



UOHSX00BWT22

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0499/2018/VZ-02071/2019/532/MOn

Brno: 22. ledna 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve správním řízení zahájeném dne 3. 12. 2018 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

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

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 101-107“, v částech „Datové komunikační služby ČP – PS 101“, „Datové komunikační služby ČP – PS 102“, „Datové komunikační služby ČP – PS 103“, „Datové komunikační služby ČP – PS 104“, „Datové komunikační služby ČP – PS 105“, „Datové komunikační služby ČP – PS 106“ a „Datové komunikační služby ČP – PS 107“, zadávaných v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014,

rozhodl takto:

I.

Návrh navrhovatele – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov – ze dne 3. 12. 2018 ve věci veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 101-107“, se v části „Datové komunikační služby ČP – PS 101“, zadávané v jednacím řízení bez

uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, **podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona** č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

II.

Návrh navrhovatele – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov – ze dne 3. 12. 2018 ve věci veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 101-107“, **se v části „Datové komunikační služby ČP – PS 102“**, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, **podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona** č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

III.

Návrh navrhovatele – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov – ze dne 3. 12. 2018 ve věci veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 101-107“, **se v části „Datové komunikační služby ČP – PS 103“**, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, **podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona** č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

IV.

Návrh navrhovatele – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov – ze dne 3. 12. 2018 ve věci veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 101-107“, **se v části „Datové komunikační služby ČP – PS 104“**, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, **podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona** č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

V.

Návrh navrhovatele – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov – ze dne 3. 12. 2018 ve věci veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 101-107“, **se v části „Datové komunikační služby ČP – PS 105“**, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, **podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona** č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

VI.

Návrh navrhovatele – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov – ze dne 3. 12. 2018 ve věci veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 101-107“, **se v části „Datové komunikační služby ČP – PS 106“**, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014,

podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

VII.

Návrh navrhovatele – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov – ze dne 3. 12. 2018 ve věci veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 101-107“, **se v části „Datové komunikační služby ČP – PS 107“**, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, **podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona** č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká pošta, s.p., IČO 47114983, se sídlem Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), jakožto sektorový zadavatel ve smyslu § 2 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), dne 28. 1. 2014 uzavřel se sedmi dodavateli rámcovou smlouvu č. 2014/1559 na poskytování služeb v rámci veřejné zakázky „Datové komunikační služby České pošty, s.p.“; předmětná smlouva byla uzavřena s finančním limitem v celkové výši do 1 050 000 000,- Kč bez DPH (dále jen „rámcová smlouva“). Odesláním písemné výzvy k jednání signované dne 30. 8. 2018 (dále jen „výzva“) podle § 23 odst. 8 písm. b) zákona zadavatel zahájil jednacím řízením bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 101-107“, v částech „Datové komunikační služby ČP – PS 101“ (dále také jen „část první“ veřejné zakázky), „Datové komunikační služby ČP – PS 102“ (dále také jen „část druhá“ veřejné zakázky), „Datové komunikační služby ČP – PS 103“ (dále také jen „část třetí“ veřejné zakázky), „Datové komunikační služby ČP – PS 104“ (dále také jen „část čtvrtá“ veřejné zakázky), „Datové komunikační služby ČP – PS 105“ (dále také jen „část pátá“ veřejné zakázky), „Datové komunikační služby ČP – PS 106“ (dále také jen „část šestá“ veřejné zakázky) a „Datové komunikační služby ČP – PS 107“ (dále také jen „část sedmá“ veřejné zakázky), zadávaných na základě rámcové smlouvy (dále také jen „veřejná zakázka“; označení veřejná zakázka bude dále používáno společně pro část první až sedmou veřejné zakázky, pozn. Úřadu).
2. V článku 3.1 „Předmět veřejné zakázky“ výzvy zadavatel stanovil následující: *„Předmětem veřejné zakázky je uzavření prováděcí smlouvy ke každé části veřejné zakázky. Předmětem prováděcí smlouvy je zajištění datového propojení lokality zadavatele s datovými centry.“*
3. V článku 8.1. „Hodnotící kritéria“ výzvy zadavatel uvedl následující: *„Zadavatel zvolil pro všechny části veřejné zakázky jako základní hodnotící kritérium nejnižší nabídkovou cenu.“* V článku 8.2. „Způsob hodnocení nabídek“ výzvy zadavatel stanovil: *»Hodnocení nabídek proběhne pro každou část veřejné zakázky v souladu s § 96 a § 97 zákona formou e-aukce realizované prostřednictvím elektronického nástroje. Před zahájením e-aukce bude provedeno posouzení a předběžné hodnocení nabídek pro každou část veřejné zakázky*

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

4. V článku 10.2 „Lhůta a místo pro podání nabídek“ výzvy zadavatel stanovil lhůtu pro podání nabídek do 18. 9. 2018 do 9:00 hod.
5. Z „Protokolu o otevírání nabídek“ ze dne 18. 9. 2018 vyplývá, že zadavatel na plnění předmětu veřejné zakázky obdržel nabídku celkem od tří uchazečů, přičemž každý z uchazečů podal svoji nabídku na každou ze 7 částí veřejné zakázky. Zadavatel tedy v souhrnu obdržel celkem 21 nabídek na jednotlivé části veřejné zakázky. Přípisem „Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky“ signovaným dne 31. 10. 2018 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky pro jednotlivé části veřejné zakázky.
6. Proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky v částech veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 101“, „Datové komunikační služby ČP – PS 102“, „Datové komunikační služby ČP – PS 103“, „Datové komunikační služby ČP – PS 104“, „Datové komunikační služby ČP – PS 105“, „Datové komunikační služby ČP – PS 106“ a „Datové komunikační služby ČP – PS 107“, ve kterých byla jako nejvhodnější vybrána nabídka navrhovatele – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 24. 4. 2017 JUDr. Pavlem Zajícem, advokátem, ev. č. ČAK 04743, se sídlem Nad Porubkou 2335, 708 00 Ostrava – Poruba (dále jen „navrhovatel“) – podal navrhovatel dopisem ze dne 14. 11. 2018, který byl zadavateli doručen dne 15. 11. 2018, námitky. Navrhovatel namítá mimořádně nízkou nabídkovou cenu v nabídce uchazeče – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle (dále jen „společnost O2“), jehož nabídka se ve všech částech předmětné veřejné zakázky umístila jako druhá v pořadí. Po přezkoumání oprávněnosti námitek navrhovatele zadavatel podaným námitkám nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách č. j. ČP/100456/2018/NZ signované dne 22. 11. 2018, kterým zadavatel námitkám nevyhověl, navrhovatel obdržel dne 23. 11. 2018 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“).
7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel považoval výše uvedené rozhodnutí o námitkách za učiněné v rozporu se zákonem, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 3. 12. 2018, který Úřad obdržel téhož dne.

II. OBSAH NÁVRHU

8. Navrhovatel v úvodu návrhu odkazuje na svoji komunikaci se zadavatelem ohledně podezření z přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny (dále jen „MNNC“), a to v souvislosti se zadáváním předchozí veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“.
9. Navrhovatel shledává přítomnost MNNC ve všech částech veřejné zakázky. Zadavatel podle navrhovatele neprokázal, že by se dostatečným způsobem zabýval přítomností mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídkách, a to jak v průběhu, tak po skončení aukcí, přestože měl od

navrhovatele dostatek signálů o přítomnosti MNNC. Podle navrhovatele se tvrzení zadavatele v rozhodnutí o námitkách dostávají do vzájemného rozporu, když zadavatel jednak tvrdí, že „(...) *nezná detailní service costing jednotlivých uchazečů (...)*“, avšak zároveň tvrdí, že „(...) *odmítá tvrzení Stěžovatele, že se hodnotící komise po ukončení e-aukce otázkou MNNC nezabývala.*“.

10. Navrhovatel uvádí, že ustanovení § 77 zákona jednoznačně stanovuje povinnosti zadavatele a závazný postup zadavatele pro případ, že existuje důvodné podezření, že nabídka obsahuje MNNC, což by měl postup zadavatele dle zákona potvrdit nebo vyvrátit. Zadavatel však tyto zákonné povinnosti ani zákonem stanovený postup podle navrhovatele nedodržel. Navrhovatel nepochybně, že posouzení nabídkových cen je pouze v kompetenci zadavatele. Navrhovatel však zpochybňuje, že by zadavatel poté, co měl již více signálů o přítomnosti MNNC v nabídkách uchazečů, postupoval v souladu s § 77 zákona. Mezi tyto signály podle navrhovatele patří následující:
 - celkové výsledné ceny po aukcích, jež nemají na telekomunikačním trhu obdobu,
 - dramatické snížení stávajících cen na ceny nové, kdy tento pokles dosahoval až 80 % procent,
 - v minulosti opakované písemné informace navrhovatele po ukončení aukce upozorňující na možnou přítomnost MMNC,
 - námitky navrhovatele, ve kterých jsou popsána a zdůvodněna podezření na možnou přítomnost MNNC.
11. Navrhovatel je přesvědčen, že MNNC by měla být posuzována vždy ve vztahu k jednotlivému uchazeči o veřejnou zakázku, neboť to, co může být u jednoho uchazeče považováno za MNNC, u jiného uchazeče za MNNC být považováno nemusí. Každý z uchazečů tak má dle navrhovatele hodnotu MNNC v jiné výši. Navrhovatel se domnívá, že coby stávající poskytovatel poptávaných služeb a vlastník telekomunikační infrastruktury, může mít úroveň MNNC výrazně níže, než konkurence. V této souvislosti navrhovatel výslovně zmiňuje společnost O2, jako dodavatele, který není vlastníkem infrastruktury, potřebné služby musí nakupovat, a tudíž nemůže nabídnout ceny srovnatelné s dodavatelem, který je zároveň vlastníkem potřebné infrastruktury.
12. Navrhovatel konstatuje, že má zájem poskytovat své služby zadavateli v požadované kvalitě za férové ceny, avšak pokud se ve veřejné zakázce vyskytnou netransparentní a nekalosoutěžní praktiky některých uchazečů, měly by být tyto praktiky (včetně přítomnosti MNNC) zadavatelem posouzeny v souladu se zákonem, takto postižené části veřejné zakázky by měly být zrušeny a měly by být soutěženy znovu (bez účasti uchazeče, jež tuto situaci použitím MNNC vyvolal), a to rovněž i v těch částech veřejné zakázky, ve kterých byla vybrána jako nejvhodnější nabídka navrhovatele.
13. Podle názoru navrhovatele jsou jediným reálným referenčním etalonem průměrně vysoutěžené ceny v rámci „minitendrů“ v letech 2014 až 2018, které byly vysoutěženy na reálných tržních hodnotách. Pro cenový pokles mezi hodnotami uvedenými v rámcové smlouvě a následně vysoutěženými službami podle navrhovatele nelze použít jako argument snižující se ceny na trhu.

14. Zadavateli musí být podle navrhovatele zřejmé, že pokles cen není možný do nekonečna, a že rozdíl mezi aktuálními cenami (tzn. cenami reálně vysoutěženými v aukcích před čtyřmi roky) a nově vysoutěženými cenami nižšími o více než 70 % poukazuje na možnou přítomnost MNNC, kterou se zadavatel podle navrhovatele měl reálně zabývat, získat si relevantní podklady od uchazečů a řádně se vypořádat s námitkami navrhovatele namísto vágního prohlášení, že se výběrová komise MNNC zabývala.
15. K argumentaci zadavatele, že v zadávacích podmínkách nebyla žádným způsobem omezena přenosová technologie, a tudíž nelze předjímat, pomocí jaké technologie budou dodavatelé služby poskytovat, navrhovatel uvádí, že předně je třeba zdůraznit, že zadavatel sice nestanovuje a neomezuje technologie pro poskytování služeb, ale stanovuje technické požadavky (nejen SLA) na jednotlivé služby, které již samy od sebe filtrují okruh použitelných technologií. Tím je dáno, že některé technologie nelze použít, protože by to bylo v rozporu se zadávací dokumentací a s požadavky zadavatele.
16. K argumentu zadavatele v rozhodnutí o námitkách, že nemá informace o cenových podmínkách nabízených společností CETIN jednotlivým dodavatelům, navrhovatel dodává, že s ohledem na skutečnost, že CETIN je dominantním hráčem na českém trhu, podléhá regulaci ze strany Českého telekomunikačního úřadu a veškeré jeho nabídky jsou velkoobchodní a jsou dostupné všem; nelze tedy předpokládat, že by např. společnost O2 získala výhodnější cenu než kterýkoli jiný dodavatel. Za účelem prokázání toho, že společnost O2 neměla a nemá možnost získat od společnosti CETIN cenovou nabídku za ceny nižší, než jsou nabídkové ceny společnosti O2 vkládané do aukcí, požádal navrhovatel e-mailovou zprávou ze dne 16. 11. 2018 společnost CETIN o vyjádření k této problematice. Navrhovatel uvádí, že doposud neobdržel jakoukoliv reakci od společnosti CETIN, a to ani po opakovaných urgencích.
17. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel v rámci svých úvah o MNNC připustil technická řešení v rozporu se zadávací dokumentací a v rozporu s rámcovou smlouvou, neboť služba xDSL 50Mbps existuje pouze ve formě agregované služby o nominální kapacitě 50/5Mbps (nikoli 50/50 a bez agregace, jak zadavatel v zakázce požaduje).
18. K argumentaci zadavatele, že ve všech částech veřejné zakázky při licitaci ceny mezi navrhovatelem a společností O2 byla právě společnost O2 vždy ta, která ukončila licitaci o cenu jako první, navrhovatel uvádí, že společnost O2 snižovala nabídkovou cenu z toho důvodu, že ji snižoval i navrhovatel, nicméně společnost O2 by neměla snižovat nabídkovou cenu pod úroveň MNNC, což podle navrhovatele společnost O2 prokazatelně činila, což poukazuje na možné nekalosoutěžní jednání ze strany společnosti O2.
19. Navrhovatel dodává, že společnost O2 nemá vybudovanou žádnou vlastní infrastrukturu, takže poskytování služeb musí řešit nákupem od třetích stran (vesměs od společnosti CETIN), protože vybudování vlastní infrastruktury by bylo ještě dražší (i přes prodloužení doby poskytování služeb na 72 měsíců) a z pohledu navrhovatele by to byl i nesystémový krok.
20. Navrhovatel uvádí, že mu nejsou známy důvody postupu společnosti O2, ale z dosavadního průběhu aukcí je zřejmé, že pokud se těchto aukcí aktivně účastní navrhovatel, společnost O2 zcela evidentně používá MNNC, protože za ceny, které tento uchazeč nabízí, nemůže uvedené služby ani pořídit, natož pak na nich realizovat přiměřený zisk. V této souvislosti navrhovatel dodává, že u jiné veřejné zakázky zadávané centrálním zadavatelem –

Ministerstvem vnitra (veřejná zakázka KIVS) – je navrhovatel dotazován tímto zadavatelem na přítomnost MNNC již u služeb s cenou na úrovni 2 500,- Kč za 50 Mbps.

21. Navrhovatel se domnívá, že vyjádření zadavatele ohledně smluvních a sankčních mechanismů, zakotvených v uzavřených smlouvách, lze chápat tak, že pokud bude služba fungovat, nezáleží na technickém zadání obsaženém v zadávací dokumentaci, přičemž v případě, že by něco nefungovalo, bude zadavatel uplatňovat sankce, což podle navrhovatele ale není správný přístup, který by byl v souladu se zákonem.
22. Zadavatel podle názoru navrhovatele musí požadovat ocenění služeb technologiemi poskytovanými dle zadávací dokumentace a dle technické specifikace podepsané rámcové smlouvy, nic jiného není přípustné. Existuje-li podezření, že tomu tak není, pak si měl zadavatel vyžádat písemné zdůvodnění nabídky, zejména v případě, dojde-li k výraznému cenovému propadu, což poukazuje na možnou přítomnost MNNC nebo na nesplnění podmínek stanovených zadávací dokumentací.
23. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel při posouzení nabídky společnosti O2, resp. při výběru nejvhodnější nabídky postupoval v rozporu se zákonem, neboť byly naplněny zákonné důvody pro vyloučení společnosti O2 ze zadávacího řízení, a to v rámci posuzování jeho nabídky a jeho nabídkové ceny, a z toho důvodu je v rozporu se zákonem i výběr nejvhodnější nabídky.
24. Zadavatel podle navrhovatele porušil zákonný postup ve vztahu k povinnosti posoudit nabídkovou cenu z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 77 zákona. Podle navrhovatele je nabídková cena společnosti O2 ve vztahu k předmětu veřejné zakázky mimořádně nízkou nabídkovou cenou a hodnotící komise se tudíž měla po ukončení elektronické aukce touto otázkou zabývat v souladu s § 77 zákona, tedy vyžádat si od společnosti O2 písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, toto zdůvodnění posoudit a teprve následně učinit kroky vedoucí buď k rozhodnutí o vyloučení společnosti O2 ze zadávacího řízení, nebo k rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
25. Podle navrhovatele nelze připustit, aby subjektivní úvahy členů hodnotící komise převážily nad základními principy zadávání veřejných zakázek, přičemž dodává, že cílem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je kromě ochrany zadavatele před nereálnou cenou, jež by ve svém důsledku způsobila nemožnost realizace předmětu veřejné zakázky, také ochrana před nekalosoutěžním jednáním jednotlivých dodavatelů spočívajícím v podhodnocování služeb, za účelem získávání podílu na trhu.
26. Navrhovatel je přesvědčen, že v šetřeném případě byl dán důvod pro postup dle § 77 zákona, neboť MNNC společnosti O2 ve vztahu k předmětu veřejné zakázky je objektivně zřejmá, resp. není objektivně odůvodnitelná. Podle navrhovatele je zřejmé, že za nabídkovou cenu společnosti O2 není možné z objektivních důvodů realizovat předmět veřejné zakázky v souladu s požadavky zadavatele stanovenými v zadávacích podmínkách.
27. Navrhovatel poukazuje na rozhodovací praxi Úřadu, která se vztahuje k problematice odůvodnění rozhodnutí zadavatele o námitkách. Navrhovatel konstatuje, že Úřad opakovaně ve svých rozhodnutích dospěl k závěru, že povinností zadavatele je důsledně se obdrženými námitkami zabývat a podané námitky věcně posoudit a rozhodnout o nich. V této souvislosti navrhovatel výslovně odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0087/2018/VZ-

12065/018/523/VHm ze dne 23. 4. 2018. Navrhovatel ve svém návrhu cituje celé pasáže z uvedeného rozhodnutí, a to jak z částí rozhodnutí, které se týkají věcného posouzení v rozhodnutí řešené problematiky přenosových sítí, tak i částí, které se týkají problematiky vyřízení námitek.

28. Navrhovatel je přesvědčen, že se zadavatel vypořádal s jeho námitkami pouze velmi obecně, povrchně a nepřezkoumatelně. S odkazem na výše uvedené rozhodnutí Úřadu navrhovatel poukazuje na to, že na jeho konkrétní argumentaci v námitkách měla následovat i konkrétní argumentace zadavatele v rozhodnutí o námitkách, a nikoliv jen obecná tvrzení např. o tom, že zadavateli není nic známo o nákladové stránce jednotlivých nabídek, obecná tvrzení o neexistenci MNNC v nabídkách uchazečů, či obecné fráze o poklesu cen v telekomunikacích vlivem konkurence. Na základě výše uvedeného navrhovatel nabyl dojmu, že způsob a rozsah odůvodnění rozhodnutí o námitkách je ve zcela zásadním rozporu s tím, jak Úřad argumentuje ve výše uvedeném rozhodnutí.
29. Navrhovatel uvádí, že měl a nadále má zájem na získání veřejné zakázky, přičemž podaným návrhem se domáhá svých práv, neboť v důsledku nezákonného postupu zadavatele při posouzení a hodnocení nabídek uchazečů, který podstatně ovlivnil dosaženou výši nabídkových cen a následně i rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, mu hrozí újma na jeho právech, spočívající v tom, že ji nebude moci realizovat díky přítomnosti MNNC za reálné tržní ceny, a tak nebude moci realizovat zisk z této veřejné zakázky.
30. Navrhovatel dále rozsáhle odůvodňuje nutnost vydání předběžného opatření, kterým by Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku, a to až do pravomocného ukončení správního řízení vedeného Úřadem.
31. Navrhovatel má za prokázané, že zadavatel při posuzování nabídek v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku porušil postup dle § 77 zákona, když neprovedl posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny (či jej provedl zcela formálně), ačkoliv mu existence mimořádně nízké nabídkové ceny byla objektivně zřejmá, a zadavatel tak při posuzování nabídek porušil zákon, když nepostupoval v souladu s § 76 zákona, protože řádně neposoudil nabídku společnosti O2 a následně jmenovaného uchazeče ze zadávacího řízení nevyločil z důvodu, že jeho nabídka nesplňuje zadávací podmínky, nebo neodpovídá skutečnosti. Navrhovatel dále konstatuje, že má za prokázané, že ze strany zadavatele došlo k porušení zákona v souvislosti s vyřizováním námitek podle § 111 zákona.
32. Navrhovatel uvádí, že byl postupem zadavatele poškozen, neboť místo toho, aby společnost O2, jejíž nabídková cena je cenou mimořádně nízkou, byla ze zadávacího řízení vyloučena a veřejné zakázky se opakovaly bez účasti společnosti O2 za férových a tržních podmínek, nebyla společnost O2 vůbec ohledně MNNC dotazována a rozhodnutí o výběru bylo učiněno v rozporu se zákonem. Podle navrhovatele tak místo toho, aby byla společnost O2 zadavatelem ze zadávacího řízení vyloučena, zadavatel sice jako nejvhodnější vybral nabídku navrhovatele, avšak nabídková cena navrhovatele byla dosažena pouze „přítomností mimořádně nízké nabídkové ceny“ na straně společnosti O2 a neodráží tak férové a reálné tržní ceny.
33. S ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti navrhovatel žádá, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky na veřejnou zakázku „Datové komunikační služby ČP – PS 101-107“; a současně aby zrušil zadávací řízení na předmětnou

veřejnou zakázku; a současně aby zadavateli zakázal uzavřít smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem na základě návrhu navrhovatele.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

34. Zadavatel nejprve uvádí, že v plném rozsahu trvá na své argumentaci obsažené v rozhodnutí o námitkách a rovněž odkazuje i na svá vyjádření ve správních řízeních vedených pod sp. zn. S0447/2018/532/MOn a sp. zn. S0477/2018/532/MOn, která se týkají veřejných zakázek „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“ a „Datové komunikační služby ČP – PS 94-100.“
35. Zadavatel uvádí, že veřejná zakázka je rozdělena na sedm částí dle lokalit, ve kterých mají být datové komunikační služby poskytovány. Pro každou část obdržel zadavatel nabídky od tří uchazečů, přičemž na základě provedeného hodnocení a výsledků elektronické aukce byla ve všech částech nabídky jako nabídka s nejnižší cenou vyhodnocena nabídka navrhovatele. V této souvislosti zadavatel uvádí, že navrhovatel nepovažuje svoji nabídkovou cenu za mimořádně nízkou a existenci MNNC spatřuje toliko v nabídce společnosti O2, jejíž nabídka se u všech částí veřejné zakázky umístila jako druhá v pořadí, a to za nabídkou navrhovatele.
36. Zadavatel pokládá za nesporné (nenamítané), že před konáním e-aukce žádná z nabídek MNNC neobsahovala. Předmětem námitek i návrhu jsou výhradně ceny společnosti O2 po ukončení e-aukce. Zadavatel dodává, že po ukončení e-aukce se nacházel v situaci, kdy měl k dispozici nabídku navrhovatele, která obsahovala nejnižší nabídkovou cenou a která neobsahovala MNNC.
37. Na této situaci by se podle zadavatele nic nezměnilo, ani pokud by zadavatel skutečně posoudil nabídkovou cenu společnosti O2, jako druhého uchazeče v pořadí, za mimořádně nízkou, a to ani kdyby byl tento uchazeč ze zadávacího řízení vyloučen. Zadavatel je přesvědčen, že by neměl žádný zákonný důvod jakkoliv revidovat výsledek zadávacího řízení (tj. např. opakovat e-aukci nebo dokonce zrušit zadávací řízení), a byl by povinen v souladu s výsledkem zadávacího řízení rozhodnout o výběru nabídky navrhovatele.
38. Zadavatel poukazuje na novou právní úpravu – zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“). Zadavatel konstatuje, že ačkoliv je veřejná zakázka zadávána v režimu starší právní úpravy, přesto by dle jeho názoru měl Úřad při posuzování jeho postupu zohlednit i ZZVZ, a to s ohledem na ústavní pravidlo zakotvené v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, které zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Podle ZZVZ je zadavatel povinen posoudit nabídku vybraného dodavatele; u nabídek, které se umístí na dalších místech v pořadí, již tato povinnost neplatí. Zadavatel je přesvědčen, že ZZVZ nezakládá povinnost zadavatele zabývat se druhou nabídkou v pořadí, a to ani z hlediska MNNC. Zadavatel se domnívá, že ZZVZ předpokládá, že pokud je ekonomicky nejvýhodnější nabídka v souladu s požadavky zadavatele i tohoto zákona, není důvod, proč by měly být přezkoumávány další nabídky v pořadí.
39. Zadavatel konstatuje, že u přezkoumávané veřejné zakázky existuje shoda zadavatele s navrhovatelem v tom, že nabídka navrhovatele v žádné části neobsahuje MNNC a i v jiných ohledech je v souladu s požadavky zadavatele a zákona. Podle zadavatele tedy neexistuje

důvod, proč by měl rušit rozhodnutí o výběru, jímž byla nabídka navrhovatele vybrána jako nejvhodnější.

40. K návrhu navrhovatele na vydání předběžného opatření, jímž by Úřad zakázal zadavateli uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem, zadavatel uvádí následující. Uzavření smlouvy s vybraným uchazečem je dvoustranný úkon, který vyžaduje rovněž součinnost vybraného uchazeče (tj. navrhovatele). Nepřipadá tedy v úvahu, aby zadavatel uzavřel smlouvu s „vybraným uchazečem“ proti vůli navrhovatele. Zadavatel je proto přesvědčen, že pokračování v řízení v daném případě navrhovateli nevzniká ani nehrozí žádná újma, neboť je to navrhovatel, na němž v současné chvíli závisí, zda smlouvy na plnění veřejné zakázky budou uzavřeny, či nikoliv.
41. K návrhu navrhovatele na vydání předběžného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacích řízení ohledně celé veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS“ zadávané na základě rámcové smlouvy o poskytování služeb č. 2014/1559 ze dne 28. 1. 2014, z důvodu nákladů, které navrhovateli vznikají v souvislosti s účastí v jednotlivých dílčích řízeních a s následnými úkony v rámci přezkumu postupu zadavatele, zadavatel uvádí následující. Zadavatel upozorňuje, že zákon umožňuje nařízení předběžného opatření pouze v rozsahu vymezeném v § 117 zákona, dle kterého Úřad může zadavateli buď zakázat uzavření smlouvy v zadávacím řízení, nebo pozastavit zadávací řízení. Zákon však neumožňuje předběžným opatřením zakázat zahájení zadávacího řízení, nebo zrušit zadávací řízení. Zadavatel má také za to, že není v kompetenci Úřadu zakázat zadavateli zadávání celé skupiny dosud nevyhlášených zadávacích řízení. Zadavatel nespatřuje důvod, proč by nová dílčí zadávací řízení na základě rámcové smlouvy neměla být zahajována. Samotné vyhlášení zadávacího řízení a postup zadavatele až do ukončení elektronické aukce podle zadavatele nejsou předmětem návrhu. Zadavatel uvádí, že bez ohledu na to, jak Úřad rozhodne v otázce MNNC, „tyto kroky řízení“ nebudou rozhodnutím Úřadu nikterak dotčeny a v případných nových řízeních budou probíhat stejně. Odlišný postup v důsledku rozhodnutí Úřadu dle zadavatele připadá v úvahu až ve fázi posouzení výše nabídkových cen po skončení e-aukce.
42. Zadavatel z výše uvedených důvodů pokládá návrh navrhovatele na nařízení „obecného“ předběžného opatření vztahujícího se i na budoucí zadávací řízení zadavatele za nedůvodný a zcela odporující zákonu i základním principům správního řízení.
43. Ohledně deklarovaných nákladů navrhovatele, zadavatel uvádí, že navrhovatel není povinen se zadávacích řízení na uzavření nových prováděcích smluv účastnit, licitovat v e-aukcích až za hranici, kterou pokládá za přijatelnou, a následně výsledek takové e-aukce napadat u zadavatele a Úřadu. Náklady spojené s tímto jednáním si navrhovatel působí sám. Zadavatel dodává, že obdobné náklady tím navíc vznikají i zadavateli, kterému navíc bude zřejmě způsobena škoda, pokud po ukončení účinnosti stávajících smluv nebude moci uzavřít smlouvy nové a bude nucen plnění objednávat za výrazně horší ceny, než na jaké by dosáhl nebýt obstrukčního jednání navrhovatele.
44. Zadavatel je přesvědčen, že nepochybil při vyhlášení veřejné zakázky, při příjmu a posouzení nabídek, ani při realizaci e-aukce. Podle zadavatele není důvod pro zrušení zadávacího řízení nebo jiného úkonu zadavatele ani k jinému nápravnému opatření.
45. Zadavatel navrhuje, aby Úřad v souladu s § 117a písm. b) zákona řízení zastavil, neboť z návrhu není patrné, v čem spočívá újma způsobená navrhovateli, který je ve všech částech

veřejné zakázky vybraným uchazečem. Nerozhodne-li Úřad o zastavení řízení dle předchozí věty, navrhuje zadavatel, aby Úřad návrh zamítnul, neboť nebylo shledáno porušení zákona ze strany zadavatele.

IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

46. Úřad obdržel návrh dne 3. 12. 2018 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
47. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
48. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0499/2018/VZ-36188/2018/532/MOn ze dne 5. 12. 2018.
49. Usnesením č. j. ÚOHS-S0499/2018/VZ-36200/2018/532/MOn ze dne 5. 12. 2018 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu 10 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které jsou oprávněni navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko.
50. S ohledem na skutečnost, že Úřad neměl postaveno na jisto, zda ke konci tzv. blokační lhůty (v šetřeném případě ke dni 30. 12. 2018) bude mít s ohledem na § 3 správního řádu zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v takovém rozsahu, aby mohlo být vydáno rozhodnutí ve věci samé při zachování procesních práv účastníků správního řízení, Úřad na návrh navrhovatele rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0499/2018/VZ-37715/2018/532/MOn ze dne 18. 12. 2018 nařídil předběžné opatření spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvu v části první, druhé, třetí, čtvrté, páté, šesté a sedmé veřejné zakázky.
51. Výrokem 1. usnesení č. j. ÚOHS-S0499/2018/VZ-38591/2018/532/MOn ze dne 2. 1. 2019 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Výrokem 2. citovaného usnesení stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o veřejné zakázce pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí

52. Zadavatel nejprve uvádí, že v plném rozsahu trvá na svých předchozích vyjádřeních v této věci a odkazuje i na svá vyjádření ve správních řízeních vedených pod sp. zn. S0447/2018/532/MOn a sp. zn. S0477/2018/532/MOn, která se týkají veřejných zakázek „Datové komunikační služby ČP – PS 87-93“ a „Datové komunikační služby ČP – PS 94-100.“
53. Zadavatel doplňuje, že jednání navrhovatele pokládá za účelové a motivované především snahou zabránit zadavateli v uzavření nových prováděcích smluv na zajištění datového připojení. Zadavatel upozorňuje, že ve všech částech přezkoumávané veřejné zakázky byla nabídka navrhovatele vybrána jako nejvhodnější a je připraven uzavřít s navrhovatelem smlouvu na plnění veřejné zakázky. Zadavatel uvádí, že mezi ním a navrhovatelem není sporu o tom, že nabídková cena navrhovatele není mimořádně nízká a není tedy důvod, proč

by ji zadavatel neměl akceptovat. Ani případné posouzení nabídkové ceny společnosti O2 jako mimořádně nízké by podle zadavatele nemělo vliv na rozhodnutí o výběru nabídky navrhovatele jako nabídky nejvhodnější.

54. Zadavatel je přesvědčen, že se nemohl dopustit porušení zákona, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, nebo na její nabídkovou cenu. Postup zadavatele nemohl navrhovateli, jako vybranému uchazeči, způsobit žádnou újmu. Zadavatel uvádí, že uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky na základě nabídky navrhovatele, by nemělo pro navrhovatele představovat újmu, ale naopak úspěšný výsledek, k němuž jeho počínání v zadávacím řízení směřovalo. Zadavatel dodává, že skutečnost, že by navrhovatel raději uzavřel smlouvy na plnění veřejné zakázky za ceny vyšší (jichž by snad mohl docílit při neúčasti společnosti O2, jakožto svého hlavního konkurenta) je sice pochopitelná, ale nelze ji pokládat za důvod pro revizi výsledku zadávacího řízení. Pokud by zadavatel umožnil navýšení výsledné nabídkové ceny, dopustil by se porušení základních zásad zadávacího řízení.
55. Zadavatel shrnuje, že tím, že rozhodl o výběru nabídky navrhovatele na základě výsledků elektronické aukce, se nedopustil žádného porušení zákona, neboť nabídka navrhovatele splnila požadavky zákona i zadavatele a předložená nabídková cena není mimořádně nízká.
56. Zadavatel navrhuje, aby Úřad v souladu s § 117a písm. b) zákona správní řízení zastavil, neboť z návrhu není patrné, v čem spočívá újma způsobená navrhovateli. Nerozhodne-li Úřad o zastavení řízení dle předchozí věty, zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh zamítl, neboť ze strany zadavatele nebylo shledáno porušení zákona.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí

57. V úvodu svého vyjádření navrhovatel v plném rozsahu odkazuje na obsah námitek ze dne 14. 11. 2018 a návrhu ze dne 3. 12. 2018. Navrhovatel taktéž odkazuje na své návrhy a svá podání učiněná ve správních řízeních vedených Úřadem pod sp. zn. S0447/2018/532/MOn a sp. zn. S0477/2018/532/MOn.
58. Navrhovatel uvádí, že jeho cílem nebylo a není prodlužovat poskytování služeb zadavateli za stávající ceny, jak tvrdí zadavatel, nýbrž jeho snahou je poskytovat zadavateli služby za ceny, které jsou férově vysoutěžené v transparentním zadávacím řízení, které proběhlo v souladu se zákonem.
59. Navrhovatel konstatuje, že v rámci správního řízení by se měl Úřad primárně zabývat posouzením toho, zda zadavatel v rámci zadávacího řízení zajistil navrhovateli garantované právo na transparentní průběh celého zadávacího řízení. Navrhovatel je přesvědčen, že postupem zadavatele v rámci zadávacího řízení právo navrhovatele na transparentní zadávací řízení bylo porušeno.
60. Navrhovatel poukazuje na to, že MNNC mohla být přítomna u jednoho i více uchazečů, a to včetně navrhovatele. Podle navrhovatele musí zadavatel přítomnost MNNC posoudit a vyhodnotit. Navrhovatel se domnívá, že posouzení MNNC má zásadní vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Navrhovatel je přesvědčen, že pokud byla v některé části zadávacího řízení přítomna MNNC, pak se projevila v celé této části a způsobuje tak netransparentnost celé této části a tedy i celého zadávacího řízení. Z uvedeného důvodu navrhovatel považuje svůj požadavek na zrušení celého zadávacího řízení za zcela oprávněný. Podle názoru

navrhovatele přítomnost MNNC stejným způsobem ovlivňuje všechny části veřejné zakázky, bez ohledu na to, v jakém pořadí skončila nabídka navrhovatele v těchto částech.

61. Podle navrhovatele zadavatel v průběhu zadávacího řízení vystupuje a argumentuje nekonzistentně, když na jedné straně tvrdí, že je-li MNNC přítomna u jednoho uchazeče, je MNNC přítomna i u druhého uchazeče, avšak na druhé straně zadavatel tvrdí, že se shoduje s navrhovatelem, že MNNC není v nabídce navrhovatele přítomna, a to bez vlastního šetření. Navrhovatel je přesvědčen, že takovýto přístup zadavatele k posuzování přítomnosti MNNC není transparentní a je v rozporu se zákonem.
62. Navrhovatel uvádí, že pokud by MNNC byla přítomna u nabídek více uchazečů, pak by tato skutečnost nepochybně měla podstatný vliv na rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Navrhovatel se domnívá, že pokud by měla být přítomnost MNNC posuzována u těch částí veřejné zakázky, kde navrhovatel skončil na druhém místě v pořadí, je zcela logické a přirozené, že přítomnost MNNC by měla být zadavatelem posuzována i u těch částí, kde nejvýhodnější nabídku předložil navrhovatel, protože cenová úroveň nabídek prvních dvou nabídek v pořadí je prakticky shodná, lišící se jen zcela minimálně a MNNC mohla být přítomna v nabídkách obou uchazečů, jejichž nabídky se umístily jako první a druhá v pořadí. Podle navrhovatele i u těch částí veřejné zakázky, kde předložil nejvýhodnější nabídku navrhovatel, se MNNC mohla vyskytnout v celém průběhu této části zadávacího řízení, a proto je na místě zrušit celé zadávací řízení, a nikoliv pouze rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
63. Tvrzení zadavatele, že jeho zákonným zájmem je pouze uzavření smlouvy za nejnižší cenu je podle navrhovatele pochopitelné, nicméně ho musí být dosaženo v souladu se zákonem, tedy transparentním způsobem a bez přítomnosti MNNC.
64. Navrhovatel upozorňuje na možnost vzniku monopolního postavení některého z dodavatelů za situace, kdy bude odstraněna konkurence za použití cen, za které nikdo jiný nebude schopen poptávané služby dodat. Navrhovatel dodává, že absence soutěže na poptávané služby by znamenala nárůst cen za tyto služby, jak je patrné z průběhu aukcí, a to i těch „původních“ od roku 2014.
65. Navrhovatel deklaruje, že nechce, aby zadavatel plnil roli „arbitra“ mezi vzájemně si konkurujícími dodavateli, nýbrž jen toliko, aby dodržoval právní řád, a veřejné zakázky soutěžil transparentně.
66. Navrhovatel opětovně zdůrazňuje, že se mu nejedná o právně vynucené poskytování služeb za maximální ceny, ale jde mu o dlouhodobou spolupráci se zadavatelem, založenou na férových, transparentních a tržních cenách za poskytované služby, které budou dosaženy na základě férového, transparentního a zákonného zadávacího řízení.
67. Navrhovatel shrnuje, že je přesvědčen, že bylo porušeno jeho zákonem garantované právo na transparentní průběh zadávacího řízení, čímž byla navrhovateli způsobena újma, přičemž v této souvislosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 50/2006-137 ze dne 29. 4. 2008. Porušení práva navrhovatele na transparentní průběh zadávacího řízení navrhovatel spatřuje v tom, že zadavatel nereagoval a neposoudil ceny nabízené společností O2.
68. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad podanému návrhu v plném rozsahu vyhověl.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

69. Úřad přezkoumal na základě ust. § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, návrhu navrhovatele, stanoviska zadavatele k návrhu a na základě vlastního zjištění návrh navrhovatele ve všech částech veřejné zakázky podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

70. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

71. Podle § 77 odst. 1 zákona při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší. Hodnotící komise může na žádost uchazeče tuto lhůtu prodloužit nebo může zmeškání lhůty prominout.

72. Podle § 77 odst. 2 zákona hodnotící komise může vzít v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, jestliže je tato cena zdůvodněna objektivními příčinami, zejména

a) ekonomickými aspekty konstrukční metody či technologie, výrobního procesu nebo poskytovaných služeb,

b) objektivností technického řešení nebo výjimečně příznivými podmínkami, které má uchazeč k dispozici pro provedení stavebních prací nebo poskytnutí dodávek či služeb,

c) originalitou stavebních prací, dodávek nebo služeb,

d) souladem s předpisy týkajícími se ochrany zaměstnanců a pracovních podmínek, které jsou účinné v místě provádění stavebních prací, poskytování služeb nebo dodávek, nebo

e) potenciální možností uchazeče získat veřejnou podporu.

73. Podle § 77 odst. 4 zákona při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zohlední hodnotící komise písemné zdůvodnění uchazeče i jeho vysvětlení.

74. Podle § 77 odst. 6 zákona neodůvodnil-li uchazeč písemně mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve stanovené lhůtě, nedostavil-li se k podání vysvětlení nebo posoudila-li hodnotící komise jeho zdůvodnění jako neopodstatněné, musí být nabídka vyřazena. Ustanovení § 76 odst. 6 zákona se použije obdobně.

75. Podle § 80 odst. 1 zákona o posouzení a hodnocení nabídek pořídí hodnotící komise písemnou zprávu, která obsahuje seznam posouzených nabídek, seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny spolu s uvedením důvodu, popis způsobu hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení nabídek, popis hodnocení jednotlivých nabídek v rámci všech hodnotících kritérií, a údaj o složení hodnotící komise. Neprováděla-li hodnotící komise hodnocení nabídek podle § 79 odst. 6 zákona,

zpráva o posouzení a hodnocení nabídek neobsahuje údaje související s hodnocením nabídky.

76. Podle § 98 odst. 4 zákona je-li veřejná zakázka rozdělena na části, vztahují se ustanovení tohoto zákona týkající se postupů zadavatele v zadávacím řízení či práv a povinností dodavatele na každou jednotlivou část, nevyplyvá-li z tohoto zákona jinak. Ustanovení § 13 odst. 4 zákona tím není dotčeno.
77. Podle § 110 odst. 1 zákona při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), zadavateli podat zdůvodněné námitky.
78. Ustanovení § 110 odst. 7 zákona stanoví, že námitky se podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle § 110 odst. 2, 3 a 5 zákona musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle § 110 odst. 2 zákona, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovateli. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Návrh na uložení zakazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 zákona může stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.
79. Podle § 114 odst. 1 písm. d) zákona návrh lze podat proti všem úkonům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v § 6 zákona a v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele, a to zejména proti rozhodnutí o výběru nevhodnější nabídky.
80. Podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odstavce 1 nebo 2 zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

81. Ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 17. 10. 2018 hodnotící komise stanovila výsledné pořadí hodnocených nabídek pro jednotlivé části veřejné zakázky po ukončení jednotlivých e-aukcí. Uvedený dokument rovněž obsahuje větu „*Hodnotící komise neshledala žádné nabídkové ceny jako mimořádně nízké dle § 77 zákona.*“.

Právní posouzení

K újmě způsobené navrhovatelem v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky

82. Zadavatel ve vyjádření k podkladům rozhodnutí, respektive v dalších vyjádřeních učiněných ve správních řízeních vedených Úřadem pod sp. zn. S0447/2018/532/MOn a sp. zn. S0477/2018/532/MOn, na která výslovně odkazuje, tvrdí, že navrhovatel v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky nemohla vzniknout žádná újma, a to z toho důvodu, že nabídka navrhovatele byla ve všech částech veřejné zakázky zadavatelem vybrána jako nejvhodnější. Úřad se tudíž s ohledem na výše uvedené zabýval tím, zda navrhovatel v souvislosti se

zadávaním veřejné zakázky skutečně mohla vzniknout, vznikla, popř. hrozí alespoň potenciální újma způsobená úkony zadavatele, které navrhovatel napadá v návrhu, a zda tedy není důvod pro zastavení správního řízení v této části podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona. Jak již Úřad uvedl výše, na tuto skutečnost – neexistenci újmy navrhovatele ve všech částech veřejné zakázky, kde je navrhovatel uchazečem, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější – zadavatel upozorňoval i v jím odkazovaných dalších vyjádřeních v rámci jiných řízení vedených Úřadem. Argumentace zadavatele je zde shodná.

83. Podle § 114 odst. 1 písm. d) zákona návrh lze podat proti všem úkonům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v § 6 zákona a v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele, a to zejména proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.
84. Z výše uvedeného ustanovení zákona je zřejmé, že existence újmy na straně navrhovatele v důsledku nezákonného postupu zadavatele v zadávacím řízení, je nutnou podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonu zadavatele Úřadem.
85. Při posuzování, zda podmínka hrozící nebo vzniklé újmy byla ve zde posuzovaném případě splněna, Úřad vycházel mimo jiné z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R158/2009/VZ-10447/2010/310-Asc ze dne 15. 7. 2010, v němž je uvedeno: *„Pro úplnost dodávám, že újma je pojmem širším, a tedy v sobě může zahrnovat jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, jejíž výši je obtížné či nemožné v okamžiku podání námitek přesně stanovit, a to zejména proto, že v raných stádiích zadávacího řízení před hodnocením nabídek může být přinejmenším obtížné určit, zda by stěžovatelova nabídka vůbec mohla být vybrána jako nejvhodnější.“* Úřad dále konstatoval v jiném svém rozhodnutí (č. j. ÚOHS-S28/2010/VZ-3550/2010/510/IFa ze dne 23.3.2010), že *„(...) újma nemusí být vyčíslena, stačí např. obecné vymezení následku jednání zadavatele vůči stěžovateli (...)“*. V rámci rozhodnutí č. j. ÚOHS-S42/2010/VZ-4128/2010/530/EDo ze dne 26. 4. 2010 pak Úřad uvedl, že *„(...) zákon sice požaduje uvedení újmy, která stěžovateli v důsledku počinání zadavatele hrozí nebo vznikla, nicméně způsob či rozsah jejího uvedení již zákon blíže nespecifikuje. Úřad dále v této věci odkazuje např. na rozhodnutí Úřadu č. j. S0621/2015/VZ-29269/2015/511/BMa ze dne 21. 9. 2015 nebo rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R1/2013/2012/VZ-8819/2013/310/JRa ze dne 15. 5. 2013.*
86. V posuzovaném případě navrhovatel podal návrh ze dne 3. 12. 2018 na přezkoumání postupu zadavatele, v němž namítá nezákonný postup zadavatele při posouzení nabídky společnosti O2. Navrhovatel v návrhu uvádí, že byl postupem zadavatele poškozen, *„(...) neboť na místo, aby byl uchazeč, jenž použil MNNC v průběhu veřejných zakázek vyloučen a veřejné zakázky se opakovaly bez přítomnosti tohoto uchazeče za férových a tržních podmínek, nebyl tento uchazeč vůbec ohledně MNNC dotazován a Rozhodnutí o výběru bylo učiněno v rozporu se Zákonem.“* Úřad tudíž posoudil, zda právě uvedené může představovat újmu ve smyslu zákona, a to za situace, kdy se nabídka navrhovatele stala ve všech částech veřejné zakázky nabídkou nejvhodnější.
87. V šetřeném případě je existence újmy u všech částí veřejné zakázky sporná, neboť navrhovatel se ve všech částech veřejné zakázky stal vybraným uchazečem, a jeho újma tudíž očividně nemůže spočívat v tom, že by veřejnou zakázku nezískal apod. I v tomto případě však Úřad shledává, že navrhovateli mohla být domnělým nezákonným postupem zadavatele

způsobena újma, neboť navrhovatel, jak vyplývá z výše uvedeného, spatřuje újmu v tom, že zadávací řízení neproběhlo v souladu se základními zásadami zadávacího řízení, zejména v souladu se zásadou transparentnosti, neproběhlo za férových a tržních podmínek, atd.; lze tudíž uvést, že navrhovateli mohla být způsobena újma na jeho právech, spočívající zejména v tom, že bylo dle navrhovatele porušeno jeho právo na zákonný průběh zadávacího řízení. Ačkoliv nabídka navrhovatele byla ve všech částech veřejné zakázky vybrána jako nejvhodnější, mohla navrhovateli nesprávným postupem zadavatele vzniknout újma minimálně z toho důvodu, že mohlo být porušeno jeho právo na zákonný, transparentní a přezkoumatelný průběh celého zadávacího řízení. Úřad v této souvislosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 As 50/2006-137 ze dne 29. 4. 2008, kde soud k problematice veřejných subjektivních práv svědčících fyzickým a právnickým osobám uvedl, že „*Jediné garantované právo je právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení (...)*“, přičemž v šetřeném případě Úřad konstatuje, že právě toto právo navrhovatele mohlo být postupem zadavatele, kdy dle názoru navrhovatele zadavatel nedostatečně reagoval na ceny nabízené společností O2 v průběhu zadávacího řízení, porušeno. Jinou otázkou však je, zda takový postup zadavatele mohl mít v šetřeném případě, kdy se nabídka navrhovatele u všech částí veřejné zakázky umístila na prvním místě, vliv na výběr nejvhodnější nabídky; k tomu však viz dále v textu (body 88. – 107. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pro úplnost Úřad doplňuje, že v tomto ohledu byl splněn i požadavek kladený na návrh ve smyslu § 114 odst. 3 zákona, neboť navrhovatel v intencích výše uvedeného uvádí, jaká mu byla postupem zadavatele způsobena újma.

K výrokům I. až VII. tohoto rozhodnutí

88. Z přípisu „Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky“ signovaného dne 31. 10. 2018 vyplývá, že zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky pro jednotlivé části veřejné zakázky, přičemž ve všech částech veřejné zakázky (tj. části první až sedmé veřejné zakázky) **byla jako nejvhodnější vybrána nabídka navrhovatele**. Nabídka společnosti O2 se ve všech předmětných částech veřejné zakázky umístila jako **druhá v pořadí**. Ze Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 17. 10. 2018 rovněž vyplývá, že všichni uchazeči (včetně navrhovatele) ve všech částech veřejné zakázky prokázali splnění kvalifikace a dalších požadavků zadavatele.
89. Ačkoliv nabídka navrhovatele byla ve všech částech veřejné zakázky (tj. části první až sedmé veřejné zakázky) vybrána jako nejvhodnější, navrhovatel se domáhá uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona, kterým má být zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky signovaného dne 31. 10. 2018, a zrušení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, neboť nabídkové ceny společnosti O2 obsahují dle názoru navrhovatele mimořádně nízkou nabídkovou cenu, čímž bylo ovlivněno celé zadávací řízení, tzn. i ceny nabízené navrhovatelem ve všech částech předmětné veřejné zakázky, kde se nabídka navrhovatele stala nabídkou nejvhodnější; navrhovatel byl tedy dle svého tvrzení k nabídnutým cenám donucen neférovým jednáním společnosti O2, a to ve všech částech veřejné zakázky, a zadávací řízení by tak mělo být realizováno opětovně za férových podmínek.
90. Úřad s ohledem na skutkový stav ve všech částech veřejné zakázky (tj. části první až sedmé veřejné zakázky) nejdříve posoudil, zda mohlo mít navrhovatelem namítané pochybení (netransparentní posouzení nabídkové ceny společnosti O2) alespoň potenciální vliv na

výběr nejvhodnější nabídky, neboť ustanovení § 118 odst. 1 zákona, které zmocňuje Úřad k uložení nápravného opatření, stanoví mimo nedodržení postupu stanoveného zákonem ze strany zadavatele (a toho, že v okamžiku rozhodování Úřadu není uzavřena smlouva na plnění předmětné části veřejné zakázky) ještě další podmínku, a to **vliv nezákonného postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky**, a to alespoň v potenciální rovině. Jinými slovy zákon v ustanovení § 118 odst. 1 spojuje uložení nápravného opatření nejen s tím, že postup zadavatele byl v rozporu se zákonem, ale i s tím, že tento postup mohl alespoň v rovině potenciality ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

91. Úřad se proto ještě před tím, než začal posuzovat případné nedodržení postupu podle zákona zadavatelem, zabýval možností, zda v šetřeném případě došlo nebo alespoň mohlo dojít postupem zadavatele spočívajícím v netransparentním posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny společnosti O2 k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.
92. Z předložené dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že nabídka navrhovatele byla po ukončení elektronické aukce ve všech částech veřejné zakázky (tj. části první až sedmé veřejné zakázky) vyhodnocena jako nabídka nejvhodnější. Proti výběru nejvhodnější nabídky u žádné z částí veřejné zakázky nebyly jinými uchazeči podány námítky, přičemž pro jejich podání již uplynula zákonná lhůta, a výsledné pořadí nabídek ve všech částech veřejné zakázky, zejména tedy skutečnost, že navrhovatel je ve všech částech veřejné zakázky vybraným uchazečem a má s ním být uzavřena smlouva na všechny části předmětné veřejné zakázky, je již nezpochybnitelná a konečná. Zadavatel posoudil nabídku navrhovatele jako nabídku splňující zadávací podmínky, neshledal nabídkovou cenu navrhovatele jako mimořádně nízkou, kdy tuto skutečnost opakovaně uvedl v jednotlivých dokumentech v průběhu zadávacího řízení, včetně Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 17. 10. 2018, a tento svůj názor zastává i ve správním řízení, a zadavatel je tak očividně připraven uzavřít s navrhovatelem na předmětné části veřejné zakázky smlouvu. I samotný navrhovatel ve svém návrhu ze dne 3. 12. 2018 opakovaně uvádí, že jím nabízené ceny neobsahují MNNC, na rozdíl od cen předložených společnostmi O2. Tuto svoji argumentaci navrhovatel opakovaně zdůvodňuje tím, že pro každého uchazeče je úroveň, kdy lze jeho nabídkovou cenu považovat za MNNC odlišná, přičemž dodává, že vzhledem k tomu, že je zpravidla stávajícím poskytovatelem služeb pro zadavatele, a zároveň i vlastníkem potřebné infrastruktury, jsou zákonitě jeho vstupní náklady podstatně nižší než náklady konkurentů (včetně společnosti O2), a tudíž ceny, které lze u ostatních uchazečů považovat za MNNC, a jsou neodůvodněně nízké, jsou v případě navrhovatele reálně dosažitelné. Pro úplnost v této souvislosti Úřad uvádí, že přítomnost MNNC v nabídce navrhovatele nebyla nikdy namítnuta ani žádným z konkurenčních dodavatelů. Úřad má tudíž za prokázané, že nabídkové ceny navrhovatele ve všech částech veřejné zakázky nejsou mimořádně nízké, což opakovaně tvrdí i sám navrhovatel; není tedy mezi zadavatelem a navrhovatelem sporu o tom, že by nabídka, která se umístila ve všech částech předmětné veřejné zakázky na prvním místě, obsahovala MNNC.
93. Výše uvedenou situaci lze tedy shrnout následovně. Zadavatel na jednotlivé části veřejné zakázky obdržel nabídky od tří uchazečů. Po posouzení nabídek pro všechny předmětné části veřejné zakázky následovaly elektronické aukce, a to pro každou část samostatně. Po ukončení e-aukce byla na všechny části předmětné veřejné zakázky ve všech případech vybrána jako nejvhodnější nabídka navrhovatele, která nebyla nikdy a nikým zpochybněna,

a kterou zadavatel dle svého vyjádření v plném rozsahu akceptuje a je připraven s navrhovatelem uzavřít smlouvy, a to na všechny části předmětné veřejné zakázky za ceny vzešlé z jednotlivých e-aukcí.

94. I kdyby Úřad připustil možnost, že v postupu zadavatele při posuzování nabídek u všech částí veřejné zakázky došlo k porušení zákona, které namítá navrhovatel, tj. nabídka společnosti O2 na všechny části veřejné zakázky je zatížena existencí MNNC, kterou společnost O2 nebude schopna relevantním způsobem odůvodnit, a proto zadavateli nezbude než nabídku společnosti O2 na všechny části veřejné vyřadit a následně společnost O2 vyloučit z účasti na všech částech veřejné zakázky, není splněna další podmínka stanovená v § 118 odst. 1 zákona pro možnost uložení jakéhokoli nápravného opatření Úřadem, a to, že toto případné porušení zákona zadavatelem ovlivnilo nebo alespoň mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Tato podmínka pro uložení nápravného opatření Úřadem u všech částí veřejné zakázky splněna není, neboť ani **případné porušení zákona zadavatelem, které by ve svém důsledku vedlo k vyloučení společnosti O2 ze zadávacího řízení u všech částí veřejné zakázky by prokazatelně neovlivnilo a ani nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky**, neboť na všechny části veřejné zakázky byla vybrána jako nejvhodnější nabídka navrhovatele, která podle zadavatele (respektive hodnotící komise) splňuje veškeré zadávací podmínky, nabídkové ceny navrhovatele nejsou považovány za mimořádně nízké, zadavatel tuto nabídku navrhovatele plně akceptuje a hodlá s ním na všechny části předmětné veřejné zakázky uzavřít smlouvy.
95. K opakované argumentaci navrhovatele, že existence MNNC v nabídce společnosti O2 negativním způsobem ovlivnila i nabídku navrhovatele, který v rámci elektronické aukce nabídl ceny, které sice neobsahují MNNC, ale neodpovídají tržním cenám, protože jsou výrazně nižší, a to i s ohledem k cenám za obdobné služby v předchozím období, Úřad uvádí následující.
96. Snižování nabídkových cen v rámci e-aukce je důvodem, proč se e-aukce prakticky koná. Úřad připouští, že v průběhu e-aukce může do jisté míry působit psychologický aspekt, pokud uchazeč zná aktuální cenu některého z konkurentů, která je nižší, a tudíž jej to nutí ke snižování svojí ceny, a to mnohdy i opakovaně. Je tedy i pravděpodobné, že při větším počtu uchazečů, kteří v rámci e-aukce licitují o ceně, zadavatel může obdržet nabídku s nižší nabídkovou cenou, než v případě standardního zadávacího řízení, kde uchazeči v nabídce nabízejí konečnou nabídkovou cenu. Pokud navrhovatel uvádí, že se nechal „vyprovokovat“ ke snižování ceny v rámci jednotlivých aukcí společností O2, znamená to, že e-aukce v daném případě splnila svůj účel, neboť právě maximální snížení nabídkové ceny uchazečů a snížení jejich marží na minimální úroveň, je právě jedním z důvodů, proč zadavatelé k zadání veřejné zakázky v e-aukcích přistupují. Je pak na každém uchazeči a na jeho podnikatelském rozhodnutí, zda dále bude svoji nabídkovou cenu snižovat, nebo licitování o cenu ukončí a zaměří se na jinou zakázku. Navíc nabídka konkrétní výše nabídkové ceny za zadavatelem poptávané plnění je svobodným rozhodnutím každého uchazeče, který za ni nese plnou odpovědnost. Za případné nesprávné podnikatelské rozhodnutí konkrétního uchazeče nelze vinit zadavatele, ani jiného uchazeče. Situace při zadávání veřejné zakázky v „běžném“ zadávacím řízení a v e-aukci se v tomto ohledu nijak neliší. Pokud tedy navrhovatel měl pocit, že v případě některé části veřejné zakázky jsou ceny za poskytnuté ceny v e-aukci již tak nízké, že jsou pro něj ekonomicky nezajímavé (avšak ještě nedosáhly hranice jeho MNNC),

nic mu nebránilo licitování o ceně ukončit a dále již svoji nabídkovou cenu nesnižovat. Pokud však navrhovatel sám uvádí, že jeho cena není MNNC, tj. za nabídnutou cenu lze předmět plnění v požadovaném rozsahu a kvalitě plnit, znamená to, že výsledek zadávacího řízení je v souladu se zákonem a zadavatel může přistoupit k uzavření smluv na plnění všech částí veřejné zakázky. Navrhovatel je zcela odpovědný za své jednání v průběhu e-aukce, a pokud sám dobrovolně snižoval svoji nabídkovou cenu, ať už z jakýchkoliv důvodů, nemůže se následně dovolávat toho, že e-aukce neproběhla v souladu se zákonem, neboť jiný dodavatel nabízel příliš nízké ceny a navrhovatel tak nyní musí plnit veřejnou zakázku za cenu, která je pro něj nevýhodná; pokud navrhovatel za nabízenou cenu nehodlal předmět plnění poskytovat, neměl takovou cenu zadavateli nabízet.

97. K argumentaci navrhovatele, že u všech částí veřejné zakázky byly služby v rámci e-aukcí výrazně sníženy pod „tržní“ ceny za poskytování obdobných služeb, Úřad uvádí následující. Úřad nemá informaci o tom, že by existovala pro daný typ služby správná „tržní“ cena v konkrétní výši. Pokud se použije pojem tržní cena, jedná se obecně o cenu, která je dána konkrétní nabídkou a poptávkou v konkrétním segmentu trhu a v konkrétním čase. Neexistuje tedy žádná „správná“ tržní cena, která by byla signifikantní pro daný typ a rozsah služby, obzvláště ne v oblasti datových služeb, kde je zcela běžné (obdobně jako u hlasových služeb), že se ceny v korporátní a v privátní oblasti mohou lišit, v některých případech i velmi výrazně. Pokud tedy navrhovatel argumentuje tím, že za předchozí období byly vysoutěženy ceny za poskytování služeb ve vyšší cenové hladině, která je správnou tržní cenou, oproti nově vysoutěžným cenám, které jsou výrazně pod hladinou tržní ceny, nejde mu dát za pravdu. Z argumentace navrhovatele totiž vyplývá, že jím nabízené ceny nejsou MNNC, neboť aby mohl plnit veřejnou zakázku pro zadavatele, nemusí na rozdíl od konkurenčních dodavatelů dělat předem nic, toliko započít poskytovat poptávané služby, poněvadž má již zbudovanou kompletní infrastrukturu pro poskytování poptávaných služeb. Z výše uvedeného argumentu navrhovatele, z jeho opakované argumentace ohledně jeho nabídkových cen ve vztahu k MNNC i z jeho chování v e-aukci, kdy pomocí licitace o cenách se společností O2 dokázal snížit původní ceny za poskytované služby na nové hodnoty, lze usuzovat, že jím nabídnuté ceny jsou reálné a je možné za ně poptávané služby v požadovaném rozsahu a kvalitě poskytovat. Paradoxně by se tedy mohlo usuzovat o příliš vysokých cenách nabídnutých navrhovatelem za obdobné služby v minulém období, které jsou výrazně vyšší než stávající služby nabídnuté a garantované navrhovatelem.
98. Na základě výše uvedeného lze konstatovat, že ve všech částech veřejné zakázky neexistuje žádný zákonný (ani racionální) důvod pro zrušení zadávacího řízení, popř. jednotlivého úkonu zadavatele, neboť ve všech částech veřejné zakázky byla vybrána jako nejvhodnější nabídka navrhovatele, který v plném rozsahu prokázal splnění kvalifikace a dalších požadavků zadavatele, jeho nabídkové ceny nejsou zatíženy námitkami ohledně případné existence MNNC, i navrhovatel opětovně uvádí, že jeho ceny nejsou mimořádně nízké, zadavatel je v plném rozsahu akceptuje a je připraven s navrhovatelem za nabídnutých podmínek uzavřít smlouvu na poskytování poptávaných služeb. Skutečnost, že navrhovatel nabídl v e-aukci ceny nižší, než bylo jeho podnikatelským záměrem a bude tedy služby, jež jsou předmětem veřejné zakázky, poskytovat za ceny nižší, než předpokládal, není důvodem pro zrušení zadávacího řízení. V této souvislosti Úřad dodává, že hlavním účelem a smyslem zákona je hospodárné a účelné vynakládání **veřejných prostředků** zadavatele. Tudíž výsledkem zadávacího řízení je prioritní ekonomická výhodnost z pohledu zadavatele, nikoli z pohledu

konkrétního uchazeče a jeho podnikatelského záměru, který se pochopitelně snaží o maximalizaci svých zisků, a tedy záměry zadavatele a konkrétního uchazeče nemusejí být identické.

99. Lze tedy uzavřít, že i kdyby Úřad připustil teoretickou možnost, že v postupu zadavatele při posuzování nabídek ve všech částech veřejné zakázky došlo k porušení zákona, které namítá navrhovatel, tj. nabídka společnosti O2 na všechny části veřejné zakázky je zatížena existencí MNNC, kterou by společnost O2 nebyla schopna relevantním způsobem odůvodnit, tzn. společnost O2 by v důsledku toho měla být vyloučena z účasti ve všech částech veřejné zakázky, **nebyla by splněna zákonná podmínka** stanovená v § 118 odst. 1 zákona **pro možnost uložení nápravného opatření Úřadem**, neboť toto případné porušení zákona zadavatelem (netransparentní posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny společnosti O2, která se ve všech částech veřejné zakázky umístila jako 2. v pořadí) **nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky**, neboť navrhovatel by i po vyloučení společnosti O2 byl uchazečem, jehož nabídka se umístila jako první v pořadí pro všechny části veřejné zakázky, a na jeho postavení by se tudíž nic nezměnilo.
100. Předmětná podmínka plynoucí z ustanovení § 118 odst. 1 zákona tak v šetřeném případě nebyla naplněna, a Úřad by proto nemohl přikročit k uložení nápravného opatření navrhovaného navrhovatelem, neboť všechny podmínky pro uložení nápravného opatření musí být splněny kumulativně.
101. Pro úplnost Úřad dodává, že k uzavření smluv na všechny části veřejné zakázky zbývá toliko, aby navrhovatel zadavateli poskytl patřičnou součinnost při uzavírání předmětných smluv. Pokud by navrhovatel zadavateli neposkytl součinnost při uzavírání smlouvy, mohlo by dojít k tomu, že by zadavatel mohl přistoupit k uzavření smlouvy s druhým uchazečem v pořadí, v případě všech částí veřejné zakázky se společností O2, která dle navrhovatele obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu; ani to však není důvodem pro uložení nápravného opatření. Pokud by se totiž pak teoreticky (z důvodu neposkytnutí součinnosti navrhovatele při uzavírání smluv) vybraným uchazečem stala společnost O2, u níž existuje dle navrhovatele pochybnost, že nabízí mimořádně nízkou nabídkovou cenu, mohlo by dojít opětovně k podání námitek proti tomuto rozhodnutí o výběru, které by mohli napadat další uchazeči v zadávacím řízení, a na základě nich by pak mohlo opětovně dojít k přezkoumání postupu zadavatele; je však třeba akcentovat, že uchazečem, který by v tomto případě mohl podat námítka proti postupu zadavatele, by již nebyl navrhovatel, který by již nemohl být takovým postupem zadavatele nijak dotčen, neboť po neposkytnutí součinnosti by byl vyloučen ze zadávacího řízení a dalším postupem zadavatele by mu tak již, dle názoru Úřadu, nemohla vzniknout ani hrozit žádná reálná újma, a to ani v čistě hypotetické rovině.
102. K argumentaci navrhovatele směřující proti nesprávnému (nepřezkoumatelnému) vyřízení námitek zadavatelem Úřad uvádí následující. V šetřeném případě nelze aplikovat ustanovení § 263 odst. 5 ZZVZ, resp. nelze postupovat podle nové právní úpravy v oblasti zadávání veřejných zakázek (ZZVZ) a uložit zadavateli nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách, neboť přechodné ustanovení ZZVZ, konkr. ustanovení § 274 odst. 1 písm. b) ZZVZ zcela pregnantně stanoví, že podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, nebo podle zákona č. 139/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, se postupuje v řízeních o přezkoumání úkonů zadavatele a řízení o správních deliktech zahájených Úřadem po dni nabytí účinnosti

tohoto zákona, jestliže se týkají zadávání veřejných zakázek na základě rámcové smlouvy podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, a zákon žádné nápravné opatření ukládané Úřadem v případě nevyřízení námitek zadavatelem v souladu se zákonem neupravuje. Úřad tudíž může s ohledem na předmětnou námitku navrhovatele přistoupit pouze k zahájení správního řízení z moci úřední, a uložit zadavateli pokutu za spáchání správního deliktu (přestupku) podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona; zahájení či nezahájení správního řízení z moci úřední je však zcela v dispozici Úřadu (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 As 108/2015 – 96 ze dne 29. 1. 2016), přičemž výsledek takového správního řízení vedeného ve věci spáchání přestupku zadavatelem by na postavení navrhovatele ničeho nezměnil a nijak by nemohl ovlivnit výsledek tohoto správního řízení vedeného ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.

103. K nově uplatněné argumentaci navrhovatele obsažené v jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 9. 1. 2019, vztahující se k možné přítomnosti MNNC i v jeho nabídce, Úřad uvádí následující. Námitky ani návrh navrhovatele neobsahují argumentaci, která by jakýmkoli způsobem poukazovala (a to ani v čistě potenciální rovině) na přítomnost MNNC v nabídce jiného z uchazečů, než je nabídka společnosti O2, tedy ani v nabídce navrhovatele; přezkoumání přítomnosti MNNC v nabídce navrhovatele tudíž ani není předmětem tohoto správního řízení [srov. např. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R379/2013/VZ-26757/2014/322/MLr/PSe ze dne 19. 12. 2014, kde předseda Úřadu výslovně uvádí, že *„Předmět správního řízení zahájeného na návrh je určen obsahem toho kterého návrhu (v čem navrhovatel spatřuje porušení zákona a čeho se domáhá). Úřad dlouhodobě a konstantně ve své rozhodovací praxi účastníkům deklaruje po zahájení správního řízení na základě návrhu, že předmět řízení je vymezen právě obsahem návrhu.“*]. Navrhovatel v průběhu celého zadávacího řízení i v průběhu tohoto správního řízení opakovaně zastával jednoznačný a konzistentní názor, že jím předložená nabídka neobsahuje MNNC, přičemž tuto skutečnost opakovaně podporoval argumentací o vlastnictví potřebné infrastruktury a skuteností, že je u významné části poptávaných služeb jejich stávajícím dodavatelem. Stejnou konzistentní argumentaci navrhovatel zastával i v rámci svých návrhů a vyjádření učiněných ve správních řízeních vedených Úřadem pod sp. zn. S0447/2018/532/MOn a sp. zn. S0477/2018/532/MOn, na která ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 9. 1. 2019 odkazuje. Odlišně navrhovatel argumentuje teprve až v okamžiku, kdy se vyjadřuje k podkladům stávajícího rozhodnutí, tj. v okamžiku, kdy již obdržel rozhodnutí Úřadu ve správních řízeních vedených Úřadem pod sp. zn. S0447/2018/532/MOn a pod sp. zn. S0477/2018/532/MOn. Tuto argumentaci navrhovatele tak Úřad považuje za zcela účelovou, neboť navrhovatel je veden toliko snahou, aby v předmětném správním řízení dospěl kýženého výsledku, kterým je zrušení celého zadávacího řízení. Argumentace navrhovatele ohledně případné přítomnosti MNNC v jeho nabídce tak v kontextu celého správního řízení (i s přihlédnutím k argumentaci navrhovatele v souvisejících správních řízeních sp. zn. S0447/2018/532/MOn a sp. zn. S0477/2018/532/MOn), působí velice nepřesvědčivě.
104. Úřad však opětovně uvádí, že ani případná přítomnost MNNC v nabídce navrhovatele by nebyla důvodem ke zrušení celého zadávacího řízení, neboť i v takovém případě by postačovalo zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky; k tomu však v tuto chvíli není důvod ani s ohledem na „nově“ předestřenou argumentaci navrhovatele, že jím nabídnutá cena je mimořádně nízká, neboť zadavatel dosud neměl pochybnosti o případné MNNC v nabídce navrhovatele, a je v dobré víře, že navrhovatel je schopen za nabídnutou cenu

předmět veřejné zakázky poskytovat. V této souvislosti pak Úřad opětovně akcentuje odpovědnost dodavatelů za jimi podanou nabídku a uvádí, že pokud navrhovatel nyní tvrdí, že jeho nabídková cena **může být** mimořádně nízká (Úřadu není zřejmé, kdo jiný než navrhovatel by si měl být zcela jist tím, zda jeho nabídková cena je, či není mimořádně nízká), není Úřadu zřejmé, proč takovou cenu v zadávacím řízení nabízel; z hlediska postupu zadavatele však v této souvislosti nelze shledat pochybení zadavatele při posouzení nabídky navrhovatele, neboť zadavatel při výběru nejvhodnější nabídky postupoval v souladu se zákonem, když vybral nabídku navrhovatele, který nabídl nejnižší cenu, a u níž zadavatel neměl pochybnosti, že ta obsahuje MNNC; nadto Úřad opětovně opakuje, že posouzení MNNC v nabídce navrhovatele ani není předmětem tohoto správního řízení, neboť navrhovatel dosud argumentoval pouze tak, že MNNC obsahuje nabídka společnosti O2. Jako nepřesvědčivá se pak jeví taktéž argumentace navrhovatele, že cílem předmětného návrhu je pouze dosáhnout férové a transparentní spolupráce se zadavatelem, když zároveň dodatečně tvrdí, že jeho vlastní nabídka může obsahovat MNNC, což dosud vehementně popíral.

105. K údajné nekonzistentní argumentaci zadavatele ve správním řízení, kterou navrhovatel zmiňuje ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 9. 1. 2019 (viz bod 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že si není vědom toho, že by zadavatel ve své argumentaci v průběhu správního řízení uváděl, že by některá z podaných nabídek obsahovala MNNC, jak se mu snaží podsouvat navrhovatel, což by mělo být dle navrhovatele důvodem pro zrušení zadávacího řízení.
106. Pokud pak navrhovatel ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 9. 1. 2019 tvrdí, že újma způsobená mu postupem zadavatele spočívá v tom, že se nemohl účastnit zadávacího řízení, které proběhlo transparentním způsobem, tak v této souvislosti Úřad opětovně opakuje, že aby mohlo být z tohoto důvodu uloženo nápravné opatření (§ 118 odst. 1 zákona), musí být kumulativně splněny veškeré podmínky stanovené zákonem pro jeho uložení (viz bod 99. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
107. S ohledem na výše uvedené Úřad návrh v části první, druhé, třetí, čtvrté, páté, šesté a sedmé veřejné zakázky zamítl podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona tak, jak je uvedeno ve výrocích I. až VII. tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Česká pošta, s.p., Politických vězňů 909/4, 225 99 Praha 1
2. JUDr. Pavel Zajíc, advokát, Nad Porubkou 2335, 708 00 Ostrava – Poruba

Vypraveno dne:

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