



UOHSX00509RV

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R180/2012/VZ-10715/2013/310/MŠe

Brno 10. června 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 29. 6. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 9. 7. 2012) podaném zadavatelem –

- **Český hydrometeorologický ústav, příspěvková organizace**, IČ 00020699, se sídlem Na Šabatce 2050/17, 143 06 Praha 4 – Komořany, 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,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S255/07/-7766/2011/540/IMa ze dne 21. 6. 2012, 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 systému 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, kde dalšími účastníky jsou –

- navrhovatel – **GTS Czech s. r. o.**, IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, Žižkov, 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,
- vybraný uchazeč – **Telefónica O2 Czech Republic, a. s.**, IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4, Michle,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. VZ/S255/07/-7766/2011/540/IMa ze dne 21. 6. 2012

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 24. 9. 2007 návrh navrhovatele – společnost GTS Czech s. r. o., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, Žižkov, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 26. 10. 2006, společností INDOC s. r. o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 - Břevnov (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele – Český hydrometeorologický ústav, příspěvková organizace, IČ 00020699, se sídlem Na Šabatce 2050/17, 143 06 Praha 4 – Komořany (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky „Služby elektronických komunikací“ v části „A – Hlasové a datové služby prostřednictvím stacionárních sítí elektronických komunikací“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému 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. Dnem 24. 9. 2007 bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, za jehož účastníky Úřad označil navrhovatele, zadavatele a vybraného uchazeče – Telefónica O2 Czech Republic, a. s. (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
2. V návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 24. 9. 2007 (dále jen „**návrh**“) navrhovatel uvedl, že zadavatel stanovil dílčí hodnotící kritéria č. 1 (datové služby) a č. 3 (ucelenost technického a organizačního zajištění řešení) v rozporu s ustanovením § 78 odst. 4 zákona, když nesprávně vymezil jejich obsah. Navrhovatel namítá konkrétně

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

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 podle navrhovatele nijak blíže vymezen. Navrhovatel postupu zadavatele vytýká, že v zadávací dokumentaci neuvedl, v jakých požadavcích se nabídky uchazečů mohou lišit, přičemž na tom nemění nic ani skutečnost, že zadavatel vymežil některé části předmětu plnění jako „minimální“ technické podmínky. Další námitka uvedená v návrhu spočívá v tom, že zadavatel stanovil dílčí hodnotící kritéria a jejich váhové koeficienty způsobem, který neodpovídá jejich objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky.

3. Dle názoru navrhovatele zadavatel svým postupem porušil rovněž ustanovení § 44 odst. 1 zákona, když nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel porušil též ustanovení § 45 odst. 3 zákona a též zásadu zákazu diskriminace, když určitým dodavatelům zaručil konkurenční výhodu a vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže tím, že vymežil 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.
4. Navrhovatel v návrhu rovněž namítal, že zadavatel nevymezil kvalifikační předpoklady tak, aby byly způsobilé prokázat kvalifikaci dodavatele, tj. jeho způsobilost pro plnění veřejné zakázky (§ 17 písm. e) zákona). Tímto se měl zadavatel dopustit porušení § 55 odst. 3 písm. c) zákona, podle kterého je veřejný zadavatel povinen vymežit 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.
5. Zadavatel se měl dále dopustit porušení povinnosti uložené v § 45 odst. 3 zákona ve spojení s § 6 zákona, když určitým dodavatelům zaručil konkurenční výhodu a vytvořil neodůvodněné překážky hospodářské soutěže tím, že vymežil 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, a. s., tj. na adrese Praha 3, K Červenému dvoru 3156/25 (dále jen „**lokalita K Červenému dvoru**“), 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. Takový požadavek považuje navrhovatel za nadbytečný a nemající vztah k plnění předmětu veřejné zakázky, když funkčnost nově připravené hostingové infrastruktury lze ověřit standardními měřicími prostředky i bez zřízení paralelní konfiguraci webové a portálové infrastruktury.

6. S ohledem na výše uvedené se navrhovatel domáhal zrušení zadávacího řízení, přičemž současně navrhl vydání předběžného opatření, jež by spočívalo v uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení až do rozhodnutí ve věci samé.
7. Dne 25. 10. 2007 vydal Úřad rozhodnutí č. j. S255/2007-00321/2007/550-OŠ, kterým podle ustanovení § 118 zákona rozhodl o zastavení správního řízení (dále jen „**prvostupňové rozhodnutí ze dne 25. 10. 2007**“). Dopisem ze dne 12. 11. 2007 podal navrhovatel proti tomuto rozhodnutí Úřadu o zastavení správního řízení rozklad.
8. Předseda Úřadu vydal dne 4. 2. 2008 rozhodnutí č. j. R206/2007/03- 21330/2007/310-AS, (dále jen „**druhostupňové rozhodnutí ze dne 4. 2. 2008**“), 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 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.
9. Dne 4. 6. 2008 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S255/2007/VZ-08090/2008/540/Zaj, kterým správní řízení podle ustanovení § 118 zákona zastavil rozklad (dále jen „**prvostupňové rozhodnutí ze dne 4. 6. 2008**“). Proti tomuto rozhodnutí podal navrhovatel dopisem ze dne 26. 6. 2008. 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 (dále jen „**druhostupňové rozhodnutí ze dne 10. 12. 2008**“).
10. Druhostupňové rozhodnutí ze dne 10. 12. 2008 napadl navrhovatel správní žalobou, o níž bylo Krajským soudem v Brně rozhodnuto rozsudkem ze dne 12. 8. 2010, č. j. 62 Ca 10/2009 113 (dále jen „**rozsudek krajského soudu**“), kterým bylo druhostupňové rozhodnutí ze dne 10. 12. 2008 zrušeno a věc byla Úřadu vrácena k dalšímu řízení.
11. Ve vztahu k otázce, zda dílčí hodnotící kritéria „Datové služby“ a „Ucelenost technického a organizačního zajištění řešení“ vyjadřují ekonomickou výhodnost nabídky a k 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.
12. 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.

13. 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.
14. K požadavku zadavatele na vytvoření paralelní konfigurace infrastruktury soud konstatoval, že z žalobou napadeného rozhodnutí není zřejmé, z jakých konkrétních důvodů nevykazuje dle názoru Úřadu daný požadavek zadavatele prvky skryté diskriminace a porušení ustanovení § 45 odst. 3 zákona a Úřad by se tedy měl touto otázkou podrobně zabývat.
15. 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.
16. S ohledem na závěry uvedené v rozsudku Krajského soudu předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R131/2008/VZ-15891/2010/310/JHr ze dne 21. 10. 2010 (dále jen „**druhostupňové rozhodnutí ze dne 21. 10. 2010**“) zrušil prvostupňové rozhodnutí Úřadu 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.
17. 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 navrhnout důkazy, případně činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. 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, přičemž v této souvislosti odkazuje na ustanovení § 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.

18. Usnesením ze dne 17. 1. 2011, č. j. VZ/S255/07-466/2011/540/VKu 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 (dále jen „**znalecký posudek**“).

II. Napadené rozhodnutí

19. Úřad posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, při respektování závazného právního názoru krajského soudu, vydal dne 21. 6. 2012 rozhodnutí č. j. VZ/S255/07/-7766/2011/540/IMa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup podle § 44 odst. 1 ve spojení s § 6 zákona, 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 zákaz diskriminace, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku dne 22. 12. 2008 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Výrokem II. Úřad rozhodl o tom, že v ostatních částech návrhu se správní řízení podle § 118 zákona zastavuje. Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. byla zadavateli uložena pokuta ve výši 100 000,- Kč.
20. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, 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 ustanovení § 78 odst. 4 zákona a § 44 odst. 1 zákona. Úřad dospěl k závěru, že zadávací dokumentace nevymezovala pouze podmínky, které mají obsahovat nabídky, ale stanovené požadavky uvedl zadavatel jako minimální hodnoty, od kterých se nabídky mohou odlišovat. Na základě údajů z nabídek uchazečů Úřad konstatoval, že nabídky obsahují hodnoty, na základě kterých by mohl zadavatel provést hodnocení a ekonomicky nejvýhodnější nabídku.
21. Otázku preference optických nebo metalických kabelů před přípojkami zřízenými radiovou cestou, posoudil Úřad při zohlednění závěrů uvedených ve znaleckém posudku, v němž znalec na položené dotazy odpověděl následujícím způsobem:

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 rádiová cesta omezující

- je rozdíl v kvalitě, spolehlivosti a odolnosti proti vnějším vlivům v tomto pořadí sestupně: optický kabel, metalický kabel, rádiová cesta.

22. Úřad s ohledem na závěry uvedené ve znaleckém posudku v odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, 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. Úřad dále konstatoval, že stanovený způsob hodnocení technologie přípojných vedení nemohl určitým dodavatelům zaručit konkurenční výhodu nebo vytvořit neodůvodněné překážky hospodářské soutěže, neboť 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 o elektronických komunikacích. Úřad dále uvedl, že zadavatel má právo vymezit 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 důvody pro takový postup. Pro úplnost Úřad uvedl, 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 (35%) a nabídková cena (20%).

23. Ani při stanovení vah dílčích hodnotících kritérií neshledal Úřad v postupu zadavatele pochybení. K námitce navrhovatele, vztahující se ke stanoveným vahám dílčích hodnotících kritérií, odkázal Úřad na výše citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 12. 8. 2010, č. j. 62 Ca 10/2009-113, kde soud 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 zákona nástroj, prostřednictvím kterého by mohl Úřad 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 krajského soudu nezbývá Úřadu než opakovaně konstatovat, že je na zadavateli, aby stanovil dílčí hodnotící kritéria způsobem, který odpovídá jejich významu a ekonomické výhodnosti pro zadavatele.
24. Ohledně námítky navrhovatele, jež směřovala proti požadavku zadavatele na doložení alespoň jednoho kladného hospodářského výsledku v posledních třech účetních obdobích, Úřad uvedl, že řádnou realizaci veřejné zakázky může zajistit pouze způsobilý (tzn. kvalifikovaný) dodavatel, který zadavateli prokáže svou ekonomickou a technickou stabilitu. Úřad současně konstatoval, zadavatel byl, 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. Stanovit takový požadavek ostatně veřejnému zadavateli umožňuje též ustanovení § 55 odst. 1 písm. b) zákona. Z vyjádření osmi subjektů, které si v zadávacím řízení vyzvedly zadávací dokumentaci, ale nepodaly nabídku, vyplynulo, že šest z nich tento požadavek splňovalo. Na základě uvedeného zjištění dospěl Úřad k závěru, že nedůvodná je též námitka navrhovatele, že předmětný kvalifikační předpoklad neoprávněně zvýhodnil vybraného uchazeče a fakticky znemožnil účast většiny alternativních poskytovatelů telekomunikačních služeb v zadávacím řízení.
25. K námitce navrhovatele, že požadavek zadavatele na přípravu vlastní paralelní konfigurace při migraci na nové podmínky, je zcela bez vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky, Úřad uvedl následující. Úřad při svých dalších úvahách vycházel ze zjištění, 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, kterým je vybraný uchazeč. 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 započatí plnění, které je předmětem samotné zadávané veřejné zakázky. Požadavky zadavatele na vytvoření paralelní konfigurace se tedy vztahují toliko k situaci, kdy dojde ke stěhování stávajícího řešení mimo hostingové centrum vybraného uchazeče.
26. Úřad dále uvedl, že následkem takového 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.

27. V návaznosti na výše uvedené dospěl Úřad k závěru, že požadavek zadavatele na vytvoření vlastní paralelní konfigurace je diskriminační 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. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatoval, že zadavatel porušil ustanovení § 44 odst. 1 zákona ve spojení s ustanovením § 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, 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.

III. Námitky rozkladu

28. Dne 9. 7. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě od zadavatele rozklad (datovaný dnem 29. 6. 2012), v němž zadavatel uvádí, že argumentace Úřadu, uvedená v bodech 104 až 123 je zavádějící a v důsledku toho vede k nesprávnému závěru, že zadavatel porušil § 44 odst. 1 ve spojení s § 6 zákona.
29. Podle zadavatele není opodstatněný závěr Úřadu, že mimo vybraného uchazeče museli všichni uchazeči do své nabídkové ceny zakalkulovat i náklady spojené s vytvořením dočasného řešení. Úřad podle zadavatele opomíjí, že ti uchazeči, kteří by využili lokality stávajícího hostingového centra (lokalita Červený dvůr), by tyto náklady nenesli. Zadavatel si je vědom toho, že uvedená lokalita hostingového centra je provozována vybraným uchazečem, což však nemění nic na tom, že byla a je dostupná většině uchazečů, a to za cenově srovnatelných podmínek. Podle zadavatele je podstatné, že většina uchazečů disponovala v dané lokalitě dostatečným kapacitním připojením (konektivitou).

30. Na podporu svého tvrzení zadavatel poukazuje na to, že základní ceníková cena za pronájem dvou celých racků 19" v hostingovém centru v lokalitě K Červenému dvoru činila 19 200,- Kč bez DPH měsíčně s tím, že jednorázový zřizovací poplatek 20 000,- Kč bez DPH. Zadavatel poukazuje na to, že cena nabídnutá navrhovatelem za pronájem dvou celých racků 19" činila 19 980,- Kč měsíčně, při jednorázovém zřizovacím poplatku 21 980,- Kč.
31. Zadavatel dále uvádí, že jeho stěžejním cílem při realizaci veřejné zakázky bylo mimo jiné minimalizovat rizika spojená s případnou změnou poskytovatele služeb ve smyslu možné škody třetím stranám, způsobené v důsledku nefunkčnosti informačního systému zadavatele. Podle zadavatele byla jedním ze způsobů minimalizace těchto rizik preference stávajícího místa poskytování služeb v lokalitě K Červenému dvoru, ve kterém by v případě změny poskytovatele služeb došlo k minimálním technickým zásahům spojeným s migrací a implementací nového řešení. Zadavatel uvádí, že vycházel z předpokladu, že pokud libovolný uchazeč mohl zajistit požadavek zadavatele bez nákladů na budování vlastní paralelní konfigurace, pak jej nelze považovat za diskriminační.
32. Zadavatel zdůrazňuje, že smyslem požadavku na paralelní konfiguraci nebylo, jak nesprávně dovodil Úřad, diskriminovat uchazeče, kteří v lokalitě K Červenému dvoru disponovali přístupovým bodem své přenosové sítě a mohli bez dodatečných diskriminačních nákladů preference zadavatele zajistit. Smyslem uvedeného požadavku naopak bylo, aby byla soutěž umožněna i takovým uchazečům, kteří by byli schopni služby efektivně poskytnout v jiných, geograficky vzdálených lokalitách. Podmínka k vytvoření paralelní konfigurace byla dle zadavatele nezbytná a to s ohledem na odpovědnost zadavatele vůči třetím osobám za bezvýpadkový provoz. Závěrem zadavatel konstatuje, že by akceptoval i jinou nabídku, která by požadavek na bezvýpadkový provoz věrohodně zajistila.
33. V souvislosti s tvrzením, že pro něj není akceptovatelné přerušení provozu, zadavatel poukazuje na některé smlouvy, jež uzavřel s třetími osobami a na jejichž základě je povinen poskytovat služby nepřerušeně, přičemž v případě jejich přerušení nastupují sankce v podobě smluvních pokut. Právě riziko, že smluvní partneři budou po zadavateli pro porušení smlouvy vymáhat smluvní pokuty, případně se domáhat náhrady škody, je faktor, který byl zadavatel při zadávání veřejné zakázky povinen zohlednit, neboť hospodaří s veřejnými prostředky a důsledky porušení smluvních závazků by šly k jejich tíži.
34. Závěrem zadavatel namítá, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí neuvedl, na základě čeho dovozuje, že migrace stávajících systémů není předmětem veřejné zakázky ani to, na základě čeho rozdělil v odůvodnění svého rozhodnutí veřejnou zakázku na „přípravnou fázi“ a na „samotné započítání realizace veřejné zakázky.“

Závěr rozkladu

Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

35. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, v platném znění (dále jen „správní řád“) věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

36. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
37. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. VZ/S255/07/-7766/2011/540/IMa ze dne 21. 6. 2012, rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

38. Zadavatel v rozkladu v obecné rovině zpochybnil argumentaci Úřadu, uvedenou v bodech 104 až 123 napadeného rozhodnutí, přičemž uvedl též podrobný výčet konkrétních výhrad, s ohledem na něž nemůže dle jeho názoru obstát závěr Úřadu o tom, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval diskriminačně a v rozporu se zásadou rovného zacházení. Zadavatel v rozkladu neuvádí žádné nové skutečnosti, jež by mohly mít vliv na změnu právních závěrů, k nimž Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl.
39. Pokud jde o názor zadavatele, že není správný závěr Úřadu o tom, že mimo vybraného uchazeče museli všichni uchazeči do své nabídkové ceny zakalkulovat i náklady spojené s vytvořením paralelní konfigurace, uvádím následující. Nelze souhlasit s tvrzením zadavatele, že uvedený závěr Úřadu neobstojí za situace, když ostatní uchazeči (tj. všichni mimo vybraného uchazeče) měli možnost upustit od záměru realizovat veřejnou zakázku ve vlastní lokalitě s tím, že by namísto toho uzavřeli nájemní smlouvu s vybraným uchazečem, na základě které by byli oprávněni využívat lokalitu K Červenému dvoru, na níž se povinnost vytvoření paralelní konfigurace přirozeně nevztahovala. Skutečnost, že zadavatel stanovil diskriminační požadavek na vytvoření paralelní konfigurace, nemůže být zhojena ani tím, že plnění tohoto požadavku se uchazeči mohli vyvarovat, pokud by předmět veřejné zakázky plnili jiným, pro ně méně výhodným způsobem (nájemní smlouvou s vybraným uchazečem), který by v konečném důsledku mohl vést ke zvýšení hladiny nabídkových cen. Postup zadavatele je tedy v rozporu nejen se zásadou rovného zacházení a zákazu diskriminace, ale též se zásadou účelného vynakládání veřejných prostředků, jakožto hlavního účelu zákona, jehož může být efektivně dosaženo pouze tehdy, pokud mezi uchazeči (soutěžiteli) existuje svobodná a zadavatelem uměle neomezená soutěž.
40. I kdyby uchazeči využili možnost pronajmout si u vybraného uchazeče dva celé racky 19“ a hostingové centrum provozovali v lokalitě K Červenému dvoru, opět by byli, v rámci jejich soutěžního postavení, znevýhodněni oproti stavu, kdy by hostingové centrum mohli

provozovat v libovolně zvolené lokalitě a bez omezení stanovených zadavatelem. V souvislosti s pronájmem by uchazeči museli vynakládat prostředky, které by v případě využití jiné lokality hradit nemuseli, resp. by je mohli hradit v nižší částce, a tyto prostředky vynaložené v souvislosti s nájmem stávajícího centra by se s nejvyšší pravděpodobností projeví ve výši nabídkové ceny.

41. Z pronájmu lokality K Červenému dvoru by tedy profitoval vybraný uchazeč (pokud by vůbec k uzavření nájemní smlouvy s uchazeči přistoupil), nicméně negativně by se nájemní vztah projevil v majetkové sféře zadavatele, který jeho vznik de facto sám způsobil tím, že nastavil zadávací podmínky způsobem, které uchazečům umožňovaly jen dvě varianty postupu. První z variant, které mohli uchazeči využít, spočívala ve vytvoření paralelní konfigurace (nad rámec předmětu veřejné zakázky) a druhou představovalo uzavření nájemní smlouvy s vybraným uchazečem. Vyloučit však nelze ani třetí variantu, jež by spočívala v provozování hostingového centra v uchazečem zvolené lokalitě, aniž by využití této varianty bylo podmíněno vytvořením paralelní konfigurace ze strany vybraného uchazeče. Třetí varianta, jež by byla pro uchazeče bezesporu nejvýhodnější, by tedy mohla vést k podání nabídek s nižší nabídkovou cenou.
42. Ze zadávací dokumentace (C3 Migrace na nové podmínky) vyplývá, že vytvoření paralelní konfigurace nebylo plněním, jež by zadavatel v rámci zadávacího řízení poptával samo o sobě. Ze zadávací dokumentace naopak vyplývá, že paralelní konfiguraci zadavatel požadoval pouze pro případ, že jako nejvýhodnější nabídka bude vybrána nabídka takového uchazeče, který bude hostingové služby poskytovat jinde než ve stávající lokalitě, tj. v lokalitě, kterou provozuje vybraný uchazeč.
43. Veřejnou zakázkou se, ve smyslu § 7 zákona, rozumí zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je „úplatné“ poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Úplatnost je tedy pojmovým znakem veřejné zakázky, neboť jen v případě, že zadavatel za dodavatelem poskytnuté plnění hradí úplatu, se jedná o veřejnou zakázku. Nejen, že ze zadávací dokumentace nevyplývá, zda mají uchazeči do svých nabídkových cen zahrnout i náklady spojené s instalací paralelní konfigurace či nikoli (viz. bod 121 napadeného rozhodnutí), ale na jejím základě nelze dospět ani k jednoznačnému závěru, že zadavatel zamýšlel úplatu poskytnout alespoň za samotnou přípravu této vlastní paralelní konfigurace. Poskytnutí vlastní paralelní konfigurace, kterou zadavatel samu o sobě nepotřeboval ani nepoptával, by se tak projevilo pouze v navýšení nabídkové ceny, kterou uchazeči nabízeli (resp. požadovali uhradit) za realizaci vlastního předmětu veřejné zakázky.
44. Vybraný uchazeč nabízel tedy pouze poskytování služeb hostingu a pouze s ohledem na rozsah jím nabízeného plnění si stanovil nabídkovou cenu. Ke splnění předmětu veřejné zakázky by mu tedy postačovalo pouze to, že by zadavateli poskytoval služby hostingu. Pokud je předmět plnění veřejné zakázky v uvedeném rozsahu (tj. bez poskytnutí paralelní konfigurace) dostačující pro vybraného uchazeče, musí být předmět veřejné zakázky ve stejném rozsahu dostačující i pro ostatní uchazeče o veřejnou zakázku. Veřejná zakázka nebyla zadavatelem rozdělena na části, tj. zadavatel nezadával odděleně poskytování služeb

hostingu a zvláště vytvoření paralelní konfigurace, a proto pokud od některých uchazečů požadoval vytvoření paralelní konfigurace nad rámec hostingových služeb, nejedná se o předmět veřejné zakázky, který musí být shodně u všech uchazečů (stejně jako u vybraného uchazeče) spatřován pouze v poskytování služeb hostingu.

45. Závěr, že příprava paralelní konfigurace není předmětem veřejné zakázky, lze dovodit i z ustanovení § 44 odst. 1 zákona, jež stanoví, že zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky „v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky“. Ze zadávací dokumentace (C3 Migrace na nové podmínky) však vyplývá, že požadavek na přípravu vlastní paralelní konfigurace se vztahuje až na toho uchazeče, který se ve smyslu zákona stane vybraným uchazečem. Tohoto uchazeče se však uvedená povinnost týká pouze tehdy, pokud nové prostředí bude umístěno jinde než ve stávající lokalitě K Červenému dvoru. Až tehdy se však vítězný uchazeč dozví od zadavatele informace o konfiguraci stávajícího řešení a bude po něm zadavatelem požadováno vytvoření vlastní paralelní konfigurace. Z uvedeného je zřejmé, že požadavek na paralelní konfiguraci, předvídaný (nikoli přesně vymezený) zadavatelem v zadávací dokumentaci, není předmětem veřejné zakázky a lze jej chápat jako představu zadavatele o tom, jak by měla probíhat „přípravná fáze“, kterou zadavatel považuje za nezbytnou pro případ, že jako vítězného uchazeče vybere uchazeče, který bude služby hostingu realizovat jinde než ve stávající lokalitě.
46. Bylo na zadavateli, aby v souvislosti s přechodem na nové hostingové centrum učinil, ať již v rámci zadávání předmětné veřejné zakázky, či v dřívějším období (např. v rámci předchozí smlouvy s vybraným uchazečem), taková opatření, která by nepředstavovala nerovné zacházení a přesto by byla způsobilá minimalizovat rizika, spojená se změnou poskytovatele služeb. Jako možný se v tomto směru jeví například takový postup zadavatele, který již v rámci zadávacích podmínek požaduje specifikaci způsobu, kterým budou uchazeči zajišťovat bezproblémový a bezvýpadkový přechod nové hostingové centrum (a to jakýmkoli způsobem, nikoli pouze vytvořením paralelní konfigurace) a posléze hodnotí efektivitu jednotlivých řešení.
47. K nezákonnému postupu, tj. ke stanovení takových požadavků v zadávací dokumentaci, které vedou k diskriminaci (zde většiny) uchazečů o veřejnou zakázku, by zadavatele neopravňoval ani jeho předchozí neobezřetný postup, kdy podmínky pro zajištění bezvýpadkového přechodu nevytvořil již ve stávající smlouvě s vybraným uchazečem, čímž mu do budoucna vytvořil privilegované postavení.
48. K obraně zadavatele, že po něm nelze požadovat, aby porušoval své závazky, případně jej vystavovat riziku, že své závazky poruší, uvádím následující. Za plnění svých závazků, stejně jako za dodržování zákona o veřejných zakázkách, odpovídá výlučně zadavatel. Pokud však zadavatel postupuje v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách a dopustí se správního deliktu, nemůže představovat liberační důvod skutečnost, že k nezákonnému postupu byl motivován snahou, aby neporušil své soukromoprávní závazky vůči třetím subjektům. Se zadavatelem nelze souhlasit ani v tom, že možnost jeho smluvních partnerů, uplatňovat po něm nárok na smluvní pokutu, je pro něj prioritní otázkou. Zadavatel je zejména povinen

postupovat v souladu s právními předpisy, ať již jde o soukromoprávní předpisy nebo o zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel je povinen jednat tak, aby předcházel riziku, že bude v rámci smluvních vztahů povinen hradit smluvní pokuty, nemůže tak však činit cestou porušení zákona o veřejných zakázkách.

VI. Závěr

49. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
50. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

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