



UOHSX0056VQK

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S58/2013/VZ-9187/2013/512/MVy

Brno 17. května 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 21.1.2013 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Jihomoravský kraj, IČ 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 3/5, 601 82 Brno, ve správním řízení dále zastoupen na základě plné moci ze dne 30.8.2012 JUDr. Markem Bilejem, advokátem KŠD ŠŤOVÍČEK advokátní kancelář, s.r.o., zapsaným u ČAK pod ev. č. 11396, IČ 71462147, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 70 Praha 4,
- navrhovatel – Telefónica Czech Republic, a.s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, Praha 4 – Michle, ve správním řízení dále zastoupena na základě pověření ze dne 4.2.2013 Ing. Alešem Mejzlíkem, zaměstnancem,
- vybraný uchazeč – COM PLUS CZ a.s., IČ 25772104, se sídlem Nad Krocínkou 317/48, 190 00 Praha 9 – Prosek,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v nadlimitní veřejné zakázce „Síťová infrastruktura 2 (propojení lokalit TC)“ zadávané formou otevřeného řízení, jejíž oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 3.9.2012 a bylo uveřejněno dne 6.9.2012 pod ev. č. 226697 a do Úředního věstníku Evropské unie bylo odesláno dne 6.9.2012 a bylo uveřejněno dne 11.9.2012 pod ev. č. 2012/S 174-287459,

**rozhodl takto:**

I.

Zadavatel – Jihomoravský kraj, IČ 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 3/5, 601 82 Brno – nedodržel postup stanovený

- a. v § 60 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když nevyloučil uchazeče COM PLUS CZ a.s., IČ 25772104, se sídlem Nad Krocínkou 317/48, 190 00 Praha 9 – Prosek, který neprokázal splnění profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. b) citovaného zákona ve lhůtě podle § 52 odst. 1 citovaného zákona,
- b. v § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 6 zákona
  - i. tím, že hodnotící komise nevyřadila nabídku uchazeče COM PLUS CZ a.s., IČ 25772104, se sídlem Nad Krocínkou 317/48, 190 00 Praha 9 – Prosek, když tento doplnil Seznam subdodavatelů po lhůtě pro podání nabídek a zadavatel uvedeného uchazeče nevyloučil z další účasti na veřejné zakázce,
  - ii. a tím, že se hodnotící komise současně blíže nezabývala možnostmi splnění podmínek souběhu tras podle bodu 10.3 zadávací dokumentace uchazečem COM PLUS CZ a.s., IČ 25772104, se sídlem Nad Krocínkou 317/48, 190 00 Praha 9 – Prosek,

přičemž uvedené postupy zadavatele podstatně ovlivnily výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Jihomoravský kraj, IČ 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 3/5, 601 82 Brno – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší**

- rozhodnutí zadavatele č. j. 342/12/R4 o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 13.12.2012,
- všechny úkony zadavatele související s hodnocením nabídek a s posouzením kvalifikace a nabídky uchazeče – COM PLUS CZ a.s., IČ 25772104, se sídlem Nad Krocínkou 317/48, 190 00 Praha 9 – Prosek – které jsou zaznamenány v protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012 a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 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, se zadavateli – Jihomoravský kraj, IČ 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 3/5, 601 82 Brno – **ukládá uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).**

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Jihomoravský kraj, IČ 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 3/5, 601 82 Brno, ve správním řízení dále zastoupen na základě plné moci ze dne 30.8.2012 JUDr. Markem Bilejem, advokátem KŠD ŠŤOVÍČEK advokátní kancelář, s.r.o., zapsaným u ČAK pod ev. č. 11396, IČ 71462147, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 70 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) nadlimitní veřejnou zakázku „Síťová infrastruktura 2 (propojení lokalit TC)“ zadávanou formou otevřeného řízení, jejíž oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 3.9.2012 a bylo uveřejněno dne 6.9.2012 pod ev. č. 226697 a do Úředního věstníku Evropské unie bylo odesláno dne 6.9.2012 a bylo uveřejněno dne 11.9.2012 pod ev. č. 2012/S 174-287459 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel byl v předmětném zadávacím řízení zastoupen v souladu s § 151 zákona JUDr. Markem Bilejem, advokátem KŠD ŠŤOVÍČEK advokátní kancelář, s.r.o., zapsaným u ČAK pod ev. č. 11396, IČ 71462147, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 70 Praha 4.
3. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle bodu 2.1 zadávací dokumentace vybudování síťové infrastruktury, na základě které budou pomocí optických vláken propojena jednotlivá technologická centra budovaná zadavatelem v rámci projektu „eGovernment v kraji, část výzvy I. – IV.“ Předmětem veřejné zakázky jsou dodávky optického kabelu (optických vláken), kterými dojde k propojení dvou budov Krajského Úřadu prostřednictvím dvou nezávislých telekomunikačních tras s minimální možnou délkou souběhu z důvodu bezpečnosti a zálohování.
4. Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky je podle bodu 10.1 zadávací dokumentace ekonomická výhodnost nabídky, přičemž v bodě 10.2 zadávací dokumentace jsou v rámci hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky uvedena následující dílčí hodnotící kritéria:

○ Nabídková cena	80 %
○ Souběh tras	5 %
○ Termín dokončení veřejné zakázky	15 %
5. Ve stanovené lhůtě pro podání nabídek, tedy do 31.10.2012 do 12:00, obdržel zadavatel nabídky 3 uchazečů. Z protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012 vyplývá, že kvalifikaci v požadovaném rozsahu splnili všichni uchazeči o veřejnou zakázku. Dále ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012 vyplývá, že jako nejvhodnější byla hodnotící komisí doporučena nabídka uchazeče COM PLUS CZ a.s., IČ 25772104, se sídlem Nad Krocínkou 317/48, 190 00 Praha 9 – Prosek (dále jen „vybraný uchazeč“ nebo COM PLUS a.s.). Zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče COM PLUS a.s. dne 13.12.2012, přičemž tuto skutečnost oznámil téhož dne zbývajícím účastníkům zadávacího řízení. Uchazeč Telefónica Czech Republic, a.s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, Praha 4 – Michle, ve správním řízení dále zastoupena na základě pověření ze dne 4.2.2013 Ing. Alešem Mejzlíkem, zaměstnancem, (dále jen „Telefónica Czech Republic, a.s.“ nebo „navrhovatel“) obdržel oznámení zadavatele

o výběru nejvhodnější nabídky dne 19.12.2012. Dne 2.1.2013 navrhovatel zadavateli doručil námitky navrhovatele, kterým zadavatel svým rozhodnutím ze dne 8.1.2013 nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 10.1.2013. Dne 21.1.2013 navrhovatel zadavateli doručil „druhé“ námitky navrhovatele, kterým zadavatel svým rozhodnutím ze dne 25.1.2013 nevyhověl. Rozhodnutí o „druhých“ námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 29.1.2013. Navrhovatel následně dne 11.3.2013 zadavateli doručil „třetí“ námitky navrhovatele, kterým zadavatel svým rozhodnutím ze dne 21.3.2013 nevyhověl. Rozhodnutí o „třetích“ námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 22.3.2013.

6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval jednání zadavatele za učiněné v souladu se zákonem, podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgánu dohledu nad dodržováním zákona v zákonem stanovené lhůtě přípisem ze dne 21.1.2013 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, konkrétně návrh na přezkoumání rozhodnutí zadavatele ze dne 8.1.2013 o námitkách ze dne 2.1.2013 (dále jen „návrh“), jehož součástí byl i návrh na vydání předběžného opatření.

## II. OBSAH NÁVRHU

7. Navrhovatel ve svém návrhu namítá, že telekomunikační trasy popsané zadávací dokumentací nelze postavit se souběhem 0 metrů, jak uvedl vybraný uchazeč ve své nabídce, přičemž dále uvádí, že přinejmenším uvnitř budov a zejména v místech, kde kabely ústí do optických van, nelze dosáhnout takového uspořádání, aby se kabely nenacházely blíže než 2 m od sebe. To podle navrhovatele neumožňují ani rozměry van a rozvaděčů, v nichž jsou umístěny. Podle navrhovatele je tak návrh smlouvy vybraného uchazeče návrhem na plnění nemožné, protože obsahuje nerealizovatelný závazek.
8. Navrhovatel je dále přesvědčen, že žádnou trasu, která vede do stejného racku jako jiná trasa, nelze provést tak, že vzdálenost mezi kabely bude stále alespoň 2 metry, přičemž přinejmenším tohoto na vstupech do racků nelze geometricky dosáhnout. Tomu podle navrhovatele odpovídá i konstrukce hodnotícího vzorce v daném kritériu. Hodnota vstupující do vzorce může být nízká, avšak nikoli nulová, aby hodnotící vzorec vůbec měl smysl. Navrhovatel dále uvádí, že již v námitkách poukázal na skutečnost, že pokud jeden uchazeč nabídne nulový souběh tras, všichni ostatní uchazeči budou ohodnoceni nula body a zcela se tak zmaří měřicí schopnost takového kritéria.
9. Podle navrhovatele je zřejmé, že matematický výraz, podle kterého komise přidělila body vybranému uchazeči, obsahuje zlomek, který má v čitateli i ve jmenovateli nulu. Takový matematický výraz nemá reálné řešení a body podle něj nelze přidělovat. Zadavatel však podle navrhovatele přidělil nabídce vybraného uchazeče za toto kritérium plný počet bodů, přičemž v odůvodnění zamítnutí námitek podaných navrhovatelem uvedl, že nulová hodnota v šetřeném případě neodporuje zadávacím podmínkám.
10. Navrhovatel dále uvádí, že již v námitkách z 2.1.2013 uvedl i případ již judikovaný<sup>1</sup>, který se týkal nulové nabídkové ceny hodnocené podle stejného vzorce jako v předmětné veřejné zakázce. Fakticky jde podle navrhovatele o totožnou matematickou i věcnou úvahu, přičemž nulovou vstupní hodnotou je zmařena měřicí schopnost kritéria.

---

<sup>1</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu v Brně č. j. 9 Afs 69/2010-175 ze dne 21.12.2010 (pozn. Úřadu)

11. Navrhovatel dále uvádí, že z protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení nabídek ze dne 28.11.2012 vyplývá, že hodnotící komise z nabídky vybraného uchazeče nepoznala, jak dosáhne nulového souběhu tras uvnitř budov a že ani z písemného vysvětlení nabídky vybraného uchazeče jednoznačně nevyplývá souběh tras ve vztahu k vedení tras uvnitř objektů zadavatele, přičemž následné ústní vysvětlení je podle navrhovatele zdokumentováno v protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012 mimo jiné tak, že nulového souběhu tras bude podle vybraného uchazeče dosaženo tak, že uvnitř objektů zadavatele bude využíváno stávající infrastruktury, přičemž jediným místem souběhu bude až vstup telekomunikačních tras do vlastního technického zařízení.
12. Podle navrhovatele však předmětem veřejné zakázky nebylo propojení technologických center stávající infrastrukturou, nýbrž vybudování telekomunikačních tras. Zadavatel tedy v rozhodnutí o námitkách navrhovateli sdělil, že namítá nesprávně, protože neví, kudy povedou trasy nabízené vybraným uchazečem, a teprve poté navrhovateli poskytl informaci, že některé trasy tento uchazeč ani nevybuduje a že využije infrastrukturu stávající. Za těchto okolností navrhovatel tvrdí, že nabídka vybraného uchazeče neobsahuje úplný předmět plnění. Zároveň je podle navrhovatele vyloučeno, aby délka souběhů, i v případě vstupů pouze v místě racků, činila 0 metrů.
13. Navrhovatel dále ve svém podání uvádí, že se domnívá, že vybraný uchazeč nesplnil kvalifikaci, protože nemá oprávnění k podnikání v oboru výkon zeměměřických činností ani v oboru obdobném, jak lze zjistit z obchodního rejstříku. Zeměměřické práce jsou přitom součástí požadavků zadavatele na plnění a zadavatel k tomu explicitně vyžadoval prokázání profesního kvalifikačního předpokladu. Navrhovatel uvádí, že v nabídce byl Seznam subdodavatelů, kteří však nesplňovali podmínku výkonu zeměměřických činností, přičemž navrhovatel se v průběhu zadávacího řízení od zadavatele dozvěděl, že původní seznam subdodavatelů vybraného uchazeče byl tímto uchazečem po lhůtě pro podání nabídek změněn. V této souvislosti navrhovatel uvádí, že proti tomuto postupu zadavatele podal dne 18.1.2013 námitky, přičemž dále uvádí, že v době podání návrhu nebyly tyto námitky zadavatelem vyřízeny.
14. Navrhovatel spatřuje porušení zákona zadavatelem v nesprávném posouzení nabídky vybraného uchazeče, který měl být z předmětného zadávacího řízení vyloučen, když předložil návrh smlouvy na plnění nemožné, tedy plnění s nulovým souběhem tras, přičemž se navrhovatel zároveň domnívá, že vybraný uchazeč nesplnil ani kvalifikaci v požadovaném rozsahu.
15. Navrhovatel dále uvádí, že výše uvedeným postupem hodnotící komise a zadavatele mu vznikla zřetelná újma, protože ztratil příležitost získat smlouvu na plnění veřejné zakázky, přičemž se domáhá toho, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky a provedl nové posouzení a hodnocení nabídek, a zároveň závěrem svého podání navrhovatel navrhuje, aby Úřad vydal předběžné opatření, kterým by byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení.

### III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

16. Úřad obdržel návrh dne 21.1.2013 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel návrh téhož dne.
17. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel,
  - vybraný uchazeč.
18. Dne 1.2.2013 zadavatel Úřadu osobně doručil část dokumentace o předmětné veřejné zakázce (část dokumentace obsahující zadávací dokumentaci a informace o úkonech zadavatele v zadávacím řízení). Zbytek zadávací dokumentace (nabídky uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku) včetně vyjádření zadavatele k podanému návrhu zadavatel osobně doručil Úřadu až dne 6.2.2013, tedy v rozporu s ustanovením § 114 odst. 6 zákona, podle kterého je zadavatel povinen zaslat své vyjádření k obdrženému návrhu včetně dokumentace o veřejné zakázce do 7 dnů od jeho doručení.
19. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S58/2013/VZ-2143/2013/512/MVy ze dne 7.2.2013. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad téhož dne usnesení č. j. ÚOHS-S58/2013/VZ-2158/2013/512/MVy, v němž stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž byli oprávněni navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

#### Vyjádření zadavatele k návrhu

20. Podle zadavatele byla hodnotící kritéria a způsob hodnocení nabídek součástí zadávacích podmínek, proti kterým mohl navrhovatel podat námitky, což neučinil. Podle zadavatele tedy navrhovatel není osobou oprávněnou podat návrh na zahájení předmětného řízení ve smyslu ustanovení § 118 odst. 5 písm. c) zákona. Hodnocení nabídek uchazečů provedené hodnotící komisí bylo podle zadavatele zcela v souladu se zadávacími podmínkami a bodová hodnocení získaná jednotlivými uchazeči v rámci dílčího hodnotícího kritéria odpovídají stanovenému způsobu hodnocení.
21. Zadavatel dále uvádí, že rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, jímž navrhovatel ve svém návrhu opětovně argumentuje, na daný případ nelze aplikovat, neboť závěry soudu se podle zadavatele týkaly výhradně nabídkové ceny, zatímco v případě šetřené veřejné zakázky se jedná o obsahově odlišné hodnotící kritérium. Nulová hodnota tak v předmětném případě podle zadavatele nejen neodporuje zadávacím podmínkám, ale zároveň ani zásadám poctivého obchodního styku, neboť se nejen nejedná o nepravdivý, či zkreslený údaj, ale tento údaj ani neodporuje běžným technologickým způsobům provádění obdobných plnění, což byly podle zadavatele důvody vedoucí Nejvyšší správní soud k rozhodnutí o nepřípustnosti nulových hodnot v jím posuzovaném případě.
22. Podle zadavatele je třeba zdůraznit, že i v případě kdyby vybraný uchazeč v nabídce stanovil určitou minimální rezervu souběhu tras například 100 m, v porovnání s hodnotami souběhu tras nabídnutými ostatními uchazeči by se při hodnocení nabídek jednalo o marginální

hodnoty získaných bodů za toto dílčí kritérium. Toto kritérium podle zadavatele navíc prakticky nemělo vliv na pořadí hodnocených nabídek.

23. V rámci posouzení nabídek se podle zadavatele hodnotící komise řádně vypořádala se všemi skutečnostmi namítanými navrhovatelem a dospěla k závěru, že nabídku vybraného uchazeče je možné při stanové délce souběhu realizovat. Hodnotící komise podle zadavatele ve vztahu k délkám souběhu tras postupovala s cílem vyloučení jakýchkoliv pochybností, a proto rovněž požádala o vysvětlení také uchazeče, jehož navrhovaná délka souběhu činila 1 500 m. Zadavatel navíc podle svého tvrzení není oprávněn posuzovat, zda jsou uchazeči skutečně veřejnou zakázku za nabídnutých podmínek schopni realizovat.
24. K argumentaci navrhovatele týkající se vad v protokolu o posouzení kvalifikace a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012 zadavatel předně uvádí, že místem souběhu telekomunikačních tras bude až jejich vstup do vlastního technického zařízení, kdy souběhem je myšleno setkání telekomunikačních tras v místě jejich napojení do technického zařízení. Podle zadavatele tak nejde o souběh ve smyslu zadávací dokumentace, neboť v příloze č. 1 zadávací dokumentace je souběh definován jako „vedení optických kabelů“, zatímco souběh, jak je označen v předmětném protokolu, již nepřestavuje vedení optických kabelů, ale až jejich setkání v místě napojení do technického zařízení uvnitř propojovaných objektů zadavatele.
25. Zadavatel dále k navrhovatelem namítanému nesplnění kvalifikace vybraným uchazečem uvádí, že součástí nabídky tohoto uchazeče byl v souladu s ustanovením § 54 písm. d) zákona doklad osvědčující odbornou způsobilost osoby, jejímž prostřednictvím vybraný uchazeč zabezpečuje odbornou způsobilost podle ustanovení § 13 odst. 1 písm. c) zákona č. 200/1994 Sb., o zeměměřičství a o změně a doplnění některých zákonů souvisejících s jeho zavedením, v platném znění (dále jen „zákon o zeměměřičství“).
26. Zadavatel dále uvádí, že z nabídky vybraného uchazeče jednoznačně nevyplývalo, v jakém vztahu je k němu osoba, jejímž prostřednictvím vybraný uchazeč zabezpečoval odbornou způsobilost, a proto byla vybranému uchazeči zaslána v souladu s ustanovením § 59 odst. 4 a § 76 odst. 3 zákona výzva, aby tuto skutečnost objasnil a případně chybějící dokumenty včetně aktualizovaného seznamu subdodavatelů doplnil.
27. Zadavatel dále uvádí, že prostřednictvím žádosti o písemné objasnění předložených informací či dokladů prokazujících splnění kvalifikace a vysvětlení nabídky ověřil nesrovnalosti v nabídce vybraného uchazeče, když tento v odpovědi na žádost zadavatele uvedl, že dotazovaná osoba je zaměstnancem subdodavatele, přičemž doplnil všechny zákonem požadované doklady spolu s aktualizovaným seznamem subdodavatelů.
28. Aby zadavatel vyloučil jakékoliv pochybnosti o zákonnosti průběhu zadávacího řízení, vyzval vybraného uchazeče dodatečně ke sdělení data uzavření smlouvy se subdodavatelem, který byl doplněn vybraným uchazečem do původně předloženého seznamu subdodavatelů. Jako odpověď pak zadavatel obdržel nejen sdělení data uzavření smlouvy s předmětným subdodavatelem, které bylo nejen před uplynutím lhůty pro podání nabídek, ale před samotným podáním nabídky vybraného uchazeče, ale zároveň čestné prohlášení podepsané jak vybraným uchazečem, tak subdodavatelem potvrzující datum uzavření smlouvy.

29. Závěrem svého vyjádření zadavatel namítá, že tvrzení navrhovatele vznesená v návrhu na zahájení předmětného řízení, jakož i návrh samotný pak zadavatel považuje za ryze účelový a neopodstatněný, přičemž žádá Úřad, aby podaný návrh zamítl.

#### **Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí I**

30. Dne 8.2.2013 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí, ve kterém předkládá a doplňuje další důkazy ke svému návrhu ze dne 21.1.2013, přičemž navrhovatel uvádí, že toto vyjádření podává na základě svých druhých námitek ze dne 18.1.2013, které zadavatel rozhodnutím ze dne 28.1.2013 zamítl, přičemž toto rozhodnutí navrhovatel obdržel dne 29.1.2013.
31. Navrhovatel ve vyjádření uvádí, že vybraný uchazeč podle veřejně dostupného výpisu z obchodního rejstříku nemá oprávnění k podnikání v oboru zeměměřičské práce, přičemž teprve po skončení lhůty pro podání nabídek zadavatel opakovaně žádal vybraného uchazeče k doložení chybějící kvalifikace. Uchazeč tak po opakované výzvě učinil. Skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace však podle navrhovatele nenastaly ve lhůtě stanovené zákonem pro prokázání splnění kvalifikace, takže nebyla naplněna podmínka upravená ustanovením § 59 odst. 4 zákona.
32. Navrhovatel dále uvádí, že vybraný uchazeč předložil až po lhůtě pro podání nabídek informaci o tom, že jeho subdodavatelem bude společnost ... (dále jen „subdodavatel č. 2“)<sup>2</sup>, avšak tato společnost ve lhůtě pro podání nabídek subdodavatelem vybraného uchazeče podle navrhovatele nebyla. Ze Seznamu dokladů prokazujících splnění technických kvalifikačních předpokladů ze dne 28.11.2012 podle navrhovatele vyplývá, že smlouva vybraného uchazeče se subdodavatelem č. 2 je nedatovaná a podle navrhovatele tato smlouva vznikla až po podání nabídek, přičemž v původní nabídce se smlouva zřejmě nenachází, proto navrhovatel žádá, aby Úřad zjistil, zda v nabídce je vůbec o subdodavateli č. 2 alespoň nějaká zmínka.
33. Podle navrhovatele není pravdivé ani tvrzení zadavatele, že seznam subdodavatelů měl pro zadavatele pouze informativní charakter, když jako součást k tomuto seznamu bylo požadováno prohlášení, že nikdo jiný subdodavatelem nebude, podepsané uchazečem přímo pod prohlášením (viz příloha č. 4 zadávací dokumentace). Navrhovatel se tedy domnívá, že pokud zadavatel požadoval seznam subdodavatelů, je třeba tento považovat za součást nabídky a za součást podmínek, za nichž bude uchazeč plnit veřejnou zakázku, přičemž změnu podmínek zadavatel podle navrhovatele připustit nesmí.
34. Seznam subdodavatelů totiž podle navrhovatele není kvalifikací a žádné ustanovení zákona nedovoluje uchazeči, aby po podání nabídek měnil podmínky, za kterých hodlá plnit. Stejně tak žádné ustanovení zákona nedovoluje zadavateli nebo hodnotící komisi, aby uchazeči změnu podmínek dovozovali, nebo aby ho k ní dokonce vyzývali (ustanovení § 59 odst. 4 zákona připouští objasnění či předložení dalších dokladů jen k prokázání kvalifikace). Pokud tedy zadavatel umožnil jednomu uchazeči změnit nabídku, porušil zásadu rovného zacházení. Nabídka, v níž dodavatel neprokázal splnění kvalifikace, vůbec neměla vstoupit do fáze výběru nejvhodnější nabídky a měla být vyřazena již před hodnocením, tedy již po posouzení kvalifikace.

---

<sup>2</sup> S ohledem na vybraným uchazečem vymezené obchodní tajemství byl použit název subdodavatel č. 2.



35. Navrhovatel dále odkazuje na pravomocné rozhodnutí č. j. ÚOHS-S462/2012/VZ-20214/2012/522/OPI, přičemž uvádí, že jde o věc prakticky stejnou, tedy o věc doplnění seznamu subdodavatelů do nabídky po lhůtě pro podání nabídek, přičemž cituje některé části argumentace Úřadu výše uvedeného rozhodnutí (viz dále).
36. Součástí vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí byla i žádost o zaslání kopie vyjádření zadavatele k návrhu, kterou Úřad přípisem ÚOHS-S58/2013/VZ-2766/2013/512/MVy dne 12.2.2013 navrhovateli zaslal.

#### **DALŠÍ PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

37. Po předběžném posouzení případu Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S58/2013/VZ-2801/2013/512/MVy ze dne 13.2.2013 o předběžném opatření zadavateli podle § 117 odst. 1 zákona zakázal uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.
38. Dne 18.2.2013 se do budovy Úřadu dostavil Ing. Aleš Mejzlík, zástupce navrhovatele, a to za účelem nahlížení do správního spisu.
39. Dne 21.2.2013 se do budovy Úřadu dostavil Pavel Kaláb, pověřený na základě plné moci vybraného uchazeče ze dne 19.2.2013 k nahlédnutí do správního spisu.
40. Úřad obdržel dne 21.2.2013 žádost navrhovatele o nahlédnutí do části nabídky vybraného uchazeče, konkrétně do Seznamu subdodavatelů, který byl součástí nabídky vybraného uchazeče předložené dne 31.10.2012 zadavateli, nikoliv do Seznamu subdodavatelů, který vznikl až po lhůtě pro podání nabídek.
41. Na základě žádosti navrhovatele ze dne 21.2.2013 usnesením ÚOHS-S58/2013/VZ-3347/2013/512/MVy ze dne 22.2.2013, určil Úřad vybranému uchazeči lhůtu k zaslání písemného vyjádření, zda Seznam subdodavatelů, který je součástí nabídky vybraného uchazeče obsahuje 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 skutečnosti konkretizoval.
42. Úřad obdržel vyjádření vybraného uchazeče k obchodnímu tajemství dne 25.2.2013, přičemž vybraný uchazeč uvádí, že „*nesouhlasí s tím, aby bylo Úřadem navrhovateli Telefonica Czech republic, a.s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, Praha 4 – Michle („Telefonica“) umožněno nahlížet do Seznamu subdodavatelů, který je součástí nabídky vbraného uchazeče COM PLUS CZ a.s.*“

#### **Vyjádření vybraného uchazeče k podkladům rozhodnutí I**

43. Dne 26.2.2013 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče k podkladům rozhodnutí.
44. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření předně namítá, že námítky navrhovatele proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebyly podány řádně a včas, jakož ani námítky proti postupu zadavatele při posouzení a hodnocení nabídek, přičemž vybraný uchazeč uvádí, že podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele u Úřadu ve stejné věci.
45. Podle vybraného uchazeče však nebyly námítky navrhovatele podány řádně a včas, a to zejména z důvodu, že byly podány osobou, která k takovému právnímu úkonu podle vybraného uchazeče nebyla navrhovatelem zmocněna. Z obsahu spisu je podle vybraného

uchazeče zřejmé, že dne 21.1.2013 měl v zastoupení navrhovatele podat námitky zaměstnanec navrhovatele Ing. Roman Šťastný, který tak měl učinit na základě pověření ze dne 22.10.2012, vloženého v nabídce navrhovatele.

46. Pověření zaměstnance Ing. Romana Šťastného však podle vybraného uchazeče neopravňuje tohoto zaměstnance podat jménem navrhovatele námitky zadavateli ani jej zastupovat v řízení o námitkách. Oprávnění Ing. Šťastného podle navrhovatele nelze rozšiřovat jako plnou moc generální, protože se jedná se o plnou moc k přesně vymezeným úkonům, mezi kterými by muselo být podání námitek výslovně uvedeno. Protože zmocnění Ing. Šťastného je občanskoprávní plnou mocí ve smyslu ustanovení § 31 a násl. občanského zákoníku, měly být námitky podané Ing. Šťastným odmítnuty jako podané neoprávněnou osobou.
47. Z důvodů výše uvedených tak nebyl Ing. Šťastný podle navrhovatele zmocněn ani k podání návrhu na přezkum postupu zadavatele u Úřadu ani k zastupování navrhovatele u Úřadu v tomto řízení, protože pověření ze dne 22.10.2012 není generální procesní plnou mocí, neboť Ing. Šťastný není advokátem, ale zaměstnancem navrhovatele, a není to ani plná moc ke speciálním procesním úkonům, když oprávnění zaměstnance podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ani jeho další zastupování v řízení není obsahem pověření ze dne 22.10.2012. Návrh by podle vybraného uchazeče měl být odmítnut už jen z důvodu, že vzhledem k nedostatku pověření navrhovatele nebyly námitky podány řádně a včas.
48. Navrhovatel následně zmocnil zaměstnance Ing. Aleše Mejzlíka pověřením ze dne 4.2.2013 k jednání jménem navrhovatele v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v předmětné veřejné zakázce, avšak Ing. Šťastný v tomto rozsahu podle vybraného uchazeče zmocněný nebyl. Deklarace navrhovatele, že úkony provedené Ing. Šťastným provedené doposud zůstávají v platnosti, jednak není adresována konkrétním subjektům, se kterými Ing. Šťastný jednal (tj. v první fázi zadavatel, následně Úřad), jednak se vybraný uchazeč domnívá, že schválení jednání nad rozsah uděleného pověření Ing. Šťastného podle vybraného uchazeče není možná, neboť takový postup správní řád v žádném ze svých ustanovení výslovně neumožňuje.
49. Souběhu tras v rozsahu 0 m je podle vybraného uchazeče realizovatelný, přičemž se v tomto ohledu plně odkazuje na svou nabídku a její objasnění. Zadavatel podle svého tvrzení „*prověřil možnost a realizovatelnost*“ nabídky vybraného uchazeče, přičemž členové hodnotící komise s odpovídající technickou kvalifikací dospěli k závěru, že technické řešení vybraného uchazeče je realizovatelné se souběhem tras 0 m. Připomínku o možnosti výskytu nulové hodnoty ve zlomku při výpočtu hodnotícího kritéria měl podle vybraného uchazeče navrhovatel uvést v námitkách proti zadávacím podmínkám nebo se mohl obrátit na zadavatele se žádostí o dodatečné informace k zadávacím podmínkám, což však navrhovatel neučinil.
50. Vybraný uchazeč dále namítá předčasnost návrhu ve věci namítaného nesplnění kvalifikace vybraným uchazečem, když v návrhu dne 21.1.2013 navrhovatel uvedl, že podal proti nesplnění kvalifikace vybraného uchazeče dne 18.1.2013 u zadavatele námitky, přičemž lhůta pro rozhodnutí o druhých námitkách zadavatelem dosud neuplynula. V doplňujícím podání ze dne 8.2.2013 pak navrhovatel dále konkretizuje svá skutková tvrzení ohledně navrhovatelem tvrzeného nesplnění kvalifikace vybraným uchazečem.

51. Vybraný uchazeč se domnívá, že návrh na přezkum „druhých námitek“ byl navrhovatelem podán před uplynutím lhůty stanovené zadavateli k rozhodnutí o námitkách a byl tedy podán předčasně, přičemž zákon takovéto předčasné podání návrhu zadavatele nepřipouští. Podání námitek je podle vybraného uchazeče podmínkou pro podání návrhu. Pokud by tedy Úřad připustil, aby v návrhu na přezkum postupu zadavatele navrhovatel uváděl skutečnosti jiné, než byly uvedeny v námitkách, podání námitek by pak podle vybraného uchazeče bylo degradováno na formální úkon, přičemž je zřejmé, že veškerou argumentaci by si pak navrhovatel „ponechal“ až do návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.
52. Vybraný uchazeč závěrem svého vyjádření navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele vzhledem k výše uvedenému zamítnul.

#### **DALŠÍ PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

53. Úřad dne 1.3.2013 umožnil zástupci navrhovatele Ing. Aleši Mejzlíkovi nahlédnout do správního spisu a s ohledem na jeho žádost o prodloužení lhůt ze dne 21.2.2013, určil Úřad účastníkům správního řízení usnesením č. j. ÚOHS-S58/2013/VZ-3783/2013/512/MVy ze dne 1.3.2013 nové lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení svá stanoviska, a ve kterých se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
54. Dne 8.3.2013 nahlédl Ing. Aleš Mejzlík, zástupce navrhovatele, do správního spisu.

#### **Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí II**

55. Navrhovatel úvodem svého vyjádření ze dne 8.3.2013, které Úřad obdržel téhož dne, opakovaně uvádí, že předmětem jeho námitek a návrhu byla nemožnost nulového souběhu tras, přičemž nulová hodnota následně vyvolala neporovnatelnost nabídek, nikoliv zadávací podmínky, jak se mylně domnívá zadavatel.
56. K vybraným uchazečem nabídnuté délce souběhu tras 0 m navrhovatel uvádí, že pojem setkání tras je umělý, zavádějící a v zadávacích podmínkách se nevyskytuje, přičemž ani v běžné praxi se tento pojem nevyskytuje. K souběhu tras muselo podle navrhovatele dojít minimálně v místě napojení do technologického zařízení, přičemž rozměry zejména van a racků jsou podle navrhovatele takové, že souběh/setkání u nich musí nastat (navrhovatel uvádí, že typická šířka racku je 48,26 cm). Navrhovatel dodává, že při fyzickém provedení kabeláže, je souběh totéž co setkání s vlastnostmi definovanými v kapitole 2 přílohy č. 1 zadávací dokumentace, přičemž jde o situaci, kdy tyto kabely jsou vedeny blíže než 2 m od sebe.
57. Navrhovatel dále ve svém vyjádření uvádí, že z jeho vnitřních předpisů vyplývá, že obchodník Ing. Roman Šťastný může za společnost činit právní úkony ve všech věcech týkajících se konkrétní veřejné zakázky, což vyplývá také z pověření. Podle navrhovatele je pojem veřejná zakázka širší než pojem zadávací řízení, a proto byl Ing. Roman Šťastný současně oprávněn k podání námitek i návrhu, přičemž by vzhledem ke svému pracovnímu zařazení speciální listinu ani nepotřeboval.
58. Podle navrhovatele vychází pověření Ing. Romana Šťastného z § 15 odst. 1 obchodního zákoníku, případně § 20 odst. 2 občanského zákoníku, nikoliv z ustanovení § 31 a násl. občanského zákoníku, jak se domnívá vybraný uchazeč. I kdyby se o takovou plnou moc

jednalo, pak navrhovatel schválil v souladu s § 33 odst. 2 občanského zákoníku učiněné právní úkony bez zbytečného odkladu.

59. Navrhovatel dále uvádí, že tento druh pověření používá při veřejných zakázkách i při jednání před Úřadem již několik let (například správní řízení sp. zn. S687/2012/VZ), aniž by Úřad jakkoliv zpochybnil oprávnění zaměstnanců uvedených v pověření k podání námitek nebo návrhu.
60. K namítané předčasnosti podání návrhu v části nesplnění kvalifikace vybraným uchazečem navrhovatel uvádí, že podal dvoje námitky, přičemž oboje dříve, než podal návrh. Druhé námitky podal ke skutečnostem, které se dozvěděl až z rozhodnutí zadavatele o prvních námitkách, takže druhé námitky dříve podat nemohl.
61. Navrhovatel dále odkazuje na § 110 odst. 7 zákona, ve které je podle něj upravena lhůta pro podání návrhu ve vztahu k námitkám v předposlední větě tohoto ustanovení, ve které je uvedeno, že „podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci,“ přičemž žádnou jinou podmínku zákon nestanoví. Podmínkou pro podání návrhu není podle navrhovatele existence rozhodnutí zadavatele o námitkách ve stejné věci. Navrhovatel tedy konstatuje, že návrh podal ve lhůtě stanovené zákonem, přičemž i v prvních námitkách namítal, že vybraný uchazeč nesplňuje kvalifikaci.
62. Navrhovatel dále uvádí, že se domnívá, že svým podáním datovaným 8.2.2013 nerozšířil svůj návrh z 21.1.2013 o žádné nové skutečnosti nebo domnělá pochybení zadavatele, ale pouze konkretizoval okolnosti ohledně nesplnění kvalifikace vybraným uchazečem, kterou však namítal již v návrhu.
63. K zadavatelem požadovanému seznamu subdodavatelů navrhovatel uvádí, že existují dva seznamy subdodavatelů vybraného uchazeče, přičemž jeden byl součástí nabídky uchazeče a druhý byl vyhotoven později po lhůtě po podání nabídek a to dne 12.11.2012. Navrhovatel dále uvádí, že v prvním seznamu subdodavatelů je jako jediný subdodavatel uvedena společnost ... (dále jen „subdodavatel č. 1“)<sup>3</sup>, přičemž subdodavatel č. 2 se objevuje až ve druhém seznamu subdodavatelů, a všechny další dokumenty, které vybraný uchazeč předložil o společnosti subdodavatele č. 2, jsou datovány později.
64. Navrhovatel se tedy domnívá, že vybraný uchazeč neprokázal splnění profesní kvalifikace, a to ani postupem zadavatele podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona, protože skutečnosti rozhodné pro posouzení kvalifikace nenastaly ve lhůtě podle § 52, přičemž i v případě, že by bylo Úřadem uznáno splnění profesní kvalifikace, pak vybraný uchazeč podle navrhovatele změnil svou nabídku doplněním seznamu subdodavatelů podle ustanovení § 44 odst. 6 zákona po skončení lhůty pro podání nabídek.

### **Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí III**

65. Navrhovatel ve svém podání ze dne 29.3.2013 uvádí další skutečnosti, o kterých se dozvěděl v průběhu správního řízení a v souvislosti s rozhodnutím zadavatele ze dne 21.3.2013 o nevyhovění jeho „třetím“ námitkám ze dne 11.3.2013.

---

<sup>3</sup> S ohledem na vybraným uchazečem vymezené obchodní tajemství byl použit název subdodavatel č. 1.

66. Navrhovatel uvádí, že dokumentace veřejné zakázky neobsahuje žádný doklad, kterým by bylo prokázáno, že subdodavatel č. 2 splnil základní kvalifikační předpoklad podle § 53 odst. 1 písm. j) zákona ve lhůtě stanovené zákonem, když čestné prohlášení k tomuto kvalifikačnímu předpokladu tento subdodavatel předložil na žádost zadavatele dodatečně, avšak datované ke dni 3.12.2012, tedy po lhůtě pro podání nabídek, přičemž podle navrhovatele podle ustanovení poslední věty § 59 odst. 4 zákona však skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace musejí nastat ve lhůtě podle § 52, tedy ve lhůtě pro podání nabídek.
67. Subdodavatel č. 2 tedy podle navrhovatele neprokázal splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) zákona, a to ani dodatečně předloženým prohlášením, ze kterého nevyplývá, že subdodavatel č. 2 splnil tuto část kvalifikace ke dni podání nabídek.
68. Navrhovatel dále uvádí, že z nedatované smlouvy mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem č. 2 zadavatel ani hodnotící komise nemohli rozeznat, kdy nastala rozhodná skutečnost, tedy kdy smlouva mezi uchazečem a jeho subdodavatelem byla uzavřena.
69. Z protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012 je však uvedeno, že vybraný uchazeč prokázal splnění kvalifikace v plném rozsahu jak z hlediska zákonných požadavků, tak z hlediska zadavatelem stanovených požadavků, což podle navrhovatele učinila, aniž bylo prokázáno, kdy vznikla smlouva mezi uchazečem a jeho subdodavatelem a kdy tedy nastala rozhodná skutečnost. Vybraný uchazeč sice podle navrhovatele později předložil čestné prohlášení o tom, kdy smlouvu uzavřel, avšak v den, kdy zadavatel dokončil posouzení a hodnocení nabídek, toto prohlášení zadavatel ještě neměl, prohlášení ještě neexistovalo a zadavatel si ho ještě ani nevyžádal. Přesto již nabídky posoudil a vyhodnotil. Za těchto okolností nemohla být nabídka vybraného uchazeče podle navrhovatele posouzena jako vyhovující. Nabídka, v níž uchazeč neprokázal splnění kvalifikace, neměla být předmětem hodnocení, avšak zadavatel ji přesto hodnotil. Zákon podle navrhovatele výslovně stanoví, že pokud nějaká skutečnost musí nastat ve lhůtě (§ 59 odst. 4 zákona), je absence data zásadní vadou, protože zjistit včasnost pak nelze.
70. Závěrem tohoto podání navrhovatel uvádí, že vybraný uchazeč neprokázal splnění profesního kvalifikačního předpokladu spočívajícího v oprávnění k podnikání v zeměměřičkém oboru. V nabídce uchazeče není žádný doklad o tom, že by ve lhůtě pro podání nabídek měl subdodavatele, prostřednictvím kterého by kvalifikaci splnil. Všechny dokumenty vztahující se k této kvalifikaci jsou podle navrhovatele buď datovány později, nebo nedatovány vůbec. Prohlášení podle ustanovení § 53 odst. 1 písm. j) zákona je datováno až po podání nabídek a bylo předloženo po výzvách zadavatele. Smlouva mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem č. 2 není datována vůbec. Čestné prohlášení subdodavatele č. 2 a vybraného uchazeče o datu uzavření subdodavatelské smlouvy (26.10.2012) nakonec podle navrhovatele přímo koliduje s čestným prohlášením u seznamu subdodavatelů uvedených v nabídce vybraného uchazeče.
71. Úřad vydal dne 10.4.2013 usnesení č. j. ÚOHS-S58/2013/VZ-6355/2013/512/MVy, ve kterém účastníkům správního řízení určil novou lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

## **Vyjádření vybraného uchazeče k podkladům rozhodnutí II**

72. Vybraný uchazeč se k podkladům rozhodnutí vyjádřil přípisem ze dne 18.4.2013, který Úřad obdržel dne 19.4.2013, přičemž uvádí, že se domnívá, že další podání navrhovatele ze dne 29.3.2013 je motivováno snahou účelového zdržování postupu ve správním řízení.
73. Vybraný uchazeč uvádí, že pokud Úřad nechal navrhovatele nahlédnout do správního spisu, jehož součástí byla i část nabídky vybraného uchazeče, učinil tak přes jeho nesouhlas učiněný podáním ze dne 25.2.2013, ve kterém obsah své nabídky označil za předmět obchodního tajemství a uvedl, že nesouhlasí s tím, aby bylo Úřadem navrhovateli umožněno nahlížet do Seznamu subdodavatelů, který je součástí nabídky vybraného uchazeče do žádné jiné části nabídky vybraného uchazeče. Podle názoru vybraného uchazeče umožněním došlo umožněním Úřadu nahlédnout do části nabídky vybraného uchazeče navrhovatelem k porušení obchodního tajemství.
74. Podle vybraného uchazeče navrhovatel ve svém podání ze dne 29.3.2013 neuvádí žádné nové skutečnosti, o kterých by se mohl dozvědět až v průběhu správního řízení, když skutečnosti uvedené v podání ze dne 29.3.2013 navrhovatel podle vybraného uchazeče uváděl již ve svých „prvních“ a „druhých“ námitkách a také ve svém návrhu. Z pohledu vybraného uchazeče se tak nejedná o žádná nová skutková zjištění, která by navrhovatel zjistil až v průběhu správního řízení a toto podání navrhovatel má pouze „sumarizační“ charakter a jeho účelem je předmětné správní řízení nadále zdržovat.

## **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

75. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřené veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona, když nevyločil vybraného uchazeče, který neprokázal splnění profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. b) zákona ve lhůtě podle § 52 odst. 1 zákona a současně zadavatel nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona v návaznosti na § 6 zákona tím, že hodnotící komise nevyřadila nabídku vybraného uchazeče, když tento doplnil Seznam subdodavatelů po lhůtě pro podání nabídek a zadavatel vybraného uchazeče nevyločil z další účasti na veřejné zakázce, a tím, že hodnotící se komise současně blíže nezabývala možností splnění podmínek souběhu tras podle bodu 10.3 zadávací dokumentace uvedeným uchazečem, přičemž uvedené postupy zadavatele podstatně ovlivnily výběr nejhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující.

## **V. K NÁLEŽITOSTEM NÁMITEK A NÁVRHU NAVRHOVATELE**

76. Podle § 110 odst. 7 zákona se námitky podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle odstavců 2, 3 a 5 musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle odstavce 2, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně

písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovatele. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Návrh na uložení zakazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.

77. Z § 114 odst. 1 zákona vyplývá, že návrh lze podat proti všem úkonům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v § 6 a v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele, a to zejména proti
- a) zadávacím podmínkám,
  - b) obsahu oznámení nebo výzvy o zahájení zadávacího řízení,
  - c) vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení,
  - d) rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky,
  - e) použití druhu zadávacího řízení.
78. Návrh podle § 114 odst. 3 zákona vedle obecných náležitostí podání musí obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 115 a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli a doklad o opětovném složení jistoty podle § 67 odst. 4.
79. Návrh podle § 114 odst. 4 zákona musí být doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námítkám nevyhověl. Návrh na uložení zakazu plnění smlouvy podle odstavce 2 musí být doručen pouze Úřadu, a to do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o uzavření smlouvy způsobem podle § 147 s uvedením důvodu pro zadání veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení zadávacího řízení, nejpozději však do 6 měsíců od uzavření této smlouvy.

#### **V. a) K namítanému nedostatku pověření k podání námitek a návrhu navrhovatelem**

80. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel obdržel dne 2.1.2013 námitky navrhovatele z téhož dne. Námitky jsou podepsány Ing. Romanem Šťastným, zaměstnancem navrhovatele, přičemž je v námitkách odkazováno, že tak činí na základě pověření navrhovatele ze dne 22.10.2012 (dále jen „pověření“), které je vloženo v nabídce navrhovatele.
81. V pověření<sup>4</sup>, které je podepsáno JUDr. Jakubem Chytilým a Ing. Martinem Bekem, členy představenstva společnosti Telefónica Czech Republic, a.s., je uvedena identifikace navrhovatele, identifikace předmětné veřejné zakázky a dále doplněn text, ve kterém je uvedeno, že *„Ing. Roman Šťastný je oprávněn samostatně činit veškeré právní úkony včetně podpisu dokumentů, nabídek, smluv, smluv o subdodávkách, smluv o společně podaných nabídkách v souvislosti s výše uvedenou zakázkou. Zároveň je oprávněn být přítomen při otevírání obálek s nabídkami, pokud se bude konat.“*

---

<sup>4</sup> Originál pověření je založen na straně 5 nabídky navrhovatele

82. Ing. Roman Šťastný je dále podepsán pod obsahem návrhu ze dne 21.2.2013, který Úřad obdržel téhož dne, přičemž v návrhu je odkazováno na pověření vložené v nabídce navrhovatele.
83. Ve vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 8.2.2013 je mimo jiné uvedeno, že *„navrhovatel bude nadále zastupován ve správním řízení svým zaměstnancem Alešem Mejzlíkem. Úkony učiněné dříve jiným zaměstnancem Romanem Šťastným, který byl pověřen dosud, ale který je nyní nemocen, zůstávají v platnosti. Nové pověření je přiloženo.“* V příloze tohoto vyjádření navrhovatele je přiloženo pověření ze dne 4.2.2013 pro Ing. Aleše Mejzlíka, zaměstnance navrhovatele (dále jen „nové pověření“). V tomto novém pověření je uvedena identifikace navrhovatele, identifikace předmětné veřejné zakázky a dále doplněn text, ve kterém je uvedeno, že *„Ing. Aleš Mejzlík je oprávněn činit za společnost Telefonica Czech Republic, a.s., veškeré právní úkony, včetně podpisu nabídky, dokumentů, smluv se zadavatelem a smluv se subdodavatelem, jakož i veškeré další právní úkony, námítky a podání vůči správním orgánům v souvislosti s výše uvedenou zakázkou; to se týká i správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v uvedené veřejné zakázce. Všechny vyjmenované úkony může činit samostatně.“* Text nového pověření je dále doplněn o prohlášení navrhovatele, který *„současně potvrzuje platnost dosavadních úkonů učiněných jiným zaměstnancem Ing. Romanem Šťastným, který byl pověřen dosud.“*
84. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí (podrobná argumentace viz body 43 až 48 odůvodnění tohoto rozhodnutí) namítá, že námítky navrhovatele, jakož i návrh na přezkoumání úkonů zadavatele nebyly podány řádně a včas, protože byly podány osobou, která k takovému právnímu úkonu nebyla navrhovatelem zmocněna. S argumentací navrhovatele se však Úřad neztotožňuje, přičemž uvádí následující důvody, o které tento svůj názor opírá.
85. V první řadě je podle Úřadu potřeba vycházet ze skutečnosti, že zákon žádné zvláštní požadavky na způsoby a možnosti zastupování fyzických nebo právnických osob v případě námitek a návrhu před Úřadem, resp. zadavatelem ve svých ustanoveních nestanoví. Zároveň Úřad uvádí, že pověření udělené zaměstnanci navrhovatele v šetřeném případě není občanskoprávní plnou mocí podle § 31 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“).
86. V šetřeném případě je navrhovatel právnickou osobou, přičemž možnosti jednání právnické osoby (oprávnění činit jménem právnické osoby právní úkony) jsou upraveny v § 20 odst. 2 občanského zákoníku, ve kterém je uvedeno, že *„za právnickou osobu mohou činit právní úkony i jiní její pracovníci nebo členové, pokud je to stanoveno ve vnitřních předpisech právnické osoby nebo je to vzhledem k jejich pracovnímu zařazení obvyklé. Překročí-li tyto osoby své oprávnění, vznikají práva a povinnosti právnické osobě jen pokud se právní úkon týká předmětu činnosti právnické osoby a jen tehdy, jde-li o překročení, o kterém druhý účastník nemohl vědět.“*
87. Podobnou právní úpravu možností jednání jménem právnické osoby obsahuje i zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“), který v § 13 odst. 1 stanoví, že *„je-li podnikatelem fyzická osoba, jedná osobně nebo za ni jedná zástupce. Právnická osoba jedná statutárním orgánem nebo za ni jedná zástupce.“* Obchodní zákoník tedy i ve svých ustanoveních rozlišuje jednání za právnickou



osobu buď přímo, nebo prostřednictvím zástupce. Obchodní zákoník zároveň obsahuje zvláštní případ zákonného zmocnění pro zaměstnance právnické osoby. V ustanovení § 15 odst. 1 obchodního zákoníku je uvedeno, že ten, „*kdo byl při provozování podniku pověřen určitou činností, je zmocněn ke všem úkonům, k nimž při této činnosti obvykle dochází.*“ K takovému zákonnému zmocnění není třeba dokládat plnou moc ve smyslu § 31 a následujících občanského zákoníku, přičemž pověření může mít podobu vymezení pracovní náplně ve vnitřních organizačních předpisech podnikatele, formalizace pověření však není povinná. Tato možnost jednání za dodavatele neznámá, že je dodavatel (právnická osoba, v tomto případě navrhovatel) do nabídky v takovém případě povinen vkládat ono pověření, protože činnosti obvyklé jsou upraveny již ve vnitřních předpisech právnické osoby (jak správně uvádí navrhovatel v bodě 57 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Rozhodně to však lze z důvodu právní jistoty doporučit. Pověřená osoba je pak oprávněna činit takové právní úkony, k nimž při činnosti, kterou je pověřena, obvykle dochází (v tomto případě podávání nabídek v zadávacích řízeních, podpis dokumentů a smluv s tím souvisejících a případné podávání námitek zadavateli či návrhu k Úřadu).

88. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě je navrhovatelem právnická osoba, která vykonává výdělečnou podnikatelskou činnost, přičemž tato se řídí ustanoveními obchodního zákoníku, je Úřad názoru, že v tomto případě je navrhovatel zastoupen podle právní úpravy vyplývající právě z obchodního zákoníku. V této souvislosti Úřad odkazuje na výše uvedené znění § 15 odst. 1 obchodního zákoníku.
89. Z obsahu výše citovaného pověření navrhovatele uděleného Ing. Romanu Šťastnému zcela jasně plyne oprávnění činit veškeré právní úkony v souvislosti předmětnou veřejnou zakázkou. Ing. Roman Šťastný byl tedy oprávněn podat jak námítky, tak návrh k Úřadu. Tyto úkony Ing. Romana Šťastného byly následně potvrzeny samotným navrhovatelem, který ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 8.2.2013 ustanovil nového zmocněnce Ing. Aleše Mejzlíka, přičemž zároveň uvedl, že „*úkony učiněné dříve jiným zaměstnancem Romanem Šťastným, který byl pověřen dosud, ale který je nyní nemocen, zůstávají v platnosti.*“ Na skutečnosti, že Ing. Roman Šťastný byl oprávněn podat námítky zadavateli i návrh k Úřadu nic nemění ani fakt, že nové pověření ze dne 4.2.2013 pro Ing. Aleše Mejzlíka blíže vymezovalo úkony, které je Ing. Aleš Mejzlík oprávněn v rámci správního řízení činit.
90. Z výše uvedeného podle názoru Úřadu vyplývá, že Ing. Roman Šťastný byl oprávněn podat námítky zadavateli i návrh k Úřadu, přičemž tyto jeho úkony byly následně potvrzeny vyjádřením zadavatele ze dne 8.2.2013. I v případě, že by se Úřad ztotožnil s argumentací vybraného uchazeče, že napadené pověření je občanskoprávní plnou mocí podle § 31 občanského zákoníku a následujících ustanovení a že Ing. Roman Šťastný podáním námitek a návrhu překročil své oprávnění z pověření vyplývající, považuje za důležité upozornit na znění § 33 odst. 2 občanského zákoníku, který stanoví: „*Překročil-li zmocněnec při jednání své oprávnění jednat za zmocnitele nebo jedná-li někdo za jiného bez plné moci, je z tohoto jednání zavázán sám, ledaže ten, za koho bylo jednáno, právní úkon dodatečně bez zbytečného odkladu schválí.*“ I kdyby tedy bylo pověření Ing. Romana Šťastného Úřadem považováno za občanskoprávní plnou moc k zastupování, přičemž podání námitek a návrhu by bylo Úřadem shledáno jako jdoucí nad rámec oprávnění, vztahovalo by se na toto jednání Ing. Romana Šťastného právě ustanovení § 33 odst. 2 občanského zákoníku, protože

navrhovatel svým následným vyjádřením ze dne 8.2.2013 bez zbytečného odkladu všechny právní kroky učiněné zaměstnancem Ing. Romanem Šťastným potvrdil a ztotožnil se s nimi.

91. Navrhovatel podle názoru Úřadu po celou dobu podporoval úkony Ing. Romana Šťastného týkající se předmětné veřejné zakázky, o čemž svědčí i skutečnost, že navrhovatel uhradil na účet Úřadu v souvislosti s podáním návrhu kauci. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že navrhovatel zaplacením kauce deklaroval/potvrzoval svou vůli využít opravné prostředky v předmětné veřejné zakázce a s úkony Ing. Romana Šťastného se po celou dobu ztotožňoval.
92. S ohledem na výše uvedené se tedy Úřad plně ztotožňuje s argumentací navrhovatele v bodě 58 odůvodnění tohoto rozhodnutí a shledal Ing. Romana Šťastného jako osobu způsobilou k podání námitek zadavateli i návrhu k Úřadu, přičemž dále upozorňuje na skutečnost, že ani sám zadavatel při vyřizování námitek nenamítal nedostatek pověření Ing. Romana Šťastného a námitky meritorně vyřídil. Pouze samotná pochybnost zadavatele o tom, zda námitky či návrh byl podepsán osobou k tomu oprávněnou, nemůže být důvodem k odmítnutí námitek právě z důvodu nedostatku pověření Ing. Romana Šťastného.

#### **V. b) K namítané předčasnosti podání části návrhu**

93. Navrhovatel ve svém návrhu ze dne 21.1.2013 mimo jiné namítá také nesplnění kvalifikace vybraným uchazečem, přičemž dále uvádí, že proti této skutečnosti podal dne 18.1.2013 „druhé námitky“, které však před podáním návrhu nebyly zadavatelem vyřízeny (podrobněji viz bod 13 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Vybraný uchazeč považuje návrh podaný v části nesplnění kvalifikace za předčasně podaný, přičemž tento svůj názor podrobněji rozvádí v bodech 50 a 51 odůvodnění tohoto rozhodnutí.
94. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že navrhovatel doručil zadavateli dne 2.1.2013 námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky (dále jen „první námitky“). První námitky směřují zejména proti nemožnosti nabídnout nulový souběh tras vybraným uchazečem. Rozhodnutí zadavatele o zamítnutí prvních námitek bylo navrhovateli doručeno dne 10.1.2013.
95. Z dokumentace o veřejné zakázce dále vyplývá, že navrhovatel doručil prostřednictvím emailu dne 18.1.2013 a následně dne 21.1.2013 na podatelnu zadavatele námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky (dále jen „druhé námitky“), ve kterých podrobně namítá nesplnění kvalifikace a doplnění seznamu subdodavatelů po lhůtě pro podání nabídek vybraným uchazečem. Rozhodnutí zadavatele o zamítnutí druhých námitek bylo navrhovateli doručeno dne 29.1.2013.
96. Podmínky pro podání návrhu stanoví § 114 zákona, přičemž nejzazší termín, do kterého je možné podat návrh je 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl. Zákon však v § 110 odst. 7 stanoví základní podmínku pro podání návrhu a tou jsou řádně podané námitky ve stejné věci (jak správně uvádí navrhovatel ve svém podání ze dne 8.3.2013). V § 114 odst. 4 zákona je uvedeno, že „*návrh musí být doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl*“. Časový úsek pro možnost podání návrhu je tedy obecně ohraničen dnem doručení námitek zadavateli a lhůtou 10 dnů ode dne, kdy bylo stěžovateli doručeno rozhodnutí zadavatele o zamítnutí

námitek, přičemž jednotlivá ustanovení zákona je třeba vykládat v souladu se zásadou proporcionality a tedy, že je třeba vždy upřednostňovat ten nejméně omezující výklad zákona.

97. Navrhovatel doručil druhé námítky dne 18.1.2013 zadavateli, přičemž návrh, jehož obsahem byl i obsah dosud nevyřízených námitek, byl zadavateli a Úřadu doručen dne 21.1.2013. Vzhledem k úvaze uvedené v bodě 96. odůvodnění tohoto rozhodnutí, Úřadu nezbývá, než konstatovat, že návrh byl podán v souladu se zákonem, protože byla splněna základní podmínka pro podání návrhu, kterou byly řádně a včas podané námítky. V tomto ohledu se tedy Úřad ztotožňuje s argumentací navrhovatele v bodě 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí, přičemž zároveň považuje námitku vybraného uchazeče za nedůvodnou.
98. Pro doplnění Úřad uvádí, že i ve svých prvních námitkách ze dne 2.1.2013 navrhovatel prezentoval své pochybnosti ohledně kvalifikace vybraného uchazeče, když uvedl, že *„takový projekt nemůže uvedená společnost<sup>5</sup> sama včas realizovat svými kapacitami (a sama nesplňuje kvalifikaci). Stěžovatel žádá, aby – v zájmu transparentnosti a pro vyjasnění, zda skutečně jde či nejde o nemožné plnění – zadavatel k rozhodnutí o těchto námitkách přiložil kopii Seznamu subdodavatelů veřejné zakázky z nabídky vybraného uchazeče.“* Namítané nesplnění kvalifikace vybraným uchazečem tak již podle Úřadu bylo obsaženo (i když velmi stručně) v prvních námitkách.

#### **VI. K NAMÍTANÉMU UMOŽNĚNÍ NAVRHOVATELI NAHLÉDNUTÍ DO ČÁSTI NABÍDKY VYBRANÉHO UCHAZEČE**

99. Vybraný uchazeč ve svém podání ze dne 18.4.2013 mimo jiné namítá, že Úřad umožnil navrhovateli, i přes jeho výslovný nesouhlas, nahlédnout do části nabídky vybraného uchazeče.
100. Na základě žádosti navrhovatele ze dne 21.2.2013 o možnost nahlédnout do původního Seznamu subdodavatelů, který byl součástí nabídky vybraného uchazeče předložené dne 31.10.2012 zadavateli, určil Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S58/2013/VZ-3347/2013/512/MVy ze dne 22.2.2013 vybranému uchazeči lhůtu k zaslání písemného vyjádření, zda Seznam subdodavatelů, který je součástí nabídky vybraného uchazeče obsahuje 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 skutečnosti konkretizoval, přičemž následně dne 25.2.2013 Úřad obdržel vyjádření vybraného uchazeče k obchodnímu tajemství, přičemž vybraný uchazeč Seznam subdodavatelů obsažený v nabídce, jakož i obsah celé své nabídky, označil jako obchodní tajemství.
101. Podle § 38 odst. 6 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) jsou z nahlížení do spisu vyloučeny jeho části, které obsahují utajované informace nebo skutečnosti, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti; **to neplatí o částech spisu, jimiž byl nebo bude prováděn důkaz, do takových částí spisu však může nahlížet pouze účastník řízení nebo jeho zástupce za předpokladu, že jsou předem seznámeni s následky porušení povinnosti mlčenlivosti o těchto**

---

<sup>5</sup> Vybraný uchazeč (Pozn. Úřadu)

**skutečnostech a že o poučení je sepsán protokol, který podepíše.** Ustanovení odstavce 4 se nepoužije.

102. Vzhledem k tomu, že Seznam subdodavatelů, který byl součástí nabídky vybraného uchazeče předložené dne 31.10.2012 zadavateli, byl zároveň součástí správního spisu a v rámci předmětného správního řízení je tímto dokumentem prováděn klíčový důkaz (viz dále), umožnil Úřad v souladu s § 38 odst. 6 správního řádu dne 8.3.2013 zástupci navrhovatele, Ing. Aleši Mejzlíkovi do tohoto dokumentu nahlédnout, přičemž zároveň byl zástupce navrhovatele Ing. Aleš Mejzlík řádně poučen o následcích porušení povinnosti mlčenlivosti a o tomto poučení byl sepsán protokol.
103. Vzhledem k výše uvedenému tedy Úřad uzavírá, že svým postupem nijak nezkrátil vybraného uchazeče na jeho právech a postupoval plně v souladu se správním řádem, a proto považuje argumentaci vybraného uchazeče v tomto bodě za irelevantní.

## **VII. K NABÍDCE VYBRANÉHO UCHAZEČE**

104. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
105. Zadávací lhůtou je podle § 43 odst. 1 zákona lhůta, po kterou jsou uchazeči svými nabídkami vázáni. Zadávací lhůtu stanoví zadavatel zejména s ohledem na druh zadávacího řízení a předmět veřejné zakázky.
106. Podle § 43 odst. 3 zákona zadávací lhůta začíná běžet okamžikem skončení lhůty pro podání nabídek a končí dnem doručení oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Zadávací lhůta se prodlužuje uchazečům, s nimiž může zadavatel v souladu s tímto zákonem uzavřít smlouvu, až do doby uzavření smlouvy podle § 82 odst. 4 nebo do zrušení zadávacího řízení.
107. Podle § 44 odst. 6 zákona může zadavatel v zadávací dokumentaci požadovat, aby uchazeč ve své nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům, a aby uvedl identifikační údaje každého subdodavatele. Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit požadavek, že určitá část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem; v takovém případě je zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení uvést, že má v úmyslu si tento požadavek vyhradit. Zadavatel však nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele.
108. Podle § 52 odst. 1 zákona je dodavatel povinen v otevřeném řízení a ve zjednodušeném podlimitním řízení prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání nabídek. V případě otevřeného řízení se zavedením dynamického nákupního systému je dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace nejpozději s podáním předběžné nabídky.
109. Podle § 54 zákona písm. b) zákona prokáže splnění profesních kvalifikačních předpokladů dodavatel, který předloží doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci.

110. Podle § 54 zákona písm. d) zákona prokáže splnění profesních kvalifikačních předpokladů dodavatel, který předloží doklad osvědčující odbornou způsobilost dodavatele nebo osoby, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, je-li pro plnění veřejné zakázky nezbytná podle zvláštních právních předpisů.
111. Podle § 59 odst. 4 zákona veřejný zadavatel může požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem.
112. Podle § 60 odst. 1 zákona dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.
113. Podle § 69 odst. 5 zákona se nabídky podávají písemně. Uchazeč podává nabídku ve lhůtě pro podání nabídek. Nabídka v listinné podobě musí být podána v řádně uzavřené obálce označené názvem veřejné zakázky, na které musí být uvedena adresa, na niž je možné zaslat oznámení podle § 71 odst. 6. Nabídky podané elektronickými prostředky musí být podány v souladu s požadavky stanovenými v § 149 zákona.
114. Podle § 76 odst. 1 zákona hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d). Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží.
115. Podle § 76 odst. 3 zákona hodnotící komise může v případě nejasností požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. V žádosti hodnotící komise uvede, v čem spatřuje nejasnosti nabídky, které má uchazeč vysvětlit. Hodnotící komise nabídku vyřadí, pokud uchazeč nedoručí vysvětlení ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti o vysvětlení nabídky, nestanoví-li hodnotící komise lhůtu delší.
116. Podle § 76 odst. 6 zákona uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí veřejný zadavatel bezodkladně z účasti v zadávacím řízení. Vyloučení uchazeče včetně důvodů veřejný zadavatel uchazeči bezodkladně písemně oznámí.
117. K posouzení prokázání kvalifikace (§ 59 zákona) a samotnému posouzení nabídek (§ 76 zákona) uchazečů zadavatelem (hodnotící komisí), Úřad v obecné rovině uvádí, že se jedná o dvě samostatné a vlastní fáze zadávacího řízení, byť zákon nezakazuje, aby tyto fáze probíhaly současně. Každá z těchto fází zadávacího řízení má však svá jasně stanovená pravidla. Ve fázi posouzení prokázání kvalifikace zákon v § 59 odst. 4 umožňuje, aby si zadavatel (hodnotící komise) vyžádal od uchazečů doplnění dokladů prokazujících splnění kvalifikace. Ve fázi samotného posouzení nabídek z hlediska zákonných požadavků a požadavků zadavatele podle § 76 zákona však zákon nepřipouští jakékoliv dodatečné doplňování nabídek uchazečů. Hodnotící komise v případě nejasností má možnost pouze požádat uchazeče o dodatečné písemné vysvětlení nabídky uchazeče s využitím § 76 odst. 3

zákona. Teprve po důkladném posouzení prokázání kvalifikace a posouzení nabídek uchazečů, může hodnotící komise přistoupit k samotnému hodnocení nabídek uchazečů na základě zadavatelem stanovených hodnotících kritérií. Zadavatel má podle § 79 odst. 5 zákona, pokud zjistí, že hodnotící komise porušila postup stanovený tímto zákonem, možnost rozhodnout o novém posouzení a hodnocení nabídek. Zadavatel má navíc zákonnou možnost v případě, že zjistí, že některým úkonem porušil zákon, kdykoliv v průběhu zadávacího řízení přijmout opatření k nápravě podle § 111 odst. 6 zákona.

#### **VII. a) K namítanému Seznamu subdodavatelů vybraného uchazeče**

118. Zadavatel požadoval v bodu 12.1 písm. e) zadávací dokumentace seznam subdodavatelů, jejichž prostřednictvím má být plněn předmět veřejné zakázky dle závazného vzoru, jež je přílohou č. 4 zadávací dokumentace spolu se smlouvami s těmito subdodavatelí. V bodě 13.3 zadávací dokumentace je uveden požadavek zadavatele, aby uchazeč předložil v souladu s § 44 odst. 6 zákona seznam subdodavatelů, jejichž prostřednictvím má v úmyslu plnit předmět veřejné zakázky.
119. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že nabídka vybraného uchazeče byla zadavateli doručena dne 31.10.2012. Součástí předložené nabídky je mimo jiné Úřední oprávnění pro ověřování výsledků zeměměřičských činností pro ... (dále jen „osoba oprávněnou v oboru zeměměřičství“ nebo také „zaměstnanec subdodavatele č. 2“)<sup>6</sup>, které bylo uděleno v rozsahu § 13 odst. 1 zákona o zeměměřičství.
120. Součástí nabídky vybraného uchazeče je dále zadavatelem požadovaný Seznam subdodavatelů, ve kterém je jako jediný subdodavatel uvedena společnost subdodavatele č. 2, přičemž součástí Seznamu subdodavatelů je také prohlášení vybraného uchazeče, ve kterém je uvedeno, že *„žádné jiné, než níže uvedené osoby spolu s níže uvedenými způsoby se nebudou na plnění veřejné zakázky v souladu s Uchazečem předloženou nabídkou podílet.“* K Seznamu subdodavatelů je přiložená také subdodavatelská smlouva mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem č. 1.
121. V protokolu o posouzení kvalifikace a hodnocení nabídek ze dne 8.11.2012 je v části posouzení kvalifikace hodnotící komisí mimo jiné zaznamenáno, že z nabídky vybraného uchazeče *„není zřejmé, v jakém vztahu je k němu osoba, jejímž prostřednictvím prokazuje splnění profesního kvalifikačního předpokladu dle ustanovení § 54 al. 1 písm. d) ZVZ, tj. zejména, zda se jedná o subdodavatele, k němuž by byl uchazeč povinen doložit dokumenty dle ustanovení § 51 odst. 4 písm. a) a b) ZVZ.“*
122. Zadavatel následně v žádosti o písemné vysvětlení nabídky vybraného uchazeče ze dne 9.11.2012 mimo jiné *„požaduje, aby uchazeč v odpovědi na tuto žádost objasnil právní vztah mezi Uchazečem a osobou oprávněnou v oboru zeměměřičství, tj. zda se jedná o zaměstnance Uchazeče, či osobu spolupracující s uchazečem na základě jiného, než pracovního právního vztahu a jedná se tak o subdodavatele, jehož prostřednictvím je prokazováno splnění kvalifikace ve smyslu § 54 odst. 4 ZVZ.“* V žádosti je dále uvedeno, že *„je-li osoba oprávněná v oboru zeměměřičství ve vztahu k uchazeči v pozici subdodavatele,*

---

<sup>6</sup> S ohledem na vybraným uchazečem vymezené obchodní tajemství byl použit název osoba oprávněná v oboru zeměměřičství nebo také zaměstnanec subdodavatele č. 2.

*požaduje zadavatel, aby Uchazeč v odpovědi na tuto výzvu doložil zadavateli dokumenty dle ustanovení § 51 odst. 4 písm. a) a b) ZVZ spolu s aktualizovaným seznamem subdodavatelů dle čl. 12 odst. 12.1 písm. e) zadávací dokumentace.“*

123. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření (datovaném ke dni 12.11.2012) k žádosti zadavatele mimo jiné uvedl, že „osoba oprávněná v oboru zeměměřičství je zaměstnancem subdodavatele č. 2 uchazeče,“ K tomuto sdělení vybraný uchazeč přiložil nedatovanou subdodavatelskou smlouvu se subdodavatelem č. 2, výpis z obchodního rejstříku společnosti subdodavatele č. 2, výpis z živnostenského rejstříku, ve kterém je uvedeno živnostenské oprávnění na výkon zeměměřičských činností a aktualizovaný Seznam subdodavatelů datovaný ke dni 12.11.2012, ve kterém je uvedena kromě subdodavatele č.1 také subdodavatel č. 2.
124. Vybraný uchazeč pak na základě žádosti zadavatele ze dne 25.1.2013 poskytl zadavateli mimo jiné čestné prohlášení, ve kterém uvádí, že datum uzavření smlouvy mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem č. 2 je 26.10.2012.
125. V této souvislosti Úřad nejprve v obecné rovině konstatuje, že jakákoliv manipulace s obsahem nabídky po uplynutí lhůty pro podání nabídek je z pohledu zákona a jeho zásad nepřípustná. Zákon připouští pouze vysvětlení v nabídce již uvedených skutečností, které se hodnotící komisi jeví jako nejasné, nikoliv doplnění či změnu obsahu nabídky. Umožní-li zadavatel dodatečné doplnění určitých údajů, jako tomu bylo v daném případě po ukončení lhůty pro podání nabídek, dopustí se tak porušení zásady zákazu diskriminace, neboť dochází ke zvýhodnění dotčeného uchazeče tím, že mu je umožněno dále se účastnit výběrového řízení, přestože nepodal řádnou nabídku.
126. K obdobným závěrům dospěl i Úřad např. ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S35/2009/VZ-2238/2009/510/MOn ze dne 23.3.2009 a VZ/S232/04-151/134/05-MO ze dne 14.1.2005, ve kterých Úřad konstatoval, že povinností uchazeče je důsledně se seznámit s podmínkami zadávacího řízení a se zadávací dokumentací a v nabídce náležitým způsobem splnit všechny podmínky stanovené zadavatelem, a to v celém rozsahu, přičemž není přípustné, aby uchazeč dodatečně po podání své nabídky měnil její obsah. Obecně platí, že uchazeč, jehož nabídka obsahuje dodatečně upravované údaje, musí být z další účasti na zadávacím řízení vyloučen. V opačném případě by zadavatel nedodržel zásadu stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona.
127. K problematice doplnění Seznamu subdodavatelů do nabídky uchazečem o veřejnou zakázku po lhůtě pro podání nabídek, se Úřad vyjádřil již ve svém pravomocném rozhodnutí ÚOHS-S462/2012/VZ-20214/2012/522/OPi ze dne 26.10.2012 (dále jen „rozhodnutí ze dne 26.10.2012“), na které odkazuje navrhovatel v bodě 35. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
128. V citovaném rozhodnutí ze dne 26.10.2012 Úřad například uvedl, že „zákon rozlišuje objasnění a doplnění dalších informací a dokladů prokazujících splnění kvalifikace podle § 59 odst. 4 zákona a vysvětlení nabídky podle § 76 odst. 3 zákona týkající se nejasností nabídky. Z formulace ustanovení § 59 odst. 4 zákona je zřejmé, že je nutné jej aplikovat výlučně na prokázání splnění kvalifikace. Podle uvedeného ustanovení je možné ve vztahu k prokázání splnění kvalifikace doplňovat nabídku o doklady či informace v nabídce neuvedené. Předložení seznamu subdodavatelů, jimiž bude uchazeč plnit část předmětu veřejné zakázky

*podle § 44 odst. 6 zákona a jehož vyplnění zadavatel v zadávací dokumentaci požadoval, ale pod doklady prokazující splnění kvalifikace, jejichž „následné“ doložení zákon v § 59 odst. 4 zákona umožňuje, podřadit nelze. Ve vztahu k „doplnění“ nabídky v daném případě nelze aplikovat ani ustanovení § 76 odst. 3 zákona, neboť na základě něj lze požádat pouze o vysvětlení nabídky, nikoliv její doplnění.“*

129. Dále Úřad ve svém rozhodnutí ze dne 26.10.2012 dovodil, že „z § 76 odst. 3 zákona vyplývá, že hodnotící komise může uchazeče požádat o „písemné vysvětlení nabídky“, nikoliv však již o doplnění nabídky o chybějící doklady nebo o skutečnosti, které měly být uvedeny již v podané nabídce, neboť takový postup zákon neumožňuje. Pod pojem „písemné vysvětlení nabídky“ nelze zařadit ani možnost změny předložených nabídek. Smyslem a účelem tohoto ustanovení je dát hodnotící komisi možnost, aby si v případě potřeby mohla před samotným hodnocením nabídek vyjasnit informace deklarované uchazeči v nabídkách, nikoliv umožnit doplňování a rozšiřování nabídky o nové listiny či informace, které měly být její součástí ve lhůtě pro podání nabídek.“
130. Hodnotící komise nemůže uchazeče vyzývat k doplňování jejich nabídky a současně není ani oprávněna přihlížet k případným opravám a doplněním nabídek podaných uchazeči po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Uchazeči podávají svoje nabídky v souladu s § 69 odst. 5 zákona pouze a jen ve lhůtě pro podání nabídek, nabídky doručené po jejím uplynutí nejsou považovány za řádně podané nabídky. Ty z nabídek, které nesplňují požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách, musí být podle § 76 odst. 1 zákona vyřazeny a uchazeči, kteří vyřazené nabídky podali, musí být z účasti v zadávacím řízení bezodkladně vyloučeni podle § 76 odst. 6 zákona.
131. Lhůta pro podání nabídek na předmětnou veřejnou zakázku byla stanovena na 31.10.2012. Vybraný uchazeč doručil zadavateli dne 31.10.2012 svou nabídku, která obsahovala Seznam subdodavatelů, ve kterém byl uveden subdodavatel č. 1, když vybraný uchazeč zároveň prohlásil, že „žádné jiné než níže uvedené osoby spolu s níže uvedenými způsoby se nebudou na plnění veřejné zakázky v souladu s Uchazečem předloženou nabídkou podílet.“ Vybraný uchazeč pak na žádost zadavatele ze dne 9.11.2012 v rámci vysvětlení své nabídky ze dne 12.11.2012 mimo jiné předložil nový Seznam subdodavatelů datovaný ke dni 12.11.2012, který obsahuje kromě subdodavatele č. 1 navíc oproti původnímu Seznamu subdodavatelů také subdodavatele č. 2. Z toho vyplývá, že vybraný uchazeč změnou Seznamu subdodavatelů svoji nabídku (i když na žádost zadavatele) pozměnil.
132. K tomuto považuje Úřad za vhodné uvést, že doplnění Seznamu subdodavatelů do nabídky vybraného uchazeče si zadavatel ve své žádosti ze dne 9.11.2012 od vybraného uchazeče v podstatě „vynutil“ (viz bod 122. odůvodnění tohoto rozhodnutí), avšak i kdyby si zadavatel doplnění Seznamu subdodavatelů od vybraného uchazeče nevyžádal, přičemž vybraný uchazeč by v souvislosti s doplněním prokázání splnění kvalifikace předložil subdodavatelskou smlouvu se subdodavatelem č. 2, což by vzhledem k objasnění skutečnosti z nabídky vybraného uchazeče a to, že osoba oprávněná v oboru zeměměřičství byla zaměstnancem subdodavatele č. 2, udělat musel, a Seznam subdodavatelů zároveň „neaktualizoval,“ došlo by tak stejně k rozporu v nabídce vybraného uchazeče, protože Seznam subdodavatelů by neodpovídal skutečnosti (absence subdodavatele č. 2).



133. Při právním posouzení věci Úřad vycházel z faktu, že v šetřeném případě prokázání splnění kvalifikačního předpokladu (konkrétně oprávnění k podnikání k výkonu zeměměřičských činností) prostřednictvím subdodavatele a obsah Seznamu subdodavatelů spolu úzce souvisí, protože subdodavatel, prostřednictvím kterého byla vybraným uchazečem v nabídce prokazována kvalifikace, musel být současně uveden v Seznamu subdodavatelů, který požadoval zadavatel v bodě 13.3 zadávací dokumentace. Požadavek zadavatele na předložení Seznamu subdodavatelů, který bude součástí nabídky uchazeče do předmětného zadávacího řízení tak de facto vyloučil možnost dodatečně prokazovat splnění kvalifikace vybraného uchazeče prostřednictvím subdodavatele po lhůtě pro podání nabídek (tedy 31.10.2012).
134. Úřad dále uvádí, že podle ustanovení § 43 odst. 1 zákona jsou uchazeči vázáni svými nabídkami po celou dobu zadávací lhůty. Tzn., že uchazeč nesmí po uvedení doby svoji nabídku zrušit či změnit. Ustanovení § 43 odst. 3 zákona pak uvádí, že zadávací lhůta začíná běžet dnem podání nabídek a končí dnem doručení oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Jinými slovy, uchazeči nesmí změnit nebo zrušit svoji nabídku ode dne podání nabídek do dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky. Vzhledem k tomu byl navrhovatel po celou výše uvedenou dobu vázán svojí nabídkou, tedy i tvrzením, že plnění předmětu veřejné zakázky bude realizovat pouze za účasti subdodavatele č. 1, což nebylo tvrzením pravdivým.
135. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že vybraný uchazeč nesplnil zadávací podmínku zadavatele, když ve své nabídce doručené dne 31.10.2012 zadavateli neuvedl subdodavatele č. 2, který se měl podílet na plnění části předmětu veřejné zakázky v Seznamu subdodavatelů a vybraný uchazeč tedy měl být v souladu s § 76 odst. 6 zákona vyloučen.
136. Zadavatel tak postupoval v rozporu se zákonem, když nevyločil vybraného uchazeče z předmětného zadávacího řízení, přičemž zadavatel zároveň nedodržel zásadu stejného zacházení se všemi uchazeči a zásadu transparentnosti, když akceptoval, že vybraný uchazeč v Seznamu subdodavatelů, který byl součástí nabídky předložené dne 31.10.2012 zadavateli, neuvedl jako svého subdodavatele subdodavatele č. 2, a tohoto subdodavatele uvedl až ve změněném Seznamu subdodavatelů ze dne 12.11.2012 na základě žádosti zadavatele ze dne 9.11.2012, tedy 42 dní po lhůtě pro podání nabídek. Postup zadavatele, který z předmětného zadávacího řízení vybraného uchazeče nevyločil, tak měl v konečném důsledku podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
137. Úřad k výše uvedenému doplnění Seznamu subdodavatelů v nabídce vybraného uchazeče uzavírá, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona v návaznosti na § 6 zákona při posouzení nabídky vybraného uchazeče. Porušení zákona nastalo, když hodnotící komise nevyřadila nabídku vybraného uchazeče pro nesplnění požadavku zadavatele uvedeného v zadávací dokumentaci, když tento doplnil Seznam subdodavatelů po lhůtě pro podání nabídek, přičemž uvedený postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

## VII. b) K namítanému nesplnění kvalifikace vybraným uchazečem

138. Zadavatel v bodě 6.1 zadávací dokumentace požadoval v rámci splnění profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 zákona mimo jiné:
- podle ustanovení § 54 písm. b) zákona doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci,
  - podle ustanovení § 54 písm. d) zákona doklad osvědčující odbornou způsobilost uchazeče nebo osoby, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje dle ustanovení § 13 odst. 1 písm. c) zákona o zeměměřičství.
139. Jak vyplývá již z bodu 119 odůvodnění tohoto rozhodnutí, bylo součástí nabídky vybraného uchazeče v rámci prokázání profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. d) zákona Úřední oprávnění pro ověřování výsledků zeměměřičských činností zaměstnance subdodavatele č. 2.
140. Z výpisu z obchodního rejstříku i z výpisu z živnostenského rejstříku uvedeného v nabídce vybraného uchazeče vyplývá, že vybraný uchazeč nedisponuje oprávněním k podnikání podle § 54 písm. b) zákona, tedy oprávněním k výkonu zeměměřičských činností. Stejně tak oprávněním k výkonu zeměměřičských činností nedisponuje ani subdodavatel č. 1 uvedený v nabídce vybraného uchazeče doručené dne 31.10.2012 zadavateli.
141. Na základě žádosti zadavatele ze dne 9.11.2012 vybraný uchazeč poskytl nedatovanou subdodavatelskou smlouvu se subdodavatelem č. 2, výpis z obchodního rejstříku subdodavatele č. 2, výpis z živnostenského rejstříku subdodavatele č. 2, a aktualizovaný Seznam subdodavatelů datovaný ke dni 12.11.2012, ve kterém je uveden kromě subdodavatele č. 1. také subdodavatel č. 2 (viz také bod 123 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
142. Na základě žádosti zadavatele ze dne 25.1.2013 pak vybraný uchazeč poskytl zadavateli čestné prohlášení, ve kterém uvádí, že datum uzavření smlouvy mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem č. 2 je 26.10.2012.
143. Z výpisu z živnostenského rejstříku subdodavatele č. 2. vyplývá, že tato společnost je oprávněna k výkonu zeměměřičských činností.
144. Při zjišťování důkazů v šetřeném případě Úřad z nabídky předložené vybraným uchazečem dne 31.10.2012 zjistil, že v této nabídce absentuje jakákoliv zmínka o subdodavateli č. 2. Důkazem je zejména Seznam subdodavatelů, který byl součástí nabídky vybraného uchazeče, ve kterém figuruje pouze subdodavatel č. 1, a ve kterém je uvedeno prohlášení o tom, že *„žádné jiné než níže uvedené osoby spolu s níže uvedenými způsoby se nebudou na plnění veřejné zakázky v souladu s Uchazečem předloženou nabídkou podílet.“*
145. Vybraný uchazeč uvedl subdodavatele č. 2 jako svého subdodavatele, kterým prokazuje kvalifikační předpoklad podle § 54 písm. b) zákona (oprávnění k výkonu zeměměřičských činností) až v souvislosti se svým vysvětlením nabídky ze dne 12.11.2012. Důkazem doplnění nabídky vybraného uchazeče po lhůtě pro podání nabídek je změněný Seznam subdodavatelů datovaný ke dni 12.11.2012, ve kterém je jako subdodavatel uveden subdodavatel č. 1 a subdodavatel č. 2. V „původním“ Seznamu subdodavatelů, který byl

součástí nabídky vybraného uchazeče doručené dne 31.10.2012 zadavateli, u něž zákon nedovoluje, aby byl jakýmkoliv způsobem v průběhu posouzení a hodnocení nabídek měněn, je uveden pouze subdodavatel č. 1

146. Na základě výše uvedených důkazů zjištěných z dokumentace o veřejné zakázce došel Úřad k závěru, že navrhovatel neprokázal splnění profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. b) zákona ve lhůtě pro podání nabídek (tedy do 31.10.2012), protože v nabídce vybraného uchazeče doručené dne 31.10.2012 zadavateli, neexistuje žádná zmínka o subdodavateli č. 2 jako o subdodavateli vybraného uchazeče, prostřednictvím kterého měl vybraný uchazeč prokazovat splnění výše uvedeného profesního kvalifikačního předpokladu, přičemž současně subdodavatel č. 2 absentuje v Seznamu subdodavatelů, který byl součástí této nabídky.
147. V souvislosti s posouzením kvalifikace vybraného uchazeče se Úřad zároveň ztotožňuje s navrhovatelem, který namítá, že při posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012 nemohla mít hodnotící komise z nedatované subdodavatelské smlouvy mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem č. 2 na jisto postaveno, kdy nastala rozhodná skutečnost, tedy kdy smlouva mezi uchazečem a jeho subdodavatelem byla uzavřena (podrobněji viz body 68 a 69 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Důkazem k tomuto argumentu je nedatovaná smlouva mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem č. 2, přesto je v protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012, ve kterém je v části posouzení kvalifikace ke splnění kvalifikace vybraným uchazečem konstatováno, že *„uchazeč prokázal splnění kvalifikace v plném rozsahu jak z hlediska zákonných požadavků, tak z hlediska zadavatelem stanovených požadavků.“*
148. Dalším důkazem o tom, že zadavatel v době, kdy rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky (Usnesením 342/12/R4 ze dne 13.12.2012), nebyl zcela přesvědčen o splnění kvalifikace vybraným uchazečem, je také „Žádost o sdělení informací vztahujících se ke kvalifikaci“ ze dne 25.1.2013 (tedy 43 dní ode dne rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky – vybraného uchazeče), ve které zadavatel mimo jiné žádá vybraného uchazeče o sdělení data uzavření smlouvy o subdodávce uzavřené mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem č. 2. Datum uzavření smlouvy formou čestného prohlášení bylo vybraným uchazečem zadavateli sděleno přípisem ze dne 29.1.2013 (tedy až 47 dní ode dne rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky). Hodnotící komise v protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012 konstatovala splnění kvalifikace vybraným uchazečem, aniž by měla tuto skutečnost (absenci data uzavření subdodavatelské smlouvy mezi vybraným uchazečem a subdodavatelem č. 2.) na jisto postavenou a ověřenou. Hodnotící komise následně dne 10.12.2012 vypracovala zprávu o posouzení a hodnocení nabídek, ve které jako nejvhodnější nabídku označila nabídku vybraného uchazeče, a to i přesto, že neměla jistotu v prokázání splnění kvalifikace vybraným uchazečem.
149. Vzhledem k výše uvedenému Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona, když nevyloučil z předmětného zadávacího řízení vybraného uchazeče, který neprokázal splnění profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. b) zákona ve lhůtě pro podání nabídek podle § 52 odst. 1 zákona, přičemž uvedený postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

150. Vzhledem k tomu, že skutečnosti rozhodné pro vyloučení vybraného uchazeče z předmětného zadávacího řízení nastaly již v souvislosti se samotným neprokázáním kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. b) zákona ve lhůtě pro podání nabídek podle § 52 odst. 1 zákona, Úřad se dále argumentací navrhovatele o nesplnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) zákona předložením čestného prohlášení ve lhůtě pro podání nabídek vybraným uchazečem podrobněji nezabýval.

#### **VI. c) K požadavku zadavatele na souběh tras**

151. Zadavatel v bodě 10.2 zadávací dokumentace uvedl jako dílčí hodnotící kritérium č. 2 v rámci posouzení ekonomické výhodnosti „Souběh tras“ sváhou tohoto dílčího kritéria 5 %. K popisu tohoto dílčího kritéria pak zadavatel v bodě 10.3 zadávací dokumentace uvádí, že *„v rámci tohoto dílčího hodnotícího kritéria bude zadavatel hodnotit souběh tras v rámci návrhu optického propojení pracovišť zadavatele předloženém uchazečem v jeho nabídce na veřejnou zakázku.“*
152. Zadavatel dále k dílčímu hodnotícímu kritériu č. 2 uvádí, že *„v rámci zajištění bezpečnosti a kontinuity datového toku v případě mimořádných situací má zadavatel zájem na co nejmenším souběhu tras jednotlivých větví síťové infrastruktury, kdy souběhem tras se pro účely této veřejné zakázky rozumí vedení optických kabelů ve společném výkopu nebo situace, kdy tyto kabely jsou vedeny blíže než 2 m od sebe. Za souběh není nikdy považováno vedení optických kabelů v chráněném kolektoru, pokud budou všechny v oddělených vaničkách. Zadavatel bude hodnotit celkový počet metrů souběhu tras optického propojení pracovišť zadavatele navrženého uchazečem, jenž se uchazeč na základě smlouvy na plnění veřejné zakázky zaváže dodržet. Návrh optického propojení pracovišť zadavatele spolu s celkovým počtem metrů souběhu tras optického propojení je uchazeč povinen zpracovat do návrhu smlouvy na plnění veřejné zakázky.“*
153. Z návrhu smlouvy, který byl součástí nabídky vybraného uchazeče předložené dne 31.10.2012 zadavateli je v bodě 1.3 této smlouvy uvedeno, že *„zhotovitel se zavazuje při provádění díla dodržet maximální souběh tras ve smyslu ustanovení čl. 2 přílohy č. 1 této Smlouvy dle nabídky Zhotovitele ne Veřejnou zakázku o délce 0 m.“* Jako příloha č. 1 je ke smlouvě přiložen náčrt plánovaného vedení tras z jedné lokality zadavatele do druhé a náčrt vedení tras uvnitř budov zadavatele.
154. V protokolu o posouzení kvalifikace a hodnocení nabídek ze dne 8.11.2012 je v části posouzení nabídek hodnotící komisí k nabídce vybraného uchazeče mimo jiné zaznamenáno, že *„z návrhu způsobu realizace předmětu veřejné zakázky, který byl uchazečem v souladu čl. 12 odst. 12.1 písm. c) zadávací dokumentace přiložen k jeho nabídce, jednoznačně nevyplývá, zda odpovídá uchazečem stanovenému maximálnímu souběhu tras uvedenému uchazečem v ustanovení čl. 1 odst. 1.3 návrhu smlouvy na plnění veřejné zakázky.“*
155. Zadavatel pak v žádosti o písemné vysvětlení nabídky vybraného uchazeče ze dne 9.11.2012 mimo jiné požadoval, *„aby Uchazeč v odpovědi na tuto žádost objasnil, zda jím předložený návrh způsobu realizace předmětu Veřejné zakázky skutečně odpovídá Uchazečem stanovenému maximálnímu souběhu telekomunikačních tras, a to zejména s ohledem na vedení tras v rámci jedné komunikace, jak je naznačeno v Uchazečem předloženém schématu tras.“*

156. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření k žádosti zadavatele ze dne 9.11.2012 mimo jiné uvedl, že *„nezávislost optických tras je řešena vedením ve dvou výkopech. V případech kde se trasy výkopu přibližují, bude min. vzdálenost výkopů 3 m. Schématické křížení (viz mapka návrhu realizace trasy předložená uchazečem v nabídce) bude provedena vždy dvěma nezávislými podvrty a trasy vždy v terénu vedené od sebe min. 3 m. Tímto bude splněn požadavek na souběh tras v délce, dle nabídky podané uchazečem.“*
157. V protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení nabídek ze dne 28.11.2012 je dále v části posouzení nabídek hodnotící komisí mimo jiné uvedeno, že ve vztahu k uchazečem stanovenému maximálnímu souběhu tras není ani z odpovědi uchazeče na žádost zadavatele patrné, jak bude dosaženo nulového souběhu tras uvnitř objektů zadavatele. Vybraný uchazeč byl následně přípisem ze dne 29.11.2012 pozván na další jednání hodnotící komise k objasnění způsobu realizace nulového souběhu tras uvnitř budov zadavatele. Z protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012 vyplývá, že vybraný uchazeč v rámci vysvětlení souběhu tras uvnitř budov uvedl, že *„bude využíváno stávající infrastruktury a možností uchycení, kde i v rámci interiérů bude dodržena minimální vzdálenost 2 m resp. uchazečem stanovený souběh tras, tak, aby nedošlo k souběhu ve smyslu zadávacích podmínek, kdy jediným místem souběhu bude až vstup telekomunikačních tras do vlastního technického zařízení.“*
158. Navrhovatel ve svém návrhu namítá vybraným uchazečem nabízený souběh tras v délce 0 m za plnění nesplnitelné a nerealizovatelné, přičemž zároveň tato nabídka způsobuje vzájemnou neporovnatelnost nabídek v dílčím hodnotícím kritériu (viz zejména body 7 až 10 a 56 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Vybraný uchazeč se ve svém vyjádření k návrhu odkazuje na svou nabídku a její následné vysvětlení.
159. Předně se nelze ztotožnit s vyjádřením zadavatele v citovaném bodě 24 odůvodnění tohoto rozhodnutí, který uvádí, že setkání telekomunikačních tras v místě jejich napojení do technického zařízení není souběhem tras definovaným v zadávací dokumentaci. Úřad tento závěr učinil ze zadávací dokumentace, kde je ze souběhu tras vyčleněno pouze vedení optických kabelů v chráněném kolektoru v oddělených vaničkách. Žádná jiná výjimka ze souběhu tras v zadávací dokumentaci definována není.
160. Vzhledem k výše uvedenému je podle Úřadu zřejmé, že při vstupu telekomunikačních tras (optických vláken) do technického zařízení (v šetřeném případě racků) musí zákonitě dojít k určitému souběhu, který bude mít menší hodnotu, než zadavatelem požadované 2 metry, jak také správně uvádí navrhovatel například v bodě 56 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Délka takového souběhu je potom závislá na úhlu, pod kterým optická vlákna do technického zařízení vstupují. Čím ostřejší bude úhel vstupu optických vláken do technického zařízení, tím bude souběh tras, ve kterém budou optická vlákna vedena blíže než 2 m od sebe, kratší. Naopak, čím více bude úhel vstupu optických vláken do technického zařízení tupější, tím bude souběh tras, ve kterém budou optická vlákna vedena blíže než 2 m od sebe, delší. Na základě této jednoduché matematické úvahy však k nějakému souběhu tras ve smyslu zadávací dokumentace v každém případě musí dojít. Současně i uvnitř budov musí při vstupu do technického zařízení dojít k nějakému souběhu tras podle zadávací dokumentace, což uvádí sám vybraný uchazeč, jak vyplývá ze zápisu z ústního vysvětlení nabídky zaznamenaného v protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze

dne 10.12.2012, když vybraný uchazeč v souvislosti s vedením optických vláken uvnitř budov mimo jiné uvádí, že „*jediným místem souběhu bude až vstup telekomunikačních tras do vlastního technického zařízení.*“ Vybraný uchazeč tak sám ve svém vysvětlení nabídky připustil, že k nějakému souběhu tras v jím nabízeném plnění dojde.

161. V této souvislosti se Úřad neztotožňuje ani s argumentací zadavatele uvedené v bodě 23 odůvodnění tohoto rozhodnutí, který uvádí, že není oprávněn posuzovat, zda jsou uchazeči skutečně veřejnou zakázku za nabídnutých podmínek schopni realizovat. Cílem zákona, ale i samotného zadavatele je bezesporu to, aby veřejnou zakázku získal takový dodavatel, který nejlépe splní všechny požadované zadávací podmínky a to jak formální tak věcné. Celý proces zadávacího řízení směřuje k tomu, aby byl vybrán takový dodavatel, který poskytne plnění, které bude při nejvyšší kvalitě a nabídnuté ceně realizovatelné. Zadavatel by se tedy podle názoru Úřadu neměl omezit pouze na formální posuzování nabídek uchazečů, ale zároveň by se měl zabývat také samotnou realizovatelností nabízených plnění, a to zvláště v případě, když měl od navrhovatele indicii ve formě námitek ze dne 2.1.2013, ve kterých vyjádřil své pochyby ohledně schopnosti vybraného uchazeče zakázku za jím nabídnutých podmínek realizovat.
162. V šetřeném případě se hodnotící komise vůbec nezabývala možností vstupu optických vláken do technického zařízení a vlivu této skutečnosti na souběh tras, který jak je výše uvedeno, podle názoru Úřadu musí nepochybně v určitém místě nastat. Hodnotící komise sice na základě žádostí požadovala vysvětlení možnosti nulového souběhu tras, přičemž jí bylo vybraným uchazečem vysvětleno, že nulového souběhu bude dosaženo vedením optických vláken dvěma nezávislými výkopy ve vzdálenosti 3 m a že v budovách bude využíváno stávající infrastruktury, vůbec se však nezabývala skutečností, že optická vlákna musí do budovy prostřednictvím technického zařízení vstoupit, čímž dojde k souběhu tras podle zadávací dokumentace.
163. Pokud záměrem zadavatele bylo fázi vstupu optických vláken do technického zařízení vyčlenit ze souběhu tras ve smyslu zadávací dokumentace, měl tuto skutečnost do zadávací dokumentace uvést. Jedinou výjimkou uvedenou zadavatelem v zadávací dokumentaci je pouze vedení optických kabelů v chráněném kolektoru v oddělených vaničkách, které není zadavatelem považováno za souběh tras. Všechny ostatní souběhy, kdy jsou optická vlákna (telekomunikační trasy) vedena blíže, než 2 m od sebe, jsou tedy podle Úřadu souběhem tras ve smyslu zadávací dokumentace.
164. Skutečnost, že vybraný uchazeč nabídl nulovou hodnotu souběhu tras, přičemž samotný souběh tras byl jedním z hodnotících kritérií, v konečném důsledku způsobilo vzájemnou neporovnatelnost nabídek. Zadavatel sice správně uvádí, že pro případ, že by vybraný uchazeč nabídl nějakou minimální délku souběhu tras například 100 m, v porovnání s hodnotami ostatních uchazečů by se jednalo o marginální hodnoty získaných bodů za toto dílčí hodnotící kritérium, přičemž samotná váha tohoto kritéria byla pouze 5 %. Pokud by však nějaká minimální hodnota souběhu tras existovala, nabídky by v tomto hodnotícím kritériu byly vzájemně porovnatelné, a to i kdyby všechny ostatní nabídky, krom vybraného uchazeče, obdržely za toto dílčí hodnotící kritérium hodnoty v řádech desetin bodu. Nic to však nemění na skutečnosti, že nulová hodnota se z matematického hlediska nemůže vyskytovat ve jmenovateli zlomku podle obecně platné zásady, že nulou dělit nelze. S úvahou

zadavatele o tom, že navrhovatelem odkazovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu v Brně č. j. 9 Afs 69/2010-175 ze dne 21.12.2010 se zabýval nulovou hodnotou v rámci cenového hodnotícího kritéria, nikoliv právě šetřeného dílčího hodnotícího kritéria se Úřad také nemůže ztotožnit. Nejvyšší správní soud v tomto rozsudku naopak dovedl zejména obecnou vzájemnou neporovnatelnost nabídek v hodnotícím kritériu, které obsahuje nulovou hodnotu.

165. Úřad zároveň považuje za vhodné vyjádřit se ke shodné argumentaci zadavatele a vybraného uchazeče, kteří uvádí, že pokud navrhovatel namítal nesprávný úkon zadavatele v podobě způsobu hodnocení nabídek, jedná se o námitku proti zadávacím podmínkám, která by v takovém případě byla podána opožděně, resp. návrh by byl v této části podán neoprávněnou osobou. Ani s tímto názorem zadavatele a vybraného uchazeče se Úřad neztotožňuje. Navrhovatel ve svém podání, které se v části týkalo samotného hodnocení délky souběhu tras nabídnuté vybraným uchazečem, brojí proti konkrétnímu úkonu zadavatele, který spočíval v nesprávném posouzení nabídky vybraného uchazeče, když tato obsahovala nulovou hodnotu a tedy zda vůbec mělo k hodnocení nabídky vybraného uchazeče hodnotící komisí dojít a zda byla nabídka vybraného uchazeče posouzena v souladu se zákonem a zadavatelem stanovenými podmínkami. Navrhovatel ve svém návrhu nenapadá samotný způsob hodnocení nabídek vymezený bodem 10.3 zadávací dokumentace, ale pouze konkrétní postup zadavatele. Z těchto důvodů považuje argumentaci zadavatele a vybraného uchazeče za nedůvodnou.
166. V souvislosti s posouzením nabídky vybraného uchazeče na nulový souběh tras optických kabelů zadavatelem, Úřad uzavírá, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona v návaznosti na § 6 zákona, když hodnotící komise při posouzení nabídky vybraného uchazeče akceptovala nabídku nulového souběhu tras i přes to, že se jednalo o plnění nerealizovatelné a blíže se nezabývala možností splnění podmínek souběhu tras podle bodu 10.3 zadávací dokumentace vybraným uchazečem, přičemž uvedený postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **VIII. K ULOŽENÍ NÁPRAVNÉHO OPATŘENÍ**

167. Při rozhodování podle § 118 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky.
168. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil, když nevyloučil z předmětného zadávacího řízení vybraného uchazeče i když měl povinnost tak učinit, musel Úřad zrušit rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 13.12.2012 a současně všechny úkony zadavatele související s hodnocením nabídek a s posouzením kvalifikace a nabídky vybraného uchazeče, které jsou zaznamenány v protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012 a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012.

## IX. K NÁKLADŮM ŘÍZENÍ

169. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
170. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím bylo zrušeno rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky a současně všechny úkony zadavatele související s posouzením a hodnocením nabídky vybraného uchazeče, které jsou zaznamenány v protokolu o posouzení kvalifikace a posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012 a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 10.12.2012, rozhodl Úřad o uložení povinnosti zadavatele uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
171. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 201300058.

## POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně



**Obdrží**

1. JUDr. Marek Bilej, advokát, Hvězdova 1716/2b, 140 70 Praha 4
2. Telefónica Czech Republic, a.s., Za Brumlovkou 266/2, Praha 4 – Michle
3. COM PLUS CZ a.s., Nad Krocínkou 317/48, 190 00 Praha 9 – Prosek

**Vypraveno dne**

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