



Liberecký kraj
U Jezu 642/2a
460 01 Liberec

E-mail: linda.juraskova@kraj-lbc.cz, zbynek.miklik@kraj-lbc.cz, podatelna@kraj-lbc.cz

Datová schránka: c5kbvkw

Námítky proti stanovení zadávacích podmínek veřejné zakázky

podle ustanovení § 241 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů

Veřejná zakázka: Poskytování telekomunikačních služeb a související služby a dodávky II

Zadavatel: Liberecký kraj se sídlem Liberec, U Jezu 642/2a, PSČ 460 01, IČO 70891508

Stěžovatel: O2 Czech Republic a.s. se sídlem Praha 4 - Michle, Za Brumlovkou 266/2, PSČ 140 22, IČO 60193336

Zmocnění: Zastoupen na základě plné moci společností INDOC s.r.o. se sídlem Praha 6, U Hadovky 564/3, PSČ 160 00, IČO 26164001. Zmocnění je přílohou podání.

Doručování: Datová schránka c5nbv3v, e-mail: pfeffer@indoc.cz

Datum: 13. 1. 2023

Přílohy: Zmocnění

Skutkový stav a újma

1. Liberecký kraj se sídlem Liberec, U Jezu 642/2a, PSČ 460 01, IČO 70891508, (dále jen „**Zadavatel**“) zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**ZZVZ**“) dne 19. 12. 2022 zadávací řízení na zadání veřejné zakázky „Poskytování telekomunikačních služeb a související služby a dodávky II“¹, evidenční číslo veřejné zakázky Z2022-052040, a to formou otevřeného řízení (dále jen „**Veřejná zakázka**“).
2. Veřejná zakázka navazuje na předchozí veřejnou zakázku se stejným předmětem plnění, kterou Zadavatel vyhlásil v červenci loňského roku pod evidenčním číslem Z2022-026120 (dále jen „**Předchozí veřejná zakázka**“), jejíž zadávací řízení bylo dne 29. 11. 2022 zrušeno pravomocným rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) č.j. ÚOHS-42461/2022/500² (dále jen „**Rozhodnutí**“).
3. Společnost O2 Czech Republic a.s. se sídlem Praha 4 - Michle, Za Brumlovkou 266/2, PSČ 140 22, IČO 60193336, (dále jen „**Stěžovatel**“) má zájem na získání Veřejné zakázky. Stěžovatel detailně prostudoval zadávací dokumentaci Veřejné zakázky (dále také jen „**ZD**“), přičemž dospěl k závěru, že mnohé její podmínky jsou vymezeny v rozporu se ZZVZ. Tyto nedostatky jsou natolik závažného charakteru, že Stěžovateli nedovolují zpracovat a podat nabídku, případně nemůže svoji nabídku koncipovat podle vlastního podnikatelského uvážení, když je při její tvorbě (a to včetně cenových podmínek) omezen netransparentními zadávacími podmínkami, tudíž se zadávacího řízení nemůže zúčastnit. Toto Stěžovatel vnímá jako svou vzniklou újmu.
4. Právě uvedené vymezení újmy je dostatečné i podle ustálené rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“). Stěžovatel může citovat např. z rozhodnutí sp. zn. S0028/2017/VZ ze dne 13. 3. 2017, v němž Úřad mj. uvádí: *Z dané citace tedy vyplývá, že navrhovatel ve svých námitkách hrozící újmu uvedl prostřednictvím obecného vymezení následku jednání zadavatele vůči navrhovateli, což, jak vyplývá z ustálené rozhodovací praxe Úřadu, je naprosto v souladu s požadavky, jež jsou kladeny na námitky zákonem (§ 110 odst. 7 zákona). Navrhovatel tedy spatřuje hrozbu újmy konkrétně v tom, že v důsledku domnělého porušení zákona zadavatelem, jímž dle navrhovatele došlo k porušení zásady transparentnosti, by hrozilo, že nebude vybrána jeho nabídka, a jemu by tak hrozila ztráta nákladů, jež jsou spjaty s účastí v zadávacím řízení a s podáním nabídky.*
5. Z tohoto důvodu Stěžovatel v souladu s ustanovením § 241 odst. 2 písm. a) ZZVZ podává níže odůvodněné námitky proti stanovení zadávacích podmínek Veřejné zakázky.

¹ <https://www.vestnikverejnychzakazek.cz/Form02/Display/309264>

² <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-18543.html>

Postup Stěžovatele před podáním námitek

6. Mnohé z dále namítaných aspektů byly předmětem žádostí o vysvětlení ZD, námitek a nakonec i návrhu na přezkoumání postupu Zadavatele Úřadem v průběhu Předchozí veřejné zakázky. Úřad založil odůvodnění zrušení Předchozí zakázky dvěma z vícero namítaných tvrzení, jež byly obsahem návrhu Stěžovatele. O zbývajících nerozhodl z důvodu procesní ekonomie, když pro zrušení zadávacího řízení postačovaly dva důvody a neshledal účelným zatěžovat účastníky správního řízení prošetřováním a dokazováním dalších namítaných skutečností. Že se tak děje výhradně z důvodu procesní ekonomie a nikoliv proto, že by Úřad spatřoval zbývajících námitek za bezpředmětné, upozornil Úřad Zadavatele v bodech 107 a 108 Rozhodnutí, kde mj. uvedl: *Úřad uvádí, že nepřehlídí další navrhovatelem namítaná pochybení zadavatele týkající se hodnocení nabídek, omezení cen některých dílčích položek, nezávanosti účasti pověřujících zadavatelů a vymezení předmětu veřejné zakázky v části fixní telefonie.* Zadavatel přesto pokračuje zadávacím řízením na Veřejnou zakázku v podobě, která znovu obsahuje veškeré problematické aspekty, které Stěžovatel již dříve napadal, a o nichž Úřad výslovně nerozhodl. Stěžovatel tak došel k závěru, že jakákoliv snaha o vypořádání vadných částí ZD smírnou cestou, např. formou žádostí o vysvětlení ZD, nemá smysl a přistoupil rovnou k podání opakovaných námitek.

Námítka nepřiměřeně nízké a omezující předpokládané hodnoty Veřejné zakázky

7. Zadavatel v oznámení zadávacího řízení a ZD stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky (dále jen „PHVZ“) bez opce ve výši 80.286.256 Kč bez DPH za období 48 měsíců. Stejná PHVZ v nezměněné výši byla již v polovině roku 2022 součástí vyhlášení Předchozí veřejné zakázky. Tenkrát vycházela PHVZ z předběžné tržní konzultace (dále jen „PTK“) uskutečněné v květnu 2022. Žádná další PTK nebyla před vyhlášením aktuální Veřejné zakázky uspořádána. V době zadávání aktuální Veřejné zakázky, tedy v prvním pololetí roku 2023, vychází PHVZ z téměř dva roky staré cenové úrovně, která ovšem mezitím prošla radikální proměnou.
8. Vzhledem k aktuálně reálně dostupným cenám mobilních telekomunikačních služeb, které je Stěžovatel schopen nabídnout zákazníkům obdobného druhu, odebírajících jeho služby v počtu jednotek tisíc karet SIM, se PHVZ jeví ve vztahu k rozsahu předmětu plnění Veřejné zakázky jako nepřiměřeně nízká. Respektive při přijetí nabídky Stěžovatele a plnění rámcové dohody v zamýšleném rozsahu může být PHVZ významně překročena. Stěžovatel nemůže být nikým nucen sdělovat předem svou celkovou nabídkovou cenu pro konkrétní veřejnou zakázku, v daném případě však Zadavatele upozorňuje, že hladina PHVZ by se měla pohybovat v intervalu 100-120 mil. Kč.

9. PHVZ stanovená Zadavatelem se tak významně liší od reálně očekávané hodnoty Veřejné zakázky:

PHVZ bez opce stanovená Zadavatelem	80.286.256 Kč ³
PHVZ odpovídající standardním cenám Stěžovatele pro velké (firemní) zákazníky	cca 100-120 mil. Kč
PHVZ odpovídající standardním cenám Stěžovatele dle veřejného ceníku ⁴	cca 200-240 mil. Kč

10. Kromě mimořádného množství požadovaných karet SIM a datových tarifů způsobují vysokou nabídkovou cenu Veřejné zakázky celkově nadstandardní smluvní podmínky a řada dalších nestandardních služeb a požadavků, mezi které patří především velké množství datových tarifů de facto bez FUP. Celkovou cenu též negativně ovlivňuje existence nedostatečně anebo vůbec nespecifikovaných součástí předmětu Veřejné zakázky, jako jsou hlasové služby na pevných linkách.
11. Podle § 16 odst. 5 ZZVZ se PHVZ stanoví *k okamžiku zahájení zadávacího řízení, případně k okamžiku zadání veřejné zakázky, pokud nebyla zadána v zadávacím řízení*. PHVZ u veřejných zakázek pravidelné povahy má být podle § 19 odst. 1 písm. a) ZZVZ vypočtena jako *skutečná cena uhrazená zadavatelem za dodávky nebo služby stejného druhu během předcházejících 12 měsíců nebo předchozího účetního období, které je delší než 12 měsíců, upravená o změny v množství nebo cenách, které lze očekávat během následujících 12 měsíců*. Dále platí, *má-li být smlouva uzavřena na dobu delší než 12 měsíců, upraví se PHVZ za celou dobu trvání smlouvy*. Že ceny mobilních telekomunikačních služeb pro státní podniky (a zákazníky z veřejného sektoru obecně) nadále nejsou mimořádně nízké, jako tomu bylo před několika lety, je dnes všeobecně známá okolnost, mnohokrát diskutovaná médii i odbornou veřejností. Kromě toho mohl Zadavatel informace o rostoucích cenách rovněž zjistit z registru smluv⁵, resp. Věstníku veřejných zakázek⁶ a z předpokládaných hodnot, resp. skutečně uhrazených cen u obdobných veřejných zakázek.
12. Zadavatel navíc stanovením takto nízké PHVZ zjevně odhlíží od aktuální cenové situace v České republice, kdy inflace atakuje historicky maximální hodnoty. Podle Českého statistického úřadu: „Průměrná míra inflace za rok 2022 činila 15,1 %. Šlo o druhou nejvyšší

³ PHVZ včetně opce, uveřejněná v oznámení Veřejné zakázky, činí 84.300.568 Kč

⁴ Služby, které ve standardním ceníku O2 nejsou, byly oceněny odhadem přiměřeně k nejbližším ekvivalentním službám.

⁵ <https://smlouvy.gov.cz/vyhledavani>

⁶ <https://www.vestnikverejnychzakazek.cz/SearchForm>

hodnotu od vzniku samostatné České republiky. Vyšší byla pouze v roce 1993, a to 20,8 %. Ceny zboží úhrnem v roce 2022 vzrostly o 16,8 % a ceny služeb o 12,3 %⁷. Cena lidské práce rovněž dramaticky stoupá a v neposlední řadě násobně zdražila elektrické energie, která významným způsobem ovlivňuje náklady elektronických komunikací. Před tím vším Zadavatel při výpočtu PHVZ pravděpodobně přivřel oči. Jenže takto rostoucí ceny bohužel vyřešit nelze.

13. V daném případě ZD nestanovuje PHVZ jako limitní a neomezuje tedy výslovně celkovou nabídkovou cenu stropem 80.286.256 Kč bez DPH. Platí však, že významné překročení PHVZ je zadavateli veřejných zakázek bráno za důvod ke zrušení zadávacího řízení, přičemž tato situace se dá i podle setrvalé rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) podřadit pod zákonné důvody hodné zvláštního zřetele, jež zadavatele ke zrušení zadávacího řízení opravňují.
14. Zadavatel podle názoru Stěžovatele porušil ustanovení § 19 odst. 1 písm. a) ZZVZ, když nevypočetl PHVZ jako skutečnou cenu, odpovídající aktuálně dostupným cenám mobilních operátorů pro obdobný druh zákazníků a rozsahu jejich zakázek, respektive nezohlednil vývoj cen, který lze očekávat během následujících 12 měsíců a po celou další dobu trvání smlouvy. PHVZ stanovená Zadavatelem nepředstavuje reálně očekávanou výši finančního protiplnění za požadované služby, ale naopak se od něj významně odchyluje.
15. Stěžovatel tuto část námitek uzavírá s tím, že je nepřiměřeně nízkou PHVZ omezen v možnosti podat nabídku, jež by měla šanci na reálné plnění. Za takové míry nejistoty po něm nelze spravedlivě požadovat, aby vynakládal úsilí, čas a finanční náklady na účast v zadávacím řízení.

Námítka nezákonného stanovení neurčité doby trvání prováděcích smluv

16. Ustanovení § 131 odst. 3 ZZVZ omezuje trvání vztahu z rámcové dohody na nejvýše 4 roky, kromě výjimečných a řádně odůvodněných případů vztahujících se k předmětu rámcové dohody.
17. Ke čtyřletému omezení trvání rámcových dohod píše poměrně srozumitelně důvodová zpráva ZZVZ: *Na rozdíl od dynamického nákupního systému není rámcová dohoda přístupna pro nové zadavatele (mimo předem stanovený okruh zadavatelů) ani dodavatele po dobu jejího trvání, přičemž může být uzavřena maximálně na dobu 4 let, nejedná-li se o výjimečný nebo řádně odůvodněný případ související s předmětem rámcové dohody. Takovým případem například bude pořízení dodávky, jejíž doba odepisování bude delší než 4 roky, pokud předmětná dodávka bude zadavateli k dispozici po celou dobu platnosti rámcové dohody.*

⁷ Pavla Šedivá, vedoucí oddělení statistiky spotřebitelských cen ČSÚ

18. Rovněž komentářová literatura hovoří o čtyřletém limitu konzistentně. Např. Wolters Kluwers (JUDr. Vilém Podešva, LL.M., Mgr. Lukáš Sommer, JUDr. Jiří Votrubec, JUDr. Martin Flaškár, Mgr. Jiří Harnach, Mgr. Jan Měkota, JUDr. Martin Janoušek): *Cílem zákonodárce v tomto ustanovení bylo zamezit omezování hospodářské soutěže vytvořením uzavřeného smluvního rámce na nutnou dobu. Uzavřením rámcové dohody dojde k výběru smluvních stran na následující roky, přičemž tento okruh subjektů nelze po dobu trvání dohody změnit. Tím dochází k omezení hospodářské soutěže po určitý, relativně dlouhý čas a z logiky věci je nemyslitelné, aby taková dohoda byla uzavírána na neomezené či nepřiměřeně dlouhé časové období.*
19. Zadavatel v ZD stanovil trvání rámcové dohody sice formálně v délce 48 měsíců, ovšem zároveň si vyhrazuje právo zadávat dílčí (prováděcí) zakázky s plněním až na dobu neurčitou. Viz čl. 5.4 ZD: *Zadavatel uvádí, že účastnické smlouvy mohou být uzavřeny na dobu delší, než je doba trvání rámcové smlouvy, a to i na dobu neurčitou.*
20. Takové vymezení doby plnění dílčích (prováděcích) zakázek tak fakticky obchází čtyřleté omezení platnosti rámcové dohody, resp. omezení uzavření rámcové dohody na dobu určitou. Nejen, že plnění sjednané na základě rámcové dohody může být tak odebíráno více než 4 roky, ale dokonce může dojít k tomu, že smlouva s konkrétním pověřujícím zadavatelem bude uzavřena na dobu neurčitou, tzn. bez jakéhokoliv časového omezení. Přitom není vyloučeno ani to, že takové dílčí zakázky s neurčitou dobou plnění budou zadány i na samém konci čtyřletého období a doba, po kterou bude plnění na základě prováděcích smluv odebíráno, se tak významně prodlouží, ne-li zněkolikanásobí.
21. Postup Zadavatele je dle názoru Stěžovatele ve zřejmém rozporu se ZZVZ i výše citovanou důvodovou zprávou a komentářovou literaturou, které shodně akcentují uzavření smluvního vztahu na omezené, předem časově určené období, aby nedošlo k omezení hospodářské soutěže po nepřiměřeně dlouhý čas. Dokonce ani v případě *výjimečného nebo řádně odůvodněného případu souvisejícího s předmětem rámcové dohody* není možné, aby byla rámcová dohoda uzavřena na dobu neurčitou. Možnost uzavření prováděcích smluv na dobu neurčitou přitom vyvolá stejný efekt.
22. Pokud by bylo připuštěno, aby rámcová smlouva trvala 4 roky, ale veškeré prováděcí smlouvy uzavřené na jejím základě by mohly po jejím ukončení i nadále existovat bez faktického omezení své účinnosti, došlo by tímto v konečném důsledku v podstatě k zakonzervování stavu. Pověřující zadavatelé, kteří by měli uzavřeny smlouvy na dobu neurčitou, by neměli jakoukoliv motivaci k novému soutěžení poptávaných služeb a smluvní vztahy uzavřené s účastníkem rámcové smlouvy by tak mohly trvat řadu let i po skončení rámcové dohody, což pro zajištění hospodářské soutěže jistě není žádoucí stav.

Námitka omezení cen některých dílčích položek

23. ZD omezuje Stěžovatele v možnostech cenotvorby, a to konkrétně nastavením maximální úrovně některých jednotkových cen u služeb, které Zadavatel poptává. Konkrétně ZD stanovuje maximální ceny pro 36 níže jmenovaných položek takto:

- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální cena 1 minuty hovoru na švýcarská a ukrajinská čísla na 5,70 Kč bez DPH, účtováno 60+1s (položka č. 4 tabulky pro vyhodnocení)*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální cena 1 minuty hovoru odchozího roamingového volání ze Švýcarska a Ukrajiny na 5,80 Kč bez DPH, účtováno 60+1s (pol. č. 2 tabulky pro vyhodnocení)*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální cena 1 minuty hovoru příchozího hovoru do Švýcarska a Ukrajiny na 1,50 Kč bez DPH, účtováno 60+1s (není předmětem hodnocení)*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální cena za 1 odeslanou SMS ze Švýcarska a Ukrajiny 1,00 Kč bez DPH (pol. č.5 tabulky pro vyhodnocení)*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální cena za 1 MB čerpání dat ve Švýcarsku a Ukrajině na 6,20 Kč bez DPH účtované v blocích pro 100 kB (pol. č. 6 tabulky pro vyhodnocení)*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální nepřekročitelná cena za 1Mbit/s (změny tarifu z tarifu A) na 95 Kč bez DPH (v případě nabídnutí rychlosti 2Mbit/s je tedy limit 190 Kč bez DPH)*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální nepřekročitelná cena tohoto příplatku (změny tarifu z tarifu A) na 200 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální nepřekročitelná cena tohoto příplatku (změny tarifu z tarifu A) na 200 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální nepřekročitelná cena tohoto příplatku (změny tarifu z tarifu A) na 550 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální nepřekročitelná cena jedné SMS v rámci tohoto tarifu (včetně jeho příplatků B.1 a B.2) na 0,50 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální nepřekročitelná cena tohoto příplatku (změny tarifu z tarifu B) na 140 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální nepřekročitelná cena tohoto příplatku (změny tarifu z tarifu B) na 230 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální cena za tarif C - připojení k síti internet pomocí techn. LTE bez datového limitu (FUP) na 350 Kč bez DPH (cena bude hodnocena, položka č. 15)*



- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální nepřekročitelná cena za hlasovou službu – virtuální CALL CENTRUM bez frontování hovoru – do 10 obsluhujících telefonních čísel na 250 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální cena aktivčního poplatku za hlasovou službu – virtuální CALL CENTRUM bez frontování hovoru – do 10 obsluhujících telefonních čísel nesmí překročit 450 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *Maximální nepřekročitelná cena tarifu E M2M karta 50 MB na 50 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *Maximální nepřekročitelná cena tarifu E M2M karta 100 MB na 75 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *Maximální nepřekročitelná cena tarifu E M2M karta 1 GB na 79 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *Maximální nepřekročitelná cena datového tarifu H s FUP 1 TB na 650 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *Maximální nepřekročitelná cena datového tarifu I s neomezenými daty a rychlostí 50 Mbit/s (upload i download) na 600 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální měsíční poplatek za možnost nastavení reprezentace odchozího volání z mobilního telefonního čísla (z mobilní SIM karty) pevným telefonním číslem 20 Kč bez DPH a maximální jednorázový aktivční poplatek za nastavení jedné takové služby na 50 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální nepřekročitelné ceny za zřízení služby APN - max. 15.000 Kč bez DPH (jednorázový poplatek za každé jednotlivé APN), měsíční poplatek APN - max. 70 Kč bez DPH, měsíční poplatek jednoho APN uživatele - max. 1 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. A ZD: *maximální nepřekročitelná cena příplatku možnost objednání pevné veřejné IP adresa (IPV4) Pro tarify C-I na 90 Kč bez DPH za 1 měsíc (aktivace zdarma), maximální nepřekročitelná cena jednorázové aktivace za možnost objednání pevné veřejné IP adresa (IPV6) na 100 Kč bez DPH (měsíční poplatek max. 1 Kč bez DPH)*
- Čl. 5 písm. B ZD: *Maximální ceny za službu SIP trunking takto: za 10 kanálů na 5.100 Kč bez DPH, za 30 kanálů na 8.100 Kč bez DPH, za 60 kanálů na 14.100 Kč bez DPH*
- Čl. 5 písm. C odst. H) bod č. 1 ZD: *maximální cena SMS v rámci všech mobilních sítí v ČR na 0,50 Kč bez DPH (položka č. 19) a maximální cena MMS v rámci všech mobilních sítí v ČR na 4 Kč bez DPH u všech dodaných SIM*

- Čl. 6 ZD: *Maximální ceny pro tarify či příplatky dle čl. 5.4 této ZD musí být předloženy v nabídce*
- Čl. 17 písm. b) bod č. 3 ZD: *maximální cena SMS v rámci všech mobilních sítí v ČR 0,50 Kč bez DPH (položka č. 19) a maximální cena MMS v rámci všech mobilních sítí v ČR 3 Kč bez DPH u všech dodaných SIM*

24. U některých maximálních jednotkových cen stanovených Zadavatelem se jedná o ceny, jež jsou nižší než nutné náklady Stěžovatele, které jsou spojeny s poskytováním dotčených telekomunikačních služeb, a to v některých případech velmi výrazně. Stěžovatel, který by chtěl podat nabídku na Veřejnou zakázku, musí počítat s tím, že některé služby poskytované Zadavateli nebudou na jeho straně generovat žádný zisk, ale jejich poskytování bude naopak dotovat z vlastních prostředků. Právě uvedené vede k tomu, že Stěžovatel nemá sebemenší prostor pro jakoukoliv cenotvorbu. Ceny, které jsou objektivně pod jeho náklady, nelze v rámci nabídky z logiky věci ještě dále snižovat. Navíc, Stěžovatel v této souvislosti podotýká, že úplatnost, resp. *povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce za stanovenou úplatu*, je základním pojmovým znakem veřejné zakázky dle § 2 odst. 1 ZZVZ.

25. Právě uvedené lze demonstrovat např. na následujících případech Zadavatelem poptávaných služeb:

- a) Položky týkající se roamingu a mimo EU a mezinárodních hovorů mimo EU (v daném případě Švýcarsko a Ukrajina) s limity 5,70 Kč/min a 5,80 Kč/min. a 1,50 Kč/min. jsou výrazně nižší než ceny, které Stěžovatel prokazatelně musí hradit jiným operátorům v zemích mimo EU. Ceny takto účtované v oblastech jako např. Afrika, Jižní Amerika, Asie, Austrálie, ale třeba i Švýcarsko, jsou až desetinásobně vyšší, než minimální částky, limitované Zadavatelem. Sazby pro jednotlivé země jsou dané mezinárodními dohodami mezi operátory, nicméně z pohledu Stěžovatele jsou téměř neovlivnitelné/nezměnitelné, protože z celosvětového pohledu disponuje relativně nízkou vyjednávací silou.
- b) Položka maximální ceny 0,50 Kč za vnitrostátní odeslanou SMS nedosahuje ani poplatku 0,90 Kč/SMS, který Stěžovatel prokazatelně musí hradit jiným operátorům. Cena terminace SMS a MMS je řešena smluvně (na základě dohody stran) ve smlouvách o propojení mobilních sítí, které jsou uzavírány v návaznosti na analýzu trhu mobilní terminace. V současné době je stanovena ve všech propojovacích smlouvách na 0,90 Kč/SMS bez DPH.
- c) Položky datových tarifů s vysokým FUP 1TB, případně bez omezení přenosu dat, za maximální ceny 350 Kč, 600 Kč, respektive 650 Kč, řádově neodpovídají cenám, které Stěžovatel musí platit velkoobchodnímu poskytovateli služby CETIN. Konkrétní ceny

Stěžovatel neuvádí z důvodu ochrany obchodního tajemství a dále z důvodu, že datové tarify bez omezení přenosu dat již novým zákazníkům neposkytuje.

26. Stěžovatel konstatuje, že hranice stanovené Zadavatelem pro ocenění dotčených položek jsou nastaveny tak nízko, že uchazeči, kteří by se chtěli účastnit zadávacího řízení na Veřejnou zakázku, jsou nuceni nabídnout v podstatě předem stanovené hodnoty. Na dané položky lze tedy v podstatě nahlížet jako na fixně stanovené, neboť účinek, který má namítaný postup Zadavatele na dodavatele, je zcela srovnatelný, jako by hodnoty položek byly stanoveny pevnou částkou. O jakékoliv efektivní a volné hospodářské soutěži o Veřejnou zakázku nelze vůbec hovořit.
27. V případě zadávané Veřejné zakázky by navíc měla proběhnout ještě elektronická aukce, v rámci níž Zadavatel předpokládá další snížení nabídkové ceny. Pro tento postup tu však objektivně není jakýkoliv prostor.
28. Požadavek Zadavatele, stanovující cenové limity pro dílčí položky nabízeného plnění, nepřipustně zasahuje do práva Stěžovatele na zpracování vlastní kalkulace a cenotvorby. Ocenění Veřejné zakázky je za této situace netransparentní a omezuje soutěž, a to nehledě na skutečnost, že Zadavatel předmětné cenové podmínky stanovil vůči všem uchazečům shodně.
29. K postupu Zadavatele Stěžovatel uvádí, že ZZVZ neobsahuje žádné ustanovení, ani nezná žádný princip, který by Zadavateli umožnil diktovat uchazečům jejich dílčí nabídkové ceny. Nabídkovou cenu poptávaného plnění určuje zejména trh a není na Zadavateli, aby zasahoval do tržních mechanismů a jakkoliv reguloval otevřenou hospodářskou soutěž o Veřejnou zakázku. Zadavatel svým postupem, kdy omezuje Stěžovatele v koncipování jeho nabídky, v podstatě popírá samotný smysl a cíl zákonné úpravy zadávání veřejných zakázek, respektive zadávacího řízení, kterým je *zabezpečit hospodářskou soutěž o předmět veřejné zakázky, tedy volnou a efektivní soutěž dodavatelů o zakázky* (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 87/2008-81 ze dne 9. 6. 2009). Stěžovatel konstatuje, že ZZVZ dává zadavatelům možnost stanovit předem nabídkovou cenu pevnou částkou a v tomto případě pak hodnotit pouze kvalitativní aspekty nabídky, v daném případě je však jediným hodnotícím kritériem nejnižší nabídková cena a příslušný § 116 odst. 4 ZZVZ⁸ se tak neuplatní.
30. Stěžovatel má za to, že Zadavatel není oprávněn zasahovat do cenotvorby účastníků zadávacího řízení jiným způsobem, než určením struktury ocenění položek v tom smyslu, aby v nich byly zahrnuty náklady na realizaci a přiměřený zisk, jelikož každý dodavatel obecně má svůj vlastní způsob sestavování cen. Nabídková cena za služby musí být výsledkem vlastní kalkulace dodavatelů, na niž má každý účastník zadávacího řízení právo. Právě uvedené platí

⁸ Ustanovení § 116 odst. 4 ZZVZ: *Centrální zadavatel může rovněž stanovit pevnou cenu a hodnotit pouze kvalitu nabízeného plnění.*

zvláště za situace, kdy předmět plnění Veřejné zakázky nepodléhá z hlediska svého ocenění regulaci žádným obecně platným právním předpisem.

31. Zadavatel je podle právního názoru Stěžovatele oprávněn omezit celkovou nabídkovou cenu shora, respektive stanovit PHVZ jako maximální nabídkovou cenu, při jejímž překročení bude příslušná nabídka vyřazena. A to i třeba ve vztahu k jednotlivým zúčastněným zadavatelům (koncovým uživatelům služeb). Takové omezení připouští i ustálená rozhodovací praxe Úřadu, a to především z důvodu, že nikdo nemůže nutit zadavatele, aby utráceli více, než kolik činí jejich rozpočet, dotace či jakkoliv jinak limitovaný zdroj finančních prostředků. Zadavatel však není oprávněn zasahovat do způsobu ocenění Veřejné zakázky jednotlivými účastníky zadávacího řízení tak, že bude uměle omezovat konkrétní dílčí položky. Ocenění jednotlivých součástí předmětu Veřejné zakázky, resp. kalkulace nabídkové ceny za splnění Veřejné zakázky, je svrchovaným právem účastníků zadávacího řízení. Zásahem do tohoto práva, jakkoliv může na první pohled působit dojmem dobrého úmyslu, může Zadavatel podstatným způsobem narušit hospodářskou soutěž a výrazně omezit počet podaných nabídek.
32. Omezení výše PHVZ, resp. stanovení maximálně možné nabídkové ceny za požadované plnění, má zcela jinou povahu než omezení kalkulace dílčích položek, které navíc nemohou být čerpány samostatně bez návaznosti na další položky, jež jsou předmětem Veřejné zakázky, či je jejich samostatné čerpání výrazně omezeno.
33. Případné tvrzení Zadavatele, že otázky limitování jednotkových cen byly předmětem PTK v květnu 2022, je nepravdivé. Jak vyplývá i ze zápisu o průběhu PTK, který Zadavatel opakovaně činí součástí zadávací dokumentace Veřejné zakázky, nebyly v rámci PTK diskutovány žádné jiné cenové limity než limit pro službu SMS brána. Z takové okolnosti dodavatelé rozhodně nemohli vydedukovat, že Zadavatel plánuje zastropovat ceny také u dalších 35 jednotkových položek. Něco takového nezaznělo v květnu roku 2022 v rámci PTK ani náznakem.
34. K případné argumentaci Zadavatele týkající se srovnávání s cenami obdobných zakázek se Stěžovatel nemůže objektivně vyjádřit, neboť Zadavatel doposud zastropování cen nepodložil žádnými konkrétními údaji. Navíc, jak ustáleně rozhoduje Úřad, postup zadavatele je třeba posuzovat vždy s ohledem na konkrétní okolnosti té které veřejné zakázky a aktuální situaci na relevantním trhu.
35. K případné úvaze Zadavatele o tom, že služby je nemožné posuzovat odděleně, nelze je vytrhávat z kontextu a vše je nutno posuzovat v celku telekomunikačního řešení, Stěžovatel uvádí, že takový narativ zcela popírá definici rámcové dohody v ZZVZ, podle které jsou soutěženy jednotkové ceny jednotlivých služeb a tyto může Zadavatel nejenom definovat, ale i čerpat zcela odděleně.

Námítka nezávaznosti účasti koncových uživatelů (zúčastněných zadavatelů)

36. Zadávací podmínky dávají zmocňujícím zadavatelům (koncevým uživatelům služeb) unikátní právo „nepřistoupit“ k plnění Veřejné zakázky s vybraným dodavatelem. Konkrétně o tom hovoří čl. 5.6 ZD, označený Vyhrazená změna závazku: *Zadavatel si vyhrazuje v souladu s § 100 odst. 1 zákona změnu spočívající v možnosti neodebrání telekomunikačních služeb pro města a obce Libereckého kraje a jimi zřizované příspěvkové organizace, tj. neuzavření smlouvy o přistoupení k odběru telekomunikačních služeb uzavírané pověřujícími zadavateli (účastnické smlouvy). Tato vyhrazená změna se netýká telekomunikačních služeb pro Liberecký kraj a jím zřizované příspěvkové organizace a Magistrát města Liberec a jím zřizované příspěvkové organizace. Zadavatel současně sděluje, že předpokládaný počet jednotlivých tarifů měst a obcí Libereckého kraje a jimi zřizovaných příspěvkové organizace, které si vyhrazuje neodebrat, činí přibližně 20 % předpokládaného počtu tarifů, které jsou předmětem plnění veřejné zakázky.*
37. Možnost neodebírat vysoutěžené služby, které jsou předmětem Veřejné zakázky, způsobuje v konečném důsledku Stěžovateli při přípravě jeho nabídky zásadní problémy. Fakticky totiž znemožňuje sestavit odpovídající nabídku. Stěžovatel, jemuž není garantován předmět Veřejné zakázky, může těžko kalkulovat náklady na její plnění nebo svůj potenciální zisk. Zadavatel požaduje, aby Stěžovatel vycházel při ocenění předmětu plnění z celkového předpokládaného množství, samotné plnění však může mít nakonec zcela jiný rozsah a může být poskytováno zcela odlišnému okruhu koncových uživatelů, než s jakým Stěžovatel při přípravě nabídek kalkuloval.
38. Dle § 36 odst. 3 ZZVZ je zadávací dokumentace definována jako soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek, vymezujících předmět Veřejné zakázky *v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení.* Současně platí, že *Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.*
39. S ohledem na výše uvedené ustanovení ZZVZ, jakož i rozhodovací praxi Úřadu a soudní judikaturu, považuje Stěžovatel za najisto postavené, že povinností Zadavatele je stanovit zadávací podmínky takovým způsobem, aby bylo všem potenciálním účastníkům zadávacího řízení od počátku jasné, jaké plnění Zadavatel poptává. V situaci, kdy zadávací podmínky umožňují, aby následně došlo k modifikaci předmětu plnění, resp. ke zmenšení rozsahu koncových uživatelů a tím tedy i odebíraných služeb, nelze hovořit o řádném vymezení předmětu plnění.
40. Tím, že Zadavatel připustil, aby nebyl zcela jednoznačně vymezen a garantován rozsah služeb, které budou na základě jednotlivých prováděcích výzev odebírány, porušil rovněž zásadu transparentnosti zadávacího řízení. Stěžovatel je omezen v možnosti sestavit své nabídky, neboť při jejich přípravě nemůže objektivně vědět, jaký bude konečný rozsah odebíraných služeb.

41. Pokud zmocňující zadavatelé (koncoví uživatelé služeb) nepřistoupí k rámcové dohodě, nelze v žádném případě hovořit o naplnění kontraktační povinnosti. Rámcová dohoda bude sice formálně ve lhůtě stanovené v ZZVZ uzavřena, plnění však nebude fakticky realizováno a vybraný dodavatel tak nebude za nabízené služby získávat žádné plnění. V konečném důsledku tak dojde zejména k jednoznačnému zmaření účelu zadávacího řízení. Veřejná zakázka totiž řádně proběhne, na její realizaci bude dokonce uzavřena odpovídající smlouva, ale nedojde k jejímu naplnění.
42. Z právě zmíněného ustanovení ZZVZ jednoznačně vyplývá, že aby mohlo být plnění Veřejnou zakázkou ve smyslu ZZVZ, musí v první řadě proběhnout. Bez toho nelze o Veřejné zakázce vůbec hovořit. Dodavatelé, kteří se účastní zadávacího řízení, jehož výsledkem by mělo být zadání Veřejné zakázky, mohou tedy legitimně očekávat, že Zadavatel, který realizuje zadávání Veřejné zakázky, rovněž zajistí, že soutěžené plnění bude skutečně odebráno a vybraný dodavatel získá za jeho poskytnutí kalkulovanou nabídkovou cenu. To je základní jistota, jejíž zajištění mohou dodavatelé po Zadavateli legitimně požadovat.
43. Nepřistoupením zmocňujících zadavatelů (koncových uživatelů služeb) k plnění smlouvy s vybraným dodavatelem dochází de facto v rozsahu jejich předpokládaného plnění (které bylo původně součástí ZD, výše PHVZ a ovlivnilo kalkulaci nabídkové ceny Stěžovatele) ke zrušení veřejné zakázky. Přitom Zadavatel je oprávněn zadávací řízení zrušit pouze při naplnění podmínek ustanovení § 127 ZZVZ, z nichž žádná však nedává prostor ke zrušení na jednostranný pokyn některého ze zmocňujících zadavatelů (koncových uživatelů služeb), jehož Zadavatel zastupuje při zadávání Veřejné zakázky. Neuzavření smlouvy o přistoupení k odběru telekomunikačních služeb zmocňujícími zadavateli (koncovými uživateli služeb) nelze srovnávat s právem zadavatele odebírat plnění z rámcové dohody dle svých potřeb a svobodného uvážení.
44. O analogické situaci rozhodoval Úřad v rozhodnutí ve věci sp. zn. S0363,S0365,S0366,S0367,S0368,S0369/VZ⁹ ze dne 22. července 2016. Úřad se otázkou nezávaznosti přistupování zmocňujících zadavatelů k prováděcím smlouvám zaobíral poměrně obšírně a na podporu svého závěru o jeho nezákonnosti vyslovil řadu smysluplných a názorově konzistentních myšlenek, z nichž Stěžovatel cituje ty nejpodstatnější:

V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že zadávací podmínka obsažená v článku 12. 2. návrhu smlouvy o možnosti nepřistoupení koncových uživatelů vnáší do zadávacího řízení prvek netransparentnosti, neboť je zřejmé, že výsledný rozsah plnění veřejné zakázky, který je dán mimo jiné okruhem odběratelů služeb, nemusí za určitých okolností odpovídat rozsahu plnění, na základě kterého jednotliví dodavatelé kalkulovali své nabídkové ceny.

⁹ <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-14293.html>

V posuzovaném případě dochází k situaci, kdy je s centrálním zadavatelem formálně uzavřena smlouva na předmět plnění veřejné zakázky v rozsahu odpovídajícím poptávkovému listu, avšak účinnost smlouvy a rovněž i finální rozsah plnění je podmíněn přistoupením pověřujících zadavatelů, tj. koncových odběratelů služeb ke smlouvě.

Úřad přisvědčil argumentaci navrhovatele, že je povinností zadavatele stanovit zadávací podmínky způsobem, ze kterého bude zřejmý rozsah poptávaného plnění, přičemž nelze akceptovat situaci, kdy si dodavatelé při přípravě nabídky nemohou být jisti skutečností, zda jimi zvolená koncepce předložených nabídkových cen kalkulovaná ve vztahu ke konkrétnímu rozsahu plnění, tj. určitému okruhu odběratelů, nebude ze strany smluvního partnera významným způsobem měněna, a to na základě předem nevymezených důvodů.

Úřad dále uvádí, že dohoda o centralizovaném zadávání je závazek mezi centrálním zadavatelem a jednotlivými koncovými uživateli. Dodržení rozsahu poskytovaných služeb v příslušném poptávkovém listu nelze ze strany zadavatele jednotlivým dodavatelům garantovat na základě dohody, ve které nejsou tito jednotliví dodavatelé smluvní stranou, a faktické dodržení uvedené dohody proto nemohou jakkoli ovlivnit.

V návaznosti na vymezení předmětu plnění veřejné zakázky Úřad uvádí, že nezpochybňuje právo zadavatele koncipovat poptávkový list s ohledem na své potřeby, avšak v daném případě je nutné zajistit, aby nemohla nastat situace, kdy uchazeči budou koncipovat svoje nabídky s očekáváním určitého rozsahu plnění, v návaznosti na tento rozsah následně budou strukturovat nabídkovou cenu, a výsledný finální rozsah plnění bude závislý na skutečnosti, kterou dodavatelé na základě nastavení zadávacích podmínek nemohli kvalifikovaně odhadnout a se kterou nemohli kalkulovat v procesu cenotvorby, a následně tak budou „nuceni“ plnit závazky vyplývající ze smlouvy na modifikovaný rozsah předmětu plnění veřejné zakázky.

Ke vzniku újmy je v tomto případě dle názoru Úřadu dostačující, že navrhovatel nemohl koncipovat svoji nabídku podle vlastního podnikatelského uvážení, ale byl při tvorbě své nabídky (a to včetně cenových podmínek) omezen netransparentními zadávacími podmínkami, v rámci kterých navrhovatel musel kalkulovat rovněž riziko spojené s případnou změnou skutečného rozsahu plnění.

45. Stěžovatel pro úplnost dodává, že byť se výše uvedené rozhodnutí vztahuje k právní úpravě obsažené v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, lze jeho závěry plně vztáhnout i na nynější právní úpravu obsaženou v ZZVZ, a tedy i na zadávanou Veřejnou zakázku, neboť pojetí odpovědnosti zadavatelů za zadávací dokumentaci a vymezení rozsahu veřejné zakázky, stejně tak výklad zásady transparentnosti, nedoznaly přijetím nové právní úpravy žádných zásadních změn.
46. Na závěr této části námitek Stěžovatel připomíná, že problematiku nezávaznosti přistupování zmocňujících zadavatelů komunikoval Zadavateli poprvé již před podáním námitek na

Předchozí veřejnou zakázku, a to konkrétně v Žádosti č. 2. Zadavatel ve své odpovědi nezákonný stav nenapravitel a kromě odkazu na uskutečněnou PTK, ke které se Stěžovatel vyjádřil již výše, se omezil toliko na konstatování, že *neodebrání služeb se týká cca 20% z celkového rozsahu Veřejné zakázky, případně že nenadhodnocuje předpokládaný rozsah odebíraných služeb a naopak jej stanovuje tak, aby v případě naprosto nepravděpodobné situace, že by všichni jednotliví pověřující zadavatelé následně nepodepsali smlouvu, byl garantován předpokládaný objem odebíraných služeb tvořený těmi pověřujícími zadavateli, pro které je podpis dílčí smlouvy závazný (Město Liberec, Liberecký kraj a jejich příspěvkové organizace)*¹⁰. Stěžovatel s ohledem na obsah stávající ZD nemá důvod pochybovat o tom, že Zadavatel na svém názoru trvá i nyní. Dle názoru Stěžovatele je přitom nepochybné, že potenciální neodebrání 20% rozsahu Veřejné zakázky není něco, co lze vnímat jako zanedbatelné, případně s čím by bylo možné při zpracování nabídky počítat na podkladě tvrzení Zadavatele o *naprosté nepravděpodobnosti*.

47. K případné argumentaci Zadavatele, že část pověřujících zadavatelů je tzv. „nezávislá“ a zadavatel nemůže „garantovat“ jejich odběr plnění, Stěžovatel uvádí, že Zadavatel by takovým tvrzením fakticky popíral smysl a cíl samotného institutu centrálního zadávání a funkci centrálního zadavatele tak, jak jej definuje § 9 ZZVZ. Z právě uvedeného ustanovení ZZVZ jednoznačně vyplývá, že centrální zadavatel realizuje zadávací řízení pro pověřující zadavatele, kterým plnění následně předprodává, nebo si jej tito nakupují od vybraného dodavatele přímo sami. Dle § 9 odst. 3 ZZVZ přitom *okruh zadavatelů, pro které je centralizované zadávání prováděno, musí být vymezen v zadávací dokumentaci, a to jejich výčtem nebo jiným způsobem, který umožní účastníkům zadávacího řízení jejich identifikaci*. Nelze tedy připustit situaci, kdy by bylo nejasné, kdo bude smluvní stranou smlouvy na plnění veřejné zakázky. Právě proto centrální zadavatel uzavírá s jednotlivými pověřujícími zadavateli smlouvu o centrálním zadávání, aby se z nezávislých zadavatelů stali zúčastnění zadavatelé. Pokud by následně značná část subjektů nemusela na základě výsledku zadávacího řízení vůbec uzavřít závazkový vztah, pak by zadávací řízení proběhlo tzv. „na zkoušku“ a fakticky by postrádalo smysl. Dodavatelé by sice v dobré víře předložili svoje nabídky, zadavatelé by s nimi však smlouvu nepodepsali, aniž by přitom došlo k formálnímu zrušení veřejné zakázky. V souvislosti s uvedeným Stěžovatel připomíná relevantní rozhodovací praxi Úřadu, např. rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0140/2019/VZ ze dne 31. 5. 2019, v němž Úřad mimo jiné uvedl následující: *Bylo by totiž zcela jistě v rozporu se základními zásadami zadávacího řízení (zde zejména se zásadou transparentnosti), aby zadavatel zahajoval zadávací řízení, kdy s účastí v něm mohou být pro dodavatele na relevantním trhu spojeny mnohdy i nemalé náklady, tak říkajíc „na zkoušku“, tj. bez vážného úmyslu uzavřít po jeho skončení smlouvu*.

¹⁰ Odpověď Zadavatele na dotaz č. 12/20 uveřejněné ve Vysvětlení a změně zadávací dokumentace II ze dne 29.7.2022

48. K případné argumentaci Zadavatele, že *samotná rámcová dohoda závazkové vztahy nezakládá a předpokládá pro založení závazkového vztahu další právní jednání, kterým je uzavření realizační smlouvy*, Stěžovatel uvádí, že ze strany Zadavatele by šlo o zavádějící argument a bezprecedentní bagatelizaci situace, kdy pověřující zadavatelé nebudou vůbec smluvní stranou závazkového vztahu a nebudou tak moci ani teoreticky odebírat telekomunikační služby od vybraného dodavatele. Takovou situaci nelze absolutně srovnávat se situací, kdy pověřující zadavatelé budou smluvními stranami, ale plnění budou odebírat podle svých aktuálních potřeb. Právě uvedené Stěžovatel považuje za zcela nepřijatelné. Rámcová dohoda sice sama o sobě nezakládá závazkové vztahy, ale její uzavření jménem všech zúčastněných zadavatelů, kteří by měli profitovat ze zadávacího řízení realizovaného zadavatelem, je povinným vyústěním zadávacího řízení, pokud nemá být de facto v rozsahu nepodepsaných zadavatelů zrušeno.
49. K případné argumentaci Zadavatele týkající se možnosti neuzavření smlouvy jednotlivými pověřujícími zadavateli, Stěžovatel pro úplnost uvádí, že tato výhrada nebyla stanovena ani formálně v souladu s § 100 ZZVZ, na který opakovaně odkazuje Zadavatel. Jak akcentoval sám Zadavatel v průběhu Předchozí veřejné zakázky, *zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody za splnění následujících podmínek: (1) podmínky pro tuto změnu a její obsah jsou jednoznačně vymezeny a (2) změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky*. Hned první z podmínek přitom jednoznačně splněna není. Zadávací dokumentace konkrétně neuvádí, jaká či jaké situace musí objektivně nastat, aby to indikovalo uplatnění vyhrazené změny závazku. I sám Zadavatel uváděl namátkou a pouze čistě příkladmo několik situací, které údajně mohou uplatnění výhrady vyvolat. Kompletní výčet takových příčin však chybí a je tak ponecháno zcela na libovůli konkrétních pověřujících zadavatelů, zda k uzavření smlouvy přistoupí, či nikoliv, bez toho, aby jejich postup mohli dodavatelé předem předjímat. Zadavatel tak sice specifikoval, čeho by se případná změna měla týkat, nestanovil však transparentním způsobem předpoklady či podmínky, které musí nastat, aby zadavatel ke změně přistoupil. Změna není navázána na konkrétní, objektivní a prokazatelné okolnosti, které musí nastat.

Námítky nedostatečného vymezení předmětu plnění Veřejné zakázky v částech fixní telefonie, které neumožňuje ocenění a zpracování nabídky

50. Zadavatel v čl. 5 písm. B ZD stanovuje jako součást předmětu plnění Veřejné zakázky *Hlasové služby pevné telefonie*, aniž by blíže specifikoval technické parametry, lokality připojení a další parametry, jež jsou nutné pro zpracování nabídky a stanovení nabídkové ceny.
51. Pro zpracování částí nabídky, které zahrnují pevné telekomunikační linky do fyzických objektů Zadavatele nebo dalších zúčastněných zadavatelů (konečných uživatelů služeb), je

vždy nezbytně nutné znát konkrétní lokality a další technické aspekty realizace. V žádném případě nelze kalkulovat konkrétní nabídkovou cenu bez vědomí toho, zda konkrétní dům již je či není připojen nějakou technologií poslední míle. A pokud není, zda půjde využít připojení inkumbentního operátora v blízkosti dané lokality anebo bude muset dojít k fyzickému zřízení zcela nové telekomunikační trasy, ať již metalickým nebo optickým vedením či radioreléovou cestou.

52. Nejasné a nedostatečné vymezení předmětu plnění v částech fixní telefonie bylo v Předchozí veřejné zakázce předmětem opakovaných žádostí dodavatelů o vyjasnění ZD, na které ovšem Zadavatel odpovídal velmi neurčitě a namísto vysvětlení (a zpřesnění) zadání, nejasnost spíše prohloubil. Vzhledem k tomu, že Zadavatel nadále specifikuje Hlasové služby pevné telefonie v identické nedostatečné podobě, nepředpokládá Stěžovatel, že by bylo smysluplné opakovat žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace a přistupuje rovnou k podání námitek.
53. Fixní telefonní přípojky nejsou jednoduchou či zanedbatelnou drobností. Jde o poměrně složité a cenově nákladné záležitosti. Fixní telefonní přípojky rozhodně nelze „přilepit“ k rámcové dohodě na mobilní služby, aniž by byly řádně specifikovány, proběhla soutěž porovnatelných nabídek a tato soutěž byla řádně hodnocena kritériem nabídkové ceny pro přidělení Veřejné zakázky. V tuto chvíli na tuto část předmětu plnění Veřejné zakázky nelze zpracovat nabídku, a to z důvodu nedostatečnosti zadání. Nabídnout fixní telefonní přípojky pouze v obecné rovině, aniž by byla nabídka konkrétní a řádně oceněna, v rámci ZZVZ nelze.
54. Z výše uvedeného je zřejmé, že Zadavatel nevymezil předmět plnění Veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných ke zpracování nabídky. Naopak žádá po Stěžovateli, aby zpracoval a odevzdal svou závaznou nabídkovou cenu za situace, kdy ZD neobsahuje informace nezbytně nutné k její kalkulaci. Takto specifikované plnění je extrémně netransparentním podkladem pro zpracování závazné nabídkové ceny, která je jediným hodnotícím kritériem, prostřednictvím kterého má být vybrána nejvhodnější nabídka.
55. Absence uspokojivého vymezení předmětu plnění v průběhu zadávacího řízení neovlivňuje negativním způsobem pouze vlastní plnění Veřejné zakázky, ale má rovněž dopady do samotného procesu zpracování nabídky Stěžovatelem. Konkrétně způsobuje vážné překážky při ocenění předmětu plnění, které nelze provést ani odhadem, natož v míře a detailu, který by umožnil zpracovat a podat závaznou nabídku.
56. Zadávat takto neurčitě rámcovou dohodu na fixních telekomunikační služby je možné, ale za předpokladu jejího uzavření s vícero dodavateli, mezi kterými následně probíhá obnovená soutěž k zadání konkrétních prováděcích zakázek, jejichž vymezení je mezitím doprecizováno a v okamžiku kalkulace nabídkových cen odpovídá nárokům ZZVZ na podrobnosti zadávací dokumentace. V takové podobě probíhá drtivá většina rámcových veřejných zakázek v oblasti fixních komunikací, ať již jde o telefonní služby na pevných linkách nebo WAN datové sítě,

včetně těch softwarově definovaných. K nejznámějším takovým patří Komunikační infrastruktura veřejné správy (dále jen „KIVS“), která probíhá výše popsáním způsobem. V namítaném případě ovšem Zadavatel zadává Veřejnou zakázku formou rámcové dohody s jedním dodavatelem. V takové situaci rozhoduje nabídková cena v okamžiku hodnocení úvodních (rámcových) nabídek a k rozhodnutí o přidělení Veřejné zakázky tak dochází ihned, a to s definitivní platností.

57. Je přitom nesporné, že odpovědnost za vymezení předmětu Veřejné zakázky spočívá výhradně na Zadavateli, což trvale ve své rozhodovací praxi akcentuje i Úřad. Citovat lze např. rozhodnutí ve věci sp. zn. S0465/2018 ze dne 1. 2. 2019, ve kterém Úřad uvedl následující: Úřad dále konstatuje, že v návaznosti na zásadu transparentnosti zadávání veřejných zakázek dle § 6 odst. 1 zákona musí být zadávací podmínky stanoveny jednoznačným a určitým způsobem tak, aby nedocházelo k situaci, kdy by si tyto podmínky mohli jednotliví dodavatelé vykládat různým způsobem či vznikaly pochybnosti o jejich výkladu. Tento závěr lze dle Úřadu podpořit obecným ustanovením o právním jednání dle § 557 občanského zákoníku, dle kterého platí, že připouští-li použitý výraz různý výklad, vyloží se v pochybnostech k tíži toho, kdo výrazu použil jako první (zde zadavatel v zadávací dokumentaci). Z výše uvedeného, jakož i z ustálené rozhodovací praxe týkající se zadávání veřejných zakázek, lze tedy dovodit, že není souladné se zákonem přičítat neurčitý či nejednoznačný požadavek k tíži kteréhokoli z dodavatelů, nýbrž k tíži zadavatele (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2014, sp. zn. 3 As 63/2014). Za správnost a úplnost údajů obsažených v zadávacích podmínkách odpovídá výhradně zadavatel, přičemž této odpovědnosti se zadavatel nemůže žádným způsobem zprostit, a tudíž chyby, či nepřesnosti v zadávacích podmínkách jsou vždy přičítány k tíži zadavatele, což platí i v případě, kdy zadavatel pověří zpracováním zadávacích podmínek externí subjekt. Úřad dodává, že zadavatel rovněž není oprávněn požadovat, aby dodavatel upravil nebo opravil zadávací dokumentaci dle svého uvážení, neboť by tak mohlo dojít k podání vzájemně neporovnatelných nabídek.
58. Stěžovatel odkazuje dále na rozhodnutí Úřadu, v nichž se Úřad vyslovil k možnosti dodavatelů zpracovat v případě pochybností nabídku do zadávacího řízení na základě svých znalostí a zkušeností. Citovat lze např. rozhodnutí ve věci sp. zn. S341/2013 ze dne 18. 2. 2014, v němž Úřad ve vztahu k ocenění nejasně specifikovaného předmětu plnění uvedl, že v plném rozsahu nelze souhlasit s názorem zadavatele, že je věcí samotných uchazečů, jak nacení danou službu s ohledem na jejich podnikatelské zkušenosti a s ohledem na úroveň podnikatelského rizika. Citovat lze dále např. rozhodnutí ve věci sp. zn. S0315/2019/VZ ze dne 25. 9. 2019, v němž Úřad znovu potvrdil, že není tudíž na dodavatelích, aby v zadávací dokumentaci odhalovali její případné nejasnosti a domýšleli, jak některý požadavek zadavatel myslel, resp. zda jej měl vůbec v úmyslu vtělit do zadávací dokumentace a učinit jej obligatorní součástí poptávaného předmětu plnění. Jak vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 60/2011 ze dne 6. 12. 2012 „[j]e to totiž zadavatel, kdo zadávací podmínky zpracovává a k jehož tíži je třeba veškeré

nejasnosti, v zadávacích podmínkách obsažené, připsat.“. Byť Úřad nijak nepopírá, že příprava zadávacího řízení, včetně formulace zadávací dokumentace, není jednoduchým procesem, je věcí zadavatele, jakou pečlivost přípravě zadávací dokumentace věnuje, aby se vyvaroval porušení zákona.

59. Je nesporné, že řádné stanovení zadávacích podmínek je jednou ze základních povinností Zadavatele v rámci zadávacího řízení a má výrazný dopad na další průběh zadávacího řízení. Zadavatel je povinen vymezit zadávací podmínky v souladu s § 36 odst. 3 ZZVZ *v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadávací dokumentace, jež v sobě obsahuje zadávací podmínky, musí být dostatečně konkrétní, aby dodavatelům umožnila podat vzájemně porovnatelné nabídky.*
60. Na podporu tvrzení Stěžovatele lze citovat rovněž judikát NSS ve věci sp. zn. 9 Afs 30/2010 ze dne 16. 11. 2010, v němž NSS zdůraznil, že *zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za jeho zpracování je plně odpovědný zadavatel a je povinen ho zpracovat dostatečně kvalitně a s patřičnou odborností tak, aby na jeho základě bylo možno podat odpovídající a především vzájemně porovnatelné nabídky. Aplikovatelnost právě uvedeného je nesporná i za účinnosti stávajícího ZZVZ, ačkoliv rozsudek byl vydán za dřívější právní úpravy.*
61. K případné argumentaci Zadavatele, že není vždy nutné stanovit konkrétní lokality a další technické aspekty realizace, a to z toho důvodu, že by mohl vyvolat v účastnících mylný dojem, že bude tato služba v konkrétních lokalitách objednána, Stěžovatel uvádí, že Zadavatel nemůže svévolně upustit od splnění své zákonné povinnosti zpracovat zadávací podmínky v podrobnosti nezbytné pro zpracování nabídky jenom proto, že by v dodavatelích vyvolával dojem, že předmětné telekomunikační služby budou realizovány. Takový způsob uvažování je zcela absurdní a nemá v rámci ZZVZ místo. Jaké služby budou či nebudou v konkrétních lokalitách realizovány záleží výhradně na uzavřených prováděcích smlouvách. Nikoliv na dojmu vybraného dodavatele.

Námítky proti zkreslenému způsobu hodnocení nabídkových cen umělými váhami

62. Hodnocení nabídek podle ZD neproběhne na základě transparentního vynásobení předpokládaných počtů jednotlivých služeb s nabídnutými jednotkovými cenami, čímž by byla přirozenou a nezkrácenou cestou zohledněna jak cena, tak předpokládané množství daného plnění, nýbrž je virtuálně přepočítáváno uměle stanovenými „váhami“, které každou jednotlivou jednotkovou cenu nějak (neznámo proč zrovna takto) promítají do výsledného hodnocení.

63. V příloze ZD č. 2 Tabulka pro vyhodnocení mají služby skupiny A váhu celkem 83,5%, služby skupiny B váhu celkem 12,5% služba skupiny C: část *Služby hromadného odesílání SMS* disponuje váhou 4%, část SD WAN nemá žádnou váhu a není hodnocena vůbec.
64. Podle tvrzení Zadavatele v druhé sadě dodatečných informací k ZD Předchozí veřejné zakázky by váhy měly lépe vystihovat zamýšlené užívání telekomunikačních služeb, nicméně prostým přepočtem předpokládaného množství jednotlivých služeb (tarifů) je zřejmé, že tomu tak není. Navíc se samotný Zadavatel v textu ZD usvědčuje z toho, že váhy neodpovídají skutečně plánovanému odběru, když píše: *Zadavatel klade v rámci tohoto tarifu důraz na cenu za 1 minutu hovoru a vzhledem k dnešním trendům a technologiím směřujícím k jednoznačnému odklonu od používání SMS zadavatel zásadně snižuje váhu na hodnocení ceny za odesílání SMS zpráv, proto jejich cenu takto omezuje.* Z takto formulovaných zadávacích podmínek je zřejmé, že způsob hodnocení nabídek prostě neodpovídá rozsahu předmětu Veřejné zakázky, jak je vymezen zadávací dokumentací.
65. Zadavatel dále v dodatečných informacích k ZD Předchozí veřejné zakázky uvedl: *Podstatou této veřejné zakázky jsou dva tarify, resp. soutěž je primárně o dvou položkách, a to cena měsíčního paušálu za tarif „neomezené volání + 10GB dat“ a cena za 1 minutu hovoru v rámci ostatních tarifů.*¹¹ K tomu ale Stěžovatel uvádí, že tyto dvě ceny budou z objektivních důvodů řádově odlišné. První bude v řádu stovek Kč (protože v ceně je celý měsíc neomezeného volání a 10 GB dat), kdežto druhá bude v řádu jednotek Kč (jen jedna minuta hovoru). Zadavatelem stanovené váhy ovšem tento řádový rozdíl nezohledňují - váha první položky je 32 % a váha druhé položky 40 %. Vše dobře ilustruje tabulka:

Položka	Množství	Jednotková cena (hodnocena)	Cena za měsíc (nehodnocena)	Váha
Tarif A paušál s 10GB dat	5.700 ks	cca 350 Kč	1.995.000 Kč	32%
Tarif B s 50 min. volání	1.900 ks	cca 0,90 Kč/min.	95.500 Kč	40%

Z prostého porovnání dvou položek s nejvyšší váhou hodnocení je zřejmé, že Zadavatel zamýšlí hodnotit vzájemně neporovnatelné hodnoty 350 Kč váhou 32% a minutu volání za 0,90 Kč s váhou 40%. Sice mají stejnou měnovou jednotku (Kč), ovšem jejich reálná hodnota je deformována ve vztahu k hodnotě nominální. Jednou jde o paušální tarif za měsíc provozu, podruhé o 1 minutu volání. Váhy svého projevu do celkové výhodnosti nabídek mají ovšem skoro identické.

66. Stěžovatel konstatuje, že nechce Zadavateli upírat jeho možnost provést hodnocení nabídek na základě svých potřeb s ohledem na poptávané plnění. Současně však nelze bez dalšího přistoupit na argumentaci, že je výhradně v gesci Zadavatele, aby hodnotil podle vah cenových

¹¹ Odpověď Zadavatele na dotaz č. 1/20 uveřejněné ve Vysvětlení a změně zadávací dokumentace II ze dne 29.7.2022

subkritérií stanovených zcela podle své volné úvahy. Hodnotící kritérium nabídkové ceny mělo být podle názoru Stěžovatele stanoveno na základě transparentního vynásobení předpokládaných počtů jednotlivých služeb s dodavatelem nabídnutými jednotkovými cenami, čímž by byla přirozenou a nezkreslenou cestou zohledněna jak cena, tak zadávané množství daného plnění.

67. Aby podpořil své tvrzení, odkazuje Stěžovatel na rozhodnutí¹² předsedy Úřadu ve věci sp. zn. R229/2015/VZ ze dne 15. 6. 2016, ve kterém je mj. uvedeno:

Jsem toho názoru, že samotné rozdělení základního hodnotícího kritéria nejnížší nabídkové ceny na dílčí položky nabídkové ceny není v rozporu s kogentními ustanoveními zákona, neboť hodnocení dle jednotlivých cenových položek nabídky může být stále slučitelné s účelem základního hodnotícího kritéria nejnížší nabídkové ceny. Slučitelné ovšem nebude za situace, kdy pořadí jednotlivých nabídek bude určeno na základě propočtu poměrů nabídkových cen uchazečů vůči sobě navzájem. Taková matematická operace nevede ke stanovení jednotlivých nabídkových cen vyjádřených ve stejných měnových jednotkách, jejichž reálná hodnota není nijak deformována ve vztahu k hodnotě nominální.

Není totiž ve světle zákona pojmově možné, aby jedna a tatáž měnová jednotka vynakládaná zadavatelem při realizaci předmětu veřejné zakázky nabývala různých reálných hodnot podle zvolených vah. At' budou váhy dílčích cenových položek nastaveny jakkoliv, vždy to povede k určitému zkreslení nabídky z hlediska jejího ekonomického dopadu na rozpočet zadavatele co do výše celkové ceny plnění. V případě stanovení vah dílčími položkami nabídkové ceny totiž bude vždy nutně docházet k tomu, že 1 Kč ceny za 1 km autobusu se nebude rovnat 1 Kč ceny za 1 km minibusu atd., což pak nutně povede ke zkreslení celkové nabídkové ceny pro zadavatele.

Je zřejmé, že výsledek hodnocení podle nejnížší nabídkové ceny má být takový, že nabídky budou seřazeny srovnáním nabídkových cen od nejlevnější po nejdražší, když nejlevnější nabídka má být současně tou nejvýhodnější. Při takovém postupu nemusí hodnotící komise provádět žádné dílčí matematické propočty, neboť jde o prosté srovnání nabídkových cen vzestupně dle jejich hodnoty. Za takové situace je v podstatě vyloučeno, aby docházelo k jinému poměrování podaných nabídek, než je právě uvedené seřazení dle výše ceny. Pokud tedy zadavatel v souladu se způsobem výpočtu, který zvolil, byl nucen provádět propočty poměrů jednotlivých nabídkových cen vůči sobě navzájem a vůči jednotlivým přiděleným vahám, pak se již ze své povahy nemůže jednat o určení pořadí nabídek dle výše nabídkové ceny, což by odpovídalo základnímu hodnotícímu kritériu nejnížší nabídkové ceny, ale jde o hodnocení podle vzájemných poměrů nabídek, při němž je však vlivem přiřazení vah jednotlivým sukritériím měněna nominální hodnota ceny jednotlivých částí plnění nabízených jednotlivými uchazeči.

¹² <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-13803.html>

Při hodnocení totiž zadavatel použil postupně dva matematické propočty, které na sebe vzájemně navazují, tím prvním je propočet všech hodnocených nabídkových cen ve vztahu k nejnižší nabídkové ceně v každé ze zvolených položkových cen, přičemž výsledek tohoto poměrového propočtu následně zadavatel dle stanovených vah přepočítal na bodové hodnoty, které odpovídaly zvoleným vahám. Pořadí jednotlivých nabídek pak bylo určeno součtem všech obdržných bodů podle provedených výpočtů. Pořadí nabídek tak bylo v konečném důsledku určeno body a nikoliv výší nabídkových cen.

68. Na závěr této části námitek Stěžovatel připomíná, že problematiku zkreslení hodnocení nabídkových cen umělými váhami komunikoval Zadavateli již před podáním námitek v zadávacím řízení na Předchozí veřejnou zakázku, a to konkrétně v Žádosti č. 2. Zadavatel ve své odpovědi nezákonný stav nenapravit, a kromě odkazu na uskutečněnou PTK, ke které se Stěžovatel vyjádřil již výše, se omezil toliko na konstatování, že *Zadavatel zásadně nesouhlasí stvrzením tazatele v rámci dotazu a nerozumí ofenzivní konstrukci zde uvedených informací. Vše bylo vysvětleno v rámci PTK, kde byl tazatel přítomen. Způsob a důvody pro stanovení váhy byly v rámci PTK vysvětleny, zadavatel důrazně upozorňuje tazatele, že neprovádí manipulaci s hodnocením nabídkové ceny, způsob hodnocení a jednotlivé váhy vychází z aktuálního čerpání telekomunikačních služeb a nákladů na tyto služby.*¹³ K tomu Stěžovatel dodává, že Zadavatel sice může zásadně nesouhlasit a nerozumět ofenzivní konstrukci, ovšem to nic nemění na skutečnosti, že zadávací podmínky poměrně významnou měrou zkreslují hodnocení nabídek dle výše nabídkové ceny, jak je popsáno výše. Ačkoliv výše uvedené námítky Stěžovatele byly rovněž předmětem návrhu k Úřadu, Zadavatel na svém postupu setrval i v nyní zadávané Veřejné zakázce.

Porušení zákona a nápravné opatření

69. S ohledem na skutečnosti popsané v námítkách považuje Stěžovatel za prokázané, že Zadavatel nedodržel postup stanovený v

- § 19 odst. 1 písm. a) ZZVZ ve spojení s § 6 odst. 1 ZZVZ, a to zásadou transparentnosti, když stanovil PHVZ tak, že tato nepředstavuje reálně očekávanou výši finančního protiplnění za požadované služby, ale naopak se od něj významně odchyluje,
- § 131 odst. 3 písm. a) ZZVZ, když nastavil smluvní podmínky rámcové dohody tak, že umožňují excesivně překročit čtyřletý limit závazku rámcové dohody tím, že budou uzavírány dílčí (prováděcí) zakázky i s neurčitou (tzn. neomezenou) dobou plnění,

¹³ Odpověď Zadavatele na dotaz č. 18/20 uveřejněné ve Vysvětlení a změně zadávací dokumentace II ze dne 29.7.2022

- § 44 odst. 1 a § 84 ZVZ ve spojení se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 ZVZ, když v zadávacích podmínkách prováděcích zakázek umožnil, aby zúčastnění zadavatelé (koncoví uživatelé poptávaných služeb) nemuseli přistoupit k rámcové dohodě a vysoutěžené služby odebírat, čímž způsobil nejednoznačnost vymezení předmětu plnění,
- § 6 odst. 1 ZZVZ, a to zásadu transparentnosti, ve spojení s ustanovením § 36 odst. 3 ZZVZ tím, že nevymezil předmět plnění a požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny v části Veřejné zakázky fixní telefonie dostatečně určitě, tedy v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů v zadávacím řízení,
- § 114 odst. 2 ZZVZ tím, že vymezil způsob hodnocení kritéria nabídkové ceny tak, že nehodnotí ekonomickou výhodnost nabídek na základě nejvýhodnějšího poměru nabídkové ceny a kvality, a tudíž není zaručen výběr ekonomicky nejvýhodnější nabídky.

70. Pro úplnost Stěžovatel dodává, že zásada transparentnosti, která především nebyla Zadavatelem v mnoha instancích dodržena, je přitom jednou ze základních zásad, kterou je Zadavatel povinen dodržovat v průběhu celého zadávacího řízení. V souladu s ustálenou soudní judikaturou (např. rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 57/2008 ze dne 30. 3. 2010) je *požadavek transparentnosti považován za nesplněný v případě, že jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele*. Jak je uvedeno v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010, který se s citovaným právním názorem ztotožnil, daný závěr odpovídá rovněž výkladu zásady transparentnosti ze strany Soudního dvora Evropské unie. Nejvyšší správní soud odkazuje v této souvislosti na stanovisko generální advokátky Stix-Hackl ve věci Coname C231/03, které mimo jiné uvádí, že *princip transparentnosti představuje vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení. K tomu patří rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení*. Za netransparentní lze dle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 77/2008-45 ze dne 4. 11. 2010 *považovat jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení*.

71. Stěžovatel se domáhá, aby Zadavatel v rámci vyřízení námitek

**odstranil napadené podmínky
ze zadávacích podmínek Veřejné zakázky**

a pokračoval v zadávacím řízení přiměřeným prodloužením lhůty pro podání nabídek, případně, nebude-li ochoten napadené podmínky anulovat, aby zadávací řízení zrušil.