UOHSX003GI8X

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu V Brně dne 18. dubna 2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 11.11.2010 na návrh na uložení zákazu plnění smlouvy ze dne 10.11.2010 a jehož účastníky jsou

- zadavatel – Hlavní město Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 111 21 Praha 1, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 7.12.2010 Mgr. Ing. Janem Kroftou, advokátem, evid. číslo ČAK 11303, Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o., IČ 29050774, se sídlem Břehová 208/8, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel – GTS Czech s.r.o., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, za niž jedná Stuart William Evers, jednatel, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 21.10.2010 společností INDOC s.r.o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6, za niž jedná jedná Tomáš Pfeffer, jednatel,
- vybraný uchazeč – T-Systems Czech Republic a.s., IČ 61059382, se sídlem Na Pankráci 1685/17,19, 140 21 Praha 4, za niž jednají Ing. Michal Hátle, CSc., předseda představenstva, a Ing. Lenka Kališová, CSc., členka představenstva,

ve věci možného spáchání správního deliktu při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě" zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 30.6.2010,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel - Hlavní město Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 111 21 Praha 1, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 tohoto zákona, když veřejnou zakázku „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě" zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 citovaného zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II.

Zadavatel - Hlavní město Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 111 21 Praha 1, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů tím, že uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě" bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ust. § 146 odst. 1 citovaného zákona, ačkoli byl podle citovaného zákona povinen toto oznámení uveřejnit.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí se podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli - Hlavnímu městu Praze, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 111 21 Praha 1, ukládá **pokuta ve výši**

1 100 000,- Kč (slovy jeden milion sto tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

IV.

Zadavateli - Hlavnímu městu Praze, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 111 21 Praha 1, se podle ust. § 118 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá **zákaz plnění smlouvy** uzavřené na veřejnou zakázku „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě“, a to v části plnění služeb označených v příloze č. 1 této smlouvy jako připojení datových center, připojení do MAN sítě, připojení k IP MPLS síti, připojení ústředen (hlasové služby), připojení do sítě internet, bezpečnostní služby firewallu, proxy server, URL filtrování, antispam, antivir, IPS/IDS, systém vzdáleného přístupu a DNS a v části dohody smluvních stran, že po dobu trvání této smlouvy je vybraný uchazeč oprávněn jednostranně rozšiřovat aktuální katalog služeb elektronických komunikací s tím, že o těchto skutečnostech je povinen písemně informovat zadavatele nejpozději do 3 pracovních dnů po provedení takové změny.

Zákaz plnění smlouvy podle předchozího odstavce se ukládá s účinností od 5 měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad") příslušný podle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon"), obdržel dne 14.10.2010 návrh společnosti GTS Czech s.r.o., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, za niž jedná Stuart William Evers, jednatel, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 21.10.2010 společností INDOC s.r.o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6, za niž jedná jedná Tomáš Pfeffer, jednatel (dále jen „navrhovatel"), na přezkoumání postupu zadavatele Hlavního města Prahy, IČ 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 7.12.2010 Mgr. Ing. Janem Kroftou, advokátem, evid. číslo ČAK 11303, Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o., IČ 29050774, se sídlem Břehová 208/8, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel"), ve veřejné zakázce „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě" zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 30.6.2010 (dále jen „veřejná zakázka").

2. Výzvou ze dne 30.6.2010 vyzval zadavatel k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění společnost T-Systems Czech Republic a.s., IČ 61059382, se sídlem Na Pankráci 1685/17,19, 140 21 Praha 4, za niž jednají Ing. Michal Hátle, CSc., předseda představenstva, a Ing. Lenka Kališová, CSc., členka představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“). Dne 30.7.2010 uveřejnil zadavatel v informačním systému o veřejných zakázkách pod evid. číslem 60047973 oznámení o záměru uzavřít smlouvu dle ust. § 146 odst. 2 zákona. Rámcová smlouva o poskytování služeb elektronických komunikací byla s vybraným uchazečem uzavřena dne 24.8.2010 (dále jen „ rámcová smlouva“). Oznámení o zadání veřejné zakázky bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 15.10.2010 pod evid. číslem 60051182 a dne 19.10.2010 v Úředním věstníku Evropské unie pod evid. číslem 2010/S 203-309104.

3. Dopisem ze dne 10.11.2010 podal navrhovatel návrh na zákaz plnění ze smlouvy, který byl Úřadu doručen dne 11.11.2010. Tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

4. Navrhovatel namítá, že nebyly naplněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle zákona a navrhovateli tak vznikla újma na jeho právech plynoucí z toho, že se nemohl ucházet o plnění předmětné veřejné zakázky v řádném zadávacím řízení.

5. Navrhovatel nerozporuje skutečnost, že vybraný dodavatel poskytuje zadavateli telekomunikační služby na infrastruktuře vzniklé převzetím sítě Pragonet. To však neznamená, že by zadavatelem poptávané služby nemohly být plněny i jinými dodavateli. Navrhovatel sděluje, že i jiní telekomunikační operátoři mohou v případě získání smlouvy na plnění takové veřejné zakázky svou infrastrukturu odpovídajícím způsobem dobudovat. Zadavatel svým postupem pouze prohlubuje svou závislost na vybraném uchazeči. Vybraný dodavatel sice disponuje optickou sítí a nadále ji postupně rozvíjí s ohledem na zájmy zadavatele, přitom však nemusí svoji cenu přizpůsobovat konkurenčnímu prostředí. Dle informací navrhovatele má být optická infrastruktura vybraného uchazeče dokončena do dvou let od podpisu smlouvy.

6. Navrhovatel uvádí, že předmětem plnění dle smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem jsou běžné telekomunikační služby, konkrétně připojení datových center, připojení do MAN sítě,

připojení k IP MPLS síti, připojení ústředen (hlasové služby), připojení do sítě internet, bezpečnostní služby firewallu, proxy server, URL filtrování, antispam, antivir, IPS/IDS, systém vzdáleného přístupu a DNS. Tyto služby nemají bezprostřední vztah k infrastruktuře vybraného uchazeče a mohou je poskytovat i jiní telekomunikační operátoři, na vlastní infrastruktuře, případně i na infrastruktuře Pragonet, pokud by ji vybraný dodavatel zpřístupnil. Skutečnost, že technická infrastruktura byla kdysi majetkem zadavatele, který ji vybudoval a následně prodal právě vybranému dodavateli, není podle navrhovatele pro posouzení dané věci rozhodující. Smlouva na plnění veřejné zakázky dokonce výslovně připouští, že vybraný uchazeč tuto infrastrukturu může po celou dobu účinnosti smlouvy nahradit jiným řešením.

7. Navrhovatel napadá skutečnost, že zadavatel v oznámení o zadání zakázky uveřejněném v Informačním systému o veřejných zakázkách označil veřejnou zakázku jako „Rámcová smlouva na provoz metropolitní sítě včetně připojení DC - na 4 roky", avšak ve skutečnosti uzavřel s vybraným uchazečem „Rámcovou smlouvu o poskytování služeb elektronických komunikací". Navrhovatel konstatuje, že povaha provozu konkrétní sítě (význam původního názvu zakázky) je velmi vzdálena povaze poskytování výše uvedených telekomunikačních služeb (obsahu skutečně uzavřené smlouvy).

8. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že postup zadavatele je z věcného i právního hlediska nesprávný a došlo jím k porušení zákona a povinností řádného hospodáře a nedodržení principů hospodárností, efektivnosti a účelnosti, přičemž uvedené principy jsou z podstaty věci obecně závazné pro vynakládání veřejných prostředků. Poukazuje na skutečnost, že konečná cena veřejné zakázky ve výši 196 799 944,- Kč bez DPH je pouze o 56,- Kč nižší než její předpokládaná hodnota. Tato skutečnost nasvědčuje tomu, že zadavatel pouze akceptoval cenu vybraného uchazeče, kterému bylo předem známa částka, kterou může zadavatel za požadované služby zaplatit.

9. Vzhledem k tomu, že dle názoru navrhovatele nebyly naplněny podmínky pro užití jednacího řízení bez uveřejnění, dopustil se zadavatel dle názoru navrhovatele správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. c) zákona.

10. Navrhovatel je dále přesvědčen o tom, že jsou splněny podmínky pro uložení nápravného opatření spočívajícího v zákazu plnění uzavřené smlouvy. Zadavatel sice uveřejnil oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante, avšak na veřejnou zakázku s názvem „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě". (Poznámka Úřadu: „Oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante“ je označení formuláře zveřejňovaného v informačním systému o veřejných zakázkách, zákon v ust. § 110 odst. 5 zákona, ust. § 118 odst. 2 písm. a) zákona a v ust. § 146 odst. 2 zákona hovoří o „oznámení o záměru uzavřít smlouvu“, případně o „dobrovolném oznámení o záměru uzavřít smlouvu“. V rámci tohoto rozhodnutí jsou pak používány oba dva termíny.) V daném oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante byl předmět veřejné zakázky popsán následovně: „Zajištění provozu optické infrastruktury v požadované kvalitě a rozsahu. Předmět veřejné zakázky navazuje na služby poskytované na základě smluv uvedených v příloze č. 4 k návrhu Rámcové smlouvy na provoz metropolitní sítě, která je součástí této zadávací dokumentace k této veřejné zakázce, a dále modifikuje charakter poskytovaných služeb pro nové aplikační prostředí HMP". Zadavatel však následně uzavřel s vybraným dodavatelem „Rámcovou smlouvu o poskytování služeb elektronických komunikací", jejíž obsah je zásadně odlišný.

11. Navrhovatel se s odkazem na výše uvedené domnívá, že zadavatel nesplnil podmínku uveřejnění dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu ve smyslu ust. § 118 odst. 2 písm. a) zákona.

12. Účastníky správního řízení podle ust. § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel,
- vybraný uchazeč.

13. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-17444/2010/540/KKo ze dne 25.11.2010. Úřad dále účastníkům správního řízení usnesením č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-17448/2010/540/KKo z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

14. Dne 8.12.2010 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, který namítá, že navrhovatel není k podání návrhu aktivně legitimován. Vzhledem k tomu, že smlouva s vybraným uchazečem byla uzavřena dne 24.8.2010 a oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante bylo uveřejněno dne 30.7.2010, nejsou v daném případě splněny podmínky dle ust. § 114 odst. 2 zákona, zadavatel zadávací řízení dobrovolně uveřejnil a navrhovatel tedy k podání návrhu není oprávněn. Návrh není v souladu s citovaným ust. § 114 odst. 2 zákona ani z hlediska rozsahu petitu, navrhovatel není oprávněn požadovat cokoli jiného, než uložení zákazu plnění smlouvy.

15. I pokud by Úřad dovodil aktivní legitimaci navrhovatele, je v projednávané věci Úřad povinen s odkazem na ust. § 118 odst. 2 písm. a) zákona konstatovat, že není oprávněn uložit zákaz plnění smlouvy na veřejnou zakázku, neboť zadavatel se nedopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. c) zákona a nelze tedy ani uložit pokutu podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona. Zadavatel totiž dobrovolně svůj záměr uzavřít smlouvu uveřejnil v souladu s ust. § 146 odst. 2 zákona.

16. Podle ust. § 110 odst. 5 zákona lze námitky proti záměru uzavřít smlouvu podat do 15 dnů od dobrovolného uveřejnění oznámení o záměru zadavatele uzavřít smlouvu. V dané lhůtě zadavatel žádné námitky neobdržel.

17. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele o údajném rozdílu v předmětu veřejné zakázky uvedeném v dobrovolném oznámení ex ante ze dne 30.7.2010 a v předmětu zakázky, která byla skutečně zadána. Výzva dodavateli ze dne 30.6.2010 obsahuje stejný popis předmětu plnění i stejný CPV kód hlavního předmětu veřejné zakázky jako jsou uvedeny v oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante ze dne 30.7.2010 a v oznámení o zadání zakázky zveřejněném dne 15.10.2010. Zadavatel připouští, že docházelo k jazykovým úpravám, předmět veřejné zakázky byl však formulován jednoznačně a srozumitelně.

18. Ve vztahu k šetřené veřejné zakázce zadavatel uvádí, že společnost Pragonet a.s., dnes součást vybraného uchazeče, byla v roce 1996 založena zadavatelem, přičemž zadavatel ji do roku 2001 plně a do roku 2003 částečně vlastnil. Rozvoj optické sítě probíhal tedy po celou dobu v souladu se zájmy zadavatele. Součástí prodeje společnosti Pragonet a.s. bylo uzavření dohody o dalším poskytování služeb až do roku 2013. Do doby prodeje společnosti

Pragonet a.s. vybranému uchazeči (Poznámka Úřadu: Kupujícím byla společnost T-Systems International GmbH, která je jediným akcionářem vybraného uchazeče, proto pro zjednodušení není v rámci tohoto rozhodnutí rozlišováno mezi touto společností a vybraným uchazečem.) pokrývala optická infrastruktura 65% přípojných míst zadavatele. Vybraný uchazeč v minulosti plně respektoval rozvojové plány zadavatele a postupně připojil k optické infrastruktuře dalších 20% přípojných míst zadavatele. V době zahájení zadávacího řízení tedy zbývalo připojit pouze 15% přípojných míst zadavatele. Kromě vybraného uchazeče žádná jiná společnost v minulosti nebyla schopna nabídnout obdobnou infrastrukturu síťového prostředí a spektrum požadovaných služeb. K přednostem sjednané optické síťové infrastruktury patří zejména její vysoká bezpečnost, stálost a téměř neomezená přenosová kapacita. Realizace připojení nebo propojení jinými technickými prostředky, zejména rádiovou cestou, nedosahuje takových kvalit a je problematická i z důvodu památkové ochrany budov. Zadavatel proto v zadávacích podmínkách trval na realizaci zakázky za pomoci optické přenosové sítě.

19. Dle názoru zadavatele existují ve vztahu k šetřené veřejné zakázce podmínky pro její zadání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Technické důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění spočívají v potřebě zajistit kompatibilitu plánovaného plnění, když plnění od jiného dodavatele by vyvolalo nepochybně vyšší finanční náklady a časové zdržení. Zadavatel dál odkazuje na provozní problémy, které by následkem plnění poskytnutého jiným dodavatelem vznikly, spočívající v technické neslučitelnosti. Dále odkazuje na potřebu ochrany výhradních práv vybraného uchazeče, protože technologie vybraného uchazeče je autorským dílem. Pokud by zadavatel uvažoval o jiném dodavateli, takový dodavatel by musel buď využít stávající infrastrukturu, nebo vybudovat zcela novou.

20. Vzhledem k tomu, že funkčnost informačního systému je dle názoru zadavatele v roce 2010 a v nejbližších letech schopen zajistit pouze vybraný uchazeč, zvolil zadavatel uzavření rámcové smlouvy na 4 roky, neboť předpokládá, že po uplynutí této doby budou již na relevantním trhu existovat podnikatelské subjekty s podobně rozsáhlou sítí a bude možné zadat veřejnou zakázku v otevřeném zadávacím řízení. Není tedy pravdivé tvrzení navrhovatele, že zadavatel svým postupem prohlubuje svoji závislost na vybraném uchazeči.

21. Názor navrhovatele, že i jiní dodavatelé by byli schopni za předpokladu dobudování potřebné infrastruktury veřejnou zakázku plnit, zadavatel odmítá. V této souvislosti odkazuje na odborné stanovisko doc. JUDr. Ing. Radka Jurčíka, Ph.D., ze dne 14.6.2010 (dále jen „stanovisko doc. Jurčíka“), který uvádí, že (citace) „jedinou alternativou pro zajištění dodávky služeb elektronických komunikací je vybudování nové sítě elektronických komunikací, což se však s ohledem na zadavatelem provedená technická a ekonomická posouzení nejeví jako hospodárné a představuje tak technický důvod, pro nějž je možné zadat zakázku jedinému zadavateli“. (konec citace) Zadavatel dále odkazuje na znalecký posudek č. 279/2010 vypracovaný Ing. René Pitákem ze dne 17.5.2010 (dále jen „posudek Ing. Pitáka“), který uvádí, že v současné době (citace) „neexistuje paralelní páteřní síť, ani neexistuje možnost ji v relevantní době vybudovat nebo jinou existující síť do rozsahu a parametrů/kvality dle požadavků zadavatele dobudovat, neboť zadavatel nemá v současnosti dostatek finančních ani jiných (technických) zdrojů. Jiné již zčásti nebo zcela existující alternativy nelze zvažovat (viz např. dobudování sítě DPP/kolektory města, standardní telekomunikační sítě apod.), neboť jak bylo uvedeno výše, nejsou dostatečné zdroje. Uvedené alternativy nelze připustit,

díky potřebné časové náročnosti na vybudování/dobudování, která se pohybuje v neakceptovatelné lhůtě až několik let. Alternativa vybudování nové sítě do vlastnictví zadavatele není možná – časová náročnost a náklady.“ (konec citace)

22. Zadavatel dále odkazuje na závěr Ing. Pitáka, že (citace) „připojení koncových bodů nebo zajištění provozu lokální sítě nemůže z technických důvodů zajišťovat jiný poskytovatel - vždy je nutná součinnost majitele současné sítě k tomu, aby k připojení vůbec mohlo dojít, s tím, že neexistuje zákonná povinnost efektivně se takové součinnosti domoci." (konec citace) a doc. Jurčíka, který uvádí, že (citace) „ve vztahu k ochraně výhradních práv je možné konstatovat, že poskytování služeb elektronických komunikací prostřednictvím existující sítě elektronických komunikací je možné pouze se souhlasem vybraného uchazeče, což ho de facto předurčuje jako jediného možného dodavatele zakázky." (konec citace)

23. S ohledem na uvedené zadavatel konstatuje, že byl vzhledem ke specifičnosti veřejné zakázky nucen využít služeb majitele stávající infrastruktury, neboť alternativní dodavatelé budou schopni zakázku plnit až v horizontu několika let. Páteřní síť celého systému musí být založena na technologii optických kabelů a vybudování/dobudování takové technologie je časově i finančně náročné.

24. K námitce navrhovatele, že během zadávacího řízení nedocházelo k jednání o ceně za veřejnou zakázku, zadavatel uvádí, že dosáhl významného snížení konečné ceny za poskytnuté služby. Původní předpoklad uvedený v dokumentu Investiční záměr - Projekt upgrade metropolitní sítě ze dne 30.11.2009 (dále jen „investiční záměr“) předpokládal částku výrazně vyšší.

25. Jako další důkazy dokládající zákonnost postupu zadavatele uvádí zadavatel mimo již citovaného stanoviska doc. Jurčíka, posudku Ing. Pitáka, usnesení Rady hlavního města Prahy č. 1259 ze dne 17.8.2010, právní stanovisko právního zástupce zadavatele ze dne 28.5.2010 a ze dne 13.8.2010, rámcovou smlouvu, investiční záměr a zápis ze 3. zasedání výboru informatiky a veřejné správy ZHMP ze dne 7.4.2010.

26. Zadavatel dále upozorňuje na ust. § 118 odst. 3 zákona, podle něhož Úřad neuloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadují pokračování smlouvy. Zdůrazňuje, že přerušení plnění smlouvy by v šetřeném případě vedlo k nepřiměřeným důsledkům, zadavatel by nebyl schopen zajistit svou funkci prostřednictvím původních služeb, došlo by k narušení propojení jednotlivých lokalit zadavatele (zejména magistrátu a městských částí) a zvýšilo by se bezpečnostní riziko ztráty dat.

27. Na základě výše uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele odmítl a řízení zastavil. Pokud Úřad dojde k závěru, že podmínky řízení byly splněny, navrhuje zadavatel zamítnutí návrhu navrhovatele.

28. Dne 8.12.2010 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče, který s odkazem na zveřejnění oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante zpochybňuje aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu. Navrhovatel nevyužil možnosti podat námitky v 15-denní lhůtě po uveřejnění oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante, není tedy oprávněn k podání návrhu na zákaz plnění smlouvy. Vybraný uchazeč poukazuje na to, že oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante, oznámení o zadání zakázky i výzvy k jednání v jednacím

řízení bez uveřejnění obsahují stejný popis předmětu plnění i CPV kód hlavního předmětu veřejné zakázky. Skutečnost, že název uzavřené rámcové smlouvy nekoresponduje s názvy používanými na různých místech v průběhu zadávacího řízení (Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě, Rámcová smlouva na provoz metropolitní sítě včetně připojení DC - na 4 roky, Rámcová smlouva na provoz metropolitní sítě) považuje vybraný uchazeč za technickou disproporci, která vznikla následkem dlouhodobého procesu předcházejícího uzavření předmětné smlouvy. Vybraný uchazeč poskytuje zadavateli služby popsané v oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante.

29. Vybraný uchazeč namítá, že navrhovatel se v podaném návrhu nemůže domáhat toho, aby Úřad konstatoval spáchání správního deliktu, neboť podle ust. § 114 odst. 2 zákona může návrh směřovat jen proti vyslovení zákazu plnění ze smlouvy.

30. Vybraný uchazeč konstatuje, že navrhovatel nedisponuje takovými zařízeními a technologiemi, aby mohl plnit předmět veřejné zakázky. Vybranému uchazeči je z jeho obchodní praxe známo, že je jediným dodavatelem, který je schopen poskytovat požadované služby prostřednictvím své sítě.

31. S ohledem na uvedené vybraný uchazeč navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil a pokud shledá, že byly naplněny všechny zákonné předpoklady pro podání návrhu podle ust. § 114 odst. 2 zákona, navrhuje, aby návrh zamítl.

32. Usnesením č. j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3180/2011/540/VKu ze dne 28.2.2011 stanovil Úřad zadavateli lhůtu ke sdělení, na základě jakých smluvních vztahů odebíral do doby uzavření rámcové smlouvy služby uvedené v její příloze č. 1, konkrétně připojení datových center, připojení do MAN sítě, připojení k IP MPLS síti, připojení ústředen (hlasové služby), připojení do sítě internet, bezpečnostní služby firewallu, proxy server, URL filtrování, antispam, antivir, IPS/IDS, systém vzdáleného přístupu a DNS, a doložení těchto smluv včetně jejich případných dodatků, a to v originále.

33. Požadovaná smluvní dokumentace byla Úřadu doručena dne 23.3.2011. Zadavatel doložil konkrétně následující smlouvy a dodatky:

- smlouvu č. 2004/448 (č. DIL/40/02/000791/2004) o poskytování služeb přenosu dat a telekomunikačního spojení ze dne 21.6.2004 a její dodatek č. 1 ze dne 17.8.2006,
- smlouvu č. 2005/618 (č. DIL/40/02/000928/2005) o poskytování služeb přenosu dat a telekomunikačního spojení ze dne 27.10.2005 a její dodatek č. 1 ze dne 5.12.2005, dodatek č. 2 ze dne 16.12.2005, dodatek č. 3 ze dne 30.6.2006, dodatek č. 4 ze dne 20.12.2006, dodatek č. 5 a č. 6 ze dne 13.6.2007, dodatek č. 7 ze dne 15.7.2007, dodatek č. 8 ze dne 5.9.2007, dodatek č. 9 ze dne 2.12.2008, dodatek č. 10 ze dne 10.8.2009,
- smlouvu – objednávku č. 2006/ZO/3 (č. INF/117/2006) ze dne 20.1.2006,
- smlouvu – objednávku č. 2008/ZO/47 (č. INF/300/2008) ze dne 10.3.2008,
- dodatek č. 3 ze dne 13.9.2000 ke smlouvě o poskytování služeb přenosu dat a telekomunikačního spojení ze dne 16.11.1998,
- smlouvu o poskytování služeb přístupu k síti Internet č. 1997/46 ze dne 11.7.1997 a její dodatek č. 1 ze dne 25.10.1999, dodatek č. 2 ze dne 16.10.2000, dodatek č. 3 ze dne 15.2.2006 a dodatek č. 4 ze dne 21.9.2006,

- smlouvu č. 2004/157 o poskytování služeb přenosu dat a telekomunikačního spojení ze dne 12.1.2004,
- smlouvu č. 2003/157 o poskytování služeb přenosu dat a telekomunikačního spojení ze dne 13.1.2003,
- smlouvu č. DIL/40/02/000487/2002 o poskytování služeb přenosu dat a telekomunikačního spojení ze dne 22.10.2002,
- smlouvu č. 2007/249 (č. INO/40/03/001275/2007) o poskytování služeb elektronických komunikací ze dne 31.1.2007 a její dodatek č. 1 ze dne 8.10.2008,
- smlouvu č. 1997/21 o poskytování služeb přenosu dat a telekomunikačního spojení ze dne 7.5.1997 a její dodatek č. 1 ze dne 10.12.1997, dodatek č. 2 ze dne 28.4.2002 a dodatek č. 3 ze dne 30.4.2007,
- smlouvu č. 1997/8 o poskytování služeb propojení lokálních sítí ze dne 21.2.1997 a její dodatek č. 1 ze dne 29.7.1998 a dodatek č. 2 ze dne 28.11.2006.

34. Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace a důkazů předložených zadavatelem, vyjádření předložených účastníky správního řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadání veřejné zakázky nepostupoval podle zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K použití jednacího řízení bez uveřejnění

35. Vzhledem k tomu, že ze strany účastníků správního řízení byla vznesena námitka, že Úřad nemůže na základě návrhu na zákaz plnění smlouvy rozhodnout o správních deliktech zadavatele a uložit mu pokutu, považuje Úřad za vhodné vyjádřit se nejprve k této otázce. S odkazem na ust. § 118 odst. 2 zákona Úřad uvádí, že podmínkou pro uložení zákazu plnění smlouvy je vždy skutečnost, že se zadavatel dopustil minimálně jednoho správního deliktu. Bez toho, aby se tedy Úřad nejprve zabýval tím, zda jsou v konkrétním případě naplněny podmínky existence správního deliktu, nelze zkoumat podmínky uložení zákazu plnění smlouvy. Úřad se touto otázkou musí ze zákona zabývat.

36. Ve vztahu k možnému uložení sankce za spáchání správního deliktu, Úřad uvádí, že uložení pokuty za správní delikt je podle zákona vyloučeno pouze v případě, že právnická osoba za správní delikt neodpovídá, a to tehdy, jestliže prokáže vynaložení veškerého úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila (ust. § 121 odst. 1 zákona), nebo pokud zanikla odpovědnost právnické osoby za správní delikt podle ust. § 121 odst. 3 zákona, tj. v případě, že Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. V ostatních případech je Úřad, pokud od uložení pokuty neupustí vzhledem k okolnostem konkrétního šetřeného případu, povinen uložit za správní delikt pokutu dle ust. § 120 odst. 2 zákona. Skutečnost, že pokutu lze uložit spolu s uložením zákazu plnění smlouvy, vyplývá i z ust. § 121 odst. 2 zákona, podle něhož „byl-li uložen zákaz plnění smlouvy podle ust. § 118 odst. 2 zákona, přihlédne se rovněž k tomu, v jakém rozsahu bylo již ze smlouvy plněno“. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že je-li předmětem návrhu návrh na zákaz plnění smlouvy, musí se nejprve zabývat otázkou, zda v daném případě došlo či nedošlo ke spáchání správních deliktů uvedených v ust. § 118 odst. 2 zákona. Pokud je konstatován jeden nebo více správních

deliktů, přičemž současně není naplněna některá z podmínek vylučujících odpovědnost zadavatele nebo v daném konkrétním případě neshledá důvody pro upuštění od uložení sankce, uloží Úřad v souladu se zákonem pokutu.

37. Zákon upravuje v ust. § 21 odst. 1 tyto druhy zadávacích řízení:
    a) otevřené řízení,
    b) užší řízení,
    c) jednací řízení s uveřejněním,
    d) jednací řízení bez uveřejnění,
    e) soutěžní dialog,
    f) zjednodušené podlimitní řízení.

38. Podle ust. § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení, a za podmínek stanovených v ust. § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.

39. Podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

40. K použití jednacího řízení bez uveřejnění Úřad uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěží o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ust. § 23 zákona. V šetřeném případě směřuje argumentace zadavatele k použití ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. možnost splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv.

41. Aplikace uvedeného ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. O použití příslušného druhu zadávacího řízení rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Je na zadavateli, aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. V neposlední řadě je zadavatel rovněž povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná. V této souvislosti odkazuje Úřad na rozhodovací praxi Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“), např. rozhodnutí C–385/02 ze dne 14.9.2004 (Evropská komise vs. Itálie), ve kterém ESD konstatoval, že ustanovení, která povolují výjimky z pravidel při zadávání veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných

podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává (viz články č. 19 a č. 20 rozsudku).

42. Úřad konstatuje, že prokázání existence důvodu pro aplikaci ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona není z obecného hlediska vázáno pouze na předložení listiny ve formě dokladu (např. ochranná známka, užitný vzor, patent, licence), ale tyto objektivní důvody musí skutečně existovat, podmínky pro aplikaci citovaného ustanovení zákona musí být naplněny fakticky.

43. Z předložené dokumentace vyplývá, že společnost Pragonet a.s., dnes součást vybraného uchazeče, byla založena v roce 1996 zadavatelem za účelem poskytování síťových a datových služeb zadavateli. Při prodeji poslední části akcií společnosti Pragonet a.s., vybranému uchazeči, uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dne 27.6.2003 dohodu, jejímž cílem byla úprava dalšího poskytování služeb (dále jen „dohoda“). V čl. III.1. dohody se zadavatel zavázal, že *„do deseti let od podpisu této dohody jednostranně nevypoví žádnou ze smluv, která je uvedena v příloze č. 1 této dohody a která je uzavřena na dobu neurčitou, ledaže by tak učinil z důvodu specifikovaného v takové smlouvě nebo v této dohodě anebo v obecně závazném právním předpise“.* Zadavatel se rovněž zavázal *„jednostranně neodmítnout prodloužit platnost žádné ze smluv, která je uvedena v příloze č. 1 této dohody a která je uzavřena na dobu určitou, o pět let ode dne prvého vypršení platnosti takové smlouvy, ledaže by tak učinil z důvodu specifikovaného v takové smlouvě nebo v této dohodě anebo v obecně závazném právním předpise“.* Z daného ustanovení smlouvy tak vyplývá, že zadavatel obecně nemůže smlouvy uzavřené na dobu neurčitou uvedené v příloze č. 1 dohody vypovědět až do 27.6.2013. Smluv uzavřených na dobu neurčitou přitom příloha č. 1 dohody obsahuje celkem devět, zbývajících čtrnáct smluv uvedených v příloze č. 1 dohody je uzavřených na dobu určitou (doba platnosti smluv uzavřených na dobu určitou měla u čtyř smluv končit v roce 2003, u šesti smluv v roce 2004 a u zbývajících čtyř smluv v roce 2005).

44. Ve vztahu k návrhu Úřad konstatuje, že ačkoliv je návrh označen jako návrh na zákaz plnění smlouvy na veřejnou zakázku „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě“, čehož se navrhovatel v návrhovaném petitu i domáhá, z obsahu návrhu je zřejmé, že navrhovatel opakovaně napadá poskytování „běžných telekomunikačních služeb“, které jsou předmětem rámcové smlouvy. Pokud se v rámci návrhu zmiňuje o dalších částech rámcové smlouvy, pak je to pouze citací usnesení Rady hlavního města Prahy č. 1259 ze dne 17.8.2010. Zadavatel v návrhu opakovaně namítá, že předmětem rámcové smlouvy jsou běžně poskytované telekomunikační služby, které jednoznačně definuje jejich výčtem v bodě 6 návrhu pomocí odkazu na přílohu č. 1 rámcové smlouvy jako připojení datových center, připojení do MAN sítě, připojení k IP MPLS síti, připojení ústředen (hlasové služby), připojení do sítě internet, bezpečnostní služby firewallu, proxy server, URL filtrování, antispam, antivir, IPS/IDS, systém vzdáleného přístupu a DNS (dále jen „namítané služby“). Vzhledem k tomu, že předmětem návrhu je tedy ve skutečnosti návrh na zákaz plnění těchto výše uvedených namítaných služeb, a vzhledem k tomu, že zákaz plnění smlouvy lze uložit pouze na návrh a nikoliv z moci úřední, zabýval se Úřad v rámci správního řízení na základě návrhu pouze postupem zadavatele při zadání výše specifikovaných namítaných služeb.

45. Za účelem zjištění, které smluvní vztahy uvedené v příloze č. 1 dohody upravují namítané služby, si Úřad od zadavatele vyžádal předložení smluvních vztahů, na základě jakých zadavatel tyto služby odebíral do doby uzavření rámcové smlouvy.

46. Z dokumentace předložené zadavatelem vyplývá, že namítané služby byly poskytovány převážně na základě jiných smluvních vztahů, než jaké jsou uvedeny v příloze č. 1 dohody. Na tyto jiné smlouvy se tedy nevztahuje zadavatelem sjednané omezení výpovědi smluv uvedených v příloze č. 1 dohody uzavřených na dobu neurčitou a omezení týkající se možnosti prodloužení platnosti smluv uvedených v příloze č. 1 dohody uzavřených na dobu určitou, kterým zadavatel opakovaně argumentuje. Jak Úřad z těchto smluv zjistil, nevyplývá z nich také, že by nemohly být zadavatelem vypovězeny, když všechny předmětné smlouvy obsahují ujednání umožňující smlouvu vypovědět, a to i bez udání důvodu. Jedinými smluvními vztahy, které zadavatel na základě usnesení Úřadu doložil a které jsou současně uvedeny v příloze č. 1 dohody, jsou následující:

- smlouva č. 1997/21 o poskytování služeb přenosu dat a telekomunikačního spojení ze dne 7.5.1997 ve znění dodatku č. 1 ze dne 10.12.1997, dodatku č. 2 ze dne 28.4.2002 a dodatku č. 3 ze dne 30.4.2007, uzavřená na dobu neurčitou (dále jen „smlouva č. 1997/21“),
- smlouva č. 1997/8 o poskytování služeb propojení lokálních sítí ze dne 21.2.1997 ve znění dodatku č. 1 ze dne 29.7.1998 a dodatku č. 2 ze dne 28.11.2006, uzavřená na dobu neurčitou (dále jen „smlouva č. 1997/8“),
- smlouva č. 2003/157 o poskytování služeb přenosu dat a telekomunikačního spojení ze dne 13.1.2003, uzavřená na dobu určitou do 12.1.2005,
- smlouvu č. DIL/40/02/000487/2002 o poskytování služeb přenosu dat a telekomunikačního spojení ze dne 22.10.2002, uzavřená na dobu určitou do 22.1.2004,
- dodatek č. 3 ke smlouvě o poskytování služeb přenosu dat a telekomunikačních spojení ze dne 16.11.1998, uzavřené na dobu určitou do 16.11.2003.

47. Jak vyplývá z přílohy č. 1 dohody, výše uvedené zadavatelem předložené smluvní vztahy uzavřené na dobu určitou, měly ukončit svoji platnost ke dni 16.11.2003, 12.1.2005 a 22.10.2004, i pokud by na ně tedy byl uplatněn sjednaný zákaz odmítnutí prodloužení platnosti o pět let ode dne prvého vypršení jejich platnosti, v době zahájení zadávacího řízení by se na ně již nevztahoval. Ze samotných zadavatelem předložených smluvních vztahů rovněž nevyplývá, že by je zadavatel nemohl ukončit výpovědí, a to i bez udání důvodu.

48. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že navrhovatelem namítané služby byly do doby uzavření rámcové smlouvy poskytovány převážně na základě smluvních vztahů, na které se v době zahájení zadávacího řízení nevztahoval omezující závazek zadavatele sjednaný v čl. III.1. dohody. Jedinými výjimkami jsou dvě výše uvedené smlouvy č. 1997/21 a č. 1997/8 uzavřené na dobu neurčitou.

49. Ve vztahu ke smlouvám č. 1997/21 a č. 1997/8 Úřad uvádí, že při zdůvodnění oprávněnosti postupu v jednacím řízení bez uveřejnění není obecně možné odvolávat se na smluvní vztahy, které zadavatel sám uzavřel v minulosti s vybraným uchazečem. Omezení, na která se v šetřeném případě zadavatel odvolává, nevyplývá z žádné obecně platné normy, ale zadavatel si je s vybraným uchazečem sjednal sám. Zadavatel při podpisu dohody s omezením souhlasil a na nepříznivé podmínky sám přistoupil. Úřad konstatuje, že zadavatel se nemůže sám aktivně podílet na vytváření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití jednacího řízení bez uveřejnění. V této souvislosti lze odkázat rovněž např. rozhodnutí

vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 3/2002-75 ze dne 5.11.2002, v němž soud konstatoval, že okolnosti, které by mohly odůvodňovat postup, kdy zadavatel osloví jednoho konkrétního zájemce, nemohou vycházet ze stavu, kdy si zadavatel nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až bylo právně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolával se postupu dle daného ustanovení zákona.

50. V nyní šetřeném případě není tedy zadavatel oprávněn ani ve vztahu k výše uvedeným smlouvám č. 1997/21 a č. 1997/8 uzavřeným na dobu neurčitou odvolávat se na dohodu, kterou uzavřel s vybraným uchazečem ohledně nemožnosti, resp. omezené možnosti jejich výpovědi. Důvody pro postup zadavatele podle ust. § 23 odst. 4 a) zákona musí být dány objektivně, tedy nezávisle na vůli zadavatele.

51. Pro úplnost Úřad uvádí, že jak zjistil z obsahu předložených smluv, předmětem smlouvy č. 1997/21 je pronájem čtyř pevných digitálních okruhů za paušální měsíční odměnu ve výši 81 280,- Kč bez DPH, předmětem smlouvy 1997/8 jsou služby poskytované za paušální měsíční odměnu ve výši 76 573,20 Kč bez DPH. S ohledem na marginální finanční objem poskytovaného plnění ve vztahu k hodnotě celé veřejné zakázky představující za čtyři roky částku téměř 196 mil. Kč bez DPH, přičemž navrhovatelem namítané služby tvoří její podstatnou část, Úřad uvádí, že nelze vyloučit, že pokud by zadavatel v šetřeném případě zadal plnění veřejné zakázky jinému dodavateli, přičemž by se mu nepodařilo obě uvedené smlouvy ukončit a musel by i nadále vybranému uchazeči poskytovat sjednané finanční odměny až do konce roku 2013, mohl by i tak získat plnění za výhodnějších podmínek než mu v současné době poskytuje vybraný uchazeč.

52. Zadavatel a vybraný uchazeč dále shodně uvádějí, že požadované plnění lze v současné době poskytovat pouze na síti Pragonet, protože jiná alternativní síť není k dispozici. Zadavatel i vybraný uchazeč konstatují, že v době zahájení zadávacího řízení pokrývala optická infrastruktura vybraného uchazeče 85% přípojných míst zadavatele (doc. Jurčík, Ing. Piták a právní zástupce zadavatele ve svém stanovisku ze dne 28.5.2010 uvádí 75%), přičemž jiná společnost v minulosti nebyla schopna nabídnout obdobnou infrastrukturu a spektrum požadovaných služeb.

53. Jak zjistil Úřad z internetových stránek navrhovatele www.gts.cz, navrhovatel disponuje a disponoval i v době zahájení zadávacího řízení optickou sítí v Praze. Úřadu je rovněž z jeho úřední činnosti známo, že optickou sítí v Praze disponuje a disponovala i v době zahájení zadávacího řízení i společnost Telefónica O2 Czech Republic, a.s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 Michle. Vybraný uchazeč tedy není jediným provozovatelem optické sítě v hlavním městě. Z mylného předpokladu, že v Praze v době zahájení zadávacího řízení neexistovala jiná optická síť, přitom vychází i stanovisko doc. Jurčíka a posudek Ing. Pitáka, na závěry obou těchto podkladů je proto třeba nahlížet s ohledem na tuto skutečnost.

54. Úřad uvádí, že současně však nezpochybňuje skutečnost, že síť Pragonet, jejíž rozvoj zadavatel od počátku až do roku 2003 z pozice spoluvlastníka přímo ovlivňoval, pokrývala v době zahájení zadávacího řízení většinu přípojných míst zadavatele. Tento fakt však ještě sám o sobě neznamená, že by ostatní dodavatelé nebyli schopni sami, ve sdružení nebo s pomocí subdodavatelů zadavatelem požadované plnění nabídnout na vlastních optických sítích, pokud by zadavatel v rámci řádného zadávacího řízení stanovil dostatečné lhůty

s ohledem na předmět veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že mimo síť vybraného uchazeče existovaly a existují v Praze ještě další optické sítě, je nutné považovat námitky ohledně ochrany výhradních práv vybraného uchazeče k síti Pragonet za irelevantní. Pokud by jiní dodavatelé nabídli plnění zadavatelem požadovaných služeb na vlastních sítích, není rozhodné, zda by vybraný uchazeč byl ochoten zpřístupnit uchazečům vlastní síť.

55. To, že zadavatel mohl takto postupovat a poskytnout uchazečům dostatečný časový prostor ke zpracování jejich nabídek a přípravě na zajištění požadovaného plnění, vyplývá i ze skutečnosti, že o upgrade metropolitní sítě a dobudování nové infrastruktury zadavatel uvažoval nejpozději již od podzimu roku 2009, jak vyplývá z předloženého investičního záměru ze dne 30.11.2009. Vybraný uchazeč byl k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění přitom vyzván až výzvou ze dne 30.6.2010, rámcová smlouva byla uzavřena 24.8.2010. V této souvislosti Úřad opětovně poukazuje na skutečnost, že ani sám vybraný uchazeč nepokrýval v době zahájení jednacího řízení bez uveřejnění všechna přípojná místa dodavatele.

56. Problém časového zdržení spojeného s realizací otevřeného zadávacího řízení a řešením očekávaných námitek ze strany ostatních uchazečů, na který ve svém vyjádření ze dne 13.8.2010 poukazuje právní zástupce zadavatele, rovněž není relevantní. Zadavatel nemůže s odkazem na domnělé průtahy spojené s uplatněním práv uchazečů odůvodňovat svůj postup v rozporu se zákonem. Stejně tak finanční náročnost vybudování, resp. dobudování nové sítě, kterou mimo zadavatele zdůrazňuje i doc. Jurčík a Ing. Piták, není technickým důvodem opravňujícím zadavatele k postupu v jednacím řízení bez uveřejnění. Pro zadavatele nemůže být rozhodující, jaké finanční prostředky dodavatelé vynaloží, aby byli schopni zajistit jím poptávané služby. Námitka nehospodárnosti dobudování alternativní optické sítě není relevantní. Je na jednotlivých uchazečích, aby posoudili, zda budou do vybudování a dobudování vlastní optické sítě za účelem poskytování služeb zadavateli investovat své vlastní prostředky. Úřad uvádí, že zadavatel jako veřejnoprávní subjekt by měl mít naopak zájem na efektivním nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů a pokud je to možné, vytvářet podmínky pro zabezpečení volné a efektivní soutěže dodavatelů o předmět veřejné zakázky, za účelem porovnání nabídek více uchazečů. Postup zadavatele, kdy zvyšuje svoji závislost na jednom subjektu, který v následujících dvou letech od uzavření rámcové smlouvy, hodlá pokrývat 100% přípojných míst zadavatele, není v souladu s účelem zákona.

57. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě" zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ust. § 23 citovaného zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, protože nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem, nevytvořil podmínky pro zadání veřejné zakázky na základě výzvy jedinému uchazeči a veřejné zakázky zadal v některém ze „standardních“ zadávacích řízení, čímž by zajistil soutěž mezi dodavateli, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů a veřejná zakázka mohla být zadána jinému uchazeči, který by nabídl pro zadavatele výhodnější podmínky. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

58. Podle ust. § 120 odst. 1 písm. c) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ust. § 146 odst. 1 zákona, ačkoli je podle tohoto zákona povinen toto oznámení uveřejnit.

59. Podle ust. § 146 odst. 1 zákona je-li podle tohoto zákona stanovena povinnost k uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, předběžného oznámení, pravidelného předběžného oznámení, oznámení soutěže o návrh, oznámení o výsledku zadávacího řízení, oznámení o zrušení zadávacího řízení nebo soutěže o návrh či jiných údajů, rozumí se tím uveřejnění v
a) informačním systému podle ust. § 157 zákona, jde-li o podlimitní veřejnou zakázku,
b) informačním systému podle ust. § 157 zákona a Úředním věstníku Evropské unie (dále jen "Úřední věstník"), jde-li o nadlimitní veřejnou zakázku; v případě veřejné zakázky na služby podle přílohy č. 2 zákona se však v Úředním věstníku uveřejňuje pouze oznámení o výsledku zadávacího řízení nebo oznámení týkající se soutěže o návrh.
Za uveřejnění vyhlášení se považuje uveřejnění všech údajů z vyhlášení doručeného zadavatelem.

60. V šetřeném případě postupoval zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona. V souladu s ust. § 26 odst. 1 zákona zahajuje zadavatel zadávací řízení odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění, nebo odesláním výzvy o zahájení zadávacího řízení. Za výzvu o zahájení zadávacího řízení se pro účely tohoto zákona podle ust. § 26 odst. 3 písm. a) zákona považuje výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění. Podle ust. § 34 odst. 1 zákona oznamuje zadavatel v písemné výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění zájemci nebo omezenému počtu zájemců svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení.

61. Na základě výše citovaných ustanovení zákona Úřad uvádí, že zákon neukládá zadavateli povinnost uveřejnit v případě jednacího řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ust. § 146 odst. 1 zákona, tj. v případě nadlimitní veřejné zakázky uveřejnění v informačním systému o veřejných zakázkách a Úředním věstníku. Jednací řízení bez uveřejnění se zahajuje odesláním výzvy, která může být zaslána i pouze jedinému zájemci. V daném případě však zadavatel postupoval v jednacím řízení podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, ačkoliv pro tento postup nebyly naplněny podmínky stanovené zákonem, jak dovodil Úřad výše. Zadavatel měl předmětnou veřejnou zakázku zadat v jiném druhu zadávacího řízení, přičemž zákon u nadlimitních veřejných zakázek (mimo veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění) ukládá zadavateli vždy povinnost uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení. Úřad konstatuje, že zadavatel se nemůže dovolávat toho, že se nedopustil správního deliktu podle zákona s odkazem na svůj předchozí nezákonný postup. Skutečnost, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, pro něj nemůže znamenat zvýhodnění. S ohledem na výše uvedené dospěl Úřad k závěru, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. c) zákona, když uzavřel rámcovou smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, ačkoli byl podle zákona povinen toto oznámení uveřejnit. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

62. Ve vztahu k námitce navrhovatele, že konečná cena veřejné zakázky se jen minimálně liší od její předpokládané hodnoty, Úřad pro úplnost uvádí, že mu nepřísluší přezkoumávat cenu veřejné zakázky, z pohledu zákona je na zadavateli, aby posoudil, zda nabídková cena vybraného uchazeče odpovídá jím poptávanému plnění.

Uložení pokuty

63. Podle ust. § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že

a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku,
b) nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo ji splní v rozporu s ust. § 146 nebo ust. § 147 zákona,
c) uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ust. § 146 odst. 1 zákona, ačkoli je podle tohoto zákona povinen toto oznámení uveřejnit,
d) uzavře smlouvu na veřejnou zakázku v rozporu s ust. § 82 odst. 1 zákona, ust. § 110 odst. 6 zákona nebo ust. § 111 odst. 5 zákona anebo v rozporu s předběžným opatřením dle ust. § 117 odst. 1 zákona,
e) zruší zadávací řízení v rozporu s ust. § 84 zákona,
f) nepořídí nebo neuchová dokumentaci podle ust. § 109 zákona nebo ust. § 155 zákona, nebo
g) odmítne námitky v rozporu s ust. § 110 zákona anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s ust. § 111 zákona.

64. V šetřeném případě se zadavatel správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona dopustil tím, že pro zadání veřejné zakázky zvolil jednací řízení bez uveřejnění, aniž by dodržel podmínky stanovené v ust. § 23 zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na veřejnou zakázku uzavřel rámcovou smlouvu. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a veřejnou zakázku zadal dle zákona, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří by nabídli výhodnější plnění než jediný zadavatelem oslovený uchazeč. Dále se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona tím, že zavřel smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ust. § 146 odst. 1 zákona, ačkoli byl podle zákona povinen toto oznámení uveřejnit.

65. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výši sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (*poena maior absorbet minorem* – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti několikráte dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18.6.2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31.10.2008), při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomocí analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16.4.2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31.5.2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

66. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu. V daném případě zadavatel naplnil skutkové podstaty různých správních deliktů. Protože se těchto správních deliktů dopustil v období před oznámením rozhodnutí, jímž byl za některý z nich potrestán, jednalo se o jejich vícečinný souběh nestejnorodý.

67. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že pro stanovení konkrétní výše uložené pokuty je nutné posuzovat jednotlivé výše uvedené správní delikty samostatně.

68. Podle ust. § 120 odst. 3 zákona se sazba pokuty stanovená podle výše citovaného ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona zvyšuje na dvojnásobek, jestliže se zadavatel dopustí správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 zákona opakovaně. Správní delikt je spáchán opakovaně, pokud ode dne, kdy došlo ke spáchání jakéhokoliv posledního správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 zákona, neuplynulo 5 let. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

69. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ust. § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z návrhu, který obdržel dne 11.11.2010. K uzavření rámcové smlouvy došlo dne 24.8.2010. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla.

70. Podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) tohoto ustanovení.

71. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký delikt je v šetřeném případě závažnější, tj. za který z nich je možno uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).

72. V daném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona a správního deliktu podle ust. 120 odst. 2 písm. c) zákona. Za oba správní delikty lze v souladu s citovaným ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.

73. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správních deliktů, je v obou případech shodná, u obou správních deliktů je tedy s odkazem na ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona shodná i možná sazba pokuty. Vzhledem k tomu, že Úřad v šetřeném případě nerozhoduje o správních deliktech ve vztahu k celé veřejné zakázce, jejíž cena je 196 799 944,- Kč bez DPH, tj. po zaokrouhlení 236 159 933,- Kč s DPH, ale pouze ve vztahu k její podstatné části, jejíž cenu však nelze z uzavřené rámcové smlouvy ani z jiných podkladů

správního řízení přesně určit, je nutné za horní hranici možné pokuty považovat v souladu s ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona částku 10 000 000 Kč.

74. S ohledem na to, že oba správní delikty jsou z pohledu zákona stejně závažné, neboť u obou je stanovena stejná výše pokuty, nelze v konkrétním případě v souladu se zásadou absorpce ukládat sankci za závažnější z obou deliktů. V daném případě je nutné uložit pokutu pouze za jeden ze spáchaných správních deliktů a ke druhému přihlédnout v rámci přitěžujících okolností.

75. Podle ust. § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Byl-li uložen zákaz plnění smlouvy podle ust. § 118 odst. 2 zákona, přihlédne se rovněž k tomu, v jakém rozsahu bylo již ze smlouvy plněno.

76. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacích řízeních a narušil tak soutěžní prostředí. Vybraný uchazeč nebyl vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhly žádné soutěže o cenu nebo ekonomickou výhodnost jeho nabídky. Nezákonné omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout nižší cenu požadovaného plnění.

77. Jako k přitěžující okolnosti Úřad přihlédl k tomu, že zadavatel se rovněž dopustil správního deliktu, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění přímo vybranému uchazeči, tedy bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ust. § 146 odst. 1 zákona, ačkoli byl podle zákona povinen toto oznámení šetřené veřejné zakázky uveřejnit.

78. Při určení výměry pokuty Úřad v souladu s ust. § 121 odst. 2 zákona přihlédl rovněž k tomu, že rámcová smlouva, jejímž předmětem je poskytování služeb, ve vztahu k nimž byl tímto rozhodnutím uložen zákaz plnění smlouvy, byla uzavřena již 24.8.2010, a to na dobu 48 kalendářních měsíců, konkrétně od 1.9.2010 do 31.8.2014. Ke dni vydání tohoto rozhodnutí z ní tedy bylo poskytováno plnění po dobu více než sedmi měsíců. V této souvislosti Úřad konstatuje, že v daném případě nelze však přesně porovnat rozsah, v jakém již bylo ze smlouvy plněno oproti rozsahu služeb, který by vybraný uchazeč na základě rámcové smlouvy poskytl za celou dobu jejího trvání. Důvodem je zejména skutečnost, že se jedná o „rámcovou smlouvu“, jejíž plnění bude probíhat na základě konkrétních dílčích objednávek zadavatele, přičemž vybraný uchazeč je navíc oprávněn aktuální katalog poskytovaných služeb elektronických komunikací jednostranně rozšiřovat. Předmětem návrhu a tedy i správního řízení nejsou navíc všechny služby poskytované na základě rámcové smlouvy, ale pouze jejich podstatná část. Úřad konstatuje, že ani pokud by si tedy vyžádal od zadavatele faktury za plnění namítaných služeb poskytovaných na základě rámcové smlouvy od jejího uzavření do doby vydání tohoto rozhodnutí, nemohl by ani pak přesně poměřit rozsah, a to ani kvantitativní ani finanční, v jakém byly tyto služby na základě rámcové smlouvy již plněny oproti jejich celkovému rozsahu, ve kterém by byly vybraným uchazečem poskytovány do doby ukončení rámcové smlouvy.

79. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z usnesení zastupitelstva hlavního města Prahy č. 4/1 ze dne 17.2.2011 vyplývá, že objem schválených příjmů v rámci rozpočtu vlastního hlavního města Prahy (mimo rozpočty jednotlivých městských částí) činí celkem 37 399 705 000,- Kč. Úřad konstatuje, že vzhledem k tomu, že zadavatel hospodaří s částkami pohybujícími se v řádech desítek miliard korun, nelze stanovenou výši pokuty považovat za likvidační.

80. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pociťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.

81. Jako k polehčující okolnosti při stanovení výše pokuty přihlédl Úřad ke skutečnosti, že zadavatel v šetřeném případě zveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante.

82. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní - postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu jako dostačující.

83. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem rámcovou smlouvu a nápravy tedy nelze dosáhnout. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol - IČ zadavatele.

K zákazu plnění smlouvy

84. Podle ust. § 114 odst. 2 zákona lze po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podat návrh pouze proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení nebo proti porušení zákazu uzavření smlouvy, stanovenému tímto zákonem. Navrhovatel se může domáhat pouze uložení zákazu plnění smlouvy.

85. Podle ust. § 110 odst. 7 zákona může návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle ust. § 114 odst. 2 zákona stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.

86. Podle ust. § 118 odst. 2 zákona Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle ust. § 114 odst. 2 zákona uloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud se zadavatel
   a) dopustí správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. c) zákona, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle ust. § 146 odst. 2 zákona a postupoval v souladu s ust. § 82 odst. 1 zákona, ust. § 110 odst. 6 zákona a ust. § 111 odst. 5 zákona,

b) dopustí správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. d) zákona, nebo
c) dopustí správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně postupuje podle ust. § 82 odst. 3 zákona.

87. Podle ust. § 118 odst. 4 zákona Úřad návrh zamítne, pokud
a) nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odstavce 1 nebo 2 tohoto ustanovení,
b) byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle odstavce 2 tohoto ustanovení, ale zadavatel prokáže naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle odstavce 3 tohoto ustanovení,
c) návrh nebyl podán oprávněnou osobou, nebo
d) návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení nebo v soutěži o návrh.

88. Z výše uvedeného ust. § 118 odst. 2 písm. a) zákona vyplývá, že zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku může Úřad uložit pouze na návrh, nikoliv z moci úřední. Podmínkou pro podání návrhu na zákaz plnění smlouvy pak není předchozí podání námitek, jak je tomu u ostatních návrhů, jimiž navrhovatel napadá postup zadavatele. V šetřeném případě se navrhovatel domáhá uložení zákazu plnění ze smlouvy podle ust. § 118 odst. 2 písm. a) zákona. Jak vyplývá z tohoto již výše citovaného ustanovení, základním předpokladem pro uložení zákazu plnění ze smlouvy je zde skutečnost, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. c) zákona. To, že se zadavatel v šetřeném případě tohoto správního deliktu dopustil, dovodil Úřad již výše v rámci odůvodnění tohoto rozhodnutí.

89. Citované ust. § 118 odst. 2 písm. a) zákona vylučuje uložení zákazu plnění smlouvy v případě, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle ust. § 146 odst. 2 zákona a postupoval v souladu s ust. § 82 odst. 1 zákona, ust. § 110 odst. 6 zákona a ust. § 111 odst. 5 zákona. Obě podmínky tedy musí být splněny kumulativně.

90. Ve vztahu k dodržení postupu podle ust. § 82 odst. 1 zákona, ust. § 110 odst. 6 zákona a ust. § 111 odst. 5 zákona Úřad uvádí, že vzhledem k tomu, že námitky podány nebyly, jsou relevantní pouze ta z uvedených ustanovení, která stanoví zadavateli zákaz uzavřít smlouvu před uplynutím lhůt pro podání námitek, v šetřeném případě konkrétně pak ust. § 110 odst. 6 zákona. Podle tohoto ustanovení ve spojení s ust. § 110 odst. 5 zákona v případě, že zadavatel uveřejní dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle ust. § 146 odst. 2 zákona, lze podat námitky proti záměru uzavřít smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení do 15 dnů od uveřejnění oznámení o záměru uzavřít smlouvu. Před uplynutím této lhůty nesmí zadavatel uzavřít smlouvu.

91. V šetřeném případě bylo oznámení o záměru uzavřít smlouvu v informačním systému zveřejněno dne 30.7.2010, rámcová smlouva byla uzavřena dne 24.8.2010, zadavatel tedy postupoval v souladu s ust. § 110 odst. 6 zákona.

92. K otázce zveřejnění oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante uvádí Úřad následující. Podle ust. § 146 odst. 2 zákona může zadavatel v případech, kdy nebyl povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, uveřejnit oznámení o záměru uzavřít smlouvu. Oznámení o záměru uzavřít smlouvu je dobrovolné, je tedy na vůli zadavatele, zda se jej

rozhodne uveřejnit. Tento institut byl do zákona zaveden zákonem č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, a transponuje požadavky směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2007/66/ES. Jeho účelem je seznámit neomezený okruh subjektů se záměrem zadavatele uzavřít smlouvu na konkrétní veřejnou zakázku. Obecně jej zadavatel může uveřejnit zejména v situacích, pokud neuveřejňuje oznámení o zahájení zadávacího řízení, resp. pokud se domnívá, že není povinen oznámení o zahájení zadávacího řízení uveřejnit. Řádné uveřejnění oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante vylučuje spolu s postupem v souladu s ust. § 82 odst. 1 zákona, ust. § 110 odst. 6 zákona a ust. § 111 odst. 5 zákona uložení zákazu plnění smlouvy podle ust. § 118 odst. 2 písm. a) zákona. Vzhledem k tomu, že uveřejnění tohoto oznámení vyvolává ve vztahu k posouzení postupu zadavatele, resp. při rozhodování o uložení nápravného opatření, tak závažné důsledky, je třeba vždy zkoumat, zda oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante bylo v daném konkrétním případě skutečně řádně uveřejněno, tedy zda konkrétní oznámení zejména po obsahové stránce naplňuje účel tohoto institutu.

93. V šetřeném případě uveřejnil zadavatel oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante v informačním systému o veřejných zakázkách dne 30.7.2010. Jako název veřejné zakázky v čl. II.1.1 uvedl „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě“, v části obsahující popis veřejné zakázky v čl. II.1.4 uvedl, že jejím předmětem je „zajištění provozu optické infrastruktury v požadované kvalitě a rozsahu. Předmět veřejné zakázky navazuje na služby poskytované na základě smluv uvedených v příloze č. 4 k návrhu Rámcové smlouvy na provoz metropolitní sítě, která je součástí této zadávací dokumentace k této veřejné zakázce, a dále modifikuje charakter poskytovaných služeb pro nové aplikační prostředí HMP“. Požadovanému plnění zadavatel přidělil CPV kód 32424000-1, tj. „síťová infrastruktura“.

94. Dne 24.8.2010 uzavřel zadavatel „Rámcovou smlouvu o poskytování služeb elektronických komunikací". Z preambule této smlouvy vyplývá, že vybraný uchazeč se zavazuje poskytovat zadavateli služby elektronických komunikací dle aktuálního katalogu služeb uvedeného v příloze č. 1 rámcové smlouvy. Z preambule dále vyplývá, že smluvní strany se dohodly, že po dobu trvání této smlouvy je vybraný uchazeč oprávněn jednostranně rozšiřovat aktuální katalog služeb elektronických komunikací, přičemž zadavatele je povinen informovat až po provedení takové změny.

95. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel sice formálně uveřejnil oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante, veřejnou zakázku však označil jako „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě“, což vyvolává spíše dojem, že zadavatel hledá pouze provozovatele dané sítě, nikoliv subjekt, který má zadavateli poskytovat služby elektronických komunikací pomocí sítě, kterou tento subjekt sám disponuje. Tomuto závěru napovídá i úvodní věta popisu zakázky v čl. II.1.4 oznámení, která veřejnou zakázku opět definuje jako „zajištění provozu optické infrastruktury v požadované kvalitě a rozsahu“. Popis dále uvádí, že požadované služby „navazují“ na služby poskytované na základě smluv uvedených v příloze č. 4 rámcové smlouvy a modifikují jejich charakter pro nové aplikační prostředí zadavatele, z čehož rovněž není zřejmé, že nově uzavřená rámcová smlouva má nahradit všechny smlouvy uvedené v její příloze č. 4 jak je sjednáno v čl. IV.6 rámcové smlouvy. Sdělení zadavatele, že nové služby pouze „navazují“ na již poskytované služby a „modifikují je“, lze vyložit jako doplnění, rozšíření, případně nadstavbu dosud

poskytovaných služeb, které však zadavatel bude nadále odebírat na základě existujících smluvních vztahů. Na základě uzavřené rámcové smlouvy však budou poskytovány nejen služby, které zadavatel dosud odebíral na základě smluv uvedených v příloze č. 4, ale i další služby elektronických komunikací dle katalogu v příloze č. 1 rámcové smlouvy, který je vybraný uchazeč oprávněn jednostranně rozšiřovat o další služby. Úřad uvádí, že rovněž přiřazený CPV kód „síťová infrastruktura“ nemohl být pro navrhovatele dostatečným vodítkem pro pochopení, co je skutečně předmětem veřejné zakázky. S ohledem na uvedené skutečnosti se Úřad ztotožňuje s námitkami navrhovatele, že na základě zadavatelem zveřejněného oznámení o záměru uzavřít smlouvu nemohl zjistit, že zadavatel hodlá uzavřít s vybraným uchazečem rámcovou smlouvu na poskytování služeb elektronických komunikací. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatelem zveřejněné oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante nelze považovat za dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle ust. § 146 odst. 2 zákona, které by spolu s postupem v souladu s ust. § 82 odst. 1 zákona, ust. § 110 odst. 6 zákona a ust. § 111 odst. 5 zákona způsobilo nemožnost uložení nápravného opatření uložení zákazu plnění smlouvy. Úřad se ztotožnil s námitkou navrhovatele, že obsah zveřejněného oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante zveřejněného v informačním systému o veřejných zakázkách dne 30.7.2010 pod ev. číslem 60047973 neodpovídá předmětu následně uzavřené rámcové smlouvy.

96. Podle ust. § 118 odst. 4 písm. b) zákona Úřad návrh zamítne, pokud byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle odstavce 2 tohoto ustanovení, ale zadavatel prokáže naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle odstavce 3 tohoto ustanovení.

97. Podle ust. § 118 odst. 3 zákona neuloží Úřad zákaz plnění smlouvy podle odstavce 2 daného ustanovení, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadují pokračování plnění smlouvy. Ekonomický zájem na plnění smlouvy může být považován za takový důvod pouze za výjimečných okolností, kdy by přerušení plnění smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou zakázkou, zejména náklady vyplývající z prodlení při plnění zakázky, náklady spojené se zahájením nového zadávacího řízení, náklady spojené se změnou subjektu plnícího zakázku a náklady spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zákazu plnění smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění smlouvy.

98. Z citovaného ust. § 118 odst. 3 zákona vyplývá, že zákaz plnění smlouvy nelze uložit, pokud v daném případě existují důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem.

99. Ve vztahu k zásadě ochrany veřejného zájmu Úřad předně uvádí, že tato zásada je rovněž spolu se zásadou legitimního očekávání a zásadou nestranného postupu a rovného přístupu uvedena mezi základními zásadami činnosti správních orgánů v ust. § 2 odst. 4 správního řádu, podle něhož správní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Pojem veřejný zájem je neurčitým právním pojmem, který musí v případě potřeby ve správním řízení definován, a to s ohledem na konkrétní okolnosti projednávaného případu, neboť jeho obsah a rozsah se může měnit. Musí se jednat o takový zájem, který lze označit za obecný či veřejně prospěšný, případně za zájem společnosti jako celku. Takový zájem nemůže být v rozporu s platnými

právními předpisy. Obecně platí, že správní orgány by neměly veřejný zájem samy aktivně konstruovat a definovat, veřejný zájem musí vyplývat vždy přímo z právní úpravy. V této souvislosti Úřad uvádí, že právní předpisy ve většině případů veřejný zájem přímo nedefinují, a ten je tak třeba dovodit ze smyslu a účelu příslušné právní úpravy. V konkrétním správním řízení může nastat i situace, kdy několik veřejných zájmů stojí proti sobě a objektivně není možné, aby přijaté řešení bylo v souladu se všemi veřejnými zájmy, které s rozhodovanou věcí souvisejí. Je pak na správním orgánu, aby pokud možno rozhodl tak, aby žádný z dotčených veřejných zájmů nebyl na úkor ostatních popřen.

100. V šetřeném případě zadavatel namítá, že uložení zákazu plnění smlouvy by v šetřeném případě vedlo k nepřiměřeným důsledkům, došlo by k narušení propojení jednotlivých lokalit zadavatele (zejména magistrátu, městských částí a ostatních přidružených organizací), zvýšilo by se bezpečnostní riziko ztráty dat, ohrozilo by se zavádění aktuálních projektů jako je jednotný ekonomický systém. Dále zadavatel uvádí, že by byl ohrožen provoz ekonomického systému, provoz agend, provoz elektronických formulářů, ohrožena by byla datová centra, ve kterých jsou umístěny databázové stroje, datová úložiště, zařízení pro archivaci dat, portálové aplikace, pomocí nichž komunikuje samospráva s obyvateli. Upozorňuje, že součástí sítě je rovněž integrovaný systém krizového řízení. Dle názoru zadavatele jsou tak naplněny podmínky existence důvodů hodných zvláštního zřetele, spojených s veřejným zájmem, vyžadující pokračování smlouvy.

101. Podle ust. § 2 odst. 2 zákona č. 131/2000 Sb., o hlavním městě Praze, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o Praze“), pečují Hlavní město Praha a městské části o všestranný rozvoj svého území a o potřeby svých občanů; při plnění svých úkolů chrání též veřejný zájem vyjádřený v zákonech a jiných právních předpisech.

102. Zadavatel je veřejnoprávní korporací, které zákon svěřuje jak výkon státní správy (přenesená působnost), tak i výkon samosprávy (samostatná působnost). Podle ust. § 16 odst. 3 věty druhé zákona o Praze zadavatel v samostatné působnosti ve svém územním obvodu dále pečuje v souladu s místními předpoklady a místními zvyklostmi o vytváření podmínek pro rozvoj sociální péče a pro uspokojování potřeb svých občanů. Jde především o uspokojování potřeby bydlení, ochrany a rozvoje zdraví, dopravy a spojů, potřeby informací, výchovy a vzdělávání, celkového kulturního rozvoje a ochrany veřejného pořádku.

103. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uvádí následující. Činnost zadavatele spočívající zejména v povinnosti uspokojovat potřeby svých občanů, lze obecně označit za činnost provozovanou ve veřejném zájmu. Předmět plnění rámcové smlouvy spočívá především v poskytování služeb elektronických komunikací, u nichž lze předpokládat, že je zadavatel odebírá za účelem zajištění svého provozu. Dále lze předpokládat, že nemožnost odběru těchto služeb by výkon činnosti zadavatele do značné míry ztížila a rovněž by znamenala omezení třetích subjektů, zejména občanů zadavatele, kteří ke kontaktu se zadavatelem běžně služby elektronických komunikací používají. Zadavatel by ve vztahu k veřejnosti tak nemohl v dostatečné míře plnit povinnosti uložené mu zákonem.

104. Současně je však třeba přihlédnout k tomu, že veřejný zájem je naplňován i prostřednictvím zadávání veřejných zakázek podle zákona. Účelem zadávacího řízení je zabezpečit soutěž dodavatelů o předmět veřejné zakázky, jejímž cílem je dosáhnout efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů. Zadavatel by měl zajistit, aby

byly veřejné rozpočty spotřebovávány řádně a efektivně, na základě hodnocení nabídek a bez jakéhokoliv druhu zvýhodňování některého z uchazečů.

105. S ohledem na uvedené je tak třeba posoudit, zda v konkrétním případě veřejný zájem, který v rámci své činnosti zajišťuje zadavatel, je spojen s důvody hodnými zvláštního zřetele, které vylučují uložení zákazu plnění smlouvy, resp. vyžadují pokračování plnění smlouvy. Vzhledem k tomu, že Úřad je v případě existence takových důvodů povinen zákaz plnění smlouvy neuložit, resp. návrh na jeho uložení podle ust. § 118 odst. 4 písm. b) zákona zamítnout, je třeba ust. § 118 odst. 4 písm. b) zákona vykládat restriktivně, přičemž důkazní břemeno ohledně existence důvodů hodných zvláštního zřetele nese osoba, která se jich dovolává. Ve vztahu k prokázání přítomnosti důvodů hodných zvláštního zřetele Úřad uvádí, že zadavatel v šetřeném případě poukazuje na provozní problémy, které by mu uložení zákazu plnění smlouvy způsobilo. I kdyby však tyto provozní problémy s přihlédnutím k činnosti zadavatele zajišťované prostřednictvím elektronických komunikací bylo možné označit za důvody hodné zvláštního zřetele ve smyslu ust. § 118 odst. 3 zákona, v průběhu správního řízení však nebylo prokázáno, že by tyto důvody odůvodňovaly platnost rámcové smlouvy po celou dobu, na kterou ji zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel, tedy až do 31.8.2014. Tato skutečnost nevyplývá z vyjádření zadavatele ze dne 7.12.2010 ani z žádného jiného předloženého dokumentu. Úřad tedy rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku IV. rozhodnutí a uložil zákaz plnění smlouvy v části navrhovatelem namítaných služeb označených v příloze č. 1 rámcové smlouvy jako připojení datových center, připojení do MAN sítě, připojení k IP MPLS síti, připojení ústředen (hlasové služby), připojení do sítě internet, bezpečnostní služby firewallu, proxy server, URL filtrování, antispam, antivir, IPS/IDS, systém vzdáleného přístupu a DNS a v časti dohody smluvních stran, že po dobu trvání této smlouvy je vybraný uchazeč oprávněn jednostranně rozšiřovat aktuální katalog služeb elektronických komunikací s tím, že o těchto skutečnostech je povinen písemně informovat zadavatele nejpozději do 3 pracovních dnů po provedení takové změny, která s namítanými telekomunikačními službami přímo souvisí a uplatnění tohoto práva vybraného uchazeče by popřelo smysl uloženého zákazu plnění ze smlouvy v její výše specifikované části. Zákaz plnění smlouvy v její uvedené části uložil Úřad s účinností od 5 měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. Stanovenou lhůtu považuje Úřad s ohledem na konkrétní okolnosti případu za dobu potřebnou k tomu, aby si zadavatel zajistil čerpání služeb elektronických komunikací jiným způsobem než na základě předmětné rámcové smlouvy. Takovým jiným způsobem je pak zejména zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem.

106. Úřad rozhodl tak jak je uvedeno ve výroku IV. rozhodnutí, neboť dle jeho názoru se vzhledem ke zjištěnému stavu věci jedná o nejúčinnější způsob obnovení hospodářské soutěže a vytvoření nových obchodních příležitostí pro hospodářské subjekty, které byly protiprávně zbaveny možnosti účastnit se soutěže.

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. Kamil Rudolecký
místopředseda

Obdrží:

1. Mgr. Ing. Jan Krofta, advokát, Abbot Legal, advokátní kancelář, s.r.o., Břehová 208/8, 110 00 Praha 1
2. INDOC s.r.o., Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6
3. T-Systems Czech Republic a.s., Na Pankráci 1685/17,19, 140 21 Praha 4

Na vědomí:

1. Hlavní město Praha, Mariánské náměstí 2, 111 21 Praha 1
2. GTS Czech s.r.o., Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3

Vypraveno dne:

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