

V Praze, dne 4.4.2016

Karlovarský kraj

se sídlem Karlovy Vary, Závodní 353/88,

360 06, Karlovy Vary-Dvory

IČ: 70891168

k rukám: Ing. Miroslav Očenášek, vedoucí

odboru vnitřních záležitostí

Stěžovatel: T-Mobile Czech Republic a.s.,

IČO: 64949681, se sídlem Praha 4, Tomíčková 2144/1, PSČ 148 00, zapsaná
v obchodním rejstříku vedeném Městským soudem v Praze, oddíl B, vložka
3787, zastoupená Ing. Liborem Komárkem na základě pověření

Zadavatel: **Karlovarský kraj**

se sídlem Karlovy Vary, Závodní 353/88,

360 06, Karlovy Vary-Dvory

IČ: 70891168

**Námítky uchazeče proti úkonu zadavatele – zadávacím podmínkám
veřejné zakázky s názvem:**

„Poskytování telekomunikačních služeb“

I.

Společnost T-Mobile Czech Republic a.s., IČO: 64949681, se sídlem Praha 4, Tomíčková 2144/1, PSČ 148 00, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Městským soudem v Praze, oddíl B, vložka 3787 (dále jen „Stěžovatel“) měla a má zájem na získání veřejné zakázky zadávané s názvem „Poskytování telekomunikačních služeb“ (dále jen „veřejná zakázka“) a domnívá se, že zadavatel svým postupem porušil zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách v platném znění (dále jen „zákon“), přičemž stěžovateli pochybením zadavatele vznikla újma na jeho právech a zároveň postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky.

Ve lhůtě stanovené ZVZ dle ustanovení § 110 odst. 3 ZVZ podává Stěžovatel tímto námitky proti úkonům Zadavatele, a to konkrétně proti zadávacím podmínkám.

Stěžovatel se domnívá, že zadavatel koncipoval podmínky veřejné zakázky v rozporu se zákonem a proto proti nim podává v zákonné lhůtě tyto své písemné

námítky:

II.

Úvodem si stěžovatel dovoluje shrnout některé základní skutečnosti předmětného zadávacího řízení resp. zadávací dokumentace (dále jen „ZD“) tak, jak je vymezil zadavatel.

V článku 4) ZD, tj. v článku s názvem „Vymezení plnění veřejné zakázky“ zadavatel mimo uvádí, *že předmětem plnění veřejné zakázky v rámci tohoto zadávacího řízení je zajištění mobilních a pevných hlasových a mobilních a pevných datových služeb, formou centrálního nákupu pro Karlovarský kraj, jako centrálního zadavatele a všechny pověřující zadavatele, kteří uzavřeli smlouvu o společném postupu při centralizovaném zadávání (dále pouze jako „Zadavatel“), v rozsahu specifikovaném v příloze č. 1 této zadávací dokumentace (dále jen „ZD“). Seznam pověřujících zadavatelů je uveden v příloze č. 5.*

V článku 5) ZD je jako místo plnění uvedena Česká republika, zejména Karlovarský kraj.

V odstavci 2.1 přílohy č. 1 ZD jsou popsány požadavky na mobilní hlasové služby a v odstavci 2.2 téže přílohy jsou poté popsány požadavky na mobilní datové služby.

V odst. 2.4.7 přílohy č. 1 ZD zadavatel stanovil požadavky na SLA pro fixní služby.

Z příloh č. 1 a č. 5 ZD dále vyplývá, že mobilní hlasové služby bude využívat více než 4500 uživatelů (SIM karet) a mobilní datové služby více než 2500 uživatelů (SIM karet) ze 114 institucí rozmístěných napříč územím Karlovarského kraje.

a)

Námítky ohledně vlastní specifikace datových služeb

Stěžovatel předně podává námitky ohledně vlastní specifikace datových služeb.

Zadávací dokumentace veřejné zakázky ohledně mobilních datových služeb je značně neurčitá a rozporuplná. Jediný kvalitativní požadavek stanovený zadavatelem je *"připojení k internetu technologií přenosu dat GPRS/EDGE/UMTS/LTE s rychlostí download nad 512 kb/s"*. Přičemž není jasné, zda jde o teoretickou nebo reálnou rychlost, ani jak bude zadavatel posuzovat splnění tohoto parametru uchazeči při hodnocení nabídek. Požadovaných 512 kbps překračuje teoretické maximum technologií GPRS i EDGE. Přestože zadavatel požaduje poskytování těchto technologií, požadavkem na minimální přenosovou rychlost je jejich použití de facto vyloučeno. Zadávací dokumentace neobsahuje žádnou sankci za nesplnění požadované rychlosti 512 kbps, zadavatel zcela rezignoval na stanovení minimální úrovně pokrytí a dostupnosti datových služeb a na garanci minimální úrovně pokrytí po dobu trvání smlouvy. Není tedy zřejmé, jakou kvalitu a standard úrovně v této části plnění veřejné zakázky zadavatel vůbec požaduje, zadávací dokumentace není zpracována v podrobnostech dle ZVZ.

Stanovení požadavků na datové mobilní služby stěžovatel považuje za chybné a učiněné v rozporu se zákonem i z toho důvodu, že by zadavatel neměl požadovat poskytování datových služeb pomocí konkrétních technologií od GPRS po LTE, ale měl by definovat své požadavky na funkci a výkon, neboť např. není pravda, že technologie LTE vždy přinese zadavateli lepší kvalitu a větší užitnou a přidanou hodnotu než technologie HSDPA, a to z toho důvodu, že je tato technologie provozována na různých frekvencích, přičemž LTE na frekvenci 900 MHz nelze považovat za „plnohodnotné LTE“. Frekvence 900 MHz pro LTE je vytvořena vyčleněním části pásma původně určeného pro hlasové hovory a další GSM služby. Konkrétně jde o vyčlenění pásma v šířce pouhých 3 MHz, zatímco LTE provozované v ČR na ostatních frekvencích disponuje pásmem minimálně 10 MHz, které dává podstatně větší celkovou kapacitu počtu uživatelů i objemu přenášených dat. Vyčlenění části hovorového pásma pro LTE rovněž může mít za následek vliv na kvalitu služeb (jak hlasových, tak i datových) a to zvláště v provozně exponovaných špičkách z důvodů vyššího interferenčního pozadí (rušení). Maximální teoretická rychlost downloadu na LTE na pásmu 900 MHz je pouze 20 Mbps, což je méně než umožňují 3G technologie s teoretickým maximem 21,6 Mbps nebo dokonce 42 Mbps (3G technologie HSPA+).

Dle ustálené judikatury Krajského soudu v Brně platí, že *„základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl. [...] Nemůže obstát taková zadávací dokumentace, z níž zadavatelovy požadavky na zpracování nabídky a následně kritéria pro jejich hodnocení nevyplývají jasně, přesně, srozumitelně a jednoznačně, tj. která v těchto ohledech objektivně připouští rozdílný výklad. Pokud objektivně existuje více možných výkladů týkajících se otázky, co konkrétně a jakým způsobem bude v nabídkách hodnoceno, pak nemůže taková interpretační nejistota stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného“* (např. rozsudek Krajského soudu č. j. 62 Af 19/2011 ze dne 2. 8. 2012).

V tomto smyslu se vyjádřil rovněž Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 9 Afs 30/2010 ze dne 16. 11. 2010, když uvedl, že „*žadavací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za její 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*“.

b)

Námítky ke specifikaci požadavků na pokrytí mobilními (hlasovými i datovými) službami

Stěžovatel uvádí, že analogicky jako u datových služeb (viz výše), v zadávací dokumentaci zcela chybí požadavky ke stanovení minimální kvality a úrovně mobilních služeb; především minimální úroveň pokrytí (zadavatel se spokojil pouze s tím, že uchazeč v nabídce uvede aktuální úroveň), minimální dostupnost služeb a sankce za nesplnění tohoto požadavku. Neuvedení takovýchto požadavků poté může dle stěžovatele zadavateli, a to hlavně na území Karlovarského kraje, způsobit vážný problém, když díky nedostatečné specifikaci těchto pro daný předmět veřejné zakázky důležitých skutečností může obdržet od uchazečů zcela neporovnatelné nabídky a potenciálně v průběhu trvání smlouvy způsobit i vážné problémy centrálnímu zadavateli i pověřujícím zadavatelům v podobě omezené dostupnosti mobilních služeb.

Zadavatel požadoval v nabídce uvést pokrytí mobilními hlasovými a datovými službami pro celou ČR, ale již nestanovil minimální požadovanou úroveň pokrytí ČR a zejména Karlovarského kraje (případně sídel jednotlivých pověřujících zadavatelů), přestože právě tato oblast je stěžejní lokalitou plnění dané veřejné zakázky. Stěžovatel se i v této námitce odvolává na ustálenou judikaturu citovanou výše.

c)

Námítky ke stanovení celkové nabídkové ceny

V odst. 6) ZD zadavatel stanovil způsob hodnocení nabídek a hodnotící kritéria. Zadavatel v tomto odstavci mimo jiné uvedl, že *určení předpokládaných celkových nákladů Zadavatele vychází z očekávaného provozu telekomunikačních služeb Zadavatele v průběhu smluvního vztahu a cenové nabídky jednotlivých tarifů od konkrétního uchazeče*. V odst. 2.2.5 přílohy č. 1 ZD zadavatel však dále stanovil požadavky na „datový tarif E3“, přičemž zde uvedl, že tento tarif není součástí hodnocení zakázky. Rovněž platí, že podle tabulky I. na str. 1 přílohy č. 1 ZD zadavatel předpokládá využití cca 250 SIM karet s tímto tarifem měsíčně a navíc zde zadavatel požaduje zřízení a poskytování APN, které musí být zahrnuto v ceně měsíčního paušálu za 1 SIM kartu v tarifu E3. V rámci požadovaného (avšak nehodnoceného) tarifu E3 tak rozhodně nelze hovořit o bagatelních nákladech. Takový postup zadavatele stěžovatel považuje za neekonomický a netransparentní, tedy v rozporu se základním účelem ZVZ, kterým je ekonomické nakládání s veřejnými prostředky, viz rozhodnutí NSS čj. 2 A 6/2002.

Podle ustanovení § 78, odst. 1 zákona může být základním hodnotícím kritériem buď ekonomická výhodnost nabídky, nebo nejnižší nabídková cena. Zákon nedefinuje obligatorní způsob pro výpočet nabídkové ceny za celý předmět plnění, pokud celý předmět plnění sestává

z více položek. Proto je v tomto směru nutná další interpretace vycházející z ustálené judikatury. Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) čj. 2 A 6/2002 ze dne 30.11.2004 *nabídkovou cenou je cena, kterou uchazeč ve své nabídce navrhuje zadavateli za splnění celé zakázky*. V daném případě však postup pro výpočet celkové nabídkové ceny byl ovlivněn ze strany zadavatele. Uchazeč byl oprávněn toliko doplnit nabídkové ceny do tabulky, přičemž položka s cenou za tarif E3 byla v tabulce též uvedena, ale nezapočítávala se do celkové nabídkové ceny

Lze tedy konstatovat, že i když zadavatel v ZD uvedl, že se tarif E3 nebere při hodnocení v potaz, tak z výše uvedeného vyplývá, že tarif E3 do celkového hodnocení započten být měl. Tím že započten nebyl, došlo k porušení zásady transparentnosti a také k možnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Jak konstatoval např. Nejvyšší správní soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 9 Afs 78/2012 ze dne 25. 7. 2013, k naplnění předpokladu pro užití nápravného opatření dle § 118 zákona postačuje již samotná možnost podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a není podstatné, zda k tomuto ovlivnění skutečně došlo.

d)

Námítka ohledně zadání veřejné zakázky jakožto jedné veřejné zakázky bez možnosti podat nabídky na jednotlivé části předmětu veřejné zakázky (fixní a mobilní služby)

Stěžovatel uvádí, že s ohledem na vlastní předmět veřejné zakázky zadavatel tím, že veřejné zakázky se může zúčastnit pouze uchazeč, který zadavateli v rámci své nabídky nabídne jak poskytování mobilních, tak fixních služeb může podstatným způsobem ovlivnit počet subjektů, které mohou nabídku v celém rozsahu podat a současně tak toto rozhodnutí zadavatele může mít vliv na konečnou realizovanou cenu veřejné zakázky popř. jeho částí (kdyby zadavatel přistoupil k rozdělení veřejné zakázky na jednotlivé části). Pokud by uchazeč k rozdělení veřejné zakázky na části přistoupil mohlo by se v rámci jednotlivých částí účastnit vícero subjektů s vlivem na konečnou cenu a současně by mohlo dojít k situaci, kdyby v rámci jednotlivé části veřejné zakázky mohl uspět subjekt, který v rámci celkové veřejné zakázky však již není schopen zadavateli nejlepší podmínky nabídnout.

Pokud zadavatel v rámci jednoho zadávacího řízení poptává jak mobilní tak pevné služby, dopouští se omezování v přístupu jednotlivých uchazečů k dané veřejné zakázce, když někteří z uchazečů by byli schopni nabídnout zadavateli nejlepší podmínky v rámci jednotlivých částí předmětu veřejné zakázky (mobilní resp. pevná část) avšak v rámci celku může být situace již odlišná. S ohledem na tyto skutečnosti tak dochází dle stěžovatele k porušení § 6 ZVZ především k porušení zákazu diskriminace a rovného zacházení. Současně poté dle stěžovatele zadavatel nepostupuje tak, aby docílil pokud možno co nejvýhodnějších podmínek pro sebe a realizoval veřejnou zakázku za co nejnižší cenu.

I v tomto případě je poté možné odkázat na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, č. j. 9 Afs 78/2012 ze dne 25. 7. 2013, který je již uveden pod bodem II c) tohoto podání.

e)

Námítka k dalšímu nedostatečnému vymezení zadávacích podmínek

V odst. 2.4.9 přílohy č. 1 ZD zadavatel mimo jiné požaduje i „garanci zachování současného stavu a úrovně poskytovaných služeb“. Za popis stávajícího stavu fixních hlasových služeb lze považovat informace uvedené v odst. 1 přílohy č. 1 ZD, ale popis stávajícího stavu mobilních služeb v celé ZD uveden není ani částečně. Není tak jasné, jak mají uchazeči tento požadavek splnit. ZD tedy není zpracována v podrobnostech dle ZVZ. Stěžovatel se i v této námitce odvolává na ustálenou judikaturu citovanou výše pod písm. a) tohoto podání.

III.

Stěžovatel je obchodní společností podnikající mimo jiné v oblasti poskytování telekomunikačních služeb a jako takový měl a má zájem získat plnění veřejné zakázky. V důsledku pochybení zadavatele však byla ovlivněna šance stěžovatele na získání zakázky, což představuje újmu stěžovatele. Každá z vad zadávacího řízení popsanych výše je i sama o sobě příčinou, proč zadávací řízení je vedeno chybně, v rozporu se zákonem. Stěžovateli v důsledku těchto vad vznikla újma, protože nemohl dosáhnout prvního místa v pořadí při hodnocení. Dle názoru stěžovatele poté platí, že pokud by k porušení zákona nedošlo, měl by možnost na základě své nabídky veřejnou zakázku získat, uzavřít smlouvu a realizovat zisk. Stěžovateli také vznikla újma na jeho právech na nediskriminační podmínky při účasti na zadávacím řízení.

IV.

Nabídky již byly podány. Stěžovatel se tedy domáhá, aby zadavatel přijal nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

Věřím ve správné a nestranné posouzení dané věci a zůstávám s pozdravem.



T-Mobile Czech Republic a.s.
Tomáškovu 2144/1
148 00 Praha 4
IČ: 252 29 881, DIČ: CZ25229881

Ing. Libor Komárek

Za T-Mobile Czech Republic a.s.