



UOHSX003QOWT

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S137/2011/VZ-13335/2011/520/DŘÍ

V Brně dne: 6. prosince 2011

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 14. 4. 2011 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – Česká republika, Ministerstvo obrany, IČ 60162694, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha, jejímž jménem jedná RNDr. Alexandr Vondra, ministr,
- navrhovatel – České Radiokomunikace a. s., IČ 27444902, se sídlem U Nákladového nádraží 3144, 130 00 Praha, za niž jedná Jane Mary Ann Hannah, místopředsedkyně představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 11. 3. 2010 JUDr. Pavlou Tloušťovou, MBA, zaměstnankyní,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vymezené obsahem návrhu ve veřejné zakázce "Služby optických vláken – rámcová smlouva", zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 10. 2. 2011 pod evidenčním číslem 60056157 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 10. 2. 2011 pod č. 2011/S 28-046417, rozhodl takto:

I.

Návrh navrhovatele – společnost České Radiokomunikace a. s., IČ 27444902, se sídlem U Nákladového nádraží 3144, 130 00 Praha – ze dne 14. 4. 2011 **se** podle ust. § 118 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odstavce 1 nebo 2 citovaného ustanovení.

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Česká republika, Ministerstvo obrany, IČ 60162694, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha, jejímž jménem jedná RNDr. Alexandr Vondra, ministr (dále jen „zadavatel“), uveřejnila podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 10. 2. 2011 pod evidenčním číslem 60056157 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 10. 2. 2011 pod č. 2011/S 28-046417 oznámení o zahájení otevřeného zadávacího řízení "Služby optických vláken – rámcová smlouva" (dále jen "veřejná zakázka").
2. Jako základní hodnotící kritérium byla stanovena nejnižší nabídková cena.
3. Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel nabídky tří uchazečů.
4. Dopisem ze dne 25. 3. 2011, který byl zadavateli doručen téhož dne, podala společnost České Radiokomunikace a. s., IČ 27444902, se sídlem U Nákladového nádraží 3144, 130 00 Praha, za niž jedná Jane Mary Ann Hannah, místopředsedkyně představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 11. 3. 2010 JUDr. Pavlou Tloušťovou, MBA, zaměstnankyní (dále jen „navrhovatel“), námitky proti zadávacím podmínkám.
5. Vzhledem k tomu, že zadavatel svým rozhodnutím ze dne 4. 4. 2011, které navrhovatel obdržel téhož dne, nevyhověl námitkám navrhovatele, podal navrhovatel dopisem ze dne 14. 4. 2011 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“), který byl doručen Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad") dne 14. 4. 2011. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 14. 4. 2011.

II. OBSAH NÁVRHU

6. Navrhovatel v úvodu návrhu uvádí, že zadavatel porušuje zásadu zákazu diskriminace podle § 6 zákona, když požaduje podání nabídky na celý rozsah služeb veřejné zakázky a pro všechny lokality bez jejich bližšího určení. Některé služby, které tvoří předmět veřejné zakázky, je přitom schopna s přihlédnutím ke specifikům jednotlivých lokalit, poskytovat jen omezená skupina dodavatelů. Zadavatel se dopouští porušení zákona, když nepřipouští dílčí plnění předmětu veřejné zakázky a uchazeči tedy mohli podávat nabídku na celou veřejnou zakázku. Zadavatel tak omezuje soutěžní prvek v tomto zadávacím řízení a jedná se o postup zadavatele, který má podstatný vliv na potenciální okruh dodavatelů, kteří mohou podat nabídku.
7. Navrhovatel dále uvádí, že v zadávací dokumentaci zadavatel nedostatečným způsobem specifikuje své požadavky na služby, které tvoří předmět veřejné zakázky. Zadavatel nedostatečným způsobem stanovuje technické podmínky poskytování těchto služeb a v zadávacích podmínkách zcela absentují přesné adresy objektů, do nichž mají být poskytovány služby zavedeny.
8. Zadavatel v zadávací dokumentaci žádá, aby dodavatelé stanovili závazným způsobem nabídkovou cenu pro jednotlivé služby a všechny lokality, aniž by tyto služby a lokality jasným způsobem definoval. Zadavatel tak navíc činí s podmínkou, že nabídnuté ceny budou závazné, maximální a nepřekročitelné pro dodavatele v rámci procesu prováděcích smluv. Zadavatel zároveň odmítá s odkazem na ochranu utajovaných informací poskytnout bližší

informace o lokalitách, kam mají být služby poskytovány. S ohledem na uvedené se zadavatel podle navrhovatele dopouští porušení základní zásady transparentnosti ve smyslu § 6 zákona.

9. Navrhovatel dále sděluje, že pokud zadavatel argumentuje utajovanými informacemi, měl zřejmě zvolit pro zadání veřejné zakázky odlišný druh zadávacího řízení, zejména užší řízení podle § 21 odst. 1 písm. b) zákona, případně při splnění zákonných podmínek postupovat podle výjimky v souladu s § 18 odst. 1 písm. a) zákona.
10. Z výše uvedeného je podle navrhovatele zřejmé, že detailní informace o technických podmínkách poskytování služeb a detailní informace o objektech v jednotlivých lokalitách jsou k dnešnímu dni známy pouze dodavatelům, kteří jsou stávajícími poskytovateli služeb veřejné zakázky.
11. Podle navrhovatele je zadavatelovým naprostým excesem jeho argumentace v rozhodnutí o námitkách, ve kterém uvádí, že při uvedení konkrétních adres všech vojenských objektů v místech dislokace by dodavatelé zpracovávali nabídkovou cenu pro konkrétní služby a tuto nabídkovou cenu by pak nebylo možné použít při zřizování nových služeb na podmínky prováděcích smluv, kdy může zadavatel požadovat služby technologicky a místem odlišné od konkrétních, ke kterým dodavatelé zpracovali nabídku pro rámcovou smlouvu. Podle navrhovatele tímto zadavatel potvrzuje, že hodlá zadávat i služby a lokality v zadávacích podmínkách zatím neuvedené.
12. Jako další navrhovatel v návrhu napadá článek XII. návrhu rámcové smlouvy, která tvoří přílohu zadávací dokumentace, který obsahuje několik smluvních pokut pro případ nesplnění vybraných smluvních povinností poskytovatelem služeb. Kombinace požadavku zadavatele nabídnout celý rozsah služeb se závazkem uchazečů hradit tyto smluvní pokuty za prodlení převedení služeb, neposkytnutí součinnosti při převodu služeb či za nepodání nabídky v minutendrech, představuje naprosto neúměrné riziko (s ohledem na nedostatečně specifikovaný rozsah služeb a charakteristiku objektů pro jednotlivé lokality) pro uchazeče, který předloží nabídku pro veřejnou zakázku. Výše smluvních pokut, kterou zadavatel stanovil, je rovněž v rozporu s dobrými mravy.
13. Navrhovatel je dále toho názoru, že zadavatel diskriminačním způsobem a neodůvodněně žádá po uchazečích prokázání způsobilosti pro plnění veřejné zakázky. Podle bodu 10.2 zadávací dokumentace zadavatel požaduje
 - a. Úředně ověřenou kopii dokladu NBÚ „Osvědčení podnikatele“, na jehož základě se organizace může seznamovat s utajovanými informacemi pro stupeň utajení minimálně „důvěrné“,
 - b. Úředně ověřenou kopii dokladu „Osvědčení fyzické osoby“ pro stupeň utajení „důvěrné“, jejichž držitelem je osoba podnikatele,
 - c. Úředně ověřenou kopii dokladu „Poučení“ podle § 11 odst. 2 zákona č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně utajovaných informací“), a podle vzoru přílohy č. 1 normativního výnosu MO č. 43/2006 Věstníku ve znění 1. a 2. změny pro odpovědnou osobu podnikatele,

- d. Předložení vyplněného „Informačního dotazníku podnikatele“ podle přílohy č. 4 NV MO č. 43/2006 Věstníku ve znění 1. a 2. změny, včetně seznamu všech fyzických osob, které se budou a mohou seznamovat s utajovanými informacemi v rámci plnění předmětu veřejné zakázky a jaký stupeň utajení.
 - e. Pokud uchazeč bude předmět veřejné zakázky realizovat prostřednictvím subdodavatelů, zadavatel požaduje, aby bezpečnostní způsobilost prokázali a splňovali každý samostatně (pokud uchazeč není schopen prokázat splnění bezpečnostní způsobilosti podle bodu 10.2 ZD, nelze tuto skutečnost řešit cestou subdodavatele),
 - f. Utajované informace vybranému uchazeči bude poskytovat a od něj přebírat odpovědná osoba zadavatele pro převzetí a předání utajované informace,
 - g. Uchazeč je povinen dodržovat příslušná ustanovení zákona o ochraně utajovaných informací, zejména § 65 až 68 a nepřipustit seznamování se s utajovanými a citlivými informacemi neoprávněnými osobami.
14. Zadavatel výše uvedené podmínky ve vztahu k subdodavatelům dále zpřesnil v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 28. 2. 2011, kde uvedl, že subdodavatelé musí splňovat podmínky bezpečnostní způsobilosti v rozsahu bodu 10.2 písm. a), b) a c) zadávací dokumentace.
15. Podle navrhovatele tedy zadavatel prakticky požaduje, aby veškeré fyzické i právnické osoby, které budou participovat na plnění předmětu veřejné zakázky, byly prověřeny pro stupeň utajení „důvěrné“, a to bez ohledu na jejich pozici či reálnou možnost se s takovými utajovanými informacemi skutečně seznámit či s nimi nakládat.
16. Navrhovatel na závěr svého návrhu konstatuje, že vzhledem k uvedenému navrhuje, aby Úřad zrušil předmětné zadávací řízení. Současně navrhuje vydání předběžného opatření, kterým by byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

17. Vyjádření zadavatele k návrhu Úřad obdržel dne 26. 4. 2011. Ve svém vyjádření zadavatel uvádí, že se neztotožňuje s tvrzením navrhovatele, že předmět veřejné zakázky je stanoven způsobem, který předurčuje jednoho konkrétního vítěze. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedením použití stejného postupu v roce 2007 na „Služby elektronických komunikací resortu MO-rámcová smlouva“ nechtěl nikterak argumentovat, ale tento případ použil pouze z obecného hlediska, že lze za uvedených podmínek realizovat veřejnou zakázku, a že uchazečům nevznikly žádné problémy s konkretizací zadávacích podmínek. A to i navrhovateli, který byl jedním ze tří účastníků rámcové smlouvy na poskytnutí služeb elektronických komunikací resortu MO platné do 28. 5. 2008. Navrhovatel v zadávacím řízení v roce 2007 zadavateli doložil způsob zajištění konektivity v místech dislokace organizačních celků resortu obrany a svým podpisem návrhu rámcové smlouvy ve své nabídce tedy potvrdil splnění těchto podmínek tak, jak jsou zadavatelem požadovány v současném otevřeném řízení, a které se do té doby, co do rozsahu dislokací a požadavků na konektivitu, nezměnily.
18. Zadavatel očekává podání nabídek od uchazečů, kteří poskytují své služby rovněž ostatním subjektům státní správy, samosprávy nebo jiným právnickým a fyzickým osobám. Pro uchazeče zabezpečení konektivity představuje pouze splnění standardních technologických

postupů a tito mají k požadovaným službám vytvořeny předpoklady pro jejich plnění. Místa plnění vycházejí z abecedního seznamu obcí České republiky (zadavatel nepožaduje v rámcové smlouvě fyzické zajištění konektivity do jednotlivých vojenských objektů). Uchazeči mají možnost zvolit způsob zabezpečení konektivity (formou vlastní pevné sítě nebo vlastní bezdrátové sítě v licencovaném pásmu nebo realizovat konektivitu jiným způsobem, např. prostřednictvím subdodavatele). Zadavatel požadoval konektivitu do uvedených míst dislokace a její prokázání formou vyplnění tabulky pouze tak, zda konektivitu má či nemá, a to z toho důvodu, aby zadavatel nenutil uchazeče vynakládat další výdaje.

19. Právě skutečnost, že zadavatel zvolil způsob rozdělení dříve jediné veřejné zakázky, která obsahovala jak telekomunikační, tak datové služby i služby internetu a optických vláken, umožňuje podat nabídky více subjektům a tím získání ekonomicky výhodné nabídky na všechny služby ve všech konečných lokalitách. Další dělení, jak požaduje navrhovatel v návrhu, by bylo jen více administrativně náročné, bez reálného ekonomického efektu.
20. Dále zadavatel uvádí, že v zadávacích podmínkách jednoznačně specifikoval rozsah telekomunikačních služeb a jejich technické vlastnosti, které bude po dobu trvání rámcové smlouvy na uchazečích požadovat, včetně míst dislokace zařízení organizačních celků resortu obrany, kde může požadovat poskytnutí telekomunikačních služeb. Tyto údaje, co do vzdálenosti limitu, přenosové rychlosti nebo možného rozhraní, jsou dostatečné k tomu, aby dodavatelé zpracovali pro rámcovou smlouvu své maximální ceny. Dodavatelé mají ve svých nabídkách možnost zpracovat všechny související náklady se zřízením služby do přílohy č. 2 návrhu rámcové smlouvy. Smyslem cenových podmínek rámcové smlouvy je skutečnost, že tyto ceny jsou ve své podstatě cenami výchozími pro stanovení ceny za konkrétní zadavatelem požadované služby na podmínky prováděcích smluv. Uvedením konkrétních adres všech vojenských objektů v místech dislokace by dodavatelé zpracovali nabídkovou cenu pro konkrétní služby a tuto nabídkovou cenu by pak nebylo možné použít při zřizování nových služeb na podmínky prováděcích smluv, kdy může zadavatel požadovat služby technologicky a místem odlišné od konkrétních, ke kterým dodavatelé zpracovali nabídku pro rámcovou smlouvu.
21. Plnění specifických úkolů resortu obrany a objem služeb, které resort obrany odebírá, není konstantní, ale podle potřeby proměnný. Proto zadavatel zvolil v souladu se zákonem o veřejných zakázkách institut rámcové smlouvy, který je pro zadavatele výhodnější, a kde specifikoval rozsah a technické parametry služeb, které může po dobu platnosti rámcové smlouvy požadovat. Proto např. v rámcové smlouvě bude naceněna oblast Prahy, ale v konkrétních prováděcích smlouvách, které budou soutěženy, pak budou uvedeny již konkrétní počátky a konce spojových uzlů. A právě díky specifiku plnění úkolů Armády České republiky není možné nadefinovat veškeré služby dopředu, ale jen rámcově tak, jak je zadavatelem provedeno.
22. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele o zvýhodnění současných poskytovatelů služeb, kteří mají detailní informace o objektech v jednotlivých lokalitách zadavatele. Každý ze současných poskytovatelů poskytuje zadavateli tolik služeb, na které podal zadavateli nejvhodnější nabídku na veřejné zakázky zadávané podle stávající rámcové smlouvy. Počet služeb je u každého poskytovatele rozdílný v závislosti na jeho možnostech a vlastních prioritách každého z nich.

23. Zadavatel se rovněž neztotožňuje s tvrzením navrhovatele, že ujednání o smluvních pokutách jsou v rozporu s dobrými mravy a jsou ve prospěch stávajících dodavatelů, kteří disponují podrobnými informacemi o technických aspektech jednotlivých služeb. Zadavatel uvádí, že v rámci uplatnění případných smluvních pokut vycházel ze zkušeností předchozího a stávajícího smluvního vztahu rámcových smluv, kdy tyto smluvní pokuty nebyly součástí smluvních ujednání v takovém rozsahu a poskytovatelé nebyli motivováni snahou ke zřízení nebo zabezpečení požadovaných služeb ve stanovených časových lhůtách. Raději volili platbu smluvních pokut před zabezpečením služby, která se pro poskytovatele jevila ekonomicky nevýhodnou. Nedostatečně stanovené smluvní pokuty znemožňovaly plnění úkolů resortu obrany.
24. Výše smluvních pokut nemá být pro uchazeče likvidační, ale má zaručit aktivní motivaci k plnění požadovaného rozsahu služeb tak, aby zadavateli nevznikly škody. Zadavatel bude v každém konkrétním případě zkoumat, zda případné uložení smluvní pokuty nemá důvod i v objektivních podmínkách, navrhovatel se případně může placení smluvní pokuty zcela zprostit, pokud prokáže, že ji subjektivně nezpůsobil.
25. Dále se zadavatel vyjadřuje k navrhovatelem namítanému diskriminačnímu způsobu prokázání způsobilosti podle zákona o ochraně utajovaných informací požadované v bodu 10.2 zadávací dokumentace. Podle zadavatele se navrhovatel mylně domnívá, že zadavatel požaduje, aby veškeré fyzické osoby podílející se na plnění předmětu veřejné zakázky měly osvědčení pro stupeň utajení „důvěrné“, a to bez ohledu na jejich pozici či reálnou možnost se s takovými utajovanými informacemi seznámit či nakládat s nimi.
26. Zadavatel vůbec neměl v úmyslu, aby všechny fyzické osoby dodavatele či jeho subdodavatele byly držiteli osvědčení pro stupeň utajení „důvěrné“. Požadovaný stupeň osvědčení musí dodavatelé předložit pouze pro právnickou nebo fyzickou osobu podnikatele, statutární orgán nebo odpovědnou osobu podnikatele a následně uvést v příloze informačního dotazníku podnikatele všechny osoby, které se budou podílet na plnění předmětu veřejné zakázky s uvedením, pro jaký rozsah utajení mají tyto osoby vydané osvědčení. Z bodu 10.2 zadávací dokumentace nevyplývá, že by požadavky zadavatele bylo možné vztáhnout na veškeré fyzické osoby, které budou participovat na plnění veřejné zakázky. Z bodu 10.2 zadávací dokumentace je beze všech pochyb jasné, od kterých osob bude zadavatel vyžadovat osvědčení fyzické osoby nebo poučení, a že v předloženém informačním dotazníku podnikatele bude uveden seznam všech fyzických osob, které se budou a mohou seznamovat s utajovanými informacemi v rámci plnění předmětu veřejné zakázky, a pro jaký stupeň utajení. Je tudíž připuštěno, že na seznamu mohou být osoby s různými stupni bezpečnostních prověrek. Podle písm. g) bodu 10.2 zadávací dokumentace je pak uchazeč povinen dodržovat příslušná ustanovení zákona o ochraně utajovaných informací, zejména § 65 až 68 a nepřipustit seznamování se s utajovanými a citlivými informacemi neoprávněnými osobami. Proto je osvědčení podnikatele a osvědčení fyzické osoby požadován doklad Národního bezpečnostního úřadu pro stupeň utajení minimálně „důvěrné“, neboť tento stupeň je považován zadavatelem za nejvyšší pro plnění uvedené veřejné zakázky. Takto stanovené podmínky jsou podle názoru zadavatele stanoveny nediskriminačně, aby umožnily co nejširší možnou účast dodavatelů služeb.
27. Vzhledem k tomu, že zadavatel považuje návrh navrhovatele za nedůvodný, navrhuje, aby Úřad zahájené správní řízení zastavil.

IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

28. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
zadavatel a
navrhovatel.
29. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č.j. ÚOHS-S137/2011/VZ-7249/2011/520/DŘÍ ze dne 12. 5. 2011. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č.j. ÚOHS-S137/2011/VZ-7684/2011/520/DŘÍ ze dne 12. 5. 2011 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Uvedeným usnesením Úřad stanovil zadavateli lhůtu k zaslání vyjádření, jaké povahy jsou utajované informace, ke kterým může být dodavateli umožněn přístup, jaké části předmětu plnění veřejné zakázky se tyto utajované informace týkají, a dále vyjádření, kterých obcí uvedených v příloze č. 4 návrhu rámcové smlouvy, se tyto utajované informace týkají.
30. Ve vyjádření, které Úřad obdržel dne 18. 5. 2011, zadavatel uvádí, že požadavek uvedený v bodu 10.2 zadávací dokumentace byl zadavatelem konkretizován v textu návrhu rámcové smlouvy v bodě 3 článku XIII. V tomto bodě zadavatel uvádí, že „poskytovateli může být umožněn přístup k utajovaným informacím podle ustanovení nařízení vlády č. 522/2005 Sb., kterým se stanoví seznamy utajovaných informací, ve znění pozdějších předpisů v rozsahu přílohy č. 5 poř. číslo 24, přílohy č. 6 poř. číslo 13, přílohy č. 8 poř. číslo 18 a 20, přílohy č. 18 poř. číslo 9 a 14 do a včetně stupně utajení „důvěrné“.
31. Zadavatel dále uvádí, že utajované informace se týkají celého předmětu plnění veřejné zakázky. Utajované informace veřejné zakázky se netýkají obcí, ale vojenských útvarů a zařízení resortu obrany, dislokovaných v katastrálním území podle přílohy č. 4 „Místa plnění a požadovaný rozsah telekomunikačních služeb“ návrhu rámcové smlouvy.
32. Rozhodnutím o předběžném opatření č.j. ÚOHS-S137/2011/VZ-9668/2011/520/DŘÍ ze dne 15. 6. 2011 Úřad zakázal zadavateli uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.
33. Dopisem č. j. ÚOHS-S137/2011/VZ-9734/2011/520/DŘÍ ze dne 15. 6. 2011 Úřad zaslal Národnímu bezpečnostnímu úřadu žádost o poskytnutí následujících informací:
- Může zadavatel z hlediska předmětu veřejné zakázky, jak je vymezen v zadávací dokumentaci, požadovat doklady podle výše uvedených písmen zadávací dokumentace, resp. vyplývá z předmětu (nebo některé jeho části) šetřené veřejné zakázky nutnost dodavatelů disponovat uvedenými doklady?
 - Pokud je v předmětné veřejné zakázce nezbytné, aby dodavatelé disponovali uvedenými doklady, vztahuje se tento požadavek na celý předmět veřejné zakázky (veškeré práce, které jsou předmětem plnění veřejné zakázky prováděných dodavatelem a všechny lokality uvedené v zadávací dokumentaci) nebo jen na určité jeho části (z hlediska druhu konkrétních prací prováděných dodavatelem), popř. jen určitých lokalit, jak jsou vymezeny v zadávací dokumentaci?
 - Je ze strany zadavatele v předmětné veřejné zakázce oprávněný požadavek na stupeň utajení „důvěrné“, když podle nařízení vlády č. 522/2005 Sb., kterým se stanoví seznam utajovaných informací, ve znění pozdějších předpisů, je pro všechny

zadavatelem označené druhy utajovaných informací stanoven rozsah stupňů utajení „vyhrazené“ a vyšší?

34. Národní bezpečnostní úřad zaslal své vyjádření Úřadu dne 20. 7. 2011. Ve vyjádření uvádí, že z předmětu veřejné zakázky dostatečně vyplývá nutnost dodavatelů disponovat uvedenými doklady, neboť při plnění veřejné zakázky budou mít přístup k utajovaným informacím vymezeným nařízením vlády č. 522/2005 Sb., kterým se stanoví seznam utajovaných informací, ve znění pozdějších předpisů. Jedná se zejména o utajované informace vymezené v příloze č. 5 (seznam utajovaných informací v působnosti Ministerstva obrany), konkrétně bod 24. – skutečný charakter vojenských útvarů, vojenských zařízení a vojenských záchranných útvarů a jejich dislokace, krytý legendovým názvem, a v příloze č. 18 (seznam utajovaných informací v oblasti působnosti zpravodajských služeb České republiky), konkrétně bod 9. – dislokace a ochrana stanovených organizačních částí zpravodajské služby. K přístupu k těmto utajovaným informacím dojde již při samotném vstupu do všech útvarů a zařízení resortu Ministerstva obrany (včetně uvedených objektů krytých legendovým názvem a objektů, jež jsou místy dislokace organizačních prvků Vojenského zpravodajství) za účelem provedení servisu, údržby a oprav instalované technologie.
35. K otázce č. 2 Národní bezpečnostní úřad uvedl, že vzhledem k tomu, předmětná veřejná zakázka svým rozsahem komplexně pokrývá potřeby zadavatele v oblasti služeb týkajících se předmětu veřejné zakázky, vztahuje se předmětný požadavek zadavatele na celý předmět veřejné zakázky, tedy na celý soubor prací, které jsou předmětem plnění veřejné zakázky.
36. Dále Národní bezpečnostní úřad uvádí, že požadavek zadavatele na splnění podmínek přístupu k utajovaným informacím stupně utajení „důvěrné“ je oprávněný, neboť některé dokumenty, k nimž budou mít dodavatelé plnění předmětu veřejné zakázky přístup, jsou klasifikovány právě stupněm utajení „důvěrné“ (např. dokumentace systému napájení a záložního napájení jednotlivých bodů sítě, projekty fyzické bezpečnosti některých objektů, zejména letišť) a rovněž tak některé dokumenty zpracované dodavateli (projektová dokumentace informačních systémů) budou klasifikovány stupněm utajení „důvěrné“.

V. ZÁVĚR ÚŘADU

37. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání šetřené veřejné zakázky, dokumentů předložených zadavatelem a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Předmět veřejné zakázky zadávaný jako celek

38. Ustanovení § 6 zákona uvádí, že zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
39. Podle ustanovení § 98 odst. 1 zákona zadavatel může rozdělit veřejnou zakázku na části, připouští-li to povaha předmětu veřejné zakázky.
40. Z bodu 1. zadávací dokumentace a z návrhu rámcové smlouvy, který byl její přílohou, vyplývá, že předmětem veřejné zakázky bylo zabezpečení služeb elektronických komunikací, které jsou poskytovány formou pronájmu služeb optických vláken včetně koncových zařízení

a jsou určeny k zabezpečení provozu komunikačních a informačních systémů v rámci stacionární vojenské spojovací sítě.

41. Jako místo plnění předmětu veřejné zakázky je v bodu 2. zadávací dokumentace uvedeno území České republiky s tím, že konkrétní místa plnění (obce České republiky) jsou uvedeny v příloze č. 4 rámcové smlouvy.
42. V dodatečných informacích k zadávacím podmínkám ze dne 28. 2. 2011 zadavatel uvedl, že „uchazeč musí podat nabídku na celý předmět veřejné zakázky...“.
43. Zákon v ustanovení § 98 odst. 1 zákona dává zadavateli oprávnění rozdělit předmět veřejné zakázky na více částí, ať už z hlediska věcného či územního. Podmínkou pro jeho aplikaci je skutečnost, že takové rozdělení veřejné zakázky na části je umožněno povahou jejího předmětu. Pokud je daná podmínka splněna je pouze na vůli zadavatele, zda možnosti rozdělit předmět veřejné zakázky využije či nikoliv. Toto ustanovení ve svém textu obsahuje podmínku možnosti jeho použití, nikoliv podmínku nutnosti jeho použití. Tedy i za předpokladu, že předmět veřejné zakázky svojí povahou připouští rozdělení na části, je zcela na uvážení zadavatele, zda veřejnou zakázku na části rozdělí nebo ne.
44. K výkladu ustanovení § 98 odst. 1 zákona ve vztahu k ustanovení § 6 zákona a k nutnosti dodržovat zásady v něm uvedené Úřad uvádí, že zásady § 6 zákona (zásada transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace) představují nejobecnější vymezení pravidel pro postup zadavatele v průběhu zadávání veřejných zakázek. Tyto zásady musí zadavatel při svém postupu vždy dodržovat a z hlediska posouzení zákonnosti jednání zadavatele ve vztahu k určitému ustanovení zákona je nutné ke smyslu a účelu zákonné úpravy těchto zásad vždy přihlížet. Požadavek, aby se každé ustanovení zákona vykládalo rovněž ve světle základních zásad zadávacího řízení podle § 6 zákona, ovšem nelze chápat absolutně, stejně jako nelze chápat absolutně samotné zásady § 6 zákona. Výklad určitého ustanovení při zohlednění zásad § 6 zákona nesmí ve svém důsledku popírat smysl psaného textu takového vykládaného ustanovení.
45. Zákon v § 6 stanoví základní obecné zásady, které musí zadavatel dodržovat. V dalším textu zákona jsou poté stanovena již konkrétní práva a povinnosti, které zadavatel v průběhu zadávacího řízení má. Je tedy z podstaty věci zřejmé, že pokud by byly obecně formulované zásady brány ad absurdum, mohou se dostat s dále v textu zákona konkrétně stanovenou povinností nebo právem do vzájemného rozporu.
46. Skutečnost, že je pouze na vůli zadavatele, zda veřejnou zakázku rozdělí na části či nikoliv, může být některým z uchazečů nesprávně chápána jako jistý druh „diskriminace“. Jelikož se ale jedná se o výslovně textem zákona vyjádřené oprávnění zadavatele, nelze jej jako takové považovat (stejně jako jednání zadavatele spočívající v neaplikaci tohoto ustanovení) za diskriminační.
47. Jak vyplývá z výše uvedené konkretizace předmětu veřejné zakázky, jedná se o jeden druh služby, která má být poskytována v zadavatelem specifikovaných obcích po celé České republice. Z povahy tohoto předmětu veřejné zakázky by bylo tedy možné jej z hlediska územního rozdělit na několik částí, jak umožňuje § 98 odst. 1 zákona. Přesto však, vzhledem k výše uvedenému, nelze na jednání zadavatele, pokud se rozhodne předmět veřejné

zakázky nerozdělit, pohlížet jako na jednání v rozporu se zásadou zákazu diskriminace podle § 6 zákona.

Vymezení předmětu plnění veřejné zakázky

48. Podle ustanovení § 11 odst. 1 zákona se rámcovou smlouvou pro účely tohoto zákona rozumí písemná smlouva mezi zadavatelem a jedním či více uchazeči uzavřená na dobu určitou, která upravuje podmínky týkající se jednotlivých veřejných zakázek na pořízení opakujících se dodávek, služeb či stavebních prací s obdobným předmětem plnění zadávaných po dobu platnosti rámcové smlouvy, zejména pokud jde o cenu a množství.
49. Ustanovení § 44 odst. 1 zákona uvádí, že zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
50. Jak vyplývá z bodu 1 „Vymezení předmětu veřejné zakázky“ zadávací dokumentace, službami optických vláken na území ČR se pro účely rámcové smlouvy rozumí:
 - a) umožnění používání nenasvícených optických vláken zakončených na optických konektorech v optickém rozvaděči pro komunikační účely (přenos informací) mezi lokalitami určenými provozovatelem stacionární vojenské spojovací sítě,
 - b) zajištění, dodání a zprovoznění na základě žádosti provozovatele stacionární vojenské spojovací sítě, i aktivní DWDM, případně CWDM zařízení (DWDM nebo CWDM multiplexer, potřebné optické zesilovače a optické prepínače) s potřebným počtem lambda kanálů (barev) podle objednávky služby pro připojení dalších zařízení provozovatele stacionární vojenské spojovací sítě. Pronájem případného DWDM (CWDM) zařízení bude součástí služby pronájmu optického vlákna,
 - c) optická vlákna musí vyhovovat minimálně doporučením ITU-T G.652 nebo G.655 a musí vyhovovat i pro nasazení DWDM zařízení,
 - d) volitelnou součástí služby může být v případě poruchového stavu služby využití rezervních vláken do doby obnovy původních vláken,
 - e) v případě pronájmu DWDM zařízení umožní dodavatel monitoring uvedeného zařízení provozovateli stacionární vojenské spojovací sítě minimálně na úrovni SNMP protokolu,
 - f) 24 hodinový dohled nad těmito službami – HelpDesk.
51. Dále jsou výše uvedené služby specifikovány v příloze č. 1 „Technická specifikace telekomunikačních služeb“ návrhu rámcové smlouvy.
52. V bodu 2. „Doba a místo plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace je uvedeno, že zadavatel požaduje místa plnění veřejné zakázky na území České republiky. Místa plnění a požadované telekomunikační služby jednotlivých částí VZ jsou uvedeny v příloze č. 4 rámcové smlouvy.
53. Příloha č. 4 rámcové smlouvy „Místa plnění a požadovaný rozsah telekomunikačních služeb“ představuje seznam obcí České republiky, ve kterém jsou označeny obce jako místa dislokace resortu obrany. Současně v rámci těchto dislokací resortu obrany jsou písmenem „X“

označeny obce, kde „musí požadované služby ke dni podpisu prováděcí smlouvy poskytnuty objednateli na 100 %“. U míst dislokace resortu obrany označených písmenem „X“, tj. Brno, Hradec Králové, Olomouc, Praha, Strakonice, je dodavatel povinen vyplnit podíl vlastní infrastruktury dodavatele a způsob zabezpečení infrastruktury jiným způsobem pro požadované telekomunikační služby následovně:

- P – zda do uvedeného místa dislokace má dodavatel ke dni podání nabídky vlastní pevnou síť,
- R – zda do uvedeného místa dislokace má dodavatel ke dni podání nabídky vlastní bezdrátovou síť v licencovaném pásmu,
- J – zda do uvedeného místa dislokace je dodavatel schopen službu realizovat jiným způsobem (dodavatel uvede subdodavatele služby v souladu s § 89 odst. 10 zákona).

54. V bodu 4. „Způsob hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace je uvedeno, že základním hodnotícím kritériem je nejnižší nabídková cena bez DPH.
55. V bodu 5.2 „Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace je uvedeno, že uchazeč zpracuje nabídkové ceny za telekomunikační služby a uvede je do tabulek na samostatném listu „List nabídkové ceny“, který je přílohou č. 2 zadávací dokumentace. Uchazeč do „Listu nabídkové ceny“ tabulka č. 1 – Optická vlákna vyplní modře označené sloupce C, D, E, F, G, H, I, J, K za všechny náklady na telekomunikační služby včetně zabezpečení jejich zřízení, provozování a změnou ostatních nastavitelných parametrů. Cenu za telekomunikační služby uchazeč odstupňuje na základě vzdušné vzdálenosti (v Praze, Brně, Olomouci, Hradci Králové a v odstupňovaných vzdušných vzdálenostech na území České republiky do 100, do 200 a nad 200 Km) mezi koncovými body A a B. To znamená, že se jedná o okruhy v uvedených městech a pak o okruhy ve vzdušných vzdálenostech libovolných bodů A a B.
56. Dále je v tomto bodu zadávací dokumentace uvedeno, že uchazeč do „Listu nabídkové ceny“ tabulka č. 2 – Optická vlákna vyplní modře označené sloupce C, D, E, F, G, H, I, J, K za všechny náklady na telekomunikační služby včetně zabezpečení jejich zřízení, provozování a změnu ostatních nastavitelných parametrů pro každý optický okruh ukončený zařízením DWDM (případně CWDM), tj. mezi koncovými body v odstupňovaných vzdušných vzdálenostech mezi body A a B provozovatele SVSS na území České republiky (tzn. do 100 km, do 200 km a nad 200 km).
57. Takto stanovené ceny dodavatele jsou podle bodu 5.4 zadávací dokumentace a článku V. rámcové smlouvy cenami nejvýše přípustnými.
58. Úřad k uvedenému uvádí, že základní znaky rámcové smlouvy jsou definovány v § 11 zákona. Smyslem právní úpravy rámcových smluv je možnost zadavatele uzavřít takovou smlouvu, která vymezí základní práva a povinnosti stran (zadavatele na jedné straně a jednoho či více dodavatelů na straně druhé) pro konkrétní budoucí období za účelem opakovaného pořízování dodávek, služeb nebo stavebních prací.
59. Byť se podle § 11 odst. 2 zákona pro účely zákona o veřejných zakázkách rozumí veřejnou zakázkou také rámcová smlouva, z hlediska její povahy (smlouva upravující vzájemná práva a povinnosti zadavatele a dodavatele ve vztahu kaž následným veřejným zakázkám

zadávaným na jejím základě), je zcela zřejmé, že „obsahová náplň“ zadávacího řízení v případě uzavření rámcové smlouvy je odlišná od zadávacího řízení, jehož účelem je uzavření zcela konkrétní smlouvy o dílo s vybraným uchazečem. Tato odlišnost vyplývá ze samotného charakteru rámcové smlouvy a s tím souvisejících požadavků na vymezení předmětu veřejné zakázky (rámcové smlouvy). I v případě rámcové smlouvy (stejně jako u „standardní“ veřejné zakázky) musí být předmět plnění stanoven s ohledem na § 44 odst. 1 zcela konkrétně, srozumitelně, určitě a jednoznačně co do druhu a povahy plnění. Aby ale byl smysl zákonné úpravy institutu rámcové smlouvy naplněn, není nutné (a v mnoha případech ani možné) přesně stanovit rozsah požadovaného plnění. Tento rozsah bude specifikován až následným, potřebou zadavatele vyvolaným, zadáváním veřejných zakázek na základě rámcové smlouvy v průběhu doby její platnosti.

60. V přezkoumávaném případě uvedený rozsah plnění předmětu veřejné zakázky úzce souvisí s místem jeho poskytování. Zadavatel požaduje plnění služby určitého druhu a charakteristiky (bod 1. zadávací dokumentace, příloha č. 1 „Technická specifikace telekomunikačních služeb“ rámcové smlouvy) s tím, že místem jejího plnění je Česká republika, respektive obce České republiky uvedené v příloze č. 4 rámcové smlouvy jako místa dislokace resortu obrany. Zadavatel není v současné situaci schopen (z hlediska ochrany utajovaných informací, jejichž povahu potvrdil rovněž Národní bezpečnostní úřad dopisem ze dne 19. 7. 2011, a z hlediska neznalosti v budoucnu nastalých potřeb zadavatele) stanovit konkrétní objekty, do kterých budou poptávané služby poskytovány a rovněž ani jejich objem.
61. Z uvedených důvodů pro potřeby předložení porovnatelných nabídek a následné uzavření rámcové smlouvy zadavatel stanovil druh a povahu požadovaných služeb, a místa plnění veřejné zakázky v obecné rovině definoval územím specifikovaných obcí České republiky. Při takto vymezeném předmětu veřejné zakázky (z hlediska hodnocení nabídek v rámci základního hodnotícího kritéria nejnížší nabídková cena) poté stanovil, aby uchazeči v „Listu nabídkové ceny“ předložili jednotkové ceny za službu rozdělené podle „územního“ poskytování služby. Samostatnou jednotkovou cenu mají služby poskytované v rámci území hlavního města Prahy a v rámci území města Brna, Olomouce a Hradce Králové. Dále jsou jednotkové ceny rozděleny podle vzdáleností do 100 km, do 200 km a nad 200 km, mezi dvěma body, které jsou propojeny v rámci poskytované služby. Takto stanovené jednotkové ceny jsou obdobou u rámcových smluv obvykle používaných jednotkových cen stanovených ve vztahu k určitému jednotkovému množství. V předmětné věci je jednotkové množství nahrazeno jednotkovými vzdálenostmi, což vyplývá z povahy předmětu veřejné zakázky.
62. Podle názoru Úřadu se takto vymezené zadávací podmínky jeví jako dostatečné k tomu, aby byl dodavatel (po zohlednění všech potenciálních nákladů) schopen stanovit v rámci výše uvedeného rozdělení jednotkových cen nabídkovou cenu maximální. Dodavatel, který disponuje potřebnými znalostmi a zkušenostmi s poskytováním předmětné služby, musí být na základě výše definovaných zadávacích podmínek schopen posoudit, jaké maximální náklady pro něj bude představovat poskytování služby v uvedených lokalitách a mezi lokalitami podle jednotlivých vzdálenostních limitů a z těchto nákladů je poté schopen stanovit maximální jednotkovou nabídkovou cenu. Je zcela zřejmé, že konkrétní plnění předmětů veřejných zakázek zadávaných na základě uzavřené rámcové smlouvy, se z hlediska své ceny budou značně lišit i v rámci jedné lokality s jednou jednotkovou

nabídkovou cenu. Toto je však na uvážení dodavatele, jakým způsobem stanoví jednotkovou nabídkovou cenu tak, aby se mu vzhledem k její maximální a nepřekročitelné výši účast na těchto zadávacích řízeních vyplatila. Dodavatelem stanovené jednotkové ceny jsou cenami maximálními a nikoliv „konečnými“. Konkrétní „konečné“ cenové nabídky budou dodavatelem předkládány až v nabídkách v zadávacích řízeních realizovaných na základě rámcové smlouvy.

63. Skutečnost, že zadavatel v zadávacích podmínkách nestanovil konkrétní objekty, do kterých požaduje zabezpečit poskytování předmětných služeb, by pochopitelně v případě „standardního“ zadávacího řízení, jehož cílem je uzavření smlouvy o dílo, představovala postup v rozporu se zákonem. Takto vymezený předmět plnění by byl z hlediska možnosti dodavatelů stanovit nabídkovou cenu zcela nedostatečný. V předmětné věci ale není povinností dodavatelů stanovit nabídkovou cenu za provedené plnění vyplývající z uzavřené smlouvy o dílo. Jedná se o uzavření rámcové smlouvy, která představuje pro dodavatele vymezení poptávané služby a varianty jejího územního poskytování. Z hlediska stanovení jednotkových nabídkových cen definovaných v tabulce „Listu nabídkové ceny“ je tedy pro předložení nabídky a pro účely uzavření rámcové smlouvy vymezení místa plnění předmětu veřejné zakázky výše uvedeným způsobem dostatečné.
64. K navrhovatelem namítanému zvýhodnění dodavatele, který doposud služby, které jsou předmětem přezkoumávané veřejné zakázky, pro zadavatele vykonával, Úřad uvádí, že nelze popřít, že skutečnost, že určitý dodavatel již na základě předešlé rámcové smlouvy realizoval konkrétní plnění pro zadavatele, a tudíž disponuje znalostmi, které nejsou obsahem přezkoumávané zadávací dokumentace, představuje jisté zvýhodnění oproti ostatním dodavatelům. Jedná se však o objektivní okolnost, kterou nelze ovlivnit a ani zhojit její dopad. Ani zákon neumožňuje zadavateli jakýmkoliv způsobem toto „zvýhodnění“ postavení dodavatele zohlednit v zadávacím řízení.
65. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky v souladu s § 44 odst. 1 zákona v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.

Smluvní pokuty v návrhu rámcové smlouvy

66. Zadavatel v článku XII. „Smluvní pokuty a úroky z prodlení“ návrhu rámcové smlouvy stanovil smluvní pokuty za nesplnění povinností dodavatele vyplývajících z uzavřené rámcové smlouvy. Navrhovatel ve svém návrhu příkladmo uvádí smluvní pokutu ve výši 5 mil Kč za neposkytnutí součinnosti při převodu telekomunikačních služeb, smluvní pokutu ve výši 5 mil. Kč v případě, že dodavatel nezahájí poskytování telekomunikačních služeb podle podmínek stanovených v prováděcích smlouvách v místech dislokace uvedených v příloze č. 4 rámcové smlouvy a smluvní pokutu ve výši 500 000 Kč, pokud dodavatel nesplní svoji povinnost a při zadávání veřejné zakázky na základě rámcové smlouvy nepodá zadavateli nabídku na základě jeho výzvy k podání cenové nabídky.
67. Úřad k uvedenému uvádí, že ustanovení § 89 odst. 4 zákona stanoví, že má-li být rámcová smlouva uzavřena s více uchazeči, je zadavatel povinen v zadávacích podmínkách uvést text návrhu rámcové smlouvy.

68. Podle § 17 odst. 1 písm. l) zákona se zadávacími podmínkami rozumí veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky,
69. Zákon ve výše uvedeném ustanovení § 89 odst. 4 stanoví povinnost, v případě úmyslu zadavatele uzavřít rámcovou smlouvu s více uchazeči, začlenit text rámcové smlouvy do zadávacích podmínek. Požadavky na obsahovou náležitost rámcové smlouvy zákonem stanoveny nejsou. V přezkoumávaném případě zadavatel v textu návrhu rámcové smlouvy vymezil povinnosti uchazeče, které za účelem jejich plnění, zajistil institutem smluvní pokuty. Smluvní pokuta je standardním smluvním nástrojem upraveným v zákoně č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), a speciálně rovněž v zákoně č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, představující prostředek k zajištění závazku.
70. Vzhledem k tomu, že zákon o veřejných zakázkách výslovně neupravuje požadavky na obsah rámcové smlouvy (vyjma § 92 odst. 2 zákona, upravující způsob výběru uchazeče pro plnění veřejných zakázek zadávaných na základě rámcové smlouvy v případě, kdy veškeré podmínky plnění jsou v rámcové smlouvě konkrétně vymezeny), je na uvážení zadavatele, jakým způsobem bude text návrhu rámcové smlouvy formulovat. Je zřejmé, že z hlediska práv a povinností smluvních stran upravených rámcovou smlouvou musí zadavatel vycházet ze znění § 11 odst. 1 zákona („Rámcovou smlouvou se pro účely tohoto zákona rozumí písemná smlouva mezi zadavatelem a jedním či více uchazeči uzavřená na dobu určitou, která upravuje podmínky týkající se jednotlivých veřejných zakázek na pořízení opakujících se dodávek, služeb či stavebních prací s obdobným předmětem plnění zadávaných po dobu platnosti rámcové smlouvy, zejména pokud jde o cenu a množství“) a text návrhu rámcové smlouvy musí odpovídat ostatním zadávacím podmínkám, které zadavatel definoval v zadávacím řízení. Stanovení ostatních smluvních podmínek je ale již plně v dispozici zadavatele.
71. Rámcovou smlouvou jsou upraveny podmínky zadávání veřejných zakázek zadávaných na jejím základě. Aby bylo smyslu a účelu rámcové smlouvy dosaženo, obsahuje její text zcela obvykle stanovení povinnosti vybraného uchazeče na základě výzvy k podání nabídky ze strany zadavatele tuto nabídku podat. Pakliže je takto v rámcové smlouvě stanovena povinnost, je rovněž běžné, aby její splnění bylo zajištěno některým ze zákonných institutů zajištění závazku, stejně jako tomu bývá u uzavíraných smluv o dílo. Nejčastěji je aplikován institut smluvní pokuty, který v předmětné věci použil i zadavatel.
72. Dodavatel v rámci zadávacích podmínek má možnost se s textem návrhu rámcové smlouvy seznámit před uplynutím lhůty pro podání nabídek. Je pouze na jeho vůli, zda přistoupí na zadavatelem stanovené podmínky a nabídku v zadávacím řízení podá. Pokud bude jeho nabídka vybrána jako nejvhodnější a bude s ním uzavřena rámcové smlouva, představuje toto pro něj závazek podat nabídku v zadávacím řízení realizovaném na základě rámcové smlouvy. Pokud by splnění této povinnosti (a dalších povinností uchazeče stanovených za účelem zadávání veřejných zakázek na základě rámcové smlouvy) nebylo v textu rámcové smlouvy zajištěno, jednalo by se o stanovení povinnosti nevymahatelné, bez reálného uplatnění, což v konečném důsledku popírá záměr zadavatele a účel rámcové smlouvy. Z tohoto důvodu rovněž zadavatel v předmětné věci stanovil smluvní pokuty v článku XII. návrhu rámcové smlouvy, když vycházel, jak vyplývá z jeho vyjádření ze dne 21. 4. 2011,

z předešlých zkušeností s jednáním vybraných uchazečů při zadávání veřejných zakázek na základě uzavřené rámcové smlouvy.

73. Vzhledem k uvedenému a s ohledem na závěr Úřadu uvedený v odstavci 65 tohoto rozhodnutí Úřad konstatuje, že neshledal v postupu zadavatele rozpor se zákonem, když v textu článku XII. návrhu rámcové smlouvy stanovil smluvní pokuty za nesplnění povinností ze strany vybraných uchazečů.
74. K otázce stanovení výše smluvních pokut v rozporu s dobrými mravy Úřad uvádí, že působnost Úřadu je vymezena v § 112 odst. 1 zákona. Z tohoto ustanovení vyplývá, že Úřad vykonává dohled nad dodržováním zákona o veřejných zakázkách. Posouzení souladu postupu zadavatele s jiným právním předpisem, než je zákon o veřejných zakázkách, tedy Úřadu nepřísluší. Právně relevantní názor o rozporu určitého právního úkonu s dobrými mravy podle § 39 občanského zákona může učinit pouze soud.

Kvalifikační požadavky podle bodu 10.2 zadávací dokumentace

75. Ustanovení § 44 odst. 1 zákona uvádí, že zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
76. V bodu 10.2 zadávací dokumentace je uvedeno: „Vzhledem ke skutečnosti, že uchazeči, se kterým bude uzavřena rámcová smlouva, může být umožněn přístup k utajované informaci způsobem podle § 20 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně utajovaných informací do stupně utajení „důvěrné“, prokáže uchazeč služby způsobilost pro plnění veřejné zakázky ve své nabídce těmito doklady:
- a. Úředně ověřenou kopii dokladu NBÚ „Osvědčení podnikatele“, na jehož základě se organizace může seznamovat s utajovanými informacemi pro stupeň utajení minimálně „důvěrné“,
 - b. Úředně ověřenou kopii dokladu „Osvědčení fyzické osoby“ pro stupeň utajení „důvěrné“, jejichž držitelem je osoba podnikatele,
 - c. Úředně ověřenou kopii dokladu „Poučení“ podle § 11 odst. 2 zákona o ochraně utajovaných informací, a podle vzoru přílohy č. 1 normativního výnosu MO č. 43/2006 Věstníku ve znění 1. a 2. změny pro odpovědnou osobu podnikatele,
 - d. Předložení vyplněného „Informačního dotazníku podnikatele“ podle přílohy č. 4 NV MO č. 43/2006 Věstníku ve znění 1. a 2. změny, včetně seznamu všech fyzických osob, které se budou a mohou seznamovat s utajovanými informacemi v rámci plnění předmětu veřejné zakázky a pro jaký stupeň utajení.
 - e. Pokud uchazeč bude předmět veřejné zakázky realizovat prostřednictvím subdodavatelů, zadavatel požaduje, aby bezpečnostní způsobilost prokázali a splňovali každý samostatně (pokud uchazeč není schopen prokázat splnění bezpečnostní způsobilosti podle bodu 10.2 ZD, nelze tuto skutečnost řešit cestou subdodavatele).
 - f. Utajované informace vybranému uchazeči bude poskytovat a od něj přebírat odpovědná osoba zadavatele pro převzetí a předání utajované informace.

- g. Uchazeč je povinen dodržovat příslušná ustanovení zákona o ochraně utajovaných informací, zejména § 65 až 68 a nepřipustit seznamování se s utajovanými a citlivými informacemi neoprávněnými osobami.“

77. Ve vztahu k subdodavatelům uvedené požadavky zadavatel vysvětlil dopisem ze dne 28. 2. 2011 v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám, když uvedl, že subdodavatelé uchazeče musí splňovat podmínky bezpečnostní způsobilosti v rozsahu bodu 10.2 písmeno a), b) a c) zadávací dokumentace. Uchazeč v informačním dotazníku podnikatele tyto subdodavatele uvede a konkrétní seznam osob, kteří se budou podílet na plnění předmětu, uvede do tabulky, která je přílohou informačního dotazníku podnikatele.
78. Úřad k uvedenému uvádí, že zadávací dokumentace je základním podkladem pro zpracování nabídky. Je nepřipustné, a z hlediska požadavků § 44 odst. 1 zákona nezákonné, aby podmínky stanovené zadávací dokumentací (včetně stanovení kvalifikačních předpokladů) byly formulovány nejednoznačně, neurčitě nebo nesrozumitelně. Pokud na základě takto formulovaných zadávacích podmínek dodavatel dojde při jejich výkladu k určitému závěru, který je závěrem smysluplným a logickým, a na základě něho v zadávacím řízení postupuje, nelze takový postup dodavatele, byť zadavatelova představa o smyslu takových zadávacích podmínek byla zcela odlišná, chápat jako rozporný se zadávacími podmínkami. Zadávací podmínky formulovány způsobem, který umožňuje několikerý výklad, je nutné vykládat vždy k tíži zadavatele. Toto však není případ přezkoumávaného bodu 10.2 zadávací dokumentace.
79. Navrhovatel se domnívá, že z výše uvedeného bodu 10.2 zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel požaduje, aby veškeré osoby dodavatele podílející se na plnění předmětu veřejné zakázky disponovaly osvědčením pro stupeň utajení „důvěrné“. K takovému závěru ovšem nelze z uvedeného bodu zadávací dokumentace podle názoru Úřadu žádným způsobem dospět.
80. Jak je uvedeno v písmenu d) bodu 10.2 zadávací dokumentace, zadavatel požaduje předložení vyplněného „Informačního dotazníku podnikatele“ včetně seznamu všech fyzických osob, které se budou a mohou seznamovat s utajovanými informacemi v rámci plnění předmětu veřejné zakázky a jaký stupeň utajení. Bez výkladových rozporů je zřejmé, že zadavatel v rámci prokázání splnění kvalifikace podle bodu 10.2 písmeno d) zadávací dokumentace požadoval pouze seznam všech fyzických osob, které se budou a mohou seznamovat s utajovanými informacemi v rámci plnění předmětu veřejné zakázky a pro jaký stupeň utajení mají tyto osoby osvědčení. Z toho vyplývá, že tyto osoby nemusejí mít osvědčení na stupeň utajení „důvěrné“. Zadavatele z hlediska ochrany utajovaných informací v tomto bodu zadávací dokumentace zajímá, které osoby se budou seznamovat v rámci plnění předmětu veřejné zakázky s utajovanými informacemi a do jakého stupně utajení (odvislého od stupně utajení, pro který tyto osoby mají osvědčení) tyto informace mohou tedy být. Stupeň utajení „důvěrné“ je požadován pouze u právnické nebo fyzické osoby podnikatele a pro odpovědnou osobu podnikatele, jak vyplývá z bodu 10.2 písm. a) až c) zadávací dokumentace.
81. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že neshledal v postupu zadavatele rozpor se zákonem při stanovení kvalifikačních předpokladů podle bodu 10.2 zadávací dokumentace.

82. Na závěr Úřad vzhledem k uvedenému konstatuje, že nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Ministerstvo obrany, Tychonova 1, 160 01 Praha

JUDr. Pavla Tloušťová, MBA, České Radiokomunikace a. s., U Nákladového nádraží 3144, 130 00 Praha

Vypraveno dne:

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