



UOHSX00IBDGI

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0115/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-42947/2023/163

Brno 6. 11. 2023

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 25. 8. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **T-Mobile Czech Republic a.s.**, IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha 4, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0271/2023/VZ, č. j. ÚOHS-30120/2023/500 ze dne 11. 8. 2023, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –
- **Česká republika – Ministerstvo financí**, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Poskytování mobilních telekomunikačních služeb 2022+ II**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 8. 3. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 3. 2023 pod ev. č. zakázky Z2022-038085, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 3. 2023 pod ev. č. 2023/S 051-151492, ve znění pozdějších oprav,

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

I.

Výrok I rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0271/2023/VZ, č. j. ÚOHS-30120/2023/500 ze dne 11. 8. 2023 podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

r u š í m.

II.

Výrok II rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0271/2023/VZ, č. j. ÚOHS-30120/2023/500 ze dne 11. 8. 2023 dle § 152 odst. 6 písm. a), ve spojení s § 152 odst. 5 a § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

m ě n í m

tak, že nově zní:

„Návrh navrhovatele – T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha 4 – ze dne 22. 5. 2023 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Poskytování mobilních telekomunikačních služeb 2022+ II“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 8. 3. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 3. 2023 pod ev. č. zakázky Z2022-038085, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 3. 2023 pod ev. č. 2023/S 051-151492, ve znění pozdějších oprav, se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.“

a podaný rozklad v dané části

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. 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, v rozhodném znění (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 22. 5. 2023 návrh navrhovatele – T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha 4, (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1, (dále jen „**zadavatel**“) –

¹ Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele je rozhodné znění zákona k okamžiku zahájení zadávacího řízení. Postup Úřadu ve správním řízení se řídí právními předpisy účinnými ke dni zahájení správního řízení.

učiněných při zadávání veřejné zakázky „Poskytování mobilních telekomunikačních služeb 2022+ II“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 8. 3. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 3. 2023 pod ev. č. zakázky Z2022-038085, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 3. 2023 pod ev. č. 2023/S 051-151492, ve znění pozdějších oprav, (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Dnem obdržení předmětného návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 22. 5. 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**“).

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 11. 8. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0271/2023/VZ, č. j. ÚOHS-30120/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
4. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad zastavil správní řízení v části návrhových námitek označených „K otázce aplikace požadavků na rámcovou dohodu dle § 131 a násl. ZZVZ“, „K podnákladové úrovni některých maximálních nabídkových cen“, „Absence inflační doložky“, „Nezákonnost zadávací podmínky přenesení dat z mobilních telefonů“, „Nezákonnost požadavku na zveřejnění položkových cen“ a „Námítka nepřiměřenosti/neurčitosti zadávací podmínky pro vyřízení reklamace“. Úřad u částí námitek, citovaných ve výroku I napadeného rozhodnutí, týkající se výše uvedených oblastí dospěl k závěru, že těmto částem návrhu nepředcházely řádně a včas podané námítky.
5. Výrokem II napadeného rozhodnutí pak Úřad návrh v jeho ostatních částech zamítnul, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření. Zamítnutí návrhu pak Úřad odůvodnil následovně. Úřad především poukázal na to, že je to v první řadě sám zadavatel, na kom je stanovení zadávacích podmínek s ohledem na jím poptávané plnění, které má směřovat k naplnění potřeb zadavatele. Dále se Úřad věnoval charakteru návrhu smlouvy, která je dle něj fakticky rámcovou dohodou ve smyslu § 131 zákona.
6. K centralizovanému zadávání Úřad konstatoval, že jde o zákonem předvídaný a žádoucí postup, který logicky má vést k efektivnímu nákupu a snížení nabídkových cen s ohledem na dosahovaný/realizovaný objem. Přesně tohoto efektu je v daném případě dosahováno. Pokud navrhovatel předkládá úvahu o tom, že jsou tímto postupem pouze vytvářeny podmínky pro následné použití jednacího řízení bez uveřejnění, považuje Úřad uvedené za pouhou spekulaci, která není ničím podložena. Tím, že zakázka je poptávána centralizovaně, není dělena na části dle rezortů ani jinak, není stěžován přístup k plnění zakázky žádnému z potenciálních dodavatelů a není nikterak v tomto případě omezována hospodářská soutěž.
7. Úřad vyhodnotil jako bezpředmětnou námitku navrhovatele k nastavení maximálních limitů čerpání poptávaných služeb pro jednotlivé rezorty, resp. pro jednotlivé zadavatele. Jde o postup správný a přípustný, daný logicky finančními možnostmi těchto zadavatelů, což je i v souladu s evropskou legislativou.
8. Úřad se také zabýval námitkami navrhovatele k nastaveným jednotkovým cenám. V rozhodnutí poukazuje na to, že zadávací podmínky vždy vychází a mají vycházet primárně z potřeb zadavatele. Proto je legitimní požadavek zadavatele, aby požadované plnění získal za nejnižší možnou nabídkovou cenu. Z toho důvodu je přípustné, aby nastavil i pro něj

maximálně přijatelnou cenu jednotkovou. Bylo a je plně na tom kterém dodavateli, včetně navrhovatele, zda se svobodně rozhodně zúčastnit zadávacího řízení a tím i akceptovat maximální jednotkové ceny v něm nastavené a také akceptovat i rizika vyplývající z toho, že nejsou nastaveny žádné závazné objemy plnění. Navrhovatel není k účasti v zadávacím řízení nikterak nucen.

9. Problém Úřad neshledává ani v požadavku zadavatele na pokrytí, neboť k němu sám navrhovatel uvádí, že je již u každého z potenciálních dodavatelů splněn. Není tedy zřejmé, v čem by měl vytvářet překážku nebo problém pro navrhovatele, případně jiného z potenciálních dodavatelů.
10. Stejně tak Úřad neshledává požadavek zadavatele na použití SIM karty v libovolných technických zařízeních za excesivní a nelogický, zvláště pokud zadavatel vysvětlil, že nehodlá SIM karty používat ke komunikaci „*machine to machine*“ ani k alternativnímu řešení tam, kde je nastavena fixní konektivita.
11. Úřad dále neshledává nejednoznačným či snad dokonce zmatečným a neurčitým vymezení jednotlivých služeb v Příloze č. 2 a Příloze č. 3 návrhu smlouvy. Je zcela evidentní, jaké základní služby jsou zahrnuty v Příloze č. 2 a kryty tudíž soutěžním návrhem cen, a je jasné i to, jaké specifické služby jsou naopak v zásadě vyloučeny mimo okruh základních plnění dle této smlouvy (Příloha č. 3), přičemž zadavatelem bylo v zadávací dokumentaci jednoznačně konstatováno, že je přípustné těmito dílčími plněními přiřadit i nulovou cenu.
12. Dále se Úřad zabýval neexistencí inflační doložky. Podle Úřadu není povinností zadavatele takovou doložku do smlouvy zařazovat. Zvláště pak je třeba zohlednit, že v daném případě je sice smlouva uzavírána na dobu určitou v trvání čtyř let, ale umožňuje výpověď bez udání důvodu kteroukoli smluvní stranou s výpovědní lhůtou dvanáct měsíců, a navíc upravuje ještě možnost výpovědi v kratší lhůtě pro jednotlivé dílčí služby. Žádná ze stran tedy není danou smlouvou nepřiměřeně vázána, a pokud jí smluvní vztah nebude vyhovovat, lze jej v rozumné době ukončit.
13. Úřad neshledal nic nepřiměřeného či nestandardního ani na požadavku přenosu dat z jednotlivých mobilních zařízení prostřednictvím SIM karty. Dle Úřadu se jedná o zcela běžný požadavek, který operátoři standardně poskytují svým klientům. Toto je realizováno pouze v nutných případech, nikoliv nezbytně nutně u každé jednotlivé SIM karty. Pokud existují nějaké odlišnosti v poskytování daných služeb klientům typu zadavatele, tak navrhovatel taková specifika neuvedl. Navíc navrhovatel má i v jiných smlouvách s veřejnými zadavateli tuto službu uvedenu a poskytuje ji.
14. Neopodstatněným ani jakkoli přehnaným není ani požadavek zadavatele na archivaci dokumentů ze strany vybraného dodavatele. Po vybraném dodavateli je pouze žádáno, aby archivoval originální dokumenty týkající se dané zakázky po dobu deseti let. Takový požadavek je jistě splnitelný a v kontextu financování z dotačních zdrojů je opodstatněný a logický, aniž by vybraného dodavatele jakkoliv nepřiměřeně zatěžoval.
15. Úřad se vyjádřil i k problematice zveřejňování jednotlivých položkových cen za jednotlivé (dílčí) služby. Dle Úřadu nemohou z povahy věci být obchodním tajemstvím, resp. uvádí, že pokud navrhovatel tyto údaje za součást svého obchodního tajemství považuje, pak jej nic nenutí se účastnit dané veřejné zakázky.

16. Ohledně námitky týkající se vyřizování reklamací výpadků sítě se Úřad neztotožnil ani s tvrzením navrhovatele, že není dostatečně definován či srozumitelný termín „výpadek hlasové a datové sítě,“ a dále se neztotožňuje s tím, že by mělo být pro vybraného dodavatele problematické na takové reklamace reagovat. Jde o zcela běžnou standardní záležitost, jestliže dodavatel daných mobilních služeb garantuje určité pokrytí a určitou úroveň služeb, přičemž dojde-li k výpadku toho pokrytí anebo výpadku této úrovně, musí být připraven reagovat na reklamace, přičemž nezáleží na tom, zda je uplatňuje subjekt jeden či padesát pět subjektů naráz, jako (potenciálně) v daném případě. Nejde o žádné enormní množství. Na tom nic nemění ani sjednané sankce zcela přiměřené této situaci a jejich závažnosti.
17. Úřad se dále vyjádřil k omezené možnosti posuzovat jednotlivé dílčí smluvní podmínky a konstatoval, že neshledává nepřiměřenými jednotlivé nastavené smluvní pokuty pro jednotlivá dílčí porušení, jak jsou obsaženy v návrhu smlouvy. Za nepřiměřeně vysoký nepovažuje ani horní limit náhrady škody. K tomu poznamenává, že není ani povinností či běžnou praxí maximální náhradu škody limitovat, a to, že je nějaký limit ve smlouvách uveden, ještě neznamená, že v konkrétním případě bude skutečně eventuální škoda v takovém rozsahu vznikat a že bude také nahrazována v limitní výši. Jestliže je souhrnná hodnota plnění dle smlouvy (souboru smluv) očekávána ve výši zhruba 242 mil. Kč, pak maximální limitace náhrady škody ve výši 550 mil. Kč se nejeví jakkoli nepřiměřeně vysokou.

Rozklad navrhovatele

18. Dne 25. 8. 2023 podal navrhovatel proti napadenému rozhodnutí blanketní rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 11. 8. 2023, rozklad byl tedy podán v zákonem stanovené lhůtě. Blanketní rozklad následně navrhovatel doplnil dne 6. 9. 2023 podáním ze dne 5. 9. 2023, a to ve lhůtě stanovené mu Úřadem k doplnění rozkladu.
19. Navrhovatel v podaném rozkladu namítá nezákonnost zastavení části řízení výrokem I napadeného rozhodnutí. Závěr Úřadu v tomto výroku vychází z mimořádně formalistického přístupu, který opomíjí, že rozhodné skutečnosti pro návrh byly ve své podstatě zachyceny již v námitkách, a případně „nové“ skutečnosti pouze reagují na odůvodnění zadavatele obsažené v rozhodnutí o námitkách.
20. Další vážnou vadou napadeného rozhodnutí je absence vypořádání se s námitkou navrhovatele, která směřovala vůči tomu, že se zadavatel vyjádřil k návrhu opožděně. Tím, že Úřad opomenul vypořádat takto podstatnou skutečnost, zatížil tedy napadené rozhodnutí vadou nepřezkoumatelnosti.
21. Současně navrhovatel setrvává na svých tvrzeních ve vztahu k dalším porušením zákona v zadávacím řízení ze strany zadavatele, kdy Úřad navrhovatelem napadaný postup zadavatele chybně posoudil jako souladný se zákonem. Tyto chybné závěry Úřadu jsou mj. zapříčiněny tím, že Úřad nehodnotil zadávací podmínky veřejné zakázky v jejich vzájemné souvislosti, ale naopak každou z nich posuzoval zcela izolovaně. Nezákonnost postupu zadavatele vyplývá totiž převážně z mimořádné kumulace nepřiměřených a protisoutěžních zadávacích podmínek, které nejen každá samostatně, ale zejména ve svém komplexu jednoznačně eliminují hospodářskou soutěž a nutí dodavatele do realizace předmětu plnění za ceny nezahrnující marže, či dokonce za ceny podnákladové.

22. Navrhovatel také předložil několik důkazů, které Úřad vyjmenovává v bodě 27 napadeného rozhodnutí. Úřad k provedení těchto důkazů nepřistoupil, neboť souladnost postupu zadavatele se zákonem byla zjištěna již na základě zadávacích podmínek. Navrhovatel má za to, že neprovedení navrhovaných důkazů Úřadem představuje tzv. opomenutý důkaz.
23. Navrhovatel dále vznesl námitky proti tomu, jak Úřad posoudil jeho námitky týkající se následujících oblastí: „Centralizované zadávání, funkční celek, nerozdělení veřejné zakázky na části a maximální závazek z veřejné zakázky“, „Zastropování jednotkových nabídkových cen“, „Smluvní podmínky“, „Nepřiměřené množství pokut, nepřiměřený limit náhrady škody“, „Smluvní podmínka – přenesení dat z mobilních telefonů“, „Smluvní podmínka – financování z fondů EU“, „Smluvní podmínka – zveřejnění položkových cen“, „Smluvní podmínka – vyřízení reklamace“.

Návrh rozkladu navrhovatele

24. Navrhovatel v rozkladu navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí zrušil.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

25. Dne 31. 8. 2023 Úřad obdržel vyjádření zadavatele ze dne 30. 8. 2023 k blanketnímu rozkladu navrhovatele. Dále dne 14. 9. 2023 obdržel Úřad doplňující vyjádření zadavatele z téhož dne a dne 20. 9. 2023 obdržel doplnění vyjádření zadavatele k rozkladu ze dne 19. 9. 2023.
26. Zadavatel ve svých vyjádřeních uvedl, že napadené rozhodnutí považuje za správné a souladné s dikcí zákona. Dále se stručně vyjádřil k jednotlivým námitkám navrhovatele uplatněným v rozkladu. Předně uvedl, že některé námitky se neobjevily v původních námitkách.
27. Zvolený způsob centrálního zadání zakázky nevede k vytvoření nějak extrémně velké tržní síly, neboť zadavatel poptává celkově zhruba 20 000 SIM karet, přičemž v současné době se v České republice aktivně užívá cca 14,6 mil. SIM karet. Daná zakázka tedy nepředstavuje nijak extrémní hodnotu. Přitom tato zakázka logicky představuje a plní jeden funkční celek, neboť se jedná o standardní telekomunikační služby jednotného charakteru pro subjekty spadající do třech rezortů státní správy, kdy se jednotlivé subjekty sice liší celkovým objemem svých požadavků, nicméně tyto požadavky (poptávané služby) jsou zcela totožné z hlediska struktury, formy a obsahu.
28. Dále zadavatel argumentuje, že plnění na základě takto centrálně zadávané zakázky budou čerpat jednotliví pověřující zadavatelé a je tedy logické, že každý z nich musí mít stanoven svůj vlastní individuální maximální limit čerpání, a to dle toho, v jakém rozsahu služby potřebuje, a také podle toho, jakým rozpočtem pro danou oblast disponuje.
29. Podle zadavatele není pravdivá a úplná argumentace navrhovatele týkající se nezákonnosti limitace nabídkových cen. Uvádí totiž jen ty případy, kdy on sám bude povinen případně hradit propojovací poplatky, avšak nezohledňuje, že naopak u příchozích SMS zpráv či hovorů bude oprávněn propojovací poplatky inkasovat. Dále vychází z nekorektních výpočtů předpokládajících, že každá ze SIM karet například úplně vyčerpá komplexní datový limit, ačkoliv k zadávací dokumentaci je přiložen přehled o stávajícím provozu zúčastněných zadavatelů, z něhož vyplývají čísla jiná.

30. K námitce, že není stanoven žádný minimální odběr služeb, sděluje zadavatel, že podobný závazek nemůže převzít s ohledem na dodržování principu 3E, neboť by vznikalo riziko úhrady za služby, které nakonec nebude potřebovat a nebude čerpat. Ohledně požadavku na přenesení dat z mobilních telefonů uvádí zadavatel, že se má jednat spíše o výjimečné situace, kdy bude např. nutno vyměnit SIM kartu z technického důvodu jako poškozenou. Přejít na dodavatele nevyžaduje zásadně výměnu SIM karet a nelze očekávat, že by u všech poptávaných 20 000 SIM karet bylo požadováno jejich vyměnění v řádu několika dnů. Daný argument navrhovatele je tedy nekorektní.

III. Řízení o rozkladu

31. 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.

Stanovisko předsedy Úřadu

32. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
33. Napadené rozhodnutí bylo co do výroku I shledáno nedůvodným, a tudíž byl výrok I zrušen, neboť tímto výrokem byla pouze vyňata podpůrná argumentace jednotlivých námitek, které již navrhovatel uplatnil v původních námitkách u zadavatele a k nimž se Úřad vyjádřil v rámci odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí. Co do výroku II napadeného rozhodnutí, Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, nicméně s ohledem na zrušení výroku I napadeného rozhodnutí je nutné přistoupit k jeho změně tak, že nový výrok II pokrývá celý návrh navrhovatele. Výše uvedené ovšem nic nemění na tom, že obecný závěr napadeného rozhodnutí, tj. zamítnutí návrhu navrhovatele, je správný a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč bylo přistoupeno ke zrušení výroku I napadeného rozhodnutí (a vyhovění předmětné části rozkladu), změně výroku II a zamítnutí zbylé části rozkladu navrhovatele.

IV. K námitkám rozkladu

K výroku I

34. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad podle § 257 písm. h) zákona zastavil správní řízení v citovaných pasážích výroku I. Zastavení správního řízení v této části Úřad odůvodnil tím, že této části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
35. Proti výroku I napadeného rozhodnutí se navrhovatel v podaném rozkladu vymezil, přičemž tvrdí, že danou argumentací pouze rozvinul svou dosavadní argumentaci v návaznosti na závěry rozhodnutí o námitkách.
36. Citované pasáže ve výroku I jsem ověřil a konstatuji, že navrhovatelova námitka je důvodná. Dané pasáže jsou pouze rozvedenou argumentací námitek, které navrhovatel uplatnil již

v původních námitkách. Úřad postupoval příliš striktně při posuzování toho, co bylo a co nebylo součástí textu v řádně podaných námitkách.

37. S Úřadem lze souhlasit v tom, že dílčí tvrzení, vůči nimž řízení zastavil, jsou nějak nová. Lze ale vysledovat, že se jednalo pouze o podpůrnou argumentaci navrhovatele reagující především na rozhodnutí o námitkách zadavatele. Již z prostého podřazení takto vyjmutých tvrzení pod jednotlivé „kapitoly“ námitek lze dovodit, že se navrhovatel vyjadřuje stále ke stejné stěžejní námitce, byť to samozřejmě nemusí být vždy měřítkem toho, že se nemůže jednat o zcela novou námitku. Záměrem vypořádání námitek ze strany zadavatele je vysvětlení svého postoje k námitkám. Toto stanovisko, pokud se s ním navrhovatel neztotožní a podá návrh, je pak cílem „kritiky“ v návrhu. Je pak jediné logické, že navrhovatel na tvrzení zadavatele reaguje rozvinutím své argumentace. Nelze tady očekávat, že návrh bude zcela odpovídat námitkám. Je však pravdou, že nemůže přinášet zcela novou argumentaci, ve smyslu zcela nových námitek. Vzhledem k výše uvedenému byl postup Úřadu přehnaně zaměřený na detail jednotlivých tvrzení.
38. Zákonem stanovená koncentrace řízení je zcela jistě chápána ve smyslu zákazu přinášet nová tvrzení a nové důkazy či novou argumentaci, nikoliv však vyjadřovat se k již uvedenému a takové tvrzení rozvíjet. Tato hranice bude dozajista často tenká, a ne vždy jasná. V tomto případě však nemám za to, že by šlo o taková tvrzení, která by měla být posuzována samostatně. Stále směřují k týmž tvrzeným nedostatkům postupu zadavatele, týmž okruhům pochybení.
39. Například námitka „Nezákonnost požadavku na zveřejnění položkových cen“ byla navrhovatelem uplatněna v bodě I. námitek proti úkonům zadavatele v zadávacím řízení ze dne 25. 4. 2023, stejně tak v bodě I. návrhu. Z přezkumu návrhu přitom vyplývá, že citovaná pasáž skutečně představuje pouze jeden z dílčích argumentů, na jejichž základě se navrhovatel vymezuje proti jím tvrzené nezákonnosti požadavku na zveřejnění položkových cen. V daném případě se tedy jedná vesměs o rozvinutí argumentace navrhovatele v reakci na rozhodnutí zadavatele o námitkách, přičemž podstata podaných námitek byla v návrhu zachována. Pokud pak snad navrhovatel v návrhu „přidá“ větu či dvě, které obsahují tvrzení, které se úzce dotýká některé z námitek, teoreticky by se takové tvrzení třeba i dalo považovat za samostatnou námitku. Její vypořádání je však v kontextu dalších námitek vyřešeno a není třeba, aby Úřad takovou námitku vyčleňoval do samostatného výroku, byť lze chápat důvody, které k tomu Úřad vedou. Těmi je jistě procesní opatrnost a čistota procesního postupu. Úřad sám výše uvedenou námitku jako celek vypořádává v bodech 226-228 napadeného rozhodnutí, což svědčí právě o tom, že se jednalo pouze o rozvinutí námitek hlavních.
40. V tomto případě jsem tak dospěl k závěru, že nejde o nové námitky, které by nebyly věcně propojeny s hlavní argumentací. Proto jsem zrušil bez dalšího výrok I napadeného rozhodnutí a vypořádání tam uvedených námitek jsem včlenil do rozhodnutí o výroku II.
41. Zrušení výroku I napadeného rozhodnutí nemůže mít vliv na celkový závěr, ke kterému Úřad dospěl a který reflektoval výrokem II napadeného rozhodnutí. Část, ve které bylo správní řízení zastaveno, představovala pouze součást argumentace, která byla jinak Úřadem vypořádána v odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí.

K výroku II

42. K výroku II tohoto rozhodnutí je třeba předně uvést, že jím bylo změněno znění výroku II napadeného rozhodnutí. Tato změna pouze reflektuje zrušení výroku I napadeného rozhodnutí, když je návrh navrhovatele zamítnut v celku a v žádné jeho části nedochází k zastavení správního řízení. Věcně je tak argumentace uvedená ve výroku I napadeného rozhodnutí podřazena pod výrok II a návrh je zamítán jako celek.
43. K námitkám rozkladu konstatuji, že se jedná o totožné námitky, které Úřad již v napadeném rozhodnutí podrobně odůvodnil a vypořádal. Navrhovatel nepředložil žádné nové důkazy nebo nová tvrzení. Jakkoliv jde o rozklad poměrně obsáhlý, argumentace navrhovatele je v naprosté většině pouze obecná. Není povětšinou ani **konkrétní** polemikou s jednotlivými závěry napadeného rozhodnutí, ale spíše jakýmsi povšechným nesouhlasem s postupem Úřadu a zadavatele. Úřad však námitky navrhovatele vypořádal důkladně, a pokud má být rozhodnutí o rozkladu přezkumem závěrů napadeného rozhodnutí, musí být proti nim postavena konkrétní tvrzení, popřípadě důkazy. To se však nestalo. Nezbyvá mi tedy než odpovědět obdobně obecnou argumentací, která je rozvedením důvodů, pro které Úřad rozhodl tak, jak rozhodl. K jednotlivým námitkám uvedeným v rozkladu uvádím následující.

K námitce neúplnosti napadeného rozhodnutí

44. Navrhovatel namítá, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nevypořádal s vyjádřením navrhovatele o nemožnosti přihlížet k pozdním podáním zadavatele ze dne 7. 6. 2023 a 9. 6. 2023. Zákon pro zadavatele stanovuje lhůtu 10 dní, ve které je povinen se vyjádřit k návrhu. Tuto povinnost však zadavatel nesplnil, a tedy by k těmto pozdním vyjádřením nemělo být přihlíženo. Jelikož se Úřad k výše uvedeným opožděným podáním zadavatele nijak nevyjádřil, napadené rozhodnutí trpí vadou nepřezkoumatelnosti. Pro podporu své argumentace odkazuje navrhovatel na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 7. 2009 č. j. 9 As 71/2008-109.
45. Námitku navrhovatele zamítám. Zadavatel svou povinnost vyjádřit se k návrhu v zákonem stanovené lhůtě splnil, když doručil své vyjádření k návrhu dne 1. 6. 2023. Úřad v napadeném rozhodnutí posuzoval tematiku tvrzené nezákonnosti požadavku na možnost použití SIM karty v libovolných technických zařízeních (podání ze dne 7. 6. 2023) v bodech 193-199 a tematiku obchodního tajemství (podání ze dne 9. 6. 2023) v bodech 227-228. Úřad rozhodoval na základě tvrzení uvedených ve vypořádání námitek zadavatelem (viz např. bod 196), vlastních úvah a svého vlastního hodnocení podaných námitek v návrhu, přičemž s argumentací zadavatele ze dne 7. 6. 2023 a 9. 6. 2023 v napadeném rozhodnutí na první pohled nepracoval. Ostatně navrhovatel ani neuvádí pasáže či tvrzení z těchto podání, které by Úřad v napadeném rozhodnutí použil. Na druhou stranu je však třeba k uvedeným podáním přistoupit stejnou optikou jako k námitkám navrhovatele posuzovaným výrokem I napadeného rozhodnutí. I zde lze spatřovat v předmětných podáních reakci zadavatele na tvrzení navrhovatele v jednotlivých podáních. Zákonem stanovená koncentrace řízení je zcela jistě chápána ve smyslu zákazu přinášet nová tvrzení a nové důkazy či novou argumentaci, nikoliv však vyjadřovat se k již uvedenému a takové tvrzení rozvíjet. K tomu lze odkázat např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 8. 2023, č. j. 3 As 20/2023, bod 36: „...v návrhovém řízení dle zákona o zadávání veřejných zakázek se uplatní zásada koncentrace řízení zakotvená v § 251 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek. Dle tohoto ustanovení mohou účastníci

řízení navrhopat důkazy, uvádět skutečnosti a činit jiné návrhy nejpozději ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení oznámení o zahájení řízení. Úřad k později uvedeným skutečnostem, návrhům důkazů a jiným návrhům nepřihlíží, a to s výjimkou skutečností, návrhů důkazů a jiných návrhů, jimiž má být zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí. Novými skutečnostmi je třeba rozumět nejen ryze skutková tvrzení, ale jakákoli nová tvrzení, včetně nové argumentace či nového hodnocení skutkového stavu a provedených důkazů...“. Nemám však za to, že by v daných vyjádřeních zadavatele byly takové skutečnosti, které by obsahovaly zcela nová tvrzení, nové důkazy či nové návrhy. Stejně jako je v soudním řízení běžné reagovat replikou na podání protistrany (a i zde platí koncentrace ve vztahu k žalobním bodům), i ve správním řízení musí být zachována možnost vyjádřit se k tvrzením protistrany.

46. Nad rámec pak konstatuji, že povinnost orgánů veřejné moci svá rozhodnutí řádně odůvodnit nelze interpretovat jako požadavek na detailní odpověď na každou námitku. Proto zpravidla postačuje, jsou-li vypořádány alespoň základní námitky účastníka řízení, srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 5. 2009, č. j. 9 Afs 70/2008-13, případně, za podmínek tomu přiměřeného kontextu, i s akceptací odpovědi implicitní, což připouští i Ústavní soud – srov. např. usnesení ze dne 18. 11. 2011, sp. zn. II. ÚS 2774/09, či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2011, č. j. 4 Ads 58/2011-72. Pouhá neexistence konstatování Úřadu, že k pozdním podáním zadavatele buď nepřihlížel či konstatování toho, že jde o pouhé rozvinutí původní myšlenky (ať již tedy Úřad zvolil kteroukoliv z variant), tak není vadou zakládající nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. Není totiž zřejmé, jak mohla argumentace uvedená v daných podáních ovlivnit závěry Úřadu a tím poškodit procesní práva navrhovatele.

K námitce nezákonného nastavení zadávacích podmínek

47. Navrhovatel namítá nezákonnost zadávacích podmínek, která nemá vyplývat v tomto konkrétním případě pouze z jednotlivých zadávacích podmínek, nýbrž zejména z kumulace negativních efektů všech rozporovaných požadavků v jejich souhrnu, která ve svém důsledku činí zadávací podmínky zcela nepřiměřenými.
48. Přestože navrhovatel namítá, že Úřad neposoudil jednotlivé zadávací podmínky ve vzájemných souvislostech, v rozkladu neuvádí konkrétní podmínky, které by svou kumulací způsobily tvrzenou nezákonnost zadávacích podmínek. Ze strany navrhovatele se jedná o natolik obecné tvrzení, že je není možno jakkoliv přezkoumat. Zároveň však mám za to, že z napadeného rozhodnutí dostatečně jasně vyplývá, že Úřad posuzoval všechny okolnosti případu, a to i v souhrnu. Lze souhlasit s tím, že ačkoliv jsou zadávací podmínky přísné, nelze dospět k závěru, že by byly nezákonné. Jejich nastavení je zároveň rizikem zadavatele, že do takto nastaveného zadávacího řízení nedostane žádnou nabídku. Tuto úvahu Úřad zopakoval několikrát. Nejde pouze o jakýsi test ochoty trhu, ale zadavatel si předem zjistil možnosti v daném segmentu trhu z doposud uzavřených smluv a nastavil své požadavky tak, aby z tohoto zjištění vyplývaly. Takový postup nelze obecně shledat nezákonným. Jistě, je zde riziko, že trh takto nakumulované požadavky nepřijme, ale zadavatel se jej rozhodl podstoupit. Jelikož však jím nastavené požadavky mají odraz v již dříve uzavřených smlouvách, nebylo možné bez detailnější argumentace ze strany navrhovatele dovodit jejich nemožnost, nepřiměřenost či nezákonnost. Vzhledem k absenci konkrétní argumentace navrhovatele tak danou námitku zamítám.

K námitce neprovedení důkazu Úřadem

49. Navrhovatel předložil v návrhu důkazy svědčící, podle jeho názoru, o nezákonném postupu zadavatele, přičemž tyto důkazy jsou vyjmenované v bodě 27 napadeného rozhodnutí. Navrhovatel namítá, že Úřad důkazy neprovedl, ani se nevyjadřuje k tomu, proč jejich provedení není nutné. Navrhovatel má tedy za to, že neprovedení navrhaných důkazů Úřadem představuje tzv. opomenutý důkaz, v souladu s rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 5. 2007, č. j. 2 Afs 153/2006-77.
50. K dané námitce konstatuji, že Úřad navrhané důkazy neprovedl, neboť vyhodnotil, že souladnost postupu zadavatele se zákonem posoudí v šetřeném případě na základě samotných zadávacích podmínek veřejné zakázky. V souladu s judikaturou Ústavního soudu orgány veřejné moci nemají povinnost provádět všechny důkazní návrhy, které podle tvrzení účastníků mohou mít vliv na rozhodnutí ve věci samé. Avšak pokud orgán veřejné moci návrhu účastníků nevyhoví, je povinen ve svém rozhodnutí vyložit, z jakých důvodů navržené důkazy neprovedl [srov. např. nález Ústavního soudu ze dne 24. 2. 2005 sp. zn. IV. ÚS 251/04 (N 34/36 SbNU 379)]. Úřad dostal své povinnosti řádného odůvodnění neprovedení dokazování navrhanými důkazy v bodě 233 napadeného rozhodnutí, proto danou námitku zamítám.
51. Nad rámec výše uvedeného konstatuji, že není zřejmé, jak by údajné porušení obchodního tajemství jinými zadavateli (důkazy předložené navrhovatelem měly svědčit o tom, že zadavatel vybízel jiné zadavatele k porušování obchodního tajemství za účelem nastavení co nejnižších stropů maximálních jednotkových cen) mohlo ovlivnit zákonnost přezkoumávaného zadávacího řízení. Ani výroční zpráva Českého telekomunikačního úřadu za rok 2022 neodpovídá na otázku, jaké ceny lze považovat u telefonních operátorů za reálné. Ta popisuje stávající stav, nikoliv možnosti operátorů.

K námitce nedostatečného vypořádání námitek

52. Navrhovatel namítá, že v napadeném rozhodnutí Úřad vůbec neposuzoval, zda se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjadřuje k meritu dané námítky, či zda využívá odůvodnění tohoto rozhodnutí pouze k upozornění na jiné než namítané skutečnosti. Dle navrhovatele se zadavatel nevypořádal s jeho námitkami v souladu s § 245 odst. 1 zákona, tj. nevypořádal je podrobně a srozumitelně.
53. Navrhovatel byl již Úřadem upozorněn v bodě 80 napadeného rozhodnutí, že při přezkumu souladu postupu zadavatele při vyřizování námitek podle § 245 odst. 1 zákona Úřad neposuzuje věcnou správnost argumentace, nýbrž pouze to, zda se zadavatel ke všem námitkám vyjádřil podrobně (tzn. reagoval na daná tvrzení v takové míře podrobností, v jaké byly vzneseny) a srozumitelně, tj. přezkoumatelně.
54. Po řádném přezkumu v bodech 81-128 napadeného rozhodnutí Úřad dospěl k závěru, že zadavatel se vyjádřil ke všem navrhovatelem namítaným skutečnostem podrobně a srozumitelně, tudíž souladně se zněním zákona. S názorem Úřadu se ztotožňuji, přičemž pokládám vypořádání námitek zadavatelem za dostatečné, odpovídající principům a požadavkům, které jsou na tento úkon aplikovány a kladeny. Tato pasáž rozkladu je opět velice obecná, navrhovatel opakovaně upozorňuje na to, že zadavatel nevypořádal podstatu jeho námitek, ale neuvádí, kterých námitek se to mělo týkat, ani které pasáže snad Úřad nezohlednil dostatečně. Vzhledem k výše řečenému danou námitku zamítám.

K námitce centralizovaného zadávání, funkčního celku, nerozdělení veřejné zakázky na části a maximálního závazku z veřejné zakázky

55. Navrhovatel namítá, že zadávací podmínky zadavatele se při současné kumulaci jeho tržní síly a pověřujících zadavatelů stávají pro trh neakceptovatelnými a nutí dodavatele k podávání podnákladových nabídkových cen pro poměrně široký okruh zadavatelů, což nelze považovat za žádoucí ani souladné především se zásadou přiměřenosti dle § 6 ZZVZ. Vývoj realizace předmětu plnění veřejné zakázky totiž nelze relevantním způsobem předvídat, a není jakkoli korigován ani standardní inflační doložkou či minimální garancí odběru.
56. K dané námitce konstatuji, že centrální zadávání dle zákona je právem zadavatele. Předmětem plnění dané veřejné zakázky je poskytování hlasových a datových telekomunikačních služeb s cílem ušetřit na provozu pověřujících zadavatelů a dostat tím principům hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti při nakládání s veřejnými finančními prostředky, což je opodstatněné. Navrhovatelem namítaná kumulace tržní síly, která se dle jeho vyjádření stává neakceptovatelná, není v daném případě podložena řádnou argumentací, pouze konstatováním.
57. V předmětné veřejné zakázce se fakticky jedná o smlouvu s rámcovým prvkem (k tomu viz rozhodnutí ÚOHS-R0007/2023 ze dne 2. 3. 2023). Směřuje k zajištění objemu plnění, který není zcela přesně vymezen, či je vymezen pouze rámcově, což je dáno předmětem plnění. S tím pak koresponduje skutečnost, že nelze zcela předvídat objem plnění, které bude dodavatel realizovat. Není tedy důvodná námitka navrhovatele, že zadavatel porušuje své povinnosti uvést ve formulářích, že jde o zadávací řízení na základě rámcové dohody.
58. Navrhovatel se domáhá rozdělení zakázky na části. Judikatura dovodila, že být k rozdělení zakázky není zadavatel obecně povinován, mohou nastat důvody, kdy tuto povinnost má. V dané veřejné zakázce jde o služby stejného druhu, tudíž zde nelze aplikovat rozsudky týkající se povinnosti rozdělit veřejnou zakázku na části v případě, že zadavatel poptává v rámci jedné zakázky plnění, jež sice tvoří funkční celek, ale je natolik rozmanité, že předměty plnění dodávají různí dodavatelé a těm je pak takovým nastavením předmětu plnění, resp. jeho nerozdělením, bráněno v možnosti se účastnit soutěže o zakázku jinak než ve sdružení. Nejsou důvodné ani námitky navrhovatele ohledně neexistence funkčního celku, jak již bylo vysvětleno Úřadem v bodech 153 a násl. napadeného rozhodnutí.
59. Nelze aplikovat ani rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2011 ze dne 1. 11. 2012, který posuzoval situaci na trhu telefonních služeb v období více než 10 let zpátky, a ve kterém soud uzavřel, že *„Při hodnocení zadavatelova postupu bude v této souvislosti nezbytné vycházet z charakteru a fáze trhu a z počtu dodavatelů, kteří jsou schopni se samostatně o plnění v každém z obou segmentů ucházet. Žalovaný bude muset vyjít také z toho, že postup, který se na jednom trhu může jevit jako přiměřený a v souladu se ZVZ, může na jiném trhu vykazovat výrazně diskriminační charakter, a to typicky na trhu, který se liberalizuje, kde může vést k „neotevření“ hospodářské soutěže pro subjekty, které by jinak byly schopny plnění pro zadavatele kvalifikovaně a zřejmě i za podmínek pro něj příznivějších realizovat; třeba je totiž zohlednit i to, že podpora hospodářské soutěže je sekundárním cílem zákonodárství v oblasti zadávání veřejných zakázek, jak plyne ze žalobcem správně v žalobě akcentovaného a již shora zmiňovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5.6.2008.“*, neboť žalobce se zde nedovolává rozdělení zakázky na části podle druhu plnění ve

výše uvedeném smyslu. Je zřejmé, že situace na trhu telekomunikačních služeb je již jiná, než byla v době zadání veřejné zakázky posuzované v uvedeném rozsudku. Navrhovatel se tu domáhá rozdělení proto, aby dodavatel, který vyhraje uvedenou zakázku, nezískal příliš velkou část trhu mezi veřejnými zadavateli. To ale není důvodem pro rozdělení zakázky, neboť dodavatelé na daném trhu nejsou malí či střední dodavatelé, kterým by postup zadavatele znemožňoval přístup k veřejné zakázce (k tomu např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Co 85/2008 ze dne 13. 1. 2010). Zároveň by taková povinnost rozdělit zakázku na části odporovala zákonem stanovené možnosti centrálního zadávání veřejných zakázek.

60. Navrhovatel ani sám netvrdí, že by nebyl schopen splnit celý předmět plnění. V dalších jednotlivých námitkách ovšem napadá možnost uplatnění smluvních podmínek všemi 55 subjekty zároveň, čímž centralizované zadávání dle jeho názoru způsobuje nepřiměřenost smluvních ujednání. Daná polemika uplatněná téměř v každé námitce je vzhledem k postavení navrhovatele, jako dodavatele se zásadním postavením na trhu telekomunikačních služeb, téměř nekorektní, neboť vzhledem k množství jeho klientů má v současné době uzavřeno jistě více než 55 smluv s obdobnými smluvními podmínkami (neboť smluvní podmínky stanovené zadavatelem nejsou excesivní), u nichž musí reflektovat možnost uplatnění jednotlivých smluvních podmínek těmito smluvními partnery ve stejnou dobu. Podle výroční zprávy Českého telekomunikačního úřadu počet aktivních SIM karet na konci roku 2022 přesáhl 15,2 mil.², přičemž veřejná zakázka poptává plnění u cca 20 000 ks SIM karet. Vzhledem k uvedenému nelze akceptovat navrhovatelovo tvrzení, že „*Neexistuje přitom relevantní důvod (a ani Úřad jej v Napadeném rozhodnutí neshledává) pro **takto výraznou kumulaci poptávky, která nemá na trhu B2G obdoby, a naopak se stává rizikovou pro celý dotčený trh.***“
61. To, že doposud žádný zadavatel nepřistoupil k centrálnímu zadávání takto velkého počtu pověřujících zadavatelů a současně nestanovil takovéto zadávací podmínky, ještě nedokazuje nic o rizikovosti takového počínání po trh B2G, jak namítá navrhovatel.

K námitce zastropování jednotkových nabídkových cen

62. Navrhovatel brojí proti stanovení maximální možné hodnoty pro jednotlivé položky zadavatelem, neboť tento postup má nedůvodně omezovat dodavatele v jejich ekonomických úvahách a bránit jim podat nabídku. Omezení má spočívat především v tom, že zcela vylučuje z účasti dodavatele, který sice nebude schopen poskytnout jednu položku za pro něj podnákladovou cenu, ale současně bude nabízet jiné položky za ceny nižší než konkurence. I pokud by celková nabídka takového dodavatele byla ekonomicky výhodnější, byl by přesto vyloučen z účasti v zadávacím řízení.
63. Závěr Úřadu, že zadavatel je obecně oprávněn stanovit limity cen plnění, a to i ve vztahu k jednotlivým dílčím plněním, je v souladu s existující rozhodovací praxí Úřadu (viz např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0194/2017/VZ-20067/2017/533/BKu ze dne 4. 7. 2017). Citované rozhodnutí Úřadu se týkalo veřejné zakázky na služby mobilního operátora a návrh podával stejný navrhovatel. Navrhovateli je tedy postoj Úřadu k zastropování jednotkových nabídkových cen z vlastní činnosti znám. Tento postoj Úřadu je respektován i dalšími mobilními operátory na trhu, kdy např. společnost O2 v rozkladu (týkajícím se předcházejícího správního řízení stejné veřejné zakázky) akceptovala samotné stanovení cenových limitů

² <https://www.ctu.cz/tiskova-zprava-vyrocní-zprava-za-rok-2022-prumerna-spotreba-mobilnich-dat-je-7-gb-mesicne-data>

zadavatelem, přičemž se vymežila pouze proti výši, v jaké byly zadavatelem stanoveny (viz rozhodnutí o rozkladu č. j. ÚOHS-R0078/2023/VZ ze dne 18. 8. 2023).

64. Navrhovatel, i přes zjevnou znalost existence Úřadu, který plně akceptuje, namítá jednak nemožnost stanovení maximálních jednotkových cen a současně i jejich výši. K danému konstatuji, že jsem neshledal, že by zadavatel nepřípustně zasáhl do cenotvorby dodavatelů, když stanovil maximální ceny jednotlivých položek. Zadavatel pouze stanovil, resp. vyjádřil maximální částku, kterou je ochoten za používanou službu platit, a dodavatelé tedy měli prostor v rámci tohoto limitu každou službu libovolně ocenit, avšak tak, aby celková cena za službu nepřekročila maximální zadavatelem stanovenou (akceptovatelnou) cenu.
65. V zadávací dokumentaci uvedl zadavatel předem všechny informace potřebné k tvorbě nabídkové ceny, přičemž všichni potenciální dodavatelé měli stejnou možnost se s nimi seznámit a přizpůsobit na jejich základě své nabídkové ceny i včetně zakalkulovaného podnikatelského rizika. Uvedení maximální možné výše ceny u jednotlivých položek nepředstavuje překážku zakalkulování přiměřeného podnikatelského rizika do nabídkové ceny, neboť je zjevné, že se ze strany zadavatele nejednalo o excesivně podhodnocené ceny. Maximální jednotkové ceny získal zadavatel z již existujících a uzavřených smluv v dané oblasti. Je tedy zřejmé, že takové ceny na trhu nabízeny jsou.
66. Navrhovatel jako příklad uvedl v návrhu dva limity jednotkových cen, které jsou dle jeho názoru podhodnocené. S těmito tvrzeními se Úřad vypořádal. Nad rámec tam uvedeného uvádím, že ve výše citovaném rozhodnutí o rozkladu ze dne 18. 8. 2023 jsem osvětlil nemožnost vyhodnocení Úřadem „realistické“ výše nákladů na realizaci daného předmětu veřejné zakázky dodavatel. Úřad by tak suploval autonomii vůle zadavatele, který na jedné straně směřuje stanovením cenových limitů k získání ekonomicky co nejvýhodnější nabídky, přičemž zároveň nese riziko, že při stanovení pro dodavatele ekonomicky nereálných požadavků neobdrží žádnou nabídku. Nadto v daném případě nelze nijak přezkoumat, co jsou reálné ceny, a to zejména v kontextu toho, že jde o celý soubor služeb, které se mohou vzájemně vyvažovat a kompenzovat. Celá tato pasáž rozkladu je v duchu obecných tvrzení a výtek, které však nelze jakkoliv přezkoumat. Nelze dovodit ze dvou jednotkových cen z celého souboru položek, že by takto zastropované jednotkové ceny nebyly reálné. I sám navrhovatel přiznává, že je běžné, že se standardně některé nižší ceny vyvažují v jiné části nabídky. Navrhovatel by tak musel prokázat, že skutečně podnákladovými jsou stropy jednotkových cen ve větším měřítku (přičemž tím není řečeno, že by u těchto dvou navrhovatelem vybraných jednotkových cen šlo o ceny podnákladové).
67. Navrhovatel nepředložil žádné relevantní důkazy nutné k danému posouzení, např. své kalkulace, rozpad cen či jakékoliv jiné vhodné důkazy (mimo toho, co bylo uvedeno v návrhu a co bylo Úřadem vypořádáno), na základě nichž by bylo možné posoudit tvrzení navrhovatele o reálnosti nastavených cenových stropů. Není srozumitelná argumentace navrhovatele v rozkladu, že je vylučován dodavatel, který není schopen poskytnout jednu položku za pro něj podnákladovou cenu, ale současně bude nabízet jiné položky za ceny nižší než konkurence, když současně tvrdí, že celé zastropování maximálních cen zadavatelem je nesprávné a nezákonné, a že jde souhrnně o nepřiměřené stropy, které nejsou dodavatelé schopni splnit. Pokud ale připouští, že je běžné, že se některé nižší ceny vyvažují cenami jinými a současně připouští, že by byl schopen nabídnout některé položky ještě levněji, je celá argumentace o podnákladovosti jednotkových cen nepřilíš uvěřitelná. O to více v situaci, kdy zadavatel

odkazuje na konkrétní smlouvy, ve kterých navrhovatel za uvedené ceny plní a že existují smlouvy, dle kterých jiný dodavatel na trhu plní ještě za nižší ceny, než jsou uvedeny ve zdejším zakázce jako maximální.

68. Pokud pak navrhovatel v rozkladu rozvíjí myšlenku o jakési vrchnostenské libovůli a nemožnosti akceptace takového chování v soukromém sektoru, zůstala tato námitka opět v ryze obecné formě bez jakýchkoli důkazů o tom, že by smlouvy uzavírané se soukromým sektorem byly standardně výrazně vyšší a není zřejmá její relevance v porovnání s tím, že zadavatel vychází z již uzavřených a plněných smluv.
69. Zadavatel zcela jednoznačným způsobem, a tedy souladným se zásadou transparentnosti, uvedl, jaká je možná maximální cena těchto položek; soutěž tak probíhá v hodnotách nižších, maximálně rovných zadavatelem stanovenému maximu.
70. Navrhovateli lze přisvědčit, že ho postup zadavatele omezuje v cenotvorbě, příp. má dopady na „nákladovou stránku věci“, avšak v zadávacím řízení lze ve své podstatě každou zadávací podmínku či požadavek zadavatele považovat za do určité míry limitující a omezující, nicméně takto je konstruován celý zákon o zadávání veřejných zakázek a určitá míry omezení volnosti, jak pro zadavatele, tak dodavatele, je zákonem předvídaná.
71. Navrhovatel neuvedl žádnou relevantní argumentaci, která by měla za následek odklon od výše prezentované rozhodovací praxe Úřadu, potažmo i mojí. Postup zadavatele tedy, s přihlédnutím ke všem okolnostem, neshledávám problematickým nebo jakkoliv negativně působícím na hospodářskou soutěž, případně popírající základní zásady zadávacího řízení.

K námitce nepřiměřeného množství pokut a nepřiměřeného limitu náhrady škody

72. Navrhovatel namítá, že Úřad při hodnocení dané smluvní podmínky odhlédl od skutečnosti, že smluvní pokuty jsou uplatňovány ve zcela nepřiměřeném rozsahu, a v nepoměru k finanční hodnotě odebíraného plnění.
73. K dané námitce konstatuji, že jednotlivé smluvní pokuty stanovené ustanovením čl. 15 odst. 1-15 návrhu smlouvy jsou spíše nízkých hodnot, přičemž ne všechna porušení ustanovení smlouvy jsou sankcionována. Definování konkrétních ustanovení smlouvy, jejichž porušení má za následek sankci ve formě smluvní pokuty, je plně v rukou zadavatele, stejně tak stanovení jejich výše.
74. Navrhovatel na podporu svého tvrzení opětovně uvedl příklad, kdy porušení povinnosti vybraného dodavatele dle čl. 5 odst. 6 návrhu smlouvy je sankcionováno smluvní pokutou ve výši 200 000 Kč za každý případ porušení (např. za každou fakturu), přičemž tato smluvní pokuta může být uplatněna i u pověřujícího zadavatele (Památník ticha), jehož maximální hodnota plnění po celou dobu smluvního vztahu je ve výši 54 000 Kč. V daném případě lze odkázat na vyjádření zadavatele ze dne 1. 6. 2023, který uvedl: „*Výše smluvní pokuty by neměla být mechanicky poměřována hodnotou fakturace. Smluvní pokuta má více funkcí: utvrzovací, zajišťovací, sankční a prevenční. Smyslem zakotvení smluvní pokuty do návrhu smlouvy bylo spolehlivé zajištění plnění povinností ze strany poskytovatele. Z tohoto pohledu musí být výše smluvní pokuty citelná...*“. Otázka přiměřenosti smluvní pokuty by pak mohla být případně posuzována obecnými soudy.
75. Ustanovení čl. 5 odst. 15 návrhu smlouvy zní: „*...Povinnost náhrady škody je pro každou ze Smluvních stran limitována maximální možnou částkou 10 mil. Kč (počítáno souhrnně po celou*

dobu trvání smlouvy a včetně uplatněných smluvních pokut)...“. Vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky ve výši 242 200 000 Kč konstatuji, že maximální možná povinnost náhrady škody ve výši 550 000 000 Kč (v součtu za všechny uzavřené smlouvy), není nepřiměřená, ani excesivní, byť se tak prostým porovnáním dvou částek může jevit. Nelze automaticky předpokládat, že vybraný dodavatel bude plnit vadně, a to v takovém rozsahu, že budou uplatněny všechny smluvní pokuty a nadto v plné výši. To by pak neodpovídalo řádnému plnění smlouvy. Výše smluvních pokut zde plní funkci zajišťovací a preventivní.

K námitce přenesení dat z mobilních telefonů

76. Navrhovatel považuje za nepřiměřenou podmínku, aby vybraný dodavatel v případě nutnosti výměny SIM karty, tuto bezplatně vyměnil za novou SIM kartu a zároveň zajistil také přenos dat, včetně migrace dat z mobilních telefonů, pokud je to možné. Navrhovatel namítá, že danou podmínku vzhledem k jeho kapacitním možnostem (a možnostem kteréhokoliv jiného dodavatele) není možné zaručit ve vztahu k 55 subjektům současně. Navrhovatel reaguje na konstatování Úřadu, že ke splnění této podmínky se již zavázal vůči jinému zadavateli, resp. smluvnímu partnerovi, avšak v daném případě se jedná pouze o jeden subjekt, nikoli 55 jako v nyní posuzované veřejné zakázce.
77. V ustanovení čl. 2 odst. 4 návrhu smlouvy zadavatel jasně definuje, že se jedná o podmínku přenesení dat z jedné SIM karty vybraného dodavatele (včetně dat z mobilního telefonu) na jinou SIM kartu vybraného dodavatele, pouze v nutných případech (např. z technických důvodů), což není excesivní podmínka. Jak sám navrhovatel přiznává, má uzavřeny i jiné smlouvy obsahující stejné ustanovení a je tedy na splnění této podmínky technicky připraven. V daném ustanovení je řešena výjimečná situace a je tedy neadekvátní argumentace navrhovatele týkající se jeho kapacitních možností, pokud by byla tato podmínka využita zároveň ve vztahu k 55 subjektům současně; takový scénář z návrhu smlouvy nevyplývá. Danou námitku tedy zamítám.

K námitce financování z fondů EU

78. Navrhovatel brojí proti podmínce, aby vybraný dodavatel uchoval veškeré originální dokumenty související s realizací plnění veřejné zakázky nejméně po dobu deseti let od ukončení Projektu OPTP, Projektu OPPI a Projektu OPTAK. Nezákonnost této podmínky vidí navrhovatel v její nepředvídatelnosti a nejasném obsahu, díky čemuž nelze, aby dodavatel nacenil takto nejasný požadavek. V souvislosti s tím poukazuje navrhovatel na neadekvátní výši smluvní pokuty, tj. 200 000 Kč pro každý jednotlivý smluvní vztah. Důvodem nepřiměřenosti je dle navrhovatele dopad, který může mít na systémy navrhovatele, pokud by tento požadavek uplatnilo všech 55 zadavatelů.

79. Příloha č. 6 Pravidel pro žadatele a příjemce Operačního programu technická pomoc, bod A.18 zní:

*„Do všech smluv s dodavateli je zadavatel **povinen zapracovat** ustanovení:*

a) Dodavatel je ve smyslu ustanovení § 2 písm. e) zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů (zákon o finanční kontrole), ve znění pozdějších předpisů (dále „ZFK“), osobou povinnou spolupůsobit při výkonu finanční kontroly prováděné v souvislosti s úhradou zboží nebo služeb z veřejných výdajů nebo z veřejné finanční podpory, tj. dodavatel je povinen podle § 13 ZFK poskytnout požadované informace a dokumentaci kontrolním orgánům (Řídicímu orgánu Operačního programu Technická pomoc Ministerstva

pro místní rozvoj, Ministerstvu financí, Evropské komisi, Evropskému účetnímu dvoru, Evropskému úřadu pro boj proti podvodům, Nejvyššímu kontrolnímu úřadu, příslušnému finančnímu úřadu a dalším oprávněným orgánům) a vytvořit kontrolním orgánům podmínky k provedení kontroly vztahující se k předmětné veřejné zakázce a poskytnout jim součinnost.

b) Dodavatel je povinen uchovávat veškeré originální dokumenty související s realizací veřejné zakázky po dobu uvedenou v závazných právních předpisech upravujících oblast zadávání veřejných zakázek, nejméně však po dobu 10 let od finančního ukončení projektu. Po tuto dobu je dodavatel povinen umožnit osobám oprávněným k výkonu kontroly projektů provést kontrolu dokladů souvisejících s realizací veřejné zakázky.“

80. Ověřil jsem, že podmínku bodu A.18 písm. a) pravidel dotačního projektu zapracoval zadavatel do ustanovení čl. 4 odst. 12 návrhu smlouvy (příloha č. 1 zadávací dokumentace) a podmínku bodu A.18 písm. b) zapracoval do ustanovení čl. 4 odst. 14 návrhu smlouvy. Zároveň v ustanovení čl. 4 odst. 13 návrhu smlouvy, stejně tak i v bodě 3.2 zadávací dokumentace, byli dodavatelé informováni o skutečnosti, že část veřejné zakázky bude realizována z fondů EU. Jedná se o jednoznačně stanovený požadavek, proto nelze akceptovat tvrzení navrhovatele o nepředvídatelném a nejasném obsahu. Vzhledem k výše uvedenému požadavek stanovený zadavatelem (resp. téměř doslovně převzatý z pravidel jednoho z dotačních programů) je odůvodněn legitimními potřebami zadavatele a není tudíž excesivní. Stejně tak smluvní pokuta stanovená při porušení výše uvedených smluvních podmínek je adekvátní k přísným podmínkám dotačního programu. Danou námitku tedy zamítám.

K námitce zveřejnění položkových cen

81. Navrhovatel brojí proti podmínce zadavatele, dle které se za neveřejnou informaci nepovažují jednotkové ceny, tudíž zadavatel ohledně nich nemá povinnost mlčenlivosti. Navrhovatelova argumentace k namítané smluvní podmínce spočívá v tom, že jednotkové ceny považuje za své obchodní tajemství.
82. K dané námitce konstatuji, že zadavatel je oprávněn použít všechny údaje získané od dodavatelů v průběhu zadávacího řízení výlučně v rozsahu nezbytném pro zajištění průběhu zadávacího řízení dle požadavků zákona o zadávání veřejných zakázek, tedy v rozsahu nezbytném pro postup dle tohoto zákona.
83. Z bodů 35-37 rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 2. 2021, č. j. 2 As 86/2019 vyplývá, že „...výše zmiňované údaje jsou zaznamenány do písemného protokolu o otevírání nabídek, jenž je zadavatel dle § 110 odst. 5 povinen vyhotovit. Účastníkům zadávacího řízení jsou pak tyto údaje, tedy i nabídková cena obsažená v jednotlivých nabídkách, běžně oznamovány v rámci oznámení o výběru dodavatele, jehož součástí je písemná zpráva o hodnocení nabídek obsahující údaje dle § 119 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek. Navíc jsou písemné protokoly o otevírání nabídek následně zveřejňovány (např. na webových stránkách zadavatelů). Jelikož nebyl naplněn znak zajišťování utajení, nelze informaci o nabídkové ceně považovat za obchodní tajemství ve smyslu § 504 občanského zákoníku Nejvyšší správní soud dodává, že neshledal ani naplnění „běžné nedostupnosti v příslušných obchodních kruzích“, kterým se dle komentáře rozumí „skutečnost, která je pro ostatní soutěžitele nebo potenciální soutěžitele natolik neznámá nebo právně nedostupná, že její znalost a možnost využití stále představuje reálnou, a nikoli zcela zanedbatelnou konkurenční výhodu. [...] Skutečnosti mezi ostatními soutěžiteli obecně známé

*a využitelné nemohou být obchodním tajemstvím ani tehdy, když nejsou běžně využívány. „Obchodními kruhy“ se rozumí nikoli pouze podnikatelé, ale i jiné subjekty, jež mohou při své třeba i nepodnikatelské činnosti předmětnou skutečnost využít (např. nadace, stát).“ Zejména právní nedostupnost informace o nabídkové ceně není možné shledat. Jak již bylo uvedeno výše, **nabídková cena je v rámci zadávacího řízení oznamována všem uchazečům a stává se tak právně dostupnou na základě zákona o zadávání veřejných zakázek.***

84. V předmětné veřejné zakázce, kdy je ekonomická výhodnost nabídky hodnocena na základě nabídkových jednotkových cen, resp. na základě (modelové) celkové nabídkové ceny vypočtené na základě jednotkových cen, není zveřejnění položkových cen v souladu s výše uvedenou judikaturou³ nezákonné, resp. je předvídané v § 119 odst. 2 písm. d) zákona ve spojení s § 123 zákona, námitka tudíž není důvodná. V dané souvislosti připomínám, že zadavatel získal limitaci jednotkových cen na základě informací z již uzavřených a existujících smluv, které jsou mj. dohledatelné v Registru smluv.
85. Navrhovatelův odkaz na Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 21. 5. 2012, č. j. ÚOHS-R277/2011/VZ-6491/2012/310/JRa není příléhavý. V daném případě se řešilo nahlížení do spisu, kdy sporný formulář obsahoval zejména obchodní kalkulace, které nebyly v příslušných obchodních kruzích z titulu výlučnosti obchodní nabídky pro zadavatele a jedinečnosti obchodní a cenové politiky podnikatele jiným osobám běžně dostupné a podnikatel takto dotčené skutečnosti označil jako utajené.

K námitce vyřízení reklamace

86. Navrhovatel namítá, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nezabýval, co daná smluvní podmínka znamená při případném vyřizování reklamace všech 55 subjektů zároveň. Dále namítá, že zdrojem nepřiměřenosti podmínky je centrální zadávání v zadavatelem zvoleném rozsahu.
87. Navrhovatelem namítaný excesivní charakter smluvní podmínky není důvodný. Úřad jeho námitku obsahující konkrétní tvrzení týkající se smluvní pokuty v souvislosti s vyřizováním reklamace, dostatečně vypořádal. V rozkladu již navrhovatel opět brojí pouze obecným konstatováním, že centrální zadávání je zdrojem nepřiměřenosti dané podmínky. Nelze než konstatovat, že v daném případě, kdy je do centralizovaného zadávání veřejné zakázky zapojeno celkem 55 zadavatelů, je jasné, že zadavatel chce mít smluvně ošetřen postup pro uplatnění reklamací, a to včetně případných lhůt pro jejich vyřízení. Není pravděpodobné, že by reklamaci vyřizovalo všech 55 subjektů zároveň, ale i pokud by tato situace nastala, navrhovatel je jistě schopen, vzhledem ke svému postavení na trhu, danou situaci řešit. Proto danou námitku zamítám.

V. Závěr

88. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí jako celku. Z důvodů uvedených výše jsem přistoupil ke zrušení výroku I napadeného rozhodnutí a k související změně výroku II napadeného rozhodnutí tak,

³ A to i při vědomí toho, že v uvedeném rozsudku se hovoří pouze o celkové nabídkové ceně. V tomto případě však předmětem hodnocení byly jednotkové ceny, o ně probíhala soutěž, nikoliv o celkovou nabídkovou cenu, tudíž je třeba tento požadavek vztáhnout na ceny jednotkové.

že je návrh navrhovatele zamítnut jako celek a v žádné jeho části nedochází k zastavení správního řízení.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1
2. T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha 4

Vypraveno dne

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