



UOHSX00BSZ2C

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0447/2018/VZ-00311/2019/532/MOn

Brno: 4. ledna 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 31. 10. 2018 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká pošta, s.p., IČO 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1,
- navrhovatel – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 24. 4. 2017 JUDr. Pavlem Zajícem, advokátem, ev. č. ČAK 04743, se sídlem Nad Porubkou 2335, 708 00 Ostrava – Poruba,
- vybraný uchazeč – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“, v částech „Datové komunikační služby ČP – PS 87“, „Datové komunikační služby ČP – PS 88“, „Datové komunikační služby ČP – PS 90“, „Datové komunikační služby ČP – PS 91“, „Datové komunikační služby ČP – PS 92“ a „Datové komunikační služby ČP – PS 93“, zadávaných v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014,

**rozhodl takto:**

I.

**Návrh navrhovatele** – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov – ze dne 31. 10. 2018 ve věci veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“, **se v části „Datové komunikační služby ČP – PS 87“**, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, **podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

II.

**Návrh navrhovatele** – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov – ze dne 31. 10. 2018 ve věci veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“, **se v části „Datové komunikační služby ČP – PS 88“**, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, **podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

III.

**Návrh navrhovatele** – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov – ze dne 31. 10. 2018 ve věci veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“, **se v části „Datové komunikační služby ČP – PS 92“**, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, **podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

IV.

**Návrh navrhovatele** – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov – ze dne 31. 10. 2018 ve věci veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“, **se v části „Datové komunikační služby ČP – PS 93“**, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, **podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

V.

**Zadavatel** – Česká pošta, s.p., IČO 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1 – **nedodržel** při zadávání veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“, **v části „Datové komunikační služby ČP – PS 90“**, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, **postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, v návaznosti na § 6 odst. 1 citovaného zákona, tím, že při posouzení nabídky vybraného uchazeče – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle – nedostatečně posoudil, zda nabídka jmenovaného vybraného uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a to ani poté, co obdržel námítky dle § 110 citovaného zákona, které**

tuto skutečnost výslovně namítaly, čímž se úkony jmenovaného zadavatele v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny jmenovaného vybraného uchazeče staly netransparentními, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

#### VI.

**Zadavatel** – Česká pošta, s.p., IČO 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1 – **nedodržel** při zadávání veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“, **v části „Datové komunikační služby ČP – PS 91“**, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, **postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, v návaznosti na § 6 odst. 1 citovaného zákona, tím, že při posouzení nabídky vybraného uchazeče – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle – nedostatečně posoudil, zda nabídka vybraného uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu**, a to ani poté, co obdržel námítky dle § 110 citovaného zákona, které tuto skutečnost výslovně namítaly, čímž se úkony jmenovaného zadavatele v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny jmenovaného vybraného uchazeče staly netransparentními, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

#### VII.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Česká pošta, s.p., IČO 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1 – uvedeného ve výroku V. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, **ruší úkony jmenovaného zadavatele** učiněné ve veřejné zakázce „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“, **v části „Datové komunikační služby ČP – PS 90“**, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, **spojené s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle – zaznamenané v „Protokolu o hodnocení nabídek pro IV. část veřejné zakázky“ ze dne 11. 9. 2018 a ve „Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 14. 9. 2018, jakož i všechny následné úkony jmenovaného zadavatele, včetně „Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky“ signovaného dne 26. 9. 2018, a oznámení o výběru nejvhodnější nabídky č. j. ČP/81474/2018/NZ signovaného dne 27. 9. 2018, a to v rozsahu výše uvedené části „Datové komunikační služby ČP – PS 90“ předmětné veřejné zakázky.**

#### VIII.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Česká pošta, s.p., IČO 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1 – uvedeného ve výroku VI. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, **ruší úkony jmenovaného zadavatele** učiněné ve veřejné zakázce „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“, **v části „Datové komunikační služby ČP – PS 91“**, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, **spojené s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2,**

140 22 Praha 4 – Michle – zaznamenané v „Protokolu o hodnocení nabídek pro V. část veřejné zakázky“ ze dne 12. 9. 2018 a ve „Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 14. 9. 2018, **jakož i všechny následné úkony jmenovaného zadavatele, včetně „Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky“** signovaného dne 26. 9. 2018, **a oznámení o výběru nejvhodnější nabídky** č. j. ČP/81474/2018/NZ signovaného dne 27. 9. 2018, **a to v rozsahu výše uvedené části „Datové komunikační služby ČP – PS 91“ předmětné veřejné zakázky.**

#### IX.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, 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 – Česká pošta, s.p., IČO 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1

**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. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká pošta, s.p., IČO 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), jakožto sektorový zadavatel ve smyslu § 2 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), dne 28. 1. 2014 uzavřel se sedmi dodavateli rámcovou smlouvu č. 2014/1559 na poskytování služeb v rámci veřejné zakázky „Datové komunikační služby České pošty, s.p.“; předmětná smlouva byla uzavřena s finančním limitem v celkové výši do 1 050 000 000,- Kč bez DPH (dále jen „rámcová smlouva“). Odesláním písemné výzvy k jednání signované dne 1. 8. 2018 (dále jen „výzva“) podle § 23 odst. 8 písm. b) zákona zadavatel zahájil jednacím řízením bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“, v částech „Datové komunikační služby ČP – PS 87“ (dále také jen „část první“ veřejné zakázky), „Datové komunikační služby ČP – PS 88“ (dále také jen „část druhá“ veřejné zakázky), „Datové komunikační služby ČP – PS 90“ (dále také jen „část čtvrtá“ veřejné zakázky), „Datové komunikační služby ČP – PS 91“ (dále také jen „část pátá“ veřejné zakázky), „Datové komunikační služby ČP – PS 92“ (dále také jen „část šestá“ veřejné zakázky) a „Datové komunikační služby ČP – PS 93“ (dále také jen „část sedmá“ veřejné zakázky), zadávaných na základě rámcové smlouvy (dále také jen „veřejná zakázka“; označení veřejná zakázka bude dále používáno společně pro část první až sedmou veřejné zakázky, pozn. Úřadu).
2. V článku 3.1 „Předmět veřejné zakázky“ výzvy zadavatel stanovil následující: *„Předmětem veřejné zakázky je uzavření prováděcí smlouvy ke každé části veřejné zakázky. Předmětem prováděcí smlouvy je zajištění datového propojení lokality zadavatele s datovými centry.“*
3. V článku 8.1. „Hodnotící kritéria“ výzvy zadavatel uvedl následující: *„Zadavatel zvolil pro všechny části veřejné zakázky jako základní hodnotící kritérium nejnižší nabídkovou cenu.“* V článku 8.2. Způsob hodnocení nabídek“ výzvy zadavatel stanovil: *»Hodnocení nabídek proběhne pro každou část veřejné zakázky v souladu s § 96 a § 97 zákona formou e-aukce*

*realizované prostřednictvím elektronického nástroje. Před zahájením e-aukce bude provedeno posouzení a předběžné hodnocení nabídek pro každou část veřejné zakázky samostatně. Nutné informace týkající se průběhu e-aukce a jejího nastavení budou uvedeny ve Výzvě k účasti v e-aukci, resp. k podání nových aukčních hodnot dle § 97 odst. 2 zákona (dále jen „Výzva k účasti v e-aukci“), která bude nejpozději 2 pracovní dny před uskutečněním e-aukce elektronicky odeslána všem uchazečům, kteří nebyli vyloučeni ze zadávacího řízení v rámci posouzení nabídek.«.*

4. V článku 10.2 „Lhůta a místo pro podání nabídek“ výzvy zadavatel stanovil lhůtu pro podání nabídek do 21. 8. 2018 do 9:00 hod.
5. Z „Protokolu o otevírání nabídek“ ze dne 21. 8. 2018 vyplývá, že zadavatel na plnění předmětu veřejné zakázky obdržel nabídku celkem od tří uchazečů, přičemž každý z uchazečů podal svoji nabídku na každou ze 7 částí veřejné zakázky. Zadavatel tedy v souhrnu obdržel celkem 21 nabídek na jednotlivé části veřejné zakázky. Přípisem „Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky“ signovaným dne 26. 9. 2018 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky pro jednotlivé části veřejné zakázky.
6. Proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky v částech veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 90“ a „Datové komunikační služby ČP – PS 91“, ve kterých jako nejvhodnější byla vybrána nabídka vybraného uchazeče – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle (dále jen „vybraný uchazeč“ nebo „společnost O2“) – podal navrhovatel – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 24. 4. 2017 JUDr. Pavlem Zajícem, advokátem, ev. č. ČAK 04743, se sídlem Nad Porubkou 2335, 708 00 Ostrava – Poruba (dále jen „navrhovatel“) – dopisem ze dne 11. 10. 2018, který byl zadavateli doručen dne 12. 10. 2018, námitky. Navrhovatel namítá mimořádně nízkou nabídkovou cenu v nabídce vybraného uchazeče na předmětné části veřejné zakázky. Dopisem ze dne 12. 10. 2018, který byl zadavateli doručen dne 15. 10. 2018, podal navrhovatel námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky v částech veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 87“, „Datové komunikační služby ČP – PS 88“, „Datové komunikační služby ČP – PS 92“ a „Datové komunikační služby ČP – PS 93“, ve kterých jako nejvhodnější byla vyhodnocena nabídka navrhovatele a nabídka vybraného uchazeče se umístila druhá v pořadí. Navrhovatel i zde namítá mimořádně nízkou nabídkovou cenu v nabídce vybraného uchazeče na předmětné části veřejné zakázky. Po přezkoumání oprávněnosti námitek navrhovatele zadavatel oběma výše uvedeným námitkám nevyhověl. Společné rozhodnutí o námitkách č. j. ČP/786790/2018/NZ signované dne 22. 10. 2018, kterým zadavatel námitkám nevyhověl, navrhovatel obdržel dne 22. 10. 2018 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“).
7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel považoval výše uvedené rozhodnutí o námitkách za učiněné v rozporu se zákonem, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 31. 10. 2018, který Úřad obdržel téhož dne.

## II. OBSAH NÁVRHU

8. Navrhovatel uvádí, že na základě průběhu elektronické aukce požádal dopisem ze dne 14. 9. 2018 zadavatele o setkání, na kterém chtěl zadavateli sdělit své podezření z přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny (dále jen „MNNC“) v zadávacím řízení. Zadavatel dle vyjádření navrhovatele výše uvedenou žádost navrhovatele o setkání přípisem ze dne 18. 9. 2018 odmítl. Navrhovatel dále uvádí, že na přítomnost MNNC v předmětném zadávacím řízení následně zadavatele upozornil přípisem ze dne 26. 9. 2018. Zadavatel podle navrhovatele neprokázal, že by se dostatečným způsobem zabýval přítomností mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídkách, a to jak v průběhu, tak po skončení aukcí, přestože měl od navrhovatele dostatek signálů o přítomnosti MNNC. Podle navrhovatele se tvrzení zadavatele v rozhodnutí o námitkách dostávají do vzájemného rozporu, když zadavatel jednak tvrdí, že „(...) *nezná detailní service costing jednotlivých uchazečů (...)*“, avšak zároveň tvrdí, že „(...) *odmítá tvrzení Stěžovatele, že se hodnotící komise po ukončení e-aukce otázkou MNNC nezabývala.*“.
9. Navrhovatel uvádí, že ustanovení § 77 zákona jednoznačně stanovuje povinnosti zadavatele a závazný postup zadavatele pro případ, že existuje důvodné podezření, že nabídka obsahuje MNNC, což by měl postup zadavatele dle zákona potvrdit nebo vyvrátit. Zadavatel však tyto zákonné povinnosti ani zákonem stanovený postup podle navrhovatele nedodržel. Podle navrhovatele o skutečnosti, že se zadavatel problematikou MNNC nezabýval vůbec nebo jen okrajově, svědčí mj. argumentace zadavatele uvedená v čl. III. bod 2. na straně 4 rozhodnutí o námitkách, kde zadavatel uvádí: *»K tomu zadavatel uvádí, že předložený dokument je obecným ceníkem, který nelze v žádném případě brát jako „důkaz“ o nákladech jednotlivých dodavatelů na zajištění poptávaných služeb. Zadavatel nezná detailní service costing jednotlivých uchazečů, proto jako podklad pro posuzování MNNC vychází z cen, které jsou v místě a době plnění obvyklé. Srovnávat lze například cenu přípojky v technologii xDSL, kde DSLAM a poslední míle k zákazníkovi je prakticky totožná s technickým řešením některých poptávaných služeb - běžná VDLS přípojka 50Mb je pro koncového uživatele dostupná od 400,- Kč/měsíc (včetně DPH) a to včetně připojení k internetu.«*. Podle navrhovatele je zadavatelem popsána služba VDLS přípojka 50Mb služba 50/5Mbps (upload/download) s agregací, tzn. tato služba je v rozporu s přílohou číslo 2 rámcové smlouvy (Typy služeb a maximální garantovaná cena služby), kde je jednoznačně definováno, že pro služby 6-9 (kapacity 50 Mbps - 1000Mbps) se musí jednat o služby symetrické, tedy v citovaném případě zadavatele 50/50Mbps a bez agregace (s garantovanou rychlostí v obou směrech komunikace).
10. Podle navrhovatele je nereálné, aby tuto službu nabízel vybraný uchazeč v ceně cca 800,- Kč/měsíc, když službu o této kapacitě je schopen nejlevněji nakoupit od majetkově spřízněného subjektu – CETIN služby s.r.o., IČO 06095577, se sídlem Olšanská 2681/6, 130 00 Praha 3 (dále jen „CETIN“) – v rámci služby RADO za ceny převyšující 3.000,- Kč/měsíc (a pokud by hypoteticky službu realizoval vlastní investicí, jednalo by se o částky převyšující částky nabízené v jednotlivých aukcích).
11. Podle navrhovatele je z uvedeného zřejmé, že se zadavatel buď přítomností MNNC nezabýval, nebo zcela cíleně v rámci posouzení nabídek akceptoval ve svých úvahách řešení, jež je v rozporu se zadávací dokumentací.

12. Navrhovatel zpochybňuje, že by zadavatel poté, co měl již více signálů o přítomnosti MNNC v nabídkách uchazečů, postupoval v souladu s § 77 zákona.
13. V napadených částech veřejné zakázky měl zadavatel dle navrhovatele dostatek signálů o možné přítomnosti MNNC, a to zejména na základě následujících skutečností:
  - celkové výsledné ceny po aukcích nemají na telekomunikačním trhu obdobu,
  - dramatické snížení stávajících tržních cen na ceny nové, kdy tento pokles dosahoval až 82 % procent,
  - opakovaná písemná informace navrhovatele po ukončení aukce na možnou přítomnost MNNC,
  - námitky navrhovatele, ve kterých popsal a zdůvodnil důvodná podezření na možnou přítomnost MNNC.
14. Navrhovatel uvádí, že MNNC by měla být posuzována vždy ve vztahu k jednotlivému uchazeči o veřejnou zakázku, neboť to co může být u jednoho uchazeče považováno za MNNC nemusí být u jiného uchazeče (např. navrhovatele jako stávajícího poskytovatele s vlastní infrastrukturou) považováno za MNNC. Podle navrhovatele je logické a ekonomicky opodstatněné, že navrhovatel může mít úroveň MNNC výrazně níže, než konkurence. Z uvedeného důvodu tedy nejvhodnější nabídka navrhovatele nemusí být zatížena MNNC, na rozdíl od nabídky druhého uchazeče v pořadí, jehož nabídka MNNC obsahuje.
15. Navrhovatel dodává, že má zájem poskytovat své služby zadavateli v požadované kvalitě za férové ceny. Pokud se však ve veřejné zakázce vyskytují netransparentní a nekalosoutěžní praktiky některých uchazečů (např. přítomnost MNNC v jejich nabídkách), měly by tyto praktiky být zadavatelem posouzeny v souladu se zákonem a takto postižené části veřejné zakázky by měly být zrušeny a měly by být soutěženy znovu (bez účasti subjektu, jež tuto situaci použitím MNNC vyvolal), a to i v těch částech veřejné zakázky, ve kterých byla vybrána jako nejvhodnější nabídka navrhovatele.
16. Důležitým faktem je podle navrhovatele „formát“ veřejné zakázky, kdy o konečném pořadí rozhoduje aukce, přičemž „formát aukce“ je stanoven tak, že aukce nemá definovaný limitní počet kol a aukce pokračuje, dokud některý ze subjektů účastnících se aukce snižuje nabídkovou cenu. Podle navrhovatele tento způsob aukce umožňuje vybranému uchazeči v průběhu aukce dlouhodobě podávat ceny obsahující MNNC a cíleně snižovat za použití MNNC celkovou cenu veřejné zakázky, aniž by se tomu navrhovatel mohl reálně bránit.
17. Navrhovatel uvádí, že u prvních částí veřejné zakázky snižoval cenu, i když byl o přítomnosti MNNC de facto přesvědčen, nicméně chtěl mít 100 % jistotu, že bude „poukázání na MNNC“ ze strany vybraného uchazeče jednoznačné, nezpochybnitelné a průkazné, jak pro zadavatele, tak případně i pro Úřad.
18. Pro první část veřejné zakázky navrhovatel podle svého vyjádření snižoval ceny až do 1. výherního místa, kdy je přesvědčen, že nabídka vybraného uchazeče obsahuje MNNC. Obdobně postupoval navrhovatel podle svého vyjádření i pro druhou část veřejné zakázky, kdy si chtěl ověřit, zda ze strany vybraného uchazeče nedošlo k matematické chybě, chybnému nacenění části veřejné zakázky apod., a snižoval opětovně ceny tak, že se

potvrdilo podezření, že vybraný uchazeč cíleně vkládá do aukce hodnoty, které obsahují MNNC.

19. Navrhovatel se tedy podle svého vyjádření rozhodl neúčastnit aukce na část veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 89“ (dále také jen „část třetí“ veřejné zakázky) tak, aby si potvrdil nebo vyvrátil domněnku, zda se vybraný uchazeč bude chovat v dané aukci analogicky a snižovat hodnotu zakázky předložením nabídky, která obsahuje MNNC. Podle navrhovatele bylo překvapením, že v této části veřejné zakázky vybraný uchazeč předložil cenovou nabídku, které evidentně MNNC neobsahuje. Navrhovatel uvádí, že pojal podezření na nekalosoutěžní jednání vybraného uchazeče, který se snaží uměle snižovat ceny pouze u částí veřejné zakázky, kde je stávajícím poskytovatelem navrhovatel.
20. V aukcích na část čtvrtou a pátou veřejné zakázky se navrhovatel rozhodl snižovat aukční hodnoty téměř na úroveň hodnot, kterou vybraný uchazeč použil v aukcích na první a druhou část veřejné zakázky a tímto způsobem „nechat“ vybraného uchazeče vyhrát tak, aby se možnou přítomností MNNC musel z podnětu navrhovatele zabývat jak zadavatel, tak případně i Úřad. Navrhovatel dodává, že v části šesté a sedmé veřejné zakázky postupoval obdobně jako u části první a druhé, kdy jeho nabídka byla vybrána jako nejvhodnější.
21. Podle navrhovatele zadavatel v rozhodnutí o námitkách zcela opomíjí skutečnost, že každý stávající poskytovatel soutěžených služeb a vlastník telekomunikační infrastruktury, je vždy ve výhodnějším postavení než jiný uchazeč, neboť stávající poskytovatel nemusí, na rozdíl od ostatních uchazečů, vynakládat vstupní náklady na zajištění poskytování služeb. V případě, že by měl službu zadavateli poskytovat jiný než stávající poskytovatel, musel by podle navrhovatele tento nový poskytovatel služeb vynakládat buď nemalé investiční náklady, nebo jiné provozní náklady na provoz sítě; vybraný uchazeč tak má v daném případě cenově odlišný nákladový model, neboť neprovozuje síť žádnou, a vše si musí nakupovat.
22. K argumentaci zadavatele, že oproti stávajícím smlouvám výrazně prodloužil dobu trvání těchto smluv, a to ze 48 měsíců na 72 měsíců, což podle zadavatele výrazně usnadní vybudovat příslušnou infrastrukturu pro poskytování poptávaných služeb, navrhovatel uvádí, že prodloužení doby poskytování služeb má význam především pro kalkulaci založenou na využití vlastní infrastruktury, jako např. při vybudování nové optické či metalické trasy, bezdrátového spoje, apod. Nicméně s ohledem na výši takovýchto investic je podle navrhovatele zřejmé, že ani prodloužení doby poskytování služby takto vysoké investice nesníží na úroveň, jakou použil vybraný uchazeč v aukcích, nemluvě o časovém aspektu, kdy vybudování metalické či optické trasy by vybranému uchazeči zabralo v optimálním případě několik měsíců. Navrhovatel dodává, že u nakupovaných služeb se obvykle platí měsíční paušál, takže prodloužení doby poskytování nemusí hrát roli. V nabídce vybraného uchazeče je podle navrhovatele dominantní položkou cena nakupovaných služeb, protože nevlastní žádnou infrastrukturu a prakticky vše si nakupuje od operátorů provozujících sítě (v případě vybraného uchazeče se téměř výhradně jedná o ekonomicky spřízněný subjekt CETIN, jehož nabídku nejlevnějších služeb pro garantované služby navrhovatel poskytnul zadavateli). Navrhovatel uvádí, že CETIN je, jakožto inkumbentní operátor, vázán regulačními předpisy, zejména rovnocenností vstupů, kdy musí všem subjektům nabízet služby rovnocenně a za stejných podmínek (viz CETIN prezentace ze dne 30. 11. 2015, kterou navrhovatel učinil přílohou návrhu).



23. Navrhovatel poukazuje na konkrétní případ týkající se podezření z přítomnosti MNNC v rámci aukce „Datové komunikační služby ČP – PS 91“, služby PS91-1 a PS91-2 (centrální překladiště zadavatele v lokalitě Vítkov u Opavy, Wolkerova 480). Podle navrhovatele dle veškerých informací existuje v dané lokalitě možnost připojení pouze optickou sítí CETINu a neexistuje žádná jiná alternativa. Navrhovatel uvádí, že si vyžádal nabídku na připojení této lokality u společnosti CETIN, kdy poptávku uzpůsobil maximální době poptávaných služeb (72 měsíců) tak, aby získal nejnižší možnou nabídku na připojení této lokality. Navrhovatel dodává, že nabídka CETINu (viz mailová nabídka ze dne 11. 9. 2018) obsahovala cenu 24 500,-Kč za dvě služby, tzn. 12 250,-Kč za službu (jedná se o připojení dvěma nezávislými okruhy dané lokality o kapacitě 1Gbps). Přesto vybraný uchazeč v aukci snížil cenu dané služby až na úroveň 5 923,-Kč za měsíc, resp. 6 462,-Kč za měsíc, tzn. na méně než 50 % prokazatelně nejnižších nákladů, přičemž za tuto cenu podle navrhovatele poptávané služby v této lokalitě nelze poskytovat.
24. Navrhovatel dodává, že s ohledem na skutečnost, že CETIN je dominantním hráčem na českém trhu, podléhá regulaci ze strany Českého telekomunikačního úřadu a veškeré jeho nabídky jsou jako velkoobchodní a jsou dostupné všem. Nelze tedy počítat, že by např. vybraný uchazeč získal individuální lepší ceny než navrhovatel.
25. Navrhovatel uvádí, že jako současný poskytovatel pro většinu služeb a vlastníků infrastruktury má nákladové minimum nastaveno níže, může tedy soutěžit, aniž by dosáhl na svou MNNC, avšak použití MNNC u vybraného uchazeče snižuje „uměle, netransparentně a nekalosoutěžně“ konečné ceny navrhovatele na úroveň výrazně nižší, než je na trhu obvyklé.
26. Navrhovatel souhlasí s tvrzením zadavatele, že pokud by měla být posouzena nabídková cena vybraného uchazeče, zda neobsahuje MNNC, musela by být ze stejného důvodu posouzena i nabídková cena navrhovatele; podle navrhovatele však není potvrzeno, že by jeho nabídková cena MNNC obsahovala.
27. Podle názoru navrhovatele jsou jediným reálným referenčním etalonem průměrně vysoutěžené ceny v rámci „minitendrů“ v letech 2014 až 2018, které byly vysoutěženy na reálných tržních hodnotách. Pro cenový pokles mezi hodnotami uvedenými v rámcové smlouvě a následně vysoutěženými službami, podle navrhovatele nelze použít jako argument snižující se ceny na trhu.
28. Zadavateli musí být podle navrhovatele zřejmé, že pokles cen není možný do nekonečna, a že rozdíl mezi aktuálními cenami (tzn. cenami reálně vysoutěženými v aukcích před čtyřmi roky) a nově vysoutěženými cenami nižšími o více než 70 % poukazuje na možnou přítomnost MNNC, kterou se zadavatel podle navrhovatele měl reálně zabývat, získat si relevantní podklady od uchazečů a řádně se vypořádat s námitkami navrhovatele namísto vágního prohlášení, že se výběrová komise MNNC zabývala. V této souvislosti navrhovatel dodává, že u jiné veřejné zakázky zadávané centrálním zadavatelem – Ministerstvem vnitra (veřejná zakázka KIVS) – je navrhovatel dotazován tímto zadavatelem na přítomnost MNNC již u služeb s cenou na úrovni 2 500,- Kč za 50 Mbps.
29. Navrhovatel dále poukazuje na skutečnost, že u žádné z aukcí, kterých se aktivně neúčastnil, nedošlo k významnému snížení stávajících cen. Podle navrhovatele toto platí nejen u namítané veřejné zakázky, ale i v případě aukcí u jiných veřejných zakázek. V této

souvislosti navrhovatel zmiňuje část třetí předmětné veřejné zakázky, u které jsou výsledné ceny aukce na úrovni stávajících cen. Podle navrhovatele se v předmětné části veřejné zakázky nejedná jen o služby typu 8, jak uvádí zadavatel, ale z celkových 58 služeb je 27 služeb 4Mbps, 17 služeb 10 Mbps, atd., avšak ani u těchto „obyčejných“ služeb k cenovému poklesu nedošlo.

30. Navrhovatel uvádí, že mu nejsou známy důvody postupu vybraného uchazeče, ale z dosavadního průběhu aukcí je zřejmé, že pokud se těchto aukcí aktivně účastní navrhovatel, vybraný uchazeč zcela evidentně používá MNNC, protože za ceny, které vybraný uchazeč nabízí, nemůže uvedené služby ani pořídit, natož pak na nich realizovat přiměřený zisk. Podle navrhovatele z aukcí rovněž vyplývá, že pokud se navrhovatel aukcí aktivně neúčastní, nesoutěží ani vybraný uchazeč.
31. Podle navrhovatele signálem o existenci MNNC není rozdíl mezi prvním a druhým uchazečem v pořadí, ale jejich odstup od třetího uchazeče. Navrhovatel uvádí, že má díky tomu, že je ve velké části služeb současným poskytovatelem a vlastní telekomunikační infrastrukturu, nižší náklady na jednotlivé služby. Výsledné podobné ceny jsou tedy podle něj soutěží mezi nízkými náklady většinou současného poskytovatele s vlastní infrastrukturou a nekalosoutěžní MNNC vybraného uchazeče. Výsledná cena je pak podle navrhovatele mnohonásobně nižší než nabídka třetího uchazeče v pořadí. Podobnost ceny uchazečů na prvním a druhém místě v aukci podle navrhovatele nic o MNNC nevyovídá, důležitá je dosažená výsledná cenová úroveň.
32. Navrhovatel se domnívá, že vyjádření zadavatele ohledně smluvních a sankčních mechanismů, zakotvených v uzavřených smlouvách, lze chápat tak, že pokud bude služba fungovat, nezáleží na technickém zadání obsaženém v zadávací dokumentaci, přičemž v případě, že by něco nefungovalo, bude zadavatel uplatňovat sankce, což podle navrhovatele ale není správný přístup, který by byl v souladu se zákonem.
33. Zadavatel podle názoru navrhovatele musí požadovat ocenění služeb technologiemi poskytovanými dle zadávací dokumentace a dle technické specifikace podepsané rámcové smlouvy, nic jiného není přípustné. Existuje-li podezření, že tomu tak není, pak si měl zadavatel vyžádat písemné zdůvodnění nabídky, zejména v případě, dojde-li k výraznému cenovému propadu, což poukazuje na možnou přítomnost MNNC nebo na nesplnění podmínek stanovených zadávací dokumentací.
34. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel při posouzení nabídky vybraného uchazeče, resp. při výběru nejvhodnější nabídky postupoval v rozporu se zákonem, neboť byly naplněny zákonné důvody pro vyloučení vybraného uchazeče, a to v rámci posuzování jeho nabídky a jeho nabídkové ceny, a z toho důvodu je v rozporu se zákonem i výběr nejvhodnější nabídky.
35. Zadavatel podle navrhovatele porušil zákonný postup ve vztahu k povinnosti posoudit nabídkovou cenu z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 77 zákona. Podle navrhovatele je nabídková cena vybraného uchazeče ve vztahu k předmětu veřejné zakázky mimořádně nízkou nabídkovou cenou a hodnotící komise se tudíž měla po ukončení elektronické aukce touto otázkou zabývat v souladu s § 77 zákona, tedy vyžádat si od vybraného uchazeče písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, toto

zdůvodnění posoudit a teprve následně učinit kroky vedoucí buď k rozhodnutí o vyloučení vybraného uchazeče ze zadávacího řízení, nebo k rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.

36. Podle navrhovatele nelze připustit, aby subjektivní úvahy členů hodnotící komise převážily nad základními principy zadávání veřejných zakázek, přičemž dodává, že cílem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je kromě 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, za účelem získávání podílu na trhu.
37. Navrhovatel je přesvědčen, že v šetřeném případě byl dán důvod pro postup dle § 77 zákona, neboť MNNC vybraného uchazeče ve vztahu k předmětu veřejné zakázky je objektivně zřejmá, resp. není objektivně odůvodnitelná. Podle navrhovatele je zřejmé, že za nabídkovou cenu vybraného uchazeče není možné z objektivních důvodů realizovat předmět veřejné zakázky v souladu s požadavky zadavatele stanovenými v zadávacích podmínkách.
38. Navrhovatel poukazuje na rozhodovací praxi Úřadu, která se vztahuje k problematice odůvodnění rozhodnutí zadavatele o námitkách. Navrhovatel konstatuje, že Úřad opakovaně ve svých rozhodnutích dospěl k závěru, že povinností zadavatele je důsledně se obdrženými námitkami zabývat a podané námitky věcně posoudit a rozhodnout o nich. V této souvislosti navrhovatel výslovně odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0087/2018/VZ-12065/018/523/VHm ze dne 23. 4. 2018. Navrhovatel ve svém návrhu cituje celé pasáže z uvedeného rozhodnutí, a to jak z částí rozhodnutí, které se týkají věcného posouzení v rozhodnutí řešené problematiky přenosových sítí, tak i částí, které se týkají problematiky vyřízení námitek.
39. Navrhovatel je přesvědčen, že se zadavatel vypořádal s jeho námitkami pouze velmi obecně, povrchně a nepřezkoumatelně. S odkazem na výše uvedené rozhodnutí Úřadu navrhovatel poukazuje na to, že na jeho konkrétní argumentaci v námitkách měla následovat i konkrétní argumentace zadavatele v rozhodnutí o námitkách, a nikoliv jen obecná tvrzení např. o tom, že zadavateli není nic známo o nákladové stránce jednotlivých nabídek, obecná tvrzení o neexistenci MNNC v nabídkách uchazečů, či obecné fráze o poklesu cen v telekomunikacích vlivem konkurence. Na základě výše uvedeného navrhovatel nabyl dojmu, že způsob a rozsah odůvodnění rozhodnutí o námitkách je ve zcela zásadním rozporu s tím, jak Úřad argumentuje ve výše uvedeném rozhodnutí.
40. Navrhovatel uvádí, že měl a nadále má zájem na získání veřejné zakázky, přičemž podaným návrhem se domáhá svých práv, neboť v důsledku nezákonného postupu zadavatele při posouzení a hodnocení nabídek uchazečů, který podstatně ovlivnil dosaženou výši nabídkových cen a následně i rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, mu hrozí újma na jeho právech, spočívající v tom, že mu nebude veřejná zakázka přidělena, respektive že ji nebude moci realizovat díky přítomnosti MNNC za reálné tržní ceny, a tak nebude moci realizovat zisk z této veřejné zakázky.
41. Navrhovatel dále rozsáhle odůvodňuje nutnost vydání předběžného opatření, kterým by Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku, a to až do pravomocného ukončení správního řízení vedeného Úřadem.

42. Navrhovatel má za prokázané, že zadavatel při posuzování nabídek v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku porušil postup dle § 77 zákona, když neprovedl posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny (či jej provedl zcela formálně), ačkoliv mu existence mimořádně nízké nabídkové ceny byla objektivně zřejmá, a zadavatel tak při posuzování nabídek porušil zákon, když nepostupoval v souladu s § 76 zákona, protože řádně neposoudil nabídku vybraného uchazeče a následně vybraného uchazeče ze zadávacího řízení nevyločil z důvodu, že jeho nabídka nespĺňuje zadávací podmínky, nebo neodpovídá skutečnosti. Navrhovatel dále konstatuje, že má za prokázané, že ze strany zadavatele došlo k porušení zákona v souvislosti s vyřizováním námitek podle § 111 zákona.
43. Navrhovatel uvádí, že byl postupem zadavatele poškozen, neboť místo toho, aby vybraný uchazeč, jehož nabídková cena je cenou mimořádně nízkou, byl ze zadávacího řízení vyloučen a veřejné zakázky se opakovaly bez účasti vybraného uchazeče za férových a tržních podmínek, nebyl vybraný uchazeč vůbec ohledně MNNC dotazován a rozhodnutí o výběru bylo učiněno v rozporu se zákonem. Podle navrhovatele tak místo toho, aby byl vybraný uchazeč zadavatelem ze zadávacího řízení vyloučen, zadavatel sice jako nejvhodnější vybral nabídku navrhovatele, avšak nabídková cena navrhovatele byla dosažena pouze „přítomností mimořádně nízké nabídkové ceny“ na straně vybraného uchazeče a neodráží tak férové a reálné tržní ceny.
44. S ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti navrhovatel žádá, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky na veřejnou zakázku „Datové komunikační služby ČP - PS 87-93“ ze dne 27. 9. 2018; a současně aby zrušil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku; a současně aby zadavateli zakázal uzavřít smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem na základě návrhu navrhovatele.

### III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

45. Zadavatel uvádí, že navrhovatel je podle § 115 zákona povinen složit s podáním návrhu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky, nejméně však 50 000,- Kč, nejvýše 10 000 000,- Kč. Zákon podle zadavatele výslovně nestanoví, zda má být kauce počítána z nabídkové ceny před či po e-aukci. V případě, že by se vycházelo z nižších cen po e-aukci, měla by výše kauce v případě navrhovatele činit 1 % z částky 97 497 648,- Kč, tj. celkem 974 976,48 Kč. Navrhovatel však podle zadavatele složil kauci pouze ve výši 300 000,- Kč. Zadavatel uvádí, že navrhovatel při výpočtu kauce nezapočetl nabídkovou cenu pro část třetí veřejné zakázky, zřejmě proto, že odůvodnění podaného návrhu se této části prakticky netýká. Podle názoru zadavatele však nelze pominout, že požadavek uvedený v „petitu“ návrhu směřuje ke zrušení celé veřejné zakázky (tj. všech jejích částí), navrhovatel rovněž požaduje vydání předběžného opatření ve vztahu k celé veřejné zakázce, a tudíž se zadavatel domnívá, že výše kauce by měla být stanovena na základě nabídkové ceny navrhovatele pro všechny části veřejné zakázky. Pokud navrhovatel hodlal podat návrh pouze ve vztahu k některým částem veřejné zakázky, měl podle zadavatele tyto části jednoznačně identifikovat.
46. Skutečnost, že navrhovatel směřoval svůj návrh proti veřejné zakázce jako celku, vede podle zadavatele mimo jiné k tomu, že zadavatel podle § 111 odst. 5 zákona není oprávněn uzavřít smlouvu na plnění žádné části veřejné zakázky. Zadavatel má za to, že dosažení takového

důsledku by mělo být podmíněno řádnou úhradou kauce ve výši odpovídající celkové nabídkové ceně navrhovatele za všechny části veřejné zakázky.

47. Zadavatel uvádí, že dle § 114 zákona lze návrh podat proti úkonům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v § 6 zákona, a v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele. Zadavatel je přesvědčen, že v případě části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky nejsou tyto podmínky splněny, neboť v těchto částech byla nabídka navrhovatele vyhodnocena jako nejvhodnější a zadavatel rozhodl o přidělení předmětné části veřejné zakázky navrhovateli. Navrhovatel tedy podle zadavatele brojí proti výsledku zadávacího řízení, v němž se umístil na prvním místě, resp. proti vlastním nabídkovým cenám, které sám předložil v rámci e-aukce.
48. Zadavateli není zřejmé, kterým svým úkonem měl v těchto případech způsobit navrhovateli újmu a v čem by měla tato újma spočívat. Zadavatel dodává, že jak navrhovatel, tak vybraný uchazeč snižovali v rámci e-aukce své nabídkové ceny z vlastního rozhodnutí, bez jakékoli vazby na úkony zadavatele.
49. Skutečnost, že nabídkové ceny, s nimiž navrhovatel zvítězil v e-aukcích pro část první, druhou, šestou a sedmou veřejné zakázky, jsou nižší, než za jaké je ochoten plnit, nebyla podle zadavatele způsobena nezákonným jednáním (či jakýmkoli jednáním) zadavatele. Pokud jsou tyto ceny pro navrhovatele neúnosně nízké, neměl je v e-aukci vůbec předkládat.
50. Námitka navrhovatele, že ho k předložení nízkých cen „vyprovokoval“ vybraný uchazeč svými mimořádně nízkými cenami, se zadavateli jeví jako irelevantní, neboť zadavatel podle svého vyjádření nemůže být odpovědný za jednání účastníků v rámci e-aukce, ani nemůže zabránit tomu, že se některý z uchazečů nechá strhnout k předložení příliš nízké ceny.
51. Zadavatel v této souvislosti dodává, že navrhovatel mimo to na jiném místě návrhu uvádí, že sám v aukcích snižoval své nabídkové ceny proto, aby donutil druhého dodavatele předložit mimořádně nízké ceny (viz bod 5.6 návrhu). Jednání navrhovatele se podle zadavatele proto nikterak neliší od jednání, z něhož podezřívá vybraného uchazeče. Zadavatel k tomu doplňuje, že smyslem e-aukce není vytvářet prostředí pro vzájemné napadání konkurentů a „kladení pastí“, a rozhodování dodavatele v e-aukci by tak mělo být motivováno snahou získat veřejnou zakázku, nikoli shromažďovat „důkazy o závadném chování konkurenta“.
52. Argumentace navrhovatele týkající se jeho vlastních nabídkových cen je podle zadavatele navíc nekonzistentní, neboť navrhovatel na jednu stranu protestuje proti neúměrnému (vynucenému) snížení vlastních cen, na druhou stranu však v návrhu opakovaně zdůrazňuje, že jeho nabídkové ceny (na rozdíl od nabídkových cen vybraného uchazeče) nejsou mimořádně nízké, neboť jako stávající dodavatel nebude mít tak vysoké vstupní náklady a je proto schopen své nabídkové ceny dodržet. V této souvislosti tedy není zadavateli zřejmé, v čem navrhovatel spatřuje újmu v těch částech veřejné zakázky, v nichž byla jeho nabídka vybrána jako nejvhodnější. Zadavatel uvádí, že je připraven v těchto částech uzavřít s navrhovatelem smlouvy za ceny, které navrhovatel sám nabídl a které dle jeho tvrzení nejsou mimořádně nízké.
53. V této souvislosti zadavatel rozporuje i názor navrhovatele, že vybraný uchazeč účelově nabízí zcela nereálné nabídkové ceny, neboť v případě čtyř částí veřejné zakázky to byl právě vybraný uchazeč, který jako první ukončil licitaci v e-aukci, když dále nesnižoval nabídkové

ceny předložené navrhovatelem. Z výše uvedeného je dle zadavatele zřejmé, že vybraný uchazeč měl pro licitaci určitý cenový limit, pod nějž nebyl ochoten cenu snížit. Pokud by jeho záměrem bylo přebrat navrhovateli zakázku „za každou cenu“, jak podle zadavatele naznačuje navrhovatel, licitaci by neukončil a navrhovatel by tak v těchto částech veřejné zakázky nemohl zvítězit.

54. Zadavatel dodává, že situaci, kdy se konkurenční dodavatelé v rámci licitace vzájemně „nutí“ ke snižování nabídkových cen, pokládá za přirozený jev, který navíc vede k naplnění základního cíle zadávacího řízení, kterým je dosažení co nejvýhodnějších ekonomických podmínek pro zadavatele.
55. V otázce, zda se v případě jednotlivých nabídkových cen jedná o MNNC, zadavatel odkazuje na rozhodnutí o námitkách ze dne 22. 10. 2018, a to zejména v otázce vývoje cenové hladiny datových služeb od doby uzavření rámcové smlouvy, jakož i ve věci nabídkových cen za část třetí veřejné zakázky, u níž zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl technické důvody, které dle jeho přesvědčení odůvodňují jak neúčast navrhovatele v licitaci, tak i vyšší výslednou cenu.
56. Co se týče ceníku společnosti CETIN, předloženého navrhovatelem, zadavatel uvádí, že v zadávacích podmínkách nikterak neomezil konkrétní způsob (technologie), jakým mají být datové služby zajišťovány (metalické spojení, optické spojení nebo bezdrátové připojení). Podle zadavatele je na každém dodavateli, jak datové připojení zabezpečí a jakou infrastrukturu využije. V této souvislosti zadavatel dodává, že obecně platí, že službu datového připojení lze zřídit s využitím různých typů přenosových technologií, které dále podrobněji popisuje.
57. Zadavatel konstatuje, že s ohledem na výše uvedené typy přenosových technologií je vždy na rozhodnutí dodavatele služby datového připojení, jaký typ přenosové technologie v rámci své cenové nabídky využije. Podle zadavatele je pouze na rozhodnutí dodavatele, na jakém typu datové služby nabídku postaví, tj. jaký typ datové služby si objedná. Zadavatel dodává, že nemá k dispozici informace o konkrétních cenových podmínkách nabízených jednotlivým dodavatelům (ať už společností CETIN nebo jiným poskytovatelem infrastruktury). Z návrhu je dle zadavatele možné vyvodit, jaké cenové podmínky nabízí CETIN navrhovateli, nevypovídá to však nijak o nákladech jiných dodavatelů. Podle zadavatele i z veřejně dostupných zdrojů ([www.cetin.cz](http://www.cetin.cz)) je zřejmé, že ceny CETIN nejsou jednotné nebo neměnné a společnost CETIN poskytuje svým zákazníkům i individuální nabídky (o čemž podle zadavatele svědčí mimo jiné i e-mailová komunikace mezi zástupcem společnosti CETIN a navrhovatelem, která je přílohou návrhu).
58. Podle zadavatele je cenová nabídka mezi primárním poskytovatelem služby (např. CETIN) a subjektem nakupujícím služby vždy navržena pro konkrétní obchodní případ. Pokud si podle zadavatele nakupující objedná pouze jednu službu na krátké časové období, bude cena pravděpodobně vyšší, než objednání velkého počtu služeb na dlouhé časové období. Zadavatel se domnívá, že objednávka jedné služby datového připojení se zpravidla řídí platným ceníkem poskytovaných služeb, avšak objednávka velkého množství služeb se řídí tzv. projektovou cenou, u které se zpravidla nevychází z ceníků. Ceny jsou dle názoru zadavatele dojednány individuálně pro potřeby daného projektu, přičemž u projektových cen se uplatňuje množstevní sleva (což je podle zadavatele patrné i z komunikace mezi

navrhovatelem a společností CETIN, z níž je zřejmé, že CETIN kalkuluje ceny na základě objemu).

59. Zadavatel v této souvislosti uvádí, že dodavatelé nakupují od primárních poskytovatelů služby nejen pro zadavatele, ale také i pro své ostatní klienty, což má vliv na objem a tedy i na cenu nakupovaných služeb. Zadavatel podotýká, že náklady na datové připojení jednotlivých lokalit pak mohou jednotliví dodavatelé pokrývat nejen příjmy plynoucími od zadavatele, ale i příjmy od dalších zákazníků konkrétního dodavatele. Zadavatel se domnívá, že i v případě, že by připustil, že nabídková cena za připojení konkrétní lokality je nižší, než náklady na provoz přípojky, nelze v žádném případě vyvozovat, že dodavatel nebude za danou cenu schopen plnění poskytnout. K tomu zadavatel podotýká, že dodavatelé mohou své náklady rozložit i v rámci dalšího plnění pro zadavatele, neboť v rámci veřejné zakázky se hodnotí vždy celková nabídková cena plnění pro všechny lokality v dané části, není tedy podle zadavatele vyloučeno, že náklady na připojení některých lokalit budou pokryty výnosy z jiných lokalit.
60. Podle vyjádření zadavatele jsou dalšími složkami ovlivňujícími cenu datového připojení pro koncového zákazníka výše marže, cena za zřízení služby, cena za poskytnutí koncového zařízení a výše pokuty za nedodržení SLA (Service Level Agreement) stanovená zadavatelem veřejné zakázky. Zadavatel uvádí, že se v zadávacích podmínkách veřejné zakázky (resp. již v zadávacích podmínkách stanovených pro uzavření rámcové smlouvy) rozhodl z důvodu orientace na cenu stanovit velmi nízká SLA. Zadavatel uvádí, že pokládá za nutné vyjádřit se k navrhovatelem zmiňované veřejné zakázce Ministerstva vnitra („KIVS“), přičemž uvádí, že nezná zadávací podmínky této veřejné zakázky ani konkrétní požadavky na plnění, a že cenu datového připojení mohou ovlivnit veškeré výše jím uvedené faktory, které jsou pro různé veřejné zakázky (buď na obdobné plnění) nastaveny odlišně.
61. Zadavatel uvádí, že počáteční zavedení služby v lokalitě obnáší dle jeho zkušeností zpravidla umístění a konfigurace routeru a jeho připojení k datové přípojce. Náklady s tím spojené zadavatel nepokládá v žádném případě za natolik významné (zvláště ve srovnání s ostatními faktory ovlivňujícími cenu služby), aby ovlivnily cenu plnění za 72 měsíců poskytování služby. Zadavatel konstatuje, že nevidí důvod, proč by stávající dodavatel měl být z hlediska nákladů na poskytování služby ve výhodnějším postavení oproti ostatním dodavatelům. K tomu zadavatel dodává, že výklad, dle kterého by bylo možné stávajícího dodavatele zvýhodnit v otázce MNNC tím, že by na jeho nabídkovou cenu byla kladena mírnější kritéria, než na ceny ostatních uchazečů, zadavatel pokládá za potenciálně nebezpečný a směřující k uzavření trhu jen pro omezený okruh stávajících dodavatelů.
62. V této souvislosti zadavatel podotýká, že hodnotící komise pověřená zadavatelem k posouzení a hodnocení nabídek dospěla na základě výše uvedených skutečností k závěru, že nabídky uchazečů mimořádně nízkou nabídkovou cenu neobsahují. Zadavatel je přesvědčen, že toto posouzení je výhradně v kompetenci hodnotící komise, do níž by neměl zasahovat žádný z uchazečů. Zadavatel má za to, že rovněž Úřad by měl přezkoumávat jen zákonný rámec činnosti komise při posuzování nabídek, nikoli „správnost“ výsledku posouzení provedeného komisí, případně dokonce nahrazovat závěr komise vlastním správním rozhodnutím.

63. Zadavatel doplňuje, že zákon zadavateli ukládá povinnost odůvodnit jeho postup v tom případě, že nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, avšak žádné ustanovení zákona nestanoví povinnost zadavatele zaobírat se detailně cenami, které jako mimořádně nízké posouzeny nejsou. Zadavatel je proto přesvědčen, že postup hodnotící komise, která konstatovala, že neposoudila žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou, je plně v souladu se zákonem, se základními zásadami zadávacího řízení i se standardní praxí v zadávacích řízeních.
64. Zadavatel uvádí, že mu není zřejmé, jak navrhovatel dospěl k závěru uvedenému v bodě 16.2 návrhu, že *„Výše citované vyjádření zadavatele (o existenci smluvních mechanismů zajišťujících kvalitu plnění) lze ale chápat tak, že pokud bude služba fungovat, nezáleží na technickém zadání obsaženém v technické dokumentaci. A pokud by něco nefungovalo, budou uplatňovat sankci.“*. K tomu zadavatel dodává, že smluvní ujednání obsažená v rámcové smlouvě (a to nikoli pouze ujednání sankční, ale např. i možnost odstoupit od smlouvy) neřeší jen situace, kdy „něco nefunguje“, ale především právě nedodržení konkrétních technických parametrů datového připojení (viz např. čl. 7.1 - 7.4, čl. 10.3 písm. b), čl. 10.4 rámcové smlouvy). Předmětem zadávané veřejné zakázky je uzavření prováděcích smluv s pořadovými čísly 87 – 93. Před nynější veřejnou zakázkou již tedy podle zadavatele bylo na základě rámcové smlouvy č. 2014/1559 uzavřeno cca 80 prováděcích smluv na poskytování datového připojení se stejnými technickými požadavky na plnění, jaké jsou u nynější veřejné zakázky. Mezi dodavateli dle předchozích prováděcích smluv jsou podle vyjádření zadavatele jak navrhovatel, tak i vybraný uchazeč. Zadavatel uvádí, že všichni poskytovatelé datových služeb dle předchozích prováděcích smluv (včetně vybraného uchazeče) poskytují plnění v požadované kvalitě a při splnění stanovených technických parametrů. Zadavatel zároveň konstatuje, že naplnění technických parametrů ověřuje vždy při přebírání služby (tj. při zavedení datového připojení), přičemž pokud by stanovené požadavky nebyly dodrženy, plnění by vůbec nepřevzal.
65. Zadavatel konstatuje, že veřejná zakázka je s ohledem na § 273 odst. 4 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“) zadávána v režimu starší právní úpravy. Přesto by dle názoru zadavatele měl Úřad při posuzování postupu zadavatele zohlednit i ZZVZ, a to s ohledem na ústavní pravidlo zakotvené v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, které zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. V této souvislosti zadavatel dodává, že v otázce posuzování MNNC obsahuje nová právní úprava dle ZZVZ oproti zákonu zjevný posun. Zatímco podle zákona byl zadavatel povinen vyloučit dodavatele, který dostatečně neodůvodnil MNNC, dle nové právní úpravy má zadavatel takovou povinnost pouze v taxativně vymezených případech dle § 113 odst. 6 ZZVZ. Podle zadavatele v jiných případech je zcela na jeho rozhodnutí, zda účastníka, byť by jeho nabídka prokazatelně obsahovala MNNC, ze zadávacího řízení vyloučí či nikoliv.
66. Zadavatel má za to, že tato flexibilnější právní úprava je ovlivněna základním účelem institutu MNNC, kterým je v první řadě ochrana zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede cenu, u níž vznikají důvodné pochybnosti o řádném plnění veřejné zakázky. ZZVZ nově ponechává na zadavateli, zda se rozhodne tato rizika spojená s nízkou nabídkovou cenou nést. Zadavatel se domnívá, že dle nové právní úpravy zadavatel neporuší zákon, pokud nevyloučí ze zadávacího řízení dodavatele, jehož nabídka obsahuje MNNC. Zadavatel



je přesvědčen, že tím spíše by neměl být postižen zadavatel za to, že nabídkovou cenu neposoudil jako MNNC. Zadavatel zastává názor, že i pokud by totiž zadavatel MNNC v daném případě shledal, nebyl by povinen dotčeného dodavatele ze zadávacího řízení vyloučit a konečný výsledek zadávacího řízení by tak zůstal stejný.

67. Cílem zadavatele je podle jeho vyjádření zajistit plnění za co nejvýhodnějších ekonomických podmínek, aniž by pro něj bylo podstatné, který konkrétní dodavatel bude plnění zajišťovat. Postup, kdy by zadavatel byl nucen vyřadit ekonomicky výhodnou nabídku, která splnila veškeré požadavky stanovené zákonem a požadavky stanovené v zadávacích podmínkách, případně dokonce zrušit zadávací řízení, v němž dosáhl výhodných nabídkových cen, by byl dle zadavatele zcela v rozporu se zásadou hospodárného vynakládání veřejných prostředků. V této souvislosti zadavatel dodává, že pokud má jednat jako řádný hospodář, musí pro něj být rozhodující jeho vlastní ekonomické zájmy (tj. snaha o dosažení co nejlepších cen), nikoli ekonomické zájmy dodavatelů.
68. Zadavatel je přesvědčen, že se v rozhodnutí o námitkách vypořádal se všemi argumenty navrhovatele uvedenými v námitkách ze dne 11. 10. 2018 i v námitkách ze dne 12. 10. 2018, a ke všem se v tomto rozhodnutí vyjádřil, a to i přes to, že navrhovatel v rámci námitek své argumenty často opakuje a navzájem je propojuje.
69. Zadavatel zásadně odmítá požadavek navrhovatele na zrušení zadávacího řízení, jakožto nápravného opatření po domnělém porušení zákona. Takový požadavek je podle zadavatele zcela nedůvodný a neodpovídající vytýkanému pochybení zadavatele. Zadavatel uvádí, že navrhovatel jej viní z nesprávného posouzení nabídkových cen po skončení e-aukce, což je vada, kterou by bylo možné napravit opětovným posouzením těchto cen. K novému posouzení výsledných nabídkových cen po e-aukci podle zadavatele není zapotřebí ani opakování e-aukce, natožpak zrušení celého zadávacího řízení.
70. Zadavatel podotýká, že situace, kdy zadavatel posoudí některou nabídkovou cenu jako MNNC, ještě nemusí nutně znamenat, že daný uchazeč bude ze zadávacího řízení vyloučen. Naopak, zvláště ve světle nové právní úpravy, bude i v takovém případě na rozhodnutí zadavatele, zda nabídku obsahující MNNC v řízení ponechá, či nikoliv.
71. Zadavatel se domnívá, že návrh na zrušení zadávacího řízení svědčí o účelovém postupu navrhovatele, jehož cílem je prodloužit zadávací řízení, a tím i stav, kdy zadavatel čerpá plnění z předchozích prováděcích smluv, kde je navrhovatel stávajícím dodavatelem, ovšem poskytuje plnění za vyšší ceny.
72. S ohledem na výše uvedené je zadavatel přesvědčen, že při zadávání veřejné zakázky včetně přezkoumávání podaných námitek navrhovatelem postupoval v souladu se zákonem a se základními zásadami zadávacího řízení a není proto dán důvod pro zrušení zadávacího řízení nebo jiného úkonu zadavatele, ani k jinému nápravnému opatření.
73. Zadavatel navrhuje, aby Úřad v souladu s § 117a písm. a), b) a c) zákona řízení zastavil, neboť návrh neobsahuje doklad o složení kauce ve výši stanovené zákonem, není z něj patrné, v čem spočívá újma způsobená navrhovateli v částech veřejné zakázky, v nichž byla jeho nabídka vybrána jako nejvhodnější, a nedošlo k připsání kauce na účet Úřadu v zákonem stanovené výši. Nerozhodne-li Úřad o zastavení řízení dle předchozí věty, navrhuje zadavatel, aby Úřad návrh zamítnul, neboť ze strany zadavatele nebylo shledáno porušení zákona.

#### IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

74. Úřad obdržel návrh dne 31. 10. 2018 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
75. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
- zadavatel,
  - navrhovatel,
  - vybraný uchazeč.
76. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0447/2018/VZ-31931/2018/532/MOn ze dne 2. 11. 2018.
77. Usnesením č. j. ÚOHS-S0447/2018/VZ-31991/2018/532/MOn ze dne 2. 11. 2018 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu 10 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které jsou oprávněni navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko.
78. S ohledem na skutečnost, že Úřad neměl postaveno na jisto, zda ke konci tzv. blokační lhůty (v šetřeném případě ke dni 29. 11. 2018) bude mít s ohledem na § 3 správního řádu zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v takovém rozsahu, aby mohlo být vydáno rozhodnutí ve věci samé při zachování procesních práv účastníků správního řízení, Úřad na návrh navrhovatele rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0447/2018/VZ-33383/2018/532/MOn ze dne 14. 11. 2018 nařídil předběžné opatření spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvu v části první, druhé, čtvrté, páté, šesté a sedmé veřejné zakázky.
79. Výrokem 1. usnesení č. j. ÚOHS-S0447/2018/VZ-34276/2018/532/MOn ze dne 21. 11. 2018 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Výrokem 2. citovaného usnesení stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o veřejné zakázce pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

#### *Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 27. 11. 2018*

80. Navrhovatel se domnívá, že jím složená kauce byla vypočtena a složena na účet Úřadu ve správné výši. V této souvislosti navrhovatel poukazuje na ustanovení § 98 odst. 4 zákona, podle kterého *„Je-li veřejná zakázka rozdělena na části, vztahují se ustanovení tohoto zákona, týkající se postupu zadavatele v zadávacím řízení či práv a povinností dodavatele na každou jednotlivou část, nevylučují-li z tohoto zákona jinak.“* Navrhovatel je přesvědčen, že na ty části veřejné zakázky, které napadá, řádně složil kauci v zákonem požadované výši.
81. Navrhovatel považuje za nesmyslné, pokud by musel platit kauci i za část třetí veřejné zakázky, když na tuto část nepodával ani námítky, ani návrh. Navrhovatel uvádí, že pokud v návrhu poukazuje na skutečnost, že mimořádně nízká nabídková cena je přítomna ve všech částech veřejné zakázky a současně navrhuje, aby Úřad zrušil nejen napadené části veřejné zakázky, ale i část třetí veřejné zakázky, pak je tento postup ohledně části třetí veřejné zakázky zapotřebí považovat spíše za podnět Úřadu, než za návrh na přezkoumání úkonů zadavatele.

82. Ačkoliv navrhovatel dle svého názoru v návrhu vysvětlil, v čem spatřuje újmu, která mu vznikla v těch částech veřejné zakázky, v nichž byla jeho nabídka vybrána jako nejvýhodnější, navrhovatel znovu konstatuje, že újma mu byla způsobena tím, že v důsledku probíhající aukce, ve které byla přítomna mimořádně nízká nabídková cena, byl nekalosoutěžním jednáním vybraného uchazeče „dotlačen“ k podávání nabídkových cen, které by v případě, že by nabídka vybraného uchazeče neobsahovala MNNC, nemusel předložit. Zadavatel není podle navrhovatele odpovědný za výši nabídkových cen jednotlivých uchazečů, je však odpovědný za transparentnost soutěže; a tedy v případě existence pochybností či jednoznačných signálů o nekalosoutěžních praktikách je podle názoru navrhovatele povinen konat.
83. Navrhovatel uvádí, že zadavatel neomezuje technická řešení jednotlivých dodavatelů přímo, ale prostřednictvím jednoznačně definovaných technických požadavků na služby. Tím podle navrhovatele je také dán okruh technologií, které je možno pro realizaci jednotlivých služeb použít.
84. Navrhovatel je přesvědčen, že poněvadž vybraný uchazeč nedisponuje žádnou infrastrukturou, musí všechny soutěžené služby nakupovat, přičemž nákup služeb požadovaných parametrů nelze realizovat za ceny nabízené vybraným uchazečem. V této souvislosti navrhovatel uvádí, že v případě nákupu od společnosti CETIN je třeba poukázat na tržní pravidla a regulace, stejně jako princip rovnosti vstupů (poskytovat služby všem za stejných podmínek a pravidel).
85. Navrhovatel uvádí, že tvrzení zadavatele, že by *„Úřad měl přezkoumávat jen zákonný rámec činnosti komise při posuzování nabídek, nikoliv správnost výsledku posouzení provedeného komisí“* je v právním státě naprosto nepřijatelné, neboť s tímto přístupem by nebylo třeba ani realizovat žádná výběrová řízení a všechny dodávky by se mohly realizovat toliko od zadavatelem „oblíbených“ a „doporučovaných“ dodavatelů, neboť by je komise vyhodnotila jako ty správné. Podle navrhovatele bylo povinností komise pro hodnocení nabídek posoudit i možnou přítomnost mimořádně nízkých nabídkových cen, a v případě jakýchkoliv pochybností požádat jednotlivé uchazeče o zdůvodnění podaných nabídek (neboť jak zadavatel dle názoru navrhovatele uvádí, neví o struktuře cen jednotlivých dodavatelů nic), tyto vyhodnotit a vyvodit z nich závěry.
86. Podle názoru navrhovatele neobstojí argument zadavatele, že má ve smlouvě na poskytování soutěžených služeb smluvní mechanismy, jejichž smyslem je zajištění stanovených technických parametrů plnění. K tomu navrhovatel dodává, že ceny vkládané v průběhu aukcí vybraným uchazečem neumožňují díky chybějící infrastruktuře nakoupit služby v kvalitě požadované zadávací dokumentací tak, aby zároveň nešlo o MNNC. Navrhovatel je přesvědčen, že aby dokázal zrealizovat služby za vkládané ceny a zároveň se nejednalo o MNNC, musel by použít technologie (formou nakupovaných služeb) v rozporu se zadávací dokumentací. V této souvislosti navrhovatel uvádí, že zadávací dokumentace sice technologie neomezuje, nicméně požadavkem na technické parametry služeb jsou některé technologie automaticky vyloučeny, protože požadovaných parametrů nemohou dosáhnout.
87. Navrhovatel konstatuje, že předmětné zadávací řízení se řídí zákonem, podle kterého je zadavatel povinen vyloučit nabídku toho uchazeče, u kterého bude přítomna mimořádně

nízká nabídková cena, resp. tato mimořádně nízká nabídková cena není uchazečem dostatečně odůvodněna.

88. Navrhovatel uvádí, že pokud zadavatel ve svém vyjádření zcela upřednostňuje nejvýhodnější ekonomické podmínky před transparentností a férovým jednáním v rámci soutěžení o jednotlivé části veřejné zakázky, pak se navrhovatel nemůže ubránit dojmu, že zadavatel upřednostňuje své ekonomické zájmy nad transparentností a zákonností zadávacího řízení a právním řádem vůbec. V této souvislosti navrhovatel dodává, že veřejná zakázka se řídí zákonem, přičemž ust. § 77 odst. 6 zákona stanoví, že neodůvodní-li uchazeč písemně mimořádně nízkou nabídkovou cenu nebo posoudí-li hodnotící komise jeho zdůvodnění jako neopodstatněné, musí být nabídka ze zadávacího řízení vyloučena.
89. Navrhovatel se domnívá, že se zadavatel dostatečným způsobem nevypořádal s jeho argumentací obsaženou v námitkách, a to ani v rozhodnutí o námitkách ani ve vyjádření k návrhu.
90. Navrhovatel považuje svůj požadavek na zrušení zadávacího řízení za zcela důvodný a odpovídající vytyčenému pochybení zadavatele, a také současně za jediný možný způsob řešení vzniklé situace, kdy podle navrhovatele jsou patrně všechny části veřejné zakázky dotčeny přítomností MNNC ze strany vybraného uchazeče. Navrhovatel uvádí, že se mu nejedná o nic jiného, než aby mohl poskytovat zadavateli služby v požadované kvalitě za férově vysoutěžené ceny, což se dle názoru navrhovatele za stávajícího stavu říci nedá. Z uvedeného důvodu je dle názoru navrhovatele požadavek na zrušení „všech takto ovlivněných řízení“ zcela legitimní. Na doplnění navrhovatel sděluje, že by měly být zrušeny i soutěže, kterých se navrhovatel neúčastnil.
91. Ve všech ostatních bodech, které zadavatel ve svém vyjádření uvedl, a na které navrhovatel přímo nereagoval, navrhovatel odkazuje na obsah návrhu.
92. Na základě výše uvedeného navrhovatel navrhuje, aby Úřad podanému návrhu v plném rozsahu vyhověl.

#### *Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí*

93. Zadavatel uvádí, že v plném rozsahu trvá na svých předchozích vyjádřeních v této věci.
94. Zadavatel doplňuje, že jednání navrhovatele v uvedené věci pokládá za účelové a motivované především snahou zabránit zadavateli v uzavření nových prováděcích smluv na zajištění datového připojení. Zadavatel uvádí, že navrhovatel kromě přezkoumávané veřejné zakázky napadl námitkami a posléze návrhem u Úřadu rovněž i veřejnou zakázku „Datové komunikační služby ČP – PS 94 – 100“ a námitky podal i proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky na veřejnou zakázku „Datové komunikační služby ČP – PS 101 – 107“. Zadavatel konstatuje, že navrhovatel napadá jak ty části veřejné zakázky, v nichž byla jako nejvhodnější vybrána nabídka jiného uchazeče, tak i části, v nichž zvítězila jeho vlastní nabídka.
95. Plnění, které je předmětem přezkoumávané veřejné zakázky, navrhovatel podle vyjádření zadavatele v současné době zajišťuje v částech 1, 2, 4, 6 a 7, v části 5 plnění zajišťuje vybraný uchazeč a v části 3 dodavatel T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha 4. Zadavatel dodává, že předmětné prováděcí smlouvy byly uzavřeny v lednu a v únoru 2015 na období 4 let; jejich účinnost tedy končí 20. 1. 2019

(u smluv uzavřených s navrhovatelem), respektive 3. 2. 2019 (v případě smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem). Zadavatel konstatuje, že z uvedeného důvodu přistoupil k jejich „přesoutěžení“, v rámci něž došlo k výraznému snížení nabídkových cen oproti stávajícím smlouvám. Navrhovatel, jakožto stávající dodavatel většiny dotčených částí, má tedy podle zadavatele zřejmý ekonomický zájem na tom, aby nedošlo k uzavření nových prováděcích smluv za nižší ceny. Zadavatel je přesvědčen, že tato okolnost hraje zásadní roli při jednání navrhovatele, který napadá výsledky i těch zadávacích řízení, v nichž byla jeho nabídka vyhodnocena jako nejvýhodnější. Podle zadavatele není samotný výsledek správního řízení pro navrhovatele tak podstatný, jako skutečnost, že po dobu jeho trvání nebude zadavatel moci nově vysoutěžené smlouvy uzavřít.

96. Pro úplnost zadavatel uvádí, že již v minulosti, při uzavírání prvních prováděcích smluv z rámcové smlouvy, v případě veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS01 – PS07“, řešil otázku mimořádně nízké nabídkové ceny, kterou tehdy namítala naopak společnost O2 vůči cenovým nabídkám navrhovatele. Zadavatel podotýká, že se jednalo o situaci velice obdobnou, jaká nastala v šetřeném případě, kdy dva uchazeči prostřednictvím e-aukce výrazně snížili své původní nabídkové ceny, přičemž jejich výsledné nabídkové ceny se lišily jen minimálně (v řádu jednotek korun). Společnost O2 tehdy napadala přítomnost MNNC v nabídce navrhovatele, přičemž mj. argumentovala „extrémním poklesem nabídkových cen“ oproti cenám ostatních dodavatelů, výrazným rozdílem oproti tržním cenám, nemožností dodržet technické parametry při daných cenách, apod. I na základě výše uvedeného vývoje si je zadavatel vědom skutečnosti, že mezi oběma zainteresovanými dodavateli existuje velmi ostrý konkurenční boj, který se promítá i do jejich jednání v rámci veřejných zakázek zadávaných zadavatelem. Zadavatel uvádí, že i z uvedeného důvodu je skeptický k tvrzením o „nemožnosti“ poskytnout poptávané služby v požadované kvalitě ze strany druhého dodavatele. Dosavadní zkušenost zadavatele je taková, že oba dotčení uchazeči jsou schopni plnění poskytnout i za ceny, které jejich konkurent velmi důrazně odmítá jako nereálné a mimořádně nízké.
97. Zadavatel nemá nejmenší pochybnosti o tom, že vybraný uchazeč bude schopen zajistit požadované datové připojení za ceny, které mu nabídl, a to jak z důvodu dosavadních zkušeností s vybraným uchazečem, tak i z důvodu vědomí o rozsahu činností vybraného uchazeče, který mu dle přesvědčení zadavatele umožňuje nabízet výhodné ceny v rámci širší obchodní strategie (tedy nikoli pouze za účelem pokrytí nákladů na datové připojení jednotlivých konkrétních lokalit).
98. S ohledem na výše uvedené je zadavatel nadále přesvědčen, že při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem a se základními zásadami zadávacího řízení, a není proto dán důvod pro zrušení zadávacího řízení nebo jiného úkonu zadavatele ani k jinému nápravnému opatření.
99. Zadavatel navrhuje, aby Úřad v souladu s § 117a písm. b) zákona řízení zastavil, neboť z návrhu není patrné, v čem spočívá újma způsobená navrhovateli v částech veřejné zakázky, v nichž byla jeho nabídka vybrána jako nejvhodnější. Nerozhodne-li Úřad o zastavení řízení dle předchozí věty, navrhuje zadavatel, aby Úřad návrh zamítnul, neboť nebylo shledáno porušení zákona ze strany zadavatele.

## V. ZÁVĚRY ÚŘADU

100. Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, návrhu navrhovatele, stanoviska zadavatele k návrhu a na základě vlastního zjištění návrh navrhovatele v části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona. V části čtvrté a páté veřejné zakázky Úřad rozhodl, že zadavatel porušil postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, tím, že při posouzení nabídky vybraného uchazeče nedostatečně posoudil, zda nabídka vybraného uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a to ani poté, co obdržel námitky dle § 110 zákona, které tuto skutečnost výslovně namítaly, čímž se úkony zadavatele v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče staly netransparentními, přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

### Relevantní ustanovení zákona

101. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
102. Podle § 77 odst. 1 zákona při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší. Hodnotící komise může na žádost uchazeče tuto lhůtu prodloužit nebo může zmeškání lhůty prominout.
103. Podle § 77 odst. 2 zákona hodnotící komise může vzít v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, jestliže je tato cena zdůvodněna objektivními příčinami, zejména
- a) ekonomickými aspekty konstrukční metody či technologie, výrobního procesu nebo poskytovaných služeb,
  - b) objevností technického řešení nebo výjimečně příznivými podmínkami, které má uchazeč k dispozici pro provedení stavebních prací nebo poskytnutí dodávek či služeb,
  - c) originalitou stavebních prací, dodávek nebo služeb,
  - d) souladem s předpisy týkajícími se ochrany zaměstnanců a pracovních podmínek, které jsou účinné v místě provádění stavebních prací, poskytování služeb nebo dodávek, nebo
  - e) potenciální možností uchazeče získat veřejnou podporu.
104. Podle § 77 odst. 4 zákona při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zohlední hodnotící komise písemné zdůvodnění uchazeče i jeho vysvětlení.
105. Podle § 77 odst. 6 zákona neodůvodnil-li uchazeč písemně mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve stanovené lhůtě, nedostavil-li se k podání vysvětlení nebo posoudila-li hodnotící

komise jeho zdůvodnění jako neopodstatněné, musí být nabídka vyřazena. Ustanovení § 76 odst. 6 zákona se použije obdobně.

106. Podle § 80 odst. 1 zákona o posouzení a hodnocení nabídek pořídí hodnotící komise písemnou zprávu, která obsahuje seznam posouzených nabídek, seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny spolu s uvedením důvodu, popis způsobu hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení nabídek, popis hodnocení jednotlivých nabídek v rámci všech hodnotících kritérií, a údaj o složení hodnotící komise. Neprováděla-li hodnotící komise hodnocení nabídek podle § 79 odst. 6 zákona, zpráva o posouzení a hodnocení nabídek neobsahuje údaje související s hodnocením nabídky.
107. Podle § 98 odst. 4 zákona je-li veřejná zakázka rozdělena na části, vztahují se ustanovení tohoto zákona týkající se postupů zadavatele v zadávacím řízení či práv a povinností dodavatele na každou jednotlivou část, nevylučuje-li z tohoto zákona jinak. Ustanovení § 13 odst. 4 zákona tím není dotčeno.
108. Podle § 110 odst. 1 zákona při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), zadavateli podat zdůvodněné námitky.
109. Ustanovení § 110 odst. 7 zákona stanoví, že námitky se 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 § 110 odst. 2, 3 a 5 zákona musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle § 110 odst. 2 zákona, 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 zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 zákona může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.
110. Podle § 114 odst. 1 písm. d) zákona návrh lze podat proti všem úkonům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v § 6 zákona a v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele, a to zejména proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
111. Podle § 115 odst. 1 zákona je s podáním návrhu navrhovatel povinen složit na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky, nejméně však ve výši 50 000 Kč, nejvýše ve výši 2 000 000 Kč. V případě, že není možné stanovit nabídkovou cenu navrhovatele nebo že nabídková cena, která je předmětem hodnocení, je při zadávání rámcové smlouvy stanovena pouze jako cena za jednotku plnění nebo v případě návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy, je navrhovatel povinen složit 100 000 Kč. Bankovní spojení Úřad uveřejní na své internetové adrese.

112. Podle § 117a písm. a) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže návrh nemá předepsané náležitosti podle § 114 odst. 3 zákona a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplní.
113. Podle § 117a písm. b) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže nebyla s podáním návrhu složena kauce ve výši podle § 115 odst. 1 zákona a navrhovatel kauci nesložil ani v dodatečně lhůtě stanovené Úřadem.
114. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
115. Podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odstavce 1 nebo 2 zákona.

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

116. Ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 14. 9. 2018 hodnotící komise stanovila výsledné pořadí hodnocených nabídek pro jednotlivé části veřejné zakázky po ukončení jednotlivých e-aukcí. Uvedený dokument rovněž obsahuje větu „*Hodnotící komise neshledala žádné nabídkové ceny jako mimořádně nízké dle § 77 zákona.*“.
117. Přípisem ze dne 14. 9. 2018 nazvaným »Žádost o jednání v rámci veřejné zakázky s názvem „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“« navrhovatel zadavatele požádal o uskutečnění jednání, přičemž uvedl: „*Předmětem jednání budou průběhy a výsledky jednotlivých elektronických aukcí, včetně poukázání na zřejmou přítomnost mimořádně nízkých nabídkových cen.*“. Na uvedenou žádost navrhovatele zadavatel odpověděl přípisem signovaným dne 18. 9. 2018, ve kterém zadavatel jednání s navrhovatelem s odkazem na zákon odmítl a poučil jej o možnosti námítky, pokud navrhovatel shledal v dosavadním průběhu zadávacího řízení porušení zákona.
118. Přípisem ze dne 26. 9. 2018 nazvaným »Žádost o jednání v rámci veřejné zakázky s názvem „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“ - odpověď« navrhovatel zadavatele informoval o tom, že je přesvědčen o přítomnosti MNNC v zadávacím řízení, a o tom, že bude postupovat v souladu s platnou legislativou, pokud se zadavatel uvedenou problematikou nebude zabývat.

### **Právní posouzení**

#### **K výši kauce složené navrhovatelem**

119. Nejprve považuje Úřad za nezbytné vypořádat se s argumentem zadavatele uvedeným v jeho vyjádření k návrhu, a sice že navrhovatel s podáním návrhu složil na účet Úřadu kauci v nesprávné výši, a Úřad by měl proto vedené správní řízení podle § 117a písm. a) a b) zákona zastavit (viz bod 45. a 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K předmětnému argumentu zadavatele sděluje Úřad následující.
120. Podle § 115 odst. 1 zákona je s podáním návrhu navrhovatel povinen složit na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky, nejméně však ve výši 50 000 Kč, nejvýše ve výši 2 000 000 Kč. V případě, že není možné stanovit nabídkovou cenu navrhovatele nebo že nabídková cena, která je předmětem hodnocení, je při zadávání rámcové smlouvy stanovena pouze jako cena za jednotku plnění



nebo v případě návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy, je navrhovatel povinen složit 100 000 Kč. Bankovní spojení Úřad uveřejní na své internetové adrese.

121. Podle § 117a písm. a) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže návrh nemá předepsané náležitosti podle § 114 odst. 3 zákona a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplní.
122. Podle § 117a písm. b) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže nebyla s podáním návrhu složena kauce ve výši podle § 115 odst. 1 zákona a navrhovatel kauci nesloží ani v dodatečně lhůtě stanovené Úřadem.
123. Úřad předně v obecné rovině konstatuje, že složení kauce v příslušné výši před zahájením správního řízení, resp. spolu s návrhem je předpokladem, aby správní řízení před Úřadem vůbec mohlo proběhnout. Účelem kauce je eliminace zjevně účelových a bezdůvodných návrhů, jejichž cílem by bylo toliko blokování dalšího průběhu zadávacího řízení. Povinnost složení kauce je povinností absolutní, což znamená, že neexistují žádné důvody pro její prominutí, tj. navrhovatel je povinen kauci složit vždy, pokud má zájem na tom, aby se Úřad jeho návrhem věcně zabýval. Nesložení kauce v zákonné výši, tj. její nesložení vůbec či složení v nižší výši, než je zákonem požadováno, má za následek, že správní řízení zahájené na základě takového návrhu musí být podle § 117a písm. b) zákona Úřadem zastaveno, pokud s podáním návrhu nebyla složena kauce ve výši podle § 115 odst. 1 zákona a navrhovatel kauci nesloží ani v dodatečně lhůtě stanovené Úřadem.
124. Úřad uvádí, že navrhovatel v souvislosti s podáním návrhu složil dne 30. 10. 2018 na účet Úřadu kauci ve výši 300 000,- Kč. Zadavatel je přesvědčen, že navrhovatel byl povinen složit kauci ve výši 974 976,48,- Kč. Svůj názor opírá zadavatel o to, že navrhovatel v petitu návrhu směřuje ke zrušení všech částí předmětné veřejné zakázky, a tudíž je zadavatel přesvědčen, že navrhovatel měl složit kauci ve výši 1 % z celkové ceny navrhovatele za všechny části veřejné zakázky. Úřad předesílá, že s výše popsanou úvahou zadavatele, stran výpočtu kauce, se nelze ztotožnit.
125. Úřad primárně předesílá, že podle § 98 odst. 4 zákona je-li veřejná zakázka rozdělena na části, vztahují se ustanovení tohoto zákona týkající se postupů zadavatele v zadávacím řízení či práv a povinností dodavatele na každou jednotlivou část, nevyplývá-li z tohoto zákona jinak. Ustanovení § 13 odst. 4 zákona tím není dotčeno.
126. Z výše uvedeného ustanovení zákona tedy plyne, že je-li veřejná zakázka rozdělena na části (jak je tomu i v šetřeném případě), má dodavatel možnost rozhodnout se, které části (příp. kterých částí) veřejné zakázky se bude aktivně účastnit podáním své nabídky, stejně tak má možnost brojit případným podáním námitek a následně návrhu buď proti jedné části veřejné zakázky, proti více částem veřejné zakázky, nebo proti všem částem veřejné zakázky.
127. V úvodu návrhu navrhovatel poměrně jasně vymezuje, do kterých částí veřejné zakázky návrh směřuje a rovněž opakuje, do kterých částí veřejné zakázky směřovaly jeho námitky. Z úvodu návrhu navrhovatele je tedy dle názoru Úřadu zcela zřejmé, do kterých konkrétních částí veřejné zakázky návrh navrhovatele směřuje. Stejně tak z předložené dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že i námitky navrhovatele ze dne 11. 10. 2018 a ze dne 12. 10. 2018 zcela jasně směřují proti postupu zadavatele v části první, druhé, čtvrté, páté, šesté a sedmé. **Proti části třetí veřejné zakázky navrhovatel ve svých námitkách (a dle názoru Úřadu ani v návrhu) nebrojí.** S ohledem na ustanovení § 110 odst. 7 zákona, podle kterého je nutnou

podmínkou pro podání návrhu i podání námitek zadavateli v téže věci řádně a včas, by pak tedy navrhovatel návrhem ani proti třetí části veřejné zakázky brojit nemohl, resp. takový jeho návrh by byl zamítnut podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona jako návrh podaný osobou neoprávněnou. Úřad má tudíž za to, že návrh navrhovatele skutečně směřuje pouze proti části první, druhé, čtvrté, páté, šesté a sedmé, což navrhovatel potvrzuje i ve vyjádření ze dne 27. 11. 2018. Pro úplnost Úřad v této situaci uvádí, že na výše uvedeném nic nemění ani ta skutečnost, že se navrhovatel v závěru návrhu domáhá zrušení celé veřejné zakázky, neboť s ohledem na výše uvedené Úřad nemůže ve vztahu k části třetí veřejné zakázky na základě návrhu navrhovatele zadavateli uložit žádné nápravné opatření, tedy ani zrušení předmětné části veřejné zakázky, neboť navrhovatel v úvodu svého návrhu jednoznačně vymezil, do kterých konkrétních částí veřejné zakázky jeho návrh směřuje a jak je uvedeno výše, navrhovatel proti části třetí veřejné zakázky nepodal námitky. Část třetí veřejné zakázky tudíž ani není předmětem přezkumu v tomto správním řízení.

128. Co se tedy týká částí veřejné zakázky, které byly ze strany navrhovatele napadeny námitkami a následně i návrhem, navrhovatel vycházel při skládání kauce z výsledných nabídkových cen za celou dobu plnění veřejné zakázky (tj. za dobu 72 kalendářních měsíců), které se v šetřeném případě pro namítané části veřejné zakázky pohybovaly v rozmezí od 719 856,- Kč do 4 017 240,- Kč, z čehož plyne, že výše kauce ve výši 1 % pro jednotlivé části veřejné zakázky nepřesáhla hodnotu 50 000,- Kč, a tudíž navrhovatel správně pro jednotlivé části použil minimální výši kauce 50 000,- Kč, což v součtu pro všechny navrhovatelem namítané části činí částku 300 000,- Kč (6 částí veřejné zakázky x 50 000,- Kč). K uvedené problematice srov. závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9. 12. 2010 ve věci sp. zn. 62 Af 57/2010.
129. Lze tedy uzavřít, že dne 30. 10. 2018 složil navrhovatel na účet Úřadu za prošetření šesti namítaných částí veřejné zakázky kauci v celkové výši 300 000,- Kč, tj. ve výši, která je v souladu se zákonem.
130. Ve světle výše popsaného tudíž Úřad vyslovuje dílčí závěr, a sice ten, že ve zde posuzovaném případě nejsou dány důvody pro zastavení správního řízení podle § 117a písm. a) zákona z důvodu, že k návrhu nebyl připojen doklad o složení kauce ve výši podle § 115 odst. 1 zákona a navrhovatel tento nedostatek návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem neodstranil, a nejsou dány důvody ani pro zastavení správního řízení podle § 117a písm. b) zákona z důvodu, že nedošlo k připsání kauce ve výši podle § 115 odst. 1 zákona na účet Úřadu, neboť navrhovatel v příloze návrhu předložil doklad o složení kauce na účet Úřadu ve výši 300 000,- Kč, která byla na účet Úřadu připsána dne 30. 10. 2018; v souvislosti se složením kauce tak došlo ke splnění požadavků stanovených zákonem.

**K újmě způsobené navrhovateli v souvislosti se zadáváním částí první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky**

131. Zadavatel ve vyjádření k návrhu tvrdí, že navrhovateli v souvislosti s částí první, druhou, šestou a sedmou veřejné zakázky nemohla vzniknout žádná újma, a to z toho důvodu, že nabídka navrhovatele byla v části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky zadavatelem vybrána jako nejvhodnější. Úřad se tudíž s ohledem na výše uvedené zabýval tím, zda navrhovateli v těchto částech veřejné zakázky skutečně mohla vzniknout, vznikla, popř. hrozí alespoň potenciální újma způsobená úkony zadavatele, které navrhovatel napadá v návrhu, a

zda tedy není důvod pro zastavení správního řízení v této části podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona.

132. Podle § 114 odst. 1 písm. d) zákona návrh lze podat proti všem úkonům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v § 6 zákona a v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele, a to zejména proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
133. Z výše uvedeného ustanovení zákona je zřejmé, že existence újmy na straně navrhovatele v důsledku nezákonného postupu zadavatele v zadávacím řízení, je nutnou podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonu zadavatele Úřadem.
134. Při posuzování, zda podmínka hrozící nebo vzniklé újmy byla ve zde posuzovaném případě splněna, Úřad vycházel mimo jiné z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R158/2009/VZ-10447/2010/310-Asc ze dne 15. 7. 2010, v němž je uvedeno: *„Pro úplnost dodávám, že újma je pojmem širším, a tedy v sobě může zahrnovat jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, jejíž výši je obtížné či nemožné v okamžiku podání námitek přesně stanovit, a to zejména proto, že v raných stádiích zadávacího řízení před hodnocením nabídek může být přinejmenším obtížné určit, zda by stěžovatelova nabídka vůbec mohla být vybrána jako nejvhodnější.“* Úřad dále konstatoval v jiném svém rozhodnutí (č. j. ÚOHS-S28/2010/VZ-3550/2010/510/IFa ze dne 23.3.2010), že *„(...) újma nemusí být vyčíslena, stačí např. obecné vymezení následku jednání zadavatele vůči stěžovateli (...).“* V rámci rozhodnutí č. j. ÚOHS-S42/2010/VZ-4128/2010/530/EDo ze dne 26. 4. 2010 pak Úřad uvedl, že *„(...) zákon sice požaduje uvedení újmy, která stěžovateli v důsledku počínání zadavatele hrozí nebo vznikla, nicméně způsob či rozsah jejího uvedení již zákon blíže nespecifikuje. Úřad dále v této věci odkazuje např. na rozhodnutí Úřadu č. j. S0621/2015/VZ-29269/2015/511/BMa ze dne 21. 9. 2015 nebo rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R1/2013/2012/VZ-8819/2013/310/JRa ze dne 15. 5. 2013.*
135. V posuzovaném případě navrhovatel podal návrh ze dne 31. 10. 2018 na přezkoumání postupu zadavatele, v němž namítá nezákonný postup zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče. Navrhovatel v návrhu uvádí, že byl postupem zadavatele poškozen, *„(...) neboť na místo, aby byl uchazeč, jenž použil MNNC v průběhu veřejných zakázek vyloučen a veřejné zakázky se opakovaly bez přítomnosti tohoto uchazeče za férových a tržních podmínek, nebyl tento uchazeč vůbec ohledně MNNC dotazován a Rozhodnutí o výběru bylo učiněno v rozporu se Zákonem.“* Úřad tudíž posoudil, zda právě uvedené může představovat újmu ve smyslu zákona, a to i v části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky, kde se nabídka navrhovatele stala nabídkou nejvhodnější.
136. Co se týče alespoň potenciální újmy způsobené navrhovateli v části čtvrté a páté veřejné zakázky, tu není sporu o tom, že v těchto částech veřejné zakázky mohla být navrhovateli postupem zadavatele, kdy dle navrhovatele nebyla dostatečně posouzena nabídková cena společnosti O2, která se v těchto částech stala vybraným uchazečem, způsobena újma, neboť pokud by zadavatel posoudil nabídkovou cenu společnosti O2 transparentně, mohl by dospět k závěru, že se jedná o cenu mimořádně nízkou, a společnost O2 by tak musela být vyloučena a navrhovatel by se stal v těchto částech vybraným uchazečem. Sporná je však existence újmy u části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky, kde se stal navrhovatel vybraným uchazečem, a jeho újma tudíž očividně nemůže spočívat v tom, že by veřejnou

zakázku nezískal apod. I v tomto případě však Úřad shledává, že navrhovateli mohla být domnělým nezákonným postupem zadavatele způsobena újma, neboť navrhovatel, jak vyplývá z výše uvedeného, spatřuje újmu v tom, že zadávací řízení neproběhlo v souladu se základními zásadami zadávacího řízení, zejména v souladu se zásadou transparentnosti, neproběhlo za férových a tržních podmínek, atd.; lze tudíž uvést, že navrhovateli mohla být způsobena újma na jeho právech, spočívající zejména v tom, že bylo dle navrhovatele porušeno jeho právo na zákonný průběh zadávacího řízení. Ačkoliv nabídka navrhovatele byla v části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky vybrána jako nejvhodnější, mohla navrhovateli nesprávným postupem zadavatele vzniknout újma minimálně z toho důvodu, že mohlo být porušeno jeho právo na zákonný, transparentní a přezkoumatelný průběh celého zadávacího řízení. Úřad v této souvislosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 As 50/2006-137 ze dne 29. 4. 2008, kde soud k problematice veřejných subjektivních práv svědčících fyzickým a právnickým osobám uvedl, že „*Jediné garantované právo je právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení (...)*“, přičemž v šetřeném případě Úřad konstatuje, že právě toto právo navrhovatele mohlo být postupem zadavatele, kdy dle názoru navrhovatele zadavatel nedostatečně reagoval na ceny nabízené společností O2 v průběhu zadávacího řízení, porušeno. Jinou otázkou však je, zda takový postup zadavatele mohl mít v části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky, kde je nabídka navrhovatele na prvním místě, vliv na výběr nejvhodnější nabídky; k tomu však viz dále v textu (body 137. – 151. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pro úplnost Úřad doplňuje, že v tomto ohledu byl splněn i požadavek kladený na návrh ve smyslu § 114 odst. 3 zákona, neboť navrhovatel v intencích výše uvedeného uvádí, jaká mu byla postupem zadavatele způsobena újma.

#### **K výrokům I. až IV. tohoto rozhodnutí**

137. Z přípisu „Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky“ signovaného dne 26. 9. 2018 vyplývá, že zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky pro jednotlivé části veřejné zakázky, přičemž v části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky **byla jako nejvhodnější vybrána nabídka navrhovatele**. Nabídka společnosti O2 se v předmětných částech veřejné zakázky umístila vždy jako **druhá v pořadí**. Ze Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 14. 9. 2018 rovněž vyplývá, že všichni uchazeči (včetně navrhovatele) v plném rozsahu (tj. včetně části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky) prokázali splnění kvalifikace a dalších požadavků zadavatele.
138. Ačkoliv nabídka navrhovatele byla v předmětných částech veřejné zakázky (tj. v části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky) vybrána jako nejvhodnější, navrhovatel se domáhá uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona, kterým má být zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky signovaného dne 26. 9. 2018, a zrušení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, i v těchto částech veřejné zakázky, neboť nabídkové ceny společnosti O2 obsahují dle názoru navrhovatele mimořádně nízkou nabídkovou cenu, čímž bylo ovlivněno celé zadávací řízení, tzn. i ceny nabízené navrhovatelem v části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky, kde se nabídka navrhovatele stala nabídkou nejvhodnější; navrhovatel byl tedy dle svého tvrzení k cenám nabídnutým v části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky donucen neférovým jednáním společnosti O2 a zadávací řízení by tak mělo být realizováno opětovně za férových podmínek.

139. Úřad s ohledem na skutkový stav v předmětných částech veřejné zakázky (tj. části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky) nejdříve posoudil, zda mohlo mít navrhovatelem namítané pochybení (netransparentní posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče, tu společnosti O2) alespoň potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť ustanovení § 118 odst. 1 zákona, které zmocňuje Úřad k uložení nápravného opatření, stanoví mimo nedodržení postupu stanoveného zákonem ze strany zadavatele (a toho, že v okamžiku rozhodování Úřadu není uzavřena smlouva na plnění předmětné části veřejné zakázky) ještě další podmínku, a to **vliv nezákonného postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky**, a to alespoň v potenciální rovině. Jinými slovy zákon v ustanovení § 118 odst. 1 spojuje uložení nápravného opatření nejen s tím, že postup zadavatele byl v rozporu se zákonem, ale i s tím, že tento postup mohl alespoň v rovině potenciality ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
140. Úřad se proto ještě před tím, než začal posuzovat případné nedodržení postupu zákona zadavatelem, zabýval možností, zda v případě části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky došlo nebo alespoň mohlo dojít postupem zadavatele spočívajícím v netransparentním posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče (společnosti O2) k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.
141. Z předložené dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že nabídka navrhovatele byla po ukončení elektronické aukce v části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky vyhodnocena jako nabídka nejvhodnější. Proti výběru nejvhodnější nabídky v těchto částech nebyly podány námitky, přičemž pro jejich podání již uplynula zákonná lhůta, a výsledné pořadí nabídek v těchto částech, zejména tedy skutečnost, že navrhovatel je v těchto částech vybraným uchazečem a má s ním být uzavřena smlouva na předmětné části veřejné zakázky, je již nezpochybnitelná a konečná. Zadavatel posoudil nabídku navrhovatele jako nabídku splňující zadávací podmínky, neshledal nabídkovou cenu navrhovatele jako mimořádně nízkou, kdy tuto skutečnost opakovaně uvedl v jednotlivých dokumentech v průběhu zadávacího řízení, včetně Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 14. 9. 2018, a tento svůj názor zastává i ve správním řízení, a zadavatel je tak očividně připraven uzavřít s navrhovatelem na předmětné části veřejné zakázky smlouvu. I samotný navrhovatel ve svém návrhu ze dne 31. 10. 2018 i ve vyjádření ze dne 27. 11. 2018 opakovaně uvádí, že jím nabízené ceny neobsahují MNNC, na rozdíl od cen předložených vybraným uchazečem (společností O2). Tuto svoji argumentaci navrhovatel opakovaně zdůvodňuje tím, že pro každého uchazeče je úroveň, kdy lze jeho nabídkovou cenu považovat za MNNC odlišná, přičemž dodává, že vzhledem k tomu, že je zpravidla stávajícím poskytovatelem služeb pro zadavatele, a zároveň i vlastníkem potřebné infrastruktury, jsou zákonitě jeho vstupní náklady podstatně nižší než náklady konkurentů (včetně vybraného uchazeče), a tudíž ceny, které lze u ostatních uchazečů považovat za MNNC, a jsou neodůvodněně nízké, jsou v případě navrhovatele reálně dosažitelné. Pro úplnost v této souvislosti Úřad uvádí, že přítomnost MNNC v nabídce navrhovatele nebyla nikdy namítnuta ani žádným z konkurenčních dodavatelů. Úřad má tudíž za prokázané, že nabídkové ceny navrhovatele v části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky nejsou mimořádně nízké, což opakovaně tvrdí i sám navrhovatel; není tedy mezi zadavatelem a navrhovatelem sporu o tom, že by nabídka, která se umístila v předmětných částech veřejné zakázky na prvním místě, obsahovala MNNC.

142. Výše uvedenou situaci lze tedy shrnout následovně. Zadavatel na část první, druhou, šestou a sedmou veřejné zakázky obdržel nabídky od tří uchazečů. Po posouzení nabídek pro předmětné části veřejné zakázky následovaly elektronické aukce, a to pro každou část samostatně. Po ukončení e-aukce byly na předmětné části první, druhou, šestou a sedmou veřejné zakázky ve všech případech vybrány jako nejvhodnější nabídky navrhovatele, které nebyly nikdy a nikým zpochybněny, a které zadavatel dle svého vyjádření v plném rozsahu akceptuje a je připraven s navrhovatelem na část první, druhou, šestou a sedmou veřejné zakázky uzavřít smlouvy za ceny vzešlé z jednotlivých e-aukcí.
143. I kdyby Úřad připustil možnost, že v postupu zadavatele při posuzování nabídek u předmětných částí veřejné zakázky došlo k porušení zákona, které namítá navrhovatel, tj. nabídka vybraného uchazeče na předmětné části veřejné zakázky je zatížena existencí MNNC, kterou vybraný uchazeč nebude schopen relevantním způsobem odůvodnit, a proto zadavateli nezbude než nabídku vybraného uchazeče pro předmětné části vyřadit a následně vybraného uchazeče vyloučit z účasti na předmětných částech veřejné zakázky, není splněna další podmínka stanovená v § 118 odst. 1 zákona pro možnost uložení jakéhokoli nápravného opatření Úřadem, a to, že toto případné porušení zákona zadavatelem ovlivnilo nebo alespoň mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Tato podmínka pro uložení nápravného opatření Úřadem u předmětných částí veřejné zakázky splněna není, neboť ani **případné porušení zákona zadavatelem, které by ve svém důsledku vedlo k vyloučení společnosti O2 ze zadávacího řízení u předmětných částí veřejné zakázky by prokazatelně neovlivnilo a ani nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky**, neboť na všechny předmětné části veřejné zakázky byla vybrána jako nejvhodnější nabídka navrhovatele, která podle zadavatele (respektive hodnotící komise) splňuje veškeré zadávací podmínky, nabídkové ceny navrhovatele nejsou považovány za mimořádně nízké, zadavatel tuto nabídku navrhovatele plně akceptuje a hodlá s ním na předmětné části veřejné zakázky uzavřít smlouvy (viz vyjádření zadavatele k návrhu).
144. K opakované argumentaci navrhovatele, že existence MNNC v nabídce společnosti O2 negativním způsobem ovlivnila i nabídku navrhovatele, který se v rámci elektronické aukce nechal vybraným uchazečem „vyprovokovat“ tak, že nabídl ceny, které sice neobsahují MNNC, ale neodpovídají tržním cenám, protože jsou výrazně nižší, a to i s ohledem k cenám za obdobné služby v předchozím období, Úřad uvádí následující.
145. Snižování nabídkových cen v rámci e-aukce je důvodem, proč se e-aukce prakticky koná. Úřad připouští, že v průběhu e-aukce může do jisté míry působit psychologický aspekt, pokud uchazeč zná aktuální cenu některého z konkurentů, která je nižší, a tudíž jej to nutí ke snižování svojí ceny, a to mnohdy i opakovaně. Je tedy i pravděpodobné, že při větším počtu uchazečů, kteří v rámci e-aukce licitují o ceně, zadavatel může obdržet nabídku s nižší nabídkovou cenou, než v případě standardního zadávacího řízení, kde uchazeči v nabídce nabízejí konečnou nabídkovou cenu. Pokud navrhovatel uvádí, že se nechal „vyprovokovat“ ke snižování ceny v rámci jednotlivých aukcí vybraným uchazečem, znamená to, že e-aukce v daném případě splnila svůj účel, neboť právě maximální snížení nabídkové ceny uchazečů a snížení jejich marží na minimální úroveň, je právě jedním z důvodů, proč zadavatelé k zadání veřejné zakázky v e-aukcích přistupují. Je pak na každém uchazeči a na jeho podnikatelském rozhodnutí, zda dále bude svoji nabídkovou cenu snižovat, nebo licitování o cenu ukončí a zaměří se na jinou zakázku. Navíc nabídnutím konkrétní výše nabídkové ceny

za zadavatelem poptávané plnění je svobodným rozhodnutím každého uchazeče, který za ni nese plnou odpovědnost. Za případné nesprávné podnikatelské rozhodnutí konkrétního uchazeče nelze vinit zadavatele, ani jiného uchazeče. Situace při zadávání veřejné zakázky v „běžném“ zadávacím řízení a v e-aukci se v tomto ohledu nijak neliší. Pokud tedy navrhovatel měl pocit, že v případě některé části veřejné zakázky jsou ceny za poskytnuté ceny v e-aukci již tak nízko, že jsou pro něj ekonomicky nezajímavé (avšak ještě nedosáhly hranice jeho MNNC), nic mu nebránilo licitování a dále již svoji nabídkovou cenu nesnižovat. Pokud však navrhovatel sám uvádí, že jeho cena není MNNC, tj. za nabídnutou cenu lze předmět plnění v požadovaném rozsahu a kvalitě plnit, znamená to, že výsledek zadávacího řízení je v souladu se zákonem a zadavatel může přistoupit k uzavření smluv na plnění části první, druhé, šesté a sedmé zákona. Navrhovatel je zcela odpovědný za své jednání v průběhu e-aukce, a pokud sám dobrovolně snižoval svoji nabídkovou cenu, ať už z jakýchkoliv důvodů, nemůže se následně dovolávat toho, že e-aukce neproběhla v souladu se zákonem, neboť jiný dodavatel nabízel příliš nízké ceny a navrhovatel tak nyní musí plnit veřejnou zakázku za cenu, která je pro něj nevýhodná; pokud navrhovatel za nabízenou cenu nehodlal předmět plnění poskytovat, neměl takovou cenu zadavateli nabízet.

146. K argumentaci navrhovatele, že u předmětných částí veřejné zakázky byly služby v rámci e-aukcí výrazně sníženy pod „tržní“ ceny za poskytování obdobných služeb, Úřad uvádí následující. Úřad nemá informaci o tom, že by existovala pro daný typ služby správná „tržní“ cena v konkrétní výši. Pokud se použije pojem tržní cena, jedná se obecně o cenu, která je dána konkrétní nabídkou a poptávkou v konkrétním segmentu trhu a v konkrétním čase. Neexistuje tedy žádná „správná“ tržní cena, která by byla signifikantní pro daný typ a rozsah služby, obzvláště ne v oblasti datových služeb, kde je zcela běžné (obdobně jako u hlasových služeb), že se ceny v korporátní a v privátní oblasti mohou lišit, v některých případech i velmi výrazně. Pokud tedy navrhovatel argumentuje tím, že za předchozí období byly vysoutěženy ceny za poskytování služeb ve vyšší cenové hladině, která je správnou tržní cenou, oproti nově vysoutěžným cenám, které jsou výrazně pod hladinou tržní ceny, nejde mu dát za pravdu. Z argumentace navrhovatele totiž vyplývá, že jím nabízené ceny nejsou MNNC, neboť aby mohl plnit veřejnou zakázku pro zadavatele, nemusí na rozdíl od konkurenčních dodavatelů dělat předem nic, toliko započít poskytovat poptávané služby, poněvadž má již zbudovanou kompletní infrastrukturu pro poskytování poptávaných služeb. Z výše uvedeného argumentu navrhovatele, z jeho opakované argumentace ohledně jeho nabídkových cen ve vztahu k MNNC i z jeho chování v e-aukci, kdy pomocí licitace o cenách s vybraným uchazečem dokázal snížit původní ceny za poskytované služby na nové hodnoty, lze usuzovat, že jím nabídnuté ceny jsou reálné a je možné za ně poptávané služby v požadovaném rozsahu a kvalitě poskytovat. Paradoxně by se tedy mohlo usuzovat o příliš vysokých cenách nabídnutých navrhovatelem za obdobné služby v minulém období, které jsou výrazně vyšší než stávající služby nabídnuté a garantované navrhovatelem.
147. Na základě výše uvedeného lze konstatovat, že neexistuje žádný zákonný (ani racionální) důvod pro zrušení zadávacího řízení, popř. jednotlivého úkonu zadavatele v předmětných částech veřejné zakázky, neboť ve všech předmětných částech byla vybrána jako nejvhodnější nabídka navrhovatele, který v plném rozsahu prokázal splnění kvalifikace a dalších požadavků zadavatele, jeho nabídkové ceny nejsou zatíženy námitkami ohledně případné existence MNNC, i navrhovatel opětovně uvádí, že jeho ceny nejsou mimořádně

nízké, zadavatel je v plném rozsahu akceptuje a dle svého vyjádření je připraven s navrhovatelem za nabídnutých podmínek uzavřít smlouvu na poskytování poptávaných služeb. Skutečnost, že navrhovatel nabídl v e-aukci ceny nižší, než bylo jeho podnikatelským záměrem a bude tedy služby, jež jsou předmětem veřejné zakázky, poskytovat za ceny nižší, než předpokládal, není důvodem pro zrušení zadávacího řízení. V této souvislosti Úřad dodává, že hlavním účelem a smyslem zákona je hospodárné a účelné vynakládání **veřejných prostředků** zadavatele. Tudíž výsledkem zadávacího řízení je prioritní ekonomická výhodnost z pohledu zadavatele, nikoli z pohledu konkrétního uchazeče a jeho podnikatelského záměru, který se pochopitelně snaží o maximalizaci svých zisků, a tedy záměry zadavatele a konkrétního uchazeče nemusejí být identické.

148. Lze tedy uzavřít, že i kdyby Úřad připustil teoretickou možnost, že v postupu zadavatele při posuzování nabídek u předmětných částí veřejné zakázky došlo k porušení zákona, které namítá navrhovatel, tj. nabídka společnosti O2 na předmětné části veřejné zakázky je zatížena existencí MNNC, kterou by společnost O2 nebyla schopna relevantním způsobem odůvodnit, tzn. společnost O2 by v důsledku toho měla být vyloučena z účasti v části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky, **nebyla by splněna zákonná podmínka** stanovená v § 118 odst. 1 zákona **pro možnost uložení nápravného opatření Úřadem**, neboť toto případné porušení zákona zadavatelem (netransparentní posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny společnosti O2, která se ve výše uvedených částech veřejné zakázky umístila jako 2. v pořadí) **nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky** v předmětných částech veřejné zakázky, neboť navrhovatel by i po vyloučení společnosti O2 byl uchazečem, jehož nabídka se umístila jako první v pořadí pro výše uvedené části veřejné zakázky, a na jeho postavení by se tudíž nic nezměnilo.
149. Předmětná podmínka plynoucí z ustanovení § 118 odst. 1 zákona tak v šetřených částech veřejné zakázky nebyla naplněna, a Úřad by proto nemohl přikročit k uložení nápravného opatření navrhovaného navrhovatelem, neboť všechny podmínky pro uložení nápravného opatření musí být splněny kumulativně.
150. Pro úplnost Úřad dodává, že k uzavření smluv na předmětné části veřejné zakázky zbývá toliko, aby navrhovatel zadavateli poskytl patřičnou součinnost při uzavírání předmětných smluv. Pokud by navrhovatel zadavateli neposkytl součinnost při uzavírání smlouvy, mohlo by dojít k tomu, že by zadavatel mohl přistoupit k uzavření smlouvy s druhým uchazečem v pořadí, tu se společností O2, která dle navrhovatele obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu; ani to však není důvodem pro uložení nápravného opatření. Pokud by se totiž pak teoreticky (z důvodu neposkytnutí součinnosti navrhovatele při uzavírání smluv) vybraným uchazečem pro části první, druhou, šestou a sedmou veřejné zakázky stala společnost O2, u níž existuje dle navrhovatele pochybnost, že nabízí mimořádně nízkou nabídkovou cenu, mohlo by dojít opětovně k podání námitek proti tomuto rozhodnutí o výběru, které by mohli napadat další uchazeči v zadávacím řízení, a na základě nich by pak mohlo opětovně dojít k přezkoumání postupu zadavatele i v těchto částech veřejné zakázky; je však třeba akcentovat, že uchazečem, který by v tomto případě mohl podat námítky proti postupu zadavatele, by již nebyl navrhovatel, který by již nemohl být takovým postupem zadavatele nijak dotčen, neboť po neposkytnutí součinnosti by byl vyloučen ze zadávacího řízení a dalším postupem zadavatele by mu tak již, dle názoru Úřadu, nemohla vzniknout ani hrozit žádná reálná újma, a to ani v čistě hypotetické rovině.



151. S ohledem na výše uvedené Úřad návrh v části první, druhé, šesté a sedmé veřejné zakázky zamítl podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona tak, jak je uvedeno ve výrocích I. až IV. tohoto rozhodnutí.

#### **K výrokům V. a VI. rozhodnutí**

152. Navrhovatel v návrhu namítá, že nabídková cena předložená vybraným uchazečem je mimořádně nízká, přičemž za tuto cenu nelze předmět veřejné zakázky v zadavatelem požadované kvalitě a rozsahu vybraným uchazečem reálně realizovat. Poněvadž výrok V., resp. VI. tohoto rozhodnutí se vztahuje k části čtvrté, respektive páté veřejné zakázky, Úřad se bude v dalším zabývat těmito částmi veřejné zakázky; v těchto částech se stala společnost O2 vybraným uchazečem a nabídka navrhovatele skončila 2. v pořadí. Podle názoru navrhovatele zadavatel ohledně MNNC v nabídce vybraného uchazeče nepostupoval v souladu se zákonem, neboť jeho povinností bylo vybraného uchazeče vyzvat ke zdůvodnění MNNC v jeho cenových nabídkách tak, aby existenci MNNC mohl zadavatel potvrdit, nebo vyvrátit, resp. shledat MNNC jako odůvodněnou. Navrhovatel je přesvědčen, že v případě, pokud vybraný uchazeč existenci MNNC ve svých cenových nabídkách adekvátním způsobem neodůvodní, měl zadavatel jeho nabídku vyřadit z posuzování a hodnocení a vybraného uchazeče v předmětných částech veřejné zakázky vyloučit ze zadávacího řízení (viz bod 34. a 35. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
153. Úřad uvádí, že v šetřeném zadávacím řízení bylo hodnocení nabídek prováděno prostřednictvím elektronické aukce ve smyslu § 96 a násl. zákona.
154. K institutu mimořádně nízké nabídkové ceny Úřad předně v obecné rovině uvádí, že smyslem právní úpravy týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny je identifikovat nabídky, které vzbuzují oprávněné podezření, že uchazeč nebude schopen za nabídnutou cenu předmět veřejné zakázky řádně splnit. Zákon tímto institutem chrání zadavatele před situací, kdy by byl nucen uzavřít smlouvu s uchazečem, který by nebyl schopen plnění za nabídnutou cenu vůbec poskytnout, případně by jej neposkytl řádně. Nereálně stanovená nabídková cena by mohla být rovněž důvodem nekontrolovatelného navýšování původní nabídkové ceny uchazeče. Otázkou účelu institutu mimořádně nízké nabídkové ceny se zabýval Nejvyšší správní soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 17. 10. 2012, č. j. 1 Afs 42/2012-57, v němž uvedl, že *„(...) smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je ochrana zadavatele proti takovým uchazečům, kteří jednájí s cílem zvítězit ve výběrovém řízení předložením ceny, za kterou není možno zakázku realizovat. S tím je spojeno velké nebezpečí, že zakázka nebude z důvodu finančních potíží takového uchazeče realizována, případně její cena byť by to bylo v rozporu se zákonem, bude dodatečně navýšena.“*
155. Jak vyplývá z ustanovení § 77 zákona, je zkoumání, zda konkrétní nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, obligatorní součástí procesu posuzování nabídek hodnotící komisí. Hodnotící komise je, jak mj. vyplývá z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 75/2009-100 ze dne 6. 11. 2009, zákonem konstruována *„(...) jako kolegium odborně způsobilých osob, kterým jedině je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky, související s procesem hodnocení nabídek. Posouzení přiměřenosti či nepřiměřenosti údajů v nabídkách mezi takové odborné otázky bezpochyby náleží (...).“*. Posouzení výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky tedy náleží do kompetence hodnotící komise, která má k dispozici informace o předmětu a způsobu

realizace veřejné zakázky a disponuje tak podklady pro určení, zda se v některém případě jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu či nikoliv. Hodnotící komise tedy musí posoudit, zda nabídková cena uchazečů je reálná nebo zda je ve vztahu k předmětu veřejné zakázky mimořádně nízká. Pokud nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je povinností hodnotící komise vyžádat si od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Z povahy ustanovení § 77 odst. 2 zákona pak vyplývá, že hodnotící komise, resp. zadavatel může vzít v úvahu taková zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, která jsou odůvodněna objektivními příčinami.

156. Obecně platí, že z žádosti zadavatele o zdůvodnění MNNC by pak mělo být uchazeči zřejmé, které konkrétní položky považuje hodnotící komise za podstatné a jakým způsobem je po uchazeči požaduje doložit. Od správné aplikace uvedených povinností se pak nutně odvíjí nejen další úkony zadavatele v zadávacím řízení, ale i reálná možnost přezkumu správnosti a zákonnosti postupu hodnotící komise při posuzování výše nabídkových cen. Hodnotící komise následně posoudí objektivnost zdůvodnění uchazeče a v případě, že zdůvodnění shledá neopodstatněným, nabídku uchazeče vyřadí a uchazeče bezodkladně z účasti v zadávacím řízení vyloučí.
157. Úřad poznamenává, že zadavatel je v celém průběhu zadávacího řízení povinen zajistit dodržování základních zásad zadávacího řízení stanovených v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, mezi něž spadá i zásada transparentnosti. Otázkou výkladu zásady transparentnosti se ve své rozhodovací činnosti již opakovaně zabývaly soudy, např. Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 uvádí, že *„(...) úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“*
158. Úřad dodává, že pochybnosti o mimořádně nízké nabídkové ceně, resp. o reálnosti nabídkové ceny, mohou být na straně zadavatele vyvolány dvěma způsoby. Předně k těmto pochybnostem může zadavatel dospět sám, např. v důsledku toho, že nabídková cena jednoho z uchazečů v zadávacím řízení je markantně nižší než nabídkové ceny zbývajících uchazečů a výrazně se liší i od předpokládané hodnoty veřejné zakázky stanovené zadavatelem. Druhým způsobem, jak zadavatel může získat pochybnosti o reálnosti (opodstatněnosti) nabídkové ceny některého z uchazečů, je upozornění na tuto eventualitu „zvenčí“, tj. typicky prostřednictvím konkrétního podání od jiného uchazeče účastnícího se předmětného zadávacího řízení. V této souvislosti Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 88/2012-75 ze dne 21. 11. 2013 judikoval: *„Na straně jedné, obecná povinnost hodnotící komise sdělovat veškeré důvody, pro které neshledala žádnou z nabídkových cen mimořádně nízkou, tedy ze ZVZ neplyne. Na straně druhé, a to je podstatné ve vztahu k právě posuzované věci, má-li hodnotící komise podle § 77 odst. 1 ZVZ povinnost posoudit, zda konkrétní nabídka konkrétního uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, pak jí povinnost vyjádřit se věcně, srozumitelně a korektně k důvodům, pro které nepokládá konkrétní nabídkovou cenu za mimořádně nízkou, nutně již ze samotné logiky věci vzniká za*

*situace, že reálné podezření na mimořádně nízkou nabídkovou cenu v průběhu zadávacího řízení vznikne. Typicky přitom takové reálné podezření může vzniknout tehdy, pokud zadavatele kdokoli (především z uchazečů, kteří podali nabídky) na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen věrohodně a kvalifikovaně upozornil ještě před posouzením nabídek, zpravidla v důsledku informací o nabídkových cenách zjištěných při otevírání obálek (pak se s touto otázkou hodnotící komise vypořádá v protokolu o jednání komise či ve zprávě o posouzení nabídek). Takové reálné podezření však může vzniknout i tehdy, pokud byl zadavatel na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen upozorněn po posouzení nabídek v rámci námitek směřujících proti posouzení (pak se s touto otázkou zadavatel vypořádá v rozhodnutí o námitkách). V obou právě uvedených situacích se hodnotící komise či přímo zadavatel dozví alespoň argumentační základ poukazující na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen a jeví se jako zcela přiměřené, aby konkrétní pochybnosti, jež byly srozumitelně avizovány, byly ze strany hodnotící komise či samotného zadavatele věcně a srozumitelně rozptýleny.“.*

159. Na základě výše uvedeného Úřad dále sděluje, že pro dodržení zásady transparentnosti je nutné, aby zadavatel výsledek posouzení týkající se problematiky případné existence MNNC v nabídce některého z uchazečů řádně a přezkoumatelným způsobem odůvodnil, a to nejlépe ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, popř. v rozhodnutí o námitkách, pokud pochybnosti ohledně existence MNNC v nabídce některého z uchazečů obdrží až na základě námitek poté, co proces posuzování a hodnocení nabídek byl ze strany zadavatele ukončen (jak tomu bylo i v šetřeném případě). Povinností zadavatele tedy je transparentním a přezkoumatelným způsobem odůvodnit svůj postup v případě, že existenci MNNC v nabídce některého z uchazečů shledá a vyžádá si písemné zdůvodnění takto zjištěné MNNC v nabídce uchazeče (a to jak v případě, že zdůvodnění MNNC v plném rozsahu akceptuje jako relevantní a důvodné, či nikoliv). Povinností zadavatele je vždy posoudit existenci MNNC v nabídce některého z uchazečů, pokud mu takové podezření vznikne. Zadavatel je tudíž povinen v zájmu zachování transparentnosti zadávacího řízení a z důvodu přezkoumatelnosti jeho postupu Úřadem důsledně se zabývat jak podezřeními ohledně případné existence MNNC, ke kterým dospěje sám (respektive za pomoci hodnotící komise), tak i těmi podezřeními, které obdrží od třetí osoby, obzvláště za situace, pokud se jedná o řádně zdůvodněné námítky podané jiným uchazečem při dodržení všech zákonných podmínek. Zadavatel je i v takovém případě povinen pochybnosti o existenci MNNC v plném rozsahu rozptýlit. Povinností zadavatele je vypořádat všechny namítané argumenty, a to nikoliv toliko formálním způsobem, ale věcně. Pokud tedy zadavatel např. nesouhlasí s argumentací navrhovatele ohledně existence MNNC v nabídce vybraného uchazeče, musí být z jeho argumentace věcně zřejmé, že uchazeč je v plném rozsahu schopen realizovat poptávané služby v požadované kvalitě za nabízené ceny, které zadavatel posoudil jako reálné a neobsahující MNNC. Zákon v ust. § 77 odst. 1 zákona stanoví v případě existence MNNC zadavateli povinnost vyžádat si zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Zadavatel tak musí být schopen na základě písemného zdůvodnění uchazeče, jehož nabídka obsahuje MNNC, v plném rozsahu argumentaci jiného uchazeče, který uvádí důvody pro podezření z MNNC uchazeče, rozptýlit. Pokud by zadavatel (respektive hodnotící komise) nebyl schopen veškeré aspekty namítané MNNC rozptýlit na základě dostupných informací, je jeho povinností si tyto informace obstarat tak, aby byl schopen zjistit skutečný stav věci a mohl o případné existenci MNNC rozhodnout

relevantním a erudovaným způsobem; pokud uchazeč svou nabídkovou cenu není schopen zdůvodnit, musí být jeho nabídka vyřazena a ten ze zadávacího řízení vyloučen.

160. K argumentaci zadavatele, že Úřad je oprávněn toliko kontrolovat rámeček, v němž k výběru nevhodnější nabídky dochází, ale nepřislouží mu posuzovat, zda konkrétní nabídka obsahuje MNNC, což je dle zadavatele výhradně v jeho kompetenci, respektive v kompetenci jím ustanovené hodnotící komise, Úřad uvádí následující. V rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 75/2009-100 ze dne 6. 11. 2009 je dovozen závěr: „(...) úkolem Úřadu je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru (...). (...) Úřad však přezkoumává, zda k hodnocení komisí došlo zákonem stanoveným způsobem, zda k tomu došlo transparentním způsobem, tedy zda je posouzení komise přezkoumatelné po formální stránce.“ Z uvedeného je zřejmé, že Úřad má nejen oprávnění, ale i zákonnou povinnost přezkoumat způsob a zejména transparentnost procesu posouzení otázky mimořádně nízké nabídkové ceny. Při přezkumu je současně Úřad povinen posoudit, zda existoval důvod považovat konkrétní nabídkovou cenu za mimořádně nízkou. Právě uvedené vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 86/2012-80 ze dne 23. 5. 2013, ve kterém soud judikuje: „Předmětem přezkumu ze strany stěžovatele je pak objektivní posouzení, zda byl důvod, aby tato hodnotící komise ve vztahu ke konkrétní nabídce měla nabídkovou cenu posoudit jako mimořádně nízkou, tedy postupovat podle § 77 odst. 1 ZVZ.“ V této souvislosti lze odkázat i na rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62 Af 78/2016 ze dne 4. 11. 2016, kde soud odkázal na dosavadní judikaturu týkající se problematiky mimořádně nízké nabídkové ceny a uvedl, že „(...) podstatou těchto východisek je imperativ žalovanému [Úřadu, pozn. Úřadu], podle něhož – zjednodušeně řečeno – musí být pod kognicí žalovaného posouzení, zda hodnotící komise se otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny (tu tedy kompenzace) zabývala věcně či nikoli, a pokud ano, zda její závěry jsou srozumitelné, konzistentní, jasně reagující na podstatu pochyb ohledně možné mimořádně nízké nabídkové ceny (tu tedy kompenzace), jež se v řízení vyskytly, a zda její závěry vyhoví rozumnému a objektivizovanému pohledu ohledně reálné schopnosti dodavatele (tu tedy vybraného dopravce) nabízené plnění za nabízených finančních podmínek realizovat.“
161. Úřad tedy s ohledem na výše uvedené v šetřeném případě zkoumal, zda zadavatel, resp. hodnotící komise, provedl v rámci posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska splnění zadávacích podmínek současně dostatečné a transparentní posouzení výše nabídkové ceny ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, resp. zda v šetřeném případě existoval důvod považovat nabídkovou cenu vybraného uchazeče v části čtvrté a páté veřejné zakázky za mimořádně nízkou.
162. Z obsahu dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že navrhovatel požádal dopisem ze dne 14. 9. 2018 zadavatele o setkání, na kterém chtěl zadavateli sdělit své podezření z přítomnosti MNNC v zadávacím řízení. Zadavatel žádost navrhovatele o setkání přípisem ze dne 18. 9. 2018 odmítl. Navrhovatel následně zadavatele přípisem ze dne 26. 9. 2018 upozornil na přítomnost MNNC v předmětném zadávacím řízení (viz body 117. a 118. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel měl již v tuto chvíli tudíž jakési indicie o možné přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny, nicméně lze konstatovat, že se nejednalo o pochybnosti nijak konkrétní ani odůvodněné. Zadavatel se pak existencí MNNC v nabídkách uchazečů zabýval, a to jak ve fázi před zahájením elektronických aukcí, tak i po jejich ukončení, přičemž v případě žádného z uchazečů (včetně vybraného uchazeče) neshledal

přítomnost MNNC u žádné z nabídek, a to na žádnou část veřejné zakázky; tento svůj dílčí závěr uvedl i ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 14. 9. 2018 (viz bod 116. odůvodnění tohoto rozhodnutí); opětovně lze uvést, že v tuto chvíli ještě zadavatel neměl žádné konkrétní důvody považovat některou z nabídkových cen za mimořádně nízkou a takové zdůvodnění zadavatele lze tudíž v této fázi považovat za dostatečné. Nicméně následně zadavatel 12. 10. 2018 obdržel od navrhovatele námitky ze dne 11. 10. 2018 proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejuhodnější nabídky v části čtvrté a páté veřejné zakázky, ve kterých navrhovatel namítá právě mimořádně nízkou nabídkovou cenu v nabídce vybraného uchazeče na část čtvrtou a pátou veřejné zakázky; v předmětných námitkách již navrhovatel vznáší konkrétní argumenty a uvádí konkrétní důvody, které mají podpořit jeho úvahy o mimořádně nízké nabídkové ceně společnosti O2.

163. Na základě výše uvedeného a s odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 88/2012-75 ze dne 21. 11. 2013 (viz bod 158. odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad uvádí, že zadavatel poté, co obdržel námitky navrhovatele směřující proti přítomnosti MNNC v nabídce vybraného uchazeče pro část čtvrtou a pátou veřejné zakázky, byl povinen tyto odůvodněné námitky, na základě kterých zadavateli vznikly (musely vzniknout) pochybnosti ohledně přítomnosti MNNC v nabídce vybraného uchazeče pro část čtvrtou a pátou veřejné zakázky, věcným způsobem přezkoumat a rozhodnout o nich takovým způsobem, aby vzniklé pochybnosti ohledně přítomnosti MNNC u předmětných částí veřejné zakázky v nabídce vybraného uchazeče (tu společnosti O2) bezezbytku rozptýlil. Poněvadž zadavatel obdržel námitky o případné existenci MNNC v nabídce vybraného uchazeče na část čtvrtou a pátou veřejné zakázky až poté, co proběhlo posouzení a hodnocení nabídek na předmětné veřejné zakázky, zadavatel byl povinen vzniklé pochybnosti o přítomnosti MNNC rozptýlit v rámci rozhodnutí o námitkách.
164. Z předmětného rozhodnutí o námitkách Úřad zjistil, že zadavatel se sice snažil obdržené námitky vypořádat a vyjadřuje se ke všem argumentům navrhovatele obsaženým v námitkách, a to v některých ohledech i relativně obsažně, avšak Úřad v tomto rozhodnutí zadavatele postrádá věcné vypořádání se s konkrétními argumenty navrhovatele směřujícími proti výši nabídkových cen v nabídce vybraného uchazeče. V první řadě je nutno konstatovat, že zadavatel byl na základě obdržených námitek nepochybně povinen posoudit případnou přítomnost MNNC v nabídce vybraného uchazeče na předmětné části veřejné zakázky, **a to i opakovaně**, pokud již tak učinil v průběhu zadávacího řízení, jak vyplývá z výše uvedeného. Zadavatel tedy nebyl oprávněn rezignovat na svoji nezastupitelnou roli při opětovném věcném posouzení na přítomnost MNNC v nabídce vybraného uchazeče na předmětné části veřejné zakázky, a toliko formálně „převzít“ již dříve přijatý dílčí obecný závěr hodnotící komise o neexistenci MNNC u žádné z obdržených nabídek a tento dílčí závěr se toliko snažit obhájit na základě široké a obecné argumentace, která ani nemusí být pro konkrétní řešení nabízené vybraným uchazečem přílehlavá a nemusí odpovídat skutečnému konkrétnímu řešení nabízenému vybraným uchazečem.
165. V této souvislosti Úřad uvádí, že zadavatel dostatečným způsobem nerozptýlil např. věcnou argumentaci navrhovatele ohledně toho, že vybraný uchazeč není vlastníkem potřebné infrastruktury pro poskytování poptávaných služeb, z čehož navrhovatel dovozuje, že vybraný uchazeč bude zřejmě nakupovat související garantované služby od společnosti CETIN, a to na základě oficiálního velkoobchodního ceníku, tj. za ceny, které dle navrhovatele

v daném případě převyšují nabídkové ceny předložené vybraným uchazečem. K této věcné argumentaci navrhovatele zadavatel toliko okrajově uvedl, že oficiální ceník společnosti CETIN není důkazem o nákladech jednotlivých dodavatelů na zajištění poptávaných služeb, přičemž k tomu zadavatel dodává, že nezná detailní service costing jednotlivých uchazečů jako podklad pro posuzování MNNC, a uvádí obecnou frázi, že vychází z cen, které jsou v místě a době plnění obvyklé. Svoji argumentaci v uvedeném ohledu zadavatel dále rozšiřuje ve svém vyjádření k návrhu, kde uvádí, že v zadávací dokumentaci nikterak neomezil technologii, pomocí které bude služba zadavateli poskytována a v této souvislosti obecně vyjmenovává přenosové technologie dostupné na trhu. K výše uvedenému Úřad uvádí následující. Zadavatel nebyl povinen znát service costing (propočítání nákladů na poskytování služby) jednotlivých uchazečů. Pokud však obdržel konkrétní věcné námitky směřující proti přítomnosti MNNC v nabídce vybraného uchazeče na předmětné části veřejné zakázky, bylo vyžádání písemného vysvětlení nabídky, kde vybraný uchazeč náklady a způsob poskytování služby za použití konkrétní přenosové technologie vysvětlí, nezbytné pro to, aby zadavatel mohl erudovaným způsobem adekvátně o podaných námitkách rozhodnout a vzniklé pochybnosti ohledně přítomnosti MNNC v nabídce vybraného uchazeče na předmětné části veřejné zakázky v plném rozsahu rozptýlit. Zadavatel tedy v daném případě byl povinen vyžádat si písemné vysvětlení nabídky vybraného uchazeče, tak aby např. zjistil konkrétní přenosovou technologii (technologie), pomocí které bude vybraný uchazeč zajišťovat poskytování služby pro část čtvrtou a pátou veřejné zakázky (pokud již tuto informaci nezískal v průběhu zadávacího řízení), a aby mohl přítomnost MNNC v nabídce vybraného uchazeče opětovně posoudit s ohledem na konkrétní argumentaci navrhovatele uvedenou v podaných námitkách. Z rozhodnutí zadavatele o námitkách je patrné, že zadavatel nezná společnost O2 nabízenou technologii (technologie) a specifika poskytování služby, která se vztahují k předmětným částem veřejné zakázky; pokud by si zadavatel vyžádal v souladu s § 77 odst. 1 zákona od společnosti O2 vysvětlení jeho nabídkové ceny poté, co získal od navrhovatele reálné pochybnosti o ceně nabízené společností O2, mohl od společnosti O2 získat vysvětlení, kterým by byl schopen dále reagovat na námitky navrhovatele. Úřad je přesvědčen, že jedině takovým způsobem zadavatel mohl kvalifikovaným způsobem rozhodnout, zda nabídka vybraného uchazeče obsahuje MNNC či nikoliv.

166. Zadavatel však v šetřeném případě postupoval tak, že si od žádného z uchazečů o veřejnou zakázku písemné zdůvodnění MNNC ve smyslu § 77 odst. 1 zákona nevyžádal. Zadavatel tento svůj postoj nepřehodnotil ani poté, co obdržel kvalifikované námitky navrhovatele ze dne 11. 10. 2018, na základě kterých mu vznikly, resp. nejpozději po podání předmětných námitek mu musely vzniknout pochybnosti ohledně přítomnosti MNNC v nabídce vybraného uchazeče na předmětné části čtvrtou a pátou veřejné zakázky. Zadavatel tak transparentně a přezkoumatelným způsobem nevysvětlil, z jakého důvodu neshledal v nabídce vybraného uchazeče na předmětné části veřejné zakázky mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a to navzdory věcné argumentaci obsažené v předmětných námitkách navrhovatele. Zadavatel měl přitom za této situace k dispozici údaje a informace poukazující na možnou existenci MNNC v nabídce vybraného uchazeče, a tudíž se jevílo jako zcela přiměřené, aby pochybnosti, jež byly navrhovatelem avizovány, byly ze strany zadavatele v plném rozsahu věcně a srozumitelně rozptýleny. Úřad uvádí, že na místě bylo kupříkladu konfrontovat vybraného uchazeče s obsahem těchto námitek a požádat jej o zdůvodnění jeho nabídkové

ceny na předmětné části veřejné zakázky, zejména s ohledem na konkrétní a věcnou argumentaci navrhovatele obsaženou v jeho námitkách. Zadavatel však tyto navrhovatelem vnesené pochybnosti v rozhodnutí o námitkách nijak nerozptýlil, neboť na základě obdržených námitek opětovně neposoudil nabídku vybraného uchazeče na předmětné části veřejné zakázky s ohledem na přítomnost MNNC a při vyřizování věcné argumentace navrhovatele obsažené v námitkách se v rozhodující části rozhodnutí o námitkách omezil toliko na obecná a formální konstatování, aniž by zohlednil konkrétní řešení nabízené vybraným uchazečem, a toto řešení věcným, transparentním a přezkoumatelným způsobem posoudil z pohledu možné existence MNNC ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.

167. K tvrzení zadavatele uvedenému ve vyjádření k podkladům rozhodnutí, že nemá nejmenší pochybnosti o tom, že vybraný uchazeč (společnost O2) bude schopen zajistit požadované datové připojení za ceny, které mu nabídl, a to jak z důvodu dosavadních zkušeností s vybraným uchazečem, tak i z důvodu vědomí o rozsahu činností vybraného uchazeče, Úřad uvádí, že takové tvrzení zadavatele je zcela irelevantní, neboť není podloženo objektivními skutečnostmi, které by takové tvrzení zadavatele transparentně odůvodňovaly.
168. Úřad uzavírá, že v dokumentaci o veřejné zakázce absentuje, tzn. v žádném dokumentu tvořícím její součást, není zachyceno, na základě jakých konkrétních podkladů a informací a od nich odvozených myšlenkových úvah má zadavatel za prokázané, že nabídkové ceny vybraného uchazeče pro část čtvrtou a pátou veřejné zakázky neobsahují MNNC. Pochybnosti o tom, zda nabídkové ceny vybraného uchazeče na část čtvrtou a pátou veřejné zakázky neobsahují MNNC, nebyly ze strany zadavatele relevantně rozptýleny, a tudíž stále přetrvávají.
169. Úřad k uvedenému dále uvádí, že netransparentní postup zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska přítomnosti MNNC v části čtvrté a páté veřejné zakázky mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel postupoval při posouzení výše nabídkových cen vybraného uchazeče (společnosti O2) ve vztahu k předmětu veřejné zakázky v souladu se zákonem, vyžádal si od vybraného uchazeče jeho vyjádření k nabízeným cenám a toto pak relevantně posoudil, není vyloučeno, že by existovaly důvody pro obligatorní vyloučení vybraného uchazeče ze zadávacího řízení z důvodu MNNC v předmětných částech veřejné zakázky (resp. v některé z nich), což by ve svém důsledku mohlo vést k ovlivnění pořadí hodnocených nabídek, a tedy k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky pro část čtvrtou a pátou veřejné zakázky.
170. K samotnému podstatnému vlivu jednání zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky Úřad uvádí, že z dikce zákona plyne, že slovo „podstatné“ se vztahuje jak na možnost skutečného ovlivnění (ovlivnil), tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit). Pro konstatování porušení zákona postačuje, že k ovlivnění dojít mohlo; není třeba prokazovat, že pochybením zadavatele skutečně došlo k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Z hlediska zákonného rámce § 118 odst. 1 zákona stačí pouhá možnost (potencialita) tohoto ovlivnění, což je v daném případě splněno.
171. V této souvislosti Úřad může odkázat na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu a Krajského soudu v Brně týkající se problematiky potenciality ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky při postupu zadavatele podle zákona.

172. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014 uvedl, že zákon nevyžaduje prokázání podstatného vlivu na výběr nejhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejhodnější nabídky. Výše uvedený závěr o potencialitě vlivu lze demonstrovat na ustálené rozhodovací praxi jak Úřadu, tak soudů a byť se uvedené příklady týkají řízení o deliktu ve vztahu k potencialitě vlivu na výběr nejhodnější nabídky, je možná jejich aplikace i na zde posuzovaný případ, kdy Úřad přezkoumává postup zadavatele v zadávacím řízení ještě před uzavřením smlouvy, neboť ustanovení § 118 odst. 1 zákona stanoví, že Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
173. Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 konstatoval, že *„Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou (...). K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“* Zadavatel svým jednáním tak naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu. Obdobně pak v rozhodnutí sp.zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že *„(...) v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „(...) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.“* V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009 již předseda konstatoval, že *„Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. ...k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“* Je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že *„(...) pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a) zákona] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.“*



174. S ohledem na výše uvedené proto nelze konstatovat jinak, než že zadavatel při posuzování nabídky vybraného uchazeče z hlediska MNNC nedodržel postup stanovený v 77 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, jelikož dostatečně neposoudil, zda nabídka vybraného uchazeče na část čtvrtou a pátou veřejné zakázky neobsahuje MNNC, a to ani poté, co obdržel námitky navrhovatele ze dne 11. 10. 2018, jež toto výslovně namítaly, v důsledku čehož se úkony zadavatele v souvislosti s posouzením MNNC vybraného uchazeče, v souvislosti s předmětnými částmi veřejné zakázky, staly netransparentními, přičemž uvedený postup mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích V. a VI. tohoto rozhodnutí.
175. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu uvedl, že by Úřad měl při posuzování postupu zadavatele zohlednit i novou právní úpravu v oblasti zadávání veřejných zakázek, a to s ohledem na ústavní pravidlo zakotvené v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, které zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. V této souvislosti zadavatel zastává názor, že dle nové právní úpravy zadavatel neporuší tento zákon, pokud nevyloučí ze zadávacího řízení dodavatele, jehož nabídka obsahuje MNNC. Zadavatel je tak přesvědčen, že tím spíše by neměl být postižen za to, že nabídkovou cenu neposoudil jako MNNC, neboť i za předpokladu, že by MNNC v nabídce vybraného uchazeče v daném případě shledal, nebyl by povinen vybraného uchazeče ze zadávacího řízení vyloučit a konečný výsledek zadávacího řízení by tak zůstal stejný. K výše uvedenému Úřad uvádí, že ústavní pravidlo zakotvené v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod by bylo možno aplikovat (a Úřad by tak i učinil) v případě, že by se zadavatelem bylo vedeno přestupkové řízení (správní řízení o spáchání přestupku zadavatelem) v pozici obviněného. Předmětné řízení je však v šetřeném případě vedeno výlučně ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, a tudíž se na tuto situaci výše uvedené ústavní pravidlo neuplatní, a tudíž pozdější právní úprava zadávání veřejných zakázek nikterak nemůže ovlivnit správní řízení zahájené ve věci přezkoumání úkonů zadavatele podle zákona. Úřad v této souvislosti dodává, že charakter správního řízení vedeného na návrh nelze srovnávat se správním řízením zahájeným z moci úřední, jehož výsledkem je konstatování přestupku a uložení pokuty. Jak vyplývá z konstantní judikatury správních soudů (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 58/2011 ze dne 1. 2. 2013), řízení o návrhu na zahájení správního řízení má povahu kontradiktorního řízení, jehož podstata tkívá v posouzení protichůdných zájmů účastníků správního řízení. Předmětem návrhového řízení tedy není posouzení otázky, zda jednání zadavatele naplňuje znaky skutkové podstaty přestupku; nápravné opatření uložené v návrhovém řízení tak svou povahou nelze považovat za trest (sankci) ve smyslu správního trestání. Uvedené vyplývá již ze samotného smyslu nápravného opatření, jehož účelem není zadavatele „potrestat“, ale naopak pouze napravit vzniklý nezákonný stav. Samotné nápravné opatření tak nemá represivní charakter, který je výrazem správního trestání a jehož účelem je postih protiprávního jednání. V této souvislosti lze podpůrně odkázat na závěry vyplývající z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 29 Af 1/2015 ze dne 17. 1. 2017, kde soud mimo jiné uvedl, že „(...) lze rovněž souhlasit s žalovaným (pozn. s Úřadem), že jím ukládaná nápravná opatření nejsou projevem správního trestání, a tedy není možné nazírat na souvztažnost výroků žalovaného o porušení zákona zadavatelem a výroku žalovaného o uložení nápravného opatření stejným pohledem jako v případě souvztažnosti výroku

*žalovaného o spáchání správního deliktu zadavatele a o uložení pokuty zadavateli za takové porušení zákona. (...) Nelze z ničeho dovodit, že by uložení nápravného opatření mělo mít za následek zánik deliktní odpovědnosti zadavatele (či snad popření toho, že k deliktnímu jednání vůbec došlo), pokud je toto deliktní jednání zároveň důvodem pro ono nápravné opatření.“* Z uvedených důvodů se čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod v šetřené věci neuplatní.

176. Zadavatel v závěru svého vyjádření k návrhu žádá mimo jiné i o zastavení správního řízení dle § 117a písm. c) zákona. Tento důvod pro zastavení správního řízení však zadavatel nijak nerozvádí, blíže nespecifikuje a doručení návrhu ve lhůtách stanovených zákonem ani nerozporoval, přičemž Úřad konstatuje, že návrh navrhovatele byl Úřadu doručen včas, tj. ve lhůtách stanovených zákonem a není tudíž důvod pro zastavení správního řízení dle uvedeného ustanovení zákona.

#### **K výroku VII. a VIII. tohoto rozhodnutí**

177. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodržel-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
178. V šetřeném případě Úřad dospěl k závěru, že zadavatel při zadávání části čtvrté a páté veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, tím, že při posouzení nabídky vybraného uchazeče nedostatečně posoudil, zda nabídka vybraného uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a to ani poté, co obdržel námítky dle § 110 zákona, které tuto skutečnost výslovně namítaly, čímž se úkony zadavatele v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče staly netransparentními, přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
179. Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy nezákonného stavu. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil ve fázi posuzování nabídek, přičemž tento postup mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, přistoupil Úřad ke zrušení úkonů zadavatele v části čtvrté a páté veřejné zakázky spojených s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče zaznamenaných v „Protokolu o hodnocení nabídek pro IV. část veřejné zakázky“ ze dne 11. 9. 2018, v „Protokolu o hodnocení nabídek pro V. část veřejné zakázky“ ze dne 12. 9. 2018 a ve „Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 14. 9. 2018, jakož i všech následných úkonů zadavatele učiněných v části čtvrté a páté veřejné zakázky, včetně „Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky“ signovaného dne 26. 9. 2018, a oznámení o výběru nejvhodnější nabídky č. j. ČP/81474/2018/NZ signovaného dne 27. 9. 2018.
180. Navrhovatel ve svém návrhu požadoval uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení. K tomu však Úřad uvádí, že neshledal důvody pro zrušení celého zadávacího řízení, neboť k pochybení zadavatele došlo až při posuzování nabídky vybraného uchazeče z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny v části čtvrté a páté veřejné zakázky, a k nápravě nezákonného stavu tudíž zcela dostačuje zrušení úkonů týkajících se posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče v těchto částech veřejné zakázky.

Úřad opětovně uvádí, že skutečnost, že se navrhovatel nechal „vyprovokovat“ a nabízel v e-aukci ceny nižší, než byl pravděpodobně jeho podnikatelský záměr, není důvodem pro zrušení celého zadávacího řízení. Je tudíž zcela dostačující a naplňující účel nápravného opatření, pokud zadavatel opětovně posoudí nabídku společnosti O2 v části čtvrté a páté veřejné zakázky z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny, neboť v těchto částech mohlo mít netransparentní posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny podstatný vliv na výběr nevhodnější nabídky.

181. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem proto rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výrocích VII. a VIII. tohoto rozhodnutí.

#### **K výroku IX. tohoto rozhodnutí**

182. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. 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.

183. Vzhledem k tomu, že ve výrocích VII. a VIII. tohoto rozhodnutí Úřad zrušil konkrétní úkony zadavatele (viz bod 179. odůvodnění tohoto rozhodnutí), rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IX. tohoto rozhodnutí

184. 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 2018000447.

### **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 1926/7, Černá Pole, 604 55 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. Česká pošta, s.p., Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1
2. JUDr. Pavel Zajíc, advokát, Nad Porubkou 2335, 708 00 Ostrava – Poruba
3. O2 Czech Republic a.s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle

**Vypraveno dne:**

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