



UOHSX00HSNQI

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0058/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-25714/2023/161

Brno 10. 7. 2023

Ve správním řízení o rozkladu ze dne ze dne 2. 5. 2023, který byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže doručen téhož dne navrhovatelem –

- **CETIN a.s.**, IČO 04084063, sídlem Českomoravská 2510/19, 190 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0124/2023/VZ, č. j. ÚOHS-14313/2023/500 ze dne 14. 4. 2023, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Moravskoslezské datové centrum, příspěvková organizace**, IČO 06839517, sídlem Na Jízdárně 2824/2, 702 00 Ostrava,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Vysokorychlostní datová síť, etapa 1.**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 14. 10. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 17. 10. 2022 pod ev. č. Z2022-031501, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 10. 2022 pod ev. č. 2022/S 202-575534, ve znění pozdějších oprav,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0124/2023/VZ, č. j. ÚOHS-14313/2023/500 ze dne 14. 4. 2023

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 20. 2. 2023 návrh navrhovatele – CETIN a.s., IČO 04084063, sídlem Českomoravská 2510/19, 190 00 Praha (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Moravskoslezské datové centrum, příspěvková organizace, IČO 06839517, sídlem Na Jízdárně 2824/2, 702 00 Ostrava (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Vysokorychlostní datová síť, etapa 1.“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 14. 10. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 17. 10. 2022 pod ev. č. Z2022-031501, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 10. 2022 pod ev. č. 2022/S 202-575534, ve znění pozdějších oprav (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dnem obdržení předmětného návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 20. 2. 2023 (dále jen „**návrh**“) bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**správní řízení**“).
3. V podaném návrhu se navrhovatel vymezoval především proti způsobu stanovení podmínek pro hodnocení nabídek a pravidel pro varianty nabídek. Zadavatel měl dle navrhovatele porušit zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace a rovněž porušit zásadu přiměřenosti v souvislosti s prohlídkou místa plnění podle § 97 zákona.
4. Navrhovatel v podaném návrhu poukazyval na to, že zadavatel v rámci zadávacích podmínek stanovil jediné hodnotící kritérium v podobě nejnižší nabídkové ceny, které bylo rozděleno na 2 části, a to cena měsíčního nájmu optických kabelů po dobu určitou s vahou 70 % a cena měsíčního nájmu optických kabelů po dobu neurčitou s vahou 30 %. Současně zadavatel určil, že předmět plnění veřejné zakázky lze realizovat dvěma technologicky odlišnými způsoby

propojení páteřních uzlů vysokorychlostní datové sítě, a to optickými kabely prostřednictvím WDM technologií a/nebo technologií nenasvíceného vlákna s kapacitou 10 GE a 100 GE, které jsou dle navrhovatele spojeny s různou náročností provedení a s různými technickými vlastnostmi a požadavky na údržbu. Podle navrhovatele použití jedné či druhé technologie ke splnění veřejné zakázky předpokládá různá východiska na straně dodavatelů a vede v důsledku k různému způsobu plnění veřejné zakázky. Podle navrhovatele se v takovém případě nejedná o poptání jediného výsledného předmětu plnění. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel nezohledňuje tento odlišný způsob realizace plnění v rámci stanoveného způsobu hodnocení nabídek, porušuje dle navrhovatele zásadu rovného zacházení i zásadu transparentnosti. Podle navrhovatele není v šetřeném případě možné dodržet povinnost zacházet se všemi účastníky zadávacího řízení stejným způsobem, pokud budou nabídky s odlišným nabízeným plněním hodnoceny stejným způsobem. Možnost odlišného technologického řešení předmětu veřejné zakázky dle navrhovatele povede k nemožnosti nabídky vzájemně porovnat, kdy dochází i k porušení pravidla dle § 116 odst. 3 zákona. Zadavatel též podle navrhovatele uvedeným postupem porušuje ustanovení § 102 zákona, neboť ve skutečnosti umožňuje podání variantních nabídek, aniž by tomu přizpůsobil zadávací podmínky, zejména pravidla pro hodnocení nabídek.

5. Navrhovatel dále poukazoval na to, že zadavatel uveřejnil na profilu zadavatele dne 16. 1. 2023 vysvětlení zadávací dokumentace, jímž doplnil uskutečnění prohlídky místa plnění dne 23. 1. 2023. Současně však zadavatel sdělil, že tato změna zadávací dokumentace nemá vliv na lhůtu pro podání nabídek, která byla v okamžiku uveřejnění předmětného vysvětlení zadávací dokumentace stanovena do dne 1. 2. 2023 do 14:00 hod. Navrhovatel je tak přesvědčen, že zadavatel nedodržel ustanovení § 97 písm. a) zákona, neboť za situace, kdy umožnil prohlídku místa plnění, neurčil dobu prohlídky tak, aby ji bylo možné uskutečnit nejpozději 10 pracovních dnů před skončením lhůty pro podání nabídek. Navrhovatel sice připouští následné prodloužení lhůty pro podání nabídek navrhovatelem, avšak je přesvědčen, že způsob, jakým bylo uvedeno dosaženo, nesplňuje sledovaný smysl a účel lhůty stanovené dle § 97 písm. a) zákona. K prodloužení předmětné lhůty docházelo postupně, kdy ani v jednom z momentů nebyla dle navrhovatele stanovena tak, aby dodavatelé mohli zaslat žádost o vysvětlení zadávací dokumentace s právem na reakci zadavatele dle § 98 zákona.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 14. 4. 2023 vydal Úřad napadené rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0124/2023/VZ, č. j. ÚOHS-14313/2023/500.
7. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad zastavil správní řízení podle § 257 písm. h) zákona v částech návrhu týkajících se námitek navrhovatele směřujících proti zákonitosti stanovení zadávacích podmínek, kterými navrhovatel napadal nestanovení, kterou ze dvou možných technologií má být veřejná zakázka plněna, resp. nerozdělení předmětu veřejné zakázky, problematiku stanovení počtu a druhu aktivních prvků, resp. otázku jejich nacenění v nabídkách, omezení možných způsobů realizace plnění pouze na dva způsoby a zadávání veřejné zakázky po částech, když návrhu v těchto částech nepředcházely řádně a včas podané námítky.
8. Částečné zastavení správního řízení pak Úřad odůvodnil tím, že na základě přezkumu navrhovatelových námitek, které předcházely návrhu, dospěl k závěru, že výše uvedené

námítky, jež navrhovatel uplatnil v rámci podaného návrhu a kterými brojil proti stanoveným zadávacím podmínkám veřejné zakázky, nebyly v návrhu předcházejících námitkách uvedeny. Na základě obsahu námitek zároveň Úřad dospěl k závěru, že z obsahu námitek navrhovatele v kontextu podaného návrhu a dosavadní námitkové argumentace navrhovatele rovněž nevyplývá, že by uvedenými skutečnostmi navrhovatel pouze rozpracovával svou stávající argumentaci uplatněnou v rámci řádně podaných námitek (proti stanovení hodnotícího kritéria nejnížší nabídkové ceny, problematice variantních nabídek a porušení § 97 zákona a zásady přiměřenosti při stanovení lhůty pro podání nabídek v kontextu uskutečněných prohlídek míst plnění dne 23. 1. 2023), popř. že by uvedenými skutečnostmi pouze reagoval (opět v intencích již podaných námitek) na vyjádření zadavatele učiněná součástí zpracovaných rozhodnutí o námitkách, neboť se s ohledem na obsah daných námitek zcela zjevně jedná o samostatné námitky směřující proti odlišným skutečnostem, jež nelze obsahově subsumovat pod původní námitky a s nimi související argumentaci.

9. Výrokem II napadeného rozhodnutí pak Úřad rozhodl tak, že se návrh navrhovatele v rozsahu těch částí návrhu, u kterých nebylo správní řízení výrokem I napadeného rozhodnutí zastaveno, zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona.
10. Zamítnutí návrhu pak Úřad odůvodnil následovně. Je to především sám zadavatel, kdo stanovuje pravidla hodnocení nabídek, přičemž hodnocení podle nejnížší nabídkové ceny je jedním z možných kritérií a může to být i kritérium jediné. Z hlediska volby technologie, kterou má být předmět veřejné zakázky realizován, je možné užití kterékoliv z nich k naplnění zadavatelem požadovaného účelu (tj. zajištění přenosu dat), přičemž zadavatel nemá zájem na užití specifických vlastností té které technologie. Zároveň podle Úřadu není možné zadavatele nutit k hodnocení nabídek na základě kritéria kvality jednotlivých technologických řešení, když to sám zadavatel požaduje za nedůvodné. S ohledem na uvedené závěry shledal Úřad návrhové námitky vůči postupu zadavatele jako nedůvodné.
11. Ohledně navrhovatelem namítaného porušení zákona zadavatelem v souvislosti s prohlídkou míst plnění konanou 23. 1. 2023 pak Úřad dospěl k tomu závěru, že ze strany zadavatele nebyl dodržen postup dle § 97 písm. a) zákona, když se prohlídka míst plnění konala 7 pracovních dnů (a nikoliv nejpozději 10 pracovních dnů) před koncem lhůty pro podání nabídek. Toto porušení ovšem podle Úřadu není důvodem pro uložení nápravného opatření, neboť jakkoliv zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, tak Úřad neshledal, že by postup zadavatele vedl, či mohl vést k ovlivnění výběru dodavatele.

III. Rozklad navrhovatele

12. Dne 2. 5. 2023 Úřad obdržel rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 17. 4. 2023. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

13. Navrhovatel se v podaném rozkladu vymezuje proti částečnému zastavení správního řízení výrokem I napadeného rozhodnutí. Podle navrhovatele jeho argumentace v podaném návrhu neobsahuje žádné novoty, které by nebyly v návrhu předcházejících námitkách. Úřad podle navrhovatele novost navrhovatelovy argumentace dovozuje na základě jiných pojmů, příkladů

a analogií, které navrhovatel užil, a nikoliv z podstaty jeho argumentace. Stejně tak je navrhovatel přesvědčen, že se již v námitkách vymezil pro nestanovení technologie, kterou má být veřejná zakázka plněna, stejně tak má z logiky navrhovatelovy argumentace v námitkách vyplývat jeho vymezení se proti postupu zadavatele ohledně stanovení počtu a druhu aktivních prvků.

14. Navrhovatel rovněž nesouhlasí se závěry, na jejichž základě Úřad ve výroku II napadeného rozhodnutí rozhodl o zamítnutí návrhu v jeho dalších částech. Navrhovatel je toho názoru, že Úřad v napadeném rozhodnutí opomíjí podstatu věci, která podle navrhovatele spočívá v tom, že zadavatel poptává plnění předmětu veřejné zakázky dvěma možnými technologickými řešeními, přičemž jedno z nich je nekompletní, když k funkčnosti vyžaduje další prvky. Tuto odlišnost pak měl dle navrhovatele zadavatel zohlednit v rámci hodnocení nabídek a nepřistoupit k jejich hodnocení pouze na základě nejnižší nabídkové ceny, kdy bude jedním kritériem hodnotit vzájemně odlišná plnění.
15. Ve vztahu k závěrům Úřadu o porušení § 97 zákona zadavatelem navrhovatel namítá, že pokud Úřad seznal, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, pak toto bylo důvodem pro uložení nápravného opatření. Úřad měl pochybit tím, že hledal a našel důvody, na základě kterých se rozhodl nápravné opatření neuložit.

Závěr rozkladu

16. V závěru podaného rozkladu navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

IV. Řízení o rozkladu

17. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

18. Zadavatel se k rozkladu vyjádřil podáním doručeným Úřadu dne 9. 5. 2023.
19. Ve svém vyjádření zadavatel označil argumentaci navrhovatele za zkratkovitou, neodbornou a nezpůsobilou k odborné diskuzi. Zadavatel je toho názoru, že argumentaci navrhovatele dostatečně vypořádal v průběhu zadávacího řízení, respektive správního řízení. Zároveň zadavatel poukazuje na to, že navrhovatel v podaném rozkladu opustil část své dřívější argumentace (otázka přípustnosti variant nabídek) a naopak přichází s argumenty, které dříve neuplatnil, např. u otázky aktivních prvků technologie nenasvíceného vlákna. Zde zadavatel poukazuje na část zadávací dokumentace, kde je uvedeno, že těmito aktivními prvky disponuje. V závěru svého vyjádření se zadavatel ztotožňuje se závěry napadeného rozhodnutí a navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

Stanovisko předsedy Úřadu

20. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího 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 a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy

a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

21. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

22. Námitky navrhovatele proti napadenému rozhodnutí lze rozdělit do dvou okruhů. V prvním se navrhovatel vymezuje vůči výroku I napadeného rozhodnutí, kterým Úřad rozhodl o zastavení správního řízení v rozsahu části navrhovatelova návrhu. Druhý okruh rozkladových námitek pak směřuje proti výroku II napadeného rozhodnutí, kterým Úřad ve zbývajících částech navrhovatelův návrh zamítl.

K námitkám proti výroku I napadeného rozhodnutí

23. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad zastavil správní řízení podle § 257 písm. h) zákona v částech návrhu týkajících se námitek navrhovatele směřujících proti zákonnosti stanovení zadávacích podmínek, kterými navrhovatel napadal nestanovení, kterou ze dvou možných technologií má být veřejná zakázka plněna, resp. nerozdělení předmětu veřejné zakázky, problematiku stanovení počtu a druhu aktivních prvků, resp. otázku jejich nacenění v nabídkách, omezení možných způsobů realizace plnění pouze na dva způsoby a zadávání veřejné zakázky po částech, když návrhu v těchto částech nepředcházely řádně a včas podané námitky. V podaném rozkladu navrhovatel ve vztahu k této části jeho návrhu závěr Úřadu o nepředcházejících námitkách odmítá.
24. Ohledně té návrhové námítka, že zadavatel nestanovil, kterou ze dvou možných technologií má být veřejná zakázka plněna, resp. že zadavatel nerozdělil předmět veřejné zakázky, navrhovatel odkazuje na body 2.2 a 2.3 svých námitek doručených zadavateli dne 1. 2. 2023. Navrhovatel zde především odkazuje na svoji následující argumentaci z námitek: „*Stěžovatel uvádí, že Zadavatel v čl. 1.1 Zadávací dokumentace stanovil, že předmět plnění Veřejné zakázky (dále jen „Předmět plnění“) lze realizovat dvěma technologicky odlišnými způsoby propojení páteřních uzlů vysokorychlostní datové sítě Moravskoslezského kraje, a sice „optickými kabely prostřednictvím WDM technologií a/nebo technologií nenasvíceného vlákna s kapacitou 10GE a 100GE,“ s různou náročností provedení a s různými technickými vlastnostmi a požadavky na údržbu. Stěžovatel je toho názoru, že Zadavatel nezohledněním odlišných způsobů realizace Předmětu plnění v rámci hodnocení nabídek porušil zásadu rovného zacházení a transparentnosti. Na tuto skutečnost Stěžovatel poukázal již v Žádosti a Námitkách I. Zadavatel však na základě podnětu Stěžovatele k úpravě zadávacích podmínek nepřistoupil a jak ve Vysvětlení I., tak ve Vysvětlení II. uvedl, že trvá na původním znění Zadávací dokumentace. Stěžovatel je přesvědčen, že Zadavatel nemůže obdržet vzájemně porovnatelné nabídky, když nestanovil, jakým ze dvou možných technologických způsobů má být Veřejná zakázka realizována. Respektive pokud Zadavatel nechtěl dodavatele omezovat ve způsobu případné realizace Veřejné zakázky a je si vědom odlišných technologických řešení a jejich náročnosti, měl tuto skutečnost zohlednit v rámci hodnocení nabídek (např. stanovením kvalitativních kritérií hodnocení).“*

25. Ze samotného textu námitek citovaného navrhovatelem je tak zjevné, že v nich nepoukazuje na konkrétní pochybení navrhovatele spočívající v nerozdělení předmětu veřejné zakázky či neurčení konkrétní technologie, kterou má být předmět veřejné zakázky plněn. Jde toliko o námitky, které byly vypořádány v rámci výroku II napadeného rozhodnutí, tedy o námitky spočívající v poukazu na možnost dvou způsobů plnění veřejné zakázky, které však nejsou kvalitativně a technologicky srovnatelné. Lze se tak ztotožnit se závěrem Úřadu vysloveným v bodě 99 napadeného rozhodnutí, že uvedené návrhové námitky nebyly uvedeny již v námitkách.
26. Zároveň je zde třeba poukázat na to, že uvedená konkrétní pochybení zadavatele navrhovatel dovozuje z širšího kontextu jeho argumentace (tedy v zásadě z nehodnocení kvality způsobu plnění veřejné zakázky v závislosti na konkrétní technologii), která byla Úřadem vypořádána v odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí, a to tak, že Úřad pochybení na straně zadavatele neshledal. Lze se tak domnívat, že i pokud by tyto námitky byly Úřadem věcně vypořádány, Úřad by pochybení na straně zadavatele neshledal. Pokud totiž Úřad nespátřuje pochybení v připuštění dvou technologicky a kvalitativně odlišných řešení, kdy však pro zadavatele rozdíl v kvalitě ani technologii (nutnost zapojení aktivních prvků, kterými zadavatel již disponuje) nehraje roli, těžko by bylo možno shledat pochybení v nenastavení konkrétních parametrů navrhovatelem požadovaného řešení.
27. Ve vztahu k námitce týkající se stanovení počtu a druhu aktivních prvků a jejich nacenění v nabídkách, lze konstatovat, že z textu obou dvou navrhovatelem podaných námitek vyplývá, že ani v jedné z těchto námitek navrhovatel nevznesl. Navrhovatel pak v podaném rozkladu ani nijak netvrdí, že by tuto konkrétní problematiku v podaných námitkách vznesl. Jeho argumentace se zde zabývá obecnými rozdíly mezi možnými technologickými řešeními, ze které má otázka absence stanovení počtu a druhu aktivních prvků (respektive to, že by se měla promítnout do hodnocení nabídek) vyplývat. Je tak zjevné, že se jedná o argumentaci novou, v námitkách předcházejících návrhu neuvedenou.
28. Z věcného hlediska jde zároveň o argumentaci nedůvodnou. V příloze zadávací dokumentace č. 1 – Technické dokumentaci, v části III „Požadavky na okruhu“, bodu 5, zadavatel uvedl: *„Zadavatel na propojení svých aktivních prvků použije optické 10GE/100GE transceivery. Použity budou originální optické transceivery Cisco, nebo OEM transceivery. Zadavatel osadí své aktivní prvky na své náklady optickými transceivery (podle typu okruhu dodaného dodavatelem 10/100GE v rámci příslušné části zakázky):...“* Ze zadávací dokumentace tak vyplývá, že aktivními prvky zadavatel již disponuje, resp. že je sám přizpůsobí v závislosti na způsobu plnění veřejné zakázky. Argumentace navrhovatele o absenci řešení prvků v rámci předmětu veřejné zakázky by tak, i pokud by se jí Úřad v napadeném rozhodnutí zabýval, musela být shledána jako lichá.
29. Pokud jde o námitku směřující vůči omezení možných způsobů realizace předmětu veřejné zakázky pouze na dva způsoby, pak ze znění navrhovatelových námitek zjevně vyplývá, že v nich tato námitka nikdy vznesena nebyla. Východiskem argumentace navrhovatele byla přítomnost rozdílů mezi dvěma technologickými řešeními veřejné zakázky, které zadavatel připustil, nikoliv nemožnost jiného řešení. Nelze tak akceptovat tvrzení navrhovatele v podaném rozkladu, že se jedná pouze o rozpracování dřívější argumentace. Tím méně lze akceptovat, že navrhovatel takto reaguje na tvrzení zadavatele, že připuštěním dvou různých možných řešení rozšiřuje hospodářskou soutěž. Pokud považoval navrhovatel

požadavky zadavatele za diskriminační v tom směru, že by měla být připuštěna ještě další technologie, nemůže být taková námitka závislá na jakémkoliv vyjádření zadavatele, ale případné diskriminační nastavení by bylo navrhovatelí zjevné již ze zadávacích podmínek.

30. Po věcné stránce je nutno poukázat na určitou vnitřní rozpornost v argumentaci navrhovatele, když navrhovatel na jiném místě vytýká zadavateli to, že neurčil konkrétní technologické řešení (a tedy nezúžil okruh možných řešení předmětu veřejné zakázky) a zde naopak spatřuje pochybení zadavatele v tom, že naopak okruh možných řešení zúžil. Zároveň tvrzení navrhovatele zůstává pouze v obecné rovině, když namítá, že zadavatel měl připustit i jinou možnost realizace veřejné zakázky, ale zároveň nijak neuvádí, o jaký způsob technologického řešení by se mělo jednat, či zda další varianta technologického řešení vůbec existuje. Zcela nerelevantní je v kontextu řešené věci odkaz navrhovatele na internetovou stránku věnující se dynamickému nákupnímu systému Ministerstva vnitra, když skutečnost, že Ministerstvo vnitra zadává veřejné zakázky (buť na plnění obdobného charakteru) v rámci dynamické nákupního systému, nemá zjevnou spojitost s otázkami řešeními v předmětné věci.
31. Ohledně námitky navrhovatele týkající se domnělého zadávání veřejné zakázky po částech (což má být důsledkem toho, že v rámci veřejné zakázky zadavatel nepoptává pro určité technologické řešení nezbytné aktivní prvky) lze odkázat výše na body 27 až 28 tohoto rozhodnutí, když se k této námitce vztahují totožné závěry, tj. že se jedná o argument, který navrhovatel ve svých námitkách nevznesl a zároveň taková námitka nemá věcnou oporu, neboť předmětnými aktivními prvky zadavatel disponuje.
32. Ohledně námitky navrhovatele směřujících proti výroku I napadeného rozhodnutí tak lze závěrem říci, že po přezkumu obsahu navrhovatelových námitky a jeho návrhu se lze ztotožnit se závěry Úřadu, že co do výše řešených návrhových námitky návrhu řádně podané námitky nepředcházely a bylo tudíž důvodné částečné zastavení správního řízení podle § 257 písm. h) zákona.
33. Nad rámec nutného vypořádání námitky navrhovatele směřujících proti zastavení správního řízení v části návrhových námitky se předseda Úřadu věnoval těmto námitkám i po věcné stránce, když předmětné námitky lze posoudit v kontextu skutečností vztahujících se k návrhovým námitkám, které byly Úřadem vypořádány v odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí. Jak je patrné z bodů 23-32 tohoto rozhodnutí, i po věcné stránce shledal předseda Úřadu tyto námitky jako nedůvodné. I pokud by tak hypoteticky byly předmětem věcného přezkumu ze strany Úřadu, pak by nemohly změnit nic na závěru Úřadu, že nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona.

K námitkám proti výroku II. napadeného rozhodnutí

34. Předmětem veřejné zakázky je dlouhodobý nájem optických kabelů jako komunikačního vedení neveřejné komunikační sítě, přičemž prostřednictvím této sítě má být zajištěno síťové prostředí pro vzájemnou komunikaci mezi zřízenými a založenými organizacemi Moravskoslezského kraje a krajského úřadu. Propojení jednotlivých bodů má být podle požadavku zadavatele realizováno optickými kabely prostřednictvím WDM technologií a/nebo technologií nenasvíceného vlákna s kapacitou 10 GE a 100 GE. Zadávací dokumentace tedy připouští dvě možná technologická řešení (respektive jejich kombinaci) – technologii WDM a technologii nenasvíceného vlákna.

35. Podstata argumentace navrhovatele směřující proti postupu zadavatele, respektive zadavatelem stanoveným zadávacím podmínkám spočívá v tom, jak se užití některé z dvojice možných technologií promítne do hodnocení nabídky. Dle navrhovatele zadavatel pochybil především tím, že odlišnosti v plnění předmětu veřejné zakázky různými technologiemi nereflektuje právě při hodnocení nabídek, když jako jediné kritérium hodnocení stanovil nejnížší nabídkovou cenu. Takový postup má být vzhledem k odlišnému charakteru (a především nákladnosti) jednotlivých technologických řešení v důsledku diskriminační ve vztahu k dodavatelům, kteří nabídnou technologické řešení, které bude díky vyšší kvalitě, respektive komplexnosti ze své podstaty nákladnější.
36. Navrhovatel konkrétně poukazuje na řešení při použití WMD technologie, když tato technologie má podle navrhovatele obecně představovat kvalitnější způsob přenosu dat. Zejména navrhovatel poukazuje na to, že zatímco WMD technologie je schopna v podstatě zajistit přenos sama o sobě, pak v případě technologie nenasvícených vláken jsou k zajištění přenosu dat nezbytné rovněž určité aktivní prvky. Zároveň je pak podle navrhovatele technologie nenasvícených vláken méně nákladná. Nabídky s rozdílnými technologickými řešeními tak podle navrhovatele nemohou být navzájem srovnatelné, když řešení využívající technologii nenasvícených vláken bude jako méně nákladné při hodnocení na základě výše nabídkové ceny zvýhodněno, zároveň ovšem nebude zcela způsobilé k zajištění plnění předmětu veřejné zakázky.
37. Ze zadávací dokumentace ovšem vyplývá, že navrhovatelem namítaná podstata rozdílu mezi oběma technologickými řešeními (tedy nutnost doplnit technologii nenasvícených paprsků o aktivní prvky) skutečně nehraje roli v tom, jaké řešení zadavatel poptává. Jakkoliv byla již citována výše v bodě 28 tohoto rozhodnutí, je zde na místě opětovně citovat přílohu zadávací dokumentace č. 1 – Technické dokumentaci, v části III „Požadavky na okruhu“, bodu 5, kde zadavatel uvedl: *„Zadavatel na propojení svých aktivních prvků použije optické 10GE/100GE transceivery. Použity budou originální optické transceivery Cisco, nebo OEM transceivery. Zadavatel osadí své aktivní prvky na své náklady optickými transceivery (podle typu okruhu dodaného dodavatelem 10/100GE v rámci příslušné části zakázky):...“* Ze zadávací dokumentace tak zjevně vyplývá, že zadavatel aktivními prvky již disponuje. Z perspektivy zadavatele tak jsou obě dvě technologická řešení schopna zajistit zadavatelem poptávaný přenos dat a je zcela pochopitelné, že tohoto účelu chce dosáhnout s co nejnížšími náklady, a tudíž zvolil jako hodnotící kritérium nejnížší nabídkovou cenu. Zároveň tak různá technologická řešení nepředstavují z hlediska naplnění účelu předmětu veřejné zakázky varianty, pro které by měla být stanovena zvláštní kritéria hodnocení.
38. Co do možného kvalitativního rozdílu mezi oběma technologiemi, tak jakkoliv by argumentace o takovém rozdílu byla důvodná, pak by zjevně nebylo důvodné jej kvalifikovat v rámci hodnotících kritérií, pokud takový rozdíl není na překážku tomu, aby i „méně kvalitní“ technologické řešení bylo schopno naplnit zadavatelem požadovaný účel. Nelze pak přičítat k tíži zadavatele to, že se nerozhodl pro technologii, která může představovat obecně kvalitnější řešení, pokud si sám zadavatel stanoví, že kvalitativní parametry takového řešení pro něj s ohledem na účel plnění veřejné zakázky nejsou potřebné. Takový postup zadavatele by byl o to víc nedůvodný, pokud by „kvalitnější“ technologické řešení bylo řešením nákladnějším, což by v důsledku mohlo vést k nehospodárnému vynaložení finančních prostředků. Není na dodavateli, ani na Úřadu, aby zadavateli určoval, jaké řešení předmětu

veřejné zakázky je pro něj nejvhodnější či nejuvhodnější, neboť z podstaty věci je to sám zadavatel, kdo je schopen nejlépe nastavit požadavky odpovídající jeho potřebám.

39. Zároveň je zde třeba pro úplnost poznamenat, že ze zadávací dokumentace vyplývá, že se obě dvě technologická řešení, která zadavatel připouští, v rámci plnění veřejné zakázky jedním dodavatelem navzájem nevylučují: „Zadavatel požaduje propojení bodů optickými kabely prostřednictvím WDM technologií **a/nebo**¹ technologií nenasvíceného vlákna s kapacitou 10GE a 100GE (určeno v technické specifikaci k jednotlivým trasám v rámci jednotlivých částí veřejné zakázky viz. bod 1.2.) (dále jen „optické kabely“) s následujícím umístěním: Ostrava - Bílovec, Ostrava - Karviná Ráj, Ostrava - Frýdek-Místek, Ostrava-Bruntál, Ostrava - Havířov, Ostrava – Opava.“ Dodavatelům se tak v řešené věci nabízí prostor, jak předmět veřejné zakázky plnit ve vztahu k jednotlivým úsekům odlišným technologickým řešením, např. v závislosti na tom, jakým technologickým řešením v daném úseku disponují, či jaké je pro ně možné/výhodné realizovat. Výsledná nabídková cena jednotlivých dodavatelů tak může být ovlivněna více faktory než volbou jednoho technologického řešení.
40. Závěrem tak lze shrnout, že námitky navrhovatele vůči stanovení zadávacích podmínek zadavatelem, které navrhovatel považuje za diskriminační, jsou nedůvodné, když se podstata navrhovatelovy argumentace o údajných odlišnostech zadavatelem poptávaných technologických řešeních předmětu veřejné zakázky ukázala ve světle zadávací dokumentace jako lichá.

K otázce porušení § 97 zákona zadavatelem

41. V otázce postupu zadavatele v souvislosti s prohlídkou míst plnění konanou 23. 1. 2023 se navrhovatel a Úřad shodují na tom závěru, že zadavatel nepostupoval v souladu s § 97 písm. a) zákona, když se prohlídka neuskutečnila nejméně 10 pracovních dní před koncem lhůty pro podání nabídek, jejíž konec ke dni prohlídky připadal na 1. 2. 2023 (byť později zadavatel přistoupil k jejímu prodloužení do dne 6. 2. 2023 a následně do 10. 2. 2023). Navrhovatel zde ovšem spatřuje pochybení Úřadu spočívající v tom, že toto porušení zákona nerefletoval uložením nápravného opatření.
42. Zde je v první řadě třeba poznamenat, že jediným nápravným opatřením, které by v řešené věci Úřad mohl uložit, by bylo zrušení zadávacího řízení podle § 263 odst. 2 zákona. Podstatou námitek navrhovatele zde je, že Úřad nepřistoupil k uložení nápravného opatření bez dalšího, ale podle navrhovatele „vykonstruoval důvody, pro které nepovažuje pochybení Zadavatele za natolik zásadní.“ S tvrzením navrhovatele o „konstruování“ důvodů pro neuložení nápravného opatření není možné souhlasit. Pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona je nutné, aby byly kumulativně naplněny dvě podmínky. První podmínkou (která byla bez pochyb v řešené věci naplněna) je to, že zadavatel nedodrží pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky. Druhou podmínkou pak je, že nedodržením pravidel pro zadání veřejné zakázky, kterého se zadavatel dopustil, ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele. Úřad je tak z podstaty věci nucen podrobit okolnosti a následky (včetně potenciálních) porušení zákona zadavatelem svému správnímu uvážení a v jeho rámci dojít k závěru, zda toto porušení mělo či mohlo mít vliv na výběr dodavatele.

¹ Zvýrazněno předsedou Úřadu

43. Právě otázce možných důsledků porušení zákona zadavatelem se Úřad obšírně věnoval v bodech 148 až 151 napadeného rozhodnutí (na které zde lze v celém rozsahu odkázat), přičemž dospěl k závěru, že postup zadavatele nemohl nijak ovlivnit ani omezit navrhovatele ani jiné potenciální dodavatele, a tudíž ani ovlivnit výběr dodavatele. Úřad tedy neshledal důvod k uložení nápravného opatření.
44. Pokud jde o důvody, na jejichž základě Úřad dospěl k závěru, že porušení zákona zadavatelem nemělo a nemohlo mít vliv na výběr dodavatele, tak vůči těmto se navrhovatel v podaném rozkladu v konkrétní rovině nijak nevymezuje a v podstatě namítá pouze tu skutečnost, že k uvedenému závěru Úřad dospěl (respektive, že provedl úvahy, kterého ho k němu dovedly). Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na § 270 odst. 1 zákona, který presumuje společenskou škodlivost činu, který naplňuje formální znaky přestupku. Zde navrhovatel ovšem zaměňuje řízení o přestupku s řízením o přezkoumání úkonů navrhovatele. Obdobné zásady zde není možné aplikovat už jen z podstaty § 263 odst. 2 zákona, který uložení nápravného opatření kromě samotného porušení zákona dále podmiňuje naplněním dalších podmínek (viz výše bod 42 tohoto rozhodnutí). Zároveň je nutno poznamenat, že v případě řízení o přestupku má Úřad nad rámec závěru o jeho spáchání rozsáhlý prostor pro své správní uvážení (v rámci kterého reflektuje např. jeho závažnost, či polehčující okolnosti) ohledně sankce, kterou uloží. Naopak v případě nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona má Úřad na výběr pouze v tom, zda nápravné opatření vůbec neuložit nebo přistoupit ke zrušení zadávacího řízení, tedy ke kroku *ultima ratio*.
45. Úřad tak postupoval zcela správně když provedl úvahu, zda je v řešené věci důvodné uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení a dospěl k závěru, že uložení nápravného opatření v řešené věci není důvodné, přičemž přesvědčivě popsal skutečnosti, na jejichž základě k tomuto závěru dospěl a vůči jejichž podstatě se navrhovatel v podaném rozkladu v zásadě nevymezil.

VI. Závěr

46. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1, ve spojení s § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Moravskoslezské datové centrum, příspěvková organizace, Na Jízdárně 2824/2, 702 00 Ostrava
2. CETIN a.s., Českomoravská 2510/19, 190 00 Praha

Vypraveno dne

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