



UOHSX005RRIV

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S4347/2011/VZ-10215/2014/514/JNv

Brno 15. května 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 15. 9. 2011 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – Povodí Vltavy, státní podnik, IČO 70889953, se sídlem Holečkova 8, 150 24 Praha 5,
- navrhovatel – GTS Czech s. r. o., IČO 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 1. 4. 2011 Tomášem Pfefferem, členem sdružení INDOC, IČO 87705508, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Poskytování služeb elektronických telekomunikací“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 27. 6. 2011 a uveřejněno dne 7. 7. 2011 pod ev. č. 60061910 a v Úředním věstníku Evropské unie bylo oznámení uveřejněno dne 8. 7. 2011 pod zn. 2011/S 129-214364,

**rozhodl** takto:

Návrh navrhovatele – GTS Czech s.r.o., IČO 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3 – ze dne 15. 9. 2011 **se** podle § 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 § 118 odst. 1 citovaného zákona.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – Povodí Vltavy, státní podnik, IČO 70889953, se sídlem Holečkova 8, 150 24 Praha 5 (dále jen „zadavatel“) – odeslal do informačního systému o veřejných zakázkách dne 27. 6. 2011 a uveřejnil dne 7. 7. 2011 pod ev. č. 60061910 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejnil dne 8. 7. 2011 pod zn. 2011/S 129-214364 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky „Poskytování služeb elektronických komunikací“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Podle čl. 4.1 zadávací dokumentace je předmětem veřejné zakázky poskytování služeb elektronických komunikací, přičemž předmět veřejné zakázky tvoří:
  - a) datové služby – fixní datová síť,
  - b) připojení do sítě internet,
  - c) hostingové služby a služby pro ukládání dat,
  - d) služby mobilních datových komunikací – mobilní datová síť.
3. Podle čl. 12. 1 zadávací dokumentace je základním hodnotícím kritériem nejnižší nabídková cena bez DPH. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadavatel stanovil ve výši 19 500 000 Kč.
4. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 24. 8. 2011 vyplývá, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek, tj. do 24. 8. 2011, 2 nabídky, a to nabídku uchazeče Telefónica Czech Republic, a. s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 (dále jen „Telefónica Czech Republic, a. s.“) a uchazeče Tlapnet s. r. o., IČO 27174824, se sídlem Jeníkovská 1698, 286 01 Čáslav (dále jen „Tlapnet s. r. o.“) Vzhledem k tomu, že nabídka uchazeče Tlapnet s. r. o. nevyhověla kontrole úplnosti podle § 71 odst. 8 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zadavatel dne 30. 8. 2011 nabídku uchazeče Tlapnet s. r. o. vyřadil a jmenovaného uchazeče dne 30. 8. 2011 vyloučil z účasti v zadávacím řízení.
5. Zadavatel obdržel dne 26. 8. 2011 námitky dodavatele – GTS Czech s. r. o., IČO 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 1. 4. 2011 Tomášem Pfefferem, členem sdružení INDOC, IČO 87705506, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 (dále jen „GTS Czech s. r. o.“ nebo „navrhovatel“) – z téhož dne proti zadávacím podmínkám. Rozhodnutím o námitkách ze dne 5. 9. 2011, které navrhovatel obdržel dne 6. 9. 2011, zadavatel námitkám dodavatele GTS Czech s. r. o. nevyhověl.
6. Vzhledem k tomu, že dodavatel GTS Czech s. r. o. nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 15. 9. 2011 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Součástí návrhu byl i návrh na vydání předběžného opatření podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona (návrhu na nařízení předběžného opatření spočívající v zákazu uzavření smlouvy v zadávacím řízení).

## II. Obsah návrhu

7. Navrhovatel v návrhu uvádí, že zadavatel požaduje plnění v oblasti pevných i mobilních telekomunikačních sítí společně (tzv. konvergentní nebo kombinované služby), a to prostřednictvím jednoho smluvního vztahu s jedním vybraným uchazečem. Navrhovatel sděluje, že disponuje telekomunikační infrastrukturou pouze pro pevné sítě a je přesvědčen, že zadavatel mu takto vymezeným předmětem plnění de facto znemožnil podat nabídku do předmětného zadávacího řízení.
8. Navrhovatel je názoru, že zadavatel se v rozhodnutí o námitkách ze dne 5. 9. 2011 s námitkami navrhovatele nelyžřádal dostatečně a je přesvědčen, že zadavatel požadavkem, resp. neumožněním rozdělení předmětu plnění v oblasti pevných i mobilních telekomunikačních sítí omezil okruh potencialních uchazečů o veřejnou zakázku. Zadavatel přímo po vybraném uchazeči požaduje kromě služeb ve fixní síti i poskytnutí karet SIM a modemů pro mobilní datové sítě. Navrhovatel k tomuto uvádí, že zadavatel tímto způsobem provázal datové telekomunikační služby v pevné i mobilní síti a tyto služby tak bude schopen poskytnout pouze dodavatel, který disponuje pevnou a mobilní sítí současně.
9. Navrhovatel uvádí, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 5. 9. 2011 snaží vyvolat dojem, že rozdělením předmětu plnění veřejné zakázky dojde k zásadnímu ohrožení jeho schopnosti čelit hrozbám povodní. Toto odůvodnění zadavatele je však nelogické, neboť navrhovatel zadavatele nikterak nežádal, aby snižoval vysoké nároky na kvalitu nebo parametry dostupnosti jednotlivých telekomunikačních služeb. Navrhovatel dále k vyjádření zadavatele v rozhodnutí o námitkách, že *„zadavatel rozhodně nemá v úmyslu nakupovat služby datových přenosů nějak po částech, protože by nedosáhl jednotné odpovědnosti, nemohl by sjednat SLA s žádným konkrétním dodavatelem jako celek a nemohl by zřídít VPN zahrnující všechny potřebné trasy a technologie“*, uvádí, že tato citace je v rozporu se skutečným stavem, jenž je popsán v zadávací dokumentaci, neboť mobilní telekomunikační služby požadované zadavatelem, nemají žádnou bezprostřední vazbu na zbývající fixní telekomunikační služby, a tedy s nimi nejsou provázány v ucelený funkční celek. Navrhovatel dodává, že mobilní přípojky fungují zcela autonomně a s fixní sítí nemají žádné společné funkce a do fixní sítě zadavatele jsou připojeny přes jeden samostatný přístupový bod, resp. doménu zakončenou logickým datovým kanálem v síti LAN zadavatele.
10. Navrhovatel k vyjádření zadavatele v rozhodnutí o námitkách, že *„Stěžovatel se mýlí, když tvrdí, že veřejnou zakázku mohou plnit právě 3 dodavatelé, a sice Telefónica, T-Mobile a Vodafone“*, sděluje, že pokud platí, že zadavatel požadoval souběžné plnění v rychlé síti GSM a zároveň v datové síti NMT, tak se skutečně zmýlil, neboť na relevantním trhu v České republice existuje pouze jediný dodavatel, který je schopen plnit takto vymezený předmět plnění, a to dodavatel Telefónica Czech Republic, a. s. Navrhovatel dodává, že by měl vždy existovat okruh alespoň tří dodavatelů, kteří se o veřejnou zakázku mohou přímo ucházet.
11. Navrhovatel se domnívá, že výklad zadavatele, kdy tento tvrdí, že obecně mohl podat nabídku kterýkoliv dodavatel, který má potřebné oprávnění k podnikání, je zcela lichý, neboť samotná dispozice potřebným oprávněním k podnikání je podmínkou nutnou, nikoliv však dostačující k úspěšné účasti dodavatele v jakémkoliv zadávacím řízení. K argumentu zadavatele, že navrhovatel měl možnost podat společnou nabídku s jiným dodavatelem nebo použít subdodavatelský obchodní model, navrhovatel sděluje, že žádný

ze tří dodavatelů, který disponuje infrastrukturou mobilní sítě, o takovou formu spolupráce nejeví zájem, i když je navrhovatel v posledních letech o toto žádal a dodává, že nakonec tuto možnost v obecné rovině i pro budoucí případy zcela vyloučili. Navrhovatel uvádí, že není možné podat nabídku ani s využitím subdodávky od jiného dodavatele, neboť operátoři pevných sítí dnes běžně nabízejí jiným (i konkurenčním) operátorům přístup ke svým sítím a službám na velkoobchodním principu a ti je zahrnují do nabídek koncovým zákazníkům.

12. Navrhovatel k tomu dodává, že operátor, resp. dodavatel s významnou tržní silou Telefónica Czech Republic, a. s., má dokonce od regulátora trhu v tomto smyslu uloženou povinnost a tento princip umožňuje telekomunikačnímu trhu pevných sítí existenci více dodavatelů, kteří mohou díky větší konkurenci nabízet výhodnější služby pro koncové zákazníky. Navrhovatel podotýká, že na druhé straně velkoobchodní trh mobilních služeb v České republice neexistuje a mobilní operátoři se jeho vzniku přirozeně brání, i když je koncept virtuálního mobilního operátora obvyklý. Navrhovatel se domnívá, že jelikož nejsou mobilní operátoři nuceni umožnit velkoobchodní přístup ke službám operátorům pevných sítí, znemožňují jim spravedlivě soutěžit o zákazníky, což pak způsobuje vysoké ceny mobilních služeb.
13. Dále navrhovatel poukazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 7/2010 ze dne 2. 3. 2010 (dále jen „rozsudek 62 Af 7/2010“), potvrzený rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 59/2010 ze dne 18. 1. 2011 a dodává, že se tyto rozsudky týkají meritorně obdobné věci, kdy zadavatel sloučil do jedné veřejné zakázky dodávky léčivých prostředků a dalšího zdravotnického materiálu. Z výše uvedeného rozsudku Krajského soudu navrhovatel cituje: *„Pokud by povaha předmětu veřejné zakázky rozdělení připouštěla, a zároveň rozdělení nebránil ani § 13 odst. 3 zákona, bylo by podle názoru soudu namístě, aby zadavatel institutu rozdělení veřejné zakázky na části využil, a to bez ohledu na to, že zákon jeho využití výslovně neukládá. V opačném případě by totiž omezil hospodářskou soutěž mezi dodavateli a porušil tak § 6 zákona. K rozdělení veřejné zakázky na části lze přistoupit zásadně tehdy, pokud je důvod předpokládat, že za plnění po částech bude zadavatel platit v součtu nižší cenu. Tak tomu zpravidla může být v situaci, kdy rozdělení veřejné zakázky na části může přinést více nabídek a tedy i větší soutěž konkurujících si dodavatelů a z toho vyplývající nižší nabídkovou cenu. Pokud se však předmět zakázky skládá z vícero druhů různých výrobků, které lze poptávat i samostatně a u nichž je pravděpodobné (aniž by bylo třeba činit podrobnou analýzu), že by v případě samotného zadávání bylo podáno více nabídek, je namístě takovou zakázku rozdělit na části a umožnit podání nabídek i na tyto části. Případná vyšší administrativní a logistická náročnost, která by s rozdělením na části mohla být spojena, by neměla být důvodem, který by ospravedlňoval případné omezení konkurence.“*
14. Navrhovatel opakuje, že zadavatel se ve svém rozhodnutí o námitkách ze dne 5. 9. 2011 s námitkami navrhovatele nevypořádal dostatečně a je nadále názoru, že zadavatel omezil možnost plnit část veřejné zakázky prostřednictvím rádiových telekomunikačních spojů, neboť zadavatel svým požadavkem, aby byly primární i záložní přípojky realizovány výhradně kabelovou trasou, zcela zabránil navrhovateli v možnosti podat nabídku. V dotčených lokalitách by byl navrhovatel schopen realizovat alespoň primární přípojky optickým nebo metalickým vedením, nicméně některé záložní přípojky musí být z technických důvodů

realizovány bezdrátovým spojením, případně je prostě optickým nebo metalickým vedením realizovat nelze, a to ani s využitím infrastruktury operátora s významnou tržní silou. Navrhovatel dále poukazuje na skutečnost, že zadavatel omezil v části plnění veřejné zakázky možnost použít bezdrátové přípojky absolutně a nedal navrhovateli šanci se do zadávacího řízení přihlásit tím, že by zohlednil své preference jednotlivých druhů připojení např. vhodným kritériem hodnocení nabídek.

15. Navrhovatel závěrem v této souvislosti odkazuje na rozhodnutí Úřadu vydané ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S289/2008, ve kterém je uvedeno, že „z obsahu zadávací dokumentace je zřejmé, že zadavatel vymezením předmětného hodnotícího kritéria připouští i jiná technická řešení. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že jiná technická řešení budou hodnocena nižším počtem bodů, přičemž zadavatel vysvětlil technické důvody pro takovýto postup.“
16. Navrhovatel závěrem dodává, že každá z uvedených technologií má své výhody i nevýhody a je přesvědčen, že není rozhodující, zda lze veřejnou zakázku realizovat „za každou cenu“, nýbrž zda se tak může stát férovým způsobem, kdy není žádný dodavatel nedůvodně omezen.

### **III. Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 21. 9. 2011**

17. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že vymezil předmět veřejné zakázky diskriminačně. Zadavatel zahájil otevřené zadávací řízení, které je svou povahou otevřené neomezenému počtu dodavatelů, kteří v něm mohou podat svoji nabídku. Zadavatel tedy nesouhlasí s názorem navrhovatele, že by vymezením předmětu veřejné zakázky omezil okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku.
18. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel spojil plnění v oblasti pevných i mobilních telekomunikačních sítí, čímž došlo k podstatnému omezení možných uchazečů o veřejnou zakázku, zadavatel uvádí, že nabídku mohl podat kterýkoli dodavatel, který má potřebné oprávnění k podnikání, tedy i navrhovatel. Pokud kterýkoli dodavatel nemohl poskytnout požadované plnění sám, měl možnost podat společnou nabídku s jiným dodavatelem, nebo použít subdodavatelský obchodní model.
19. Zadavatel zdůrazňuje, že nespojil žádné části předmětu plnění a už vůbec tak neučinil účelově. Zadavatel vymezil předmět plnění jako celek, protože přenos dat v pevné síti je z uživatelského pohledu úplně stejnou službou jako v síti mobilní; zadavatel tuto službu pouze nakupuje a spotřebovává, protože jinak se zabývá vodohospodářskou činností. Zadavatel dodává, že zohlednil svoje požadavky na spolehlivost datových přenosů v těch kterých trasách a také dosažitelnost spojů v pevných sítích, případně nutnost použít komunikaci mobilní. Zadavatel uvádí, že souběžně zahájil zadávací řízení na mobilní hlasové služby, kdy toto plnění není substitutem datových služeb, a zadavatel na ně klade jiné (nižší) nároky. Hlasové služby poptává v síti GSM a nevyžaduje zálohování mimo tuto síť, neboť se jedná o zcela běžné služby komoditního charakteru. Zadavatel se domnívá, že toto plnění mohou poskytnout jiní dodavatelé, především všichni mobilní operátoři. Zadavatel dodává, že právě věcný rozdíl v předmětech plnění a jejich použitelnosti, stejně jako rozdílný okruh potenciálních dodavatelů, vedly zadavatele k realizaci dvou zadávacích řízení s odlišnými předměty plnění, tj. datový a hlasový. Zadavatel nepovažuje další dělení

předmětné veřejné zakázky na dílčí celky za povinné, ani za užitečné. Propojení mobilní a pevné části sítě požaduje zadavatel od jediného dodavatele, aby dosáhl jednoznačné smluvní odpovědnosti za funkčnost. Zadavatel dodává, že nehodlá v budoucnu řešit eventuelní spor mezi dvěma dodavateli v případě, že by propojení nefungovalo a žádný z dodavatelů by neuznal poruchu na své straně.

20. Zadavatel uvádí, že není důvod, proč by smluvní stranou, která všechny datové služby poskytne a ponese za ně smluvní odpovědnost, nemohl být právě navrhovatel. Zadavatel se domnívá, že pokud by navrhovatel vyvinul patřičnou obchodní aktivitu, mohl zajistit subdodávku, nebo se sám stát subdodavatelem či využít možnosti podání společné nabídky.
21. Zadavatel dodává, že je-li plnění v mobilní datové části bez specifických a náročných požadavků, jak uvádí navrhovatel, a jsou-li přípojky spojeny s fixní sítí zadavatele přes jeden samostatný přístupový bod, o to jednodušší by podle názoru zadavatele pro navrhovatele bylo, aby si tuto část obstaral prostřednictvím subdodavatele. Zadavatel dále uvádí, že navrhovatel tvrdí, že žádný z 3 dodavatelů disponujících infrastrukturou mobilní sítě, nejeví zájem o spolupráci na bázi subdodávek nebo společných nabídek. K tomu zadavatel namítá, že existují 4 dodavatelé, protože dodavatel MobilKom, a. s., IČO 48171000, se sídlem Křížíkova 237/36a, 186 00 Praha 8, disponuje vyhovující sítí NMT/CDMA. Navrhovatel tvrdí, že oslovil pouze 2 dodavatele a nesděluje, proč neoslovil zbývající. Zadavatel argumentuje, že dodavatelé, které navrhovatel údajně oslovoval, do předmětného zadávacího řízení vůbec nepodali nabídku a nejsou ani subdodavateli dodavatelů, od nichž zadavatel obdržel nabídky. Zadavatel z toho vyvozuje, že navrhovatel s nimi o podání společné nabídky nejednal, neboť je nepravděpodobné, že by se mobilní operátor vzdal možnosti získat subdodávku v předmětné veřejné zakázce. Zadavatel je přesvědčen, že jedinou aktivitou navrhovatele v této veřejné zakázce je snaha dosáhnout změny předmětu plnění tak, aby odpovídal jeho produktovému portfoliu.
22. Zadavatel dále odkazuje na rozhodnutí Úřadu vydaná ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S54/2009 a R162/2010 týkající se veřejné zakázky, v níž zadavatel zadával společně služby v pevných i mobilních sítích a Úřad v tomto případě neshledal porušení zákona zadavatelem. Zadavatel dále poukazuje na konstatování navrhovatele, že dodavatel Telefonica Czech Republic, a. s., může realizovat předmět plnění sám a všichni ostatní dodavatelé mohou podat nabídku pouze prostřednictvím subdodavatelství. Zadavatel k tomu připomíná, že možnost subdodavatelství v zadávacích podmínkách nijak neomezil.
23. Zadavatel žádá Úřad, aby případně v rozhodnutí jasně uvedl, zda eventuelní jiný postup, tedy pokud by zadavatel zadal samostatně mobilní datové služby a samostatně datové služby v pevné síti, byl či nebyl porušením § 13 odst. 3 zákona. Zadavatel je dále přesvědčen, že pokud by Úřad uznal argumentaci navrhovatele, bylo by nutné taktéž vyřešit otázku, zda alespoň mobilní datové služby smí zadavatel zadávat jako celek, když požaduje služby jak v síti NMT (CDMA), tak v síti GSM, nebo zda i samotné mobilní datové služby je nutno dále „drobit“ do tolika veřejných zakázek až celé plnění každé veřejné zakázky může poskytnout jediný dodavatel bez subdodávek.
24. Zadavatel dále odkazuje na bod 37 odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R162/2010/VZ-2882/2011/310/EKu, kde je uvedeno: „*Úřad vzal při rozhodování v úvahu vyjádření zadavatele, který v něm vysvětlil, proč se rozhodl při hodnocení nabídek zohlednit*

*způsob technického řešení. Zadavatel poukázal na nevýhody přípojek zřízených radiovou cestou, mezi něž zařadil např. elektromagnetické rušení, meteorologické jevy, stavební činnost, změny v okolní vegetaci, zásah do budovy při umístování antény a v neposlední řadě také riziko snadného odposlechu, úmyslného narušení datového spoje či jiného narušení provozu v oblasti EMC terorismu. Přestože některé z uvedených nevýhod zcela jistě mohou být předmětem diskuze, je zřejmé, že preference jednoho typu technického řešení nebyla odrazem pouhé zadavatelovy libovůle.“*

25. Dále zadavatel ve svém vyjádření odkazuje na bod 37 odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R131/2008/VZ-15891/2010/310/JHr: „K porušení zákazu diskriminace z důvodu upřednostnění optických nebo metalických kabelů před přípojkami zřízenými radiovou cestou Úřad uvedl, že vzhledem k tomu, že zadavatel je součástí krizového řízení ČR, je nezbytné, aby nabízené řešení odpovídalo co nejvyšší kvalitě, neboť v případě méně kvalitního řešení by mohlo dojít k jeho selhání a ke škodám nejen majetkovým. Úřad dále uvedl, že zadavatel vycházel z výše uvedené analýzy zpracované pro zadavatele elektrotechnickou fakultou ČVUT v Praze, z níž vyplývá, že pro realizaci přístupové datové širokopásmové sítě je prioritní spolehlivost, kvalita provozu a jeho bezpečnost a jako optimální varianta se tedy jeví použití optických nebo metalických kabelů. Na základě těchto skutečností Úřad neshledal tuto námitku jako důvodnou...“. K tomu zadavatel dodává, že k preferenci optických a metalických vedení ho vedou zcela totožné důvody, jako tomu bylo v případě Českého hydrometeorologického ústavu, IČO 0020699, se sídlem Na Šabatce 2050/17, 143 06 Praha 412 – Komořany (dále jen „ČHMÚ“) a namítá, že jistá část datových přenosů se dokonce přímo dotýká dat z tohoto ústavu. Zadavatel je tak přesvědčen, že je oprávněn z uvedených objektivních příčin vysokou spolehlivost a kvalitu požadovat a je rovněž přesvědčen, že není povinen připustit kvalitu nižší, byť by byla vyvážena nižší cenou. Pokud by existovaly pochybnosti, zda má přenosová technologie na trasách z hlediska koncového uživatele podstatný vliv na kvalitu a spolehlivost, navrhuje zadavatel, aby Úřad k této otázce opatřil znalecký posudek.
26. Zadavatel závěrem s ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl a správní řízení zastavil.

#### **IV. Průběh správního řízení**

27. Úřad obdržel dne 15. 9. 2011 návrh navrhovatele a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 15. 9. 2011.
28. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
- zadavatel,
  - navrhovatel.
29. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S427/2044/VZ-15458/2011/MKr ze dne 5. 10. 2011. Současně usnesením č. j. ÚOHS-S437/2011/VZ-15459/2011/MKr ze dne 5. 10. 2011 Úřad účastníkům stanovil lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit své stanovisko v řízení, resp. vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.

30. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S437/2011/VZ-15460/2011/540/MKr ze dne 5. 10. 2011 Úřad zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření, jímž měl být zadavateli podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.
  31. Dne 26. 10. 2011 obdržel Úřad přípis zadavatele ze dne 25. 10. 2011, v jehož příloze předkládá kopii znaleckého posudku č. 34-1/2011 o technologii přípojných vedení ze dne 29. 3. 2011, zpracovaného znalcem Ing. Jiřím Kapounem, který zadavatel získal od ČHMÚ.
  32. Dne 9. 11. 2011 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele, ve kterém navrhovatel sděluje, že pokud zadavatel požaduje plnění v oblasti pevných i mobilních telekomunikačních sítí společně, a to prostřednictvím jednoho smluvního vztahu, znemožnil tímto způsobem podání nabídky nejen navrhovateli, ale i dalším uchazečům, kteří by se jinak mohli zadávacího řízení účastnit, pokud by zadavatel předmět veřejné zakázky rozdělil.
  33. Úřad přípisem č. j. ÚOHS-S437/2011/VZ-17940/2011/540/MKr ze dne 6. 12. 2011 seznámil účastníky řízení s novými skutečnostmi ve správním řízení. V příloze tohoto přípisu zaslal účastníkům řízení znalecký posudek č. 34-1/2011 o technologii přípojných vedení ze dne 29. 3. 2011. K zajištění účelu správního řízení Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S437/2011/VZ-19555/2011/540/MKr z téhož dne prodloužil účastníkům řízení lhůtu stanovenou usnesením č. j. ÚOHS-S437/2011/VZ-15459/2011/MKr ze dne 5. 10. 2011, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
  34. Dne 16. 12. 2012 nahlédl zástupce navrhovatele do příslušného správního spisu.
  35. Dne 24. 1. 2012 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele ke znaleckému posudku č. 34-1/2011 o technologii přípojných vedení ze dne 29. 3. 2011. Navrhovatel upozorňuje na skutečnost, že předmětný znalecký posudek se netýká veřejné zakázky, která je předmětem správního řízení, neboť byl zpracován pro účely jiné veřejné zakázky zadávané ČHMÚ. Navrhovatel dodává, že se předmětný posudek týká přístupových technologií ve vztahu k hodnotícím kritériím, přičemž ve veřejné zakázce, která je předmětem tohoto správního řízení zadavatel zakázal realizaci přístupových technologií absolutně. Navrhovatel dodává, že závěry uvedeného znaleckého posudku týkající se rozdílů v kvalitě přístupových technologií u internetu (odpovídá datovým linkám, jež jsou předmětem veřejné zakázky zadavatele) je takový, že metalický kabel a rádiová cesta nemusí dosahovat požadovaných kapacit a závěr tohoto posudku tedy není podle navrhovatele ve vztahu ke správnímu řízení relevantní. Navrhovatel je přesvědčen, že předmětný znalecký posudek není způsobilý jako důkaz ve správním řízení nebo jako podklad pro vydání rozhodnutí a trvá na tom, že zadavatel se dopustil porušení zákona, když nepřipustil realizaci části telekomunikačních přípojek prostřednictvím rádiových spojů.
- V. Rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S437/2011/VZ-17139/2011/540/MKr ze dne 29. 2. 2012**
36. Úřad vydal dne 29. 2. 2012 rozhodnutí ÚOHS-S437/2011/VZ-17139/2011/540/MKr (dále jen „rozhodnutí S437/2011“), kterým podle ustanovení § 118 odst. 4 písm. a) zákona návrh navrhovatele zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona.



37. Co se týká posouzení, zda došlo k omezení hospodářské soutěže, jelikož, jak tvrdí navrhovatel, pokud by měl dodavatel splnit všechny zadávací podmínky, pak je na trhu pouze jediný dodavatel, který je schopen takové plnění zajistit, pak Úřad posuzoval, zda takové omezení skutečně existuje. Z předchozí rozhodovací praxe Úřad vyvodil, že žádný ze 4 dodavatelů, resp. mobilních operátorů působících na českém trhu nevyklučuje možnost spolupráce s dodavatelem pevných služeb elektronických komunikací při přípravě společné nabídky v obdobných veřejných zakázkách. Navrhovatel pak neprokázal, že se o spolupráci ve formě subdodavatelského plnění pokusil. Dále Úřad odkázal na možnost využít velkoobchodní nabídky zmíněných operátorů.
38. Zároveň Úřad uvedl, že vymezení předmětu plnění závisí výlučně na uvážení zadavatele, který je jako jediný schopen nejlépe definovat svoje potřeby a nikdo jiný není oprávněn předmět plnění posuzovat či se snažit o jeho změnu, neboť za jeho správné a úplné vymezení nese odpovědnost pouze zadavatel. Zadavatel požaduje dodání všech služeb od jednoho dodavatele z důvodu jednotné odpovědnosti za funkčnost, přičemž konstatoval, že rozdělení služeb by provázelo bezpochyby nesčetně problémů, a to jak v oblasti technické, ekonomické i právní, pak ale nelze po zadavateli, který je pouze „uživatel“ těchto služeb, požadovat, aby v rámci zadávacích podmínek připouštěl jiné technické řešení, které sám z vlastních zkušeností nezná.
39. Pokud jde o závěry rozsudku 62 Af 7/2010 pak Úřad konstatoval, že v tam řešeném případě bylo předmětem veřejné zakázky zajištění dodávek různých samostatných skupin zdravotnických výrobků, zatímco v případě šetřené veřejné zakázky se jedná o dodání vzájemně provázaných telekomunikačních služeb, tedy o kvalitativně jiné plnění. Závěry obsažené ve výše citovaném rozsudku tak nelze podle Úřadu na šetřený případ vztáhnout.
40. Úřad dále řešil problematiku preference optického nebo metalického kabelu před přípojkami řízenými rádiovou cestou. Zde zohlednil důvody zadavatele, kterými své preference odůvodnil v dodatečných informacích ze dne 9. 8. 2011. Zároveň Úřad rozhodl na základě znaleckého posudku č. 34-1/2011 o technologii přípojných vedení ze dne 29. 3. 2011 zpracovaného Ing. Jiřím Kapounem, ze kterého vyplynulo, že existují rozdíly mezi jednotlivými typy přípojných vedení v kvalitě, spolehlivosti a odolnosti vůči vnějším vlivům.
41. Závěrem Úřad konstatoval, že neprovedl navrhovatelem navrhovaný důkaz vypracováním nového znaleckého posudku, neboť by se zabýval odpovědí na otázku, jejíž zodpovězení je plně v kompetenci zadavatele, přičemž zadavatel své technické důvody k takové preferenci dostatečně odůvodnil.
42. Proti rozhodnutí S437/2011 obdržel Úřad dne 19. 3. 2012 rozklad navrhovatele z téhož dne.

#### **VI. Rozklad navrhovatele ze dne 19. 3. 2012**

43. Navrhovatel v podaném rozkladu namítá, že Úřad nezkoumal důsledky postupu zadavatele a omezil se na konstatování o obecném právu zadavatele na vymezení předmětu veřejné zakázky. Podle navrhovatele jsou závěry rozsudku 62 Af 7/2010 na posuzovaný případ plně aplikovatelné a zadavatel měl předmět plnění rozdělit s ohledem na podporu soutěžního prostředí. Navrhovatel rovněž uvádí, že telekomunikační služby jsou ve vztahu k požadavkům zadavatele kvalitativně a parametrově shodné, bez ohledu na to, zda je přenosové médium optické, metalické, nebo rádiové.

**VII. Rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R74/2012/VZ-16463/2013/310/IPs ze dne 30. 8. 2013**

44. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R74/2012/VZ-16463/2013/310/IPs ze dne 30. 8. 2013 (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu R74/2012“) rozhodnutí S437/2011 zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
45. Předseda Úřadu v citovaném rozhodnutí předně uvádí, že rozhodnutí o rozkladu závisí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, konkrétně posouzení otázek týkajících se možnosti rozdělit předmět plnění na části, aniž by byl ohrožen účel veřejné zakázky a dále posouzení, zda zadavatelem požadované technologie byly nezbytné pro splnění dané veřejné zakázky. Jelikož Úřad v rámci prvostupňového řízení vypracování znaleckého posudku nenařídil, ustanovil předseda Úřadu znalce Doc. JUDr. Ing. Bohumíra Štědrone, Ph.D. LL.M. MBA, Máslová 2, 160 00 Praha (dále jen „znalec č. 1“), který vypracoval znalecký posudek č. 39-2012 ze dne 15. 8. 2012 a jeho doplněk ze dne 3. 12. 2012 (dále jen „znalecký posudek č. 1“). Jelikož předseda Úřadu s ohledem na skutkový stav věci zjistil, že rozhodnutí S437/2011 je třeba zrušit, nepřistoupil k hodnocení nově pořízených podkladů, aby nepředjímal rozhodnutí Úřadu.
46. Dne 18. 3. 2013 předložil navrhovatel znalecký posudek č. 7613 ze dne 8. 3. 2013 (dále jen „znalecký posudek č. 2“), zpracovaný znalcem Ing. Michalem Trezzim, CSc., Šmilovského 1437/8, 120 00 Praha 2 (dále jen „znalec č. 2“), přičemž znalec č. 2 dospěl k opačným závěrům, než znalec č. 1.
47. Při přezkumu rozhodnutí S437/2011 předseda Úřadu vycházel z cíle zákona, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Je třeba dát za pravdu zadavateli, že zákon neukládá povinnost dělit veřejné zakázky na části. Na druhou stranu již v roce 2008 se Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008 (dále jen „rozsudek 1 Afs 20/2008“) zabýval výkladem § 6 zákona a tzv. skrytou diskriminací. Tento rozsudek i vysvětlení pojmu skrytá diskriminace je v rozhodnutích Úřadu často zmiňován. Skrytá diskriminace nedopadá pouze na stanovení kvalifikačních kritérií, která mohou působit rozdílně na jednotlivé uchazeče, ale jedná se i o postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nesprávně širokým vymezením předmětu veřejné zakázky.
48. Předseda Úřadu v návaznosti na výše uvedený judikát uvádí, že je třeba posoudit, zda nerozdělení veřejné zakázky na části, nemůže vést k takovéto skryté diskriminaci. Z návrhu navrhovatele, ale i z rozhodnutí S437/2011 vyplývá, že rozdělením předmětu plnění na část datových služeb mobilních a datových služeb v pevné síti, by došlo k rozšíření okruhu možných dodavatelů, neboť při nerozděleném zadávání předmětu plnění je schopen plnit veřejnou zakázku pouze omezený okruh dodavatelů. Předseda Úřadu dále uvádí, že pokud se při posuzování případu mělo vycházet z cíle zákona, je nanejvýš vhodné stanovit zadávací podmínky tak, aby byla umožněna co největší soutěž mezi dodavateli, a tím došlo k účelnému nakládání s veřejnými prostředky. Možnost podání společné nabídky, případně nabídky, ve které dodavatel využije služeb subdodavatele, nemůže zajistit soutěžní prostředí stejným způsobem, jako podání nabídek, které budou mezi sebou ve skutečnosti soutěžit.
49. Podmínkou pro rozdělení veřejné zakázky na části je však i realizovatelnost takového rozdělení a jeho dopad na řádné plnění veřejné zakázky. Posouzení možnosti takového

rozdělení je otázkou odbornou, k jejímuž zodpovězení je třeba odpovědi znalce. Z tohoto důvodu byl zadán předsedou Úřadu znalecký posudek č. 1. Zároveň znalecký posudek č. 2 předložený navrhovatelem koliduje se závěry znaleckého posudku č. 1 a závěry rozhodnutí S437/2011, přičemž Úřad se v uvedeném rozhodnutí nezabýval možnou nezbytností rozdělení veřejné zakázky na části s ohledem na případnou skrytou diskriminaci dodavatelů, respektive učinil závěr ohledně nemožnosti rozdělení zakázky, aniž by k tomu měl závěry znalce o možnosti či nemožnosti takového postupu zadavatele po technické stránce. Z těchto důvodů je třeba rozhodnutí S437/2011 zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání. V tomto případě bude nutné posoudit znalecký posudek č. 1 a č. 2, zda budou připuštěny jako důkaz znaleckým posudkem, v případě že tomu tak bude, vyhodnotit, jaké dopady mají závěry toho kterého znaleckého posudku na právní posouzení daného případu v návaznosti na zákaz skryté diskriminace.

50. Předseda Úřadu dále uvádí, ať Úřad sám posoudí, zda z důvodu potřeby úplného zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, je třeba zadat další znalecký posudek v projednávané věci. Předseda Úřadu nemůže jako odvolací orgán zavázat na tomto místě Úřad, jaké konkrétní důkazy má provést a jak je má hodnotit; je sice oprávněn uložit Úřadu zjištění konkrétních skutkových okolností, avšak jakými důkazními prostředky se tak stane, je však zcela v pravomoci Úřadu.
51. V pokračování správního řízení nechť se tedy Úřad zabývá posouzením, zda je samostatná poptávka služeb v oblasti telekomunikačních služeb vůbec možná, či nikoliv. Dále Úřad zavázal, aby postavil najisto, zda obojí plnění spolu nutně souvisí a musí být uskutečňováno jedním dodavatelem. Dále je třeba zabývat se technickou otázkou propojení pevných a mobilních sítí. Úřad se při řešení těchto otázek musí také vypořádat s postavením zadavatele, jakožto vodohospodářské organizace, která je součástí krizového štábu, a zda a jak může rozdělení předmětu plnění ovlivnit zabezpečení zákonných povinností zadavatele v době krizových situací.

### **VIII. Pokračování správního řízení**

52. Oznámení o pokračování správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S437/2011/VZ-18367/2013/514/JNv ze dne 26. 9. 2013. Současně Úřad účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S437/2011/VZ-18351/2013/514/JNv ze dne 26. 9. 2013 určil lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
53. Usnesením č. j. ÚOHS-S437/2011/VZ-23127/2013/514/JNv ze dne 4. 12. 2013 Úřad podle § 56 správního řádu ustanovil znalce v oboru spoje, kybernetika a ekonomika – Ing. Vladimíra Kryštova, Bezručova čtvrt 839, 664 34 Kuřim (dále jen „znalec č. 3“) – za účelem vypracování písemného znaleckého posudku (dále jen „znalecký posudek č. 3“) do 12. 2. 2014 ve věci odborného posouzení poskytnutých podkladů a následného zodpovězení níže položených otázek (ve znění opravného usnesení č. j. ÚOHS-S437/2011/VZ-1884/2014/514/JNv ze dne 31. 1. 2014, kterým bylo opraveno znění otázky č.6):
  1. Bylo s ohledem na vymezení předmětu veřejné zakázky (se zřetelem na bod 4. 1 zadávací dokumentace) přípustné tento předmět rozdělit na samostatné části, a sice

na část pevných (fixních) datových služeb a na část mobilních datových služeb, aniž by tím byl ohrožen účel této veřejné zakázky?

2. Měla by v případě přípustnosti takového rozdělení předmětu veřejné zakázky oddělená smluvní odpovědnost vliv na provozuschopnost a funkčnost předmětného plnění veřejné zakázky?
3. Byl požadavek zadavatele, a sice požadavek (uvedený v příloze č. 1 zadávací dokumentace – „Technická specifikace“) na přenos dat uskutečněný pomocí technologií GSM/CSD DATA, GPRS, UMTS/HSDPA, CDMA a WI-FI, nezbytný pro řádné splnění vymezeného předmětu veřejné zakázky, anebo bylo možné požadovat i jiná technologická řešení, aniž by měl takový požadavek vliv na funkčnost plnění požadovaného zadavatelem s ohledem na zadavatelem uváděnou nutnost fungování přenosu i za extrémních povětrnostních/přírodních podmínek?
4. Je odůvodněný požadavek zadavatele, aby s ohledem na předmět veřejné zakázky muselo být příslušné datové spojení realizováno pouze v zemi optickým nebo metalickým kabelem, a to pro úroveň I. i II. přístupové datové linky, anebo by bylo možné použít pro tyto úrovně rovněž bezdrátové systémy, aniž by to ovlivnilo kvalitu přenosu?
5. Je soudnímu znalci z jeho odborné činnosti známo, že by mobilní operátoři působící na trhu v České republice poskytovali své velkoobchodní služby jiným subjektům, a to za účelem poskytnutí jejich maloobchodních služeb i dalším klientům.
6. Jak dalece je technicky problematické propojení pevné a mobilní sítě s ohledem na technickou specifikaci předmětu veřejné zakázky?
7. Jak dalece je technicky rozdílné poskytování standardních telekomunikačních služeb a telekomunikačních služeb pro účely krizové komunikace?
8. Mohlo by mít rozdělení předmětu veřejné zakázky negativní vliv na zabezpečení krizové komunikace?

(pozn. Úřadu: otázky č. 1 až č. 5 byly položeny ve stejném znění jako znalci č. 1 a znalci č. 2; otázky č. 6 až č. 8 byly znalci č. 3 položeny s ohledem na závěry rozhodnutí předsedy Úřadu R74/2012).

54. Znalecký posudek č. 3 obdržel Úřad dne 10. 2. 2014. Usnesením č. j. ÚOHS-S437/2011/VZ-3035/2014/514/JNv ze dne 11. 2. 2014 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí. V příloze citovaného usnesení zaslal Úřad účastníkům řízení znalecký posudek č. 3.

#### **IX. Vyjádření zadavatele ze dne 4. 10. 2013**

55. Zadavatel uvádí, že z dosavadního průběhu správního řízení není zřejmé, zda a který znalecký posudek (č. 1 nebo č. 2) bude připuštěn jako důkazní prostředek. V případě, že by byly připuštěny oba znalecké posudky, je namístě, aby si Úřad nechal zpracovat třetí, tzv. revizní znalecký posudek.

56. Z odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu R74/2012 dále vyplývá, že posuzovaný případ nelze hodnotit pouze z hlediska odborného, nýbrž i současně z hlediska legislativně právního. V této souvislosti zadavatel poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 37/2011 ze dne 7. 12. 2011, který se zabýval otázkou diskriminačního postupu zadavatele a z něhož zadavatel cituje: *„Ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách tak znamená, že žádný z dodavatelů nesmí být přímo nebo nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení, tedy že zadavatel musí postupovat materiálně týměž způsobem erga omnes.“* Podle Nejvyššího správního soudu dále *„...může dojít např. tehdy, pokud zadavatel stanoví zcela nepřiměřené požadavky na prokázání splnění kvalifikace, v důsledku čehož účelově a v rozporu se zákonem omezí účast určité skupiny dodavatelů. Zadavatel je oprávněn využít prostor daný zákonem a prostřednictvím stanovení úrovně ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů znevýhodnit některé dodavatele. Toto je však možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi. Navíc tyto požadavky musí být vždy přiměřené, jinak se zadavatel dopustí porušení zásady zákazu diskriminace.“*
57. Právní posuzování nebo hodnocení případné diskriminace nebo otázek s ní spojených nelze podle názoru zadavatele požadovat po znalci, jehož znalecká aprobace je z oblasti technické. Zadavatel závěrem navrhuje, aby Úřad jednoznačně stanovil, které z dosavadních důkazů budou v rámci posuzování postupu zadavatele připuštěny jako důkaz pro rozhodnutí ve věci. Pakliže si Úřad nechá zpracovat revizní znalecký posudek, zadavatel je názoru, že tento musí být ryze technického charakteru a současně by měl mít Úřad znalecký posudek, jehož předmětem by bylo kvalifikované právní posouzení, zda zadavatel v předmětném zadávacím řízení vymezil předmět plnění diskriminačně či nikoliv.

#### **X. Obsah znaleckého posudku č. 3 ze dne 10. 2. 2014**

58. Na otázku č. 1: *„Bylo s ohledem na vymezení předmětu veřejné zakázky (se zřetelem na bod 4. 1 zadávací dokumentace) přípustné tento předmět rozdělit na samostatné části, a sice na část pevných (fixních) datových služeb a na část mobilních datových služeb, aniž by tím byl ohrožen účel této veřejné zakázky?“* znalec č. 3 odpověděl: *„Vzhledem k tomu, že zadavatel neuvedl v zadávací dokumentaci žádné technické argumenty hovořící proti rozdělení zakázky a ani neuvedl žádné okolnosti v popisu účelu spojů, které by zhoršovaly jeho situaci při rozdělení zakázky, potom je takové rozdělení po technické stránce přípustné. To však také znamená, že by bylo nutné provést nejméně dva výběry formou soutěže a starat se o dvě či více smluv potenciálně se dvěma či více dodavateli. To vede k pohledu ekonomickému a projektovému, který rozdělení naopak nepřeje. Znalec našel při posouzení jak argumenty hovořící pro rozdělení, tak i hovořící pro zadání formou ucelené dodávky všech služeb jediným uchazečem. Blíže vše udává tabulka v odst. 2.4.7 posudku.“*
59. Na otázku č. 2: *„Měla by v případě přípustnosti takového rozdělení předmětu veřejné zakázky oddělená smluvní odpovědnost vliv na provozuschopnost a funkčnost předmětného plnění veřejné zakázky?“* znalec č. 3 odpověděl: *„Patrně zásadní argument ve scénáři „rozdělená zakázka“ je v oblasti ztráty kontroly času zprovoznění rozdělených částí služeb. Tedy je potenciálně ohroženo zprovoznění celku. Jinak po technické stránce nebyly identifikovány důvody, proč by rozdělené plnění ohrožovalo funkčnost systému.“*
60. Na otázku č. 3: *„Byl požadavek zadavatele, a sice požadavek (uvedený v příloze č. 1 zadávací dokumentace – „Technická specifikace“) na přenos dat uskutečněný pomocí technologií*

GSM/CSD DATA, GPRS, UMTS/HSDPA, CDMA a WI-FI, nezbytný pro řádné splnění vymezeného předmětu veřejné zakázky, anebo bylo možné požadovat i jiná technologická řešení, aniž by měl takový požadavek vliv na funkčnost plnění požadovaného zadavatelem s ohledem na zadavatelem uváděnou nutnost fungování přenosu i za extrémních povětrnostních/přírodních podmínek?“ znalec č. 3 odpověděl: „Znalec není přesvědčen ve shodě s dříve zpracovaným posudkem ing. Trezzi, že formulaci v části „datové tarify“ zadávací dokumentace lze považovat za požadavek a tak přenechává tento výklad k rozhodnutí právníkům či soudu. Po technické stránce je shluk zkratk zmatečný, když kombinuje základní přenosové technologie a způsoby přenosu dat na jejich podkladu. Technické zadání hovoří jasně: „Požadavek na provoz pomocí GPRS a přes technologii nezávislou na GSM síti.“ Tedy například GSM a CDMA, nebo GSM a UMTS, nebo GSM a WiFi. Takový požadavek je logický a zejména v kombinaci GSM a CDMA spatřuje znalec výhodu díky jiné technologii a jinému přenosovému pásmu, a takový požadavek by považoval přinejmenším za doporučený. Nicméně zadavatel zjevně nevyčerpal požadavkem na GSM a další nezávislou technologii výčet všechny dostupné možnosti. Variantou by mohlo být také spojení pomocí dvou GSM sítí od dvou operátorů nebo kombinace GSM a záložního spojení datovým kanálem jiného spojovacího prostředku. Takže zadavatel by mohl požadovat i jiná řešení, která po technické stránce dávají smysl, a jejichž jednotlivým prvkem je nespoléhat se jen na jednu přenosovou technologii.“

61. Na otázku č. 4: „Je odůvodněný požadavek zadavatele, aby s ohledem na předmět veřejné zakázky muselo být příslušné datové spojení realizováno pouze v zemi optickým nebo metalickým kabelem, a to pro úroveň I. i II. přístupové datové linky, anebo by bylo možné použít pro tyto úrovně rovněž bezdrátové systémy, aniž by to ovlivnilo kvalitu přenosu?“ znalec č. 3 odpověděl: „Zadavatel v části SLA stanovuje požadavky na dostupnosti, které jsou snadno splnitelné kabelovým (a to zejména optickým) spojením obzvláště za nepříznivých povětrnostních podmínek. Pro rádiové systémy jsou parametry na hranici technické spolehlivosti v běžných podmínkách a pro extrémní projevy počasí jsou obtížně splnitelné. Znalec se přiklání k názoru, že použití kabelového spojení je na místě, byť i zde existují možnosti poruchy například díky zaplavení prostor s přenosovou technologií, jak bylo možné sledovat při povodních v Praze v roce 2002. Platí však, že za extrémních projevů počasí, zejména vydatných srážek a nebo bouřky, bude rádiový spoj více zranitelný. Připojení výhradně rádiovým systémem tak považuje znalec za nevhodné s ohledem na požadavek funkce za extrémních projevů počasí.“
62. Na otázku č. 5: „Je soudnímu znalci z jeho odborné činnosti známo, že by mobilní operátoři působící na trhu v České republice poskytovali své velkoobchodní služby jiným subjektům, a to za účelem poskytnutí jejich maloobchodních služeb i dalším klientům.“ znalec č. 3 odpověděl: „K rozhodnému datu není taková situace v ČR znalci známa. V dříve zpracovaných posudcích v dané věci se objevují jména tzv. šedých operátorů. To ovšem není případ, na který je znalec tázán a samotná „spolupráce“ v dřívějším posudku zmiňovaného tandemu Telefónica a TMT Czech skončila sporem u ČTÚ a akvizicí, či spíše pohlcením slabšího z dvojice v rámci boje proti šedým operátorům.“
63. Na otázku č. 6: „Jak dalece je technicky problematické propojení pevné a fixní mobilní sítě s ohledem na technickou specifikaci předmětu veřejné zakázky?“ znalec č. 3 odpověděl: „Technické specifikace v zadávací dokumentaci nehovoří o požadavcích na propojování sítí.“

*Hovoří o potřebě přenášet data různými druhy sítí, někde jde o pevné datové spojení, jinde u jiných lokalit a patrně terénních pracovníků o mobilní spojení. Důležité je, jak je celkově navržena komunikační vrstva informačního systému. Obvyklá architektura bude využívat propojení jednotlivých lokalit do sítí, které jsou zakončeny v centrálních pracovištích. Potom jediným dopadem potřeby propojení dvou sítí, a sice pevné a mobilní, je potřeba vybavit aktivní prvky sítě Zadavatele zakázek dvěma porty pro připojení, místo jednoho a dále tento prvek správně nastavit. Po technické stránce je to triviální úloha.“*

64. Na otázku č. 7: „*Jak dalece je technicky rozdílné poskytování standardních telekomunikačních služeb a telekomunikačních služeb pro účely krizové komunikace?*“ znalec č. 3 odpověděl: „*Zákon o elektronických komunikacích v §99 ukládá povinnost „poskytovat přednostně připojení k veřejné telefonní síti a přístup k veřejně dostupné telefonní službě účastníkům krizové komunikace“ a oprávnění „Za tímto účelem ... omezit nebo přerušit poskytování veřejně dostupné telefonní služby.“. To se v praxi realizuje změnou nastavení sítě podle předem připraveného scénáře. V zákoně o integrovaném záchranném systému je pak zmíněno využívání sítě ministerstva vnitra. Z pohledu operátorů se technická rozdílnost projevuje zejména poskytnutím přednostního spojení, což je zcela standardní úloha v řízení sítí.“*
65. Na otázku č. 8: „*Mohlo by mít rozdělení předmětu veřejné zakázky negativní vliv na zabezpečení krizové komunikace?*“ znalec č. 3 odpověděl: „*Při zachování základních parametrů a výběru z takových dodavatelů, kteří odpovídají nárokům oborové legislativy, by takové rozdělení nemělo žádný vliv.“*

#### **XI. Vyjádření zadavatele ze dne 19. 2. 2014**

66. Zadavatel uvádí, že znalecký posudek č. 3 potvrzuje oprávněnost požadavku zadavatele, že na provozně kritických spojích, z důvodu nižší spolehlivosti za extrémních povětrnostních podmínek, jsou rádiové systémy nevhodné. Ze znaleckého posudku č. 3 dále vyplývá, že rozdělení veřejné zakázky je z technického hlediska možné, avšak potvrzuje existenci uznatelných důvodů předmět plnění nerozdělit. Podle názoru zadavatele je otázka dělení předmětu plnění v jeho pravomoci, zvláště pokud existují důvody pro i proti. Jednu z hlavních příčin zadávání předmětu plnění jako celku zadavatel uvádí v jednoznačné odpovědnosti jednoho dodavatele za funkčnost. Zadavatel nehodlá řešit situaci, kdy bude arbitrovat mezi dodavateli, pokud dojde k poruše telekomunikačního spojení a žádný z dodavatelů neuzná své pochybení. Ve znaleckém posudku č. 3 je rovněž uvedeno, že při rozdělení předmětu plnění na sebe zadavatel musí přenést kontrolu nad dodavateli a taktéž břemeno rozhodování v případě nejasné příčiny problému. Právě této situaci chtěl zadavatel předejít.
67. K otázce týkající se poskytování velkoobchodních služeb mobilními operátory zadavatel uvádí, že je mu lhostejné v jakém obchodním modelu mu případný uchazeč nabídne své služby.
68. Zadavatel konstatuje, že znalecký posudek č. 3 se nevyjadřuje k otázce, zda navrhovatel mohl či nemohl podat nabídku na celý předmět plnění, ať již s využitím subdodavatelského modelu nebo prostřednictvím podání společné nabídky. Tyto možnosti mohl navrhovatel sám využít a podat nabídku na veřejnou zakázku s tím, že by integraci celého předmětu plnění vyjednal

sám. Tímto způsobem navrhovatel mohl podat nabídku do zadávacího řízení a podpořit hospodářskou soutěž, jejíž absenci napadá. Namísto toho navrhovatel požaduje, aby integraci předmětu plnění provedl sám zadavatel, tj. aby veřejnou zakázku rozdělil na části a to v takové granularitě, aby vyhovovala právě navrhovateli. Obecně řečeno, pokud zadavatel poptává nějaké plnění, neznamena to, že ti, kteří jej nenabízejí, jsou diskriminováni.

69. Zadavatel dále uvádí, že není povinen dělit veřejnou zakázku na části, aby si navrhovatel mohl vybrat, do které části předmětu plnění hodlá podat svoji nabídku, s tím, že zbytek bude zadavatel poptávat samostatně. Takový postup by vedl k rozptýlení odpovědnosti mezi více dodavateli, k oslabení zadavatele z hlediska smluvních ujednání a i k ne hospodárnosti celého plnění. Znalecký posudek č. 3 tyto skutečnosti potvrzuje a navíc je z jeho závěrů patrné, že by byla ztížena časová synchronizace více zadávacích řízení a uvedení více samostatných částí veřejné zakázky do chodu v jeden časový okamžik. Zadavatel navrhuje, aby Úřad znalci č. 3 zadal doplnění znaleckého posudku č. 3 v tom smyslu, aby posoudil, zda mohl navrhovatel splnit zadávací podmínky nebo mu objektivní zadávací technické příčiny bránily, aby mohl podat nabídku s využitím subdodávky nebo nabídku společnou. Podle zadavatele je odpověď na tuto otázku podstatná, neboť navrhovatel v námitkách neuvedl, jaká újma mu v důsledku domnělého porušení zákona vznikla. Aby mohlo být správné řízení vedeno, musí být újma navrhovatele alespoň dovozena; jedinou hypotetickou újmu může být tvrzená možnost podání nabídky. Zadavatel však výše dovedl, že navrhovatel nabídku podat mohl.

## **XII. Závěry Úřadu**

70. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřené veřejné zakázce, vyjádření předložených účastníků řízení, a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

### **Relevantní ustanovení zákona**

71. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
72. Podle § 45 odst. 3 zákona nesmí být technické podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže.
73. Podle § 98 odst. 1 zákona může zadavatel rozdělit veřejnou zakázku na části, připouští-li to povaha předmětu veřejné zakázky.

### **Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce**

74. Předmět veřejné zakázky je podle čl. 4. 1 zadávací dokumentace členěn následovně:
- a) datové služby – fixní datová síť,
  - b) připojení do sítě internet,



c) hostingové služby a služby pro ukládání dat,

d) služby mobilních datových komunikací – mobilní datová síť.

75. Podrobná technická specifikace předmětu veřejné zakázky je upravena v příloze 1 (Technická specifikace) zadávací dokumentace.
76. Zadavatel v čl. 4.5 zadávací dokumentace stanovil, že veřejná zakázka není ve smyslu § 98 zákona rozdělena na části. Nabídka musí být zpracována a podána na celý požadovaný předmět veřejné zakázky.
77. V příloze 1 zadávací dokumentace „Technická specifikace“ je uvedeno, že ve fixní datové síti budou přenášena klasická data představující komunikaci informačních systémů zadavatele, a to jak centrálních, tak distribuovaných informačních systémů. Mobilní datová síť bude primárně využita pro sbírání dat z vodních děl zadavatele a vzdálený přístup zaměstnanců zadavatele.
78. V příloze 1 zadávací dokumentace „Technická specifikace“ je dále uvedeno, že topologie datové sítě bude sestavena z následujících 3 úrovní:
- I. Úroveň – primární centrum (Generální ředitelství Praha) a záložní hostingové centrum poskytovatele služby a připojení v hostingovém centru;
  - II. Úroveň – závody zadavatele (6 lokalit);
  - III. Úroveň – vodní díla a vodohospodářská zařízení zadavatele (45 lokalit).
- Rozhraním mezi zadavatelem a operátorem bude ethernetový port koncového zařízení. Pro centrální lokalitu (Praha) je požadováno připojení do IP VPN s přenosovou kapacitou 6 Mbit/s s možností budoucího navýšení rychlosti bez změny technologie až na 100 Mbit/s. Pro II. úroveň sítě je požadavek možnosti budoucího navýšení bez změny technologie až do rychlosti 8 Mbit/s. Přístupové datové linky úrovně I. a II. musí poskytovat symetrické komunikační kanály s garantovanou propustností bez agregace datového provozu. Pro úroveň I. a II. nelze použít bezdrátových systémů. Přístupové datové linky úrovně III. musí poskytovat komunikační kanály s garantovanou propustností datového provozu. V případě použití bezdrátových systémů požaduje zadavatel garanci licencovaného frekvenčního pásma.
79. V dodatečných informacích ze dne 9. 8. 2011 zadavatel k dotazu na důvody použití výhradně kabelových systémů pro úroveň I. a II. přístupových datových linek uvádí: *„Povodí Vltavy jakožto vodohospodářská organizace je součástí krizového štábu a odpovídá za řízení a regulaci stavu vodních toků i za zhoršení meteorologických podmínek, čímž se podílí na zajištění procesů souvisejících se zajištěním obyvatel v okolí vodního toku. Datové linky vyžadují maximální dostupnost především v krizových situacích při kulminaci vodních toků, které nastávají zejména při extrémním počasí, které může být doprovázené silným vichrem, bouřkami, krupobitím apod. S ohledem na tuto skutečnost požadujeme datové připojení realizovat v zemi optickým nebo metalickým kabelem jak pro úroveň I tak pro úroveň II, aby byl minimalizován vliv povětrnostní situace, zejména účinků atmosférické elektřiny, na použitou technologii“.*

### **K vymezení předmětu veřejné zakázky**

80. K otázce vymezení předmětu veřejné zakázky Úřad v obecné rovině uvádí, že byt' je to výlučně zadavatel, který vymezuje předmět plnění veřejné zakázky (tedy to, co v rámci zadávacího řízení vlastně poptává), neboť jen on sám zná nejlépe své potřeby, jež by měl být také schopen co nejpřesněji a věcně nejlépe definovat, nemůže k tomuto úkonu přistupovat zcela libovolně. I zde je totiž vázán zásadami uvedenými v § 6 zákona, mimo jiné tedy i zásadou zákazu diskriminace. V této souvislosti Úřad poukazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2011-69 ze dne 1. 11. 2012, z jehož závěrů rovněž vyplývá, že zásady uvedené v § 6 zákona v první řadě směřují k cíli zákona, kterým je zajištění podpory hospodářské soutěže. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, které jsou hrazeny z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli, k čemuž slouží zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Dodržování zásad uvedených v § 6 zákona je povinností základní a obecnou, jejichž smyslem je dodržet konkrétní předepsaný postup podle zákona, bez ohledu na skutečnost, zda je jeho obsahová a formální náplň ve všech jeho detailech popsána v konkrétních ustanoveních zákona.
81. Ke stejným závěrům dospěl i Krajský soud v Brně v rozsudku 62 Af 7/2010, že se zadavatel může dopustit porušení zásady zákazu diskriminace v jeho skryté podobě, pokud vymezí předmět plnění příliš široce (tj. tak, že v rámci jedné zakázky požaduje plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí), v důsledku čehož může podat nabídku méně dodavatelů než v situaci, kdy by tato jednotlivá plnění byla poptávána samostatně. Diskriminováni jsou pak ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna, což má za následek omezení konkurenčního prostředí.
82. Při posuzování toho, zda vymezením předmětu plnění nedošlo k porušení zásady zákazu diskriminace, je tedy třeba prvně určit, zda předmět veřejné zakázky není natolik odlišný, že jej měl zadavatel poptávat jako několik samostatných plnění.
83. Dále Krajský soud v Brně judikoval ve shora citovaném rozsudku, že se zadavatel může dopustit porušení zásady zákazu diskriminace v jeho skryté podobě i v situaci, kdy sice všechna předmětná plnění mohl poptávat v rámci jedné veřejné zakázky (jednalo-li se tedy o plnění svým charakterem totožná či obdobná), ale nevyužil přitom možnosti odstranit či zmírnit případné omezení konkurenčního prostředí tím, že veřejnou zakázku rozdělí na části podle § 98 zákona, pokud to její povaha připouštěla. Nejde tu přitom o to, že by byl zadavatel nucen činit něco (rozdělit veřejnou zakázku na části), co mu zákon neukládá, ale o to, že zadavatel musí využít všechny možnosti, které mu zákon (byt' jako možnost, nikoli povinnost) dává k tomu, aby se v zadávacím řízení diskriminace (resp. omezování konkurenčního prostředí) nedopouštěl.
84. Na druhém místě je pak tedy třeba při posuzování toho, zda vymezením předmětu veřejné zakázky nedošlo k porušení zásady zákazu diskriminace, určit, zda zadavatel neměl povinnost rozdělít veřejnou zakázku na části. K podmínkám, za kterých je zadavatel povinen veřejnou zakázku na části rozdělít, Krajský soud v Brně uvedl následující. *„K tomu, aby bylo možno dospět k závěru, zda zadavatel byl povinen v daném případě veřejnou zakázku rozdělít či nikoliv, je tedy třeba posoudit, zda povaha předmětu veřejné zakázky rozdělení připouštěla. Rozdělení veřejné zakázky na části přichází v úvahu obecně tehdy, pokud plnění v rámci jednotlivých částí budou plněními svým charakterem odlišnými. Naopak rozdělení veřejné*

*zakázky na části vhodné nebude zejména tehdy, pokud bude předmět zakázky tvořen plněními navzájem se neodlišujícími nebo plněními, která na sebe úzce navazují. K rozdělení veřejné zakázky na části lze přistoupit zásadně tehdy, pokud je důvod předpokládat, že za plnění po částech bude zadavatel platit v součtu nižší cenu. Tak tomu zpravidla může být právě v situaci, kdy rozdělení veřejné zakázky na části může přinést více nabídek a tedy i větší soutěž konkurujících si dodavatelů a z toho vyplývající nižší nabídkovou cenu.“*

85. Obecně lze tedy uvést, že zadavatel má povinnost rozdělit veřejnou zakázku na části, pokud je její předmět vymezen natolik široce, že ho může dodávat pouze omezený počet dodavatelů, zatímco její jednotlivé části by bylo schopno dodat dodavatelů více a plnění není nutno z technických a ekonomických důvodů poptávat jako plnění společné.
86. Úřad dále považuje za důležité zdůraznit, že jak vyplývá z rozsudku Nejvyššího správního soudu 1 Afs 20/2008, který se zabývá výkladem základních zásad zákona, samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Úřad tak zastává názor, že pokud je institut skryté diskriminace aplikovatelný na všechny postupy zadavatelů, je stejně použitelný závěr o nemožnosti jeho mechanické aplikace.
87. Podle Úřadu je tedy vždy nutné při zkoumání toho, zda zadavatel neporušil zásadu zákazu diskriminace tím, jakým způsobem vymezil předmět veřejné zakázky, vzít v úvahu všechny okolnosti daného případu. Je přitom třeba, též v souladu se závěry Nejvyššího správního soudu, poskytnout prostor i pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele; skrytou diskriminaci je tak možno shledat v takovém případě, kdy zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky skutečně excesivně, tj. tehdy, když je dopad na konkurenční prostředí zjevně nepřiměřený ve vztahu k legitimním důvodům, které zadavatele k danému vymezení předmětu plnění vedly a to zejména z pohledu technického a ekonomického, a tyto okolnosti následně posoudit jak jednotlivě, tak ve vzájemné souvislosti.
88. Pokud by prostor pro skutečně legitimní ekonomickou úvahu zadavatele nebyl dán, mohla by podle názoru Úřadu mechanická aplikace institutu zákazu skryté diskriminace vést až k absurdním důsledkům, přičemž jedním z nich by v konečné fázi mohla být i realizace takového řešení, které by nedůvodně zvyšovalo náklady zadavatele a nutilo by jej tak ke zjevně nevhodnému postupu. Ve světle shora uvedených úvah tedy Úřad přezkoumal vymezení předmětu veřejné zakázky v předmětném zadávacím řízení.
89. Jak je uvedeno v čl. 4. 1 „předmět veřejné zakázky“ zadávací dokumentace, předmětem plnění jsou datové služby – fixní datová síť, připojení do sítě Internet, hostingové služby a služby pro ukládání dat a služby mobilních datových komunikací, tj. mobilní datová síť. Jedná se tedy o zajištění služeb elektronických komunikací, tj. hlasových a datových služeb prostřednictvím pevné a mobilní sítě.
90. Navrhovatel napadá zejména skutečnost, že zadavatel postupem, kdy spojil plnění v oblasti pevných i mobilních telekomunikačních služeb omezil konkurenční prostředí v tom smyslu, že toto plnění je schopen realizovat pouze dodavatel, který disponuje pevnou i mobilní sítí současně, což však není případ navrhovatele, neboť tento disponuje pouze sítí pevnou. Podle navrhovatele tak měl zadavatel předmět plnění s ohledem na zásadu zákazu diskriminace rozdělit.

91. Úřad je názoru, že předmět plnění, jak jej zadavatel vymezil, je oprávněně poptáván v rámci jednoho zadávacího řízení. Svým charakterem se jedná o plnění obdobná, přičemž lze odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 198/2006 ze dne 27. 6. 2007, podle kterého je zadáním jedné veřejné zakázky, spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu, nutno rozumět i souhrn jednotlivých zadání určitých relativně samostatných plnění, týkají-li se tato zadání plnění spolu úzce souvisejících zejména z hledisek místních, urbanistických, funkčních, časových nebo technologických (s tím, že s ohledem na charakter přezkoumávané veřejné zakázky nelze aplikovat hledisko urbanistické).
92. Pokud tedy nebyl zadavatel povinen zadávat předmětné plnění jako více samostatných veřejných zakázek, zabýval se Úřad otázkou, zda pro zadavatele neexistovala povinnost rozdělit veřejnou zakázku na části. Úřad tedy zkoumal, jaké objektivní dopady mohl mít požadavek společného plnění v oblasti pevných i mobilních telekomunikačních sítí na konkurenci na relevantním trhu.
93. Úřad konstatuje, že existují rozdíly mezi možnostmi přístupu jednotlivých poskytovatelů telekomunikačních služeb k technické infrastruktuře v oblasti pevných telekomunikačních sítí, kde má operátor, resp. dodavatel s významnou tržní silou Telefónica Czech Republic, a. s., uloženu rozhodnutím Rady Českého telekomunikačního úřadu povinnost přístupu ve smyslu § 84 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (zjednodušeně řečeno povinnost velkoobchodní nabídky), a v oblasti mobilních telekomunikačních sítí, kde na odpovídajícím relevantním trhu taková povinnost uložena není. Výše uvedené de facto znamená, že v oblasti pevných telekomunikací je zaručeno, že své služby může nabízet i dodavatel nedisponující vlastní infrastrukturou, v oblasti mobilních komunikací je možnost poskytování relevantních služeb podmíněna uzavřením standardní obchodní smlouvy s vlastníkem takové infrastruktury, avšak její vlastník není k ničemu takovému nucen, pokud se nejedná o dodavatele disponujícího vlastní mobilní infrastrukturou, což však není případ navrhovatele. Vzhledem k podmínkám, které na relevantním trhu telekomunikačních služeb panují, lze konstatovat, že omezené konkurenční prostředí je faktický stav, který je dán postavením mobilních operátorů na trhu a není tak důsledkem postupu zadavatele. Úřad podotýká, že na existenci omezeného konkurenčního prostředí na trhu s telekomunikačními službami poukazuje i navrhovatel (viz bod 12 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Podle Úřadu tak nezákonný postup zadavatele nelze spatřovat v postupu, kdy předmět veřejné zakázky je takového charakteru, že již z povahy věci může být pořízen pouze od určitých dodavatelů, popřípadě od dodavatelů, na něž tito převedou svá výlučná oprávnění a tím jim účast v zadávacím řízení umožní.
94. Vzhledem ke konstatování existence negativních dopadů na konkurenční prostředí relevantního trhu se Úřad dále zabýval tím, zda bylo nutno dané plnění v oblasti telekomunikačních služeb poptávat jako společné, resp. zabýval se důvody, které k tomuto zadavatele vedly. Při tomto posouzení Úřad vychází ze závěrů znaleckého posudku č. 3, který si nechal pro tento účel vypracovat. Úřad uvádí, že ze závěrů znaleckého posudku č. 3 (otázka č. 2 a č. 6) jednoznačně vyplývá, že rozdělení předmětu plnění na část plnění v oblasti pevných telekomunikačních služeb a část plnění v oblasti mobilních telekomunikačních služeb je po technické stránce možné, přičemž následné propojení obou částí je po technické

stránce triviální. Možnost rozdělení předmětu plnění vyplývá i ze závěrů znaleckého posudku č. 2 a není vyloučeno i závěry znaleckého posudku č. 1. Lze tedy uzavřít, že obě části předmětu plnění jsou od sebe z technického pohledu nepochybně oddělitelné. Přestože tedy mohl být předmět plnění z čistě technického hlediska rozdělen na části, nelze nalézt, jak bude následně uvedeno, podporu ve tvrzení, že zadavatel při jeho vymezení postupoval excesivně.

95. Z argumentace zadavatele vyplývá, že zadavatel svůj postup při vymezení předmětu veřejné zakázky odůvodňuje mj. jednoznačnou smluvní odpovědností za řádnou funkci předmětné služby a rovněž ekonomickými důvody (viz bod 69 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
96. Ve znaleckém posudku č. 3 v čl. 2. 4. 7 jeho nálezové části je uvedena tabulka, která demonstruje scénáře rozdělení či nerozdělení předmětu plnění veřejné zakázky ve světle souvisejících pozitiv či negativ z pohledu technického, ekonomického a projektového:

Veřejná zakázka bude rozdělena	Veřejná zakázka nebude rozdělena
<ul style="list-style-type: none"> <li>+ Technicky není problém rozdělenou veřejnou zakázku realizovat.</li> <li>- Bude třeba více portů v centrálních lokalitách zadavatele pro připojení více operátorů a více přípojných tras.</li> <li>- Musí se konsolidovat data ze SLA reportovacích nástrojů.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>+ Technicky není problém rozdělenou veřejnou zakázku realizovat.</li> <li>- Může být zvýšená pravděpodobnost úplného selhání, tj. že obě služby naráz přestanou fungovat.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>+ Prostá vysoutěžená cena může být nižší díky konkurenci.</li> <li>- Uchazeči nemusí uplatnit při tvorbě nabídek stejně velké množstevní slevy, jako v případě větší sjednocené nabídky.</li> <li>- Narostou kontrakční náklady a předpokládané náklady na realizaci centrálních lokalit.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>+ Prostá vysoutěžená cena může být nižší díky konkurenci.</li> <li>+ Je možné očekávat agresivnější slevy díky celkové velikosti kontraktu.</li> <li>+ Náklady na kontraktaci budou nižší, realizace centrálních lokalit bude pravděpodobně levnější.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Není jakákoliv kontrola nad časovým rámcem nezávisle zadaných veřejných zakázek. Z toho plyne vysoká pravděpodobnost uvedení oddělených částí do provozu ve zcela rozdílné časové okamžiky.</li> <li>- Zadavatel na sebe musí přenést část kontroly nad dodavateli a také břemeno rozhodování v případě nejasné příčiny sporu.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>+ I přes ztrátu kontroly nad časovým rámcem jediné veřejné zakázky je zřejmé, že uvedení celku do chodu je snadněji kontrolovatelné.</li> <li>+ Zadavatel má jednodušší kontrolu jediného dodavatele.</li> </ul>

97. Co se týká problematiky smluvní odpovědnosti, z tabulky je patrné, že v případě rozdělení veřejné zakázky na části na sebe zadavatel musí přenést část kontroly nad dodavateli a také břemeno rozhodování v případě nejasné příčiny sporu. Rovněž ve znaleckém posudku č. 2 v čl. 2. 3. 2. 2 nálezové části posudku je uvedeno: „V případě vzniku problémů např. charakteru nízké přenosové rychlosti nebo opakovaných rozpadů spojení mezi sítěmi různých operátorů bude složitější najít původce problému, neboť každá ze stran bude tvrdit, že služba je v její části systému poskytována podle SLA a že problém je na straně druhé.“ Tento závěr je ve shodě s odpovědí na otázku č. 2, znaleckého posudku č. 1, kde je uvedeno, že z hlediska smluvní odpovědnosti je dodávka služby od dvou dodavatelů problematická, neboť v případě poruchy je riziko, že na sebe tyto dodavatelé budou svalovat vinu. V tomto ohledu tedy Úřad konstatuje, že je možno zadavatelův požadavek na společné plnění označit

za legitimní, neboť rozdělení předmětu plnění implikuje riziko nejasné odpovědnosti toho kterého dodavatele v případě nefunkčnosti se souvisejícími zvýšenými nároky na uplatňování smluvní odpovědnosti.

98. Co se týká ekonomických důvodů hovořících pro nebo proti rozdělení předmětu plnění, Úřad se nejprve bude zabývat otázkou možného vlivu na celkovou cenu rozděleného a nerozděleného předmětu plnění. Z uvedené tabulky vyplývá, že v případě rozděleného předmětu veřejné zakázky může být cena poptávaných služeb nižší díky vlivu konkurence, avšak současně je vysloveno, že v případě nabídky pouze na část předmětu plnění nemusí dodavatel uplatnit stejně velké množstevní slevy jako v případě nabídky na celý předmět plnění. V případě nabídky na celý předmět plnění lze podle znalce č. 3 očekávat významnější slevy díky velikosti kontraktu. Rovněž znalec č. 2. v čl. 2. 3. 1. 5 nálezné části znaleckého posudku č. 2 připouští, že v případě veřejné zakázky zadané jednomu dodavateli může tento využít většího obrátu spojeného s provozováním pevných i mobilních telekomunikačních služeb a nabídnout i bezkonkurenční ceny. Znalec č. 2 ovšem dodává, že podmínkou dosažení tohoto efektu je soutěž mezi dodavateli, resp. zadavatel nesmí vymezit zadávací podmínky tak, aby měl určitý dodavatel na předmět plnění monopol. S ohledem na specifické podmínky cenotvorby telekomunikačních operátorů předestřené ve výše uvedeném čl. znaleckého posudku č. 2 ve vztahu k jejich nákladům, nelze tedy podle Úřadu a priori předpokládat, že by rozdělení předmětu plnění automaticky znamenalo v součtu nižší cenu, než kdyby byl předmět plnění zadáván v celku. Znalecký posudek č. 1 se k ekonomické stránce věci nevyjadřuje.
99. Úřad dodává, že nelze odhlédnout od dalších signifikantních důvodů promítajících se do ekonomické stránky věci, resp. do hospodárnosti zadávacího řízení. Jak je dále uvedeno v tabulce, v případě rozdělení předmětu plnění na části, je nutno vzít na zřetel nárůst kontraktních nákladů vyplývajících z realizace dvou zadávacích řízení, potažmo dvou částí jedné veřejné zakázky, nárůst nákladů z důvodů potřeby více portů v centrálních lokalitách zadavatele pro připojení více operátorů a více přípojných tras a možnou ztrátu kontroly nad časovým rámcem s možnou pravděpodobností uvedení obou částí předmětů plnění v rozdílné časové okamžiky. Úřad k uvedenému dodává, že zadávací řízení není prostředek, jehož účelem by bylo samoučelné vytváření podmínek pro to, aby na trhu mohla probíhat za každou cenu hospodářská soutěž, ale jedná se především o proces směřující k úspornému, resp. hospodárnému vynakládání veřejných prostředků, k čemuž může existence řádného soutěžního prostředí napomáhat.
100. Co se týká argumentace navrhovatele, že vymezený předmět plnění je schopen realizovat pouze dodavatel Telefónica Czech Republic a. s. Úřad k řečenému uvádí následující. V bodě 93 odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad uvedl, že výše jmenovaný dodavatel má uloženu povinnost velkoobchodní nabídky přístupu k vlastní technické infrastruktuře v oblasti pevných telekomunikačních sítí. Co se týká plnění v oblasti mobilních telekomunikačních služeb, resp. požadavků na datové tarify Úřad odkazuje na odpověď na otázku č. 3 znaleckého posudku č. 3 (viz bod 60 odůvodnění tohoto rozhodnutí), kde znalec č. 3 konstatuje ve shodě se závěry znaleckého posudku č. 2, že požadavek zadavatele na datové tarify v zadávacích podmínkách, resp. přenosy dat lze chápat pouze jako výčet možných přenosových technologií, přičemž technickému zadání vyhovuje různá kombinace přenosových technologií z uvedeného výčtu. (pozn. Úřadu: zadavatel výčet přenosových

technologií zdůvodňuje ve svém vyjádření ze dne 28. 3. 2013 v rámci řízení o rozkladu a to tak, že stávající technické zařízení ve vlastnictví zadavatele je schopno zpracovávat právě uvedené technologie přenosu dat). Znalec č. 2 v čl. 2. 3. 1. 1 nálezové části znaleckého posudku č. 2 uvádí, že zadavatelem uvedené datové služby, resp. přenosové technologie jsou zcela běžné a liší se především velikostí území pokrytého systémem UMTS. Znalec č. 2 v čl. 2. 3. 1. 2 nálezové části svého posudku identifikuje mimo dodavatele Telefónica Czech Republic, a. s., další 3 dodavatele, resp. operátory provozující technologické systémy, jejichž výčet uvedl zadavatel v zadávacích podmínkách týkající se datových tarifů. Na základě výše uvedeného tedy nelze konstatovat, že by dodavatel Telefónica Czech Republic a. s. byl jediným dodavatelem schopným realizovat předmět veřejné zakázky, neboť i 3 další mobilní operátoři, resp. dodavatelé by mohli prostřednictvím přístupu k pevné síti dodavatele Telefónica Czech Republic a. s. plnit veřejnou zakázku i v případě nerozděleného předmětu plnění. Znalec č. 1 ve svém posudku k otázce č. 3 uvádí, že není odborníkem na typy přenosových technologií.

101. K argumentům zadavatele ohledně využití subdodavatelského modelu či možnosti podání společné nabídky Úřad uvádí, že tyto možnosti nelze obecně klást naroveň samostatnému podání nabídky, které nejvíce podporuje soutěžní prostředí mezi dodavateli. Avšak s ohledem na specifika řešeného případu, je tato zásada neaplikovatelná. Podle názoru Úřadu, je nutno přihlídnout ke skutečnosti, že zadavatel předmět plnění poptává na specifickém trhu, na kterém je soutěžní prostředí do značné míry omezeno, nikoliv však postupem zadavatele, čehož, jak vyplývá z návrhu, si je vědom i navrhovatel.
102. Navrhovatel dále namítá, že telekomunikační služby požadované zadavatelem jsou kvalitativně i parametrově shodné bez ohledu na to, zda je přenosové médium optické nebo bezdrátové. Rozlišování podle typu přenosového média nemá podle jeho názoru žádné opodstatnění. K předchozímu Úřad odkazuje na odpověď na otázku č. 4 uvedenou ve znaleckém posudku č. 3 (viz bod 61 odůvodnění tohoto rozhodnutí), z níž vyplývá, že při extrémních projevech počasí je požadavek na kabelové spojení odůvodněný, neboť rádiový spoj může být v tomto případě zranitelnější. Obdobě se vyjadřuje i znalec č. 1. Co se týká závěrů znalce č. 2 k uvedené problematice, tento v odpovědi na otázku č. 4 uvádí: *„Metalické a optické kabely reprezentují pevnou datovou síť. Stejnou kvalitu spojení zaručuje i mikrovlnný spoj (bezdrátová technologie). Mobilní datové technologie neposkytují takové parametry připojení jako pevná datová síť připojená prostřednictvím metalického, optického nebo mikrovlnného připojení. Požadavek na připojení metalickým kabelem je nutné rozšířit i o mikrovlnný spoj, pak je takový požadavek na úroveň I. a II. odůvodněný.“* Z výše citované odpovědi je patrné, že znalec č. 2 rovněž uvádí, že mobilní technologie neposkytují takové parametry jako kabelový spoj, na jehož roveň však znalec č. 2 řadí i mikrovlnný spoj. Z čl. 2. 3. 4. nálezové části znaleckého posudku č. 2 vztahujícího se k otázce č. 4 však nevyplývá, že by znalec č. 2 přihlédl k vlivu ztížených povětrnostních podmínek, jež obecně omezují technické parametry bezdrátového přenosu, jak je naopak patrné z odpovědi znalce č. 3 na otázku č. 4.
103. 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 dat může ovlivnit kvalitu poskytovaných služeb, lze považovat postup zadavatele za odůvodněný, neboť za situace, kdy v této šetřené zakázce může způsob přenosu dat

ovlivnit kvalitu služeb, nelze zadavateli toto právo upřít. Rovněž je třeba přihlédnout ke skutečnosti, že zadavatel preferenci kabelového vedení stanovil pouze pro úroveň I. a II. přístupové datové linky, pro úroveň III. připustil použití bezdrátových systémů, přičemž podle Úřadu dostatečným způsobem vysvětlil technické důvody pro takový postup, jak vyplývá z dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 9. 8. 2011 (viz bod 79 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

104. Podle názoru Úřadu lze tedy k výše uvedenému uzavřít, že vzhledem k charakteru zadavatele je požadavek zadavatele na zabezpečení přenosu dat pro úroveň I. a II. přístupové datové linky výhradně kabelovou cestou opodstatněný, a to s přihlédnutím k zabezpečení přenosu dat při extrémních povětrnostních podmínkách. V postupu zadavatele při vymezení požadavků na odlišné technologie přenosu dat pro různé úrovně přístupových datových linek tak Úřad neshledává porušení § 45 odst. 3 zákona.
105. Úřad je vázán právními závěry rozhodnutí předsedy Úřadu R74/2012 z nichž vyplývá, že Úřad musí v dalším projednání věci posoudit, zda je samostatná poptávka služeb v oblasti telekomunikací možná či nikoliv a posoudit, zda spolu obojí plnění nutně souvisí a musí být uskutečňováno jedním dodavatelem. Taktéž je podle předsedy Úřadu nutné, aby se Úřad zabýval technickou otázkou propojení pevných a mobilních sítí a v souvislosti s touto problematikou přihlédl k postavení zadavatele, jakožto vodohospodářské organizace, která je součástí krizového štábu a tedy zda a jak může rozdělení předmětu plnění ovlivnit zabezpečení zákonných povinností zadavatele v době krizových situací.
106. S ohledem na závěry předsedy Úřadu Úřad uvádí následující. Co se týká otázky rozdělení předmětu plnění v oblasti telekomunikačních služeb, této problematice se Úřad podrobně věnoval v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí, kde dospěl k závěru, že samostatná poptávka daných služeb možná je, avšak k přihlédnutí ke specifickým daného případu, tj. předmětu plnění a podmínkám omezené konkurence na relevantním trhu nelze v postupu zadavatele i s přihlédnutím k zásadě hospodárnosti vynakládání veřejných finančních prostředků, spatřovat porušení zákona. Jak je rovněž patrné z předchozí části odůvodnění tohoto rozhodnutí, po technické stránce je propojení pevné a mobilní sítě triviální otázkou. K postavení zadavatele jakožto účastníka krizové komunikace a posouzení možného dopadu na dodržení zákonných povinností v době krizových situací s ohledem na rozdělení či nerozdělení předmětu plnění Úřad uvádí, že jak je patrné z odpovědi znalce č. 3 na otázky č. 7 a č. 8, nemělo by rozdělení předmětu plnění na dodržení zákonných povinností zadavatele v době krizové situace žádný vliv, resp. poskytování přednostního spojení účastníků krizové komunikace je standardní úloha operátorů při řízení telekomunikačních sítí uložena operátorům relevantní oborovou legislativou.
107. K návrhu zadavatele na doplnění znaleckého posudku o posouzení otázky, zda navrhovatel mohl či nemohl podat nabídku s využitím subdodavatele či prostřednictvím společného podání nabídky, Úřad odkazuje na bod 101 odůvodnění tohoto rozhodnutí, ze kterého vyplývá, že tyto možnosti podání nabídky nelze stavět naroveň samostatnému podání nabídky. Zároveň však Úřad uvedl, že je nutno přihlédnout ke skutečnosti, že zadavatel předmět plnění poptává na specifickém trhu, na kterém je soutěžní prostředí částečně omezeno. Jak vyplývá z návrhu navrhovatele, tento brojí proti postupu zadavatele, který zadává předmět plnění v oblasti pevných a mobilních telekomunikačních sítí společně, přičemž pokud by předmět plnění zadavatel rozdělil, mohl by navrhovatel podat nabídku



alespoň na jednu část plnění takto rozdělené veřejné zakázky. Úřad konstatuje, že neshledal v postupu zadavatele porušení zákona, potažmo porušení zákazu diskriminace, přičemž z obsahu návrhu vyplývá, že navrhovatel na takto vymezený předmět plnění samostatnou nabídku podat nemohl, neboť nedisponuje mobilní telekomunikační infrastrukturou. Posouzení otázky, zda by navrhovatel mohl či nemohl podat nabídku s využitím subdodavatele či prostřednictvím společného nabídky je podle Úřadu v daném případě irelevantní, neboť by na závěry tohoto rozhodnutí neměla tato skutečnost žádný vliv.

108. Úřad uvádí, že posoudil postup zadavatele v šetřené veřejné zakázce a dospěl k závěru, že zadavatel svým postupem, kdy veřejnou zakázku nerozdělil na části, neporušil zásadu zákazu diskriminace uvedenou v § 6 zákona. Zadavatel rovněž nestanovil technické podmínky v rozporu s § 45 odst. 3 zákona tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže.
109. S ohledem na výše uvedené skutečnosti rozhodl Úřad o zamítnutí návrhu navrhovatele tak, 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

1. Povodí Vltavy, státní podnik, Holečkova 8, 150 24 Praha 5
2. Tomáš Pfeffer, Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6

### Vypraveno dne

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