



UOHSX003QUVS

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R97,98/2011/VZ-13497/2011/310-ASc

V Brně dne: 26.8.2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 3. 5. 2011 podaném zadavatelem – **Hlavní město Praha**, IČ 00064581, se sídlem Mariánské nám. 2, 111 21 Praha 1, zastoupené Mgr. Ing. Janem Kroftou, advokátem AK Abbot Legal, s. r. o. se sídlem Břehová 208/8, 110 00 Praha 1,

a o rozkladu ze dne 4. 5. 2011 podaném vybraným uchazečem – **společností T-Systems Czech Republic a.s.**, IČ 61059382, se sídlem Na Pankráci 1685/17,19, 140 21 Praha 4, zastoupené JUDr. Josefem Donátem, advokátem ROWAN LEGAL, advokátní kancelář, s. r. o., se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 4. 2011, č.j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „**Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě**“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 30. 6. 2010,

jehož dalším účastníkem je navrhovatel – **společnost GTS Czech s.r.o.**, IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, za niž jedná Stuart William Evers, jednatel, ve správním řízení zastoupena společností INDOC s.r.o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6, za niž jedná Tomáš Pfeffer, jednatel,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne ze dne 18. 4. 2011, č.j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel - Hlavní město Praha, IČ 00064581, se sídlem Mariánské nám. 2, 111 21 Praha 1, zastoupené Mgr. Ing. Janem Kroftou, advokátem AK Abbot Legal se sídlem Břehová 208/8, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 21 odst. 1 písm. d) a § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), a to výzvou ze dne 30. 6. 2010, veřejnou zakázku s názvem „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Úřad obdržel návrh společnosti GTS Czech s.r.o., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3, za niž jedná Stuart William Evers, jednatel, ve správním řízení zastoupena společností INDOC s.r.o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6, za niž jedná Tomáš Pfeffer, jednatel (dále jen „navrhovatel“), ve kterém navrhoval požadoval vyslovení zakazu plnění ze smlouvy, neboť dle jeho mínění nebyly naplněny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Úřad tedy ke dni 11. 11. 2010 zahájil správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče – společnost T-Systems Czech Republic a.s., IČ 61059382, se sídlem Na Pankráci 1685/17,19, 140 21 Praha 4, zastoupené JUDr. Josefem Donátem, advokátem ROWAN LEGAL, advokátní kancelář, s. r. o., se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 (dále jen „vybraný uchazeč“).
3. Navrhovatel ve svém návrhu mj. uvedl, že vybraný dodavatel sice poskytuje zadavateli telekomunikační služby na infrastrukturu vzniklé převzetím sítě Pragonet, to však neznamená, že by zadavatelem poptávané služby nemohly být plněny i jinými dodavateli. Navrhovatel sděluje, že i jiní telekomunikační operátoři mohou v případě získání smlouvy na plnění takové veřejné zakázky svou infrastrukturu odpovídajícím

způsobem dobudovat. Zadavatel svým postupem pouze prohlubuje svou závislost na vybraném uchazeči. Předmětem plnění dle smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem jsou běžné telekomunikační služby, které nemají bezprostřední vztah k infrastruktuře vybraného uchazeče a které mohou poskytovat i jiní telekomunikační operátoři, na vlastní infrastruktuře, případně i na infrastruktuře Pragonet, pokud by ji vybraný dodavatel zpřístupnil. Skutečnost, že technická infrastruktura byla kdysi majetkem zadavatele, který ji vybudoval a následně prodal právě vybranému uchazeči, není pro posouzení dané věci rozhodující. Smlouva na plnění veřejné zakázky dokonce výslovně připouští, aby vybraný uchazeč tuto infrastrukturu po celou dobu účinnosti smlouvy nahradil jiným řešením. Navrhovatel dále napadl označení veřejné zakázky a tvrdil, že povaha provozu konkrétní sítě (význam původního názvu zakázky) je velmi vzdálena povaze poskytování výše uvedených telekomunikačních služeb (obsahu skutečně uzavřené smlouvy). Dále upozornil na skutečnost, že konečná cena veřejné zakázky je pouze o 56,- Kč nižší než její předpokládaná hodnota, což nasvědčuje tomu, že zadavatel pouze akceptoval cenu vybraného uchazeče, kterému byla předem známa částka, kterou může zadavatel za požadované služby zaplatit. Navrhovatel tak trval na tom, že nebyly splněny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel dále nesplnil podmínku uveřejnění dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu ve smyslu § 118 odst. 2 písm. a) zákona. Jsou tak splněny podmínky pro uložení nápravného opatření spočívajícího v zákazu plnění uzavřené smlouvy.

4. Zadavatel mj. odmítl tvrzení o údajném rozdílu v předmětu veřejné zakázky uvedeném v dobrovolném oznámení ex ante ze dne 30. 7. 2010 a v předmětu zakázky, která byla skutečně zadána. Zadavatel však připustil, že docházelo k jazykovým úpravám; přesto předmět veřejné zakázky byl formulován jednoznačně a srozumitelně. Ve vztahu k šetřené veřejné zakázce existují podmínky pro její zadání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Technické důvody spočívají v potřebě zajistit kompatibilitu plánovaného plnění, a navíc plnění od jiného dodavatele, by vyvolalo nepochybně vyšší finanční náklady a časové zdržení. Zadavatel dále odkázal i na provozní problémy, které by následkem plnění poskytnutého jiným dodavatelem vznikly, a na potřebu ochrany výhradních práv vybraného uchazeče. Pokud by zadavatel uvažoval o jiném dodavateli, takový dodavatel by musel buď využít stávající infrastrukturu, nebo vybudovat zcela novou. Tím současně odmítl, že by i jiní dodavatelé byli schopni za předpokladu dobudování potřebné infrastruktury veřejnou zakázku plnit, v čemž se opřel o odborné stanovisko doc. JUDr. Ing. Radka Jurčíka, Ph.D., ze dne 14. 6. 2010, a o znalecký posudek č. 279/2010 vypracovaný Ing. René Pitákem ze dne 17. 5. 2010. Zadavatel tak shrnul, že byl vzhledem ke specifičnosti veřejné zakázky nucen využít služeb majitele stávající infrastruktury, neboť alternativní dodavatelé budou schopni zakázku plnit až v horizontu několika let. Páteří sítě celého systému musí být založena na technologii optických kabelů a vybudování/dobudování takové technologie je časově i finančně náročné. Závěrem zadavatel popřel, že by během zadávacího řízení nedocházelo k jednání o ceně za veřejnou zakázku; naopak uvedl, že dosáhl významného snížení konečné ceny za poskytnuté služby.
5. K zahájenému správnímu řízení se vyjádřil také vybraný uchazeč. Ten v první řadě zpochybnil aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu, neboť ten nevyužil možnosti podat námítky proti oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante v zákonné

patnáctidenní lhůtě. Navíc navrhovatel nedisponuje potřebnými technologiemi, aby mohl předmět veřejné zakázky plnit. Skutečnost, že název uzavřené rámcové smlouvy nekoresponduje s názvy používanými na různých místech v průběhu zadávacího řízení, považuje vybraný uchazeč za technickou disproporci, která vznikla následkem dlouhodobého procesu předcházejícího uzavření předmětné smlouvy. Nadto se navrhovatel nemůže domáhat toho, aby Úřad konstatoval spáchání správního deliktu, neboť podle § 114 odst. 2 zákona může návrh směřovat jen proti vyslovení zákazu plnění ze smlouvy.

Napadené rozhodnutí

6. Dne 18. 4. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č.j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle
 - a. § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky;
 - b. § 120 odst. 1 písm. c) zákona tím, že uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 citovaného zákona, ačkoli byl podle citovaného zákona povinen toto oznámení uveřejnit.
7. Za spáchání uvedených správních deliktů Úřad zadavateli uložil výrokem III. napadeného rozhodnutí podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 1 100 000,- Kč, splatnou do dvou měsíců ode dne nabytí právní moci rozhodnutí. Dále výrokem IV. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil ve smyslu § 118 odst. 2 písm. a) zákona zákaz plnění ze smlouvy na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem, a to v části plnění služeb označených v příloze č. 1. této smlouvy jako připojení datových center, připojení do MAN sítě, připojení k IP MPLS síti, připojení ústředen (hlasové služby), připojení do sítě internet, bezpečnostní služby firewallu, proxy server, URL filtrování, antispam, antivir, IPS/IDS, systém vzdáleného přístupu a DNS, a v části dohody smluvních stran, že po dobu trvání této smlouvy je vybraný uchazeč oprávněn jednostranně rozšiřovat aktuální katalog služeb elektronických komunikací s tím, že o těchto skutečnostech je povinen písemně informovat zadavatele nejpozději do 3 pracovních dnů po provedení takové změny. Zákaz plnění smlouvy byl uložen s účinností od 5 měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.
8. Úřad se v odůvodnění napadeného rozhodnutí nejprve zabýval otázkou aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu na zahájení správního řízení. Podmínkou pro uložení zákazu plnění smlouvy je vždy skutečnost, že se zadavatel dopustil minimálně jednoho správního deliktu (§ 118 odst. 2 zákona), a neexistence skutečnosti předvídané § 121 odst. 1 a 3 zákona.
9. Úřad dále poté, co shrnul obsah ustanovení § 21 odst. 1 a 2 zákona a § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a odkázal na rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 14. 9. 2004 ve věci Evropská komise v. Itálie, konstatoval, že prokázání existence důvodu pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona není z obecného hlediska vázáno pouze na

předložení listiny ve formě dokladu (např. ochranná známka, užitný vzor, patent, licence), ale podmínky pro aplikaci citovaného ustanovení zákona musí být naplněny fakticky. Společnost Pragonet a.s., dnes součást vybraného uchazeče, byla založena v roce 1996 zadavatelem za účelem poskytování síťových a datových služeb zadavateli. Při prodeji poslední části akcií společnosti Pragonet a.s. vybranému uchazeči uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dohodu, jejímž cílem byla úprava dalšího poskytování služeb. Podle ní zadavatel obecně nemůže smlouvy uzavřené na dobu neurčitou (uvedené v příloze č. 1 této dohody) vypovědět až do 27. 6. 2013. Smluv uzavřených na dobu neurčitou obsahuje příloha č. 1 dohody celkem devět, zbývajících čtrnáct smluv uvedených v příloze č. 1 dohody je uzavřených na dobu určitou. Ačkoliv je návrh označen jako návrh na zákaz plnění smlouvy na veřejnou zakázku „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě“, z obsahu návrhu je zřejmé, že navrhovatel opakovaně napadá poskytování „běžných telekomunikačních služeb“, které jsou předmětem rámcové smlouvy. Pokud se v rámci návrhu zmiňuje o dalších částech rámcové smlouvy, pak je to pouze citací usnesení Rady hlavního města Prahy č. 1259 ze dne 17. 8. 2010. Navrhovatel v návrhu opakovaně namítá, že předmětem rámcové smlouvy jsou běžně poskytované telekomunikační služby, které jednoznačně definuje jejich výčtem v bodě 6 návrhu pomocí odkazu na přílohu č. 1 rámcové smlouvy. Vzhledem k tomu, že předmětem návrhu je tedy ve skutečnosti návrh na zákaz plnění těchto výše uvedených namítaných služeb, a vzhledem k tomu, že zákaz plnění smlouvy lze uložit pouze na návrh a nikoliv z moci úřední, zabýval se Úřad v rámci správního řízení na základě návrhu pouze postupem zadavatele při zadání výše specifikovaných namítaných služeb.

10. Z dokumentace předložené zadavatelem vyplývá, že namítané služby byly poskytovány převážně na základě jiných smluvních vztahů, než jaké jsou uvedeny v příloze č. 1 dohody. Na tyto jiné smlouvy se tedy nevztahuje zadavatelem sjednané omezení výpovědi smluv na dobu neurčitou a omezení týkající se možnosti prodloužení platnosti smluv uzavřených na dobu určitou, kterým zadavatel opakovaně argumentuje. Jak Úřad z těchto smluv zjistil, nevyplývá z nich ani, že by nemohly být zadavatelem vypovězeny, když všechny předmětné smlouvy obsahují ujednání umožňující smlouvu vypovědět, a to i bez udání důvodu. Jedinými výjimkami jsou dvě smlouvy, a to smlouva č. 1997/21 a č. 1997/8, které byly uzavřené na dobu neurčitou. Ve vztahu ke smlouvám č. 1997/21 a č. 1997/8 Úřad uvádí, že při zdůvodnění oprávněnosti postupu v jednacím řízení bez uveřejnění není obecně možné odvolávat se na smluvní vztahy, které zadavatel sám uzavřel v minulosti s vybraným uchazečem. Zadavatel se tedy nemůže sám aktivně podílet na vytváření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití jednacím řízení bez uveřejnění. V této souvislosti Úřad upozornil, že předmětem smlouvy č. 1997/21 je pronájem čtyř pevných digitálních okruhů za paušální měsíční odměnu ve výši 81 280,- Kč bez DPH, předmětem smlouvy č. 1997/8 jsou služby poskytované za paušální měsíční odměnu ve výši 76 573,20 Kč bez DPH. S ohledem na marginální finanční objem poskytovaného plnění ve vztahu k hodnotě celé veřejné zakázky představující za čtyři roky částku téměř 196 mil. Kč bez DPH, přičemž navrhovatelem namítané služby tvoří její podstatnou část, Úřad dospěl k závěru, že nelze vyloučit, že pokud by zadavatel v šetřeném případě zadal plnění veřejné zakázky jinému dodavateli a nepodařilo by se mu obě uvedené smlouvy ukončit, mohl by i tak

získat plnění za výhodnějších podmínek, než mu v současné době poskytuje vybraný uchazeč.

11. Co se týče námitky pokrytí optické infrastruktury vybraného uchazeče, které žádný jiný dodavatel nemůže konkurovat, zjistil Úřad z internetových stránek www.gts.cz, že navrhovatel disponuje a disponoval i v době zahájení zadávacího řízení optickou sítí v Praze. Úřadu je rovněž z jeho úřední činnosti známo, že optickou sítí v Praze disponuje a disponovala i v době zahájení zadávacího řízení také společnost Telefónica O2 Czech Republic, a.s., IČ 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 Michle (dále též jen „Telefónica O2 Czech Republic“). Vybraný uchazeč tedy není jediným provozovatelem optické sítě v hlavním městě. Z mylného předpokladu, že v Praze v době zahájení zadávacího řízení neexistovala jiná optická síť, přitom vychází i stanovisko doc. Jurčíka a posudek Ing. Pitáka. Z tohoto důvodu je také irelevantní poukaz na ochranu výhradních práv vybraného uchazeče k síti Pragonet. Problém časového zdržení spojeného s realizací otevřeného zadávacího řízení a řešením očekávaných námitek ze strany ostatních uchazečů rovněž není relevantní. Zadavatel nemůže s odkazem na domnělé průtahy spojené s uplatněním práv uchazečů odůvodňovat svůj postup v rozporu se zákonem. Zadavatel tedy nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, protože nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem, nevytvořil by podmínky pro zadání veřejné zakázky jedinému uchazeči a zajistil by soutěž mezi dodavateli, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů a veřejná zakázka mohla být zadána jinému uchazeči, který by nabídl pro zadavatele výhodnější podmínky.
12. Úřad dále s odkazem na § 146 odst. 1 zákona uvedl, že zákon neukládá zadavateli povinnost uveřejnit v případě jednacím řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v informačním systému o veřejných zakázkách a Úředním věstníku EU. Jednací řízení bez uveřejnění se zahajuje odesláním výzvy, která může být zaslána i pouze jedinému zájemci. V daném případě však zadavatel postupoval v jednacím řízení podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, ačkoliv pro tento postup nebyly naplněny podmínky stanovené zákonem, jak dovodil Úřad výše. Zadavatel měl předmětnou veřejnou zakázku zadat v jiném druhu zadávacího řízení, přičemž zákon u nadlimitních veřejných zakázek ukládá zadavateli vždy povinnost uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení. Zadavatel se nemůže dovolávat toho, že se nedopustil správního deliktu podle zákona s odkazem na svůj předchozí nezákonný postup; to, že nepostupoval v souladu se zákonem, pro něj nemůže znamenat zvýhodnění. S ohledem na výše uvedené dospěl Úřad k závěru, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, když uzavřel rámcovou smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, ačkoli byl podle zákona povinen toto oznámení uveřejnit.
13. V další části napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval otázkou sankce a její výše. S odkazem na zásadu absorpce, která ovládá nejen řízení trestní, ale i řízení správní, uvedl, že tato zásada v praxi znamená, že orgán dohledu ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, a proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký delikt je v šetřeném případě závažnější, tj. za který z nich je možno uložit

vyšší pokutu. V daném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona a správního deliktu podle § 120 odst. 2 písm. c) zákona. Za oba správní delikty lze v souladu s citovaným § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 mil. Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. S ohledem na to, že oba správní delikty jsou z pohledu zákona stejně závažné, neboť u obou je stanovena stejná výše pokuty, nelze v konkrétním případě v souladu se zásadou absorpce ukládat sankci za závažnější z obou deliktů. V daném případě je nutné uložit pokutu pouze za jeden ze spáchaných správních deliktů a ke druhému přihlídnout v rámci přitěžujících okolností. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacích řízeních a narušil tak soutěžní prostředí. Vybraný uchazeč nebyl vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhly žádné soutěže o cenu nebo ekonomickou výhodnost jeho nabídky. Nezákonné omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout nižší cenu požadovaného plnění. Jako k přitěžující okolnosti Úřad přihlédl k tomu, že zadavatel se rovněž dopustil správního deliktu, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění přímo vybranému uchazeči, tedy bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona, ačkoli byl podle zákona povinen toto oznámení šetřené veřejné zakázky uveřejnit. V daném případě nelze však přesně porovnat rozsah, v jakém již bylo ze smlouvy plněno oproti rozsahu služeb, který by vybraný uchazeč na základě rámcové smlouvy poskytl za celou dobu jejího trvání. Důvodem je zejména skutečnost, že se jedná o „rámcovou smlouvu“, jejíž plnění bude probíhat na základě konkrétních dílčích objednávek zadavatele, přičemž vybraný uchazeč je navíc oprávněn aktuální katalog poskytovaných služeb elektronických komunikací jednostranně rozšiřovat. Předmětem návrhu, a tedy správního řízení, nejsou navíc všechny služby poskytované na základě rámcové smlouvy, ale pouze jejich podstatná část. Ani pokud by si tedy vyžádal od zadavatele faktury za plnění namítaných služeb poskytovaných na základě rámcové smlouvy od jejího uzavření do doby vydání tohoto rozhodnutí, nemohl by ani pak přesně poměřit rozsah, a to ani kvantitativní ani finanční, v jakém byly tyto služby na základě rámcové smlouvy již plněny oproti jejich celkovému rozsahu, ve kterém by byly vybraným uchazečem poskytovány do doby ukončení rámcové smlouvy. Z uvedeného důvodu je nutné za horní hranici možné pokuty považovat částku 10 mil. Kč. Ve světle nálezu Ústavního soudu č. 405, uveřejněném ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., Úřad přihlédl také k rozpočtu zadavatele, který činí celkem 37 399 705 000,- Kč. Jako k polehčující okolnosti při stanovení výše pokuty vzal orgán dohledu v úvahu skutečnost, že zadavatel v šetřeném případě zveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante.

14. V závěrečné části odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad vyjádřil ke zveřejnění oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante. S odkazem na § 146 odst. 2 zákona Úřad uvedl, že institut oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante byl do zákona zaveden zákonem č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, a transponuje požadavky směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2007/66/ES. Jeho účelem je

seznámit neomezený okruh subjektů se záměrem zadavatele uzavřít smlouvu na konkrétní veřejnou zakázku. Obecně jej zadavatel může uveřejnit zejména v situacích, pokud neuveřejňuje oznámení o zahájení zadávacího řízení, resp. pokud se domnívá, že není povinen oznámení o zahájení zadávacího řízení uveřejnit. Zadavatel sice formálně uveřejnil oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante, veřejnou zakázku však označil jako „Smlouva na zajištění provozu metropolitní sítě“, což vyvolává spíše dojem, že zadavatel hledá pouze provozovatele dané sítě, nikoliv subjekt, který má zadavateli poskytovat služby elektronických komunikací pomocí sítě, kterou tento subjekt sám disponuje. Tomuto závěru napovídá i úvodní věta popisu zakázky v čl. 11.1.4 oznámení, která veřejnou zakázku opět definuje jako „zajištění provozu optické infrastruktury v požadované kvalitě a rozsahu“. Na základě uzavřené rámcové smlouvy však budou poskytovány nejen služby, které zadavatel dosud odebíral na základě smluv uvedených v příloze č. 4, ale i další služby elektronických komunikací dle katalogu v příloze č. 1 rámcové smlouvy, který je vybraný uchazeč oprávněn jednostranně rozšiřovat o další služby. Rovněž přiřazený CPV kód „síťová infrastruktura“ nemohl být pro navrhovatele dostatečným vodítkem pro pochopení, co je skutečně předmětem veřejné zakázky. S ohledem na uvedené skutečnosti se Úřad ztotožnil s námitkami navrhovatele, že na základě zadavatelem zveřejněného oznámení o záměru uzavřít smlouvu nemohl zjistit, že zadavatel hodlá uzavřít s vybraným uchazečem rámcovou smlouvu na poskytování služeb elektronických komunikací. S ohledem na shora uvedené skutečnosti nelze zveřejněné oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante považovat za dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona, které by spolu s postupem v souladu s § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona způsobilo nemožnost uložení nápravného opatření uložení zákazu plnění smlouvy. Úřad se tak ztotožnil s námitkou navrhovatele, že obsah zveřejněného oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante neodpovídá předmětu následně uzavřené rámcové smlouvy.

15. S odkazem na § 114 odst. 2, § 110 odst. 7 a § 118 odst. 2 zákona se potom Úřad dále zabýval otázkou uložení zákazu plnění z uzavřené smlouvy. V reakci na vyjádření zadavatele dospěl k závěru, že činnost zadavatele spočívající zejména v povinnosti uspokojovat potřeby svých občanů, lze obecně označit za činnost provozovanou ve veřejném zájmu. Předmět plnění rámcové smlouvy spočívá především v poskytování služeb elektronických komunikací, u nichž lze předpokládat, že je zadavatel odebírá za účelem zajištění svého provozu. Dále lze předpokládat, že nemožnost odběru těchto služeb by výkon činnosti zadavatele do značné míry ztížila a rovněž by znamenala omezení třetích subjektů, zejména občanů zadavatele, kteří ke kontaktu se zadavatelem běžně služby elektronických komunikací používají. Zadavatel by ve vztahu k veřejnosti tak nemohl v dostatečné míře plnit povinnosti uložené mu zákonem. Současně je však třeba přihlídnout k tomu, že veřejný zájem je naplňován i prostřednictvím zadávání veřejných zakázek podle zákona. Účelem zadávacího řízení je zabezpečit soutěž dodavatelů o předmět veřejné zakázky, jejímž cílem je dosáhnout efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů. Ve vztahu k prokázání přítomnosti důvodů hodných zvláštního zřetele Úřad uvedl, že zadavatel v šetřeném případě poukazuje na provozní problémy, které by mu uložení zákazu plnění smlouvy způsobilo. I kdyby však tyto provozní problémy s přihlídnutím k činnosti zadavatele zajišťované prostřednictvím elektronických komunikací bylo možné označit

za důvody hodné zvláštního zřetele ve smyslu § 118 odst. 3 zákona, v průběhu správního řízení však nebylo prokázáno, že by tyto důvody odůvodňovaly platnost rámcové smlouvy po celou dobu, na kterou ji zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel, tedy až do 31. 8. 2014. Tato skutečnost nevyplývá z vyjádření zadavatele ze dne 7. 12. 2010, ani z žádného jiného předloženého dokumentu. Zákaz plnění smlouvy v její uvedené části uložil Úřad s účinností od pěti měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. Stanovenou lhůtu považoval Úřad s ohledem na konkrétní okolnosti případu za dobu potřebnou k tomu, aby si zadavatel zajistil čerpání služeb elektronických komunikací jiným způsobem, než na základě předmětné rámcové smlouvy. Takovým jiným způsobem je pak zejména zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem.

II. Námitky rozkladů

Rozklad zadavatele

16. V souladu se svými předchozími vyjádřeními trvá zadavatel na tom, že v šetřeném případě byly splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, a že tedy z jeho strany nemohlo dojít ke spáchání správního deliktu. Tuto skutečnost potvrzují i stanoviska a odborné posudky, které si nechal zpracovat před zahájením zadávacího řízení. Z posudku doc. Jurčíka vyplývá, že jedinou alternativou, jak zabezpečit požadované plnění, je vybudování nové sítě elektronických komunikací, což se nejeví jako hospodárné. Znalec Ing. Piták ve svém posudku konstatuje, že v současné době paralelní síť neexistuje a jinou existující síť není možné v akceptovatelné době dobudovat, protože zadavatel nemá v současné době dostatek finančních a technických zdrojů. Plnění od jiného dodavatele by na straně zadavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady. Zadavatel je tak přesvědčen, že na jeho straně existují „technické důvody“, které jej opravňují k použití jednacího řízení bez uveřejnění (k výkladu pojmu „technické důvody“ odkazuje zadavatel na odbornou literaturu), neboť zadavateli vzniklo již dříve právo k zařízení sloužícímu k poskytování požadovaných služeb. Zadavatel rovněž zpochybňuje, že by jiný subjekt než vybraný uchazeč měl o plnění veřejné zakázky zájem, protože její hodnota je dle názoru zadavatele nižší než investice, které by za účelem jejího plnění musel realizovat.
17. Zadavatel uvádí, že připojení koncových bodů a zajištění provozu lokální sítě může zajistit pouze vybraný uchazeč jako majitel současné sítě, který nemá povinnost poskytnout součinnost třetí osobě. Tento závěr je uveden jak v posudku doc. Jurčíka, tak Ing. Pitáka. Zadavatel vytýká Úřadu, že se dostatečně nezabýval závěry těchto posudků a že nebylo zpracováno jakékoli jiné odborné stanovisko či posouzení, které by výše citované posudky a stanoviska vyvrátilo. Z napadeného rozhodnutí dle názoru zadavatele nevyplývá, z jakého důvodu nelze veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel uvádí, že není relevantní, že v době zadání veřejné zakázky existovaly v Praze ještě jiné optické sítě. Úřad nevzal na vědomí, jaké byly potřeby zadavatele ve vztahu k realizaci veřejné zakázky, neboť těmi nebyla samotná dispozice optickou sítí; optická síť byla pouze typem technologie, která měla být k realizaci veřejné zakázky použita, neboť nejlépe naplňovala potřeby zadavatele. Rozhodující je,

že neexistovala jiná síť, která by propojovala stanovené koncové body magistrátu a jednotlivých městských částí hlavního města Prahy. Zadavatel nezpochybňuje existenci jiných optických sítí v době zadávání veřejné zakázky, současně však uvádí, že Úřad si jejich existenci zjistil bez vědomí zadavatele, čímž došlo k porušení jeho procesních práv, protože se nemohl k tomuto důkaznímu prostředku vyjádřit. Úřad tak není oprávněn použít zjištění, že v Praze existovaly a existují ještě jiné optické sítě jako podklad pro své rozhodnutí.

18. V další části podaného rozkladu se zadavatel vyjadřuje ke spáchání správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Jelikož trvá na tom, že byly splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, nebyl ani povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení ve smyslu § 146 odst. 1 zákona. Podmínkou pro naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona je uzavření smlouvy na veřejnou zakázku bez uveřejnění zadávacího řízení. Jelikož však zadavatel nebyl povinen oznámení o zahájení zadávacího řízení uveřejnit, nemohl se ani daného správního deliktu dopustit. Úřad nesprávně rozšířil použití skutkové podstaty správního deliktu i na postup v jednacím řízení bez uveřejnění. I kdyby Úřad setrval na svém stanovisku a výrok týkající se spáchání deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) nezměnil, upozorňuje zadavatel na skutečnost, že vynaložil veškeré úsilí, aby jeho postup byl v souladu se zákonem, když si předem nechal zpracovat technické i právní posudky (posudek ing. Pitáka, stanovisko doc. Jurčíka a stanovisko právního zástupce zadavatele). Zadavatel dále uvádí, že rámcová smlouva na plnění veřejné zakázky byla uzavřena na čtyři roky i z toho důvodu, že se očekávalo v dohledné budoucnosti vypsaní otevřeného zadávacího řízení. S ohledem na tyto skutečnosti se domnívá, že i pokud by došlo k naplnění skutkových podstat deliktů uvedených ve výrocích napadeného rozhodnutí, pak za ně v souladu s § 121 odst. 1 zákona neodpovídá.
19. V poslední části podaného rozkladu se zadavatel zabývá uloženým zákazem plnění z uzavřené smlouvy. Trvá na tom, že nebyl naplněn základní předpoklad pro jeho uložení, tj. spáchání správního deliktu. Zadavatel v této souvislosti poukazuje na skutečnost, že zveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu v souladu s § 146 odst. 2 zákona a nesouhlasí s přísně formálním výkladem Úřadu. Dle názoru zadavatele jde z gramatického hlediska v případě „metropolitní sítě“ a „služeb elektronických komunikací“ o totéž. Jednalo se pouze o jeden z mnoha zveřejňovaných údajů, navíc předmět plnění i CPV kód (tj. dva hlavní údaje) byly shodné. Zadavatel dále namítá, že § 146 zákona neobsahuje podrobnosti týkající se rozsahu a obsahu oznámení o záměru uzavřít smlouvu. Zadavatel připouští, že při vyplňování popisu charakteristiky předmětu veřejné zakázky nevyčerpal maximálně možný rozsah 3000 znaků, přesto se domnívá, že uvedený popis odpovídá následně uzavřené rámcové smlouvě. Skutečnost, že zákon ani podzákonný právní předpis, případně nařízení Komise blíže nestanoví obsah dobrovolného oznámení, nelze přičítat k tíži zadavatele. Obsah daného oznámení odpovídá dle názoru zadavatele obsahu následně uzavřené rámcové smlouvy. Z obsahu oznámení je zřejmé, že předmětem smlouvy bude nejen zajištění služeb provozu optické infrastruktury, ale rovněž jejich modifikace. Bližší definice nebyla ostatně ani možná, protože zadavatel přesný rozsah služeb souvisejících s provozem metropolitní sítě neznal, proto s vybraným uchazečem uzavřel rámcovou smlouvu. Zadavatel poukazuje na to, že navrhovatel si ke

zveřejněnému dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvu nevyžádal dodatečné informace a ani nepodal zadavateli námitky. V této souvislosti namítá zadavatel také to, že se Úřad nevypořádal s § 118 odst. 3 zákona, podle něhož Úřad neuloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadují pokračování smlouvy. Zadavatel rovněž nesouhlasí, že doba pěti měsíců od nabytí právní moci napadeného rozhodnutí je dostatečná k tomu, aby byl schopen realizovat nové výběrové řízení. Uvádí, že již při přípravě veřejné zakázky zadavatel zjistil, že požadované služby by mohly být jiným dodavatelem poskytovány nejdříve v termínu 12 měsíců, přičemž není jisté, zda by jiný subjekt než vybraný uchazeč byl schopen a ochoten podmínky zadavatele akceptovat.

20. Co se týče uložené sankce, považuje zadavatel uloženou pokutu za nepřiměřeně vysokou, a to vzhledem k okolnostem případu i s ohledem na výši pokut ukládaných Úřadem v minulosti. Nezohlednil ani jednání zadavatele před a v průběhu zadávacího řízení. Zadavatel opětovně zdůrazňuje, že vynaložil veškeré úsilí, aby jeho postup byl v souladu se zákonem. Dle jeho názoru nebyla dostatečně zohledněna skutečnost, že vedle pokuty byl zadavateli uložen i zákaz plnění smlouvy. Rovněž nebyla zohledněna skutečnost, že smlouva byla uzavřena s časovým omezením na čtyři roky (po uplynutí tohoto období se očekává rozvoj služeb elektronických komunikací, které bude schopno poskytnout více subjektů, a tedy zadavatel použije pro zadání veřejné zakázky otevřené řízení), a že by uložená pokuta měla postihovat pouze příslušnou část zakázky odpovídající namítaným službám. Zadavatel se domnívá, že napadené rozhodnutí rovněž nenaplnuje zásadu legitimního očekávání. Za předpokladu, že se rozhodnutí odchyluje od dřívější rozhodovací praxe, mělo by být Úřadem řádně odůvodněno, k čemuž v daném případě nedošlo. Úřad rovněž neuvedl žádná svá dřívější rozhodnutí, kterými by napadené rozhodnutí podpořil.

Závěr rozkladu

21. Z výše uvedených důvodů zadavatel žádá, aby předseda Úřadu rozkladu vyhověl a napadené rozhodnutí zrušil.

Rozklad vybraného uchazeče

22. Vybraný uchazeč v úvodu podaného rozkladu odkazuje na svá předchozí stanoviska a uvádí, že rozklad podává zejména proto, že Úřad při vydání rozhodnutí vycházel z nesprávně zjištěného skutkového stavu, přestože mu takový postup přikazuje zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). Navíc tomuto rozhodnutí předcházely procesní vady. Vybraný uchazeč nesouhlasí jak se závěrem, že zadavatel nepostupoval při zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem, tak se závěrem, že tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
23. Dle názoru vybraného uchazeče se Úřad dostatečně nezabýval aktivní legitimací navrhovatele. Navrhovatel neprokázal naplnění podmínek stanovených v § 114 odst. 2 zákona ve vazbě na poslední větu § 110 odst. 7 zákona. Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy lze podat proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího

řízení. V šetřeném případě však zadavatel zveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu (tzv. oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante) v souladu s § 146 odst. 2 zákona, a navrhovatel tedy není k podání návrhu aktivně legitimován. Vybraný uchazeč uvádí, že Úřad se ztotožnil s názorem navrhovatele, že zveřejněné oznámení se vztahuje na zakázku s jiným předmětem plnění, aniž toto tvrzení podepřel důkazy, zejména neprovedl detailní komparaci. Skutečnost, že název uzavřené rámcové smlouvy nekoresponduje s názvem použitým v daném oznámení, je pouze formální disproporcí. Úřad rovněž nepřihlédl k důkazům navrhovaným vybraným uchazečem (zejména stanovisko doc. Jurčíka a posudek Ing. Pitáka). Vybraný uchazeč tak uzavírá, že oznámení o záměru uzavřít smlouvu byla řádně uveřejněna, a tím pádem navrhovatel není aktivně legitimován k podání návrhu na zákaz plnění z uzavřené smlouvy.

24. Vybraný uchazeč je přesvědčen, že v šetřeném případě existují důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť není pochyb o jedinečnosti služeb poskytovaných vybraným uchazečem na své síti. Existence jiných optických sítí neodůvodňuje závěr, že veřejnou zakázku mohou plnit i jiní dodavatelé. To, že v Praze v době zadávání veřejné zakázky existovaly i jiné optické sítě, nebylo v rámci správního řízení nikdy zpochybňováno. Úřad se však vůbec nezabýval vlastnostmi daných sítí, přičemž jedinečnost sítě vybraného uchazeče je dána právě těmito vlastnostmi (připojení lokalit HMP v čase, kdy bylo požadováno dodání služeb). Tuto skutečnost nerozporovaly ani žádné z předložených dokumentů. Relevantní je však skutečnost, že pouze vybraný uchazeč jako jediný disponuje infrastrukturou, která propojuje optickou síť s lokalitami zadavatele. Zadavatel poptával poskytnutí služby v konkrétním místě, nikoliv pouze obecnou schopnost služby dodat. Vybraný uchazeč je jediný subjekt, který je schopen zajistit plnění požadované zadavatelem. V této souvislosti odkazuje vybraný uchazeč zejména na stanovisko právního zástupce zadavatele, v němž právní zástupce zadavatele zejména konstatuje, že vybraný uchazeč nemá povinnost poskytnout přístup ke své infrastruktuře, jiný dodavatel by musel vybudovat zcela novou infrastrukturu, rámcová smlouva sjednotí předchozí smluvní vztahy s vybraným uchazečem, přičemž má platnost pouze čtyři roky a po uplynutí této doby nelze vyloučit zadání veřejné zakázky alternativnímu subjektu v otevřeném řízení. Odůvodnění napadeného rozhodnutí považuje vybraný uchazeč za učiněné v rozporu se zásadou předvídatelnosti rozhodování, jelikož Úřad odmítl zohlednit stanovisko doc. Jurčíka a právního zástupce zadavatele a znalecký posudek Ing. Pitáka. Dle názoru vybraného uchazeče porušil Úřad základní zásady činnosti správního orgánu, když pochyboval o důkazech předložených účastníky správního řízení, ale nevyžádal si jejich doplnění. Je v první řadě na Úřadu, aby si sám opatřoval podklady pro vydání rozhodnutí, a pokud tak neučiní, nezjistí stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti.
25. Co se týče uložené sankce, uvádí vybraný uchazeč, že Úřad stanovil vyšší pokuty v rozporu s dosavadní rozhodovací praxí. V této souvislosti odkazuje na rozhodnutí č. j. S89/2006/SL- 8380/2006/520-KV ze dne 5. 5. 2006 a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R5/2009/VZ- 1861/2010/310/EKu ze dne 20. 5. 2010. Úřad nedbal, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem, aby odpovídalo okolnostem daného případu a aby při rozhodování skutkově podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly.

Závěr rozkladu

26. S ohledem na výše uvedené vybraný uchazeč navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil orgánu dohledu k novému rozhodnutí a aby současně vyslovil právní názor, jímž bude orgán dohledu při novém posouzení věci vázán.

Vyjádření dalších účastníků řízení

27. K rozkladu podanému vybraným uchazečem se vyjádřil zadavatel. Odkázal na vlastní rozklad a opětovně navrhl zrušení napadeného rozhodnutí.

III. Řízení o rozkladech

28. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
29. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru:
30. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 18. 4. 2011, č.j. ÚOHS-S448/2010/VZ-3396/2011/540/VKu, rozhodl, že se zadavatel dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) a c) zákona způsobem popsáným v bodu 6. tohoto rozhodnutí, za což mu Úřad uložil pokutu ve výši 1 100 000,- Kč, a zákaz plnění smlouvy uzavřené na přezkoumávanou veřejnou zakázku v části plnění služeb označených v příloze 1. této smlouvy (připojení datových center, připojení do MAN sítě, připojení k IP MPLS síti, připojení ústředen (hlasové služby), připojení do sítě internet, bezpečnostní služby firewallu, proxy server, URL filtrování, antispam, antivir, IPS/IDS, systém vzdáleného přístupu a DNS, a v části dohody smluvních stran, že po dobu trvání této smlouvy je vybraný uchazeč oprávněn jednostranně rozšiřovat aktuální katalog služeb elektronických komunikací s tím, že o těchto skutečnostech je povinen písemně informovat zadavatele nejpozději do 3 pracovních dnů po provedení takové změny s účinností od 5 měsíců od nabytí právní moci napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladů

Obecně k námitkám procesního charakteru

31. Úvodem uvádím, že oba podané rozklady obsahují řadu argumentů, které již byly vzneseny ve správním řízení prvního stupně a se kterými se také Úřad dostatečným způsobem vypořádal v napadeném rozhodnutí. Z napadeného rozhodnutí je zřejmé, jakými úvahami byl Úřad při rozhodování veden, z jakých podkladů a důkazů vycházel a jak je vyhodnotil. Samotný fakt, že se Úřad nepřiklání k právnímu názoru zadavatele a vybraného uchazeče, nezakládá bez dalšího nezákonnost nebo nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, jak oba rozklady naznačují. V rozkladech se nadto objevuje i argumentace nová, v předchozích fázích správního řízení neuplatněná, s níž se však orgán dohledu v napadeném rozhodnutí vypořádat nemohl a o které bude proto pojednáno níže.
32. V této souvislosti odkazuji na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 5. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007 - 75, v němž tento soud dospěl k závěru, že „(...) doplnění řízení ani dokazování provedené v rámci odvolacího řízení nelze považovat za nepřípustné, ani s ohledem na zásadu dvojinstančnosti. Tato zásada znamená, že řízení probíhá ve dvou stupních (instancích), že tedy řízení a rozhodnutí správního orgánu prvního stupně podléhá kontrole odvolacího orgánu, nikoliv, že každý závěr musí být vždy vysloven jednou instancí a vždy prověřen a akceptován instancí vyšší. Dvojinstančnost totiž zajišťuje nejen dvojí posouzení věci, ale je také cestou k nápravě a odstranění vad, které se vyskytly v řízení před prvním stupněm“. Ve světle uvedeného rozsudku mám zato, že nelze ničeho namítat proti doplnění dokazování orgánem dohledu na podkladě podaného rozkladu (v konkrétní rovině se jedná o doplnění dokazování, zda a případně za jakých podmínek mohli i jiní dodavatelé zajistit zadavatelem požadované plnění, zejména zajistit propojení všech pro zadavatele relevantních lokalit (přípojných bodů), ze kterého jsem vycházel při svém rozhodování. Ve stejném duchu je třeba nahlížet i na námitku, že Úřad v průběhu správního řízení v rozporu s platnými zásadami správního řízení prováděl dokazování za účelem zjištění, zda existuje i jiný dodavatel disponující optickou sítí, aniž by o něm uvědomil účastníky řízení, zejména zadavatele a vybraného uchazeče. Procesní postup, kdy si správní orgán zajišťuje důkazy k prověření tvrzení účastníků řízení, je zcela standardní a nemůže zadavatele a vybraného uchazeče nijak na jejich procesních právech poškodit. Naposledy zmínění účastníci řízení mají jednak možnost napadnout závěry orgánu dohledu rozkladem (což také učinili), jednak mohou využít svého procesního práva nahlédnout do spisu a touto cestou se s podklady pro vydání rozhodnutí seznámit. Dále je třeba poznamenat, že ze správního řádu nevyplývá povinnost vyžádat si od účastníků řízení doplnění podkladů, pokud jsou pochybnosti o jejich správnosti nebo pokud se s jejich obsahem orgán dohledu neztotožňuje. V neposlední řadě sám zadavatel i vybraný uchazeč existenci dalších optických sítí nezpochybňují a ani nezpochybňovali, a dokonce i připustili, že jim je známa. I z tohoto důvodu lze jen stěží usuzovat na jakékoli procesní znevýhodnění zadavatele a vybraného uchazeče.
33. V rozkladu je rovněž napadenému rozhodnutí vytýkáno, že v něm Úřad jako součást odůvodnění neodkázal na dřívější rozhodnutí, jimiž by jeho vydání podpořil. Je třeba si

uvědomit, že institut zákazu plnění smlouvy byl do zákona zařazen až novelou zákona č. 417/2009 Sb., která nabyla účinností od 1. 1. 2010. K datu vydání rozhodnutí proto neexistovala relevantní rozhodovací praxe Úřadu, na kterou by bylo možné odkázat. Případné odkazy na rozhodovací praxi Úřadu nejsou obligatorní součástí rozhodnutí, a to zejména proto, že se rozhodnutí Úřadu coby individuální správní akt týká vždy konkrétní věci a nemá „precedenční charakter“ ani v tom smyslu, v jakém o něm lze s jistou tolerancí hovořit u rozhodnutí soudních. Absenci odkazu na dřívější rozhodnutí by tedy nebylo možné považovat za porušení povinnosti Úřadu, i pokud by taková relevantní rozhodovací praxe existovala.

Ke splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění

34. Jak vyplývá z předloženého správního spisu a z podaných rozkladů, zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem rámcovou smlouvu na poskytování telekomunikačních služeb mezi jednotlivými lokalitami (přípojnými body) zadavatele, a to na dobu čtyř let zejména s odůvodněním, že vybraný uchazeč již pokrývá většinu těchto přípojných bodů a nemá povinnost zpřístupnit svoji infrastrukturu jiným subjektům. Zadavatel a vybraný uchazeč mají dále zato, že vybudování alternativní sítě by bylo z finančního hlediska mimo možnosti zadavatele. Žádný z účastníků správního řízení nerozporoval, že jedinou vhodnou technologií je optická síť. Přestože bylo v průběhu správního řízení před orgánem dohledu zjištěno, že optickou sítí disponují i jiné subjekty (kromě navrhovatele též společnost Telefónica O2 Czech Republic), zadavatel argumentuje, že tito jiní dodavatelé nepokrývají všechny lokality (přípojný body) zadavatele, v důsledku čehož nemohou poskytnout plnění v požadovaném rozsahu a kvalitě.
35. Za účelem zjištění, zda i jiní dodavatelé mají reálnou (a nikoli pouze teoretickou) možnost nabídnout zadavateli požadované plnění, provedl orgán dohledu po obdržení rozkladu doplnění dokazování, v rámci něhož oslovil navrhovatele a společnost Telefónica O2 Czech Republic. Oba tyto subjekty obdrželi seznam lokalit uvedených ve smlouvě mezi zadavatelem a vybraným uchazečem s žádostí o sdělení, zda a případně v jakém časovém horizontu by byli schopni zajistit požadované propojení těchto přípojných bodů. Ze sdělení společnosti Telefónica O2 Czech Republic vyplynulo, že propojení specifikovaných lokalit by bylo možné nejpozději do 10 měsíců, přičemž u lokalit, na něž se tato maximální lhůta vztahuje, tento subjekt nabízí náhradní řešení vybudované do 12 týdnů (poptávané rychlosti 10 Mb/s a 100Mb/s jsou poskytovány bez omezení, rychlost 1 Gb/s je dočasně omezena na cca 100 až 300 Mb/s). Z předloženého přehledu současně vyplývá, že u lokalit, u nichž by mohlo být připojení realizováno až v maximální lhůtě 10 měsíců a zároveň by nemohlo být zajištěno náhradní řešení bez výše uvedeného omezení, je celkem 14 z celkového počtu 106 lokalit. V případě společnosti Telefónica O2 Czech Republic je ostatně dispozice s optickou sítí dána historicky. Ze sdělení navrhovatele vyplývá, že u většiny lokalit by byl jejich propojení schopen zajistit ihned, resp. do 2 měsíců. Pouze u 17 odkazuje navrhovatel na nutnost územního rozhodnutí, konkrétně uvádí, že jejich propojení by byl schopen zajistit do 2 měsíců od vydání tohoto rozhodnutí. V této souvislosti je třeba připomenout, že ani optická síť vybraného uchazeče nepokrývala v době zahájení zadávacího řízení všechny lokality zadavatele (pouze z cca 85 %, jak uváděl zadavatel, resp. z cca 75 %, jak uváděl odborný posudek Ing. Pitáka), tedy pokrývala přípojný body

v obdobném rozsahu jako navrhovatel či společnost Telefónica O2 Czech Republic. U vybraného uchazeče zadavatel však tuto skutečnost bez dalšího akceptoval s tím, že pokrytí bude dokončeno do dvou let; naproti tomu společnost Telefónica O2 Czech Republic uvádí maximální dobu 10 měsíců.

36. Co se týče námitky zvýšených finančních nákladů na vybudování nové optické sítě, již v napadeném rozhodnutí orgán dohledu vysvětlil, proč tuto argumentaci považuje za diskutabilní (viz body 51 a 56 napadeného rozhodnutí, v nichž orgán dohledu mj. poukázal na marginální objem plnění poskytovaného na základě smluv č. 1197/21 a 1997/8, uzavřených na dobu neurčitou). Opomenuli, že zadavatel prohloubil svou závislost na jednom subjektu, který teprve po dvou letech od uzavření rámcové smlouvy pokryje 100 % přípojných míst zadavatele, do průběžného připojování lokalit zadavatele investoval vlastní prostředky i vybraný uchazeč, a tedy není důvod, proč by jiní uchazeči nemohli postupovat stejně. Je navíc na zvážení jednotlivými uchazeči, zda budou do vybudování vlastní optické sítě, resp. připojení konkrétních lokalit zadavatele, investovat své vlastní finanční prostředky.
37. Uzavírám tedy, že na základě výše uvedených skutečností jsem dospěl ke stejnému závěru jako orgán dohledu, tj. že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 zákona, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Nelze vyloučit, že kdyby zadavatel zvolil otevřené nebo užší řízení, obdržel by více nabídek, z nichž některá mohla být výhodnější než nabídka vybraného uchazeče. Je třeba v této souvislosti připomenout, že ze všech druhů zadávacích řízení vykazuje jednacím řízení bez uveřejnění nejnížší míru transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže, a právě proto jsou na úrovni zákona i komunitární legislativy přísně omezeny podmínky pro jeho použití. Případné neoprávněné použití jednacím řízení bez uveřejnění je proto také přísněji trestáno.

K povinnosti uveřejnit předběžné oznámení o zadání veřejné zakázky

38. Jelikož jsem dal za pravdu závěru napadeného rozhodnutí, že zadavatel pochybil při volbě druhu zadávacího řízení, neshledal jsem ani důvody pro revizi závěru o tom, že se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, když odpovídajícím způsobem neuveřejnil oznámení o zahájení zadávacího řízení na nadlimitní veřejnou zakázku (§ 146 odst. 1 zákona). Oba postupy totiž na sebe bezprostředně navazují. Zadavatel se nemůže dovolávat svého předchozího nezákonného postupu (tj. skutečnosti, že veřejnou zakázku zadával v druhu zadávacím řízení, jehož zahájení není nutné oznamovat, neboť pro volbu tohoto druhu zadávacího řízení nebyly splněny striktní zákonné podmínky) a postup v rozporu se zákonem za žádných okolností nemůže představovat zvýhodnění. Nejedná se tudíž o rozšiřující aplikaci skutkové podstaty správního deliktu, jak je v rozkladu namítáno, ale skutečnost, že zadavatel svým postupem současně porušil (resp. opomenul) více zákonných povinností, a tedy naplnil více skutkových podstat správních deliktů (jak již orgán dohledu v napadeném rozhodnutí uvedl, jednalo se o vícečinný nestejnorodý souběh správních deliktů).

K odborným posudkům a stanoviskům

39. Namítá-li zadavatel a vybraný uchazeč, že se prvostupňové rozhodnutí dostatečně nezabývalo předloženými odbornými posudky a stanovisky, resp. že Úřad nedostál své povinnosti opatřit si všechny důkazy ke zjištění skutkového stavu, uvádím, že o opaku svědčí např. bod 53 napadeného rozhodnutí. V něm je mj. uvedeno, že jak posudek doc. Jurčíka, tak posudek Ing. Pitáka vycházely z nesprávného zjištění, že je to pouze vybraný uchazeč, kdo disponuje optickou sítí a kdo je tedy schopen se zúčastnit soutěže o veřejnou zakázku a poskytnout požadované plnění. Zcela logicky tedy k jejich obsahům Úřad plně nepřihlédl, a k tomuto postupu nemám výhrady. Jak bylo zmíněno výše, v souladu se zásadou úplné apelace bylo doplněno dokazování ve věci existence optických sítí, propojení relevantních lokalit a doby, během které jsou ostatní dodavatelé schopni propojení lokalit zajistit, a z tohoto doplněného dokazování se nepotvrdil názor zadavatele a vybraného uchazeče, že pouze vybraný uchazeč byl schopen pro zadavatele zajistit poptávané služby.

K uložené sankci

40. Jednou z dílčích rozkladových námitek byla také nepřiměřená výše uložené pokuty. Neshledal jsem však důvody pro upuštění od potrestání, ani důvody pro snížení pokuty, neboť ta již byla uložena při spodní hranici její možné výše. Ačkoli se zadavateli či vybranému uchazeči může pokuta jevit v porovnání s jinými správními řízeními jako nepřiměřená, je třeba v prvé řadě připomenout, že v každém jednotlivém případě je nutné při uložení výše pokuty postupovat takovým způsobem, aby byly zohledněny zejména konkrétní okolnosti šetřeného případu. Mám zato, že uložená pokuta svojí výší odpovídá zjištěnému skutkovému stavu (in concreto zejména obtížně zjistitelnému finančnímu objemu plnění z uzavřené rámcové smlouvy, v důsledku něhož musela být jako horní hranice možné pokuty brána částka 10 mil. Kč), nijak nevybočuje ze současné rozhodovací praxe Úřadu a její výše byla dostatečným způsobem zdůvodněna v rámci napadeného rozhodnutí, na které v této souvislosti opětovně odkazuji, neboť není účelné, aby se druhostupňové rozhodnutí omezovalo na podrobné opakování správně přijatých závěrů rozhodnutí napadeného. Z příslušné části odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že v daném případě byl komplexně posouzen postup zadavatele, správní delikty, kterých se zadavatel dopustil, a byly zohledněny všechny přitěžující a polehčující okolnosti i ekonomická situace zadavatele. Rovněž byl zohledněn současně ukládaný zákaz plnění smlouvy a doba, po kterou již bylo ze smlouvy plněno. Tvzení, že rámcová smlouva byla uzavřena na dobu 4 let, po jejímž uplynutí mělo být vypsáno otevřené nebo užší řízení, není z pohledu uložené sankce relevantní, neboť takový úmysl zadavatele nelze spolehlivě prokázat.

K uloženému nápravnému opatření

41. Jak vyplývá z § 118 odst. 2 písm. a) zákona, Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 114 odst. 2 zákona uloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud se zadavatel dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c), s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 142 odst. 2 zákona a postupoval v souladu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 a § 111 odst. 5

zákonu. Z citovaného ustanovení tak vyplývá, že pro uložení nápravného opatření – zákazu plnění smlouvy, musí být zkoumány čtyři skutečnosti: Zaprvé musí být prokázáno, že došlo ke spáchání správního deliktu ze strany zadavatele. Zadruhé musí orgán dohledu zkoumat existenci vylučujících podmínek (tj. existenci dobrovolného oznámení o plánovaném uzavření smlouvy a uzavření této smlouvy teprve po uplynutí zákonem stanovených lhůt). Jedná se přitom o vylučující podmínky, které musí být splněny kumulativně; v případě, že by se prokázalo splnění jen jedné z nich, nebylo by možné od uložení nápravného opatření ve formě zákazu plnění smlouvy upustit. Zatřetí, vzhledem k tomu, že uložení zákazu plnění smlouvy musí předcházet návrh podle § 114 odst. 2 zákona, je třeba se zabývat také tím, zda takový návrh byl navrhovatelem podán. Konečně začtvrté je třeba prokázat, že na straně zadavatele neexistují důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadující pokračování v plnění smlouvy.

42. Co se týče první podmínky, tu považuji za splněnou. Neodchýlil jsem se od závěru orgánu dohledu, že se zadavatel dopustil porušení zákona, kterým naplnil skutkovou podstatu dokonce dvou správních deliktů. V podrobnostech odkazuji na předchozí části odůvodnění tohoto rozhodnutí.
43. Ve vztahu ke splnění vylučovacích podmínek uvádím, že ve věci zveřejnění dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu, resp. oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante, jak je označeno v informačním systému o veřejných zakázkách, jsem dospěl ke stejnému závěru jako Úřad v napadeném rozhodnutí (viz body 92 až 95, kde se podrobně zabývá důvody, proč v šetřeném případě nelze považovat oznámení o dobrovolné průhlednosti za řádně uveřejněné). Na základě podrobné analýzy obsahu konkrétního formuláře a po jeho srovnání s obsahem rámcové smlouvy uzavřené na plnění veřejné zakázky jsem dospěl k závěru, že obsah zveřejněného oznámení neodpovídá jejímu předmětu a zadavatelem zveřejněné oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante nelze považovat za dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona. Lze připustit, že minimální náležitosti popisu zakázky nejsou stanoveny a metodický pokyn se omezuje pouze na sdělení, že se „(...) v čl. 11.1.4. oznámení označeného jako stručný popis zakázky nebo nákupů uvádí ‚textový popis charakteristiky předmětu veřejné zakázky‘, maximálně 3000 znaků“ (pouze pro úplnost upozorňuji, že zadavatel při popisu veřejné zakázky vyčerpал z celkového počtu 3000 znaků pouze 374 znaků včetně mezer). Je však třeba zdůraznit, že zadavatel musí postupovat tak, aby z popisu veřejné zakázky bylo patrné, o jakou veřejnou zakázku se jedná a co je jejím předmětem, což ze zadavatelem zveřejněného formuláře nebylo možné určit. Zadavatel sice formálně předmětné oznámení uveřejnil, po obsahové stránce však bylo nedostatečné a nebylo z něj zřejmé, o jakou veřejnou zakázku se jedná. Skutečnost, že navrhovatel nepodal proti zveřejněnému dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvu námitky, případně nepožádal zadavatele o doplňující informace, není pro uložení nápravného opatření ve formě zákazu plnění smlouvy relevantní. Ačkoli tedy zadavatel uzavřel smlouvu v souladu se zákonnými lhůtami uvedenými v § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 a § 111 odst. 5 zákona, neuveřejnil řádně dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 142 odst. 2 zákona. Nebyly tedy naplněny podmínky pro upuštění od navrženého uložení nápravného opatření.

44. Co se týče existence návrhu, na základě kterého je možné nápravné opatření ve formě zákazu plnění uzavřené smlouvy uložit, pak není pochyb o tom, že tento návrh podán byl. Ačkoli bylo ze strany vybraného uchazeče namítáno, že se Úřad otázkou aktivní legitimace navrhovatele nedostatečně zabýval, neshledal jsem v tomto ohledu v napadeném rozhodnutí nedostatky. Jak již bylo uvedeno výše, zákon nezakotvuje jako podmínku pro podání návrhu na uložení nápravného opatření podání námitek proti obsahu oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante. Bylo rovněž prokázáno spáchání správního deliktu ze strany zadavatele.
45. K tvrzené existenci důvodů hodných zvláštního zřetele, případně jiných liberačních důvodů (vynaložení veškerého úsilí ze strany zadavatele, aby k porušení zákona nedošlo), uvádím, že se jimi Úřad vyčerpávajícím způsobem zabýval v závěru napadeného rozhodnutí (bod 105). I kdyby provozní problémy, které by zadavateli způsobilo uložení zákazu plnění smlouvy, bylo možné označit za důvody hodné zvláštního zřetele ve smyslu § 118 odst. 3 zákona, v průběhu správního řízení nebylo prokázáno, že by tyto důvody odůvodňovaly platnost rámcové smlouvy po celou dobu, na kterou ji zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel, tedy až do 31. 8. 2014. S ohledem na konkrétní okolnosti šetřeného případu byl zákaz plnění z uzavřené smlouvy odložen až po vypršení pěti měsíců po nabytí právní moci napadeného rozhodnutí. Namítá-li v této souvislosti zadavatel, že je pětiměsíční lhůta k zajištění služeb elektronických komunikací jiným způsobem než na základě předmětné rámcové smlouvy nedostatečná, uvádím, že danou lhůtu za dostatečnou považovat lze, a to nejen proto, že lze v jejím průběhu vypsát a realizovat otevřené či užší zadávací řízení, ale i proto, že ani vybraný uchazeč nepokrýval v době zadání veřejné zakázky veškeré přípojně body zadavatele, ale pouze jejich 75 %, resp. 85 %. Problém časového zdržení spojeného s realizací otevřeného zadávacího řízení a řešením očekávaných námitek ze strany ostatních uchazečů rovněž není relevantní. Zadavatel nemůže s odkazem na domnělé průtahy spojené s uplatněním práv uchazečů odůvodňovat svůj postup v rozporu se zákonem. V této souvislosti odkazuji opětovně na shora uvedená dodatečně vyžádaná vyjádření navrhovatele a společnosti Telefónica O2 Czech Republic, z nichž vyplývá doba, během které jsou schopni pokrýt všechny zadavatelem požadované lokality. K tvrzenému vynaloženému úsilí zadavatele neporušit zákon uvádím, že pod tento zákonem předvídaný liberační důvod nelze podřadit vypracování odborných stanovisek a posudků. Lze k nim maximálně přihlídnout jako k polehčující okolnosti, nicméně nelze připustit, aby se zadavatelé odkazem na ně zbavovali odpovědnosti za své postupy a jednání.
46. Konečně k námitce, že se uložení nápravného opatření nedostatečně promítlo ve výši uložené pokuty, uvádím, že se Nejvyšší správní soud opakovaně vyjádřil v tom smyslu, že nápravné opatření nemá sankční, ale reparační povahu, a jeho hlavním smyslem je odstranění určitého trvajících protiprávního stavu. Z nápravného opatření tak nelze činit okolnost ovlivňující konečnou výši uložené pokuty a oba instituty nelze slučovat.

V. Závěr

47. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladech.
48. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

- Mgr. Ing. Jan Krofta, advokát AK Abbot Legal se sídlem Břehová 208/8, 110 00 Praha 1
- JUDr. Josef Donát, advokát ROWAN LEGAL, advokátní kancelář, s. r. o., se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,
- INDOC s.r.o., se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6, za niž jedná Tomáš Pfeffer, jednatel

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce