



UOHSX00CC4FV

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0160/2019/VZ-17363/2019/532/MOn

Brno: 20. června 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 23. 4. 2019 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 2355, 708 00 Ostrava – Poruba,
- vybraný uchazeč – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 94-100“, v částech „Datové komunikační služby ČP – PS 94“ a „Datové komunikační služby ČP – PS 99“, 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 23. 4. 2019 ve věci veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 94-100“, **se v části „Datové komunikační služby ČP – PS 94“**, 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 23. 4. 2019 ve věci veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 94-100“, **se v části „Datové komunikační služby ČP – PS 99“**, 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 28. 8. 2018 (dále jen „výzva“) podle § 23 odst. 8 písm. b) zákona zadavatel zahájil jednacím řízení bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 94-100“, v částech „Datové komunikační služby ČP – PS 94“ (dále také jen „část I.“ veřejné zakázky) a „Datové komunikační služby ČP – PS 99“ (dále také jen „část VI.“ veřejné zakázky), zadávaných na základě rámcové smlouvy (dále také jen „veřejná zakázka“; označení veřejná zakázka bude dále používáno společně pro část I. a VI. 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 17. 9. 2018 do 14:00 hod.
5. Z „Protokolu o otevírání nabídek“ ze dne 21. 8. 2018 vyplývá, že zadavatel na plnění předmětu veřejné zakázky obdržel nabídku celkem od tří uchazečů, přičemž každý z uchazečů podal svoji nabídku na každou ze 7 částí veřejné zakázky. Zadavatel tedy v souhrnu obdržel celkem 21 nabídek na jednotlivé části veřejné zakázky. Přípisem „Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky“ signovaným dne 16. 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 94“ a „Datové komunikační služby ČP – PS 99“, ve kterých jako nejvhodnější byla vybrána nabídka vybraného uchazeče – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle (dále jen „vybraný uchazeč“) – podal navrhovatel – ha-vel internet s.r.o., IČO 25354973, se sídlem Olešní 587/11a, 712 00 Ostrava – Muglinov, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 24. 4. 2017 JUDr. Pavlem Zajícem, advokátem, ev. č. ČAK 04743, se sídlem Nad Porubkou 2355, 708 00 Ostrava – Poruba (dále jen „navrhovatel“) námitky. Dopisem ze dne 31. 10. 2018 podal navrhovatel námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky v částech veřejné zakázky „Datové komunikační služby ČP – PS 96“ a „Datové komunikační služby ČP – PS 97“, ve kterých jako nejvhodnější byla vyhodnocena nabídka navrhovatele a nabídka vybraného uchazeče se umístila druhá v pořadí. Po přezkoumání oprávněnosti námitek navrhovatele zadavatel oběma výše uvedeným námitkám nevyhověl. Vzhledem k tomu, že navrhovatel považoval původní 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.
7. V předmětné věci Úřad vydal dne 4. 1. 2019 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0477/2018/VZ-00312/2019/532/MOn (dále jen „rozhodnutí“). Ve výrocích III. a IV. rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel v části „Datové komunikační služby ČP – PS 94“, stejně tak v části „Datové komunikační služby ČP – PS 99“ předmětné veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 77 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, tím, že při posouzení nabídky vybraného uchazeče nedostatečně posoudil, zda nabídka vybraného uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a to ani poté, co obdržel námitky dle § 110 zákona, které tuto skutečnost výslovně namítaly, čímž se úkony zadavatele v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče staly netransparentními, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Výroky V. a VI. rozhodnutí Úřad zrušil úkony zadavatele učiněné ve veřejné zakázce, v části „Datové komunikační služby ČP – PS 94“ a v části „Datové komunikační služby ČP – PS 99“, spojené s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče jakož i všechny následné úkony zadavatele, včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky signovaného dne 16. 10. 2018.

8. Na základě výroků V. a VI. rozhodnutí, které nabyly právní moci dne 23. 1. 2019, zadavatel provedl opětovně posouzení nabídky vybraného uchazeče, kdy jej mj. vyzval ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny (dále také jen „MNNC“) podle § 77 odst. 1 zákona a následně i ke sdělení průměrných nákladů k realizaci části čtvrté a páté veřejné zakázky. Zadavatel v plném rozsahu akceptoval písemné odůvodnění MNNC vybraného uchazeče ze dne 11. 2. 2019 a jeho doplnění ze dne 7. 3. 2019 a „Rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky pro I. a VI. část veřejné zakázky“ signovaným dne 19. 3. 2019 zadavatel rozhodl o novém výběru nejvhodnější nabídky pro část I. a VI. veřejné zakázky (dále jen „rozhodnutí o výběru“).
9. Proti rozhodnutí o výběru podal navrhovatel přípisem ze dne 4. 4. 2019 námitky. Navrhovatel namítá přítomnost MNNC v nabídce vybraného uchazeče na předmětné části veřejné zakázky. Podle navrhovatele zadavatel nedostatečným způsobem a nepřezkoumatelně posoudil existenci MNNC v nabídce vybraného uchazeče. Po přezkoumání oprávněnosti námitek navrhovatele zadavatel námitkám nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách č. j. ČP/28146/2019/NZ signované dne 15. 4. 2019, kterým zadavatel námitkám nevyhověl, navrhovatel obdržel dne 15. 4. 2019 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“). Vzhledem k tomu, že navrhovatel považoval rozhodnutí o námitkách za učiněné v rozporu se zákonem, podal k Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 23. 4. 2019, který Úřad obdržel téhož dne. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 23. 4. 2019.

II. OBSAH NÁVRHU

10. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel nedostal požadavkům na rozsah a kvalitu odůvodnění rozhodnutí o námitkách, neboť nerozptýlil pochybnosti o existenci MNNC v nabídce vybraného uchazeče a navrhovatelem namítané argumenty věcně nevypořádal. K tomu navrhovatel uvádí, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách např. neuvádí nabídkové ceny vybraného uchazeče po jednotlivých lokalitách ve vztahu k použité technologii, ani informaci, že cena nákupu služby je nižší, než nabídková cena vybraného uchazeče. Rozhodnutí o námitkách uvádí podle názoru navrhovatele jen obecné informace, aniž by rozlišovalo jednotlivé lokality. Navrhovatel je přesvědčen, že např. konstatování, že na každé lokalitě je nabídková cena vyšší než přímo vyvolané náklady, by jistě transparentnost posouzení zvýšila a současně by nedošlo k vyzrazení obchodního tajemství vybraného uchazeče, na které zadavatel odkazuje.
11. Navrhovatel uvádí, že pokud je zadavatel přesvědčen o povolené technologii použité vybraným uchazečem, musí nabídka vybraného uchazeče obsahovat MNNC, kterou nelze objektivně zdůvodnit. Navrhovatel nerozporuje, že na základě rámcové smlouvy bylo uzavřeno více než 80 prováděcích smluv na poskytování datového připojení s obdobnými technickými parametry, jako je tomu v šetřeném případě, přičemž všichni vybraní dodavatelé poskytují plnění v požadované kvalitě a při plnění technických parametrů. V této souvislosti však navrhovatel zdůrazňuje, že tyto prováděcí smlouvy byly uzavřeny za naprosto odlišné ceny, než za které byly vysoutěženy předmětné části veřejné zakázky.
12. Rozdíl mezi cenami reálně vysoutěžnými v aukcích před 4 lety a nově vysoutěžnými cenami je podle navrhovatele více než 70 %, což podle navrhovatele svědčí o přítomnosti MNNC. 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.

13. Navrhovatel odkazuje i na velkoobchodní ceníky celoplošných operátorů T-Mobile Czech Republic a.s., IČO 64949681, se sídlem Tomíčkova 2144/1, 148 00 Praha 4 (dále jen „T-Mobile“) a Česká telekomunikační infrastruktura a.s., IČO 04084063, se sídlem Olšanská 2681/6, 130 00 Praha 3 (dále jen „CETIN“), které jsou přílohou návrhu, a které jsou podle navrhovatele dokladem o reálných cenách na trhu.
14. Navrhovatel dodává, že má zájem poskytovat své služby zadavateli v požadované kvalitě za férové ceny. Pokud se však ve veřejné zakázce vyskytnou netransparentní a nekalosoutěžní praktiky některých uchazečů (např. přítomnost MNNC v jejich nabídkách), měly by tyto praktiky být zadavatelem posouzeny v souladu se zákonem a takto postižené části veřejné zakázky by měly být zrušeny a měly by být soutěženy znovu (bez účasti subjektu, jež tuto situaci použitím MNNC vyvolal), a to i v těch částech veřejné zakázky, ve kterých byla vybrána jako nejvhodnější nabídka navrhovatele.
15. Navrhovatel uvádí, že CETIN je, jakožto inkumbentní operátor, vázán regulačními předpisy, zejména rovnocenností vstupů, kdy musí všem subjektům nabízet služby rovnocenně a za stejných podmínek (viz CETIN prezentace ze dne 30. 11. 2015, kterou navrhovatel učinil přílohou návrhu).
16. Navrhovatel poukazuje na konkrétní případ týkající se podezření z přítomnosti MNNC v rámci aukce „Datové komunikační služby ČP – PS 91“, služby PS91-1 a PS91-2 (centrální překladiště zadavatele v lokalitě Vítkov u Opavy, Wolkerova 480). Podle navrhovatele dle veškerých informací existuje v dané lokalitě možnost připojení pouze optickou sítí CETINu a neexistuje žádná jiná alternativa. Navrhovatel uvádí, že si vyžádal nabídku na připojení této lokality u společnosti CETIN, kdy poptávku uzpůsobil maximální době poptávaných služeb (72 měsíců) tak, aby získal nejnižší možnou nabídku na připojení této lokality. Navrhovatel dodává, že nabídka CETINu (viz mailová nabídka ze dne 11. 9. 2018) obsahovala cenu 24 500 Kč za dvě služby, tzn. 12 250 Kč za službu (jedná se o připojení dvěma nezávislými okruhy dané lokality o kapacitě 1Gbps). Přesto vybraný uchazeč v aukci snížil cenu dané služby až na úroveň 5 923 Kč za měsíc, resp. 6 462 Kč za měsíc, tzn. na méně než 50 % prokazatelně nejnižších nákladů, přičemž za tuto cenu podle navrhovatele poptávané služby v této lokalitě nelze poskytovat.
17. Navrhovatel se neztotožňuje s argumentací zadavatele, že náklady na datové připojení jednotlivých lokalit mohou dodavatelé pokrývat nejen příjmy od zadavatele, ale i příjmy od dalších zákazníků dodavatele, neboť služby nakupují nejen pro zadavatele, ale i pro své další zákazníky. Podle navrhovatele by tímto postupem docházelo k nepřipustnému „pokřivení“ tržního prostředí, které je navíc regulované. Podle navrhovatele by nabízená cena neměla nikdy klesnout pod úroveň vyvolaných nákladů spojený s poskytováním nabízené služby.
18. Navrhovatel souhlasí s názorem zadavatele, že nabídkové ceny v jednotlivých aukcích se mohou vzájemně lišit, neboť nabídky uchazečů jsou navíc vždy individuální. Navrhovatel je však přesvědčen, že průběh aukcí by neměl být ovlivňován přítomností MNNC, kterou se vybraný uchazeč snaží zbavit svých konkurentů. Podle navrhovatele by ani rozdíly v nabídkových cenách prvních dvou uchazečů v pořadí a v pořadí třetího uchazeče neměly

být výrazné, k čemuž však dochází z důvodu nekalosoutěžního jednání vybraného uchazeče, jehož nabídky obsahují MNNC, kterou nelze obhájit.

19. Vybraný uchazeč je dle vyjádření navrhovatele dominantním hráčem na trhu, jehož přirozenou snahou je zbavit se konkurence na trhu, přičemž prostředkem takového snažení je nabízení cen pod úrovní přímých nákladů, tj. MNNC, které není možné objektivně odůvodnit. Tento postup považuje navrhovatel za nekalosoutěžní. Navrhovatel konstatuje, že je v důsledku chování vybraného uchazeče nucen podávat proti jednotlivým rozhodnutím zadavatele námitky a následně návrhy na přezkoumání úkonů zadavatele, a to nejen ve vztahu k částem veřejné zakázky, ve kterých nabídka navrhovatele nebyla vybrána jako nejvhodnější. Navrhovatel je přesvědčen, že Úřad by se měl zabývat všemi částmi veřejné zakázky, ve kterých vybraný uchazeč výše uvedené praktiky používá, aby aukce probíhaly za férových podmínek.
20. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel při posouzení nabídky vybraného uchazeče postupoval v rozporu se zákonem, neboť v šetřeném případě byly naplněny zákonné důvody pro vyřazení nabídky vybraného uchazeče dle § 77 odst. 6 zákona. Z uvedeného důvodu je podle navrhovatele i rozhodnutí o výběru učiněné v rozporu se zákonem. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu, č. j. 5 As 180/2016-32 ze dne 14. 9. 2017, ze kterého cituje vybrané pasáže týkající se problematiky MNNC.
21. 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.
22. Navrhovatel je přesvědčen, že se zadavatel vypořádal s jeho námitkami pouze velmi obecně a nepřezkoumatelně. S odkazem na výše uvedené rozhodnutí Úřadu navrhovatel poukazuje na to, že s konkrétními tvrzeními navrhovatele má být spojena i konkrétní argumentace zadavatele, a nikoliv jen obecná tvrzení, např. že pokles cen v datových službách je běžný jev, vyvolaný konkurencí a že v dosažených výsledcích neshledává nic problematického. Podle navrhovatele nelze přijmout argument, že zadavatel není oprávněn sdělit konkrétní informace, na základě kterých dospěl k závěru, že v nabídkové ceně vybraného uchazeče není obsažena MNNC, a své povinnosti řádně odůvodnit své rozhodnutí se zprostit s odkazem na skutečnost, že *„provedení přezkumu v uvedeném smyslu je ze zákona v kompetenci Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže“*. Takové odůvodnění považuje navrhovatel za neakceptovatelné, neboť ve svém důsledku znamená, že uchazeč musí za účelem zjištění, zda byl postup zadavatele v souladu se zákonem, automaticky podat námitky, počkat na jejich zamítnutí a následně podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele.
23. Navrhovatel uvádí, že měl a nadále má zájem na získání veřejné zakázky, přičemž podaným návrhem se domáhá svých práv, neboť v důsledku nezákonného postupu zadavatele

při posouzení a hodnocení nabídek uchazečů, který podstatně ovlivnil dosaženou výši nabídkových cen a následně i rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, mu hrozí újma na jeho právech, spočívající v tom, že mu nebude veřejná zakázka přidělena, respektive že ji nebude moci realizovat díky přítomnosti MNNC za reálné tržní ceny, a tak nebude moci realizovat zisk z této veřejné zakázky.

24. 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.
25. Navrhovatel má za prokázané, že zadavatel při posuzování nabídek v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku porušil postup dle § 77 zákona, když neprovedl posouzení MNNC, ačkoliv mu možnost existence MNNC je objektivně zřejmá, a zadavatel tak při posuzování nabídek porušil zákon, když nepostupoval v souladu s § 76 zákona, protože řádně neposoudil nabídku vybraného uchazeče a následně vybraného uchazeče ze zadávacího řízení nevyločil z důvodu, že jeho nabídka 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.
26. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad přezkoumal relevantnost tvrzení vybraného uchazeče a v případě, bude-li Úřad pochybovat o některých „cenových tvrzeních“ vybraného uchazeče, zejména o cenových hladinách možného nákupu velkoobchodních služeb vybraným uchazečem na velkoobchodním trhu na služby o kapacitách 50 Mbps, 100 Mbps a 1 Gbps, nechť si k posouzení „cenových tvrzení“ přizve regulátora trhu, kterým by měl disponovat podrobnými cenovými analýzami trhu.
27. Navrhovatel rovněž poukazuje na skutečnost, že zadavatel se nemůže zbavit své odpovědnosti za řádné posouzení a hodnocení nabídek dle zákona odkazem na kompetenci Úřadu v této věci.
28. 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 94-100“ ze dne 19. 3. 2019, týkající se části I. a VI. veřejné zakázky; a současně aby zrušil zadávací řízení na část I. a VI. veřejné zakázky; a současně aby zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu na část I. a VI. veřejné zakázky, a to až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem na základě návrhu navrhovatele.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

29. Zadavatel konstatuje, že na základě rozhodnutí, kterým Úřad v části I. a VI. veřejné zakázky zrušil úkony zadavatele učiněné ve spojitosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče, jakož i všechny následné úkony zadavatele, včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, jmenoval novou hodnotící komisi, která provedla nové posouzení a hodnocení nabídek pro část I. a VI. veřejné zakázky se zohledněním rozhodnutí Úřadu. Zadavatel dodává, že v rámci nového posouzení nabídek po provedené elektronické aukci vyzvala hodnotící komise vybraného uchazeče k objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny, konkrétně ke sdělení konkrétní technologie, kterou uchazeč hodlá při plnění veřejné zakázky využívat, a vysvětlení způsobu, jakým byla, s ohledem na použitou technologii, kalkulována

jeho nabídková cena. Hodnotící komise požádala o uvedení konkrétních důvodů, proč vybraný uchazeč považuje svoji nabídkovou cenu v části I. a VI. veřejné zakázky za přiměřenou s ohledem na způsob realizace předmětu plnění příslušné části veřejné zakázky.

30. Zadavatel uvádí, že vybraný uchazeč mu ve stanovené lhůtě písemné zdůvodnění poskytl. Hodnotící komise po seznámení se s obsahem zdůvodnění, vyzvala vybraného uchazeče k dalšímu upřesnění jeho vyjádření, konkrétně ke sdělení průměrných nákladů na realizaci plnění, které je předmětem I. a VI. části veřejné zakázky. Zadavatel dodává, že k tomu, aby hodnotící komise získala konkrétní a přesvědčivé informace o tom, jak vybraný uchazeč kalkuloval svou nabídkovou cenu, mu poskytla tabulku, která zahrnovala jak souhrnný přehled rozpadu nákladů služeb dle jednotlivých částí veřejné zakázky, tak podrobný rozpad nákladů služeb dle jednotlivých lokalit, včetně navrženého způsobu realizace služeb. Podle zadavatele vybraný uchazeč upřesnění v požadované formě a lhůtě poskytl. Jak vyplývá z písemných zdůvodnění, které jsou obsaženy v dokumentaci o veřejné zakázce, vybraný uchazeč zdůvodnil nabídkovou cenu s ohledem na plánovaný způsob realizace dané služby, požadovanou kvalitu (technické parametry) jednotlivých služeb a příznivé technologické podmínky na straně vybraného uchazeče. Vybraný uchazeč rovněž popsal svou pozici na trhu a svůj přístup k síti. Zadavatel uvádí, že vybraný uchazeč rovněž argumentoval cenovým vývojem na velkoobchodním trhu s telekomunikačními službami a vlastním technologickým vývojem. Podle vyjádření zadavatele vybraný uchazeč podložil odůvodnění MNNC podrobným rozkladem nákladů na poskytnutí poptávaných služeb pro část I. a VI. a příslušné lokality veřejné zakázky dle vzoru, který mu, včetně podpůrných tabulek pro jednotlivé lokality, ve výzvě ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny poskytla hodnotící komise.
31. Zadavatel je přesvědčen, že hodnotící komise zajistila od vybraného uchazeče dostatek informací, aby mohla na jejich základě a s ohledem na své dosavadní zkušenosti se zakázkami stejného či obdobného předmětu plnění a svou znalost trhu učinit relevantní závěr. Hodnotící komise zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče akceptovala jako odpovídající. Zadavatel uvádí, že na základě znalostí, zkušeností a shromážděných informací shledala hodnotící komise, že vybraný uchazeč je v plném rozsahu schopen realizovat poptávané služby v požadované kvalitě za nabízené ceny, a tudíž všechny cenové nabídky k části I. a VI. veřejné zakázky byly předmětem hodnocení. Zadavatel je přesvědčen, že postup hodnotící komise ve vztahu k části I. a VI. veřejné zakázky, byl v souladu se zákonem, základními zásadami zadávacího řízení i s rozhodnutím Úřadu.
32. Zadavatel upozorňuje, že vybraný uchazeč označil obsah svého zdůvodnění, zejména všechny nákladové položky, dosahované úspory a dodavatele, za obchodní tajemství. Zadavatel je přesvědčen, že vzhledem k této skutečnosti nebyl oprávněn uvést konkrétní údaje a hodnoty ze zdůvodnění vybraného uchazeče, které jinak tvoří součást dokumentace o veřejné zakázce, ani ve Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, ani v rozhodnutí o námitkách.
33. Zadavatel uvádí, že předmětem veřejné zakázky je uzavření prováděcích smluv s pořadovými čísly 94 - 100. Před veřejnou zakázkou již tedy podle zadavatele bylo na základě rámcové smlouvy uzavřeno cca 80 prováděcích smluv na poskytování datového připojení s obdobnými

technickými požadavky na plnění, jaké jsou u veřejné zakázky, přičemž mezi dodavateli dle předchozích prováděcích smluv jsou jak navrhovatel, tak vybraný uchazeč. Zadavatel uvádí, že všichni poskytovatelé datových služeb dle předchozích prováděcích smluv poskytují plnění v požadované kvalitě a při splnění stanovených technických parametrů. Zadavatel konstatuje, že naplnění technických parametrů ověřuje vždy při přebírání služby, přičemž pokud by stanovené požadavky nebyly dodrženy, plnění by vůbec nepřevzal. Zadavatel dodává, že v případě veřejné zakázky již došlo k uzavření smlouvy k částem II., V. a VII. s uchazečem T-Mobile a v rámci částí III. a IV. zadavatel předpokládá uzavření smluv s navrhovatelem v nejbližší době.

34. Zadavatel konstatuje, že stávající smlouvy o poskytování datových komunikačních služeb byly uzavřeny za období 2014 až 2018 na základě rámcové smlouvy, přičemž základem pro cenové nabídky byly jednotkové ceny uvedené dodavateli v zadávacím řízení, které předcházelo uzavření rámcové smlouvy. K tomu zadavatel doplňuje, že v rámci „minitendrů“ na uzavření stávajících smluv jednotliví dodavatelé své původní ceny z rámcové smlouvy dále snižovali obdobně, jako je tomu v šetřeném případě.
35. Podle vyjádření zadavatele služby, které byly v době uzavření rámcové smlouvy nabízeny řádově za desítky tisíc Kč, se již v době uzavírání stávajících smluv poskytovaly za desetinné ceny. Obdobným způsobem (tj. v obdobném poměru) klesly nabídkové ceny i v období od r. 2014 (uzavření stávajících smluv) do současnosti. Podle zadavatele je rovněž zjevný trend vyrovnávání cen kategoriích služeb „2 – 7“ (tj. připojení o rychlosti 2 MBps - 100 MBps), což odpovídá technologickému vývoji v oboru. Zadavatel je přesvědčen, že na telekomunikačním trhu je patrný jasný trend, kdy každým rokem klesá koncová cena jednotlivých služeb. Současně se silným konkurenčním tlakem jednotlivých operátorů roste i poptávka klientů po kvalitnějších a rychlejších službách. Obdobný trend je podle zadavatele možné vypořádat i co se týče nákladů jednotlivých služeb, které vývojem používaných technologií klesají. Dle přesvědčení zadavatele odráží nabídkové ceny datových služeb stav na trhu služeb datového připojení, kde byly maloobchodní ceny těchto služeb značně nadhodnoceny, avšak díky existenci konkurenčního prostředí však v současnosti lze prostřednictvím soutěže dosáhnout značných úspor, a to zejména jedná-li se o dlouhodobé smlouvy na rozsáhlejší plnění.
36. Zadavatel konstatuje, že s ohledem na typy přenosových technologií, je vždy na rozhodnutí potenciálního dodavatele služby datového připojení, jaký typ přenosové technologie využije v rámci své cenové nabídky. Zadavatel se domnívá, že během přípravy cenové nabídky dodavatelé zpravidla vstoupí v jednání s celostátními, regionálními nebo lokálními poskytovateli datových služeb s cílem získat nejlepší cenovou nabídku, přičemž je pouze na rozhodnutí dodavatele, na jakém typu datové služby nabídku postaví (jaký typ datové služby si objedná). Zadavatel uvádí, že nemá k dispozici informace o konkrétních cenových podmínkách nabízených jednotlivým dodavatelům. Podle zadavatele i z veřejně dostupných zdrojů je však zřejmé, že ceny služeb poskytovaných společností CETIN nejsou jednotné nebo neměnné, neboť společnost CETIN poskytuje svým zákazníkům i individuální nabídky. Zadavatel se domnívá, že cenová nabídka mezi primárním poskytovatelem služby (např. společností CETIN) a subjektem nakupujícím služby je vždy navržena pro konkrétní obchodní případ, přičemž objednávka velkého množství služeb se řídí tzv. projektovou cenou, u které se zpravidla nevychází z ceníků. Ceny jsou podle zadavatele v takovém případě dojednány

individuálně pro potřeby daného projektu a u projektových cen se výrazně uplatňuje i množstevní sleva. Podle zadavatele dodavatelé nakupují od primárních poskytovatelů služby nejen pro zadavatele, ale též pro své ostatní klienty, což má vliv na objem a tedy i na cenu nakupovaných služeb. Zadavatel odmítá argumentaci navrhovatele, že by měl hrát roli regulátora telekomunikačního trhu, resp. posuzovat obchodní chování a cenové podmínky společnosti CETIN vůči různým dodavatelům. Zadavatel je přesvědčen, že tato role mu nenáleží a zároveň, že tato problematika ani nespadá do působnosti zákona. Zadavatel dodává, že společnost CETIN se předmětného zadávacího řízení neúčastní, a proto vzal při posouzení MNNC především v potaz, zdali prostřednictvím služeb společnosti CETIN je vybraný uchazeč schopen poskytnout koncovou službu v požadované kvalitě při vygenerování určitého zisku a na základě předložených údajů dospěl ke kladnému závěru.

37. Zadavatel konstatuje, že jeho postup byl šetřen ve správním řízení zahájeném na návrh navrhovatele dne 31. 10. 2018 (zřejmě se jedná o písařskou chybu, předmětné správní řízení bylo zahájeno dne 19. 11. 2018, pozn. Úřadu), přičemž Úřad svým rozhodnutím návrh navrhovatele v částech III. a IV. veřejné zakázky zamítl. Závěr navrhovatele o nutnosti zrušit zadávací řízení podle zadavatele nemá oporu v zákoně, což potvrdil i Úřad ve svém rozhodnutí. Předložení nabídky obsahující MNNC je podle zadavatele okolností, s níž zákon počítá a stanoví, jak v takovém případě má zadavatel postupovat, což se podle zadavatele v případě části I. a VI. veřejné zakázky také stalo.
38. Zadavatel je přesvědčen, že samotné předložení nabídky, která obsahuje MNNC není samo o sobě skutečností, která narušuje transparentnost zadávacího řízení. Situace, kdy zadavatel posoudí některou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou, ještě nemusí podle zadavatele nutně znamenat, že tento uchazeč bude ze zadávacího řízení vyloučen. Zadavatel dodává, že obzvláště ve světle nové právní úpravy zadávání veřejných zakázek, bude i v takovém případě na rozhodnutí zadavatele, zda nabídku obsahující MNNC v zadávacím řízení ponechá či nikoliv. Zadavatel odmítá požadavek navrhovatele na zrušení zadávacího řízení, jakožto nápravné opatření údajného porušení zákona, přičemž tento požadavek navrhovatele považuje za zcela nedůvodný.
39. Zadavatel považuje návrh navrhovatele na zahájení správního řízení i jeho návrh na vydání předběžného opatření za účelové jednání navrhovatele, jehož cílem je prodloužit stávající zadávací řízení a tím i stav, kdy navrhovatel jako stávající dodavatel poskytuje zadavateli dotčené služby za vyšší ceny, než které vzešly ze stávajícího zadávacího řízení. Zadavatel je přesvědčen, že v případě části I. a VI. veřejné zakázky postupoval přesně v mezích, jak mu uložil Úřad v rozhodnutí. S ohledem na výše uvedené je zadavatel přesvědčen, že při zadávání veřejné zakázky, jakož i při přezkoumání podaných námitek postupoval v souladu se zákonem a se základními zásadami zadávacího řízení a není proto dán důvod pro zrušení zadávacího řízení nebo jiného úkonu zadavatele, ani k jinému nápravnému opatření.

IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

40. Úřad obdržel návrh dne 23. 4. 2019 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.

41. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
- zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
42. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0160/2019/VZ-11687/2019/532/MOn ze dne 25. 4. 2019.
43. Usnesením č. j. ÚOHS-S0160/2019/VZ-11690/2019/532/MOn ze dne 25. 4. 2019 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu 10 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které jsou oprávněni navrhnout důkazy, činit jiné návrhy a oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko.
44. S ohledem na skutečnost, že Úřad neměl postaveno na jisto, zda ke konci tzv. blokační lhůty (v šetřeném případě ke dni 19. 5. 2019) 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-S0160/2019/VZ-12332/2019/532/MOn ze dne 2. 5. 2019 nařídil předběžné opatření spočívající v uložení zakazu uzavřít smlouvu v části I. a VI. veřejné zakázky.
45. Dopisem č. j. ÚOHS-S0159,0160,0166/2019/VZ-13097/2019/532/MOn ze dne 13. 5. 2019 se Úřad obrátil na Český telekomunikační úřad jako na ústřední správní úřad zřízený pro výkon státní správy ve věcech stanovených zákonem č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a to včetně regulace trhu a stanovování podmínek pro podnikání v oblasti elektronických komunikací a poštovních služeb, se žádostí o zodpovězení následujícího dotazu: *„Jsou velkoobchodní ceny datových služeb poskytovaných na trhu v České republice společností CETIN regulovány nějakým závazným předpisem, z něhož by mj. vyplývala povinnost nabízet služby rovnocenně a za stejných podmínek? Pokud ano, prosíme o konkretizaci tohoto předpisu.“*
46. Přípisem č. j. ÚOHS-S0159,0160,0166/2019/VZ-14147/2019/532/MOn ze dne 21. 5. 2019 Úřad požádal ČTÚ o doplnění jeho vyjádření ze dne 17. 5. 2019.
47. Výrokem 1. usnesení č. j. ÚOHS-S0160/2019/VZ-14688/2019/532/MOn ze dne 28. 5. 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

48. Zadavatel uvádí, že v plném rozsahu trvá na svých předchozích vyjádřeních v této věci.
49. Zadavatel je přesvědčen, že v zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem a základními zásadami zadávacího řízení. Zadavatel na základě rozhodnutí Úřadu jmenoval novou hodnotící komisi, která provedla nové posouzení a hodnocení nabídek pro část I. a VI. veřejné zakázky, přičemž v rámci nového posouzení a hodnocení nabídek zadavatel zcela

respektoval odůvodnění rozhodnutí Úřadu. Zadavatel následně na základě hodnocení nabídek hodnotící komisí rozhodl o výběru nejhodnější nabídky.

50. Zadavatel konstatuje, že jednání navrhovatele v uvedené věci pokládá za účelové a motivované především snahou zabránit zadavateli v uzavření nových prováděcích smluv na zajištění datového připojení. Navrhovatel kromě přezkoumávané Veřejné zakázky napadl námitkami a posléze návrhem u Úřadu rovněž veřejnou zakázku „Datové komunikační služby ČP - PS 87 – 93“, „Datové komunikační služby ČP - PS 101 – 107“, „Datové komunikační služby ČP - PS 109 – 115“. Navrhovatel přitom napadá jak ty části veřejných zakázek, v nichž byla jako nejhodnější vybrána nabídka jiného uchazeče, tak i části, v nichž zvítězila jeho vlastní nabídka, a to bez ohledu na dosavadní závěry Úřadu i předsedy Úřadu ve správních řízeních k ostatním napadeným veřejným zakázkám zadavatele na datové komunikační služby.
51. Zadavatel si podle svého vyjádření je vědom skutečnosti, že mezi navrhovatelem a společností O2 existuje velmi ostrý konkurenční boj, který se promítá i do jejich jednání v rámci veřejných zakázek zadavatele. Zadavatel uvádí, že již v minulosti při uzavírání prvních prováděcích smluv z rámcové smlouvy o poskytování služeb, č. 2014/1559, ze dne 28. 1. 2014 řešil otázku MNNC, kterou tehdy namítal naopak dodavatel O2 vůči cenovým nabídkám navrhovatele. Podle zadavatele se jednalo o situaci velice obdobnou, kdy společnost O2 používala obdobnou argumentaci, kterou používá v šetřeném případě navrhovatel. Zadavatel uvádí, že jeho dosavadní zkušenost je taková, že jak navrhovatel, tak vybraný uchazeč jsou schopni plnění řádně poskytnout i za ceny, které jejich konkurent namítá jako nereálné a mimořádně nízké. To podle zadavatele potvrzuje i skutečnost, že v případě dalších částí veřejné zakázky (část III. a IV.), kde rovněž navrhovatel napadl postup zadavatele u Úřadu, byla po zamítnutí jeho návrhu již uzavřena s navrhovatelem smlouva.
52. Zadavatel je přesvědčen, že při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem a se základními zásadami zadávacího řízení, a není proto dán důvod pro zrušení zadávacího řízení nebo jiného úkonu zadavatele, ani k uložení jiného nápravného opatření.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

53. 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, stanovisek zadavatele k návrhu a k podkladům rozhodnutí a na základě vlastního zjištění návrh navrhovatele 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

54. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
55. 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.

56. 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) objektivními technickými řešeními 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.
57. Podle § 77 odst. 4 zákona při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zohlední hodnotící komise písemné zdůvodnění uchazeče i jeho vysvětlení.
58. 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.
59. 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.
60. 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.
61. 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

62. Z „Protokolu o posouzení nabídek“ ze dne 28. 1. 2019 vyplývá, že na základě rozhodnutí Úřadu zadavatel pro nové posouzení a hodnocení nabídky vybraného uchazeče v části I. a VI. veřejné zakázky stanovil novou hodnotící komisi. Z uvedeného protokolu plyne, že po elektronické aukci hodnotící komise posoudila podle § 77 odst. 1 zákona výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a po porovnání předložených cen uchazečů s cenami obdobného plnění poskytovaného v minulých letech se rozhodla požádat

vybraného uchazeče o písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Zadavatel přípisem č. j. ČP/4851/2019/NZ signovaným dne 28. 1. 2019 vybraného uchazeče vyzval, aby mu ve lhůtě do 10-ti pracovních dnů s ohledem na přítomnost MNNC v jeho nabídce zdůvodnil výši cenových nabídek pro část I. a VI. veřejné zakázky. Žádost o zdůvodnění MNNC byla vybranému uchazeči doručena dne 28. 1. 2019.

63. Vybraný uchazeč zaslal zadavateli odůvodnění MNNC dopisem ze dne 11. 2. 2019, který zadavatel obdržel téhož dne. Vybraný uchazeč ve zdůvodnění uvádí pro něj příznivé okolnosti, které podle jeho názoru mají vliv na celkovou výši jeho cenové nabídky pro část I. a VI. veřejné zakázky. Vybraný uchazeč svoje cenové nabídky odůvodňuje v obecné rovině, zejména s ohledem na plánovaný způsob realizace dané služby, požadovanou kvalitu (technické parametry) jednotlivých služeb a příznivé technologické podmínky na jeho straně.
64. Poněvadž zadavatel usoudil, že vybraný uchazeč existenci MNNC v části I. a VI. veřejné zakázky odůvodnil toliko obecně, aniž by zadavatel mohl posoudit reálnost cenových nabídek vybraného uchazeče v předmětných částech veřejné zakázky, ve vztahu ke stanovenému způsobu realizace veřejné zakázky (dle nabídky vybraného uchazeče) v těchto částech veřejné zakázky, přípisem č. j. ČP/14681/2019/NZ signovaným dne 19. 2. 2019 vybraného uchazeče vyzval k doplnění zdůvodnění MNNC, a to ve lhůtě do sedmi pracovních dnů. V příloze žádosti zadavatel zaslal vybranému uchazeči tabulky vztahující se k jednotlivým lokalitám části I. a VI. veřejné zakázky k vyplnění. Žádost o doplnění zdůvodnění MNNC, včetně přílohy byla vybranému uchazeči doručena dne 19. 2. 2019.
65. Vybraný uchazeč následně svým podáním ze dne 22. 2. 2019, které zadavatel obdržel téhož dne, požádal o prodloužení lhůty pro doplnění vysvětlení MNNC, a to do 8. 3. 2019. Zadavatel dne 26. 2. 2019 této žádosti vyhověl, přičemž specifikoval, že lhůta pro doručení doplnění zdůvodnění MNNC uplyne dne 8. 3. 2019. Požadované doplnění zdůvodnění MNNC vybraný uchazeč zadavateli doručil dne 7. 3. 2019, a to včetně řádně vyplněných tabulek, které mu poskytl zadavatel.
66. Z obsahu „Protokolu o dokončení posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 8. 3. 2019 vyplývá, že zadavatel v plném rozsahu akceptoval zdůvodnění MNNC pro část I. a VI. veřejné zakázky, přičemž uvedl: *„Hodnotící komise posoudila u výše uvedeného uchazeče opodstatněnost doručeného písemného zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny pro I. část i pro VI. část veřejné zakázky. Hodnotící komise shledala zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, a to jak pro I. část veřejné zakázky, tak pro VI. část veřejné zakázky, za akceptovatelné. Ze zdůvodnění je zřejmé, že nabídkové ceny k jednotlivým částem veřejné zakázky (resp. lokalitám), kterých bylo dosaženo v rámci e-aukce, jsou odpovídající s ohledem na způsob realizace dané služby uchazečem, požadovanou kvalitu (technické parametry) jednotlivých služeb a příznivé technologické podmínky na straně uchazeče. Uchazeč doložil své objasnění podrobným rozkladem nákladů na poskytnutí poptávaných služeb... Na základě výše uvedeného hodnotící komise považuje nabídkové ceny výše uvedeného uchazeče dosažených v e-aukci pro I. část a VI. část veřejné zakázky za přiměřené, a proto všechny nabídky podané pro I. část a VI. část veřejné zakázky budou předmětem hodnocení, respektive předmětem hodnocení budou nabídkové ceny všech uchazečů dosažených v e-aukci.“*

67. Z obsahu „Zprávy o novém posouzení a hodnocení nabídek pro I. a VI. část veřejné zakázky“ ze dne 8. 3. 2019 (dále jen „zpráva“) vyplývá, že hodnotící komise v části I. a VI. veřejné zakázky posuzovala a hodnotila nabídku navrhovatele, společnosti O2 a společnosti T-Mobile. Hodnotící komise stanovila výsledné pořadí hodnocených nabídek, přičemž jako nejvhodnější byla u obou posuzovaných částí veřejné zakázky stanovena nabídka společnosti O2 a jako druhá v pořadí nabídka navrhovatele. Ve vztahu k MNNC je ve zprávě pro část I. veřejné zakázky (obdobně i pro část VI. veřejné zakázky) uvedeno: *„Hodnotící komise došla k závěru, že všechny nabídky pro I. část veřejné zakázky splnily zákonné požadavky, požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách a nejedná se o nepřijatelné nabídky podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Hodnotící komise s přihlédnutím k rozhodnutí ÚOHS, č.j.: ÚOHS-S0477/2018/VZ-00312/2019/532/MOn a k argumentům obsaženým v námitkách uchazeče ha-vel internet s.r.o. ze dne 31. 10. 2018, požádala dne 28. 1. 2019 uchazeče O2 Czech Republic a.s. (který se po e-aukci umístil jako první v pořadí) o písemné zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny k části I. veřejné zakázky dle § 77 zákona. Hodnotící komise shledala obdržené zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny pro I. část veřejné zakázky akceptovatelné. Ze zdůvodnění je zřejmé, že nabídkové ceny, kterých bylo dosaženo v rámci e-aukce, jsou odpovídající s ohledem na způsob realizace dané služby uchazečem, požadovanou kvalitu (technické parametry) jednotlivých služeb a příznivé technologické podmínky na straně uchazeče. Uchazeč doložil své objasnění podrobným rozkladem nákladů na poskytnutí poptávaných služeb. Nabídkové ceny jiných uchazečů neshledala hodnotící komise jako mimořádně nízké (mimo jiné hodnotící komise konstatovala, že uchazeče ha-vel internet s.r.o. nebude žádat o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, protože tento uchazeč ve svých Námitkách proti úkonu zadavatele - rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky (ze dne 31. 10. 2018) a Návrhu na přezkum úkonu zadavatele (ze dne 19. 11. 2018) uvedl relevantní důvody, proč nelze považovat jeho nabídkovou cenu za mimořádně nízkou, přičemž s těmito důvody se ztotožnil i ÚOHS viz jeho rozhodnutí ÚOHS-S0477/2018/VZ-00312/2019/532/MOn).“.*
68. Přípisem „Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky pro I. a VI. část veřejné zakázky“ signovaným dne 19. 3. 2019 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky společnosti O2 pro obě předmětné části veřejné zakázky.

Právní posouzení

K výrokům I. a II. tohoto rozhodnutí

69. Navrhovatel v návrhu namítá, že nabídková cena předložená vybraným uchazečem je mimořádně nízká, přičemž za tuto cenu nelze předmět veřejné zakázky v zadavatelem požadované kvalitě a rozsahu vybraným uchazečem reálně realizovat. Poněvadž výrok I., resp. II. tohoto rozhodnutí se vztahuje k části první, respektive šesté veřejné zakázky, Úřad se bude v dalším zabývat těmito částmi veřejné zakázky; v těchto částech se stala společnost O2 vybraným uchazečem a nabídka navrhovatele skončila 2. v pořadí (viz „Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky pro I. a VI. část veřejné zakázky“ signované dne 20. 3. 2019). Podle názoru navrhovatele zadavatel ohledně MNNC v nabídce vybraného uchazeče nepostupoval v souladu se zákonem, neboť jeho povinností bylo vybraného uchazeče vyzvat ke zdůvodnění MNNC v jeho cenových nabídkách tak, aby existenci MNNC mohl zadavatel potvrdit, nebo vyvrátit, resp. shledat MNNC jako odůvodněnou. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel porušil zákon, když nepostupoval v souladu s § 76 zákona, protože řádně

neposoudil nabídku vybraného uchazeče a následně vybraného uchazeče ze zadávacího řízení nevyločil z důvodu, že jeho nabídka nesplňuje zadávací podmínky, nebo neodpovídá skutečnosti (viz bod 25. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

70. Úřad uvádí, že v šetřeném zadávacím řízení bylo hodnocení nabídek prováděno prostřednictvím elektronické aukce ve smyslu § 96 a násl. zákona.
71. K institutu mimořádně nízké nabídkové ceny Úřad předně v obecné rovině uvádí, že smyslem právní úpravy týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny je identifikovat nabídky, které vzbuzují oprávněné podezření, že uchazeč nebude schopen za nabídnutou cenu předmět veřejné zakázky řádně splnit. Zákon tímto institutem chrání zadavatele před situací, kdy by byl nucen uzavřít smlouvu s uchazečem, který by nebyl schopen plnění za nabídnutou cenu vůbec poskytnout, případně by jej neposkytl řádně. Nereálně stanovená nabídková cena by mohla být rovněž důvodem nekontrolovatelného navýšování původní nabídkové ceny uchazeče. Otázkou účelu institutu mimořádně nízké nabídkové ceny se zabýval Nejvyšší správní soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 17. 10. 2012, č. j. 1 Afs 42/2012-57, v němž uvedl, že „(...) smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je ochrana zadavatele proti takovým uchazečům, kteří jednají s cílem zvítězit ve výběrovém řízení předložením ceny, za kterou není možno zakázku realizovat. S tím je spojeno velké nebezpečí, že zakázka nebude z důvodu finančních potíží takového uchazeče realizována, případně její cena by by to bylo v rozporu se zákonem, bude dodatečně navýšena.“.
72. Jak vyplývá z ustanovení § 77 zákona, je zkoumání, zda konkrétní nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, obligatorní součástí procesu posuzování nabídek hodnotící komisí. Hodnotící komise je, jak mj. vyplývá z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 75/2009-100 ze dne 6. 11. 2009, zákonem konstruována „(...) jako kolegium odborně způsobilých osob, kterým jedině je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky, související s procesem hodnocení nabídek. Posouzení přiměřenosti či nepřiměřenosti údajů v nabídkách mezi takové odborné otázky bezpochyby náleží (...).“. Posouzení výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky tedy náleží do kompetence hodnotící komise, která má k dispozici informace o předmětu a způsobu realizace veřejné zakázky a disponuje tak podklady pro určení, zda se v některém případě jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu či nikoliv. Hodnotící komise tedy musí posoudit, zda nabídková cena uchazečů je reálná nebo zda je ve vztahu k předmětu veřejné zakázky mimořádně nízká. Pokud nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je povinností hodnotící komise vyžádat si od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Z povahy ustanovení § 77 odst. 2 zákona pak vyplývá, že hodnotící komise, resp. zadavatel může vzít v úvahu taková zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, která jsou odůvodněna objektivními příčinami.
73. Obecně platí, že z žádosti zadavatele o zdůvodnění MNNC by pak mělo být uchazeči zřejmé, které konkrétní položky považuje hodnotící komise za podstatné a jakým způsobem je po uchazeči požaduje doložit. Od správné aplikace uvedených povinností se pak nutně odvíjí nejen další úkony zadavatele v zadávacím řízení, ale i reálná možnost přezkumu správnosti a zákonnosti postupu hodnotící komise při posuzování výše nabídkových cen. Hodnotící komise následně posoudí objektivnost zdůvodnění uchazeče a v případě, že zdůvodnění shledá neopodstatněným, nabídku uchazeče vyřadí a uchazeče bezodkladně z účasti v zadávacím řízení vyloučí.

74. Úřad poznamenává, že zadavatel je v celém průběhu zadávacího řízení povinen zajistit dodržování základních zásad zadávacího řízení stanovených v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, mezi něž spadá i zásada transparentnosti. Otázkou výkladu zásady transparentnosti se ve své rozhodovací činnosti již opakovaně zabývaly soudy, např. Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 uvádí, že *„(...) úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“*
75. Úřad dodává, že pochybnosti o mimořádně nízké nabídkové ceně, resp. o reálnosti nabídkové ceny, mohou být na straně zadavatele vyvolány dvěma způsoby. Předně k těmto pochybnostem může zadavatel dospět sám, např. v důsledku toho, že nabídková cena jednoho z uchazečů v zadávacím řízení je markantně nižší než nabídkové ceny zbývajících uchazečů a výrazně se liší i od předpokládané hodnoty veřejné zakázky stanovené zadavatelem. Druhým způsobem, jak zadavatel může získat pochybnosti o reálnosti (opodstatněnosti) nabídkové ceny některého z uchazečů, je upozornění na tuto eventualitu „zvenčí“, tj. typicky prostřednictvím konkrétního podání od jiného uchazeče účastnícího se předmětného zadávacího řízení. V této souvislosti Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 88/2012-75 ze dne 21. 11. 2013 judikoval: *„Na straně jedné, obecná povinnost hodnotící komise sdělovat veškeré důvody, pro které neshledala žádnou z nabídkových cen mimořádně nízkou, tedy ze ZVZ neplyne. Na straně druhé, a to je podstatné ve vztahu k právě posuzované věci, má-li hodnotící komise podle § 77 odst. 1 ZVZ povinnost posoudit, zda konkrétní nabídka konkrétního uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, pak jí povinnost vyjádřit se věcně, srozumitelně a korektně k důvodům, pro které nepokládá konkrétní nabídkovou cenu za mimořádně nízkou, nutně již ze samotné logiky věci vzniká za situace, že reálné podezření na mimořádně nízkou nabídkovou cenu v průběhu zadávacího řízení vznikne. Typicky přitom takové reálné podezření může vzniknout tehdy, pokud zadavatele kdokoli (především z uchazečů, kteří podali nabídky) na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen věrohodně a kvalifikovaně upozornil ještě před posouzením nabídek, zpravidla v důsledku informací o nabídkových cenách zjištěných při otevírání obálek (pak se s touto otázkou hodnotící komise vypořádá v protokolu o jednání komise či ve zprávě o posouzení nabídek). Takové reálné podezření však může vzniknout i tehdy, pokud byl zadavatel na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen upozorněn po posouzení nabídek v rámci námitek směřujících proti posouzení (pak se s touto otázkou zadavatel vypořádá v rozhodnutí o námitkách). V obou právě uvedených situacích se hodnotící komise či přímo zadavatel dozví alespoň argumentační základ poukazující na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen a jeví se jako zcela přiměřené, aby konkrétní pochybnosti, jež byly srozumitelně avizovány, byly ze strany hodnotící komise či samotného zadavatele věcně a srozumitelně rozptýleny.“*
76. Na základě výše uvedeného Úřad dále sděluje, že pro dodržení zásady transparentnosti je nutné, aby zadavatel výsledek posouzení týkající se problematiky případné existence MNNC v nabídce některého z uchazečů řádně a přezkoumatelným způsobem odůvodnil, a to

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

77. K problematice kompetence Úřadu při přezkoumávání postupu zadavatele při výběru nejvhodnější nabídky dovozuje Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 Afs 75/2009-100 ze dne 6. 11. 2009 tento závěr: „(...) úkolem Úřadu je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru (...). (...) Úřad však přezkoumává, zda k hodnocení komisí došlo zákonem stanoveným způsobem, zda k tomu došlo transparentním způsobem, tedy zda je posouzení komise přezkoumatelné po formální stránce.“. Z uvedeného je zřejmé, že Úřad má nejen oprávnění, ale i zákonnou povinnost přezkoumat způsob a zejména transparentnost procesu posouzení otázky mimořádně nízké nabídkové ceny. Při přezkumu je současně Úřad povinen posoudit, zda existoval důvod považovat konkrétní nabídkovou cenu za mimořádně nízkou. Právě uvedené vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 86/2012-80 ze dne 23. 5. 2013, ve kterém soud judikuje: „Předmětem přezkumu ze strany stěžovatele je pak objektivní posouzení, zda byl důvod, aby tato hodnotící komise ve vztahu ke konkrétní nabídce měla nabídkovou cenu posoudit jako mimořádně nízkou, tedy postupovat podle § 77 odst. 1 ZVZ.“. V této souvislosti lze odkázat i na rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62 Af 78/2016 ze dne 4. 11. 2016, kde soud odkázal na

dosavadní judikaturu týkající se problematiky mimořádně nízké nabídkové ceny a uvedl, že „(...) podstatou těchto východisek je imperativ žalovanému [Úřadu, pozn. Úřadu], podle něhož – zjednodušeně řečeno – musí být pod kognicí žalovaného posouzení, zda hodnotící komise se otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny (tu tedy kompenzace) zabývala věcně či nikoli, a pokud ano, zda její závěry jsou srozumitelné, konzistentní, jasně reagující na podstatu pochyb ohledně možné mimořádně nízké nabídkové ceny (tu tedy kompenzace), jež se v řízení vyskytly, a zda její závěry vyhoví rozumnému a objektivizovanému pohledu ohledně reálné schopnosti dodavatele (tu tedy vybraného dopravce) nabízené plnění za nabízených finančních podmínek realizovat.“.

78. Otázkou šetření postupu zadavatele při posuzování MNNC se v podrobnostech zabýval i předseda Úřadu ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0055/2017/VZ-16894/2017/323/LVa ze dne 5. 6. 2017, ve kterém mj. uvedl, že z judikatury správních soudů vyplývá, že úkolem Úřadu je kontrola rámce, ve kterém se posuzování a hodnocení nabídek provádí, a nikoliv samotné kvality posouzení a výběru nejvhodnější nabídky. K tomu předseda Úřadu v dalším konstatoval, že postup hodnotící komise při posuzování MNNC sice musí podléhat kontrole Úřadem, nicméně jeho přezkumná činnost se musí omezit na to, zda hodnotící komise dodržela předepsané postupy. Jinými slovy řečeno Úřad není oprávněn vstupovat do myšlenkových pochodů členů hodnotící komise a tyto přezkoumávat, neboť hodnotící komise sestává z odborníků vybraných zadavatelem, jimž je pravomoc posoudit odborné otázky týkající se posouzení a hodnocení nabídek dána ze zákona. V citovaném rozhodnutí předseda Úřadu konstatoval, že v šetřeném případě se „zkoumání Úřadu mělo omezit na to, zda hodnotící komise splnila zákonem předepsaný postup, a sice zda posoudila výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, identifikovala MNNC, vyžádala si od uchazeče s MNNC písemné zdůvodnění, a jestli přijetí nebo odmítnutí tohoto zdůvodnění bylo odůvodněné logickou úvahou zadavatele.“.
79. Úřad tedy s ohledem na výše uvedené v šetřeném případě zkoumal, zda zadavatel, resp. hodnotící komise, postupoval v souladu se zákonem, když si od vybraného uchazeče vyžádal zdůvodnění MNNC pro část I. a VI. veřejné zakázky a zda akceptace zdůvodnění MNNC, které zadavatel od vybraného uchazeče obdržel, byly odůvodněny logickou úvahou zadavatele.
80. Z „Protokolu o posouzení nabídek“ ze dne 28. 1. 2019 vyplývá, že na základě rozhodnutí Úřadu zadavatel pro nové posouzení a hodnocení nabídky vybraného uchazeče v části I. a VI. veřejné zakázky stanovil novou hodnotící komisi. Hodnotící komise zjistila, že nabídka vybraného uchazeče obsahuje v části I. a VI. veřejné zakázky MNNC. Zadavatel přípisem č. j. ČP/6023/2019/NZ signovaným dne 28. 1. 2019 vybraného uchazeče vyzval, aby mu ve lhůtě do 10-ti pracovních dnů s ohledem na přítomnost MNNC v jeho nabídce zdůvodnil výši cenových nabídek vybraného uchazeče pro část I. a VI. veřejné zakázky. V uvedeném přípisu zadavatel mj. uvedl: „Předmětem vysvětlení musí být popis konkrétní technologie, kterou dodavatel hodlá při plnění veřejné zakázky využívat, a vysvětlení způsobu, jakým byla – s ohledem na použitou technologii – kalkulována nabídková cena. Součástí vysvětlení musí být konkrétní důvody, proč dodavatel považuje své nabídkové ceny k příslušným částem (I. a VI. části) veřejné zakázky za přiměřené s ohledem na způsob realizace předmětu plnění příslušné části veřejné zakázky.“. Žádost o zdůvodnění MNNC byla vybranému uchazeči doručena dne 28. 1. 2019.

81. Vybraný uchazeč zaslal zadavateli odůvodnění MNNC dopisem ze dne 11. 2. 2019, který zadavatel obdržel téhož dne. Vybraný uchazeč ve zdůvodnění uvádí pro něj příznivé okolnosti, které podle jeho názoru mají vliv na celkovou výši jeho cenové nabídky pro část I. a VI. veřejné zakázky. Vybraný uchazeč svoje cenové nabídky odůvodňuje toliko v obecné, rovině, zejména s ohledem na plánovaný způsob realizace dané služby, požadovanou kvalitu (technické parametry) jednotlivých služeb a příznivé technologické podmínky na jeho straně. Vybraný uchazeč rovněž zmiňuje jeho pozici na trhu datových komunikací, přístup k síti, a rovněž uvádí, že ve své nabídce zohlednil cenový vývoj na velkoobchodním trhu s telekomunikačními službami a vlastní technologický vývoj. Vybraný uchazeč označil celý obsah svého přípisu ze dne 11. 2. 2019 za své obchodní tajemství.
82. Poněvadž zadavatel usoudil, že vybraný uchazeč existenci MNNC v části I. a VI. veřejné zakázky odůvodnil toliko obecně, aniž by zadavatel mohl posoudit reálnost cenových nabídek vybraného uchazeče v předmětných částech veřejné zakázky, ve vztahu ke stanovenému způsobu realizace veřejné zakázky (dle nabídky vybraného uchazeče) v těchto částech veřejné zakázky, přípisem č. j. ČP/15413/2019/NZ signovaným dne 19. 2. 2019 vybraného uchazeče vyzval k doplnění zdůvodnění MNNC, a to ve lhůtě do sedmi pracovních dnů. V příloze žádosti zadavatel zaslal vybranému uchazeči tabulky vztahující se k jednotlivým lokalitám části I. a VI. veřejné zakázky k vyplnění. Žádost o doplnění zdůvodnění MNNC, včetně přílohy byla vybranému uchazeči doručena dne 19. 2. 2019. Skutečnost, že zadavatel nepovažoval zdůvodnění MNNC vybraným uchazečem ze dne 11. 2. 2019 za dostačující, a že se rozhodl vybraného uchazeče vyzvat k doplnění zdůvodnění MNNC, uvedl zadavatel rovněž v protokolu o posouzení nabídek ze dne 15. 2. 2019.
83. Vybraný uchazeč následně svým podáním ze dne 22. 2. 2019, které zadavatel obdržel téhož dne, požádal o prodloužení lhůty pro doplnění vysvětlení MNNC, a to do 8. 3. 2019. Zadavatel dne 26. 2. 2019 této žádosti vyhověl, přičemž specifikoval, že lhůta pro doručení doplnění zdůvodnění MNNC uplyne dne 8. 3. 2019. Požadované doplnění zdůvodnění MNNC vybraný uchazeč zadavateli doručil dne 7. 3. 2019, a to včetně řádně vyplněných tabulek, které mu poskytl zadavatel. Vybraný uchazeč celý obsah svého přípisu ze dne 7. 3. 2019 rovněž označil za své obchodní tajemství. Předmětné tabulky ve zkrácené podobě (s uvedením všech podstatných částí) uvádí Úřad pro přehlednost níže. (údaje, obsahující obchodní tajemství vybraného uchazeče nejsou uvedeny, mimo nich je v tabulce uveden údaj „obch. taj.“, pozn. Úřadu):

Pro část I. veřejné zakázky

Poř. č.	Název lokality	Adresa	Požadovaný Typ Služby v souladu s Přílohou č. 2 Rámcové smlouvy	Cena za 1 měsíc v Kč bez DPH	Předpokládaný typ připojení dle použité technologie (metalické vedení, optické vedení, radiorelevo spojí) v den zahájení poskytování Služby	Náklady v Kč			
						Instalační	Měsíční instalační (rozpuštěné do 72 měsíců)	Přímé měsíční	Celkové měsíční
1	Ledenice	Ledenice, Náměstí 71	2	1000,00	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj. tato hodnota je nižší než hodnota cena za 1 měsíc, pozn. tato informace do tabulky přidána Úřadem

2	Lukavec u Pacova	Lukavec, nám. Sv. Václava 67	2	1000,00	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj. tato hodnota je nižší než hodnota cena za 1 měsíc, pozn. tato informace do tabulky přidána Úřadem
			CELKEM	2000,00		obch. taj.	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj. tato hodnota je nižší než hodnota 2000,00 Kč, která odpovídá celkové nabídkové ceně za 1 měsíc, pozn. tato informace do tabulky přidána Úřadem

Z tabulky předložené v rámci doplnění zdůvodnění MNNC vybraným uchazečem pro část I. veřejné zakázky Úřad zjistil, že v případě všech dílčích lokalit výsledná nabídková cena za 1 měsíc poskytování odpovídající služby vždy přesáhla celkové měsíční náklady vyčíslené vybraným uchazečem. Úřad zjistil, že celkové měsíční náklady u jednotlivých dílčích lokalit jsou u části I. veřejné zakázky v průměru o 62, 3 % nižší, než činí odpovídající výsledná nabídková cena za 1 měsíc pro konkrétní lokalitu, přičemž jednotlivé procentní rozdíly mezi celkovými měsíčními náklady u jednotlivých dílčích lokalit a odpovídajícími výslednými nabídkovými cenami za 1 měsíc se vzájemně odlišují. Jinými slovy řečeno: průměrné měsíční náklady (rozuměj průměr nákladů za všechny lokality) jsou nižší než průměrná nabídková cena (rozuměj průměr nabídkových cen za všechny lokality), přičemž pro každou lokalitu uvedenou v tabulce platí, že celkové náklady jsou nižší než nabídková cena.

84. Pro část VI. veřejné zakázky

Poř. č.	Název lokality	Adresa	Požadovaný Typ Služby v souladu s Přílohou č. 2 Rámcové smlouvy	Cena za 1 měsíc v Kč bez DPH	Předpokládaný typ připojení dle použité technologie (metalické vedení, optické vedení, radiorelevoový spoj) v den zahájení poskytování Služby	Náklady v Kč			
						Instalační	Měsíční instalační (rozpuštěné do 72 měsíců)	Přímé měsíční	Celkové měsíční
1	Depo Náchod	Náchod, U Cihelny 2102	5	2 200,00	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj. tato hodnota je nižší než hodnota cena za 1 měsíc, pozn. tato informace do tabulky přidána Úřadem
2	Depo Česká Třebová 70 + SPU	Česká Třebová, Topolová 2060	5	2 200,00	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj. tato hodnota je nižší než hodnota cena za 1 měsíc, pozn. tato informace do tabulky přidána Úřadem
3	DEPO Rychnov nad Kněžnou 70	Rychnov nad Kněžnou, Na sádkách 1764	5	2 200,00	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj. tato hodnota je nižší než hodnota cena za 1 měsíc, pozn. tato informace do tabulky přidána Úřadem
			CELKEM	6 600,00		obch. taj.	obch. taj.	obch. taj.	obch. taj. tato hodnota je nižší než hodnota 6 600,00 Kč, která odpovídá celkové nabídkové ceně za 1 měsíc, pozn. tato informace do tabulky přidána Úřadem

85. Z tabulky předložené v rámci doplnění zdůvodnění MNNC vybraným uchazečem pro část VI. veřejné zakázky Úřad zjistil, že v případě všech dílčích lokalit výsledná nabídková cena za 1 měsíc poskytování odpovídající služby vždy přesáhla celkové měsíční náklady vyčíslené vybraným uchazečem. Úřad zjistil, že celkové měsíční náklady u jednotlivých dílčích lokalit jsou u části VI. veřejné zakázky v průměru o 75,0 % nižší, než činí odpovídající výsledná nabídková cena za 1 měsíc pro konkrétní lokalitu, přičemž jednotlivé procentní rozdíly mezi celkovými měsíčními náklady u jednotlivých dílčích lokalit a odpovídajícími výslednými nabídkovými cenami za 1 měsíc se vzájemně odlišují. Jinými slovy řečeno: průměrné měsíční náklady (rozuměj průměr nákladů za všechny lokality) jsou nižší než průměrná nabídková cena (rozuměj průměr nabídkových cen za všechny lokality), přičemž pro každou lokalitu uvedenou v tabulce platí, že celkové náklady jsou nižší než nabídková cena.
86. Z obsahu „Protokolu o dokončení posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 8. 3. 2019 vyplývá, že zadavatel v plném rozsahu akceptoval zdůvodnění MNNC pro část I. a VI. veřejné zakázky, přičemž uvedl, že cenové nabídky na obě části veřejné zakázky považuje za odpovídající s ohledem na způsob realizace veřejné zakázky, požadovanou kvalitu (technické parametry) poptávaných služeb a příznivé technologické podmínky na straně společnosti O2 (v podrobnostech viz bod 66. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
87. V dalším se Úřad vyjádří k postupu zadavatele při posuzování nabídkové ceny vybraného uchazeče pro část I. a VI. veřejné zakázky. Jak již bylo výše uvedeno (viz bod 80. odůvodnění tohoto rozhodnutí) zadavatel v rámci nového posouzení nabídky vybraného uchazeče pro část I. a VI. veřejné zakázky dospěl k závěru, že nabídka vybraného uchazeče obsahuje MNNC, a to jak pro část I., tak i VI. veřejné zakázky. Pro posouzení správnosti postupu zadavatele v šetřeném případě tak bude rozhodné, zda zadavatel poté, co zjistil, že nabídka vybraného uchazeče v části I. a v části VI. obsahuje MNNC, postupoval tak, jak mu ukládá zákon, tj. zda učinil zákonem stanovené kroky, zda tak učinil transparentním a přezkoumatelným způsobem a zda výsledné posouzení, zda zadavatel zdůvodnění MNNC bude akceptovat, či nikoliv, bylo učiněno na reálném základě, který vychází z doložených skutečností (k tomu viz bod 78. a 79. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
88. Úřad zjistil, že zadavatel (respektive hodnotící komise) v šetřeném případě poté, co v nabídce vybraného uchazeče zjistil přítomnost MNNC, a to konkrétně v části I. a VI. veřejné zakázky vybraného uchazeče vyzval ke zdůvodnění MNNC, a to pro obě tyto dílčí části veřejné zakázky. Uvedeným postupem naplnil povinnost, kterou mu zákonodárce stanoví v ustanovení § 77 odst. 1 zákona.
89. Z dalšího postupu zadavatele vyplývá, že poté, co obdržel a seznámil se s odůvodněním MNNC předloženým vybraným uchazečem, přistoupil k tomuto odůvodnění kriticky, neboť jej považoval za velmi obecné, a tudíž nedostatečné pro řádné odůvodnění MNNC. Aby se zadavatel dobral informací, které pro něj byly nezbytné pro posouzení MNNC v předmětných částech veřejné zakázky, vypracoval pro vybraného uchazeče tabulku k vyplnění, jejímž obsahem byly mj. konkrétní technické a ekonomické údaje (předpokládaný typ připojení, rozklad všech nákladových položek vybraného uchazeče), vztahující se ke každé dílčí lokalitě posuzované části veřejné zakázky (viz bod 82. až 85. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z předložené dokumentace vyplývá, že vybraný uchazeč původní zdůvodnění MNNC zadavateli v požadovaném termínu předložil, stejně jako mu ve stanoveném termínu

i ve stanovené formě, a to s uvedením veškerých zadavatelem požadovaných údajů, doložil i doplnění zdůvodnění MNNC.

90. Lze tedy konstatovat, že zadavatel přistoupil k posouzení MNNC v předmětných částech nabídky vybraného uchazeče věcně a zodpovědně, neboť se nespokojil toliko s obecným zdůvodněním MNNC předloženým vybraným uchazečem, nýbrž za účelem posouzení reálnosti nabídkových cen vybraného uchazeče požadoval konkrétní věcné informace o technologii a dílčích nákladových položkách, a to pro každou jednotlivou lokalitu, vztahující se jak části I., tak i VI. veřejné zakázky. Pokud tedy zadavatel činil svůj závěr o tom, zda odůvodnění MNNC pro každou z těchto lokalit je pro něj akceptovatelné či nikoliv, činil tak na základě konkrétních informací o technologiích a nákladových položkách vybraného uchazeče, a to pro každou dílčí lokalitu posuzované části veřejné zakázky. Zadavatel tak měl přesnou informaci o technologii a celkových nákladech vybraného uchazeče pro každou jednotlivou dílčí lokalitu posuzované části veřejné zakázky, i o cenové nabídce vybraného uchazeče pro každou takovou lokalitu, která vzešla s výsledku uskutečněné e-aukce. V tomto ohledu lze tedy uzavřít, že zadavatel při posouzení zdůvodnění MNNC vycházel z reálných technických a ekonomických informací, které mu v požadované podobě vybraný uchazeč doložil.
91. Úřad po prostudování zdůvodnění MNNC a doplnění zdůvodnění MNNC předloženého vybraným uchazečem zadavateli, na nichž zadavatel staví svůj názor o zdůvodněnosti MNNC v případě nabídek vybraného uchazeče pro část I. a VI. veřejné zakázky zjistil, že zejména doplnění zdůvodnění MNNC a jeho příloha obsahují konkrétní technické a ekonomické údaje vztahující se k dílčím lokalitám šetřených částí veřejné zakázky, a to zejména předpokládanou přenosovou technologii a „rozpad“ nákladových položek pro každou jednotlivou lokalitu posuzované části veřejné zakázky. Zadavatel měl tak veškeré požadované informace, které požadoval od vybraného uchazeče k předložení za účelem posouzení MNNC. Obecně lze konstatovat, že jedním z předpokladů pro vyloučení neodůvodněné MNNC by měla být skutečnost, že celkové náklady dodavatele jsou nižší, než jeho výsledná nabídková cena, aby dodavatel měl pokryty náklady na plnění veřejné zakázky a byl schopen generovat i určitý zisk. Z dokumentace o veřejné zakázce je zjevné, že zadavatel při posouzení zdůvodněnosti MNNC v nabídce vybraného uchazeče vycházel ze skutečnosti, že nabídková cena vybraného uchazeče byla pro každou jednotlivou lokalitu v případě obou posuzovaných částí veřejné zakázky vyšší než-li náklady na jednotlivé lokality. Závěr týkající se posouzení MNNC vybraného uchazeče zadavatel zaznamenal mj. ve zprávě, kde výslovně uvedl: *„Ze zdůvodnění je zřejmé, že nabídkové ceny, kterých bylo dosaženo v rámci e-aukce, jsou odpovídající s ohledem na způsob realizace dané služby uchazečem, požadovanou kvalitu (technické parametry) jednotlivých služeb a příznivé technologické podmínky na straně uchazeče. Uchazeč doložil své objasnění podrobným rozkladem nákladů na poskytnutí poptávaných služeb.“* Jak tedy zadavatel ve zprávě uvádí, měl při posuzování MNNC k dispozici podrobný rozklad nákladů na poskytování poptávaných služeb od společnosti O2. Z obsahu zprávy plyne, že zadavatel MNNC mj. posuzoval s ohledem na způsob realizace dané služby společností O2 a taktéž s ohledem na jím požadovanou kvalitu (technické parametry) služby. Uvedený závěr zadavatele týkající se MNNC vybraného uchazeče tak zcela koresponduje s obsahem odůvodnění MNNC, které zadavateli vybraný uchazeč poskytl, neboť zadavatel od vybraného uchazeče obdržel na základě jím předložených dat informaci, že tento dodavatel předpokládá ve vztahu k jeho cenové

nabídce zisk, a to pro každou jednotlivou lokalitu u obou posuzovaných částí veřejné zakázky. Úřad dodává, že z údajů uvedených v tabulkách předložených v rámci odůvodnění MNNC vybraným uchazečem mj. vyplývá, že tento předpokládaný „zisk“ není v absolutní ani v procentní výši u jednotlivých lokalit ani částí veřejné zakázky identický. (viz bod 0. a 85. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V této souvislosti lze rovněž konstatovat, že zadavatel dílčí nabídkové ceny neposuzoval jen toliko, co se týče jejich výše ve vztahu k jednotlivým nákladovým položkám, nýbrž jak vyplývá ze zprávy, také ve vztahu k poptávané kvalitě (technickým parametrům) každé jednotlivé služby, tak i ve vztahu ke způsobu realizace konkrétní služby vybraným uchazečem, tj. ve vztahu k předpokládanému typu připojení nabízenému vybraným uchazečem. Z postupu zadavatele je tedy zjevné, že posuzoval i dodržení technických požadavků kladených na poptávané plnění a prostřednictvím zadavatelem připravené tabulky v rámci opakované žádosti o zdůvodnění MNNC získal od vybraného uchazeče „odpověď“ na jednotlivé složky nabídkové ceny; zadavatelem připravená tabulka pro zdůvodnění MNNC jasně kladla „otázky“ na rozpad nabídkové ceny a poskytuje přehledný rozpad nákladové složky nabídkové ceny. Po zdůvodnění MNNC vybraným uchazečem je pak z protokolu o dokončení posouzení a hodnocení nabídek ze dne 8. 3. 2019, stejně tak ze zprávy zjevné, že zadavatel (potažmo hodnotící komise) se zdůvodněním MNNC, vč. doplněného zdůvodnění MNNC, vybraného uchazeče zabývala a došla k závěru, že MNNC vybraného uchazeče v nabídkách pro část I. a VI. veřejné zakázky je odůvodněná. Vzhledem k uvedenému Úřad nesouhlasí s námitkou navrhovatele týkající se porušení zásady transparentnosti zadavatelem tím, že s ohledem na obchodní tajemství vybraného uchazeče např. nezpřístupnil nabídkové ceny vybraného uchazeče po jednotlivých lokalitách ve vztahu k použité technologii, případně že nezpřístupnil informaci, že cena nákupu služby je nižší, než cena, kterou vybraný uchazeč vložil do své nabídky. Úřad uvádí, že uvedený postup zadavatel blíže odůvodnil v rozhodnutí o námitkách, kde mj. uvedl: *„Zadavatel upozorňuje, že uchazeč O2 Czech Republic a.s. označil obsah svého zdůvodnění, zejména všechny nákladové položky, dosahované úspory a dodavatele, za obchodní tajemství. Vzhledem k této skutečnosti není zadavatel oprávněn uvádět konkrétní údaje a hodnoty ze zdůvodnění uchazeče O2 Czech Republic a.s. a ze stejného důvodu nemohly být uvedeny ani ve Zprávě o posouzení a hodnocení, kterou je zadavatel povinen dle § 80 odst. 3 ZVZ zpřístupnit na žádost uchazečům.“* Z postupu zadavatele je zjevné, že tento se posouzením MNNC v nabídce vybraného uchazeče zabýval, posoudil její odůvodněnost, avšak jelikož údaje, které vybraný uchazeč poskytl, představují obchodní tajemství, chtěl se zadavatel jím učiněnými úkony vyvarovat případného neoprávněného zpřístupnění těchto údajů a z procesní opatrnosti dokumenty zaznamenávající postup zadavatele při posouzení MNNC neobsahují konkrétní číselné údaje. Dle názoru Úřadu uvedené však a priori nemůže znamenat netransparentnost postupu zadavatele při posouzení MNNC, jelikož postup zadavatele je v relevantních částech dokumentace o veřejné zakázce dostatečně popsán a zaznamenán. K problematice obchodního tajemství lze pak odkázat na bod 106. až 110. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

92. V návaznosti na výše uvedená zjištění Úřad v souhrnu uvádí následující. V okamžiku, kdy zadavatel identifikoval existenci MNNC v nabídce vybraného uchazeče, a to v rámci části I. a VI. veřejné zakázky, vyzval vybraného uchazeče ke zdůvodnění MNNC v těchto částech. Zadavatel po předložení obecného zdůvodnění MNNC toto zdůvodnění označil jako nedostačující, a tudíž jej neakceptoval a neprodleně jej vyzval k doplnění odůvodnění, které

bude konkrétní, a které bude obsahovat informace o předpokládané technologii a o dílčích nákladových položkách vybraného uchazeče pro každou jednotlivou lokalitu u každé z posuzovaných částí veřejné zakázky. Uvedený postup zadavatele lze označit za postup, který je v souladu s ust. § 77 odst. 1 zákona, a to zejména z toho důvodu, že se zadavatel nespokojil toliko s formálním a obecným odůvodněním MNNC v šetřených částech veřejné zakázky, nýbrž trval na odůvodnění, které je založeno na věcné a konkrétní argumentaci, na základě které by zadavatel mohl relevantně o zdůvodnění MNNC v části I. a VI. veřejné zakázky rozhodnout, tak aby jej mohl akceptovat, či nikoliv.

93. Lze tedy učinit dílčí závěr, že zadavatel i vybraný uchazeč v šetřeném případě zajistili takové podmínky, aby zadavatel mohl zdůvodnění MNNC v části I. a VI. veřejné zakázky řádně posoudit a relevantním a věcným způsobem přijmout závěr o odůvodněnosti MNNC v nabídce vybraného uchazeče. Skutečnost, že zadavatel zdůvodnění MNNC vybraným uchazečem pro část I. a VI. veřejné zakázky v plném rozsahu akceptoval, vychází z logické úvahy zadavatele, která má reálný základ, kdy výsledná cenová nabídka vybraného uchazeče je vyšší než jeho celkové předpokládané náklady uvedené vybraným uchazečem, a to pro každou z posuzovaných částí veřejné zakázky, a tudíž cenové nabídky vybraného uchazeče lze považovat za reálně dosažitelné, neboť jsou vyšší, než celkové předpokládané náklady vybraného uchazeče na realizaci předmětných částí veřejné zakázky, a tudíž tato plnění dle údajů předložených vybraným uchazečem nebudou realizována s plánovanou ztrátou, nýbrž s předpokládaným ziskem na straně vybraného uchazeče, a to pro každou jednotlivou lokalitu v případě obou posuzovaných částí veřejné zakázky (k tomu viz tabulky bod 83. a 0. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z pohledu Úřadu, jakožto orgánu dohledu je tedy v daném případě podstatné to, že zadavatel v rámci „Protokolu o posouzení nabídek“ ze dne 28. 1. 2019, „Protokolu o posouzení nabídek“ ze dne 15. 2. 2019, „Protokolu o dokončení posouzení a hodnocení nabídek“ ze dne 8. 3. 2019 a „Zprávy o novém posouzení a hodnocení nabídek pro I. a VI. část veřejné zakázky“ ze dne 8. 3. 2019 zachytil svůj postup při přezkoumání otázky MNNC v nabídce vybraného uchazeče; jak bylo zevrubně popsáno i výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel k závěru o odůvodněnosti MNNC dospěl na základě předloženého rozpadu cen vybraným uchazečem, kdy náklady na předmět plnění veřejné zakázky jsou nižší, než nabídková cena dodavatele. Za takového stavu věci je, dle názoru Úřadu, legitimní závěr zadavatele vztahující se k oběma posuzovaným částem veřejné zakázky, a to: *„Ze zdůvodnění je zřejmé, že nabídkové ceny, kterých bylo dosaženo v rámci e-aukce, jsou odpovídající s ohledem na způsob realizace dané služby uchazečem, požadovanou kvalitu (technické parametry) jednotlivých služeb a příznivé technologické podmínky na straně uchazeče.“* Stejně tak Úřad neshledává v tomto ohledu pochybnost (či netransparentnost) v postupu zadavatele. Navrhovatel však v návrhu předeštl argumentaci týkající se shodných cenových podmínek pro dodavatele využívajících infrastrukturu (služby) společností CETIN a upozornil na to, že vybraný uchazeč má v některých lokalitách nabídkovou cenu nižší, než je nabízená cena společností CETIN za využívání jejich služeb (viz žádost navrhovatele na kalkulaci od společnosti CETIN). Zadavatel v tomto ohledu uplatňoval argumentaci odlišnou, když uvedl: *„Zadavatel nemá k dispozici informace o konkrétních cenových podmínkách nabízených jednotlivým dodavatelům (ať už společností CETIN nebo jiným poskytovatelem infrastruktury). I z veřejně dostupných zdrojů (www.cetin.cz) je však zřejmé, že ceny CETIN nejsou jednotné nebo neměnné a společnost CETIN poskytuje svým zákazníkům i individuální nabídky. Cenová*

nabídka mezi primárním poskytovatelem služby (např. CETIN) a subjektem nakupujícím služby je vždy navržena pro konkrétní obchodní případ. Objednávka velkého množství služeb se řídí tzv. projektovou cenou, u které se zpravidla nevychází z ceníků. Ceny jsou dojednány individuálně pro potřeby daného projektu a u projektových cen se výrazně uplatňuje i množstevní sleva. Dodavatelé nakupují od primárních poskytovatelů služby nejen pro Zadavatele, ale též pro své ostatní klienty, což má vliv na objem a tedy i na cenu nakupovaných služeb.“

94. Úřad pro posouzení postupu zadavatele považoval za nezbytné mít na jisto postaveno, zda argumentace navrhovatele, že „(...) společnost CETIN je coby inkumbentní operátor vázán regulatorními předpisy zejména rovnocenností vstupů, kdy musí všem subjektům nabízet služby rovnocenně a za stejných podmínek (vizte CETIN prezentace ze dne 30. 11. 2015). Společnost CETIN tak nemůže k jednotlivým obchodníkům přistupovat individuálně. Nelze tedy počítat s tím, že by např. Vybraný uchazeč získal individuální lepší ceny než třeba Navrhovatel.“ má oporu v skutečném stavu a zda např. neměla zadavateli vzniknout pochybnost ohledně těchto cen ve světle argumentace navrhovatele; resp. Úřad považoval za vhodné zjistit, zda lze přijmout zdůvodnění zadavatele, proč mu ve smyslu této námítky navrhovatele nevznikla pochybnost o (ne)odůvodněnosti MNNC vybraného dodavatele.
95. V této souvislosti se Úřad obrátil na ČTÚ (viz bod 45. a 46. odůvodnění tohoto rozhodnutí) jako na ústřední správní úřad zřízený pro výkon státní správy ve věcech stanovených zákonem o elektronických komunikacích. Dopisem ze dne 13. 5. 2019 Úřad požádal ČTÚ o zodpovězení následujícího dotazu: „Jsou velkoobchodní ceny datových služeb poskytovaných na trhu v České republice společností CETIN regulovány nějakým závazným předpisem, z něhož by mj. vyplývala povinnost nabízet služby rovnocenně a za stejných podmínek? Pokud ano, prosíme o konkretizaci tohoto předpisu“.
96. K uvedené žádosti ČTÚ přípisem ze dne 17. 5. 2019 mj. uvedl následující: „Úřad ukládá regulační nápravná opatření na trzích elektronických komunikací pouze podnikům s významnou tržní silou, a to v souladu se zákonem o elektronických komunikacích a v souladu s dalšími právními akty evropského regulačního rámce. Před uložením nápravných opatření konzultuje Úřad v souladu s § 111 odst. 1 zákona o elektronických komunikacích návrhy těchto opatření rovněž s Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže. Předmět Vaší žádosti se týká „datových komunikačních služeb“, mezi které mohou spadat různé typy služeb. Pro jejich poskytování lze přitom využít různé velkoobchodní vstupy od různých subjektů nebo je poskytovat s využitím vlastní sítě. Vámi obecně definovaných „datových komunikačních služeb“ se týkají tři tzv. relevantní trhy elektronických komunikací regulované nápravnými opatřeními Úřadu, a to:
- relevantní trh č. 3a - velkoobchodní služby s místním přístupem poskytovaným v pevném místě,
 - relevantní trh č. 3b - velkoobchodní služby s centrálním přístupem poskytovaným v pevném místě pro výrobky pro širokou spotřebu a
 - relevantní trh č. 4 - velkoobchodní služby s vysoce kvalitním přístupem poskytovaným v pevném místě.

Rozhodnutími č. REM/3a/05.2018-03, č. REM/3b/05.2018-04 a č. REM/4/05.2018-05 je společnosti CETIN uložen soubor povinností. Jednou z uložených povinností je v souladu s ustanovením § 81 zákona o elektronických komunikacích povinnost nediskriminace, a to při poskytování přístupu (tzn. velkoobchodního vstupu) uplatňovat rovnocenné podmínky za rovnocenných okolností pro ostatní podnikatele poskytující rovnocenné vstupy.

Uvedená povinnost znamená, že společnost CETIN musí velkoobchodní služby poskytovat za stejných (nediskriminačních) podmínek pro všechny ostatní podnikatele, a to včetně podmínek cenových. Nejedná se ovšem o nediskriminaci formou „rovnocennosti vstupů“, jak je zmíněno ve Vaší žádosti, konkrétně v citaci jednoho z účastníků předmětných správních řízení.

Rovnocenností vstupů se rozumí poskytování služeb a informací interním subjektům (např. dceřiným společnostem) usilujícím o přístup i třetím stranám usilujícím o přístup za stejných podmínek, včetně cen a úrovně kvality poskytovaných služeb, ve stejných lhůtách, za použití stejných systémů a procesů, a se stejnou úrovní spolehlivosti a výkonnosti. Jedná se tedy o využití shodných systémů, procesů a poskytování stejných informací jako jsou poskytovány při zřizování a poskytování maloobchodních služeb povinného subjektu. Jde o koncept, který vychází z Doporučení Evropské komise č. 2013/466/EU o konzistentních povinnostech nediskriminace a metodikách výpočtu nákladů s cílem podpořit hospodářskou soutěž a zlepšit podmínky pro investice do širokopásmového připojení ze dne 11. září 2013.

K tomu doplňujeme, že povinnost nediskriminace formou rovnocennosti vstupů se vztahuje k vertikálně integrovaným podnikům (viz § 2 písm. z) zákona o elektronických komunikacích) a byla v minulosti, konkrétně v době před dobrovolným rozdělením (separací) společnosti O2 Czech Republic a.s. (IČO: 60193336) na společnosti CETIN a O2 Czech Republic a.s., Úřadem uložena, a to pouze na relevantních trzích č. 3a a 3b. Nicméně tato povinnost byla výše uvedenými rozhodnutími zrušena. Ke zrušení této povinnosti Úřad přistoupil právě s ohledem na dobrovolnou separaci společnosti O2 Czech Republic a.s. a vznik (odštěpení) nové společnosti CETIN. Po uvedeném rozdělení (separaci) již společnost CETIN, jako podnik s významnou tržní silou, neposkytuje vlastní maloobchodní služby a povinnost se tak stala bezpředmětnou.“

97. Za účelem předejití případné nesprávné interpretace odpovědi ČTÚ Úřad dopisem ze dne 21. 5. 2019 požádal ČTÚ o zodpovězení následujícího doplňujícího dotazu: »Ve výše uvedeném sdělení mj. odkazujete na Vaše rozhodnutí č. REM/3a/05.2018-03, které se týká velkoobchodních služeb s místním přístupem poskytovaným společností Česká telekomunikační infrastruktura a.s., IČO 04084063, se sídlem Olšanská 2681/6, 130 00 Praha 3 (dále jen „CETIN“) v pevném místě a na Vaše rozhodnutí č. REM/3b/05.2018-04, které se týká velkoobchodních služeb s centrálním přístupem poskytovaným společností CETIN v pevném místě pro výroby pro širokou spotřebu.

Po prostudování rozhodnutí č. REM/3a/05.2018-03 a č. REM/3b/05.2018-04 Úřad zjistil, že obě tato rozhodnutí deklarují společnosti CETIN obecnou povinnost nediskriminace při poskytování předmětných datových služeb. Tato povinnost je v případě rozhodnutí č. REM/3a/05.2018-03 uvedena v článku „3. Povinnost nediskriminace při poskytování zpřístupnění účastnických vedení a pro přístup k přiřazeným prostředkům podle § 81 Zákona“

(str. 6 a 7) a v případě rozhodnutí č. REM/3b/05.2018-04 je uvedena v článku „3. Povinnost nediskriminace při poskytování přístupu podle § 81 Zákona (str. 3).

Znamená výše uvedená obecná povinnost nediskriminace vyplývající z Vašeho sdělení č. j. ČTÚ-21 247/2019-606 ze dne 17. 5. 2019 (kde mj. uvádíte: „Uvedená povinnost znamená, že společnost CETIN musí velkoobchodní služby poskytovat za stejných (nediskriminačních) podmínek pro všechny ostatní podnikatele, a to včetně podmínek cenových“) a z rozhodnutí č. REM/3a/05.2018-03 a č. REM/3b/05.2018-04, že **společnost CETIN je povinna** v lokalitách, kde má zbudovány svoji infrastrukturu, poskytovat, dodavatelům poskytujícím datové služby koncovým zákazníkům, velkoobchodní služby (přístup k dané infrastruktuře) **za identickou cenou pro všechny** dodavatele datových služeb (tj. cena konkrétní velkoobchodní služby - zpřístupnění dané infrastruktury - je pro kteréhokoli dodavatele, který následně poskytuje datové služby koncovému zákazníkovi od společnosti CETIN stejná), či tato skutečnost z obecné povinnosti nediskriminace **automaticky** nevyplývá a společnost CETIN má možnost např. cenu přizpůsobit množství odebíraných služeb (popř. poskytnout velkoobchodní slevu?

Uvedeno na příkladu: společnost CETIN má v lokalitě Vítkov u Opavy, Wolkerova 480 vybudovány infrastrukturu. O její zpřístupnění požádá společnost „A“, která má zájem následně poskytovat datové služby koncovému zákazníkovi „Z“. Stejně tak o zpřístupnění infrastruktury společnosti CETIN požádá společnost „B“, která má rovněž zájem poskytovat datové služby koncovému zákazníkovi „Z“. Je společnost CETIN s ohledem na výše citovaná rozhodnutí vždy povinna zpřístupnit svou infrastrukturu k poskytování datových služeb v této lokalitě společnosti „A“ a společnosti „B“ za stejnou cenu?«.

98. ČTÚ ve svém doplňujícím vyjádření ze dne 27. 5. 2019 mj. uvedl následující: „Povinnost nediskriminace podle § 81 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), ve znění pozdějších předpisů, zavazuje společnost CETIN uplatňovat při poskytování přístupu rovnocenné podmínky za rovnocenných okolností pro ostatní podnikatele poskytující rovnocenné služby. Identické ceny pro ostatní podnikatele je tak společnost CETIN povinna uplatňovat jen za identických okolností, nikoliv za všech okolností.

Množství odebíraných služeb přitom může být jednou z takových okolností, která opravňuje nabídnout rozdílnou cenu služby. V povinné referenční nabídce MMO (viz Přílohu 1.7: Program zvyšování kvality) společnosti CETIN na trhu č. 3b jsou uplatňovány slevy za uzavření smlouvy s časovým závazkem na 3 nebo 7 let. Rovněž existence objemových slev by nebyla v rozporu s uloženou povinností nediskriminace, neboť množství odebíraných služeb je další legitimní okolností, kterou může podnik s významnou tržní silou přiměřeně zohlednit při tvorbě cen (viz v této věci např. recitál 19 a Příloha II Doporučení Evropské komise 2013/466/EU o konzistentních povinnostech nediskriminace a metodikách výpočtu nákladů s cílem podpořit hospodářskou soutěž a zlepšit podmínky pro investice do širokopásmového připojení). Podmínky této povinné referenční nabídky MMO společnosti CETIN byly z hlediska slučitelnosti s pravidly hospodářské soutěže zkoumány rovněž ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (čj. ÚOHS-P0785/2016/DP- 21503/2016/830/NVo nebo ÚOHS-P0785/2016/DP-03625/2017/830/NVo), přičemž obecně nabídka časových slev nebyla shledána porušením zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů.“.

99. Z výše citovaných stanovisek ČTÚ je zřejmé, že povinnost nediskriminace stanovená v § 81 zákona o elektronických komunikacích zavazuje společnost CETIN uplatňovat při poskytování přístupu rovnocenné podmínky za rovnocenných okolností pro ostatní podnikatele poskytující rovnocenné služby. **Identické ceny pro ostatní podnikatele je tak společnost CETIN povinna uplatňovat jen za identických okolností, nikoliv za všech okolností.** Jako příklad neidentických okolností, kdy společnost CETIN může dodavatelům nabídnout vzájemně rozdílnou cenu, ČTÚ například uvádí množství odebíraných služeb. Pokud tedy navrhovatel ve správním řízení argumentuje tím, že u společnosti CETIN poptával „připojení“ lokality Vítkov u Opavy, Wolkerova 480 po dobu 72 měsíců, obdržel nabídku na připojení ve výši 24 500 Kč/2 služby, tj. 12 250 Kč/služba, což je (podle jeho vyjádření) **nejnižší možná nabídka na připojení v této lokalitě**, ve světle výše uvedeného se uvedené tvrzení navrhovatele nezakládá na pravdě. Množství odebíraných služeb od společnosti CETIN ze strany vybraného uchazeče totiž může být diametrálně odlišné od rozsahu odebíraných služeb jiných dodavatelů, přičemž jak vyplývá z vyjádření ČTÚ, množství odebíraných služeb může být jedním, nikoliv toliko jediným důvodem pro uplatnění odlišných cen ze strany CETIN vůči svým obchodním partnerům. S ohledem na výše uvedené rozhodné skutečnosti má Úřad za to, že zadavatel měl dostatek podkladů pro přijetí závěru učiněného podle zákona, a sice, že vybraný uchazeč přítomnost MNNC ve své nabídce řádně odůvodnil a zadavatel toto odůvodnění v plném rozsahu akceptoval. Výše uvedený postup zadavatele související s posouzením MNNC v nabídce vybraného uchazeče v předmětných částech veřejné zakázky proto Úřad považuje za souladný se zákonem. Pro úplnost Úřad v této souvislosti dodává, že v šetřeném případě je Úřad kompetentní posoudit postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky v části I. a VI. veřejné zakázky podle zákona, do gesce Úřadu však již nespadá posouzení případného porušení jiných právních předpisů v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou.
100. K argumentaci navrhovatele, že existence MNNC v nabídce společnosti O2 negativním způsobem ovlivnila průběh elektronické aukce, kdy rozdíly v cenových nabídkách v pořadí prvních dvou uchazečů (tj. vybraného uchazeče a navrhovatele) se významně liší od cenové nabídky uchazeče, jehož nabídka se umístila jako třetí v pořadí (tj. od společnosti T-Mobile), Úřad uvádí následující. 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 v e-aukci došlo ke snižování ceny v rámci jednotlivých aukcí a soutěži o ceny mezi vybraným uchazečem a navrhovatelem, znamená to, že e-aukce v daném případě splnila svůj účel, neboť právě maximální snížení nabídkové ceny uchazečů a snížení jejich marží na minimální úroveň, je právě jedním z důvodů, proč zadavatelé k zadání veřejné zakázky v e-aukcích přistupují. Je pak na každém uchazeči a na jeho podnikatelském rozhodnutí, zda dále bude svoji nabídkovou cenu snižovat, nebo licitování o cenu ukončí a zaměří se na jinou zakázku. Navíc nabídnutím konkrétní výše nabídkové ceny za zadavatelem poptávané plnění je svobodným rozhodnutím každého uchazeče, který za ni nese plnou odpovědnost. Za případné nesprávné podnikatelské rozhodnutí konkrétního

uchazeče nelze vinit zadavatele, ani jiného uchazeče. Situace při zadávání veřejné zakázky v „běžném“ zadávacím řízení a v e-aukci se v tomto ohledu nijak neliší. Pokud tedy navrhovatel měl pocit, že v případě některé části veřejné zakázky jsou ceny za poskytnuté ceny v e-aukci již tak 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, a tudíž by se tak nezvyšoval ani rozdíl mezi cenovými nabídkami v pořadí prvních dvou uchazečů (tj. vybraného uchazeče a navrhovatele) od cenové nabídky uchazeče, jehož nabídka se umístila jako třetí v pořadí (tj. od společnosti T-Mobile).

101. K argumentaci navrhovatele, že u předmětných částí veřejné zakázky byly služby v rámci e-aukce výrazně sníženy pod „tržní“ ceny za poskytování obdobných služeb, Úřad uvádí následující. Úřad nemá informaci o tom, že by existovala pro daný typ služby správná „tržní“ cena v konkrétní výši. Pokud se použije pojem tržní cena, jedná se obecně o cenu, která je dána konkrétní nabídkou a poptávkou v konkrétním segmentu trhu a v konkrétním čase. Neexistuje tedy žádná „správná“ tržní cena, která by byla signifikantní pro daný typ a rozsah služby, obzvláště ne v oblasti datových služeb, kde je zcela běžné (obdobně jako u hlasových služeb), že se ceny v korporátní a v privátní oblasti mohou lišit, v některých případech i velmi výrazně. Pokud tedy navrhovatel argumentuje tím, že za předchozí období byly vysoutěženy ceny za poskytování služeb ve vyšší cenové hladině, která je správnou tržní cenou, oproti nově vysoutěžným cenám, které jsou výrazně pod hladinou tržní ceny, nejde mu dát za pravdu. Z argumentace navrhovatele totiž vyplývá, že jím nabízené ceny nejsou MNNC, neboť aby mohl plnit veřejnou zakázku pro zadavatele, nemusí na rozdíl od konkurenčních dodavatelů dělat předem nic, toliko započít poskytovat poptávané služby, poněvadž má již zbudovanou kompletní infrastrukturu pro poskytování poptávaných služeb. Z výše uvedeného argumentu navrhovatele, z jeho opakované argumentace ohledně jeho nabídkových cen ve vztahu k MNNC i z jeho chování v e-aukci, kdy pomocí licitace o cenách s vybraným uchazečem dokázal snížit původní ceny za poskytované služby na nové hodnoty, lze usuzovat, že jím nabídnuté ceny jsou reálné a je možné za ně poptávané služby v požadovaném rozsahu a kvalitě poskytovat. Paradoxně by se tedy mohlo usuzovat o příliš vysokých cenách nabídnutých dodavateli za obdobné služby v minulém období, které jsou výrazně vyšší než stávající služby nabídnuté a garantované samotným navrhovatelem.
102. 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 samo o sobě důvodem pro rozhodnutí zadavatele o novém výběru nejvhodnější nabídky. V této souvislosti Úřad dodává, že hlavním účelem a smyslem zákona je hospodárné a účelné vynakládání **veřejných prostředků** zadavatele při zachování řádné soutěže, čehož dle názoru Úřadu bylo v daném případě dosaženo. 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.
103. Úřad nesouhlasí s argumentací navrhovatele uvedenou v návrhu, že nabídka vybraného uchazeče buď obsahuje MNNC, která není objektivně odůvodnitelná, nebo v opačném případě vybraný uchazeč zadavateli poskytne datové služby s jinými (horšími) parametry, než jak poptává zadavatel v zadávacích podmínkách. Výše nabídkové ceny sama o sobě

nenasvědčuje nic o kvalitě poskytované služby, ani o serióznosti dodavatele ve smyslu dodržení závazku vztahujícího se ke kvalitě a parametrech poskytovaných datových služeb. Úřad si umí prakticky představit situaci, kdy dodavatel s nižší nabídkovou cenou bude poptávanou službu poskytovat s garantovanými parametry a v nadstandardně vysoké kvalitě, zatímco na druhé straně dodavatel s vyloženě vysokou nabídkovou cenou může poskytovat služby, které toliko zajistí minimální požadavek zadavatele a nepřinesou mu žádnou další přidanou hodnotu v podobě vyšší kvality poskytované služby (za situace, že zadavatel soutěží např. na cenu). Úřad uvádí, že je povinností zadavatele, aby parametry a kvalitu poskytované služby ověřil tak, aby byla v souladu s jeho požadavky stanovenými v zadávacích podmínkách a i v souladu s tím, co obsahuje nabídka vybraného uchazeče. Vzhledem k tomu, že zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ubezpečil, že kvalitu poskytované služby vždy ověřuje před vlastním započítáním poskytování služby, a to ve všech případech nevyjímaje, Úřad nepředpokládá, že by tomu v rámci části I. a VI. veřejné zakázky mělo být jinak. Úřad navíc nemá žádnou relevantní indicii, která by vyvolala jeho pochybnost o tom, zda zadavatel důsledně prověří kvalitu poskytované služby, obzvláště za situace, pokud tak sám činil až doposud, a to ve všech případech poskytování datových služeb. Ze zprávy je rovněž zjevné, že zadavatel v případě obou šetřených částí veřejné zakázky provedl posouzení všech hodnocených nabídek (tj. i nabídky společnosti O2) s ohledem na splnění zákonných požadavků i s ohledem na splnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách (tj. i požadavků na kvalitu, technické parametry a typ připojení jednotlivých lokalit).

K návrhu navrhovatele na provedení důkazu

104. Navrhovatel ve svém návrhu navrhuje, aby Úřad při posuzování „cenových tvrzení“ vybraného uchazeče, zejména o cenových hladinách možného nákupu velkoobchodních služeb vybraným uchazečem na velkoobchodním trhu na služby o kapacitách 50 Mbps, 100 Mbps a 1 Gbps využil možnost posoudit tuto problematiku prostřednictvím regulátora trhu, kterým by podle navrhovatele měl disponovat podrobnými cenovými analýzami trhu.
105. Poněvadž Úřad v předmětném správním řízení považoval za vhodné zjistit, zda společnost CETIN je povinna v lokalitách, kde má zbudovány svoji infrastrukturu, poskytovat, dodavatelům poskytujícím datové služby koncovým zákazníkům, velkoobchodní služby (přístup k dané infrastruktuře) za identickou cenou pro všechny dodavatele datových služeb, či nikoliv, a případně za jakých podmínek, obrátil se v souvislosti s touto problematikou na ČTÚ (viz bod 95. až 98. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Uvedené šetření Úřad považuje pro rozhodnutí předmětné věci za dostačující, a tudíž žádné další šetření v uvedeném ohledu neprováděl.

K problematice přítomnosti obchodního tajemství vybraného uchazeče ve zdůvodnění MNNC a v doplnění zdůvodnění MNNC

106. Úřad ve správním řízení nepřehlédl ani námitku navrhovatele, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách neuvádí „(...) *nabídkové ceny Vybraného uchazeče po jednotlivých lokalitách ve vztahu k použité technologii, ani informaci, že cena nákupu služby je nižší, než cena, kterou Vybraný uchazeč vložil do své nabídky. Rozhodnutí o námitkách uvádí jen obecné informace, aniž by rozlišovalo jednotlivé lokality.*“. V této souvislosti Úřad uvádí, že zadavatel byl společností O2 upozorněn, že zdůvodnění MNNC ze dne 11. 2. 2019 i doplnění zdůvodnění

MNNC ze dne 7. 3. 2019 obsahuje obchodní tajemství společnosti O2 (viz bod 81. a 83. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedeného důvodu zadavatel s obsahem dokumentů, které společnost O2 označila za její obchodní tajemství, přiměřeně nakládal. V uvedeném ohledu skutečnost, že zadavatel v zadávacím řízení neuveřejnil obsah zdůvodnění MNNC a doplnění zdůvodnění MNNC předloženého společností O2, zejména dílčí nákladové položky a použité technologie (Úřad však tyto informace při rozhodování měl v plném rozsahu k dispozici, pozn. Úřadu), nepovažuje za porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení. Z předložené dokumentace (a to i vyjma částí obsahujících obchodní tajemství) je totiž zcela zjevné, jak zadavatel postupoval poté, co v nabídce vybraného uchazeče identifikoval MNNC, jaké kroky činil, aby mohl věcně přítomnost MNNC v nabídce vybraného uchazeče posoudit, i jaké důvody jej vedly pro akceptaci MNNC obsažené v nabídce vybraného uchazeče.

107. Podle ustanovení § 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „občanský zákoník“) obchodní tajemství tvoří konkurenčně významné, určitelné, ocenitelné a v příslušných obchodních kruzích běžně nedostupné skutečnosti, které souvisejí se závodem a jejichž vlastník zajišťuje ve svém zájmu odpovídajícím způsobem jejich utajení.
108. Zdůvodnění MNNC a doplnění zdůvodnění MNNC obsahují mj. informace o technickém řešení nabídky vybraného uchazeče (předpokládané typy připojení jednotlivých lokalit) a cenový rozpad nákladů pro každou jednotlivou lokalitu u obou posuzovaných částí veřejné zakázky. Tyto informace lze považovat za takové, které zásadním způsobem ovlivňují tzv. „cenovou politiku“ vybraného uchazeče, tj. jeho způsob tvorby nabídkové ceny. Informace technické a ekonomické povahy vztahující se k řešení nabízeného vybraným uchazečem, které jsou součástí zdůvodnění MNNC a doplnění zdůvodnění MNNC, jsou zcela nepochybně skutečností konkurenčně významnou, neboť informace o konkrétním technickém řešení a cenovém rozpadu nákladů pro každou jednotlivou lokalitu poskytuje ostatním dodavatelům množství konkurenčně významných informací, jejichž uveřejněním může dojít k eliminaci konkurenční výhody vybraného uchazeče v tom smyslu, že konkurenti vybraného uchazeče mohou na základě těchto informací přizpůsobit svou „cenovou politiku“ zjištěným skutečnostem tak, aby jejich nabídka na trhu datových služeb uspěla. Tyto informace jsou zároveň skutečností ocenitelnou, neboť v případě uveřejnění těchto informací by mohlo ohrozit úspěšné fungování vybraného uchazeče na konkurenčním trhu, který je s těmito konkurenčně významnými informacemi spojen. Rovněž je zcela nepochybné, že se v šetřeném případě jedná o skutečnost určitelnou, neboť pokud vybraný uchazeč uvedl, že skutečnosti uvedené ve zdůvodnění MNNC a v doplnění zdůvodnění MNNC považuje za své obchodní tajemství, je zcela jednoznačné, o jaké informace se obsahově jedná. Že tyto informace souvisejí s obchodním závodem a jedná se o skutečnosti v příslušných obchodních kruzích běžně nedostupné, vyplývá již ze samotného obsahu návrhu, v rámci něhož navrhovatel informace týkající se cenového rozpadu nákladů pro každou jednotlivou lokalitu ve vztahu k použité technologii postrádá a domáhá se jich tak po zadavateli. Ze zdůvodnění MNNC a z doplnění zdůvodnění MNNC je pak zřejmé, že vybraný uchazeč zajišťuje odpovídajícím způsobem utajení předmětných skutečností. V návaznosti na výše uvedené má tedy Úřad za to, že právní náležitosti obchodního tajemství v šetřeném případě byly naplněny, a informace technické a ekonomické povahy poskytnuté vybraným uchazečem, kromě obecně známých a veřejně dostupných informací, ve zdůvodnění MNNC a v doplnění zdůvodnění MNNC tak lze považovat za obchodní tajemství vybraného uchazeče ve smyslu

§ 504 občanského zákoníku. Úřad v této souvislosti dodává, že jak zadavatel, tak rovněž i Úřad přistoupil k ochraně těchto informací, neboť je přesvědčen, že s ohledem na způsob uplatňované argumentace navrhovatelem nebylo nezbytné „prolomit“ obchodní tajemství vybraného uchazeče (co do detailního rozpadu nabídkových cen či užívaných technologií) ani pro účely vedeného správního řízení. Nelze totiž přehlédnout, že gros argumentace navrhovatele spočívá v konstatování o přítomnosti MNNC v nabídce vybraného uchazeče, přičemž však nabídkové ceny navrhovatele a vybraného uchazeče se neliší významným způsobem. Z bodů 4.1.3. a 4.2.3. zprávy vyplývá, že pro část I. veřejné zakázky činí nabídková cena za 1 měsíc poskytování služby v případě vybraného uchazeče 2 000 Kč bez DPH a v případě navrhovatele 2 399 Kč bez DPH. Pro část VI. veřejné zakázky tato cena činí v případě vybraného uchazeče 6 600 Kč bez DPH a v případě navrhovatele 6 799 Kč bez DPH. V případě VI. části veřejné zakázky tak je rozdíl nabídkových cen mezi vybraným uchazečem a navrhovatelem minimální; v případě části I. veřejné zakázky je nabídková cena vybraného uchazeče o cca 17 % nižší než nabídková cena navrhovatele. Navrhovatel jako zásadní rozdíl pak shledává v tom (stejně tak opodstatněnost vs. neopodstatněnost nabízených cen), že vybraný uchazeč není v pozici stávajícího poskytovatele služeb a tedy nemůže mít výhodu např. již zajištěné infrastruktury atp., jako tomu je v případě navrhovatele a proto jím nabízená cena je nezdůvodněná, přičemž jako hlavní argumentaci uplatnil cenovou politiku společnosti CETIN. Navrhovatel ve svém návrhu argumentuje tím, že společnost CETIN je coby inkumbentní operátor vázán regulačními předpisy zejména rovnocenností vstupů, kdy musí všem subjektům nabízet služby rovnocenně a za stejných podmínek. Navrhovatel v této souvislosti v návrhu uvedl konkrétní cenovou nabídku na připojení konkrétní lokality, kterou mu předložila společnost CETIN, přičemž v této souvislosti argumentuje, že cenová nabídka, kterou obdržel od společnosti CETIN je pro danou lokalitu nejnižší možná, přičemž neexistuje žádná možnost, aby např. vybraný uchazeč obdržel od společnosti CETIN cenovou nabídku, která by byla výhodnější. Uvedená úvaha navrhovatele se v průběhu správního řízení ukázala jako mylná, jelikož z obsahu vyjádření ČTÚ, která si Úřad vyžádal, vyplývá, že povinnost nediskriminace stanovená v § 81 zákona o elektronických komunikacích zavazuje společnost CETIN uplatňovat při poskytování přístupu rovnocenné podmínky za rovnocenných okolností pro ostatní podnikatele poskytující rovnocenné služby. Identické ceny pro ostatní podnikatele je tak společnost CETIN povinna uplatňovat jen za identických okolností, nikoliv za všech okolností, přičemž jako příklad neidentických okolností, kdy společnost CETIN může dodavatelům nabídnout vzájemně rozdílnou cenu, ČTÚ například uvádí množství odebíraných služeb (k tomu podrobně viz bod 94. až 99. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z právě uvedeného je tak zjevné, že není nemyslitelné, aby nabídková cena vybraného uchazeče za navrhovatelem zmiňovanou lokalitu byla v takové výši, v jaké je uvedena v nabídce vybraného uchazeče, neboť různí dodavatelé mohou mít jinou vstupní cenu od společnosti CETIN za využití příslušné infrastruktury. Ve vztahu k navrhovatelem rozporované technologii využívané vybraným uchazečem se pak v zásadě jedná o obecné konstatování bez bližší argumentace, neboť využití neodpovídající technologie navrhovatel spojuje pouze ve vztahu k udávané nabídkové ceně (k tomu viz výše, přičemž z dokumentace o veřejné zakázce je zjevné, že zadavatel se zabýval i tím, jaké technologie jsou vybraným uchazečem nabízeny a zda odpovídají zadávacím podmínkám). Z postupu zadavatele je pak seznatelné, a to i pro navrhovatele, že zadavatel ověřoval, zda obdobných nabídkových cen jako navrhovatel je schopen dosáhnout i dodavatel, který není pro dané lokality současným

poskytovatelem. Právě s ohledem na výše uvedené skutečnosti považuje Úřad jím v průběhu správního řízení zpřístupněné informace za dostačující a má za to, že nebylo ani pro účely správního řízení nezbytné detailní informace o rozpadu nabídkových cen, stejně tak použitých technologiích, jež mají povahu obchodního tajemství zpřístupnit. Úřad pro úplnost dodává, že jako podklady tohoto rozhodnutí učinil dokumenty, ze kterých byl zjevný procentní rozdíl mezi výslednou nabídkovou cenou a náklady vybraného uchazeče na poskytnutí poptávané služby, a tedy má za to, že navrhovatel nebyl v daném případě jakkoliv krácen na svých procesních právech.

109. Tu Úřad akcentuje, že vycházel i z relevantní judikatury, přičemž nelze přehlédnout např. závěry předsedy Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R277/2011/VZ-6491/2012/310/JRa ze dne 15. 5. 2012, v němž je uvedeno následující: *„Podrobná kalkulace cenové nabídky, stejně jako např. technické řešení nabídek jednotlivých uchazečů, jsou součástí obchodního tajemství, přičemž je nezbytné dle § 122 odst. 2 zákona (zákon č. 137/2006 Sb. o zadávání veřejných zakázek – pozn. Úřadu), učinit taková opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno. Pokud bych přistoupil na to, že nabídky uchazečů je nutné zpřístupnit, včetně částí, ve kterých jsou informace spadající do obchodního tajemství, pak by se dle mého názoru jednalo o natolik limitující skutečnost, která by mohla omezovat jakékoliv zadávání veřejných zakázek z důvodu obav, že konkurenční firma může získat neodůvodněnou výhodu či prospěch na základě porušení obchodního tajemství.“*
110. Stejně tak lze odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 31 A 148/2018 ze dne 12. 2. 2019, ve kterém je k otázce přítomnosti obchodního tajemství v zadávacím řízení judikováno: *„Není pochyb o tom, že nabídka podaná v zadávacím řízení může obsahovat části, které svou povahou spadají pod zákonnou definici obchodního tajemství dle § 504 občanského zákoníku. Této skutečnosti si je vědom i žalovaný, proto v uvedených rozhodnutích vyslovil závěr o nemožnosti zpřístupnění celých nabídek uchazečů, a to právě z důvodu, že obsahují informace spadající pod definici obchodního tajemství, jako jsou např. položkové seznamy, obchodní kalkulace, resp. podrobné rozpady cenové nabídky, technické specifikace apod. Informace o celkové nabídkové ceně však do této kategorie, jak je zdůvodněno výše, nespadá, ani o ní žalovaným nebylo v uvedených rozhodnutích v tomto smyslu pojednáváno“*. Z výše citovaného rozsudku tedy rovněž vyplývá, že např. rozpady ceny či technické specifikace mohou mít povahu obchodního tajemství konkrétního dodavatele; naopak obchodním tajemstvím není „celková“ nabídková cena.
111. S ohledem na výše uvedené Úřad návrh v části I. a VI. veřejné zakázky zamítl podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona tak, jak je uvedeno ve výrocích I. a II. 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. 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 2355, 708 00 Ostrava – Poruba
3. O2 Czech Republic a.s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle

Vypraveno dne:

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