



UOHSX00B6YWB

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0087/2018/VZ-12065/2018/523/VHm

Brno: 23. dubna 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 2. 3. 2018 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- centrální zadavatel – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad štolou 936/3, 170 00 Praha 7, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 9. 3. 2018 Mgr. Michalem Mazlem, advokátem, ev. č. ČAK 13419, se sídlem Vinohradská 938/37, 120 00 Praha 2,
- navrhovatel – T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha 4,
- vybraný dodavatel – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov,

ve věci přezkoumání úkonů cit. centrálního zadavatele při zadávání veřejné zakázky „DATA_ETHERNET_PL_4004“ v dynamickém nákupním systému na základě výzvy k podání nabídek č. j. MV-126879-112/KAP-2017 ze dne 6. 12. 2017, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení za účelem zavedení dynamického nákupního systému „Poskytování služeb KIVS – 2017 – 2021“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 8. 2017 pod ev. č. Z2017-022104 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 154-319744,

rozhodl takto:

I.

Centrální zadavatel – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad štolou 936/3, 170 00 Praha 7 – **nedodržel** při zadávání veřejné zakázky „DATA_ETHERNET_PL_4004“ v dynamickém nákupním systému na základě výzvy k podání nabídek č. j. MV-126879-112/KAP-2017 ze dne 6. 12. 2017, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení za účelem zavedení dynamického nákupního systému „Poskytování služeb KIVS – 2017 – 2021“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 8. 2017 pod ev. č. Z2017-022104 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 154-319744, **postup stanovený v § 245 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že se v rozhodnutí cit. centrálního zadavatele č. j. MV- 23132-4/KAP-2018 ze dne 21. 2. 2018 o námitkách stěžovatele T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha 4, jež byly cit. centrálnímu zadavateli doručeny dne 6. 2. 2018,**

podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným navrhovatelem v námitkách, a to:

- k námitce ohledně tvrzené nemožnosti zajistit poskytování služeb, které jsou předmětem jmenované veřejné zakázky, za ceny, které nabídl vybraný dodavatel – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov – při použití některé z přenosových technologií, které centrální zadavatel vymezil v zadávacích podmínkách k plnění cit. veřejné zakázky (konkrétně v příloze č. 2 „Katalogový (katalogové) list (listy)“ výzvy k podání nabídek ze dne 6. 12. 2017), aniž by se jednalo na straně jmenovaného vybraného dodavatele o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, přičemž stěžovatel v této souvislosti uvádí, že
 - pokud vybraný dodavatel použil jako přenosovou technologii metalické vedení, pak si jej zřejmě pronajal jako službu od společnosti CETIN, která je dominantním vlastníkem metalického vedení na poptávaných lokalitách, kdy
 - cena za přípojku od společnosti CETIN o kapacitě připojení 20 Mbps (např. u produktu CEA) činí 5 000,- Kč bez DPH měsíčně (pro službu ETH okruhu jsou nadto potřeba dvě přípojky, v lokalitě „A“ a v lokalitě „B“), a tudíž lze předpokládat, že cena nejlevnějších možných produktů od společnosti CETIN, které splňují parametry pro poptávané služby (tj. 7 služeb – 2 služby s kapacitou připojení 30 Mbps, 4 služby s kapacitou připojení 50 Mbps a 1 služba s kapacitou připojení 60 Mbps) je vyšší než 5 000,- Kč bez DPH, což znamená, že i bez dalších uvažovaných nákladů (zajištění přípojky do lokality „B“, náklady na nezbytnou infrastrukturu) se jedná o výrazně vyšší cenu než je průměrná nabídková cena vybraného dodavatele, která činí 2 777,- Kč bez DPH měsíčně, a
 - levnější produkty od společnosti CETIN nelze použít, neboť by se jednalo o služby s asymetrickým agregovaným připojením přenosové technologie, které neodpovídají požadavkům stanoveným centrálním zadavatelem v zadávacích podmínkách;
 - pokud vybraný dodavatel použil jako přenosovou technologii optické vedení, pak nelze předpokládat, že by vybraný dodavatel byl schopen zrealizovat na lokalitách

„A“ optické vedení během lhůty stanovené v zadávacích podmínkách na zřízení služeb, přičemž stěžovateli je z jeho činnosti známo, že vybraný dodavatel nedisponuje v dotčených lokalitách „A“, ve kterých mají být zřízeny poptávané služby, vlastní či pronajatou optickou infrastrukturou a použití optického vedení je tedy nereálné (pokud by tak přesto vybraný dodavatel učinil, pak by měl mnohem vyšší samotné náklady na jejich využití, než je výše nabídkové ceny),

- pokud vybraný dodavatel použil jako přenosovou technologii radiové spoje, pak by v šetřeném případě pro všech pět poptávaných služeb s ohledem na požadavky centrálního zadavatele na použitelnou technologii musela být použita technologie pracující na kmítočtech s individuálním oprávněním, kdy i bez uvažování dalších nákladů je při použití služeb s přenosovou technologií radiové spoje cena nabídnutá vybraným dodavatelem pod nákladovou cenou, neboť náklady na zajištění licence jsou řádově 10 000,- Kč jednorázově a minimálně 400,- Kč měsíčně za každý jeden spoj, v koncových lokalitách lze dále předpokládat náklady spojené s umístěním a napájením infrastruktury (umístění a napájení rádia) cca 500,- Kč – 1 500,- Kč za měsíc a lokalitu, neboť se převážně jedná o objekty ve správě jiných subjektů veřejné správy, než je koncový uživatel služby, přičemž dalším nákladem je pořízení vlastního radiového spoje, jehož pořizovací cena se pohybuje v řádech desítek tisíc Kč, a dále jednorázové náklady (instalační projekty, implementační schůzky, samotná instalace atd.), které činí řádově tisíce až desetitisíce na každou lokalitu;
- k námitce spočívající v tom, že důvodem pro povinnost zadavatele, resp. hodnotící komise posoudit, zda se u nabídkové ceny vybraného dodavatele nejedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je i poměrně zásadní rozdíl mezi nabídkami jednotlivých uchazečů, zejm. ve vztahu k cenové nabídce dodavatele třetího v pořadí,
 - přičemž stěžovatel v této souvislosti uvádí, že cenová nabídka vybraného dodavatele a jeho samotného je oproti cenové nabídce dodavatele třetího v pořadí velmi nízká, přičemž jeho nižší nabídková cena je však dána tím, že má v dotčených lokalitách „*již vybudovanou infrastrukturu pro poskytování služeb v požadované kvalitě a rozsahu*“,

čímž se předmětné rozhodnutí centrálního zadavatele ze dne 21. 2. 2018 o námitkách uvedeného stěžovatele stalo nepřekoumatelným pro nedostatek důvodů.

II.

Jako **opatření k nápravě** nezákonného postupu centrálního zadavatele – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad štolou 936/3, 170 00 Praha 7 – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 5 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší rozhodnutí** cit. centrálního zadavatele č. j. MV- 23132-4/KAP-2018 ze dne 21. 2. 2018 **o námitkách stěžovatele T-Mobile Czech Republic a.s.**, IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha 4, učiněné v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „DATA_ETHERNET_PL_4004“ v dynamickém nákupním systému na základě výzvy k podání nabídek č. j. MV-126879-112/KAP-2017 ze dne 6. 12. 2017, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení za účelem zavedení dynamického

nákupního systému „Poskytování služeb KIVS – 2017 – 2021“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 8. 2017 pod ev. č. Z2017-022104 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 154-319744.

III.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se centrálnímu zadavateli – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad štolou 936/3, 170 00 Praha 7 – ukládá povinnost

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. POSTUP CENTRÁLNÍHO ZADAVATELE PŘI ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÉ ZAKÁZKY

1. Centrální zadavatel – Česká republika – Ministerstvo vnitra, IČO 00007064, se sídlem Nad štolou 936/3, 170 00 Praha 7, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 9. 3. 2018 Mgr. Michalem Mazlem, advokátem, ev. č. ČAK 13419, se sídlem Vinohradská 938/37, 120 00 Praha 2 (dále jen „zadavatel“ nebo „centrální zadavatel“) – odeslal dne 6. 12. 2017 prostřednictvím certifikovaného elektronického nástroje E-ZAK umístěného na adrese <https://dns.kivs.cz> (dále jen „nástroj E-ZAK“) výzvu k podání nabídek č. j. MV-126879-112/KAP-2017 z téhož dne (dále jen „výzva“) na veřejnou zakázku „DATA_ETHERNET_PL_4009“ zadávanou v dynamickém nákupním systému, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení za účelem zavedení dynamického nákupního systému „Poskytování služeb KIVS – 2017 – 2021“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 14. 8. 2017 pod ev. č. Z2017-022104 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 154-319744 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel se dle čl. 1. „IDENTIFIKACE CENTRÁLNÍHO ZADAVATELE A ADMINISTRÁTORA“ výzvy nechal ve smyslu § 43 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“ nebo „ZZVZ“), při provádění úkonů podle zákona smluvně zastoupit Národní agenturou pro komunikační a informační technologie, s. p., IČO 04767543, se sídlem Kodaňská 1441/46, 101 00 Praha 10.
3. Předmětem veřejné zakázky je dle čl. 3. „PŘEDMĚT PLNĚNÍ A MÍSTO PLNĚNÍ“ výzvy poskytování služeb, přičemž dle přílohy č. 2: „Katalogový (katalogové) list (listy)“ výzvy (dále jen „katalogový list“) se jedná o služby spočívající v „[p]ropojení lokalit koncového uživatele prostřednictvím sítě s protokolem Ethernet.“ Konkrétní specifikace poptávaných služeb je pak uvedena v příloze č. 1 „Poptávkový list (P1_Poptavkovy_list_4004-DATA_ETHERNET.xlsx)“ výzvy (dále jen „poptávkový list“). Hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky je podle čl. 7. „HODNOCENÍ NABÍDKY“ výzvy ekonomická výhodnost nabídky – nejnižší nabídková cena, přičemž zadavatel se rozhodl pro účely hodnocení nabídek využít elektronickou aukci.

4. V části „použitelné technologie“ katalogového listu zadavatel uvedl, že „[p]ro realizaci služeb Ethernet je požadováno použití výhradně těchto přenosových technologií:
 - *metalická vedení (službu není možno realizovat na agregovaných a asymetrických linkách prostřednictvím inverzního multiplexu) [,]*
 - *optická vedení[,]*
 - *radiové spoje*
 - *pro služby s parametrem SLA 99,5 % a vyšším musí být použita technologie pracující na kmítočtech s individuálním oprávněním[,]*
 - *technologie pracující v pásmech se všeobecným oprávněním je povoleno používat pouze pro služby s parametrem SLA nižším než 99,5 % s výjimkou technologie WiFi v pásmu 2,4GHz a 5GHz.“*
5. Z dokumentace vztahující se k zadávání předmětné veřejné zakázky (dále jen „dokumentace“), konkrétně pak z doloženého print screenu detailu veřejné zakázky z nástroje E-ZAK vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 3 elektronické nabídky.
6. Prostřednictvím nástroje E- ZAK odeslal zadavatel dne 10. 1. 2018 výzvu k podání nových aukčních hodnot č. j. MV-126879-223/KAP-2017 z téhož dne (dále jen „výzva k podání aukčních hodnot“), ve které mj. uvedl, že elektronická aukce bude realizována prostřednictvím nástroje E-ZAK a bude zahájena dne 19. 1. 2018 v 9:00 hodin.
7. Zadavatel ve výzvě k podání aukčních hodnot současně vymezil, že „[v]šichni účastníci mohou v průběhu on-line aukce svou nabídku pouze vylepšovat (tedy snižovat celkovou nabídkovou cenu). Snižování nabídkové ceny účastníkem je omezeno ustanovením § 113 zákona o mimořádně nízké nabídkové ceně.“
8. Ze zprávy o hodnocení nabídek, která tvoří přílohu č. 1 „OZNÁMENÍ ZADAVATELE O VÝBĚRU DODAVATELE“ č. j. MV-126879-320/KAP-2017 ze dne 29. 1. 2018 (dále jen „oznámení o výběru“), vyplývá, že elektronická aukce na veřejnou zakázku byla ukončena dne 19. 1. 2018 v čase 09:45:31, přičemž nejnižší ceny dosáhl dodavatel ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov (dále jen „vybraný dodavatel“). Nejnižší dosažená cena dle zprávy o hodnocení nabídek činí 699 804,- Kč bez DPH.
9. Z dokumentace vyplývá, že zadavatel na základě výsledku elektronické aukce prostřednictvím nástroje E-ZAK odeslal dne 29. 1. 2018 oznámení o výběru, ve kterém oznamuje, že jako dodavatel předmětné veřejné zakázky byl vybrán vybraný dodavatel.
10. Navrhovatel – T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha 4, (dále jen „navrhovatel“, příp. „stěžovatel“) – podal dne 6. 2. 2018 prostřednictvím nástroje E-ZAK zadavateli námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele z téhož dne (dále jen „námitky“). Námitky navrhovatele proti oznámení o výběru byly tedy v souladu s § 242 odst. 2 zákona podány včas.

11. Z dokumentace vyplývá, že zadavatel námitky navrhovatele rozhodnutím č. j. MV- 23132-4/KAP-2018 ze dne 21. 2. 2018 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, odmítl.
12. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel s rozhodnutím o námitkách neztotožnil, podal dne 2. 3. 2018 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“). Stejnopis návrhu byl zadavateli doručen dne 2. 3. 2018.

II. OBSAH NÁMITEK

13. Navrhovatel předně v námitkách rekapituluje dosavadní průběh zadávání veřejné zakázky a následně vyjadřuje své přesvědčení, že zadavatel při posouzení nabídky vybraného dodavatele, resp. při výběru dodavatele, postupoval v rozporu se zákonem, neboť byly naplněny zákonné důvody pro vyloučení vybraného dodavatele, a to v rámci posuzování nabídky a nabídkové ceny vybraného dodavatele, a z toho důvodu je i výběr nabídky vybraného dodavatele v rozporu se zákonem.
14. Navrhovatel uvádí, že zadavatel porušil zákonný postup ve vztahu k povinnosti posoudit nabídkovou cenu z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 113 zákona. Dle navrhovatele je nabídková cena vybraného dodavatele ve vztahu k předmětu veřejné zakázky mimořádně nízkou nabídkovou cenou a hodnotící komise se tudíž měla po ukončení elektronické aukce touto otázkou z důvodů uvedených dále v námitkách v souladu s § 113 zákona zabývat, tedy vyžádat si od vybraného dodavatele písemné zdůvodnění nabídkové ceny, toto posoudit a teprve následně učinit kroky *„vedoucí buď k rozhodnutí o vyloučení [v]ybraného dodavatele, nebo k rozhodnutí o výběru dodavatele.“* Dle navrhovatele nebyla tato povinnost zadavatelem splněna.
15. Navrhovatel uvádí, že nelze připustit, aby subjektivní úvahy členů hodnotící komise převážily nad základními principy zadávání veřejných zakázek, a dodává, že cílem institutu mimořádně nízké ceny je krom ochrany zadavatele před nereálnou cenou, jež by ve svém důsledku způsobila nemožnost realizace předmětu veřejné zakázky, také ochrana před nekalosoutěžním jednáním jednotlivých dodavatelů spočívajícím v podhodnocování služeb, kterým by si tito dodavatelé získávali podíl na trhu. Zadavatel, resp. hodnotící komise pak dle navrhovatele musí svým postupem při posuzování nabídek ve vztahu k mimořádně nízké nabídkové ceně sledovat ochranu uvedených principů.
16. Dle navrhovatele byl v šetřeném případě dán důvod pro postup dle § 113 zákona, neboť mimořádně nízká nabídková cena vybraného dodavatele ve vztahu k předmětu veřejné zakázky je objektivně zřejmá, resp. není objektivně odůvodnitelná. Dle navrhovatele *„je jasné, že za nabídkovou cenu [v]ybraného dodavatele není možné z objektivních důvodů realizovat plnění [v] veřejné zakázky v souladu s požadavky [z]adavatele stanovenými v zadávacích podmínkách [v] veřejné zakázky, popř. se jedná o zneužití institutu mimořádně nízké nabídkové ceny za účelem zamezení či ztížení přidělení [v] veřejné zakázky svým přímým konkurentům na trhu.“*
17. Pro prokázání svých tvrzení navrhovatel dále v námitkách vyjadřuje ke každé z přenosových technologií, které zadavatel vymezil v katalogovém listu, v tom smyslu, že za ceny nabídnuté

vybraným dodavatelem nelze zajistit prostřednictvím té které technologie poskytování poptávaných služeb.

18. K metalickému vedení navrhovatel uvádí následující skutečnosti svědčící dle jeho přesvědčení pro mimořádně nízkou nabídkovou cenu vybraného dodavatele: „Stěžovatel uvádí, že jestliže [v]ybraný uchazeč¹ použil jako přenosovou technologii metalické vedení, lze předpokládat, že si jej pronajmul jako službu od společnosti CETIN, dominantního vlastníka metalického vedení na poptávaných lokalitách. Cena služeb CETIN pro poptávané kapacity (uvažovány nejlevnější možné produkty splňující parametry pro služby poptávané v rámci [z]adávacího řízení na [v]eřejnou zakázku) je výrazně vyšší, než je průměrná nabídková cena [v]ybraného uchazeče.

V rámci [z]adávacího řízení na [v]eřejnou zakázku bylo poptáváno celkem 7 služeb, přičemž 2 služby byly poptávány s kapacitou připojení 30 Mbps, 4 služby s kapacitou připojení 50 Mbps a 1 služba s kapacitou připojení 60 Mbps.

Průměrná nabídková cena [v]ybraného dodavatele na jednu službu (bez ohledu na kapacitu připojení) činí 2777,- Kč měsíčně bez DPH.

Cena za přípojku od společnosti CETIN je pro služby o kapacitě připojení 20 Mbps výrazně vyšší, než je výše uvedená průměrná nabídková cena [v]ybraného dodavatele. Např. u produktu CEA (Carrier Ethernet Access) s kapacitou připojení 20 Mbps činí cena 5000,- Kč bez DPH měsíčně, (navíc pro službu ETH okruhu je potřeba dvou přípojek – v lokalitě A a v lokalitě B)

https://www.cetin.cz/documents/10182/34296/RADO_P%C5%99%C3%ADloha_04_Ceny_160223.pdf/c97d6895-822e-42d7-a343-3b06fdd9b666

Pro služby o kapacitě připojení 30 Mbps, 50 Mbps, 60 Mbps nebo 70 Mbps lze přirozeně předpokládat cenu ještě vyšší.

Levnější produkty společnosti CETIN nemohl [v]ybraný dodavatel použít, protože v případě těchto levnějších produktů se jedná o služby s asymetrickým agregovaným připojením, které [z]adavatel v případě této [v]eřejné zakázky neumožnil použít. V rámci této [v]eřejné zakázky [z]adavatel požadoval výhradně služby se symetrickým neagregovaným připojením, jak vyplývá z výše referovaného katalogového listu DATA_ETHERNET_002.01, který byl součástí [v]ýzev k podání nabídek na [v]eřejnou zakázku jako jejich příloha a který je vedle poptávkového listu rozhodující pro stanovení technických parametrů služeb požadovaných [z]adavatelem v této [v]eřejné zakázce.

I bez uvažování nákladů na zajištění přípojky do lokality ‚B‘, které navíc [z]adavatel vyžaduje do dvojice lokalit (v [p]optávkových listech je u všech služeb uveden explicitní požadavek na redundantní zakončení linky v lokalitách ‚B‘), a i bez ostatních nákladů na nezbytnou infrastrukturu pro poskytování nabídnutých služeb, [s]těžovatel konstatuje, že při použití služeb s přenosovou technologií - metalické vedení je cena nabídnutá [v]ybraným dodavatelem na [v]eřejnou zakázku pod nákladovou cenou (viz výše velkoobchodní ceny služeb od společnosti CETIN), tudíž se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve smyslu § 113 ZZVZ.“

19. K optickému vedení navrhovatel uvádí následující skutečnosti svědčící dle jeho přesvědčení pro mimořádně nízkou nabídkovou cenu vybraného dodavatele: „Stěžovatel jakožto stávající poskytovatel poptávaných služeb pro [z]adavatele, velmi dobře zná situaci na lokalitách ‚A‘, a

¹ tj. vybraný dodavatel – pozn. Úřadu

tudíž může konstatovat, že [v]ybraný dodavatel[] nedisponuje v dotčených lokalitách ‚A‘, ve kterých mají být zřízeny poptávané služby, vlastní či pronajatou optickou infrastrukturou. Dle názoru [s]těžovatele nelze ani předpokládat, že by [v]ybraný dodavatel[] optické vedení na lokalitách ‚A‘ během lhůty na zřízení služeb stanovené v [z]adávací dokumentaci a smlouvě na plnění [v]eřejné zakázky byl schopen zrealizovat. Přestože je objektivně nereálné, aby [v]ybraný dodavatel[] použil tuto přenosovou technologii při poskytování služeb, tak, i pokud by tak nakonec [v]ybraný dodavatel[] učinil, tak by [v]ybraný dodavatel měl objektivně mnohem vyšší jenom samotné náklady na jejich využití (natož, aby měl vůbec nějaký zisk), než je výše nabídkové ceny [v]ybraného dodavatele, kterou nabídnul v rámci [z]adávacího řízení na [v]eřejnou zakázku a která byla [z]adavatelem vybrána jako nejvhodnější, a tudíž by se jednalo o mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve smyslu § 113 ZVZ.“

20. K radiovým spojům uvádí navrhovatel následující skutečnosti svědčící dle jeho přesvědčení pro mimořádně nízkou nabídkovou cenu vybraného dodavatele: „Zadavatel v [z]adávací dokumentaci [v]eřejné zakázky stanovil, že pro služby poskytované s parametrem SLA 99,5 % a vyšším musí být použita technologie pracující na kmitočtech s individuálním oprávněním. To je i případ všech 7 služeb poptávaných v rámci [v]eřejné zakázky. K tomu [s]těžovatel uvádí, že jednorázové náklady na zajištění licence (kmitočtů s individuálním oprávněním) jsou řádově 10 tis. Kč jednorázově a minimálně 400 Kč měsíčně za každý jeden radiový spoj. Tyto náklady se musí projevit ve výši nabídkové ceny na [v]eřejnou zakázku.

Dále [s]těžovatel uvádí, že (je mu známa situace v koncových lokalitách [z]adavatele a také skutečnost, že pro přivedení konektivity do mnoha lokalit ‚A‘ v PL je nutno využít několika skoků) naprostá většina koncových lokalit [z]adavatele, ve kterých mají být služby poskytovány, jsou objekty ve správě jiného právního subjektu veřejné správy, než je koncový uživatel služby uvedený v poptávkovém listu. Dá se předpokládat, že budou-li tyto subjekty postupovat dle zákona a jako správný hospodář, budou požadovat za umístění a napájení infrastruktury [v]ybraného uchazeče (komerčního subjektu) ve svém objektu uhrazení nákladů. Tyto náklady, které musí být rovněž zahrnuty do nabídkové ceny za [v]eřejnou zakázku, činí obvykle cca 500 až 1.500 Kč za měsíc a lokalitu (umístění a napájení rádia).

Dalším výrazným nákladem, který musí být zahrnut do nabídkové ceny na [v]eřejnou zakázku, je pořízení vlastního radiového spoje, jehož pořizovací cena se pohybuje v řádech desítek tisíc Kč.

Nezanedbatelné jsou i jednorázové náklady na instalační projekty, implementační schůzky, provedení instalace a měření, které mají-li být provedeny v souladu s platnou legislativou, budou znamenat zvýšení nákladů jednorázově o řádově jednotky až desítky tisíc Kč na každou jednu lokalitu.

I bez uvažování nákladů na přípojky do lokalit ‚B‘, jejichž souhrnná kapacita v rámci Veřejné zakázky činí 320 Mbps pro každou z dvojice požadovaných zakončení v lokalitách ‚B‘, a ostatních nákladů na nezbytnou infrastrukturu pro poskytování nabídnutých služeb, [s]těžovatel konstatuje, že při použití služeb s přenosovou technologií – radiové spoje je cena nabídnutá [v]ybraným uchazečem na [v]eřejnou zakázku pod nákladovou cenou, tudíž se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve smyslu § 113 ZZVZ.“

21. Navrhovatel dále v námitkách uvádí, že o tom, že nabídková cena vybraného dodavatele je mimořádně nízkou nabídkovou cenou, svědčí i další skutečnosti. Konkrétně poukazuje na to,

že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky poptává kapacitu připojení o cca 50 % vyšší než při dřívějších zadávacích řízeních na služby ETHERNET (v této souvislosti zmiňuje zadávací řízení v roce 2015), a i přes to je nabídková cena vybraného dodavatele téměř o 50 % nižší, než cena veřejné zakázky v roce 2015. Uvedené mělo dle navrhovatele upozornit zadavatele, resp. hodnotící komisi, že se může jednat o mimořádně nízkou nabídkovou cenu.

22. Navrhovatel také poukazuje na rozdíl mezi nabídkovými cenami prvních dvou dodavatelů, tj. vybraného dodavatele a svojí, oproti nabídkové ceně třetího dodavatele v pořadí, která je oproti předchozím dvěma velice odlišná (tj. výrazně vyšší), přičemž tento rozdíl byl dle navrhovatele dalším důvodem, proč měl zadavatel, resp. hodnotící komise posoudit, zda se nejedná u vybraného dodavatele o mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Navrhovatel k tomu dodává, že u jeho nabídky *„nižší nabídková cena je dána tím, že [s]těžovatel má v daných lokalitách již vybudovanou infrastrukturu pro poskytování služeb v požadované kvalitě a rozsahu.“*
23. V další části námitek pak navrhovatel v návaznosti na to, že dle jeho přesvědčení není objektivně možné, aby vybraný dodavatel realizoval předmět veřejné zakázky za nabízenou cenu, uvádí, že pokud nabídka vybraného dodavatele neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, pak je jediným možným vysvětlením to, že *„[v]ybraný dodavatel se svojí nabídkou nesplnil veškeré zadávací podmínky [z]adavatele na [v]eřejnou zakázku a tudíž měl být [v]ybraný dodavatel ze [z]adávacího řízení vyloučen dle § 48 odst. 8 v návaznosti na § 48 odst. 2 písm. a) nebo c) ZZVZ. V takovém případě se ovšem [z]adavatel dopustil toho, že porušil zákonný postup při posouzení nabídek ve smyslu § 121 odst. 1, písm. a) ve spojení s § 39 odst. 4 druhá věta ZZVZ a porušení povinnosti dle § 121 odst. 1, písm. b) týkající se vyloučení účastníků (tedy i [v]ybraného dodavatele) [z]adávacího řízení, u nichž jsou naplněny důvody pro vyloučení podle § 48 odst. 2 ZZVZ, když řádně nabídku [v]ybraného dodavatele neposoudil a [v]ybraného dodavatele ze [z]adávacího řízení nevyločil, ačkoliv tak učinit měl (...).“*
24. Navrhovatel dále uvádí, že pokud nabídka vybraného dodavatele neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, pak *„se lze domnívat, že [v]ybraný dodavatel ve své nabídce (...) použil jako přenosovou technologii a) metalické vedení, když si tuto přenosovou technologii pronajal jako službu od společnosti CETIN, dominantního vlastníka metalického vedení na poptávaných lokalitách, a to jako službu s asymetrickým agregovaným připojením za použití inverzního multiplexu nebo b) radiové spoje s jiným než individuálním oprávněním ČTÚ.“* Navrhovatel dodává, že *„[p]okud by tomu tak bylo“,* tak by vybraný dodavatel nesplnil ve své nabídce veškeré zadávací podmínky (přičemž tuto skutečnost měl zjistit zadavatel při posouzení jeho nabídky, popř. při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 113 zákona), a zadavatel pak porušil zákonný postup tím, že řádně neposoudil nabídku vybraného dodavatele a následně jej nevyločil.
25. Navrhovatel v závěru svých námitek shrnuje, že považuje za prokázané porušení zákona zadavatelem, a to konkrétně porušení postupu podle § 113 zákona při posuzování nabídek, kdy zadavatel neprovedl posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny, *„ačkoliv možnost existence mimořádně nízké nabídkové ceny je objektivně zřejmá (...).“* a zároveň porušení postupu dle § 121 odst. 1 a 2 zákona v návaznosti na ust. § 39 odst. 4 zákona, kdy zadavatel neposoudil řádně nabídku vybraného dodavatele a tohoto následně *„nevyločil z důvodů, že*

nabídka [v]ybraného dodavatele nespĺňuje zadávací dokumentaci nebo neodpovídá skutečnosti.“. Vzhledem k uvedenému navrhovatel žádá, aby zadavatel vyhověl jeho námitkám v plném rozsahu a aby A) zrušil své rozhodnutí o výběru, nechal hodnotící komisi provést nové posouzení nabídek, resp. posouzení podmínek účasti u jednotlivých dodavatelů a následně pokračoval v zadávání veřejné zakázky, to vše v souladu s příslušnými ustanoveními zákona, a to vč. posouzení skutečností uvedených navrhovatelem v námitkách, nebo B) „zrušil [z]adávací řízení na [v]řejnou zakázku.“

III. OBSAH ROZHODNUTÍ O NÁMITKÁCH

26. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách předně uvádí, že rozhodl o odmítnutí námitek navrhovatele a následně rekapituluje obsah podaných námitek, přičemž uvádí, že provedl řádně hodnocení a posouzení nabídky vybraného dodavatele, avšak neidentifikoval důvod pro vyloučení vybraného dodavatele. Dodává, že součástí posouzení nabídky vybraného dodavatele bylo i posouzení možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 113 zákona, přičemž výsledkem vyhodnocení konstantně sledovaných ukazatelů a kritérií byl závěr, že v případě nabídkové ceny vybraného dodavatele neexistuje podezření na mimořádně nízkou nabídkovou cenu.
27. Zadavatel dále předestírá, že za nejvýznamnější ukazatel možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídkách dodavatelů považuje *„porovnání nabídkové ceny dodavatele s výší průměrných cen obdobných služeb, které již byly [c]entrálním zadavatelem v minulosti vysoutěženy a jsou jím, resp. příslušnými koncovými uživateli v současnosti odebírány (...)“*, kterou zadavatel označuje jako tzv. *„průměrnou tržní cenu“*, přičemž toto kritérium dle zadavatele umožňuje zjistit relevantní informaci o cenové hladině, ve které jsou dodavatelé schopni dané služby poskytovat. Zadavatel dodává, že pokud se nabídková cena dodavatele výrazně neodchyluje od průměrné tržní ceny a na přítomnost mimořádně nízké nabídkové ceny nepoukazuje ani některé z podpůrných hledisek, pak není na místě postup dle ust. § 113 odst. 4 zákona a zadavatel není bez existence podezření na přítomnost mimořádně nízké nabídkové ceny povinen *„podrobovat cenovou nabídku dodavatele detailnímu rozkladu na nákladové položky a provádět hodnocení všech dalších v úvahu přicházejících aspektů (pro které notabene bez vyzvání dodavatele k vysvětlení nabídkové ceny ani nemá dostatek podkladů – viz[] např. technologie použita dodavatelem).“*
28. Podle zadavatele v šetřeném případě činila *„průměrná úspora připadající na jednu službu v nabídce [v]ybraného dodavatele při porovnání s [p]růměrnou tržní cenou činí 27,4 %“*, což je dle přesvědčení zadavatele zcela běžná úspora v dané oblasti telekomunikačních služeb, kde průběžně dochází k významnému snižování cenové hladiny. Uvedené zadavatel dokládá poklesem nabídkové ceny i u navrhovatele (o 40 – 50 %) oproti cenám za obdobné služby na shodných lokalitách, se kterými navrhovatel zvítězil v předchozím zadávacím řízení v roce 2016. Zadavatel poukazuje dále na to, že je třeba přihlídnout i k prodloužení celkové doby poskytovaných služeb, která činí 36 měsíců (oproti dříve soutěženým 24 měsícům), což umožňuje snížení průměrné ceny (rozložení nákladů a množstevní slevy).
29. Zadavatel dále uvádí, že při hodnocení nabídek z hlediska možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny podpůrně přihlíží také k výši nabídkových cen jednotlivých dodavatelů podaných při zadávání té konkrétní veřejné zakázky, přičemž v šetřeném případě *„byla v příslušném zadávacím řízení podána taktěž nabídka [s]těžovatele, která byla v obdobné*

cenové hladině jako nabídka [v]ybraného dodavatele, konkrétně byla o cca. 15% vyšší, když uvedenou odchylku lze v oblasti telekomunikačních služeb stále považovat za nikoli významnou (...). V případě dvou nabídek dodavatelů s podobnou nabídkovou cenou, která se významně neodchyluje od [p]růměrné tržní ceny, pak již [c]entrální zadavatel nepřihlíží k nabídce dodavatele třetího v pořadí, která se v uvedeném zadávacím řízení od nabídek prvních dvou dodavatelů v pořadí již relevantně odchylovala.“ Zadavatel dále upozorňuje, že dle jeho názoru nelze jako jedno z hlavních hledisek pro posouzení možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny zohledňovat maximální přípustnou cenu pro hodnocení.

30. Zadavatel dále odmítá argument navrhovatele, kdy tento porovnává nabídkovou cenu vybraného dodavatele v roce 2015 a nabídkové ceny vybraného dodavatele v šetřeném případě, neboť ze strany navrhovatele nebyl reflektován vývoj cen předmětných služeb, ke kterému v mezidobí došlo, a odkazuje na výše zmiňovaný posun cenové hladiny.
31. Zadavatel otázku posouzení možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny uzavírá konstatováním, že *„jím provedené přezkoumání nabídek uchazečů a závěry se zakládají nikoli pouze na subjektivních úvahách Centrálního zadavatele, ale jsou především podloženy objektivními vstupy a konstantním postupem k hodnocení, opírající se o Centrálním zadavatelem průběžně a transparentně prezentovaná kritéria.“*
32. K další části argumentace navrhovatele zadavatel uvádí, že *„z hodnocení a posouzení nabídky [v]ybraného dodavatele (tj. z dokumentace, kterou má [c]entrální zadavatel k dispozici) nevyplýval závěr o tom, že by nabídka [v]ybraného dodavatele nesplňovala zadávací podmínky řízení k zadání [v]eřejné zakázky“,* ať již z hlediska technických nebo jiných parametrů, a odkazuje na svoji předchozí argumentaci, která dle jeho přesvědčení vyvrací podezření na přítomnost mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele. K navrhovatelem tvrzeným jediným dvěma možným východiskům (tj. přítomnost mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele nebo nesplnění zadávacích podmínek ze strany vybraného dodavatele) dodává zadavatel třetí možnou variantu, *„tj. splnění zadávacích podmínek bez nutné přítomnosti MNNC² v nabídce [v]ybraného dodavatele, o kterou se v daném případě na základě dostupných informací (kdy předmět plnění [v]eřejné zakázky nebyl plněn a předán) jedná.“*
33. Zadavatel dále v rozhodnutí o námitkách uvádí, že závěr navrhovatele o objektivně zřejmé přítomnosti podezření na existenci mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele je nepodložený, a opakuje, že vzhledem k absenci podezření nebyl povinen postupovat dle § 113 odst. 4 zákona a požadovat po vybraném dodavateli písemné vysvětlení nabídky.
34. Zadavatel uvádí, že *„odmítá argumentaci [s]těžovatele opírající se o rámcové vyčíslení, dle jeho názoru obligatorních nákladových položek vznikajících dodavatelům v případě poskytování služeb, které jsou předmětem [v]eřejné zakázky, neboť tuto nepovažuje s ohledem na výše popsané skutečnosti za relevantní. Centrální zadavatel nebyl v daném případě (kdy objektivně nevzniklo podezření na přítomnost MNNC v nabídce některého z dodavatelů) povinen podrobovat nabídky dodavatelů takto detailnímu rozboru. Nad rámec toho k uvedené části argumentace [s]těžovatele uvádí, že řada jím tvrzených nákladových*

² mimořádně nízké nabídkové ceny – pozn. Úřadu

položek je spekulativní, nepodložená a nelze mít vždy za to, že takové náklady bude [v]ybraný dodavatel nucen při plnění [v]eřejné zakázky vynaložit. Ve vztahu k argumentaci [s]těžovatele vztahující se ke skutečností svědčícím o přítomnosti MNNC v případě použití technologie optického vedení [v]ybraným dodavatelem [c]entrální zadavatel taktéž upozorňuje, že tato obsahuje pouze neurčité tvrzení o tom, že by „[v]ybraný dodavatel měl objektivně mnohem vyšší jenom samotné náklady na jejich využití, než je výše nabídkové ceny [v]ybraného dodavatele“, které však [s]těžovatel objektivními skutečnostmi nedokládá.“

35. V další části rozhodnutí o námitkách zadavatel uvádí, že neshledal důvody pro přijetí jakéhokoliv z navrhovatelem navrhaných nápravných opatření, neboť námitky navrhovatele nepovažuje za důvodné a oprávněné.
36. Zadavatel uzavírá rozhodnutí o námitkách konstatováním, že jeho postupem při zadávání veřejné zakázky nedošlo k porušení zákona a že může pokračovat v zadávání, aniž by tím porušil § 6 či jiné ustanovení zákona. Současně uvádí, že přezkoumal námitky jednotlivě i v celkovém kontextu, „*příčemž neshledal důvod k přijetí jakéhokoli nápravného opatření.*“

IV. OBSAH NÁVRHU

37. Navrhovatel předně v návrhu vyjadřuje své přesvědčení, že zadavatel při posouzení nabídky vybraného dodavatele, resp. při výběru dodavatele, postupoval v rozporu se zákonem, neboť ve vztahu k vybranému dodavateli byly naplněny zákonné důvody pro jeho vyloučení, přičemž toto pochybení podstatně ovlivnilo rozhodnutí o výběru dodavatele a působí navrhovateli vážnou újmu, neboť mu, jako dodavateli, který podal druhou nejvhodnější nabídku, znemožňuje uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a její následnou realizaci.
38. Navrhovatel namítá, že zadavatel porušil zákonný postup, když neposoudil nabídkovou cenu vybraného dodavatele z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny. Dle navrhovatele je nabídková cena vybraného dodavatele ve vztahu k předmětu veřejné zakázky mimořádně nízkou nabídkovou cenou a zadavatel se měl otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny u vybraného dodavatele v souladu s ust. § 113 zákona zabývat, tedy zejména vyžádat si od vybraného dodavatele písemné zdůvodnění jím podané nabídkové ceny a až následně rozhodnout buď o vyloučení vybraného dodavatele, či o výběru dodavatele. Tato povinnost nebyla dle navrhovatele ze strany zadavatele řádně splněna. Navrhovatel k tomu odkazuje na příslušnou část námitek.
39. Navrhovatel dále namítá, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem při posuzování nabídky a vyloučení účastníku dle § 121 zákona, neboť dle jeho přesvědčení pokud se v případě nabídkové ceny vybraného dodavatele nejedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, pak vybraný dodavatel „*svojí nabídkou nesplnil veškeré zadávací podmínky [z]adavatele na [v]eřejnou zakázku a tudíž měl být [v]ybraný dodavatel ze [z]adávacího řízení vyloučen (...).*“. V takovém případě se zadavatel dle navrhovatele dopustil porušení zákonného postupu při posouzení nabídek „*a porušení povinnosti dle § 121 odst. 1[] písm. b) týkající se vyloučení účastníků (...) Zadávacího řízení, u nichž jsou naplněny důvody pro vyloučení podle § 48 odst. 2 ZZVZ, když řádně nabídku [v]ybraného dodavatele neposoudil a [v]ybraného dodavatele ze [z]adávacího řízení nevyločil, ačkoliv tak učinit měl (...).*“ Pro další argumentaci navrhovatel odkazuje na příslušnou pasáž svých námitek.

40. Navrhovatel dále namítá, že zadavatel nepřijal nápravné opatření ani na základě oprávněných námitek a dále porušil i zákonný postup, neboť námitky nevyřídil v souladu s § 245 odst. 1 zákona řádně, když se nedostatečně vypořádal, resp. vůbec nevypořádal s některými tvrzeními navrhovatele. Dle navrhovatele se zadavatel nedostatečně vypořádal s argumentem, zda vybraný dodavatel splnil veškeré zadávací podmínky, a vůbec se nevypořádal s výpočtem „finanční úspory“ u konkrétního koncového uživatele, s podrobnými argumenty vztahujícími se k výpočtu reálných nákladů dodavatelů služeb a s argumentem navrhovatele vztahujícím se k tomu, proč je jeho nabídková cena tak nízká.
41. Dále v návrhu se navrhovatel vyjadřuje k jednotlivým skutečnostem, které zadavatel uvedl v rozhodnutí o námitkách. Předně vyjadřuje nesouhlas s tvrzením zadavatele, že se u vybraného dodavatele *„nejednalo o objektivně zřejmou přítomnost podezření na mimořádně nízkou nabídkovou cenu (...)“* a že tedy zadavatel nebyl povinen postupovat dle § 113 odst. 4 zákona, a setrvává na svém přesvědčení, že zadavatel neprovedl řádné hodnocení a posouzení nabídky vybraného dodavatele. Odmítá tvrzení zadavatele, že by průměrná tržní cena byla jediným určujícím kritériem, které by měl zadavatel použít pro možnost zjištění mimořádně nízké nabídkové ceny, a rozporuje zadavatelem uváděné výpočty týkající se finanční úspory. Dle navrhovatele je při výpočtu průměrné tržní ceny porovnávána nabídková cena vybraného dodavatele *„s výší průměrných cen obdobných služeb všech koncových uživatelů (...)“*, nikoliv s cenami dříve vysoutěženými pro daného koncového uživatele, což dle navrhovatele není úplně špatně, ale za vhodnější považuje právě variantu reflektující ceny dříve vysoutěžené pro konkrétního uživatele, neboť tyto ceny mohou být z mnoha důvodů odlišné.
42. Na podporu svých tvrzení navrhovatel předkládá tabulku, v níž porovnává např. původní a nové ceny u koncových uživatelů a u koncového uživatele v šetřené veřejné zakázce a podle které je rozdíl mezi průměrnou měsíční cenou původních služeb a „nových“ služeb u koncového uživatele v šetřené veřejné zakázce 54 %, což je více než zadavatelem uváděný posun cenové hladiny (přičemž současně došlo v případě šetřené veřejné zakázky k výraznému nárůstu kapacity poptávaných služeb). Uvedené pak dle navrhovatele poukazuje na možnost existence mimořádně nízké nabídkové ceny. Navrhovatel dodává, že i z hlediska průměrné tržní ceny měl zadavatel dospět k závěru, že u nabídkové ceny vybraného dodavatele existuje možnost mimořádně nízké nabídkové ceny.
43. Navrhovatel odmítá tvrzení zadavatele o tom, co lze dle zadavatele považovat za běžnou úsporu v telekomunikacích, a vyjadřuje nesouhlas s postupem zadavatele, který pro zjištění možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny přihlíží k výši cenových nabídek pouze prvního a druhého dodavatele v pořadí a k cenové nabídce třetí v pořadí vůbec nepřihlédl, neboť takový postup zadavatele považuje za nezákonný. Navrhovatel dodává, že rozdíl mezi nabídkovou cenou vybraného dodavatele a dodavatele třetího v pořadí činil 65 %, přičemž i uvedené jej tedy mělo vést k tomu, aby postupoval dle § 113 odst. 4 zákona.
44. Navrhovatel uvádí, že zadavatel pro zjištění existence mimořádně nízké nabídkové ceny nevyužívá veškerých možných vstupů, nebo tyto nesprávně aplikuje, příp. dojde k nesprávnému výsledku u daného kritéria. Dále navrhovatel poukazuje na to, že v minulosti stejným způsobem napadl rozhodnutí zadavatele o výběru v případě jiné veřejné zakázky a na základě těchto námitek bylo předmětné rozhodnutí zrušeno a došlo k novému

posouzení cenové nabídky účastníků zadávacího řízení, což vede navrhovatele k otázce, zda zadavatel postupuje konstantně a transparentně.

45. Dále v návrhu navrhovatel uvádí, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, tedy pokud by dospěl k závěru, že nabídková cena vybraného dodavatele obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, pak by v té souvislosti mohl dospět i k tomu, že nabídka vybraného dodavatele nesplňuje zadávací podmínky, a dále dodává, že opatření týkající se kontroly plnění požadavků zadávací dokumentace při poskytování služby je dobrým krokem, nicméně se jedná o postup ex post, který již nemá vliv na výsledek zadávání veřejné zakázky, resp. na výběr dodavatele.
46. Navrhovatel odmítá tvrzení zadavatele o tom, že skutečnosti týkající se obligatorních nákladových položek vznikajících dodavatelům jsou nerelevantní a odvolává se na své bohaté profesní zkušenosti, a dodává, že se uvedenými skutečnostmi měl zadavatel řádně vypořádat v rozhodnutí o námitkách, což neučinil. K otázce optického vedení pak doplňuje, že pro povědomí o skutečnosti, že vybudování optického vedení není jednoduchou a levnou záležitostí a že samotné náklady by byly vyšší než nabídková ceny vybraného dodavatele, nemusí být osoba profesionálem v oboru. Navrhovatel opakovaně poukazuje na to, že v jiném případě zadavatel totožné argumenty akceptoval, jak již bylo uvedeno výše.
47. Dále navrhovatel dodává, že postupy, které „*teré měl [z]adavatel učinit v souladu s ustanovením § 113 odst. 4 ZZVZ resp. v souladu s ustanovením § 121 odst. 1, písm. a) ve spojení s § 39 odst. 4 druhá věta ZZVZ*“ má zadavatel učinit nejen ve vztahu k vybranému dodavateli, ale také k navrhovateli.
48. V další části návrhu navrhovatel uvádí, že má za prokázané, že zadavatel (1) „*při posuzování nabídek v rámci [z]adávacího řízení na [v]eřejnou zakázku (...) neprovedl posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny, ačkoliv možnost existence mimořádně nízké nabídkové ceny je objektivně zřejmá*“, (2) „*při posuzování nabídek v rámci [z]adávacího řízení na [v]eřejnou zakázku (...) řádně neposoudil nabídku [v]ybraného dodavatele a dále [v]ybraného dodavatele nevyločil z důvodů, že nabídka [v]ybraného dodavatele nesplňuje zadávací dokumentaci nebo neodpovídá skutečnosti*“, a (3) řádně nevyřídil námitky ve smyslu § 245 odst. 1 zákona. Vzhledem k uvedenému navrhuje, aby Úřad zrušil oznámení o výběru nebo zrušil zadávání předmětné veřejné zakázky.
49. Navrhovatel pak současně s návrhem na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele žádá Úřad, aby nařídil zadavateli „*předběžné opatření spočívající v zázku uzavřít smlouvu v [z]adávacím řízení (...)*“.

V. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

50. Úřad obdržel návrh dne 2. 3. 2018 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
51. Účastníky řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,

- vybraný dodavatel.

52. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0087/2018/VZ-06648/2018/523/LSt ze dne 6. 3. 2018.
53. Dne 12. 3. 2018 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky vyjádření zadavatele č. j. MV-23132-44/KAP-2018 z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele“) a dokumentaci.

Vyjádření zadavatele

54. Zadavatel předně ve svém vyjádření odkazuje na rozhodnutí o námitkách a žádá, aby Úřad vycházel výhradně z textace tohoto rozhodnutí, neboť citace uvedené navrhovatelem v návrhu nejsou dle zadavatele zařazeny do kontextu a jsou účelově interpretovány.
55. K argumentaci navrhovatele zadavatel uvádí, že opětovně odmítá tvrzení o tom, že by se po ukončení elektronické aukce nezabýval posouzením možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 113 zákona a dodává, že se uvedeným zabýval velice podrobně a po vyhodnocení konstantně sledovaných kritérií dospěl k závěru, že žádná z nabídek dodavatelů nepředstavuje potenciální riziko přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny. K uvedenému závěru pak zadavatel odkazuje na odůvodnění obsažené v rozhodnutí o námitkách, ze kterého dle jeho přesvědčení vyplývá, že *„nemá důvod se domnívat (...), že [v]ybraný dodavatel nebude schopen předmět plnění za jím nabídnutou cenu poskytnout, a tedy se nejedná o MNNC.“*
56. Zadavatel nadále odmítá navrhovatelem uváděné varianty, že nabídková cena vybraného dodavatele buď představuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, nebo vznikla jako důsledek toho, že nabídka vybraného dodavatele nesplňuje zadávací podmínky veřejné zakázky, neboť se nejedná o jediné dvě možnosti, a dodává, že nabídková cena vybraného dodavatele se neodchyluje od průměrné tržní ceny natolik, aby založila důvodné podezření o možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny v jeho nabídce.
57. Tvrzení o nesplnění zadávacích podmínek ze strany vybraného dodavatele pak zadavatel označuje za účelové, nedůvodné a obecné, které je založeno pouze na závěru, že nabídka vybraného dodavatele představuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a dodává, že na základě jemu dostupných podkladů nemá důvod takový závěr učinit.
58. Zadavatel dále vyjadřuje své přesvědčení, že se dostatečně vypořádal se všemi tvrzeními obsaženými v námitkách navrhovatele, k čemuž pak např. dodává, že ve vztahu k „výpočtům finanční úspory“ a „výpočtům objektivně reálných nákladů“ se vypořádal *„včetně konkrétního přezkumu relevance jednotlivých [n]avrhovatelem tvrzených nákladů účastníků. (...) zadavatel přistoupil k hodnocení jednotlivých [n]avrhovatelem tvrzených nákladových výdajů [v]ybraného dodavatele, když zde byl [c]entrální zadavatel nucen konstatovat, že řada z [n]avrhovatelem tvrzených položek je spekulativních, neboť [n]avrhovatel ani [c]entrální dodavatel nemají informaci o tom, jakou technologii hodlá [v]ybraný dodavatel pro plnění [v]eřejné zakázky použít a především řada nákladových položek nemusí dodavateli vůbec vzniknout, což [c]entrální zadavatel výslovně konstatoval (k tomu viz[] bod 20. [r]ozhodnutí o námitkách). U části tvrzení [n]avrhovatele pak [c]entrální zadavatel po jejich vyhodnocení namítl jejich obecnost (...).“*
59. Zadavatel dále odmítá, že by uvedl, že průměrná tržní cena je jediným kritériem, které při hodnocení možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny hodnotí, neboť

v samotném rozhodnutí o námitkách výslovně uvádí další sledované kritérium, kterým je srovnání nabídkových cen podaných ostatními účastníky. Zadavatel dále odmítá i argument navrhovatele, že by průměrná tržní cena měla být přizpůsobována pro daného koncového uživatele a dodává, že navrhovatel blíže nerozvedl, proč by měl mít konkrétní koncový uživatel odlišné podmínky pro poskytování předmětných služeb. Nadto dodává, že takto získané závěry by byly nepřesné, neboť by u řady koncových uživatelů nebyl k dispozici dostatek referenčních dat. Dodává, že průměrná tržní cena je stanovována toliko pro konkrétní typ služby a její kapacitu pro celou Českou republiku (a samostatně pro hlavní město Prahu) a je také výrazně přesnější. Pokles cenové hladiny v období let 2016 a 2017 zadavatel dokládá svojí tabulkou a dodává, že není zřejmé, z jakých dat vycházel navrhovatel při určování cenových hladin a které konkrétní služby do své tabulky zařadil. Zadavatel dále ve vyjádření rozporuje i další závěry navrhovatele ve vztahu k poklesu cenových hladin, přičemž zejména zdůrazňuje, že v šetřeném případě se nabídková cena vybraného dodavatele odchyluje od průměrné tržní ceny cca o 27 %.

60. Zadavatel dále uvádí, že v rozhodnutí o námitkách odůvodnil svůj postup, kdy nepřihlédl při použití kritéria „výše nabídek podaných do konkrétního zadávacího řízení“ k další cenové nabídce třetí v pořadí. Důvodem bylo to, že se nabídky prvních dvou uchazečů výrazně neodchylovaly od průměrné tržní ceny, kdežto nabídka třetího uchazeče v pořadí se pohybovala výrazně nad cenovou hladinou určenou tímto kritériem. Dle zadavatele je přitom třeba uvedenou odchylku ceny třetího uchazeče v pořadí posuzovat právě s ohledem na standardní cenovou hladinu. Zadavatel připouští i tu možnost, že by mimořádně nízká nabídková cena mohla existovat u nabídek všech dodavatelů, nicméně tento závěr by musel být odůvodněn tím, že by se jejich nabídkové ceny pohybovaly výrazně pod průměrnou tržní cenou, což však v šetřeném případě nenastalo.
61. Dle zadavatele navrhovatel nepochopil jeho argumentaci související s poklesem cenové hladiny služeb, neboť nikdy netvrdil, že by pokles cenové hladiny služeb, které jsou předmětem veřejné zakázky, činil 24 %. Tento pokles je dle vyjádření zadavatele výrazně vyšší, cca o 50 % u všech dodavatelů. Proto pokud se nabídková cena vybraného dodavatele liší od průměrné tržní ceny o 27 %, nejedná se o natolik významnou odchylku nabídkové ceny, která by založila podezření na mimořádně nízkou nabídkovou cenu.
62. Zadavatel uzavírá, že k provedení posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny byly použity objektivní vstupy, na jejichž základě dospěl ke správným výsledkům.
63. K argumentu navrhovatele, že při zadávání obdobné veřejné zakázky zadavatel postupoval jinak, tento uvádí, že se jednalo o dvě zcela rozdílné situace, kdy v navrhovatelem zmiňovaném případě činila odchylka nabídkové ceny vybraného dodavatele od průměrné tržní ceny více než 50 %, přičemž tato skutečnost založila zadavateli důvodné podezření na možnou přítomnost mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele a na základě toho zadavatel vyzval dodavatele k vysvětlení nabídkových cen. Zadavatel dodává, že postupuje konstantně a transparentně, neboť aplikuje stejná pravidla pro posuzování odchylek nabídkových cen.
64. Zadavatel opakovaně dodává, že postupovat podle § 113 odst. 4 zákona je povinen pouze v případě odůvodněného podezření na možnou přítomnost mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele, kteréžto mu z popsanych důvodů nevzniklo. Dále

uvádí, že stejně neurčitý způsob argumentace jako u obligatorních nákladů u technologie optického vedení navrhovatel použil i ve vztahu k ostatním jím tvrzeným obligatorním nákladům.

65. Zadavatel uzavírá, že vzhledem k uvedenému nespátřuje žádný důvod k nařízení jakéhokoliv nápravného opatření a navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl.

Další průběh správního řízení

66. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0087/2018/VZ-07846/2018/523/LSt ze dne 19. 3. 2018 určil zadavateli lhůtu k podání informace Úřadu o dalších úkonech provedených při zadávání veřejné zakázky a k zaslání příslušné dokumentace případně pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
67. Dne 19. 3. 2018 obdržel Úřad přípis zadavatele, v jehož příloze doložil pověření zadavatele pro Ing. Jiřího Koldu ze dne 29. 11. 2017.
68. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0087/2018/VZ-09068/2018/523/VHm ze dne 23. 3. 2018 Úřad zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření.
69. Usnesením č. j. ÚOHS-S0087/2018/VZ-09314/2018/523/VHm ze dne 28. 3. 2018 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Žádný z účastníků řízení se ve stanovené lhůtě (ani později) již nevyjádřil.
70. Dne 4. 4. 2018 umožnil Úřad navrhovateli nahlédnout do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0087/2018/VZ.

VI. ZÁVĚRY ÚŘADU

71. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, a to zejména obdržené dokumentace rozhodl o tom, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem při vyřizování námitek navrhovatele, a proto přistoupil ke zrušení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

72. Úřad se před zkoumáním samotného postupu zadavatele v předmětném správním řízení nejprve zabýval otázkou, zda zadavatel naplňuje definici zadavatele podle zákona.
73. Podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona je veřejným zadavatelem Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele.
74. Ministerstvo vnitra, které bylo zřízeno zákonem č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů, je dle ust. § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, organizační složkou státu, a tudíž je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) zákona, protože se na něj vztahuje zákon, a to ustanovení platná pro veřejné zadavatele.

Relevantní ustanovení zákona

75. Podle § 113 odst. 1 zákona provede zadavatel posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny před odesláním oznámení o výběru dodavatele.

76. Podle § 113 odst. 4 zákona požádá zadavatel účastníka zadávacího řízení o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. Žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny se považuje za žádost podle § 46 zákona, lze ji doplňovat a vznést opakovaně. V žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny musí zadavatel požadovat, aby účastník zadávacího řízení potvrdil, že
- a) při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a
 - b) neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu.
77. Podle § 113 odst. 6 zákona zadavatel posoudí objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Zadavatel účastníka zadávacího řízení vyloučí, pokud z objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyplývá, že
- a) nabídková cena je mimořádně nízká nabídková cena z důvodu porušování povinností uvedených v § 113 odst. 4 písm. a) zákona,
 - b) nabídková cena je mimořádně nízká z důvodu veřejné podpory a účastník zadávacího řízení není schopen na výzvu zadavatele prokázat, že veřejná podpora byla poskytnuta v souladu s předpisy Evropské unie; jestliže je účastník zadávacího řízení vyloučen z tohoto důvodu, informuje zadavatel o této skutečnosti Evropskou komisi, nebo
 - c) neobsahuje potvrzení skutečností podle § 113 odstavce 4 zákona.
78. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma.
79. Podle § 242 odst. 2 zákona námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.
80. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
81. Podle § 263 odst. 1 zákona Úřad není vázán návrhem, pokud jde o ukládané nápravné opatření.
82. Podle § 263 odst. 5 zákona je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách; v takovém případě platí, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Tyto nové námitky nemůže zadavatel odmítnout jako opožděné.

Obecně k požadavkům kladeným na rozhodnutí o námitkách

83. Úřad v obecné rovině uvádí, že námitky jako procesní institut představují primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň své rozhodnutí odůvodnit v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby bylo zpětně přezkoumatelné. Úřad v této souvislosti odkazuje na ustálenou judikaturu (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010), dle které požadavek transparentnosti „*není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.*“ Tato povinnost zadavatele je pak v § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem na to, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedeným.
84. Přímo ze zákonného ustanovení tedy plyne, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno např. považovat obecné konstatování, že se namítaného pochybení zadavatel nedopustil, a námitky proto neshledává relevantní. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele, a to v tom smyslu, že musí (konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem) odůvodnit, proč argumentaci stěžovatele pokládá za nesouvisející, resp. lichou.
85. Úřad pokládá za potřebné zároveň vyjasnit, že uvedené nároky, které jsou na vyřízení námitek zákonem kladeny, byť by se mohly na první pohled jevit jako přísné, nejsou ve vztahu k zadavateli nikterak nespravedlivé. Je totiž třeba předně vycházet z toho, že primárním účelem regulace zadávání veřejných zakázek je ochrana prostředků, které jsou prostřednictvím veřejných zakázek vynakládány, a to především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, na jejichž základě jsou veřejné zakázky plněny, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Má-li zadavatel (právě za účelem ochrany hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s takto vydávanými prostředky) zákonem stanovenou obecnou povinnost zadávat veřejné zakázky prostřednictvím v zákoně upravených zadávacích řízení nebo je zadávat zvláštním postupem podle zákona, tedy např. na základě rámcové dohody postupem podle části šesté hlavy II zákona nebo v dynamickém nákupním systému podle části šesté hlavy III zákona (nelze-li na danou veřejnou zakázku vztáhnout některou ze zákonem definovaných výjimek z této povinnosti) a je-li zadavatel zároveň osobou odpovědnou za zákonný průběh daného zadávacího řízení (zvláštního postupu), není ničeho nepřiměřeného na tom, aby měl zároveň povinnost k námitce stěžovatele svůj postup relevantním způsobem odůvodnit. Jinými slovy řečeno, je-li zadavatel ve své smluvní volnosti zákonem omezen v tom smyslu, že k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku může obecně přistoupit toliko na základě formalizovaného postupu, který musí vyhovět zákonem stanoveným podmínkám, musí na každý svůj krok v zadávacím řízení (zvláštním postupu) nahlížet též z toho pohledu, zda je v souladu se zákonem. Za takového stavu věci nemůže pro zadavatele představovat žádný problém své úvahy, na základě kterých dospěl k závěru, že postupuje v souladu se zákonem, stěžovateli sdělit. Navíc je právě férový (transparentní) takový postup zadavatele, kdy obdrží-li výtky dodavatele, bude na ně reagovat tak, že se s nimi srozumitelně a jasně vypořádá. To

implikuje, že zareaguje na všechny vznesené argumenty a např. uvede, proč je nepovažuje za legitimní. Právě to je základním smyslem řízení o námitkách. Postup, kdy dodavatel vznesl řadu argumentů, pro které považuje postup zadavatele za nezákonný, a zadavatel část z nich ignoruje či na konkrétní argumenty reaguje nedůvodně jen povšechně, aniž by vysvětlil, proč tato námitka není důvodná, nemůže být v souladu se zákonem.

86. Lze tedy uzavřít, že každý dodavatel pohybující se na relevantním trhu má právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení a právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se u něj dotčený uchazeč neúspěšně bránil námitkami dle zákona (k tomuto závěru srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 50/2006-137 ze dne 29. 4. 2008). Právě k plnohodnotnému naplnění tohoto práva pak směřuje úprava obsažená v § 245 odst. 1 zákona a v § 263 odst. 5 zákona. Jestliže stěžovatel podá zadavateli námitky, musí se jimi zadavatel zabývat s veškerou pečlivostí. Je tomu tak především proto, že prostřednictvím rozhodnutí o námitkách zadavatel stěžovatele seznamuje se svým pohledem na stěžovatelem vznesené argumenty, což může mít zásadní význam pro rozhodnutí stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zejména též o tom, zda bude proti postupu zadavatele, který jeho námitky odmítl, brojit návrhem u Úřadu či nikoliv. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou pak z povahy věci skutečnosti uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách významným podkladem pro náležitou formulaci a odůvodnění takového návrhu. V situaci, kdy zadavatel svůj postup (zpochybňovaný podanými námitkami) konkrétním způsobem nezdůvodňuje, je stěžovatel, chce-li hájit své právo na transparentní postup zadavatele, de facto nucen podávat návrh k Úřadu (příčemž nelze přehlížet, že s jeho podáním je spojena i povinnost složit peněžitou kaucí) toliko na základě svých domněnek, tj. aniž by znal argumentaci, na jejímž základě zadavatel pokládá jeho tvrzení za nesprávná či irelevantní.
87. Se zřetelem na vše shora uvedené tedy Úřad předně přikročil k posouzení toho, zda rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele ob stojí v testu zákonnosti ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, tedy, zda se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem v nich uvedených, resp. zda není rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelné. Úřad v uvedeném smyslu porovnal námitky s rozhodnutím o námitkách a dále shrnuje jednotlivé konkrétní aspekty námitek, přičemž je porovnává s obsahem rozhodnutí o námitkách.

Ke zrušení rozhodnutí o námitkách

88. Úřad na tomto místě předně konstatuje, že zadavatel námitky navrhovatele částečně vypořádal. Nelze však odhlédnout od toho, že zadavatel nejenže část námitek vypořádal ve velmi obecné rovině, ale k některým namítaným skutečnostem se nevyjádřil prakticky vůbec, případně ve své odpovědi zadavatel formuluje pouze velmi obecně, že argumentaci stěžovatele odmítá, aniž by bylo jasné, o jaké konkrétní důvody zadavatel toto konstatování opírá.
89. Všechny nevypořádané, resp. pouze částečně vypořádané námitky se vztahují k možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele. Úřad proto v první řadě poukazuje na to, že zadavatel se v zadávacích podmínkách šetřené veřejné zakázky zavázal k postupu podle § 113 zákona, když ve výzvě k podání aukčních hodnot vymezil, že snižování nabídkové ceny účastníků je omezeno ust. § 113 zákona (viz k tomu

bod 7. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž za takové situace je pak povinen se k námitkám namítajícím možnou existenci mimořádně nízké nabídkové ceny přezkoumatelně vyjádřit, nebo pokud tak bez dalšího učinit nemůže, se těmito zabývat.

K námitce týkající se nákladů vybraného dodavatele spojených s realizací služeb poptávaných v rámci veřejné zakázky

90. Navrhovatel úvodem této námítky uvádí, že není možné zajistit poskytování služeb, které jsou předmětem veřejné zakázky za ceny, které nabídl vybraný dodavatel, při použití některé z přenosových technologií, které centrální zadavatel vymezil v zadávacích podmínkách k plnění veřejné zakázky, aniž by se jednalo na straně vybraného dodavatele o mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Následně uvádí k přenosové technologii metalické vedení, že tuto by si vybraný dodavatel zřejmě zajistil jako službu od společnosti CETIN, přičemž i cena za jednu přípojku (vybraný dodavatel v šetřeném případě potřebuje pro plnění veřejné zakázky dvě přípojky) by byla za výrazně vyšší cenu než je průměrná nabídková cena vybraného dodavatele. K přenosové technologii optické vedení navrhovatel uvádí, že vybraný dodavatel nedisponuje vlastní či pronajatou infrastrukturou v předmětných lokalitách a současně nelze předpokládat ani to, že by byl schopen optické vedení ve stanovené lhůtě zrealizovat. K přenosové technologii radiové spoje pak navrhovatel v námitkách vyčísluje konkrétní jednorázové a měsíční náklady, na základě kterých uzavírá, že cena nabídnutá vybraným dodavatelem by při využití této přenosové technologie byla pod nákladovou cenou (viz k tomu blíže bod 16. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Navrhovatel tedy v námitce vyjadřuje konkrétní pochybnosti ke třem v úvahu přicházejícím způsobům realizace předmětu plnění.
91. K tomu Úřad uvádí, že uvedená námitka navrhovatele je jednoznačná a srozumitelná. Poukazuje na konkrétní skutečnosti, tedy na konkrétní náklady (resp. časové hledisko), související s tím, aby vybraný dodavatel vůbec mohl zajistit poptávané služby způsobem, který si zadavatel vymezil, a poukazuje také na důsledek, který z těchto skutečností vyplývá, totiž na pochybnost o tom, zda nabídková cena vybraného dodavatele není mimořádně nízkou nabídkovou cenou.
92. Podle názoru Úřadu se zadavatel v rozhodnutí o námitkách s touto námitkou jako celkem vypořádal pouze obecným sdělením, když pouze obecně konstatoval, že *„odmítá argumentaci [s]těžovatele opírající se o rámcové vyčíslení, dle jeho názoru obligatorních nákladových položek vznikajících dodavatelům v případě poskytování služeb, (...) neboť tuto nepovažuje s ohledem na výše popsané skutečnosti za relevantní“* s dovětkem, že nebyl povinen podrobovat nabídky dodavatelů takto detailnímu rozboru, čímž tuto námitku fakticky pominul, resp. zcela pominul podstatu této námítky navrhovatele. Dále v této souvislosti zadavatel konstatoval, že *„k uvedené části argumentace [s]těžovatele uvádí, že řada jím tvrzených nákladových položek je spekulativní, nepodložená a nelze mít vždy za to, že takové náklady bude [v]ybraný dodavatel nucen při plnění [v]eřejné zakázky vynaložit.“* I zde se jedná ryze o obecná sdělení, kdy zadavatel nespécifikuje žádné konkrétní položky, které považuje za spekulativní a nepodložené, přičemž ani blíže neodůvodňuje, proč považuje některé položky za spekulativní a nepodložené, a dále neuvádí ani žádnou argumentaci ve vztahu ke svému tvrzení, že nelze mít vždy za to, že takové náklady bude nucen vybraný dodavatel při plnění veřejné zakázky vynaložit.

93. V rozhodnutí o námitkách zadavatel dále ve vztahu k přenosové technologii optického vedení uvedl, že „*k argumentaci [s]těžovatele vztahující se ke skutečností svědčícím o přítomnosti MNNC v případě použití technologie optického vedení [v]ybraným dodavatelem [c]entrální zadavatel taktéž upozorňuje, že tato obsahuje pouze neurčité tvrzení o tom, že by [v]ybraný dodavatel měl objektivně mnohem vyšší jenom samotné náklady na jejich využití, než je výše nabídkové ceny [v]ybraného dodavatele, které však [s]těžovatel objektivními skutečnostmi nedokládá.*“ K tomu Úřad uvádí, že zadavatel vůbec nereagoval na převážnou část této námítky, resp. zcela pominul podstatu této námítky navrhovatele, neboť argumentace navrhovatele směřovala primárně k tomu, že vybraný dodavatel nedisponuje vlastní či pronajatou infrastrukturou pro přenosovou technologii optického vedení, přičemž současně nelze předpokládat, že by během lhůty na zřízení služeb byl schopen optické vedení vybudovat.
94. Úřad konstatuje, že odůvodnění rozhodnutí o námitkách tak v této části nelze považovat za podrobné vyjádření se ke konkrétní námitce stěžovatele, k čemuž Úřad uvádí následující.
95. Zadavatel v zadávacích podmínkách vymezil, že pro plnění veřejné zakázky je možno použít tři konkrétní technologie, a to metalické vedení, kdy však nelze využít agregované a asymetrické linky prostřednictvím inverzního multiplexu, dále optické vedení, nebo radiové spoje, kdy pro služby s parametrem SLA 99,5 % a vyšším musí být použita technologie pracující na kmitočtech s individuálním oprávněním (technologie pracující v pásmech se všeobecným oprávněním je povoleno používat pouze pro služby s parametrem SLA nižším než 99,5 % s výjimkou technologie WiFi v pásmu 2,4GHz a 5GHz).
96. Ke každé z těchto technologií pak navrhovatel uvedl v námitkách konkrétní skutečnosti. K přenosové technologii metalické vedení např. uvedl, že tuto by si vybraný dodavatel zřejmě zajistil jako službu od společnosti CETIN, přičemž cena za jednu přípojku o nižší kapacitě připojení činí dle veřejně dostupného ceníku 5 000,- Kč bez DPH měsíčně, přičemž vybraný dodavatel v šetřeném případě potřebuje pro plnění veřejné zakázky dvě přípojky s vyšší kapacitou připojení, tudíž lze předpokládat, že jen měsíční cena za jednu přípojku by byla výrazně vyšší cenu než je průměrná nabídková cena vybraného dodavatele (která činí 2 777,- Kč bez DPH měsíčně), k čemuž dodal, že levnější produkty od společnosti CETIN nelze použít, neboť tyto již neodpovídají požadavkům stanoveným v zadávacích podmínkách. U přenosové technologie optické vedení pak navrhovatel uvedl, že je mu známo, že vybraný dodavatel nedisponuje vlastní či pronajatou infrastrukturou v předmětných lokalitách, přičemž nelze předpokládat ani to, že by byl schopen optické vedení během lhůty stanovené v zadávacích podmínkách na zřízení služeb zrealizovat. K přenosové technologii radiové spoje pak navrhovatel v námitkách vyčísluje konkrétní jednorázové náklady (zajištění licence – řádově 10 000,- Kč, pořízení vlastního radiového spoje – řádově desítky tisíc Kč) a měsíční náklady (minimálně 400,- Kč měsíčně za každý jeden spoj a dále náklady spojené s umístěním a napájením infrastruktury cca 500,- Kč – 1 500,- Kč za měsíc a lokalitu), na základě kterých uzavírá, že cena nabídnutá vybraným dodavatelem by při využití této přenosové technologie byla pod nákladovou cenou.
97. Úřad uvádí, že s takto konkrétními tvrzeními navrhovatele má být spojena i konkrétní argumentace zadavatele, a nikoliv jen obecná tvrzení např. o tom, že částky jsou spekulativní a nepodložené. Argumentace zadavatele by pak měla být na něčem založena, např. pokud se v šetřeném případě zadavatel neztotožňuje s navrhovatelem uvedeným vyčíslením nákladů,

pak může předložit vlastní relevantní výpočty, případně se může jasně a srozumitelně vyjádřit k tomu, které konkrétní položky uvedené navrhovatelem považuje za spekulativní a proč, případně které konkrétní náklady tvrzené navrhovatelem podle něj vybranému dodavateli nevzniknou a z čeho při tomto svém konstatování vychází.

98. Úřad zde také připomíná³, že zadavatel je povinen se podrobně a srozumitelně vyjádřit opravdu ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách. Pokud tedy navrhovatel uvádí, že nelze předmět plnění veřejné zakázky realizovat za cenu nabízenou vybraným dodavatelem (příp. jej nelze realizovat s ohledem na časové hledisko), přičemž k této námitce uvádí dílčí tvrzení ke každé jedné v úvahu připadající variantě přenosových technologií, pak je zadavatel povinen, pokud má za to, že se v daném případě u vybraného dodavatele nejedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, konkrétní argumentací tuto námitku vyvrátit. Jen stěží si lze představit jiné vyvrácení takové námitky, než to, že zadavatel přinejmenším u některé z přenosových technologií jednoznačným způsobem poukáže na možnost její realizace (např. podloženým výpočtem nákladů vyvracejícím argumenty navrhovatele), resp. uvede, v čem jsou premisy navrhovatele uvedené v námitkách ve vztahu k jednotlivým technologiím chybné.
99. Úřad na tomto místě uzavírá, že zadavatel se v rozhodnutí o námitkách nijak konkrétně nevyjádřil k tvrzení navrhovatele, že není možné zajistit poskytování služeb, které jsou předmětem veřejné zakázky, za ceny, které nabídl vybraný dodavatel (při současném použití některé z přenosových technologií, které centrální zadavatel vymezil v zadávacích podmínkách veřejné zakázky), aniž by se jednalo na straně vybraného dodavatele o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, ačkoliv navrhovatel podložil toto tvrzení konkrétními dílčími tvrzeními (viz výše). Nadto zadavatel nereagoval ani na dílčí skutečnosti, kterými navrhovatel dokládal finanční nákladnost u přenosových technologií metalické vedení a radiové spoje, a časovou náročnost vybudování infrastruktury u přenosové technologie optické vedení. Úřad nepřehlédl, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách popsal, jak případnou existenci mimořádně nízké nabídkové ceny zjišťoval zejména prostřednictvím průměrné tržní ceny. Ani tyto pasáže rozhodnutí o námitkách (i za předpokladu, že by byly pravdivé a přiléhavé, což Úřad s ohledem na zásadu procesní ekonomie nezkoumal) však nemohou nahradit podrobné a srozumitelné vypořádání námitky, podle které nelze dané služby za nabízené ceny realizovat, je-li taková námitka konkrétně odůvodněna. Jde totiž o to, že tyto dvě argumentace (navrhovatelova v námitkách a zadavatelova v rozhodnutí o nich) se obsahově míjí, neboť zatímco navrhovatel v námitkách uvádí, že poptávané služby za nabídkovou cenu vybraného dodavatele nelze realizovat, protože i jen náklady na straně dodavatele musí být vyšší, zadavatel se náklady vybraného dodavatele vůbec nezabývá, ale zabývá se porovnáním nabídkové ceny vybraného dodavatele s cenami, za které jsou obdobné služby na trhu poskytovány.

K námitce týkající se zohlednění nabídkových cen ostatních dodavatelů

100. Navrhovatel v další části námitek argumentuje tím, že zadavatel, resp. hodnotící komise je povinen posoudit, zda se u nabídkové ceny vybraného dodavatele nejedná o mimořádně

³ K tomuto připomenutí Úřad přistupuje s ohledem na argument obsažený ve vyjádření zadavatele, kde zadavatel uvádí, že nemá informaci o tom, jakou technologii hodlá vybraný dodavatel pro plnění veřejné zakázky použít, a že řada nákladových položek nemusí dodavateli vůbec vzniknout – viz k tomu bod 58. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

nízkou nabídkovou cenu za situace, kdy je poměrně zásadní rozdíl mezi nabídkovými cenami vybraného dodavatele a druhého uchazeče v pořadí oproti nabídkové ceně třetího uchazeče v pořadí, k čemuž dodává, že jeho nižší nabídková cena je však dána tím, že má v dotčených lokalitách „*již vybudovanou infrastrukturu pro poskytování služeb v požadované kvalitě a rozsahu*“.

101. Navrhovatel srozumitelným a jednoznačným způsobem upozorňuje na to, že ze tří v úvahu přicházejících dodavatelů je u dvou z nich (navrhovatele a vybraného dodavatele) nabídková cena výrazně nižší než nabídková cena třetího dodavatele v pořadí. V této souvislosti navrhovatel v námitkách zadavatele rovněž upozorňuje, že jeho nabídková cena je ovlivněna (snižována) tou skutečností, že disponuje potřebnou infrastrukturou pro poskytování služeb, přičemž lze předpokládat, že vybraný dodavatel právě touto infrastrukturou nedisponuje, stejně jako účastník, který se umístil jako třetí v pořadí. Jinými slovy, navrhovatel má za to, že zadavatel se měl zabývat právě výrazným rozdílem mezi nabídkovou cenou vybraného dodavatele a nabídkovou cenou třetího v pořadí, jelikož nabídková cena navrhovatele není s ohledem na uvedenou skutečnost pro zhodnocení možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny vypovídající.
102. Úřad s ohledem na odůvodnění rozhodnutí o námitkách konstatuje, že podstata uvedené námítky nebyla vypořádána, neboť zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že „*[v] případě dvou nabídek dodavatelů s podobnou nabídkovou cenou, která se významně neodchyluje od [p]růměrné tržní ceny, pak již [c]entrální zadavatel nepřihlíží k nabídce dodavatele třetího v pořadí, která se v uvedeném zadávacím řízení od nabídek prvních dvou dodavatelů v pořadí již relevantně odchylovala*“.
103. Zadavatel uvedeným obecným tvrzením sděluje pouze to, proč nepovažuje za indikativní nabídkovou cenu dodavatele – třetího v pořadí. V rovině konkrétních indicií, které prezentoval navrhovatel v námitkách, ale toto obecné konstatování nemůže obstát jako podrobné vyjádření. Jak bylo konstatováno výše, navrhovatel sděluje jasné důvody, proč jeho nabídku nelze považovat za vypovídající pro srovnání. Zadavatel se žádným způsobem nevyjádřil k poukazu na skutečnost, že vybraný dodavatel nedisponuje potřebnou infrastrukturou podobně jako účastník třetí v pořadí, a tedy k tomu, že nabídkové ceny právě těchto dodavatelů by měly být bez zásadních rozdílů, případně k tomu, proč tuto indicii nepovažuje v kontextu celé námítky za relevantní. Lze tedy shrnout, že navrhovatel v námitkách uvedl konkrétní argument, který však zadavatel v rozhodnutí o námitkách vůbec nereflektoval.

Závěr

104. Úřad uzavírá, že účelu institutu námitek, tj. aby se stěžovatel, resp. případný navrhovatel primárně dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jím vznesené připomínky k jeho postupu v zadávacím řízení, nemohlo být v daném případě dosaženo. K tomu Úřad uvádí, že právě způsob, jakým mají být podané námítky ze strany zadavatele vyřízeny, je z pohledu dodržení zákona zásadní, přičemž tento závěr je zřejmý i ze skutečnosti, že nedodržení postupu zadavatele při vyřizování námitek je v zákoně spojeno s možností uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách. Lze tedy konstatovat, že pokud má zadavatel za to, že jeho postup je důvodný, měl by být schopen nikoli pouze obecnými frázemi, ale podrobně a srozumitelně (tj. přezkoumatelně) své stanovisko obhájit. Takové

zdůvodnění postupu zadavatele by pak na druhé straně mělo sloužit stěžovateli jako základní podklad pro úvahu, zda si za svým názorem o nezákonném postupu zadavatele stojí natolik, že je ochoten vyvolat zahájení správního řízení před Úřadem na základě návrhu.

105. Je nepochybné, že míra konkrétnosti či obecnosti dílčích argumentů navrhovatele v námitkách do jisté míry předurčuje rozsah a podrobnost rozhodnutí o nich. V šetřeném případě zadavatel obdržel od navrhovatele v námitkách relativně konkrétní tvrzení, resp. konkrétní výčet informací, které jsou dle navrhovatele zásadní, avšak argumentace zadavatele k těmto tvrzením navrhovatele, kterými se Úřad zabýval výše, je buď zcela proklamativní povahy, nebo nereflexuje podstatu předmětných námitek. Vzhledem k výše uvedenému Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
106. Pro úplnost Úřad dodává, že i za situace, kdy by zadavatel shledal, že některá nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, neznamená to automaticky nemožnost uzavřít s takovým dodavatelem smlouvu, nýbrž pravidla § 113 zákona pro takový případ stanoví toliko povinnost požádat jej o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu ust. § 113 odst. 4 zákona. Teprve za okolností předvídaných v ust. § 113 odst. 6 zákona by zadavatel tím, že by uzavřel smlouvu s takovým dodavatelem, porušil zadávací podmínky veřejné zakázky (k tomu srov. body 7. a 89. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K uložení nápravného opatření

107. Úřad s odkazem na ust. § 263 odst. 1 zákona konstatuje, že není vázán návrhem v tom, jaké nápravné opatření navrhovatel požaduje. Úřad jakožto správní orgán je dle § 2 odst. 3 správního řádu povinen v rámci správního řízení šetřit práva nabytá v dobré víře, jakož i oprávněné zájmy osob, jichž se činnost správního orgánu v jednotlivém případě dotýká, a může zasahovat do těchto práv jen za podmínek stanovených zákonem a v nezbytném rozsahu. Proto přijme pouze takové nápravné opatření, které odstraňuje nezákonný stav.
108. Vzhledem k tomu, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně nevyjádřil ke všem námitkám stěžovatele, jak mu ukládá ust. § 245 odst. 1 zákona, v důsledku čehož je předmětné rozhodnutí zadavatele o námitkách nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, rozhodl Úřad v souladu s ust. § 263 odst. 5 zákona toliko o zrušení rozhodnutí o námitkách, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
109. Pro úplnost Úřad uvádí, že dle ust. § 263 odst. 5 zákona platí, že okamžikem nabytí právní moci tohoto rozhodnutí byly navrhovatelem podány nové námitky s totožným obsahem, které zadavatel nemůže odmítnout jako opožděné. Bude tedy na zadavateli, aby o námitkách navrhovatele znovu rozhodl, a to způsobem, který bude souladný s § 245 odst. 1 zákona.

K uložení úhrady nákladů řízení

110. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, 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. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1 in fine, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.

111. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o námitkách, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
112. 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 2018000087.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Mgr. Michal Mazel, advokát, Vinohradská 938/37, 120 00 Praha 2
2. T – Mobile Czech Republic a. s., Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha 4
3. ha-vel internet s.r.o., Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava - Muglinov

Vypraveno dne

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