



Česká pošta, s.p.
Politických vězňů 909/4
225 99 Praha 1

V Praze dne 27. srpna 2012

Námítky proti zadávacím podmínkám

podle § 110 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

Veřejná zakázka

„Poskytování datových komunikačních služeb“, ev. č. zakázky 222938

Zadavatel

Česká pošta, s.p. se sídlem Praha 1, Politických vězňů 909/4, PSČ 225 99

Stěžovatel:

GTS Czech s.r.o. se sídlem Praha 3, Přemyslovská 2845/43, PSČ 130 00, IČ 28492170 zastoupena na základě plné moci Tomášem Pfefferem, členem sdružení INDOC, místem podnikání Praha 6, Šermířská 2378/3b, PSČ 169 00, IČ 87705508. Zmocnění je přílohou námitek.

Adresa pro doručování:

Tomáš Pfeffer, datová schránka akjz487, e-mail: pfeffer@indoc.cz

Sdružení INDOC

Tomáš Pfeffer
Ing. Martin Kovařík
Mgr. Vítězslava Kukáková

Šermířská 2378/3b, 169 00 Praha 6
Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4
Zadní 209, 691 26 Pouzďřany

IČ 87705508
IČ 14947757
IČ 88107787

www.indoc.cz

datová schránka akjz487
datová schránka e4hyzmg
datová schránka kdw5ubt



I.

Zadavatel – Česká pošta, s.p. se sídlem Praha 1, Politických vězňů 909/4, PSČ 225 99, (dále jen „zadavatel“) zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon“) jednací řízení s uveřejněním na veřejnou zakázku „Poskytování datových komunikačních služeb“, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 29.6.2012 pod ev. č. zakázky 222938 (dále jen „zadávací řízení“ nebo „veřejná zakázka“).

Společnost GTS Czech s.r.o. se sídlem Praha 3, Přemyslovská 2845/43, PSČ 130 00, IČ 28492170, zastoupena na základě plné moci Tomášem Pfefferem, členem sdružení INDOC, místem podnikání Praha 6, Šermířská 2378/3b, PSČ 169 00, IČ 87705508, (dále jen „stěžovatel“) podrobně prostudoval požadavky zadavatele specifikované v podmínkách zadání a v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám, přičemž dospěl k závěru, že jsou vymezeny v rozporu se zákonem a stěžovateli je tak fakticky znemožněna účast v zadávacím řízení. Přesto stěžovatel podal ve stanovené lhůtě žádost o účast v jednacím řízení s uveřejněním a doložil doklady prokazující splnění kvalifikace. Vzhledem k tomu, že dosavadní postup zadavatele však stěžovateli brání v následném podání nabídky na plnění veřejné zakázky, podává současně tímto proti zadávacím podmínkám námítky, jejichž podrobné odůvodnění uvádí níže.

II.

Předmět a podmínky plnění veřejné zakázky v rozporu se zásadou zákazu diskriminace

Zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky v čl. 2.1. zadávací dokumentace jako *uzavření rámcové smlouvy s 1 dodavatelem na zajištění pronájmu datových komunikačních služeb propojujících pracoviště zadavatele na dobu 4 let*. Dále uvedl, že *předpokládaný maximální počet přípojek za měsíc je 200 a předpokládaná celková roční hodnota za poskytnuté služby dle Prováděcích smluv je 300 000 000,- Kč*.

Z podmínek zadání dále vyplývá, že pronájem datových komunikačních služeb by se měl týkat celkem 1774 kusů stávajících linek.

Přílohou č. 5 zadávací dokumentace byl vzor Rámcové smlouvy o poskytování služeb (dále jen „rámcová smlouva“). V souladu s čl. 5.1 rámcové smlouvy je *dodavatel povinen zahájit poskytování služby sjednané v příslušné Prováděcí smlouvě nejdéle do 30 kalendářních dní ode dne uzavření příslušné Prováděcí smlouvy (dodací lhůta), není-li v Prováděcí smlouvě stanoveno jinak*.



- Požadavek na jediného dodavatele

Z výše uvedených skutečností je zřejmé, že zadavatel hodlá zadat plnění veřejné zakázky jedinému uchazeči, o jednotlivé prováděcí smlouvy se již soutěžit nebude. Předmět veřejné zakázky se přitom týká téměř 2000 linek rozmístěných po celé České republice, což svědčí o mimořádném rozsahu požadovaného plnění. Zadavatel navíc stanovil požadavek, aby ke zprovoznění poskytovaných služeb došlo nejpozději do 30 kalendářních dní od podpisu každé jednotlivé prováděcí smlouvy.

S ohledem na stanovené podmínky, zejména obsah a rozsah předmětu veřejné zakázky, nezbyvá stěžovateli než konstatovat, že zajištění plnění celé veřejné zakázky, aniž by došlo k jejímu rozdělení na části, je zcela nereálné pro všechny operátory s výjimkou stávajícího poskytovatele služeb, tj. společnost Telefónica Czech Republic, a.s. (dále jen „Telefónica“). Tento operátor je tak postupem zadavatele přímo zvýhodněn. Projekční a realizační kapacity žádného jiného telekomunikačního operátora neumožňují realizovat předmětné přípojky v počtu jednotek tisíc kusů v jednom či několika málo měsících. Takový počet linek a takto krátká doba stanovená pro jejich zprovoznění vyžaduje od vybraného uchazeče, aby měl materiální i personální zázemí v rozsahu, který má k dispozici v současné době pouze společnost Telefónica.

Na tomto místě považuje stěžovatel za vhodné rovněž zdůraznit, že ve veřejné zakázce na datovou síť IP VPN nemohou telekomunikační operátoři využít služby přístupu k účastnickému vedení operátora s významnou tržní silou (CPS/WLR). Povinnost v tomto smyslu ukládá Český telekomunikační úřad společnosti Telefónica pouze pro hlasové telefonní služby a služby domácího připojení k internetu ADSL. Nikoliv však pro služby datové. Dominantní operátor tedy není povinen zpřístupnit svoji infrastrukturu jakémukoliv jinému subjektu.

Vzhledem k umístění jednotlivých poboček zadavatele, v nichž bude docházet k plnění, má stěžovatel důvod domnívat se, že některé z existujících či plánovaných linek není objektivně jiný operátor než Telefónica schopen technicky realizovat, a to ani při vynaložení maximálního úsilí. V těchto jednotlivých případech se jedná o připojení v místech, kde kromě operátora s významnou tržní silou nikdo jiný nemá potřebnou infrastrukturu a její dobudování není s ohledem na místní poměry možné. I když teoretická možnost zřízení linky může existovat, ve skutečnosti by musel uchazeč vynaložit náklady, které by mnohonásobně převýšily jakýkoliv plánovaný zisk z jejího budoucího provozu. Zřizování nových linek v těchto případech (jedná se zejména o odlehlá a těžko dostupná místa) by tak pro uchazeče znamenalo značnou finanční ztrátu, kterou by nemohl nijak kompenzovat. Pokud by totiž skutečné náklady související se zřízením těchto linek promítl do své nabídkové ceny, přestala by tato být konkurenceschopná. Uchazeč by nemohl objektivně konkurovat zejména nabídkové ceně společnosti Telefónica. Tento operátor totiž již nyní disponuje všemi požadovanými přípojkami, a to z pozice tradičního



operátora v České republice. Účast společnosti Telefónica na plnění veřejné zakázky je tedy v podstatě nezbytná. Současně však platí, že má-li být rámcová smlouva uzavřena pouze s jedním subjektem, pak je předem vyloučen kdokoliv jiný. Do veřejné zakázky tak může podat svoji nabídku pouze společnost Telefónica. S ohledem na to, že je sama schopna zajistit celé plnění, nemusí pro podání ani hledat žádného dalšího partnera či subdodavatele.

Uzavření rámcové smlouvy s jediným uchazečem přitom postrádá jakékoliv opodstatnění. Realizace veřejné zakázky může být po technické stránce nepochybně zajištěna i více uchazeči. Rámcovou smlouvou uzavřenou s více uchazeči by zadavatel dosáhl rovněž výrazně lepší nabídkové ceny i celkové efektivity veřejné zakázky. Veřejná zakázka by mohla být realizována souběžně více uchazeči, mezi nimiž by došlo ke skutečnému působení konkurence a bylo by tak zajištěno, že zadavatel získá skutečně nejvýhodnější nabídku. Zadavatel by navíc objektivně mohl získat úsporu i v dalších obdobích, neboť při působení více operátorů se dá očekávat jejich zájem na průběžném získávání prováděcích zakázek na úkor ostatních.

Postup zadavatele je o to nepochopitelnější, že sám má praktické znalosti a zkušenosti s provozem rozsáhlých telekomunikačních sítí prostřednictvím více operátorů. Zadavatel dokonce pro ústřední orgány státní správy zajišťuje systém CMS, jehož základní funkcí je vytvářet a podporovat prostředí více operátorů. Tímto systémem jsou uspokojovány telekomunikační potřeby ministerstev a dalších organizací státní správy a místní samosprávy České republiky. Za provozování systému CMS navíc zadavatel vybírá od dodavatelů poplatky, a to v nemalé výši 2 mil. Kč za každý rok. V současné době je v systému CMS zapojeno nejméně 7 operátorů, mimo stěžovatele a společnosti Telefónica jsou to ČD Telematika, České radiokomunikace, T-Systems Czech Republic, Dial Telecom a Havel internet. S ohledem na aktuální vývoj se navíc dá očekávat, že jejich počet bude do budoucna stoupat. Je tak více než absurdní, když samotný zadavatel popírá principy efektivity a úspor z CMS a hodlá zadat veškeré služby jednomu operátorovi s tím, že *prováděcí smlouvy budou primárně uzavírány do konce platnosti rámcové smlouvy*, tedy na celou dobu plnění veřejné zakázky (odpověď č. 2 v dodatečných informacích č. 2 ze dne 2.8.2012).

Ačkoliv zákon zadavateli nestanoví povinnost veřejnou zakázku rozdělit, s ohledem na aktuální judikaturu Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu, lze konstatovat, že nerozdělením veřejné zakázky na části, resp. neuzavřením rámcové smlouvy s více uchazeči, se zadavatel dopouští porušení § 6 odst. 1 zákona, zejména zásady zákazu diskriminace. V této souvislosti lze odkázat zejména na rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“) č. j. 62 Af 7/2010-135 ze dne 2.3.2010, v němž soud dospěl k závěru, že *pokud by pak povaha předmětu veřejné zakázky rozdělení připouštěla, a zároveň rozdělení nebránil ani § 13 odst. 3 ZVZ, bylo by podle názoru soudu namístě, aby zadavatel institutu rozdělení veřejné zakázky na části využil, a to bez ohledu na to, že ZVZ jeho využití výslovně neukládá. V opačném případě by totiž omezil hospodářskou soutěž mezi dodavateli a porušil tak § 6 ZVZ. ... Podle názoru soudu se totiž nejedná o situaci, kdy by byl zadavatel nucen činit něco, co zákon neukládá. Naopak, pokud ZVZ*



zakazuje při zadávání veřejných zakázek diskriminaci (a to jak zjevnou, tak skrytou), je třeba dovodit, že zadavatel je povinen postupovat tak, aby tento zákaz respektoval a v zadávacím řízení se diskriminace nedopouštěl. Je-li jediným způsobem, jak toho dosáhnout, rozdělení veřejné zakázky a tuto možnost ZVZ výslovně připouští, je třeba takový postup (rozdělení veřejné zakázky z důvodu zabránění diskriminace) považovat za postup ZVZ uložený. Dané rozhodnutí bylo potvrzeno rozsudkem Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) č. j. 2 Afs 59/2010-183 ze dne 18.1.2011.

Výše citované závěry lze přitom bez dalšího aplikovat i v dané veřejné zakázce. Předmětem veřejné zakázky jsou různé datové služby, jejichž plnění nemusí nutně zajišťovat jediný subjekt. Na druhé straně v současné době existuje na trhu pouze jediný dodavatel, který je objektivně schopen jejich kompletní realizaci zajistit. V důsledku požadavku zadavatele na jediného dodavatele tak došlo k zásadnímu omezení, respektive úplnému vyloučení konkurenčního prostředí a výsledek veřejné zakázky je předem zřejmý. Plnění jednotlivých služeb přitom spolu přímo nesouvisí, a to věcně, místně, časově ani funkčně, jednotlivé služby lze poskytovat samostatně, jejich plnění není úzce provázáno, nejedná se o jediné komplexní, ucelené a nedělitelné plnění. Neexistuje tedy žádný důvod, proč by veškeré služby musel zadavateli poskytovat jediný uchazeč.

Zadavatel však rozdělení veřejné zakázky, resp. uzavření rámcové smlouvy s více uchazeči, opakovaně odmítá. Dle jeho názoru nelze dosažení výhodnější ceny při uzavření rámcové smlouvy s více uchazeči prokázat a existence jednoho dodavatele zaručí efektivnější, flexibilnější a časově méně náročné uzavírání prováděcích smluv (odpověď č. 13 v dodatečných informacích č. 2 ze dne 2.8.2012). I zde lze odkázat na výše citovaný rozsudek krajského soudu, který toto tvrzení zadavatele jednoznačně vyvrací a při porovnání možné úspory zadavatele na straně jedné a otevřenosti zadávacího řízení více dodavatelům na straně druhé jednoznačně preferuje otevřenost zadávacího řízení. Krajský soud konkrétně uvádí, že *jednak je tak dodržena zásada zakazu diskriminace, neboť nedochází k omezení hospodářské soutěže dodavatelů. Navíc větší množství dodavatelů zásadně přináší větší konkurenci a v důsledku toho také výhodnější nabídkové ceny vztahující se k jednotlivým dílčím plněním, a tedy v konečném důsledku úsporu finančních prostředků. V obecné rovině tak platí, že případná vyšší administrativní a logistická náročnost, která by s rozdělením veřejné zakázky na části a s umožněním podávání nabídek na jednotlivé části mohla být spojena, by neměla být důvodem, který by ospravedlňoval případné omezení konkurence.*

S povinností rozdělit plnění veřejné zakázky na menší celky, o jejichž plnění by mohla proběhnout soutěž mezi více dodavateli, přímo souvisí i rozsudek NSS č. j. 1 Afs 20/2008 ze dne 5.6.2008, který bude citován v další části námitek.

Důraz na dělení veřejných zakázek a tím i na zvýšení počtu možných uchazečů o veřejnou zakázku klade i v připravované evropské legislativa. V návrhu nové směrnice o zadávání veřejných zakázek Evropského parlamentu a Rady, která by měla platit již od poloviny roku



2014 je doporučení rozdělování veřejných zakázek na části jednoznačně uvedeno. U nadlimitních veřejných zakázek s hodnotou vyšší než 500 000 EUR bude muset zadavatel dokonce při zahájení zadávacího řízení povinně zdůvodnit, proč veřejnou zakázku nerozdělil (viz čl. 44).

- Stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky

Pochybnosti na straně zadavatele vzbuzuje rovněž způsob, jakým zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Kromě napadeného zadávacího řízení totiž existuje ještě jedno, kterým zadavatel zadává další část veřejné zakázky (prakticky polovinu), pouze pod jiným názvem a evidenčním číslem. Konkrétně se jedná o zadávací řízení „Komunikační služby pro onlinizaci pošt“. I zde je předmětem plnění zajištění komunikačních služeb pro jednotlivá pracoviště zadavatele, jejichž počet je srovnatelný, zadavatel poptává uzavření rámcové smlouvy s jediným uchazečem na dobu 48 měsíců a postupuje v jednacím řízení s uveřejněním. Oznámení této další veřejné zakázky bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno také dne 29.6.2012, pouze pod jiným ev. č. zakázky - 222937.

Ačkoliv se tedy předměty veřejných zakázek, jejich rozsah i podmínky plnění až na drobné detaily zcela shodují, zadavatel jim stanovil diametrálně odlišné předpokládané hodnoty. Zatímco u veřejné zakázky „Poskytování datových komunikačních služeb“, které se tyto námitky primárně týkají, je stanovena předpokládaná hodnota ve výši 1 200 000 000,- Kč bez DPH, u paralelně zadávané veřejné zakázky „Komunikační služby pro onlinizaci pošt“ je to šestina této částky. Pouze 208 000 000,- Kč bez DPH.

Stěžovateli není s ohledem na vzájemnou podobnost, resp. shodnost, zadávacích řízení zřejmé, z jakého důvodu zadavatel stanovil tak výrazně se lišící hodnoty. Jediný výraznější rozdíl uvedených veřejných zakázek lze totiž spatřovat v tom, že u veřejné zakázky „Poskytování datových komunikačních služeb“ společnost Telefónica poskytuje obdobné služby a disponuje tedy potřebnou infrastrukturou u poboček zadavatele, jichž by se plnění mělo týkat. Je tedy oproti ostatním uchazečům objektivně zvýhodněna. Pomine-li stěžovatel výhodu plynoucí ze znalosti prostředí, její vstupní náklady a výdaje nedosáhnou nikdy takové výše jako u ostatních uchazečů, kteří budou muset všechny přípojky nejprve sami vybudovat. Plnění požadované na základě veřejné zakázky „Poskytování datových komunikačních služeb“ se naproti tomu týká poboček, které nejsou dosud datově propojeny. Tímto jsou však podstatné rozdíly obou zadávacích řízení vyčerpány.

S ohledem na výše uvedené se stěžovatel domnívá, že zadavatel nevěnoval stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky dostatečnou péči. Takto výrazně se lišící předpokládané hodnoty veřejných zakázek mohly být dokonce stanoveny i účelově. Operátorovi Telefónica postup zadavatele navíc umožňuje, aby mohl svoji nabídkovou cenu kalkulovat s ohledem na svoje zvýhodnění např. tak, že ji v zadávacím řízení „Komunikační služby

pro onlinizaci pošt“ sníží a naopak ji navýší ve veřejné zakázce „Poskytování datových komunikačních služeb“, která se týká poboček, kde již infrastrukturu má. Postup zadavatele, který současně zadává dvě různé veřejné zakázky, ačkoliv jsou v podstatě shodné, a vytvoří tak podmínky, za nichž by jeden z uchazečů mohl manipulovat se svými nabídkovými cenami, nemůže být rovněž označen za učiněný v souladu se zásadami postupu zadavatele stanovenými v § 6 zákona.

- Požadavek na třicetidenní dodací lhůtu

Jak již stěžovatel zmínil výše, zadavatel stanovil dále podmínku, aby ke zprovoznění poskytovaných služeb došlo nejpozději do 30 kalendářních dní od podpisu každé jednotlivé prováděcí smlouvy. Tuto dobu považuje přitom návrhově s ohledem na předmět a rozsah veřejné zakázky za nedostatečnou a neodpovídající běžné praxi. Navíc rámcová smlouva pro tyto případy neupravuje žádné výjimky a nestaví okolnosti, a to ani objektivní povahy, které by odůvodňovaly prodloužení stanovené lhůty. Prodloužení předmětné lhůty si vybraný uchazeč nemůže nárokovat ani v případech, kdy zahájení poskytování služby není v tak krátké době objektivně možné. V souladu s rámcovou smlouvou je pouze na vůli zadavatele, zda na prodloužení lhůty přistoupí. Stěžovatel je tak při zvažování své účasti v zadávacím řízení nucen vycházet z předpokladu, že vybudování příslušné infrastruktury a zprovoznění služeb by muselo být schopno realizovat vždy ve lhůtě 30 kalendářních dní, jinak by mu ze strany zadavatele hrozily nemalé sankce.

V souvislosti s výše uvedeným poukazuje stěžovatel rovněž na skutečnost, že stanovená třicetidenní lhůta v sobě v řadě případů nutně zahrnuje i vybudování nových připojení. Zadavatel navíc preferuje, aby telekomunikační přípojky byly realizovány pevným vedením, byť připouští i další možnosti. Upřednostňované pevné vedení (ať již v podobě optických linek nebo metalických kabelů) se pokládá do výkopů v zemi. S ohledem na konkrétní umístění poboček zadavatele bude tak v řadě případů muset dojít k umístění vedení pod chodníky, veřejné komunikace nebo zeleň. S tím je nevyhnutelně spojena celá řada úkonů a činností, které samy o sobě vyžadují dobu delší než 30 dnů, aniž by je dodavatel mohl i při vynaložení maximálního úsilí jakkoliv ovlivnit. Jde především o potřebu získání povolení či vyjádření ze strany stavebních úřadů či dalších státních orgánů. Běžnou praxí přitom je, že tyto úřady, ačkoliv jsou povinny dodržovat legislativou určené lhůty, tyto často překračují.

Mimo již uvedené může být lhůta pro zahájení poskytování předmětných služeb ovlivněna také dalšími okolnostmi, jejichž existenci nebude moci vybraný uchazeč žádným způsobem ovlivnit, a to např. stavebními uzávěrami či počasím. I tyto objektivní skutečnosti zadavatel v zadávacích podmínkách zcela abstrahuje, resp. jejich vliv na délku požadované lhůty nepřipouští.

Relevantnost výše uvedených tvrzení o nereálnosti stanovené 30 denní lhůty lze doložit i tím, že zadavatel obdržel k této otázce již několik žádostí o dodatečné informace. Na všechny přitom reagoval pouze neurčitým sdělením. Např. v odpovědi č. 2 v dodatečných informacích č. 2 ze dne

2.8.2012 zadavatel uvádí, že *dodací lhůta bude vždy v prováděcí smlouvě stanovena s ohledem na reálnou časovou možnost realizace*. Současně však konstatuje, že *nepovažuje za nutné provést úpravu vzoru rámcové smlouvy* a odkazuje na svoji povinnost poskytnout vybranému uchazeči při realizaci veřejné zakázky potřebnou součinnost. Obdobně reagoval i na dotaz týkající se otázky zajištění souhlasu vlastníků pozemků a staveb nutný k instalaci technologických prvků. Na jedné straně zadavatel výslovně deklaruje, že zajištění tohoto souhlasu je zcela na dodavateli, na straně druhé však odmítá smluvně ošetřit možnost prodloužení dodací lhůty o nezbytně nutnou dobu potřebnou k zajištění těchto věcí a opět odkazuje pouze na svoji povinnou součinnost (dotaz č. 4 dodatečných informací č. 2 ze dne 2.8.2012). Zadavatel si přitom musí být zcela jistě vědom, že jeho nekonkrétně vymezená povinnost součinnosti nemůže nahradit chybějící smluvní ujednání týkající se možnosti prodloužení dodací lhůty. Rovněž jeho obecná prohlášení v rámci dodatečných informací jsou z pohledu následného smluvního vztahu mezi ním a vybraným uchazečem zcela nezávazná.

Lpění na 30 denní lhůtě, navíc bez možnosti jejího prodloužení, nemá přitom věcné opodstatnění. Požadované služby mají nahradit stávající služby poskytované společností Telefónica. Jak však potvrzuje sám zadavatel, *není nucen realizovat tuto veřejnou zakázku z důvodů časových, ale pouze z důvodů technologických a především finančních* (odpověď č. 3 v dodatečných informacích č. 3 ze dne 3.8.2012). Na straně zadavatele tak neexistuje objektivní racionální důvod k odmítnutí vymezení podmínek, za nichž by mohlo dojít k prodloužení lhůty v konkrétním případě či stanovit přímo lhůtu delší. Zadavateli při přechodu na nové služby nehrozí, že by jeho potřeby mohly zůstat v mezidobí nezajištěny.

Stanovení krátké lhůty pro zprovoznění požadovaných služeb rovněž přímo zvýhodňuje stávajícího poskytovatele, společnost Telefónica. Tento operátor zadavateli obdobné služby dodává již nyní a disponuje tak nejen infrastrukturou, ale i detailní znalostí prostředí. V souvislosti s uvedeným odkazuje stěžovatel na rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) č. j. ÚOHS-S60,113/2011/VZ-8283/2011/540/MKr ze dne 29.6.2011. Úřad zde mimo jiné konstatoval, že *„Doba zavedení služby“ nemůže být k tíži těch uchazečů, kteří tyto služby pro zadavatele dosud neposkytovali a naopak nesmí zvýhodňovat ty dodavatele, kteří jsou stávajícími poskytovateli služeb pro zadavatele. Úřad dále dodává, že počáteční náklady související se zavedením příslušných služeb by rovněž mohli ovlivnit nabídkovou cenu uchazečů, neboť dodavatelé, kteří službu dosud pro zadavatele neposkytovali, by mohli mít vyšší cenové náklady na zřízení těchto služeb do vybraných koncových míst, než ti uchazeči, kteří jsou jejími stávajícími poskytovateli a v současnosti tuto službu pro zadavatele stále poskytují*.

Ačkoliv v nyní posuzovaném případě nestanovil zadavatel dodací lhůtu jako jedno z dílčích hodnotících kritérií, ale nepřiměřeně krátkou lhůtu bez možnosti prodloužení vymezil jako jeden ze svých požadavků, lze výše citované závěry úřadu bezpochyby aplikovat i na nynější postup zadavatele. Zvýhodnění stávajícího operátora je tak jednoznačné.

- Maximální počet přípojek realizovaných na základě jedné prováděcí smlouvy

Ve výše citovaném čl. 2.1. zadávací dokumentace zadavatel rovněž zmiňuje, že *předpokládaný maximální počet přípojek za měsíc je 200*. Stanoven je tak pouze nezávazný předběžný počet najednou poptávaných přípojek. Rovněž k dotazu jednoho z uchazečů na maximální počet přípojek zřizovaný na základě jedné prováděcí smlouvy zadavatel odpověděl neurčitě s tím, že *počet přípojek vztahující se k jedné prováděcí smlouvě je neomezen* (odpověď č. 2 v dodatečných informacích č. 2 ze dne 2.8.2012). Zadavatel se tedy stanovením *předpokládaného* počtu 200 kusů k ničemu nezavazuje. Daný počet je navíc obsažen pouze v samotné zadávací dokumentaci, nikoliv již v textu rámcové smlouvy, která by měla být na základě veřejné zakázky uzavřena. Vzhledem k tomu, že plnění bude probíhat podle podmínek nastavených v rámcové smlouvě, je tato přitom hlavním dokumentem, který by měl podrobně vymezit práva i povinnosti budoucích smluvních stran. Na jejím základě totiž dojde k uzavření následných prováděcích smluv. Pro úplnost stěžovatel připomíná, že do vzoru rámcové smlouvy nejsou dodavatelé oprávněni jakkoliv zasahovat, mohou vyplnit pouze označená pole. Obsah rámcové smlouvy je tak pro uchazeče zcela závazný a jí sjednané podmínky se budou do budoucna vztahovat rovněž na všechny veřejné zakázky, které budou na základě rámcové smlouvy zadány.

Maximální počet přípojek zřizovaných na základě jediné prováděcí smlouvy je tedy stejně jako lhůta pro jejich zprovoznění vymezen nezávazně a zadavatel má možnost stanovit vybranému uchazeči na základě rámcové smlouvy i **takový počet přípojek, který nebude moci objektivně zajistit**. Jak již stěžovatel zmínil výše, pro případy prodlení přitom rámcová smlouva určuje mimořádnou sankci, konkrétně ve výši 0,1% z celkové ceny služby za dobu účinnosti prováděcí smlouvy za každý den prodlení a za každou jednotlivou službu (viz čl. 7.5 rámcové smlouvy). Tuto skutečnost zadavatel potvrdil i v odpovědi č. 13 v dodatečných informacích č. 3 ze dne 3.8.2010. Takto mimořádně vysoká smluvní pokuta se vymyká běžné praxi v oboru telekomunikačních služeb a pro některé operátory může být téměř likvidační. V této souvislosti stěžovatel připomíná, že zadavatel avizoval v rámci dodatečných informací současně svůj zájem uzavírat prováděcí smlouvy na celou dobu účinnosti rámcové smlouvy (viz odpověď č. 2 v dodatečných informacích č. 2 ze dne 2.8.2012). Sankce bude tak odvozována z ceny služby za dobu několika let.

Jak již stěžovatel namítl výše, postup zadavatele vede k prokazatelnému zvýhodnění operátora s významnou tržní silou, společnosti Telefónica. Požadavek na jediného dodavatele, vysoký počet linek, jejich umístění, krátká lhůta na zavedení či převedení telekomunikačních služeb v kombinaci s hrozbou nepřiměřené sankce za jejich nezprovoznění, to vše nedůvodně zvýhodňuje tohoto operátora, který v současné době poskytuje zadavateli telekomunikační služby a disponuje tak v jednotlivých lokalitách vybudovanou infrastrukturou.

Zadavatel sice v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám opakovaně uvádí, že *v současné době služby, které jsou předmětem veřejné zakázky, neodebírá*, toto tvrzení je však



pravdivé jen zčásti. Společnost Telefónica provozuje nyní všechny existující přípojky zadavatele. Toto ostatně zadavatel opatrně připouští, když hovoří o poskytování *jiného typu datové služby* (viz odpověď č. 7 v dodatečných informacích č. 2 ze dne 2.8.2012). V této souvislosti stěžovatel konstatuje, že není rozhodné, že společnost Telefónica poskytuje zadavateli např. nízkokapacitní datovou konektivitu L2 LL-NET. Podstatné je, že již disponuje kabelovým vedením na dané místo plnění. Změna na kapacitnější IP VPN je sice podstatná, společnost Telefónica má však s ohledem na vybudovanou infrastrukturu významný náskok oproti ostatním uchazečům. S ohledem na to, že zadavatel tuto skutečnost popírá, se lze domnívat, že zvýhodnění stávajícího operátora je navíc také účelové.

S ohledem na uvedené skutečnosti má stěžovatel za prokázané, že postupem zadavatele při vymezení zadávacích podmínek došlo k porušení zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Nejedná se sice o diskriminaci zjevnou, kdy zadavatel aplikuje jiný, rozdílný přístup k jednotlivci než k celku, ale o tzv. diskriminaci skrytou, která však vede k obdobným důsledkům jako diskriminace zjevná. Vždy dojde k poškození hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. V důsledku toho, že zadavatel požaduje uzavřít smlouvu s jediným dodavatelem, plnění veřejné zakázky se dotýká téměř dvou tisíc linek, jejichž rozdělení do jednotlivých prováděcích smluv je ze strany zadavatele zcela nezávazné, k zahájení plnění musí dojít vždy do 30 dní od uzavření každé prováděcí smlouvy, jinak dodavateli hrozí mimořádně vysoká sankce, a místa plnění veřejné zakázky jsou již v současné době spojena infrastrukturou společnosti Telefónica, je evidentní, že podmínky veřejné zakázky nepřiměřeně zvýhodňují právě tohoto operátora oproti všem ostatním uchazečům. Zodpovědný dodavatel jednající s péčí řádného hospodáře se zadávacího řízení na uzavření rámcové smlouvy nemůže účastnit a podat svoji nabídku, ačkoliv jinak by byl k plnění veřejné zakázky objektivně způsobilý a mohl by předmět veřejné zakázky, byť i jen v určité, nikoliv nepodstatné části, realizovat. Zadavatel svým postupem znemožnil, aby v daném případě proběhla mezi jednotlivými uchazeči efektivní hospodářské soutěže a bylo zajištěno odpovídající konkurenčního prostředí. Ke skryté diskriminaci se vyjádřil podrobně rovněž NSS v rozsudku č.j. 1 Afs 20/2008 ze dne 5.6.2008, kde uvedl, že *za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je „zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky“, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.* Smysl § 6 zákona podle názoru NSS *směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli*



uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Právě zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace pak slouží k zajištění konkurence mezi dodavateli.

Právě uvedené názory NSS vyslovené ve vztahu ke kvalifikačním předpokladům lze nepochybně aplikovat obecně i na ostatní podmínky stanovené zadavatelem. Skryté diskriminace dodavatelů se zadavatel může obecně dopustit v průběhu celého zadávacího řízení, nikoliv pouze při vymezení kvalifikace. V daném případě dojde v důsledku výše uvedených zadávacích podmínek v zadávacím řízení nepochybně k situaci, kdy svoji nabídku nepodá takový počet operátorů, kteří by ji podali, pokud by zadavatel předmětné podmínky nestanovil. Lze se dokonce důvodně domnívat, že zadavatel obdrží pouze nabídku jedinou, případně mu k hodnocení zůstane pouze jedna nabídka, a to nabídka operátora s významnou tržní silou společnosti Telefónica.

Nekonkrétní vymezení předmětu veřejné zakázky

S výše uvedenými podmínkami plnění veřejné zakázky a prokazatelným zvýhodněním jediného operátora přímo souvisí i nejasné a netransparentní vymezení předmětu veřejné zakázky. Zadavatel vyznačil předmět plnění v zadávací dokumentaci, zejména rámcové smlouvě a jejích přílohách. Zadávací podmínky však obsahují pouze demonstrativní výčet míst plnění, přičemž zadavatel blíže nespécifikoval, jaký typ služby (v jakých parametrech) bude pro jednotlivé lokality požadovat. Mnoho z lokalit uvedených v příloze č. 3 návrhu rámcové smlouvy naopak obsahuje specifikaci o šířce pásma, kterou zadavatel ve svých požadavcích nepožaduje. Bližší specifikace požadovaných služeb je přitom rozhodující pro stanovení nabídkových cen jednotlivých uchazečů a tedy základním předpokladem pro vzájemnou porovnatelnost nabídek. Ani odborně zdatný uchazeč nemůže při zpracování nabídky vycházet z nedostatečných podkladů, jeho nabídka by pak byla spíše nepodloženou spekulací než adekvátní odbornou reakcí na požadavky zadavatele. Vzhledem k tomu, že na související žádosti o dodatečné informace však zadavatel opakovaně uvedl, že tabulky s přehledy jednotlivých lokalit považuje jen za orientační (např. hned odpověď č. 1 v dodatečných informacích č. 1 ze dne 31.7.2012), není zřejmé, jakým způsobem se dodavatelé mohou na realizaci veřejné zakázky předem přichystat a jak mají svoje nabídky zpracovat.

Plnění veřejné zakázky se týká v podstatě výlučně současných poboček zadavatele, které jsou již nějakým způsobem datově propojeny a zadavatel má pouze zájem na zvýšení kvality poskytovaných služeb, musí si být svých požadavků na plnění veřejné zakázky tedy zcela jistě vědom. To jednoznačně dokládá i nastavený způsob hodnocení nabídek. Zadavatel v podmínkách zadání stanovil, že nabídky budou hodnoceny podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, přičemž stanovil celkem třináct dílčích hodnotících kritérií, které představují ceny jednotlivých služeb. Každé službě je stanovena váha v procentech podle toho, jak významná je cena dané služby v porovnání s cenou služeb ostatních. Jinými slovy

do jaké míry bude ta která služba předmětem plnění. Při konstruování hodnotícího mechanismu musel mít tak zadavatel jasnou představu, kolik jakých služeb bude v budoucnu odebírat. Jinak by nemohl svoje preference takto vyjádřit. Přesto zadavatel i přes opakované žádosti ze strany dodavatelů odmítá přiřadit k jednotlivým přípojkám uvedeným v příloze č. 3 rámcové smlouvy konkrétní typ požadované služby či je jakkoliv blíže specifikovat (viz např. odpověď č. 1 v dodatečných informacích č. 1 ze dne 31.7.2012 nebo odpověď č. 6 v dodatečných informacích č. 3 ze dne 3.8.2012).

Stěžovatel upozorňuje rovněž na skutečnost, že zadávací podmínky neupravují ani otázku předchozího technického šetření, v jehož průběhu by si dodavatelé mohli prověřit místa plnění veřejné zakázky a připravit se tak lépe na její následnou realizaci. Zadavatel navíc výslovně odmítl žádost o sdělení kontaktní osoby oprávněné jednat za zadavatele ve věci sjednání prohlídky místa plnění ke každému jednotlivému pracovišti. V této souvislosti uvedl, že *případnou prohlídku místa plnění by zadavatel umožnil po zvážení všech okolností až ve druhé fázi zadávacího řízení*. Dodavatelé tak nemají možnost se s místem plnění předem seznámit a není zaručeno, že ji budou mít ani zájemci, kteří podali žádost o účast. Zadavatel totiž současně sdělil, že *konkrétní osoba pro danou lokalitu bude vždy uvedena v písemné výzvě k poskytnutí plnění vztahující se k veřejné zakázce zadávané na základě uzavřené rámcové smlouvy* (odpověď č. 1 v dodatečných informacích č. 1 ze dne 31.7.2012). Jinými slovy zadavatel deklaroval, že možnost prohlídky míst plnění teprve zváží, ale současně i to, že konkrétní kontaktní osoby sdělí (a tedy prohlídku místa plnění umožní) pouze vybranému uchazeči až po uzavření rámcové smlouvy. Popsaným jednáním tak zadavatel jednoznačně směřuje k porušení § 49 odst. 5 zákona, podle něhož je zadavatel povinen umožnit prohlídku místa plnění, je-li to pro plnění veřejné zakázky či zpracování nabídky nezbytné. Nezbytnost prohlídky je přitom v daném případě nepochybná.

Stěžovatel konstatuje, že pokud je přehled lokalit, jichž se má plnění veřejné zakázky týkat, pouze informativní, zadavatel navíc nehodlá předem umožnit prohlídku místa plnění, je tímto postupem opět zvýhodněna společnost Telefónica, která je jako stávající poskytovatel služeb zadavateli dokonale obeznámena se situací u zadavatele. Skutečnost, že zadavatel odmítá poskytnout údaje o konkrétních lokalitách plnění, dokonce nasvědčuje tomu, že zadavatel ani nepočítá s možností, že by veřejná zakázka mohla být zadána jinému uchazeči než společnosti Telefónica.

V souvislosti s výše uvedeným odkazuje stěžovatel na § 44 odst. 1 zákona, podle něhož *je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel*.

Z citovaného ustanovení zákona vyplývá, že v zadávací dokumentaci musí být předmět plnění veřejné zakázky vymezen co nejpřesnějším způsobem, dostatečně podrobně, srozumitelně a jednoznačně tak, aby jednotliví dodavatelé byli schopni sestavit a podat svoje nabídky.



Ze zadávací dokumentace musí být zcela jednoznačně patrné, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou jednotlivé nabídky soutěžit, dodavatelům musí být zřejmé, co je předmětem plnění veřejné zakázky, v daném případě tedy jakým způsobem budou vymezeny předměty plnění jednotlivých navazujících zadávacích řízení. Za jasnost a určitost zadávacích podmínek přitom odpovídá pouze zadavatel. Jsou-li zadávací podmínky nejasné, stává se postup zadavatele v zadávacím řízení fakticky nekontrolovatelným, a tedy porušujícím zásadu transparentnosti zadávacího řízení. V souvislosti s vymezením zásady transparentnosti odkazuje stěžovatel např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 31/2008 ze dne 19.1.2010 potvrzený rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 ze dne 15.9.2010, z něhož vyplývá, že transparentním postupem při zadávání veřejné zakázky je pouze takový postup zadavatele, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná skutečně férově a regulérně. Požadavek transparentnosti není splněn tehdy, *pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jenž by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jenž by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.*

Právě uvedený popis situace, kdy není splněna zásada transparentnosti, jak ji definují oba výše uvedené soudy, přitom dle názoru stěžovatele jednoznačně dopadá na nyní zadávanou veřejnou zakázku, kdy zadavatel z blíže neurčených důvodů odmítá, a to i na základě opakovaných žádostí dodavatelů, poskytnout bližší informace týkající se předmětu veřejné zakázky a umožnit prohlídku místa plnění. Stěžovatel má za to, že zadavatel svým výše uvedeným postupem porušil současně opět i zásadu zákazu diskriminace, protože jeho postup přímo zvýhodňuje stávajícího poskytovatele služeb.

Uzavření rámcové smlouvy s jedním uchazečem

Zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky jako *uzavření rámcové smlouvy s 1 dodavatelem na zajištění pronájmu datových komunikačních služeb propojujících pracoviště zadavatele na dobu 4 let*. Současně zadavatel v dodatečných informacích potvrdil, že *prováděcí smlouvy budou primárně uzavírány do konce platnosti rámcové smlouvy*. U většiny služeb bude tedy prováděcí smlouva sjednána v podstatě na celé čtyři roky (viz odpověď č. 2 v dodatečných informacích č. 2 ze dne 2.8.2012). To přímo potvrzuje i skutečnost, že předpokládaná celková roční hodnota za poskytnuté služby dle prováděcích smluv ve výši 300 000 000,- Kč přesně odpovídá celkové předpokládané hodnotě veřejné zakázky za dobu čtyř let účinnosti rámcové smlouvy. Zadavatel tedy předpokládá rovnoměrně rozložené plnění požadovaných služeb po celou dobu trvání rámcové smlouvy.

S ohledem na uvedené skutečnosti není stěžovateli zřejmé, z jakého důvodu hodlá zadavatel uzavřít právě rámcovou smlouvou. Podmínky rámcové smlouvy tak jak je vymezil zadavatel, odpovídají svým charakterem spíše běžné standardní smlouvě, nikoliv smlouvě rámcové. Rámcová smlouva bývá běžně používána v případech, kdy zadavatel požadované plnění poptává



opakovaně dle svých aktuálních potřeb. Jedná se tedy o opakující se plnění, které je zadavateli dodáváno na základě jeho dílčích objednávek, zpravidla na kratší časové období. Předmětné zadávací řízení však do této kategorie nespadá. S ohledem na text zadávacích podmínek a dodatečné informace poskytnuté zadavatelem lze naopak předpokládat, že zadavatel má v úmyslu zadat veřejnou zakázku na celou dobu účinnosti rámcové smlouvy a pro všechny telekomunikační přípojky naráz, případně s minimálním časovým odstupem. Tento postup se přímo nabízí v případě, že se vybraným uchazečem stane stávající dodavatel společnost Telefónica, která je objektivně schopna požadované plnění v celém rozsahu i v minimální požadované lhůtě poskytnout. Tímto postupem by však došlo k popření smyslu využití institutu rámcové smlouvy, resp. zadavatel by nijak nevyužil výhod, které mu nabízí.

III.

S ohledem na výše uvedené skutečnosti považuje stěžovatel za prokázané, že se zadavatel dopustil:

- porušení § 6 odst. 1 zákona, konkrétně zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace, když předmět veřejné zakázky vymezil jako uzavření rámcové smlouvy s jediným dodavatelem, přičemž plnění veřejné zakázky se dotýká téměř dvou tisíc přípojek. Zadavatel tak ve veřejné zakázce vyloučil konkurenční prostředí mezi dodavateli a vytvořil podmínky pro to, aby se veřejné zakázky mohla úspěšně účastnit pouze společnost Telefónica;
- porušení § 13 odst. 2 a 7 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když předpokládanou hodnotu veřejné zakázky neurčil v souladu se zásadami postupu zadavatele a postupem stanoveným v § 13 odst. 2 a 7 zákona
- porušení § 6 odst. 1 zákona, a to jak zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace, tak i zásady transparentnosti, když v zadávací dokumentaci stanovil pouze předpokládaný maximální počet přípojek za měsíc, přičemž tento požadavek není obsažen ve vzoru rámcové smlouvy a je tak zcela nezávazný, dále stanovil, že k zahájení plnění musí dojít vždy do 30 dní od uzavření každé prováděcí smlouvy, jinak dodavateli hrozí sankce ve výši 0,1% z celkové ceny služby za dobu účinnosti prováděcí smlouvy za každý den prodlení a za každou jednotlivou službu. Těmito podmínkami zadavatel nepřiměřeným způsobem zvýhodnil stávajícího dodavatele datových služeb společnost Telefónica oproti všem ostatním operátorům a omezil tak konkurenční prostředí mezi dodavateli;
- porušení § 44 odst. 1 zákona a zásady transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona, když nevymezil předmět plnění v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.



Vzhledem k tomu, že tímto postupem současně zvýhodnil stávajícího dodavatele datových služeb společnost Telefonica, je tento jeho postup rovněž porušením zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace dle § 6 odst. 1 zákona.

Stěžovateli vznikla výše popsaným postupem zadavatele újma, protože nemůže na veřejnou zakázku podat nabídku.

Pro úplnost stěžovatel dodává, že nepochybně má právo zadavatele vymezit předmět veřejné zakázky a stanovit podmínky zadání podle svých potřeb, postup zadavatele však nesmí být v rozporu se zákonem. Zadavatel jistě sám nejlépe zná své požadavky a potřeby a má právo je zohlednit při specifikaci požadavků na předmět plnění veřejné zakázky. Toto jeho právo je však ohraničeno zákonem a jeho zásadami, kterými se zadavatel musí řídit při zadání veřejné zakázky vždy, vymezení předmětu plnění nevyjímá. Ke skutečné hospodářské soutěži může dojít jedině za předpokladu, že o zakázku bude moci soutěžit dostatečný počet dodavatelů, čemuž zadavatel svým nezákonným postupem brání.

Stěžovatel se proto domáhá, aby zadavatel v rámci vyřízení námitek

změnil podmínky zadání tak, že

- rámcová smlouva bude uzavírána s více uchazeči,
- blíže specifikuje předmět plnění,
- umožní technické šetření (prohlídky místa plnění) všem zájemcům ještě před podáním jejich nabídek,
- stanoví přiměřený maximální počet linek a způsob (principy) jejich dělení do menších celků za účelem zadávání prováděcích smluv,
- prodlouží dodací lhůtu na min. 60 dní a doplní také případy, kdy je možné ji překročit,

a současně prodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku změny činila celou původní délku lhůty pro podání nabídek,

nebo

zrušil předmětné zadávací řízení a vyhlásil zadávací řízení nové, jehož podmínky umožní účast stěžovatele a dalších způsobilých dodavatelů ucházet se podáním nabídky o plnění příslušné části veřejné zakázky.

GTS Czech s.r.o.