UOHSX003FVGN

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R162/2010/VZ-2882/2011/310/EKu V Brně dne: 28. února 2010

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 22. 10. 2010 podaném navrhovatelem –

- společností **GTS Czech s. r. o.**, IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha, za niž jedná Peter Charles Ramsay Broster, jednatel (do 1. 10. 2010 podnikající pod obchodní firmou GTS NOVERA a. s.), ve správním řízení zastoupené společností INDOC s. r. o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha, za niž jedná Tomáš Pfeffer, jednatel,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S54/2009/VZ-15622/2009/540/VKu ze dne 8. 10. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Lesy České republiky, s. p.**, IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové, za něhož jedná Ing. Svatopluk Sýkora, generální ředitel, ve správním řízení zast. společností PELIKÁN KROFTA KOHOUTEK advokátní kancelář s. r. o., IČ 27592936, se sídlem Újezd 450/40, 118 01 Praha, za niž jedná Mgr. Matěj Vácha, jednatel, při zadávání veřejné zakázky s názvem **„Poskytování základních a volitelných telekomunikačních služeb pro stacionární a mobilní komunikaci“**, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 31. 12. 2008 pod evidenčním číslem 60026621, ve znění oprav uveřejněných dne 23. 2. 2009 a 9. 3. 2009, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2008 pod evidenčním číslem 2008/S 253-339436, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **Telefónica O2 Czech Republic, a. s.**, IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha, za niž jednají Luis Antonio Malvido, předseda představenstva, a Jesús Pérez de Uriguen, první místopředseda představenstva,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S54/2009/VZ-15622/2009/540/VKu ze dne 8. 10. 2010

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Lesy České republiky, s. p., IČ 42196451, se sídlem Přemyslova 1106, 501 68 Hradec Králové (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 31. 12. 2008 pod evidenčním číslem 60026621, ve znění oprav uveřejněných dne 23. 2. 2009 a 9. 3. 2009, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 12. 2008 pod evidenčním číslem 2008/S 253-339436, oznámení otevřeného zadávacího řízení na realizaci veřejné zakázky s názvem „Poskytování základních a volitelných telekomunikačních služeb pro stacionární a mobilní komunikaci“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

2. Úřad obdržel dne 27. 2. 2009 návrh uchazeče GTS Czech s. r. o., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, za něhož jedná Peter Charles Ramsay Broster, jednatel (ke dni zahájení správního řízení podnikající pod obchodní firmou GTS NOVERA, a. s., dále jen „navrhovatel“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť jeho námitky proti zadávacím podmínkám, které vznesl společně s uchazečem T-Mobile Czech Republic, a. s., IČ 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 140 00 Praha, zadavatel označil za opožděně podané. Ke dni podání návrhu tedy Úřad oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele a navrhovatele.

3. V podaném návrhu navrhovatel nejprve uvedl, že podrobné studium zadávací dokumentace dokončil až 29. 1. 2009, k témuž datu měl k dispozici i analýzy jejího obsahu. Své námitky doručené zadavateli dne 5. 2. 2009 tak považoval za řádně podané a v postupu zadavatele spatřoval porušení § 111 odst. 1 zákona. Dále namítal porušení § 17 písm. e) ve spojení s 55 odst. 3 písm. c) a § 6 zákona, neboť zadavatel požadoval, aby uchazeč prokázal, že v posledních dvou účetních obdobích dosáhl kladného hospodářského výsledku. Navrhovatel namítal také porušení § 6 zákona, konkrétně zásady transparentnosti, když zadavatel vymezil obsah subkritérií „Další parametry služby fixních dat“ a „Zabezpečení telekomunikačního řešení proti zneužití“ nedostatečně a nejednoznačně. Zadavateli vytýkal i porušení § 78 odst. 4 ve spojení s § 6 zákona, a to ve způsobu stanovení subkritéria „Požadavky na přípojná vedení“. Hodnocení dle subkritéria považoval navrhovatel za nepředvídatelné a zpětně nepřezkoumatelné. Navrhovatel shledal i porušení § 78 odst. 1 písm. a) zákona, protože zadavatel nestanovil dílčí hodnotící kritéria a způsob hodnocení nabídek tak, aby byl zajištěn výběr ekonomicky nejvýhodnější nabídky. Navrhovatel porovnal váhy jednotlivých dílčích hodnotících kritérií ve vztahu k váze nabídkové ceny a konstatoval, že jako ekonomicky výhodnější může být hodnocena i nabídka výrazně dražší. Navrhovatel konečně namítá porušení § 6 zákona, konkrétně zásady transparentnosti, když zadavatel v rámci způsobu hodnocení stanovil, že bude-li hodnotící komise považovat nabídnutou hodnotu u jiného dílčího hodnotícího kritéria než je cena za „zjevně nepřiměřenou“, přiřadí nabídce v dané části 0 bodů.

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 22. 6. 2009 rozhodnutí ve věci č. j. ÚOHS-S54/2009/VZ-4896/2009/540/VKu, v němž konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 45 odst. 3 zákona, když určitým dodavatelům zaručil konkurenční výhodu a vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže tím, že vymezil technické podmínky veřejné zakázky v kapitole A.1.2.1 přílohy č. 1 zadávací dokumentace tak, že v rámci požadavků na přípojky k veřejné telefonní síti požadoval pouze jeden smluvní vztah s dodavatelem konektivity a jednotný bod pro dohled, řešení poruch a reklamací a z toho vyplývající jednotnou fakturaci, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě Úřad podle § 118 zákona zrušil zadávací řízení. Proti výše uvedenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad k předsedovi Úřadu. Ten rozhodnutím ze dne 27. 10. 2009, č. j. ÚOHS-R109/2009/VZ-14035/2009/310-ASc, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S54/2009/VZ-4896/2009/540/VKu ze dne 22. 6. 2009 zrušil a věc mu vrátil k novému projednání. Úřadu bylo uloženo, aby se v novém řízení podrobněji zabýval problematikou předmětného požadavku a jeho vlivu na okruh uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku. Předseda Úřadu konstatoval, že Úřad by měl vycházet ze širších podkladů, zejména z vyjádření jednotlivých uchazečů, uchazeče s významnou tržní silou a Českého telekomunikačního úřadu (dále jen „ČTÚ“). Rozhodnutí nabylo právní moci dne 30. 10. 2009.

5. Po vrácení věci tedy Úřad pokračoval ve správním řízení a vyžádal si v něm vyjádření uchazeče s významnou tržní silou a vyjádření ČTÚ. Z předložených vyjádření mj. vyplývá, že uchazeč s významnou tržní silou má povinnost umožnit svým účastníkům přístup ke službám jakéhokoliv propojeného podnikatele poskytujícího veřejně dostupnou telefonní službu. Ta platí v principu vůči všem operátorům, kteří splnili podmínky stanovené ČTÚ; poskytování

těchto služeb je úplatné. Komplexní služby umožňující zasílání jednotného vyúčtování koncovému uživateli může realizovat i jiný subjekt než uchazeč s významnou tržní silou, a to na základě využití velkoobchodní nabídky služby WLR. Případné velkoobchodní vstupy jsou nabízeny buď na základě komerčních nabídek, nebo jsou nabízeny na základě uložení povinností na relevantních trzích č. 1 (přístup k veřejné telefonní síti v pevné síti v pevném místě pro nepodnikající fyzické osoby) a č. 2 (přístup k veřejné telefonní síti v pevném místě pro právnické a podnikající fyzické osoby), popř. č. 11 (velkoobchodní plný přístup k účastnickému kovovému vedení nebo sdílený přístup k účastnickému kovovému vedení nebo úseku účastnického kovového vedení sítě pro účely poskytování služeb elektronických komunikací, nově trh č. 4). Povinnost uchazeče s významnou tržní silou uzavřít smlouvu s jiným operátorem, na základě níž je možné provádět jednotnou fakturaci účastníkovi, který je právnickou osobou, plyne z rozhodnutí ze dne 11. 4. 2006, č. REM/11/04.2006-4. Tímto rozhodnutím je mu konkrétně uložena povinnost zpřístupnit účastnická kovová vedení své veřejné pevné telefonní sítě. ČTÚ uvádí, že uchazeč s významnou tržní silou může uzavření smlouvy o zpřístupnění účastnického kovové vedení odmítnout pouze v případě, kdy požadovaný přístup nebo propojení neodpovídá technickým parametrům nebo by narušil integritu sítě.

6. Z vyjádření ČTÚ dále vyplývá, že pro poskytnutí služeb zpřístupnění účastnického kovového vedení jsou nezbytné kolokace, přičemž alternativní operátoři v současné době pokrývají vybudovanými kolokacemi cca 40 % všech linek operátora s významnou tržní silou. Vzhledem k těmto skutečnostem Úřad určil navrhovateli lhůtu ke sdělení, zda byl v době zadávání veřejné zakázky schopen zajistit stacionární hlasové služby, jejichž poskytnutí bylo součástí předmětu veřejné zakázky, rovněž zřízením vlastní přípojky ke své síti nebo zpřístupněním účastnického kovového vedení operátora s významnou tržní silou, tj. zda v dané době disponoval odpovídajícím počtem kolokací v požadovaných lokalitách. Požádal o totéž sdělení i všechny dodavatele, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ale nabídku v zadávacím řízení nepodali. Úřad následně obdržel vyjádření společností 4G Consulting, s. r. o., Kapsch, s. r. o., Coprosys-LVI, s. r. o., T-Systems Czech Republic, a. s., České radiokomunikace, a. s., Siemens Enterprise Communications, s. r. o., ATS-TELCOM PRAHA, a. s., ČD Telematika, a. s., DAMOVO Česká republika, s. r. o. a GiTy, a. s.

II. Napadené rozhodnutí

7. Po opětovném přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 8. 10. 2010 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S54/2009/VZ-15622/2009/540/VKu (dále jen „napadené rozhodnutí“), jehož prvním výrokem rozhodl, že se správní řízení ve smyslu § 118 zákona zastavuje, druhým výrokem rozhodl, že se správní řízení při stanovení požadavku na současné čerpání mobilních a stacionárních telekomunikačních služeb zastavuje podle § 114 odst. 3 zákona, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

8. Orgán dohledu se v odůvodnění citovaného rozhodnutí nejprve vyjádřil ke lhůtě pro podání námitek. S odkazem na § 110 odst. 3 a 6, § 111 odst. 1 a 4 a § 113 odst. 2 zákona uvedl, že posoudil-li zadavatel námitky jako opožděně podané, když za nejpozdější datum pro určení

počátku běhu lhůty pro podání námitek považuje den, kdy mu byly jednatelem společnosti INDOC (zástupce navrhovatele v zadávacím řízení) předány podněty k úpravě zadávacích podmínek, přičemž navrhovatel zároveň v podaných námitkách uvádí jiné datum rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona zadavatelem dozvěděl, spočívá v tomto případě důkazní břemeno na zadavateli. Zadavatel tedy musí předložit takové důkazy, kterými by prokázal, že rozhodný okamžik, od nějž se počítá běh lhůty pro podání námitek, nastal dříve, než uvádí navrhovatel ve svých námitkách. Vzhledem k tomu, že předmětná listina je nedatovaná a neobsahuje ani žádná potvrzení o jejím předání a převzetí, nelze s ohledem na rozdílná tvrzení účastníků správního řízení jednoznačně určit, kdy byla listina zadavateli skutečně doručena. Z kopie e-mailové korespondence jednatele společnosti INDOC Úřad zjistil, že podněty k úpravě zadávacích podmínek byly zadavateli předány nejpozději dne 21. 1. 2009. Pouze toto datum je tedy třeba považovat za datum předání podnětů společností INDOC zadavateli. Vzhledem k tomu, že v průběhu správního řízení nebylo prokázáno, že navrhovatel byl s obsahem podnětů seznámen již před tímto datem, je třeba za den, kdy se navrhovatel dozvěděl o domnělém porušení zákona zadavatelem a od kdy běžela lhůta pro podání námitek, nutné tedy považovat den 21. 1. 2009. Zákonná patnáctidenní lhůta k doručení námitek podle § 110 odst. 3 zákona uplynula dne 5. 2. 2009. Vzhledem k tomu, že námitky ze dne 4. 2. 2009 byly zadavateli osobně doručeny dne 5. 2. 2009, jedná se o námitky řádně podané a zadavatel je měl vyřídit v souladu s § 111 odst. 1 zákona. Protože zadavatel o námitkách nerozhodl a navrhovateli zaslal s odkazem na jejich opožděnost pouze jejich „vypořádání“, nebyly námitky ze strany zadavatele řádně vyřízeny. Navrhovatel byl tedy oprávněn v souladu s výše citovaným § 113 odst. 3 zákona doručit návrh Úřadu a zadavateli do 25 kalendářních dnů ode dne odeslání námitek, v šetřeném případě tedy do 2. 3. 2009. Návrh byl Úřadu i zadavateli doručen dne 27. 2. 2009, lhůta pro jeho podání tak byla s ohledem na uvedené dodržena.

9. V další části napadeného rozhodnutí se Úřad věnoval tvrzenému zvýhodnění uchazeče s významnou tržní silou. Konstatoval, že v situaci, kdy alternativní operátoři pokrývají prokazatelně pouze cca 40 % všech linek uchazeče s významnou tržní silou, není objektivně možné, aby se na základě zpřístupnění účastnického kovového vedení účastnili šetřené veřejné zakázky. Zadavatel jako právnická osoba s celorepublikovou působností, jejíž provozní činnost je navíc rozptýlena v mnoha obcích a mnoha lokalitách mimo obce, požadoval v rámci podmínek zadání tomu odpovídající pokrytí. Alternativní operátoři by tedy museli za účelem splnění podmínek zadání disponovat kolokacemi v mnohem větším rozsahu, než je tomu v současné době, resp. než tomu bylo v době oznámení zadávacího řízení. Jak vyplývá z vyjádření dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, avšak nabídku nepodali, a z vyjádření navrhovatele, alternativní operátoři svými kolokacemi nebyli objektivně schopni pokrýt lokality požadované zadavatelem v podmínkách zadání. Jedinou možností pro alternativní operátory tedy zůstalo nabídnout využití služby CPS v kombinaci se službou WLR. Pokud se týká charakteristiky služby CPS, vycházel Úřad z výše specifikovaného posudku znalce z oboru ekonomika – odvětví ceny a odhady výpočetní a kancelářské techniky a z oboru kybernetika – informační systémy, programové vybavení, datové komunikace a telekomunikace (byť znalecký posudek nebyl zpracován pro účely tohoto správního řízení, závěry učiněné v tomto znaleckém posudku se týkají téže věci a jedná se o závěry obecného charakteru, které Úřadu umožňují širší využití v jeho úřední

činnosti). Z informací a závěrů získaných z posudku znalce vyplývá, že v případě služby CPS jde o srovnatelný způsob poskytování hlasových služeb, neboť kvalita poskytovaných služeb telekomunikačních operátorů a ochrana koncového zákazníka je upravena zákonem o elektronických komunikacích. Zadavatel na základě změny zadávací dokumentace službu CPS připustil, přesto to, zda hlasové služby poskytuje dodavatel na přímých přípojkách k vlastní síti prostřednictvím zpřístupnění účastnického kovového vedení, nebo prostřednictvím služby CPS, neznamená pro zadavatele jiné technické řešení a nemá ani dopad na ekonomickou výhodnost nabídky, neboť mezi těmito způsoby poskytování hlasových služeb není pro zadavatele jako pro konečného uživatele žádný rozdíl. Drtivá většina alternativních operátorů má již nyní s uchazečem s významnou tržní silou uzavřenu smlouvu umožňující nabízet službu CPS a její poskytování tedy může zajistit v podstatě okamžitě. Co se týče služby WRL, na základě vyjádření ČTÚ dospěl Úřad k závěru, že alternativní operátor může v šetřené veřejné zakázce prokázat splnění podmínek zadání reálně de facto pouze s využitím služby CPS v kombinaci se službou WLR. Navrhovatel nabídku v zadávacím řízení s využitím výše uvedených služeb podal a ani z vyjádření ostatních alternativních operátorů, která si Úřad vyžádal, nevyplývá, že by důvodem jejich neúčasti ve veřejné zakázce byla nemožnost využití služby CPS a WLR, resp., že by uchazeč s významnou tržní silou odmítal s nimi potřebné smluvní vztahy uzavřít. Z § 118 zákona vyplývá, že jednou z podmínek pro uložení nápravného opatření je skutečnost, že postup zadavatele ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zákon dále vyžaduje, aby možný vliv na výběr nejvhodnější nabídky dosáhl určité předepsané intenzity, konkrétně aby se jednalo o „podstatný“ vliv. Z dikce zákona jasně vyplývá, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění, tak i potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Při posuzování možného podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky Úřad přihlédl rovněž ke skutečnosti, že si zadávací dokumentaci vyzvedlo 16 dodavatelů, přičemž Úřad následně požádal všechny dodavatele, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ale nabídku v zadávacím řízení nepodali, o vyjádření k možnosti podat nabídku s využitím kombinace předvolby operátora (služby CPS) s komerční nabídkou WLR poskytovanou uchazečem s významnou tržní silou. Ani jeden z oslovených dodavatelů Úřadu nesdělil, že by důvodem jeho neúčasti byla nemožnost zajistit poskytování daných služeb. Na základě všech shora uvedených důvodů Úřad konstatuje, že v daném případě nebyla podmínka možného podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky naplněna, a proto nápravné opatření podle § 118 zákona nelze z tohoto důvodu uložit. Z uvedeného důvodu Úřad správní řízení zastavil.

10. K současnému plnění mobilních a stacionárních telekomunikačních služeb se Úřad s odkazem na § 110 odst. 1 a 3, § 113 odst. 2 a § 114 odst. 2 a 3 zákona vyjádřil v tom smyslu, že navrhovatel danou podmínku zadání napadá až mnoho měsíců poté, co se seznámil se zadávací dokumentací, ve které byla obsažena, navíc navrhovatel v zadávacím řízení nabídku podal. Podaný návrh lze považovat za řádný pouze v té části, která se týká námitek navrhovatele ze dne 4. 2. 2009, které byly zadavateli doručeny dne 5. 2. 2009, kdy navrhovateli uplynula zákonná patnáctidenní lhůta pro doručení námitek. Vzhledem k tomu, že námitka proti zadávacím podmínkám ve vztahu k požadavku na současný odběr mobilních a pevných telefonních služeb byla podána až po uplynutí této lhůty, Úřad konstatoval, že byla podána opožděně. Navrhovatel nesplnil zákonnou podmínku, aby se stal osobou oprávněnou pro podání návrhu v této části, kterou je v daném případě mimo jiné podání

předchozích řádných námitek (§ 110 odst. 5 zákona), a proto Úřad zahájené řízení v této části zastavil.

11. Co se týče požadavku na kladný hospodářský výsledek, který dle názoru navrhovatele zvýhodňuje uchazeče s významnou tržní silou, uvedl Úřad, že řádnou realizaci veřejné zakázky může zajistit pouze způsobilý (tzn. kvalifikovaný) dodavatel, který zadavateli prokáže svou ekonomickou a technickou stabilitu. O své způsobilosti plnit veřejnou zakázku musí dodavatel zadavatele přesvědčit prokázáním kvalifikace tak, aby zadavatel získal jistotu, že plnění bude poskytnuto skutečně způsobilým dodavatelem. Kladný hospodářský výsledek má vztah ke způsobilosti dodavatele plnit veřejnou zakázku a zisk podniku lze považovat za ukazatel, který má obecně vypovídací hodnotu při posuzování výkonnosti společnosti. Většina dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, a jsou tedy potenciálními dodavateli požadovaných telekomunikačních služeb, ale následně nepodali nabídku, splňuje předmětný kvalifikační požadavek. Nelze tedy souhlasit s tvrzením uchazeče, že tento požadavek zvýhodňuje uchazeče s významnou tržní silou. Jak vyplývá z ekonomických údajů jednotlivých společností, nedosahuje kladného hospodářského výsledku v posledních dvou účetních obdobích pouze uchazeč s významnou tržní silou. V daném případě proto nemohlo stanovení tohoto ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu vést k omezení účasti většiny alternativních poskytovatelů telekomunikačních služeb. Zadavatel tímto způsobem neomezil hospodářskou soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli a neznemožnil většině dodavatelů ucházet se o veřejnou zakázku. Nelze považovat za diskriminační a v rozporu se zásadou rovného zacházení, pokud zadavatel stanoví kvalifikační předpoklad, který nesplňují úplně všechny subjekty zabývající se poskytováním služeb v daném odvětví, které v současné době na trhu působí. Požadavek na doložení kladných hospodářských výsledků byl proto v daném případě stanoven v souladu se zákonem. Návrh na znalecké posouzení této otázky považoval Úřad vzhledem k uvedeným skutečnostem za nadbytečný.

12. Úřad závěrem podrobně rozebral jednotlivá dílčí kritéria a subkritéria a způsob hodnocení. S odkazem na § 6 a § 78 odst. 4 a 5 zákona a po vysvětlení významu správného stanovení hodnotících kritérií, se zaměřil na subkritérium „Další parametry služby fixních dat“. Na základě údajů stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci Úřad dospěl k závěru, že podmínky zadání obsahují dostatečně podrobný popis požadavků zadavatele na další parametry služby fixních datových služeb. Zadavatel uvedl, že předpokládá využití celkem pěti funkcionalit, přičemž po uchazečích požadoval, aby uvedli, jaký způsob jejich řešení mohou zajistit. V daném případě se jedná o poměrně technicky náročnou veřejnou zakázku se složitým předmětem plnění, lze tedy připustit, že podrobnější specifikace dílčího subkritéria by mohla vést k omezení možnosti účasti některých uchazečů. Zadavatel tak zvolil postup, kdy uchazečům umožnil nabídnout různá řešení požadovaného plnění. Uchazeči si na základě stanovených podmínek mohli vytvořit představu o tom, co mají nabídnout ve svých nabídkách a jaké parametry budou zadavatelem hodnoceny, což dokládá i vlastní posouzení nabídek ve vztahu k tomuto subkritériu provedené hodnotící komisí. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, zadavatel, resp. hodnotící komise, v rámci daného subkritéria u dvou funkcionalit konstatoval, že nabídnutá řešení jsou pro zadavatele stejně výhodná, v jednom případě vyhodnotil jako výhodnější řešení navrhovatele, ve zbývajících

dvou případech řešení uchazeče s významnou tržní silou. I tato skutečnost dokládá, že uchazeči o veřejnou zakázku věděli, na co se mají ve své nabídce soustředit, a mohli na základě takto vymezeného hodnotícího subkritéria zpracovat svou nabídku, aby co nejvíce odpovídala požadavkům zadavatele. Nelze tedy souhlasit s názorem navrhovatele, že zadavatel stanovil toto subkritérium v rozporu se zákonem.

13. K subkritériu „Fyzická dostupnost HC“ Úřad uvedl, že pokud má umístění hostingového centra vliv na provozní náklady zadavatele při plnění veřejné zakázky, je zohlednění provozních nákladů v rámci hodnocení předložené nabídky legitimní způsob, jak vybrat ekonomicky výhodné řešení. Provozní náklady zadavatele jsou jako jedno z dílčích hodnotících kritérií výslovně uvedeny i v jejich demonstrativním výčtu v § 78 odst. 4 zákona. Dané subkritérium tedy má vztah k nabízenému plnění i vliv na ekonomickou výhodnost nabídky. Zadavatel v rámci dodatečných informací uvedl, že hodnocena bude vzdálenost hostingového centra od sídla zadavatele v metrech a na základě tohoto upřesnění dílčího hodnotícího subkritéria si uchazeči mohli vytvořit konkrétní představu o tom, co bude zadavatel v daném subkritériu hodnotit. K subkritériu „Požadavky na přípojná vedení“ bylo konstatováno, že Úřad nemůže zadavateli určovat, jakému technickému řešení má ve veřejné zakázce dát přednost, neboť zadavatel nejlépe zná cíle své činnosti a vlastní potřeby. Zadavatel má právo vymezit technické parametry tak, aby odpovídaly jeho požadavkům a potřebám, pokud svůj postup řádně odůvodní. V situaci, kdy způsob přenosu signálu může ovlivnit kvalitu poskytovaných služeb, lze považovat hodnocení typu přípojných vedení za odůvodněné. Navíc v daném případě, kdy zadavatel svou preferenci vedení zemním optickým kabelem podrobil hodnocení a nestanovil ji jako závaznou podmínku účasti, připustil účast i dodavatelů s jiným typem vedení. Z tohoto důvodu považuje Úřad požadavek navrhovatele na vypracování znaleckého posudku v této otázce za nadbytečný, neboť by se zabýval odpovědí na otázku, jejíž zodpovězení je zcela v kompetenci zadavatele. Z obsahu zadávací dokumentace je zřejmé, že zadavatel v rámci specifikace předmětného hodnotícího kritéria připouští nejen vedení zemním optickým kabelem, které nejvíce preferuje, ale i jiná technická řešení. Tato jiná technická řešení budou zadavatelem hodnocena nižším počtem bodů, přičemž zadavatel dostatečným způsobem vysvětlil technické důvody pro takový postup. Hodnocení dle uvedeného subkritéria nelze s ohledem na uvedené preference považovat za nepředvídatelné a zpětně nepřezkoumatelné, jak uvádí navrhovatel. Porušení zákona tedy ani v tomto ohledu nebylo shledáno.

14. K subkritériu „Zabezpečení telekomunikačního řešení proti zneužití“ Úřad uvedl, že podmínky zadání obsahují dostatečně podrobný popis požadavků zadavatele na zabezpečení telekomunikačního řešení proti zneužití. Zadavatel jednoznačně uvádí, že nejlépe bude hodnocena ta nabídka, která umožní nejvyšší úroveň zabezpečení telekomunikačního řešení s minimálními nároky na součinnost zadavatele a nejvyšší mírou odpovědnosti na straně dodavatele. Je tedy zřejmé, jaký typ zabezpečení zadavatel preferuje. Uchazeči si na základě stanovených podmínek mohli vytvořit představu o tom, co mají nabídnout ve svých nabídkách a jaké parametry budou zadavatelem hodnoceny. Zadavatel dal uchazečům možnost nabídnout různé způsoby ochrany telekomunikačního řešení proti zneužití, neboť jeho cílem je hodnotit v daném subkritériu nejlépe nabídku s nejvyšší úrovní zabezpečení. Pokud by zadavatel dané subkritérium více specifikoval, mohl by zvýhodnit konkrétní řešení.

Uchazeči o veřejnou zakázku tedy věděli, na co se mají ve své nabídce zaměřit, a mohli na základě takto vymezeného hodnotícího subkritéria zpracovat svou nabídku, aby co nejvíce odpovídala požadavkům zadavatele. I toto kritérium tedy bylo stanoveno v souladu se zákonem.

15. Další část odůvodnění se věnovala subkritériu „CAC“. Zadávací podmínky po jejich opravě zadavatelem obsahují dostatečně podrobnou specifikaci požadavků zadavatele na call admission control (CAC). Zadavatel uvedl, že využití přenosové kapacity CAC předpokládá v celkem šesti oblastech, přičemž po uchazečích požadoval, aby navrhli způsob jejich řešení. Zadavatel tedy zvolil postup, kdy uchazečům umožnil nabídnout různá řešení požadovaného plnění. Úřad se neztotožnil se závěrem navrhovatele, že předmětem hodnocení mělo být splnění obligatorních zadávacích podmínek. Uchazeči si na základě stanovených podmínek mohli vytvořit představu o tom, co mají nabídnout ve svých nabídkách a jaké parametry budou zadavatelem hodnoceny, což dokládá i vlastní hodnocení nabídek v rámci tohoto subkritéria provedené hodnotící komisí. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, zadavatel, resp. hodnotící komise, v rámci daného subkritéria konstatoval, že obě nabídky splňují požadavky zadavatele obdobně a jsou pro zadavatele stejně výhodné. I na základě této skutečnosti Úřad dospěl k závěru, že oba uchazeči o veřejnou zakázku věděli, na co se mají ve své nabídce soustředit, a mohli na základě takto vymezeného hodnotícího subkritéria zpracovat svou nabídku, aby co nejvíce odpovídala požadavkům zadavatele. Porušení zákona tedy nebylo shledáno.

16. Porušení zákona neshledal Úřad ani v případě subkritéria „Služby vyúčtování“. Zadavatel jednoznačně uvedl, že nejlépe bude hodnotit nabídku, která zajistí nejlepší úroveň podpory vnitřních procesů zadavatele s ohledem na minimalizaci jeho administrativních nákladů. Zadavatel požadoval předložit popis služby vyúčtování zaměřený na podporu vnitřních procesů zadavatele, konkrétně přitom uvedl oblasti, na které se uchazeči ve svých nabídkách mají zaměřit. Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel preferuje takové služby vyúčtování, které maximálně ušetří jeho náklady. Uchazeči si na základě stanovených podmínek mohli vytvořit představu o tom, co mají nabídnout ve svých nabídkách a jaké parametry budou zadavatelem hodnoceny, věděli, na co se mají ve své nabídce soustředit, a mohli na základě takto vymezeného hodnotícího subkritéria zpracovat svou nabídku, aby co nejvíce odpovídala požadavkům zadavatele.

17. Taktéž subkritérium „Zabezpečení dodávek a servisu koncových telekomunikačních zařízení“ bylo shledáno jako vyjadřující ekonomickou výhodnost nabídky, a tudíž v souladu se zákonem. Postup zadavatele, kdy si v rámci podmínek zadání vyhradí, že při hodnocení nabídky zohlední kvalitu nabízeného řešení jdoucí nad rámec minimálních požadavků stanovených v zadávací dokumentaci, jak to učinil v rámci daného subkritéria, je v daném případě přípustný. Uchazeči si na základě stanovených podmínek mohli vytvořit představu o tom, co mají nabídnout ve svých nabídkách a jaké parametry budou zadavatelem hodnoceny, věděli, na co se mají ve své nabídce soustředit, a mohli na základě takto vymezeného hodnotícího subkritéria zpracovat svou nabídku, aby co nejvíce odpovídala požadavkům zadavatele. Ten může při rozhodování o přidělení veřejné zakázky zohlednit i

minimalizaci vlastní zátěže při následném plnění veřejné zakázky, tj. možné zjednodušení a úspory ve svém provozu.

18. K subkritériu „Zabezpečení zákaznického servisu“ Úřad uvedl, že se zadavatel v případě tohoto subkritéria rozhodl zvýhodnit ty nabídky, které nejvíce usnadní jeho provoz, konkrétně administrativu při uplatňování požadavků na zřizování, ukončování a změny služeb, respektive dodávek. Dále uvedl, že preferuje jedno kontaktní místo a jednoho partnera pro řešení veškerých svých požadavků a jejich pro-aktivní řešení tak, aby byla minimalizována jeho administrativní zátěž. Uchazečům muselo být na základě specifikace daného subkritéria zřejmé, co zadavatel v rámci poskytovaných služeb vyúčtování preferuje a mohli si vytvořit představu o tom, jakým způsobem mají zpracovat své nabídky a na jaké skutečnosti je třeba se zaměřit, aby jejich nabídka co nejvíce odpovídala požadavkům zadavatele. Na základě údajů uvedených v zadávací dokumentaci dospěl Úřad k závěru, že podmínky zadání obsah daného subkritéria dostatečně podrobně vymezují. Zadavatel může při rozhodování o přidělení veřejné zakázky zohlednit nejen samotnou nabídkovou cenu plnění, kterou následně hradí vybranému uchazeči, ale i ostatní náklady, které mu při realizaci veřejné zakázky budou vznikat. Úřad dospěl k závěru, že obsah subkritéria „Zabezpečení zákaznického servisu“ je stanoven dostatečně určitě a podrobně a dané subkritérium vyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, neboť uchazeči mohou nabídnout rozdílný způsob zajištění zákaznického servisu podle požadavků zadavatele uvedených v zadávací dokumentaci. Zadavatel tedy mohl na základě zvolených hledisek provést hodnocení tak, aby vybral ekonomicky nejvýhodnější nabídku.

19. K vahám dílčích hodnotících kritérií bylo v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedeno, že v šetřeném případě se napadená dílčí hodnotící kritéria, resp. subkritéria, k nabízenému plnění vztahují, jsou dostatečně určitě a jednoznačně vymezena tak, aby si jakýkoliv potenciální uchazeč byl schopen udělat představu o tom, co by měl ve své nabídce uvést, aby jeho nabídka obdržela při hodnocení nabídek co nejvyšší počet bodů. K námitce, že vzhledem ke stanoveným vahám může být teoreticky jako ekonomicky výhodnější hodnocena i nabídka s vyšší nabídkovou cenou, Úřad uvedl, že tuto možnost zákon nevylučuje. Zadavatel není povinen hodnotícímu kritériu nabídkové ceny stanovit nejvyšší váhu. Zákon nepřímo připouští možnost, že objektivně může v praxi nastat situace, kdy váhy stanovené jednotlivým dílčím hodnotícím kritériím odlišným od nabídkové ceny mají ve svém součtu vyšší celkovou váhu než samotná nabídková cena.

20. K možnosti přidělení nulového počtu bodů v případě, že cena bude shledána jako zjevně nepřiměřená, Úřad konstatoval, že obecně je zadavatel oprávněn vyhradit si v rámci podmínek zadání možnost přidělit uchazeči v rámci dílčího hodnotícího kritéria, v němž uchazeč nabídne zjevně nepřiměřenou hodnotu, nulový počet bodů. Smyslem je umožnit zadavateli identifikovat ty nabídky, v nichž uchazeči nabízí nereálné hodnoty, které by následně v rámci realizace veřejné zakázky nebyli objektivně schopni dodržet. Zadavatel nemůže být nucen uzavřít smlouvu s uchazečem, který by nebyl schopen plnění za jím nabízených podmínek vůbec poskytnout, případně by je neposkytl řádně. Zadavatel není přitom povinen v rámci podmínek zadání stanovit minimální ani maximální hodnoty, které bude považovat ještě za přiměřené. Jak dovodil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku

č. j. 5 Afs 75/2009-100 ze dne 6. 11. 2009, použití pojmu „zjevná nepřiměřenost“ bez bližší specifikace nezpůsobuje vadu zadávací dokumentace. Jedná se o pojem, který je definován ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce, s ohledem na předmět veřejné zakázky předvídatelný. Vzhledem k uvedenému se nelze ztotožnit s názorem navrhovatele, že je povinností zadavatele vymezit v podmínkách zadání ve vztahu k pojmu zjevná nepřiměřenost přípustné minimální a maximální hodnoty, resp. tento pojem blíže specifikovat. I s ohledem na výše uvedené rozhodnutí Nejvyššího správního soudu Úřad dospěl k závěru, že se jedná pouze o možnost zadavatele, nikoliv o jeho povinnost. Zjevnou nepřiměřenost konkrétní hodnoty je nutné posuzovat vždy ve vztahu k její reálnosti, přičemž je možné přihlédnout k hodnotám uvedeným v nabídkách ostatních uchazečů. Zadavatel tedy v šetřeném případě nepochybil, když pojem "zjevná nepřiměřenost" v rámci zadávacích podmínek blíže nekonkretizoval. Zadavatel může v podmínkách zadání pojem zjevná nepřiměřenost bezpochyby blíže vymezit, pokud to však neučiní, nejedná se o pochybení. Pro úplnost Úřad uvádí, že jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, hodnotící komise v šetřeném případě neoznačila žádnou z hodnot nabídnutých uchazeči jako zjevně nepřiměřenou. V postupu zadavatele tak Úřad pochybení neshledal.

III. Námitky rozkladu

21. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad rozklad navrhovatele, který je přesvědčen, že Úřad věc neposoudil po věcné a právní stránce správně a v souladu se zákonem a s principy vedení správního řízení. Na prvním místě proto znovu odkazuje na svou argumentaci týkající se požadavku zadavatele na kladný hospodářský výsledek a subkritéria „Požadavky na přípojná vedení“. Navrhovatel uvádí, že dne 12. 10. 2010 vynesl Krajský soud v Brně rozsudek sp. zn. 62 Ca 10/2009, jímž zrušil druhostupňové rozhodnutí předsedy Úřadu ve skutkově obdobném případu (dále jen „rozsudek“). V tomto rozsudku soud konstatoval, že rozhodnutí předsedy Úřadu je založeno na nedostatečně zjištěném skutkovém stavu a jako takové je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Úřad tak při vydání napadeného rozhodnutí nerespektoval právně závazný názor vyjádřený v rozsudku, a to přinejmenším v bodech týkajících se požadavku na kladný hospodářský výsledek a subkritéria „Požadavky na přípojná vedení“.

22. Co se týče závěrů rozsudku ohledně požadavku na kladný hospodářský výsledek, cituje navrhovatel část jeho odůvodnění, v němž soud konstatoval, že považuje za podstatné právě to, co požadavek na kladný hospodářský výsledek způsobil. I kdyby totiž zadavatele ke stanovení tohoto kvalifikačního předpokladu vedly na první pohled dobře hájitelné důvody, neznamená to, že by takový postup nemohl vykazovat prvky skryté diskriminace ve vztahu k jiným dodavatelům, avšak nikoli jen obecně, jak učinil Úřad v napadeném rozhodnutí, ale konkrétně ve vztahu ke konkrétním podmínkám relevantního trhu (tj. kolik dodavatelů nabídku při splnění uvedeného kvalifikačního předpokladu podalo, kdo z dodavatelů se o zakázku mohl ucházet, kteří dodavatelé na trhu působí a kteří kladných hospodářských výsledků dosahují, kteří dodavatelé naopak podmínku kladného hospodářského výsledku nesplňují, přestože jsou schopni poskytnout srovnatelné plnění, atd.), ve vztahu ke „zjevné nepřiměřenosti“ a ve smyslu, jakou funkci tento požadavek měl s ohledem na podmínky

trhu. Tímto způsobem se však v napadeném rozhodnutí, dle názoru navrhovatele, Úřad požadavkem na kladný hospodářský výsledek nezabýval. Navrhovatel v podaném rozkladu dále podrobně rozebral vyjádření podaná potencionálními dodavateli. Úřad v napadeném rozhodnutí konstatoval, že kladného hospodářského výsledku nedosáhl pouze telekomunikační operátor s významnou tržní silou, ale že to platí o většině dodavatelů (o devíti ze čtrnácti), kteří si zadávací dokumentaci vyzvedli, a tudíž, že požadavek na kladný hospodářský výsledek nemohl vést k omezení účasti většiny alternativních poskytovatelů telekomunikačních služeb. Jak ale navrhovatel namítá, tento závěr Úřadu je založen na předpokladu, že každý dodavatel, který si vyžádal zadávací dokumentaci, je schopen tuto zakázku splnit, což se však nezakládá na pravdě a je dokonce v rozporu s výsledkem provedeného šetření (podle něho přinejmenším 7 z 9 dodavatelů s kladným hospodářským výsledkem nebylo schopno plnění veřejné zakázky poskytnout; kladný hospodářský výsledek se tak stává bezpředmětným). Např. společnosti 4G Consulting, s. r. o. a T-Systems Czech Republic nedisponují potřebným počtem kolokací, společnosti Coprosys-LVI, s. r. o., Siemens Enterprise Communications, s. r. o., a ATS-TELCOM PRAHA, a. s., nejsou schopny zajistit stacionární hlasové služby v požadovaném rozsahu, společnost ČD-Telematika, a. s. kromě toho nemá ani uzavřenu smlouvu o zpřístupnění účastnického kovového vedení a nezajišťuje služby pro individuální telefonní stanice, a konečně společnost Kapsch, s. r. o. nedisponuje potřebnou technickou infrastrukturou. Úřad posoudil otázku oprávněnosti požadavku na kladný hospodářský výsledek na základě hospodářských výsledků dodavatelů, kteří nejsou objektivně schopni zakázku splnit, a v důsledku toho učinil chybný závěr o tom, že tento požadavek nemohl vést k diskriminaci uchazečů. Skutkový stav tak nebyl zjištěn dostatečně a správně. Navrhovatel shrnuje, že Úřad nesplnil povinnost zkoumat otázku relevance kladného hospodářského výsledku ve vztahu k zadávané veřejné zakázce, jeho závěry jsou založeny na pouhých obecných a povrchních tvrzeních a postrádají věcnou oporu, a to z následujících důvodů. Zaprvé, kladný hospodářský výsledek nemá žádný vztah ke způsobilosti dodavatelů poskytovat telekomunikační služby, není zřejmé, jak by mohl či měl omezovat způsobilost k plnění veřejné zakázky, zadruhé, z povahy a charakteru předmětu veřejné zakázky a způsobu její realizace je zřejmé, že dostupnost finančních prostředků, které by měly být čerpány ze zisku dodavatele, není pro úspěšné provádění rozhodná, zatřetí, investice do infrastruktury působí v důsledku odpisů účetní ztrátu, což však neovlivňuje způsobilost plnit veřejnou zakázku, a konečně začtvrté, že vede k eliminaci potenciálních účastníků zadávacího řízení v míře, která hraničí s likvidací soutěžního prostředí. Napadené rozhodnutí tak je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

23. V druhé části podaného rozkladu se navrhovatel soustředil na subkritérium „Požadavky na přípojná vedení“. Absenci objektivních důvodů pro preferenci vedení prostřednictvím optických kabelů navrhovatel rozvedl v rámci návrhu a na jeho obsah v podrobnostech odkazuje. V další argumentaci proto odkazuje na odůvodnění rozsudku, v němž soud k otázce přípojných vedení uvedl, že ačkoli nelze zadavateli stanovovat, jakému technickému řešení má zadavatel dát přednost, Úřad se (ve skutkově podobném případě) nevyjádřil k tomu, zda technické podmínky byly skutečně stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Není důvod omezovat možné konkurenční výhody a překážky hospodářské soutěže pouze na posouzení toho, kdo mohl nabídku podat, ale též na to, zda nabídka vycházející

z konkrétního technického řešení může být za férových podmínek hodnocena. Jestliže tedy zadavatel připustil více technických řešení, však hodnocena měla být lépe nabídka vycházející z jednoho technického řešení, je na místě se zabývat otázkou, zda ke konkurenční výhodě a vzniku překážky hospodářské soutěže ve smyslu § 45 odst. 3 zákona nemohlo dojít ve stádiu hodnocení nabídek. Úřad se tedy musí podle soudu zabývat tím, zda zadavatelem upřednostněné přípojné řešení není projevem diskriminace. Je zapotřebí posoudit, zda rozlišení mezi typy přenosového média je odůvodněné a zda dodavatelé, kteří by použili různá technická řešení související s použitím přenosových médií, by byli schopni plnění pro zadavatele realizovat srovnatelných způsobem, dále zda je mezi technologiemi rozdíl odůvodňující preferování jedné z nich a zda se tedy nejedná o skrytou preferenci jistého dodavatele. Úřad tak stál ve správním řízení nikoli před otázkou, jakému technickému řešení měl dát zadavatel přednost, ale zda technické podmínky skutečně byly nastavené tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, resp. zda rozlišení mezi typy přenosového média může legitimně ovlivňovat pořadí úspěšnosti nabídek. Soud v odůvodnění rozsudku tedy poskytl podrobné vodítko, jak má Úřad postupovat při posuzování technologie přípojných vedení, navzdory tomu však Úřad potvrdil oprávněnost preferencí zadavatele tvrzením, že nemůže stanovovat zadavateli, jakému technickému řešení má dát ve veřejné zakázce přednost. V návaznosti na to považoval i zpracování znaleckého posudku za nadbytečné, neboť by se prý zabýval otázkou, jejíž zodpovězení je zcela v kompetenci zadavatele. Tento přístup však již v minulosti v obdobném případě soud odmítl jako povrchní. Úřad se tedy dopustil zcela identického pochybení jako v obdobném případě, v němž dříve soud rozsudkem zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu. Pro úplnost navrhovatel dodal, že telekomunikační služby, které jsou předmětem veřejné zakázky, jsou standardně charakterizovány parametry, jichž dosahují při vlastním provozu. Všechny definované parametry jsou vztaženy k rozhraním či přenosovým parametrům komunikačních protokolů. Ve vztahu k obecným parametrům jsou komunikační protokoly definovány pro jakákoli přenosová média bez rozdílu, zda je toto médium optické, metalické nebo radiové. Zjednodušeně řečeno, jde o výsledek, nikoli o způsob, jakým je dosažení výsledku zabezpečováno. Z tohoto hlediska jsou telekomunikační služby poskytované prostřednictvím kabelů nebo rádiového spoje de facto rovnocenné. Zadavatel tedy může hodnotit míru splnění jeho požadavků na kvalitu služby, ale rozlišovat mezi typy přenosového média nemá při hodnocení nabídek žádné opodstatnění. Jedná se tedy o čistě subjektivní diskriminaci vybrané technologie. Navrhovatel tak trvá na postupu podle § 56 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), tj. stanovení znalce, protože Úřad zjevně nemá potřebné odborné znalosti k posouzení oprávněnosti subkritéria „Požadavky na přípojná vedení“.

24. Zadavatel z výše uvedených důvodů navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že v prvním výroku konstatuje, že se zadavatel dopustil porušení § 17 písm. e) v návaznosti na § 55 odst. 3 písm. c) a § 6 zákona tím, že vymezil požadavek na kladný hospodářský výsledek, který nemá vztah ke způsobilosti dodavatele na plnění veřejné zakázky, čímž diskriminoval většinu poskytovatelů stacionárních telekomunikačních služeb, a dále že ve výroku druhém vysloví, že ze strany zadavatele došlo k porušení § 78 odst. 4 ve spojení s § 6 zákona tím, že zadavatel stanovil hodnotící subkritérium „Požadavky na přípojná vedení“, které nemá vztah ke kvalitě nabízeného plnění veřejné zakázky, ani vliv na

jeho ekonomiku, přičemž zvýhodňuje telekomunikačního operátora s významnou tržní silou, což představuje porušení zákazu diskriminace. Jako opatření k nápravě nechť pak předseda Úřadu zadávací řízení zruší.

IV. Řízení o rozkladu

25. Dne 25. 10. 2010 obdržel Úřad sdělení zadavatele, kterým zadavatel informuje Úřad o provedení úkonu v zadávacím řízení – výběru nejvhodnější nabídky. Přílohou tohoto podání bylo rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, a to nabídky uchazeče Telefónica O2 Czech Republic, a. s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha (dále jen „vybraný uchazeč"). Na základě ust. § 116 zákona tak vybraný uchazeč *ex lege* rozšířil skupinu účastníků správního řízení.

26. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S54/2009/VZ-16383/2010/540/VKu ze dne 1. 11. 2010 ostatním účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření se k podanému rozkladu. Ve stanovené lhůtě ani po jejím uplynutí se k podanému rozkladu žádný z účastníků nevyjádřil.

27. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

28. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

29. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S54/2009/VZ-15622/2009/540/VKu ze dne 8. 10. 2010 rozhodl, že se správní řízení zastavuje podle § 118 zákona a částečně podle § 114 odst. 3 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

30. Jak vyplývá z podaného rozkladu, navrhovatel uplatněnými námitkami brojí pouze proti výroku I. napadeného rozhodnutí. Do výroku II. a důvodů, na základě nichž byl vysloven, rozklad nemíří; není tudíž mezi navrhovatelem a orgánem dohledu sporu o tom, že v části návrhu týkajícího se současného plnění mobilních a stacionárních telekomunikačních služeb byl návrh podán opožděně. Co se týče výroku I., kterým bylo správní řízení zastaveno podle § 118 zákona, tj. proto, že ze strany zadavatele nebylo shledáno žádné porušení zákonného postupu pro zadání veřejné zakázky, které by i jen mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a které by si žádalo uložení nápravného opatření, zaměřuje se podaný

rozklad již jen na dva jeho dílčí důvody. Zaprvé se jedná o otázku možného zvýhodnění dodavatele s významnou tržní silou stanovením ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu spočívajícího v požadavku na kladný hospodářský výsledek v posledních dvou účetních obdobích, zadruhé podaným rozkladem navrhovatel míří proti hodnotícímu subkritériu „Požadavky na přípojná vedení“.

31. Před samotným vypořádáním rozkladových námitek uvádím, že Úřadu je znám rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 10/2009-113 ze dne 12. 8. 2010, stejně jako v něm vyslovené závěry. Je však třeba mít na paměti, že rozsudek se týká zcela jiné veřejné zakázky, jinými slovy se jedná o jinou právní věc (byť obdobnou, avšak nikoli skutkově zcela totožnou), a tedy Úřad není právním názorem vysloveným v tomto rozsudku vázán do té míry, v jaké ji předpokládá navrhovatel. Už vůbec nelze vázanost právním názorem rozsudku zjednodušit do té míry, že je Úřad povinen v nyní projednávané věci rozhodnout stejně, jako rozhodl ve věci, které se rozsudek týkal. Je především třeba zohlednit konkrétní skutkové pozadí nyní projednávaného případu, porovnat je se skutkovým pozadím věci, která byla rozsudkem rozhodována, stejně jako skutkové pozadí nyní projednávaného případu vztáhnout k (mnohdy poměrně obecným) závěrům krajského soudu. Úkolem řízení o rozkladu je mj. posoudit, nakolik orgán dohledu tomuto úkolu v napadeném rozhodnutí dostál.

32. K požadavku na kladný hospodářský výsledek a k možné diskriminaci uchazečů uvádím, že sám Krajský soud v Brně v citovaném rozsudku konstatoval, že „(…) není na místě zpochybňovat důvody, které zadavatele k volbě konkrétního ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu vedly (…), ani význam ukazatele zisku z pohledu obecné bonity. Pokud však žalobce již v průběhu správního řízení namítal, že stanovení tohoto konkrétního ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu fakticky vedlo k vyřazení většiny alternativních poskytovatelů telekomunikačních služeb, včetně samotného žalobce, že tím byla vytvořena neoprávněná výhoda pro ‚O2‘ a že soutěžní prostředí ve vztahu k soutěži o tuto konkrétní veřejnou zakázku bylo zlikvidováno, musel se žalovaný touto argumentací také zabývat.“ Z odůvodnění rozsudku přitom vyplývá, že v souzeném případě Úřad problematiku požadavku na kladný hospodářský výsledek rozebral pouze v obecné rovině poukazem na (zjednodušeně řečeno) důvěryhodnou způsobilost takového dodavatele plnit předmět veřejné zakázky, avšak vůbec neřešil, kolik z dodavatelů nabídku při splnění uvedeného ekonomického a finančního předpokladu podalo, tedy kdo se o veřejnou zakázku reálně mohl ucházet.

33. V řízení o rozkladu je proto třeba v prvé řadě porovnat, nakolik se uvedený nedostatek důvodů (zakládající jinak nepřezkoumatelnost) objevuje i v napadeném rozhodnutí, tj. je na místě zkoumat, zda Úřad provedl konkrétní důkazy k prokázání, že v daném případě nevedl (jinak legitimní) požadavek na kladný hospodářský výsledek k eliminaci soutěžního prostředí. Jak vyplývá z napadeného rozhodnutí (a ostatně i z vyjádření navrhovatele), Úřad se v napadeném rozhodnutí podrobně zabýval otázkou, zda požadavek na kladný hospodářský výsledek za poslední dvě účetní období nemohl vést k nepřiměřenému omezení soutěžního prostředí o veřejnou zakázku. Jak vyplývá ze stran 31. a 32. napadeného rozhodnutí, Úřad provedl obsáhlé dokazování za účelem zjištění, kolik z potenciálních dodavatelů mohlo splnit

stanovený kvalifikační požadavek na kladný hospodářský výsledek. Za tímto účelem Úřad dotázal řadu dodavatelů, přihlédl k vyjádření ČTÚ a k odbornému posudku, jakkoli tento nebyl zpracován pro účely tohoto správního řízení. Za potenciální dodavatele požadovaných telekomunikačních služeb je přitom třeba považovat ty dodavatele, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci. S přihlédnutím k rozsahu předmětu veřejné zakázky a skutečnosti, že si zadávací dokumentaci vyzvedlo celkem 16 dodavatelů, považuji, stejně jako orgán dohledu, počet dodavatelů za dostatečně reprezentativní. Úřad prověřil hospodářské výsledky 14 potenciálních dodavatelů (mimo navrhovatele a uchazeče s významnou tržní silou) v posledních dvou účetních obdobích a dospěl k závěru, že většina dodavatelů (devět ze čtrnácti) předmětný kvalifikační požadavek splnila. Nelze tedy souhlasit s názorem navrhovatele, že daným kvalifikačním předpokladem byl nepřípustně zvýhodněn uchazeč s významnou tržní silou, neboť i jiné subjekty byly schopny kladný hospodářský výsledek za poslední dvě účetní období prokázat. Zadavatel tedy tímto způsobem neomezil nepřípustným způsobem hospodářskou soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli a neznemožnil většině dodavatelů ucházet se o veřejnou zakázku. Současně zdůrazňuji, že nelze považovat za diskriminační a v rozporu se zásadou rovného zacházení, pokud zadavatel stanoví kvalifikační předpoklad, který nesplňují zcela všechny subjekty zabývající se poskytováním služeb v daném odvětví, které v současné době na trhu působí.

34. K dílčí námitce, že Úřad vzal při výše popsaném posouzení schopnosti splnit uvedený ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad v úvahu i subjekty, které se reálně nemohly soutěže o veřejnou zakázku účastnit, a to z důvodu nesplnění jiného požadavku zadavatele (konkrétně zajištění stacionární hlasové služby v požadovaném rozsahu), v prvé řadě uvádím, že oprávněnost každého kvalifikačního požadavku a jeho soulad se zásadami uvedenými v § 6 zákona je třeba zkoumat jednotlivě. Skutečnost, že se konkrétní dodavatelé nemohli účastnit soutěže o veřejnou zakázku pro nesplnění jiného kvalifikačního předpokladu, neimplikuje diskriminační charakter požadavku na kladný hospodářský výsledek v posledních dvou účetních obdobích, ani nemůže vést ke zpochybnění objektivity provedených šetření. Zjištění, že by ani dodavatelé s kladným hospodářským výsledkem nemohli v soutěži obstát, může maximálně poukazovat na nezákonnost toho požadavku, který nebyli schopni splnit. Na druhém místě proto upozorňuji, že ve sděleních, která si v šetřeném případě Úřad od potenciálních dodavatelů vyžádal v souvislosti s jejich schopností zajistit stacionární telekomunikační služby formou zpřístupnění účastnického kovového vedení, se oslovení dodavatelé vyjadřovali pouze k této otázce. Z jejich odpovědí ani z dalších podkladů pro vydání napadeného rozhodnutí (zejména vyjádření ČTÚ) nevyplynulo, že by tito dodavatelé nebyli schopni poskytnout požadované plnění s využitím druhé možnosti, tj. kombinací služby CPS a WLR. V této souvislosti odkazuji na str. 19 až 21 napadeného rozhodnutí. Dodavatele, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ale následně nabídku nepodali, tak nelze na základě jejich vyjádření považovat za nezpůsobilé plnit veřejnou zakázku.

35. K námitce, že předmětný požadavek nemá žádný vztah ke způsobilosti dodavatelů poskytovat telekomunikační služby, uvádím shodně jako Úřad v napadeném rozhodnutí, že zisk podniku lze považovat za ukazatel, který má obecně vypovídací hodnotu při posuzování výkonnosti společnosti. Dodavatel vykazující dlouhodobě finanční ztrátu se může ocitnout v platební neschopnosti a potýkat se s existenčními problémy. V šetřeném případě se jedná

o veřejnou zakázku zadávanou zadavatelem s celostátní působností, odběr telekomunikačních služeb je vzhledem k činnosti zadavatele značně roztříštěn, jedná se rozsáhlou a náročnou veřejnou zakázku. Zadavatel je tedy s ohledem na konkrétní podmínky a náročnost plnění veřejné zakázky oprávněn po uchazeči požadovat, aby doložil, že je dostatečně ekonomicky silným subjektem s dobrým finančním zdravím a je tedy objektivně způsobilý zajistit plnění veřejné zakázky. Požadavek zadavatele na doložení, že v posledních dvou účetních obdobích dosáhl kladného hospodářského výsledku, nelze považovat ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce za nepřiměřený nebo v rozporu se zákonem. Jak vyplývá z výše citovaného ustanovení § 55 odst. 1 písm. b) zákona, zákon umožňuje veřejnému zadavateli takový požadavek stanovit. Z rozsudku, na nějž navrhovatel v rámci svého rozkladu odkazuje, rovněž nevyplývá, že by stanovení tohoto kvalifikačního požadavku bylo *per se* v rozporu se zákonem. Z výše uvedených důvodů mi nezbývá než závěry napadeného rozhodnutí potvrdit.

36. K problematice subkritéria „Požadavky na přípojná vedení“ konstatuji, že i v případě této rozkladové námitky je třeba zkoumat, zda se Úřad v napadeném rozhodnutí neomezil na pouhé obecné konstatování, že nelze zadavateli určovat, jaké technické řešení má upřednostnit, a zda ve vazbě na konkrétní okolnosti případu posoudil, zda rozličné hodnocení různých technických řešení nemohlo vést ke konkurenční výhodě některého dodavatele, k vytvoření neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, zda mohlo mít rozlišení přenosového média vliv na hodnocení a pořadí nabídek či zda je vůbec toto rozlišení objektivně odůvodněné. Jak vyplývá z bodů 200. až 204. odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad se otázkou, zda technické podmínky byly skutečně stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, zabýval, a tedy nelze souhlasit, že z napadeného rozhodnutí nejsou jeho důvody seznatelné, jak naznačuje navrhovatel v podaném rozkladu. V tomto ohledu je tedy situace odlišná od souzeného případu, tj. od rozsudku, na jehož skutkovou a právní podobnost navrhovatel i v otázce technologie přípojných vedení poukazuje.

37. Úřad vzal při rozhodování v úvahu vyjádření zadavatele, který v něm vysvětlil, proč se rozhodl při hodnocení nabídek zohlednit způsob technického řešení. Zadavatel poukázal na nevýhody přípojek zřízených radiovou cestou, mezi něž zařadil např. elektromagnetické rušení, meteorologické jevy, stavební činnost, změny v okolní vegetaci, zásah do budovy při umisťování antény a v neposlední řadě také riziko snadného odposlechu, úmyslného narušení datového spoje či jiného narušení provozu v oblasti EMC terorismu. Přestože některé z uvedených nevýhod zcela jistě mohou být předmětem diskuze, je zřejmé, že preference jednoho typu technického řešení nebyla odrazem pouhé zadavatelovy libovůle.

38. Při posouzení požadavků zadavatele na přípojná vedení je však třeba reflektovat zejména tu skutečnost, že se nejednalo o technickou podmínku ve smyslu § 45 zákona, nýbrž o hodnotící kritérium. Zadavatel tedy připustil více druhů technického řešení (nejen připojení optickým kabelem, ale i kabelem metalickým, ať již zemním nebo nadzemním, a radiovou cestou v licencovaném pásmu) a uvedl, které z těchto řešení preferuje a jak tuto preferenci konkrétně vyjádří přidělením počtu bodů konkrétní nabídce. Hodnocení dle uvedeného subkritéria nelze s ohledem na uvedené a předem známé preference považovat za

nepředvídatelné a zpětně nepřezkoumatelné, jak uvádí navrhovatel. V souvislosti s daným kritériem pro úplnost uvádím, že zadavatel tomuto subkritériu stanovil váhu pouze 3 %, což je jedna z nejnižších zadavatelem určených vah. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že uchazeč s významnou tržní silou byl v daném subkritériu hodnocen 30 body, navrhovatel získal 28,5 bodů. Právě s ohledem na nízkou váhu daného hodnotícího subkritéria a zanedbatelný rozdíl v přiděleném počtu bodů lze stěží hovořit o zvýhodnění některého uchazeče zaručením konkurenční výhody či dokonce o vytváření neodůvodněných překážek hospodářské soutěže, stejně jako nelze hovořit o možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Je naopak zřejmé, že uchazeči mohli deficit vyplývající z nabídnutého „nepreferovaného“ technického řešení dohnat v jiném hodnotícím kritériu či subkritériu.

39. Co se týče návrhu navrhovatele na zpracování znaleckého posudku, uvádím, že závisí-li rozhodnutí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, které úřední osoby nemají, a jestliže odborné posouzení nelze opatřit od jiného správního orgánu, správní orgán usnesením stanoví znalce. Současně § 52 správního řádu stanoví, že účastníci jsou povinni navrhovat důkazy na podporu svých tvrzení. Správní orgán není návrhy účastníků vázán, vždy však provede důkazy, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci. V šetřeném případě orgán dohledu nepovažoval za nutné provádět důkaz znaleckým posudkem nebo posudkem jiného odborného správního orgánu. V tomto postupu jsem neshledal pochybení. Jak vyplývá z podaného rozkladu, znalecký posudek měl, zjednodušeně řešeno, prokázat srovnatelnost technických řešení pokud jde o výslednou kvalitu poskytované služby. Zadavatelova argumentace však zmiňuje i jiná negativa než (nižší) kvalitu poskytované služby, pro jejichž existenci upřednostnil (nikoli však výrazně a rozhodně ne s efektem diskriminace či narušení soutěžního prostředí) jiné technické řešení. Zpracování znaleckého posudku by tudíž nemohlo ani za situace, kdy by jím byla prokázána srovnatelnost všech potenciálních řešení, mít vliv na závěr o souladu hodnotícího subkritéria „Požadavky na přípojná vedení“ se zákonem.

VI. Závěr

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

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

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. INDOC s. r. o., Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6
2. PELIKÁN KROFTA KOHOUTEK advokátní kancelář s. r. o., Újezd 450/40, 118 01 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