



UOHSX003S4FC

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R142/2011/VZ-14636/2011/310/JSI

V Brně dne: 27. října 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 30. 6. 2011 podaném zadavatelem –

- **Českou republikou – Českým úřadem zeměměřickým a katastrálním**, IČ 00025712, se sídlem Pod sídlištěm 9/1800, 182 11 Praha, jehož jménem jedná Ing. Karel Večeře, předseda,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S68/2011/VZ-7125/2011/540/PVé ze dne 15. 6. 2011, ve věci přezkoumání úkonů shora jmenovaného zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Poskytování služeb datového centra**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 17. 12. 2010 pod ev. č. 60054110 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 21. 12. 2010 pod ev. č. 2010/S247-377540, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- společnost **GTS Czech, s. r. o.**, IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha, za niž jedná Peter Charles Ramsay Broster, jednatel, ve správním řízení zast. společností INDOC, s. r. o., IČ 26164001, se sídlem Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha, 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, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S68/2011/VZ-7125/2011/540/PVé ze dne 15. 6. 2011

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Zadavatel – Česká republika – Český úřad zeměměřický a katastrální, IČ 00025712, se sídlem Pod sídlištěm 9/1800, 182 11 Praha (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), dne 17. 12. 2010 pod ev. č. 60054110 v informačním systému o veřejných zakázkách a dne 21. 12. 2010 v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. č. 2010/S247-377540 oznámení otevřeného zadávacího řízení podle § 27 zákona na veřejnou zakázku s názvem „**Poskytování služeb datového centra**“.<sup>1</sup>
2. Úřad obdržel návrh společnosti GTS Czech s.r.o., IČ 28492170, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha (dále jen „**navrhovatel**“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť zadavatel nevyhověl jeho námitkám podaným proti podmínkám zadání. Ke dni 18. 2. 2011, kdy Úřad návrh navrhovatele obdržel, tedy orgán dohledu oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele a navrhovatele.
3. Nezákoný postup spatřoval navrhovatel v tom, že zadavatel do předmětu plnění veřejné zakázky zahrnul služby stěhování, jež byl navrhovatel nucen do nabídky převzít za předem stanovenou cenu od předurčeného subdodavatele (společnost GC Systém a. s.) a nemohl službu stěhování ocenit vlastním způsobem. Tím zadavatel porušil taktéž zásadu rovného zacházení (§ 6 zákona), neboť zvýhodnil stávajícího poskytovatele služeb datového centra, který nebyl povinen převzít do své nabídky plnění od předurčeného subdodavatele, a rovněž ustanovení § 44 odst. 6 zákona, které zadavateli neumožňuje uplatnit požadavek na plnění prostřednictvím předurčeného subdodavatele a podle kterého je zadavatel pouze oprávněn subdodávku vyloučit. Navrhovatel dále konstatoval, že zadavatel nedodržel postup podle

---

<sup>1</sup> 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 v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

§ 78 odst. 1 písm. b) zákona, neboť došlo ke zkreslení hodnotícího kritéria nejnížší nabídkové ceny. Postup zadavatele se projevil i v samotném hodnocení nabídek; mají-li být nabídky hodnoceny podle kritéria nejnížší nabídkové ceny, rozumí se vždy nabídkové ceny za plnění, jež bylo faktickým předmětem veřejné zakázky. V daném případě hodlal zadavatel hodnotit i cenu za plnění, jež tuto podmínku nesplňovalo. Navrhovatel požadoval přijetí nápravného opatření spočívajícího v tom, že zadavatel bude hodnotit a vybere nejvhodnější nabídku pouze podle výše nabídkové ceny za služby datového centra a upustí od hodnocení celkových nabídkových cen, zahrnujících ocenění služeb stěhování, které netvoří předmět plnění veřejné zakázky. Navrhovatel současně dodal, že dle jeho názoru postačuje, aby zadavatel k odstranění pochybení při vymezení předmětu veřejné zakázky provedl hodnocení cen za plnění poskytované uchazeči, a že tedy není nutné rušit celé zadávací řízení.

4. Zadavatel k zahájenému správnímu řízení uvedl, že jím zvolený postup zajišťuje jednak reálnou úsporu rozpočtových prostředků ve formě uspořené nákladů za přemístění technologické infrastruktury do nového datového centra, a dále pak úsporu ve výši 3 444 mil. Kč/rok plnění díky tomu, že i stávající poskytovatel služeb (spol. T-Systems Czech Republic, a. s.) bude nucen v otevřeném zadávacím řízení o zakázku soutěžit s ostatními uchazeči. Cílem navrhovatele je získat předmětnou veřejnou zakázku i za cenu toho, že by zadavatel ve výsledku musel vynaložit více rozpočtových prostředků, než je nezbytně nutné, o čemž svědčí i petit jeho návrhu. Požadavek navrhovatele na změnu způsobu hodnocení veřejné zakázky však není realizovatelný, protože nejméně jeden uchazeč uvedl ve své nabídce v souladu se zadávacími podmínkami celkovou cenu služby bez specifikace nákladů na stěhování. Zadavatel dodal, že po skončení reálné životnosti stávající technologické infrastruktury bude znovu, paralelně s pořizováním nové technologické infrastruktury, poptávat samostatnou veřejnou zakázku na služby datového centra. V takto vyhlášené veřejné zakázce již nebude požadavek na započtení nákladů na přemístění technologické infrastruktury nutný, protože do vysoutěženého datového centra bude umístována zcela nová technologická infrastruktura. Zadavatel vyjádřil tedy přesvědčení, že jeho postup nepředstavuje porušení zákona, a proto navrhl, aby Úřad správní řízení zastavil.

## II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 15. 6. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S68/2011/VZ-7125/2011/540/PVé (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání výše uvedené veřejné zakázky postup podle § 6 zákona, když při vymezení předmětu veřejné zakázky nedodržel zásadu zákazu diskriminace, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě Úřad podle § 118 odst. 1 zákona předmětné zadávací řízení zrušil a současně zadavateli podle § 119 odst. 2 zákona a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**vyhláška**“), uložil povinnost uhradit náklady správního řízení ve výši 30 000 Kč.

6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad nejprve odkázal na znění § 6 zákona a na obsah zadávací dokumentace, v níž zadavatel definoval jako předmět plnění poskytování služeb datového centra pro technologie zadavatele, včetně poskytnutí doplňkových služeb (dále jen „služby datového centra“), přičemž jako nedílnou součást předmětu plnění zadavatel uvedl taktéž služby související s přemístěním technologií zadavatele ze současné adresy, tj. přestěhování technologií zadavatele a jejich zprovozněním v nabízeném datovém centru (dále jen „služby související s přemístěním technologií“). Služby související s přemístěním technologií měly být s ohledem na smluvní závazky zadavatele provedeny spol. GC Systém, a. s., přičemž cena za toto subdodavatelské plnění měla být zohledněna v rámci cenové nabídky uchazečů. Dle zadavatele byla GC Systém, a. s., na základě vzájemné domluvy a jejího čestného prohlášení povinna provést požadované služby za jednotnou cenu obvyklou za přestěhování technologií obdobného významu v místě a čase, přičemž lišit se mohla jen cena za přepravu technologií, a to v závislosti na objektivně daných lokálních podmínkách datového centra konkrétního dodavatele. Úřad se proto zabýval otázkou, zda mohla skutečnost, že zadavatel zadával předmět plnění služeb datového centra společně s plněním služeb souvisejících s přemístěním technologií, mít diskriminační dopad na zadávání předmětné veřejné zakázky a zda došlo v důsledku široce vymezeného předmětu plnění k narušení konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Při svém přezkumu vycházel Úřad především ze závěrů rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „**rozsudek**“) ze dne 2. 3. 2010, č. j. 62 Af 7/2010-135, z něhož mj. vyplývá, že pokud zadavatel vymezí předmět veřejné zakázky příliš široce a v důsledku toho se o zakázku mohou ucházet jen někteří dodavatelé, může se jednat o porušení § 6 zákona. Diskriminováni jsou ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna. Podmínkou je, aby se jednalo o plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí. Popsané diskriminaci by pak bylo možno zabránit buď tím, že by zadavatel plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí, poptával ve více veřejných zakázkách, případně tím, že by veřejnou zakázku rozdělil a umožnil podávání nabídek i na její jednotlivé části. Dále soud konstatoval, že zadáním jedné veřejné zakázky, spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu, je nutno rozumět i souhrn jednotlivých zadání určitých relativně samostatných plnění, týkají-li se plnění spolu úzce souvisejících zejména z hledisek místních, urbanistických, funkčních, časových nebo technologických, přičemž v případě, kdy funkční hledisko nelze s ohledem na charakter veřejné zakázky aplikovat, přichází namísto něho v úvahu hledisko „věcné“. Přestože předmětný rozsudek vztahoval své závěry k omezení možnosti podání nabídky, k čemuž v případě Úřadem přezkoumávané veřejné zakázky nemuselo dojít, aplikoval Úřad tento soudem určený přístup v rámci přezkumu postupu zadavatele v předmětném zadávacím řízení obdobně, jelikož považoval možný vliv skryté diskriminace na cenové nabídky jednotlivých uchazečů za stejně nepřipustný. Uvedl, že přestože v daném případě existuje zcela evidentní návaznost mezi oběma plněními a mohlo by se tudíž zdát, že mezi nimi existuje věcná souvislost, je nutné se zaměřit na celkový charakter a historické souvislosti poptávaného plnění, především pak na specifika služeb souvisejících s přemístěním technologií.
7. Ze zjištění provedených v průběhu správního řízení vyplynulo, že ministerstvo vnitra pro zadavatele vysoutěžilo poskytovatele služeb v rámci sítě KIVS (společnost T-Systems Czech Republic, a. s.). Zadavatel za účelem zajištění služeb souvisejících s vybudováním datového

centra v rámci systému KIVS uzavřel na základě vlastního zadávacího řízení smlouvu se společností GC System a. s. I kdyby tedy zadavatel nemohl ovlivnit nastavení zadávacích podmínek v rámci zadávacího řízení na poskytovatele služeb v rámci sítě KIVS, nastavení zadávacích podmínek pro poskytovatele služeb souvisejících s vybudováním datového centra bylo již plně v jeho kompetenci. Jak vyplývá ze smlouvy č. 115 uzavřené se společností GC System a. s., součástí poptávaného plnění bylo taktéž přemístění tohoto datového centra ze sídla zadavatele, kde bylo odzkoušeno, do housingového centra poskytovatele služeb KIVS, tedy do provozovny společnosti T-Systems Czech Republic, a. s. Tato skutečnost znamená, že požadavek na přemístění centra byl v původní veřejné zakázce oprávněný a náklady spojené s tímto přesunem museli všichni uchazeči zohlednit v nabídkových cenách bez rozdílu. Úřad se v této souvislosti proto dále zabýval tím, zda měl zadavatel případné náklady spojené s dalším přesunem technologií do případného nového datového centra zakalkulovat již v této původní veřejné zakázce, na jejímž základě byla uzavřena smlouva č. 115, anebo zda je mohl začlenit do nové veřejné zakázky. Skutečnost, že zadavatel služby a náklady spojené s přesunem technologií začlenil do přezkoumávané veřejné zakázky, zapříčinila následující situaci. Cena za toto plnění, kterou musí všichni uchazeči zakomponovat do svých nabídkových cen (s výjimkou současného poskytovatele), nevyšla z řádné soutěže a byla určena pouze na základě domluvy zadavatele a poskytovatele této služby (GC System a. s.). Z úvah, v jaké fázi mohl zadavatel toto plnění podrobit soutěžnímu prostředí, pak nezbytně vyplývá závěr, že zadavatel měl možnost toto plnění řádně vysoutěžít pouze v rámci veřejné zakázky, na jejímž základě byla uzavřena smlouva č. 115. Vzhledem k tomu, že zadavatel v původní veřejné zakázce na vybudování datového centra po uchazečích požadoval kalkulaci za transfer technologií ze svého sídla do housingového centra stávajícího poskytovatele, stejně tak mohl po dodavatelích požadovat kalkulaci nákladů za přesun do případného nového centra s tím, že tato část plnění nemusí být realizována v případě, že se prodlouží smluvní vztah se stávajícím poskytovatelem. Skutečnost, že by tento požadavek měl být ze strany uchazečů akceptován, dokládá smluvní podmínka vyplývající ze smlouvy č. 10924, podle níž se společnost GC System a. s. zavázala, že pokud dojde v rámci provozu sítě KIVS ke změně housingového centra, bude tuto změnu respektovat a poskytovat služby i v novém místě. Zadavatel je nyní v situaci, kdy se mu postup podle zákona jeví jako nevhodný, avšak zapříčinil jej sám, a to tím, že nedokázal podrobit část plnění související s poptávaným plněním řádné soutěži ve chvíli, kdy to bylo možné. Zadavatel se svým postupem dopustil nepřijatelného slučování rozdílných plnění, což mělo za následek skrytou diskriminaci některých uchazečů, a tudíž omezení otevřenosti zadávacího řízení. Jeden z uchazečů (na základě předchozí exkluzivity) nemusel ve své nabídkové ceně zohlednit náklady spojené s přesunem technologií, a začlenění tohoto plnění do předmětu veřejné zakázky tak zapříčinilo nerovné postavení uchazečů. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

8. K uloženému nápravnému opatření Úřad uvedl, že vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl o zrušení zadávacího řízení. Při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona je Úřad povinen uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad zadávacího řízení, tj. zásady transparentnosti, stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že

zadavatel pochybil již při vymezení předmětu veřejné zakázky, a tudíž tento postup mohl mít vliv mimo jiné i na účast jiných potenciálních dodavatelů, musel Úřad zrušit celé zadávací řízení. Současně Úřad zadavatele poučil o postupu, který má zvolit při rušení zadávacího řízení, a o povinnosti uhradit náklady správního řízení ve smyslu § 119 odst. 2 zákona a § 1 odst. 1 vyhlášky, podle nichž je povinen paušální částku nákladů řízení uhradit v případě, kdy Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadávacího řízení nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele.

### III. Námitky rozkladu

9. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 30. 6. 2011 rozklad zadavatele, v jehož úvodu zadavatel obsáhle cituje z odůvodnění napadeného rozhodnutí. Vyjadřuje názor, že Úřad postup zadavatele nesprávně posoudil, když shledal, že zahrnutí služeb souvisejících s přemístěním technologií do předmětu veřejné zakázky představovalo porušení zákona s podstatným vlivem na výběr nejvhodnější nabídky. Nesprávně zjištěný skutkový stav tak zapříčinil vydání nezákonného rozhodnutí. V této souvislosti zadavatel podotýká, že Úřad na přezkoumávaný případ rovněž nesprávně aplikoval závěry rozsudku Krajského soudu v Brně, neboť ten se týkal skutkově odlišného případu. Kromě toho Úřad odhlédl od jiné části rozsudku, v níž se mj. uvádí: „(...) pokud zadavatel vymezí předmět veřejné zakázky příliš široce a v důsledku toho se o zakázku mohou ucházet jen někteří dodavatelé, může se jednat o porušení jedné ze základních zásad zadávání veřejných zakázek zakotvených v § 6 zákona (...). Diskriminováni jsou ti dodavatelé, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna.“ Postup zadavatele při vymezení předmětu plnění však k omezení potenciálních dodavatelů nevedl, resp. Úřad tuto skutečnost neprokázal. Úřad rovněž nepřihlédl k odkazu Krajského soudu v Brně na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, podle kterého je smysl § 6 zákona pouze instrumentem k zajištění primárního cíle zákona, tj. k vytváření podmínek hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí. Hospodářská soutěž a konkurenční prostředí však narušeny nijak nebyly; mezi dodavateli (poskytovateli služeb datového centra) došlo k otevřené soutěži a úspoře veřejných prostředků, o čemž mj. svědčí to, že nejvýhodnější cena plnění, kterou zadavatel získal, je o 3,444 mil. Kč/rok nižší než cena, kterou za stejné služby platí doposud. Zadavatel tak má zato, že splnil obě podmínky, tj. otevřenost zadávacího řízení i úsporu veřejných prostředků, a tedy dílčí závěr rozsudku, že v případě kolize úspor finančních prostředků a otevřeností zadávacího řízení je v obecné rovině třeba dát přednost větší otevřenosti zadávacího řízení, nenachází v tomto správním řízení své praktické uplatnění. Znovu opakuje, že k omezení počtu potenciálních dodavatelů, tedy k omezení otevřenosti zadávacího řízení, nedošlo, na rozdíl od případu, který byl řešen Krajským soudem v Brně.
10. Zadavatel dále argumentuje, že se Úřad vůbec nezabýval tím, že zadavatel je kromě zákona vázán i jinými právními předpisy, které mu ukládají povinnost zajistit hospodárné vynakládání veřejných prostředků (např. zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů). Ve světle zákona i těchto ostatních předpisů mohl zadavatel postupovat pouze tak, že nedílnou součástí

předmětu plnění učinil i služby související s přemístěním technologie, a dle jeho mínění by tak učinil každý subjekt, pokud by chtěl postupovat s péčí řádného hospodáře. Pokud by zadavatel po dodavatelích nepožadoval zahrnutí služeb souvisejících s přemístěním technologií do předmětu veřejné zakázky, mohlo by dojít k uzavření smlouvy na poskytovatele služeb datového centra s uchazečem, který sice nabídne nejnižší nabídkovou cenu v rámci veřejné zakázky, ale ve výsledku (po následném připočtení nákladů na přemístění technologií) budou celkové náklady na umístění technologií do nového centra vyšší, než nabídková cena stávajícího poskytovatele služeb datového centra. Plnění služeb souvisejících s přemístěním veřejné zakázky, by nemělo smysl poptávat pouze v případě, kdy by stávající poskytovatel nabídl tyto služby bezplatně. Pravděpodobnost, že by se tak stalo, je pouze hypotetická. V této souvislosti zadavatel opětovně poukázal na skutečnost, že původní veřejnou zakázku zadávalo Ministerstvo vnitra, a proto si zadavatel nemohl být jistý, jakým způsobem bude poskytování služeb datového centra do budoucna realizováno. I v případě soutěžení služeb souvisejících s přemístěním infrastruktury v rámci původní veřejné zakázky bude hospodárné vynakládání veřejných financí zajištěno pouze tehdy, pokud bude cena za plnění služeb souvisejících s přemístěním technologií vždy zahrnuta do předmětu veřejné zakázky na poskytovatele služeb datového centra.

11. Úřad dále v odůvodnění napadeného rozhodnutí nepřesně uvedl, že cena za přemístění technologií byla dopředu dohodnuta se společností GC System, a. s. Zadavatel upřesňuje, že společnost GC System, a. s. byla povinna provést tyto služby za jednotnou cenu obvyklou za přestěhování technologií obdobného významu v místě a čase a mohla se lišit pouze cena za přepravu technologií v závislosti na objektivně daných lokálních podmínkách datového centra konkrétního dodavatele. Úřad se taktéž v této souvislosti vůbec nezabýval tím, že zvýhodnění jednoho z uchazečů (stávajícího poskytovatele datových služeb) je dáno přímo charakterem poptávané služby. Pokud je výsledkem veřejné zakázky změna lokality datového centra, logicky v případě vítězství původního dodavatele není nutné zajišťovat jeho přemístění (za předpokladu nabídky původní lokality). Na druhou stranu, stávající poskytovatel není vázán povinností nabídnout i původní lokalitu a v tomto případě by byl povinen započítat náklady na stěhování jako ostatní uchazeči.
12. Zadavatel z výše uvedených důvodů navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

13. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
14. 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 přezkoumal soulad napadeného

rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

15. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S68/2011/VZ-7125/2011/540/PVé ze dne 15. 6. 2011 rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání výše uvedené veřejné zakázky postup podle § 6 zákona, když při vymezení předmětu veřejné zakázky nedodržel zásadu zakazu diskriminace, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, za což podle § 118 odst. 1 zákona předmětné zadávací řízení zrušil a zadavateli uložil povinnost uhradit náklady správního řízení ve výši 30 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil.

#### **V. K námitkám rozkladu**

16. Jak vyplývá z podaného rozkladu, obsahuje dvě stěžejní námitky. Zprvce zadavatel orgánu dohledu vytýká, že v napadeném rozhodnutí argumentačně vychází z rozsudku Krajského soudu v Brně, který však pro odlišný skutkový základ není na přezkoumávaný případ aplikovatelný. Za druhé má zadavatel zato, že způsobem, jakým vymezil předmět plnění, zajistil otevřenost zadávacího řízení a nevyločil ani nediskriminoval žádného potenciálního uchazeče; jinými slovy namítá, že Úřad nedostatečně zjistil skutkový stav a na základě toho v napadeném rozhodnutí vyvodil i nesprávné právní závěry. Je však třeba uvést, že rozkladové námitky míří proti (jinak velmi podrobnému a srozumitelnému) odůvodnění napadeného rozhodnutí vesměs pouze v obecné rovině a nevnášejí do věci nová zjištění, na základě nichž by bylo možné kvěci zaujmout jiné stanovisko. Jakkoli by tedy v mnoha ohledech naprosto postačovalo na toto odůvodnění odkázat, považuji za potřebné se k některým jeho aspektům vyjádřit ještě nad jeho rámec.
17. Lze plně souhlasit se zadavatelem v tom smyslu, že skutkové pozadí rozsudku, z něhož Úřad při rozhodování vycházel, je v určitých rysech odlišné od okolností přezkoumávaného případu a že tudíž nelze závěry krajského soudu nyní aplikovat plně a bezvýhradně. Jakkoli je tedy aplikace závěrů citovaného rozsudku na přezkoumávaný případ poněkud diskutabilní, nelze říci, že by byla zcela nepřipadná, jak se pokouší naznačit zadavatel, a taktéž z odůvodnění napadeného rozhodnutí je jasně patrné, že si odlišného skutkového základu obou případů byl orgán dohledu vědom a při posouzení věci tento jiný skutkový základ reflektoval. V bodě 26. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že předmětný rozsudek hovoří o skryté diskriminaci v případě, kdy je určitým potenciálním dodavatelům zamezeno podat nabídku. Z uvedeného vyplývá, že skrytá diskriminace může spočívat také ve vlivu na cenové nabídky jednotlivých uchazečů. Tento vliv je v přezkoumávaném případě ilustrován požadavkem zadavatele, aby de facto všichni uchazeči s výjimkou dosavadního poskytovatele služeb datového centra uzavřeli subdodavatelský vztah s předem určeným subjektem za předem určených (cenových) podmínek. Taktéž lze plně přisvědčit závěru rozsudku o vztahu principů hospodárnosti a otevřenosti zadávacích řízení, kdy je nutné naposledy uvedený princip akcentovat. Dále jsem toho názoru, že se jedná o závěr v obecné rovině plně aplikovatelný nejen na souzený či přezkoumávaný případ. Zadavatel nemůže rovněž svůj



postup při zadání veřejné zakázky zaměřit výhradně na pohnutky k zajištění hospodárnosti plnění, zejména na ty, které v sobě reflektují toliko povinnosti stanovené jinými právními předpisy. Je naopak třeba postupovat tak, jak je žádoucí a předvídané v celkovém kontextu zákona. Ostatně, pouze k jeho přezkumu je orgán dohledu povolán, a tudíž se ve správním řízení o přezkumu úkonů zadavatele nemůže zabývat splněním či nesplněním povinností, které zadavateli stanoví jiné právní předpisy.

18. S výtkou zadavatele, že napadené rozhodnutí nenutí zadavatele k hospodárnosti, nesouhlasím a znovu opakuji, že jeho hlavním smyslem je naopak poučit zadavatele o zákonných limitech, v nichž je povinen ekonomicky nejvhodnější řešení zajistit. Tím, že zadavatel jako subdodavatele, který měl přemístit stávající technickou infrastrukturu do datového centra vybraného uchazeče, zvolil konkrétní subjekt (společnost GC System, a. s.), s nímž navíc dohodl i cenu za tuto službu, způsobil, že uchazeči neměli možnost zajistit přemístění infrastruktury vlastními silami či prostřednictvím jiného subdodavatele za nižší cenu. Ačkoli v závěru podaného rozkladu zadavatel tvrdí, že k žádné dohodě o ceně mezi ním a společností GC System, a. s. nedošlo, z vyjádření zadavatele podaného v průběhu správního řízení i z obsahu zadávací dokumentace (její bod 3.) vyplývá, že společnost GC System, a. s. byla povinna provést požadované služby za jednotnou cenu obvyklou za přestěhování technologií obdobného významu v místě a čase, přičemž lišit se mohla jen cena za přepravu technologií, a to v závislosti na objektivně daných lokálních podmínkách datového centra konkrétního dodavatele. Tato cena mohla být stanovena na základě dohody mezi dodavatelem a společností GC System, a. s. při splnění podmínek, které si zadavatel z důvodu rovného zacházení se všemi dodavateli vymínil. Takto stanovená cena bezpochyby je výsledkem dohody mezi zadavatelem a společností GC System, a. s., o čemž mj. svědčí důraz na to, aby případná cena dohodnutá mezi společností GC System, a. s. a konkrétním dodavatelem splňovala podmínky stanovené zadavatelem. Z uvedeného důvodu jsem neshledal, že by se závěr Úřadu o existenci vzájemné domluvy zadavatele a společnosti GC System, a. s. o ceně za transfer technologií nezakládal na pravdě.
19. Co se týče dohodnuté ceny za transfer technologií, nelze objektivně zjistit možnou reálnou hodnotu tohoto transferu, a to proto, že společnost GC System, a. s. coby dodavatel této technologie je v exkluzivním postavení a cena za transfer může být výsledkem jejího spekulativního jednání. Zadavatel tím vytvořil prostředí, v němž si stávající dodavatel technologií určil cenu za jejich transfer a tato cena, v prostředí neexistující soutěže, následně ovlivňovala celkové náklady na zajištění hlavního předmětu zakázky. Nelze vyloučit, že při řádné soutěži by se cena za přesun technologií vůči ceně za poskytování služeb datového centra jevila jako marginální, a to tím spíše tehdy, je-li doba plnění nastavena na neurčito. Jakkoli se tedy může nyní zadavateli jevit dodatečný náklad související s transferem technologií jako nevhodný, jedná se o krátkodobý pohled na věc; snaha o „zakonzervování“ stávajících dodavatelů nevytváří možnost revize cenových podmínek, za nichž je plnění poskytováno.
20. Zadavatel dále v podaném rozkladu uvádí, že pokud by po dodavatelích nepožadoval zahrnutí služeb souvisejících s přemístěním technologií do předmětu veřejné zakázky, mohlo by dojít k uzavření smlouvy na poskytovatele služeb datového centra s uchazečem, který sice

nabídne v úhrnu nejnižší nabídkovou cenu za obě služby, ale ve výsledku budou celkové náklady na umístění technologií do nového centra vyšší, než nabídková cena stávajícího poskytovatele služeb datového centra. Tato argumentace není opodstatněná a naopak podporuje závěr orgánu dohledu, že obě služby měly být zadavatelem poptávány samostatně. Jen tímto způsobem by totiž došlo k férové soutěži o plnění, jehož předmětem by byl transfer technologií z místa dosavadního provozování do datového centra vybraného uchazeče. V případě, kdy by v soutěži o veřejnou zakázku na poskytovatele služeb datového centra zvítězil stávající provozovatel (společnost T-Systems Czech Republic, a. s.), nemusel by být přesun technologií vůbec relevantní a k vypsání veřejné zakázky na toto plnění by zadavatel nepřistoupil. V neposlední řadě je třeba jednání zadavatele považovat za obcházení zákona, neboť plnění související s transferem technologií nebylo podrobena žádné formě vyjednání o smluvní ceně, a to přesto, že splňuje definici veřejné zakázky a dokonce jako veřejná zakázka také zadáváno bylo. I tato skutečnost podtrhuje, že tato plnění měla být zadána odděleně, aby byla v souladu se zákonem podrobena účinnému tlaku na jejich cenu.

21. Co se týče tvrzení, že všem uchazečům byly v otázce ceny stanovené za transfer technologií zajištěny rovné podmínky, uvádím následující. Jak vyplývá z nabídky stávajícího poskytovatele služeb (T-Systems Czech Republic, a. s.), služby spojené s transferem technologií budou poskytnuty na základě písemné výzvy (objednávky) této společnosti, čímž však nevzniká povinnost stávajícího poskytovatele tuto objednávku odeslat. Rovněž cena za tyto služby má být předmětem uvedené objednávky. Z návrhu smlouvy o poskytování služeb tak vyplývá, že uchazeč T-Systems Czech Republic, a. s. nemusí toto plnění využít a může poskytovat službu na stávající adrese, a v důsledku toho není naposledy jmenovaný subjekt ani povinen uvádět cenu za transfer technologií v nabídce, jelikož cena za transfer technologií de facto není vůbec definována. Naopak nabídka navrhovatele obsahuje smlouvu se společností GC System, a. s., v níž je sjednána konkrétní cena za transfer technologie, což je názornou demonstrací toho, jak mohla skrytá diskriminace ovlivnit výši jednotlivých cenových nabídek.
22. V této souvislosti dodávám, že nákladový rozdíl na transfer technologií, který zvýhodnil nabídku stávajícího poskytovatele datových služeb, může být během několika let plnění vyrovnán, a to právě s ohledem na výše popsanou konstrukci nabídkové ceny i její hodnocení v úhrnu za obě služby. Za této situace může být nabídková cena za služby datového centra předložená stávajícím poskytovatelem datových služeb fakticky vyšší než cena za tytéž služby nabídnutá jinými uchazeči, neboť ti jsou nuceni do nabídkové ceny zakomponovat i náklady za přesun technologií. Jinými slovy, nulový náklad na transfer technologií u stávajícího poskytovatele služeb jej tedy může zvýhodnit a jeho nabídka může být vybrána jako nejvhodnější, přestože je z dlouhodobého hlediska dražší, a tudíž pro zadavatele méně výhodná. Uzavírám tedy, že využívání stávajících dodavatelů na základě určitého teritoriálního zvýhodnění nemusí být automaticky hospodárnější, jak se zadavatel domnívá.
23. Stejně jako Úřad mám tedy zato, že ačkoli existuje zřejmá návaznost mezi poskytováním služeb datového centra a přemístěním technologií do sídla jejich nového poskytovatele, není tato skutečnost sama o sobě ospravedlnitelným důvodem pro zahrnutí přemístění

technologií do předmětu veřejné zakázky a nákladů na toto přemístění do nabídkových cen. Zadavatel si ostatně sám poněkud protiřečí, pokud v rozkladu uvádí, že přesun technologií musí být vždy zadán společně s veřejnou zakázkou na poskytování služeb datového centra. Právě v předchozí veřejné zakázce na infrastrukturu pro centrální systémy RÚIAN a ISKN tomu tak nebylo a zadavatel sám požadoval po dodavateli technologie, aby soutěžil o cenu za její transfer do místa poskytování služeb datového centra (k možnosti zakomponování plnění souvisejícího s transferem technologií do veřejné zakázky „Infrastruktura pro centrální systému RÚIAN a ISKN“ se vyčerpávajícím způsobem vyjádřilo napadené rozhodnutí v bodu 31 až 35 svého odůvodnění, a proto na ně plně odkazuji). Stejně jako orgán dohledu jsem tedy dospěl k závěru, že se zadavatel svým postupem, jímž zadal plnění na služby související s přesunem technologií společně s plněním na služby datového centra, dopustil nepřípustného slučování rozdílných plnění, což mělo za následek jednak skrytou diskriminaci některých uchazečů ve formě znevýhodnění při kalkulaci jejich nabídkových cen, jednak omezení otevřenosti zadávacího řízení. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil již při vymezení předmětu veřejné zakázky, a protože tento postup mohl mít vliv mimo jiné i na účast jiných potenciálních dodavatelů, musel Úřad zrušit celé zadávací řízení, neboť jiný postup by nebyl schopen výše zmíněné porušení zákona účinně zhojit.

24. Pro úplnost dodávám, že by pochopitelně nebylo možné spatřovat diskriminaci a priori v tom, že různým uchazečům mohou vzniknout různé náklady na přemístění technologie, a to v závislosti na vzdálenosti jejich působiště od původního umístění technické infrastruktury. Cílem ochrany uchazečů proti svévolné diskriminaci ze strany zadavatele není nivelizace faktické různorodosti uchazečů. Není neobvyklé, že se soutěže o veřejné zakázky neomezují jen na „místní“ dodavatele. V tomto směru je na samotných uchazečích, jak vyhodnotí svou konkurenceschopnost i např. s handicapem větší vzdálenosti od místa plnění, a zda se vůbec budou soutěže o veřejnou zakázku účastnit. V daném konkrétním případě jsou však podobné úvahy poněkud bezpředmětné, neboť mají smysl pouze tehdy, pokud by obě plnění (tj. poskytování služeb datového centra i služby související s přemístěním technologií) mohla být poptávána současně, v rámci téže veřejné zakázky. Podstatné je, že nabídková cena byla v případě stávajícího dodavatele datových služeb konstruována tak, že náklady za transfer technologií neobsahovala vůbec, což činí hodnocení nabídek podle kritéria „nabídková cena“, jež má zahrnovat všechny poptávané služby, neobjektivní. Nelze tudíž dojít k jinému závěru, než že obě plnění (služby datového centra a služby související s transferem technologií) měla být poptávána odděleně, v rámci různých veřejných zakázek.

## **VI. Závěr**

25. 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 uvedených v rozkladu.
26. 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:**

1. Český úřad zeměměřický a katastrální, Pod sídlištěm 9/1800, 182 11 Praha
2. INDOC, s. r. o., Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha

### **Vypraveno dne:**

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