UOHSX009OWKT

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0074/2017/VZ-20037/2017/322/DJa Brno: 4. července 2017

V řízení o rozkladu ze dne 19. 4. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 20. 4. 2017 navrhovatelem –

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0682/2015/VZ-11510/2017/541/PDz ze dne 4. 4. 2017 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Statutární město Hradec Králové**, IČO 00268810, se sídlem Československé armády 408/51, 500 03 Hradec Králové,

učiněných v části 1 „Mobilní telefonie“ veřejné zakázky s názvem „**Poskytovatel telekomunikačních služeb pro Statutární město Hradec Králové**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 5. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 5. 2015 pod ev. č. 511863, ve znění opravy uveřejněné dne 3. 7. 2015, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 22. 5. 2015 pod ev. č. 2015/S 098-177577, ve znění opravy uveřejněné dne 8. 7. 2015 pod ev. č. 2015/S 129-237551,

jsem podle § 90 odst. 4 a § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Výroky II., III., IV. a V. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0682/2015/VZ-11510/2017/541/PDz ze dne 4. 4. 2017

r u š í m

a správní řízení ve věci návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání části 1 „Mobilní telefonie“ veřejné zakázky s názvem „Poskytovatel telekomunikačních služeb pro Statutární město Hradec Králové“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 5. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 5. 2015 pod ev. č. 511863, ve znění opravy uveřejněné dne 3. 7. 2015, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 22. 5. 2015 pod ev. č. 2015/S 098-177577, ve znění opravy uveřejněné dne 8. 7. 2015 pod ev. č. 2015/S 129-237551, ve vztahu k části návrhu, která směruje proti posouzení nabídky vybraného uchazeče – Vodafone Czech Republic a.s., IČO 25788001, se sídlem náměstí Jukových 2808/2, 155 00 Praha 5, z hlediska dodržení požadavku na ocenění všech položek výkazu výměr, a dále ve vztahu k části návrhu, která směřuje proti posouzení nabídky výše citovaného vybraného uchazeče z hlediska dodržení požadavku na zákaz změny formátu výkazu výměr

z a s t a v u j i.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 2. 10. 2015 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)[1] k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek návrh navrhovatele – O2 Czech Republic a.s., IČO 60193336, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle (dále jen „**navrhovatel**“) na přezkoumání úkonů (dále jen „**návrh**“) zadavatele – Statutární město Hradec Králové, IČO 00268810, se sídlem Československé armády 408/51, 500 03 Hradec Králové (dále jen „**zadavatel**“) učiněných při zadávání části 1 „Mobilní telefonie“ veřejné zakázky s názvem „Poskytovatel telekomunikačních služeb pro Statutární město Hradec Králové“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 5. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 5. 2015 pod ev. č. 511863, ve znění opravy uveřejněné dne 3. 7. 2015, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 22. 5. 2015 pod ev. č. 2015/S 098-177577, ve znění opravy uveřejněné dne 8. 7. 2015 pod ev. č. 2015/S 129-237551 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Předmětem části 1 „Mobilní telefonie“ veřejné zakázky bylo dle bodu 6 „Vymezení předmětu veřejné zakázky“ zadávací dokumentace poskytování mobilních hovorových a nehovorových služeb elektronických komunikací prostřednictvím sítí elektronických komunikací a zajištění souvisejících služeb a dodávek v rozsahu a v souladu se zadávacími podmínkami.

3. Z protokolu o posouzení nabídek – e-aukce ze dne 26. 8. 2015 vyplývá, že hodnotící komise shledala v nabídce uchazeče – Vodafone Czech Republic a.s., IČO 25788001, se sídlem

[1] *Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona*.

náměstí Jukových 2808/2, 155 00 Praha 5 (dále jen „**vybraný uchazeč**“) několik nejasností, a proto dne 26. 8. 2015 hodnotící komise požádala vybraného uchazeče o písemné vysvětlení jeho nabídky. Dne 31. 8. 2015 vybraný uchazeč zaslal písemné vysvětlení nabídky zadavateli.

4. Dne 4. 9. 2015 v čase 13:40:04 hod byl vygenerovaný report o výsledku elektronické aukce, ze kterého vyplývá, že poslední licitace v elektronické aukci konané v rámci části 1 „Mobilní telefonie“ veřejné zakázky byla provedena vybraným uchazečem, a to dne 4. 9. 2015 v čase 13:26:39 hod. Z uvedeného reportu rovněž vyplývá, že vybraný uchazeč nabídl cenu za produkt „10 – Podrobný elektronický účet (měsíční paušál)“ ve výši 0 Kč za kus.

5. Dne 4. 9. 2015 vyhotovila hodnotící komise zprávu o posouzení a hodnocení nabídek, z níž vyplývá, že nejnižší nabídkovou cenu v části 1 „Mobilní telefonie“ veřejné zakázky, po hodnocení provedeném formou elektronické aukce, podal vybraný uchazeč ve výši 4 382 378,16 Kč bez DPH. Z citované zprávy dále vyplývá, že hodnotící komise neshledala nabídkové ceny vzešlé z elektronické aukce jako mimořádně nízké ve smyslu § 77 zákona.

6. Dne 17. 9. 2015 zadavatel vydal rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, kterým v rámci části 1 „Mobilní telefonie“ veřejné zakázky vybral jako nejvhodnější nabídku vybraného uchazeče.

7. Dne 14. 9. 2015 navrhovatel podal proti posouzení a hodnocení nabídek v části 1 „Mobilní telefonie“ veřejné zakázky námitky, které byly zadavateli doručeny téhož dne. Zadavatel rozhodnutím ze dne 21. 9. 2015 podaným námitkám navrhovatele nevyhověl, přičemž rozhodnutí o podaných námitkách navrhovatel obdržel dne 22. 9. 2015. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jeho námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal návrh k Úřadu. Navrhovatel v návrhu namítal nezákonný postup zadavatele spočívající v předčasném ukončení elektronické aukce, dále vadu v posouzení nabídek v souvislosti s nedodržením požadavku na ocenění všech položek v případě vybraného uchazeče a existenci mimořádně nízké nabídkové ceny v cenové nabídce vybraného uchazeče.

8. Dne 2. 10. 2015, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele, bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

II. Původní prvostupňové rozhodnutí Úřadu

9. Dne 30. 11. 2015 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0682/2015/VZ-41690/2015/541/PDz (dále jen „**původní prvostupňové rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel v zadávacím řízení na část 1 „Mobilní telefonie“ veřejné zakázky postup stanovený v § 97 odst. 6 v návaznosti na § 97 odst. 9 písm. b) zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když v bodu 2 „Termín a podmínky konání e-aukce“ výzvy k podání nových aukčních hodnot ze dne 1. 9. 2015 nestanovil okamžik ukončení elektronické aukce jednoznačně a určitě, čímž současně nedodržel zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

10. Ve výroku II. původního prvostupňového rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele podle § 118 odst. 1 zákona zrušil úkon zadavatele

spočívající ve výzvě k podání nových aukčních hodnot ze dne 1. 9. 2015 a všechny následné úkony zadavatele učiněné v předmětném zadávacím řízení, a to včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 17. 9. 2015.

11. Ve výroku III. původního prvostupňového rozhodnutí Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.

12. V odůvodnění původního prvostupňového rozhodnutí Úřad konstatoval, že ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel požadoval, aby uchazeči ocenili veškeré položky uvedené ve výkazu výměr, přičemž z nabídky vybraného uchazeče je zřejmé, že tak učinil, když u položky č. 10 „Podrobný elektronický účet (měsíční paušál)“ uvedl hodnotu 0,- Kč. Ocenění této položky ve výkazu výměr nulou přitom nelze v daném případě vyhodnotit jako „neocenění“ či „rozpuštění“ ceny této položky v jiné položce, neboť vybraným uchazečem uvedená nulová hodnota u položky č. 10 „Podrobný elektronický účet (měsíční paušál)“ vyjadřuje cenu, za kterou je ochoten danou službu pro zadavatele poskytovat, což vyplývá jak z písemného vysvětlení nabídky doručeného vybraným uchazečem zadavateli, tak z veřejně dostupného ceníku služeb vybraného uchazeče na jeho webových stránkách (viz http://www.vodafone.cz/_sys_/ FileStorage/download/1/210/cenik_v2.pdf). Úřad nadto podotkl, že zadavatel se v zadávací dokumentaci k uvedení nulové hodnoty ve výkazu výměr žádným způsobem nevyjádřil, resp. neuvedl, že by ocenění některé z položek ve výkazu výměr nulovou hodnotou bylo považováno za neocenění této položky či za její rozpuštění v rámci jiné položky uvedené ve výkazu výměr. Úřad tedy nespatřoval nejasnost, nesrozumitelnost či nejednoznačnost v zadávacích podmínkách, která by se týkala možnosti či nemožnosti uvedení „nulových“ hodnot u jednotlivých položek výkazu výměr uchazeči.

13. Úřad dále konstatoval, že pokud některé služby nabízí uchazeči běžně bez poplatků, je neekonomické a v rozporu s cílem zákona vyžadovat, aby na takovou službu poplatek stanovili pro zadavatele.

14. Ohledně nedodržení zákonem stanoveného postupu ze strany zadavatele vztahujícího se k okamžiku ukončení elektronické aukce Úřad konstatoval v odůvodnění původního prvostupňového rozhodnutí, že z výzvy není zřejmé, zda elektronická aukce skončí, nedojde-li k licitaci (ať už před koncem základní doby ostrého kola či v případném prodloužení) v posledních 5 minutách nebo až v posledních 7 minutách ostrého kola. Zadavatel tedy stanovil podmínky upravující okamžik ukončení aukce nejednoznačně a netransparentně.

III. Původní rozhodnutí o rozkladech

15. Dne 15. 12. 2015 obdržel Úřad v zákonné lhůtě rozklad navrhovatele z téhož dne, jímž bylo původní prvostupňové rozhodnutí Úřadu napadeno v plném rozsahu. Rozkladem se navrhovatel domáhal, aby předseda Úřadu původní prvostupňové rozhodnutí zrušil a vydal nové rozhodnutí, které bude obsahovat výrok o tom, zda zadavatel porušil zákon při posouzení nabídek, nebo výrok, že tato část návrhu navrhovatele se zamítá. Eventuálně pokud by předseda Úřadu rozhodoval o úkonu posouzení nabídek sám, navrhovatel se dále rozkladem domáhal zřetelného odůvodnění a vypořádání všech argumentů obsažených v návrhu.

16. Dne 15. 12. 2015 dále Úřad obdržel rozklad zadavatele z téhož dne proti původnímu prvostupňovému rozhodnutí Úřadu, v němž zadavatel poukázal na ustanovení § 97 odst. 7

zákona, dle kterého zadavatel nesmí uveřejnit totožnost účastníků elektronické aukce v průběhu kterékoli její fáze, čili musí zajistit anonymitu účastníků aukce po celou dobu jejího trvání. Zadavatel nicméně uvedl, že po ukončení elektronické aukce, která byla v šetřeném případě provedena dne 4. 9. 2015, obdržel dne 8. 9. 2015 ze strany navrhovatele žádost o nahlédnutí do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, kterou byl navrhovateli po ukončení elektronické aukce v souladu s § 80 odst. 3 zákona nucen poskytnout, čímž současně navrhovateli poskytl identifikační údaje ostatních účastníků aukce.

17. Zadavatel namítal, že v návaznosti na nápravné opatření stanovené ve výroku II. původního prvostupňového rozhodnutí Úřadu, kterým bylo zadávací řízení vráceno do fáze před elektronickou aukcí a k jejímu opětovnému provedení, nemá jistotu, zda může s ohledem na § 97 odst. 7 zákona dle tohoto výroku postupovat, když došlo k prolomení anonymity účastníků elektronické aukce. Zadavatel se v rozkladu domáhal, aby Úřad výrok II. původního prvostupňového rozhodnutí Úřadu zrušil a stanovil zadavateli nápravné opatření v podobě povinnosti zrušit zadávací řízení na část 1 „Mobilní telefonie“ veřejné zakázky.

18. Dne 8. 2. 2017 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R429,430/2015/VZ-04179/2016/323/EBr ze dne 8. 2. 2017, které nabylo právní moci dne 9. 2. 2017 (dále jen „**původní rozhodnutí předsedy Úřadu**“), kterým zrušil původní prvostupňové rozhodnutí Úřadu, a věc vrátil Úřadu k novému projednání. Důvodem pro zrušení původního prvostupňového rozhodnutí Úřadu byla skutečnost, že Úřad nerozhodl o celém předmětu správního řízení, který je vymezen obsahem návrhu.

19. Z odůvodnění původního rozhodnutí předsedy Úřadu vyplynulo, že Úřad ve výrokové části původního prvostupňového rozhodnutí rozhodl toliko o části 1 návrhu směřujícího proti předčasnému ukončení elektronické aukce, přičemž s částí 2 návrhu směřujícího proti chybnému posouzení nabídek – nedodržení požadavku na ocenění všech položek výkazu výměr ze strany vybraného uchazeče, se Úřad vypořádal v rámci odůvodnění svého rozhodnutí a nikoliv v jeho výrokové části (a tuto část návrhu ani nevyloučil do samostatného řízení).

20. Ve vztahu k části 3 návrhu směřujícího proti chybnému posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska mimořádné nízké nabídkové ceny, předseda Úřadu potvrdil správnost postupu Úřadu, který v bodě 73. původního prvostupňového rozhodnutí konstatoval, že se danou námitkou navrhovatele, která směřovala vůči úkonu zadavatele provedenému až po zaslání výzvy k podání nových aukčních hodnot ze dne 1. 9. 2015, konkrétně vůči posouzení aukčních hodnot uvedených ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 4. 9. 2015 z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny, nezabýval, neboť jeho přezkoumání by již nemohlo mít na výsledek původního prvostupňového rozhodnutí Úřadu vliv, resp. jelikož zadavatel bude povinen tento úkon provést znovu, je nadbytečné, aby Úřad přezkoumával tuto námitku v plném rozsahu. Dále předseda Úřadu konstatoval, že část 3 návrhu navrhovatele nemusela být Úřadem s ohledem na zásadu procesní ekonomie vypořádána a tím pádem ani, na rozdíl od části 2 návrhu, samostatně zohledněna ve výrokové části původního prvostupňového rozhodnutí.

21. Předseda Úřadu konstatoval, že při novém projednání věci Úřad řádně aplikuje ustanovení § 68 odst. 2 správního řádu ve světle výkladu judikatury Nejvyššího správního soudu, přičemž ve výrokové části nově vydaného rozhodnutí ve věci způsobem podle § 68 odst. 2 správního

řádu vymezí řešení otázek, které jsou předmětem daného správního řízení, resp. rozhodne o celém předmětu řízení, jehož rámec byl vymezen v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0682/2015/VZ-32202/2015/541/PDz ze dne 7. 10. 2015. Úřad byl při novém posouzení věci rovněž povinován vzít v potaz rozkladové námitky zadavatele a navrhovatele a v novém rozhodnutí ve věci se s nimi vypořádat.

IV. Napadené rozhodnutí

22. Dne 4. 4. 2016 vydal Úřad po posouzení toho, co ve správním řízení vyšlo najevo, rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0682/2015/VZ-11510/2017/541/PDz (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

23. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel v zadávacím řízení na část 1 „Mobilní telefonie“ veřejné zakázky postup stanovený v § 97 odst. 6 v návaznosti na § 97 odst. 9 písm. b) zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když v bodu 2 „Termín a podmínky konání e-aukce“ výzvy k podání nových aukčních hodnot ze dne 1. 9. 2015 nestanovil okamžik ukončení elektronické aukce jednoznačně a určitě, čímž současně nedodržel zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

24. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že návrh navrhovatele se v části návrhu, která směřuje proti posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska dodržení požadavku na ocenění všech položek výkazu výměr vybraným uchazečem v zadávacím řízení na část 1 „Mobilní telefonie“ veřejné zakázky podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.

25. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že návrh navrhovatele se v části návrhu, která směřuje proti posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska dodržení požadavku na zákaz změny formátu výkazu výměr vybraným uchazečem v zadávacím řízení na část 1 „Mobilní telefonie“ veřejné zakázky podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona zamítá, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.

26. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, podle § 118 odst. 1 zákona ruší úkon zadavatele spočívající ve výzvě k podání nových aukčních hodnot ze dne 1. 9. 2015 a všechny následné úkony zadavatele učiněné v předmětném zadávacím řízení, a to včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 17. 9. 2015.

27. Úřad výrokem V. napadeného rozhodnutí stanovil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.

28. V odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel stanovil podmínky upravující okamžik ukončení aukce nejednoznačně a netransparentně, neboť ze zadavatelem uvedené formulace ve výzvě není určité, kdy k ukončení elektronické aukce skutečně dojde. Úřad dále konstatoval, že zadavatel měl zvláště pečlivě dbát na to, aby uchazečům podal ucelené informace o podmínkách ukončení elektronické aukce, neboť vzhledem k tomu, že je elektronická aukce časově omezena, může zejména k jejímu konci docházet k zintentivnění vzájemného *„podávání“* nabídek prostřednictvím snižování nabídkových cen, neboť uchazeči mohou záměrně takticky vyčkávat a podat nabídku co nejtěsněji ke konci elektronické aukce.

29. V odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že neshledal v daném případě uvedení nulové hodnoty vybraným uchazečem u položky č. 10 „Podrobný elektronický účet (měsíční paušál)“ výkazu výměr za důvod, pro který by měla být jeho nabídka vyřazena a vybraný uchazeč vyloučen ze zadávacího řízení. Z písemného vysvětlení nabídky doručeného vybraným uchazečem zadavateli, a rovněž tak z veřejně dostupného ceníku služeb vybraného uchazeče na jeho webových stránkách (viz http://www.vodafone.cz/_sys_/FileStorage/download/1/210/cenik_v2.pdf) vyplynulo, že vybraným uchazečem uvedená nulová hodnota u položky č. 10 „Podrobný elektronický účet (měsíční paušál)“ vyjadřuje cenu, za kterou je ochoten danou službu pro zadavatele poskytovat.

30. V odůvodnění výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že v přezkoumávaném případě nebyly ze strany navrhovatele ve věci posouzení nabídek v návaznosti na dodržení zadávací podmínky týkající se chybného posouzení nabídek v důsledku nedodržení zadávací podmínky uvedené v šesté odrážce bodu 10. „Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace podány námitky zadavateli a nebyla tak splněna nutná podmínka podle § 110 odst. 7 zákona pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu. Uvedení „*námitek*“ proti zmíněné zadávací podmínce až v návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele nepostačuje. Nad rámec toho Úřad uvedl, že se v šetřeném případě nejedná o námitky ve smyslu § 114 odst. 10 zákona, které by navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli.

31. V odůvodnění výroku IV. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel závažně pochybil při formulaci podmínek elektronické aukce, přičemž nápravu lze zjednat tím, že bude zrušena výzva k podání nových aukčních hodnot ze dne 1. 9. 2015 a všechny následné úkony zadavatele učiněné v předmětném zadávacím řízení, a to včetně rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 17. 9. 2015.

32. V odůvodnění výroku V. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že vzhledem k tomu, že výrokem IV. napadeného rozhodnutí došlo ke zrušení jednotlivého úkonu zadavatele, rozhodl Úřad o uložení povinnosti zadavatele uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

V. Námitky rozkladu

33. Dne 19. 4. 2017 podal navrhovatel Úřadu proti napadenému rozhodnutí rozklad co do výroků II., III., a IV., který byl Úřadu doručen dne 20. 4. 2017. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 5. 4. 2017. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

34. Navrhovatel namítá, že se Úřad dostatečně nevypořádal se závěrem, že vybraný uchazeč nabídl položku výkazu výměr „Podrobný elektronický účet“ za nulovou cenu. Navrhovatel má za to, že zadávací řízení je vysoce formalizovaný postup, ve kterém vybraným uchazečem tvrzené obchodní zvyklosti nemůžou mít přednost před zadávacími podmínkami. Navíc dle názoru navrhovatele není uveden žádný důkaz o obchodní zvyklosti vybraného uchazeče, neboť ceník platný od února 2017, na který vybraný uchazeč odkazuje, nemusel platit v den podání nabídek.

35. Dále navrhovatel uvádí, že rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S619/2012/VZ-13242/2013/523/MSc ze dne 15. 7. 2013 (dále jen „**sp. zn. S619/2012/VZ**“) je zcela odlišné a není aplikovatelné na posuzovaný případ a pokud Úřad i nadále bude považovat dané rozhodnutí za přiléhavé,

navrhovatel žádá, aby bylo rozhodnutím předsedy vysvětleno, čím je elektronické vyúčtování vzájemně propojené s telekomunikační službou, zda a proč je technologicky neoddělitelné a proč samostatně neocenitelné. Dále, aby bylo vysvětleno, proč je toto plnění samostatně neocenitelné jen u vybraného uchazeče, když ostatní operátoři ho ocenit dokázali, a zda byly zadávací podmínky v souladu se zákonem. Dle názoru navrhovatele je nezbytné na výše uvedené otázky odpovědět, neboť znova proběhne elektronická aukce a navrhovatel již nemůže vyžádat dodatečné informace od zadavatele, proto žádá Úřad resp. předsedu Úřadu (místo zadavatele) o výklad zadávacích podmínek.

36. Navrhovatel namítá vnitřní rozpornost v bodech 95. a 94. odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť Úřad v bodě 94. odůvodnění napadeného rozhodnutí vysvětluje, že vybraný uchazeč hodnotou 0,00 Kč fakticky položku ocenil. Avšak v bodě 95. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad cituje z rozhodnutí sp. zn. S619/2012/VZ v tom smyslu, že položka je samostatně neocenitelná. Proto je navrhovatel toho názoru, že výrok II. napadeného rozhodnutí je odůvodněn zmatečně. Navrhovatel má za to, že podle zadávacích podmínek bude mít neocenění jakékoliv položky za následek vyřazení nabídky a vyloučení uchazeče, proto pokud Úřad shledal, že některé položky jsou samostatně neocenitelné, měl zrušit celé zadávací řízení.

37. Navrhovatel nesouhlasí s názorem Úřadu uvedeným v bodě 96. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že *„pokud si dodavatel nebyl jist, zda hodnotu 0 Kč lze uvést, mohl zadavatele požádat o dodatečnou informaci.“* Navrhovatel si je nadále jist, že kombinace zadávacích podmínek (uvedených v 6 odrážkách kapitoly 10 zadávací dokumentace) nulovou hodnotu nepřipouští. K tomu navrhovatel odkazuje na článek *„Nepřípustnost nulové hodnoty“* publikovaný v časopise Právní rádce č. 9-2015. Článek komentuje oddělitelnost položek a vyčíslitelnost cen, a to i v situaci, kdy dodavatel skutečně a objektivně nemá možnost cenu uvést. Rovněž je v tomto článku vyjádřen názor, že dodatečné informace si má vyžádat ten dodavatel, který nechce nebo nemůže vyplnit položku výkazu výměr jinak než nulou. Proto navrhovatel nesouhlasí s názorem Úřadu vyjádřeným v bodě 96. odůvodnění napadeného rozhodnutí.

38. Rovněž navrhovatel odkazuje na přiléhavé situace k posuzovanému případu obsažené v rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 69/2010 ze dne 21. 12. 2010 (dále jen „**rozsudek NSS**“), a dále na rozhodovací praxi Úřadu, konkrétně na případy č. j. ÚOHS-S272,292/2008-2633/2009/540/RDe ze dne 3. 3. 2009 a č. j. ÚOHS-S170/2013/VZ-7432/2014/521/GSt ze dne 7. 4. 2014. Navrhovatel k tomu konstatuje, že obchodní zvyklost není objektivní příčinou, pro kterou by bylo možné odůvodnit nulové položky.

39. K výroku III. napadeného rozhodnutí navrhovatel namítá, že část návrhu směřující proti posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska dodržení požadavku na zákaz změny formátu výkazu výměr není samostatnou částí návrhu. Takto formulovanou samostatnou část návrhu navrhovatel nepodal, neboť dosud neví, jestli vybraný uchazeč dodržel či nedodržel formátování. Proto navrhovatel namítal chybné posouzení nabídky vybraného uchazeče právě z důvodu nabídnutí nulové položky „Podrobného elektronického účtu“. Zadavatelem předepsaný formát buňky E27 je přitom jenom jedním z důkazů, že nulová položka nebyla přípustná. Namísto toho, aby Úřad zhodnotil, zda zákaz přeformátování společně s požadavkem na nacenění všech položek je důkazem o tom, zda se zadavatel k možnosti nulových cen dostatečně vyjádřil v zadávací dokumentaci, Úřad oddělil tyto

skutečnosti do dvou nezávislých samostatných částí návrhu. S tímto postupem navrhovatel nesouhlasí.

40. Proti výroku III. napadeného rozhodnutí směřuje i okruh námitek navrhovatele ohledně toho, že z napadeného rozhodnutí vůbec nelze rozeznat, jak vybraný uchazeč vyplnil sporné místo nabídky, tedy buňku E27 výkazu výměr. K tomu navrhovatel uvádí, že mu není známo, zda vybraný uchazeč zapsal nulovou hodnotu a v jakém formátu, nebo zapsal hodnotu 0,001 Kč (jak odůvodnil Úřad), nebo zapsal něco jiného. Proto navrhovatel v rozkladu žádá, aby Úřad resp. předseda Úřadu zřetelně v odůvodnění rozhodnutí předsedy uvedl, co konkrétně vybraný uchazeč napsal do buňky E27. Pokud však vybraný uchazeč zapsal hodnotu 0,001 Kč (jak naznačuje napadené rozhodnutí), musela se tato hodnota projevit v buňkách G27, H27, D33, E33, D34, a zejména E34, v té by zvýšila součet o 95,02 Kč. Dále má navrhovatel za to, že zadavatel se v zadávací dokumentaci k uvedení nulové hodnoty ve výkazu výměr vyjádřil a to tím způsobem, že nulu nelze zapsat do cenové položky. Pokud se Úřad rozhodl provést výklad zadávacích podmínek, navrhovatel v rozkladu žádá o vysvětlení, zda vůbec šlo o zadávací podmínku, a co měl uchazeč příkladmo vepsat do cenové položky, aby tím dodržel instrukce popsané v odrážkách kapitoly 10 zadávací dokumentace.

41. K uložení nápravního opatření výrokem IV. napadeného rozhodnutí navrhovatel v rozkladu uvádí, že je nedostačující a dle jeho názoru by bylo efektivnější zrušit celé zadávací řízení z důvodu netransparentnosti zadávacích podmínek a možných, z toho vzniklých problémů při zopakovaní elektronické aukce.

Závěr rozkladu

42. Na základě námitek rozkladu se navrhovatel domáhá zrušení výroku II. a III. napadeného rozhodnutí a v důsledku toho i výroku IV. napadeného rozhodnutí.

VI. Řízení o rozkladu

43. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

K rozsahu přezkumu v řízení o rozkladu

44. Rozklad směřuje proti výrokům II., III., a IV. napadeného rozhodnutí, přičemž výroky I. a V. nebyly rozkladem žádného z účastníků řízení napadeny.

45. Podle § 82 odst. 3 správního řádu, pokud odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, a pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Uvedené ustanovení se dle § 152 odst. 4 správního řádu použije i na řízení o rozkladu, nevylučuje-li to povaha věci.

46. Zatímco výroky IV. a V. jsou závislé na výroku I., výrok I. není závislý na žádném z výroků napadeného rozhodnutí a může samostatně nabýt právní moci, což znamená, že případné napadení, resp. nenapadení dalších výroků neovlivňuje jeho osud. Výroky II. – V. tedy z tohoto pohledu netvoří s výrokem I. nedílný celek. Naplněna je i další podmínka § 82

odst. 3 správního řádu, neboť tím, že výrok I. napadeného rozhodnutí nabude samostatně právní moci, nemůže vzniknout újma některému z účastníků správního řízení, když výrokem I. napadeného rozhodnutí bylo konstatováno nedodržení zákona zadavatelem, přičemž zadavatel proti tomuto výroku napadeného rozhodnutí rozkladem nebrojil. Na základě uvedeného konstatuji, že napadené rozhodnutí bylo doručeno účastníkům řízení dne 5. 4. 2017 a vzhledem k tomu, že výrok I. nebyl napaden rozkladem, nabyl tento výrok samostatně právní moci. Den nabytí právní moci výroku I. napadeného rozhodnutí po marném uplynutí 15 denní lhůty pro podání rozkladu, ode dne doručení napadeného rozhodnutí účastníkům správního řízení, připadl na 21. 4. 2017. Přezkum napadeného rozhodnutí v rámci řízení o rozkladu je tedy v části týkající se výroku I. napadeného rozhodnutí vyloučen.

47. Co se týče výroku V. napadeného rozhodnutí, ten tvoří s výrokem IV. napadeného rozhodnutí nedílný celek, neboť součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona je též rozhodnout o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. I když výrok V. napadeného rozhodnutí nebyl rozkladem žádného z účastníků řízení napaden, brojil proti výroku IV. napadeného rozhodnutí svým rozkladem navrhovatel. Jelikož tak výrok IV. napadeného rozhodnutí nenabyl právní moci, nemohl z výše uvedeného důvodu nabýt právní moci ani výrok V. napadeného rozhodnutí. Rozhodnout o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení lze totiž podle § 119 odst. 2 zákona pouze v případě, že je současně Úřadem rozhodováno podle § 118 odst. 1 zákona.

Stanovisko předsedy Úřadu

48. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

49. Jelikož jsem v průběhu tohoto řízení o rozkladu zjistil, že ve smyslu § 90 odst. 4 správního řádu nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení v rozsahu v části návrhu, která směruje proti posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska dodržení požadavku na ocenění všech položek výkazu výměr, a dále v rozsahu v části návrhu, která směřuje proti posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska dodržení požadavku na zákaz změny formátu výkazu výměr, bez dalšího jsem výroků II., III., IV. a V. napadeného rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

50. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení výroky II., III., IV. a V. napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

VII. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení

51. Podle § 118 odst. 1 zákona, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

52. Podle § 152 odst. 1 správního řádu proti rozhodnutí, které vydal ústřední správní úřad, ministr nebo vedoucí jiného ústředního správního úřadu v prvním stupni, lze podat rozklad.

53. Podle § 152 odst. 4 správního řádu nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání.

54. Podle § 90 odst. 4 správního řádu, jestliže odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.

55. Podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu správní orgán řízení o žádosti usnesením zastaví, jestliže se žádost stala zjevně bezpředmětnou.

56. Bezpředmětnost ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu je podle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 20/2011-52 ze dne 16. 8. 2012, proti němuž směřující kasační stížnost byla rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 79/2012-37 ze dne 26. 6. 2013 zamítnuta, nutno vnímat jako *„stav, kdy jakýmkoliv rozhodnutím o žádosti, ať už kladným nebo záporným, nedojde k žádné změně v právním postavení žadatele*“.

57. K bezpředmětnosti žádosti, jakožto k důvodu pro zastavení správního řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, se vyjádřil např. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 As 62/2009-68 ze dne 14. 10. 2010, v rozsudku č. j. 8 As 103/2011-92 ze dne 19. 3. 2012 a v rozsudku č. j. 7 Afs 79/2012-37 ze dne 26. 6. 2013 v nichž uvedl, že *„důvod pro zastavení řízení podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu je dán tehdy, pokud v průběhu řízení o žádosti dojde k takové změně okolností, že rozhodnutí správního orgánu o žádosti již nebude mít pro žadatele význam.*“ Takový navrhovatelem sledovaný význam je potřeba vnímat jako právě ten zamýšlený význam, který by mělo pro navrhovatele eventuální budoucí rozhodnutí Úřadu, nikoli význam jiný. Tento význam přitom vždy vyplývá již z původního obsahu návrhu a v zásadě se kryje s předmětem řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky, tj. s cílem uložit konkrétní nápravné opatření, tj. právě to, kterého se navrhovatel v návrhu domáhal.

58. K předmětu správního řízení se rozšířený senát Nejvyššího správního soudu vyjádřil v usnesení č. j. 8 As 47/2005-86 ze dne 21. 10. 2008, kde uvedl, že *„V obecné rovině lze předmět řízení definovat za pomocí dvou kritérií: subjektivního nebo objektivního. Subjektivní vymezení předmětu řízení je určeno hospodářským či společenským cílem, který subjekt vyvoláním řízení sleduje. Objektivní vymezení předmětu řízení je pak odvislé od veřejného zájmu a okruhu chráněných zájmů, o které se v tom či onom typů řízení jedná (…). Tyto dva typy vymezení předmětu řízení se přirozeně mohou a nemusí překrývat; sledování a naplnění jednoho (subjektivního) hospodářského cíle však může typicky zahrnovat posouzení několika okruhů veřejných zájmů, které mohou být upraveny celou řadou tzv. složkových zákonů*.“

59. Úřad zahájil toto správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 113 zákona na základě návrhu navrhovatele. V době podání návrhu bylo cílem navrhovatele, aby Úřad svým rozhodnutím zrušil úkony zadavatele spočívající v posouzení a hodnocení nabídek, resp. aby Úřad zrušil výsledek elektronické aukce. Současně se navrhovatel svým návrhem

domáhal, aby Úřad nařídil předběžné opatření dle § 117 odst. 1 písm. a) zákona spočívajícího v zákazu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.

60. V průběhu vedení tohoto správního řízení však zadavatel na základě usnesení Rady města Hradec Králové RM/2017/563 ze dne 23. 5. 2017 rozhodl o zrušení zadávacího řízení (ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 29. 5. 2017), čímž bylo zadávací řízení veřejné zakázky skončeno. V tomto správním řízení tak v průběhu řízení o rozkladu došlo k takové změně okolností, která zapříčinila, že návrh, který v době svého podání bezpředmětným nebyl, se jím stal, neboť po zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku již nelze dosáhnout cíle, ke kterému návrh směřoval.

61. I kdyby bylo možné v rámci tohoto správního řízení docílit pravomocného meritorního výroku Úřadu ve věci návrhu navrhovatele, nedošlo by ke změně v právním postavení navrhovatele a rozhodnutí Úřadu o návrhu navrhovatele by pro navrhovatele nemělo význam, neboť naplnění významu navrhovatelem zamýšleného v době podání návrhu by již nebylo objektivně možné. Prvotního cíle, kterého chtěl navrhovatel podáním návrhu dosáhnout (uložení nápravného opatření), tedy již dosáhnout nelze a návrh navrhovatele se tak stal bezpředmětnou žádostí ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu.

62. Zastavením řízení pro zjevnou bezpředmětnost návrhu navrhovatele tehdy, bylo-li zadávací řízení zrušeno v průběhu řízení o přezkoumání úkonů zadavatele samotným zadavatelem, se Nejvyšší správní soud zabýval v rozsudku ze dne 29. 5. 2015, č. j. 7 As 101/2014, ve kterém dospěl k závěru, že: *„v případě, že zadávací řízení bylo po podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zrušeno, nelze aplikovat ust. § 118 odst. 5 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Proto stěžovatel a)* [Úřad, pozn. předsedy Úřadu] *postupoval správně, pokud řízení podle ust. § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu zastavil, neboť zákon o veřejných zakázkách neobsahuje vlastní úpravu zastavení řízení zahájeného na návrh a podle ust. § 118 odst. 5 lze postupovat pouze v případech zamítnutí návrhu z věcných důvodů nebo tehdy, je-li návrh podán neoprávněnou osobou.“* Zrušením zadávacího řízení zadavatelem se návrh zadavatele stal zjevně bezpředmětným, a tudíž nelze nad rámec platné právní úpravy a zákonem stanovené pravomoci Úřadu dovozovat jeho povinnost vést řízení o přezkoumání úkonů zadavatele i po zrušení zadávacího řízení, tedy poté, co odpadl předmět řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

63. Obdobně se Nejvyšší správní soud vyjádřil i v rozsudku č. j. 5 As 74/2015-56 ze dne 29. 3. 2016, ve kterém Nejvyšší správní soud dospěl ke stejnému závěru. *„Je-li k stěžovateli a)* [Úřad, pozn. předsedy Úřadu] *podán návrh na přezkum úkonu zadavatele, kterým zadavatel zrušil zadávací řízení, a zruší-li zadavatel tento svůj úkon v průběhu správního řízení vedeného stěžovatelem a), pak odpadl předmět řízení a stěžovatel a) je povinen řízení z procesních důvodů pro zjevnou bezpředmětnost návrhu zastavit podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu. V takovém případě je z povahy věci vyloučen meritorní přezkum. V řízení se proto stěžovatel a) nemůže věcně zabývat jakýmikoliv úkony zadavatele, a to ani dalším případným rozhodnutím zadavatele o zrušení zadávacího řízení*.“

64. Podle § 90 odst. 4 správního řádu jestliže odvolací správní orgán zjistí, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, bez dalšího zruší napadené rozhodnutí a řízení zastaví, ledaže jiné rozhodnutí o odvolání může mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků.

65. Ustanovení § 90 odst. 4 správního řádu výslovně normativně určuje postup odvolacího správního orgánu v podobě zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení bez dalšího. Tím je ze zákona vyloučeno, aby v rámci tohoto řízení o rozkladu došlo k jinak samozřejmému přezkumu souladu napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnosti v rozsahu námitek rozkladu zadavatele podle § 89 odst. 2 správního řádu.

66. Jelikož jsem z obsahu správního spisu zjistil, že rozklad směřuje proti rozhodnutí, kterým je zadavateli ukládáno nápravné opatření týkající se zadávacího řízení, které již bylo zrušeno, dospěl jsem k závěru, že tím došlo k naplnění hypotézy § 90 odst. 4 správního řádu. Proto jsem napadené rozhodnutí zrušil a řízení o rozkladu bez dalšího zastavil. Nato podotýkám, že zrušení zadávacího řízení části 1 veřejné zakázky se domáhal sám navrhovatel a to v části rozkladu směřující proti výroku IV. napadeného rozhodnutí.

67. Vzhledem k tomu, že je z obsahu spisu tohoto správního řízení zřejmé, že žádný z účastníků netvrdil ani neprokázal, že by jiné rozhodnutí o rozkladu mohlo mít význam pro náhradu škody nebo pro právní nástupce účastníků, nezbývá, než postupem dle § 90 odst. 4 správního řádu napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit.

VIII. Závěr

68. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastala skutečnost, která odůvodňuje zastavení řízení, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení výroků II., III., IV. a V. napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

69. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno výroky II., III., IV. a V. napadeného rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. O2 Czech Republic a.s., Za Brumlovkou 266/2, 140 22 Praha 4 – Michle
2. Statutární město Hradec Králové, Československé armády 408/51, 500 03 Hradec Králové

Vypraveno dne

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