



Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
Sekce veřejných zakázek
tř. Kpt. Jaroše 7
604 55 Brno

Liberecký kraj
U Jezu 642/2a
460 01 Liberec

Návrh proti stanovení zadávacích podmínek veřejné zakázky

podle ustanovení § 250 odst. 1 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

Navrhovatel: 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: 3. 2. 2023

Přílohy: 1) plná moc
2) doklad o doručení námitek Zadavateli
3) doklad o složení kauce

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**“) 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 (dále jen „**Předchozí 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 o zrušení**“).
3. Společnost O2 Czech Republic a.s. se sídlem Praha 4 - Michle, Za Brumlovkou 266/2, PSČ 140 22, IČO 60193336, (dále jen „**Navrhovatel**“) má zájem na získání Veřejné zakázky. Navrhovatel 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 Navrhovateli 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 Navrhovatel 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**“). Navrhovatel 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 Navrhovatel v souladu s ustanovením § 241 odst. 2 písm. a) ZZVZ podal dne 13. 1. 2023 námitky proti stanovení zadávacích podmínek Veřejné zakázky. Dne 24. 1. 2023

¹ <https://www.vestnikverejnychzakazek.cz/SearchForm/SearchContract?contractNumber=Z2022-052040>

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

bylo Navrhovatelí doručeno rozhodnutí o námitkách datované téhož dne (dále jen „**Rozhodnutí o námitkách**“), kterým Zadavatel námitky v plném rozsahu odmítl. Vzhledem k tomu, že Navrhovatel je i nadále přesvědčen, že postup Zadavatele při stanovení zadávacích podmínek Veřejné zakázky je v rozporu se ZZVZ, podává návrh na přezkoumání Úřadem, jehož odůvodnění uvádí níže.

K okolnostem podání opakovaného návrhu a jediné nabídky v Předchozí veřejné zakázce

6. Návrh se týká opakovaného zadávacího řízení na Veřejnou zakázku, které Zadavatel zahájil bezprostředně po zrušení Předchozího zadávacího řízení rozhodnutím Úřadu č.j. ÚOHS-42461/2022/500.
7. Zadavatel opakované zadání bohužel upravil pouze o 2 aspekty zadávacích podmínek, ke kterým se Úřad bezprostředně vyjádřil v rámci odůvodnění zrušujícího rozhodnutí. Veškeré zbývající nedostatky, ačkoliv byly předmětem původního návrhu proti předchozímu zadávacímu řízení, Zadavatel v opakovaném zadání ponechal beze změny. Pokračuje tak zadávacím řízením v podobě, která znovu obsahuje veškeré problematické aspekty, které Stěžovatel již dříve napadal, a o nichž Úřad výslovně nerozhodl.
8. Navrhovatel tak musel opakovaně sepisovat námitky, návrh, skládat znovu kauci, a vynakládat úsilí na uplatnění opravných prostředků jenom proto, že Úřad o zbývajících nedostacích nerozhodl z důvodu procesní ekonomie, když pro zrušení předchozího 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 zbývající námitky za bezpředmětné, upozornil Úřad Zadavatele v bodech 107 a 108 Rozhodnutí o zrušení, kde mj. uvedl: *Úřad uvádí, že nepřehlídí další navrhovatelem namítaná pochybení zadavatele týkající se hodnocení nabídek, omezení cen některých dílčích položek, nevázanosti účasti pověřujících zadavatelů a vymezení předmětu veřejné zakázky v části fixní telefonie.*
9. Navrhovatel také považuje za nutné zdůraznit, že v Předchozím zadávacím řízení byla podána pouze jediná nabídka. O jejím obsahu, resp. o tom, jakým způsobem vyhověla požadavkům Zadavatele, přitom nelze objektivně nic zjistit, neboť tato nebyla dle sdělení Zadavatele otevřena. Již samotný fakt, že Zadavatel obdržel v předchozím zadávacím řízení jednu jedinou nabídku, ačkoliv na relevantním trhu existují tři operátoři, kteří se jinak běžně zadávacích řízení účastní (viz k tomu rovněž i Zadavatelem zmiňované zadávací řízení z roku 2018), jednoznačně dokládá zásadní omezení hospodářské soutěže v důsledku nastavení zadávacích podmínek. V daném případě se navíc s největší pravděpodobností jedná o nabídku stávajícího poskytovatele poptávaných telekomunikačních služeb, u něhož lze objektivně předpokládat,

že má detailní informace o prostředí Zadavatele a je tak zvýhodněn oproti ostatním dodavatelům.

10. Fakt, že nabídku na plnění Předchozí veřejné zakázky podal jediný dodavatel, nelze při posuzování postupu Zadavatele ani u nyní zadávané Veřejné zakázky přehlédnout, neboť zadávací podmínky zůstaly fakticky totožné. Dle názoru Navrhovatele tato okolnost přitom přímo prokazuje, že zadávací podmínky byly stanoveny v rozporu se ZZVZ, jak již uvedl výše. Právě řečené lze ostatně dovést i z rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 63/2014 ze dne 30. 9. 2014, v němž je mimo jiné uvedeno, že *nízký počet nabídek právě naopak může zakládat (nepřímý) zásah a narušení konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Přitom zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli je cílem zákona o veřejných zakázkách.*

Námítka nepřiměřeně nízké a omezující předpokládané hodnoty Veřejné zakázky

11. K této části Námitky Navrhovatel nepodává návrh na přezkum postupu Zadavatele Úřadem. Účelem Námitky bylo upozornit Zadavatele na zjevnou nepřiměřenost jeho výpočtu předpokládané hodnoty Veřejné zakázky tak, aby nebyli jím zastupovaní zadavatelé uvedeni v omyl, případně neočekávali nereálné výsledky zadávacího řízení atp.

Námítka nezákonného stanovení neurčité doby trvání prováděcích smluv

12. 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.
13. 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.
14. 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.

15. 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.
 16. 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.
 17. 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.
 18. 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.
 19. V této části námitek se Zadavatel s argumentací Navrhovatele neztotožnil. Navrhovatel tedy níže připojuje své vyjádření k těm pasážím odůvodnění Rozhodnutí o námitkách, které považuje za podstatné:
20. Zadavatelova argumentace není v této části nijak obsáhlá. Zadavatel na jedné straně v obecné rovině připouští, že omezení hospodářské soutěže je nežádoucí, dostatečným opatřením dle jeho názoru však je, že účastnickou smlouvu lze vypovědět po 48 měsících od jejího uzavření s výpovědní lhůtou 9 měsíců, a to i bez udání důvodu. Tímto způsobem by mělo být dle

Zadavatele zaručeno, že hospodářská soutěž omezena nebude. Tento názor Zadavatele považuje Navrhovatel za absurdní. To, že smluvní strany budou moci smlouvy vypovědět, navíc s výpovědní dobou 9 měsíců, neznamená, že uzavřením prováděcí smlouvy na dobu neurčitou, či na dobu významně přesahující dobu trvání rámcové smlouvy, nedojde fakticky k zakonzervování stavu na relevantním trhu, resp. k tomu, že pověřující zadavatelé nebudou jakkoliv motivováni k soutěžení poptávaných služeb a tyto budou odebírat ještě řadu let na základě prováděcích smluv.

21. Výpověď smluvního vztahu, na kterou se odvolává Zadavatel, je pouze fakultativním institutem a bude záviset čistě na vůli toho kterého konkrétního pověřujícího zadavatele, kdy a zda vůbec k ní přistoupí. Teoreticky nemusí být smluvní vztah výpovědí ukončen nikdy. Pouhá možnost výpovědi, navíc s výpovědní lhůtou celých 9 měsíců, tedy není a nemůže být ostatním soutěžitelům jakoukoliv zárukou, že po uplynutí platnosti rámcové smlouvy dojde v přiměřené době k obnovení hospodářské soutěže, tedy zahájení nového zadávacího řízení na poptávané plnění.
22. Navrhovatel připouští, že doba trvání prováděcích smluv není v ZZVZ explicitně upravena, je však nutné vyjít jak z již výše zmíněného § 131 odst. 3 ZZVZ a zásady přiměřenosti vyjádřené v § 6 odst. 1 ZZVZ, tak i samotného smyslu a účelu ZZVZ. Připustit, aby na základě prováděcí smlouvy byly odebírány služby po dobu, která by v konečném důsledku byla zcela nepřiměřené délce trvání původní rámcové smlouvy, a dokonce ji třeba i násobně překračovala, by jistě bylo v rozporu se zásadou přiměřenosti a zcela popíralo cíle, k nimž má zadávací řízení směřovat. Navrhovatel zde odkazuje na svoji výše uvedenou argumentaci, jakož i citovanou komentářovou literaturu, která jednoznačně hovoří o možnosti omezení hospodářské soutěže pouze *na nutnou dobu*. Pokud odborná literatura ve vztahu k rámcové dohodě konstatuje, že *je nemyslitelné, aby taková dohoda byla uzavírána na neomezené či nepřiměřeně dlouhé časové období*, je třeba takové konstatování učinit *a maiori ad minus* nepochybně i ve vztahu k prováděcí smlouvě uzavřené na základě takové rámcové dohody. Opačný výklad by byl zcela nelogický. Prováděcí smlouvy nemohou být uzavírány na dobu, která by byla nepřiměřená době trvání rámcové dohody, natož na dobu neurčitou.

Námítka 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 akivačního 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 aktivační 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 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 ZZVZ³ 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 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

³ Ustanovení § 116 odst. 4 ZZVZ: *Centrální zadavatel může rovněž stanovit pevnou cenu a hodnotit pouze kvalitu nabízeného plnění.*

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. V této části námitek se Zadavatel s argumentací Navrhovatele neztotožnil. Navrhovatel tedy níže připojuje své vyjádření k těm pasážím odůvodnění Rozhodnutí o námitkách, které považuje za podstatné:

34. Zadavatel úvodem tvrdí, že *uvedené závěry o možnosti stanovení maximální nabídkové ceny (ať už celkové nebo dílčích položek) aproboval i ÚOHS (např. rozhodnutí ze dne 17.03.2010, č. j. ÚOHS-S260/2009-2873/2010/530/JVa, nebo ze dne 16.01.2015, č. j. ÚOHS-R47/2014/VZ-1584/2015/321/MML), přičemž se jedná o zcela běžnou zadavatelskou praxi.* K tomu Navrhovatel uvádí, že první zmíněné rozhodnutí bylo vydáno v roce 2009 v právním rámci předchozího zákona o veřejných zakázkách a netýká se maximálních limitů cen v rámcové dohodě, avšak pojednává o pochybnostech ohledně prováděcí veřejné zakázky. a pochyb týkají možnosti stanovit maximální cenu za celý předmět plnění. Druhé rozhodnutí v řízení spisové značky R47/2014/VZ pojednává o omezení celkové nabídkové ceny. Navrhovatel každopádně zdůrazňuje, že nebrojí proti obecnému principu omezení celkové nabídkové ceny anebo omezení jednotkových nabídkových cen, nýbrž navrhuje přezkum konkrétní situace v zadávané Veřejné zakázce, kdy cenová omezení zasahují některé jednotkové ceny natolik, že je nelze splnit (pokud tedy Úřad nepřistoupí na úvahu, že dodavatele lze nutit k předkládání podnákladových nabídkových cen).
35. Zadavatel dále tvrdí, že *princip zastropování dílčí ceny použil u hodnocených položek, které dohromady tvoří pouze 15,7 % váhy hodnocení. Zbýlých cca 84,3 % tvoří hodnocené položky, u kterých dílčí cenu zadavatel žádným způsobem neomezuje.* Takový pohled ovšem hovoří ve prospěch namítaných podmínek jenom zdánlivě. Ve skutečnosti se má věc tak, že nabídky uchazečů budou hodnoceny výhradně podle kritéria výše nabídkové ceny a o rozdílu výhodnosti může rozhodnout třeba i jediná koruna rozdílu. Potenciál odsunout konkrétní nabídku na nižší místo v pořadí má tedy každá jednotlivá jednotková cena, nehledě na to, kolika procenty váhy se promítá do výsledného kumulovaného hodnocení. Jinými slovy řečeno, na každé jednotlivé položce záleží.

36. Zadavatel uvádí, že *pro ověření, že zadavatel stanovil omezení dílčích cen vybraných položek správně, byla ještě před zahájením zadávacího řízení opakovaně prováděna kontrola předmětných limitů proti cenám obdobných zakázek a konzultována s odborníky na telekomunikace* a dále připomíná, že *na tuto skutečnost upozorňoval nejen v rámci změn a vysvětlení ZD, ale i v rámci PTK, kde byla problematika principu zastropování ceny v kombinaci s nízkou váhou hodnocení konzultována v případě služby „SMS brána“*. K argumentaci Zadavatele týkající se srovnávání s cenami obdobných zakázek se Navrhovatel nemůže objektivně vyjádřit, neboť Zadavatelova tvrzení nejsou podložena žádnými konkrétními údaji. Zadavatel neidentifikuje žádnou z obdobných zakázek, s nimiž údajně prováděl (dokonce opakovaně) srovnání a Navrhovateli není známa existence obdobných zakázek, u nichž by byly obdobné limity stanoveny, a přesto nedošlo k omezení soutěže o veřejnou zakázku. 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.
37. Stojí rovněž za zmínku, jakkoliv to pro posouzení věci Úřadem není relevantní, že z diskuse o zastropování ceny služby SMS brána v rámci PTK nemohli dodavatelé vydedukovat, že Zadavatel plánuje zastropovat ceny dalších 35 jednotkových položek. Něco takového nezaznělo ani náznakem. Jak vyplývá i ze zápisu o průběhu PTK, který Zadavatel opakovaně činí součástí zadávací dokumentace Veřejné zakázky, v rámci PTK nebyly diskutovány žádné jiné cenové limity než limit pro službu SMS brána.
38. Dále Zadavatel tvrdí, že je mu *však známo, že odděleně mohou být některé náklady na dílčí služby vyšší, než za kterou jsou v rámci komplexně poskytovaných služeb nabízeny. To je zcela logické, protože jsou služby vzájemně provázány (technicky i obchodně) a je proto nemožné je posuzovat odděleně, pokud nejsou odděleně nabízeny a poskytovány. Služby nelze vytrhávat z kontextu dalších souvisejících služeb a z celku celého telekomunikačního řešení*. K tomu Navrhovatel přitakává, ovšem pouze v první části. Je potěšující, že alespoň tváří v tvář objektivním údajům je Zadavatel ochoten připustit, že jím nastavené cenové limity jsou u některých položek nižší než náklady, které na jejich plnění bude muset vybraný dodavatel vynaložit. S čím ovšem nelze souhlasit vůbec, je následná úvaha Zadavatele o tom, že služby je nemožné posuzovat odděleně, nelze je vytrhávat z kontextu a vše je nutno posuzovat v celku telekomunikačního řešení. 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.
39. Dále Zadavatel konstatuje, že *limity na ceny za mezinárodní hovory pro Švýcarsko a Ukrajinu stanovil na základě průzkumu trhu a rozhodl se tak z důvodu zvýšených potřeb volání z/do těchto zemí*. Taková úvaha je legitimní a zcela pochopitelná. Už méně pochopitelné ovšem je, čím konkrétně by měla zvýšená potřeba volání ospravedlňovat limitní jednotkové ceny 5,70 Kč/min. a 5,80 Kč/min. a 1,50 Kč/min., které jsou výrazně nižší než ceny, které Navrhovatel prokazatelně musí hradit jiným operátorům v zemích mimo EU.

40. Dále Zadavatel uvádí, že *maximální cenu SMS 0,50 Kč nelze zjednodušeně komparovat s cenou propojovacího poplatku. Zadavatel nepožaduje dodávku samostatné služby zasílání SMS, tato služba je součástí celého telekomunikačního řešení.* Navrhovateli není jasné, z čeho Zadavatel v tomto tvrzení vychází, respektive proč si myslí, že nelze komparovat maximální cenu SMS 0,50 Kč s nákladovostí této položky a jak konkrétně by mělo ospravedlňovat jeho požadavek na podnákladovou maximální cenu to, že kromě položky zastropované pod objektivní náklady může v souladu s rámcovou dohodou Zadavatel objednávat i další telekomunikační služby. Nadto Navrhovateli není zřejmé, k jakému racionálnímu a přiměřenému (z pohledu ZZVZ) účelu celá konstrukce s omezením cen některých položek slouží, když (1) samotný Zadavatel sám přiznává, že jeho limity jsou natolik drastické, že neumožňují promítnout do cen transparentně objektivní náklady a (2) tyto náklady mají být (netransparentně) přemístěny do jednotkových cen jiných položek, které se Zadavatel zrovna náhodou rozhodl nelimitovat. Navrhovatel se nemůže ubránit dojmu, že takto prostě veřejné zakázky zadávány být nemají. Že se Zadavatel zamotal do iracionální konstrukce, která mu ve výsledku nepřináší žádný benefit, ale staví zadání do krkolomné a neobhajitelné polohy. Sám Zadavatel ovšem neváhá označit polemiku Navrhovatele za diatribní.
41. Dále Zadavatel uvádí, že *zasílání SMS nebude pochopitelně probíhat pouze do sítě jiného operátora, ale zcela logicky budou SMS zasílány do všech sítí, tedy i do vlastní sítě poskytovatele služeb.* A přidává úvahu o tom, že *reálný náklad na jednu SMS nelze pochopitelně přesně stanovit, avšak vycházíme-li z premisy, že většina SMS je zasílána vrámci VPN (obvyklé chování zaměstnanců, kteří si píší vzájemně), pak to v konečném důsledku „řadí“ výslednou průměrnou cenu za odeslání jedné SMS.* K tomu Navrhovatel dodává, že ohledně VPN stanovila ZD požadavek na služby zdarma pouze ve vztahu k hlasovému volání. Zasílání SMS je v rámci VPN zpoplatněno běžným způsobem. Dále rozhodně není pravda, že by služby SMS většinou využívali zaměstnanci zadavatele (a zúčastněných zadavatelů) především k vnitropodnikové komunikaci přes VPN, případně ve vnitřní síti Navrhovatele. Ve skutečnosti je to právě naopak – uvnitř svých organizací komunikují zaměstnanci především skrze sofistikovanější interní systémy (intranetové aplikace, platformu Microsoft Teams, případně napřímo s využitím důvěrnějších komunikátorů typu WhatsApp atp.) a zprávy SMS jsou využívány především ke komunikaci „navenek“ vůči občanům, respektive veřejným uživatelům služeb místní správy.

Námítka nezávaznosti účasti koncových uživatelů (zúčastněných zadavatelů)

42. Zadávací podmínky dávají zmocňujícím zadavatelům (koncovým 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 předpokládá počet jednotlivých tarifů měst a obcí Libereckého kraje a jimi zřizovaných příspěvkových organizací, které si vyhrazuje neodebrat, činí přibližně 20 % předpokládaného počtu tarifů, které jsou předmětem plnění veřejné zakázky.

43. Možnost neodebírat vysoutěžené služby, které jsou předmětem Veřejné zakázky, způsobuje v konečném důsledku Navrhovateli při přípravě jeho nabídky zásadní problémy. Fakticky totiž znemožňuje sestavit odpovídající nabídku. Navrhovatel, jemuž není garantován předmět Veřejné zakázky, může těžko kalkulovat náklady na její plnění nebo svůj potenciální zisk. Zadavatel požaduje, aby Navrhovatel 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 Navrhovatel při přípravě nabídek kalkuloval.
44. 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*.
45. S ohledem na výše uvedené ustanovení ZZVZ, jakož i rozhodovací praxi Úřadu a soudní judikaturu, považuje Navrhovatel 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.
46. 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. Navrhovatel je omezen v možnosti sestavit své nabídky, neboť při jejich přípravě nemůže objektivně vědět, jaký bude konečný rozsah odebíraných služeb.
47. Pokud zmocňující zadavatelé (koncoví uživatelé služeb) nepřistoupí k rámcové dohodě, nelze v žádném případě hovořit o naplnění kontraktní 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.

48. 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.
49. 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 Navrhovatele) 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.
50. O analogické situaci rozhodoval Úřad v rozhodnutí ve věci sp. zn. S0363,S0365,S0366,S0367,S0368,S0369/VZ⁴ ze dne 22. července 2016. Úřad se otázkou nezávaznosti přistupování zmocňujících zadavatelů k prováděcím smlouvám zabíral poměrně obsírně a na podporu svého závěru o jeho nezákonnosti vyslovil řadu smysluplných a názorově konzistentních myšlenek, z nichž Navrhovatel 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.

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.

⁴ <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-14293.html>

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.

51. Navrhovatel 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.
52. Na závěr této části návrhu Navrhovatel připomíná, že problematiku nezávaznosti přistupování zmocňujících zadavatelů komunikoval Zadavateli před podáním námitek, a to konkrétně v Žádosti č. 2. Zadavatel ve své odpovědi nezákonný stav nenapravil a kromě odkazu na uskutečněnou PTK, ke které se Navrhovatel 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)⁵. K tomu Navrhovatel dodává, 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*.*

53. V této části námitek se Zadavatel s argumentací Navrhovatele rovněž neztotožnil. Navrhovatel tedy níže připojuje své vyjádření k těm pasážím odůvodnění Rozhodnutí o námitkách, které považuje za podstatné:

54. Zadavatel v rámci Rozhodnutí o námitkách opakovaně poukazuje na to, že možnost neuzavření smlouvy jednotlivými pověřujícími zadavateli je výhradou podle § 100 odst. 1 ZZVZ, který rovněž cituje. Již ze samotného znění § 100 odst. 1 ZZVZ je přitom zřejmé, že tato výhrada nebyla stanovena ani formálně v souladu s tímto ustanovením. Jak akcentuje sám Zadavatel v rozhodnutí o námitkách, *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 v Rozhodnutí o námitkách uvádí namátkou a pouze čistě příkladmo několik situací, které údajně mohou uplatnění výhrady vyvolat. Kompletní výčet takových příčin však v ZD 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.

55. Zadavatel se rovněž snaží relativizovat závaznost účasti zmocňujících zadavatelů a priori odkazem na jejich „nezávislost“ a nemožnost zaručit uzavření prováděcích smluv z jejich strany. Konkrétně k tomu Zadavatel uvádí na str. 23 Rozhodnutí o námitkách toto: *Vzhledem k nezávislosti části pověřujících zadavatelů (např. města a obce a jejich příspěvkové organizace) vůči centrálnímu zadavateli, není tento schopen garantovat, že všichni pověřující zadavatelé uzavřou smlouvu s vybraným dodavatelem. Důvodem je sama podstata centrálního zadávání, kdy jednotliví pověřující zadavatelé smluvně garantují odběr předmětu veřejné zakázky. Není však možné, aby toto garantoval zadavatel*.

⁵ Odpověď Zadavatele na dotaz č. 12/20 uveřejněné ve Vysvětlení a změně zadávací dokumentace II ze dne 29.7.2022

56. K argumentaci Zadavatele Navrhovatel uvádí, že Zadavatel svými tvrzeními fakticky popírá 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 přeprodává, 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 Navrhovatel 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.*
57. K tomu Zadavatel dodává, že *právě proto zcela transparentně centrální zadavatel neuvádí účastníky v omyl tím, že by jim závazně přislíbil odebrání 100 % služeb, jak je predikuje v ZD*. Navrhovatel však v námitkách nikde neusiloval o to, aby Zadavatel garantoval odebrání 100% rozsahu zadávaných služeb. Zadavatel ve snaze odůvodnit odmítnutí námitek zjevně manipuluje s jejich podstatou, možná i v naději, že v materii vytvoří takový zmatek, že nikdo nebude vědět, o co komu šlo. Přitom námitky byly v této části zcela jednoznačné. Navrhovatel žádal, aby rámcovou dohodu uzavřel Zadavatel za všechny zúčastněné zadavatele a tito uzavírali prováděcí smlouvy na uspokojení svých potřeb telekomunikačních služeb, i když odeberou (v souladu se Zadavatelem vyhrazenou změnou závazku) třeba o 20% menší rozsah, než byl předpokládán v podmínkách Veřejné zakázky. Zadavatel se tak zjevně dopouští desinterpretace a účelově překrucuje námitky Navrhovatele.
58. Dále Zadavatel uvádí, že *samotná rámcová dohoda závazkové vztahy nezakládá, a to dokonce ani tehdy, kdy by obsahovala všechna konkrétní ujednání, která budou následně do realizační smlouvy vtělena. Rámcová dohoda totiž předpokládá pro založení závazkového vztahu další právní jednání, kterým je uzavření realizační smlouvy*. K tomu Navrhovatel uvádí, že Zadavatel se zde snaží zcela účelově bagatelizovat situaci, kdy pověřující zadavatelé nebudou vůbec smluvní stranou závazkového vztahu a nebudou moci ani teoreticky odebírat

telekomunikační služby od vybraného dodavatele a staví ji na roveň situaci, kdy tito budou smluvními stranami, ale plnění budou odebírat podle svých aktuálních potřeb. Právě uvedené Navrhovatel 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.

59. Zadavatel relativizuje rovněž aplikovatelnost odkazované rozhodovací praxe Úřadu, když na str. 24 Rozhodnutí o námitkách uvádí: *Odkazuje-li stěžovatel na rozhodnutí ÚOHS č.j. S0363, S0365, S0366, S0367, S0368, S0369/VZ, pak je nutno konstatovat, že se jedná o odkaz zavádějící, neboť se v rozhodných skutečnostech liší od právě zadávané veřejné zakázky. V daném případě bylo přezkumu ze strany ÚOHS podrobena zadávání dílčí veřejné zakázky zadávané v rámci dynamického nákupního systému na (konkrétní) dílčí plnění.* Zde Navrhovatel opět spatřuje snahu Zadavatele vytvořit v polemice o námitkách zmatek. Pochopitelně, že citované rozhodnutí Úřadu mluví o prováděcích smlouvách na konkrétní plnění veřejné zakázky, protože takovými smlouvami se veřejná zakázka realizuje a nepřístupení zúčastněných zadavatelů k nim bylo předmětem tehdejšího sporu. Nejde o nic, co by činilo takové rozhodnutí nepřiléhavé k aktuální situaci ve Veřejné zakázce zadávané Zadavatelem.
60. V souvislosti s citovaným rozhodnutí Úřadu Zadavatel uzavírá svou obhajobu na str. 25-26 Rozhodnutí o námitkách tvrzením: *V takovém případě je možno přisvědčit názoru ÚOHS, že závazek ze smlouvy na takovou dílčí veřejnou zakázku nutně musí zcela jasně specifikovat rozsah plnění. Uvedený závěr však neplatí ani pro samotný dynamický nákupní systém a ani pro rámcovou dohodu.* Není přitom vůbec zřejmé, z čeho Zadavatel svou kategorickou negaci vyvozuje. Prováděcí smlouvy (a otázka závaznosti jejich uzavírání) jsou organickou součástí dynamického nákupního systému, když jedno bez druhého nemůže existovat. Citované rozhodnutí Úřadu se týká dynamického nákupního systému, jenž byl zadáván formou centrálního zadávání, tedy vícero zúčastněnými zadavateli společně, a neochoty některých z nich uzavírat prováděcí smlouvy z DNS plynoucí.

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

61. 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.
62. 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.

63. 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.
64. 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.
65. 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.
66. 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.
67. 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.

68. 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.
69. 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.

70. 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.
71. 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.*
72. V této části námitek se Zadavatel s argumentací Navrhovatele neztotožnil. Navrhovatel tedy níže připojuje své vyjádření k těm pasážím odůvodnění Rozhodnutí o námitkách, které považuje za podstatné:

73. Zadavatel na str. 28 Rozhodnutí o námitkách uvádí: *Vzhledem k tomu, že zadavatel obdržel nabídku na základě předmětné (nezměněné) ZD k původní veřejné zakázce od jiného účastníka a vzhledem k tomu, že požadavky na pevnou telefonii byly velmi podobně zpracovány v předcházející ZD (v r. 2018), na kterou zadavatel obdržel tři nabídky včetně nabídky stěžovatele, se zadavatel domnívá, že obecné nacenění nijak neindividualizovaných služeb nepředstavuje pro účastníky zásadní překážku při tvorbě nabídky. K tomu Navrhovatel dodává, že zde se jedná o konkrétními údaji nepodloženou spekulaci Zadavatele. Zadavatel mohl z nabídky, která z *objektivních důvodů nebyla otevřena*, jak přiznává na str. 29-30 Rozhodnutí o námitkách, naznat toliko její existenci, nemohl však nijak ověřit její obsahovou náplň. Není tedy nijak potvrzeno, jakým způsobem, resp. zda vůbec, nabídka reagovala na bezprecedentně nejasnou poptávku pevné telefonie. Odkazovat se na neotevřenou nabídku, o jejímž obsahu Zadavatel neví zhora nic, je zcela absurdní a nemá žádný důkazní potenciál. V této souvislosti Navrhovatel dodává, že praxe navíc opakovaně ukázala, že veřejné zakázky s nejasně či rovnou nedostatečně vymezenými zadávacími podmínkami jsou často vděčným cílem mnohých dodavatelů, kteří se snaží nejasného vymezení zadávacích podmínek využít a následně z něj při plnění zakázky profitovat. To však nic nemění na tom, že samotné zadávací řízení je v takových případech takřikajíc “na vodě” a veřejná zakázka je úspěšně zadána za situace, kterou lidová slovesnost pojmenovává příslovím “kde není žalobce, není soudce”.*

Konečně, jakkoliv tuto informaci Zadavatel v Rozhodnutí o námitkách skrývá, s vysokou mírou pravděpodobnosti se dá očekávat, že jediná nabídka pochází od stávajícího poskytovatele služeb, který disponuje podrobnějšími a konkrétnějšími údaji o jednotlivých lokalitách, ve kterých má být poskytována pevná telefonie.

74. K poznámce Zadavatele, že požadavky na pevnou telefonii byly velmi podobně zapracovány v předcházející ZD (v r. 2018), na kterou zadavatel obdržel tři nabídky včetně nabídky stěžovatele, Navrhovatel uvádí, že zadávací podmínky jiné veřejné zakázky realizované před cca 4 lety, nelze objektivně srovnávat. Dnešní situace v zadávacím řízení je zcela jiná, ostatně i Zadavatel hovoří o blíže neurčené "podobnosti" požadavků. Jiné jsou ostatně i zkušenosti a postup dodavatelů.
75. Za pomyslný vrchol argumentační ekvilibristiky Zadavatele však Navrhovatel považuje vyjádření na str. 29 Rozhodnutí o námitkách. Jde o pasáž, kde se Zadavatel odvolává na dodatečné informace k zadávací dokumentaci předchozí veřejné zakázky: *Zadavatel nesouhlasí s tím, že je 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.* Zadavatel nemůže svévolně upustit od splnění své zákonné povinnosti zpracovat zadávací podmínky v podrobnosti nezbytné pro zpracování nabídky jenom proto, že by v dodavateli 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.

Námitky proti zkreslenému způsobu hodnocení nabídkových cen umělými váhami

76. 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.
77. 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%.
78. Podle tvrzení Zadavatele v druhé sadě dodatečných informací k ZD 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 minimálně na jednom místě 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 obsažen ve vymezení ZD.*

79. Zadavatel dále v dodatečných informacích k ZD 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.*⁶ K tomu ale Navrhovatel 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 cca 350 Kč váhou 32% a minutu volání za cca 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.

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

⁶ Odpověď Zadavatele na dotaz č. 1/20 uveřejněné ve Vysvětlení a změně zadávací dokumentace II ze dne 29.7.2022

81. Aby podpořil své tvrzení, odkazuje Navrhovatel na rozhodnutí⁷ 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 nejnižší 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 nejnižší 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 dílčím položkám 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 nejnižší 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 nejnižší 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.

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

⁷ <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-13803.html>

obdržených bodů podle provedených výpočtů. Pořadí nabídek tak bylo v konečném důsledku určeno body a nikoliv výší nabídkových cen.

82. Na závěr této části návrhu Navrhovatel připomíná, že problematiku zkrácení hodnocení nabídkových cen umělými váhami komunikoval Zadavateli před podáním námitek, a to konkrétně v Žádosti č. 2. Zadavatel ve své odpovědi nezákonný stav nenapravitel, a kromě odkazu na uskutečněnou PTK, ke které se Navrhovatel vyjádřil zkraje námitek, 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.*⁸ K tomu Navrhovatel 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.

83. V této části námitek se Zadavatel s argumentací Navrhovatele neztotožnil. Navrhovatel tedy níže připojuje své vyjádření k těm pasážím odůvodnění Rozhodnutí o námitkách, které považuje za podstatné:

84. Ke stanovení umělého rozvážení hodnocení jednotlivých jednotkových cen Zadavatel na str. 33 Rozhodnutí o námitkách mj. uvedl: *Váhy těchto dílčích kritérií pak zohledňují předpoklad četnosti užití daných služeb. Součet vah jednotlivých dílčích hodnotících kritérií pak odpovídá 100 %, jelikož právě k této hodnotě byly jednotlivé předpoklady četnosti vztaženy. Zadavatel tak dal jasně najevo, jaké služby jsou pro něj nejdůležitější, a to s ohledem na jejich četnost využití.* K tomu Navrhovatel uvádí, že stanovení „důležitosti“ jednotlivých telekomunikačních služeb prostřednictvím procentních vah, je extrémně netransparentní a pro dodavatele při zpracování jeho nabídky nefunkční. Předně platí, že z procentních koeficientů nelze nijak vyčíst konkrétní nominální množství požadovaných služeb. A pokud některé požadované telekomunikační služby nejsou v ZD nijak kvantifikovány, viz třeba hned následující bod, působí váhové koeficienty hodnocení jako další překážka, skrze kterou Navrhovatel nemůže prohlédnout, kolik čeho vlastně Zadavatel chce. Že se díky váhovým koeficientům stává způsob hodnocení nepřezkoumatelným, protože nikdo (Navrhovatel ani Úřad) nemá šanci ověřit, zda váhy skutečně odpovídají předpokládanému množství, a tedy i významu poptávaných telekomunikačních služeb, netřeba dodávat.

85. K úmyslu hodnotit vzájemně neporovnatelné hodnoty cca 350 Kč váhou 32% a minutu volání za cca 0,90 Kč s váhou 40% Zadavatel uvedl na str. 33 Rozhodnutí o námitkách následující: *Je*

⁸ Odpověď Zadavatele na dotaz č. 18/20 uveřejněné ve Vysvětlení a změně zadávací dokumentace II ze dne 29.7.2022

nutné zohlednit fakt, že tato položka není hodnocena svou váhou 40 % pouze pro účely tarifu B, ale také pro všechny služby pevné telefonie. Proto zadavatel stanovil takto vysokou váhu. Vzhledem k objemu uskutečněných hovorů v rámci pevné telefonie na Krajském úřadu Libereckého kraje a Magistrátu města Liberec je tento krok pochopitelný a naprosto logický. K tomu Navrhovatel uvádí, že v ZD není objem služeb pevné telefonie na rozdíl od mobilních služeb specifikován, a to ani počtem služeb, ani počtem minut. Při zpracování nabídkové ceny tedy Navrhovatel nemá z čeho vycházet a jak „váhu“ hodnotícího kritéria zohlednit. Odpověď Zadavatele v plné nahotě ukazuje, jak moc je způsob hodnocení nejasný ve vztahu k předmětu plnění, a tudíž jak snadné je zkreslit jeho význam.

86. Kromě toho Navrhovatel v rozporu s aktuálním tvrzením Zadavatele připomíná, že z veškerých dodatečných informací k ZD předchozí veřejné zakázky nabyt oprávněného dojmu, že službám pevné telefonie není v zadávacím řízení přikládán nějak zvláštní význam. Viz např. odpověď Zadavatele č. 1 ze dne 29. 7. 2022: *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.* Dále Zadavatel relativizuje důležitost pevných telekomunikačních služeb v odpovědi č. 16 ze stejné sady dodatečných informací: *Pokud v budoucnu v nějaké lokalitě zadavatele vznikne potřeba realizace služby pevné telefonie, což analogicky platí i pro další služby, jako je pevné připojení k internetu, připojení do SD WAN apod., bude, jak již bylo vysvětleno v rámci PTK, provedeno technické šetření, zda je vůbec možné službu v dané lokalitě realizovat.* O potřebě ověření realizovatelnosti ostatně hovoří i Zadavatel v Rozhodnutí o námitkách na str. 30.

Porušení zákona

87. S ohledem na skutečnosti popsané v námitkách považuje Navrhovatel za prokázané, že Zadavatel nedodržel postup stanovený v

- § 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,
- § 36 odst. 3 a § 9 odst. 3 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, přičemž vyhrazená změna závazku nesplňuje ani formální požadavky stanovené v § 100 odst. 1 ZZVZ, neboť podmínky pro změnu a její obsah nejsou jednoznačně vymezeny,

- § 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 vymežil 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.

88. Pro úplnost Navrhovatel 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 osudu v Brně č. j. 62 Ca 57/2008 ze dne 30. 3. 2010) je *požadavek transparentnosti považován za nesplněný v případě, že jsou v zadavatelském 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*.

Návrh důkazů

89. Jako důkaz nezákonného postupu Zadavatele navrhuje Navrhovatel dokumentaci o zadávacím řízení, zejména pak zadávací dokumentaci a dále dokumentaci týkající se předchozího zadávacího řízení, které tato Veřejná zakázka co se týče zadávací dokumentace fakticky kopíruje, a v němž byla v důsledku omezení hospodářské soutěže podána pouze jedna nabídka.



Požadovaná náprava

90. Navrhovatel se s ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti, resp. prokázané nedodržení postupu stanoveného v ZZVZ, domáhá a navrhuje, aby Úřad uložil podle § 263 odst. 2 ZZVZ Zadavateli **nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.**