



UOHSX00543G4

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S35/2013/VZ-16786/2013/511/MOn

Brno 4. září 2013

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 14.1.2013 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 26.4.2013 Mgr. Ondřejem Kneblem, advokátem, se sídlem Husinecká 808/5, 130 00 Praha 3,
- 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 8.11.2011 Tomášem Pfefferem, podnikatelem, IČO 87705508, s místem podnikání Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6,
- vybraný uchazeč – společnosti
 - T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha 4, a
 - T-Systems Czech Republic a.s., IČO 61059382, se sídlem Na Pankráci 1685/17,19, 140 21 Praha 4, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 24.10.2012 společností ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,

kteří dne 21.5.2012 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky,

vedeném ve věci veřejné zakázky „Poskytování WAN VPN pro ŘSD – Datová síť“, zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 9.3.2012 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 20.3.2012 pod ev. č. 209978, ve znění oprav

uveřejněných dne 7.5.2012, 26.6.2012 a 20.8.2012 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31.3.2012 pod ev. č. 2012/S 64-104568, ve znění oprav uveřejněných dne 19.5.2012 pod ev. č. 2012/S 95-157941, dne 6.7.2012 pod ev. č. 2012/S 128-212779 a dne 29.8.2012 pod ev. č. 2012/S 165-274188, **rozhodl takto:**

I.

Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, nedodržel zásady postupu zadavatele stanovené v § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když při posouzení nabídky vybraného uchazeče – společností T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha 4, a T-Systems Czech Republic a.s., IČO 61059382, se sídlem Na Pankráci 1685/17,19, 140 21 Praha 4, které podaly společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 21.5.2012 – a při rozhodování o námitkách navrhovatele GTS Czech s.r.o., IČO 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3 ze dne 28.12.2012, nedodržel zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách tím, že se věcně nezabýval splněním všech zadávacích podmínek v nabídce vybraného uchazeče – společností T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha 4, a T-Systems Czech Republic a.s., IČO 61059382, se sídlem Na Pankráci 1685/17,19, 140 21 Praha 4, které podaly společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 21.5.2012, a to ani poté, co obdržel věcné námitky, které toto výslovně namítaly, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže **ruší** úkony zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče – společností T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha 4, a T-Systems Czech Republic a.s., IČO 61059382, se sídlem Na Pankráci 1685/17,19, 140 21 Praha 4, které podaly společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 21.5.2012 a s hodnocením nabídek uchazečů, které byly zdokumentovány v protokolech z jednání hodnotící komise ze dne 12.10.2012, 22.10.2012, 31.10.2012, 19.11.2012, 29.11.2012, 4.12.2012 a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 5.12.2012 a současně **ruší** i rozhodnutí zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – ze dne 11.12.2012 o výběru nejvhodnější nabídky v předmětném zadávacím řízení.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 a 2 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 **ukládá uhradit náklady řízení** ve výši 55 440 Kč (padesát pět tisíc čtyři sta čtyřicet korun českých). Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Dne 9.3.2012 odeslal zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) – k uveřejnění oznámení o zahájení otevřeného řízení na veřejnou zakázku „Poskytování WAN VPN pro ŘSD – Datová síť“; oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 20.3.2012 pod ev. č. 209978. Zadavatel v oznámení stanovil konec lhůty pro podání nabídek na 3.4.2012.
2. Na základě žádostí o dodatečné informace k zadávacím podmínkám zadavatel upravil některé dílčí zadávací podmínky a dne 26.4.2012 odeslal k uveřejnění opravný formulář oznámení o zahájení zadávacího řízení, ve kterém nově stanovil konec lhůty pro podání nabídek na 25.5.2012. Opravné oznámení o zakázce bylo uveřejněno dne 7.5.2012.
3. S ohledem na skutečnost, že dne 22.5.2012 obdržel zadavatel námítky proti zadávacím podmínkám, přičemž nemohl vyloučit, že v návaznosti na jejich přezkoumání přistoupí k další úpravě zadávacích podmínek, rozhodl dne 25.5.2012 o prodloužení lhůty pro podání nabídek do 15.6.2012. Rozhodnutím ze dne 1.6.2012 pak zadavatel skutečně námítkám proti zadávacím podmínkám vyhověl a s ohledem na to, že dospěl k závěru, že jeho požadavky na plnění zakázky nemusely být v zadávací dokumentaci vymezeny ve všech ohledech jednoznačně a určitě, rozhodl o doplnění, resp. dílčích změnách zadávacích podmínek. Toto doplnění, resp. změnu provedl zadavatel dodatkem č. 1 k zadávací dokumentaci ze dne 14.6.2012, ve kterém též prodloužil lhůtu pro podání nabídek do 10.8.2012. Zároveň odeslal k uveřejnění druhý opravný formulář oznámení o zakázce, který byl v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněn dne 26.6.2012.
4. V návaznosti na další žádosti o dodatečné informace k zadávacím podmínkám zadavatel svým rozhodnutím ze dne 7.8.2012 znovu upravil zadávací dokumentaci veřejné zakázky, přičemž zároveň rozhodl o prodloužení lhůty pro podání nabídek do 3.10.2012. V souvislosti s tím odeslal k uveřejnění třetí opravný formulář oznámení o zakázce, který byl v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněn dne 20.8.2012.
5. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle uveřejněného oznámení o zakázce poskytování Virtuální Privátní Sítě (dále jen „WAN VPN“) pro zadavatele. WAN VPN má za úkol propojit lokální počítačové sítě (LAN) a technologické (telematické) body zadavatele do WAN VPN (any-to-any) na základě plnohodnotného protokolu IP bez omezení přenášovaných služeb (včetně šifrovaného a multicast provozu) realizované v síti dodavatele. Služba WAN VPN bude poskytována na technologii MPLS (Multi Protocol Label Switching) se zabezpečením zvýšené dostupnosti služby ve vybraných lokalitách zadavatele, pomocí technologicky nezávislého záložního řešení a s podporou definování QoS pro prioritizaci definovaných datových aplikací včetně již realizované IP Telefonie (specifikované lokality).
6. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel 5 nabídek včetně nabídek navrhovatele GTS Czech s.r.o., IČO 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 8.11.2011 Tomášem Pfefferem, podnikatelem, IČO 877 05 508, místo podnikání Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6 (dále jen „navrhovatel“) – a vybraného uchazeče – společností T-Mobile Czech Republic a.s.,

IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha 4, a T-Systems Czech Republic a.s., IČO 61059382, se sídlem Na Pankráci 1685/17,19, 140 21 Praha 4, které podaly společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 21. 5. 2012 (dále jen „vybraný uchazeč“).

7. Rozhodnutím ze dne 9.11.2012 byl jeden z uchazečů zadavatelem ze zadávacího řízení vyloučen, a to pro nesplnění kvalifikace.
8. Dne 11.12.2012 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky, kterou se stala nabídka vybraného uchazeče. Téhož dne bylo oznámení o výběru nejvhodnější nabídky odesláno všem uchazečům. Navrhovatel, jehož nabídka byla hodnotící komisí vyhodnocena jako druhá nejlepší, bylo oznámení o výběru nejvhodnější nabídky doručeno dne 13.12.2012.
9. Proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podal navrhovatel dne 28.12.2012, tedy v zákonné patnáctidenní lhůtě, námitky, které zdůvodnil dále uvedeným způsobem. Především v námitkách uvedl, že se mohl s postupem zadavatele a jím jmenované hodnotící komise seznámit pouze ve velmi omezené míře, a to s ohledem na skutečnost, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek a protokol o posouzení kvalifikace (do nichž mu bylo zadavatelem umožněno nahlédnout) jsou neúplné a neumožňují transparentní seznámení se s postupem zadavatele a jím jmenované hodnotící komise. Navrhovatel uvádí, že v uvedených dokumentech není uvedeno nic o dokladech, kterými uchazeči prokazovali technické kvalifikační předpoklady, ani nic o dokladech, které si zadavatel od uchazečů vyžádal dodatečně [ať již při dodatečném objasňování kvalifikace podle § 59 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), nebo při dodatečném vysvětlování nejasností nabídek podle § 76 odst. 3 zákona].
10. Za prvé navrhovatel v postupu zadavatele spatřuje porušení ustanovení § 59 odst. 5 zákona (ve spojení s § 6 zákona). Protokol o posouzení kvalifikace podle navrhovatele neobsahuje „právě ty informace, které dokumentují postup hodnotící komise při posuzování problematických aspektů kvalifikace“ jednotlivých uchazečů, a to s ohledem na to, že v něm není uveden ani seznam dokladů, kterými uchazeči prokazovali splnění technických kvalifikačních předpokladů, ani žádné údaje o dokladech, které uchazeči poskytli zadavateli na jeho vyžádání při dodatečném objasňování kvalifikace. Navrhovatel se tak nemohl seznámit s informacemi o rozsahu a povaze dokumentů, jež zadavatel (resp. jím jmenovaná komise) považoval za splnění technických kvalifikačních předpokladů.
11. Navrhovatel nerozporuje, že výslovný požadavek na zadavatele, aby do protokolu o posouzení kvalifikace zahrnul i seznam dokladů, kterými uchazeči prokazovali technické kvalifikační předpoklady, byl do zákona včleněn až k 1.4.2012 (přičemž zadávací řízení bylo zahájeno před tímto datem, a použije se tedy na něj právní úprava platná ke dni 31.3.2012), nicméně se domnívá, že tento požadavek je třeba vyvodit už i jen ze samotné zásady transparentnosti. Navrhovatel přitom argumentuje účelem zákona, resp. úpravy protokolu o posouzení kvalifikace, kterým jistě není to, aby se neúspěšní uchazeči dozvídali pouze souhrnné informace o výsledcích jednání hodnotících komisí (a to navíc ve strohé formě, zda uchazeč splnil/nesplnil kvalifikaci), ale naopak to, aby se uchazeči měli možnost seznámit se samotným průběhem posouzení kvalifikace a aby mohli případné námitky proti tomuto postupu stavět na relevantních podkladech. Jsou to podle navrhovatele ostatně právě neúspěšní uchazeči o veřejnou zakázku, kteří mají prvořadé právo iniciovat přezkum jejího zadávání.

12. Navrhovatel má tedy za to, že zadavatel pochybil, když jako nabídky splňující kvalifikaci označil i nabídky uchazečů, kteří kvalifikaci v daném rozsahu neprokázali. Svoje tvrzení o tom, že někteří z uchazečů, jejichž nabídky byly v další fázi zadávacího řízení posuzovány a hodnoceny, neprokázali splnění kvalifikace, však dále nijak nekonkretizuje – právě s ohledem na skutečnost, že z dokumentů, do kterých mu bylo umožněno zadavatelem nahlédnout, nelze další podrobnosti zjistit.
13. Navrhovatel spatřuje v postupu zadavatele porušení ustanovení § 76 odst. 1 a 6 zákona, neboť podle něj měla být nabídka vybraného uchazeče hodnotící komisí v rámci jejího posuzování vyřazena jako nespĺňující požadavky zadavatele (a vybraný uchazeč měl být následně vyloučen ze zadávacího řízení). To vše za předpokladu, že by se potvrdily navrhovatelem dále tvrzené skutečnosti.
14. Navrhovatel uvádí, že mu nejsou známy podrobnosti nabídky vybraného uchazeče, ale z obvyklé obchodní praxe je mu známo, že vybraný uchazeč ve svých nabídkách kromě přímého připojení lokalit prostřednictvím optického nebo metalického spoje využívá i přístupové technologie linek SHDSL a linek CEN ve variantě IP REN, zakončených DSL modemem. Pokud by byly tyto technologie vybraným uchazečem použity i v nabídce na předmětnou veřejnou zakázku, měla by být tato nabídka vyřazena, protože předmětné technologie nemohou vyhovět některým z požadavků zadavatele stanovených v zadávací dokumentaci. Konkrétně navrhovatel uvádí, že uvedené technologie nemohou vyhovět těmto požadavkům zadavatele uvedeným v zadávací dokumentaci:
 - pokročilý QoS – 5třídni provoz [požadováno v čl. 4.1 písm. v) přílohy č. 1a],
 - parametry na zpoždění 100 ms a 250 ms v daných třídách provozu [požadováno v čl. 6.1 přílohy č. 1a],
 - variabilita zpoždění do 40 ms v rámci třídy provozu hlas a video [požadováno v čl. 6.1 přílohy č. 1a],
 - ztrátovost paketů do 0,5 % [požadováno v čl. 6.1 přílohy č. 1a],
 - multicast [požadováno v čl. 1.1 zadávací dokumentace, čl. 7.1 bod č. 5 a čl. 7.2 bod č. 5 a čl. 8.1 bod č. 3 přílohy č. 1a],
 - reporting a on-line monitoring tříd provozu a jejich parametrů [požadováno v čl. 10.1 a čl. 11 přílohy č. 1a],
 - technologická nezávislost primární a záložní linky požadovanou zadavatelem – přístupové technologie do jedné lokality nesmí vést stejnou trasou – v jedné přenosové trubce, po stejné přístupové infrastruktuře [požadováno v čl. 4.1 písm. d), f) a g) přílohy č. 1a]
 - možnost případného budoucího navýšení garantované komunikační rychlosti směrem z a (nebo) do lokality DTS na hodnotu nejméně 1,5 násobku požadované garantované komunikační rychlosti [požadováno v čl. 1.1 a čl. 1.2 a čl. 2.1 a čl. 3.1 přílohy č. 2a].
15. Navrhovatel v námitkách uvádí i konkrétní technické a provozní důvody, pro které nemohou symetrické linky SHDSL a linky CEN ve variantě IP REN výše uvedené požadavky zadavatele splňovat. Uvádí přitom, že však není jeho úkolem, aby tyto důvody dopodrobna rozepisoval.

Podle jeho názoru se jeví jako zcela přiměřené upozornit na ně obecnou formou a ponechat jejich přezkoumání na zadavateli (který je ostatně odpovědný za kvalitní provedení posouzení nabídek).

16. Navrhovatel zdůrazňuje, že výše uvedené požadavky byly v zadávací dokumentaci stanoveny obecně, a to pro veškeré přístupové technologie. Z hlediska posouzení nabídky jako celku je tedy nutno považovat dle navrhovatele za nevyhovující již využití byť jen jediné linky SHDSL nebo linky CEN ve variantě IP REN.
17. Dále navrhovatel poukazuje na čl. 14.2.5 dílu 2 zadávací dokumentace, podle kterého musel být součástí nabídky i návrh technického a realizačního řešení zakázky. Na posouzení splnění jednotlivých požadavků zadavatele ve vztahu k uchazečem nabízeným přístupovým technologiím tedy nelze dle navrhovatele rezignovat s poukazem na absenci těchto údajů v nabídkách. Pokud hodnotící komise nebyla schopna důsledně zkontrolovat splnění požadavků zadavatele přímo v nabídce, měla v souladu s ustanovením § 76 odst. 3 zákona požádat vybraného uchazeče o vysvětlení nabídky.
18. Navrhovatel spatřuje v postupu zadavatele porušení ustanovení § 77 zákona (upravujícího institut mimořádně nízké nabídkové ceny). Navrhovatel uvádí, že eventuální použití linek SHDSL a linek CEN ve variantě IP REN znamená na straně jakéhokoli uchazeče sice neplnění řady obligatorních zadávacích podmínek, ale také významnou úsporu nákladů.
19. Navrhovatel vychází z toho, že zadavatel vymezil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 136 mil. Kč bez DPH za 48 měsíců jejího plnění, očekávaná cena za 1 měsíc plnění tak činila 2,8 mil. Kč. Průměr nabídkových cen uchazečů o veřejnou zakázku (nepočítaje v to vybraného uchazeče) činil podle navrhovatele 1,6 mil. Kč/měsíc. Nabídková cena vybraného uchazeče přitom činí 978 tis. Kč/měsíc.
20. Již tyto skutečnosti by měly být podle navrhovatele pro hodnotící komisi důvodem pro využití institutu vyžádání zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, a to tím spíše, že existovalo riziko hodnocení nepřijatelné nabídky.
21. O námitkách navrhovatele rozhodl zadavatel svým rozhodnutím ze dne 4.1.2013, které bylo navrhovateli doručeno dne 9.1.2013, tak, že námitkám nevyhověl, a to z dále uvedených důvodů.
22. Ve vztahu k námitce týkající se údajného porušení § 59 zákona a § 6 zákona (zadavatel jako splňující kvalifikaci označil i nabídky těch uchazečů, kteří kvalifikaci v daném rozsahu neprokázali; zadavatel neuvedl do protokolu o posouzení kvalifikace celou řadu podstatných informací potřebných pro posouzení správnosti postupu hodnotící komise) zadavatel uvádí, že se plně ztotožňuje s postupem hodnotící komise.
23. Rekapituluje přitom, že čtyři uchazeči prokázali splnění kvalifikačních předpokladů, a to buď dokumenty, které byly součástí podaných nabídek, nebo dodatečně na základě výzev k objasnění předložených informací či dokladů nebo předložení dalších informací či dokladů prokazujících splnění kvalifikace (postup dle § 59 odst. 4 zákona); pouze jeden uchazeč splnění kvalifikace neprokázal, a byl proto zadavatelem ze zadávacího řízení vyloučen.
24. Zadavatel neshledal v postupu hodnotící komise při posuzování splnění kvalifikace žádné pochybení, a to ani ve vztahu k obsahu protokolu o posouzení kvalifikace, který zcela odpovídá dikci § 59 odst. 5 zákona v rozhodném znění. Zadavatel naopak vyslovuje svoji

domněnku, že hodnotící komise by se mohla dopustit porušení zákona, kdyby obsahové náležitosti protokolu (které jsou v zákoně uvedeny taxativně) rozšířila.

25. Pokud jde o údajné porušení zásady transparentnosti v souvislosti s obsahem protokolu o posouzení kvalifikace, zadavatel se domnívá, že v případě, kdy zcela dodržel příslušné ustanovení zákona (zde § 59 odst. 5 stanovící obsahové náležitosti protokolu), musel tak dodržet i obecnou zásadu transparentnosti.
26. Ve vztahu k námitce týkající se údajného porušení ustanovení § 76 odst. 1 a 6 zákona (nabídka vybraného uchazeče měla být dle navrhovatele hodnotící komisí v rámci jejího posuzování vyřazena jako nesplňující požadavky zadavatele a vybraný uchazeč měl být následně vyloučen ze zadávacího řízení) zadavatel uvedl, že
 - zadávací dokumentace nijak nespécifikovala formu návrhu technického a realizačního řešení veřejné zakázky, který byl každý uchazeč povinen předložit,
 - technické požadavky na plnění veřejné zakázky však byly v zadávací dokumentaci detailně popsány a definovány, přičemž nebyla povolena jejich změna,
 - zadavatel tedy vychází z toho, že každý uchazeč se v nabídce zavázal, že bude v průběhu plnění veřejné zakázky dodržovat veškeré smluvní a technické podmínky stanovené zadávací dokumentací.
27. Nadto zadavatel dále uvedl, že předložené nabídky nemohly být z pohledu technického návrhu ani hodnoceny, protože tento návrh nebyl předmětem hodnocení.
28. Ve vztahu k námitce týkající se údajného porušení § 77 zákona (mimořádně nízká nabídková cena) zadavatel na prvním místě uvádí, že skutečnost, že je nabídková cena vybraného uchazeče nižší než nabídkové ceny ostatních uchazečů, sama o sobě neznamena, že by se mělo jednat o cenu nepřiměřeně (mimořádně) nízkou, za kterou by nebylo možno poptávané služby poskytnout.
29. Posouzení nabídkové ceny z hlediska toho, zda se jedná o cenu mimořádně nízkou, náleží dle zadavatele výhradně hodnotící komisí. V této souvislosti odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-R138/2011/VZ-14711/2012/310/MML, podle kterého „zadavatel nemá zákonnou povinnost odůvodňovat, proč neshledal některou z nabídkových cen za mimořádně nízkou. Zadavatel se tak nemůže dopustit porušení zákona tím, že neshledal nabídnutou cenu některého uchazeče za mimořádně nízkou, i když tak měl učinit. Je to právě zadavatel, kdo tím, že neposoudil nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou, ačkoliv to je v jeho výlučné kompetenci, respektive ve výlučné kompetenci hodnotící komise, nese riziko související s výběrem uchazeče, který předložil nabídku s nejnižší nabídkovou cenou.“ Zadavatel tak sledává postup komise, která ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek „pouze“ uvedla, že nabídková cena vybraného uchazeče nebyla mimořádně nízkou nabídkovou cenou, za správný a v souladu se zákonem.
30. Vzhledem k tomu, že navrhovatel považoval rozhodnutí zadavatele ze dne 4.1.2013 o nevyhovění svým námitkám za učiněné v rozporu se zákonem, podal dne 14.1.2013 písemný návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgánu dohledu nad dodržováním zákona.

II. OBSAH NÁVRHU

31. Navrhovatel ve svém návrhu v plném rozsahu rekapituluje své námitky, přičemž svá tvrzení (zejména v reakci na rozhodnutí zadavatele ze dne 4.1.2013) doplňuje dále rozvedeným způsobem.
32. K námitce údajného porušení § 59 zákona a § 6 zákona (zadavatel neuvedl do protokolu o posouzení kvalifikace celou řadu podstatných informací potřebných pro posouzení správnosti postupu hodnotící komise) navrhovatel uvádí odkaz na rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 26. září 2012 sp.zn. 31 Af 23/2012, v němž se soud vyjadřoval k náležitostem zadávací dokumentace. Navrhovatel má za to, že soud tu řešil otázku obdobnou té, která je dílčím předmětem jeho návrhu. V citovaném rozhodnutí soud – s odkazem na obecnou zásadu transparentnosti – dovodil, že zadavatel byl povinen v zadávací dokumentaci uvést i vzorec pro výpočet počtu bodů dosažených jednotlivými uchazeči v rámci jednotlivých dílčích kritérií, aniž by zákon tuto povinnost explicitně zmiňoval. Navrhovatel má za to, že obdobně měl zadavatel v posuzovaném případě zaznamenat do protokolu o posouzení kvalifikace „všechny relevantní skutečnosti“, i když tento požadavek nebyl v zákoně výslovně uveden.
33. Dále navrhovatel pomocí citací z několika dalších soudních rozhodnutí upozorňuje na to, že „princip transparentnosti představuje vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení“ a že požadavek transparentnosti „je považován za nesplněný v případě, že jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným.“
34. Navrhovatel zdůrazňuje, že postup zadavatele je z jeho pohledu zcela nečitelný a nepřezkoumatelný, protože jak protokol o posouzení kvalifikace, tak zpráva o posouzení a hodnocení nabídek jsou jen jakousi „výsledkovou listinou“, neboť z nich nelze zjistit nic jiného než samotné výsledky počínání hodnotící komise.
35. Navrhovatel opakuje, že se důvodně domnívá, že zadavatel správně neposoudil kvalifikaci některých uchazečů, a to včetně kvalifikace vybraného uchazeče, nemá ale v důsledku shora uvedeného pochybení zadavatele ohledně obsahu protokolu o posouzení kvalifikace k dispozici konkrétní informace, kterými by toto své tvrzení doložil. Navrhovatel uvádí, že tuto část návrhu hodlá blíže doplnit poté, co nahlédne do správního spisu, a bude se tak moci podrobně seznámit s postupem zadavatele v zadávacím řízení.
36. K námitce údajného porušení ustanovení § 76 odst. 1 a 6 zákona (nabídka vybraného uchazeče měla být hodnotící komisí v rámci jejího posuzování vyřazena jako nesplňující požadavky zadavatele a vybraný uchazeč měl být následně vyloučen ze zadávacího řízení) navrhovatel uvádí, že zadavatel, resp. hodnotící komise nemůže s odkazem na obecné prohlášení uchazeče rezignovat na obsahové posouzení nabídek (včetně nabízeného předmětu plnění), jak to naznačuje formulace rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 4. 1. 2013. Podle navrhovatele je zarážející, že zadavatel nejeví o tvrzené závažné nedostatky v nabídce vybraného uchazeče zájem ani poté, co na ně byl – formou podaných námitek – upozorněn.
37. K tvrzení zadavatele, že předložené nabídky nemohly být z pohledu technického návrhu hodnoceny, protože tento návrh nebyl předmětem hodnocení, navrhovatel uvádí, že v něm

jsou směřovány dva zcela odlišné instituty: posouzení nabídek (mimo jiné toho, zda nabízené plnění odpovídá požadavkům zadavatele uvedeným v zadávacích podmínkách) a jejich vlastní hodnocení. Posouzení nabídky se přitom vztahuje na celou nabídku (tedy i na celý předmět plnění) a nikoli jen na ty části, které budou zadavatelem hodnoceny.

38. K námitce údajného porušení ustanovení § 77 zákona (upravujícího institut mimořádně nízké nabídkové ceny) navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 2. září 2010 sp.zn. 62 Ca 11/2009, ve kterém soud dospěl k závěru, že postup hodnotící komise při posuzování otázky, zda určitá cena je mimořádně nízkou nabídkovou cenou, podléhá kontrole ze strany Úřadu.
39. Ve vztahu k zadavatelem citovanému rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-R138/2011/VZ-14711/2012/310/MMI pak navrhovatel uvádí, že se jedná o skutkově odlišný případ, kdy hodnotící komise otázku mimořádně nízkých nabídkových cen fakticky (nikoli jen formálně) posuzovala a zadavatel nabídkové ceny následně – v důsledku obdržených nabídek – znovu přezkoumal. Rozdíl spatřuje také v tom, že zatímco v případě řešeném ve správním řízení pod sp.zn. R138/2011/VZ tehdejší navrhovatel opíral svoji argumentaci výlučně o svoji vlastní cenovou nabídku a své kalkulace, v tomto případě jsou pochybnosti o reálnosti nabídkové ceny vybraného uchazeče vzbuzovány zejména tím, že plnění nabízené vybraným uchazečem neodpovídá požadavkům zadavatele stanoveným v zadávacích podmínkách.
40. Závěrem navrhovatel navrhuje, aby Úřad vydal rozhodnutí, kterým podle § 118 odst. 1 zákona uloží zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení jeho rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a dále ve zrušení všech jeho úkonů týkajících se posouzení kvalifikace vybraného uchazeče a posouzení nabídky vybraného uchazeče a podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona nařídil předběžné opatření, jímž zadavateli zakáže uzavřít v předmětném zadávacím řízení smlouvu.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

41. Úřad obdržel návrh dne 14.1.2013 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel návrh ve stejný den.
42. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
43. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem ze dne 24.1.2013 č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-1604/2013/511/MFI.
44. Zadavatel se k podanému návrhu vyjádřil svým podáním ze dne 21.1.2013. Dle zadavatele je návrh postaven na spekulativních a ničím nepodložených tvrzeních.
45. Ve shodě se svým rozhodnutím o námitkách ze dne 4.1.2013 zadavatel konstatuje, že posouzení kvalifikace proběhlo zcela v souladu se zákonem. Poukazuje přitom na charakter námitek navrhovatele, podle kterého došlo k „nějakému porušení zákona při posuzování kvalifikace,“ aniž by bylo konkretizováno k jakému.

46. Ve vztahu k obsahu protokolu o posouzení kvalifikace zdůrazňuje, že předmětné zadávací řízení se řídí zákonem ve znění k 31.3.2013, přičemž protokol o posouzení kvalifikace odpovídá tehdejšímu znění § 59 odst. 5 zákona. Zadavatel poukazuje na to, že bez zákonné opory nemůže zveřejňovat části nabídek uchazečů (např. referenční údaje o objednatelích), které jsou obvykle důvěrné a mohou obsahovat obchodní tajemství. Uchazeči o veřejnou zakázku podávali nabídky (v nichž jsou důvěrné informace uvedeny) s vědomím, že zadávací řízení je podrobena úpravě zákona, který možnost jejich zpřístupnění třetím osobám nedával (na rozdíl od současného stavu, kdy si každý uchazeč musí být dopředu vědom povinností zadavatele stanovených v § 59 odst. 5 a 6 zákona ve znění novely č. 55/2012 Sb.).
47. Pokud jde o to, že vybraný uchazeč údajně předložil nabídku, která nespĺňuje požadavky stanovené v zadávacích podmínkách, zadavatel uvádí, že se jedná o ničím nepodložený a nadto mylný předpoklad.
48. K argumentům uvedeným již v rozhodnutí o námitkách ze dne 4.1.2013 zadavatel doplňuje, že uchazeč ve svém návrhu technického a realizačního řešení zakázky uvedl několik technologií, kterými hodlá zabezpečovat plnění předmětu veřejné zakázky, nicméně ani z jeho nabídky, ani z dalších jím poskytnutých informací nevyplývá, že by měly být pro plnění předmětu veřejné zakázky využity technologie nebo postupy, které by nespĺňovaly požadavky zadavatele stanovené v zadávacích podmínkách. Zadávací dokumentace kromě toho nijak nezakazuje uchazečům, aby v rámci svého návrhu technického a realizačního řešení zakázky užívali např. jako podpůrné či záložní i takové technologie, které by samy o sobě nebyly dostačující pro splnění zadávacích podmínek. Technické řešení nabízené vybraným uchazečem podle zadavatele odpovídá jeho požadavkům dle zadávací dokumentace.
49. Ve vztahu ke zkoumání existence mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel uvádí, že hodnotící komise se tímto aspektem zabývala u všech posuzovaných nabídek. Při svém rozhodování vzala mimo jiné v potaz i skutečnost, že zadavatel nepoptává plně standardizované plnění, ale naopak, že nabídky uchazečů nejsou plně identické z hlediska nabízených služeb. Jednotliví uchazeči tak měli možnost – v rámci limitů daných zadávacími podmínkami – nabízet různě hodnotná plnění (technologie). Skutečnost, že některá nabídka obsahuje nabídkovou cenu, která se odchyluje od jiných, tak nelze bez dalšího brát jako důvod pro konstatování existence mimořádně nízké nabídkové ceny.
50. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že v rámci hodnocení nabídek představovala nabídková cena zdaleka nejdůležitější dílčí hodnotící kritérium (s váhou 80 %). Zadavatel samozřejmě nebránil uchazečům v tom, aby nabídli i služby v kvalitě nad rámec jím požadovaných minimálních kvalitativních parametrů. Logickým důsledkem vyššího standardu nabízeného plnění je i vyšší nabídková cena. Zadavatel tak zastává názor, že někteří uchazeči (včetně navrhovatele) zřejmě přisuzovali poskytnutí nadstandardního plnění větší význam než zadavatel; naproti tomu vybraný uchazeč zřejmě vsadil na poskytnutí základního plnění v minimální míře požadované zadavatelem, přičemž spoléhal na váhu dílčího hodnotícího kritéria „Celková nabídková cena služeb bez DPH“. Ačkoli v důsledku takového postupu neuspěl v ostatních dílčích kritériích, byla jeho nabídka vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější, neboť v celkovém hodnocení měla zásadní váhu právě nabídková cena.

51. Zadavatel tak spatřuje rozdíl v nabídkových cenách vybraného uchazeče a jiných uchazečů v tom, že vybraný uchazeč nenabízel (a logicky také neoceňoval) služby (resp. jejich kvalitu), které nabízejí jiní uchazeči nad rámec minimálních požadavků zadavatele.
52. K tomu zadavatel dále uvádí, že hodnotící komise tedy po odborné úvaze dospěla k názoru, že technické řešení plnění veřejné zakázky nabídnuté vybraným uchazečem je možno poskytnout za nabízenou cenu, aniž by došlo k ohrožení řádného plnění veřejné zakázky.
53. Závěrem svého vyjádření zadavatel navrhuje, aby byl návrh jako nedůvodný zamítnut, a zároveň vyjadřuje svoje přesvědčení, že nejsou dány ani zákonné podmínky pro vydání předběžného opatření.
54. K návrhu navrhovatele se vybraný uchazeč vyjádřil dopisem ze dne 12.3.2013, ve kterém uvádí, že v plném rozsahu prokázal splnění kvalifikace. K problematice úplnosti protokolu o posouzení kvalifikace vybraný uchazeč uvádí, že zadavatel postupoval podle znění zákona platného v době vyhlášení veřejné zakázky, kde povinnost výslovně vyjmenovat jednotlivé doklady prokazující splnění technických kvalifikačních předpokladů výslovně obsažena nebyla. Z obsahu protokolu o posouzení kvalifikace, který byl vybranému uchazeči zpřístupněn postupem dle § 59 odst. 7 zákona, je dle jeho vyjádření zřejmé, že tento protokol splňuje všechny zákonné náležitosti. Podle vybraného uchazeče si lze jen stěží představit, že by ve světle rozhodovací praxe byl shledán jako netransparentní protokol, který obsahuje všechny zákonem vymezené náležitosti. Postup zadavatele při posouzení kvalifikace je zcela transparentní a přezkoumatelný. Zadavatel resp. příslušná komise není povinna v protokolu o posouzení kvalifikace uvádět důvody, proč nebyl uchazeč, který úplně prokázal splnění kvalifikace, vyloučen z další účasti v zadávacím řízení. Podle vybraného uchazeče žádné ustanovení zákona zadavateli neukládá uvádět v protokolu o posouzení kvalifikace informace nad rámec zákonných požadavků a nevyplývá to ani z rozhodovací praxe Úřadu.
55. Vybraný uchazeč konstatuje, že jeho nabídka plně odpovídá zadávacím podmínkám. Vybraný uchazeč podle svého vyjádření předložil návrh řešení v souladu s dílem 1, čl. 14.2.5 zadávací dokumentace, včetně návrhu metodiky poskytování služeb a popisu převzetí poskytování služeb, kde specifikoval technologie, které budou v rámci technického řešení užity. Vybraný uchazeč uvádí, že vyšel ze zadávacích podmínek, konkrétně z toho, že zadavatel žádným způsobem neomezil, resp. neupřesnil druh požadované technologie v závislosti na konkrétních lokalitách, a obdobně způsob poskytování služeb resp. druh navržených technologií nebyl předmětem hodnocení. Vybraný uchazeč se domnívá, že zadavatel ponechal způsob realizace zakázky na uchazečích, neboť v zadávacích podmínkách stanovil pouze minimální požadavky na kvalitu poskytování služeb, které má navrhované řešení splnit.
56. Vybraný uchazeč odmítá tvrzení navrhovatele, že technologie linek SHDSL a linek CEN ve variantě IP REN, zakončených DSL modemem, nemohly v žádném případě splnit požadavky zadavatele. Konkrétní vlastnosti technologií, díky kterým uchazeč splňuje navrhovatelem identifikované zadávací podmínky při využití těchto služeb, uchazeč níže rozebírá při zachování posloupnosti argumentace navrhovatele.
 - Zadavatel dle čl. 4.1 písm. v) přílohy č.1a zadávací dokumentace (dále jen „příloha 1a“) požadoval schopnost rozdělit datový provoz v síti WAN VPN až do 5-ti

tříd. Vybraný uchazeč uvádí, že tato podmínka je definována pouze jako obecný požadavek v článku 4.1 přílohy 1a. Podle vybraného uchazeče je zcela na uvážení uchazeče, jakým způsobem bude splnění zajištěno. Vybraný uchazeč uvádí, že rozdělení provozu (QoS) bude v souladu s návrhem řešení realizováno na aktivních prvcích ukončujících primární nebo záložní spoje. Rozdělení provozu (QoS) je tedy dle vybraného uchazeče nezávislé na použité přenosové/přístupové technologii. U služby IP REN V je podle vybraného uchazeče navíc datovému provozu přímo operátorem přidělena vyšší priorita v jeho pátevní síti. Tato poskytnutá priorita může tedy být následně poskytovatelem rozdělena na další třídy provozu dle jeho vlastních potřeb a na jeho aktivních prvcích. Zadavatel v čl. 7.1, odstavec 2. přílohy 1a přímo předpokládá nastavení QoS na koncových zařízeních (CE) hlavních linek dodavatele. Vybraný uchazeč uvádí, že jím navržené řešení tento předpoklad splňuje, neboť QoS bude realizováno na aktivních prvcích ukončujících primární nebo záložní spoje. Vybraný uchazeč uvádí, že požadavek na 5-ti třídní provoz lze splnit prostřednictvím aktivních prvků ukončujících primární nebo záložní spoje, s nímž zadávací podmínky buď výslovně počítaly, nebo jej na jiných místech výslovně nevyloučily, a vybraný uchazeč je tedy byl oprávněn užít.

- Zadavatel stanovil požadavek na dodržení konkrétních parametrů na zpoždění (100 ms a 250 ms v daných třídách provozu). Vybraný uchazeč uvádí, že schopnost technologie reálně splnit požadované parametry zpoždění vychází z vyjádření inkumbentního operátora a kvalifikovaných zkušeností vybraného uchazeče s poskytováním služeb CEN včetně měřících protokolů. Vybraný uchazeč konstatuje, že parametry zpoždění se odvíjí od mnoha faktorů, které mohou více či méně ovlivňovat jeho výslednou hodnotu. Parametr zpoždění u IP REN V je samotným operátorem deklarován při běžném provozu sítě na hodnotu menší než 50 ms. Vybraný uchazeč uvádí, že hodnoty zpoždění, které se reálně vyskytují při standardním datovém přenosu u této služby, jsou několikanásobně nižší, než hodnoty zadavatelem požadovaných parametrů na zpoždění (100 ms a 250 ms v daných třídách provozu).
- Zadavatel stanovil požadavek na dodržení konkrétních parametrů variability zpoždění (do 40 ms v rámci třídy provozu hlas a video). I v tomto případě uchazeč konstatuje, že tato vlastnost technologie vychází z vyjádření inkumbentního operátora a dále zejména z kvalifikovaných zkušeností uchazeče s poskytováním služeb CEN včetně měřících protokolů. Vybraný uchazeč uvádí, že parametr variabilita zpoždění u IP REN V je při běžném provozu samotným operátorem deklarován na hodnotu menší než 3 ms, tedy výrazně níže než minimální požadavek zadavatele.
- Zadavatel stanovil požadavek na dodržení parametrů ztrátovost paketů (do 0,5 %). Rovněž i v tomto případě podle vybraného uchazeče je předmětná vlastnost technologie založena na základě vyjádření inkumbentního operátora a kvalifikovaných zkušenostech vybraného uchazeče s poskytováním služeb CEN včetně měřících protokolů. Parametr ztrátovost paketů u IP REN V je při běžném provozu samotným operátorem deklarován na hodnotu menší než 0,5 %.

- Zadávací podmínky obsahovaly požadavek, aby u linek byla možná podpora IP multicastu. Vybraný uchazeč uvádí, že v rámci uvedených technologií bude přenos multicastového provozu realizován a zabezpečen na úrovni L3. Tento způsob zabezpečení požadovaného parametru je plně v souladu s obecným požadavkem na WAN VPN síť dle článku čl. 4.1 písm. p) přílohy č. 1a zadávací dokumentace, neboť zadavatel požadavek na zajištění multicastu dále nijak nespécifikoval či neomezil.
 - Vybraný uchazeč se domnívá, že podle zadávacích podmínek musí navržené řešení umožňovat reporting a on-line monitoring tříd provozu a jejich parametrů. Reporting a on-line monitoring tříd provozu a jejich parametrů má dle požadavků zadavatele dle čl. 10.1 a čl. 11 přílohy č. 1a probíhat vždy na koncových zařízeních uchazeče. Podle vybraného uchazeče tak využití konkrétního druhu přenosové technologie jednotlivých datových okruhů nemá na splnění tohoto požadavku žádný vliv. Vybraný uchazeč konstatuje, že tato technická podmínka je v jeho případě splněna, přičemž tuto skutečnost neovlivní využití jakékoliv z jím navržených technologií, protože online monitoring a reporting vždy probíhá na koncových zařízeních uchazeče.
 - Užitá technologie musí dle zadávacích podmínek umožňovat technologickou nezávislost primární a záložní linky požadované zadavatelem. Přístupové technologie do jedné lokality tedy nesmí vést stejnou trasou. Vybraný uchazeč uvádí, že tato požadovaná nezávislost je dosažena volbou vhodných přenosových technologií a topologickým návrhem sítě. Požadavek na technologickou nezávislost záložní linky na lince hlavní návrh řešení zakázky splňuje v souladu s požadavky zadavatele.
 - K požadavku zadavatele na návrh řešení, které musí umožnit případné budoucí navýšení garantované komunikační rychlosti směrem z a (nebo) do lokality DTS na hodnotu nejméně 1,5 násobku požadované garantované komunikační rychlosti vybraný uchazeč uvádí, že volba přenosových technologií byla provedena takovým způsobem, aby umožňovala provedení budoucího navýšení garantované komunikační rychlosti dle požadavku zadavatele. Vybraný uchazeč dodává, že požadavek zadavatele je splněn, neboť ve své nabídce v daném případě navrhuje užití bezdrátové technologie v licencovaném pásmu, u kterého je navýšování komunikační rychlosti proveditelné.
57. K argumentu navrhovatele, že symetrické linky SHDSL nemohou požadované parametry splňovat z více technických a provozních důvodů, kdy poukazuje zejména na požadavek zajištění L2 multicast provozu a na dodržení QoS parametrů video provozu a garanci všech požadovaných parametrů v rámci end-to-end služby, vybraný uchazeč uvádí, že zadavatel výslovně nepožadoval přenos multicastového provozu mezi jednotlivými lokalitami WAN VPN na L2 úrovni. Podle vybraného uchazeče ze zadávacích podmínek naopak vyplývá, že je požadováno zabezpečení tohoto multicastového provozu na úrovni L3. Podle vybraného uchazeče je na uchazeči, jaké technické řešení zvolí pro zabezpečení daného požadavku.

58. Podle vyjádření vybraného uchazeče je z jeho nabídky zřejmé, že přenos multicastového provozu bude zrealizován na úrovni L3, což je v souladu s obecným požadavkem na WAN VPN síť dle 4.1, odstavec 2, písm. p) přílohy č. 1a a zároveň zcela umožňuje dodržet QoS parametry video provozu a splnit garanci všech požadovaných parametrů v rámci end-to-end služby.
59. Vybraný uchazeč uvádí, že podstatou smluvního vztahu mezi poskytovatelem služby CEN/IP-REN (tedy inkumbentním operátorem) a jejím uživatelem není poskytnutí možnosti kontrolovat a technologicky řídit infrastrukturu operátora uživateli. Smluvní vztah ale garantuje, jaké chování má mít poskytovaná služba ve výsledku nad infrastrukturou ve správě operátora. Vybraný uchazeč dodává, že splnění parametrů je tak v praxi běžně možné potvrdit jak na základě vyjádření inkumbentního operátora, tak na základě reálných zkušeností vybraného uchazeče s poskytováním služeb včetně měřících protokolů. Vybraný uchazeč dle svého vyjádření k jednotlivým argumentům navrhovatele objasnil, že tyto parametry jsou splňovány při běžném provozu. Tento předpoklad běžného provozu podle vybraného uchazeče může být ovlivněn, a to faktory nezávislými na navrhované technologii, jako např. stářím přenosové soustavy v dané lokalitě, apod. Podle vybraného uchazeče tento z uvedeného důvodu v návrhu řešení předložil čtyři různé způsoby, jak zamýšlí dle konkrétních podmínek požadavky zadavatele zabezpečit.
60. K argumentu navrhovatele, že síť inkumbentního operátora negarantuje přenos IP paketů dle priorit nastavených na koncových zařízeních, vybraný uchazeč uvádí, že síť tohoto operátora poskytuje služby s vyšší prioritou provozu v jeho páteřní síti, které jsou vhodné pro provoz s nároky na garantovanou propustnost a zpoždění, jak požaduje zadavatel. Garanci pak zadavateli poskytuje uchazeč.
61. Vybraný uchazeč k argumentu navrhovatele ohledně absence jakýchkoliv technických záruk inkumbentního operátora za výkonnostní parametry uvádí, že použití služeb CEN/IP-REN je plánováno výhradně na ty části řešení, kde budou splněny požadované parametry specifikované zadavatelem (například pro (některé) záložní spoje a případně pro out of band management).
62. Vybraný uchazeč konstatuje, že jeho nabídka splňuje všechny zadávací podmínky. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel požadoval pouze dodání služby a nepožadoval, aby uchazeči v nabídce konkrétně vymezili, jakým způsobem (tedy jakou technologií) bude daná služba v dané lokalitě realizována, tyto informace nebyly v nabídce podrobně vymezeny, neboť nebyly a ani nemusely být předmět posuzování a hodnocení ze strany zadavatele. Vybranému uchazeči není zřejmé, na základě jakých skutečností navrhovatel usuzuje, že hodnotící komise rezignovala na obsahové posouzení nabídek. Vybraný uchazeč podotýká, že zadávací podmínky nestanovily žádné bližší požadavky na minimální úroveň, obsah či formu návrhu řešení. Způsoby připojení a jednotlivé technologie navrhované pro připojení vybraný uchazeč popsal v kapitole 5 nabídky (strana 141 a následující), přičemž tyto podle vybraného uchazeče splňují všechny požadavky zadavatele stanovené v zadávacích podmínkách veřejné zakázky.
63. Podle vybraného uchazeče navrhovatel dále dovozuje, že použití technologie vybraným uchazečem se významným způsobem projevilo v úspoře jeho nákladů nutných na realizaci veřejné zakázky. K argumentu navrhovatele vybraný uchazeč uvádí, že z návrhu nevyplývá,

na základě jakých zkušeností navrhovatel dospěl k závěru o mimořádně nízké nabídkové ceně vybraného uchazeče, neboť tento není nijak podložen, navrhovatel pouze opakovaně konstatuje, že cena vybraného uchazeče je „objektivně“ nízká. Vybraný uchazeč uvádí, že dle § 77 odst. 1 zákona hodnotící komise posuzuje přítomnost mimořádně nízké nabídkové ceny ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, nikoli ve vztahu k ostatním nabídkám nebo ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky. Vybraný uchazeč poznamenává, že vzhledem ke skutečnosti, že navrhovatel se omezuje pouze na nijak nepodložená tvrzení o mimořádně nízké nabídkové ceně v nabídce vybraného uchazeče, argumentace navrhovatele je nejasná a tudíž podle vybraného uchazeče i bezpředmětná, a proto vybraný uchazeč nemá možnost jakkoliv se k ní dále vyjádřit, pouze doplňuje, že jeho nabídková cena byla stanovena jako cena konečná, která zahrnuje veškeré náklady vybraného uchazeče na plnění veřejné zakázky a jeho přiměřený zisk.

64. K obsahu zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vybraný uchazeč uvádí, že náležitosti zprávy o posouzení a hodnocení nabídek jsou vymezeny v § 80 zákona. Uvedené ustanovení zákona nestanoví povinnost zadavatele uvést ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek důvody, proč nabídka konkrétního uchazeče splňovala zadávací podmínky či proč nabízená cena nebyla shledána jako cena mimořádně nízká. Uvedené je podle vybraného uchazeče zřejmé rovněž i z rozhodovací praxe Úřadu a judikatury.
65. Podle vybraného uchazeče je podaný návrh neoprávněný a nepravdivý, a to ve všech bodech argumentace navrhovatele a z uvedeného důvodu navrhuje, aby Úřad podaný návrh v celém rozsahu zamítl.
66. Vzhledem k tomu, že po předběžném přezkoumání dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, vyhověl návrhu navrhovatele a rozhodnutím o nařízení předběžného opatření č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-2312/2013/511/MFI ze dne 5.2.2013 zakázal zadavateli v předmětném zadávacím řízení uzavřít smlouvu. Vydání předběžného opatření Úřad odůvodnil pochybnostmi o souladu úkonů a postupů, které učinil zadavatel, se zákonem, a to konkrétně úkonů a postupů učiněných ve fázi posuzování nabídek ve vztahu ke stanoveným zadávacím podmínkám.
67. Dne 8.2.2013 Úřad obdržel žádost navrhovatele o nahlédnutí do vybraných dokumentů z dokumentace o veřejné zakázce, kterou na základě žádosti Úřadu č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-2596/2013/511/MFI ze dne 11.2.2013 navrhovatel upřesnil dopisem z téhož dne. Z uvedeného důvodu usnesením č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-2663/2013/511/MFI ze dne 11.2.2013 Úřad vybranému uchazeči stanovil lhůtu k vyjádření, zda některé dokumenty nebo jejich části, do kterých navrhovatel hodlá nahlédnout, obsahují skutečnosti mající charakter obchodního tajemství, či obsahují utajované informace nebo skutečnosti, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti, a pokud ano, aby tyto části konkretizoval.
68. K přítomnosti obchodního tajemství ve vybraných dokumentech z dokumentace o veřejné zakázce se vybraný uchazeč vyjádřil dopisem ze dne 15.2.2013. Následně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-3122/2013/511/MFI ze dne 19.2.2013 rozhodl o odepření zpřístupnění vybraným uchazečem označených částí předmětných dokladů navrhovateli. Proti usnesení č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-3122/2013/511/MFI ze dne 19.2.2013 podal navrhovatel dopisem ze dne 7.3.2013 rozklad.

69. Po odstranění informací majících charakter obchodního tajemství byly požadované dokumenty zaslány navrhovateli, a to v příloze dopisu č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-3123/2013/511/MFI ze dne 19.2.2013.
70. Usnesením č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-3183/2013/511/MFI ze dne 19.2.2013 Úřad podle § 56 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), ustanovil znalce v oboru kybernetika, v odvětví výpočetní technika – doc. Ing. Róberta Lórencze, CSc. (dál jen „znalec“) – k vypracování písemného znaleckého posudku ve věci odborného posouzení poskytnutých podkladů a následného zodpovězení níže položených dotazů:
- 1) Vyhoví vybraný uchazeč – T-Mobile Czech Republic a.s., IČ 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha 4, a T-Systems Czech Republic a.s., IČ 61059382, se sídlem Na Pankráci 1685/17,19, 140 21 Praha 4 – při nasazení jakékoli ze čtyř technologií připojení jednotlivých lokalit zadavatele obsažených v jeho Návrhu technického a realizačního řešení zakázky požadavkům zadavatele na připojení, jak jsou definovány v textu smlouvy o poskytování služeb a zejména v jejích přílohách 1a, 1b, 2a, 2b, 3a a 3b, nebo je u některé z těchto technologií vyhovění těmto požadavkům vyloučeno?
 - 2) Liší se v případě příslušných lokalit zadavatele, kde je požadováno dvojitě nezávislé připojení, požadavky na primární a sekundární (záložní) připojení takovým způsobem, že by bylo možno dojít k závěru, že nasazení určité v Návrhu technického a realizačního řešení zakázky uvedené technologie by bylo možné pouze jako záložní, přičemž požadavkům na primární připojení by taková technologie nevyhovovala?
71. O ustanovení znalce Úřad účastníky řízení informoval dopisem č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-3186/2013/511/MFI ze dne 19. 2013.
72. Vybraný uchazeč se k ustanovení znalce vyjádřil dopisem ze dne 1.3.2013, ve kterém uvádí, že obecně za určitých okolností jedna z technologií připojení lokalit nemusí odpovídat požadavkům zadavatele, které byly definované v zadávacím řízení. V této souvislosti vybraný uchazeč uvádí, že tento závěr nemá žádný vliv na posouzení jeho nabídky a je tedy pro vedené správní řízení zcela irelevantní. Podle vybraného uchazeče by k nevyhovění požadavkům zadavatele při použití dotčené technologie mohlo dojít pouze za určitých specifických okolností, přičemž právě posouzení těchto specifických okolností by mělo být meritem přezkoumání ze strany Úřadu, a v tomto smyslu by měla být otázka položená znalci doplněna, resp. změněna.
73. Dne 26.3.2013 se znalec obrátil na Úřad se sdělením, že k vypracování znaleckého posudku potřebuje znát odpovědi na některé otázky související s technickým řešením předmětné veřejné zakázky. Úřad proto svým usnesením č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-5609/2013/511/MFI ze dne 27.3.2013 uložil vybranému uchazeči, aby se k dotazům znalce vyjádřil, což vybraný uchazeč učinil svým podáním ze dne 3.4.2013. V příloze dopisu č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-6020/2013/511/MFI ze dne 4.4.2013 předmětné vyjádření vybraného uchazeče obsahující odpovědi na položené dotazy postoupil znalci, aby je zohlednil při vypracování písemného znaleckého posudku.
74. Dne 19.4.2013 Úřad od vybraného uchazeče obdržel dopis označený jako „Doplnění vyjádření – výhrada uchazeče ke způsobu vedení správního řízení“ týkající se správního řízení

vedeného pod sp.zn. S35/2013/VZ ve věci veřejné zakázky „Poskytování WAN VPN pro ŘSD – Datová síť“, ve kterém vybraný uchazeč mj. namítá vysokou administrativní zátěž na vybraného uchazeče jako účastníka správního řízení a „vstřícný“ postoj Úřadu k navrhovateli, jako účastníku řízení.

75. Podání vybraného uchazeče ze dne 19.4.2013 Úřad v plném rozsahu přezkoumal, přičemž neshledal, že by výhrady uvedené v citovaném podání byly důvodné a že by došlo k porušení ustanovení správního řádu, resp. zákona o veřejných zakázkách, o čemž vybraného uchazeče vyrozuměl dopisem č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-8205/2013/511/MOn ze dne 7.5.2013.
76. Dne 22.4.2013 Úřad obdržel písemné vyhotovení posudku znalce. Obsah podstatných částí znaleckého posudku je uveden níže.
77. Na otázku č. 1, zda vybraný uchazeč při nasazení jakékoli ze čtyř technologií připojení jednotlivých lokalit zadavatele obsažených v jeho Návrhu technického a realizačního řešení zakázky požadavkům zadavatele na připojení, jak jsou definovány v textu smlouvy o poskytování služeb a zejména v jejích přílohách 1a, 1b, 2a, 2b, 3a a 3b, nebo je u některé z těchto technologií vyhovění těmto požadavkům vyloučeno? Znalec odpověděl: „Na tuto otázku nelze jednoznačně odpovědět, a to vzhledem k nedostatku informací“.
78. V této části znaleckého posudku znalec k technologii Carrier Ethernet Network uvedl:
79. „V Návrhu vybraného uchazeče je uvedeno, že pro připojení lokalit zadavatele podle přílohy č. 2b zadávací dokumentace může být použita „symetrická datová linka Carrier Ethernet Network, která je službou pronájmu přenosových kapacit s garantovanou kapacitou a agregací 1:1 ve variantě IP REN. Linka je vedena po metalickém účastnickém vedení a zakončena DSL modemem“. Připojovaná lokalita bude vybavena DSL modemem, do kterého bude přivedena symetrická datová linka (bez bližšího upřesnění druhu DSL linky). Na druhém konci vstupuje tato linka do sítě Carrier Ethernet Network (CEN). Do sítě CEN je připojena i páteřní MPLS síť vybraného uchazeče (přes PE směrovač). Symetrická linka vedoucí ze sítě CEN do lokality zadavatele je v Návrhu popsána jako linka s garantovanou kapacitou a s agregací 1:1. Tato část propojení požadavky zadavatele splňuje (ačkoliv se jí týkají i připomínky k technologii SHDSL - viz posouzení technologie SHDSL). Lze předpokládat, že přípojka ze sítě CEN do páteřní sítě MPLS bude také splňovat požadavky zadavatele na garantované parametry. Otázkou je, jak bude technicky zaručena garance parametrů požadovaných zadavatelem v samotné síti CEN. V Návrhu není o vnitřní architektuře této sítě uvedeno nic. Vybraný uchazeč také neuvedl, jakým konkrétním způsobem chce garanci požadovaných parametrů linek technicky zajistit. Síť CEN mohou mít různou architekturu s různým stupněm řešení kvality služeb. Jedná se o velkou síť založenou na technologii Ethernet, která je většinou sdílena mezi více účastníky. Z toho také plyne velké nebezpečí, že požadavky na garantované parametry linky podle zadávací dokumentace nemusí být s naprostou jistotou v této síti zajištěny. Poskytovatel služby (jedná se podle Návrhu o službu pronájmu) se pravděpodobně bude opírat o statistické ukazatele, což však nezajišťuje naprostou garanci parametrů podle přílohy č. 1b zadávací dokumentace. Obecně vzato, nájemce služby CEN může mít zvýšené požadavky na kvalitu služeb, především na garanci kapacity linky. Protože v sítích CEN se kvalita služeb zajišťuje poměrně špatně, pronajímatel služby se v těchto případech někdy uchyluje k nabídce režimu nrtVBR (non real-time variable bit rate), kdy si pronajímatel může rezervovat jistou kapacitu linek v CEN síti pro sebe. Jedná

se však o „non real-time“ VBR, z toho plyne, že se výpočet využití kapacity linky provádí na delším časovém úseku. Neřeší se tak např. krátká nedostupnost služby z důvodu vysokého využití sítě jinými uživateli. O garantovaných parametrech podle zadávací dokumentace nelze v tomto případě hovořit, neboť nelze v každém okamžiku využít celou rezervovanou kapacitu pro vlastní komunikaci. Dalším problémem je variabilita zpoždění, která z velké části závisí na aktuálním provozu všech účastníků sítě. Pomocí statistik lze prezentovat vzor chování sítě v běžném provozu. Pouze na základě statistických hodnot však nelze hovořit o garanci parametrů v tom smyslu, jak to požaduje zadavatel v zadávací dokumentaci. Na doplňující dotaz znalce vybraný uchazeč uvedl, že bude využívat CEN ve variantě „IP REN V“, u které poskytovatel služby podle vyjádření vybraného uchazeče „deklaruje vhodnost pro provoz s nároky na garantovanou propustnost a zpoždění, a které je v jeho páteřní síti přidělena vyšší priorita obsluhy ve srovnání s provozem služeb v kategorii prosté IP REN“. O vnitřní struktuře sítě CEN v této variantě provozu nebyly ve veřejných informačních zdrojích nalezeny žádné informace. Nelze tedy jasně odpovědět, zda architektura a provozní parametry této sítě vyhovují požadavkům zadavatele uvedeným v zadávací dokumentaci. Jedná se především o garantované zajištění kapacity linky, zpoždění linky a variabilitu tohoto zpoždění (jitter). Dále je třeba zjistit technické možnosti monitoringu stavu této sítě, tak, jak je v zadávací dokumentaci požadováno“.

80. Na základě výše uvedeného znalec dospěl k dílčímu závěru, že: „Z důvodu nedostatku informací nelze s určitostí konstatovat, zda je technologie Carrier Ethernet Network pro připojení lokalit zadavatele vhodná“.
81. Na otázku č. 2, zda se v případě příslušných lokalit zadavatele, kde je požadováno dvojitě nezávislé připojení, požadavky na primární a sekundární (záložní) připojení liší takovým způsobem, že by bylo možno dojít k závěru, že nasazení určité v Návrhu technického a realizačního řešení zakázky uvedené technologie by bylo možné pouze jako záložní, přičemž požadavkům na primární připojení by taková technologie nevyhovovala, znalec odpověděl: „Za předpokladu, že jsou všechny v Návrhu vybraného uchazeče uvedené technologie pro účely připojování jednotlivých lokalit zadavatele k MPLS páteři vhodné (viz otázka č. 1), lze konstatovat, že požadavky na primární a sekundární (záložní) připojení se neliší natolik, aby nasazení určité technologie bylo vhodné pouze pro účely budování záložního připojení“.
82. V této části znaleckého posudku znalec uvedl:
83. „Všechny v Návrhu vyjmenované technologie mají své technologické limity. Např. kapacita SHDSL může dosahovat max. 2312 kbit/s. Proto nemůže být využita např. v lokalitě GR (viz příloha č. 1b zadávací dokumentace), neboť pro připojení této lokality je požadována kapacita primární linky 50 Mbit/s a kapacita záložní linky 30 Mbit/s. V některých lokalitách nelze použít všechny vyjmenované technologie pro účely vybudování primární linky, a to hlavně z důvodu požadované kapacity, zatímco pro záložní linku se množina možných technologií rozšiřuje. To je např. případ lokality MYTO (viz příloha č. 2b zadávací dokumentace), kde zadavatel požaduje kapacitu záložní linky 2 Mbit/s a kapacitu primární linky 6 Mbit/s. Technologie SHDSL dovoluje navyšovat přenosovou rychlost až do 2312 kbit/s, což požadavek na kapacitu záložní linky splňuje, avšak na realizaci primární linky již tato rychlost nestačí. Obecně nelze konstatovat, že by některá v Návrhu vyjmenovaných technologií byla použitelná pouze pro budování záložních linek. Kromě požadavků na

kapacitu jednotlivých linek však požaduje zadavatel i garanci dalších parametrů (variabilita zpoždění atd. - viz příloha č. 1a zadávací dokumentace). Posouzení, zda jsou všechny v Návrhu vyjmenované technologie pro účely připojení lokalit zadavatele k MPLS páteři vhodné, bylo předmětem otázky č. 1“.

84. Poněvadž navrhovatel dne 8.4.2013 (tj. ještě před vyhotovením znaleckého posudku) požádal o nahlédnutí do znaleckého posudku znalce a do vyjádření ostatních účastníků řízení k tomuto znaleckému posudku, Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-7606/2013/511/MOn ze dne 25.4.2013 vybranému uchazeči stanovil lhůtu pro zaslání písemného vyjádření, zda některé části znaleckého posudku obsahují skutečnosti mající charakter obchodního tajemství, či obsahují utajované informace nebo skutečnosti, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti, a pokud ano, aby tyto části konkretizoval.
85. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření ze dne 1.5.2013 označil ty části znaleckého posudku, které mají charakter jeho obchodního tajemství ve smyslu § 17 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.
86. Následně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-8965/2013/511/MOn ze dne 15.5.2013 rozhodl o odepření zpřístupnění vybraným uchazečem označených částí znaleckého posudku navrhovateli. Po odstranění informací majících charakter obchodního tajemství, byly zbývající části znaleckého posudku zaslány navrhovateli, a to v příloze dopisu č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-8993/2013/511/MOn ze dne 15.5.2013.
87. S ohledem na skutečnost, že zadavatel projevil svůj úmysl nahlédnout do správního spisu a vzhledem k povinnosti Úřadu učinit opatření, aby obchodní tajemství či zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti nebyly porušeny, Úřad stanovil vybranému uchazeči lhůtu k písemnému sdělení, zda souhlasí s tím, aby zadavatel mohl nahlédnout do vyjádření vybraného uchazeče ze dne 3.4.2013 k dotazům znalce a do znaleckého posudku, aby Úřad mohl rozhodnout (posoudit), zda žádosti zadavatele o nahlédnutí do těchto částí správního spisu bude vyhověno.
88. Vybraný uchazeč v dopise ze dne 7.5.2013 uvedl, že nesouhlasí, aby s obchodním tajemstvím vybraného uchazeče byl zadavatel seznámen, přičemž uvedl, že tento nesouhlas se týká všech informací, podkladů a skutečností, které zadavateli nejsou známy z jeho nabídky a dalších souvisejících podání doručených zadavateli v rámci zadávacího řízení, resp. v rámci předmětného správního řízení.
89. Úřad následně usnesením č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-8641/2013/511/MOn ze dne 13.5.2013 rozhodl, že se žádosti zadavatele o nahlížení do správního spisu částečně nevyhovuje. Do ostatních částí správního spisu bylo zadavateli umožněno nahlédnout dne 13.5.2013. Protokol o nahlížení je součástí správního spisu.
90. Vybranému uchazeči Úřad umožnil nahlédnout do správního spisu dne 21.5.2013. Protokol o nahlížení je součástí správního spisu.
91. Dopisem ze dne 22.5.2013 navrhovatel požádal o zaslání vyjádření vybraného uchazeče a zadavatele k obsahu znaleckého posudku.
92. Vzhledem k tomu, že vybraný uchazeč ve svém vyjádření ze dne 17.5.2013 uvedl, že má za to, že ty části jeho vyjádření, ve kterých reaguje na závěry výše znaleckého posudku, obsahují

jeho obchodní tajemství a poté, co Úřad posoudil, které části vyjádření vybraného uchazeče skutečně mohou obsahovat skutečnosti, které mají charakter obchodního tajemství, a to konkrétně bližší specifikaci či popis řešení předloženého vybraným uchazečem v rámci jeho nabídky, usnesením č. j. ÚOHS-V75/2013/NH-9462/2013/511/MOn ze dne 22.5.2013 rozhodl o odepření zpřístupnění těchto částí předmětného vyjádření navrhovateli.

93. Po odstranění informací majících charakter obchodního tajemství, byly zbývající části vyjádření vybraného uchazeče ze dne 17.5.2013 zaslány navrhovateli, a to v příloze dopisu č. j. ÚOHS-V75/2013/NH-9475/2013/511/MOn ze dne 22.5.2013.
94. Dopisem ze dne 23.5.2013 vybraný uchazeč požádal o zaslání kopie rozkladu navrhovatele ze dne 7.3.2013 proti usnesení č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-3122/2013/511/MFI ze dne 19.2.2013 a o zaslání kopií vyjádření ostatních účastníků řízení.
95. Kopie podaného rozkladu navrhovatele byla vybranému uchazeči zaslána v příloze dopisu č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-9656/2013/511/MOn ze dne 24.5.2013 a kopie vyjádření navrhovatele ze dne 21.5.2013, kterou Úřad obdržel dne 27.5.2013, byla vybranému uchazeči zaslána v příloze dopisu č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-9858/2013/511/MOn ze dne 28.5.2013.
96. Usnesením č. j. ÚOHS-S35/2013/VZ-8422/2013/511/MOn ze dne 7.5.2013 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhopat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit své stanovisko v řízení, resp. vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí.
97. K podkladům rozhodnutí se vybraný uchazeč vyjádřil dopisem ze dne 17.5.2013 a dopisem ze dne 3.6.2013. Vybraný uchazeč konstatuje, že závěry znaleckého posudku nepotvrdily opodstatněnost námitek, které navrhovatel směřoval vůči jeho nabídce. Vybraný uchazeč se domnívá, že bylo potvrzeno, že návrh navrhovatele je bezpředmětný, přičemž správní řízení by mělo být zastaveno, neboť podle vybraného uchazeče neexistují důvody pro uložení nápravného opatření, jak uvádí navrhovatel.
98. Ze závěrů znalce vybraný uchazeč dovozuje, že symetrická datová linka vedená po metalickém účastnickém vedení (SHDSL) vyhovuje všem požadavkům zadavatele, a tedy jejím prostřednictvím může být realizován předmět plnění veřejné zakázky.
99. Vybraný uchazeč ve vztahu k technologii Carrier Ethernet Network, u které znalec konstatuje, že „z důvodu nedostatku informací nelze s určitostí konstatovat, že je technologie Carrier Ethernet Network pro připojení lokalit zadavatele vhodná“ uvádí, že ačkoliv ve znaleckém nedochází k výslovnému potvrzení vhodnosti uvedeného technického řešení, je třeba zdůraznit, že znalec vhodnost tohoto řešení nepopřel, a podle vybraného uchazeče tedy i v tomto bodě je návrh nedůvodný a neopodstatněný.
100. Podle vybraného uchazeče znalec nepochybuje o tom, že přípojka ze sítě CEN do páteřní sítě MPLS bude splňovat požadavky zadavatele na garantované parametry. Vybraný uchazeč uvádí, že znalec pouze konstatuje, že vzhledem k nedostatku informací není schopen ověřit míru garance parametrů požadovaných zadavatelem v samotné síti CEN. V této souvislosti vybraný uchazeč poukazuje na to, že garance jsou obsaženy v jeho nabídce, respektive v návrhu smlouvy a jsou zajištěny příslušnými smluvními nástroji.
101. Podle vybraného uchazeče nedostatek informací znalce o technických garancích požadované úrovně služeb nemůže být vnímán jako zpochybnění splnění požadavků zadavatele, neboť

tyto jsou podle vybraného uchazeče garantovány jinými právními prostředky. Vybraný uchazeč dodává, že zadavatel v zadávacích podmínkách nepožadoval, aby uchazeči podrobně specifikovali, jaké technické řešení bude použito v jaké lokalitě. Poněvadž zadavatel podle vyjádření vybraného uchazeče ponechal způsob realizace veřejné zakázky zcela na uchazečích a v zadávacích podmínkách stanovil pouze minimální požadavky na kvalitu poskytování služeb, které má uchazečem navrhované řešení splnit, má vybraný uchazeč za to, že zpracování znaleckého posudku ve svém důsledku směřovalo nad rámec nutného přezkumu postupu zadavatele, neboť je zřejmé, že znalec pro vypracování tohoto posudku požadoval vyšší míru technických informací, než která byla nezbytná pro řádné vypracování nabídky.

102. Vybraný uchazeč odkazuje na část znaleckého posudku, kde se znalec vyjadřuje k jednotlivým dílčím argumentům navrhovatele, přičemž podle vybraného uchazeče znalec veškeré argumenty navrhovatele odmítl jako nedůvodné, když uzavřel, že vybraný uchazeč svou nabídku formuloval v souladu s požadavky zadavatele.
103. Vybraný uchazeč konstatuje, že navrhovatel nebyl vzhledem k přítomnosti obchodního tajemství vybraného uchazeče seznámen s úplným zněním znaleckého posudku. Na základě uvedené skutečnosti pak navrhovatel podle vybraného uchazeče dovozuje „zcela nemístné a nesmyslné spekulace“, když tvrdí, že vybraný uchazeč neměl zájem na ochraně obchodního tajemství, ale „výhradně na utajení sporných skutečností“. K uvedenému tvrzení navrhovatele a k argumentaci navrhovatele, že vybraným uchazečem zvolené technické řešení nespĺňuje parametry požadované zadavatelem, vybraný uchazeč uvádí, že se jedná výhradně o spekulace, které mají za cíl zpochybnit řádný, transparentní a zejména zákonný postup zadavatele při výběru nejvhodnější nabídky. Podle vybraného uchazeče se navrhovatel zjevně snaží dostat se k obchodnímu tajemství vybraného uchazeče, a to následně zneužít v další své obchodní činnosti.
104. Vybraný uchazeč uvádí, že v rámci své nabídky předložil popis návrhu technického a realizačního řešení zakázky plně v souladu se zadávacími podmínkami a v požadované míře podrobnosti, zejména pak ve vztahu ke specifikaci jednotlivých technických řešení zamýšlených k použití v jedné každé lokalitě. Vybraný uchazeč nesouhlasí s argumentací navrhovatele, že tato míra podrobnosti nebyla dodržena.
105. Vybraný uchazeč dodává, že zadavatel nepožadoval podrobný popis metody realizace veřejné zakázky, ani nestanovil přesnou technologickou metodu, která by měla být v jedné každé lokalitě použita. Technické detaily byly podle vybraného uchazeče plně ponechány na uchazečích, přičemž zadavatel definoval výsledný stav, který požaduje zajistit. Tento výsledný stav pak podle vybraného uchazeče bude v plné míře zajištěn za využití postupů a technologií, které uchazeč specifikoval ve své nabídce, přičemž tyto technologie jsou plně způsobilé ve vysoké kvalitě naplnit požadavky zadavatele. Uvedená skutečnost podle vyjádření vybraného uchazeče dokazováním nebyla žádným způsobem zpochybněna.
106. Vybraný uchazeč navrhuje, aby vzhledem k provedení dokazování a na základě závěrů znaleckého posudku Úřad podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona návrh zamítl a správní řízení zastavil, neboť podle vybraného uchazeče neexistují důvody pro uložení nápravného opatření. Vybraný uchazeč rovněž žádá, aby Úřad současně se zamítnutím návrhu rovněž zrušil i uložené předběžné opatření.

107. Navrhovatel se k podkladům rozhodnutí vyjádřil dopisem ze dne 21.5.2013, který Úřad obdržel dne 27.5.2013. Navrhovatel uvádí, že mu Úřad znepřístupnil ty části posudku, které se týkají především odůvodnění úvah znalce, které se týkalo navrhovatelem namítaného použití linek SHDSL a symetrických datových linek Carrier Ethernet Network (CEN) ve variantě IP REN v nabídce vybraného uchazeče. K tomu navrhovatel uvádí, že návrh, design, popis ani parametry vlastností těchto přístupových technologií nejsou duševním vlastnictvím vybraného uchazeče, nýbrž se jedná o technologie definované obecnými technickými normami a používané telekomunikačními operátory libovolně. Podle navrhovatele tedy neexistuje jediný objektivní důvod k tomu, aby jejich použití v nabídce vybraného uchazeče mělo požívat ochrany z titulu obchodního tajemství.
108. Podle navrhovatele o účelovosti a vadném postupu Úřadu při znepřístupnění částí znaleckého posudku svědčí i ta skutečnost, že odůvodnění úvah znalce ke zbývajícím technologiím zůstalo v textu přístupno. Jedná se o optické linky a rádiové / mikrovlnné spoje v licencovaném pásmu, vůči kterým námítky navrhovatele nesměřovaly. Z výše uvedeného navrhovatel dovozuje, že vybranému uchazeči ve skutečnosti nešlo o ochranu jeho obchodního tajemství, nýbrž měl zájem výhradně na utajení sporných skutečností, ve kterých navrhovatel spatřuje, že nabídka vybraného uchazeče nesplnila zadávací podmínky.
109. Navrhovatel uvádí, že mu v souvislosti s existencí obchodního tajemství v nabídce vybraného uchazeče a souvisejících dokumentech bylo znemožněno seznámit se s informacemi o rozsahu a povaze dokladů, jež zadavatel, resp. jím jmenovaná komise, považovala za dostačující pro splnění kvalifikace, zejména pak technických kvalifikačních předpokladů vybraného uchazeče. Ze skutečnosti, že zákon v dnes platném znění zadavateli výslovně ukládá povinnost zapsat výše uvedené informace do protokolu o posouzení kvalifikace a tento následně zpřístupnit všem dodavatelům, jejichž kvalifikace byla v daném případě posuzována, aniž stanoví jakékoliv výjimky, jednoznačně podle navrhovatele vyplývá, že tyto informace nemohou být obchodním tajemstvím žádného dodavatele, tedy ani vybraného uchazeče v šetřeném případě.
110. Navrhovatel konstatuje, že z textu Úřadem položené otázky č. 1 znalci vyplývá, že nabídka vybraného uchazeče obsahuje informaci o tom, že bude technicky realizovat zakázku i prostřednictvím symetrických datových linek s garantovanou kapacitou s agregací 1:1, které jsou vedeny po metalickém účastnickém vedení (SHDSL) a symetrických datových linek Carrier Ethernet Network, které jsou službou pronájmu přenosových kapacit s garantovanou kapacitou a agregací 1:1 ve variantě IP REN, které jsou vedeny po metalickém účastnickém vedení a zakončené DSL modemem. Podle názoru navrhovatele se potvrdilo jeho podezření, že významné odchylky v nabídkové ceně vybraného uchazeče nemohlo být dosaženo jiným způsobem, než využitím méně vhodného technického řešení jednotlivých linek, které však současně nesplňuje požadavky zadavatele na jejich parametry.
111. K vyjádření znalce v posudku č. 5/3/2013 ze dne 18.4.2013, kdy znalec odpovídá na první otázku Úřadu, zda technologie připojení jednotlivých lokalit vybraného uchazeče vyhoví požadavkům zadavatele na připojení, jak jsou definovány v textu smlouvy o poskytování služeb a zejména v jejích přílohách 1a, 1b, 2a, 2b, 3a a 3b, tak, že na tuto otázku nelze jednoznačně odpovědět, přičemž znalec jako důvod pro tento závěr uvádí nedostatek informací, navrhovatel poznamenává, že vzhledem k tomu, že znalec měl k dispozici kompletní nabídku vybraného uchazeče, je zřejmé, že nedostatkem informací se rozumí

obsahová nedostatečnost nabídky vybraného uchazeče, ze které ani osoba vysoce odborně způsobilá, jakou je znalec z oboru kybernetika se specializací na výpočetní a komunikační techniku, nebyla schopna jakkoli vyčíst, zda nabídka splňuje vůbec podmínky zadávací dokumentace či nikoliv.

112. Podle navrhovatele je překvapující, že znalec nebyl schopen posoudit vlastnosti a parametry Úřadem uváděných technologií vůči požadavkům zadávací dokumentace a to v obecné rovině.
113. Podle navrhovatele linky SHDSL a linky CEN v provedení IP REN jsou obecnými průmyslovými standardy, které mají dané limity svých možností. Tyto limity platí bez ohledu na to, co se píše v nabídce vybraného uchazeče. Navrhovatel se domnívá, že tyto limity měly být znalcem vyřčeny a transparentně postaveny oproti jednoznačným požadavkům zadavatele, deklarovaných v zadávacích podmínkách.
114. Navrhovatel uvádí, že s ohledem na závěry znalce je vysoce pravděpodobné, že hodnotící komise nemohla správně a zodpovědně provést posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska toho, zda se nejedná o nepřijatelnou nabídku ve smyslu § 22 odst. 1 zákona. Navrhovatel uvádí, že hodnotící komise nebyla schopna důsledně zkontrolovat splnění požadavků zadavatele na předmět plnění veřejné zakázky na základě nabídky vybraného uchazeče a v souladu s ustanovením § 76 odst. 3 zákona jej dne 23.11.2012 požádala o vysvětlení nabídky. Podle navrhovatele vybraný uchazeče provedl vysvětlení nabídky jen formálně, přičemž věcné vysvětlení hodnotící komisi neposkytl, naopak zdůraznil, že na základě zadávacích podmínek nebyl povinen k provedení podrobnějšího popisu technického řešení.
115. Navrhovatel konstatuje, že požadavek na předložení návrhu technického a realizačního řešení zakázky byl stanoven jako zcela legitimní prostředek k tomu, aby zadavatel mohl posoudit správnost a úplnost splnění svých požadavků na předmět plnění a v konečném důsledku tak bylo zodpovědně rozhodnuto o přijatelnosti každé jednotlivé nabídky. Podle navrhovatele obsahová nedostatečnost nabídky vybraného uchazeče nebyla způsobena nevhodně stanovenými zadávacími podmínkami, ale zcela vědomým postupem vybraného uchazeče, učiněným ve snaze o přidělení veřejné zakázky, ačkoliv jeho nabídka obsahuje vadné technické řešení.
116. Podle navrhovatele na výsledek předmětného zadávacího řízení, kdy je jedna nabídka výrazně levnější, než nabídky zbývající, nelze nahlížet jako na šťastnou náhodu, příznivou pro zadavatele a už vůbec nelze vybranému uchazeči tolerovat nesplnění obligatorních požadavků zadávací dokumentace, neboť takový postup by podle navrhovatele byl netransparentní a vůči uchazečům nerovný.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

117. Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, stanovisek předložených zadavatelem, navrhovatelem, vybraným uchazečem, na základě předloženého znaleckého posudku a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě při posuzování nabídky vybraného uchazeče nedodržel zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl

podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

118. Především Úřad uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel zahájil zadávání zakázky dne 9.3.2012, je pro přezkum jeho úkonů učiněných při tomto zadávání rozhodné znění zákona o veřejných zakázkách účinné ke dni 31.3.2012, tedy před účinností zákona č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a to podle přechodných ustanovení uvedených v čl. II citované novely zákona. Tomu odpovídají i citace zákona o veřejných zakázkách uváděné v tomto rozhodnutí.

K obsahu protokolu o posouzení kvalifikace

119. Podle § 59 odst. 5 zákona veřejný zadavatel o posouzení kvalifikace pořídí protokol, ve kterém uvede identifikační údaje dodavatelů, jejichž kvalifikace byla posuzována, seznam dodavatelů, kteří prokázali splnění kvalifikace, a seznam dodavatelů, kteří splnění kvalifikace neprokázali, spolu s uvedením důvodu.
120. Z výše uvedeného ustanovení plyne, že zadavatel (resp. hodnotící komise či zvláštní komise ustanovená zadavatelem pro posouzení kvalifikace) zpracuje o posouzení kvalifikace protokol, který bude výslovně obsahovat údaje dodavatelů, jejichž kvalifikace byla posuzována, seznam dodavatelů, kteří prokázali splnění kvalifikace, a seznam dodavatelů, kteří splnění kvalifikace neprokázali, spolu s uvedením důvodu.
121. Je třeba přitom vycházet z toho, že ustanovení § 59 odst. 5 zákona obsahuje taxativní výčet obsahových náležitostí protokolu o posouzení kvalifikace (výčet náležitostí není uvozen slovem „například“ a ani neobsahuje žádné indicie o tom, že by tento výčet podle zákonodárce neměl být úplný, připojením slova „atd.“, „apod.“, ...).
122. V daném případě Protokol o posouzení kvalifikace ze dne 19.11.2012 mj. obsahuje údaje o dodavatelích, jejichž kvalifikaci zadavatel (resp. hodnotící komise) posuzoval, seznam čtyř dodavatelů, kteří dle zadavatele (resp. hodnotící komise) splnění kvalifikace v plném rozsahu prokázali a údaje o jednom dodavateli, který splnění kvalifikace neprokázal, a to včetně podrobného zdůvodnění. Protokol o posouzení kvalifikace je podepsán šesti členy hodnotící komise, kteří byli posouzení kvalifikace dodavatelů přítomni.
123. Z výše uvedeného tedy plyne, že Protokol o posouzení kvalifikace ze dne 19.11.2012 splňuje všechny obsahové a formální náležitosti vyžadované v § 59 odst. 5 zákona.
124. S ohledem na výše uvedené se nelze ztotožnit s tvrzením navrhovatele, že nezbytnou součástí Protokolu o posouzení kvalifikace musí být seznam dokladů, kterými dodavatelé prokazovali splnění technické kvalifikace, neboť v opačném případě Protokol o posouzení kvalifikace neobsahuje informace, které dokumentují postup hodnotící komise při posuzování kvalifikace dodavatelů, což je v rozporu se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 zákona.
125. V této souvislosti se Úřad neztotožňuje ani s argumentací navrhovatele, ve které navrhovatel odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 23/2012 ze dne 26.9.2012, a to z dále uvedených důvodů. Soud v uvedeném případě řeší absenci uvedení způsobu hodnocení nabídek zadavatelem v zadávací dokumentaci, na základě čehož dospívá k závěru, že uvedeným postupem zadavatel porušil zásadu transparentnosti zadávacího řízení.

126. Co se týče problematiky způsobu hodnocení nabídek, Úřad uvádí, že zákon z hlediska obsahu zadávací dokumentace v § 44 odst. 3 písm. h) [resp. v § 44 odst. 3 písm. f) v případě znění, které bylo posuzováno Krajským soudem v Brně] výslovně stanoví požadavek na uvedení způsobu hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií, na rozdíl od uvedení seznamu dokladů, kterými dodavatelé prokazovali splnění technické kvalifikace, v Protokolu o posouzení kvalifikace, který zákon v § 59 odst. 5 nejenže výslovně nevyžaduje, ale ani jeho předložení nelze z kontextu příslušného ustanovení jakkoliv dovodit.
127. Pro úplnost je třeba podotknout, že zákonodárce v ustanovení zákona týkající se oblasti hodnocení nabídek zadavatelům nestanoví postup rigidně (např. zákon taxativně nestanoví hodnotící kritéria, která musí být při hodnocení nabídek podle ekonomické výhodnosti použita, nýbrž pouze rámcově stanoví, čeho by se hodnotící kritéria měla týkat, a to nikoliv úplným výčtem, obdobně i stanovení vah jednotlivých kritérií je ponecháno na vůli zadavatele), naopak ustanovení týkající se požadavků na obsahovou stránku Protokolu o posouzení kvalifikace dodavatelů je zákonodárcem stanoveno taxativně, ve formě úplného výčtu náležitosti tohoto protokolu.
128. Z výše uvedeného tedy plyne, že nelze nalézt analogii v situaci řešené výše uvedeným rozsudkem a v šetřeném případě, kdy zadavatel evidentně splnil veškeré náležitosti na obsah Protokolu o posouzení a hodnocení nabídek, které na něj zákon klade.
129. Na doplnění Úřad uvádí, že byt současné znění zákona již po zadavatelích požaduje, aby součástí Protokolu o posouzení a hodnocení nabídek bylo i uvedení seznamu dokladů, kterými dodavatelé prokazovali splnění své kvalifikace, tuto povinnost nelze zpětně „promítnout“ do znění zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení.
130. Úřad k této problematice na závěr uvádí, že si lze obtížně představit uložení nápravného opatření tam, kde zadavatel postupoval při tvorbě Protokolu o posouzení kvalifikace přesně v souladu s rozhodným zněním zákona, tj. uvedl do něj všechny zákonem taxativně vyžadované náležitosti.

Ke splnění technických požadavků na připojení v případě vybraného uchazeče

131. Zadavatel v zadávací dokumentaci v článku 1. „Předmět plnění a zadavatel“, v bodě 1.1 mj. stanovil: „Předmětem plnění veřejné zakázky je poskytování služby virtuální privátní sítě (dále jen „WAN VPN“) pro společnost Ředitelství silnic a dálnic ČR. WAN VPN má za úkol propojit lokální počítačové sítě (LAN) a technologické (telematické) body zadavatele do WAN VPN (any-to-any) na základě plnohodnotného protokolu IP bez omezení přenášovaných služeb (včetně šifrovaného a multicast provozu) realizované v síti dodavatele. Služba WAN VPN bude poskytována na technologii MPLS (Multi Protocol Label Switching) se zabezpečením zvýšené dostupnosti služby ve vybraných lokalitách zadavatele pomocí technologicky nezávislého záložního řešení a s podporou definování QoS pro prioritizaci definovaných datových aplikací, včetně již realizované IP Telefonie (specifikované lokality)“.
132. V článku 1. „Předmět plnění a zadavatel“, v bodě 1.4 zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že bližší specifikace předmětu veřejné zakázky je obsažena v přílohách č. 1a, 1b, 2a, 2b, 3a, 3b, 4 a 5 zadávací dokumentace, přičemž uvádí, že: „uchazeč je povinen podat svou nabídku v souladu s touto zadávací dokumentací a všemi jejími přílohami“.

133. V článku 1. „Předmět plnění a zadavatel“, v bodě 1.5 zadávací dokumentace si zadavatel vyhradil, že: „nabídky uchazečů, kteří nesplní minimální požadavky uvedené zadavatelem v této zadávací dokumentaci (zejm. minimální požadované hodnoty požadovaných služeb jako např. úroveň SLA, minimální rychlost) či nesplní zákonem stanovené požadavky, budou ze zadávacího řízení vyřazeny“.
134. V článku 14. „Obsah a podávání nabídek“, v bodě 14.2.5 zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že nabídka předkládaná dodavatelem bude obsahovat návrh technického a realizačního řešení zakázky, včetně návrhu metodiky poskytování služeb a popisu převzetí poskytování služeb.
135. Úřad po přezkoumání předložené dokumentace zjistil, že zadavatel v přílohách zadávací dokumentace mj. stanovil požadavky na WAN VPN síť, kde mj. definuje minimální technické požadavky pro hlavní a záložní linky, včetně minimálních komunikačních rychlostí hlavních a záložních linek.
136. Z předložené dokumentace rovněž Úřad zjistil, že zadavatel žádným způsobem neomezil ani neupřesnil druh přenosové technologie pro jednotlivé lokality a telematické body, které hodlá propojit, a to ani ve vztahu k hlavním linkám ani ve vztahu k linkám záložním.
137. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že dodavatelé nebyli při návrhu svých řešení omezeni použitím technologie na základě konkrétního požadavku zadavatele, nýbrž byli toliko limitováni tím, aby jimi navržená (a v návrhu technického a realizačního řešení zakázky popsaná) technologie byla plně funkční a splňovala zadavatelem stanovené minimální technické požadavky stanovené v zadávací dokumentaci a v jejích přílohách.
138. S ohledem na výše uvedené je tedy pro posouzení splnění technických požadavků na připojení v případě vybraného uchazeče zcela klíčové to, zda všechny jím v návrhu technického a realizačního řešení zakázky popsané technologie by byly plně funkční a zda by splňovaly minimální technické požadavky, které na ně klade zadavatel v podmínkách zadání. Pokud by totiž tomu tak nebylo (tj. pokud by některý uchazeč uvedl do návrhu technického a realizačního řešení zakázky takovou technologii, pomocí které není možné technické požadavky zadavatele splnit), nemohla by být daná nabídka hodnocena, ale naopak by musela být vyřazena již ve fázi jejího posuzování ve smyslu § 76 zákona. Úřad přitom vychází z úvahy, že do návrhu technického a realizačního řešení zakázky uchazeč uvádí jen takové technologie, které následně při plnění zakázky hodlá skutečně použít.
139. Nelze přisvědčit argumentu zadavatele, že některé technologie v návrhu technického a realizačního řešení zakázky mohou být technologiemi „podpůrnými či záložními“, které „samy o sobě“ nemusí splňovat zadávací podmínky. Zadavatel by k některé technologii uvedené v návrhu technického a realizačního řešení zakázky mohl přistupovat jako k technologii „podpůrné či záložní“ (u které by pak zřejmě skutečně nezkoumal, zda sama o sobě vyhovuje zadávacím podmínkám) pouze za předpokladu, že by je za takové ve své nabídce označil sám uchazeč. V opačném případě, pokud žádná z uchazečem uváděných technologií není takto označena, musí zadavatel ke všem technologiím přistupovat stejně, tj. aby nabídka splnila jeho požadavky, musí být každá z technologií způsobilá k plnění (alespoň části) předmětu veřejné zakázky.

140. Úřad z dokumentace o veřejné zakázce zjistil, že zadavatel, resp. jím jmenovaná hodnotící komise, měl vážné pochybnosti o tom, zda všechny technologie navržené vybraným uchazečem v jeho návrhu technického a realizačního řešení zakázky odpovídají zadávacím podmínkám. Jednoznačně o tom vypovídá výzva zadavatele k objasnění technického návrhu řešení ze dne 23.11.2012. Zadavatel v tomto dopise mimo jiné uvádí, že návrh – dle zadavatele příliš obecný a neurčitý – je nutno doplnit „i za účelem existence možnosti posouzení souladu nabídky uchazeče se zadavatelem poptávaným plněním“. Proto vybraného uchazeče vyzval k „doplnění návrhu technického a realizačního řešení zakázky takovým způsobem, aby byly zadavateli zřejmé způsoby připojení jednotlivých lokalit, a to nejlépe doplněním tabulek lokalit uvedených v zadávací dokumentaci (příloha č. 1b, 2b a 3b zadávací dokumentace) o název technologie, kterou plánuje uchazeč použít pro danou lokalitu, a to jak pro primární, tak i záložní linku. Současně zadavatel vyzývá k doložení stručného popisu jednotlivých technologií navrhovaných pro připojení, které uchazeč využije při doplnění tabulek lokalit dle předcházejícího požadavku, přičemž z popisu technologie by mělo vyplynout, o jakou technologii se jedná a že splňuje veškeré požadavky zadavatele, a současně musí tento popis obsahovat informaci o otevřenosti a omezení navržené technologie tak, aby zadavatel znal její veškerá případná omezení“.
141. Na žádost zadavatele k objasnění technického návrhu řešení vybraný uchazeč odpověděl dopisem ze dne 28.11.2012, ve kterém vybraný uchazeč mj. uvádí: „Zadavatel ve výzvě uchazeče vyzval k doplnění tabulek lokalit uvedených v zadávací dokumentaci veřejné zakázky (příloha č. 1b, 2b a 3b zadávací dokumentace) o název technologie a k doplnění stručného popisu jednotlivých technologií. V souvislosti s uvedenými požadavky zadavatele si uchazeč dovoluje opětovně zdůraznit, že požadavky na předložení doplněných příloh č. 1b, 2b a 3b zadávací dokumentace a předložení stručného popisu užitých technologií ze zadávacích podmínek, ve znění rozhodném pro vypracování nabídek uchazečů, nevyplývají... K předpokladu zadavatele, že uchazeč má za účelem kalkulace nabídkové ceny, a tedy i předložení nabídky zpracován návrh technického řešení a pouze jej do nabídky nezačlenil, uchazeč konstatuje, že uchazečem předložená nabídková cena i její jednotlivé části pokrývají kompletní plnění veřejné zakázky a zahrnují veškeré náklady uchazeče na poskytování plnění včetně přiměřeného zisku. Při konstrukci nabídkové ceny pak uchazeč postupoval zcela v duchu požadavků zadavatele uvedených v kapitole 15. Dílu 2. zadávací dokumentace veřejné zakázky“.
142. V námitkách proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 28.12.2012 navrhovatel mj. uvádí, že použití linek SHDSL nebo CEN ve variantě IP REN v nabídce vybraného uchazeče nesplňuje zadávací podmínky stanovené zadavatelem, a to již při použití byť jen jediné takové linky, přičemž svoje tvrzení zdůvodňuje ve vztahu k jednotlivým zadavatelem požadovaným parametrům přístupových technologií. Navrhovatel v námitkách taktéž výslovně uvádí, že: „Není přitom úlohou stěžovatele, aby ve svých námitkách dopodrobna rozepisoval důvody, proč linky SHDSL a linky CEN ve variantě IP REN nevyhovují zadání. Jeví se jako zcela přiměřené na ně upozornit obecnou formou a ponechat jejich přezkoumání na samotném zadavateli. Koneckonců je to právě zadavatel, kdo je zodpovědný za kvalitní provedení posouzení nabídek, aby následně došlo k hodnocení pouze takových nabídek, které obsahují kompletní a bezvadné plnění, zcela vyhovující požadavkům zadávací dokumentace“.

143. V rozhodnutí o námitkách ze dne 4.1.2013 zadavatel k výše uvedené námitce navrhovatele mj. uvádí: „Každý z uchazečů ve své nabídce deklaroval, že se seznámil se zadáním veřejné zakázky včetně jejích příloh a ve zvláštní příloze nabídky výslovně uvedl, že jsou mu známy zadávací podmínky stanovené v zadávací dokumentaci veřejné zakázky, a zavázal se, že v průběhu realizace dodávek bude dodržovat veškeré smluvní a technické podmínky zadávací dokumentace na veřejnou zakázku. Z výše uvedených důvodů tak zadavatel námitce spočívající v tvrzených teoretických nedostacích sítě vybraného uchazeče a jeho neschopnosti službu kvalitně poskytovat, tedy v tvrzeném porušení § 76 ZVZ nevyhovuje. Nadto zadavatel uvádí, že předložené nabídky uchazečů nebyly a ani nemohly být hodnoceny z pohledu technického návrhu, neboť hodnotící komise v rámci hodnocení nabídek uchazečů o veřejnou zakázku hodnotila v souladu se zadávací dokumentací pouze parametry služeb v zadávací dokumentaci výslovně uvedené jako předmět hodnocení. Ani přenosové sítě, na kterých poskytovatel službu poskytuje, tedy nemohly být předmětem hodnocení.
144. Výše uvedené lze zjednodušeně shrnout následovně. Zadavatel v zadávacích podmínkách žádným způsobem neomezil ani neupřesnil druh přenosové technologie pro jednotlivé lokality a telematické body, které hodlá propojit, a to ani ve vztahu k hlavním linkám, ani ve vztahu k linkám záložním, přičemž si rovněž nevyhradil podmínku, že dodavatelé musí ve svých nabídkách konkrétně uvést, jakou technologií budou propojeny jednotlivé lokality a telematické body (a to ani ve vztahu k linkám hlavním, ani ve vztahu k linkám záložním).
145. Obecně platí, že institut písemného vysvětlení nabídek nelze použít k doplňování nabídek. Z uvedeného důvodu nebyl zadavatel za konkrétních okolností daného případu v rámci žádosti o písemné vysvětlení nabídky ve smyslu § 76 odst. 3 zákona oprávněn požadovat informace, jakou konkrétní technologií budou jednotlivé lokality a telematické body propojeny, aniž by zároveň v takové žádosti uvedl konkrétní pochybnosti, které by písemné objasnění mělo rozptýlit. Úřad na tomto místě pro vyloučení všech pochybností o tom, jakými úvahami byl veden, uvádí, že zadavatel formuloval svoji žádost z pohledu zákona nevhodným způsobem: namísto aby vymezil konkrétní nejasnost, kterou by měl vybraný uchazeč objasnit (což by byl postup se zákonem souladný a v dané situaci i případný), vymezil vybranému uchazeči rovnou dokument, o který měl svoji nabídku doplnit (což naopak zákon v této podobě neumožňuje). Právě uvedené však samozřejmě neznamená, že by zadavatel mohl rezignovat na posouzení nabídky vybraného uchazeče z pohledu technických garancí minimálních parametrů přenosových linek, jak stanovil v zadávací dokumentaci a v jejích přílohách (a to případně i za využití institutu písemného objasnění nabídky, kdy ovšem jeho žádost musí být formulována v souladu se zákonem). Nelze v této souvislosti odhlédnout ani od toho, že z dokumentace o veřejné zakázce je evidentní, že o souladu nabídky vybraného uchazeče se zadávacími podmínkami měl (již předtím, než obdržel námitky navrhovatele) pochybnosti i sám zadavatel. Z dokumentace však žádným způsobem neplyne, jakým způsobem byly tyto pochybnosti rozptýleny, když z dopisu vybraného uchazeče ze dne 28.11.2012 (viz bod 141. odůvodnění tohoto rozhodnutí) žádné věcné informace týkající se plnění zakázky zadavatel nezískal.
146. Zadavatel měl v daném případě o to důsledněji posoudit technické garance alespoň minimálních parametrů přenosových linek, jak bylo stanoveno v zadávací dokumentaci, neboť vedle toho, že zadavatel má obecně povinnost posoudit, zda nabídka konkrétního

uchazeče splňuje konkrétní zadávací podmínky stanovené v zadávací dokumentaci, v šetřeném případě zadavatel navíc obdržel námitky navrhovatele, které zpochybňují technické řešení vybraného uchazeče z pohledu splnění zadavatelem stanovených zadávacích podmínek, a to s ohledem na konkrétní technické parametry, které zadavatel na přenosové linky stanovil.

147. Z uvedeného důvodu Úřad v rámci správního řízení ustanovil znalce, aby zjistil, zda technologie připojení uvedené v nabídce vybraného uchazeče (včetně technologií, které navrhovatel namítá ve svém návrhu), v plném rozsahu vyhoví požadavkům zadavatele stanoveným v zadávacích podmínkách, resp. zda je u některé z těchto technologií vyloučeno, aby těmto parametrům (nebo některému z nich) bylo vyhověno.
148. Znalec ve svém znaleckém posudku k technologii SHDSL učinil závěr, že tato technologie má své technologické limity, kdy její kapacita může dosahovat max. 2312 kbit/s, proto nemůže být využita pro všechny zadavatelem stanovené lokality (viz bod 83. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
149. K technologii Carrier Ethernet Network ve variantě IP REN znalec mj. uvádí, že problematičtější je otázka technické záruky parametrů požadovaných zadavatelem v síti CEN, neboť vybraný uchazeč v návrhu svého řešení neuvádí žádné informace o vnitřní architektuře této sítě. Vybraný uchazeč podle znalce také neuvádí, jakým konkrétním způsobem chce garanci zadavatelem požadovaných parametrů linek technicky zajistit. Podle vyjádření znalce nelze jednoznačně odpovědět, zda architektura a provozní parametry této sítě vyhovují požadavkům zadavatele uvedeným v zadávací dokumentaci, přičemž odkazuje zejména na garantované zajištění kapacity linky, zpoždění linky a variabilitu tohoto zpoždění. Znalec rovněž upozorňuje, že je třeba zjistit technické možnosti monitoringu stavu této sítě, tak, jak zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci (viz bod 79. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
150. Znalec ve svém znaleckém posudku dospěl k dílčímu závěru, že s ohledem na dostupné informace nelze rozhodnout, zda je uvedená technologie pro připojení lokalit zadavatele vhodná (viz bod 80. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
151. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uvádí následující. Ačkoliv ze znaleckého posudku vyplývá, že technologie SHDSL má své technologické limity (její kapacita může dosahovat max. 2312 kbit/s) a lze ji tudíž použít pouze pro vybrané lokality a propojení takových telematických bodů, u kterých zadavatel nepožaduje vyšší kapacitu než 2312 kbit/s (a to ať v případě hlavní nebo v případě záložní linky), má Úřad za prokázané, že tuto technologii vybraný uchazeč mohl na vybraných lokalitách zadavatele použít jako technologii, která bezezbytku splňuje zadavatelem vyhrazené technologické parametry na přenos.
152. Výše uvedené však neplatí pro technologii Carrier Ethernet Network ve variantě IP REN, u které se naopak nepodařilo prokázat, že by tato technologie v plném rozsahu zaručovala garanci zadavatelem požadovaných parametrů, a to alespoň u jedné z linek.
153. Technická garance zadavatelem požadovaných parametrů v případě uvedené technologie nevyplývá ani z nabídky vybraného uchazeče, ani z jiných částí dokumentace o veřejné zakázce pořízené zadavatelem, ba ani z obsahu znaleckého posudku znalce.

154. Poněvadž zadavatel v podmínkách zadání stanovil konkrétní technické požadavky pro hlavní a záložní linky, byl povinen v rámci posuzování nabídek podle § 76 odst. 1 zákona ověřit, zda technologie obsažené v nabídkách uchazečů tyto jeho požadavky budou splňovat. Zadavatel tedy byl mj. povinen zjistit, zda veškeré přenosové technologie uváděné v nabídce vybraného uchazeče budou technicky garantovat splnění jím požadovaných parametrů, a to zejména za situace, kdy od navrhovatele obdržel námítky zpochybňující splnění technických parametrů u dvou vybraným uchazečem nabízených technologií.
155. Zadavatel v takovém případě nemůže rezignovat na svoji nezastupitelnou roli při posouzení zásadních technických parametrů plnění veřejné zakázky tím způsobem, že odkáže na ustanovení zadávacích podmínek, ve kterém je uvedeno, že všichni uchazeči se s předmětem veřejné zakázky seznámili, pochopili jej a zavázali se dodržet veškeré smluvní a technické podmínky stanovené v zadávací dokumentaci a jejích přílohách. Takový postup je ze strany zadavatele čistě formální až alibistický a je v příkrém rozporu s tím, co stanoví zákon.
156. Pokud by zákonodárce měl v úmyslu považovat etapu posuzování nabídek toliko za formální (jak k tomu v daném případě přistoupil zadavatel), nebyly by v zákoně stanoveny instituty, které zadavateli (resp. hodnotící komisi) dávají široké pravomoci k objasnění nabídek tak, aby k vlastnímu hodnocení byly vybrány pouze ty nabídky, u kterých není žádných pochyb o tom, že příslušný uchazeč prokázal splnění své kvalifikace a jeho nabídka splňuje veškeré podmínky stanovené zadavatelem na předmět plnění. V opačném případě by hodnotící komise při posuzování nabídek zcela ztratila svůj význam, neboť se její činnost při posouzení v krajním případě omezila na zjištění, zda každý z uchazečů formálně prohlásil, že porozuměl předmětu veřejné zakázky a zavázal se ke splnění zadavatelem stanovených požadavků, aniž by tyto skutečnosti aktivně ověřila, a to zejména za situace, kdy došlo k jejich zpochybnění.
157. Žádnou roli v tom nehraje skutečnost, zda parametr plnění předmětu veřejné zakázky, o kterém má zadavatel pochybnost (nebo na jehož pochybnost byl v rámci námitek upozorněn), bude následně předmětem hodnocení, nebo nebude. Skutečnost, že zadavatel musí důsledně dbát o dodržení i těch parametrů zakázky, které nebudou předmětem hodnocení, ale zadavatel je v podmínkách zadání stanovil, ostatně vyplývá i z § 6 zákona, neboť pokud by zadavatel důsledně nedbal dodržení jím stanovených parametrů, mohl by se dopustit porušení zákazu diskriminace, neboť uvedeným postupem by u některých nabídek mohlo dojít k tolerování poskytnutí plnění horšího, či méně kvalitního, než které odpovídá požadavkům stanoveným v zadávací dokumentaci, a to z toho důvodu, že zadavatel na dodržení svých podmínek netrval, případně si dodržení těchto podmínek řádným způsobem neověřil tak, aby bylo dáno najisto, že každá hodnocená nabídka splňuje veškeré zadavatelem stanovené podmínky.
158. Jak vyplývá i z konstantní rozhodovací praxe soudů, dodržení základních zásad zadávacího řízení podle § 6 zákona je pro zadavatele základní a obecnou povinností. Tyto zásady jsou aplikovatelné na veškeré postupy zadavatele v zadávacím řízení. Jak uvedl Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 19.1.2010 sp.zn. 62 Ca 31/2008-114, zásada transparentnosti „má zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. ... Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost, nepřehlednost či obtížnější kontrolovatelnost zadávacího řízení, nebo jež vzbuzuje pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků

zadavatele“. S tímto obecným výkladem zásady transparentnosti se plně ztotožňuje i Nejvyšší správní soud (srov. např. rozsudek ze dne 15.9.2010, sp.zn. 1 Afs 45/2010-159).

159. Ve světle právě uvedeného výkladu považuje Úřad postup zadavatele v předmětném zadávacím řízení za netransparentní, neboť se přezkoumatelným (kontrolovatelným) způsobem nijak nevypořádal s údajným nesouladem nabídky vybraného uchazeče se zadávacími podmínkami, a to ani v rovině vyjasnění vlastních pochybností (kdy bez dalšího akceptoval objasnění vybraného uchazeče, aniž by jeho vyjádření přineslo jakoukoli věcnou odpověď), ani v rovině rozhodování o námitkách navrhovatele (kdy v tomto směru zcela rezignoval na jejich věcné posouzení a technickými aspekty nabídky vybraného uchazeče se při jejich vyřizování vůbec nezabýval).
160. Protože tento postup mohl zcela zásadním způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, Úřadu nezbylo, než zrušit úkony zadavatele spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče a následně i úkony spojené s hodnocením nabídek a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
161. Pro úplnost Úřad dodává, že v této souvislosti se nelze ztotožnit s tvrzením vybraného uchazeče, které opakovaně uvádí v průběhu správního řízení, a to, že se k poskytnutí řádného plnění v souladu se zadávací dokumentací zavázal podáním své nabídky a podepsaným návrhem smlouvy, která obsahuje smluvní ujednání, která zadavatele chrání v případě, že by vybraný uchazeč požadované plnění neposkytoval řádně.
162. Ačkoliv smlouva může obsahovat sankční ustanovení ve prospěch zadavatele, pokud by vybraný uchazeč řádně a v požadované kvalitě neposkytoval požadované služby, nelze toto smluvní ustanovení představující zajištění závazku dodavatele plnit řádně a včas zaměřovat za technickou garanci, a to v tom smyslu, že takové ustanovení v žádném případě nezbavuje zadavatele povinnosti ověřit technickou možnost uskutečnění daného plnění, pokud ohledně této možnosti vzniknou relevantní pochybnosti (k čemuž v předmětném případě bezpochyby došlo).
163. Úřad pokládá za potřebné na tomto místě uvést, že Úřad v rámci správního řízení nezkoumal a nehodnotil ani kvalitu nabídky vybraného uchazeče, ani budoucí plnění jeho závazků, jak se vybraný uchazeč mylně domníval ve svém podání ze dne 18.4.2013, ale výlučně zákonnost postupu zadavatele. K tomu bylo třeba (a to s ohledem na specifický předmět veřejné zakázky i za pomoci znaleckého posudku) především zodpovědět otázku, zda skutečně existovaly důvodné pochybnosti o souladu nabídky vybraného uchazeče se zadávacími podmínkami a zda se zadavatel s těmito pochybnostmi zákonným způsobem vypořádal. Úřad stejně tak tímto rozhodnutím nepředjímá, zda nabídka vybraného uchazeče splňuje zadávací podmínky či nikoli. Úřad pouze konstatuje, že o tom existují relevantní pochybnosti, které musí zadavatel v rámci nového posouzení dané nabídky tím či oním způsobem rozptýlit.

K námitce týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče

164. Úřad se věcně nezabýval námitkou týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče, neboť dospěl k závěru, že není postaveno na jisto, zda nabídka vybraného uchazeče v daném případě odpovídá zadávacím podmínkám či nikoliv, a s ohledem na skutečnost, že ruší úkony spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče

by bylo v této situaci zcela irrelevantní posuzovat, zda nabídka vybraného uchazeče obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu či nikoliv.

K uložení nápravného opatření

165. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
166. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento nezákonný postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K uložení úhrady nákladů řízení

167. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis.
168. Podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, činí 30 000 Kč. Podle odst. 2 téhož ustanovení vyhlášky byl-li k řízení přibrán znalec podle zvláštního právního předpisu (zákon č. 36/1967 o znalcích tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů), zvyšuje se paušální částka podle odst. 1 o částku odměny znalce, nejvíce však o 30 000 Kč.
169. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím byly zrušeny jednotlivé úkony zadavatele a současně byl Úřadem k řízení přibrán znalec k vypracování znaleckého posudku ve věci odborného posouzení poskytnutých podkladů, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení ve výši uvedené ve výroku III. tohoto rozhodnutí – s tím, že z celkové částky nákladů řízení činí 30 000,-- Kč paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a 25 440,-- Kč odměna znalce – a to na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2013000035

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:

Mgr. Ondřej Knebl, advokát, Husinecká 808/5, 130 00 Praha 3

Tomášem Pfeffer, podnikatel, Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6

T-Mobile Czech Republic a.s., Tomíčková 2144/1, 149 00 Praha 4

ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne:

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