací řízení „Mobilní telefonie NPÚ“.

II.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 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 Národnímu památkovému ústavu, p.o., IČ 75032333, se sídlem Valdštejnské nám. 162/3, 118 00 Praha, **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

Zadavatel – Národní památkový ústav, p.o., IČ 75032333, se sídlem Valdštejnské nám. 162/3, 118 00 Praha, zast. Ing. arch. Naděždou Goryczkovou, generální ředitelkou (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18.5.2009 pod evidenčním číslem 60031438 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 19.5.2009 pod ev. č. 2009/S 95-136652 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Mobilní telefonie NPÚ“ (dále jen „veřejná zakázka“).

Předmět veřejné zakázky zadavatel vymezil v čl. II.1.5 oznámení jako uzavření smlouvy na správu telekomunikačních služeb prostřednictvím GSM sítě mobilního operátora pro Národní památkový ústav.

V čl. 3.1 zadávací dokumentace specifikoval zadavatel předmět veřejné zakázky následovně: Poskytováním telekomunikačních služeb prostřednictvím GSM sítě mobilního operátora se rozumí zejména poskytování mobilních telekomunikačních hlasových a datových služeb v dále uvedeném rozsahu a minimálně ve stávající kvalitě a to:

- zajištění mobilních hlasových služeb
- zajištění mobilních datových služeb
- maximální dostupnost a spolehlivost služby, garance dostupnosti služby
- zajištění potřebného rozsahu telefonních čísel
- dodávky a obměny mobilních telefonů, jejich příslušenství a datových koncových zařízení
- zabezpečení zákaznické podpory.

Zadavatel v článku 3.1.5 zadávací dokumentace stanovil následující podmínku: „Stávající závazky z důvodu dotace mobilních telefonů budou k předpokládanému termínu zahájení plnění, tj. k 1.9.2009, ve výši 3 306 428 Kč. Uchazeč se zavazuje uhradit stávajícímu operátorovi do 30 dnů od podpisu smlouvy tuto částku za dotované telefony, které byly poskytnuty ke službám (smlouvám), jejichž délka trvání nebyla zadavatelem dodržena (nedošlo ke splnění závazku → zadavatel musí uhradit plnou cenu telefonů).“

Kritériem pro zadání veřejné zakázky byla ekonomická výhodnost nabídky, přičemž zadavatel stanovil následující dílčí hodnotící kritéria:

1. Celková nabídková cena	váha 65 %
2. Úroveň zákaznické podpory	váha 20 %
3. Datové služby	váha 15 %

K hodnocení dle subkritéria „Datové služby“ zadavatel v čl. 3.1.6 zadávací dokumentace uvedl, že požaduje, aby u všech SIM karet byla aktivace datových služeb volně nastavitelná. Uchazeči měli předložit popis rozsahu a technických parametrů celého portfolia svých datových služeb, minimálně s uvedením údajů o rychlosti download / upload, agregaci, FUP, nabídce koncových zařízení a o geografickém pokrytí území a populace. Zadavatel dále požadoval poskytování dvou základních typů datových mobilních služeb za fixní měsíční paušální platbu, kdy měli uchazeči nabídnout dva vybrané typy datových služeb:

1. nízkorychlostní paketový mobilní datový přenos dle standardu GPRS, GPRS / EDGE, rychlost download do 384 kb/s,
2. vysokorychlostní mobilní datová služba (např. UMTS, HSDPA, CDMA apod.) s rychlostí download od 374 kb/s bez FUP.

Proti znění čl. 3.1.5 zadávacích podmínek podal navrhovatel námitky ze dne 8.6.2009, ve kterých napadal nezákonnost požadavku zadavatele stanovujícího povinnost vybraného uchazeče uhradit částku ve výši 3 306 428 Kč stávajícímu dodavateli za dotované telefony, které byly poskytnuty ke službám (smlouvám), jejichž délka trvání nebyla zadavatelem dodržena. Zadavatel námitkám po přezkoumání jejich oprávněnosti rozhodnutím ze dne 16.6.2009 nevyhověl.

Zadávací dokumentaci si vyzvedli 3 dodavatelé. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 13.7.2009 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel tři nabídky, a to nabídku společnosti T-Mobile Czech Republic, a.s., IČ 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha, za niž jednají Philipp Humm, předseda představenstva, a Dipl. Ing. Roland Mahler, člen představenstva, ve správním řízení zast. na základě pověření ze dne 15.8.2009 Ing. Petrem Malimánkem, zaměstnancem společnosti (dále jen „navrhovatel“), nabídku společnosti Telefónica O2 Czech Republic, a.s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha, za niž jednají Salvador Anglada Gonzalez,

předseda představenstva, a Ing. Juraj Šedivý, 1. místopředseda představenstva, ve správním řízení zast. na základě pověření ze dne 14.11.2008 Mgr. Olgou Merkunovou, Ph.D., zaměstnankyní společnosti (dále jen „vybraný uchazeč“), a nabídku společnosti Vodafone Czech Republic, a.s., IČ 25788001, se sídlem Vinohradská 167, 100 00 Praha (dále jen „uchazeč Vodafone“). Všechny nabídky vyhověly kontrole úplnosti dle ust. § 71 odst. 8 zákona.

Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 14.7.2009 vyplývá, že na základě základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky se na prvním pořadí umístila nabídka vybraného uchazeče. Dne 16.7.2009 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky vybraného uchazeče.

Dopisem ze dne 30.7.2009, který zadavatel obdržel dne 31.7.2009, podal navrhovatel námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 16.7.2009. Navrhovatel v podaných námitkách napadal postup zadavatele při hodnocení nabídek v rámci dílčího hodnotícího kritéria „Datové služby“, kdy zadavatel podle názoru navrhovatele hodnotil nabídky v rozporu s metodikou uvedenou v zadávací dokumentaci. Zadavatel rozhodnutím ze dne 7.8.2009 námitkám nevyhověl s odůvodněním, že při hodnocení nabídek u všech dílčích hodnotících kritérií postupoval v souladu se způsobem hodnocení uvedeným v zadávací dokumentaci a bodové hodnoty přidělené jednotlivým nabídkám odpovídají tomuto hodnocení. Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 11.8.2009.

Vzhledem k tomu, že navrhovatel, nepovažoval rozhodnutí zadavatele za učiněné v souladu se zákonem, podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dne 21.8.2009 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele.

Ve svém návrhu navrhovatel uvádí, že podle jeho názoru došlo ze strany zadavatele při výběru nejvhodnější nabídky k pochybením, která vedla k porušení zákona. Tato pochybení spatřuje navrhovatel především ve skutečnosti, že ačkoli zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci u hodnotícího kritéria „Datové služby“ celkem sedm subkritérií (údaje o rychlosti download / upload, agregaci, FUP, nabídce koncových zařízení a o geografickém pokrytí území a populace), dle zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 14.7.2009 hodnocení těchto subkritérií neproběhlo a zadavatel hodnotil pouze subkritérium geografické pokrytí. Tímto měl zadavatel podle navrhovatele porušit postup uvedený v ust. § 79 odst. 1 zákona, když hodnocení nabídek neprovedl v souladu s vymezením v zadávací dokumentaci, přičemž tento jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Podle navrhovatele byla v rámci hodnotícího kritéria „Datové služby“ jeho nabídce neodůvodněně přidělena hodnota pouze 80 bodů oproti nabídce vybraného uchazeče, který v tomto kritériu obdržel 100 bodů. Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek podle navrhovatele neobsahuje odůvodnění tohoto postupu, je proto nepřezkoumatelná a zadavatel tak porušil zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Navrhovatel dále v návrhu uvádí skutečnosti ohledně výše specifikované podmínky zadání, která stanovuje vybranému uchazeči povinnost úhrady částky ve výši 3 306 428 Kč stávajícímu dodavateli za dotované telefony. Tato skutečnost má podle navrhovatele úzkou souvislost s předmětnou veřejnou zakázkou, neboť stávající poskytovatel se rovněž účastní předmětného zadávacího řízení a povinnost stanovená zadavatelem se na něj nevztahuje.

Na základě výše uvedených skutečností se navrhovatel domáhá, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 16.7.2009.

Úřad obdržel návrh dne 21.8.2009 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel návrh téhož dne.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel,
- vybraný uchazeč.

Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným v návrhu vyjádřil dopisem ze dne 27.8.2009, ve kterém sděluje, že nadále trvá na svém stanovisku uvedeném v rozhodnutí o námitkách. Tvrzení navrhovatele o nesprávném postupu hodnotící komise při hodnocení v dílčím kritériu „Datové služby“ se podle zadavatele nezakládá na pravdě, neboť hodnotící komisí byla hodnocena všechna subkritéria (požadované parametry předmětných datových služeb) v souladu s podmínkami uvedenými v zadávací dokumentaci a nabídky všech uchazečů obdržely odpovídající a konkrétní bodové hodnoty jakožto syntetický výsledek hodnocení všech členů hodnotící komise. O tomto dle zadavatele svědčí pomocná hodnotící tabulka dílčího kritéria „Datové služby“, kterou komise použila a která je společně s ostatními pomocnými hodnotícími tabulkami ostatních bodovaných kritérií součástí protokolu o jednání hodnotící komise. Jak z této tabulky vyplývá, nabídka navrhovatele byla oproti nabídce vybraného uchazeče hodnocena hůře pouze u subkritérií „geografické pokrytí území“ a „geografické pokrytí populace“, rozdíl v tomto parametru vychází ze skutečností uvedených samotnými uchazeči v předložených nabídkách a přidělená bodová hodnota byla řádně zdůvodněna ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek.

K námitce navrhovatele ohledně povinnosti vybraného uchazeče uhradit stávajícímu poskytovateli částku ve výši 3 306 428 Kč za dotované telefony zadavatel uvádí, že argumentaci navrhovatele nelze uznat, neboť uvedená podmínka je stanovena pro všechny uchazeče jednotně a žádný z uchazečů z ní není vyvázán.

S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S238/2009/VZ-11212/2009/540/JSl ze dne 1.9.2009 a dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S238/2009/VZ-11217/2009/540/JSl z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S238/2009/VZ-11718/2009/540/JSl ze dne 11.9.2009 Úřad vydal z moci úřední předběžné opatření, v němž uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

S ohledem na obsah podaného návrhu ve vztahu k šetřenému případu získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem i nad rámec podaného návrhu, informoval proto účastníky řízení oznámením č. j. ÚOHS-S238/2009/VZ-12272/2009/540/JSl ze dne 24.9.2009 o nových skutečnostech ve správním řízení. V tomto oznámení Úřad vyjádřil pochybnost o tom, zda je shora citovaná podmínka zadání

stanovená v čl. 3.1.5 zadávací dokumentace stanovena v souladu s ust. § 6 a § 45 odst. 3 zákona. Usnesením č. j. ÚOHS-S238/2009/VZ-12276/2009/540/JSl ze dne 24.9.2009 Úřad prodloužil účastníkům řízení lhůty, v nichž mohli navrhovat důkazy nebo činit jiné návrhy, a ve kterých se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Dne 25.9.2009 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k novým skutečnostem ve správním řízení. Zadavatel uvádí, že podle něj jsou nákupy mobilních telefonů za dotovanou cenu standardní obchodní praxí, přičemž vyčíslená výše závazků odpovídá rozsahu využívaných mobilních telekomunikačních služeb a postupnému nárůstu jejich objemu v průběhu uplynulého období. Ke konci trvání rámcové smlouvy se stávajícím dodavatelem pak zadavatel čerpání dotací mobilních telefonů pozastavil tak, aby byla výsledná výše závazků co nejvíce minimalizována. O rovném zacházení se všemi uchazeči svědčí dle zadavatele i skutečnost, že stávající mobilní telefony, ke kterým se závazek zadavatele vztahuje, zůstanou v užívání zadavatele i při změně mobilního operátora a vybraný uchazeč tak ušetří náklady na dodání nových mobilních telefonů. Forma dotace mobilních telefonů je podle zadavatele formou splátkového prodeje, kdy cena telefonu je rozpuštěna do pravidelných měsíčních úhrad za služby. Pokud se stávající poskytovatel uchází o veřejnou zakázku, rozpustí cenu telefonů v nově nabídnutých tarifech, neboť neinkasuje doplatek. Jiný dodavatel, který se uchází o poskytování služeb, má možnost úhradu požadovaného doplatku rovněž rozpustit do tarifů, které jsou tak podle zadavatele vzájemně srovnatelné a nabízené za ekvivalentních podmínek. V každém případě tak dojde k tomu, že všichni uchazeči vyinkasují částku za nesplacené telefony od zadavatele zpět. Účelem pořizování dotovaných telefonů je podle zadavatele jeho snaha vyhnout se jednorázové rozsáhlé investici, kterou by nákup nedotovaných telefonů představoval, přičemž tento obchodní model považuje zadavatel za všestranně výhodný

S ohledem na vyjádření zadavatele a za účelem zjištění možného vlivu zadávacích podmínek na výběr nejvhodnější nabídky považoval Úřad za nutné zjištění stanoviska všech dodavatelů, kteří se účastnili zadávacího řízení. Usnesením č.j. ÚOHS-S238/2009/VZ-12972/2009/540/JSl ze dne 15.10.2009 stanovil navrhovateli a vybranému uchazeči lhůtu k zaslání stanoviska ve věci konstrukce nabídkové ceny podané v nabídce na realizaci veřejné zakázky s ohledem na povinnost uchazeče uhradit stávajícímu operátorovi částku za dotované telefony ve výši 3 306 428 Kč, stanovenou zadavatelem v článku 3.1.5 zadávací dokumentace. O zaslání stanoviska k téže věci požádal Úřad dopisem č.j. ÚOHS-S238/2009/VZ-12975/2009/540/JSl ze dne 15.10.2009 i uchazeče Vodafone.

Dne 23.10.2009 obdržel Úřad stanovisko navrhovatele, ve kterém uvádí, že při tvorbě nabídkové ceny vycházel z celkového počtu požadovaných SIM karet, celkového objemu telekomunikačních služeb, výše požadované smluvní pokuty a možného budoucího rozšíření dalších telekomunikačních služeb po celou dobu trvání kontraktu. Nabídková cena byla navrhovatelem konstruována tak, aby obchodní případ nebyl v žádném případě ztrátovým, avšak kalkuluje s velmi malým ziskem po celou dobu trvání kontraktu.

Téhož dne obdržel Úřad stanovisko vybraného uchazeče, který při konstrukci nabídkové ceny vycházel z objemů služeb a specifikací cen obsažených v příloze č. 1 zadávací dokumentace, pomocí nichž zadavatel určil, jaké služby a v jakém rozsahu využívá. Byla stanovena nejnižší možná cena, která bude v souladu s náklady a nutným

ziskem obchodní společnosti. Součástí kalkulované ceny byl příspěvek na konečné doplacení dotovaných telefonních přístrojů, které vybraný uchazeč v minulosti poskytnul zadavateli. Vybraný uchazeč podotýká, že není povinen vzdát se inkasování splátek ani v případě, že se zákazníkem uzavírá novou smlouvu na služby s případnou změnou výše tarifů za služby. Za těchto okolností zakalkuloval do nabídkových cen i zbytek nákladů na dříve poskytnuté mobilní telefony. V závěru svého vyjádření vybraný uchazeč uvádí, že nebyl povinen do nabídkové ceny tento zbytek nákladů podle čl. 3.1.5 zadávací dokumentace zahrnout, neboť sám je oním stávajícím poskytovatelem. Ve skutečnosti je však zůstatková částka za dotované telefony v nabídnutých cenách zahrnuta, avšak nikoli jako úhrada stávajícímu operátorovi, nýbrž jako cenové vyrovnání za dříve poskytnuté přístroje. Tarify, které vybraný uchazeč nabídl zadavateli v rámci veřejné zakázky, jsou proto oprávněně vyšší, než by byly nabídnuty zákazníkovi, který používá mobilní telefony získané bez dotace od vybraného uchazeče.

Dne 26.10.2009 obdržel Úřad stanovisko uchazeče Vodafone, ve kterém se tento plně ztotožňuje s názorem, že podmínka úhrady závazku ve výši 3 306 428,- Kč stávajícímu poskytovateli je v rozporu s ust. § 6 zákona. Postup zadavatele byl podle uchazeče Vodafone silně diskriminační a v rozporu se zásadou rovného zacházení, neboť jednoznačně zvýhodňoval stávajícího operátora na úkor jiných poskytovatelů služeb. Pokud pak jde o samotnou nabídku uchazeče Vodafone, požadavek zadavatele v ní byl zohledněn a sankční částka za dotované telefony byla zakalkulována v nabídkové ceně. Podle uchazeče Vodafone jsou podmínky zadání důvodem ke zrušení zadávacího řízení.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž s odkazem na zásadu procesní ekonomie upravenou v § 6 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů, podle níž správní orgán postupuje tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady a aby dotčené osoby zatěžoval co nejméně, posoudil Úřad z moci úřední rovněž skutečnosti, které v podaném návrhu nebyly uplatněny, v souladu s ust. § 113 odst. 2 zákona. Po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání šetřené veřejné zakázky, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při stanovení podmínek zadání veřejné zakázky nepostupoval v souladu s ust. § 45 odst. 3 zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Podmínka úhrady dotovaných telefonů

Podle ust. § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Podle ust. § 45 odst. 3 zákona se technickými podmínkami v případě veřejných zakázek na dodávky nebo služby rozumí vymezení charakteristik a požadavků na dodávky nebo služby stanovené objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem.

Podle ust. § 45 odst. 3 zákona nesmí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže.

Zadavatel v článku 3.1.5 zadávací dokumentace stanovil následující podmínku: „Stávající závazky z důvodu dotace mobilních telefonů budou k předpokládanému termínu zahájení plnění, tj. k 1.9.2009 ve výši 3 306 428 Kč. Uchazeč se zavazuje uhradit stávajícímu operátorovi do 30 dnů od podpisu smlouvy tuto částku za dotované telefony,

které byly poskytnuty ke službám (smlouvám), jejichž délka trvání nebyla zadavatelem dodržena (nedošlo ke splnění závazku → zadavatel musí uhradit plnou cenu telefonů).“

Úřad vyslovil v oznámení o nových skutečnostech ve správním řízení č.j. ÚOHS-S238/2009/VZ-12272/2009/540/JSl ze dne 24.9.2009 pochybnost o tom, zda je shora citovaná podmínka zadání v čl. 3.1.5 zadávací dokumentace stanovena v souladu se základními zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace podle ust. § 6 zákona a zda nezaručuje určitým dodavatelům konkurenční výhodu nebo nevytváří neodůvodněné překážky hospodářské soutěže v rozporu s ust. § 45 odst. 3 zákona.

Zadavatel ve svém stanovisku uvádí, že k diskriminaci jakéhokoli uchazeče nemůže dojít, neboť stávající mobilní telefony, ke kterým se závazek zadavatele vztahuje, zůstanou v užívání zadavatele i při změně mobilního operátora a vybraný uchazeč tak ušetří náklady na dodání nových mobilních telefonů. Forma dotace mobilních telefonů je podle zadavatele formou splátkového prodeje, kdy cena telefonu je rozpuštěna do pravidelných měsíčních úhrad za služby. Pokud se stávající poskytovatel uchází o veřejnou zakázku, rozpustí cenu telefonů v nově nabídnutých tarifech, neboť neinkasuje doplatek. Jiný dodavatel, který se uchází o poskytování služeb, má možnost úhradu požadovaného doplatku rovněž rozpustit do tarifů, které jsou tak podle zadavatele vzájemně srovnatelné a nabízené za ekvivalentních podmínek. V každém případě podle zadavatele dojde k tomu, že všichni uchazeči vyinkasují částku za nesplacené telefony od zadavatele zpět. Účelem pořizování dotovaných telefonů je podle zadavatele jeho snaha vyhnout se jednorázové rozsáhlé investici, kterou by nákup nedotovaných telefonů představoval, přičemž tento obchodní model považuje zadavatel za všestranně výhodný.

Na základě žádosti Úřadu byla v rámci správního řízení ke shora citované podmínce zadání zjištěna stanoviska všech uchazečů, kteří podali nabídku v zadávacím řízení. Všichni uchazeči ve svých vyjádřeních shodně uvádějí, že částku požadovanou zadavatelem v zadávacích podmínkách zakalkulovali do svých nabídkových cen. V této souvislosti Úřad konstatuje, že tímto způsobem zadavatel zapříčinil, že obdržel cenově nadhodnocené nabídky, neboť pokud by zadávacími podmínkami nepřenesl povinnost úhrady svého smluvního závazku, který nemá vztah k předmětu veřejné zakázky, na potenciálního vybraného uchazeče, mohl obdržet nabídky, jejichž nabídková cena by byla podstatně nižší, což stvrzuje i stanovisko vybraného uchazeče. Úřad dále konstatuje, že předmětná částka se týká plnění, které není předmětem šetřené veřejné zakázky, ale je závazkem zadavatele z předchozího zadávacího řízení. K předchozímu zadávacímu řízení se rovněž vztahuje strategie zadavatele vyhnout se jednorázové rozsáhlé investici související s nákupem telefonů pořizováním dotovaných telefonů.

Dle ust. § 45 odst. 3 zákona nesmějí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže.

Tím, že zadavatel požadoval po budoucím vybraném uchazeči úhradu za nedodržené závazky stávajícímu poskytovateli, zaručil dosavadnímu poskytovateli služeb konkurenční výhodu. Závazek, jehož úhradu zadavatel požadoval po budoucím vybraném uchazeči, zadavateli vznikl uzavřením jednotlivých smluv o poskytování telekomunikačních služeb a jednotlivých kupních smluv během trvání platnosti předchozí Smlouvy č. 66731 uzavřené se stávajícím poskytovatelem dne 22.8.2005 na dobu trvání 24 měsíců od její účinnosti, která byla následně Dodatkem č. 1 ke Smlouvě číslo 66731 ze dne 14.12.2007

prodloužena o 24 měsíců od konce platnosti původní Smlouvy. Tím, že tyto dvouleté individuální smlouvy byly uzavřeny v průběhu dvouletého období platnosti Smlouvy s dosavadním poskytovatelem, vznikla současně i povinnost zadavatele čerpat poskytované služby a platit za ně úhrady, a to i po skončení platnosti původní smlouvy.

Jako následek nedodržení povinných měsíčních minimálních úhrad si stávající poskytovatel smluvně vymezil povinnost zadavatele vyrovnat rozdíl mezi cenou poskytnutých přístrojů a konečnou sumou úhrnu minimálních úhrad, které by zadavatel jinak platil a ve kterých byly ceny mobilních telefonů rozpuštěny. Úřad k tomu uvádí, že neexistuje žádný objektivní důvod, proč by měl zadavatel oprávněně požadovat vyrovnání závazku, který mu vznikl na základě jeho jednání v předchozím smluvním vztahu, po uchazečích o zadávanou veřejnou zakázku. Přenášení tohoto závazku na uchazeče v rámci zadávacího řízení je diskriminující a současně má přímý vliv na zvýšení nabídkových cen předložených jednotlivými uchazeči. Tuto situaci přitom způsobil zadavatel sám, když v předchozím období uzavřel účastnické smlouvy na dodávku mobilních telefonů, a mohl ji řešit jiným způsobem, např. splacením svých předchozích závazků.

Výsledkem postupu zadavatele je zvýhodnění konkrétního dodavatele v zadávacím řízení, kterým je stávající poskytovatel a který na rozdíl od ostatních uchazečů neponese v souvislosti s vymezenou podmínkou žádné náklady, neboť závazek z předchozích smluv ve výši 3 306 428,- Kč by měl dle podmínek zadání uhradit vybraný uchazeč sám sobě. To mu umožňuje kalkulovat oproti ostatním uchazečům nižší nabídkovou cenu. Ke sdělení uchazečů, že danou částku zakalkulovali do svých nabídkových cen, Úřad uvádí, že každý z uchazečů má vlastní cenovou politiku a konečné ceny za přístroje – byť dotované – jsou do značné míry určovány konkurenčním prostředím na trhu. Zadavatel tak ve skutečnosti nutí ostatní uchazeče, aby od něj „koupili“ mobilní telefony dodané stávajícím poskytovatelem za ceny určené stávajícím poskytovatelem, a následně si je nechali od zadavatele splácet.

Jak všichni účastníci uvádějí, je cena za mobilní telefony rozpuštěna v úhradách za služby a všichni dodavatelé si ji nechají postupně od zadavatele zpětně uhradit. Zadavatel se tak sice může vyhnout jednorázové velké investici, veškeré náklady na přístroje pořízené v původní zakázce však v konečném důsledku nese sám.

Na základě shora uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel porušil § 45 odst. 3 zákona tím, že v zadávací dokumentaci stanovil požadavek úhrady závazků stávajícímu poskytovateli z důvodu dotace mobilních telefonů ve výši 3 306 428,- Kč, čímž vytvořil dosavadnímu dodavateli konkurenční výhodu, aniž by tento požadavek byl odůvodněn předmětem veřejné zakázky. Postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadávací dokumentace neobsahovala předmětnou podmínku, mohl obdržet nabídky s podstatně výhodnějšími podmínkami, a veřejnou zakázku mohl získat jiný uchazeč, než stávající dodavatel telekomunikačních služeb a mobilních telefonů.

Hodnotící kritérium „Datové služby“

Podle ust. § 79 odst. 1 zákona provede hodnotící komise hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií uvedených v dokumentech podle § 78 odst. 6. Je-li základním hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky, je hodnotící komise povinna hodnotit nabídky a stanovit jejich pořadí podle jednotlivých dílčích hodnotících kritérií a jejich vah.

Podle ust. § 80 odst. 1 zákona pořídí hodnotící komise o posouzení a hodnocení nabídek 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, údaj o tom, jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií, a údaj o složení hodnotící komise.

Navrhovatel v podaném návrhu tvrdí, že ačkoliv zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci u hodnotícího kritéria „Datové služby“ celkem sedm subkritérií (údaje o rychlosti download / upload, agregaci, FUP, nabídce koncových zařízení a o geografickém pokrytí území a populace), dle zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 14.7.2009 hodnocení těchto subkritérií neproběhlo a zadavatel hodnotil pouze subkritérium geografické pokrytí. Tímto měl zadavatel podle navrhovatele porušit postup uvedený v ust. § 79 odst. 1 zákona, když hodnocení nabídek neprovedl v souladu s vymezením v zadávací dokumentaci, přičemž tento jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Podle navrhovatele byla v rámci hodnotícího kritéria „Datové služby“ jeho nabídce neodůvodněně přidělena hodnota pouze 80 bodů oproti nabídce vybraného uchazeče, který v tomto kritériu obdržel hodnocení 100 bodů. Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek podle navrhovatele neobsahuje odůvodnění tohoto postupu, je proto nepřezkoumatelná a zadavatel tak porušil zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

K tomu zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že tvrzení navrhovatele o nesprávném postupu hodnotící komise není pravdivé, neboť hodnotící komisí byla hodnocena všechna subkritéria (požadované parametry předmětných datových služeb) v souladu s podmínkami uvedenými v zadávací dokumentaci a nabídky všech uchazečů obdržely odpovídající bodové hodnoty. O tomto dle zadavatele svědčí pomocná hodnotící tabulka dílčího kritéria „Datové služby“, kterou komise použila a která je společně s ostatními pomocnými hodnotícími tabulkami ostatních bodovaných kritérií součástí protokolu o jednání hodnotící komise.

Na základě předložené dokumentace obsahující nabídky všech uchazečů a na základě zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 14.7.2009 (dále jen „zpráva“) Úřad nezjistil při posouzení a hodnocení nabídek v postupu hodnotící komise porušení zákona. Přílohou zprávy je jednak „Tabulka pořadí hodnotící komise“ a jednak „Protokol o jednání hodnotící komise“ ze dne 14.7.2009. Přílohou protokolu o jednání hodnotící komise je pak pomocná hodnotící tabulka dílčích kritérií včetně dílčího kritéria „Datové služby“, kde je přehledně vyjádřeno bodové hodnocení všech jednotlivých subkritérií (údaje o rychlosti download / upload, agregaci, FUP, nabídce koncových zařízení a o geografickém pokrytí území a populace).

Navrhovatel ve své nabídce uvedl na str. 58-59 následující hodnoty:

- T-Mobile GPRS: pokrytí 99,82 % populace 97,23 % území
- T-Mobile EDGE: pokrytí 88,56 % populace 70,01 % území
- T-Mobile Internet 4G (UMTS): pokrytí 66,00 % populace 32,00 % území

Vybraný uchazeč ve své nabídce uvedl na str. 83-86 následující hodnoty:

- GSM, GPRS: pokrytí 98,90 % populace 95,60 % území
- CDMA: pokrytí 90,00 % populace 80,94 % území
- UMTS (3G): pokrytí 18,04 % populace 2,26 % území

Dílčí kritérium: Datové služby

		Vodafone		Telefónica O2		T-Mobile	
Subkritérium	**váha**	body	váha x body	body	váha x body	body	váha x body
rychlost download	15%	45	7	100	15	100	15
rychlost upload	15%	45	7	100	15	100	15
agregace	10%	100	10	100	10	100	10
FUP	10%	100	10	100	10	100	10
nabídka koncových zařízení	10%	45	5	100	10	100	10
geografické pokrytí území	30%	30	9	100	30	40	12
geografické pokrytí populace	10%	30	3	100	10	75	8
Celkem body		**50**		**100**		**80**	

Po porovnání parametrů uvedených uchazeči a kontrolním přepočtu bodových hodnot Úřad konstatuje, že nabídka navrhovatele byla v porovnání s nabídkou vybraného uchazeče hodnocena oprávněně nižším počtem přidělených bodů, neboť zatímco u nízkorychlostního mobilního datového přenosu (GPRS, EDGE) jsou procentní hodnoty pokrytí populace i území nabízené oběma uchazeči téměř ekvivalentní, pokrytí signálem pro vysokorychlostní mobilní datový přenos (UMTS, CDMA) poskytované vybraným uchazečem značně převyšuje hodnoty uváděné navrhovatelem. Úřad proto dospěl k závěru, že postup zadavatele byl v tomto případě v souladu se zákonem.

Uložení nápravného opatření

Podle § 118 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad uloží nápravné opatření tím, že zruší zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, jinak řízení zastaví.

Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 45 odst. 3 zákona, když jednomu dodavateli zaručil konkurenční výhodu a vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže a tento jeho nezákonný postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o zrušení zadávacího řízení, jak je uvedeno pod bodem I. výroku tohoto rozhodnutí.

Nedodržení zákonem stanoveného postupu ze strany zadavatele přitom mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jelikož nelze vyloučit skutečnost, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a řádně vymezil podmínky zadání, mohl obdržet nabídky, které mohly být pro zadavatele výhodnější a následně mohla být i vybrána nabídka jiného dodavatele.

Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 118 zákona je 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. Vzhledem k tomu, že zadavatel závažně pochybil při zadání veřejné zakázky, musel Úřad zrušit celé zadávací řízení.

Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 84 odst. 7 zákona zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění v informačním systému podle § 157 zákona do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí; tato povinnost neplatí pro jednací řízení bez uveřejnění a řízení na základě rámcové smlouvy. Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona povinen doručit písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 5 dnů ode dne přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu.

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Náklady řízení

Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení"). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí 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 jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.

Vzhledem k tomu, že bylo zrušeno zadání veřejné zakázky, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Náklady řízení jsou splatné na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2380950001.

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, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

Mgr. Romana Derková, v z.
Mgr. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:
1. Národní památkový ústav, p.o., Valdštejnské nám. 162/3, 118 00 Praha
2. T-Mobile Czech Republic, a.s., Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha
3. Telefónica O2 Czech Republic, a.s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy