



UOHSX003KUU3

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: VZ/S255/07-7766/2011/540/IMa

V Brně dne 21. června 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 24.9.2007 na návrh ze dne 21.9.2007, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – Český hydrometeorologický ústav, příspěvková organizace, IČ 00020699, se sídlem Na Šabatce 2050/17, 143 06 Praha 4 – Komořany, zast. Ing. Václavem Dvořákem, Ph.D., ředitelem, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 11.3.2008 GORDION, s.r.o., IČ 26147921, se sídlem Kolmá 6/682, 190 00 Praha 9, a OptiKom.cz s.r.o., IČ 26151791, se sídlem Dělnická 12, 170 00 Praha 7,
- navrhovatel – GTS Czech s.r.o., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, Žižkov, za niž jedná Peter Charles Ramsay Broster, jednatel (ke dni zahájení správního řízení GTS NOVERA a.s., IČ 61058904, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3), ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 26.10.2006 INDOC s.r.o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 - Břevnov, za niž jedná Tomáš Pfeffer, jednatel,
- vybraný uchazeč – Telefónica O2 Czech Republic, a.s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4, Michle, za niž jedná Luis Antonio Malvido, předseda představenstva, a Jesús Pérez de Uriguen, první místopředseda představenstva, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 14.11.2009 Mgr. Olgou Merkunovou, Ph.D., zaměstnankyní společnosti,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Služby elektronických komunikací“ v části „A – Hlasové a datové služby prostřednictvím stacionárních sítí elektronických komunikací“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v Informačním

systemu o veřejných zakázkách uveřejněno dne 3.8.2007 pod ev. č. 60009946, ve znění oprav ze dne 8.8.2007, 10.8.2007 a 24.9.2007,

**rozhodl takto:**

I.

Zadavatel – Český hydrometeorologický ústav, příspěvková organizace, IČ 00020699, se sídlem Na Šabatce 2050/17, 143 06 Praha 4 – Komořany – nedodržel při zadávání výše uvedené veřejné zakázky postup podle ust. § 44 odst. 1 ve spojení s ust. § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když při vymezení předmětu veřejné zakázky v příloze č. A4 zadávací dokumentace v bodě C.3 Migrace na nové podmínky nedodržel zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku dne 22.12.2008 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem – Telefónica O2 Czech Republic, a.s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4.

II.

V ostatních částech návrhu se správní řízení podle ust. § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**.

III.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – Českému hydrometeorologickému ústavu, příspěvkové organizaci, IČ 00020699, se sídlem Na Šabatce 2050/17, 143 06 Praha 4 – Komořany, **ukládá pokuta ve výši 100 000 Kč** (slovy sto tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu Brno.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – Český hydrometeorologický ústav, příspěvková organizace, IČ 00020699, se sídlem Na Šabatce 2050/17, 143 06 Praha 4 - Komořany, zast. Ing. Václavem Dvořákem, Ph.D., ředitelem, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 11.3.2008 GORDION, s.r.o., IČ 26147921, se sídlem Kolmá 6/682, 190 00 Praha 9, a OptiKom.cz s.r.o., IČ 26151791, se sídlem Dělnická 12, 170 00 Praha 7 (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), veřejnou zakázku „Služby elektronických komunikací“ část „A – Hlasové a datové služby prostřednictvím stacionárních sítí elektronických komunikací“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 3.8.2007 pod ev. č. 60009946, a opravnými formuláři doplněno dne 8.8.2007, 10.8.2007 a 24.9.2007 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Zadávací dokumentaci si vyzvedlo 12 dodavatelů.
3. Dne 5.9.2007 podal uchazeč GTS Czech s.r.o., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, Žižkov, za niž jedná Peter Charles Ramsay Broster, jednatel (ke dni zahájení správního řízení GTS NOVERA a.s., IČ 61058904, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3), kterou ve správním řízení zastupuje na základě plné moci ze dne 26.10.2006 INDOC s.r.o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 - Břevnov, za niž jedná Tomáš Pfeffer, jednatel (dále jen „navrhovatel“), námítky proti zadávacím podmínkám.
4. Po přezkoumání námitek jim zadavatel nevyhověl, o čemž navrhovatele informoval dne 13.9.2007. Jelikož navrhovatel se způsobem vyřízení námitek nesouhlasil, podal dne 21.9.2007 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

## II. Obsah návrhu

5. V návrhu navrhovatel namítá, že zadavatel stanovil dílčí hodnotící kritéria č. 1 - Datové služby a č. 3 - Ucelenost technického a organizačního zajištění řešení v rozporu s ust. § 78 odst. 4 zákona, když nesprávně vymezil jejich obsah. Navrhovatel namítá konkrétně vymezení uvedených kritérií formou odkazů na přílohu A4 zadávací dokumentace, která obsahuje pouze podmínky předmětu plnění veřejné zakázky. Obsah částí „integrita nabízeného technického řešení“ a „celistvost navrhovaných služeb, technologií a technicko-organizační platformy“ není nijak blíže vymezen. Zadavatel neuvedl, v jakých požadavcích se nabídky uchazečů mohou lišit, přičemž na tom nemění nic ani skutečnost, že zadavatel vymezil některé části předmětu plnění jako „minimální“ technické podmínky. Dle názoru navrhovatele zadavatel svým postupem rovněž porušil ust. § 44 odst. 1 zákona, když nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.
6. Navrhovatel dále napadá, že zadavatel porušil zásadu zákazu diskriminace dle ust. § 6 zákona a současně porušil ust. § 45 odst. 3 zákona, když určitým dodavatelům zaručil konkurenční výhodu a vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže tím, že vymezil technické podmínky veřejné zakázky v čl. A. 2. 3 přílohy A4 zadávací dokumentace a způsob hodnocení dílčího kritéria č. 5 – Technologie přípojných vedení tak, že nejlépe hodnoceno bude řešení přípojných vedení prostřednictvím optických nebo metalických kabelů a nejhůře přípojky zřízené rádiovou cestou. Dle názoru navrhovatele jsou telekomunikační služby kvalitativně a parametrově shodné bez ohledu na typ přenosové technologie.
7. Navrhovatel dále namítá porušení ust. § 78 odst. 1 zákona, když zadavatel stanovil dílčí hodnotící kritéria a jejich váhové koeficienty způsobem, který neodpovídá jejich objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky.
8. Navrhovatel namítá rovněž porušení povinnosti vymezit kvalifikační předpoklady za účelem zjištění způsobilosti dodavatele pro plnění veřejné zakázky, která vyplývá z definice pojmu kvalifikace v ust. § 17 písm. e) zákona, a porušení ust. § 55 odst. 3 písm. c) zákona, podle kterého je veřejný zadavatel povinen vymezit minimální úroveň kvalifikačních předpokladů odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky, neboť zadavatel stanovil jako ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad dodavatele dosažení alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku v posledních třech účetních obdobích. Kladný hospodářský výsledek nemá dle názoru navrhovatele přímý vztah ke způsobilosti dodavatele

plnit veřejnou zakázku, u telekomunikačních operátorů je nutné zohlednit skutečnost, že míra investic do nově budované infrastruktury je taková, že objektivně neumožňuje dosahovat kladného hospodářského výsledku.

9. Dle názoru navrhovatele porušil zadavatel zásadu zákazu diskriminace dle ust. § 6 zákona a porušil ust. § 45 odst. 3 zákona, když určitým dodavatelům zaručil konkurenční výhodu a vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže tím, že vymezil technické podmínky veřejné zakázky v čl. C.3 přílohy A4 zadávací dokumentace tak, že bude-li dodavatel poskytovat služby hostingu v jiné než stávající lokalitě Telefónica O2 Czech Republic na adrese Praha 3, K Červenému dvoru 3156/25, musí připravit vlastní paralelní konfiguraci webové a portálové infrastruktury, která po jejím zprovoznění a odzkoušení bude umístěna do stávajícího hostingového centra a bude zajišťovat funkcionalitu stávajícího řešení zadavatele do doby, než bude vlastní vybavení zadavatele umístěno, zprovozněno a odzkoušeno v nové lokalitě dodavatele. Navrhovatel považuje požadavek zadavatele za nadbytečný a nemající vztah k plnění veřejné zakázky, když ověřit funkčnost nově připravené hostingové infrastruktury lze standardními měřicími prostředky i bez zřízení paralelní konfiguraci webové a portálové infrastruktury. Vlastní fyzické stěhování je pak možné realizovat v řádech hodin.
10. S ohledem na výše uvedené navrhovatel navrhuje zrušení zadávacího řízení. Současně navrhovatel navrhuje vydání předběžného opatření spočívajícím v uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení až do rozhodnutí ve věci samé.

### **III. Průběh správního řízení**

11. Úřad obdržel návrh dne 24.9.2007 a tímto dnem bylo podle ust. § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavateli byl návrh doručen dne 25.9.2007.

### **IV. Vyjádření zadavatele**

12. Dne 3.10.2007 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele ze dne 27.9.2007. Zadavatel uvádí, že způsob hodnocení dle dílčích hodnotících kritérií vymezil tak, aby pokryl odlišnosti ve všech hodnocených položkách. Obsah dílčích hodnotících kritérií č. 1 a č. 3 je dle jeho názoru dostatečně jasný a srozumitelný. Zadavatel dodává, že pokud nebylo navrhovateli jasné vymezení některých pojmů, mohl požádat o dodatečné informace, čehož však nevyužil. V zadávacích podmínkách bylo jednoznačně stanoveno, že v případě stanovených požadavků se jedná o minimální hodnoty, čímž je dle zadavatele umožněno podat nabídky, které by se v částech dílčích kritérií mohly lišit. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že zákonem není striktně stanovena metoda hodnocení nabídek. Zadavatel tedy použil metodu, která je dle jeho názoru nejobektivnější a umožní nejlépe vyhodnotit nabídky uchazečů.
13. Ve vztahu k preferenci vedení prostřednictvím optických nebo metalických kabelů zadavatel uvádí, že radiové spoje jsou náchylnější k poruchám vlivem meteorologických jevů, více hrozí úmyslné poškození a rušení. Zadavatel je součástí systému krizového řízení České republiky a je nezbytné, aby nabízené řešení bylo co nejkvalitnější. V případě selhání by mohlo dojít k nevyčíslitelným škodám. Zadavatel v zadávacích podmínkách připouští i jiná kvalitativně a technicky obdobná řešení.

14. Zadavatel se domnívá, že vzhledem k výši předpokládané hodnoty předmětné veřejné zakázky je oprávněn požadovat doložení kladného hospodářského výsledku. Zisk dodavatele představuje dle jeho názoru nejsouhrnnější hodnotový ukazatel používaný pro posuzování výkonnosti podniku. Daný kvalifikační předpoklad dle názoru zadavatele prokazuje, že dodavatel je schopen řádně splnit předmět veřejné zakázky.
15. Požadavek na vlastní paralelní konfiguraci webové a portálové infrastruktury se dle názoru zadavatele vztahuje k předmětu veřejné zakázky a skutečnost, že navrhovatel nemá paralelní konfiguraci a faktickou ani formální kvalifikaci pro její zřízení, není pro zadavatele relevantní. Navrhovatel může použít k plnění subdodavatele. Nutnost požadavku zadavatel odůvodňuje nemožností přerušení služby portálu na několik dní až týdnů než bude přestěhován hardware, nakonfigurováno nové prostředí a ověřena funkčnost a stabilita v novém prostředí.
16. K údajnému stanovení dílčích hodnotících kritérií, která nevyjadřují ekonomickou výhodnost nabídky, zadavatel uvádí, že stanovená dílčí hodnotící kritéria odpovídají potřebám zadavatele.
17. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. S255/2007-00294/2007/550-OŠ ze dne 5.10.2007. Úřad dále usnesením z téhož dne stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
18. Rozhodnutím č. j. S255/2007-00297/2007/550-OŠ ze dne 8.10.2007 Úřad vydal předběžné opatření, v němž uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.
19. Dne 19.10.2007 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele ze dne 18.10.2007. Zadavatel současně Úřadu předložil vyjádření Vysoké školy ekonomické v Praze, Fakulty podnikohospodářské ze dne 17.10.2007 ve věci významu zisku při posuzování výkonnosti podniku (dále jen „vyjádření VŠE“) a „Porovnání vhodnosti užití přenosových cest pro účely budoucí vysokorychlostní datové sítě“ ze dne 15.10.2007 zpracované Českým vysokým učením technickým v Praze, Fakultou elektrotechnickou (dále jen „vyjádření ČVUT“).

#### **V. Prvostupňové rozhodnutí ze dne 25.10.2007**

20. Dne 25.10.2007 vydal Úřad rozhodnutí č. j. S255/2007-00321/2007/550-OŠ, kterým podle ust. § 118 zákona rozhodl o zastavení správního řízení. Dopisem ze dne 12.11.2007 podal navrhovatel proti tomuto rozhodnutí Úřadu o zastavení správního řízení rozklad.

#### **VI. Druhustupňové rozhodnutí ze dne 4.2.2008**

21. Dne 4.2.2008 vydal předseda Úřadu druhostupňové rozhodnutí č. j. R206/2007/03-21330/2007/310-AS, kterým vyhověl podanému rozkladu a napadené rozhodnutí Úřadu č. j. S255/2007-00321/2007/550-OŠ ze dne 25.10.2007 zrušil a věc vrátil k novému projednání. Důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí byla skutečnost, že se Úřad nevypořádal s námitkou navrhovatele spočívající ve vymezení dílčích kritérií a jejich váhových koeficientů, která podle navrhovatele neodpovídají jejich objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky. Absence této části odůvodnění způsobila dle názoru předsedy Úřadu nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.

22. Dopisem č. j. S255/2007/VZ-05098/2008/540/Zaj ze dne 4.3.2008 oznámil Úřad účastníkům správního řízení pokračování správního řízení. Současně jim usnesením č. j. S255/2007/VZ-04926/2008/540/Zaj ze dne 29.2.2008 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavateli stanovil Úřad dále lhůtu k provedení úkonu – předložení plné moci o zastoupení zadavatele ve správním řízení.
23. Zadavatel se k oznámení o pokračování správního řízení vyjádřil dopisem ze dne 12.3.2008, ve kterém odkazuje na svá předchozí vyjádření a uvádí, že se nedopustil porušení zákona. Zadavatel rovněž předložil plnou moc ke svému zastoupení ve správním řízení.

#### **VII. Prvostupňové a druhostupňové rozhodnutí ze dne 4.6.2008 a 10.12.2008**

24. Dne 4.6.2008 vydal Úřad rozhodnutí ve věci č. j. ÚOHS-S255/2007/VZ-08090/2008/540/Zaj, kterým správní řízení podle ust. § 118 zákona zastavil. Proti tomuto rozhodnutí podal navrhovatel dopisem ze dne 26.6.2008 rozklad k předsedovi Úřadu. Druhostupňovým rozhodnutím č. j. R131/2008/02-25101/2008/310-Ku ze dne 10.12.2008 předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

#### **VIII. Rozsudek Krajského soudu**

25. Navrhovatel podal proti výše uvedenému rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R131/2008/02-25101/2008/310-Ku ze dne 10.12.2008 žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „soud“). Dne 12.8.2010 vydal soud rozsudek č. j. 62 Ca 10/2009-113, kterým zrušil napadené rozhodnutí a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.
26. Ve vztahu k otázce, zda dílčí hodnotící kritéria „Datové služby“ a „Ucelenost technického a organizačního zajištění řešení“ vyjadřují ekonomickou výhodnost nabídky a související otázce, zda zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, soud konstatoval, že skutkový stav popsany Úřadem nemá oporu ve správním spisu. Vzhledem k tomu nelze ani přezkoumat úvahy Úřadu o rozdílu v nabídkách a jejich vzájemné porovnatelnosti. Úřad by se měl zaměřit na posouzení těch parametrů hodnotících kritérií, v nichž měli uchazeči soutěžit, a vyhodnotit, zda jednotliví uchazeči mohli podat vzájemně porovnatelné nabídky.
27. K požadavku zadavatele na „alespoň jeden kladný hospodářský výsledek dodavatele v posledních třech účetních obdobích“ dospěl soud k závěru, že není namístě zpochybňovat důvody, které zadavatele ke stanovení tohoto požadavku vedly, ani význam ukazatele zisku z pohledu obecné bonity dodavatele. Dle názoru soudu je však podstatné, aby vymezením tohoto ekonomického a finančního předpokladu nebyla porušena zásada zákazu diskriminace, včetně diskriminace skryté. Úřad tedy musí zkoumat, kdo z dodavatelů se mohl o veřejnou zakázku ucházet a tento kvalifikační předpoklad splnit. Z uvedených zjištění je třeba dovodit, kteří dodavatelé poskytující plnění srovnatelné s plněním poptávaným zadavatelem působí na trhu, aniž by dosahovali kladných hospodářských výsledků. Úřad by se měl v dalším správním řízení rovněž zabývat otázkou, jakou rozumnou ekonomickou funkci tento kvalifikační předpoklad měl s ohledem na podmínky trhu, a to konkrétně ve vztahu k otázce existence dostatečně efektivního konkurenčního prostředí.

28. Ve vztahu ke stanovení technických podmínek v čl. A.2.3. přílohy A4 zadávací dokumentace a způsobu hodnocení dílčího hodnotícího kritéria č. 5 - „Technologie přípojných vedení“ soud konstatoval, že Úřad se nevyjádřil k otázce, zda tyto podmínky nevytvářejí konkurenční výhodu pro některého dodavatele nebo neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Vzhledem k tomu, že zadavatel sice připustil více technických řešení, avšak současně stanovil svoje preference, měl by se Úřad dle názoru soudu zabývat tím, zda tento postup není projevem diskriminace. Je třeba zabývat se otázkou, zda rozlišení typů přenosového média mohlo mít vliv na hodnocení nabídek a tedy pořadí jejich úspěšnosti. Soud dále konstatoval, že Úřad by měl posoudit, zda rozdíl mezi jednotlivými technologiemi odůvodňuje preferování jedné z nich a zda dodavatelé, kteří by použili různá technická řešení související s použitím přenosových médií, by byli schopni realizovat požadované plnění srovnatelným způsobem.
29. K požadavku zadavatele na vytvoření paralelní konfigurace infrastruktury soud konstatoval, že z napadeného rozhodnutí není zřejmé, z jakých konkrétních důvodů nevykazuje dle názoru Úřadu daný požadavek zadavatele prvky skryté diskriminace a porušení ust. § 45 odst. 3 zákona a Úřad by se tedy měl touto otázkou podrobně zabývat.
30. K vymezení dílčích hodnotících kritérií a jejich váhových koeficientů soud uvedl, že je na Úřadu, aby vyhodnotil, zda konkrétní dílčí kritéria jsou kritérii určitými a jednoznačnými, na základě nichž lze hodnotit předmět veřejné zakázky. Úřad by tedy v dalším řízení měl posoudit určitost a jednoznačnost jednotlivých dílčích kritérií ve vztahu k tomu, zda mohou být předmětem transparentního hodnocení a zda byla stanovena v souladu se zásadou zákazu diskriminace.

## **IX. Pokračování správního řízení**

31. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-R131/2008/VZ-15891/2010/310/JHr ze dne 21.10.2010 předseda Úřadu zrušil předchozí prvostupňové rozhodnutí Úřadu č. j. S255/2007/VZ-08090/2008/540/Zaj ze dne 4.6.2008 a věc vrátil Úřadu k novému projednání. Předseda Úřadu plně odkázal na výše citované rozhodnutí soudu a uložil Úřadu, aby vydal rozhodnutí, ve kterém bude respektovat závazný právní názor vyslovený soudem.
32. Dopisem č. j. VZ/S255/07-17933/2010/540/VKu ze dne 29.11.2010 oznámil Úřad účastníkům správního řízení jeho pokračování. Současně jim usnesením č. j. VZ/S255/07-17944/2010/540/VKu z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavateli současně daným usnesením stanovil lhůtu k předložení dokumentace veřejné zakázky a navrhovateli stanovil lhůtu ke sdělení, zda jej bude v rámci správního řízení zastupovat advokát, který jej zastupoval v řízení před soudem, a pokud ano, k předložení plné moci pro tuto osobu.
33. Dne 10.12.2010 byla Úřadu doručena dokumentace veřejné zakázky.
34. Dne 20.12.2010 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, který odkazuje na své vyjádření ze dne 18.10.2007. K požadavku na alespoň jeden kladný hospodářský výsledek dodavatele v posledních třech účetních obdobích zadavatel uvádí, že jeho odůvodněnost nezpochybnil ani soud. Ve vztahu ke způsobu hodnocení podle dílčího hodnotícího kritéria „Technologie přípojných vedení“ zadavatel uvádí, že jím preferované technické řešení mohou nabídnout i jiní dodavatelé, v této souvislosti odkazuje na ust. § 84 a 85 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění

pozdějších předpisů (dále jen „zákon o elektronických komunikacích“). Rovněž požadavek na vytvoření paralelní infrastruktury považuje zadavatel s ohledem na svoji povinnost zajišťovat nepřetržitý provoz za odůvodněný. K dílčím hodnotícím kritériím zadavatel uvádí, že byla zvolena v souladu se zákonem a na jejich základě lze provést hodnocení.

35. Dopisy ze dne 22.12.2010 požádal Úřad subjekty, které si v zadávacím řízení vyzvedly zadávací dokumentaci, ale následně nabídku nepodaly, o sdělení, zda ve vztahu k šetřené veřejné zakázce splňovaly kvalifikační požadavek dosažení alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku v posledních třech účetních obdobích. Dále tyto subjekty požádal o sdělení, jakou technologii přípojného vedení byly schopny v dané době zajistit a z jakého důvodu nepodaly svoji nabídku.
36. Dne 6.1.2011 obdržel Úřad vyjádření HEWLETT-PACKARD s.r.o., IČ 17048851, se sídlem Vyskočilova 1410/1, 140 21 Praha 4, která uvádí, že s ohledem na čtené personální změny není schopna otázku Úřadu zodpovědět.
37. Dne 10.1.2011 bylo Úřadu doručeno vyjádření T-Systems Czech Republic a.s, IČ 61059382, se sídlem Na Pankráci 1685/17, 140 21 Praha 4, ze dne 7.1.2011, která své vyjádření doplnila následně dopisem ze dne 18.1.2011. Z obou listin vyplývá, že tato společnost splňovala požadavek na alespoň jeden kladný hospodářský výsledek v posledních třech účetních obdobích. Plnění veřejné zakázky zamýšlela zajistit v Praze prostřednictvím optických kabelů, v ostatních městech radiovou cestou. Nabídku tato společnost nepodala z důvodu, že řešení radiovou cestou nebylo zadavatelem preferováno.
38. VOLNÝ, a.s., IČ 63080150, se sídlem U Nákladového nádraží 8, 130 00 Praha 3, ve svém vyjádření ze dne 10.1.2011 sděluje, že nesplňovala předmětný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad. Dále uvádí, že poskytování služeb prostřednictvím metalických kabelů i radiovou cestou by bylo teoreticky možné, konkrétní vyjádření však nelze v současnosti poskytnout. Vzhledem k tomu, že společnost nesplňovala kvalifikaci, nezabývala se podrobně dalšími podmínkami stanovenými v zadávací dokumentaci.
39. Dne 11.1.2011 obdržel Úřad vyjádření ISC Communication Czech a.s., IČ 26315521, se sídlem Tusarova 1564/57, 170 00 Praha 7, která uvádí, že splňovala požadovaný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad. Přípojné vedení byla společnost schopna zajistit pouze formou subdodávky, z tohoto důvodu nepodala vlastní nabídku.
40. Dne 12.1.2011 bylo Úřadu doručeno vyjádření KOMIX s.r.o., IČ 47117087, se sídlem Holubova 1, 150 00 Praha 5, která sděluje, že daný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad splňovala. Požadovaná přípojná vedení byla schopna zajistit pouze prostřednictvím subdodavatele, proto nabídku nepodala.
41. Dne 14.1.2011 obdržel Úřad vyjádření ČD-Telematika a.s., IČ 61459445, Pernerova 2819/2a, 130 00 Praha 3, která uvádí, že splňovala kvalifikační požadavek na alespoň jeden kladný hospodářský výsledek v posledních třech účetních obdobích. Z přípojného vedení byla tato společnost schopna zajistit zadavatelem nejméně preferovanou radiovou cestu, jiné způsoby přípojného vedení by byly spojeny s vysokými finančními náklady, proto k podání nabídky nepřistoupila.
42. Dne 17.1.2011 bylo Úřadu doručeno vyjádření T-Mobile Czech Republic a.s., IČ 64949681, se sídlem Tomičkova 2144/1, 149 00 Praha 4, která sděluje, že splňovala předmětný



ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad. Nabídku nepodala na základě svého obchodního rozhodnutí.

43. Dne 20.1.2011 bylo Úřadu doručeno vyjádření společnosti České Radiokomunikace a.s., IČ 27444902, se sídlem U Nákladového nádraží 3144/4, 130 00 Praha 3, která uvádí, že splňovala požadovaný ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad. V dané době byla tato společnost schopna zajistit metalické vedení, optické vedení a radiovou cestu. S ohledem na delší časový odstup již není schopna uvést důvod své neúčasti v zadávacím řízení.
44. Usnesením č. j. VZ/S255/07-958/2011/540/VKu ze dne 14.1.2011 stanovil Úřad vybranému uchazeči lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
45. Usnesením č. j. VZ/S255/07-466/2011/540/VKu ze dne 17.1.2011 ustanovil Úřad znalce v oboru ekonomika, kybernetika a spoje - Ing. Jiřího Kapouna, Nebovidská 502/13, 664 48 Moravany (dále jen „znalec Ing. Kapoun“ nebo „znalec“) k vypracování a předložení písemného znaleckého posudku ve věci odborného posouzení dostupnosti technologií přípojných vedení v době zadání předmětné veřejné zakázky a posouzení možných rozdílů ve způsobu a kvalitě poskytování zadavatelem požadovaného plnění v závislosti na jednotlivých technologiích přípojných vedení.
46. Dopisem č. j. VZ/S255/07-457/2011/540/VKu ze dne 17.1.2011 požádal Úřad znalce o zodpovězení následujících dotazů:
  - I. *Mohl zadavatelem nejvíce preferovanou technologií přípojných vedení, tj. přípojky realizované prostřednictvím optických nebo metalických kabelů v zemi, v době zadání šetřené veřejné zakázky nabídnout a realizovat pouze jediný dodavatel (Telefonica O2 Czech Republic, a.s.)?*
  - II. *Existovaly v době zadání šetřené veřejné zakázky rozdíly v kvalitě a způsobu zajištění zadavatelem požadovaných služeb v závislosti na konkrétních technologiích přípojných vedení? Jestliže ano, uveďte, zda vliv určité konkrétní technologie přípojných vedení na kvalitu a způsob zajištění služeb, které byly předmětem šetřené veřejné zakázky, mohl být z pohledu koncového uživatele podstatný či nikoliv a případně v čem.*
47. Účastníky správního řízení vyrozuměl Úřad o ustanovení znalce a o dotazech, které byly znalci položeny, dopisem č. j. VZ/S255/07-343/2011/540/VKu ze dne 17.1.2011.
48. Dne 2.2.2011 bylo Úřadu doručeno vyjádření vybraného uchazeče, který v něm navrhl doplnění otázek položených znalci o otázky týkající se možnosti poskytování požadovaných služeb na metalických vedeních pronajatých dodavatelem od vybraného uchazeče. Dále navrhl seznámit znalce s identitou zadavatele. Zadavatel je dle názoru vybraného uchazeče subjekt se specifickým umístěním pracovišť i se specifickými požadavky a potřebami.
49. Dne 4.4.2011 obdržel Úřad znalecký posudek č. 34-1/2011 o technologii přípojných vedení zpracovaný znalcem Ing. Kapounem dne 29.3.2011 (dále jen „znalecký posudek“). Na výše uvedené otázky odpověděl znalec následovně:
  - I. *V době zadání šetřené veřejné zakázky a ve všech místech případné realizace byly přípojky realizované prostřednictvím optických nebo metalických kabelů v zemi převážně vlastněny společnostmi Telefonica O2 Czech Republic, a.s. Nabídnout a realizovat tyto přípojky*

*pro zadavatele veřejné zakázky však mohli i ostatní zájemci o dodávku této veřejné zakázky, a to formou pronájmu výše uvedených okruhů od společnosti Telefonica O2 Czech Republic, a.s., a to podle zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, podle kterého měl tento podnik s významnou tržní silou povinnost tyto okruhy poskytnout.*

- II. *V době zadání šetřené veřejné zakázky existovaly a stále existují rozdíly v kvalitě a způsobu zajištění zadavatelem požadovaných služeb v závislosti na konkrétních technologiích přípojných vedení.*

Telefonní služby:

*- není rozdíl ve způsobu přípojných technologií  
- je rozdíl v kvalitě, spolehlivosti a odolnosti proti vnějším vlivům v tomto pořadí sestupně: optický kabel, metalický kabel, rádiová cesta*

Přístup k síti internet:

*- není zásadní rozdíl ve způsobu přípojných technologií z hlediska aktuálních požadavků na kapacitu linky  
- je však rozdíl v plánovaných kapacitách, pro které může být metalický kabel a radiová cesta omezující  
- je rozdíl v kvalitě, spolehlivosti a odolnosti proti vnějším vlivům v tomto pořadí sestupně: optický kabel, metalický kabel, radiová cesta.*

50. Dopisem č. j. VZ/S255/07-5478/2011/540/VKu ze dne 6.4.2011 Úřad účastníkům řízení oznámil, že podkladem pro rozhodnutí bude také znalecký posudek, jehož kopii jim zaslal v příloze tohoto dopisu. Usnesením č. j. VZ/S255/07-5480/2011/540/VKu z téhož dne stanovil Úřad účastníkům správního řízení lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
51. Dne 15.4.2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, který pouze odkázal na svá předchozí vyjádření.
52. Dne 18.4.2011 bylo Úřadu doručeno vyjádření vybraného uchazeče, jenž poukázal na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R162/2010/VZ-2882/2011/310/EKu ze dne 23.3.2011, a to zejména na čl. 36 až 38 odůvodnění tohoto rozhodnutí, která se vztahují k dílčímu hodnotícímu kritériu „Požadavky na přípojná vedení“. Předseda Úřadu zde konstatoval, že vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel připustil více druhů technického řešení a uvedl, které z těchto řešení preferuje a jak tuto preferenci konkrétně vyjádří v rámci hodnocení předložených nabídek, nelze hodnocení dle uvedeného subkritéria považovat za nepředvídatelné a zpětně nepřezkoumatelné. Dané závěry jsou dle názoru vybraného uchazeče aplikovatelné i na nyní šetřený případ.

## **X. Závěry Úřadu**

53. Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání šetřené veřejné zakázky, dokumentů předložených zadavatelem (vyjádření VŠE a vyjádření ČVUT), znaleckého posudku Ing. Kapouna a na základě vlastního zjištění rozhodl, že zadavatel při stanovení dílčích hodnotících kritérií „Datové služby“, „Ucelenost technického a organizačního zajištění řešení“ a „Technologie přípojných vedení“, a při stanovení

požadavku na kladný hospodářský výsledek postupoval v souladu se zákonem, jak je uvedeno ve výroku II. rozhodnutí, a při stanovení požadavku na vlastní paralelní konfiguraci při migraci na nové podmínky nepostupoval při zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem, jak je uvedeno ve výroku I. rozhodnutí. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

**Stanovení dílčích hodnotících kritérií „Datové služby“ a „Ucelenost technického a organizačního zajištění řešení“, vymezení předmětu veřejné zakázky**

54. Podle ust. § 50 odst. 4 zákona nemohou být ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady a technické kvalifikační předpoklady předmětem hodnotících kritérií.
55. Podle ust. § 78 odst. 4 zákona rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky. Jednotlivým dílčím kritériím musí zadavatel stanovit váhu, kterou vyjádří v procentech. Jedním z dílčích kritérií je vždy nabídková cena a dále zejména kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení. Hodnocení nabídek provede hodnotící komise podle hodnotících kritérií uvedených v dokumentech dle ust. § 78 odst. 6 zákona.
56. Pokud se zadavatel rozhodne, že bude nabídky hodnotit podle kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, je povinen stanovit taková dílčí kritéria, která se výhradně týkají nabídky a její ekonomické výhodnosti, tzn. její kvality. Zadavatel tak hodnotí vlastní ekonomickou výhodnost nabídky uchazeče, tj. zabývá se hodnocením konkrétních podmínek obsažených v nabídce, za nichž uchazeč zadavateli nabízí splnění dané veřejné zakázky. Výsledkem tohoto procesu je tedy hodnocení konkrétního obsahu dané nabídky ve vztahu k její ekonomické výhodnosti a zjištění míry této ekonomické výhodnosti pro zadavatele.
57. Úřad obecně uvádí, že hodnocení nabídek je klíčovým prvkem v procesu přidělení veřejné zakázky, proto je na správné stanovení hodnotících kritérií kladen značný důraz. Jestliže se zadavatel rozhodne pro způsob hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti nabídky, měl by dostatečným způsobem vymežit obsah jednotlivých dílčích hodnotících kritérií. Zadavatel je povinen stanovit kritéria hodnocení v souladu s požadavkem transparentnosti tak, aby zájemci, kteří se rozhodnou pro účast ve veřejné zakázce, byli reálně schopni předložit konkrétní nabídky a mohli si předem vytvořit o způsobu hodnocení včetně obsahu jednotlivých kritérií dostatečnou představu. Vzhledem k tomu, že dílčí hodnotící kritéria nemusí být sama o sobě vždy dostatečně určitá, je u nich většinou nezbytné v zájmu zajištění transparentnosti zadávacího řízení stanovit, jaké údaje či parametry z nabídek budou předmětem hodnocení a jakým způsobem bude hodnocení provedeno. Dostatečná určitost je dána tehdy, jestliže si potencionální uchazeč po prostudování zadávací dokumentace dokáže udělat představu o tom, co všechno musí v nabídce předložit, chce-li uspět při hodnocení nabídek zadavatelem. Uchazeči musí mít dostatečné informace o tom, co bude předmětem hodnocení v rámci výše uvedených hodnotících kritérií. Úkolem Úřadu je pak posoudit určitost a jednoznačnost jednotlivých dílčích hodnotících kritérií a jejich schopnost být předmětem transparentního hodnocení a skutečnost, zda nejde o kritéria, jež by byla stanovena v rozporu se zásadou zákazu diskriminace.

58. V zadávací dokumentaci v části „A“- Základní údaje zadávací dokumentace pod bodem 6. Způsob hodnocení nabídek zadavatel uvedl, že základním kritériem hodnocení je ekonomická výhodnost nabídky. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky stanovil zadavatel ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž mimo jiné stanovil následující dílčí hodnotící kritéria:

Datové služby	váha 35 %
Ucelenost technického a organizačního zajištění řešení	váha 15 %

59. Ve vztahu k dílčímu hodnotícímu kritériu „Datové služby“ zadavatel uvedl, že *„bude hodnoceno tak, že zadavatel zhodnotí integritu nabízeného technického řešení, bezpečnost a jeho flexibilitu. Nejvyšší bodová hodnota bude přidělena nabídce, která bude obsahovat řešení poskytující nejvyšší flexibilitu za nejpříznivějších obchodních podmínek, a to z pohledu navyšování a ponížení rychlostí (kapacit) služeb, možnosti implementace nových služeb, navyšování výkonnostních parametrů řešení, a které bude realizováno na nejvíce homogenní a nejbezpečnější technické-organizační platformě. Předmětem hodnocení v rámci tohoto dílčího kritéria bude obsah odpovědi uchazeče na body B.1.1 a bod C vyjma částí C.1.3 a C.1.4 přílohy A4 zadávací dokumentace.“*
60. U dílčího hodnotícího kritéria „Ucelenost technického a organizačního zajištění řešení“ zadavatel stanovil, že *„bude hodnoceno tak, že zadavatel podle předložené nabídky uchazeče vyhodnotí celkovou náročnost správy nabídnutého řešení a dále zhodnotí celistvost navrhovaných služeb, technologií a technicko-organizační platformy. Zadavatel preferuje řešení „na klíč“ od jediného dodavatele, s jedním kontaktním místem pro řešení požadavků části „A“ veřejné zakázky. Předmětem hodnocení v rámci tohoto dílčího kritéria bude obsah odpovědi uchazeče na body A.2.1, A.2.2, A.5.2, A.5.5 přílohy A4 zadávací dokumentace.“*
61. Navrhovatel namítá vymezení výše uvedených dílčích hodnotících kritérií č. 1 - Datové služby a č. 3 - Ucelenost technického a organizačního zajištění řešení v rozporu s ust. § 78 odst. 4 zákona, když zadavatel vymezil některé části předmětu plnění jako „minimální“ technické podmínky, přičemž neuvedl parametry, ve kterých se mohou nabídky uchazečů lišit. Dle názoru navrhovatele zadavatel svým postupem porušil rovněž ust. § 44 odst. 1 zákona, když nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.
62. Z předložené dokumentace Úřad zjistil, že zadavatel v příloze č. A4 - Podrobné vymezení předmětu plnění veřejné zakázky části „A“ zadávací dokumentace obsáhle na 23 stranách popsal, co od dodavatelů požaduje. Mimo jiné zadavatel jednoznačně v zadávacích podmínkách uvedl, že se jedná o minimální hodnoty požadavků, a proto se jednotlivé nabídky mohou lišit.
63. Ve vztahu ke způsobu stanovení dílčích hodnotících kritérií „Datové služby“ a „Ucelenost technického a organizačního zajištění řešení“ odkazuje Úřad dále na odpovídající část výše uvedeného rozsudku soudu č. j. 62 Ca 10/2009-113 ze dne 12.8.2010. Soud zde dospěl k závěru, že *„jestliže tedy žalovaný (tj. Úřad - poznámka Úřadu) odlišil ty požadavky zadavatele, které mají charakter kvalifikačních předpokladů (v nichž uchazeči nemají soutěžit, ale musí prokázat jejich splnění, aby mohly být jejich nabídky následně hodnoceny), od těch požadavků, v nichž se mohly nabídky lišit (a v nichž tedy uchazeči měli soutěžit), postupoval*

*správně. Dovodil-li žalovaný, že část požadavků zadavatele byla požadavky na kvalifikaci („v minimální míře“) a část měla být předmětem hodnocení („nad minimální míru“), pak tento závěr odpovídá zadávacím podmínkám; ... Potud je tedy závěr žalovaného, že zadávací dokumentace nevymezovala pouze podmínky, které mají obsahovat nabídky, ale stanovené požadavky byly uvedeny jako minimální hodnoty, od kterých se mají odlišovat (a v nich uchazeči svými nabídkami „soutěžit“), správný a odpovídající zjištěným skutečnostem.“*

64. Jak již Úřad uvedl v předchozím prvostupňovém rozhodnutí č. j. S255/2007/VZ-08090/2008/540/Zaj ze dne 4.6.2008, v souvislosti s posouzením otázky, zda zadávací podmínky a způsob stanovení dílčích hodnotících kritérií byly stanoveny způsobem, který umožňoval zpracování porovnatelných nabídek a zadavatel tedy byl schopen provést hodnocení v souladu se zákonem a podmínkami zadání, Úřad podrobně analyzoval obsah předložených nabídek. Po přezkoumání nabídky vybraného uchazeče a nabídky navrhovatele dospěl Úřad k závěru, že nabídky obsahují rozdílné hodnoty, na základě kterých je možné provést hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti nabídek.
65. U dílčího hodnotícího kritéria „Datové služby“ Úřad konkrétně zjistil, že v části v části C.1.1. nabízí vybraný uchazeč navyšování výkonnostních parametrů v termínu od 2 dnů do 4 týdnů. Navrhovatel nabízí navyšování výkonnostních parametrů podle požadavků zadavatele po provedení místního šetření, na základě kterého stanoví harmonogram navyšování výkonnostních parametrů.
66. U dílčího hodnotícího kritéria „Ucelenost technického a organizačního zajištění řešení“ v části A.5.2. „Požadavky na správu telekomunikačního řešení“, z předložených nabídek vyplývá, že oba uchazeči nabízí totožné služby. Vybraný uchazeč vedle toho nabízí aktuální a detailní evidenci služeb a zařízení včetně jejich nastavení a přiřazení na organizační útvary a jednotlivé pracovníky. V části A.5.5. Ochrana telekomunikačního řešení proti zneužití nabízí vybraný uchazeč monitoring provozu zadavatele a včasné upozornění na vznik nestandardních situací, přičemž uvádí konkrétní nestandardní situace. Navrhovatel ve své nabídce k tomuto uvádí, že není schopen zajistit požadavky zadavatele na zabezpečení ochrany proti snahám o zneužívání svého telekomunikačního řešení, které by spočívalo v monitorování provozu na telefonních linkách a upozorňování na vznik nestandardních situací.
67. Na základě údajů z nabídek uchazečů Úřad konstatuje, že nabídky obsahují hodnoty, na základě kterých by mohl zadavatel provést hodnocení. Zadavatel tedy může na základě těchto hodnot provést hodnocení tak, aby vybral ekonomicky nejvýhodnější nabídku. Zadávací dokumentace nevymezovala pouze podmínky, které mají obsahovat nabídky, ale stanovené požadavky uvedl zadavatel jako minimální hodnoty, od kterých se nabídky mohou odlišovat.
68. K vymezení předmětu veřejné zakázky Úřad uvádí, že podle ust. § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, za jehož správnost a úplnost odpovídá zadavatel.
69. K navrhovatelem namítanému nedostatečnému vymezení předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky Úřad konstatuje, že ze zadávací dokumentace a z nabídek uchazečů vyplynulo, že předmět veřejné zakázky popsal

zadavatel v zadávací dokumentaci dostatečně podrobně tak, že uchazeči zpracovali vzájemně porovnatelné nabídky.

70. K odkazu navrhovatele na rozhodnutí č.j.: VZ/S185/05-152/5322/05-KV ze dne 15.3.2006, ve kterém došlo k záměně technické specifikace za dílčí kritéria Úřad sděluje, že se nejedná o stejný případ, protože v daném případě se staly kvalifikační předpoklady předmětem hodnotících kritérií.
71. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že v postupu zadavatele při stanovení dílčích hodnotících kritérií „Datové služby“ a „Ucelenost technického a organizačního zajištění řešení“ a vymezení předmětu veřejné zakázky neshledal porušení ust. § 78 odst. 4 zákona a ust. § 44 odst. 1 zákona.
72. Pro úplnost Úřad poznamenává, že soud vytýkal Úřadu v dotčené části odůvodnění skutečnost, že správní spis neobsahoval podklady, konkrétně části nabídek jednotlivých uchazečů, z nichž by bylo možno ověřit skutečnosti uvedené Úřadem v rozhodnutí č. j. S255/2007/VZ-08090/2008/540/Zaj ze dne 4.6.2008. S ohledem na uvedené konstatování soudu Úřad doplnil správní spis odpovídajícím způsobem tak, aby Úřadem popsany skutkový stav měl oporu ve správním spise.

#### **Preference optických nebo metalických kabelů před přípojkami zřízenými rádiovou cestou, stanovení vah u dílčích hodnotících kritérií**

73. Podle ust. § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
74. Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky podle ust. § 78 odst. 1 písm. a) zákona je ekonomická výhodnost nabídky.
75. Podle ust. § 78 odst. 4 zákona rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky a mohou jimi být vedle nabídkové ceny zejména kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení.
76. Je-li základním hodnotícím kritériem ekonomická výhodnost nabídky, musí zadavatel podle ust. § 78 odst. 5 zákona stanovit jednotlivým dílčím hodnotícím kritériím váhu, kterou vyjádří v procentech. Stanovená váha může být u jednotlivých dílčích hodnotících kritérií shodná.

#### **Subkritérium „Technologie přípojných vedení“**

77. Zadavatel stanovil jako jedno z dílčích hodnotících kritérií kritérium „Technologie přípojných vedení“ s vahou 10 %, přičemž v rámci popisu způsobu hodnocení uvedl, že „nejlépe bude hodnoceno řešení přípojných vedení prostřednictvím optických nebo metalických kabelů vedených v zemi, nejhůře přípojky zřízené rádiovou cestou.“
78. Navrhovatel v návrhu namítá, že telekomunikační služby požadované zadavatelem jsou kvalitativně i parametrově shodné bez ohledu na to, zda je přenosové médium optické, metalické nebo rádiové. Rozlišování podle typu přenosového média nemá dle jeho názoru žádné opodstatnění a je diskriminační.

79. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 27.9.2007 mimo jiné uvádí, že radiové spoje jsou náchylnější k poruchám vlivem meteorologických jevů, více hrozí úmyslné poškození a rušení.
80. Za účelem posouzení dostupnosti technologie přípojných vedení v době zadání šetřené veřejné zakázky a posouzení rozdílů v kvalitě a způsobu zajištění zadavatelem požadovaných služeb v závislosti na konkrétních technologiích přípojných vedení, ustanovil Úřad podle ust. § 56 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), znalce k vypracování písemného znaleckého posudku ve věci dále uvedeného odborného posouzení.
81. Znalec Ing. Jiří Kapoun byl požádán o zodpovězení následujících dotazů:
- I. *Mohl zadavatelem nejvíce preferovanou technologii přípojných vedení, tj. přípojky realizované prostřednictvím optických nebo metalických kabelů v zemi, v době zadání šetřené veřejné zakázky nabídnout a realizovat pouze jediný dodavatel (Telefonica O2 Czech Republic, a.s.)?*
  - II. *Existovaly v době zadání šetřené veřejné zakázky rozdíly v kvalitě a způsobu zajištění zadavatelem požadovaných služeb v závislosti na konkrétních technologiích přípojných vedení? Jestliže ano, uveďte, zda vliv určité konkrétní technologie přípojných vedení na kvalitu a způsob zajištění služeb, které byly předmětem šetřené veřejné zakázky, mohl být z pohledu koncového uživatele podstatný či nikoliv a případně v čem.*
82. Ve znaleckém posudku uvedl znalec následující odpovědi:
- I. *V době zadání šetřené veřejné zakázky a ve všech místech případné realizace byly přípojky realizované prostřednictvím optických nebo metalických kabelů v zemi převážně vlastněny společností Telefonica O2 Czech Republic, a.s. Nabídnout a realizovat tyto přípojky pro zadavatele veřejné zakázky však mohli i ostatní zájemci o dodávku této veřejné zakázky, a to formou pronájmu výše uvedených okruhů od společnosti Telefonica O2 Czech Republic, a.s., a to podle zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, podle kterého měl tento podnik s významnou tržní silou povinnost tyto okruhy poskytnout.*
  - II. *V době zadání šetřené veřejné zakázky existovaly a stále existují rozdíly v kvalitě a způsobu zajištění zadavatelem požadovaných služeb v závislosti na konkrétních technologiích přípojných vedení.*  
Telefonní služby:
    - není rozdíl ve způsobu přípojných technologií
    - je rozdíl v kvalitě, spolehlivosti a odolnosti proti vnějším vlivům v tomto pořadí sestupně: optický kabel, metalický kabel, rádiová cestaPřístup k síti internet:
    - není zásadní rozdíl ve způsobu přípojných technologií z hlediska aktuálních požadavků na kapacitu linky
    - je však rozdíl v plánovaných kapacitách, pro které může být metalický kabel a rádiová cesta omezující
    - je rozdíl v kvalitě, spolehlivosti a odolnosti proti vnějším vlivům v tomto pořadí sestupně: optický kabel, metalický kabel, rádiová cesta.

83. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že znalecký posudek potvrzuje, že mezi jednotlivými typy přípojných vedení existovaly v době zahájení zadávacího řízení a stále existují rozdíly v kvalitě, spolehlivosti a odolnosti vůči vnějším vlivům. Rozlišení mezi typy přenosového média je tak třeba považovat za důvodné. Ze znaleckého posudku vyplývá, že preference zadavatele odpovídají technické povaze a kvalitě jednotlivých typů přípojných vedení. S ohledem na vyjádření znalce k prvnímu dotazu Úřad dále konstatuje, že stanovený způsob hodnocení technologie přípojných vedení nemohl určitým dodavatelům zaručit konkurenční výhodu nebo vytvořit neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Jak znalec jednoznačně uvádí, nabídnout a realizovat přípojky prostřednictvím optických nebo metalických kabelů v zemi mohli i ostatní dodavatelé, a to prostřednictvím vybraného uchazeče, který má povinnost poskytnout svoje přípojky alternativním operátorům na základě zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů. S ohledem na uvedené skutečnosti považoval Úřad za nadbytečné doplnit dotazy položené znalci tak, jak navrhoval vybraný uchazeč ve svém vyjádření ze dne 2.2.2011. K návrhu vybraného uchazeče na seznámení znalce s identitou zadavatele Úřad uvádí, že znalci byla za účelem zpracování znaleckého posudku poskytnuta zadávací dokumentace. Znalec byl tedy s identifikačními údaji zadavatele Úřadem seznámen.
84. Oprávněnost postupu zadavatele potvrzuje i vyjádření ČVUT, které zadavatel předložil, v němž je mimo jiné uvedeno, že pro realizaci přístupové datové širokopásmové sítě, kde není prioritní ani rychlost výstavby ani bezpodmínečně nejnižší ekonomický náklad, ale naopak dlouhodobá spolehlivost, kvalita provozu a bezpečnost, se jeví jako optimální varianta použití optických nebo metalických kabelů.
85. Úřad uvádí, že zadavatel má právo vymežit technické parametry tak, aby odpovídaly jeho požadavkům a potřebám, pokud svůj postup řádně odůvodní. V situaci, kdy způsob přenosu signálu může ovlivnit kvalitu poskytovaných služeb, lze považovat hodnocení typu přípojných vedení za odůvodněné. Rovněž je třeba přihlídnout ke skutečnosti, že zadavatel svou preferenci nestanovil jako závaznou podmínku účasti, ale připustil účast i dodavatelů s jiným typem vedení. Zadavatel v rámci specifikace předmětného hodnotícího kritéria připustil nejen vedení zemním optickým kabelem, které nejvíce preferuje, ale i jiná technická řešení. Tato jiná technická řešení se zadavatel rozhodl hodnotit nižším počtem bodů, přičemž dostatečným způsobem vysvětlil technické důvody pro takový postup. Relevantnost těchto důvodů potvrdil i znalecký posudek, který nechal zpracovat Úřad. Pro úplnost Úřad uvádí, že zadavatel tomuto dílčímu kritériu stanovil 10 % váhu, což je z šesti hodnotících kritérií druhá nejnižší váha. Největší důraz je kladen na kritérium datové služby a nabídková cena.
86. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že v postupu zadavatele při stanovení toho dílčího hodnotícího kritéria neshledal porušení zákona.

#### Stanovení vah u dílčích hodnotících kritérií

87. Zadavatel stanovil jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž stanovil následující dílčí hodnotící kritéria:

Datové služby	váha 35 %
Výše nabídkové ceny v Kč bez DPH	váha 20 %
Ucelenost technického a organizačního zajištění řešení	váha 15 %



Záruky za kvalitu služeb (SLA) váha 15 %

Technologie přípojných vedení váha 10 %

Zvýhodnění volání na telefonní čísla zadavatele v rámci mobilní sítě elektronických komunikací váha 5 %

88. Navrhovatel v návrhu namítá, že zadavatel stanovil váhové koeficienty u dílčích hodnotících kritérií způsobem, který neodpovídá jejich objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky, čímž došlo k porušení ust. § 78 odst. 1 zákona. Navrhovatel nezpochybňuje, mimo dílčí hodnotící kritéria napadená v jiných částech tohoto návrhu, věcnou správnost dílčích hodnotících kritérií, zdůrazňuje však, že míra vlivu dílčích hodnotících kritérií neodpovídá jejich konkrétnímu ekonomickému přínosu pro zadavatele.
89. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 27.9.2007 uvedl, že dílčí hodnotící kritéria vyjadřují ekonomickou výhodnost nabídky a odpovídají potřebám zadavatele.
90. K námitce navrhovatele vztahující se ke stanoveným vahám dílčích hodnotících kritérií odkazuje Úřad na výše citovaný rozsudek soudu č. j. 62 Ca 10/2009-113 ze dne 12.8.2010, kterým došlo ke zrušení předchozího rozhodnutí předsedy Úřadu a vrácení věci k dalšímu řízení. Soud zde mimo jiné uvádí, že „*v případě, kdy zadavatel zvolí sice odpovídající dílčí kritéria, přiřadí jim však váhy, které neodpovídají jeho skutečným potřebám stejně jako žalovaný (tj. Úřad - poznámka Úřadu) ani zdejší soud nenalézá v ZVZ nástroj, prostřednictvím kterého by mohl žalovaný proti takto stanoveným dílčím kritériím zasáhnout, tj. jak by měl zadavatele „opravit“ v jeho představách o tom, jakou nabídku má on sám považovat za nabídku nejlépe odpovídající jeho potřebám*“. S odkazem na uvedený závěr soudu Úřadu nezbyvá než opakovaně konstatovat, že je na zadavateli, aby stanovil dílčí hodnotící kritéria způsobem, který odpovídá jejich významu a ekonomické výhodnosti pro zadavatele.
91. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že v postupu zadavatele při stanovení vah dílčích hodnotících kritérií neshledal porušení zákona.

**Požadavek na doložení alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku v posledních třech účetních obdobích**

92. Podle ust. § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
93. Podle ust. § 17 písm. e) zákona se pro účely zákona kvalifikací dodavatele rozumí způsobilost dodavatele pro plnění veřejné zakázky.
94. Podle ust. § 55 odst. 1 písm. b) zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele požadovat předložení poslední zpracované rozvahy podle zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů, nebo určitou část takové rozvahy.
95. Ustanovení § 50 odst. 3 zákona stanoví, že veřejný zadavatel je povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

96. V bodě 1.4.2 přílohy č. A1 - kvalifikační dokumentace k části „A“ zadávací zadavatel stanovil, že *„dodavatel splňuje ekonomický a finanční kvalifikační předpoklad, pokud dosáhl v posledních třech účetních obdobích alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku“*.
97. Navrhovatel namítá, že kladný hospodářský výsledek nemá žádný vztah ke způsobilosti dodavatele plnit veřejnou zakázku a požadovaná minimální úroveň splnění tohoto kvalifikačního předpokladu neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti jejího předmětu. Stanovením tohoto požadavku zadavatel nepřipustně omezil možnost účasti alternativních poskytovatelů telekomunikačních služeb.
98. Dle názoru zadavatele daný kvalifikační předpoklad prokazuje, že dodavatel je schopen řádně splnit předmět veřejné zakázky. Zadavatel odkazuje na stanovisko VŠE, v němž je uvedeno, že zisk dodavatele představuje nejsouhrnnější hodnotový ukazatel používaný pro posuzování výkonnosti podniku.
99. Ve vztahu k citovanému požadavku zadavatele Úřad uvádí, že řádnou realizaci veřejné zakázky může zajistit pouze způsobilý (tzn. kvalifikovaný) dodavatel, který zadavateli prokáže svou ekonomickou a technickou stabilitu. O své způsobilosti plnit veřejnou zakázku musí dodavatel zadavatele přesvědčit prokázáním kvalifikace tak, aby zadavatel získal jistotu, že plnění bude poskytnuto skutečně způsobilým dodavatelem. Úřad konstatuje, že zisk podniku lze považovat za ukazatel, který má obecně vypovídací hodnotu při posuzování výkonnosti společnosti. Dodavatel vykazující dlouhodobě finanční ztrátu se může ocitnout v platební neschopnosti a potýkat se s existenčními problémy. Zadavatel je s ohledem na konkrétní podmínky a náročnost plnění veřejné zakázky oprávněn po uchazeči požadovat, aby doložil, že je dostatečně ekonomicky silným subjektem s dobrým finančním zdravím a je tedy objektivně způsobilý zajistit plnění veřejné zakázky. Požadavek zadavatele na doložení, že v posledních třech účetních obdobích dosáhl alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku, nelze považovat ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce za nepřiměřený nebo v rozporu se zákonem. Jak vyplývá z výše citovaného ustanovení § 55 odst. 1 písm. b) zákona, zákon umožňuje veřejnému zadavateli takovýto požadavek stanovit.
100. Vzhledem k tomu, že navrhovatel namítá, že stanovený kvalifikační předpoklad neoprávněně zvýhodňuje vybraného uchazeče a fakticky znemožňuje účast většiny alternativních poskytovatelů telekomunikačních služeb v zadávacím řízení, zabýval se Úřad rovněž otázkou, kolik subjektů z dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ale následně nabídku nepodali, mohlo splnit zadavatelem stanovený požadavek. Za tímto účelem oslovil dopisy ze dne 22.12.2010 všechny subjekty, které si v zadávacím řízení vyzvedly zadávací dokumentaci, ale následně nabídku nepodaly, a požádal je o sdělení, zda ve vztahu k šetřené veřejné zakázce splňovaly kvalifikační požadavek dosažení alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku v posledních třech účetních obdobích.
101. Z obdržených vyjádření je zřejmé, že většina dodavatelů, kteří reagovali na žádost Úřadu, konkrétně šest z osmi, předmětný kvalifikační požadavek splňovala. Úřad uvádí, že se přitom jedná o subjekty, které si vyzvedly zadávací dokumentaci, a je tedy možno je považovat za potenciální dodavatele požadovaných telekomunikačních služeb. Nelze tedy souhlasit s tvrzením navrhovatele, že daný požadavek stanovený zadavatelem omezuje soutěžní prostředí. S ohledem na uvedené Úřad konstatuje, že v daném případě nemohlo stanovení tohoto ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu vést k omezení účasti většiny

alternativních poskytovatelů telekomunikačních služeb. Zadavatel tímto způsobem neomezil hospodářskou soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli a neznemožnil většině dodavatelů ucházet se o veřejnou zakázku. Úřad uvádí, že nelze považovat za diskriminační a v rozporu se zásadou rovného zacházení, pokud zadavatel stanoví kvalifikační předpoklad, který nesplňují všechny subjekty zabývající se poskytováním služeb v daném odvětví, které v současné době na trhu působí.

102. K namítané skutečnosti, že míra investic telekomunikačních operátorů do nově budované infrastruktury je taková, že objektivně neumožňuje dosahovat kladného hospodářského výsledku, Úřad uvádí následující. Vzhledem k tomu, že zadavatel stanovil požadavek na doložení minimálně pouze jednoho kladného hospodářského výsledku v uplynulých třech letech, lze z toho dovodit, že zadavatel předpokládal nutné investice uchazečů do infrastruktury. V této souvislosti Úřad dále konstatuje, že uchazeč může k prokázání splnění daného kvalifikačního předpokladu využít rovněž subdodavatele, případně nabídku podat společně s jinými osobami. Zákon umožňuje uchazečům, aby splnění části kvalifikace v chybějícím rozsahu prokazovali prostřednictvím subdodavatele nebo se za účelem získání veřejné zakázky spojili s více dodavateli a kvalifikaci prokázali společně (viz ust. § 51 odst. 4 až 6 zákona).
103. S ohledem na uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že v postupu zadavatele při stanovení požadavku na doložení alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku v posledních třech účetních obdobích neshledal porušení zásad zákazu diskriminace a rovného zacházení uvedených v ust. § 6 zákona ani porušení ust. § 55 odst. 1 písm. b) zákona.

#### **Příprava vlastní paralelní konfigurace při migraci na nové podmínky**

104. Podle ust. § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
105. Podle ust. § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace 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.
106. Podle ust. § 45 odst. 1 zákona se technickými podmínkami v případě veřejných zakázek na dodávky nebo služby rozumí vymezení charakteristik a požadavků na dodávky nebo služby stanovené objektivně a jednoznačně způsobem vyjadřujícím účel využití požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem.
107. Podle ust. § 45 odst. 3 zákona nesmí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Odůvodňuje-li to předmět veřejné zakázky, zohlední zadavatel při stanovení technických podmínek požadavky přístupnosti osob se zdravotním postižením nebo dostupnosti pro všechny uživatele.
108. V příloze č. A4 – Podrobné vymezení předmětu plnění veřejné zakázky části „A“ zadávací dokumentace bod C.3 Migrace na nové podmínky zadavatel mimo jiné uvedl: *„Za účelem bezproblémové migrace na nové prostředí ve smyslu kapitoly C.2, v případě, že toto bude umístěno v jiné než stávající lokalitě Telefónica O2 Česká republika na adrese Praha 3, K červenému dvoru 3156/25, poskytne zadavatel vítěznému uchazeči informace o konfiguraci*

*stávajícího řešení tak, aby mohl připravit vlastní paralelní konfiguraci, která po jejím zprovoznění a odzkoušení bude umístěna do stávajícího hostingového centra a bude zajišťovat funkcionalitu stávajícího řešení zadavatele do doby, než bude vlastní vybavení zadavatele umístěno, zprovozněno a odzkoušeno v nové lokalitě uchazeče.“*

109. Zadavatel dále konkrétně specifikoval vybavení umístěné v hostingovém centru, když přesně stanovil požadované parametry webové infrastruktury, portálové struktury, zajištění síťové infrastruktury a další instalace.
110. Zadavatel uvedl, že součástí dočasné instalace portálu musí být vytvoření infrastruktury stejných funkčních vlastností a parametrů jako je ta, kterou vlastní zadavatel a je nyní aktivní v hostingovém centru společnosti Telefónica O2. Dále uvedl, že dočasnou instalaci budou provádět výhradně pracovníci firem určených zadavatelem.
111. Navrhovatel ve svém návrhu namítá, že výše uvedený požadavek zadavatele je zcela bez vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky. Případné přerušení služeb portálu je dle jeho názoru věcí zadavatele, nově vybraný dodavatel může připravit hostingovou infrastrukturu plnohodnotně dle požadavků zadavatele tak, aby si zadavatel mohl přesunout své servery bezprostředně, v řádu hodin, nikoliv dnů či týdnů. Nové prostředí může být nakonfigurováno a jeho funkčnost ověřena standardními měřicími prostředky. Navrhovatel uvádí, že zadavatel stanovením daných podmínek porušil ust. § 45 odst. 3 zákona ve spojení s ust. § 6 zákona.
112. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 2.10.2007 konstatuje, že má právo vymezit technické parametry tak, aby odpovídaly jeho požadavkům. Není relevantní, zda navrhovatel disponuje paralelní konfigurací. Dodavatelům nic nebrání v tom, aby k plnění veřejné zakázky použili subdodavatele. Zadavatel provozuje portál umístěný v hostingovém centru, hardware portálu je ve vlastnictví zadavatele. Služby portálu jsou nakonfigurovány v prostředí stávajícího hostingu. Podle zadavatele služba portálu nemůže být v žádném případě přerušena na několik dní až týdnů než bude přestěhován hardware, nakonfigurováno nové prostředí, ověřena funkčnost a stabilita v novém síťovém prostředí. Zadavatel dal tedy uchazečům možnost, aby použili jinou technologii tím, že jim dá k dispozici informace, aby mohli připravit vlastní paralelní konfiguraci.
113. Z citovaného ust. § 6 zákona vyplývá, že povinnost rovného nediskriminačního zacházení se všemi uchazeči o veřejnou zakázku je jedním ze základních principů, které musí zadavatel v procesu zadávání veřejných zakázek aplikovat. Princip rovného přístupu k uchazečům je obligatorním principem při realizaci výběrových řízení a je na něj kladen důraz i v rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie. Zásada rovného zacházení znamená takový postup zadavatele, kdy je zajištěn stejný, nezvýhodňující přístup zadavatele ke všem uchazečům nebo zájemcům, tj. zajištění stejných příležitostí pro všechny dodavatele. Žádný z dodavatelů nesmí být oproti ostatním dodavatelům jakkoliv zvýhodněn či preferován, přičemž tento princip je nutno aplikovat ve všech stádiích zadávacího řízení. Zásada nediskriminace a rovného zacházení vyžaduje, aby ve srovnatelných situacích nebylo postupováno odlišně a v odlišných situacích shodně, není-li takové zacházení objektivně odůvodněné.
114. V šetřeném případě navrhovatel uvádí, že požadavky spojené s migrací na nové podmínky jsou stanoveny bez vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky, čímž fakticky namítá porušení výše citovaného ust. § 44 odst. 1 zákona, současně však odkazuje na porušení ust. § 6 zákona

ve spojení s ust. § 45 odst. 3 zákona, které se týká stanovení technických podmínek. Vzhledem k této skutečnosti považuje Úřad za účelné vyjádřit se nejprve obecně k rozdílu mezi vymezením předmětu veřejné zakázky a technickými podmínkami jako takovými. Ve vztahu k šetřenému případu je totiž nutné nejprve zkoumat, zda předmětné podmínky zadavatele, které měly zaručit konkurenční výhodu vybranému uchazeči, jsou skutečně technickými podmínkami.

115. Podle výše citovaného ust. § 45 odst. 1 zákona se technickými podmínkami v případě veřejných zakázek na dodávky nebo služby rozumí vymezení *charakteristik a požadavků* na dodávky nebo služby stanovené objektivně a jednoznačně *způsobem vyjadřujícím účel využití* požadovaného plnění zamýšlený zadavatelem. Z citovaného ust. § 44 odst. 1 zákona pak vyplývá, že technické podmínky specifikují předmět veřejné zakázky. Technické podmínky tedy nelze zaměňovat s předmětem veřejné zakázky, jedná se o dva různé pojmy, které je třeba od sebe důsledně odlišovat.
116. V šetřeném případě navrhovatel svým návrhem nenapadá pouze zadavatelem vymezenou specifikaci parametrů hostingového centra a nepřiměřenost stanovených parametrů, ale namítá současně již samotný fakt, že zadavatel jako součást předmětu plnění stanovil požadavek na přípravu vlastní paralelní konfigurace v případě, že bude muset být provedeno přemístění zařízení mimo stávající hostingové centrum vybraného uchazeče. Jeho návrh tedy věcně nesměřuje pouze proti technickým podmínkám požadovaného plnění, ale přímo proti vymezení předmětu, resp. části předmětu veřejné zakázky. S ohledem na tuto skutečnost je třeba posoudit nejprve soulad postupu zadavatele s ust. § 44 odst. 1 zákona ve spojení s ust. § 6 zákona. Až teprve na základě případného zjištění, že předmětný požadavek byl stanoven v souladu s ust. § 44 odst. 1 zákona ve spojení s ust. § 6 zákona, lze následně přezkoumat jeho soulad s ust. § 45 odst. 3 zákona, tedy zda určitému dodavateli, v šetřeném případě tedy vybranému uchazeči, nezaručily technické podmínky stanovené zadavatelem konkurenční výhodu nebo nevytvořily neodůvodněné překážky hospodářské soutěže.
117. Úřad konstatuje, že předmětný požadavek zadavatele se týká technického řešení migrace na nové prostředí v případě, že hostingové centrum bude umístěno v jiné než stávající lokalitě, tj. jinde než u dosavadního poskytovatele požadovaných služeb, tj. vybraného uchazeče. Dodavatelem připravená vlastní paralelní konfigurace by měla být zadavatelem užívána pouze po přechodnou dobu, než dojde ke zprovoznění vybavení zadavatele v místě nového plnění, tedy fakticky než dojde k započetí plnění, které je předmětem samotné zadávané veřejné zakázky. Požadavky zadavatele na vytvoření paralelní konfigurace se tedy vztahují toliko k situaci, kdy dojde k stěhování stávajícího řešení mimo hostingové centrum vybraného uchazeče.
118. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad uvádí, že následkem postupu zadavatele musí všichni uchazeči mimo vybraného uchazeče do své nabídkové ceny zakalkulovat i náklady spojené s vytvořením dočasného řešení. Naproti tomu vybraný uchazeč, který v případě získání veřejné zakázky nebude logicky nucen reagovat na změnu hostingového centra, když dosud je k plnění služeb požadovaných zadavatelem užíváno jeho hostingové centrum, nemusí do své nabídkové ceny částku za přípravu paralelní konfigurace zahrnout. Vybraný uchazeč je tak na základě podmínek stanovených zadavatelem objektivně ve zvýhodněném postavení oproti ostatním uchazečům, kteří musí naopak o částku za vytvoření vlastní paralelní konfigurace svoje nabídkové ceny navýšit. Daná částka se přitom navíc vztahuje

k plnění, které není předmětem této veřejné zakázky, jak uvedl Úřad již výše, ale týká se přípravné fáze před samotným započítáním její realizace.

119. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad uvádí, že požadavek zadavatele na vytvoření vlastní paralelní konfigurace je diskriminující a současně má přímý vliv na zvýšení nabídkových cen předložených uchazeči mimo vybraného uchazeče. Výsledkem postupu zadavatele je zvýhodnění konkrétního dodavatele v zadávacím řízení, tj. vybraného uchazeče, v jehož hostingovém centru je stávající řešení umístěno, a který nenese v souvislosti s vymezenou podmínkou žádné náklady.
120. Námitka zadavatele, že navrhovatel, případně i jiní uchazeči mohli k zajištění požadovaného plnění použít subdodavatele, není relevantní. Úřad konstatuje, že i pokud by uchazeč k vytvoření dočasné infrastruktury použil služeb subdodavatele, byl by oproti vybranému uchazeči nepřípustným způsobem znevýhodněn. Nelze totiž důvodně předpokládat, že by případný subdodavatel poskytl paralelní konfiguraci bez jakéhokoliv nároku na odměnu. Uchazeč by tedy musel navýšit svoji nabídkovou cenu o tuto odměnu pro subdodavatele.
121. V souvislosti s předmětným požadavkem na zřízení vlastní paralelní konfigurace poukazuje Úřad pro úplnost rovněž na podmínku zadavatele, že „dočasnou instalaci budou provádět výhradně pracovníci firem určených zadavatelem“. Z tohoto omezujícího požadavku vyplývá, že uchazeč (mimo vybraného uchazeče) by měl zajistit, ať již sám, nebo prostřednictvím subdodavatele, pouze samotné dodání technického řešení, nikoliv již jeho vlastní instalaci. Bez bližší specifikace dané podmínky ze strany zadavatele nelze však jednoznačně určit, zda zadavatelem určenými pracovníky provedou instalaci na náklady zadavatele či na náklady uchazeče, jemuž bude veřejná zakázka zadána. Z podmínek zadání tak není ani zřejmé, zda by uchazeči do svých nabídkových cen měli zahrnout i náklady spojené s instalací paralelní konfigurace či nikoliv a pokud ano, pak v jaké výši.
122. Na základě shora uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel porušil ust. § 44 odst. 1 zákona ve spojení s ust. § 6 zákona tím, že v příloze č. A4 – Podrobné vymezení předmětu plnění veřejné zakázky části „A“ zadávací dokumentace bod C.3 Migrace na nové podmínky stanovil požadavek, že v případě, že nové řešení bude umístěno v jiné než stávající lokalitě Telefónica O2 Česká republika na adrese Praha 3, K červenému dvoru 3156/25, poskytne zadavatel vítěznému uchazeči informace o konfiguraci stávajícího řešení tak, aby mohl připravit vlastní paralelní konfiguraci, která po jejím zprovoznění a odzkoušení bude umístěna do stávajícího hostingového centra a bude zajišťovat funkčnost stávajícího řešení zadavatele do doby, než bude vlastní vybavení zadavatele umístěno, zprovozněno a odzkoušeno v nové lokalitě uchazeče, čímž vytvořil vybranému uchazeči Telefónica O2 Czech Republic, a.s. konkurenční výhodu. Postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadávací dokumentace neobsahovala předmětnou podmínku, mohl zadavatel obdržet nabídky více uchazečů a dále mohl obdržet nabídky s nižšími nabídkovými cenami a veřejnou zakázku mohl získat jiný uchazeč. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
123. S ohledem na skutečnost, že Úřad dospěl ke zjištění, že daný požadavek zadavatele uvedený v bodě C.3 přílohy č. A4 zadávací dokumentace je již svou podstatou v rozporu s ustanovením § 44 odst. 1 zákona, jak je konstatováno v předchozím bodě tohoto rozhodnutí, je nadbytečné zabývat se dále jeho bližší specifikací. Úřad tedy uvádí,

že vzhledem k výše učiněnému závěru nepovažuje již za účelné a relevantní zkoumat, zda předmětná podmínka byla stanovena rovněž v rozporu s ust. § 45 odst. 3 zákona, neboť k jednání, které je v rozporu i se zásadou zákazu diskriminace, došlo již vymezením samotného požadavku na vytvoření vlastní paralelní konfigurace, tedy před specifikací jednotlivých parametrů požadované infrastruktury.

## **XI. Uložení pokuty**

124. Podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle ust. § 82 zákona.
125. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že při vymezení předmětu veřejné zakázky nedodržel zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace, když stanovil požadavek, že v případě, že nové řešení bude umístěno v jiné než stávající lokalitě Telefónica O2 Česká republika na adrese Praha 3, K červenému dvoru 3156/25, připraví vítězný uchazeč vlastní paralelní konfiguraci, která po jejím zprovoznění a odzkoušení bude umístěna do stávajícího hostingového centra a bude zajišťovat funkcionalitu stávajícího řešení zadavatele do doby, než bude vlastní vybavení zadavatele umístěno, zprovozněno a odzkoušeno v nové lokalitě uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne 22.12.2008 uzavřena smlouva. Zadavatel tak naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
126. Podle ust. § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
127. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ust. § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z dokumentace o veřejné zakázce, která mu byla doručena dne 3.10.2007. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 22.12.2008, což vyplývá ze zveřejněného oznámení o zadání veřejné zakázky. Odpovědnost zadavatele za správní delikt tedy nezanikla.
128. Podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto ustanovení uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta.
129. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 68 607 855 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 3 430 393 Kč.
130. Podle ust. § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídně k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
131. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že pochybení zadavatele spočívající v tom, že stanovil podmínku zřízení vlastní paralelní konfigurace, nepřipustným

způsobem zvýhodnilo vybraného uchazeče. Daná podmínka byla stanovena v přímém rozporu s cílem a účelem zákona, kterým je zejména zajištění konkurenčního prostředí a férové soutěže mezi dodavateli o předmět veřejné zakázky.

132. Jako k polehčující okolnosti přihlédl Úřad k tomu, že ani jeden z dalších subjektů, které Úřad v rámci vedeného správního řízení oslovil, neuvedl jako důvod své neúčasti v zadávacím řízení stanovení předmětné podmínky ze strany zadavatele. Tato skutečnost však současně neznamená, že daná podmínka by nezpůsobila navýšení nabídkových cen všech uchazečů mimo vybraného uchazeče a neměla by tedy potenciálně přímý podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
133. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Podle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Při stanovení výše pokuty vzal tedy Úřad v úvahu i finanční možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Z výroční zprávy zadavatele za rok 2010 vyplývá, že zadavatel v roce 2010 hospodařil s přebytkovým rozpočtem, přičemž celkové výdaje dosáhly výše 783 453 tis. Kč a celkové příjmy dosáhly výše 784 270 tis. Kč. Výroční zprávy za následující období nejsou k datu vydání rozhodnutí dle vyjádření zadavatele k dispozici, avšak při zvážení, že zadavatel hospodaří s majetkem ve výši miliard Kč, je zřejmé, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu každoročně disponuje, považovat za likvidační.
134. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující a uložil pokutu v minimální výši, při dolní hranici zákonné sazby.
135. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.



## 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, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 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:

1. GORDION, s.r.o., Kolmá 6/682, 190 00 Praha 9
2. OptiKom.cz s.r.o., Dělnická 12, 170 00 Praha 7
3. INDOC s.r.o., Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 – Břevnov
4. Telefónica O2 Czech Republic, a.s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4, Michle
5. Český hydrometeorologický ústav, příspěvková organizace, Na Šabatce 2050/17, 143 06 Praha 4 – Komořany

### Vypraveno dne:

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